

**T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA NAVLUN SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

ZEYNEP ÖZGENÇ

İstanbul, 2014

**T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA NAVLUN SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

ZEYNEP ÖZGENÇ

Danışmanı: Prof. Dr. SİBEL ÖZEL

İstanbul, 2014

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

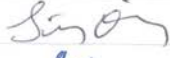

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi ZEYNEP ÖZGENÇ'nin MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA NAVLUN SÖZLEŞMESİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 14.05.2014 tarih ve 2014-18/28 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 17 / 06 / 2014.....

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1. Tez Danışmanı	Prof. Dr. SİBEL ÖZEL	
2. Jüri Üyesi	Prof. Dr. SERAP HELVACI	
3. Jüri Üyesi	Prof. Dr. HATİCE KOCASAKAL	
4. Jüri Üyesi	Doç. Dr. MUSTAFA ERKAN	
5. Jüri Üyesi	Prof. Dr. ZİYA AKINCI	

Sevgili Dert Ortağım Eşim Vural ÖZGENÇ ile

Hayatımı anlamlandırılan oğlum Ömer Asım'a

ÖZET

Çalışmamızın konusu “Milletlerarası özel hukukta navlun sözleşmesi” ile ilgilidir. Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu madde 29’da düzenlenmektedir. Dolayısıyla, ilgili hüküm uyarınca, yabancı unsurlu navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle tarafların kararlaştırılacağı hukuk dikkate alınmaktadır. Ayrıca, hukuk seçiminin yokluğu halinde sözleşmenin kurulduğu anda taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke ya da gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise bu ülkenin sözleşmeyle en sıkı ilişkili ülke olduğu hükme bağlanmaktadır. Buna karşılık, halin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye bu hukukun uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu anlamda, Anglo-Amerikan Hukuku’nun kendine has yapısı ile birlikte Avrupa Birliği Hukuku da irdelenerek, çalışmamızda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu madde 29’un uygulanmasından dolayı ortaya çıkan ve çıkabilecek durumlar ele alınmıştır.

Ayrıca, navlun sözleşmesinin ifasında önemli bir işlevi haiz olan kıymetli evrak niteliğindeki konişmentoya uygulanacak hukukun tespitine ilişkin Türk Hukuku’ndaki sorunlara da değinilmiştir. Bu bağlamda, milletlerarası özel hukuk kapsamında konişmento navlun ilişkisine de yer verilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 1237/III itibarıyla, konişmentoda, yolculuk çarteri sözleşmesine gönderme varsa, konişmento devredilirken çarter partinin bir suretinin yeni hamile ibrazının da gerekli olduğu hükme bağlanmaktadır. Bu takdirde, çarter partide yer alan hükümler nitelikleri el verdiği ölçüde, konişmento hamiline de ileri sürülebilmektedir. Dolayısıyla, milletlerarası özel hukukta uygulamada sık rastlanılan bir durum olması sebebiyle, çarter sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi, yetki ve tahkim şartının konişmentoda yer alan atıf kaydı yoluyla geçerliliği meselesi ayrıca incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Navlun Sözleşmesi, Konişmento, Hukuk Seçimi, Yetki Şartı, Tahkim Şartı

ABSTARCT

The subject of thesis is contract of affreightment in Private International Law. Article 29 of The Code on Private International Law and Civil Procedure sets forth applicable law in contracts of carriage and for the affreightmant contracts, well as. This rule provides the freedom to choice the applicable law for the transport contract. If the parties did not make a valid choice-of-law agreement the law of country where the principal place of business of the carrier is situated at the time of conclusion of the contract has been considered to be the law which has the closest connection with the contract if at the same time that country is the country where the goods are loaded or unloaded, or the country where the sender's principal place of business is situated. On the other hand, in consideration of all circumstances if there is a law more tightly related to the contract, instead of the provisions in second and third clauses, that particular law shall govern. In this regard, this thesis was attempt an identify the case that arise or may arise in practice of Article 29 of The Code on Private International Law and Civil Procedure, by examining European Union Law and Anglo-American Law.

Additionally, this thesis was adressed the problems in Turkish Law regarding to determining the applicable law to bill of lading, having important function during the performance of affreightment contract. Also, it was included the relationship between affreightment contracts and bill of lading under Private International Law. Article 1237/III of Turkish Commercial Code No. 6102 states that if the bill of lading refers to a voyage charter, when transferring bill of laidng, a copy of therelevant charter party should also be submitted to the new holder. In that case, the carrier can rely on the provision of charter party, to the extent that they are applicable, aganist the new holder. In this sense, this study eximaned the validity of choice of law, jurisdiction and arbitration clause incorporated by reference into bill of ladings by reason of problem encountered in practice under Private International Law.

Key Words: Affreightment Contract, Bill of Lading, Choice of Law, Jurisdiction Clause, Arbitration Clause

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖZET.....	i
ABSTRACT	ii
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM NAVLUN SÖZLEŞMESİNE GENEL BAKIŞ

BİRİNCİ KISIM MADDİ HUKUK AÇISINDAN NAVLUN SÖZLEŞMESİ

I. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	5
A. Tanımı.....	5
1. Türk Hukuku'nda Yasal Düzenleme.....	7
a. 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu	7
b. 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu.....	8
2. Karşılaştırmalı Hukukta Navlun Sözleşmesi.....	9
3. Uluslararası Düzenlemelerde Navlun Sözleşmesi.....	11
B. Hukuki Niteliği.....	14
II. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI.....	15
A. Taşıma Taahhüdü.....	15
B. Eşya Taşıma Taahhüdü.....	16
C. Deniz Yoluyla Taşıma	17
D. Taşıma Taahhüdünün Gemi İle Gerçekleştirilmesi.....	19
1. 6102 Sayılı TTK Anlamında Navlun Sözleşmesi Açısından Gemi	19
2. Anglo-Amerikan Hukuku'nda Gemi.....	23
3. Uluslararası Düzenlemelerde Gemi.....	25
E. Taşıyanın Eşyaya Zilyet Olması.....	26
F. Navlun.....	27
G. Anlaşma.....	28

III. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ.....	30
A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Rızai Bir Sözleşme.....	30
B. Sürekli Edimli Borç Sözleşmesi.....	31
C. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme.....	32
IV. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ	33
A. Kırkambar Sözleşmesi	36
B. Çarter Sözleşmesi	37
1. Tam-Kısmi Çarter Sözleşmesi.....	37
2. Yolculuk/Sefer Çarteri Sözleşmesi	37
a. Mürekkep Yolculuk Çarteri Sözleşmesi	38
b. Miktar Sözleşmesi	38
C. Asıl Navlun-Alt Navlun Sözleşmesi.....	39
D. Zaman Çarteri Sözleşmesi.....	41
V. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE İLGİLİ KİŞİLER.....	47
A. Navlun Sözleşmesinin tarafları	47
1. Taşıyan	47
a. İntikal Kaydı (Demise Clause) Ve Taşıyanın Kimliği Kaydı (İdentity Of Carrier Clause) İle Taşıyan Sifatının Belirlenmesi.....	48
b. Karşılaştırmalı Hukukta Taşıyanın Tespiti Sorunu.....	51
2. Taşıtan	54
3. Uluslararası Düzenlemelerde Taşıyan ve Taşıtan	54
B. Navlun Sözleşmesi İle İlgili Kişiler.....	56
1. Yükleyen	56
2. Gönderilen.....	57
3. Acente	58
4. Taşıma İşleri Komisyoncusu	58
5. Taşıma İşleri Tellalı	59
6. Taşıma İşleri Organizatörü (Freight Forwarder).....	60
7. Uluslararası Düzenlemelerde Navlun İle İlgili Kişiler.....	61

İKİNCİ KISIM
TAŞIYAN İLE İLGİLİ BAZI MADDİ HUKUK MESELELERİ

I. TAŞIYANIN SORUMLULUĞU	63
A. Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişsiz Bulundurmadan Doğan Sorumluluğu	63
B. Taşıyanın Eşyaya Özen Gösterme Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasından Doğan Sorumluluğu	67
C. Taşıyanın Eşyayı Geç Tesliminden Doğan Sorumluluğu	72
D. Taşıyanın Sorumluluğundan Doğan Tazminat Talebinin İleri Sürülebileceği Süreler	74
E. Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlerin Emrediciliği	75
F. Taşıyanın Sorumluluktan Kurtulma Halleri	76
1. Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri.....	77
2. Taşıyanın Muhtemel Sorumsuzluk Halleri.....	78
G. Karşılaştırmalı Hukukta Taşıyanın Sorumluluğu	79
H. Uluslararası Düzenlemelerde Taşıyanın Sorumluluğu	85
II. TAŞIYANIN HAPİS HAKKI	88
A. Türk Hukuku'nda Durum	89
B. Karşılaştırmalı Hukukta Durum	90
III. KONİŞMENTO DÜZENLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	91
A. Tanım, Yasal Düzenleme Ve Hukuki Niteliği	92
B. Konişmentonun Çeşitleri	94
C. Konişmentonun Düzenlenmesi Ve İçeriği	95
D. Konişmentonun İşlevi.....	96
1. İspata İlişkin İşlevi	96
2. Eşyanın Temsil İşlevi	98
E. Konişmentonun Etkileri.....	99
F. Konişmento Ve Navlun Sözleşmesi Arasındaki İlişki.....	100
G. Diğer Denizde Taşıma Senetleri Ve Konişmento	102
H. Karşılaştırmalı Hukukta Konişmento Düzenleme Yükümlülüğü	103
I. Uluslararası Düzenlemelerde Konişmento Düzenleme Yükümlülüğü	108

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU NAVLUN SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

I. NAVLUN SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİNDE MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN GENEL PROBLEMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	113
A. Vasıflandırma Sorunu.....	113
1. Genel Olarak.....	113
2. Navlun Sözleşmesinin Vasıflandırılması	117
B. Yabancılaşma Unsurunun Belirlenmesi.....	123
C. Sözleşmenin Milletlerarası Nitelik Taşınması.....	126
D. Atıf	129
II. NAVLUN SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNDE SÜBJEKTİF BAĞLAMA NOKTASI.....	130
A. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestisi.....	131
1. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestisinin Sınırları.....	132
2. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestisi İle Borçlar Hukuku Anlamında Sözleşme Özgürlüğü Arasındaki Farklar	134
B. Milletlerarası Özel Hukuk Anlamında Navlun Sözleşmesinde İrade Serbestisi ..	135
C. Türk Hukuku'nda Navlun Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Kapsamında Sübjektif Bağlama Noktasının Tespiti.....	138
1. Hukuk Seçiminin Görünüm Biçimleri	138
a. Açık Hukuk Seçimi.....	139
b. Örtülü (Zımni) Hukuk Seçimi	142
c. Kısmi Hukuk Seçimi.....	146
d. Şartlı Hukuk Seçimi.....	148
2. Hukuk Seçiminin Konusu.....	150
3. Hukuk Seçiminin Yapılış Zamanı.....	155
4. Hukuk Seçimi Sayılamayacak Haller	156
a. Dercetme (Incorporation) Yoluyla Anasyonel Hukuk Kurallarının Seçimi	156
b. Üstünlük Kaydı (Paramount Clause) İle Yeknesak Kuralların Seçimi	158

III. NAVLUN SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNDE OBJEKTİF BAĞLAMA NOKTASI.....	164
A. Navlun Sözleşmesi Bağlamında Uygulanması Önerilen Bağlama Noktaları.....	164
1. Tarafların Milli Hukuklarının Birlikte Uygulanması Görüşü.....	165
2. Borçlunun Milli Hukuku Ya Da Yerleşim Yeri Hukukunun Uygulanması Görüşü (Lex Debitoris).....	165
3. Navlun Sözleşmesinin Yapıldığı Yer Hukuku Görüşü (Lex Loci Contractus)	166
4. Varma Limanı Hukuku Görüşü	167
5. Bayrak Kanunu Görüşü	168
6. En Sıkı İlişkili Hukuk Görüşü	170
B. Türk Hukuku'nda Navlun Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Kapsamında Objektif Bağlama Noktasının Tespiti	174
1. Genel Olarak Karakteristik Edim Teorisi	175
2. Navlun Sözleşmesinin Karakteristik Edim Teorisi Kapsamında Değerlendirilmesi	179
a. MÖHUK madde 29/II Kapsamında Navlun Sözleşmesi Statüsünün Tespiti	179
(1) Milletlerarası Özel Hukuk Kapsamında Taşıyıcının Kimliği.....	181
(2) Milletlerarası Özel Hukuk Kapsamında Gönderenin Kimliği	182
(3) Taşıyıcının Ve Gönderenin “Esas” İşyeri.....	183
(a) İşyeri Kavramı	183
(b) “Esas İşyeri” Kavramı	186
(4) Yükleme Ve Boşaltma Yeri.....	188
b. MÖHUK madde 24/IV Kapsamında Navlun Sözleşmesi Statüsünün Tespiti	188
c. “Daha Sıkı İlişkili” Hukukun Uygulanması	192
IV. SÖZLEŞME STATÜSÜNE DÂHİL OLMAYAN HALLER	196
A. İrade Beyanının Varlığı	197
B. Şekil.....	198
C. Ehliyet.....	199
D. Temsil	201
E. İfanın Gerçekleştirilme Biçimi ve Tedbirler	202
V. SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN UYGULANAMAYACAĞI HALLER.....	203
A. Navlun Sözleşmesine İlişkin Uluslararası Andlaşmaların Varlığı.....	203

1. Genel Olarak.....	203
2. Kanunlar İhtilafı Açısından La Haye/Visby Kuralları ve Hamburg Kuralları	205
B. Kamu Düzeni Müdahalesi.....	207
C. Müdahaleci (Doğrudan Uygulanan) Kurallar	210
1. Lex Fori'nin Müdahaleci Kuralları.....	212
2. Lex Causae'nin Müdahaleci Kuralları.....	213
3. Üçüncü Bir Devletin Müdahaleci Kuralları.....	215
V. TAŞIYICININ HAPİS HAKKINA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ.....	217
VI. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM.....	218
A. AB Hukuku	218
B. İngiliz Hukuku	224
C. Amerikan Hukuku	231

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA NAVLUN SÖZLEŞMESİ KONİŞMENTO İLİŞKİSİ

I. KONİŞMENTOYA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ.....	235
A. Konişmentonun İspata İlişkin İşlevine Uygulanacak Hukuk.....	237
B. Konişmentonun Kıymetli Evrak Niteliğine Uygulanacak Hukuk	239
C. Konişmentonun Aynı İşlevine Uygulanacak Hukuk.....	242
1. Konişmentonun Aynı İşlevinin Tayinine Uygulanacak Hukuk	243
2. Konişmentonun Eşya Üzerindeki Aynı Hakka Etkisine Uygulanacak Hukuk	245
a. Genel Olarak.....	246
b. MÖHUK İtibarıyla Konişmentonun Eşya Üzerindeki Aynı Hakka Etkisine Uygulanacak Hukuk	247
c. Eleştiri ve Öneri.....	249
D. Konişmento Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk.....	255
1. Konişmento Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Sübjektif Bağlama Noktası	258
2. Konişmento Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Objektif Bağlama Noktası	265

a. Uygulanması Önerilen Objektif Bağlama Noktaları	265
(1) Bayrak Kanunu Görüşü.....	266
(2) Düzenleme Yeri Hukuku (Lex Loci Contractus) Görüşü	267
(3) Varma Yeri Hukuku Görüşü.....	269
(4) Lex Fori Görüşü.....	270
(5) En Sıkı İlişkili Hukuk Görüşü	272
b. MÖHUK İtibarıyla Konişmento Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Kapsamında Objektif Bağlama Noktasının Tespiti	273
E. Konişmentoya Uygulanacak Hukuk Açısından Özellikle Arz Eden Durumlar ..	276
1. Şekil	276
2. Ehliyet.....	279
II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK AÇISINDAN NAVLUN SÖZLEŞMESİNE YAPILAN VE KONİŞMENTODA YER ALAN ATIF KAYITLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	280
A. Genel Olarak.....	280
B. Konişmentoda Yer Alan ve Navlun Sözleşmesine Yapılan Atıf Kayıtlarının Hukuk Seçimi Açısından Geçerliliği.....	283
1. Hukuk Seçiminin Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.....	284
a. Lex Fori Görüşü	285
b. Lex Contractus Görüşü	286
c. Favor Negotii Görüşü.....	288
d. Farazi Akit Statüsü Görüşü	289
e. Hukuk Seçiminin Geçerliliğine Hukuk Kurallarının Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş	290
f. Değerlendirme	291
2. Türk Hukuk Açısından Konişmentoda Yer Alan ve Navlun Sözleşmesine Yapılan Atıf Kayıtlarının Hukuk Seçimi Şartını Kapsayıp Kapsamadığı Sorunu.....	292
a. Meselenin Şekli Geçerlilik Açısından Değerlendirilmesi.....	292
b. Meselenin Maddi Geçerlilik Açısından Değerlendirilmesi.....	293
C. Konişmentoda Yer Alan ve Navlun Sözleşmesine Yapılan Atıf Kayıtlarının Yetki Şartı Açısından Geçerliliği.....	294
1. Meselenin Şekli Geçerlilik Açısından Değerlendirilmesi.....	296

2. Meselenin Maddi Geçerlilik Açısından Değerlendirilmesi.....	298
D. Konışementoda Yer Alan ve Navlun Sözleşmesine Yapılan Atıf Kayıtlarının Tahkim Şartı Açısından Geçerliliği	299
1. Meselenin Şekli Geçerlilik Açısından Değerlendirilmesi.....	301
2. Meselenin Maddi Geçerlilik Açısından Değerlendirilmesi.....	306
III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM.....	314
A. AB Hukuku	315
B. İngiliz Hukuku	320
C. Amerikan Hukuku	324
SONUÇ.....	331
KAYNAKÇA	344

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
Aşa/aşa.	Aşağıda
AÜHFD	Ankara Üniversite Hukuk Fakültesi Dergisi
BATIDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BIMCO	Baltık Uluslararası Denizcilik Örgütü
Bkz.	Bakınız
c.	cümle
COGSA	United Kingdom Carriage of Goods By Sea Act
Çev.	Çeviren
e.t.	erişim tarihi
Hamburg Kuralları	Denizyolu İle Eşya Taşıma Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICS	Uluslararası Deniz Ticaret Odası
IMB	Uluslararası Denizcilik Bürosu
IMO	Uluslararası Denizcilik Örgütü
İHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İK	İş Kanunu
La Haye/Visby Kuralları	Konişmentolara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Milletlerarası Andlaşma

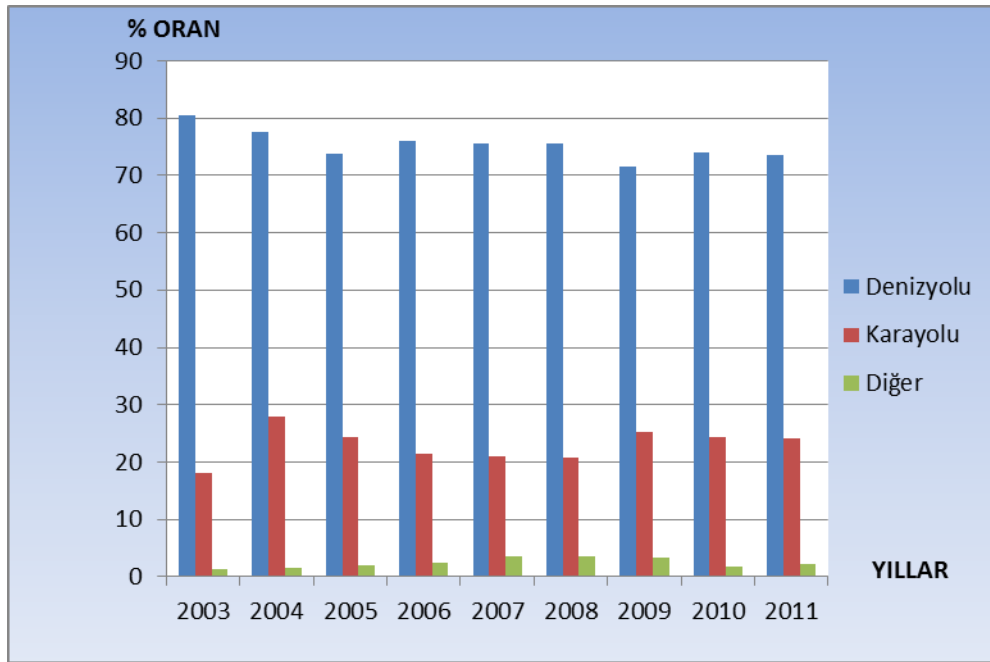
Londra Konvansiyon	Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında Konvansiyon
LRA	Locus Regit Actum
KK	Kabotaj Kanunu
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
Roma Konvansiyonu	Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi
Roma I Tüzüğü	Sözleşmelerden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Tüzüğü
Rotterdam Kuralları	Eşyanın Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Taşınması İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu
s.	sayfa
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
US COSGA	United State Carriage of Goods By Sea Act, 1936
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
VUK	Vergi Usul Kanunu
Yuk./yuk.	Yukarıda

GİRİŞ

Devletlerin sosyal ve ekonomi politikalarının belirlenmesinde küreselleşmenin meydana getirdiği birbirine bağlı ticari ilişkiler itici güç olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, uluslararası ticaretin büyük bir bölümünü oluşturan yabancı unsurlu satım ve hizmet sözleşmelerinin ifası ayrı bir önem kazanmaktadır. Zira, satıcının ya da hizmet sağlayıcının akdettiği sözleşmenin kıtalararasında tam ve gereği gibi ifa edilebilmesi, ülkelerin dış ticaret kapasitelerini etkilemektedir. Ayrıca, bu durum kitle taşımacılığında birim maliyeti en düşük olan taşıma türünün taraflarca seçilmesine de neden olmaktadır.

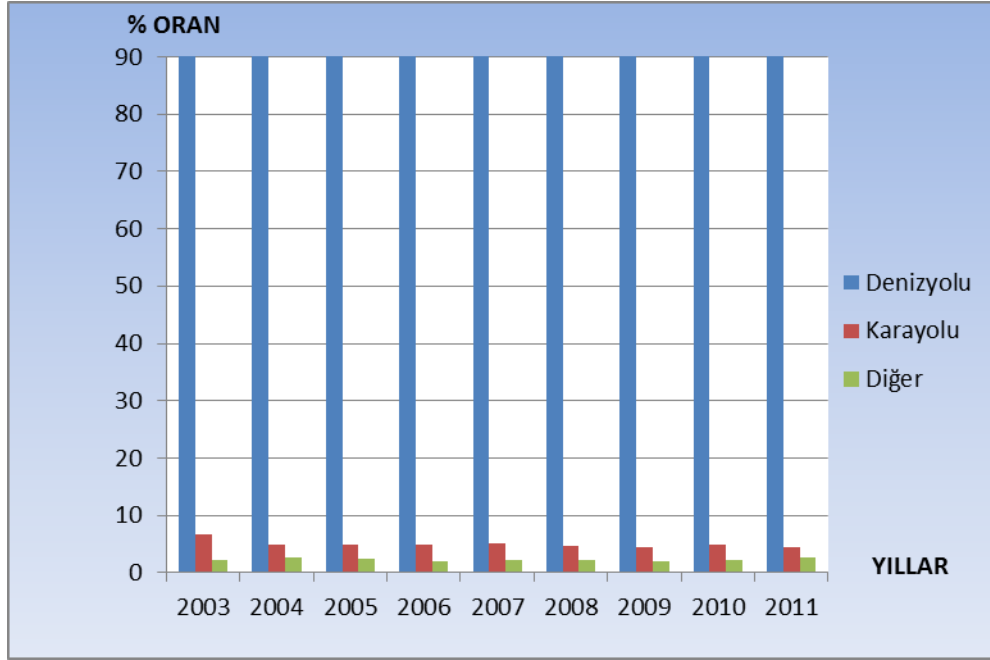
Bu bağlamda, günümüzde en fazla tercih edilen yöntem deniz yoluyla eşya taşımacılığıdır. Nitekim, ülkemizde dış ticaretin yaklaşık olarak yüzde 75'i deniz yoluyla yapılmaktadır. Bu oranın ihracat ve ithalat açısından yıllara göre değişimine aşağıda yer verilmiştir¹:

Tablo1: İhracattaki Taşıma Sistemlerinin Yıllara Göre Değişimi



¹ İlgili istatistikler hakkında bkz., http://www.kugm.gov.tr/BLSM_WIYS/DTGM/tr/Kitaplar/20130514_102843_64032_1_64480.pdf (erişim tarihi: 10.04.2014).

Tablo 2: İthalattaki Taşıma Sistemlerinin Yıllara Göre Değişimi



Uluslararası alım satım ve hizmet sözleşmelerinin ifasında ve giderek artan ihracat-ithalat ilişkilerinde deniz taşımacılığının tercih edilmesi, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerini ön plana çıkartmaktadır. Navlun sözleşmesinin taraflarından biri olan taşıyanlar, ulusal ve uluslararası hukukta kendi menfaatlerini korumak amacıyla birtakım uluslararası örgütler aracılığıyla form sözleşmeler hazırlamaktadırlar. Bu örgütlerin başlıcaları şunlardır: Baltık ve Uluslararası Denizcilik Konseyi, Uluslararası Deniz Ticaret Odası (ICS), Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO), Uluslararası Denizcilik Bürosu (IMB). Uygulamada çoğunlukla söz konusu örgütlerin hazırladığı form halindeki navlun sözleşmeleri ile konişmentolar kullanılmaktadır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden doğan ihtilafların çözümü, Milletlerarası Özel Hukuku da doğrudan ilgilendirmektedir. Ancak, meseleyi kanunlar ihtilafı açısından ele almadan önce özellikle vasıflandırma sorununun çözümü ve uygulanacak hukukun tespiti açısından, çalışmamızın birinci bölümünde navlun sözleşmesine ve konişmentoya ilişkin bazı maddi hukuk meselelerine yer verilmiştir. Bu bağlamda, navlun sözleşmesinin tanımı, tarafları ve çeşitleri ile niteliği ve özelliklerine değinilmiştir. Ayrıca, günümüzde oldukça önem arz eden maddi hukuka ilişkin taşıyanın sorumluluğu, hapis hakkı ile konişmento düzenleme yükümlülüğünün kapsamı irdelenmeye çalışılmıştır.

Yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde ortaya çıkan ihtilaflarda hukuk seçimi, hukuk seçimi yoksa; lex forinin bağlama kuralları uyarınca uygulanması gereken objektif bağlama noktasının ne olduğu, müdahaleci kurallar ile uluslararası andlaşmaların varlığı ve kamu düzeni müdahalesinin ne zaman söz konusu olabileceği gibi hususlar ulusal hukuklardaki maddi hükümlerin uygulama alanının tespiti açısından gerekli görülmektedir. Bu bağlamda, ikinci bölümde yabancı unsurlu navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği ve kapsamı irdelenmiştir.

Milletlerarası özel hukukta ayrı bir önemi haiz olan konişmento ve navlun sözleşmesi arasındaki ilişki ise üçüncü bölümde incelenmiştir. Bu anlamda, taşınan eşya üzerinde aynı hak tasarruflarında bulunmayı sağlayan ve navlun sözleşmesinin ifasına hizmet eden, kıymetli evrak niteliğindeki yabancı unsurlu konişmentodan kaynaklanan uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması zorunlu hale gelmektedir. Bunun yanı sıra, ilgili bölüm kapsamında konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının hukuk seçimi, yetki ve tahkim şartının geçerliliğine etkisi ele alınmıştır.

Genellikle, deniz ticareti hukukundan doğan ihtilaflarda, taraf iradesine geniş bir serbesti tanındığı için genellikle tahkim yoluna başvurulmaktadır. Bu konuda en önemli tahkim kurumu, Londra Milletlerarası Hakem Mahkemesi'dir. Genellikle de taraflar İngiltere'de yer alan bu kurumsal sisteme işlerlik kazandırma eğilimindedirler. Zira, özellikle navlun sözleşmesi ve konişmentodan doğan uyuşmazlıkların kendine has özelliği, bu alanlarda yargılama yapılırken ihtisaslaşmayı gerektirmektedir. Ayrıca, yetkili mahkeme ya da tahkim yeri olarak Londra'nın seçilmesinin nedenlerinden bir diğeri bu şehrin önemli bir finans ve ticaret merkezi olmasıdır.

Dolayısıyla, bu konuda konişmentoda yer alan tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla tesis edilip edilemeyecekleri meselesi en fazla tartışılan ihtilaflardan biridir. Konişmentolar genellikle çarter partiye bitişik olarak tanzim edilmektedir. Çoğu zaman senede konu olan taşıma ilişkilerine çarter partideki hükümlerin uygulanacağına ilişkin atıf kaydına konişmentoda yer verilmektedir. Bu atıf kaydının hangi şartlar altında çarter partideki hukuk seçimi ya da yetki veya tahkim şartını kapsayıp kapsamayacağı şekli ve maddi geçerlilik açısından irdelenmesi gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda özellikle tahkim şartı için gerekli olan taraf iradelerinin hangi şartlar altında varlığının kabul edilmesi

gerektiğinin ortaya konulması, ilgili uyuşmazlık için hakemin veya hakemlerin yetkili olup olmadığının belirlenmesi açısından önemli görölmektedir.

Yukarıda genel ve soyut olarak bahsedilen tüm bu meselelerin varlığı “Milletlerarası Özel Hukukta Navlun Sözleşmesi” başlıklı çalışmamızı ele almamızın nedeni de oluşturmaktadır. Bu kapsamda, kanunlar ihtilafı ve milletlerarası usul hukukuna ilişkin temel konuların, yabancı unsurlu navlun sözleşmesi ve konişmento açısından değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, genel ve teorik açıklamalar konumuzla sınırlı bir şekilde yapılırken, konunun bütünlüğünün sağlanması açısından sadece navlun sözleşmesi ve konişmento açısından milletlerarası özel hukuk kapsamında ortaya çıkabilecek sorunlara değinilmeye çalışılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

NAVLUN SÖZLEŞMESİNE GENEL BAKIŞ

BİRİNCİ KISIM

MADDİ HUKUK AÇISINDAN NAVLUN SÖZLEŞMESİ

I. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Navlun sözleşmesine ilişkin ulusal hukuk sistemlerinde farklı tanımlara rastlamak mümkündür. Türk Hukuku'nda ise navlun sözleşmesi deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi ile eşanlamda kabul edilmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'da (TTK) ² navlun sözleşmesine ilişkin getirilen hükümler sayesinde de modern hukuk sistemleriyle uyumun sağlanması ve böylelikle, 6762 sayılı TTK'da³ ortaya çıkan sorunların da büyük ölçüde ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Ayrıca, Türkiye'nin onayladığı uluslararası anlaşmalar ile bütünlüğün sağlanması da gaye edinilmektedir. Diğer yandan, Türkiye'nin henüz onaylamadığı uluslararası anlaşmalarla getirilen yeniliklerin de yeni kanunda dikkate alındığı göze çarpmaktadır.

Bu bağlamda, çalışmamızın ilgili bölümünde navlun sözleşmesinin Türk Hukuku, yabancı hukuk sistemleri ile uluslararası anlaşmalardaki tanımına yer verilmektedir. Bu sayede, her bir sistemdeki farklılıklar ile benzerliklerin objektif olarak ortaya konulması ve uygulamada yaratabileceği etkilerinin neler olabileceğinin tartışılması amaçlanmaktadır. Ayrıca yapılan tanım doğrultusunda, Türk Hukuku'nda navlun sözleşmesinin niteliğinin ne olduğunun tespitine çalışılacaktır.

A. Tanım

Navlun sözleşmesi, üst kavram olarak ele alındığında, deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi ile aynı anlama gelmektedir. Zira, asli unsuru deniz yoluyla eşya taşıma

² 2011 tarihli 6102 sayılı TTK'nın tam metni için bkz., <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214.htm> (e.t.: 09.02.2012).

³ 1956 tarihli 6762 sayılı TTK'nın tam metin için bkz., <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9353.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9353.pdf> (e.t.: 09.02.2012). İlgili Kanun 01.07.2011 tarihinde 6102 sayılı TTK yürürlüğe girdikten sonra mülga hale gelmiştir.

taahhüdüdür. Doktrinde ise navlun sözleşmesi açısından kabul edilen hukuki nitelendirmeye göre farklı tanımlara rastlanabilmek mümkündür. Türk ve yabancı hukuk sistemlerinde navlun sözleşmesi, asli unsurunun gemi tahsisi veya gemi tahsisi ile birlikte deniz yoluyla eşya taşıma taahhüdü ya da gemi kirası olarak kabul edilmesine göre farklı şekillerde tarif edilmektedir.

Göknil'e⁴ göre, navlun sözleşmesi kiralayanın kiracıya karşı, onun vereceği bir bedel karşılığında, deniz gemisiyle belli veya belirlenebilecek yere kadar yük taşımayı taahhüt etmesidir. Göknil'in 1929 tarihli TTK'dan⁵ hareketle yaptığı bu tanım dikkate alındığında, navlun sözleşmesinin taraflarının, kiralayan ve kiracı şeklinde ifade edildiği ve bu anlamda, navlun sözleşmesinin deniz ticareti hukuku alanında kira sözleşmesinin bir uygulaması olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak, "geminin kiralınması" başlı başına navlun sözleşmesine niteliğini veren edim olarak kabul edilmemektedir. Zira, taşıtanın menfaati geminin zilyetliğini ya da teknik yönetimini elde etmeksizin eşyayı en kolay ve hasarsız yoldan taşıtmaktır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesi gemi kiralama sözleşmesinin alternatifi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda, navlun sözleşmesini, diğer deniz hukuku sözleşmelerden ayıran en önemli unsuru; taşıyanın taşıtanın ödeyeceği belli bir ücret karşılığında eşyayı "*deniz yolu ile taşımasıdır*".

Navlun sözleşmesi, bir yandan geminin bir başkasına tahsisini, diğer yandan da eşyanın deniz yoluyla taşınmasını içeren geniş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, Türk Hukuku'nda navlun sözleşmesinin tanımına ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Bu bağlamda, Akıncı⁶ navlun sözleşmesini, taşıyan ile taşıtan arasında yapılan, taşıyanın ücret karşılığında gemiyi tamamen ya da kısmen taşıtana tahsis ederek veya tahsis etmeksizin, eşyanın deniz yolu ile bir yerden başka bir yere taşınmasını taahhüt ettiği sözleşme olarak tarif etmektedir. Okay⁷ da navlun sözleşmesini taşıyanın, navlun karşılığında geminin tamamının veya bir cüz'ünün yahut muayyen bir yerini taşıtana tahsis etmek ya da parça mal olan muayyen eşyayı denizde taşımayı taahhüt etmek şeklinde tanımlamaktadır. Bize göre ise

⁴ GÖKNİL Mazhar Nedim, **Deniz Ticaret Hukuku**, Üçüncü Bası, İstanbul, 1946, s. 205.

⁵ 1929 tarihli TTK madde 1097 şu şekilde düzenlenmiştir.

"Navlun mukavelesi ile mal taşınmak için:

1. Geminin tamamı, bir cüzü veya muayyen bir yeri kiralınır.

2. Veya muayyen mal taşınması mukavele edilir.

⁶ AKINCI Sami, **Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri**, İstanbul, 1968, s. 1.

⁷ OKAY Sami, **Deniz Ticaret Hukuku II**, Gözden Geçirilmiş İlaveli İkinci Bası, İstanbul, No:1983, 1971, s. 2.

Çağa/Kender⁸, Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu⁹ ve Sözer'in¹⁰ görüşlerinden yola çıkarak, navlun sözleşmesi asli unsuru etrafında en yalın halde şu şekilde ifade edilebilir:

“Navlun sözleşmesi ile taşıyan bir eşyayı (yükü) deniz yolu ile bir yerden başka bir yere taşımayı, taşıtan da bunun karşılığında ücret(navlun) ödemeyi taahhüt eder.”

1. Türk Hukuku'nda Yasal Düzenleme

6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesiyle navlun sözleşmesi ile ilgili pek çok hukuki kavram ve hükümlerin yenilediği; aynı zamanda daha önce düzenlenmeyen kavramların ilk kez kullanıldığı görülmektedir. Bu sayede, uluslararası düzenlemelerle tam uyumun sağlanması amaçlanmaktadır. Türkiye, navlun sözleşmesi ve konişmentoya ilişkin uluslararası anlaşmaları onaylamak yerine ilgili düzenlemeleri doğrudan ulusal kanunlarına aktarma yolunu tercih etmektedir.

Buna rağmen, navlun sözleşmesine uygulanacak kurallar sadece 6102 sayılı TTK'da yer almamaktadır. Dolayısıyla, uluslararası anlaşmaların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira, Anayasa madde 90 uyarınca, usulüne göre yürürlüğe giren uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bu hususu, Milletlerarası Özel Hukuk itibarıyla önemi nedeniyle ikinci bölümde irdelemeye çalışacağız.

a. 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu

Navlun sözleşmesi, 6762 sayılı TTK'nın dördüncü kitabının Dördüncü Faslında 1016-1118 maddeleri arasında hükme bağlanmaktaydı. Dördüncü Faslın başlığı “Deniz Ticaret Mukaveleleri”ydi. Dördüncü Faslın Birinci Kısım “Eşya Taşıma Mukaveleleri”, İkinci Kısım “Yolcu Taşıma Mukaveleleri”, Üçüncü Kısım “Deniz Aşırı Satış Mukaveleleri”, Dördüncü Kısım “Deniz Ödücü Mukaveleleri” şeklinde düzenlenmekteydi.

6762 sayılı TTK madde 1016 ile navlun sözleşmesi iki çeşide ayrılarak tarif edilmekteydi. Buna göre, charter sözleşmesi taşıyanın navlun karşılığında, geminin tamamını veya bir bölümünü yahut belirli bir yerini taşıtana tahsis ederek, taşımayı taahhüt etmesi

⁸ ÇAĞA Tahir /KENDER Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku II- Navlun Sözleşmesi**, İstanbul, 2009, s.1.

⁹ KENDER Rayegân/ÇETİNGİL Ergon/YAZICIOĞLU Emine, **Deniz Ticareti Hukuku-Temel Bilgiler Cilt I**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncellenmiş Onüçüncü Baskı, İstanbul, Ekim 2012, s. 137.

¹⁰ SÖZER Bülent, **Deniz Ticaret Hukuku**, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Hükümlerine Göre Hazırlanmış 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 501.

(6762 sayılı TTK madde 1016 bent 1); kırkambar sözleşmesi ise taşıyanın sadece belli miktar malı taşımayı taahhüt ettiği sözleşmeler (TTK madde 1016 bent 2) olarak tanımlanmaktaydı.

b. 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu

6102 sayılı TTK'da, Dördüncü Kısımda 1138-1245 maddeleri arasında hükme bağlanmaktadır. Dördüncü Kısımın başlığı "Deniz Ticareti Sözleşmeleri"dir. İlgili kısım ele alınırken özellikle uluslararası düzenlemelerdeki hükümlerin dikkate alındığı görülmektedir. Bu anlamda, 6102 sayılı TTK'da deniz ticareti sözleşmesine ilişkin önemli değişikliklere de yer verilmektedir. Öncelikle, Birinci Bölümdeki "Gemi Kira Sözleşmeleri" ile İkinci Bölümdeki "Zaman Çarteri Sözleşmesi", 6762 sayılı TTK'da düzenlenmemekteydi. Zaman çarteri sözleşmesi 6762 sayılı TTK'da da doktrinde¹¹ de eşya taşıma sözleşmesi; yani navlun sözleşmesinin bir çeşidi olarak kabul görmekteydi.

6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, zaman çarteri sözleşmesi navlun sözleşmesinin çeşitlerinden biri olarak kabul edilmemektedir. Bağımsız bir sözleşme türü olarak düzenlenmektedir. Böylelikle, gemi kirası ile navlun sözleşmesi dışında yer alan üçüncü bir sözleşme tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunun gerekçesinde¹² zaman çarteri sözleşmesinin niteliğinin tartışmalı olması nedeniyle, navlun sözleşmesinin çeşitlerinden biri olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Her iki sözleşme türü de düzenlenirken, 18/06/1966 tarihli Gemi Kirası ve Denizde Taşıma Sözleşmesi hakkındaki Fransız Kanunu ile onu tamamlayan 31/12/1966 tarihli Kanun Hükmündeki Kararnamenin örnek alındığı belirtilmektedir. Ancak, navlun sözleşmesinin hükümleri ve sona ermesi düzenlenirken Alman Hukuku temel alınmaktadır. Bu anlamda, Fransız Hukuku'ndan farklı olarak, 6102 sayılı TTK'da navlun sözleşmesi ile taşıma sözleşmesi eş anlamda kullanılmaktadır. Dolayısıyla, yeni kanunda Alman ve Fransız Hukuku karışımı bir sistemin benimsendiği söylenebilir.

6102 sayılı TTK'nın gerekçesinde, gemi rehninin modern şekillerinin ikame edilmesi nedeniyle uygulamasına rastlanılmadığı için deniz ödücü sözleşmesine kanunda yer

¹¹ ÇAĞA/KENDER, s. 8; OKAY, s. 26; ÜLGNER Fehmi, **Çarter Sözleşmeler I Genel Hükümler-Sefer Çarteri Sözleşmesi**, İstanbul, 2010, s. 41.

¹² 6102 sayılı TTK'nın gerekçesi için bkz., <http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekelere-besinci-kitap-deniz-ticaretimadde-931-1400/> (e.t.: 09.02.2012).

verilmediği ifade edilmektedir¹³. Nitekim, deniz ödücü sözleşmeleri nitelikleri itibarıyla deniz ticareti sözleşmesi değildir. Deniz ödücü sözleşmesi, kaptanın kanuni yetkisine dayanarak, bir prim karşılığında gemiyi, navlunu ve yükü ayrı ayrı veya birlikte rehneder ve geminin yolculuğun biteceği yere ulaşmasından sonra, ödenmek ve ödenmediği takdirde sadece rehnin konusunu teşkil eden şeylerden tahsil edilmek şartıyla diğerinden borç para aldığı sözleşmelerdir. İlgili sözleşmenin asıl konusu gemi rehnidir. Keza, deniz aşırı satış sözleşmelerinin de satım hukukuna ilişkin olması ve sürekli yenilenmesi nedeniyle kanunda düzenlenmemektedir¹⁴.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Navlun Sözleşmesi

İngiliz Hukuku'nda navlun sözleşmesi (contract of affreightment) deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi de dâhil olmak üzere farklı deniz ticareti hukuku sözleşmelerini ifade etmek için kullanılmaktadır. Dolayısıyla, bu konuda farklı tanımlarla karşılaşılabilmektedir. Dockary/Thomas¹⁵, navlun sözleşmesini, gemi malikinin/donatanın navlun karşılığında “deniz yoluyla eşya taşıma” veya “gemiyi deniz yoluyla eşya taşıma amacıyla tahsis etmesi¹⁶” şeklinde tarif etmektedir. Scrutton¹⁷ ise benzer şekilde, donatanın veya onun adına sözleşme yapma yetkisine sahip bir kişinin, bir bedel karşılığında deniz yoluyla eşya taşınması veya bu amaçla gemi tahsisi hususunda anlaşması halinde, bu anlaşmaya navlun sözleşmesi ve ödenecek miktara da navlun denileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda, charter sözleşmesinde taraflar donatan (shipowner) ve taşıtan (charterer) olarak ifade edilirken, taşıma ilişkisi konişmento ile belgelendiği ve üçüncü kişiye devredildiği takdirde tarafların taşıyan ve taşıtan sıfatını aldıkları kabul edilmektedir¹⁸.

Bunun yanı sıra, İngiliz Hukuku'nda navlun sözleşmesi, gemi kira sözleşmesi ve taşıma sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Taşıma sözleşmesi ise zaman charteri sözleşmesi ve yolculuk charteri sözleşmesi iki alt başlıkta incelenmektedir¹⁹. Gemi kira, zaman

¹³ ALGANTÜRK LIGHT Didem, “TTK Tasarısı'nın Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı İle Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 5, Sayı 10, Bahar, 2006/2, s.130.

¹⁴ ALGANTÜRK LIGHT, s. 130.

¹⁵ DOCKRARY Martin/THOMAS Katherine Reece, **Cases&Metarials On The Carriage of Goods By Sea**, Third Edition, London, 2004, s. 2.

¹⁶ Burada tahsis ifadesi gemi kirasını da içine alacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktadır.

¹⁷ SCRUTTON Thomas Edward /BOYD Stewart, **Charterparties and Bills of Lading**, London, 2008, s. 1.

¹⁸ TEKİL Fahimal, **Deniz Hukuku**, İstanbul, 2001, s. 212.

¹⁹ DOCKRARY/THOMAS, s. 3.

çarteri ve yolculuk çarteri sözleşmeleri arasındaki farklılık, geminin kiralanıp kiralanmadığı, kira söz konusu değilse geminin tahsisinin nasıl yapıldığında kendini göstermektedir.

Dolayısıyla, Türk Hukuku'ndan farklı olarak İngiliz Hukuku'nda, navlun sözleşmesinin kapsamına sadece deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmeleri değil, gemi kira sözleşmeleri de dâhil edilmektedir. Zira, İngiliz Hukuku'nda navlun sözleşmesinin asli unsuru deniz yoluyla eşya taşıma taahhüdü değildir. Geminin kira yoluyla zilyetliğinin devri de navlun sözleşmesi kapsamında kabul edilmektedir. Ayrıca, Türk Hukuku'nun aksine, kırkambar sözleşmesi tip taşıma sözleşmesi olarak görülmemektedir.

Amerikan Hukuku'nda ise “1893 tarihli Harter Kanunu” ile “1936 tarihli Deniz Yoluyla Eşya Taşıma Kanunu” (United State Carriage of Goods by Sea Act) (US COGSA)²⁰ deniz yoluyla eşya taşıma hukukuna ilişkin en önemli pozitif düzenlemelerdir. Harter Kanunu ile tarafların menfaatlerinin korunması için, taşıyanların konişmentolara koyabilecekleri sorumsuzluk şartları ciddi ölçüde sınırlandırılmaktadır²¹. Bu kanun yürürlüğe girmeden önce, taşıtanlara oranla daha fazla mali güce sahip olan taşıyanlar, ulusal ve uluslararası alanda kanun koyuculara ve siyasi otoritelere nüfuz edebilmekteydiler. Bu sayede, taşıyanlar her yönden kendilerinden daha zayıf olarak gördükleri taşıtanlarla müzakere etmeden, kendi lehlerine herhangi bir kaydı da sözleşmeye koydurabilmekteydiler. Harter Kanunu ise menfaatler dengesinin sağlanarak, taşıyanın sorumsuzluk kayıtlarının hakkaniyete aykırı sonuçlarını bertaraf etmek amacıyla getirilen ilk pozitif düzenlemedir.

US COGSA ile ise yabancı limanlardan ABD limanlarına yapılan taşımalarda düzenlenen deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmelerine hâkim olan hukuk düzenlenmektedir²². Dolayısıyla, sonraki kanun öncekini ilga eder (Lex posterior derogat priori), kuralı gereğince US COGSA öncelikle uygulanmaktadır. Ancak, ilgili düzenleme, ABD limanları arasındaki taşımalara uygulanmadığı için bu gibi durumlarda Harter Kanunu devreye girmektedir²³.

²⁰ İlgili düzenlemelerin İngilizce tam metni için bkz., FORCE Robert/ YIANNPOULOS A. N./ DAVIES Martin, **Admiralty And Maritime Law**, Abridge Edition, Washington, 2006, ss. 200-208.

²¹ Bu konuda bkz., SÖZER, s. 624.

²² Harter Kanunu deniz yoluyla eşya taşımaya ilişkin ilk defa şu üç hususu düzenlemiştir: 1) Taşıyanın belirli sorumsuzluk durumlarına atıf yapan klozların yasaklanması. 2) Buna karşılık, taşıyana belirli bir hukuki himayenin sağlanması. 3) Yükletene taşıyandan konişmento düzenlenmesini talep etme hakkının tanınması. Bu konuda bkz., FORCE Robert, **Admiralty And Maritime Law**, Federal Judicial Center, 2004, s. 56.

²³ FORCE, s. 56.

Belirtilen pozitif düzenlemeler ışığında, Amerikan Hukuku'na göre navlun sözleşmesi, taraflar arasında gemi ile eşya taşınmasına ilişkin anlaşma olarak tanımlanmaktadır²⁴. Navlun sözleşmesi, denizyolu ile eşya taşıma sözleşmesi ile eşanlamli kullanılmaktadır. İngiliz Hukuku'ndan farklı olarak, gemi kira sözleşmeleri, navlun sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemektedir²⁵. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinin asli unsuru, gemi ile eşya taşıma taahhüdüdür. Bu açıdan, Türk Hukuku'nda kabul edilen tanımlama ile benzerlik arz etmektedir.

6102 sayılı TTK'nın gerekçesi ve içerdiği hükümler dikkate alındığında, navlun sözleşmesinin asli unsuru eşya taşıma taahhüdüdür. Bu anlamda, taraflar deniz yoluyla eşyanın taşınması hususunda anlaşmışlarsa, navlun sözleşmesi söz konusudur. Zaman çarteri sözleşmesinin asli unsuru ise gemi tahsisi olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla, zaman çarteri sözleşmesi navlun sözleşmesi olarak kabul edilmemektedir. Bunun sebebi, zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümler hazırlanırken Fransız Hukuku'nun esas alınmış olmasıdır²⁶. Keza, gemi kira sözleşmelerinde de belirli bir ücret karşılığında geminin zilyetliği devredildiği için eşya taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilmemektedir. Diğer yandan, kanunun sistematigi, navlun sözleşmesinin hükümleri ve sona ermesi gibi hususlarda Alman Hukuku'nun esas alındığı ifade edilmektedir²⁷.

3. Uluslararası Düzenlemelerde Navlun Sözleşmesi

“Konişmentolara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki 1924 tarihli Milletlerarası Andlaşma”²⁸, diğer adıyla La Haye Kuralları, 1968 tarihinde Brüksel'de toplanan bir diplomatik konferansta gözden geçirilerek La Haye/Visby Kuralları²⁹ ismini

²⁴ SCHOENBAUM Thomas J., **Admiralty And Maritime Law**, Fourth Edition, Handbook Series, Washington, 2004, s.529.

²⁵ SCHOENBAUM, s. 675.

²⁶ Fransız Hukuku'nda bu konuda düzenlemeler hakkında bkz., ÇAKALIR Yalçın, **Römorkaj Sözleşmesi**, Ankara, 1985, s. 1985; TEKİL Fahimal, “Hamburg Kuralları ve Türk Deniz Taşıma Hukuku”, **Hukuk Araştırmaları**, Cilt 10, Sayı 1-3, 1996, s. 417. (“Hamburg Kuralları”).

²⁷ Kanunun gerekçesinde, 6762 sayılı TTK düzenlenirken Alman Hukukunun esas alındığı ifade edilmiştir. Ayrıca, gerekçede geniş ölçüde örtüşen bu kanunî düzenlemeler çerçevesinde yetmiş yılı aşkın bir süre bilimsel eserler verildiği ve kazaî içtihatlar tesis edildiği belirtilmiştir. Bu birikimin kural olarak muhafazasında fayda olduğu vurgulanmış ve bu kapsamda bir maddenin metninde açık bir yanlışlık bulunmadıkça veya o madde hükmüyle ilgili olarak uygulamada değişiklik yapılmasını gerektirecek bir gelişme gözlemlenmedikçe, mevcut hükümlere müdahale edilmesinden kaçınılması kuralının benimsendiği ifade edilmiştir.

²⁸ Bu Andlaşma, 25 Ağustos 1924 tarihinde Brüksel'de imzalanmış ve 2 Haziran 1931 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 4 Ocak 1956 tarihinden itibaren bu Andlaşma'ya taraf olmuştur.(14 Şubat 1955 tarih ve 6469 sayılı Kanun, RG 22 Şubat 1955-8937). La Haye Kuralları'nın İngilizce tam metni için bkz., http://www.transportrecht.org/dokumente/HaagerRegeln_e.pdf (e.t.: 09.02.2012).

²⁹ Konişmentolara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki 1924 tarihli Milletlerarası Andlaşma'nın (La Haye Visby Kuralları) Değiştirilmesine İlişkin 1968 Protokolü, 23 Şubat 1968 tarihinde Brüksel'de imzalanmıştır ve 23 Temmuz

almıştır. La Haye/Visby Kuralları madde 1/b ile navlun sözleşmesi yerine taşıma sözleşmesi kavramına yer verilmektedir. Buna göre, taşıma sözleşmesi (contract of carriage) deniz yoluyla taşımaya ilişkin olması şartıyla, sadece bir konişmento veya benzeri emtia senedine bağlı olarak yapılan sözleşmelerdir. Aynı zamanda, taşıyan ve konişmento hamili arasındaki ilişkileri düzenleyen çarter partiyi takip eden veya ona uygun olarak düzenlenen konişmento veya buna benzeri emtia senedi de taşıma sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. La Haye/Visby Kuralları itibarıyla, taşıma sözleşmesi ile navlun sözleşmesi eş anlamlı kullanılmaktadır. Zira, La Haye/Visby Kuralları ile de navlun sözleşmesi açısından eşyanın deniz yoluyla taşınması olmazsa olmaz unsurlardandır.

1978 Tarihli Denizyolu İle Eşya Taşıma Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu³⁰ (Hamburg Kuralları) madde 1/6 uyarınca, deniz yolu ile eşya taşıma sözleşmesi, taşıyanın navlun karşılığında eşyayı bir limandan diğerine taşıma borcunu üstlenmesidir. Burada, Konvansiyonun başlığında her ne kadar, “deniz yolu ile eşya taşıma sözleşmesi” (contract of carriage goods by sea) ifadesine yer verilmekte ise de metinde, madde 1/6 dışında, deniz yolu ile taşıma sözleşmesi (contract of carriage by sea) olarak ifade edilmektedir. Ancak, her iki ifadeden de kastedilen Türk Hukuku anlamında navlun sözleşmesidir³¹. Zira, Hamburg Kuralları ile sadece “eşyanın” deniz yoluyla taşınmasına ilişkin hususlara yer verilmektedir. Bunun yanında, ilgili hüküm uyarınca, deniz taşıması ile birlikte başka tür taşımayı da içeren sözleşmelerin deniz taşımacılığına ilişkin olduğu nispette, Hamburg Kuralları anlamında deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi kabul edileceği ifade edilmektedir.

1977 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokolü onaylamamıştır. La Haye/Visby Kurallarının İngilizce tam metni için bkz., http://www.iew.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/dwr/iew/content/e3870/e3985/e6006/e6339/sea_2_VisbyRules1926_ger.pdf (e.t.: 09.02.2012).

³⁰ Bu Andlaşma, 31 Mart 1978 tarihinde Hamburg’da imzalanmıştır ve 1 Kasım 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Andlaşma’ya taraf değildir. Hamburg Kurallarının İngilizce tam metni için bkz., <http://www.jus.uio.no/lm/un.sea.carriage.hamburg.rules.1978/landscape.pdf> (e.t.: 09.02.2012).

³¹ Tekil’e göre, Hamburg Kuralları madde 1/6 ile tanımlanan deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi ile navlun sözleşmesi eş anlamda kullanılmamaktadır. Tekil, 18 Haziran 1966 tarihli Fransız Kanunu’nda belirtilen taşıma sözleşmesi ile navlun sözleşmesi ayırımından yola çıkarak bu sonuca varmaktadır. Yazar, navlun sözleşmesini geminin kullanıma tahsisini konu edinen sözleşme tipi olarak görmektedir. Yazarın aksine, 6102 sayılı TTK madde 1138 ile navlun sözleşmesinin asli unsuru deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, Türk Hukuku açısından aynı sonuca varmanın mümkün olamayacağı düşüncesindeyiz. Bu konuda bkz., TEKİL, **Deniz Hukuku**, s. 208.

Diğer yandan, Hamburg Kuralları madde 2/3 uyarınca, bu Konvansiyon hükümlerinin charter partilere uygulanmayacağı ifade edilmektedir³². Bu nedenle, navlun sözleşmeleri açısından Hamburg Kuralları'nın uygulama alanı sınırlıdır. Ancak, ilgili madde itibarıyla, taşıyan ile taşıtan olmayan konişmento hamili arasındaki ilişkileri tanzim etmesi şartıyla, andlaşma hükümlerinin konişmentolar hakkında da uygulanacağı söylenebilir.

Eşyanın Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Taşınması ilişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Rotterdam Kuralları)³³ madde 1/1 taşıma sözleşmesi, taşıyanın navlun karşılığında eşyayı bir yerden, diğer bir yere taşıma taahhüdü altına girmesi şeklinde tanımlanmaktadır. İlgili maddenin devam eden ikinci cümlesi uyarınca ise taşıma sözleşmesi deniz yoluyla eşya taşımaya ilişkindir ve deniz yoluyla eşya taşımayı içermesi şartıyla diğer taşıma tiplerini de kapsamaktadır.

Hamburg Kuralları'ndan farklı olarak, deniz yoluyla eşya taşımayı içeren karma taşıma sözleşmelerinin navlun sözleşmesini içerdiği nispette değil, tümüyle Rotterdam Kuralları kapsamında kabul edilmektedir. Rotterdam Kuralları anlamında navlun sözleşmesi ile deniz yoluyla eşya taşımayı da kapsayan tüm taşıma sözleşmeleri kastedilmektedir. Kanımızca, bu madde Hamburg Kurallarındaki düzenlemeye göre daha yerindedir. Zira, Hamburg Kuralları uyarınca, deniz yoluyla eşya taşımının ne zaman başlayıp hangi hallerde son bulduğu taşıyanın sorumluluğunun belirlenmesi açısından önem taşımaktadır; ancak bu hususun tespiti özellikle konişmento ve navlun sözleşmesinde yükleme ve boşaltma limanının farklı yerlerde düzenlenmesi halinde kolay olmamaktadır. Ayrıca, karma taşıma sözleşmesini bölümlere ayırıp her bir bölüm için taşıyan ve taşıtanın hak ve yükümlülüklerini farklı kurallara tabi tutmak, hem adaletsiz sonuçlara neden olmakta hem de her zaman mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla, karma taşıma sözleşmelerini tek bir hukuki rejime tabi kılmak

³² Tekil'e göre, charter sözleşmelerinin Hamburg Kuralları'nın kapsamı dışında bırakılmasının sebebi, charter sözleşmelerinin taşıma değil, kira sözleşmesi sayılmasıdır. TEKİL, **Deniz Hukuku**, s. 208.

Diğer yandan, Yazıcıoğlu ise bir geminin malikinin gemisini çıplak olarak veya gemi personeli ile yapılan iş sözleşmeleri ile birlikte devrederek belirli bir ücret karşılığında terk etmesi halinde kira sözleşmesi söz konusudur. Oysa, charter sözleşmesinde geminin tamamı veya belirli bir yeri tahsis edilerek taşıma taahhüdünde bulunulmakta; ancak gemi başkasının kullanımına terk edilmemektedir. Bu değerlendirmeden yola çıkarak bizim de benimsediğimiz görüş uyarınca, Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları madde 1/6 lafzından charter sözleşmesinin kira sözleşmesi sayılmayacağını belirtmektedir. YAZICIOĞLU Emine, **Hamburg Kuralları'na Taşıyanın Sorumluluğu-Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak**, İstanbul, 2000, s. 25.

³³Rotterdam Kuralları Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 11 Aralık 2008'de kabul edilmiştir. 23 Eylül 2009 günü de imzaya açılmış; ancak henüz yürürlüğe girmemiştir. Rotterdam Kurallarının İngilizce tam metni için bkz., http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/09-85608_Ebook.pdf (e.t.: 09.02.2012).

hakkaniyete daha uygun olduğu, bu sayede taşıyan ve taşıtanın sorumluluk alanlarının daha net belirlenebileceği söylenebilir.

B. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Navlun sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla, eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir³⁴. TBK (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu) madde 470 uyarınca, yüklenicinin borcu bir eser meydana getirmektir³⁵. Eser ise bütünlüğe ve iktisadi değere sahip, maddi nitelikte olsun ya da olmasın insan emeği ile meydana getirilen sonuçtur. Maddenin lafzı ve eserin tanımı dikkate alındığında, ÖZ³⁶, SELİÇİ³⁷ ve YAVUZ/ACAR/ÖZEN³⁸, un da belirttiği üzere, eser sözleşmesi açısından önemli olan sonucun meydana gelmesidir.

Navlun sözleşmesinde taşıyanın asli borcu, eşyanın yükleme limanından varma limanına kadar sözleşmeye uygun olarak gemi ile taşınmasıdır. Burada taşıtanın menfaati, eşyanın zamanında ve hasarsız olarak taşıtana ya da gönderilene teslimi ile sağlanmaktadır. Taşıyan da bu amacı gerçekleştirmek için eşyaya doğrudan zilyet kılınmaktadır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinde sonuç, eşyanın taşıtana veya gönderilene sözleşmede ya da konişmentoda belirtilen şekilde teslimidir.

Navlun sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olması, Türk Hukuku'nda hangi maddi hükümlerin tatbik edileceğinin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu konuda öncelikle, Anayasa madde 90 itibarıyla, navlun sözleşmesine ilişkin uluslararası andlaşmalar dikkate alınmaktadır. Uluslararası andlaşmalar kapsamına girmeyen ve özel kanunlarla düzenlenmeyen hususlarda, 6102 sayılı TTK'nın uygulanacağı ifade edilebilir. 6102 sayılı TTK'da da hüküm bulunmayan hallerde, navlun sözleşmesinin eser sözleşmesi olması

³⁴ AKINCI, ss. 49-51; OKAY, s. 32; ÇAĞA/KENDER, s. 12; ÜLGENER, s. 36; SÖZER, s. 582; CUMALIOĞLU Emre, **Kırkambar Sözleşmesi**, Ankara, 2011, s. 50.

³⁵ Gökyayla'ya göre, yüklenici sadece eserin meydana getirilmesinden değil, aynı zamanda eserin tesliminden de sorumludur. Dolayısıyla, asli yükümlülük eserin meydana getirilip teslim edilmesidir. GÖKYAYLA Emre, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, 2009, s. 9.

³⁶ ÖZ Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, 1989, s. 20.

³⁷ SELİÇİ, s. 26.

³⁸ YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2011, s. 436.

sebebiyle, TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinin³⁹ kıyasen uygulama alanı bulacağı söylenebilir⁴⁰.

II. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Her sözleşme tipinde oluşu gibi, navlun sözleşmesini de diğer sözleşme tiplerinden ve özellikle taşıma sözleşmelerinden ayıran unsurlar mevcuttur. Navlun sözleşmesi açısından deniz yoluyla eşya taşıma taahhüdü olmazsa olmaz unsur olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, hangi durumlarda taşıyanın taşıtana bu yönde bir taahhütte bulunduğu tespitinin de belirlenmesi gerekmektedir. Bu unsurların ortaya konulması; gerek Ticaret Hukuku, gerekse de Milletlerarası Özel Hukuk açısından önem taşımaktadır. Böylelikle, her iki hukuk sisteminde de uygulanacak hükümlerin neler olduğu belirlenebilmektedir.

A. Taşıma Taahhüdü

Navlun sözleşmesinin ayırdedici unsurlarından birisi taşıma taahhüdüdür. Nitekim, gerek 6762 sayılı TTK madde 1016, gerekse de 6102 sayılı TTK madde 1138'den taşıma taahhüdünün navlun sözleşmesinin asli unsuru olduğu anlaşılmaktadır. Navlun sözleşmesini, gemi kira sözleşmelerinden ayıran en belirgin fark da bu husustur. Taşıma taahhüdünün nasıl yerine getirildiği ise navlun sözleşmesinin çeşitlerinin belirlenmesi ve diğer deniz ticaret sözleşmelerinden ayırt edilmesi açısından önem taşımaktadır.

Taşıma fiilinin bir yerden başlaması ve belirli bir yerde bitmesi gerekmektedir⁴¹. Dolayısıyla, taşıma yükleme yeri ile boşaltma yeri arasında bulunan deniz yolunu aşarak gerçekleştirilmektedir. Yükleme yeri ve boşaltma yerinin, sözleşme kurulurken tespiti şart değildir⁴². Belirtilen yerlerin liman olmasına da gerek yoktur. Zira, gemiden gemiye yapılacak taşımalarda boşaltma ya da varma limanından bahsedilememesine rağmen, somut olayın özelliklerine göre navlun sözleşmesinin varlığından söz edilebilmektedir. Burada önemli olan, eşyanın deniz yoluyla taşıma amacıyla taşıyana teslimidir. Dolayısıyla, varma veya boşaltma

³⁹ Yeni TBK madde 502/II uyarınca, işbu kanunda düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerinin niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olacakları ifade edilmektedir. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, ss. 524-525.

6102 sayılı TTK'da düzenlenmeyen navlun sözleşmesine ilişkin hususlar, niteliği itibarıyla vekâlet sözleşmesine uygun değildir. Bu durumda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasının daha doğru olacağı kanısındayız.

⁴⁰ ÇAĞA/KENDER, s. 132.

⁴¹ SÖZER, s. 556.

⁴² AKINCI, s. 8; SÖZER, s. 557.

limanı yerine, varma ya da boşaltma yeri şeklinde ifade etmenin daha isabetli olduğu söylenebilir.

B. Eşya Taşıma Taahhüdü

Eşya, navlun sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Doktrinde bazı yazarlarca⁴³ “eşya”, bazılarınca⁴⁴ ise “yük” kavramı kullanılmaktadır⁴⁵. 6102 sayılı TTK’da ise “eşya” terimine yer verilmektedir. Ancak, “yük” terimi taşıma hukuku açısından yerleşmiş bir kavramdır⁴⁶. Ayrıca, medeni hukuk anlamında eşya terimi tam olarak navlun sözleşmesinin konusunu ifade etmekte yetersiz kalmaktadır. Medeni hukuk anlamında eşya, üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklardır⁴⁷. Navlun sözleşmesinin konusu olan eşyadan maksat ise canlı insan dışındaki taşınması mümkün olan her türlü maddi şeydir⁴⁸. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinin konusuna canlı hayvanlar da dâhil edilebilmektedir.

Taşınacak eşyanın ticari eşya olması; yani iktisadi değer taşımaya da gerek yoktur⁴⁹. Eşyanın sözleşme anında belirlenmiş olması ve hatta var olması da şart değildir⁵⁰. Taşınacak eşyanın mülkiyetinin kimde olduğu da önemli değildir⁵¹. Önemli olan taşıma taahhüdünün bir başkasına yaptırılması ve eşyanın doğrudan zilyetliğinin taşıyana devredilmesidir.

Navlun sözleşmesine konu olan eşyanın, esas olarak, taşımaya elverişli ve maddi nitelikte olması önem arz etmektedir⁵². Taşımaya elverişli eşyanın niteliği, 6102 sayılı TTK madde 1144’ün kıyasen uygulanması ile belirlenebilmektedir. Dolayısıyla, yüklenecek eşyanın taşıyanın durumunu kötüleştirmemesi gerekmektedir⁵³. Bu hususun tarafların

⁴³ ÇAĞA/KENDER “eşya” terimini kullanmayı tercih etmiştir. ÇAĞA/KENDER, s. 2.

⁴⁴ AKINCI, OKAY, SÖZER ve ÜLGNER ise “yük” terimini kullanmayı tercih etmişlerdir. AKINCI, s. 6; OKAY, s. 9; SÖZER s. 557; ÜLGNER, s. 34.

⁴⁵ 6102 sayılı TTK’da “eşya” terimine yer verildiği için çalışmamızda da bu terimi kullanmayı uygun bulmaktayız.

⁴⁶ ATAMER Kerim, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra**, İstanbul, 2006, s.421-422.

⁴⁷ OĞUZMAN Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 6; HATEMİ Hüseyin/AYBAY Aydın, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, 2012, s. 11.

⁴⁸ ÇAĞA/KENDER, s. 2; SÖZER, s. 557.

⁴⁹ AKINCI, s. 3; OKAY, s. 5; SÖZER, s. 558; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 137.

⁵⁰ OKAY, s. 10; SÖZER, s. 558.

⁵¹ ÇAĞA/KENDER, s. 2.

⁵² KENDER Rayegan/ ÇETİNGİL Ergon, **Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler**, İstanbul, 2009, s. 102; CUMALIOĞLU, s. 16.

⁵³ Bu kaniya, “...taşıyan bu yüzden durumu güçleşmedikçe bunu kabul ile yükümlüdür.” ifadesinden yola çıkılarak varılmaktadır. SÖZER, s. 558.

sözleşmeyi yaptıkları sıradaki iradeleri esas alınarak, basiretli birer tacir olarak davranıp davranmadıklarının araştırılarak tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴.

La Haye/Visby Kuralları madde 1/c ile eşya, navlun sözleşmesinde güverteye yüklendiği beyan edilen ve fiilen güvertede taşınan eşya ile canlı hayvan dışında, mal, eşya, ticari metâ ve her cins emtia şeklinde tanımlanmaktadır. Buna karşılık, Hamburg Kuralları madde 1/5 uyarınca, eşya ifadesi canlı hayvanı da kapsamakta ve topluca konteynır, palet ve benzeri taşıma elemanına konulmuş veya ambalajlanmış olursa gönderen tarafından tedarik edilmesi şartıyla eşya kapsamına dâhil kabul edilmektedir. Hamburg Kuralları'na benzer bir düzenleme ile Rotterdam Kuralları madde 1/24'te ise eşya, bir taşıyanın taşıma sözleşmesi kapsamında taşımayı üstlendiği ve taşıyan tarafından tedarik edilmeyen ambalaj ve herhangi bir ekipman ya da konteynırı kapsayan her türlü eşya, mal ve ticari meta olarak ifade edilmektedir. Rotterdam Kuralları uyarınca, eşya kavramına canlı hayvanda dâhil edilmektedir. Bahsedilen düzenlemelerde taşınacak eşyaya ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemektedir. Ayrıca, navlun sözleşmesinin konusunun ticari eşya olmasına dahi gerek yoktur. Bu doğrultuda, Türk Hukuku'nda da paralel bir anlayış benimsenmektedir.

C. Deniz Yoluyla Taşıma Taahhüdü

Navlun sözleşmesinin varlığı için taşıyanın deniz yoluyla eşyanın taşınmasını taahhüt etmesi gerekmektedir⁵⁵. Nitekim, gerek 6762 sayılı TTK madde 1016, gerekse de 6102 sayılı TTK madde 1138'de taşımının denizde yapılması gerektiği hükme bağlanmaktadır. Bu nedenle, nehirde ve gölde yapılan taşımalar navlun sözleşmesi kapsamında değerlendirilememektedir. Zira, navlun sözleşmesi münferit olarak deniz yoluyla yapılan eşya taşımalarına özgü bir kavramdır⁵⁶.

Diğer yandan, 6762 sayılı TTK madde 831 ve 832'nin karşılığı olan, 6102 sayılı TTK madde 931 ve 932'de "deniz" yerine "su" ifadesine yer verilmektedir. Gerekçede ise bu değişikliğin amacının, yeni gelişmeler doğrultusunda iç sularda yapılan taşımalarda ortaya çıkan ihtiyaçlara, kara taşımacılığı yerine deniz taşımacılığına ilişkin kuralları uygulama gereği olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla, 6102 sayılı TTK'nın gerekçesinden iç sularda

⁵⁴ SÖZER, ss. 558-559.

⁵⁵ OKAY, s. 10; ÇAĞA/KENDER, s. 1; SÖZER, s. 559.

⁵⁶ Kender/Çetingil ve Yazıcıoğlu'na göre hem iç su hem de deniz yoluyla yapılan taşımaları konu edinen sözleşmeler de navlun sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 137.

yapılan taşımalarda da navlun sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, ilgili düzenleme, kanunda yer alan diğer kavramlarla uyumlu olmadığı gerekçesiyle, kanımızca da haklı olarak, eleştirilmektedir⁵⁷. Nitekim, 6102 sayılı TTK itibarıyla bazı hükümlerde deniz, bazılarında ise su ifadesine rastlanmaktadır. Bu açıdan hükümler arasında uyum sağlanamadığı görülmektedir⁵⁸.

Diğer yandan, kanun hükümleri arasında uyumun sağlanamamasına rağmen, gerekçe de göz önünde bulundurulduğunda, menfaat dengesinin kurulması amacıyla iç sularda gemi ile yapılan taşımalara, kara taşımacılığına ilişkin hükümlerden ziyade, navlun sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği görüşündeyiz⁵⁹. Zira, taşıyan gemiyi sefere elverişli bulundurma yükümlülüğü ile eşyaya özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirirken tedbirli taşıyandan beklenen dikkat ve ihtimamı göstermek zorundadır. Dolayısıyla, taşıyanın bu husustaki özen borcu iç sularda yapılan taşımalara navlun sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin uygulanması ile sağlanabilir. Ancak, yukarıda genel olarak ifade edildiği üzere, 6102 sayılı TTK’da navlun sözleşmesinin asli unsuru “iç su” değil, “deniz” yoluyla eşya taşıma taahhüdüdür. Bu nedenle, iç sularda yapılan taşımalarda taşıma sözleşmesini navlun sözleşmesi olarak adlandırmak mümkün değildir. Navlun sözleşmesi hükümlerinin iç sularda yapılacak taşımaları konu edinen taşıma sözleşmelerine niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir⁶⁰.

⁵⁷ ALGANTÜRK/LIGHT, s.126; ÇETİNGİL Ergon/ KENDER Rayegan/ÜNAN Samim/ YAZICIOĞLU Emine, “TTK Tasarısı’nın ‘Deniz Ticareti’ Başlıklı Beşinci Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında”, **Deniz Hukuku Dergisi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler**, Özel Sayısı, Ocak 2006, s. 8; KOYUNCU İbrahim Serdar, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın ‘Deniz Ticareti’ Kitabındaki Bazı Hükümler Hakkında Değerlendirilmesi”, **Deniz Hukuku Dergisi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler**, Özel Sayısı, Ocak 2006, s. 353.

⁵⁸ Öncelikle, 6102 sayılı TTK’nın Beşinci Kitabı’nın başlığı “Suda Ticaret” değil, “Deniz Ticareti”dir. 6102 sayılı TTK’nın 932. maddesinde denize elverişlilik ifadesi korunmuştur. Bunun yanında, 6102 sayılı Kanunu’nun 933, 935, 952, 1027, 1080, 1090, 1094, 1098, 1104, 1243, 1133, 1138, 1141, 1147, 1148, 1151, 1181, 1182, 1185, 1186, 1203, 1204, 1213, 1220, 1243, 1244 vd. maddelerinde “deniz” ifadesine yer verilmektedir. Diğer yandan, kanununun 931, 932, 1064, 1320 ve 1352. maddelerinde ise “su” ifadesi yer almaktadır.

⁵⁹ Bu yöndeki görüşler için bkz., OKAY II, s. 10.

⁶⁰ Çetingil/Kender/Ünan/Yazıcıoğlu’na göre bu husus 6102 sayılı TTK’da en iyi şekilde, deniz ticaretine ilişkin hükümlerin bütünlüğü bozulmadan şu şekilde ifade edilebilir: “*Bu Kitap hükümleri, niteliğine uygun olduğu ölçüde su araçları ve iç sularda taşıma hakkında da uygulanır. Bu Kitap hükümlerinin iç su gemileri ve iç su taşımaları hakkında uygulanmasında “deniz” terimi iç su, “gemi” terimi iç su gemisi, “navlun sözleşmesi” terimi de iç su taşıma sözleşmesi olarak anlaşılır.*” Bu konuda bkz., ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN/YAZICIOĞLU, s. 8.

D. Taşıma Taahhüdünün Gemi ile Gerçekleştirilmesi

Navlun sözleşmesi sadece gemi ile ifa edilebilmektedir. Bu nedenle, hangi araçların gemi olarak kabul edileceği önem taşımaktadır. Ancak, bu konuda gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta farklı tanımlara rastlamak mümkündür.

1. 6102 sayılı TTK Anlamında Navlun Sözleşmesi Açısından Gemi

6762 sayılı TTK madde 816/I uyarınca, tahsis edilen gayeye uygun olarak kullanılan, denizde hareket etme imkânına bağlı bulunan ve pek küçük olmayan her türlü tekne gemi olarak tanımlanmaktaydı. 6102 sayılı TTK madde 931/I'de ise tahsis edilen amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzmeye özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etme imkânı bulunmasa da, bu kanun bakımından “gemi” olarak kabul edilmektedir. Gemi esas olarak ulaşım aracı olarak; yani insan ve/veya eşya taşımak için kullanılmaktadır⁶¹. Dolayısıyla, 6102 sayılı TTK açısından, geminin bu niteliği göz önünde bulundurularak, unsurları şu şekilde ifade edilebilmektedir:

i. Gemi araç biçiminde olmalıdır. 6762 sayılı TTK madde 816'da “araç” yerine, “tekne”⁶² ifadesine yer verilmekteydi. Araç terimi, tekne ifadesini de kapsayan geniş bir anlama gelmektedir. Burada önemli olan cismin işlevi, teknik ya da yapısal özellikleri değildir. Dolayısıyla, sallar, dubalar, petrol platformları gibi denizde yüzebilmek ve hareket edebilme kabiliyetine sahip her cisim gemi sayılabilmektedir⁶³.

ii. Araç pek küçük olmamalıdır. Bu unsur, 6762 sayılı TTK'da da aranmaktaydı. Burada pek küçük olmamadan kasıt, geminin teknik kriterler bakımından ve dayanıklılık normları itibarıyla, denizcilikte kabul edilen genel ve soyut ölçüler içinde normal deniz

⁶¹ SÖZER, s. 1.

⁶² Burada, tekne ile kastedilen içi oyuk, hacimli ve suda yüzen bir cisimdir. OKAY Sami, **Deniz Ticareti Hukuku I**, 3. Bası, İstanbul, 1970, s. 46 (OKAY I); KALPSÜZ Turgut, **Deniz Ticareti Hukuku**, Cilt I-Giriş, Ankara, 1971, s. 76; ÇAĞA Tahir/KENDER Rayegan, **Deniz Ticareti Hukuku I-Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan**, gözden geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, 2009, s. 78 (ÇAĞA/KENDER I); GÖĞER Erdoğan, **Deniz Hukukundaki Eşya Taşıma (Navlun) Mukavelelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, 1965, s. 11; CAN Mertol, **Deniz Ticareti Hukuku, Cilt I**, Ankara, 2000, s. 10.

Sözer ise tekne kavramının bu şekilde ele alınmaması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, 6762 sayılı TTK'da teknenin teknik anlamının yerine, günlük dildeki kullanımından hareketle ne anlama geldiğinin ortaya konulmasının doğru bir yaklaşım olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle, 6762 sayılı TTK uyarınca, tekne ile gemi aynı anlamları ifade etmektedir. SÖZER, ss.72-74.

⁶³ SÖZER, s. 75.

tehlikeleri ile baş edebilecek nitelikte olmasıdır⁶⁴.

iii. Bir aracın gemi vasfını haiz olabilmesi için suda hareket etme yeteneği bulunmalıdır. Bu anlamda, su üzerindeki her türlü hareket bu unsur kapsamında değerlendirilebilmektedir⁶⁵.

iv. Gemi suda hareketi gerektiren bir amaca tahsis edilmelidir⁶⁶. Diğer unsurları barındırmasına rağmen, geçici olarak suda hareket dışında başka bir amaç için tahsis edilse bile gemi vasfını kaybetmemektedir⁶⁷. Dolayısıyla, araç, tahsis amacının sürekliliğinin makul süreler boyunca sekteye uğraması halinde gemi niteliğini yitirmemektedir.

v. Ayrıca, 6102 sayılı TTK'da aracın "kendiliğinden hareket etme imkânı bulunmasa" bile "bu kanun" açısından gemi sayılacağı da belirtilmektedir. 6762 sayılı TTK'da belirtilen ifadeye yer verilmemekteydi. Ancak, doktrinde çoğunlukla geminin kendiliğinden hareket edebilme kabiliyetinin bulunmasının şart olmadığı kabul edilmekteydi⁶⁸.

vi. Gemi sadece suda hareket etme değil, ayrıca yüzme özelliğine de sahip olmalıdır. Böyle bir unsurun neden ayrıca kanunda belirtildiğine bir anlam verebilmek mümkün değildir. Zira, suda yüzemeyen bir aracın 6102 sayılı TTK'da belirtilen suda hareket etme özelliğine sahip olabilmesi, doğal olarak, mümkün gözükmemektedir.

Tüm bu unsurları içeren geminin navlun sözleşmesinden kaynaklanan taşıma taahhüdünü ifa edebilmesi için ayrıca ticaret gemisi olması gerekmektedir. Zira, 6102 sayılı TTK madde 935/I⁶⁹ uyarınca, deniz ticareti hükümleri sadece ticaret gemileri için geçerlidir. Bu anlamda, 6102 sayılı TTK madde 931/II itibarıyla ise suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın "ticaret gemisi" sayılmaktadır.

6102 sayılı TTK madde 931'de yer verilen "su" ifadesinden yola çıkarak, deniz ticareti hükümlerinin sadece deniz gemileri için değil, içsu gemileri için de geçerli olduğu

⁶⁴ OKAY I, s. 79; CAN, s. 11; SÖZER, s. 114.

⁶⁵ ATAMER, s. 138.

⁶⁶ ÇAĞA/KENDER I, s. 46; CAN, ss. 11-12; SÖZER, s. 110; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 33.

⁶⁷ SÖZER, s. 110.

⁶⁸ ÇAĞA/KENDER I s. 50; KENDER/ÇETİNGİL, s. 34; CAN, s. 12; ÇAKALIR, s. 27. Aksi görüş için bkz., SÖZER, s. 99.

⁶⁹ 6762 sayılı TTK madde 822'nin dilinin sadeleştirilmiş halidir.

sonucuna varılabilir. Ancak, navlun sözleşmesi itibarıyla deniz yoluyla taşıma taahhüdü sadece “deniz gemisi” ile yapılabilmektedir⁷⁰. Ayrıca, 6762 sayılı TTK madde 1016, 1019 ve 816 dikkate alındığında, taşımanın yapılacağı geminin bir deniz gemisi olması gerektiği sonucuna varılabilir. İlgili hükümlere karşılık gelen 6102 sayılı TTK madde 1138, 1141 ve 931 ile de aynı sonuca varmak mümkündür. Ancak, Çetingil/Kender⁷¹, Akıncı⁷² ve Akan⁷³, iç su gemisiyle denizde yapılan taşımaların da menfaatler dengesi nedeniyle, navlun sözleşmesi sayılacağını ve bu anlamda, geminin niteliğinin aslında önemli olmadığını belirtmektedirler. Cumalıoğlu⁷⁴ da bu değerlendirmelere ek olarak, geminin iç su ya da deniz gemisi olmasından ziyade denize, yola ve yüke elverişli olması gerektiğini ifade etmektedir.

Kanımızca, deniz yoluyla yapılacak taşımalarda geminin deniz gemisi olup olmaması önemlidir. Diğer yandan, taşıyanın gemiyi sefere elverişli bulundurma yükümlüğü ve eşyaya özen gösterme yükümlülüğü, özen yükümü ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğudur. Dolayısıyla, taşıyanın gerek geminin temini, gerekse de eşyanın muhafazası için makul ve tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde, edimini gereği gibi ifa etmediği kabul edilmektedir. Bu anlamda, deniz gemisi ile iç su gemisinin aynı ölçülerde denize, yola ve yüke elverişli olması beklenmemektedir. Keza, iç su gemisinin denizde kullanılması halinde eşyayı muhafaza ve bakımının tam olarak sağlanması da mümkün olmayabilir. Zira, yolculuğun yapılacağı deniz yolu ile su yolu aynı düzeyde tehlikeleri barındırmamaktadır. Nitekim, 6102 sayılı TTK madde 1138 vd.da navlun sözleşmesinin asli unsurunun “deniz yoluyla eşya taşıma” olduğu vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, deniz ticareti hükümleri açısından navlun sözleşmesi söz konusu olduğunda gemi ile kastedilenin deniz gemisi olduğunun anlaşılması gerektiği görüşündeyiz.

Navlun sözleşmesi açısından önemli olan bir diğer husus ise geminin niteliğinin, sözleşme yapılırken belirlenmesinin gerekli olup olmadığıdır⁷⁵. Geminin, navlun sözleşmesinin yapıldığı sırada belirlenmesinde çoğu zaman taşıyanın menfaati söz konusu olsa da böyle bir zorunluluktan bahsetmek her zaman mümkün olmayabilir⁷⁶. Ancak, geminin

⁷⁰ AKINCI, s. 3; OKAY II, s. 12; ÇAĞA/KENDER II, s. 2; SÖZER, s. 560.

⁷¹ KENDER/ÇETİNGİL, s. 102.

⁷² AKINCI, s. 3.

⁷³ AKAN Pınar, **Deniz Hukuku'nda Geminin Enkaz Haline Gelmesinin Hukuki Niteliği ve Sonuçları**, İstanbul, 2005, s. 15.

⁷⁴ CUMALIOĞLU, s. 20.

⁷⁵ AKINCI, s. 6; OKAY II, s. 12; ÇAĞA/KENDER II, s. 2; SÖZER, s. 560; CUMALIOĞLU, s. 20.

⁷⁶ ÇAĞA/KENDER II, s. 2.

yükleme ve boşaltma donanımlarının ve ambar kapasitesinin ne olduğunun belirlenmesi geminin sefere elverişliliği; geminin yaşı, teknik nitelikleri, genel durumu da sigorta maliyetleri açısından önem taşımaktadır⁷⁷.

Geminin niteliğinin taşıyan tarafından belirlenmesinin hukuki niteliğine ilişkin ise çeşitli görüşler⁷⁸ mevcuttur. Taşıyana bunu sağlayacak hukuki imkânlar da sunulmaktadır. Navlun sözleşmelerinde geminin taraflarca belirlendiği durumlarda, sözleşmeye konan ikame veya aktarma şartı (substitution or transhipment clause) taşıyan tarafından başka bir gemi ile taşıma olanağı sağlamaktadır. İkame şartı, tarafların kararlaştırdıklarından farklı bir gemi ile taşımının gerçekleştirilebileceğine dair sözleşmeye konan hükümdür⁷⁹. Aktarma şartı ise, sözleşmede yer alan ve taşıyana seyir sırasında gemiden gemiye eşya yükleme veya yeniden yükleme imkânı veren kayıttır⁸⁰.

Diğer yandan, kırkambar sözleşmelerinde ikame veya aktarma şartının önemi yoktur. Zira, taşıtanın sözleşmenin yerine getirilmesinden beklediği menfaat, sadece eşyanın zamanında ve hasarsız bir şekilde taşınmasıdır⁸¹. Önemli olan taşınacak eşyadır. Eşyanın hangi gemiyle taşınacağı hususundan taşıtanın menfaati yoktur⁸². Geminin ismen belirlenip belirlenmediği ya da gemi ile taşıyan arasındaki hukuki ilişkinin ne olduğu da önemli değildir⁸³. Bu nedenle, kırkambar sözleşmeleri düzenli hat taşımacılığına söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, kırkambar sözleşmelerinde ikame veya aktarma şartının yer almasına gerek duyulmamaktadır. Bu husus, yolculuk charteri sözleşmesi ile kırkambar sözleşmesi arasındaki en önemli farktır⁸⁴.

⁷⁷ SÖZER, s. 560.

⁷⁸ Okay'a göre, ikame şartının ifade ediliş biçimine göre geminin belirlenmesi farklı şekillerde değerlendirilmektedir. Buna göre, ikame şartı "Eşya A gemisi veya onun yerine B gemisi ile taşınacaktır" ya da "Eşya A gemisine yüklenecektir. Taşıyan dilerse, o hattın başka bir gemisi ile de taşıyabilir" şeklinde düzenlenirse; birinci durumda sınırlı cins borcu, ikinci durumda ise edimi değiştirme yetkisi söz konusu olmaktadır. OKAY II, s. 88.

Akıncı ise ikame şartı açısından herhangi bir ayırım yapmadan geminin belirlenmesinin taşıyana seçimlik borç yüklediğini ifade etmektedir. AKINCI, s. 7.

Ayrıca bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., CUMALIOĞLU Emre, "Kırkambar Sözleşmesinde Taşıyanın Gemiyi Belirlemesinin Hukuki Niteliği", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 2, 2008, ss. 79-95. ("Taşıyanın Gemiyi Belirlemesi").

⁷⁹ GASKEL Nicholas/ ASARIOTIS Regina/ BAATZ Yvonne, **Bills of Lading: Law And Contracts**, London, 2000, s. 163.

⁸⁰ GASKEL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 164.

⁸¹ CUMALIOĞLU, "Taşıyanın Gemiyi Belirlemesi", s. 71.

⁸² AKINCI, s. 7; ÇAĞA/KENDER II, s. 22.

⁸³ CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s. 20.

⁸⁴ Diğer yandan, doktrinde kimi yazarlarca, bazı durumlarda kırkambar sözleşmelerinde de ikame şartının yer almasının önemli olduğu savunulmaktadır. Buna göre, kırkambar sözleşmelerinde taşıyan taşımayı, işletmeye ait herhangi bir gemi ile yapmak ya da işletmeye ait herhangi bir gemiye eşyayı aktarmada bulunma yetkisine sahiptir. İşletme haricinde bir başka

Yolculuk çarteri sözleşmelerinde ise eşyayı taşıyacak gemi ismen belirlenmekte ve taşıtana tahsis edilmektedir. Burada kastedilen geminin münferit olarak belirlenmesi değil, geminin niteliklerine ait diğer özelliklerin taraflarca, özellikle taşıtan tarafından tespit edilmesidir⁸⁵. Geminin ferden belirlenmesine rağmen, başka bir gemi ile taşıma taahhüdü ifa edilirse, bu takdirde taşıyan başka gemiye yükleme ve aktarma yasağına aykırı davranmış sayılmaktadır. Dolayısıyla, 6102 sayılı TTK madde 1150⁸⁶ uyarınca, meydana gelen her türlü zarardan sorumludur. Ancak, ilgili hüküm itibarıyla, taşıyan taşıtanın iznini alarak, başka herhangi bir gemide taşıma işini gerçekleştirebilmektedir. Bu nedenle, çarter sözleşmelerinde genellikle ikame ya da aktarma şartına yer verilmektedir.

2. Anglo-Amerikan Hukuk'unda Gemi

İngilizce'de “tekne” (vessel) ile “gemi” (ship) kavramları bazı durumlarda eş anlamlı; bazı durumlarda ise farklı anlamlarda kullanılmaktadır. *Longman Dictionary of Contemporary English* “vessel”⁸⁷ kelimesi “gemi (ship)”, “ship”⁸⁸ kelimesini ise “denizde eşya veya yolcu taşımak için kullanılan büyük tekne (boat)” şeklinde tanımlanmaktadır. *Oxford Advance Learner's Dictionary* “vessel”⁸⁹ kelimesini “gemi (ship) veya tekne (boat)”, “ship”⁹⁰ kelimesini ise “insanları ya da eşyaları denizde taşıyan büyük tekne (vessel)” olarak tarif etmektedir.

Anglo-Amerikan Hukuku'nda birçok davada geminin tanımı konusunda çok fazla tartışmaya rastlanmamaktadır. Zira, geminin sözlükteki anlamından ziyade, onu eşya taşımak amacıyla inşa edilen araç şeklinde tanımlamaya dair hukuki eğilim mevcuttur. Böylelikle, araç ya da teknenin geminin unsurları arasında sayılıp sayılmayacağına ilişkin tartışma değer görmemektedir. Tartışmalar daha çok geminin diğer unsurlarının varlığının aranıp

gemiye eşyayı yükleme ya da aktarma söz konusu olursa, taşıyanın 6102 sayılı TTK madde 1150 uyarınca taşıyanın sorumluluğuna gidilebilecektir. AKINCI, s. 141; ÇAĞA/KENDER II, s. 20.

Ancak, Cumalıoğlu'nun da haklı olarak belirttiği üzere, taşıyana böyle bir sınırlama getirmeye gerek yoktur. Kaldı ki böyle bir sınırlamaya pozitif açıdan gerekçe bulmak da güçtür. Ayrıca, kırkambar sözleşmelerinde çarter sözleşmelerinden farklı olarak, geminin tamamının ya da belirli bir kısmının tahsisi söz konusu değildir. Bu nedenle, geminin kimliği önem taşımamaktadır. Dolayısıyla, taşıyan ile gemi arasındaki hukuki ilişkinin de aslında bir önemi yoktur. CUMALIOĞLU, “Taşıyanın Gemiye Belirlemesi”, s. 81.

⁸⁵ KANER İnci, “Çarter ve Kırkambar Sözleşmesi Ayrımı”, **Hukuk Araştırmaları**, Cilt 10, Sayı 1-3, 1996, s. 427.

⁸⁶ 6762 sayılı TTK madde 1028 ile aynıdır. Sadece dili sadeleştirilmiştir. Maddenin başlığı ise “Kararlaştırılmış Olan Gemi” iken, “Başka Gemiye Yükleme ve Aktarma” olarak değiştirilmiştir.

⁸⁷ **Longman Dictionary of Contemporary English**, Edinburgh: Longman, 1995, s.1592.

⁸⁸ **Longman Dictionary of Contemporary English**, s.1312.

⁸⁹ **Oxford Advanced Learner's Dictionary, Fourth Edition**, Oxford University Press, 1989, s. 1417.

⁹⁰ **Oxford Advanced Learner's Dictionary**, s. 1170.

aranmayacağı etrafında toplanmaktadır. Bu doğrultuda, her pozitif düzenlemenin ve davanın kendi amacına ve niteliğine göre değerlendirme yapılmaktadır. Genel olarak ise gemi tanımlanırken “tekne” yerine “araç” ifadesinin kullanıldığı söylenebilir. Bunun sebebi ise “araç” ifadesinin daha kapsayıcı ve tanımlayıcı olmasıdır.

Schoenbaum, gemiyi tanımlamak için en iyi kriterin yapım ve tahsis gayesini tespit etmek olduğunu ifade etmektedir⁹¹. Bu nedenle, gemi; büyüklüğü, biçimi ya da yük kapasitesinden ayrı bir şekilde ele alınmaktadır. Böylelikle, yelkenli ve kendi başına hareket kabiliyeti olmayan diğer araçlar da gemi kapsamında kabul edilmektedir. Schoenbaum bütün bu değerlendirmelerin ardından, geminin ne olduğu sorusuna cevap verirken aşağıdaki unsurların tespitinin gerekli olduğunu belirtmektedir⁹²:

- a. Araç su üzerinde hareket etmek üzere inşa edilmeli ve su yoluyla taşıma yapabilme kapasitesine sahip olmalıdır.
- b. Denizden gelen tehlikelere karşı koyabilmelidir.
- c. Belirtilen hususları sürekli olarak bünyesinde barındırmalıdır.
- d. Kanunda belirtilen unsurlarla uyum sağlamalıdır.

Schoenbaum, gemiyi tekne veya araç unsurları ile vasıflandırmamaktadır. Bunun yerine; yapım ve tahsis amacına önem vererek, gemiyi daha geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Yazarın tespitlerinden yola çıkarak gemi şu şekilde tanımlanabilmektedir: “Gemi, yapım ve tahsis gayesi sürekli olarak suda taşımaya özgülenmiş, olağan deniz tehlikelerine karşı koyabilen araçtır”.

Gilmore ve Black⁹³ ise gemiyi en yakın anlamıyla su üzerinde bir şeyleri taşıma yeteneği bulunan yüzer yapılar olarak tarif etmektedir. Yazarlar, geminin karakteristik unsuru olan suda yüzebilme yeteneğini ön plana çıkarmaktadırlar.

Sheppard⁹⁴ ise her iki kavramı birbirlerinin yerine kullanmakla birlikte, teknenin unsurlarını ayrıntılı olarak ortaya koymaktadır. Tekneyi ya da gemiyi⁹⁵, su yoluyla taşıma için

⁹¹ SCHOENBAUM, s. 37.

⁹² SCHOENBAUM, s. 38.

⁹³ GILMORE Grant/ BLACK Charles L. Jr., *The Law of Admiralty, Second Edition*, New York, 1975, s 33.

kullanılan veya kullanılma kabiliyeti olan her türlü su aracı olarak tarif etmektedir. Bu tanımla Sheppard'ın, tekne ve araç (craft) kavramları arasında herhangi bir ayrım yapmadığı, aracı tekneyi tanımlanırken kullandığı görülmektedir. Ayrıca, tekne veya geminin suda hareket etme özelliğinin asli unsurlarından biri olduğu ifade edilmektedir⁹⁶.

McRea ve Smith ise tekne ve gemi kavramları arasında küçük farklılıkların olduğunu belirtmektedir⁹⁷. Dolayısıyla gemi tanımlanırken, tekne yerine araç ifadesini kullanmayı uygun görmektedir. Bu hususu da yargı kararlarından yola çıkarak açıklamaktadırlar. Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin verdiği 22.02.2005 tarihli *Stewart v. Dutra Construction Co* Kararı'nda⁹⁸ suda taşıma yapabilme kabiliyetine sahip tüm su araçlarının gemi olduğu belirtilmektedir⁹⁹. Ancak, su aracının sadece söz konusu unsura sahip olması gemi sayılması için yeterli sayılmamaktadır. Geminin ne olduğu sorusuna cevap verilirken su aracının kendi kendine hareket etme gücüne sahip olmasının gerekli olmadığı ifade edilmekte, sadece suda sefer yapabilme kabiliyetini haiz olmasının yeterli olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁰ Burada, 6102 sayılı TTK ile getirilen yeni tanımlamada olduğu gibi, araç kelimesi tekneden daha kapsayıcı bir anlamda kullanılmaktadır.

Robertson ve Sturly ise geminin tanımı ile ilgili olarak, McRea ve Smith'in tespitlerine katılmakla birlikte, su aracının uzun süreli dönemlerde tamire alınması halinde gemi vasfını yitireceğini vurgulamaktadır¹⁰¹. Dolayısıyla, Robertson ve Sturly'e göre, su aracının gemi sayılabilmesi için, suda taşıma kabiliyetinin süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Ancak, su aracının eşya taşıma özelliğini yitirmeden kesintiye uğrayabileceğini de belirtilmektedir¹⁰².

3. Uluslararası Düzenlemelerde Gemi

La Haye/Visby Kuralları madde 1/d'de gemi tanımlanmaktadır. Buna göre, gemi denizde eşya taşımak için kullanılan her türlü tekne (vessel) olarak kabul edilmektedir. İlgili

⁹⁴ MANDARAKA-SHEPPARD Aleka, **Modern Admiralty Law**, London, 2001, s. 15.

⁹⁵ MANDARAKA-SHEPPARD, s. 18.

⁹⁶ MANDARAKA-SHEPPARD, s.18.

⁹⁷ McREA Colin A./ SMITH Edgard M., "Admiralty", **Mercer Law Review**, Vol.62, 2011, s. 1059.

⁹⁸ İlgili Karar için bkz., <http://www.admiraltylawguide.com/supct/Stewart.pdf> (e.t.: 15.02.2012)

⁹⁹ Ibid., s. 2.

¹⁰⁰ Ibid., s. 2.

¹⁰¹ ROBERTSON David W./ STURLEY Micheal F., "Recent Developments in Admiralty and Maritime Law at the National Level and in the Fifth and Eleventh Circuits", **Tulane Maritime Law Journal**, Vol. 35, 2011, s. 592.

¹⁰² ROBERTSON/STURLEY, s. 592.

hüküm ile gemi, 6762 sayılı TTK’da belirtilen “tekne” unsuru ile tarif edilmektedir. Teknenin ne gibi unsurlara sahip olması gerektiğine ise değinilmemektedir. Bu konuda getirilen tek kriter teknenin, eşyanın deniz yoluyla taşınmasına uygun olmasıdır.

La Haye/Visby Kuralları’nda suda hareket etme unsuruna açıkça yer verilmemektedir. Ancak, geminin amacının deniz yoluyla eşya taşıma olması gerekmektedir. Bu anlamda, dolaylı olarak ilgili kriterden de bahsedilmektedir. Zira, taşıma eşyanın bir yerden diğer bir yere götürülmesi olarak düşünülecek olursa, geminin suda hareket etmeden ilgili amacı gerçekleştiremeyeceği ifade edilebilir. Ayrıca, “deniz” ifadesinin “seyrüsefere” elverişli içsuları da kapsayacağı kabul edilmektedir¹⁰³.

Hamburg Kuralları’nda ise gemi tanımına yer verilmemektedir. Hamburg Kuralları’nın düzenlenme amacı deniz yoluyla eşya taşımacılığıdır. Bu nedenle, ilgili düzenleme açısından da geminin, La Haye/Visby Kuralları’nda belirtildiği gibi eşya taşımak için kullanılan her türlü tekne olduğu kabul edilebilir.

Rotterdam Kuralları madde 1/25 itibarıyla da gemi deniz yoluyla eşya taşıyan her türlü tekne olarak kabul edilmektedir. Keza, La Haye/Visby Kuralları ile aynı tanıma yer verilmektedir. İlgili düzenleme ile ilgili değinilen hususların, Rotterdam Kuralları açısından da uygulama alanı bulabileceği ifade edilebilir.

E. Taşıyanın Eşyaya Zilyet Olması

Navlun sözleşmesinin asli unsurlarından biri de taşıyanın eşyaya zilyet olmasıdır. Taşıyan eşyanın doğrudan; fer’i zilyedi, kaptan ise zilyet yardımcısıdır¹⁰⁴. Taşıtanın doğrudan zilyetliğini koruduğu sözleşmelerde ise taşıma sözleşmesinin varlığına rağmen; navlun sözleşmesinden bahsedilememektedir¹⁰⁵. Ancak, konişmentolu taşımalarda senedi elinde bulunduran taşıtanın dolaylı zilyetliğinin navlun sözleşmesinin varlığına engel teşkil etmeyeceği söylenebilir.

¹⁰³ GÜNAY Barış, **Hazırlık Çalışmaları Işığında Lahey/Visby Kuralları (Rotterdam Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Ankara, 2013, s. 85.

¹⁰⁴ ÇAĞA/KENDER II, s. 3.

¹⁰⁵ SÖZER, s. 562.

Taşıyanın eşyaya zilyet olması, eşyaya özen borcunun bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰⁶. 6102 sayılı TTK madde 1178/I itibarıyla, taşıyan navlun sözleşmesinin ifasında, özellikle eşyanın yükletilmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen özeni göstermekle yükümlü olduğu hükme bağlanmaktadır. Taşıyan bu yükümlülüğünü yerine getirebilmek için eşya üzerinde fiili hâkimiyetini tesis etmek zorundadır. Bu anlamda, navlun sözleşmesinde zilyet tarafından eşyanın taşıyana teslim edilmesi gerekmektedir. Böylelikle, taşıyan navlun sözleşmesini gereği gibi ifa edebilmek için zilyetliğin sağladığı korumalardan ve karinelere¹⁰⁷ yararlanabilir.

F. Navlun

“Navlun” kelimesi ile ifade edilen deniz yolu ile eşya taşımalarında ödenen ücrettir¹⁰⁸. Navlun sözleşmesinde taşıtan, taşıma işinin karşılığında navlunu ödemek zorundadır. Nitekim bu husus, 6102 sayılı TTK madde 1138’de de açık bir şekilde ifade edilmektedir. Navlun karşılığı yapılmayan taşımalar navlun sözleşmesi olarak kabul edilmemektedir¹⁰⁹.

Navlunu ödemekle yükümlü olan taşıtandır. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 1203¹¹⁰ itibarıyla, eşyanın taşıtandan başka bir kişiye teslim edilecek olması halinde, navlun sözleşmesine ya da konişmentoya veya diğer denizde taşıma senetleri uyarınca eşyanın teslimi istendiğinde gönderilen belirtilen istemin dayandığı navlun sözleşmesi veya konişmento ya da denizde taşıma senedine göre, navlunu ve diğer alacakları ödemekle yükümlü olmaktadır.

¹⁰⁶ KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 139.

¹⁰⁷ Buna göre taşıyan, Türk Medeni Kanun (TMK) madde 981 anlamında her türlü gasp veya saldırıyı kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, kuvvet kullanarak bertaraf edebilmektedir. Aynı zamanda taşıyan, MK madde 986/I itibarıyla başkasının mülkiyet karinesine de dayanabilmektedir. TMK madde 986/II uyarınca da taşınan eşyaya navlun sözleşmesi; yani kişisel hak iddiası ile fer’i zilyet olduğu için iddia ettiği hakkın varlığına karine olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, taşıyan fer’i zilyet olarak, asli zilyet dışındaki kişilere şartların varlığı halinde taşınır davası da açabilmektedir. Zilyetliğe ilişkin korumalar ve karinelere ilişkin olarak bkz., OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, ss. 78-104; HATEMİ/AYBAY, ss. 55-71.

¹⁰⁸ CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s. 22.

¹⁰⁹ OKAY II, s. 13; AKINCI, s. 10; KENDER/ÇETİNGİL, s. 103; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 139.

¹¹⁰ 6762 sayılı TTK madde 1069’dan farklı olarak, sadece navlun sözleşmesi veya konişmento tabirine ek olarak, diğer denizde eşya taşıma senedi de ilave edilmiştir.

6102 sayılı TTK madde 1193¹¹¹ itibarıyla da eşyanın ölçüsü, tartısı veya sayısı üzerine kararlaştırılmışsa, tereddüt halinde, navlun miktarı gönderilene teslim edilen eşyanın ölçü, tartı ve sayısına göre belirlenmektedir. Ayrıca, ilgili kanun madde 1194¹¹² uyarınca, navlun zaman üzerine de kararlaştırılabilmektedir. Taşınmak üzere teslim alınan eşya için navlun miktarı kararlaştırılmamışsa, 6102 sayılı TTK madde 1195/I¹¹³ itibarıyla, yükleme zamanı ve yerinde mutata olan navlunun ödeneceği ifade edilebilmektedir.

G. Anlaşma

Navlun sözleşmesinin asli unsurlarından en önemlisi tarafların anlaşmasıdır. Tarafların objektif esaslı unsurları; diğer bir deyimle eşyanın sefere elverişli gemi ile deniz yoluyla taşınacağı hususunda anlaşmaları gerekmektedir. Taşıyan ve taşıtan asli unsurlarda anlaşmalarını karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıkladıkları takdirde navlun sözleşmesi kurulmaktadır. (TBK madde 1) Varma yeri, boşaltma yeri gibi ikinci dereceden hususların taraflarca hüküm altına alınmamış olması halinde dahi, sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. (TBK madde 2)

Kanunda navlun sözleşmesi herhangi bir şekilde tabi tutulmamaktadır. Ancak, taraflar sözleşmeyi belirli bir şekilde yapmayı kararlaştırmışlarsa bu hususla bağlıdırlar. 6102 sayılı TTK madde 1139¹¹⁴ ile yolculuk charteri sözleşmesi yapıldığında, taraflardan herbiri, giderini verdikten sonra sözleşme şartlarını içeren bir yolculuk charter partisi isteyebilmektedir. İlgili hüküm herhangi bir şekil şartı getirmemektedir. Buna karşılık, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 200 uyarınca, ikibinbeşyüz Türk Lirasını aşılırsa, 6102 sayılı TTK madde 1139 sözleşmenin ispatına hizmet etmektedir. Türk Hukuku'nda kırkambar ve zaman charteri sözleşmesi açısından ise böyle bir hükme yer verilmemektedir.

Navlun sözleşmesinin ne zaman kurulduğunun tespiti önemlidir. Bu konuda, 6102 sayılı TTK'da herhangi bir hüküm yer almadığı için doğrudan genel hükümler; yani TBK uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla, bu hususta önemli olan öneri ve kabul beyanlarıdır. Buna göre, taşıtanın navlun karşılığında eşyayı deniz yoluyla taşıtma iradesini açık veya zımnen karşı tarafa yöneltmesi; buna karşılık, taşıyanın da öneriye uygun bir şekilde

¹¹¹ 6762 sayılı TTK madde 1074'ün dilinin sadeleştirilmiş halidir.

¹¹² 6762 sayılı TTK madde 1076'nın dilinin sadeleştirilmiş halidir.

¹¹³ 6762 sayılı TTK madde 1073'ün dilinin sadeleştirilmiş halidir.

¹¹⁴ 6762 sayılı TTK madde 1017 dilinin sadeleştirilmiş halidir.

sözleşmeyi kurma iradesini taşıtana yönlendirmesi gerekmektedir. Taşınacak eşyanın taşıyana teslimi sözleşmenin kurulmasını değil, sözleşmenin konusu olan taşıma ediminin ifasının başlangıcını oluşturmaktadır. Uygulamada ise taşıtandan malın taşınmak üzere gönderileceği ihbarını alan taşıyan veya temsilcisi, ihbarı kaydederek “kabul kaydı” (booking note) denilen bir belge düzenlemektedir. Bu kayıt ile sözleşme kurulmuş sayılmaktadır¹¹⁵.

Kırkambar sözleşmelerinde taşıyan, gemi kalkış zamanlarını ve navlun tarifelerini de ilan etmektedirler. 818 sayılı TBK yürürlükteyken belirtilen durumda taşıyanın öneriye davette bulunduğu kabul edilmekteydi. Zira, 818 sayılı TBK madde 7/II dikkate alındığında tarife ve cari fiyat listesinin öneri olarak değil; öneriye davet olarak görülmekteydi¹¹⁶. Davet üzerine taşıtanın taşıyana veya temsilcisine öneride bulunması ve taşıyan ya da temsilcisinin bunu kabulü ile sözleşmenin kurulacağı varsayılmaktaydı¹¹⁷.

Ancak, yeni TBK'nın yürürlüğe girmesi ile mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça, öneri olarak kabul edilmektedir. (madde 8/II) Bu düzenleme nedeniyle, taşıyan makul ve tedbirli birer tacir gibi davranarak, navlun tarifelerinin ilanı ile bağlı kalmak istemiyorsa bu hususu ilan ile birlikte açıkça belirtmek zorundadır¹¹⁸. Aksi takdirde, taşıtanın kabul beyanını TBK'ya uygun bir şekilde açıklaması durumunda, taşıyan elindeki imkânlar ile taşıma edimini gereği gibi ifa edemezse, onun sözleşmesel sorumluluğu ortaya çıkabilmektedir. Zira, belirtilen durumda sözleşme kurulmuş sayılmaktadır.

Diğer yandan, elektronik ticaretin ortaya çıkmasıyla birlikte diğer tip sözleşmelerde olduğu gibi, navlun sözleşmeleri de internet aracılığıyla akdedilebilmektedir. Dolayısıyla, elektronik sözleşmelerin de kurulması ve hüküm ifade etme anının tespit edilmesi açısından hazır olanlar veya hazır olmayanlar¹¹⁹ arasında yapıp yapılmadığının belirlenmesi önemli

¹¹⁵ GÖĞER, s. 23; AYBAY Atilla/ AYBAY Aydın/ AYBAY Gündüz/ AYBAY Rona, **Deniz Hukuku**, İstanbul, 1998, s. 58.

¹¹⁶ Tarife ve cari fiyat listesinin öneriye davet olarak görülmesinin sebebi, bu gibi şeylerin birçok kimse tarafından görülmesidir. Tarife ve cari fiyat listesini teşhir edenler tarafından herhangi bir şekilde belirtilen teklifleri ile bağlanma niyeti olmadığı kabul edilmektedir. Bu gibi ilanların öneri sayılması halinde eldeki imkânlar ve stoklar talepleri karşılayamayabilir; bu nedenle, tarife ve cari fiyat listesini ilan eden kişinin sözleşmesel sorumluluğu ortaya çıkabilir. Bu konuda bkz., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Cilt**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, 2008, ss. 183-184.

¹¹⁷ CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s. 24.

¹¹⁸ OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, 2013, s. 53; EREN Fikret, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Ankara, 2013, s. 249.

¹¹⁹ SAĞLAM'a göre, elektronik sözleşme hazır olmayanlar arasında yapılan bir sözleşmedir. SAĞLAM İpek, **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul, 2007, s. 124.

görülmektedir. Bu husus da sözleşmenin kuruluşunda kullanılan araçlara göre değişiklik arz etmektedir¹²⁰. Sözleşmenin kurulmasının yanı sıra, geçerliliği ve ifasına yönelik hususlarda TBK ve TTK uygulanırken elektronik sözleşmenin kendine has yapısının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla, ilgili hükümler elektronik sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilmektedir¹²¹.

III. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Navlun sözleşmesi 6102 sayılı TTK'da düzenlenen tip sözleşmelerdendir. Ancak, navlun sözleşmesine ilişkin her hususun kanunda düzenlenmesi beklenemez. Özellikle sözleşmenin taraflarının hak ve borçların tespitinde ve sona ermesine ilişkin 6102 sayılı TTK'da düzenlenmeyen hususlarda TBK'nın uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Bu nedenle, navlun sözleşmesinin özelliklerinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Navlun sözleşmesinin özellikleri dikkate alındığında ise tam iki tarafa borç yükleyen, sürekli edimli ve üçüncü kişi yararına rızai sözleşme olarak tanımlanmaktadır.

A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Rızai Bir Sözleşme

TBK madde 1 anlamında, navlun sözleşmesi tarafların iradelerini karşılıklı ve uygun olarak açıklamaları ile kurulan rızai sözleşmedir¹²². Sözleşmenin kurulması için taşınan eşyanın teslimine gerek yoktur. Ayrıca, navlun sözleşmesi tasarrufi değil, borç doğuran bir sözleşmedir. Zira, navlun sözleşmesi ile taraflar borç doğurmaya arzu etmektedirler. Sadece tarafların karşılıklı edimlerinin mübadelesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, taşıyanın deniz yoluyla eşya taşıma borcu ile taşıtanın navlun ödeme borcu arasında karşılıklılık ilişkisi mevcuttur. Her iki taraf da borçlu ve alacaklı durumundadır. Bu nedenle, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak kabul edilmektedir.

¹²⁰ ÖZDEMİR-KOCASAKAL Hatice, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul, 2003, s. 46.

¹²¹ ÖZDEMİR-KOCASAKAL, s. 37.

¹²² Rızai sözleşmenin tersine aynı sözleşme bir aynı hakkı kuran, aynı hakkı değiştiren, özellikle aynı hakkın devrini gerçekleştiren sözleşmelerdir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 96.

B. Sürekli Edimli Borç Sözleşmesi

Ani edimli sözleşmeler ile sürekli edimli sözleşmelerin tanımı hususunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bazı yazarlarca¹²³, ani edimli sözleşmeler borçlunun zaman içerisinde tek bir eylemini gerektiren, onun tarafından bir defada yerine getirilen edimi konu alan sözleşmeler; sürekli edimli sözleşmeler ise borçlunun zaman içerisinde sürekli, aralıksız bir davranışı gerektiren edimlerle ifa edilen sözleşmeler olarak kabul edilmektedir. Burada, ani edimli-sürekli edimli sözleşme ayrımı yapılırken borçlunun gerçekleştireceği faaliyetler dikkate alınmaktadır. Her iki sözleşme tipi ayırdediliken, edimlerin nitelikleri gereği bağımsız ve sürekli olmaları gerekli ve yeterli sayılmaktadır¹²⁴. Dolayısıyla, borçlunun faaliyetleri ele alındığında, navlun sözleşmesi sürekli edimli sözleşme olarak görülmektedir¹²⁵.

Diğer bazı yazarlar¹²⁶ ise her iki sözleşme tipini birbirinden ayırırken, borçlunun faaliyetlerine değil, alacaklının edime olan çıkarının gerçekleşmesinin bir an içinde mi olduğu; yoksa süreye mi yayıldığına bakmaktadırlar. Bu görüşe¹²⁷ göre, eser sözleşmesinin belirleyici ögesi, “bir işin görülmesi değil”, “iş sonucunun meydana gelmesi”dir¹²⁸. Dolayısıyla, ilgili yazarlarca eser sözleşmesi ani edimli olarak kabul edilmektedir. Burada, önemli olan, elde edilen sonuç ile alacaklının menfaatinin karşılanıp karşılanmadığıdır.

Ani edimli sözleşme ile sürekli edimli sözleşme ayrımı, sözleşmenin fesih ile mi; yoksa dönme yoluyla mı sona ereceği hususunda önem kazanmaktadır. Navlun sözleşmesinin asli unsuru eşyanın deniz yoluyla taşınmasıdır. Taşıma işlemi ise eşyanın gemiye yüklenerek taşıyana teslim edilmesi ile başlamakta ve gönderilenin eşyayı tesellümü ile sona ermektedir. Taşıyan edimini, eşyayı gönderilene teslim etmekle ifa etmektedir. Dolayısıyla, burada “sonuç” önemlidir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, navlun sözleşmesi de ani edimli sözleşme

¹²³ EREN, s. 213; SELİÇİ, s. 4; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 37.

¹²⁴ SELİÇİ, s. 4.

¹²⁵ SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş** 2. Bası, İstanbul, 2007, s. 173.

¹²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, ss. 10-11; OKTAY Saibe, “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İHF)**, Cilt LV, Sayı 3, 1997, s. 210.

¹²⁷ ÖZ, s. 20; SELİÇİ, s. 26; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 479.

¹²⁸ SEROZAN ise eser sözleşmesine ne borçlunun ne de alacaklının perspektifinden bakmanın doğru olacağı kanısındadır. Yazara göre ücret, yalnız eserin karşılığı olmayıp, aynı zamanda bu eseri hazırlayan, iş sonucuna götüren eylemlerin de karşılığıdır. Bu nedenle, eser sözleşmesini kesin olarak ani edimli ya da sürekli edimli sözleşme olarak nitelendirmemektedir. SEROZAN, s. 166.

GÖKYAYLA da mevcut tanımlamalarla eser sözleşmesinin ani ya da sürekli edimli sözleşme olarak nitelendirilmesinin güç olacağını ifade etmektedir. Zira, yazara göre, eserin teslim edilmesi ve ücretin ödenmesi ani edimli sözleşmelerin; buna karşılık, eserin bir zaman dilimi içerisinde meydana getirilmesi ise sürekli edimli sözleşmelerin özelliğini göstermektedir. GÖKYAYLA, s. 18.

olarak kabul edilmektedir. Zira, taşıyan tarafından eşyanın belirli bir yere taşınması halinde taşıtanın ifaya olan menfaati karşılanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, eşyanın taşıtan ya da gönderilene teslimi ile taşıma borcu ifa edilmiş sayılmaktadır. Bu nedenle, taşıma borcunun ifa edilirken de bölünmesi söz konusu değildir¹²⁹.

Buna karşılık, 6102 sayılı TTK madde 1209-1210'da geminin zayi olması halinde taşıyana o ana kadar doğmuş bulunan borçların ifa edilmesi gerektiği belirtilerek sözleşmenin feshine işaret edilmektedir. Keza, 6102 sayılı TTK madde 1214 itibarıyla, sözleşme ile ferden belirlenmiş bir eşyanın yolculuk başlamadan önce zayi olması ve madde 1216 uyarınca, yolculuk başladıktan sonra eşyanın tamamen zayi olması durumlarında da söz konusudur. Ayrıca, 6102 sayılı TTK madde 1218'de her iki tarafa da sözleşmeyi feshetme hakkından açıkça söz edilmektedir. Bu hükümlerden hareketle, kanun koyucunun navlun sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır¹³⁰. Zira, bu husus 6102 sayılı TTK madde 1209'un gerekçesinde de açıkça belirtilmektedir.

Bu bağlamda, 6102 sayılı TTK'da navlun sözleşmesi taşıyıcının faaliyetleri esas alınarak sürekli edimli sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Ancak, kanımızca burada önemli olan taşıtanın ifaya olan menfaatinin bir an içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir. Zira, eşya varna limanında gönderilene teslim edilmezse navlun sözleşmesi ifa edilmiş kabul edilememektedir. Diğer yandan, yolculuk başladıktan sonra taşıtanın iradesi ile sözleşmenin sona erdirilmesi halinde, bunu dönme olarak kabul etmenin adil olmayan çözüm olacağı da haklı olarak, ifade edilmektedir¹³¹.

C. Üçüncü Kişi Yararına Bir Sözleşmedir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde taraflar aralarında anlaşarak, borç ilişkisine üçüncü bir kişiyi dâhil etmektedir. Buna karşılık, borç ilişkisinin taraflarında herhangi bir değişiklik söz konusu değildir¹³². TBK madde 129 itibarıyla üçüncü kişi yararına sözleşmeler

¹²⁹ CUMALIOĞLU, *Kırkambar Sözleşmesi*, s. 29.

¹³⁰ CUMALIOĞLU ise eser sözleşmesinin niteliğinden hareket ederek, kırkambar sözleşmesini ani-sürekli karışığı olarak kabul etmektedir. CUMALIOĞLU, *Kırkambar Sözleşmesi*, s. 30.

¹³¹ CUMALIOĞLU, *Kırkambar Sözleşmesi*, s. 30.

¹³² EREN, s. 1141; OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, 2013, s. 428 (OĞUZMAN/ÖZ II)

ikiye ayrılmaktadır¹³³. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, tarafların amacına, örf ve âdete aykırı olmadığı sürece üçüncü kişi, borcun ifasını talep edebilmektedir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde ise üçüncü kişi ifayı bizzat isteyemez, ifayı talep etme hakkı münferit olarak borçluya aittir.

Navlun sözleşmesinde veya konişmentoda gönderilen, taşıtan dışında farklı bir kişi olarak belirlenebilmektedir. Bu durumda, navlun sözleşmesi tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilebilmektedir¹³⁴. Nitekim, 6102 sayılı TTK madde 1174 ve 1176 dikkate alındığında, gönderilen eşyayı teslim almakla yükümlüdür. Bu hükümlerden, eşyayı haklı bir neden olmaksızın teslimden kaçınan taşıyana karşı, gönderilenin eşyanın teslimini talep edebileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğine uygun olarak, taşıtanın yanında gönderilenin de eşyanın teslimini talep ve teslim hakkı mevcuttur.

Diğer yandan, üçüncü kişi aleyhine sözleşme akdedilemez. Bu nedenle, gönderilen, eşyayı teslim almayı taahhüt etmedikçe, taşıyan tarafından teslimüme zorlanamamaktadır¹³⁵. Ayrıca, üçüncü kişinin kendi rızası dışında borç altına girememesi nedeniyle, gönderilen sadece eşyayı kabule hazır olduğunu bildirdiği andan itibaren navlun ve diğer masrafların borçlusu olarak kabul edilmektedir.

IV. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

Navlun sözleşmesinin çeşitlerinin belirlenmesi Ticaret Hukuku açısından olduğu kadar, Milletlerarası Özel Hukuku bakımından da önem taşımaktadır. Zira, bu hususa ilişkin farklı hukuk sistemleri ve doktriner tartışmalar, navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinden önce milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti çerçevesinde vasıflandırma sorununun çözümü hususunda yol gösterici olmaktadır.

Bu konuda, Türk doktrininde değişik kriterler ileri sürülmektedir. Farklı sınıflandırma sistemlerinin ortaya çıkmasının en büyük sebebi ise özellikle çarter

¹³³ Bu konuda bkz., OĞUZMAN/ÖZ II, s. 430; EREN, ss. 1144-1146; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 19; TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1988, s. 219.

¹³⁴ AKINCI, s. 47; ÇAĞA/KENDER II, s. 5; CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s. 34; AKYOL Şener, **Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, İstanbul, 2008, s. 45.

¹³⁵ OKAY II, s. 20.

sözleşmelerinin hukuki niteliğinden kaynaklanan tartışmalar ve yabancı hukuklardaki uygulama ve doktrindeki görüşlerdir. Zira, çıplak gemi kirası (Bareboat Charter) ve diğer gemi kirası (Demise Charter) sözleşmeleri de İngilizce terminoloji de charter sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Ancak, her iki sözleşme tipinin de kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde Türk Hukuku açısından doktrinde görüş birliği bulunmaktadır¹³⁶.

Asıl sorun ise zaman charteri sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, navlun sözleşmesinin niteliğini belirleyen asli edim borcu, deniz yoluyla eşya taşıma taahhüdüdür. Asıl konusu eşya taşıma olan kırkambar sözleşmesi ile charter sözleşmesinin alt ayrımını oluşturan yolculuk charteri ve tam-kısmi charter sözleşmelerinin asli edim borcunun deniz yoluyla eşya taşıma olduğu hususunda da doktrinde görüş birliği mevcuttur¹³⁷. Ancak, zaman charteri sözleşmesinin asli ediminin ne olduğu hususu tartışmalıdır. Bu bağlamda, zaman charteri sözleşmesine damgasını vuran edimin, deniz yoluyla eşya taşıma edimi mi; yoksa geminin tahsisi edimi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

6102 sayılı TTK'da ise zaman charteri sözleşmesi Dördüncü Kısım Deniz Ticareti Sözleşmeleri başlığı altında İkinci Bölümde düzenlenmektedir. Bu anlamda, Üçüncü Bölümde düzenlenen navlun sözleşmelerinin çeşitleri arasında yer almamaktadır. 6102 sayılı TTK'nın gerekçesinde ise tahsis edenin charterere karşı taşıma taahhüdü olmadığı için, bu sözleşmelerin navlun sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.

Doktrinde de navlun sözleşmesinin çeşitlerinin belirlenmesinde farklı kriterler ortaya konulmaktadır. Öncelikle, Akıncı¹³⁸ navlun sözleşmesinin türlerini belirlerken tahsis kriterinden faydalanmaktadır. Charter sözleşmesi ve kırkambar sözleşmesi arasındaki en büyük farkın yer tahsisi olduğu vurgulanmaktadır. Tahsis ifadesinden ise fiili olarak taşınacak eşya

¹³⁶ Gemi kira sözleşmesi, Türk Hukuku'nda ilk defa 6102 sayılı TTK madde 1119'da tanımlanmaktadır. Buna göre, gemi kira sözleşmeleri, kiraya verenin belli bir süre için geminin kullanılmasını, kira bedeli karşılığında, kiracının üstlendiği sözleşmedir. Bu sözleşmelerde kiraya veren; yani gemi maliki, sadece geminin zilyetliğini devretmekle yükümlü olmaktadır. Kiralayan geminin maliki olmayacağı için donatan değil, gemi işletme müteahhidi olarak kabul edilmektedir. Gemi, sözleşmede belirtilen şekilde kiracıya teslim edilmektedir. Gemi kira sözleşmelerinin çıplak gemi kirası mı; yoksa diğer gemi kirası olup olmadığı sözleşmeye konulan hükümlerden anlaşılmaktadır. Bu anlamda, çıplak gemi kirasında kiralayan gemiyi çıplak ya da boş olarak teslim edilmektedir. Diğer gemi kirasında ise tarafların sözleşmeye koyacakları "yönetim şartı" ile gemi maliki, kiralayanı temsilen gemiyi donatma ve bakımını yaptırma ile mürettebatını temin etme yükümlülüğü altına girmektedir. Bunun karşılığında ise işletme ücretine hak kazanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., SÖZER, ss. 613-618; ÜLGENER, ss. 33-36; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 125.

¹³⁷ AKINCI, ss. 14-16; ÇAĞA/KENDER II ss. 6-9; OKAY II ss. 25-27; ÜLGENER, ss. 39; SÖZER, ss. 583-611; CUMALIOĞLU; ss. 36-37.

¹³⁸ AKINCI, ss. 14-15.

için yer ayırabilme hakkı kastedilmektedir. Çarter sözleşmesinde gemi tahsisi ve taşıma taahhüdünün birlikte yer aldığı belirtilmektedir. Bu sözleşmeleri ise tam çarter, kısmi çarter, mürekkep yolculuklar üzerine çarter, zaman üzerine çarter sözleşmesi olmak üzere dört alt gruba ayırarak incelemektedir.

Okay¹³⁹ ve Çağa/Kender¹⁴⁰ de navlun sözleşmesini ikiye ayırarak; çarter sözleşmesi ve kırkambar sözleşmesi şeklinde irdelenmektedir. Bu ayırım da geminin taşıtana tahsis edilip edilmemesine göre yapılmaktadır. Çarter sözleşmeleri tam-kısmi çarter ve sefer-zaman çarteri olmak üzere alt gruplara ayrılarak irdelenmektedir.

Ülgener¹⁴¹ ise sınıflandırmayı yaparken asli edim borcunu dikkate almaktadır. Deniz ticareti sözleşmelerini gemi tahsis sözleşmeleri başlığı altında, gemi kira sözleşmeleri ve navlun sözleşmeleri olarak ikiye ayırmaktadır. Navlun sözleşmelerini de kırkambar ve çarter sözleşmesi olarak iki sınıfta incelemektedir. Çarter sözleşmesini ise zaman, sefer, mürekkep yolculuklara dair sözleşme, miktar sözleşmesi ve süreye tabi yolculuk olarak beş alt grupta irdelenmektedir. İfade edildiği üzere Ülgener, deniz ticareti sözleşmelerinin tümünde gemi tahsisi kriterini dikkate almaktadır. Akıncı'dan farklı olarak ise tahsis fiili eşyanın taşınması için ayrılan hacmi kontrol alma hakkına sahip olduğu belirli durumlar şeklinde ifade edilmektedir¹⁴². Bu anlamda, gemide tahsis edilen yer üzerinde sınırlı bir hâkimiyet kuran yetki de kastedilmektedir. Yazar tarafından bu soyut tahsis ediminin amacına ve niteliğine göre navlun sözleşmesinin türleri belirlenmektedir.

Sözer¹⁴³ ise, konunun sistematik değil, pratik yönüne ağırlık vererek sınıflandırma yapmaktadır. Yazar tarafında belirtilen amaç doğrultusunda, navlun sözleşmesi kırkambar ve çarter sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tam ve kısmi çarter ile sefer ve zaman çarteri sözleşmeleri çarter sözleşmesinin alt gruplarını oluşturmaktadır. Tıpkı diğer yazarların da kabul ettiği üzere, zaman çarteri sözleşmesi 6102 sayılı TTK'dan farklı olarak navlun sözleşmesi; yani eşya taşıma sözleşmesinin bir türü olarak görülmektedir.

¹³⁹ OKAY II, s. 25.

¹⁴⁰ ÇAĞA/ KENDER II, s. 7.

¹⁴¹ ÜLGENER, ss.30-31.

¹⁴² ÜLGENER, s. 32.

¹⁴³ SÖZER, s. 585.

Çalışmamızda 6102 sayılı TTK'nın sistematığı ve hükümleri dikkate alındığında, navlun sözleşmesi kırkambar ve çarter sözleşmesi olarak ikiye ayrılarak irdelenecektir. Çarter sözleşmesi ise pratik kolaylık açısından tam-kısmi çarter sözleşmesi ve yolculuk çarteri sözleşmesi alt gruplara ayrılarak incelenecektir. Diğer yandan, 6102 sayılı TTK'da zaman çarteri sözleşmesinde asli edimin deniz yoluyla eşya taşıma taahhüdü değil, soyut olarak belirlenen gemi tahsisi olduğu vurgulanmaktadır. Beraberinde getirdiği hukuki sorunlara rağmen, pozitif açıdan zaman çarteri sözleşmesinin, navlun sözleşmesinin bir çeşidi olarak nitelendirilemeyeceği kanısındayız. Ancak, zaman çarteri sözleşmesi ile özellikle yolculuk çarteri sözleşmesi arasındaki farkların belirlenmesi açısından çalışmamızda zaman çarteri sözleşmesine de kısaca yer vermeye çalışacağız.

A. Kırkambar Sözleşmesi

6102 sayılı TTK madde 1138/I b bendi itibarıyla, kırkambar sözleşmesi taşıyanın navlun karşılığında ayırdedilmiş eşyayı denizde taşımayı üstlendiği sözleşmedir. 6762 sayılı TTK madde 1016'da ise, kırkambar sözleşmesi taşıyanın navlun karşılığında parça mal eşyayı denizde taşımayı taahhüt etmesi olarak tanımlanmaktaydı. Burada parça mal ifadesi ile teknik anlamda değil, hukuki anlamda parça eşyanın anlaşılması gerektiği savunulmaktaydı¹⁴⁴. Önemli olan husus ise taşıtanın eşyasının diğer eşyalardan ayrılabilmesinin ve kanuna uygun bir şekilde korunmasının sağlanmasıdır¹⁴⁵. Bu anlamı daha iyi karşıladığı gerekçesiyle, 6102 sayılı TTK madde 1138'de ise "parça eşya" yerine "ayırdedilmiş eşya" ifadesine yer verilmektedir. Böylelikle, belirtilen anlam karışıklığının ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Ancak, "ayırdedilmiş eşya" kavramı ile de ne anlatılmak istendiğinin tam olarak anlaşılmadığı doktrinde ifade edilmektedir¹⁴⁶.

Kırkambar sözleşmesi açısından önemli olan taşınacak eşyadır¹⁴⁷. Bu nedenle, taşıma taahhüdünün konusu olan eşya ferdileştirmektedir¹⁴⁸. Geminin ferdileştirilmesine ise gerek yoktur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin gereği gibi ifa edilebilmesi için sefere elverişli herhangi bir gemi ile taşınacak eşyanın konişmentoya ve/veya sözleşmeye uygun bir şekilde gönderilene ya da taşıtana teslim edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, sözleşme gereği gibi

¹⁴⁴ AKINCI, s. 27; OKAY II, s. 14; KENDER/ÇETİNGİL, s. 105; SÖZER, s. 587.

¹⁴⁵ OKAY II, s. 27; CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s. 17.

¹⁴⁶ ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN/YAZICIOĞLU, s. 128.

¹⁴⁷ ÇAĞA/KENDER II, s. 9; KENDER/ÇETİNGİL, s. 109; SÖZER, s. 586; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 141.

¹⁴⁸ KANER, s. 428.

ifa edilmiş sayılmamaktadır. Keza, eşyanın geminin neresinde taşınacağı da önemli değildir. Ancak, taşıyan eşyaya özen gösterme yükümlülüğünü ihlal etmeyecek şekilde eşyayı gemi içerisinde en uygun şekilde muhafaza etmek zorundadır¹⁴⁹.

B. Çarter Sözleşmesi

Çarter sözleşmesinin taşıma taahhüdünün yanı sıra, ayırdedici özelliği gemi tahsis taahhüdüdür. Kırkambar sözleşmesinden farklı olarak, eşyanın hangi gemi ile ve geminin neresinde taşınacağı da belirlenerek gemi ferdileştirilmektedir¹⁵⁰. Bu nedenle, çarter sözleşmesinin asli unsuru taşıma taahhüdünün yanı sıra, gemi tahsisidir.

1. Tam-Kısmi Çarter Sözleşmesi

Tahsis olunan yerin hacmine göre çarter sözleşmesi tam ve kısmi çarter sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁵¹. Tam çarter sözleşmesi ile taşıyan belirli bir miktar navlun karşılığında geminin tamamını taşıtana tahsis ederek, eşya taşımayı taahhüt etmektedir. Kısmi çarter sözleşmesinde ise taşıyan belirli bir navlun karşılığında, geminin belirli bir kısmını taşıtana tahsis ederek eşya taşımayı taahhüt etmektedir. Gerek 6762 sayılı TTK, gerekse de 6102 sayılı TTK'da aksine hüküm olmadıkça, tam çarter sözleşmesi esas alınmaktadır.

2. Yolculuk/Sefer Çarteri Sözleşmesi

Çarter sözleşmesinin en fazla rastlanılan türüdür. 6102 sayılı TTK madde 1138/I-a bendi¹⁵² uyarınca yolculuk çarteri sözleşmesi taşıyanın, navlun karşılığında eşyayı geminin tamamını veya bir kısmını ya da belli bir yerini taşıtana tahsis ederek denizde taşımayı üstlendiği navlun sözleşmesidir. Navlun, yapılacak sefer veya seferlere göre hesap edilmektedir¹⁵³. Taşıyan geminin sefere elverişli olmamasından dolayı bütün yolculuk boyunca sorumludur. Zira, yolculuk çarteri sözleşmesinde geminin teknik ve ticari kontrolü taşıyandır. Dolayısıyla, yolculuk süresince yapılacak tüm masraflar taşıyana aittir.

¹⁴⁹ OKAY II, s. 20; SÖZER, s. 586.

¹⁵⁰ ÇAĞA/KENDER II, s. 7; SÖZER, s. 588.

¹⁵¹ AKINCI, ss. 16-17; OKAY II, s. 26; ÇAĞA/KENDER II, s. 7; SÖZER, s. 589-590.

¹⁵² 6762 sayılı TTK madde 1016/I-a bendinde yolculuk çarteri sözleşmesi, çarter sözleşmesi adı altında tanımlanmaktaydı. 6102 sayılı TTK madde 1038/I-a bendi, ilgili hükmün sadeleştirilmiş halidir.

¹⁵³ SÖZER, s. 603.

Gerek 6762 sayılı TTK, gerekse de 6102 sayılı TTK'da yolculuk çarteri sözleşmesine ilişkin hükümler diğer navlun sözleşmesi türlerine göre daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Yolculuk çarteri sözleşmesi ise mürekkep yolculuklara dair sözleşme, miktar sözleşmesi ve süreye tabi sözleşme olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

a. Mürekkep Yolculuk Sözleşmesi

Mürekkep yolculuk sözleşmesi ile taşıyanın eşya üzerinden ödenecek olan navlun karşılığında, gemiyi belirli bir süre için eşya taşıma amacı ile bir veya birkaç yolculuk için taşıtana tahsis ettiği sözleşmedir. 6762 sayılı TTK'da olduğu gibi, 6102 sayılı TTK'da da mürekkep yolculuk çarteri sözleşmesi münferit olarak düzenlenmemektedir. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 1227 uyarınca, geminin birden çok yolculuk için tutulduğu hallerde, sözleşmenin niteliği ve içeriği cevaz verdiği ölçüde basit yolculuk çarteri sözleşmesinin yolculuğun başlamasına ve devamına engel olan sebepler yüzünden sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümlerinin uygulanabileceği ifade edilmektedir.

Mürekkep yolculuk sözleşmesi iki şekilde kendini göstermektedir. En basit haliyle, 6102 sayılı TTK madde 1227/II dikkate alındığında, birden fazla yolculuğu kapsayan taşımalar mürekkep yolculuk sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca, ilgili hükmün ikinci fıkrasının lafzından geminin eşyayı yüklemek için başka bir limandan gelebileceği, bu durumda da mürekkep yolculuk sözleşmesinin söz konusu olacağı anlaşılmaktadır¹⁵⁴. Zira, yükleme limanına kadar alınan mesafe için taşıyan hakkaniyete uygun bir şekilde belirli bir miktarı talep hakkına sahip olmaktadır.

b. Miktar Sözleşmesi

Miktar sözleşmesi ise hacim üzerinden belirlenen navlun karşılığında belirli bir miktar eşyanın belirli bir süre içinde birden fazla gemi ile taşınması şeklinde

¹⁵⁴ 6762 sayılı TTK madde 1040, 1041 ve 1095'de, geminin boş bir şekilde eşyayı almak üzere yükleme limanına yolculuk yapması mürekkep yolculuk kapsamında değerlendirilmisti. Bu konuda bkz., ÜLGENER, ss. 62-63. Ancak, 6102 sayılı TTK'da pişmanlık navlunu düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, ilgili hususa ilişkin olarak sadece genel bir atıfla madde 1227'de düzenleme yapılması yeterli görülmüştür.

tanımlanmaktadır¹⁵⁵. Bu sözleşme tipinde geminin tahsisi soyut bir taşıma kapasitesine ilişkin olmakla beraber, amaç belirli bir miktar eşyanın taşınmasıdır¹⁵⁶.

Miktar sözleşmesi de sefer çarteri sözleşmesinin bir türüdür. Dolayısıyla, geminin teknik ve ticari yönetimi taşıyana aittir. Burada, genel mahiyette taşıma taahhüdünü gerçekleştirecek geminin hangi niteliklere sahip olduğu belirlenmektedir. Ancak, geminin ferdileştirilme biçimi açısından mürekkep yolculuk sözleşmesinden; gemi tahsisi unsurunu barındırması açısından ise kırkambar sözleşmesinden farklılık göstermektedir¹⁵⁷.

C. Asıl Navlun-Alt Navlun Sözleşmesi

TBK madde 83 itibarıyla, borcun bizzat borçlu tarafında ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadığı sürece, borcun şahsen ifa edilmesinin gerekli olmadığı hükme bağlanmaktadır. Keza, TBK madde 471/III uyarınca da kural olarak, yüklenicinin eseri doğrudan doğruya kendisini yapmak veya kendi gözetimi altında yaptırtmak zorunda olduğu hükme bağlanmaktadır. Bu bağlamda, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, işi başkasına da yaptırabilmektedir¹⁵⁸. Burada önemli olan husus, yüklenicinin gözetimi altında eserin meydana getirilmesidir. Zira, edimin gereği gibi ifa edilememesinden dolayı eser sahibine karşı yüklenici sorumlu tutulmaktadır.

Yukarıda genel ve soyut olarak ifade edildiği üzere, navlun sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla eser sözleşmesidir. Taşıyanın asli borcu deniz yoluyla eşya taşıma taahhüdüdür. Taşıtanın menfaatine aykırı olmadığı veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, taşıyan bu taahhüdünü bizzat kendisi yerine getirebileceği gibi, bir başka taşıyan aracılığıyla da borcunu ifa edebilmektedir. Bu durumda, taşıtan ve taşıyan sıfatı ile donatan veya gemi işletme müteahhidi arasında yapılan sözleşmeye asıl (üst) navlun sözleşmesi denir. Donatan veya gemi işletme müteahhidi durumunda olan taşıyan asıl (üst) taşıyan, bu sözleşmenin karşı tarafı olan taşıtan ise asıl (üst) taşıtan olarak adlandırılmaktadır. Asıl navlun sözleşmesi sonucu ortaya çıkan taşıma taahhüdünün ifası için üçüncü şahısla yapılan sözleşmeye ise alt (tali) navlun sözleşmesi denilmektedir¹⁵⁹. Alt navlun sözleşmesinin

¹⁵⁵ ÜLGNER, s. 68.

¹⁵⁶ ÜLGNER, s. 70.

¹⁵⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., ÜLGNER, ss. 71-72.

¹⁵⁸ YAVUZ/ÖZEN/ACAR, s. 446.

¹⁵⁹ Bu konudaki tanımlamalar için bkz., OKAY II, s. 28, ÇAĞA/KENDER II, ss. 9-10; ÜLGNER, s. 87.

taraflarından olan asıl taşıtan alt taşıyan adını alırken, sözleşmenin karşı tarafı ise alt taşıtan olarak ifade edilmektedir.

Gemi unsurunun ferdileştirildiği charter sözleşmelerinin, alt navlun sözleşmesi olduğu durumlarda hukuki zorunluluk nedeniyle, asıl navlun sözleşmesinin de charter sözleşmesi olması gerekmektedir. Bu husus, gemi tahsisinin charter sözleşmesi açısından olmazsa olmaz unsur olmasından kaynaklanmaktadır. Alt navlun sözleşmesinin kırkambar sözleşmesi olması durumunda ise asıl navlun sözleşmesi charter veya kırkambar sözleşmesi olabilmektedir.

Asıl ve alt navlun sözleşmesi birbirinden bağımsız sözleşmelerdir¹⁶⁰. Dolayısıyla, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin sonucu olarak alt taşıtan, asıl taşıyandan sözleşmenin ifasını talep edememektedir. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 1177 itibarıyla, asıl taşıyana sözleşmenin tarafı olmayan alt taşıtana karşı doğrudan talep hakkı tanınmaktadır. İlgili hüküm uyarınca, asıl taşıyan ile asıl taşıtan-alt taşıyan arasında yolculuk charteri sözleşmesi akdedildiği durumlarda, alt taşıyan üçüncü şahıslarla kırkambar sözleşmesi yaparsa, boşaltmaya ilişkin süreler ile boşaltmanın hiç ve gereği gibi yapılmaması halinde asıl taşıyanın sahip olduğu haklara hanel gelmeyeceği hükme bağlanmaktadır. Her ne kadar maddenin kapsamı açısından asıl navlun sözleşmesi kısmi yolculuk charteri sözleşmesi, alt navlun sözleşmesinin ise kırkambar sözleşmesi olarak belirlense de alt navlun sözleşmesinin kısmi charter sözleşmesi veya her iki sözleşmesinin de kırkambar sözleşmesi olmasında hukuken her hangi bir engel yoktur¹⁶¹. Ayrıca, alt navlun ilişkisinde, asıl taşıyanın adamları-gemi adamları dışında- onun yardımcı kişileri olduğu için asıl taşıyan, TBK madde 116 itibarıyla alt taşıtana karşı sorumludur¹⁶².

Diğer yandan, alt taşıtan eşyanın gemiye yüklenmesi ile yükleten haline gelmektedir. Böylelikle, asıl taşıyan ile yükleten arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulmaktadır¹⁶³. Genel olarak ise yükleten; yani alt taşıtan ile asıl taşıyan arasındaki hak ve yükümlülükler konişmentoda düzenlenmektedir. Aynı husus, gönderilenin alt taşıtan olduğu durumlarda da söz konusu olmaktadır. Bu sonuç, konişmentonun üçüncü kişi yararına

¹⁶⁰ ÇAĞA/KENDER II, s. 11; ILGIN Sezer, *Alt Navlun Sözleşmesi ve Üst Taşıyan ile Alt Taşıtanın Birbirlerine Karşı Hukuki Durumları, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1993, s. 47.

¹⁶¹ OKAY II, s. 28.

¹⁶² AKINCI, s. 29; ÇAĞA/KENDER II, s. 11; ILGIN, s. 126.

¹⁶³ OKAY II, s. 29.

sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır¹⁶⁴. Belirtilen hukuki ilişkinin esasını da asıl veya alt navlun sözleşmesi değil, konişmento oluşturmaktadır. Konişmento düzenlenmediği hallerde ise üst navlun sözleşmesine belirtilen doğrultuda bir hüküm koyulabilir.

Aynı zamanda, uluslararası andlaşmalarla alt taşıtanın asıl taşıyana doğrudan başvurma hakkı tanınmaktadır. Nitekim, yukarıda genel ve soyut olarak ifade edildiği üzere, Hamburg Kuralları ile getirilen fiili taşıyan ile asıl taşıyan kavramları örtüşmektedir. Zira, Hamburg Kuralları madde 1/II itibarıyla, taşıma fiilini fiilen icra edenler değil, taşımanın icrasının bırakıldığı kimseden söz edilmektedir. Dolayısıyla, asıl taşıyanların her biri fiili taşıyan olarak kabul edilmektedir. Hamburg Kuralları madde 10 çerçevesinde alt taşıtanın, fiili taşıyan olan asıl taşıyana doğrudan başvurma hakkı mevcuttur. Alt taşıyan navlun sözleşmesinin bu yönde kendisine bir hak tanıyıp tanımadığına bakmaksızın taşımanın tamamından sorumlu kabul edilmektedir. Bu anlamda, akdi taşıyanın sorumlu olduğu tüm hallerde fiili taşıyan da sorumlu olmaktadır. Ancak, asıl taşıyan, alt taşıyanın sorumlu olduğu takdirde ve nispette sorumludur. Keza, böyle bir düzenleme, 6102 sayılı TTK madde 1191’de de yer almaktadır.

D. Zaman Çarteri Sözleşmesi

Yabancı hukuklarda navlun sözleşmesinin tanımındaki farklılıklar ve bundan kaynaklanan sistematik ayrımlar nedeniyle zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliği net olarak ortaya konulamamaktadır. Özellikle 6102 sayılı TTK’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, zaman çarteri sözleşmesinin asli unsurunun tespiti daha da karmaşık bir hale gelmektedir. Belirtilen hususta doktrinde de görüş birliği olduğunu söylemek de zordur. Bu belirsizlik, zaman çarteri sözleşmesinin taraflarından tahsis edilenin teknik yetkilerinin kendisinde kalmakla birlikte, ticari yetkilerinin sözleşmenin diğer tarafına devretmesinden; ayrıca geminin, gemi adamları ile birlikte tahsisini taahhüt etmesinden kaynaklanmaktadır¹⁶⁵. Zira, kaptan ve diğer gemi adamları tahsis eden taraf olan donatanın ya da gemi işletme müteahhidinin sorumluluğu altındadır. Ancak, geminin ticari yönetimi; yani geminin ne şekilde tahsis edileceği (taşıma amacıyla mı yoksa başka bir amaçla mı) sözleşmenin diğer âkidi olan tahsis edene aittir.

¹⁶⁴ ILGIN, s. 74.

¹⁶⁵ Zaman çarteri sözleşmesinin kira mı; yoksa istisna akdi mi olduğuna ilişkin Alman doktrinindeki görüş ayrılıkları içinde bkz., OKAY II, ss. 4-6.

Akıncı¹⁶⁶, zaman çarteri sözleşmesini taşıma taahhüdü ihtiva etmeyen çarter sözleşmesi olarak nitelendirilmekte ve gemi tahsisi sözleşmesi grubunda tanımlamaktadır. Yazar, tahsis edenin gemiyi denize elverişli halde tahsis etme ve bulundurma borcu olduğu, gemiyi tahsis edilenin talimatına göre bir yerden başka bir yere götürme sonucunu taahhüt ettiği için zaman çarteri sözleşmesinin istisna akdi niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Ancak, Akıncı zaman çarteri sözleşmesini navlun sözleşmesi olarak görmemektedir. Zira, bu sözleşmenin asli unsurunun sadece gemi tahsisi olduğunu ileri sürmektedir.

Okay¹⁶⁷ ise Alman Hukuku'ndaki farklılıkları¹⁶⁸ belirttikten sonra, donatanın sözleşmeye göre, taşıma konusu olan eşyayı belirli liman veya limanlara kendi sorumluluğu altında taşımayı üstüne alıp almadığına bakmak gerektiğini savunmaktadır. Zira, yazara göre, navlun sözleşmesinin asli unsuru eşya taşıma taahhüdüdür ve zaman çarteri sözleşmesinde ise donatanın, aksi kararlaştırılmış olmadıkça (bu durumda zaman çarteri sözleşmesi navlun sözleşmesi olarak kabul edilir), böyle bir sorumluluğunun varlığından bahsedilememektedir. Ayrıca, Okay zaman çarteri sözleşmesinin kira sözleşmesi olmadığını da ifade etmektedir. Zira, donatanın borcu, gemiyi denize elverişli bir şekilde gemi adamları ve kaptan ile birlikte sözleşmenin âkidinin ticari yönetimine bırakmaktır. Bu anlamda donatan, eşyanın eksiksiz ve hasarsız olarak taşıma borcu altına girmese de sözleşme şartları dâhilinde uygun talimat doğrultusunda eşyayı taşımak mecburiyetindedir. Dolayısıyla, Okay zaman çarteri sözleşmesini navlun sözleşmesi olarak kabul etmemekle birlikte, ona yakın bir sözleşme olarak görmektedir.

Fransız Hukuku'nda benimsenen navlun sözleşmesi ile taşıma sözleşmesi arasındaki farklar doğrultusunda, Çakalır ve Tekil ise zaman çarteri sözleşmesini eşya taşıma sözleşmesi anlamında navlun sözleşmesi olarak kabul etmemektedir. Çakalır'a¹⁶⁹ göre zaman çarteri sözleşmesi, belli bir zaman boyunca ücret karşılığında, sefere elverişliliği sağlanan geminin seyir yönetimiyle, yönetimi çarterere bırakılan ticari işlerin donatanın istihdam ettiği gemi adamları tarafından görülmesinin üstlenildiği sözleşmedir. Çakalır, gemiyi tahsis eden tarafın eşya taşıma taahhüdünde bulunmadığını; eşya taşımanın, sözleşmenin diğer âkidi ile ilgili

¹⁶⁶ AKINCI, ss. 19-26.

¹⁶⁷ OKAY II, s. 7; aynı yöndeki görüşler için bkz., AYBAY/AYBAY/AYBAY/AYBAY, s. 585.

¹⁶⁸ Alman doktrinindeki görüş ayrılıkları içinde bkz., OKAY II, ss. 4-6.

¹⁶⁹ ÇAKALIR Yalçın, **Zaman Çarteri Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1989, s. 13-14. (**Zaman Çarteri Sözleşmesi**).

olduğunu belirtmektedir. Zira, geminin ticari yönetimi tahsis edilene aittir. Tekil'e¹⁷⁰ göre de navlun sözleşmesinin asli unsuru eşya taşıma taahhüdü değil, gemi tahsisidir. Fransız Hukuku'ndan etkilenen yazarlar, zaman çarteri sözleşmesini navlun sözleşmesi kabul etmekle birlikte, navlun sözleşmesini taşıma sözleşmesi olarak görmemektedirler.

Tüm bu açıklamalara rağmen, Türk Hukuku'nda genel eğilim zaman çarteri sözleşmesinin eşya taşıma sözleşmesi; yani navlun sözleşmesi olduğu yönündedir. Nitekim, bizim de kabul ettiğimiz yönde Çağa/Kender¹⁷¹, zaman çarteri sözleşmesinde eşyanın taşınmasının ön planda olduğunu ifade etmektedir. Yazarlar bu sonuca uygulamada, standart zaman çarteri sözleşmelerindeki hükümlerden yola çıkarak ulaşmaktadırlar.

Ülgener¹⁷² de zaman çarteri sözleşmesi ile gemi kira sözleşmelerinin birbirine karıştırılmasının birçok ortak yönünün bulunduğu gerekçesiyle olağan kabul etmektedir. Yazara göre, zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliği ne olursa olsun, taşıyan taşıtana yolculuk başlangıcında denize, yola ve yüke elverişli bir gemi tahsis etme ve sözleşme gereği ticari anlamda gemi adamlarının hizmetlerini sunma borcu altındadır.

Sözer¹⁷³ de Ülgener gibi, zaman çarteri sözleşmesini navlun sözleşmesinin bir çeşidi olarak kabul etmektedir. Zaman çarteri sözleşmesi, taşıyanın gemisini belirli bir süre için taşıtanın eşyasını taşımaya tahsis etmesi olarak tanımlamaktadır. Yazar, taşıtanın geminin üzerinde hiçbir egemenliğe sahip olmayıp, sadece ekonomik yararlanmaya elverişli özelliğinden istifade etme yetkisini elde ettiğini ayrıca vurgulamaktadır.

Ancak, 6102 sayılı TTK ile zaman çarteri sözleşmesi navlun sözleşmesi başlığından ayrı olarak düzenlenmektedir. 6102 sayılı TTK madde 1131 itibarıyla, zaman çarteri sözleşmesi, tahsis edenin donatılmış bir geminin ticari yönetimini belli bir süre için ve bir ücret karşılığında tahsis olunana bırakmayı üstlendiği sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Bu hüküm dikkate alındığında, zaman çarteri sözleşmesinin asli unsurunun gemi tahsisi olduğu görülmektedir. Bu nedenle, 6102 sayılı TTK itibarıyla, zaman çarteri sözleşmesi navlun sözleşmesi başlığı altında düzenlenmemektedir. Diğer yandan, zaman çarteri sözleşmesinde tahsis edimi soyut bir edimdir. Dolayısıyla, tek başına geminin tahsisi bir şey

¹⁷⁰ TEKİL, **Deniz Hukuku**, ss. 234-235.

¹⁷¹ ÇAĞA/KENDER II, s. 8.

¹⁷² ÜLGENER, s. 43.

¹⁷³ SÖZER, ss. 593-594.

ifade etmemektedir. Yolculuk çarteri sözleşmesinden farklı olarak, geminin ticari yönetimi taşıtana devredilerek tahsis ediminin somutlaştırılması amaçlansa da ticari yönetimin ne olduğu hususu yeterince açık değildir.

Yukarıdaki düzenlemeyle ilgili olarak aklımıza iki hukuki problem takılmaktadır. Öncelikle, gemiyi tahsis eden (6102 sayılı TTK'nın gerekçesindeki ifade ile donatan) taşıyan vasfını taşıyabilir mi? Yani, gemiyi tahsis edene, tahsis edilen tarafından ticari yönetim yetkisi altında eşya taşıma talimatı verebilir mi? 6102 sayılı TTK açısından bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir¹⁷⁴. Zira, bu durumda taşınan eşya tahsis edilenin zilyetliği altında olduğu için tipik bir navlun sözleşmesi sonucunu doğurabilecektir. Ancak, bu durumda gemi tahsisi olduğu için çarter sözleşmesinden bahsedilebilmesine karşılık, geminin ticari yönetiminin taşıtana ait olduğu için de yolculuk çarteri sözleşmesinden bahsedilememektedir. Tahsis eden tahsis edilenin kendisine verdiği yetkiye uygun olarak, eşyayı taşıdığı takdirde sözleşmeyi ifa etmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla, madde gerekçesinde yer alan tahsis edenin tahsis edilene karşı taşıma taahhüdünde bulunmadığı ve eğer isterse tahsis edilenin eşya taşıma taahhüdünde bulunabileceğine ilişkin açıklama kanımızca da haklı olarak hatalı bulunmaktadır¹⁷⁵. Zira, böyle bir durumda zaman çarteri sözleşmesi ile belirlenen asli edim yükümlülüğü değiştirilmektedir.

İkinci problem ise, taraflarca geminin ticari yönetiminin taşıtana devredildiği ve eşya taşıma taahhüdünün asli unsur olarak belirlendiği sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağıdır. Nitekim, uygulamada özellikle standart tip sözleşmelerde bu duruma sıklıkça rastlanabilmektedir¹⁷⁶. Kanımızca, burada esas olarak 6012 sayılı TTK'da yer alan zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilmektedir. Kanunda düzenlenmeyen hususlara ilişkin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, yolculuk çarteri sözleşmesine ilişkin hükümlerin de kıyasen uygulanması da mümkün olabilir. Ancak, taşıtanın ticari yönetiminden kaynaklanan sorunlarda sorumluluk rejiminin nasıl belirleneceği hususunda yolculuk çarteri sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması zordur. Zira, yolculuk çarteri sözleşmesi ve

¹⁷⁴ ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN/YAZICIOĞLU, s. 123.

¹⁷⁵ KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 133.

¹⁷⁶ Burada, 6102 sayılı TTK madde 1194'te "zaman üzerine navlun" başlığı altında düzenlenen hükmün uygulanabileceği ilk başta akla gelebilmektedir. Ancak, ilgili hüküm ile gemi bir ya da birkaç sefer için taşıtana tahsis edilmekte; sadece navlunun zaman esasından belirleneceği ifade edilmektedir. Burada esas olarak taşıyan lehine tadil edilmiş yolculuk çarteri sözleşmesi mevcuttur. Belirtilen hüküm, yolculuk çarteri sözleşmesinin taşıyanın aleyhine olan hükümlerini bertaraf etmek amacıyla getirilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu durumda ilgili hükmün kıyasen de olsa uygulanabilirliği söz konusu değildir. Bu konuda bkz., ÜLGNER, s. 40.

zaman çarteri sözleşmesi aşağıda belirteceğimiz durumlarda birbirinden tamamen farklılık arz etmektedir:

i. İlk olarak, zaman çarteri sözleşmesinin tarafları donatan ve çarterer; yolculuk çarteri sözleşmesinin ise taşıyan ve taşıtandır. Diğer yandan, 6102 sayılı TTK madde 1131’de zaman çarteri sözleşmesinin tarafları tahsis eden ve tahsis olunan olarak ifade edilmektedir. Bu durum, doktrinde eleştirilmektedir¹⁷⁷. Ancak, gerekçede çarterer ifadesinin tahsis edilenin yerini aldığı belirtilmektedir. Kanımızca da tahsis edenin donatan olmasına gerek yoktur. Gemi işletme müteahhidi de olabilir.

ii. Yolculuk çarteri sözleşmesinde belirlenen limanlar arasında yapılan belirli seferlerde geminin sefere elverişli olması gerekmektedir. Zaman çarteri sözleşmesinde ise geminin ticari yönetiminin devredildiği belirli süre içerisinde tahsis eden tarafından sefere elverişli bulundurulması gerekli ve yeterlidir¹⁷⁸.

iii. Zaman çarteri sözleşmesi ile yolculuk çarteri sözleşmesi arasındaki en temel farklılık ilk sözleşmede geminin ticari yönetimine tahsis edilen sahipken, ikinci sözleşmede hem teknik hem de ticari yönetim taşıyana aittir. Genellikle ticari yönetim ile tahsis edilene devredilen yetki, taşınacak eşyanın seçilmesi ve güvenli limanın belirlenmesi şeklinde kendini göstermektedir¹⁷⁹.

iv. Yukarıdaki maddede belirtilen farklılığın sonucu olarak, yolculuk çarteri sözleşmesinde eşyanın taşınması ve özenle korunması hususunda sorumluluk taşıyana; zaman çarteri sözleşmesinde yükleme, istifleme, boşaltma, yükün elden geçirilmesi (geminin ticari yönetimi) nedeniyle ortaya çıkan zararlar tahsis edilene aittir¹⁸⁰. Ayrıca, tahsis edilen, taahhüt edilen zaman içerisinde sözleşmede belirtilen sınırlar içerisinde, gemiyi uygun görülen eşyaları taşımak amacıyla kullanabilmektedir¹⁸¹.

¹⁷⁷ ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN/YAZICIOĞLU, s. 123.

¹⁷⁸ DOCKRAY/THOMAS, s. 4.

¹⁷⁹ SHNITZER Simone, *Understanding International Trade Law*, London, 2006, s. 140.

¹⁸⁰ SCHOENBAUM, s. 680.

¹⁸¹ DOCKARY/THOMAS, s. 4; NUNES Tony, “Charterer’s Liabilities Under The Ship Time Charter”, *Houston Journal of International Law*, Vol. 26, No 3, 2004, s. 569; ÜLGENER Fehmi, “Zaman Çarteri Sözleşmesinde Taşıtanın Taşıyana Karşı Olan Yükümlülükleri”, *Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan*, 2000, s. 623. (“Zaman Çarteri Sözleşmesi”).

v. Yolculuk çarteri sözleşmesinin aksine, zaman çarteri sözleşmesinde navluna yakıt ücreti de dâhildir. Ayrıca, eşyanın yüklenmesi ve liman masrafları da tahsis edilenin sorumluluğu altındadır¹⁸².

vi. Yolculuk çarteri sözleşmesinde taşıtanın sorumluluğu eşyanın gönderilmek üzere teslim alınmasından ibaret değildir. Örneğin, starya ve sürastarya süresi içinde taşıtan eşyanın yüklenmesi ve boşaltılması sırasında meydana gelen gecikmelerden sorumludur. Diğer yandan, bu durum zaman çarteri sözleşmesinde ise biraz farklıdır. Geminin ticari yönetimi tahsis edilene ait olduğu için belirtilen sürelerin belirlenmesi de gereksizdir. Zira, gecikme riski de onun üzerinedir.

vii. Zaman çarteri sözleşmesinde gemi belirlenen zamandan daha geç varma limanına ulaşırsa ya da varma limanı idaresi tarafından gemi geri gönderilirse, off-hire¹⁸³ klozu kapsamında değerlendirilmektedir¹⁸⁴. Yolculuk çarteri sözleşmesinde ise bu durumda boşaltma sürelerine ilişkin hükümler uygulanmaktadır¹⁸⁵.

Sonuç olarak, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlara rağmen, 6102 sayılı TTK'da düzenlenen zaman çarteri sözleşmesini sadece gemi tahsisi sözleşmesi olarak görmek gerekmektedir. Zira, 6102 sayılı TTK madde 1 uyarınca, TTK TMK'nın ayrılmaz bir parçasıdır ve TMK madde 1 itibarıyla ise kanun özüyle ve sözüyle deşindiği tüm konularda uygulanır. Dolayısıyla, zaman çarteri sözleşmesinin tanımlandığı 6102 sayılı TTK madde 1131 sözüyle ve özüyle dikkate alındığında, ilgili sözleşmenin navlun sözleşmesi olmadığı ifade edilebilir.

6102 sayılı TTK madde 1131'in gerekçesinde Fransız Hukuku'na gönderme yapılmaktadır. Fransız Hukuku'ndan farklı olarak, Alman Hukuku'nda olduğu gibi, yolculuk çarteri sözleşmesi eşya taşıma sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, 6102 sayılı

¹⁸² GILMORE/BLACK, s. 171.

¹⁸³ Zaman çarteri sözleşmesinde gecikmelerden meydana gelen zararlar tahsis edilene aittir. Ancak, tahsis edilenin maruz kaldığı zararlar adaletsiz sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle, geminin gereği gibi tahsisinin mümkün olmadığı durumlarda tahsis edenin sorumluluğunun kabul edilmesi hukuki bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmede belirtilen sebeplerden ötürü geminin kullanılmasının mümkün olmadığı sürelerde navlunun ödenmemesine imkân tanıyan off-Hire klozu kabul edilmektedir. Off-Hire klozunun geçerliliği 6102 sayılı TTK madde 1124 ile de hükme bağlanmaktadır. Bu konuda bkz, SÖZER, ss. 542-543; Ülgener Fehmi, "Zaman Çarterinde Gecikmeden Dolayı Donatanın Sorumluluğu (Off-hire Klozu)", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATIDER)**, Cilt 15, Sayı 3, 1990, ss. 21-48. ("Off-Hire Klozu")

¹⁸⁴ BULOW Lucienne Carasso, "Charter Party Consequences Of Maritime Security Initiatives: Potential Disputes And Responsive Clauses", **Journal of Maritime Law And Commerce**, Volume 37, No. 1, January, 2006, s. 84.

¹⁸⁵ BULOW, s. 85.

TTK'da Fransız-Alman sentezi bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. Ancak, ulusal hukuk sistemlerinde ve uluslararası uygulamaların çoğunda zaman çarteri sözleşmesi deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Hukuku'ndaki bu farklı anlayış ister istemez özellikle yabancı unsurlu zaman çarteri sözleşmeleri açısından genel olarak belirtmeye çalıştığımız sorunlara neden olabilmektedir.

V. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE İLGİLİ KİŞİLER

Navlun sözleşmesinin taraflarının kimliğinin tespiti, Ticaret Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuku açısından önem arz etmektedir. Özellikle asıl navlun-alt navlun ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda donatanın taşıyan vasfını haiz olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, konişmentolu taşımalarda navlun sözleşmesinde taşıyanın kimliğinin tayin edilemediği durumlarda senette yer alan kayıtların geçerliliğinin ortaya konulması, somut uyuşmazlıkların çözümü açısından şart görülmektedir. Diğer yandan, uluslararası düzenlemelerle getirilen navlun sözleşmesi ile ilgili kişilerin tespiti sözleşme tarafları ile aralarındaki sorumluluk ilişkisinin ne olduğunun belirlenmesi açısından gerekli görülmektedir.

A. Navlun Sözleşmesinin Tarafları

Navlun sözleşmesinin tarafları; taşıma taahhüdünü ve bu edimin karşılığını oluşturan navlunu ifa etmeden sorumlu olan taşıyan ve taşıtandır. Ancak, sözleşmenin taraflarının tespiti uygulamada her zaman için kolay olmadığı için çalışmamız açısından bu hususu açıklamanın faydalı olabileceği kanısındayız.

1. Taşıyan (Carrier)

6102 sayılı TTK ve 6762 sayılı TTK'da navlun sözleşmesinin taraflarında olan taşıyandan ne anlaşılması gerektiğine yer verilmemektedir. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 1248'de yolcu taşıma sözleşmesinde taşıyan ve fiili taşıyan tanımlanmaktadır. İlgili hüküm, kıyasen navlun sözleşmesinin tarafı olan taşıyanın belirlenmesi amacıyla da uygulanabilir. Buna göre, taşıma ister taşıyan ister bir başkası-fiili taşıyan- tarafından gerçekleştirilmiş olsun, navlun sözleşmesini yapan veya navlun sözleşmesi adına ve/veya hesabına yapılan kişidir. Fiili taşıyan kavramı uluslararası düzenlemelerden 6102 sayılı TTK'ya kazandırılan

yeni bir kavramdır. Keza, 6102 sayılı TTK madde 1248/II'den yola çıkarak fiili taşıyan akdi taşıyandan farklı bir kişi olup, bir geminin maliki, kiracısı veya işleteni olarak, taşımanın tamamını veya bir kısmını fiilen gerçekleştiren kimse olarak ifade edilebilmektedir.

En yalın tanımıyla taşıyan, navlun sözleşmesinde deniz yoluyla eşya taşımayı taahhüt eden kimsedir¹⁸⁶. Sözleşmenin tarafı olması nedeniyle, navlunun ödenmesini talep etme hakkına sahiptir. Taşıyan genellikle tacir olmakla birlikte, böyle bir zorunluluk yoktur¹⁸⁷. Taşıyanın geminin maliki olmasına da gerek yoktur. Zira, burada önemli olan taşıyanın gemi ile taşıma taahhüdünde bulunmasıdır. Aynı zamanda donatan¹⁸⁸, donatma iştiraki¹⁸⁹ ya da gemi işletme müteahhidi¹⁹⁰ de olabilir. Hatta alt navlun sözleşmesi ile sözleşmeye ve kanuna aykırı olmayacak bir şekilde eşyayı bir başka taşıyana da (alt taşıyan-üst taşıyan) taşıttırabilmektedir.

A. İntikal Kaydı (Demise Clause) ve Taşıyanın Kimliği Kaydı (Identity of Carrier Clause) ile Taşıyan Sifatının Belirlenmesi

Taşıyanın kimliği sözleşmede hiç belirtilmeyebilmekte ya da sözleşmeden tam olarak anlaşılamayabilmektedir. Bu durumda, konişmento düzenlenen taşımalarda taşıyanın kimliğine ilişkin, ilgili yazılı senede taraflarca konulan kayıtlar sayesinde bilgi edinilebilmektedir. Özellikle alt navlun ilişkisinde taşıyanın tespitinde önem taşıyan bu tür kayıtlar ikiye ayrılmaktadır¹⁹¹:

i. İntikal kaydı. Eğer konişmentoyu düzenleyen kişi donatan değilse, konişmento donatan ile bu belgeyi düzenleyen kişi arasında sözleşme hükmünde sayılmaktadır¹⁹².

¹⁸⁶ OKAY II, s. 14; AKINCI, s. 34; GÖĞER, s. 26; ÇAĞA/KENDER, s. 3; KENDER/ÇETİNGİL, s. 103; SÖZER, s. 567.

¹⁸⁷ Navlun sözleşmesinin konusu olan taşıma taahhüdü, 6102 sayılı TTK madde 3 uyarınca, ticari iştir. Bu nedenle, taşıyanın tacir olup olmadığına bakılmaksızın, TTK uygulanabilecektir.

¹⁸⁸ 6102 sayılı TTK madde 1061/I ile de donatan, menfaat sağlamak amacıyla gemiyi suda kullanan gemi maliki olarak tarif edilmektedir. 6762 sayılı TTK madde 946/I uyarınca donatan, gemisini deniz ticaretinde kullanan gemi sahibi şeklinde tanımlamaktaydı.

¹⁸⁹ 6102 sayılı TTK madde 1064/I itibarıyla donatma iştiraki, birden çok kişinin malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları halinde ortaya çıkan ve tüzel kişiliği olmayan topluluktur. 6762 sayılı TTK madde 951/I'de ise "suda kullanma" yerine "deniz ticareti" ifadesine yer verilmektedir. Gerek donatan, gerekse de donatma iştiraki tanımlanırken, "deniz ticareti" kelimesi yer almasa bile, "menfaat kazanmak" ifadesi "ticaret yaparak kazanç elde etmekle" aynı anlama gelmektedir.

¹⁹⁰ Başkasına ait gemiyi; kira, ariyet, irtifak hakkına dayanarak haklı ya da haksız olarak kendi adına bizzat veya emir ve idaresi altındaki kaptan marifetiyle kullanan gerçek veya tüzel kişiye gemi işletme müteahhidi denir. ÇAĞA/KENDER I, s. 133; KENDER/ÇETİNGİL, s. 73.

¹⁹¹ TETLEY William, "The Demise of The Demise Clause?", *McGill Law Journal*, Vol. 44, 1999, s. 809.

¹⁹² GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 101.

Dolayısıyla, donatan dolaylı yoldan da olsa taşıyan olarak kabul edilmektedir¹⁹³. Bu kayıt, genellikle “İşbu konişmentoyu düzenleyen kişi, geminin donatanı veya gemi işletme müteahhidi olmadığı takdirde ...” şeklinde başlamakta ve şarta bağlanmaktadır.

ii. Taşıyanın kimliği kaydı. Burada da donatan taşıyan olarak kabul edilmekle birlikte bu sonuca doğrudan ulaşılmaktadır. Navlun sözleşmesini ispatlayan ve ilgili sözleşme altında düzenlenen konişmento taşıyan ve donatan arasında yapılmış sayılmaktadır¹⁹⁴. Dolayısıyla, geminin sefere elverişli olmasından sorumlu olsun ya da olmasın, navlun sözleşmesine aykırı olarak meydana gelen zarar ve ziyadan dolayı sadece donatan sorumlu kabul edilmektedir¹⁹⁵.

Türk Hukuku açısından intikal ve taşıyanın kimliği kayıtlarının geçerliliğinin doğrudan temsil¹⁹⁶ ilişkisi çerçevesinde belirleneceği kabul edilmektedir¹⁹⁷. Dolayısıyla, bu kayıtların geçerliliği hususunda iki şart aranmaktadır¹⁹⁸. Öncelikle, donatanın taşıyana bu yönde yetki vermesi gerekmektedir. Aksi takdirde, donatan iradesi dışında tarafı olmadığı bir sözleşmeden dolayı borç altına girmiş sayılmaktadır. İkinci olarak, konişmentonun kimin adına imzalanmış olduğunun içeriğinden anlaşılması gerekmektedir.

Diğer yandan, intikal kaydı ile taşıyanın kimliği kaydı ulusal düzenlemeler ve 6102 sayılı TTK karşısında önemini birkaç sebepten ötürü yitirmektedir. İlk olarak, 6102 sayılı TTK madde 1238/I¹⁹⁹ itibarıyla konişmentoyu taşıyan olarak imzalayan veya konişmento kendi adına ve hesabına imzalanan kişi taşıyan sayılmaktadır. Buna karşılık, ilgili hükmün ikinci ve üçüncü fıkraları itibarıyla, belirtilen şartlar altında konişmentoda taşıyanın adı ve soyadı veya ticaret unvanı ile birlikte işletme merkezi gösterilmediği veya açıkça anlaşılmadığı hallerde de donatanın taşıyan sayılacağı belirtilmektedir. Söz konusu konişmento kaptan ve taşıyanın diğer temsilcileri tarafından düzenlenmişse, donatan ile

¹⁹³ TETLEY, s. 810; COLINVAUX Raoul, *Carver's Carriage By Sea, Volume 1*, Thirteenth Edition, London, 1995, s.714 (COLINVAUX I); WILSON John, *Carriage of Goods by Sea, Sixth Edition*, Edinburgh, 2008, s. 239.

¹⁹⁴ GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 102.

¹⁹⁵ TETLEY, s. 810

¹⁹⁶ Temsil, TBK madde 41-48'de düzenlenmektedir. Doğrudan temsil, temsilcinin üçüncü şahıs ile hukuki muameleyi yaparken, bu muameleyi temsil olunan nam ve hesabına yapması ve bu hukuki muameleden doğan hak ve borçların doğrudan temsil olunana ait olmasıdır. Dolayısıyla, doğrudan temsilin söz konusu olabilmesi için temsilci, temsil olunan adına hareket etmeli ve temsilci temsil yetkisini haiz olmalıdır. Bu konuda bkz., OĞUZMAN/ÖZ I, ss. 217-254; EREN, ss. 424-459 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, ss. 620-669.

¹⁹⁷ İLGIN, s. 227.

¹⁹⁸ ÜLGENER, ss. 109-110.

¹⁹⁹ 6762 sayılı TTK madde 1099 ile bu durumda sadece donatan taşıyan olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, taşıyanın adının yanlış bildirilmesi halinde sadece donatanın sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

birlikte, ilgili kişiler de taşıyan kabul edilmektedir. Bu husus, aksi ispat edilen karine niteliğindedir. Zira, donatan veya kaptan ya da taşıyanın diğer temsilcileri konişmento hamilinin açık istemi üzerine taşıyanın adı ve soyadı veya ticaret unvanı ile birlikte işletme adını bildirip belgelediği takdirde, karinenin aksi ispat edilmiş olmaktadır. Bu nedenle, konişmentodaki intikal ve taşıyanın kimliği kayıtları ile aynı hukuki sonuca, kanun hükümleri ile ulaşılabilmektedir.

İkinci olarak, belirtilen kayıtların sözleşmeye konulmasındaki esas amaç, alt navlun ilişkisinde donatanın taşıyan sıfatıyla sorumluluğuna gidildiği hallerde taşıyana/alt taşıyana rücu imkânı tanımaktadır²⁰⁰. 6762 sayılı TTK madde 948 uyarınca, donatanın sınırlı aynı sorumlu-deniz serveti ile sorumlu-, taşıyan/alt taşıyanın sınırsız ve şahsi sorumluluğu kabul edilmişti. Bu adaletsiz sonuç ise konişmentoda yer alan kayıtlarla aşılmaya çalışılmaktaydı. Böylelikle, üçüncü kişilere donatana sınırlı aynı sorumluluk içerisinde başvurabilme hakkı tanınmakta, donatana da taşıyana sadece bu sınırlar içerisinde rücu edebilme imkânı getirilmekteydi. Bu hüküm, 1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında Konvansiyon'un²⁰¹ (1976 tarihli Londra Konvansiyon) 1 Temmuz 1998 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girmesi ile birlikte mülga hale gelmişti.

6102 sayılı TTK madde 1062/II uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar doğrultusunda donatanın sorumluluğunun sınırlandırılabilceği hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, 1976 tarihli Londra Konvansiyonu ile birlikte Türk Hukuku'nda da donatan gibi çarterera da bu hak tanınmaktadır. Çartererdan kasıt ise gemi kira sözleşmesindeki kiracı, zaman çarteri sözleşmesinde tahsis edilen ve çarter sözleşmesindeki taşıyandır. Bu nedenle, donatan ile ilgili kayıtlar konişmentoya koydurulmasa da çarter sözleşmesi açısından donatan ve asıl taşıyan arasındaki hakkaniyete aykırı durum pozitif hükümler açısından da ortadan kalkmaktadır. Üçüncü olarak, 6102 sayılı TTK madde 1191 ile fiili taşıyan ile akdi taşıyanın müteselsil sorumluluğu getirildiği için bu kayıtlar Türk Hukuku açısından önemini yitirmektedir.

²⁰⁰ ÇAĞA/KENDER II, s. 69; İLGIN, ss. 199-200.

²⁰¹ 1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında Konvansiyon, 19 Aralık 1976 tarihinde imzalanmış ve 1 Aralık 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Konvansiyon'a 28 Şubat 1980 tarihli ve 8/495 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile katılmıştır. Katılma belgeleri geç tevdi edildiği için Türkiye açısından 1 Temmuz 1998 tarihinde itibaren yürürlüğe girmiştir. İlgili kararname 04.06.1980 tarihli ve 17007 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır. İlgili kararnamenin tam metni için bkz., <https://atlantis.denizcilik.gov.tr/mevzuat/dosyam/Dokumanlar/2011121210592719800604-1976DenizAlacaklar%C4%B1naKars%C4%B1MesuliyetinS%C4%B1n%C4%B1rland%C4%B1rmas%C4%B1Hakk%C4%B1ndaSozlesme.pdf>. (e.t.: 18.12.2012).

Diğer yandan, navlun sözleşmesinde de taşıyanın kimliği ile konişmento da belirtilen hükümlere göre tespit edilen taşıyanın kimliği her zaman birbiri ile uyumlu olmayabilir. Bu husus, navlun sözleşmesi ile konişmento arasındaki ilişki irdelenirken ele alınmaya çalışılacaktır.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Taşıyanın Tespiti Sorunu

Alman Hukuku'nda taşıyanın kimliğinin belirlenmesi Türk Hukuku ile paralellik arz etmektedir. Zira, bu husus gerek 6102 sayılı TTK'da, gerekse de 6762 sayılı TTK'da; Alman Ticaret Kanunu dikkate alınarak düzenlenmiştir. Alman Ticaret Kanunu madde 643/I uyarınca, konişmentonun içeriğinde taşıyanın adının da bulunması gerektiği hükme bağlanmaktadır. Ancak, bu hüküm emredici değildir. Konişmentoda taşıyanın adının bulunmaması halinde ya da taşıyanın kimliğinin açık bir şekilde anlaşılamadığı durumlarda, taşıyan somut olaya göre tespit edilmektedir. Bu durumda, konişmentodaki imza önem taşımaktadır²⁰². Alman Ticaret Kanunu madde 642/II itibarıyla donatanın izni olmaksızın da kaptan ve donatanın diğer temsilcileri konişmento düzenleme yetkisine sahiptir. Bu durumda, kaptan, donatanın değil, taşıyanın temsilcisi olarak belirtilen yetkisini kullanmaktadır²⁰³. Taşıyanın kimliğinin belirlenmesine ilişkin diğer bir önemli hüküm ise madde 644'tür. İlgili hüküm uyarınca, kaptan veya donatanın diğer temsilcileri tarafından düzenlenen konişmentonun taşıyanın adının yer almaması halinde, donatan taşıyan sayılmaktadır. Bunun yanında, taşıyanın sorumluluktan kurtulmak için konişmentonun kaptan ya da donatanın diğer temsilcileri tarafından düzenlendiğini ispat etmesi gerekmektedir²⁰⁴.

Bu bağlamda, Alman Hukuku açısından taşıyanın kimliğini belirten kayıtlar ise geçerli kabul edilmektedir. Türk Hukuku'nda olduğu gibi bu kayıtların geçerliliği için donatan tarafından taşıyana yetki verilmesi şart görülmektedir²⁰⁵. Diğer yandan, Alman Ticaret Kanunu madde 487'de de 1972 tarihinde yapılan değişiklik ile taşıyan da sınırlı

²⁰² PEJOVIC Caslav, "The Identity of Carrier Problem Under Time Charterer: Diversity Despite Unification Of Law", *Journal of Maritime Law And Commerce*, July, 2000, s. 392.

²⁰³ PEJOVIC, s. 392.

²⁰⁴ PEJOVIC, s. 392.

²⁰⁵ ÜLGENER, s. 107.

sorumluluktan yararlanabilmektedir ve bu nedenle, intikal ve taşıyanın kimliği kayıtları önemini yitirmektedir²⁰⁶.

Fransız Hukuku'nda taşıyan, taşıtan ile navlun sözleşmesini imzalayan kişi olarak tarif edilmektedir. Ancak, diğer Kıta Avrupası Hukukları'ndan farklı olarak, kaptanın geminin ticari yönetiminden sorumlu olan kişi adına hareket ettiği kabul edilmektedir²⁰⁷. Navlun sözleşmesi açısından bu kişi taşıtandır. Donatan, navlun sözleşmesi açısından üçüncü kişi sayıldığı için konişmentoyu imzalasa dahi taşıyan sayılmamaktadır. Böylelikle, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişinin korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, taşıyanın kimliği kayıtlarının geçerliliği kabul edilmemektedir.

Anglo-Amerikan Hukuku'nda da diğer ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi, konişmentoyu düzenleyip imzalayan kişinin kimliğine, temsil yetkisinin kime ait olduğuna ve neyi kapsadığına, konişmentonun kimin tarafından hazırlandığına ve imzalandığına önem verilmektedir. Öncelikle kural olarak, konişmento kaptan tarafından düzenlenmişse, donatan taşıyan gibi sorumlu olmaktadır. Zira, kaptanın donatan adına ve hesabına sözleşme yapma yetkisi kabul edilmektedir. Ancak, konişmentodan açık bir şekilde kaptanın donatan adına konişmentoyu düzenlemediği anlaşılıyorsa, taşıtan adına davrandığı varsayılmaktadır²⁰⁸.

İngiliz Hukuku'nda konişmento ile ortaya çıkan akdi ilişki taşıtan ile yükleten değil, yükleten ile donatan arasındadır. Ancak, konişmento taşıtan adına düzenlenip imzalanırsa, konişmento hamiline karşı, taşıtan da taşıyan gibi sorumlu tutulmaktadır. Söz konusu durumda donatan üçüncü kişi konumundadır. Dolayısıyla, İngiliz Hukuku'nda akdi taşıyan sıfatı dışında önemli olan fiili taşıyandır²⁰⁹.

İngiltere'de 1958 tarihli Deniz Ticareti Kanunu'nun (Merchant Shipping Act)²¹⁰ kabulünden sonra, donatan ve gemi işletme müteahhidinin; yanı sıra çarterer sıfatıyla taşıtanın da sınırlı sorumluluktan yararlanacağı kabul edilse²¹¹ de intikal kaydının ve taşıyanın kimliği kaydının geçerliliği mahkemelerce tartışılmıştır. İngiliz mahkemeleri, öncelikle donatanın

²⁰⁶ ILGIN, s. 218.

²⁰⁷ PEJOVIC, s. 389.

²⁰⁸ Bu konuda bkz., PEJOVIC, s. 385.

²⁰⁹ GASKEL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 84.

²¹⁰ İngiltere'de 1995 tarihli Deniz Ticaret Kanun ile yürürlükten kalkmıştır. Ancak, sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin esaslar korunmuştur. İlgili Kanunun tam metni için bkz., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/contents> (e.t.: 09.04.2012).

²¹¹ GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 103.

konişmentonun tarafı olup olmadığını tespit etmektedirler. İkinci olarak, konişmentodan doğan akdi ilişkinin taraflarının net bir şekilde belirlenmesini şart görmektedirler. Bu husus donatanın akdi taşıyan olup olmadığını tespiti açısından da önem taşımaktadır²¹². İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin verdiği Venezuela Kararı'nda²¹³ belirtilen durumda aslında konişmentodan doğan akdi ilişkinin taraflarından birinin donatan; yani asıl taşıyan, bu durumda alt taşıyanın ise navlun sözleşmesinde "akdi taşıyan" olduğu kabul edilmiştir. Alt taşıyanın gemiyi yolculuk için başkasına tahsis ettiğinde donatan ile aynı haklara sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, asıl taşıyan-alt taşıyan, bu akdi ilişkinin tarafı olarak kabul edilmiştir. Zira, asıl taşıyan-alt taşıyan, akdi taşıyan sıfatı ile sözleşme görüşmelerine katılmakta, sözleşmeyi hazırlamakta ve kendi adına konişmentoyu düzenlemektedir²¹⁴. Ancak, bu sonuca konişmentoda alt taşıyana açık bir şekilde yetki verilmediğinin anlaşılması halinde ulaşılmaktadır²¹⁵.

Amerikan Hukuku'nda ise bu konuda farklı esaslar benimsenmektedir. Öncelikle, İngiliz Hukuku'nda donatan, kendi yetkisi dışında, kaptan tarafından konişmentonun imzalandığını kanıtlayamazsa sorumlu olmaktadır²¹⁶. Amerikan Hukuku'nda ise ispat yükü taşıtana düşmektedir. Bu durumda taşıtanın donatanın yetkisi dâhilinde konişmentoyu hazırladığını ispatlaması gerekmektedir²¹⁷. Ayrıca, taşıtanın konişmentoyu hazırladığı bazı durumlarda, donatan ile taşıtanın müteselsil sorumluluğu kabul edilmektedir. Kendi aralarındaki iç ilişkide ise taşıtan donatan gibi sorumludur. Nitekim, 1936 tarihli U.S. COGSA²¹⁸ madde 5 itibarıyla, donatan ve gemi işletme müteahhidi dışındaki çarterera; yani çarter sözleşmesinin tarafı olan taşıtana sorumluluğu sınırlandırma hakkı tanınmaktadır. Dolayısıyla, intikal ve taşıyanın kimliği kayıtları ile taşıtana belirtilen imkân sağlanmaya çalışılmaktadır. Ancak, Amerikan Hukukunda birçok kararda taşıyanın sorumluluğunun bu şekilde sınırlandırılmasının emredici hükümlere aykırı olduğu kabul edildiği için ilgili kayıtlar geçersiz sayılırken; sadece taşıyanın kimliğinin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır²¹⁹. Nitekim, Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin 17.02.1998 tarihli Translantic Marine Claim

²¹² BAUGHEN Simon, **Shipping Law**, Fourth Edition, London, 2009, s. 33.

²¹³ [1980] 1 Lloyd's Report, 393.

²¹⁴ WILSON, s. 239.

²¹⁵ WILSON, s. 239; BAUGHEN, s. 34.

²¹⁶ SCHOENBAUM, s. 689.

²¹⁷ PEJOVIC, s. 386.

²¹⁸ Amerikan Hukuku'nda yer alan COGSA'nın İngiliz Hukuku'nda yer alan düzenlemeden ayırd edebilmek için çalışmamızda Amerikan Hukuku'ndaki COGSA, US COGSA olarak belirtilecektir.

²¹⁹ TETLEY, s. 817.

Agency v. M.V. OOCL Inspiration Kararı'nda²²⁰ donatan taşıyan olarak kabul edilmiştir. Bu sonuca ise konişmentoda yer alan konişmentoyu donatan vasfıyla imzalayan kişinin de taşıyan sayılacağı kaydından yola çıkılarak ulaşılmıştır²²¹. Amerikan Bölge Mahkemesi'nin verdiği 18.02.1996 tarihli Thyssen Steel Co v. Kavo Yerakas Kararı'nda²²² ise taşıyanın kimliği kayıtları taşıyanın sorumluluğunu sınırlandırdığı gerekçesiyle US COGSA'ya aykırı kabul edilmiştir²²³.

2. Taşıtan (Shipper)

Taşıtan, taşıyanın taşıma taahhüdüne karşılık, navlunu ödemekle yükümlü olan kişidir²²⁴. Taşıtanın taşınan eşyanın maliki olmasına gerek yoktur. Hatta zilyedi olmasına dahi gerek yoktur²²⁵. Taşıtan aynı zamanda yükleten ve/veya gönderilen sıfatına da sahip olabilir²²⁶. Taşıtanın kimliğinin tespiti taşıyanın kim olduğunun belirlenmesinden daha az karmaşıklık gösterir.

3. Uluslararası Düzenlemelerde Taşıyan ve Taşıtan

La Haye/Visby Kuralları madde 1/a itibarıyla, taşıyan donatan ve çarterer da dâhil olmak üzere, taşıtan ile taşıma sözleşmesini imzalayan kişi olarak tanımlanmaktadır. Burada taşıyanın gemi maliki olma şartı aranmamaktadır. Ancak, La Haye/Visby Kuralları anlamında taşıyan sayılabilmek için ilgili düzenleme kapsamında, navlun sözleşmesinin konişmento veya benzeri emtia senedine bağlı olarak yapılması gerekmektedir. Diğer yandan, La Haye/Visby Kuralları'nda taşıtanın kim olduğuna ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemektedir.

Hamburg Kuralları madde 1/1 ile ise akdi taşıyan (contractual carrier) taşıtanla bizzat veya temsilcisi aracılığıyla denizde eşya taşıma sözleşmesi akdeden her şahıs olarak tarif edilmektedir. Taşıyanın kim olduğuna dair, La Haye/Visby Kuralları'ndan farklı bir tanım

²²⁰ İlgili Karar için bkz., <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/137/137.F3d.94.97-7589.97-7581.766.767.html> (e.t.: 18.12.2012)

²²¹ Ibid., prg. 33.

²²² İlgili Karar için bkz., <http://openjurist.org/50/f3d/1349/thyssen-steel-company-v-mv-kavo-yerakas> (e.t.: 18.12.2012)

²²³ Ibid., prg. 7.

²²⁴ OKAY II, s. 14; AKINCI, s. 37; GÖĞER, s.27; ÇAĞA/KENDER II, s. 4; KENDER/ÇETİNGİL, s. 104; SÖZER, s. 578; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, 139.

²²⁵ CUMALIOĞLU, s. 74.

²²⁶ AKINCI, s. 38.

getirilmemektedir. Ancak, ilgili kuralların uygulanması için navlun sözleşmesine bağlı olarak konişmento düzenlenmesi öngörülmemektedir.

6102 sayılı TTK yürürlüğe girene kadar, Türk Hukuku'na yabancı bir kavram olan fiili taşıyana (actual carrier) ise Hamburg Kuralları madde 1/2'de yer verilmektedir. Buna göre fiili taşıyan, taşıyan tarafından taşımanın icrası kendisine tamamen veya kısmen tevdi edilen her kişi ile böyle bir icra kendisine tevdi edilen herkes olarak tarif edilmektedir. Fiili taşıyan ile navlun sözleşmesinden doğan deniz yoluyla taşıma borcunun ifasının tamamen veya kısmen taşıyan tarafından kendisine bırakılan yardımcı şahıs konumundaki kişi²²⁷ kastedilmektedir. Fiili taşıyan da akdi taşıyan gibi navlun sözleşmesinde taşıma taahhüdünde bulunan tarafıdır. Dolayısıyla, fiili taşıyanın ilgili navlun sözleşmesinden kaynaklanan taşımayı konu edinen taşıma sözleşmesinin tarafı olması gerekmektedir²²⁸. Bu durumda da fiili taşıyan alt taşıyan konumundadır²²⁹.

Fiili taşıyanın sorumluluğu da münferit olarak düzenlenmektedir. Hamburg Kuralları madde 10/I ile taşımanın icrasının tamamı veya bir kısmı fiili taşıyana tevdi edilmişse, navlun sözleşmesinde sorumsuzluk kaydı olsa bile, taşıyan bu Konvansiyon hükümleri uyarınca sorumlu kalmaya devam etmektedir. Madde 10/II ile, Konvansiyon'da taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen tüm düzenlemelerin fiili taşıyan için de geçerli olduğu belirtilmektedir. Madde 10/IV'e göre ise taşıyan ve fiili taşıyan sorumlu oldukları ölçüde ve durumda sorumludurlar. Fiili taşıyan ve akdi taşıyan arasındaki ilişkiyi düzenleyen söz konusu esaslar, 6102 sayılı TTK madde 1191 ve 1192 ile de benimsenmektedir. Ancak, Hamburg Kuralları madde 11/I itibarıyla, navlun sözleşmesinde taşımanın belirli bir bölümünün fiili taşıyan tarafından icra edileceği belirtilmişse, taşıyan hasar ve geç teslimden doğan zararlardan sorumlu değildir. Bu durumda, fiili taşıyan tek başına sorumludur.

Taşıtan ise Hamburg Kuralları madde 1/3 uyarınca, bizzat ya da temsilcisi ile taşıyanla deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi yapan her kişi veya kendi ya da başkası adına denizde eşya taşıma sözleşmesi uyarınca eşyayı taşıyana devreden herkes olarak tanımlanmaktadır. Böylelikle, taşıtan kavramı geniş ele alınmaktadır. Hem yükleten hem de navlun sözleşmesinin tarafı olan taşıtanı kapsamaktadır. Nitekim, Hamburg Kuralları'nın

²²⁷ SÖZER, s. 575.

²²⁸ YAZICIOĞLU, s.45.

²²⁹ ILGIN, s. 181.

İngilizce metninde taşıtan ve yükleyen kavramlarını da kapsayan “shipper” ifadesine yer verilmektedir.

Rotterdam Kuralları madde 1/V’de taşıyan tarif edilmektedir. Buna göre, taşıyan, taşıtan ile taşıma sözleşmesini yapan kişidir. La Haye/Visby ve Hamburg Kuralları’ndan farklı bir tanım yapılmamaktadır. Taşıtan ise Rotterdam Kuralları madde 1/8 uyarınca, taşıyan ile taşıma sözleşmesi yapan kişi anlamına gelmektedir. Asıl olarak, Hamburg Kuralları’ndan farklı bir düzenleme getirmemektedir.

B. Navlun Sözleşmesi İle İlgili Kişiler

Navlun sözleşmesinin taraflarının yanı sıra, 6102 sayılı TTK’da taşıma fiilinin icrasına katılan kişilere ilişkin düzenlemelere de yer verilmektedir. Bunun nedeni, özellikle uluslararası taşımalarda, sözleşmenin tarafları dışında kişilerin de ifa faaliyetine katılımasının zorunluluk arz etmesidir. Ayrıca, koniştirmentolu taşımalarda navlun sözleşmesi açısından üçüncü kişi konumundaki senet hamilinin, ilgili kişi olarak yetkilerinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

1. Yükleyen

Yükleyen, navlun sözleşmesine dayanarak eşyayı, gemiye yüklemek amacıyla taşıyana ya da taşıyanın bu konuda yetkili olan temsilcisine teslim eden kişiye denir²³⁰. Yükleyen fiilen gemiye yükleyen kişi değil; taşıma fiilinin icra edilebilmesi için doğrudan eşyanın zilyetliğini taşıyana devreden kişidir.

Yükleyen taşıtan olabileceği gibi, gönderilen de olabilir. Taşıtan veya gönderilenden farklı üçüncü bir kişi de olabilir. Bu durumda, üçüncü kişinin doğrudan doğruya taşıtanın adamı olmasına gerek yoktur. Aksi takdirde, taşıtan yükleyen olarak kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla, taşıtan ve yükleyen arasındaki iç ilişkinin niteliği önemlidir. Aralarındaki ilişki vekâlet, komisyon veya alım satım sözleşmesine dayanabilir²³¹. Ancak, iş sözleşmesine dayandığı takdirde, yükleyen taşıtandan bağımsız çalışan bir kişi olmadığı için taşıtan ve yükleyen aynı kişiler kabul edilmektedir. Yükleyen taşıyanla arasındaki ilişkiye

²³⁰ AKINCI, s. 38; OKAY II, s. 16; GÖĞER, s. 27; ÇAĞA/KENDER II, s. 3; CUMALIOĞLU, *Kırkambar Sözleşmesi*, s.76; SÖZER, ss. 579-580; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 139.

²³¹ AKINCI, s. 38.

rağmen, navlun sözleşmesini feshedemez ve değiştiremez²³². Zira, sadece eşyanın iadesi veya teslimi konişmento esas alınarak düzenlenmektedir (6102 sayılı TTK madde 1132, 1133) Tasarruf yetkisi ise konişmentonun üçüncü kişi yararına sözleşme olmasından kaynaklanan sonuçları çerçevesinde tayin edilmektedir. Bu anlamda, yükleten sadece eşyanın teslimi ve yüklenmesi ile ilgili hukuki işlemleri yapmaya yetkilidir. 6102 sayılı TTK madde 1089 uyarınca da yükleten “eşyayla ilgili kişiler” arasında sayılmaktadır. Bu anlamda, yükletene bağımsız bir hukuki statü tanınmaktadır²³³.

2. Gönderilen

Gönderilen, eşyayı varma yerinde teslim almaya yetkili kişidir²³⁴. Gönderilenin taşıtandan farklı bir şahıs olması halinde, lehine navlun sözleşmesi akdedilen kişidir. Bu nedenle, gönderilenin eşyayı teslim almadan önce, tesellüme hazır olduğunu bildirmesi gerekmektedir. Varma yerinde yükü teslim almak istediğini taşıyana bildirinceye kadar, taşıtanın, gönderilenin eşyanın teslimini isteme hakkını kısmen ya da tamamen bertaraf eden ya da değiştiren tasarruflarda bulunması mümkündür²³⁵. Yükleten gibi navlun sözleşmesinin tarafı değildir. Bu nedenle, gönderilen taşıma fiilinin icrasını değil, boşaltma ve teslim işlemleri sırasında gereken faaliyetleri yapabilme yetkisine sahiptir.

Navlun sözleşmesi gönderilen lehine tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğundan gönderilen eşyayı teslim almaya ve borç ilişkisinin tarafı olmaya zorlanamaz. Konişmentolu taşımalarda senede göre belirlenen gönderilen gerçek anlamda değil, “şekli gönderilen”²³⁶ ya da “yükü teslim alacak gönderilen”²³⁷ olarak tanımlanmaktadır. Buna karşılık, gönderilen eşyayı teslim almayı kabul ettiği andan itibaren “gerçek gönderilen”²³⁸ veya “yükü teslim alan gönderilen”²³⁹ şeklinde ifade edilmektedir. Bu anlamda, 6102 sayılı TTK madde 1237 uyarınca, gönderilen ve taşıyan arasındaki ilişkide konişmento esas alınmaktadır. Gönderilen, konişmentoda belirtilen şekle uygun olarak eşyayı talep etme ve tesellüm hakkına sahiptir. Ne

²³² SÖZER, s. 581.

²³³ ÇAĞA/KENDER II, s. 4.

²³⁴ AKINCI, s. 41; OKAY II, s. 46; GÖĞER, s. 27; ÇAĞA/KENDER II, s. 5; CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s.76; SÖZER, s. 581; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 139; SEVEN Vural, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 856-893 Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen**, Ankara, 2012, s. 28.

²³⁵ YAZICIOĞLU Emine, “Deniz Yük Senedi ve Deniz Yük Senedi İle Belgelenen Taşımalara İlişkin Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Tahir Çağa Anısı’na Armağan**, 2000, s. 667. (“Deniz Yük Senedi”)

²³⁶ SEVEN, s. 31.

²³⁷ ÇAĞA/KENDER II, s. 6.

²³⁸ SEVEN, s. 33.

²³⁹ ÇAĞA/KENDER II, s. 6.

taşıyan ne de gönderilen konişmentodan farklı hükümler içeren navlun sözleşmesine başvurabilir.

Konişmento düzenlenmediği taşımalarda ise gönderilen navlun sözleşmesi ile belirlenmektedir. Diğer bir deyimle, navlun sözleşmesine göre eşyayı talep etme ve teslim hakkına sahip kişi gönderilendir. Bu hakkı navlun sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme olma niteliğinden kaynaklanmaktadır²⁴⁰.

3. Acente

Deniz ticareti acenteleri hakkında da 6102 sayılı TTK madde 102 vd.²⁴¹ genel olarak acenteler için düzenlenen hükümler uygulanmaktadır. Buna göre acente, ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki korumaya sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye denir²⁴². Deniz ticaretinde ise acente, taşıyan ya da eşya sahibi olan gönderilen adına ve hesabına hareket eden ve bu kişiler adına eşyayı muhafaza altına alan kişilerdir²⁴³. Dolayısıyla, acentenin hak ve borçlarının belirlenmesinde somut olaya göre, acentenin taşıyan ya da gönderilen ile yaptığı acentelik sözleşmesi esas alınmaktadır.

4. Taşıma İşleri Komisyoncusu

Deniz ticareti alanında taşıma faaliyetinin icrasında taşıma işleri komisyoncusu ile

²⁴⁰ OKAY II, s. 19; YAZICIOĞLU, “Deniz Yük Senedi”, s. 669.

²⁴¹ Acentelik, 6762 sayılı TTK madde 116 vd. hükümlerinde düzenlenmekteydi.

²⁴² Gerek 6102 sayılı TTK, gerekse de 6762 sayılı TTK açısından acenteler, aracılık yapan acente ve sözleşme yapma yetkisini haiz acente olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doktrinde yapılan eleştiriler doğrultusunda, 6102 sayılı TTK’da sözleşme yapma yetkisi haiz acentenin sözleşmeyi, ticari işletme adına değil, ilgili tacir adına akdedeceği kabul edilmektedir. CENGİZ Ali, “Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçlar”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1, Sayı 2, 2011, s. 145.

6102 sayılı TTK’da acentenin unsurları hususunda da herhangi bir değişiklik getirilmemiştir. Bu konuda da doktrinde görüş birliği mevcuttur. Buna göre acentenin unsurları şu şekilde ifade edilmektedir: 1) Tacire bağımlı olmadan çalışmalıdır. Tacirin bağımsız yardımcılarındadır. 2) Acente ile tacir arasındaki faaliyet sürekli olmalıdır. 3) Acentelik ilişkisi sözleşmeye dayanmalıdır. 4) Acentenin belirli bir bölge ya da yerde faaliyette bulunması gerekmektedir. 5) Ticari işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmek veya bunları o tacir adına yapmalıdır. 6) Belirtilen faaliyetleri meslek haline getirmelidir. ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Onsekizinci Baskı, Ankara, 2013, ss. 200-204; KARAHAN Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 25. Baskı, Konya, 2013, s. 347; TEKİNALP Gülören, **Acente Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralları**, İstanbul, 1972, ss. 20-26.

²⁴³ OKAY, s. 24.

sözleşme akdedildiği durumlarda 6102 sayılı TTK madde 917²⁴⁴ vd. hükümleri uygulanmaktadır. Buna göre komisyoncu, taşıma işleri komisyonu sözleşmesi ile eşya taşımayı taahhüt etmektedir. Bu sözleşme ile gönderen kararlaştırılan ücreti ödeme borcu altına girmektedir. Komisyoncu sözleşmeyi ifa ederken, kendi adına ve müvekkili hesabına hareket etmektedir. Yani, taahhütte bulunduğu kişinin dolaylı temsilcisi konumundadır. Bu nedenle, taşıma işleri komisyoncusu ile taşıyan farklı kişilerdir²⁴⁵.

Komisyoncu, eşyanın bir yerden başka bir yere götürülmesi için bir taşıyıcı bularak onunla kendi adına müvekkili hesabına taşıma sözleşmesi akdederken; taşıyıcı, komisyoncu ile yaptığı sözleşme uyarınca eşyayı taşımakla yükümlü olmaktadır²⁴⁶. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 926 uyarınca, taşıma işleri komisyoncusu eşyanın taşınmasını bizzat üstlenirse, taşımadan doğan hak ve yükümlülükler açısından taşıyan veya taşıtan sıfatını almaktadır. Dolayısıyla, kendi faaliyetinin yanı sıra, navlunu talep edebilmektedir. Keza, 6102 sayılı TTK madde 927 itibarıyla komisyoncu kendi adına yaptığı navlun sözleşmesine dayanarak, başka bir gönderenin eşyası ile birlikte eşya taşıma hakkını kullanırsa, taşıyanın hak ve yükümlülüklerine sahip olmaktadır. Ayrıca, 6102 sayılı TTK madde 921 uyarınca, navlun kesin ücret şeklinde kararlaştırılmışsa da komisyoncu; taşıyan ya da taşıtanın hak ve yükümlülüklerini haizdir.

5. Taşıma İşleri Tellalı

Özellikle charter sözleşmelerinin tellallar aracılığıyla akdedilmesi uygulamada oldukça rastlanılan bir durumdur. Deniz ticaretinde bu kişilere “gemi tellalı” (ship broker) veya “navlun tellalı” denilmektedir²⁴⁷. 6102 sayılı TTK ile ticari işler tellallığı kaldırılmıştır. Bu nedenle, taşıma işlerine ilişkin tellallık sözleşmesine de TBK madde 520 vd. uygulanmaktadır. 6102 sayılı TTK ile simsarlık sözleşmesi olarak adlandırılan tellallık sözleşmesi, tellalın taraflar arasında sözleşmenin kurulması imkânını hazırladığı veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak

²⁴⁴ 6762 sayılı TTK madde 808 vd. taşıma işleri komisyoncusu tanımlanmaktaydı. Bu konuda bkz., ARKAN Sabih, “Taşıma İşleri Komisyoncusunun Borçları ve Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Cilt 47 Sayı 1-2, 1988, s. 313. (“Taşıma İşleri”)

²⁴⁵ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ARKAN, **Ticari İşletme**, ss. 236-242; KARAHAN, ss. 375-380.

²⁴⁶ ARKAN, **Ticari İşletme**, s. 236.

²⁴⁷ OKAY II, s. 21; CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s. 80.

kazandığı sözleşme olarak tanımlanmaktadır²⁴⁸.

Gemi tellalı ise navlun sözleşmesinin kurulabilmesi için bilgi alış verişini sağlayan kişidir²⁴⁹. Bu nedenle, gemi tellalları acente olarak da görev yapabilmektedirler. Her iki aracı kişiyi birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Nitekim, her tellal acente olarak kabul edilmemekte; ancak her acente tellal olarak faaliyette bulunabilmektedir²⁵⁰. Zira, acentelerden farklı olarak tellalın, sözleşmenin kurulma imkânının hazırlanması veya kurulmasına aracılık faaliyetini meslek haline getirme zorunluluğu yoktur. Bu anlamda, onun faaliyetinde süreklilik aranmamaktadır²⁵¹.

6. Taşıma İşleri Organizatörü (Freight Forwarder)

Taşıma işleri organizatörü, taşıyan ile taşıtan arasında aracı olarak faaliyette bulunmaktadır. Taşıma sırasında uygun konaklama yerlerinin belirlenmesi, konişmento da dâhil olmak üzere taşıtanın eşyası için gereken belgelerin sağlanması, bunun gibi eşyanın sözleşmeye uygun bir şekilde taşınması için gerekli olan her türlü faaliyette bulunmakla yetkili kişidir²⁵². Ancak, taşıma organizasyonu sırasındaki eylem ve işlemlerinden hem taşıtan hem de taşıyana karşı sorumludur. Bu anlamda, taşıma işleri organizatörü, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi adına, taşınan eşyanın türüne ve müşterinin dağıtım ihtiyaçlarına bağlı olarak, her türlü taşıma vasıta ve yöntemlerini kullanmak suretiyle, en uygun ve en ekonomik yollarla eşyanın yurtiçi ya da yurtdışında taşınmasını organize eden kişidir²⁵³.

Esas faaliyet alanı, en basit ifadeyle, taşıma organizasyonunu sağlamak olsa da taşıtan veya taşıyan ile arasındaki hukuki ilişkiye bağlı olarak acente, tellal ya da komisyoncu olarak da hareket edebilmektedir²⁵⁴. Genellikle taşıma işleri organizatörü, sadece taşıma faaliyetini icra etmekle değil, aynı zamanda navlun sözleşmesini kendi adına ve müvekkili hesabına akdetmekte ve böylelikle, taşıma fiilini ifa etme yükümlülüğü altına girmektedir²⁵⁵. Bu durumda, taşıyana karşı sorumluluk alanı genişlemektedir. Nitekim, navlun ücretinin

²⁴⁸ YAVUZ/ÖZEN/ACAR, s. 604.

²⁴⁹ ANDERSON H. Edwin, "Shipbrokers' Authority and Ability to Bind Principal: At The Juncture of Chartering and Agency", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol 31, No 1, January, 2000, s. 90.

²⁵⁰ ANDERSON, s. 90.

²⁵¹ TEKİNALP, s. 44.

²⁵² SCHOENBAUM, s. 534.

²⁵³ KARA Hacı, "Deniz Taşımalarında Freight Forwarder", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 4, Sayı 37, Ocak, 2006, s. 68.

²⁵⁴ DOĞRUCU Muhittin, "Freight Forwarder", *Deniz Hukuku Dergisi*, Yıl 9, Sayı 1-2, 2004, s. 84.

²⁵⁵ BAUGHEN, s. 21.

belirli bir kısımdan değil, tümünden taşıtan ve bazı durumlarda gönderilen gibi sorumlu olmaktadır²⁵⁶.

Bu kavram hukukumuzda yabancı bir kavramdır. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 918 ile, eski kanunda belirtilen yükümlülüklerinden farklı olarak, taşıma işleri komisyoncusunun taşıma işinin örgütlenmesinden de sorumlu olduğu hükme bağlanmaktadır. Bu bağlamda, 6102 sayılı TTK anlamında, taşıma işleri komisyoncusu, taşıma işleri organizatörünün de faaliyetlerini yürütebilecek şekilde geniş bir yelpazede düzenlenmektedir. Buna karşılık, taşıma işleri organizatörü, komisyoncudan farklı olarak, sadece taşıma işinin her türlü organizasyonunu yapmakla sorumludur. Dolayısıyla, sorumluluk alanı komisyoncuya nazaran daha dardır. Bu kapsamda, taşıma işleri organizatörünün hak ve yükümlülükleri ile sorumluluk alanı, taşıyan ya da taşıtan ile arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenmektedir.

7. Uluslararası Düzenlemelerde Navlun Sözleşmesi İle İlgili Kişiler

La Haye/Visby Kuralları'nda taşıtan ve taşıyan dışında, navlun sözleşmesi ile ilgili kişilere ilişkin her hangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Diğer yandan, Hamburg Kuralları madde 1/4 uyarınca, gönderilen eşyayı teslim alma hakkına sahip olan kişi olarak tanımlanmaktadır. Tanım yapıldıktan sonra, madde 15 ile konişmentoda gönderilenin isminin belirtilmek zorunda olduğu hükme bağlanmaktadır.

Rotterdam Kuralları madde 1/11 itibarıyla gönderilen, taşıma sözleşmesi ya da taşıma belgesi veya elektronik taşıma kaydına uygun olarak eşyayı teslim alma hakkına sahip olan kişi olarak tarif edilmektedir. Bu anlamda, Hamburg Kuralları'ndan farklı bir düzenleme değildir. Diğer yandan, yükletenin kim olduğu hususunda her hangi bir hükme yer verilmemektedir. Hamburg Kuralları'ndan farklı olarak "shipper" deyimini ile ise sadece taşıtan kastedilmektedir.

Rotterdam Kuralları ile ilk defa, yükleten ve gönderilen dışında, navlun sözleşmesi ile ilgili kişilere ilişkin tanımlara yer verilmektedir²⁵⁷. Öncelikle madde 1/6 ile "ifa eden taraf"dan (performing party) bahsedilmektedir. Buna göre, ifa eden taraf doğrudan ve dolaylı olarak taşıyanın talebiyle veya taşıyanın gözetimi ve kontrolü altında davranmak kaydıyla,

²⁵⁶ BAUGHEN, s. 21.

²⁵⁷ Bu kişiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., GÜNAY, ss. 80-85.

navlun sözleşmesine uygun olarak eşyanın teslimi, yüklenmesi, kontrolü, istiflenmesi, taşınması, gözetimi, boşaltılması ve teslim edilmesi ile ilgili yükümlülüklerinden birini ifa eden veya ifa etme yükümlülüğü altında olan kişidir. Ancak, taşıyan yerine taşıtan, belge üzerinde taşıtan, gönderilen veya idare eden tarafça tutulan kişiyi kapsamamaktadır. Bu nedenle, aracı kişiler ifa eden taraf sıfatını haiz değildir. Zira, taşıyan adına ve/veya hesabına hareket eden kişiler ifa eden taraf olarak kabul edilmemektedir.

Bunun yanında, idare eden taraf (controlling party) Rotterdam Kuralları madde 1/13 ile eşyayı kontrol hakkını kullanma hakkına sahip olan kişi olarak tanımlanmaktadır. İlgili düzenleme madde 51/I-a bendi uyarınca, idare eden tarafın, taşıtanın taşıma sözleşmesi akdedildiğinde alıcıyı, belge üzerindeki taşıtanı veya başka bir kişiyi idare eden taraf olarak tayin etmediği takdirde, taşıtan olarak kabul edileceği hükme bağlanmaktadır.

Keza, Rotterdam Kuralları madde 1/9 ile de yeni bir kavram olan “belge üzerinde taşıtana” da (documentary shipper) değinilmektedir. Belge üzerinde taşıtan, taşıma belgesinde ve elektronik taşıma belgesinde adı geçen, taşıtan dışındaki kişidir. İlgili düzenleme madde 33 itibarıyla da belge üzerinde taşıtanın, akdi taşıtanın yükümlülük ve sorumluluklarına tabi olup, hak ve hukuki korumadan yararlanma hakkına da sahip olduğu ifade edilmektedir.

İKİNCİ KISIM

TAŞIYANLA İLGİLİ BAZI MADDİ HUKUK MESELELERİ

I. TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

Navlun sözleşmesinde taşıtanın ifa menfaati, ekonomik ve hızlı bir şekilde eşyanın taşınması ile sağlanmaktadır. Ayrıca, navlun sözleşmesinin konusunu oluşturan taşımanın ifası, genellikle satıcı konumundaki taşıtanın, satım sözleşmesinden kaynaklanan eşyayı teslim borcunun yerine getirilmesi açısından da önem arz etmektedir. Dolayısıyla, ekonomik güç olarak kabul edilen geminin, özellikle teknik yönetiminin, taşıyanın elinde olması taraflar arasında menfaat dengesini bozabilmektedir. Bu nedenle, navlun sözleşmesinin gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesinden doğabilecek zararların, taşıyana nazaran taşıtan açısından daha fazla olabileceği söylenebilir.

Söz konusu menfaat dengesinin sağlanabilmesi için yabancı hukuklarda oluşu gibi Türk Hukuku'nda da taşıyanın sorumluluğu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. İlgili hükümlerde yer alan taşıyanın sorumluluğunu daraltan ya da ortadan kaldıran sözleşme şartları birçok ulusal hukukda geçersiz sayılmaktadır. Bu anlamda, çalışmamızın amacı dikkate alındığında, uygulanacak hukukun tespitinde taşıtanı korumak için getirilen bu hükümlerin tatbikinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu husus, milletlerarası özel hukuku hakkaniyetinin gerçekleştirilmesi için de önem arz etmektedir. Zira, sözleşmedeki menfaat dengesini taraflardan biri aleyhine önemli ölçüde bozabilecek yetkili yabancı hukuk hükmünün tatbiki, Türk Hukuku açısından kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabilmektedir.

A. Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişsiz Bulundurmadan Doğan Sorumluluğu

6102 sayılı TTK madde 932 itibarıyla, geminin sefere elverişli olması ile ne kastedildiği hükme bağlanmakta; madde 1141 ile ise taşıyanın gemiyi sefere elverişli bulundurma yükümlülüğü düzenlenmektedir. 6762 sayılı TTK madde 817'de denize ve yola elverişlilik düzenlenmekte iken, madde 1019'da yüke elverişlilik münferit hüküm olarak ele alınmaktaydı. 6102 sayılı TTK madde 932'de ise sefere elverişlilik tek bir madde altında hükme bağlanmaktadır. İlgili maddenin birinci fıkrasında "... sudan ileri gelen ..." ile "su" ifadesine yer verilmektedir. Buna karşılık yerleşmiş bir terim olan "denize elverişlilik"

kavramının da kullanıldığı görülmektedir²⁵⁸. Daha öncede değindiğimiz üzere, bu maddede de belirtilen kavramlar açısından bir uyumsuzluk söz konusudur.

Taşıyanın gemiyi sefere elverişli bulundurma yükümlülüğü, eşyanın gemiye yüklenmesi ile başlamakta ve eşyanın boşaltma limanında usulüne uygun bir şekilde ve navlun sözleşmesinde ve/veya konişmentoda belirtilen gönderilene teslimi ile son bulmaktadır. Ancak, gerek 6102 sayılı TTK, gerekse de 6762 sayılı TTK açısından yükleme başından yolculuğun başlangıcına kadar olan devredeki elverişlilik (başlangıçtaki elverişlilik) ile yolculuğu başlangıcından boşaltmanın sonuna kadar olan devredeki elverişlilik (sonraki elverişlilik) farklı hükümlerle düzenlenmektedir²⁵⁹.

6102 sayılı TTK madde 932 ile sefere elverişlilik; denize, yola ve yüke elverişlilik olmak üzere üç şekilde tanımlanmaktadır. Denize elverişlilik geminin, gövdesi, genel yapısı, makinesi, kazanları ve genel donatımı gibi esas kısımları bakımından yolculuğun yapılacağı sudan ileri gelen (anormal tehlikeler hariç) tehlikelere karşı koyabilir nitelikte olması anlamına gelmektedir. Yola elverişlilik ise denize elverişli olan bir geminin teşkilatı, yükleme durumu, yakıtı, kumanyası ve gemi adamlarının sayısı ve yeterliliği açısından (anormal tehlikeler hariç) yapacağı yolculuğun tehlikelerine karşı koyabilmek için gerekli vasıfları haiz bulunmasıdır. Denize elverişlilik ve yola elverişlilik dışında, geminin yüke elverişli kabul edilmesi için geminin soğutma tesisatı da dâhil olmak üzere, eşya taşımada kullanılan kısımlarının eşyanın kabulüne, taşınmasına ve muhafazasına elverişli olması gerekmektedir.

Gemiyi denize, yola ve yüke elverişli bulundurma yükümlülüğü; navlun sözleşmesinin asli ediminin tam ve gereği gibi ifa edilmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, asli yükümlülük olan taşıma ediminin taşıtanın menfaati doğrultusunda ifa edilmesine yönelik yan yükümlülüktür²⁶⁰²⁶¹. Dolayısıyla, taşıtan, taşıyanın

²⁵⁸ 6102 sayılı TTK madde 932'nin gerekçesinde, Türk denizciliğinde yerleşmiş bir terim olduğu için "denize elverişlilik" teriminin kullanıldığı ifade edilmektedir. "Yolculuğun yapıldığı su" ifadesine de vurgu yapılmaktadır. Buradaki amaç, TTK hükümlerinin iç sularda yapılan faaliyetlere de uygulanmasıdır. Bu hususta yukarıda "Deniz Yoluyla Taşıma Taahhüdü" başlığında yaptığımız değerlendirmeleri aynen tekrarlıyoruz. Bkz., yuk. Birinci Kısım, III, C.

²⁵⁹ ÇAĞA/KENDER II, s. 175; SÖZER, s. 588; SÖZER Bülent, **Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Bulundurma Yükümlülüğü**, Ankara, 1975, s. 4. (**Sefere Elverişli Bulundurma**).

²⁶⁰ SÖZER, **Deniz Ticareti Hukuku**, s. 650; SÖZER, **Sefere Elverişli Bulundurma**, ss. 22-24; CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s. 84. Aksi görüş için bkz., ÇAĞA/KENDER II, s. 17

²⁶¹ Sözleşmeden doğan borç ilişkisinde alacaklının ifa menfaatine hizmet eden asli yükümlülüklerin yanı sıra, sözleşmede veya kanunda ya da dürüstlük ilkesinin gereği bazı yan yükümlülüklerde belirlenebilmektedir. Yan yükümlülüklerin bir kısmı asli edime doğrudan doğruya bağlı olup, onun tamamlanmasına hizmet etmektedirler. (Bakım ve muhafaza yükümlülükleri gibi.) Buna karşılık, asıl edimden kapsam olarak ayrı, fakat onun ifasına hizmet ederek alacaklının menfaatinin teminini sağlayan yan yükümlülükler de mevcuttur. (Bilgi verme ve işbirliği yükümlülüğü) Asli edimin ifasını kolaylaştıran ve asli

gemiye sefere elverişli bulundurma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, 6102 sayılı TTK 1141²⁶² uyarınca, taşıyandan tazminat talep edebilmektedir. Diğer yandan, kanımızca yan yükümlülük olarak sefere elverişli bulundurma yükümlülüğünün ihlali halinde aynen ifanın talep edilemeyeceğinin kabul edilmesine karşılık, taşıtana sözleşmeyi feshetme hakkının TBK itibarıyla tanınması gerekmektedir. Zira, taşıyanın belirtilen yükümlülüğüne aykırı davranması doğrudan doğruya taşıma taahhüdüne de aykırılık teşkil etmektedir. Her ne kadar, 6102 sayılı TTK'da münferit olarak taşıyanın gemiyi sefere elverişli bulundurma yükümlülüğünün ihlali taşıtana fesih hakkı tanınmasa da TBK hükümleri uygulanarak, bu durumda taşıtanın haksız olarak sözleşmeye katılmak zorunda bırakılmaması gerekmektedir. Nitekim, taşıyan belirtilen edimi haklı bir sebep olmaksızın yapmaktan kaçındığı için temerrüde düşmektedir. Dolayısıyla, taşıtanın TBK madde 125 ve 126 itibarıyla, sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olması gerektiği söylenebilir²⁶³.

Her yan yükümlülükte olduğu gibi, sefere elverişli bulundurma yükümlülüğü de her somut olayda borç ilişkisinin özelliğine ve tarafların amacına göre değişik nitelik ve içeriktedir. Dolayısıyla, sefere elverişlilik nisbi bir kavramdır²⁶⁴. Bir geminin sefere elverişli olup olmadığının tespiti için belirli bir eşya ile belli bir zamanda yapılacak yolculuk için geminin gerekli vasıfları haiz olup olmadığına bakılmaktadır²⁶⁵. Burada, yolculuk kavramı ile neyin kastedildiği de önemlidir. Yolculuk ile kastedilen genel olarak geminin sefere çıkması değil, her bir eşyaya ait yolculuktur; yani sözleşmeye konu olan eşya ile geminin yapacağı yolculuk esas alınmaktadır²⁶⁶. Örneğin, kısmi charter sözleşmesinde gemiye ilişkin birden fazla eşya yüklendiği takdirde, taşınacak her bir eşya için geminin sefere elverişli olup olmadığı tayin edilmelidir. Bu nedenle, taşıyan bazı eşyalar için gemi sefere elverişli görülürken, bazı eşyalar için ise sefere elverişli olmayabilir. Aynı durum, mürekkep yolculuk sözleşmelerinde de geçerlidir. Her bir seferin başlangıcında geminin ilgili sefer için elverişli olup olmadığının

edimin gereği gibi ifa edilmesini sağlayan yan yükümlülükler münferit olarak ifa davasına konu olamazlar. Ancak, yan edim yükümlülükleri olarak adlandırılan yükümlülüklerin ifa edilmemesi, doğrudan asli edimin ifa edilmemesi anlamına gelmektedir ve asıl edimle talep edilebilmekle birlikte, ondan ayrı olarak da dava konusu edilebilmektedirler. Zira, bu tür yükümlülükler aykırı davranılması, edimin gereği gibi ifa edilmemesi, kısmi imkânsızlığa veya temerrüde yol açabilmektedir. Bu konuda bkz., EREN, ss. 37-39; EDİS Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 1993, ss. 317-318.

²⁶² TBK madde 112'nin özel hüküm şeklindeki görünümüdür.

²⁶³ Aksi görüş için bkz., SÖZER, **Sefere Elverişli Bulundurma**, ss. 80-83.

²⁶⁴ AKINCI, s. 96; SÖZER, **Deniz Ticareti Hukuku**, s. 645; SÖZER, **Sefere Elverişli Bulundurma**, s. 28; AKAN Pınar, "Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü", **Tahir ÇAĞA'nın Anısına Armağan**, İstanbul, 2001, s. 5. ("Sefere Elverişli")

²⁶⁵ GÖĞER Erdoğan, "Denize Elverişli Gemi", **Adalet Dergisi**, Yıl 52, Sayı 1-2, Ocak-Şubat 1961, s. 49. ("Denize Elverişli Gemi")

²⁶⁶ ÇAĞA/KENDER II, s. 175; AKINCI, s. 97.

ayrı ayrı tespit edilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, taşıyanın gemiyi sefere elverişli bulundurma yükümlülüğünün ihlali halinde sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için şu şartların varlığı aranmaktadır²⁶⁷:

i. Gemi başlangıçta elverişsiz olmalıdır. Taşıyan sadece yüklemenin başladığı andan yolculuğun başladığı ana kadar geçen sürede geminin denize, yola ve yüke elverişli olmamasından dolayı sorumludur. Burada, yüklemenin ve yolculuğun başlama anı önem kazanmaktadır. Kural olarak, taşıtanın eşyayı usulüne uygun olarak gemiye getirmesi ve taşıyana teslim etmesi ile yükleme tamamlanmış sayılmaktadır. Dolayısıyla, yükleme taşınacak eşyanın zilyetlik iradesi ile taşıyanın tasarruf alanına bırakılması için gereken faaliyetlerin ilki ile başlamaktadır. Yüklemenin, kanunda belirtilen usuller çerçevesinde tamamlanmasından itibaren navlun sözleşmesinin ifası için sefere başlamak üzere geminin rıhtımdan veya demirleme yerinden ayrılması ile de yolculuğun başladığı kabul edilmektedir²⁶⁸.

ii. Geminin sefere elverişsiz olması, taşıyanın kusurundan kaynaklanmalıdır. Bu husus, 6102 sayılı TTK madde 1141/II'den çıkarılmaktadır. Bu hüküm ile taşıyanın özen yükümü ile ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğu olduğu öngörülmektedir²⁶⁹. Zira, taşıyan tedbirli ve dikkatli bir taşıyanın harcamakla yükümlü olduğu özeni göstermekle sorumludur. Söz konusu husus, 6102 sayılı TTK madde 18/II'de belirtilen taşıyanın basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün özel bir görünümüdür²⁷⁰. Dolayısıyla, taşıyan gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi, zararın meydana geleceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz²⁷¹.

iii. Taşıtanın ve/veya eşya ile ilgili şahısların dolaylı zilyedi olduğu taşınan eşya zayi olmalı veya hasara uğramalıdır.

iv. Meydana gelen her türlü ziya veya hasar, geminin başlangıçta taşıyanın kusuru nedeniyle sefere elverişsiz olmasından kaynaklanmalıdır. Burada aranan, uygun illiyet

²⁶⁷ KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, ss. 186-187.

²⁶⁸ SÖZER, *Deniz Ticareti Hukuku*, s. 647.

²⁶⁹ OKAY II, s. 168; ÇAĞA/KENDER II, ss. 177-178; SÖZER, *Deniz Ticareti Hukuku*, s. 591.

²⁷⁰ SÖZER, *Deniz Ticareti Hukuku*, s. 653; SÖZER, *Sefere Elverişli Bulundurma*, s. 24.

²⁷¹ KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 186.

bağdır²⁷². 6102 sayılı TTK madde 932’de denize, yola ve yüke elverişli geminin “tamamıyla anormal tehlikeler haricinde” denizden gelen her türlü tehlikeye karşı koyabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Söz konusu hükümde bahsedilen mücbir sebeptir. Zira, gerek anormal tehlikelerle, gerekse de mücbir sebeple kastedilen sözleşmenin tarafları haricinde gerçekleşen ve taşıyanın borcunu gereği gibi ifa etmesini engelleyen kaçınılmaz olaylardır. Dolayısıyla, taşıyan geminin sefere elverişsizliği sonucu meydana gelen zararın her türlü özen ve dikkat gösterilmesine rağmen, önlenmesi objektif olarak mümkün olmayan hadiselerden ileri geldiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir²⁷³. Ayrıca, mücbir sebep dışında zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurunun bulunduğunu ispatlayarak da taşıyan illiyet bağının kesildiğini ortaya koyabilmektedir.

6762 sayılı TTK madde 1112-1113 itibarıyla, sonraki elverişsizliğin aksine, başlangıçtaki elverişsizlikte taşıyan eşyanın zıya veya hasarlardan dolayı ortaya çıkan tazminat borcunda malın piyasa değeri ile sınırlı idi²⁷⁴. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 1186 uyarınca taşıyanın eşyaya ilişkin her türlü zarar ve ziyadan sorumluluğunda tazminat miktarının özel çekme hakkını karşılayan tutarı aşamayacağı hükme bağlanmaktadır²⁷⁵.

B. Taşıyanın Eşyaya Özen Gösterme Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasından Doğan Sorumluluğu

6102 sayılı TTK madde 1178/I itibarıyla, taşıyan navlun sözleşmesinin ifası sırasında özellikle eşyanın yükletilmesi, istif, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetilmesi ve boşaltılmasında tedbirli taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlü tutulmaktadır. Daha net bir ifadeyle, taşıyan usulüne uygun bir şekilde eşyanın taşınması amacıyla dolaylı ya da doğrudan zilyetliğin kendisine devrinden, taşıtana veya gönderilene teslimine kadar geçen sürede eşyanın özenle bakım ve muhafazasını sağlamakla ve bunun için gerekli tedbiri almakla yükümlüdür. Taşıyanın bu yükümlülüğü, onun taşınacak eşyaya fer’i ve doğrudan zilyet olmasının da doğal sonucudur.

²⁷² Uygun illiyet bağı; hayat tecrübelerine göre, bir fiilin, olayların normal akışında meydana getirebileceği zararlarla olan mantiki illiyet bağı olarak tanımlanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., OĞUZMAN/ÖZ II, ss. 44-53; EREN, ss. 536-569.

²⁷³ SÖZER, *Deniz Ticareti Hukuku*, s. 656; SÖZER, *Sefere Elverişli Bulundurma*, ss. 27-28.

²⁷⁴ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ÇAĞA/KENDER II, ss. 162-174; ATAMER Kerim, “Taşıyanın Parça Başına Belli Bir Tutarla Sınırlı Sorumluluğu”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar*, VI, Ankara, 15-16 Nisan 1989, ss. 225-274. (“Parça Başına”)

²⁷⁵ SÖZER, *Deniz Ticareti Hukuku*, ss. 678-697; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, ss. 196-200;

Ayrıca, 6102 sayılı TTK madde 1178/II itibarıyla, taşıyanın sorumlu tutulabilmesi için eşyanın taşıyanın hâkimiyet alanı içerisinde zıya veya hasara uğraması gerekmektedir. Eşyanın hangi durumlarda taşıyanın hâkimiyetinde bulunacağı ise 6102 sayılı TTK madde 1178/III uyarınca belirlenmektedir. İlgili hüküm ile kanunda belirtilen durumlarda taşıyanın hâkimiyet alanının varlığına ilişkin faraziye getirilmektedir.

Diğer yandan, 6102 sayılı TTK madde 1178'de belirtilen faaliyetlere ilişkin masraflar, navlun sözleşmesinde eşya ile ilgililere bırakılabilmektedir²⁷⁶. Buna rağmen taşıyan; yükleme, boşaltma ve istifin yapıldığı sırada gemi hakkında bilgi verme, yol gösterme, nezaret etme, yükleme, boşaltma ve istif faaliyetinin kurallara ve amaca uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığını kontrol etmekle yükümlüdür²⁷⁷.

Eşyaya özen gösterme yükümlülüğünün asli yükümlülük mü; yoksa yan yükümlülük mü olup olmadığının tespiti, özellikle bu borcun ihlali halinde uygulanacak yaptırımın belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Seven'e²⁷⁸ göre, eşyaya özen gösterme yükümlülüğü asli yükümlülüktür. Yazar, bu yükümlülüğün ihlali halinde, taşıyanın 6102 sayılı TTK madde 1178 uyarınca, sadece tazminat borcunun ortaya çıkmasının; buna karşılık taşıtanın sözleşmeyi feshedememesinin veya bu borcun yerine getirilebilmesi için ifa davası açamamasının, eşyaya özen borcunun yan yükümlülük olması anlamına gelmeyeceğini iddia etmektedir. Zira, taşıyanın taşıma taahhüdü; aynı zamanda eşyanın bakımının ve korunmasının temin edilerek bir yerden başka bir yere götürülmesini de kapsamaktadır.

Ancak, kanımızca burada yan yükümlülük söz konusudur. Zira, eşyaya özen gösterme yükümlülüğü niteliği gereği, navlun sözleşmesinin asli unsuru olan taşıma yükümlülüğünden zaten bağımsız olarak talep edilemez. Ayrı bir ifa davasına konu olamamakla birlikte, buradaki özen borcuna aykırılık, taşıma yükümlülüğünün hiç veya

²⁷⁶ Navlun sözleşmesinde FIO (Free In and Out), FIOS (Free In, Out and Stowed), FIOST (Free In, Out, Stowed and Trimmed) olarak yer alan kayıtlarla masraflar taşıtana aktarılmaktadır. FIO klozunda, eşyanın gemiye yüklenmesi ve geminin içinde konulacağı yere bırakılması taşıtanın sorumluluğu altındadır. FIOS klozunda yükün istiflenmesi de eşya ile ilgilerin sorumluluğundadır. FIOST klozunun navlun sözleşmesinde yer alması halinde ise eşyanın gemini dengesini bozmayacak şekilde tam olarak yerleştirilmesi ve tertiplenmesi de taşıtanın sorumluluğundadır. Esas olarak, bu klozlar ile masrafların kime ait olacağını belirlenmektedir. Dolayısıyla, FIO/FIOS/FIOST klozlarının mahiyetlerinin ne olduğunun her zaman dikkatlice ortaya koyulması gerekmektedir. Bu konuda bkz., SÖZER, “Deniz Ticareti Hukuku”, s. 659; AKAN Pınar, **Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 2007, ss. 43-45. (**Yüke Özen Yükümlülüğü**)

²⁷⁷ AKINCI, s. 383; SEVEN Vural, **Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Ziya ve Hasarından) Doğan Sorumluluk**, Ankara, 2003, s. 53. (**Yüke Özen Borcu**)

²⁷⁸ SEVEN, **Yüke Özen Borcu**, s. 53.

gereği gibi yerine getirilmemesi anlamına gelmektedir. Yani, eşyaya özen gösterme yükümlülüğü, taşıma taahhüdünden bağımsız olamayacağı için asli yükümlülük olarak değerlendirilememektedir. Bu anlamda, asli edim yükümü olan taşıma taahhüdünün yerine getirilerek, taşıtanın menfaatine hizmet eden “yan yükümlülük” olarak nitelendirilebilir. Genel olarak, taşıyanın eşyaya özen yükümlülüğünün şartları ise şu şekilde belirlenebilmektedir:

i. Taşıyan, eşyaya özen gösterme yükümlülüğünü ihlal etmelidir. 6102 sayılı TTK madde 1178 itibarıyla, taşıyanın navlun sözleşmesinin ifasında özellikle eşyanın yükletilmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında meydana gelecek zararlardan sorumlu olduğu hükme bağlanmaktadır. Ancak, maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, taşıyanın eşyaya özen yükümlülüğünün kapsamı bu belirtilen hallerle sınırlandırılmamaktadır²⁷⁹. Dolayısıyla, eşyanın varma limanına sözleşmede ve/veya konişmentoda belirtildiği şekilde ulaşabilmesi amacıyla bakım ve muhafazası için gerekli her türlü tedbir bu madde kapsamında değerlendirilmektedir²⁸⁰. Bu anlamda, eşyanın taşınmasında yolculuğun özellik ve koşulları ile denizcilik teamüllerinden ve mevzuattan doğan diğer zorunluluklara uyulup uyulmadığı göz önünde bulundurulmaktadır²⁸¹.

ii. Eşya, zıya veya hasara uğramalıdır. Eşyanın zıyaya uğraması, sözleşmede ve/veya konişmentoda belirtilen gönderilene teslim edilememesi demektir. Bu durumda, eşyanın gönderilene teslim imkânı yoktur²⁸². Eşyanın hasara uğraması ise eşyanın herhangi bir sebepten dolayı kendisinden beklenen maddi menfaati sağlayamayacak duruma gelmesi, amacına uygun bir şekilde kullanılma olanağının azalması olarak tanımlanmaktadır. Burada hasardan kastedilen, eşyanın ekonomik değerinin azalarak asli niteliğinin değişmiş olmasıdır²⁸³. Eşyanın zıya veya hasara uğraması, eşyanın yanması veya cam yükün kırılması gibi fiili imkânsızlıktan kaynaklanabileceği gibi, eşyanın aynı hak ile sınırlandırılması, müsadere edilmesi ve bunun gibi hukuki imkânsızlıklardan da ileri gelebilmektedir²⁸⁴.

²⁷⁹ GÜNAY, s. 99.

²⁸⁰ AKAN, **Yüke Özen Yükümlülüğü**, s. 32.

²⁸¹ ÇAĞA/KENDER II, s. 137.

²⁸² AKAN, **Yüke Özen Yükümlülüğü**, s. 75; KENDER/ÇETİNGİL/ YAZICIOĞLU, s. 189.

²⁸³ ÜLGENER Fehmi, **Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri**, İstanbul, 1991, s. 76. (**Sorumsuzluk Halleri**)

²⁸⁴ Bu konuda bkz., OKAY II, s. 176; ÇAĞA/KENDER II, s. 140; SÖZER, **Deniz Ticareti Hukuku**, ss. 661-662; SEVEN, **Yüke Özen Borcu**, ss. 82-86.

iii. Taşıyanın eşyanın zıya veya hasar uğramasından dolayı kusuru bulunmalıdır. Taşıyan sefere elverişli bulundurma yükümlülüğünün ihlali halinde ortaya çıkan sorumluluk da olduğu gibi, burada da taşıyanın özen yükümü ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu mevcuttur²⁸⁵. Taşıyan taşınacak eşyanın bakım ve muhafazası için tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Burada, kusur objektifleştirilerek tedbirli taşıyan esas alınmaktadır. 6102 sayılı TTK madde 1178 itibarıyla, taşıyanın eşyaya özen yükümlülüğünün ihlali halinde kusur aranmakla birlikte, taşıyanın kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmektedir²⁸⁶. Bu durumda, taşıyan kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir. (TBK madde 112) Ancak, taşıyan belirtilen şekilde dikkat ve özen gösterseydi dahi, zararın meydana geleceğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulamaz. Zira, taşıyanın özen yükümüne aykırı hareket ederek, zararın meydana gelmesine neden olduğu kabul edilmektedir.

Taşıyan sadece kendi kusurundan kaynaklanan zararlardan sorumlu değildir. Aynı zamanda, 6102 sayılı TTK madde 1179/I uyarınca, taşıyanın adamlarının kast ve ihmallerinden kaynaklanan zararlardan da sorumlu tutulmaktadır. Burada zarar kavramının kullanılması, zıya veya hasara göre daha üst bir kavram olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁸⁷. Zira, kanuna bir bütün olarak bakıldığında, taşıyanın sadece zıya veya hasardan sorumlu tutulduğu görülmektedir.

TBK madde 116'da düzenlenen ifa yardımcılarının sorumluluğu, 6102 sayılı TTK madde 1179/I'de hükme bağlanmaktadır²⁸⁸. Bu husus, TBK madde 116'nın bertaraf edildiği anlamına gelmemektedir. Bazen bir olay her iki hükmün kapsamına girse de uygulama alanları farklılık göstermektedir. 6102 sayılı TTK madde 1179 uyarınca, taşıyanın sorumlu olabilmesi için taşıyanın adamlarının, zararın meydana geldiği gemide istihdam edilmesi yeterlidir. Bunun dışında, TBK madde 116'da belirtilen ifa yardımcısının aksine, sözleşmeden doğan edimlerin ifasının taşıyanın adamlarına bırakılması gerekli değildir. Diğer bir farklılık ise, taşıyan ve adamları arasında akdi ilişkinin varlığı aranmaktadır ve taşıyanın işletmesinde

²⁸⁵ AKINCI, s. 342; OKAY II, s. 190; ÇAĞA/KENDER, s.; SEVEN, **Yüke Özen Borcu**, s. 48; SÖZER, **Deniz Ticareti Hukuku**, s. 660.

²⁸⁶ AKINCI, s. 343; ÇAĞA/KENDER II, s. 140; SEVEN, **Yüke Özen Borcu**, s. 81.

²⁸⁷ Bu konuda bkz., ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN/YAZICIOĞLU, s. 155.

²⁸⁸ Bu konuda bkz., ÇAĞA/KENDER II, s. 142; SEVEN, **Yüke Özen Borcu**, ss. 101-102. İfa yardımcısının sorumluluğu hakkında ise bkz., TANDOĞAN Haluk, **Mes'uliyet Hukuku**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2010, ss. 436-438; OĞUZMAN/ÖZ I, ss. 427-439; EREN, ss. 1070-1085.

çalışan herkes onun adamı sayılmaktadır. Hâlbuki, TBK madde 116 anlamında ifa yardımcısı ile borçlu arasında sadece akdi ilişki değil, hasımlığa ve aile birliğine dayalı bir ilişki de kurulabilmektedir. İfa yardımcısının borçlunun hizmetinde olması yeterli değildir; borçlu tarafından ifa ile görevlendirilmesi gerekmektedir. 6102 sayılı TTK madde 1179 anlamında sorumluluğun doğabilmesi için taşıyanın adamlarının kusuruyla eşyanın zıyaya ya da hasara uğramasına sebebiyet verme şart aranmaktadır. TBK madde 116'da ifa yardımcısının, işlerini ifa ettikleri sırada verdikleri zararlardan dolayı ise kusur şartı aranmamaktadır²⁸⁹. Ayrıca, 6102 sayılı TTK madde 1179/I'de TBK madde 116'dan farklı olarak, kurtuluş beyyinesi getirilebilmektedir. Buna göre, taşıyanın veya adamlarının kastının ya da ihmalinin bu zarara sebebiyet vermediğini taşıyan ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir²⁹⁰. Ancak, burada taşıyanın özen yükümü ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olmasına rağmen, kusurlu davranışın ispatında tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken dikkat ve özenin esas alınmamasının yeni kanun açısından eksiklik olduğu ifade edilmektedir²⁹¹.

Taşıyanın adamları ile ne kastedilmek istendiği ise 6102 sayılı TTK madde 1179/II'de belirtilmektedir. Buna göre, taşıyanın adamları, taşımada kullanılan gemi adamları da dâhil olmak üzere, taşıyanın taşıma işletmesinde çalışan ve kendisini temsile yetkili kıldığı kişiler ve taşıma işletmesinde çalışmasa bile navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı diğer kişilerdir.

iv. Meydana gelen her türlü zıya veya hasar, taşıyanın eşyaya özen gösterme yükümlülüğünün yerine getirmemesinden kaynaklanmalıdır. Diğer bir ifadeyle, zıya veya hasar ile taşıyanın bu konudaki kusurlu davranışı arasında illiyet bağının ortaya konulması gerekmektedir. Mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurunun bulunduğunu ispatlanması halinde illiyet bağının kesildiği kabul edilmektedir.

Eşyaya özen gösterme yükümlülüğünün ihlalinin tespiti, özellikle gizli ayıplar açısından sorun olabilmektedir. Bu durum, taşıyanın hakkını araması açısından zorluklara sebebiyet verebilmektedir. Zira, taşıyanın sorumluluktan kurtulabilmesi için eşyanın kendi hâkimiyet alanı dışında zıya veya hasara uğradığını ispatlaması gerekmektedir. Dolayısıyla,

²⁸⁹ ÇAĞA/KENDER II, s. 139.

²⁹⁰ AKAN, **Yüke Özen Yükümlülüğü**, s. 73.

²⁹¹ SÖZER Bülent, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Taşıyanın Sorumluluğu ile İlgili Hükümleri Hakkında Bazı Eleştiriler ve Öneriler", **Deniz Hukuku Dergisi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler Özel Sayısı**, Ocak 2006, s. 322. ("Tasarı")

tarafının mağduriyetlerinin önlenmesi ve menfaatlerinin zamanında ve gerektiği şekilde korunabilmesi için 6102 sayılı TTK madde 1184-1185 itibarıyla, taşıyan, kaptan veya gönderilene eşyayı inceleme ve zıya ya da hasarı bildirme külfeti yüklenmektedir²⁹². Belirtilen külfetin yerine getirilmemesi halinde 6102 sayılı TTK madde 1185/IV uyarınca, aksi ispat edilebilen iki karine doğmaktadır²⁹³. İlk olarak, taşıyanın eşyayı taşıma senedinde yazılı olarak teslim ettiği kabul edilmektedir. İkinci olarak ise eşyada meydana gelen zıya veya hasarın taşıyanın kanunen sorumlu olmadığı bir sebepten ileri geldiği varsayılmaktadır.

C. Taşıyanın Eşyayı Geç Tesliminden Doğan Sorumluluğu

Taşıyanın eşyayı zamanında teslim yükümlülüğü, navlun sözleşmesinde edimin tam ve gereği gibi ifa edilmesinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. 6762 sayılı TTK'da eşyanın gönderilene geç teslimi düzenlenmemektedir. Ancak, gecikmenin kanunda yer alan taşıyanın sorumluluğuna giren münferit sebeplerden ötürü meydana gelmesi halinde, 6762 sayılı TTK'da yer alan bu hükümlerin uygulanabileceği; ilgili hükümlerin kapsamına girmeyen durumlarda ise TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin düzenlemelerine gidilebileceği; 6762 sayılı TTK ile TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin maddelerin kapsamına girmeyen durumlarda ise TBK'nın genel hükümlerinin tatbik edilebileceği kabul edilmektedir²⁹⁴.

6102 sayılı TTK madde 1178 eşyanın geç teslimi halinde, taşıyanın sorumluluğuna ayrıca yer verilmektedir. 6102 sayılı madde 1178/II uyarınca, taşıyan eşyanın geç teslimi halinde şu şartlarda sorumlu tutulmaktadır:

i. Öncelikle eşyanın gönderilene zamanında teslim edilmemesi; yani taşıyanın varma limanına eşyayı ulaştırmada gecikmelidir. Burada sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için taşıyan eşyanın doğrudan zilyetliğini gönderilene gerekli olan makul sürede

²⁹² Bu konuda bkz., AKINCI, ss. 171-187; OKAY II, ss. 194-202; ÇAĞA/KENDER II, s. ; SÖZER, **Deniz Ticareti Hukuku**, ss. 670-612; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, ss. 194-196.

²⁹³ ÇAĞA/KENDER II, s. 155; OKAY II, s. 199.

²⁹⁴ Mesela, geminin taşıyanın kusuru sonucu elverişsiz hale gelmesi nedeniyle eşya geç teslim edilmişse 6762 sayılı TTK madde 1019'un uygulanabileceği kabul edilmekteydi. Bu konuda bkz., AKINCI, s. 338; OKAY II, s. 215; ÜLGENER, **Çarter Sözleşmesi**, s. 262; ÇAĞA/KENDER II, ss. 131-132; TEKİL, **Deniz Hukuku**, s. 325; SÖZER, **Deniz Ticareti Hukuku**, ss. 601-603; GENÇTÜRK Muharrem, **Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Genel Kavramlar-Gecikmeden Doğan Sorumluluk)**, İstanbul, 2006, s. 108; KARAMAN COŞGUN Özlem, "Kara ve Deniz Yoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyanın Gecikmeden Doğan Sorumluluğu", **Prof. Dr. Fahimal TEKİL'in Anısına Armağan**, İstanbul, 2003, ss. 499-501; YAZICIOĞLU Emine, "Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Geç Teslimden İleri Gelen Zararlardan Sorumluluk", **Prof. Dr. Ergin NOMER' Armağan**, Yıl 22, Sayı 2, 2002, ss. 1043-1044 ("Geç Teslim").

Diğer yandan, Gençtürk 6762 sayılı TTK madde 762 vd. da düzenlenen karayolu taşımalarına ilişkin hükümlerin, genel hüküm mahiyetinde olduğu ve bu nedenle, TBK'ya gitmeden önce belirtilen maddelerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. GENÇTÜRK, s. 109.

devredememelidir²⁹⁵. Nitekim, 6102 sayılı TTK madde 1178/IV itibarıyla, eşyanın navlun sözleşmesinde belirlenen boşaltma limanında açıkça kararlaştırılmış olan süre veya bir süre kararlaştırılmamışsa olayın özelliklerine göre tedbirli bir taşıyandan eşyanın tesliminin makul olarak istenebileceği süre içinde teslim edilmediği takdirde, teslimde gecikme olduğunun varsayılacağı belirtilmektedir.

Bu anlamda, sürenin tayininde öncelikle taraf iradesi esas alınmaktadır²⁹⁶. Sözleşmede böyle bir hüküm yer almadığı takdirde taşıyanın keyfi olarak teslim zamanının belirlenmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlarını önlemek için makul sürenin belirlenmesinde objektif bir kıstasın tespit edilmesi gerekmektedir. Bu hususta, olayın özelliklerine göre, tedbirli bir taşıyandan eşyayı teslim etmesi için gereken süre belirlenmektedir²⁹⁷. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 1178/IV ile her ne kadar belirtilen şekilde teslim zamanı objektifleştirilmeye çalışılsa da özellikle sürekli değişen deniz koşulları dikkate alındığında, makul sürenin her somut olayın niteliklerine göre belirlenmesi daha uygun görülmektedir²⁹⁸.

ii. Taşıyanın eşyanın gönderilene geç teslim edilmesinden dolayı kusuru bulunmalıdır.

iii. Geç teslim sebebiyet veren olay, eşya taşıyanın hâkimiyetindeyken meydana gelmelidir²⁹⁹.

iv. Eşya ile ilgili kişi zarara uğramalıdır. Burada zarardan kasıt, eşya ilgisinin malvarlığında meydana gelen herhangi bir azalmadır³⁰⁰.

v. Taşıtanın zararı, eşyanın zamanında gönderilene teslim edilmemesinden kaynaklanmalıdır. Diğer bir ifadeyle, geç teslim ile zarar arasında illiyet bağı olmalıdır.

²⁹⁵ Burada esas alınan, eşyanın teslim alınmasındaki değil, taşınmak üzere teslim alınan eşyanın varma limanına geç ulaşmasından kaynaklanan gecikmedir. Bu konuda bkz., AKINCI, s. OKAY II, s. 148; ÜLGNER, **Çarter Sözleşmesi**, s. 262; COŞGUN KARAMAN, s. 507.

²⁹⁶ YETİŞ ŞAMLI Kübra, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu**, İstanbul, 2013, s. 36.

²⁹⁷ YAZICIOĞLU, "Geç Teslim", s. 1045; SÖZER, **Deniz Ticareti Hukuku**, s. 664.

²⁹⁸ İlgili hükme aynen kaynaklık Hamburg Kuralları madde 5'e ilişkin eleştiriler için bkz., YAZICIOĞLU, **Hamburg Kuralları**, s. 74; İLGİN ÇELİK Canan Özlem, "Deniz Yolu İle Eşya Taşımacılığında Geç Teslimden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 7 Sayı 14, 2008, s. 185.

²⁹⁹ YETİŞ ŞAMLI, s. 58

³⁰⁰ AKINCI, s. 339; İLGİN ÇELİK, s. 189.

D. Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlerin Emredici Nitelikleri

6102 sayılı TTK madde 1243 itibarıyla, bazı durumlarda taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümlerin nisbi emredici olduğu hükme bağlanmaktadır. İlgili hükümle navlun sözleşmesinin taraflarına, özellikle taşıtana, özel hukuki bir koruma sağlanması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, taşıyanın ilgili hükümde belirtilen borçlarını ve sorumluluğunu, doğrudan veya dolaylı olarak kaldıran ve daraltan kayıt ve şartların geçersiz kabul edilmesine karşılık, 6102 sayılı TTK madde 1243/IV uyarınca taşıyanın borçlarını ve sorumluluğunu genişleten ya da ağırlaştırılan kayıt ve şartlar ise geçerli sayılmaktadır. Dolayısıyla, sorumluluğu kaldıran ve daraltan kayıt ve şartların geçerliliği, TBK madde 115 ve 116 kapsamında değerlendirilmektedir³⁰¹. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 1244 ve 1245'te sayılan durumlarda ilgili hükümlerin emredici niteliği ortadan kalkmaktadır.

Çarter sözleşmelerindeki taşıtanın, kırkambar sözleşmesindeki taşıtandan daha güçlü konumda olduğu için 6102 sayılı TTK madde 1245³⁰² itibarıyla, yolculuk çarteri sözleşmelerine madde 1243 uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Ancak, yolculuk çarteri sözleşmesine dayanarak konişmento düzenlenirse, taşıtan sıfatını haiz olmayan konişmento hamili ile taşıyan arasındaki ilişkide 6102 sayılı TTK madde 1243 uygulanmaktadır. Dolayısıyla, madde 1243'te belirtilen hükümlerin emrediciliği konişmentonun üçüncü kişiye devri ile başlamaktadır.

6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, 6102 sayılı TTK madde 1243'te taşıtanın yükümlülüğüne ilişkin belli başlı hükümler de emredici kabul edilmektedir. Buna karşılık, taşıyanın sorumluluğuna ilişkin emredici kabul edilen hükümlerin kapsamı da oldukça geniştir³⁰³. İlgili hüküm uyarınca, belirtilen şartlar altında emredici kabul edilen hükümler şunlardır:

i. Geminin denize, yüke ve yola elverişliliğini düzenleyen 6102 sayılı TTK madde 1141;

³⁰¹ TBK madde 115 uyarınca, sadece borçlunun ağır kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar geçersiz kabul edilmektedir. TBK madde 116/II itibarıyla ise yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

³⁰² 6762 sayılı TTK madde 1118'in sadeleştirilmiş halidir.

³⁰³ 6762 sayılı TTK madde 1116'dan farklı olarak, madde 1243'te gemi alacaklarına ilişkin hükümler emredici nitelikte kabul edilmemektedir. Zaten, belli başlı durumlarda navlun alacaklılarına gemi alacaklısı hakkı veren 6762 sayılı TTK madde 1235 bent 7-8, 6102 sayılı TTK madde 1320'de kabul görmemektedir.

ii. Taşıyanın eşyayı izinsiz başka gemiye yüklemesi ve aktarması ile güvertede taşımasına dair sorumluluğunu belirten 6102 sayılı TTK madde 1150;

iii. Taşıyanın eşyanın zıyı veya hasarından ya da geç tesliminden doğan zararlardan sorumluluğunu düzenleyen 6102 sayılı TTK madde 1178 ilâ 1192;

iv. Denizde taşıma senetlerini düzenleyen 6102 sayılı TTK madde 1228 ilâ 1242.

E. Taşıyanın Sorumluluğundan Doğan Tazminat Talebinin İleri Sürülebileceği Süreler

6102 sayılı TTK madde 1188/I itibarıyla, eşyanın zıyı veya hasarı ile geç tesliminden dolayı taşıyana karşı her türlü tazminat istem hakkının, bir yıl içinde yargı yoluna başvurulmadığı takdirde düşeceği düzenlenmektedir. Bu sürenin niteliği maddenin başlığında da belirtildiği üzere, hak düşürücü süredir. Eşyanın zıyı veya hasarının sebebinin ise önemi yoktur³⁰⁴. Konişmentonun yanlış veya geç düzenlenip devredilmesi, sözleşmenin ifa edilmemesi ve haksız fiilden doğan tazminat talepleri bu madde kapsamında değildir³⁰⁵.

6102 sayılı TTK madde 1246 uyarınca ise madde 1188 kapsamına girmeyen ve navlun sözleşmelerinden veya konişmentodan ya da onların düzenlenmesinden doğan diğer bütün alacakların bir yılda zamanaşımına uğrayacağı hükme bağlamaktadır. Bu süre, alacağın muaccel olması ile başlamaktadır.

6102 sayılı TTK madde 1188/II itibarıyla da bu sürenin taşıyanın eşyayı veya bir kısmını teslim ettiği veya eşya hiç teslim edilememişse, onun teslim edilmesi gerektiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmektedir³⁰⁶. Ayrıca, ilgili hükmün üçüncü fıkrası ile rücu davasının³⁰⁷, bu davayı açma hakkına sahip olan kişinin tazminat bedelini ödediği

³⁰⁴ OKAY, s. 195.

³⁰⁵ ATAMER Kerim, “Taşıyanın Yükün Zararından Doğan Sorumluluğunda Hak Düşürücü Süre”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, XIII, 5-6 Nisan 1996, Ankara, s. 128. (“Hak Düşürücü Süre”)

³⁰⁶ Kanunu’nun bu maddesi kanımızca da haklı olarak eleştirilmektedir. Zira, “taşıyanın eşyayı veya bir kısmını teslim ettiği” ifadesi açık değildir. Eşyanın ne zaman teslim edilmiş sayılacağı belirlenmesi gerekmektedir. Taşınan eşyaya fer’i, doğrudan zilyet olan taşıyanın zilyetliğine kendi iradesi ile son verme anının tespiti, hak düşürücü sürenin işlemeye başlayacağı anın belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla, Çetingil/Kender/Ünan/Yazıcıoğlu, maddenin ikinci fıkrasının “Bu süre eşyanın veya bir kısmının taşıyan veya adamları ya da boşaltma limanından geçerli kanun ve düzenlemeler uyarınca zorunlu olarak eşya kendilerine teslim edilen makam ya da üçüncü kişiler tarafından gönderilene teslim edildiği andan itibaren ... işlemeye başlar.” şeklinde değiştirilmesinin daha yerinde olacağını ifade etmektedirler. ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN/YAZICIOĞLU, ss. 167-168.

³⁰⁷ 6762 sayılı TTK’dan farklı olarak, La Haye/Visby Kuralları’na uyguna olarak ilgili hüküm ile alt taşıyanın sürenin son günü alt taşıyana dava açması halinde alt taşıyanın, asıl taşıyana dava açma süresini kaçırmayı önlemeye yönelik olarak

veya aleyhine açılan tazminat davasında dava dilekçesinin tebellüğ ettiği tarihten itibaren doksan gün içinde açıldığı takdirde, birinci fıkrada belirtilen süreye bağlı kalmaksızın açılabileceği ifade edilmektedir.

6102 sayılı TTK madde 1188/IV'de, 6762 sayılı TTK madde 1067'den farklı olarak, tarafların dava sebebi doğduktan sonra, süreyi uzatabilecekleri hükme bağlanmaktadır. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 1243/I-c bendi uyarınca, taşıyanın sorumluluğunu daraltan ya da kaldıran kayıtlar geçersiz olduğu için madde 1188'de belirtilen süreyi kaldıran veya daraltan kayıt ve şartlar da geçersizdir.

Ayrıca, 6762 sayılı TTK madde 1067'de belirtilen sürenin hak düşürücü süre mi; yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu tartışmalıydı³⁰⁸. Ancak, yeni kanun ile birlikte bu tartışmaların bir önemi yoktur. Zira, 6102 sayılı TTK madde 1188'in madde başlığında da açıkça ifade edildiği üzere, söz konusu süre hak düşürücü süre olarak kabul etmek zorunludur.

F. Taşıyanın Sorumluluktan Kurtulma Halleri

Yukarıda genel ve soyut olarak ifade edildiği üzere, taşıyanın sorumluluğunu daraltan ve ortadan kaldıran kayıtlar geçersiz kabul edilmektedir. Ancak, 6102 sayılı TTK itibarıyla, bazı durumların varlığı halinde taşıyanın sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir. Böylelikle, taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin emrediciliğinin meydana getirebileceği adaletsiz sonuçların önüne geçmek amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, taşıyanın sorumluluktan kurtulma halleri mutlak sorumsuzluk halleri ve muhtemel sorumsuzluk halleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

getirilmiştir. Bu konuda bkz., KENDER Rayegân, "Türk Ticaret Kanunu madde 1067'nin Uygulanması", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 6-7, Sayı 1-4, 2001-2002, s. 4.

³⁰⁸Akıncı, Çağa/Kender ve Kender/Çetingil bu sürelerin hak düşürücü süre olarak kabul görmesi gerektiğini savunmaktaydılar. Yazarlar bu değerlendirmeyi yaparken, 6762 sayılı TTK madde 1067'nin lafzından hareket ederek, ilgili hükümde yer alan "... düşer." ifadesine dikkat çekmektedirler. AKINCI, s. 401; ÇAĞA/KENDER II, s. 203; KENDER/ÇETİNGİL, s. 147.

Diğer yandan, Okay'a göre hak düşürücü sürelerin yenilik doğuran haklar için öngörülmesine rağmen, 6762 sayılı TTK madde 1067'de basit bir alacak hakkının süre açısından sınırlandırılması söz konusu olduğu için zamanaşımından bahsedileceğini vurgulamaktadır. OKAY, ss. 210-211.

Atamer ve Sözer ise hükmün amacı göz önünde bulundurulduğunda, esas olanın alacak haklarında zamanaşımı olduğunu, bu şekilde tarafların menfaatinin en iyi şekilde korunacağını, lafzen hak düşürücü süre olarak kabul edilse dahi zamanaşımına ilişkin kuralların en geniş şekilde uygulanarak 6762 sayılı TTK madde 1067 ile korunan amaca hizmet edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. SÖZER, **Deniz Ticareti Hukuku**, s. 676; ATAMER Kerim, "Deniz Ticareti'nde ve Deniz Sigortası Hukuku'nda Güncel Gelişmeler", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, XXIII, 12 Haziran 2009, s. 218. ("Güncel Gelişmeler")

1. Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri

6102 sayılı TTK madde 1180³⁰⁹ uyarınca, zarar geminin sevkine veya başkaca teknik yönetimine ait bir hareketin ya da yangının sonucu gerçekleştiği takdirde, taşıyan yalnız kendi kusurundan sorumlu olmaktadır³¹⁰. Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere teknik kusur, geminin sevkine ve başkaca teknik yönetimine ilişkin kusur olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu durumda, taşıyan, adamlarının teknik kusurlarından dolayı sorumlu değildir. Kusurun derecesi ve niteliği önem taşımamaktadır³¹¹. Zararın, geminin sevkine veya başkaca teknik yönetimine ait bir hareketin ya da yangının sonucu meydana geldiğini ve bu durumda şahsi kusuru olmadığını ispat yükü taşıyana aittir. Zira, akdi sorumluluğu düzenleyen TBK madde 112 uyarınca da kusursuzluğun ispatı borçluya düşmektedir.

Geminin sevkine ilişkin kusur³¹² (neglect or default in the navigation of ship) en genel anlamıyla, geminin 6102 sayılı TTK'da belirtilen tanımına uygun bir şekilde işletilmesi için gerekli ve yeterli olan tüm önlemlerin³¹³, bilerek ve isteyerek ya da dikkatsizlik, tecrübesizlik veya deneyimsizlikten dolayı alınmaması/alınamamasıdır. Örneğin, yanlış rota takip edildiği için geminin karaya oturması. Geminin başkaca teknik yönetimine ilişkin kusur (neglect or default in the management of ship) ise geminin sevki dışında kalan önlemlerin bilerek ve isteyerek ya da dikkatsizlik, tecrübesizlik veya deneyimsizlikten dolayı alınmaması/alınamamasıdır. Geminin başkaca teknik yönetimi, yolculuk sırasında özellikle geminin menfaati, güvenliği ve muhafazası için nakil ve teçhizat araçlarının kullanılmasını gerektirmektedir³¹⁴. Dolayısıyla, burada önemli olan geminin seyri dışında daha iyi işletilmesi için onun unsurlarının ekonomik ve fiziki açıdan bakım ve muhafazasının sağlanmasıdır. Bu nedenle, geminin ekonomik ve fiziki açıdan olağan sayılmayan yıpranmalarının önlenmesi için alınması gereken tedbirlerin kasten veya ihmalen alınmaması, geminin başkaca teknik

³⁰⁹ 6762 sayılı TTK madde 1062/II ve III'ün sadeleştirilerek ayrı maddede düzenlenmiş halidir.

³¹⁰ 6762 sayılı TTK'da taşıyanın mutlak sorumsuzluk halleri hakkında bkz., ULUĞ İlkur, "Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1-2, Haziran-Aralık, 2002, ss. 1-16.

³¹¹ OKAY II, s. 218; ÇAĞA/KENDER II, s. 156; SÖZER, *Deniz Ticareti Hukuku*, s. 748; AKAN, *Yüke Özen Yükümlülüğü*, s. 60.

³¹² Geminin sevkine ilişkin navigasyon kusuru, notik kusur olarak da adlandırılmaktadır. AKINCI, s. 407 vd.; ÇAĞA/KENDER II, s. 156.

³¹³ Bütün manevra hareketleri, dümen ve makina kumandaları, trafik kurallarına riayet, radara bakılması vs. geminin sevkine ilişkin kurallar olarak örnek gösterilmektedir. AKINCI, s. 411; ÇAĞA/KENDER II, s. 156; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 191.

³¹⁴ AKAN, *Yüke Özen Yükümlülüğü*, s. 61.

yönetimine ilişkin kusur sayılmaktadır. Ancak bu kavramın sınırlarının belirlenmesi, özellikle “ticari kusur” arasındaki farkının tespiti oldukça zordur³¹⁵.

6102 sayılı TTK madde 1180 kapsamının belirlenmesi açısından önemli olan, teknik kusur ve ticari kusur ayırımını ortaya koyabilmektir³¹⁶. Zira, taşıyan, adamlarının ticari kusurlarından ileri gelen zararlardan dolayı 6102 sayılı TTK madde 1179 itibarıyla sorumludur. Her iki kusur tipini ortaya koyan genel bir kriter yoktur. Her somut olayın özelliklerine göre belirlenmektedir³¹⁷. Buna rağmen, ticari kusur genel olarak, eşyanın menfaati gereği alınması gereken önlemlerin alınmamış ya da alınamamış olması şeklinde tanımlanmaktadır³¹⁸. Burada zarar, taşıyanın ya da adamlarının, eşyanın bakım ve muhafazasına ilişkin 6102 sayılı TTK madde 1178’de belirlenen yükümlülüğü ihlal etmesinin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, 6102 sayılı TTK madde 1180/I son cümle itibarıyla, daha çok eşyanın menfaati gereği alınan önlemler, geminin ticari yönetimine ilişkin sayılmaktadır. Dolayısıyla, teknik-ticari kusur ayırımında öncelikle kusurun gemiye mi; yoksa eşyaya mı gösterilmesi gereken özenin ihlalden dolayı ortaya çıkıp çıkmadığının belirlenmesi gerekmektedir³¹⁹. Bunun belirlenebilmesi için de alınması gereken tedbirin amacına bakılmaktadır. Tereddüt oluşması halinde, 6102 sayılı TTK madde 1180/II uyarınca, zararın teknik yönetim sonucu meydana gelmediği kabul edilmektedir.

Yangın ise 6102 sayılı TTK madde 1180 kapsamında sayılan bir diğer mutlak sorumsuzluk nedenlerindedir. Gemide meydana gelen yangından ötürü de taşıyan sadece kendi kusurundan sorumlu tutulmaktadır. Yangın taşıyanın adamlarının eşyaya özen borcunun ihlalden; yani ticari kusurdan kaynaklanıyorsa, taşıyan sorumlu değildir³²⁰.

2. Taşıyanın Muhtemel Sorumsuzluk Halleri

6102 sayılı TTK madde 1181 ve 1182³²¹,de belirtilen sebeplerin varlığı halinde de taşıyanın sorumlu olmayacağı hükme bağlanmaktadır. Bu durumda taşıyan; müşterek avarya hariç denizde can ve eşya kurtarmadan veya kurtarma teşebbüsü, denizin veya geminin

³¹⁵ AKAN, *Yüke Özen Yükümlülüğü*, s. 61.

³¹⁶ Bu husustaki tartışmalar için bkz., AKINCI, ss. 344-345.

³¹⁷ AKAN, *Yüke Özen Yükümlülüğü*, s. 66.

³¹⁸ AKAN, *Yüke Özen Yükümlülüğü*, s. 69.

³¹⁹ OKAY II, s. 218.

³²⁰ AKINCI s. 432; OKAY II, s. 223; ÇAĞA/KENDER II, s. 159.

³²¹ 6762 sayılı TTK madde 1063’ün sadeleştirilmiş halidir.

işletmesine elverişli diğer suların tehlike ve kazaları, harp olayları, karışıklık ve ayaklanmalar, kamu düşmanlarının hareketleri, yetkili makamların emirleri veya karantina sınırlamaları, mahkemelerin el koyma kararları, grev, lokavt veya diğer çalışma engelleri, yükleten, taşıtan veya eşyanın maliki ile bunların temsilcilerinin ve adamlarının fiil veya ihmalleri, hacim veya tartı itibarıyla kendiliğinden eksilmeden veya eşyanın gizli ayıpları yahut eşyanın kendisine özgü tabii cins ve niteliği, ambalajın ve işaretlerin yetersizliği nedenlerinden biri ya da birkaçından dolayı zararın meydana gelme olasılığının muhtemel olduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu hallerde taşıyan, aksi ispat edilebilen sorumsuzluk karinesinde yararlanmaktadır³²². Eşyayla ilgililerin bu karineyi bertaraf edebilmesi için aşağıdaki hususlardan birini ispat etmesi gerekli ve yeterlidir³²³:

i. Zararın taşıyan tarafından ileri sürülen vakılardan biri sonucu meydana gelmesinin mümkün olmadığı ispat etmelidirler.

ii. Zarar, taşıyanın sorumlu olduğu başka bir sebepten ileri geldiği ortaya konulmalıdır.

iii. Zarar taşıyanın ileri sürdüğü sebepten dolayı meydana gelmesine rağmen, tehlikenin meydana gelmesinde kendisinin şahsi teknik kusur ya da adamlarının ticari kusurlarının bulunduğu ispatlanmalıdır.

6102 sayılı TTK madde 1183'te sebeplerin birleşmesi halinde, taşıyanın sorumluluğunun nasıl olacağı hükme bağlanmaktadır. Taşıyan ve adamlarının zıya, hasar ve gecikmeden doğan sorumluluğu ile söz konusu maddelerde belirtilen vakıaların birleşmesi halinde taşıyan, zararın bir kısmının sorumsuzluk sebeplerinden ileri geldiğini ispatlayarak, sorumluluktan kurtulabilmektedir.

G. Karşılaştırmalı Hukukta Taşıyanın Sorumluluğu

Anglo-Amerikan Hukuku'nda taşıyanın gemiyi sefere elverişli bulundurma, eşyaya özen ile eşyayı zamanında teslim yükümlülüğünü ihlalden kaynaklanan sorumluluğu aynı niteliklere sahiptir. Belirtilen her bir sorumluluk tipi de Türk Hukuku'nda olduğu gibi,

³²² OKAY II, s. 224; ÇAĞA/KENDER II, s. 161.

³²³ ÇAĞA/KENDER II, s. 161; SÖZER, **Deniz Ticareti Hukuku**, s. 763.

kanundan doğan özen yükümü ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olarak kabul edilmektedir³²⁴.

Türk-Alman Hukuku'nda geminin başlangıçtaki sefere elverişliliği, yükleme ve yolculuğun başlangıç anını ve bu iki zaman zarfı arasında geçen süreyi de kapsamaktadır³²⁵. Anglo-Amerikan Hukuku'nda ise sadece yükleme anında ve yolculuğun başlama anında geminin sefere elverişli sayılması yeterli sayılmaktadır³²⁶. Bu kapsamda, taşıyan, yüklemenin başladığı an ile boşaltmanın sona erdiği an boyunca, geminin sefere elverişsiz bulundurulmasından değil, eşyaya özen gösterme yükümlülüğünü ihlalden dolayı meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmaktadır³²⁷. Dolayısıyla, taşıyanın eşyaya özen gösterme yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan sorumluluğu, Türk Hukuku'ndaki gibi, eşyanın taşıyanın hâkimiyeti alanında bulundurduğu durumlarda söz konusudur³²⁸.

Anglo-Amerikan Hukuku'nda önceleri taşıyanın sorumluluğu, kusursuz sorumluluk olarak görülmekteydi. Özellikle, taşıyanın gemiyi sefere elverişli bulundurma yükümlülüğünün garanti yükümlülüğü olduğu kabul edilmekteydi. Harter Kanunu ile kusursuz sorumluluk kaldırılmakla birlikte, oldukça ağır bir özen yükümü getirilmektedir. Geminin yılın dört mevsiminde ortaya çıkabilecek her türlü deniz tehlikelerine karşı koyabilecek vasıfta olması beklenmekteydi. Dolayısıyla, taşıyanın sefere elverişliliğinden sorumluluğu oldukça geniş yorumlanmaktaydı. Bu doğrultuda, Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin 04.12.1933 tarihli May v. Hamburg-Amerkanische Packetfahrt Aktiengesellschaft Kararı'nda³²⁹ (Isis Kararı) limanı terk ettiği anda sefere elverişsiz olan geminin hatalı seyir nedeniyle karaya oturmasından dolayı taşıyanın sorumlu olup olmadığı tartışılmıştır³³⁰. İlgili kararda, denize elverişsizliğin zarara sebep olmamasına rağmen, taşıyanın sorumlu olduğu kabul edilmiştir³³¹. Mahkeme, Harter Kanunu hükümleri

³²⁴ SCHOENBAUM, s. 613.

³²⁵ GÖĞER, "Denize Elverişli Gemi", s. 59.

³²⁶ GÖĞER, "Denize Elverişli Gemi", s. 59; AKAN, "Sefere Elverişlilik", s. 7; SCHOENBAUM, s. 610; DOCKARY/THOMAS, s. 52; FORCE, 66.

³²⁷ SCHOENBAUM, s. 614; BAUGHEN, s. 97.

³²⁸ SCHOENBAUM, s. 613.

³²⁹ İlgili Karar için bkz., <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/290/333/case.html> (e.t.: 18.12.2012).

³³⁰ Ibid., 342

³³¹ Ibid., 348.

doğrultusunda verdiği bu karar ile yolculuğun başında sefere elverişli bulundurmamayı dahi başlı başına hukuka aykırı davranış olarak görmüştür³³².

Ancak, La Haye/Visby Kuralları'nın etkisiyle kabul edilen COGSA'lar³³³ ile taşıyanın özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğu yumuşatılmıştır³³⁴. Özen yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasında nedensel bağın varlığı aranmaktadır³³⁵. Buna rağmen, taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin mutlak olduğu kabul edilmektedir. Taşıyan makul ve tedbirli bir taşıyan gibi kendinden beklenen her türlü dikkat ve ihtimamı göstermiş olsa bile, gemiyi sefere elverişli bulundurmaması nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumludur³³⁶. Dolayısıyla, taşıyanın gemideki ayıpları keşfetmede ya da bu ayıpları keşfetmekle birlikte, ayıbın giderilmesinde herhangi bir ihmali yoksa özen yükümünü yerine getirmiş sayılmakta ve kusurlu kabul edilmemektedir³³⁷.

Bu bağlamda, özellikle taşıyanın sorumluluğuna ilişkin getirilen ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün kapsamı ve neye göre belirlenmesi gerektiği tartışılmaktadır. Dikkatli (careful) bir taşıyandan ziyade, özellikle tedbirli (diligent) makul taşıyan ifadesine vurgu yapılmaktadır³³⁸. Zira, bu ayrımın yapılmasını sebebi, taşıyanın sadece gerçekleşmesi kesin sonuçları değil, muhtemel sebepleri de göz önünde bulundurarak tedbir almak zorunda olmasıdır³³⁹. Dolayısıyla, taşıyan bu konuda mümkün olan her türlü uygun tedbirleri almakla yükümlüdür. Asıl ölçüt ise aynı alanda faaliyet gösteren tedbirli taşıyandır³⁴⁰. Taşıyanın kendisi ile aynı alanda faaliyet gösteren makul bir kişiden beklenen öngörü, beceri ve ihtiyatı göstermesi gerekmektedir³⁴¹. Uygunluktan maksat, taşınacak eşya bakımından yolculuk boyunca eşyanın bakım ve muhafazası için alınması gereken her türlü önlemdir³⁴². Böylelikle, Türk Hukuku'nda olduğu gibi, taşıyanın kusurunun tespitinde esas alınan ölçüt

³³² Ibid., 348. Ayrıca, bu konu hakkında bkz., LEE Eun Sup/KIM Seon Ok, "A Carrier's Liability For Commercial Default And Default In Navigation Or Management Of The Vessel", **Transportation Law Journal**, Vol. 27, Spring 2000, s. 212.

³³³ Amerikan Hukuku'nda ve İngiliz Hukuku'nda iki ayrı COGSA mevcuttur. Amerikan Hukuku'nda 16 Nisan 1936'da, İngiliz Hukuku'nda 16.09.1992'de yürürlüğe girmiştir. 1992 tarihli COGSA'nın İngilizce tam metni için bkz., http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/50/pdfs/ukpga_19920050_en.pdf (e.t.: 18.12.2012)

³³⁴ WILSON, s. 10.

³³⁵ SCHOENBAUM, s. 607.

³³⁶ Harter Kanunu ile taşıyanın kurtuluş beyyinesi getirebileceği kabul edilmekteydi. Ancak, COGSA'ların kabulünden sonra taşıyana bu şekilde sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamaktadır. COLINVAUX I, s. 145; FORCE, s. 66; WILSON, s. 9; BAUGHEN, s. 88.

³³⁷ FORCE, s. 66.

³³⁸ PING-FAT Sze, **Carrier's Liability under the Hauge, Hague-Visby and Hamburg Rules**, London, 2002, s. 52.

³³⁹ PING-FAT, s. 52.

³⁴⁰ CARR/STONE, s. 240.

³⁴¹ COLINVAUX I, s. 171.

³⁴² PING-FAT, s. 61.

objektifleştirilmektedir. Ancak, tedbirli taşıyanın taşıma taahhüdünü her açıdan mükemmel bir gemi ile gerçekleştirilmesi de beklenemez. Geminin taşıma taahhüdünü gerçekleştirme amacına uygun olması yeterli sayılmaktadır³⁴³. Bu husus, sefere elverişlilik, geminin tasarımı, yapısı, genel durumu, teçhizatları, yetkili ve yeterli gemi adamları ile birlikte olağan deniz tehlikelerine karşı koyabilecek durumda olması göz önüne alınarak belirlenmektedir³⁴⁴.

Diğer yandan, Anglo-Amerikan Hukuku'nda da özen yükümünün aranmadığı ve bu bağlamda taşıyanın sorumlu sayılmadığı durumlar da kabul edilmektedir. Öncelikle, taşıyan Türk Hukuku'nda olduğu gibi, geminin seyri ve yönetimine (navigation and management of ship) ilişkin olarak taşıyanın adamlarının kusurlarından dolayı sorumlu tutulmamaktadır. Burada da ticari kusur ve teknik kusur ayrımının yapılması önem arz etmektedir. Ancak, Türk Hukuku'nda olduğu gibi, bu iki kavram arasındaki sınırı kesin çizgilerle çizmek mümkün olmamaktadır. Amerikan Hukuku'nda mahkemelerce teknik kusur iki şekilde tanımlanmaktadır³⁴⁵. İlk olarak, yolculuk sırasında geminin ve taşınan eşyanın korunması amacıyla alınan her türlü önlem olarak tarif edilmektedir. İkinci olarak, geminin teknik yönetimine; geminin seyri ve taşımanın dikkatli bir biçimde gerçekleştirilmesi için gerekli olan makinelerin sağlanması, kullanılması ve kontrol edilmesi de dâhil edilmektedir. Bu tanımlara rağmen, Amerikan mahkemeleri de ticari ve teknik kusur arasındaki farkı net olarak ortaya koyamamaktadır.

Bu konuda iki önemli karar ön plana çıkmaktadır. İlk karar, Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin 22.11.1900 tarihli Knott v. Botany Worsted Mills Kararı'dır³⁴⁶. Dava konusu olayda, davacının yün balyalardan oluşan eşyası Buenos Aires'te yüklendikten sonra geminin arka tarafının dengesi bozulmuştur. Daha sonra, Pernambuco'da gemiye yün balyaların bulunduğu yere su geçirebilen perdeler çevrilerek, nemli şeker yüklenmiştir. Su geçirebilen perdelerin, taşınan eşyaların bulunduğu yere yerleştirilmesi hususunda taşıtanlardan izin alınmamıştır. Nemli şekerlerin yüklenmesinin ardından gemi başa doğru dengesini kaybetmiştir. Bu nedenle, nemli şeker yüklü balyaları ıslatmıştır. Mahkeme verdiği kararda, ilgili olayda geminin seyri ve idaresinden ziyade; eşyanın istifinde ihmal olduğunu

³⁴³ WILSON, s. 10.

³⁴⁴ GILMORE/BLACK, s. 130; COLINVAUX I, s.146.

³⁴⁵ SCRUTTON THOMAS EDWARD/MACKINNON F. D., **The Contract of Affreightment As Expressed In Charterparties And Bills of Lading**, London, 2011, s. 235.

³⁴⁶ Bu Karar için bkz, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/179/69> (e.t.: 01.04.2012)

belirtmiştir³⁴⁷. Geminin dengesinin eşyaların yüklenmesinin ardından bozulduğu, yükleme yapılırken yükletene her hangi bir uyarıda bulunulmadığı gerekçesiyle taşıyanın ticari kusurundan dolayı sorumlu olduğu ifade edilmiştir³⁴⁸. Bu kararda ticari-teknik kusur ayırımında eşyanın korunmasına ilişkin alınan önlemlere dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla, eşyanın nitelik ve nicelik açısından korunmasına yönelik tedbirlerin alınmaması ticari kusur kapsamında değerlendirilmektedir.

İngiliz Hukuku'nda teknik-ticari kusur kavramları arasındaki fark daha net bir şekilde ortaya konulmaktadır. Gosse Millard Ltd. v. Canadian Government Merchant Marine Ltd. Kararı'na³⁴⁹ konu olan olayda, gemi adamları gemideki eşyanın yağmurdan zarar görmemesi için yeterli ve gerekli tedbirleri almamışlardır. Burada ticari ve teknik kusur ayırımı yapılırken kusurlu davranışın sonucuna dikkat çekilmiştir. Gemi adamlarının ihmalkâr davranışı gemiye zarar veriyorsa, geminin seyrine ve idaresine ilişkin kusur kabul edilmiş ve taşıyan sorumlu tutulmamıştır³⁵⁰. Ancak, gemi adamlarının bu davranışı taşınan eşyaya zarar veriyorsa ticari kusur kapsamında değerlendirilmiş ve taşıyanın sorumluluğuna gidilmiştir³⁵¹. Söz konusu olayda da eşyanın gemideyken yağmur altında ıslanması eşyanın korunmasında ihmalkâr davranıldığı anlamına geldiğinden, burada teknik kusurun olmadığı ifade edilmiştir³⁵².

Diğer yandan, “seyir” (navigation) kavramının ne demek olduğu da Amerikan ve İngiliz mahkemelerince yüzyıllardan beri tartışılmaktadır. Demirleme yerinin yanlış seçimi, kaptanın yaklaşan fırtına uyarılarını dikkate almaması, olağan deniz tehlikelerinin gemide neden olduğu hasarın uygun bir limanda tamir edilmemesi geminin yanlış seyrine ilişkin örnek vakıalar olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, “geminin yönetimi” (management of ship) kavramı Amerikan ve İngiliz Hukukları'nda farklı ele alınmaktadır. Amerikan Hukuku'nda sadece gemiyi yolculuğa hazırlayan fiiller, geminin yönetimi kapsamında

³⁴⁷ Ibid., prg.12.

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ [1928] 32 Lloyds Report, 91.

³⁵⁰ Ibid., 98.

³⁵¹ Ibid.

³⁵² Ibid.

değerlendirilmemektedir³⁵³. Dolayısıyla, tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve ihtimam sadece yolculuğun başında aranmamaktadır³⁵⁴.

İngiliz Hukuku'nda ise bu şekilde bir sınırlama yapılmaktadır. Amerikan Hukuku'ndan farklı olarak "Aşama Doktrini" (Doctrine of Stage) kabul görmektedir³⁵⁵. Burada, yolculuğun birden fazla aşmaya bölüdüğü durumlarda, özellikle her bir aşama için farklı şartlar ve ekipmanlar gerekli olduğunda, sefere elverişliliğin yolculuğun ilk aşamasının başından itibaren mi; yoksa herbir aşama için ayrı ayrı aranması mı gerektiği sorusu tartışılmıştır. Bu sorun, "Aşama Doktrini" ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Buna göre, gemi kendi rotasındayken, tamamen navlun sözleşmesine uygun olarak, başka bir limana uğraması halinde, ilk aşamada sefere elverişli bir gemi ile yolculuğa başlanması, bu hususta gerekli özen ve ihtimamın sarf edilmiş olduğu anlamına gelmektedir³⁵⁶. Ancak, geminin sefere elverişli olup olmadığı değerlendirilirken, yolculuğun birden çok aşamada gerçekleşeceği ve geminin bu aşamaların herbirini kaldırabilecek ölçüde deniz, yola ve yüke elverişli olması gerektiği kabul edilmektedir³⁵⁷. Daha net bir ifadeyle, birden çok aşamadan oluşan yolculuğun herbir aşamasına ilişkin olarak geminin sefere elverişli olup olmadığı yolculuğun başlangıcında tetkik edilmektedir. Bu nedenle, yolculuğun belirli aşamasında taşıyanın veya temsilcisinin esaslı bir müdahalesi olması halinde, ilgili aşama için geminin sefere elverişliliğinin yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir³⁵⁸.

Anglo-Amerikan Hukuku'nda taşıyanın sorumlu sayılmadığı diğer bir durum ise karşılaşılan deniz tehlikeleri ve eşyanın kendisinden kaynaklanan ayıplardır. Deniz tehlikelerinden ne anlaşılması gerektiği hususunda genel bir tanım verilmemekle birlikte, en genel anlamıyla, iyi donanımlı bir geminin veya nitelikli gemi adamlarının denizde karşılaşılaştığı beklenmedik tehlikeler olarak tarif edilmektedir.

Eşyanın kendisinden kaynaklanan ayıplar ise taşıyanın müdahalesi veya hatası olmadan eşyanın karakteristik özelliğinden dolayı meydana gelen zararlardır³⁵⁹. Bu durumda taşıtan ve gönderilen eşyada meydana gelen zararlara katlanmak zorundadır. Önlem

³⁵³ GILMORE/BLACK, s. 126.

³⁵⁴ COLINVAUX I, s.190.

³⁵⁵ COLINVAUX I, s.190.

³⁵⁶ SCHOENBAUM, s. 611; WILSON, s. 12; BAUGHEN, s. 91.

³⁵⁷ COLINVAUX, s. 155; DOCKARY/THOMAS, s. 52.

³⁵⁸ SCHOENBAUM, s. 611.

³⁵⁹ FORCE, s. 70.

alınmadığı takdirde, eşyanın doğasından ötürü nitelik ve nicelikte meydana gelebilecek değer azalmaları kaçınılmaz ise bu önlemlerin alınması, taşıtanın ve gönderilenin sorumluluğu altındadır³⁶⁰. Örneğin, taşınacak eşya balık ise balığın bozulmaması için gerekli ve yeterli derecede balığın dondurulması gerekmektedir. Aksi takdirde, meydana gelen zarardan taşıtan sorumludur. Ancak, bu eşyanın uygun bir şekilde taşınması ise taşıyanın sorumluluğu altındadır.

H. Uluslararası Düzenlemelerde Taşıyanın Sorumluluğu

La Haye/Visby Kuralları'nda geç teslim dışında, taşıyanın gemiyi sefere elverişli bulundurma ve eşyaya özen gösterme yükümlülüğüne de yer verilmektedir. La Haye/Visby Kuralları madde 3/I-II itibarıyla, taşıyanın sadece gemiyi sefere elverişli bulundurma ve eşyaya özen gösterme yükümlülüğünü ihlalden kaynaklanan sorumluluğu hükme bağlanmaktadır. Buna göre, taşıyan yolculuğun öncesinde ve başında gemiyi denize elverişli halde buldurmaya, uygun ekipman ile yeterli gemi adamıyla gemiyi donatmaya ve gemi ambarlarını ve soğuk hava teçhizatlarını ve eşyaların taşınmak üzere yerleştirildiği geminin diğer kısımlarını elverişli ve uygun bir hale getirmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, taşıyan eşyanın yükletilmesi, idaresi, istifi, nakli, muhafazası, bakımı ve boşaltılmasına dikkat ve itina göstermekle de yükümlü tutulmaktadır.

La Haye/Visby Kuralları'nda taşıyanın, adamlarının davranışlarından dolayı sorumluluğuna ilişkin münferit bir hüküm yoktur. Ancak, 4/II-a-b ve q bentleri uyarınca, taşıyanın; kaptan, gemici, kılavuz veya nakliyecisi memurlarının teknik kusurundan (geminin seyrine ve yönetimine ilişkin kusurundan) kaynaklanan veya kendi kusurundan meydana gelmeyen yangından ya da taşıyanın adamlarının kusurundan ileri gelmeyen zararlardan dolayı sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, madde 5 itibarıyla, taşıyan La Haye/Visby Kuralları'nda belirtilen hak ve muafiyetlerden feragat edebilme veya kendisine yüklenen sorumlulukları genişletme konusunda serbesttir. Ancak, bu türden feragat ve sorumluluğu genişletme anlaşmalarının yükletene verilen konişmentoda yer alması şart koşulmaktadır. İlgili hüküm ile birlikte, konişmentoda yer almak şartıyla taşıyanın sorumluluğunun genişletebileceği belirtilmektedir. Buna karşılık, sorumsuzluk anlaşmaları ile sorumluluğu daraltan anlaşmalara cevaz verilmemektedir.

³⁶⁰ FORCE, s. 70.

Hamburg Kuralları'nda eşyanın zıya veya hasar yahut gecikme ile teslimden doğan zararlardan taşıyanın sorumlu olacağı düzenlenmektedir. 6102 sayılı TTK madde 1178'e kaynaklık eden, Hamburg Kuralları madde 5/I itibarıyla taşıyanın sorumlu olduğu durumlar daha geniş bir şekilde ifade edilmektedir. Bu madde uyarınca, taşıyan eşyanın zıya veya hasar yahut gecikme ile teslimden doğan zararlardan, zıya, hasar ve gecikmeye neden olan olayın eşya yükleme limanından taşıma sırasında ve boşaltma limanında muhafazası altında bulunduğu sırada gerçekleşmesi şartıyla sorumludur. Meğerki olay ve neticelerini önlemek üzere makul surette istenebilecek olan bütün tedbirlerin kendisi yahut çalışanları veya görevlileri tarafından alınmış olduğu ispat edilmiş olsun. Ayrıca, Hamburg Kuralları madde 5/II ile eşyanın navlun sözleşmesinde öngörülen boşaltma limanında açıkça kararlaştırılmış olan süre zarfında veya böyle bir anlaşma yoksa olayın özelliklerine göre, tedbirli bir taşıyandan riayet etmesi makul surette istenebilecek olan süre içinde teslim edilmediği takdirde gecikmenin olduğu kabul edilmektedir.

Keza, Hamburg Kuralları madde 5/IV uyarınca, eşyanın zıya ve hasarında olduğu gibi, teslimdeki gecikmeden doğan zararlara neden olan olay eşya taşıyanın hâkimiyeti altında gerçekleşmişse taşıyan sadece kendi kusurundan değil; aynı zamanda adamlarının da kusurundan sorumlu tutulmaktadır. Tıpkı La Haye/Visby Kuralları'nda düzenlendiği gibi, Hamburg Kuralları ile getirilen taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hususları daraltan ve kaldıran anlaşma, şart ve kayıtlar geçersiz sayılmaktadır. Zira, Hamburg Kuralları madde 23 itibarıyla, navlun sözleşmesi, konişmento veya navlun sözleşmesini ispat eden diğer bir belgede yer alan herhangi bir şart, Hamburg Kuralları'nda yer alan hükümlere doğrudan ve dolaylı olarak aykırı olduğu oranda geçersiz kabul edilmektedir. Ancak, bir navlun sözleşmesinde, sözleşme konusu taşımanın belirli bir kısmının taşıyandan başka ve ismen zikrolunan bir şahıs tarafından yerine getirileceği açıkça öngörülmüş olursa, taşıyan taşımanın kendisi tarafından gerçekleştirilmeyecek olan kısmı için sorumluluğunu sınırlandırma veya tamamen ortadan kaldırma imkânına sahip kılınmaktadır.

Rotterdam Kuralları ile deniz taşımacılığında geçerli olacak özel hükümler başlığı altında geminin sefere elverişli bulundurma yükümlülüğü hükme bağlanırken, eşyaya özen gösterme yükümlülüğünü ihlalden ve geç teslimden kaynaklanan sorumluluk ise diğer taşıma türlerine ilişkin sorumluluk hakkındaki hükümlerle birlikte düzenlenmektedir. Rotterdam

Kuralları madde 14 uyarınca, taşıyanın gemiyi sefere elverişli bulundurma yükümlülüğü La Haye/Visby Kuralları ile hemen hemen aynı şekilde hükme bağlanmaktadır. Tek farklılık, taşıyan sadece yolculuğun öncesinde ve başlangıcında değil, aynı zamanda yolculuk süresince de geminin sefere elverişsiz olmasında doğan zararlardan sorumlu sayılmaktadır. Ayrıca, Rotterdam Kuralları madde 17 itibarıyla, taşıyanın eşyayı taşımak üzere teslim aldığı andan eşyayı yetkili kişiye teslim ettiği ana kadar geçen sürede onun kaybından, zarar görmesinden ve geç tesliminden sorumlu olduğu belirtilmektedir. Keza, madde 18 uyarınca taşıyan, herhangi bir ifa edenin, geminin kaptanı veya gemi adamlarının, taşıyanın veya ifa edenin adamlarının ya da taşıyanın taşıma sözleşmesindeki borçları, taşıyanın talebi veya onun gözetimi ve denetimi altında doğrudan veya dolaylı olarak yerine getiren veya getirmeyi üstlenen diğer kişilerin kast veya ihmallerinden dolayı bu Konvansiyon kapsamında borçlarını ifa etmemekten dolayı sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Belirtilen hükümlerde taşıyan ile ilgili sorumluluk esaslarının Rotterdam Kuralları madde 19/I itibarıyla, denizde ifa eden taraf açısından da geçerli olduğu ayrıca ifade edilmektedir³⁶¹.

La Haye/Visby Kuralları ile Hamburg Kuralları'nda olduğu gibi, Rotterdam Kuralları madde 79/I-a ve b bentleri itibarıyla, bu sözleşmenin uygulama alanına giren navlun sözleşmelerinde, taşıyan ve denizde ifa eden tarafın bu Konvansiyon'da düzenlenen borçların yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğunu doğrudan veya dolaylı olarak kaldıran veya sınırlandıran her türlü şartın geçersiz olduğu hükme bağlanmaktadır. Ancak, ilgili düzenleme madde 81 uyarınca, navlun sözleşmesinde taşıma borcu altına giren taraf olan denizde ifa eden tarafın bazı hallerde borç ve sorumluluklarının sınırlandırabileceği belirtilmektedir. Madde 18'de belirtilen kişilerin kasıt ve ihmalinin eşyada zarara neden olduğunun talep sahibi tarafından ispat edilememesi şartıyla; belirli şartlar altında taşınan eşyanın canlı hayvan olması veya navlun sözleşmesinin ticari akışı içerisinde yapılan olağan bir ticari taşımaya ilişkin olması ve eşyanın taşınması için devredilebilir bir taşıma senedi/elektronik taşıma kaydı bulunması koşuluyla eşyanın karakteristik özelliklerinin, mevcut durumunun veya taşımanın gerçekleştirileceği durumun hal ve şartlarının özel bir anlaşma yapılmasını makul

³⁶¹ Rotterdam Kuralları'nın İngilizce metninde bazı maddelerde "carrier-maritime performing party" ; Türkçe karşılığı olan "taşıyan-denizde ifa eden taraf" ibareleri yer almaktadır. Bunun nedeni, daha önce genel ve soyut hatlarıyla yukarıda açıklandığı üzere, Rotterdam Kuralları'nın uygulama alanı sadece navlun sözleşmeleri değil, deniz yoluyla taşımaya içermesi şartıyla değişik tür taşımalarıdır. Dolayısıyla, değişik tür taşımaya konu edinen taşıma sözleşmelerinde taşıma taahhüdünü ifa eden taraf taşıyan, navlun sözleşmesinde taşıma taahhüdünü ifa eden taraf ise denizde ifa eden taraf olarak adlandırılmaktadır.

kılması halinde denizde ifa edenin/taşıyanın sorumluluğunun kaldırılmasının ve sınırlandırılmasının geçerli olmayacağı ifade edilmektedir.

Her üç uluslararası düzenlemede de taşıyanın sorumluluğu özen yükümü ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olarak düzenlenmektedir³⁶². Ancak, Hamburg Kuralları'nda gerek 6102 sayılı TTK madde 1180'de gerekse de La Haye/Visby Kuralları madde 4/II itibarıyla kabul edilen taşıyanın şahsi kusurundan kaynaklanmayan yangından ve kendi adamları ile görevlilerin teknik kusurundan sorumlu olmadığına ilişkin esas terkedilmektedir³⁶³. Aynı husus, Rotterdam Kuralları ile de benimsenmektedir.

Her üç düzenleme arasındaki bir diğer farklılık ise taşıyanın sorumlu olacağı sürelerin nasıl hesaplanacağına ilişkindir. Taşıyan, eşyaya özen gösterme yükümlülüğünü ihlalden dolayı, La Haye/Visby Kuralları madde 7 ve Rotterdam Kuralları madde 12 itibarıyla, eşyanın teslim alındığı an ile teslim edildiği an arasındaki zararlardan; Hamburg Kuralları madde 4 uyarınca ise yüklemenin başladığı an ile boşaltmanın sona erdiği an arasında meydana gelen zararlardan sorumludur. Diğer yandan, La Haye/Visby Kuralları madde 3 itibarıyla, geminin sefere elverişli bulundurma hususunda taşıyanın sorumlu olacağı zaman, yolculuk öncesi ve yolculuğun başlangıcı olarak ifade edilmektedir. Rotterdam Kuralları madde 14 uyarınca ise sadece yolculuk öncesi ve yolculuğun başlangıcında değil, yolculuk süresince de gemiyi sefere elverişli bulundurma yükümlülüğünün devam edeceği hükme bağlanmaktadır³⁶⁴.

II. TAŞIYANIN HAPİS HAKKI

Taşıyanın hapis hakkı hususunda 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile farklı bir sistem benimsenmektedir. Taşıyanın hapis hakkı kabul edilmekle birlikte, navlun sözleşmesinden doğan hakları için eşya üzerinde kanuni rehin hakkının tanınması 6102 sayılı TTK'da benimsenmemektedir. Bu husus, yabancı hukuklarda da farklı şekillerde düzenlenmektedir. Zira, taşıyanın hapis hakkı Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nden farklı olarak, Anglo-Amerikan Hukuk Sisteminde usule ilişkin bir hak olarak görülmektedir. Dolayısıyla, navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde önem arz etmektedir.

³⁶² PING-FAT, s. 66.

³⁶³ YAZICIOĞLU, **Hamburg Kuralları**, s. 67.

³⁶⁴ GÜNAY, ss. 94-97.

A. Türk Hukuku'nda Durum

6762 sayılı TTK madde 1077'de taşıyanın alacakları için rehin hakkına; madde 1069 ve 1070'de de taşıyanın eşyayı teslimden kaçınma hakkına ilişkin düzenlemeler yer almaktaydı. 6762 sayılı TTK'da navlun alacaklısına tanınan bu haklar TMK'da getirilen düzenlemeler ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi³⁶⁵. Buna karşılık, 6102 sayılı TTK madde 1201 ile yük üzerinde kanuni rehin hakkı (yük alacaklısı hakkı) kaldırılmış; eşyayı teslimden kaçınma hakkı ise TMK sistemine uygun bir şekilde eşya üzerinde hapis hakkı³⁶⁶ olarak yeniden düzenlenmiştir. Böylelikle, Alman Hukuku'ndan alınan hüküm, İsviçre Hukuku'nda benimsenen ve Türk Eşya Hukuku ile uyumlu olan sistemle değiştirilmiştir.

6102 sayılı TTK madde 1201/I uyarınca, taşıyanın navlun sözleşmesinden doğan bütün alacakları için TMK madde 950 ilâ 953 uyarınca hapis hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir. Bu anlamda, hapis hakkının doğabilmesi³⁶⁷ için taşıyanın rızası ile taşıyan, eşya üzerinde zilyetlik kurmalı, bu eşya ile taşıyan arasında bağlantı bulunmalı (-ki zilyetlik ile alacak ticari ilişkiden doğmuşsa tacirler arasında bu bağlantının olduğu farz edilir), navlun alacağı muaccel olmalıdır.

6102 sayılı TTK 1201/II itibarıyla, üzerinde hapis hakkı kullanılan eşyanın taşındığı yolculuktan doğan alacakları teminat altına alınması amaçlanmaktadır. Ancak, bu hüküm ile kastedilenin üzerinde hapis hakkı kullanılan eşyanın taşınması dolayısıyla doğan alacakları teminat altına almak olduğu söylenebilir³⁶⁸. Sadece alacağı temin edecek miktardaki eşya üzerinde kullanılabilir. Eşya için ödenen gümrük vergileri, işleyen temerrüt ve

³⁶⁵ Çağa/Kender, 6762 sayılı TTK madde 1069'da açıkça hapis hakkından söz edilmediğini ve bu nedenle, genel hükümlere göre eşya üzerinde hapis hakkına bulunup bulunulmadığının araştırılması gerektiğini belirtmektedir. 6762 sayılı TTK madde 1069 dikkate alındığında, taşıyanın ilk fıkrada belirtilen borçlarını yerine getirmemesi halinde eşyayı teslimden kaçınma hakkının var olduğu ifade edilmektedir. Ancak, eşyayı sattırarak alacağını tahsil yetkisini kapsamadığı, taşıyanın alacaklarını ödemedikçe eşyayı teslimden kaçınma hakkının bertaraf edilme imkanı tanınmadığı ve taşıyanın teslimden önce gönderilene karşı alacağı mevcut olmadığı gerekçesiyle (-ki hapis hakkının varlığı için alacağın vadesinin gelmiş olması şarttır) TMK madde 950 ilâ 953 anlamında hapis hakkının niteliğine aykırı düştüğü gerekçesiyle 6762 sayılı TTK'da tanınan bu hakkın niteliğinin farklı olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle, Çağa/Kender'e göre, 6762 sayılı TTK uyarınca, taşıyanın eşya üzerinde hapis hakkı mevcut değildir. ÇAĞA/KENDER II, ss. 239-241.

Buna karşılık, Akıncı ve Okay ise 6762 sayılı TTK madde 1069/II'nin zıt anlamından hapis hakkının varlığını kabul etmekteydi. AKINCI, ss. 473-474; OKAY II, s. 166.

³⁶⁶ Hapis hakkı kanuni şartların gerçekleşmesi halinde alacaklıya zilyetliğinde bulunan ve geri verilmesi gerekli olan borçluya ait taşınır mallar ve kıymetli evrakı geri vermeyerek, alacağını teminat olarak koyma ve paraya çevirme yetkisi veren aynı hak. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 830.

³⁶⁷ Hapis hakkının şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, ss. 1020-1024.

³⁶⁸ KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 212; ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN/YAZICIOĞLU, s. 176.

sözleşme faizi ile takip ve yargılama giderleri de teminat altına alınan alacağın kapsamını oluşturmaktadır³⁶⁹. Buna karşılık, müşterek avarya ve kurtarma alacakları için ise taşıyan eşyanın tümü üzerinde hapis hakkı kullanabilmektedir. Üzerinde hapis hakkı kurulan eşyayı taşıyan, taşıtana ya da gönderilene teslim etmekten kaçınabilir. Bunun yanında, TMK madde 953/I uyarınca taşıyan, navlun sözleşmesinden doğan alacaklarını tahsil edemezse ve yeterli güvence de gösterilmezse taşıtan ya da gönderilene daha önceden bildirimde bulunarak hapsedtiği şeyleri paraya çevirebilme imkânına kavuşmaktadır.

Kural olarak hapis hakkı taşıtana karşı kullanılmaktadır. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 1204/I itibarıyla, gönderilenin de eşyanın teslimini istediği andan itibaren, sadece 1203'te belirtilen alacaklar için hapis hakkının kullanılmasına katlanmak zorunda olduğu ifade edilmektedir. İlgili hükmün üçüncü fıkrası uyarınca ise eşya tek bir navlun sözleşmesine dayanılarak taşınmış olmakla birlikte, birden çok konişmentoya veya diğer bir denizde taşıma senedine dayanılarak çeşitli gönderilenlere teslim edilecekse, hapis hakkı her konişmentoya veya diğer bir denizde taşıma senedine isabet eden alacaklar için ayrı ayrı kullanılabilir.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Anglo-Amerikan Hukuku'nda, Türk Hukuku anlamında eşya üzerindeki hapis hakkı, terim olarak gemi alacaklısı anlamına gelen “maritime lien” ifadesinden farklı olarak, “possessory lien” olarak ifade edilmektedir. Hapis hakkını; kural olarak, donatan taşıtana karşı ileri sürebilmektedir. Ayrıca, donatanın temsilcileri tarafından hazırlanan konişmentoda navlun sözleşmesine açıkça atıf yapılması şartıyla, donatan navlun sözleşmesinden doğan diğer alacaklarına karşılık eşya üzerinde hapis hakkı olduğunu gönderilene karşı talep edebilmektedir³⁷⁰.

Hapis hakkı, navlun sözleşmesinden doğan navlun ve diğer alacakların ödenmemesi halinde eşyayı alıkoyma imkânından ibarettir³⁷¹. Dolayısıyla, bu hak Türk Hukuku'ndan farklı olarak, herhangi bir şekilde aynı hak olarak nitelendirilmemekte ve donatana eşyayı

³⁶⁹ ÜNAN Samim, “Yük Üzerinde Rehin Hakkı ‘Yük Alacaklısı Hakkı’”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 4, Aralık 1997, s. 9.

³⁷⁰ WILSON, s. 299; COLINVAUX Raoul, **Carver's Carriage By Sea, Volume 2**, Thirteenth Edition, London, 1995, s. 2020. (COLINVAUX II)

³⁷¹ COLINVAUX II, s. 1994.

satma imkânı da vermemektedir³⁷². Bu nedenle, hapis hakkı sadece malın teslim zamanı ile navlun borcunun ifası için kararlaştırılan zaman aynı ise söz konusu olmaktadır³⁷³. Hapis hakkı bir çeşit usuli tedbir olarak ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, navlunun peşinen ödenmesi ya da malın tesliminin ardından navlun alacağıının muaccel olması halinde ise hapis hakkından bahsedilememektedir³⁷⁴. Eşyanın sözleşmeye, konişmento ya da diğer deniz senetlerine aykırı bir şekilde taşınması halinde ise navlun ve diğer alacaklar ödenmediği takdirde donatan hapis hakkını ileri sürememektedir.

Anglo-Amerikan Hukuku'nda da, Türk Hukuku'nda olduğu gibi, hapis hakkı, sadece navlun ve diğer alacakların ödenmediği takdirde, navlun sözleşmesinin konusunu oluşturan eşya üzerinde tesis edilmektedir³⁷⁵. Dolayısıyla, tek bir navlun sözleşmesine bağlı olarak düzenlenen birden fazla konişmento tek bir kişiye ciro edilmişse, eşyanın tümü üzerinde hapis hakkı kurulabilmektedir. Ancak, tek bir navlun sözleşmesine bağlı olarak düzenlenen konişmento farklı kişilere ciro edilmişse sadece konişmentoda belirtilen eşya üzerinde hapis hakkı tesis edilebilmektedir³⁷⁶. Keza, navlun sözleşmesinin taraflarına belirli bir takım alacakların; mesela sürastarya ücretinin ödenmemesi halinde de hapis hakkının kurulabileceğini kararlaştırabilme imkânı tanınmaktadır³⁷⁷.

III. TAŞIYANIN KONİŞMENTO DÜZENLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Taşıyanın konişmento düzenleme yükümlülüğü, yükletenin talebi üzerine doğmaktadır. Taşıyan tarafından tek taraflı tanzim edilen bu senedin, çok yönlü etkileri mevcuttur. Nitekim, eşyanın yükleme limanından boşaltma limanına kadar taşınması sırasında, özellikle eşya üzerindeki aynı hak tasarruflarının kolay bir şekilde yapılması, onu temsil eden konişmento ile yapılmaktadır. Ayrıca, bu senet navlun sözleşmesinin varlığını ve yükleme sırasında eşyanın niteliğini ve niceliğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesi ve konişmento arasındaki ilişkinin göz ardı edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu anlamda, konişmentoda yer alan kayıtların navlun sözleşmesi açısından geçerliliğinin ortaya konulması önem arz etmektedir. Özellikle, konişmentoda yer alan tahkim/yetki şartı ile

³⁷² COLINVAUX II, s. 1994.

³⁷³ SCRUTTON/MACKINNON, s. 355; WILSON, s. 298.

³⁷⁴ SCRUTTON/MACKINNON, s. 356.

³⁷⁵ COLINVAUX II, s. 1999; WILSON, s. 298.

³⁷⁶ WILSON, s. 298.

³⁷⁷ WILSON, s. 297; BAUGHEN, s. 232.

hukuk seçimine ilişkin klozların navlun sözleşmesine teşmil edilip edilemeyeceğinin çalışmamızın konusu açısından ince lenmesi gerekmektedir. Ancak, öncelikle konişmentonun Türk Hukuku'nda ve yabancı hukuklarda ne olduğunun, hukuki niteliğini, işlevini, etkilerini ayrıca irdelemeyi uygun görmekteyiz.

A. Tanım, Yasal Düzenleme ve Hukuki Niteliği

Konişmento doktrinde en genel anlamıyla, taşıyan veya taşıyanın temsilcisi sıfatıyla kaptan ya da bu hususta yetkili bulunan acente tarafından tek taraflı olarak düzenlenen ve eşyanın taşınmak üzere teslim olduğu ikrarını ve taşındıktan sonra varna limanında senedin hak sahibi görünen hamiline, senedin iadesi karşılığında aynen teslim edileceği taahhüdünü içeren kıymetli evrak olarak tanımlanmaktadır³⁷⁸. 6102 sayılı TTK madde 1228 itibarıyla, konişmento taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı; ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senet olarak tarif edilmektedir.

Konişmento kıymetli evrak niteliğindedir³⁷⁹. Bu husus 6102 sayılı TTK madde 831/II³⁸⁰,de açıkça ifade edilmektedir. İlgili hüküm uyarınca, konişmento ile ilgili olarak, cironun şekli, hamilin hak sahipliği ve senedi elinde bulunduranın onu geri vermekle yükümlü olması hususlarında, poliçelere ilişkin hükümlerin geçerli olacağı hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, 6102 sayılı TTK madde 1230 ilâ 1236'da konişmentonun kıymetli evrak olma niteliğinden kaynaklanan sonuçlara yer verilmektedir. Doktrinde³⁸¹ bir görüş konişmentonun illi bir senet olduğunu ileri sürse de söz konusu senetten doğan borç, navlun sözleşmesinden bağımsızdır. Ancak, konişmentodan doğan borç, eşyanın taşınmak üzere teslim alınması veya

³⁷⁸ AKINCI, s. 190; OKAY II, s. 44; ÇAĞA/KENDER II, s. 65; KENDER/ÇETİNGİL, s. 121; ÜLGENER, **Çarter Sözleşmesi**, s. 497; AYBAY/AYBAY/AYBAY/AYBAY, s. 607; ZEVKLİLER Aydın, "Konişmento, Mahiyeti ve Diğer Emtia Senetlerinden Farkları", **İmran Öktem'e Armağan**, Ankara, 1970, s. 530.

³⁷⁹ OKAY II, s. 29; ZEVKLİLER, s. 529; ULUĞ İlknur, "Konişmentonun Kıymetli Evrak Niteliği", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, 1. Cilt, İstanbul, 2007, s. 789 ("Kıymetli Evrak"); BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK Gülüm, "Konişmentoya Bağlanan Eşya Üzerindeki Aynı Hakka Uygulanacak Hukukun Tespiti", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 66, Sayı 2, 2008, s. 58.

³⁸⁰ 6762 sayılı TTK madde 743/I'in sadeleştirilmiş halidir.

³⁸¹ KARAN Hakan, "Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi ile Konişmento Arasındaki İlişki", **BATIDER**, Cilt XX, Aralık 2000, s. 163. (Sözleşme-Konişmento)

yüklenmesi sebeplerine bağlı olduğu için yarı illi bir kıymetli evrak niteliğinde kabul edilmektedir³⁸².

Kıymetli evrak niteliği sayesinde konişmento tedavül kabiliyetine sahip olmakta ve emre, nama ve hamiline olmak üzere üç şekilde düzenlenebilmektedir. Nitekim, bu husus 6102 sayılı TTK madde 1228/III'te³⁸³ de belirtilmektedir. Ayrıca, ilgili hüküm itibarıyla, aksi kararlaştırılmadıkça, yükletenin istemi üzerine konişmento gönderilenin emrine veya sadece “emre” olarak düzenlenmektedir. Konişmento iradi emre yazılı senetlerden olduğu için bunun açıkça metinde yer alması gerekmektedir³⁸⁴. Emre yazılı konişmentonun devri, ciro ve senedin teslimi ile mümkündür (6102 sayılı TTK madde 681/I). Konişmento da sadece gönderilenin adı yazılıysa; yani “emre kaydını” ihtiva etmiyorsa o konişmento nama yazılı kabul edilmektedir. 6102 sayılı TTK madde 1228/III son cümlesi uyarınca, konişmento gönderilen sıfatıyla kaptanın ya da taşıyanın namına da yazılı olabilmektedir. Nama yazılı konişmento yazılı devir beyanı ve ciro edilebilmektedir (6102 sayılı TTK madde 681/II). Buna karşılık, gönderilen hanesine kimse yazılmamışsa veya sadece hamiline kaydı varsa bu durumda hamiline yazılı konişmento söz konusu olmakta ve devri senedin zilyetliğinin devri ile gerçekleşmektedir.

Nama yazılı konişmento, tedavül kabiliyeti en az olan konşimentodur. Zira, konişmentonun her hamiline karşı iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın, navlun sözleşmesinden doğan defilerin ileri sürülmesi mümkün değildir³⁸⁵. Buna karşılık, emre yazılı konişmentolarda sadece konişmentonun metninden anlaşılmayan ve navlun sözleşmesinden doğan defiler ileri sürülemez³⁸⁶. Hamiline yazılı konşimentodan doğan alacağa karşı ise taşıyan konişmentonun hükümsüzlüğüne ilişkin defilerle hamiline karşı kişisel olarak sahip bulunduğu defileri ileri sürebilmektedir³⁸⁷.

³⁸²OKAY II, s. 84; KENDER/ÇETİNGİL, s. 123; ULUĞ, “Kıymetli Evrak” s. 790; CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s. 98; YEŞİLOVA Ecehan, **Konşimentonun İspat Kuvveti**, İzmir, 2006, s. 58; GÜRSES Özlem, “Uluslararası Eşya Taşımalarında Kullanılan Taşıma Senetleri”, **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan**, Ankara, 2006, s. 272. Buna karşılık, Zevkliler, konişmentonun mücerret olduğu görüşündedir. Zevkliler, s. 532.

³⁸³ 6762 sayılı TTK madde 1101'de ise sadece konişmentonun emre ve nama yazılı olarak düzenlenebileceği hükme bağlanmaktaydı. Ancak, Akıncı ve Demirkıran'a göre, aksi kararlaştırılmadıkça, konişmentonun hamiline de düzenlenebileceği kabul edilmekteydi. AKINCI, s. 230; DEMİRKIRAN Murat, **Taşıyanın Konşimentonun İçeriğinden Sorumluluğu**, İstanbul 2008, s. 16.

³⁸⁴ OKAY II, s. 84; ÇAĞA/KENDER, s. 87; ZEVKLİLER, s. 547; ULUĞ, “Kıymetli Evrak”, s. 792; CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s. 95; DEMİRKIRAN, s. 13; YEŞİLOVA, s. 47.

³⁸⁵ ÇAĞA/KENDER II, s. 93; DEMİRKIRAN, s. 15; YEŞİLOVA, s. 49.

³⁸⁶ CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s. 96.

³⁸⁷ ULUĞ, “Kıymetli Evrak” s. 794.

Konişmentonun kıymetli evrak olmasının en önemli sonucu, hamiline eşyanın teslimine ilişkin şahsi bir talep hakkı doğurmasıdır. Nitekim, 6102 sayılı TTK madde 1230³⁸⁸ itibarıyla, konişmentonun meşru hamilinin eşyayı teslim almaya yetkili olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, konişmento; hamiline eşyayı teslim taahhüdünü beyan eden ve bu anlamda, tek taraflı borç doğuran bir belgedir³⁸⁹. Ayrıca, taşıyan ile konişmento hamili arasında akdi nitelikte bir ilişki de senedin tanzimi ile meydana gelmektedir. Taşıyan ile meşru hamil arasındaki bu ilişkiye “konişmento sözleşmesi” denilmektedir³⁹⁰.

Bu anlamda, meşru hamil; düzenlenme usulüne uygun olarak devredilen ve senedi elinde bulunduran kişi olduğu için konişmento eşyanın teslim edileceği gönderileni de belirlemektedir. Zira, 6102 sayılı TTK madde 1237 itibarıyla, taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesinde konişmentonun esas alınacağı hükme bağlanmaktadır.

B. Konişmentonun Çeşitleri

6762 sayılı TTK madde 1092/V'teki gibi, 6102 sayılı TTK madde 1228/II uyarınca da yükleme ve tesellüm olmak üzere iki tip konişmento türü düzenlemektedir³⁹¹. Tesellüm konişmentosu, yükletenin izniyle taşınmak üzere teslim alınan; fakat henüz gemiye yükletilmemiş olan eşya için düzenlenen konişmentodur. Tesellüm konişmentosu, genellikle eşyanın hangi gemi ile taşınacağı belli olmadığı durumlarda söz konusu olduğu için kırkambar sözleşmesiyle yapılan taşımalarda söz konusu olmaktadır. Yükleme konişmentosu ise eşya gemiye alınır alınmaz, taşıyana eşyayı teslim aldığı sırada verilmiş olan geçici makbuz veya tesellüm konişmentosunun iadesi karşılığında yükletenin istediği sayıda düzenlenen konişmentodur. Eşyanın gemiye yüklenmesini takiben düzenlendiği için çarter taşımalarında kullanılan konişmento tipidir.

³⁸⁸ 6102 sayılı TTK madde 1102'nin sadeleştirilmiş halidir.

³⁸⁹ AKINCI, s. 190; ÇAĞA/KENDER II, s. 100; KARAN Hakan, **Elektronik Konişmento**, Ankara, 2004, s. 46 (**Elektronik Konişmento**).

³⁹⁰ KARAN, **Elektronik Konişmento**, s. 84.

³⁹¹ Bu konuda bkz., AKINCI, ss. 205-206; OKAY II, ss. 47-48; ÇAĞA/KENDER II, s. 66-67; ÜLGENER, **Çarter Sözleşmesi**, ss. 499-500; DEMİRKIRAN, s. 16.

C. Konişmentonun Düzenlenmesi ve İçeriği

Taşıma taahhüdünü gerçekleştirmek üzere taşıyan tarafından teslim alınan veya gemiye yüklenen eşyaya ilişkin olarak konişmento düzenlenmesine yönelik talep hakkı taşıyana değil, yükletene aittir. Konişmentonun düzenlenmesi sadece yükletenin talebi halinde zorunludur³⁹². Yükletenin bu hakkı tamamen navlun sözleşmesinden kaynaklanırken; taşıyanın talep üzerine konişmento düzenleme yükümlülüğü ise kanundan doğmaktadır³⁹³.

Bu bağlamda, konişmento taşıyanı, gönderileni ve bunlar arasındaki ilişkiyi de ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, konişmentonun içeriğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. 6102 sayılı TTK madde 1229/I'de de konişmentoda bulunacak kayıtların neler olduğu hükme bağlanmaktadır. 6102 sayılı TTK madde 1229/II itibarıyla, birinci fıkrada belirtilen kayıtlardan bir ya da bir kaçının konişmentoda yer almamasının senedin konişmento olarak nitelendirilmesini engellemeyeceği; ancak, madde 1228'de belirtilen hususların mutlaka konişmentoda bulunması gereken kayıtlar olduğu düzenlenmektedir. Böylelikle, konişmentonun varlığı için eşya, yolculuk ve varma limanına ilişkin yeterli derecede açıklık getirilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, konişmentoda taşıyan sıfatının tespiti; navlun sözleşmesinde taşıyanın tespit edilemediği hallerde önemlidir. Zira, 6102 sayılı TTK madde 1238/I uyarınca konişmentoyu taşıyan sıfatıyla imzalayan veya konişmento kendi adına ve hesabına imzalanan kişinin taşıyan sayılacağına ilişkin karine getirilmektedir. İlgili hükmün ikinci fıkrası ile konişmentoda taşıyanın adı ve soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin bulunmadığı hallerde, donatanın taşıyan sayılacağı; üçüncü fıkrası ile ise böyle bir durumda konişmento, kaptan veya taşıyanın diğer temsilcisi tarafından düzenlenmişse temsilcinin de donatanla birlikte taşıyan olarak kabul edileceği hükme bağlanmaktadır. Her iki halde de donatan, konişmento hamilinin açık istemi üzerine, taşıyanın adı ve soyadı veya ticaret ünvanı ile işletme merkezini bildirerek belgelendirirse taşıyan sayılmaktan kurtulabilmektedir.

Taşıyanın konişmento düzenleme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde ise iki durumda sorumluluğu ortaya çıkmaktadır³⁹⁴. Birinci durumda, taşıyan konişmentonun

³⁹² ÇAĞA/KENDER, s. 68.

³⁹³ YAZICIOĞLU, "Deniz Yük Senedi", s. 660; CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s. 111.

³⁹⁴ DEMİRKIRAN, s. 45.

konusunu oluşturan eşyayı varna limanında meşru hamile haklı nedenler olmaksızın teslim etmediği takdirde, 6102 sayılı TTK'nın taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. İkinci durumda ise taşıyan, konişmentonun içeriğinin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi halinde sorumlu tutulmaktadır. Bu hususa ilişkin olarak 6102 sayılı TTK'da herhangi bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla, sorumluluğa ilişkin esaslar Borçlar Hukuku'na tabidir. Doktrinde bir görüşe göre, taşıyanın bu sorumluluğu sözleşmesel sorumluluktur³⁹⁵. Diğer bir görüş ise konişmento sözleşmesi öncesinde taşıyanın kusurlu davranışından kaynaklandığından sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurdan doğan sorumluluğa (culpa in contrahendo) dayandırılmaktadır³⁹⁶. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, konişmento sözleşmesi senedin her meşru hamiline karşı üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu için taşıyan sözleşme görüşmeleri sırasında, dürüstlük kurallarına uymayarak gerçeğe aykırı bilgi vermesinden dolayı kusurlu kabul edilmektedir.

D. Konişmentonun İşlevi

Yukarıda genel ve soyut olarak ifade edildiği üzere, konişmento çok yönlü özelliklere sahip bir kıymetli evraktır. 6102 sayılı TTK dikkate alındığında da iki temel işlevi bulunduğu görülmektedir: İspata ilişkin işlevi-Eşyayı temsil işlevi.

1. İspata İlişkin İşlevi

Konişmentonun ispata ilişkin işlevinin mahiyeti, 6102 sayılı TTK madde 1237 ilâ 1242 arasında düzenlenmektedir. Bu bağlamda, konişmentonun ispat işlevi³⁹⁷ şu şekilde özetlenebilmektedir:

i. 6102 sayılı TTK madde 1237/I³⁹⁸ itibarıyla, taşıyan ve konişmento hamili arasındaki hukuki ilişkilerde konişmento esas alınmaktadır. Buna karşılık, ikinci fıkra uyarınca, taşıyan ve taşıtan arasındaki hukuki ilişkilerde navlun sözleşmesi hükümlerine bağlı kalınmaktadır. Dolayısıyla, konişmento ve navlun sözleşmesi birbirinden bağımsızdır. Ancak, yazılı bir navlun sözleşmesinin bulunmadığı durumlarda, konişmentonun arka yüzünde

³⁹⁵ YEŞİLOVA, s. 224.

³⁹⁶ ÇAĞA/KENDER II, s. 95; DEMİRKIRAN, ss. 74-75.

³⁹⁷ Konişmentonun ispat işlevinin mahiyetine ilişkin bkz., KULA DEĞİRMENCİ Nil, "Konişmentonun Hukuki İlişkiyi Belirleme İşlevinin İki Boyut ve Bu İşlevin Özellikle FOB Satışları Açısından Değerlendirilmesi", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 12, Sayı 24, 2013, ss. 149-150.

³⁹⁸ 6762 sayılı TTK madde 1110/I'in sadeleştirilmiş halidir.

önceden basılı bulunan genel işlem şartları niteliğindeki hükümler, sözleşmeyi yansıtacak şekilde düzenlendiği için söz konusu senet navlun sözleşmesinin yerine geçebilmekte ve böylelikle, sözleşmenin varlığını ve içeriğini ispat işlevine sahip olabilmektedir³⁹⁹.

Taşıtanın, konişmentodaki hükümleri navlun sözleşmesi uyarınca dikkate alması gerekmektedir. Zira, konişmentoda taşıyanın imzası bulunmaktadır. Bu nedenle, taşıyanın konişmentodaki hükümlerinin esas alınması yönündeki iddiasına karşılık, taşıtan konişmentodaki hükümlerin navlun sözleşmesi açısından kendisini bağlamadığını ispat edebilmektedir⁴⁰⁰. Ayrıca, konişmentonun tedavül kabiliyeti göz önünde bulundurulduğunda, taşıyan ve meşru hamiller arasındaki ilişki açısından da konişmento navlun sözleşmesinin varlığını ve içeriğini kanıtlayabilecek en kuvvetli delil teşkil etmektedir⁴⁰¹. Böylelikle, öncelikle konişmentonun taşıyan ile taşıtan arasındaki hukuk ilişkisi ispat işlevini haiz olduğu kabul edilmektedir⁴⁰². Dolayısıyla, konişmento navlun sözleşmesinin bizatihi kendisi değildir.

ii. 6102 sayılı TTK madde 1239'da eşyanın genel olarak cinsini, işaretlerini, koli veya parça adedini, ağırlık ve miktarını ispat işlevi düzenlenmektedir. Konişmento, taşıyan tarafından teslim alınan ya da yükleme konişmentosu düzenlenmesi halinde, gemiye yüklenen onun cinsi, işaretleri, koli veya parça adedi, ağırlık veya miktarı hakkında beyanları içermektedir. Dolayısıyla, konişmentonun 6102 sayılı TTK madde 1239/III uyarınca, fiilen teslim alınan ya da gemiye yüklenen eşyanın senette beyan edildiği gibi teslim alındığı veya yüklendiğine dair karine oluşturacağı hükme bağlanmaktadır⁴⁰³. Burada, aksi ispat edilebilen karine öngörülmektedir. Bu karinenin aksi, birinci fıkrada belirtilen çekinceler ile kanıtlanabilmektedir. İlgili fıkra ile taşıyan, yükletenin fiilen teslim aldığı veya gemiye yüklendiği eşyanın tam ve doğru olarak gösterilmediğini biliyor ya da gösterdiğinden haklı sebeplerle şüphe ediyorsa yahut bu beyanları kontrol etmek için yeterli imkâna sahip değilse, bu durumu açıklayan bir çekince koyma zorunluluğu getirilmektedir⁴⁰⁴. Bu karinenin aksi, konişmentoyu içerdiği eşya tanımına güvenerek iyiniyetle devralan üçüncü kişiye ise

³⁹⁹ ZEVKLİLER, s. 549; KARAN, **Elektronik Konişmento**, s. 42; GÜRSES, s. 275; YEŞİLOVA, s. 89.

⁴⁰⁰ YEŞİLOVA, s. 90.

⁴⁰¹ YEŞİLOVA, s. 90.

⁴⁰² GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Konişmento ve Konişmentonun İspat Kuvveti", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18, Sayı 3, 2012, s. 239.

⁴⁰³ AKINCI, s. 226; OKAY II, s. 66; ÇAĞA/KENDER II, s. 76; YEŞİLOVA, s. 112.

⁴⁰⁴ 6762 sayılı TTK madde 1110/II uyarınca bu çekincelerin koyulması zorunlu değildir. GÜRSES, s. 278.

Yeni düzenleme, çekincenin zorunlu olmasının konişmentonun asıl amacı ile bağdaşmadığı ve gerekçenin belirtilmesi gerektiği doğrultusunda eleştirmektedir. ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN/YAZICIOĞLU, s. 201.

ispatlanamaz. Keza, eşyanın haricen belli olan hali hakkında konşimentoda kayıt konulmazsa, taşıyanın eşyayı iyi halde teslim aldığı veya gemiye yüklediği farz edilmektedir. Böylelikle, yükletenin bu konuda belirttiği hususların doğru olduğu kabul edilmektedir. 6102 sayılı TTK madde 1239/II ile getirilen bu karine iyiniyetli konişmento hamillerine karşı da ileri sürülebilmektedir; diğer bir ifadeyle bu karinenin aksi herkese karşı ileri sürülebilmektedir⁴⁰⁵.

6102 sayılı TTK madde 1240'da belirtilen şartın gerçekleşmesi halinde konişmento gönderilen lehine karine niteliğindedir. Şöyle ki; navlunun gönderilen tarafından ödeneceğine yahut yükleme limanında gerçekleşip gönderilen tarafından ödenecek olan sürastarya parasını ödemekle yükümlü olmadığına ilişkin karine teşkil edeceği hükme bağlanmaktadır. Bu karinenin aksinin ise gönderilen de dâhil olmak üzere, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ispatlanamayacağı belirtilmektedir.

2. Eşyayı Temsil İşlevi

Konşimento, kıymetli evrak niteliğinin sonucu olarak eşyayı temsil işlevine sahiptir⁴⁰⁶. Buna göre, konşimentonun zilyetliğini elinde bulunduran eşya üzerinde tasarruf hakkına da sahip olmaktadır. Dolayısıyla, eşyanın teslimini talep hakkı ile konşimento arasında sıkı bir bağıllık olduğu için ayrı ayrı devredilemezler⁴⁰⁷. Ancak, 6102 sayılı TTK madde 1234'te⁴⁰⁸ belirtilen şu şartların varlığı halinde eşyayı temsil işlevinden söz edilebilir⁴⁰⁹:

- i. Eşya, kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından taşıma taahhüdünü gerçekleştirmek üzere teslim alınmış olmalıdır.
- ii. Konşimentonun düzenlenme tarzına uygun olarak usulünce devredilmelidir.
- iii. Taşıyan veya kaptanın eşya üzerinde doğrudan zilyetliği devam etmelidir.

⁴⁰⁵ KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 174.

⁴⁰⁶ Konşimento, bu işlevi dikkate alınarak, emtia senedi olarak kabul edilmektedir. Bu konuda bkz., GÜRSES, ss. 272-273; OKAY II, s. 86; KARAN, "Sözleşme-Konşimento", s. 156; ULUĞ, "Kıymetli Evrak" ss. 798-799.

⁴⁰⁷ AKINCI, ss. 243-252; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 172; ÇAĞA/KENDER II, ss. 114-119.

⁴⁰⁸ 6762 sayılı TTK madde 1104'ün sadeleştirilmiş halidir.

⁴⁰⁹ Bu konuda bkz., OKAY II, ss. 75-76; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 178.

E. Konişmentonun Etkileri

Konışmentonun meşru hamiller karşısında yarattığı hukuki etki konişmentonun aynı etkisi olarak ortaya çıkmaktadır ve eşyayı temsil işlevinin bir uzantısıdır⁴¹⁰. Şöyle ki; konişmentonun devri ile taşıyanın varma limanında eşyayı iade yükümlülüğü karşısında, senedin meşru hamilinin ise varma limanında eşyayı isteme hakkı doğmaktadır. Zira, taşıyan eşyanın doğrudan, fer'i zilyedi; buna karşılık ise konişmentoyu elinde bulunduran meşru hamil ise dolaylı, asli zilyettir⁴¹¹. Böylelikle, konişmentonun hamili, 6102 sayılı TTK madde 1234'ün sonucu olarak, mülkiyet ve rehin ile dolaylı zilyetlikten kaynaklanan haklara da sahiptir⁴¹².

Konışmentonun meşru hamillerine karşı aynı etkisinin yanı sıra, taşıyan ve meşru hamil arasındaki akdi etkisi de önem arz etmektedir⁴¹³. Zira, gönderilenin taşıyana yönelttiği eşyanın kendisine teslim talebinin kaynağı taşıyan ve yükleten arasındaki gönderilen lehine sözleşme teşkil eden "*konışmento sözleşmesidir*". Bu sözleşmenin konusunu navlun sözleşmesi gibi eşyanın taşınması taahhüdü değil, kıymetli evrak niteliğinden kaynaklanan hak oluşturmaktadır⁴¹⁴. Nitekim, bu hak zilyetliğe dayanmaktadır⁴¹⁵.

Konışmento sözleşmesine ilişkin herhangi bir pozitif düzenlemeye yer verilmemektedir. Dolayısıyla, Borçlar Hukuku'nda sözleşmeye ilişkin esaslar niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmaktadır. Zira, konişmentonun kıymetli evrak niteliğinden ötürü, konişmentoya bağlı olan gönderilenin talep hakkının hukuki niteliği, "Hukuki Görünüş Teorisi"⁴¹⁶ ile geliştirilmiş "Akit Teorisi" ile açıklığa kavuşturulmaktadır⁴¹⁷. Böylelikle, yükletenden sonraki hamilleri korumak amacıyla, taşıyan ve yükleten arasındaki anlaşmaya

⁴¹⁰ Konişmentonun aynı etkisinin hukuki niteliği hususu tartışmalıdır. Belirtilen hususta üç teori vardır: Mutlak Teori, Dar Nisbi Teori (Saf Nisbi Teori) ve Nisbi Teori (Temsil Teorisi). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., AKINCI, ss. 240-243; OKAY II, ss. 77-79; ÇAĞA/KENDER II, 102-106; KARAN, "Sözleşme-Konışmento", s. 158.

⁴¹¹ Bu konuda bkz., AKINCI, s. 239; ÇAĞA/KENDER II, s. 100; ULUĞ, s. 801;

⁴¹² ULUĞ, s. 801.

⁴¹³ ÇAĞA/KENDER II, s. 86; YEŞİLOVA, s. 51; KARAN, **Elektronik Sözleşme**, s. 54; GÖĞER Erdoğan, **Deniz Ticaret Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı Kuralları**, Ankara, 1969, s. 102. (**Deniz Ticareti**)

⁴¹⁴ YEŞİLOVA, s. 52.

⁴¹⁵ KARAN, "Sözleşme-Konışmento", s. 164; GÜNAY, s. 105.

⁴¹⁶ Hukuki Görünüş Teorisi ile görünüş ve gerçeğin birbirine uymadığı hallerde, görünüşe güvenen iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması amaçlanmaktadır. Görünüşün altında yatan olguların geçersizliğine rağmen, hukuki sonucu söz konusu kişilere karşı geçerli bir şekilde hukuk dünyasında sonuç doğurması kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., ÜLGEN Hüseyin, **Türk Ticaret Hukuku'nda Hukuki Görünüş Nazariyesi**, İstanbul, 2005, s. 8; PATRY Robert, "Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukuku'ndaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler", (çev.: Haluk BURCUOĞLU), **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmalar Dergisi**, No. 18, İstanbul, 1990, s. 25.

⁴¹⁷ KARAN, **Elektronik Konışmento**, s. 54; YEŞİLOVA, s. 53.

dayanarak konişmento lehtara teslim edilmektedir⁴¹⁸. Bu sebeple, aynı akit olarak nitelendirilmektedir⁴¹⁹. Ayrıca, taşıyan, olağan ticaret hayatında iyiniyetli üçüncü kişilerin konşimentoya güvenerek iktisap işlemleri tesis edeceklerine ilişkin bilerek ve isteyerek hukuki görünüş oluşturmaktadır⁴²⁰.

F. Konişmento ve Navlun Sözleşmesi Arasındaki İlişki

Navlun sözleşmesinden kaynaklanan eşyanın teslim borcu için ayrıca konişmento düzenlenmesi aksi kararlaştırılmadıkça ifa uğruna edimdir ve bu nedenle, TBK madde 133 itibarıyla borcun yenilenmesi⁴²¹ sayılmamaktadır⁴²². Dolayısıyla da navlun sözleşmesinden doğan borç devam etmektedir. Ancak, taşıyanın teslim borcunun ifası konşimentoya dayanmaktadır. Zira, konişmentonun eşyayı temsil işlevi nedeniyle, navlun sözleşmesine başvurularak bu yönde bir ifanın talep edilmesi halinde konişmento düzenlendiği yönünde defî ile karşılaşılabilir⁴²³.

Konîşmento düzenlenen taşımalarda, meşru hamil olan gönderilenin varma limanında eşyanın kendisine teslimini talep hakkı, 6102 sayılı TTK madde 1237/I uyarınca, tamamen navlun sözleşmesinden bağımsızdır⁴²⁴. Örneğin, navlun sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, konşimentodan doğan borç devam etmektedir⁴²⁵. Zira, gönderilen navlun sözleşmesine göre üçüncü kişi konumundadır. Konîşmento düzenlenmeyen taşımalarda ise gönderilenin bu hakkı, navlun sözleşmesinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, taşıyanın eşyayı teslim borcu, konîşmento sözleşmesine değil; navlun sözleşmesine dayanmaktadır. Zira, konîşmento eşyayı talep hakkını meydana getirmemektedir⁴²⁶. Sadece bu hakkın usulüne uygun bir şekilde ifa edilebilirliğini sağlamaktadır.

Konîşmento ve navlun sözleşmesinin birbirinden bağımsız hukuki ilişkiler doğurması nedeniyle, konîşmentoda bulunan hükümler ile sözleşmede yer alan hükümlerin

⁴¹⁸ YEŞİLOVA, s. 53.

⁴¹⁹ KARAN, **Elektronik Konîşmento**, s. 55.

⁴²⁰ YEŞİLOVA, ss. 53-54.

⁴²¹ Bu konuda bkz., OĞUZMAN/ÖZ I, ss. 559-565; EREN, ss. 1263-1267.

⁴²² KARAN, "Sözleşme-Konîşmento", s. 161; YEŞİLOVA, s. 55; CUMALIOĞLU, **Kırkambar Sözleşmesi**, s.117.

⁴²³ KARAN, "Sözleşme-Konîşmento", s. 162; YEŞİLOVA, s. 55.

⁴²⁴ AKINCI, s. 236; ÇAĞA/KENDER II, s. 85.

⁴²⁵ YEŞİLOVA, s. 55.

⁴²⁶ KARAN, "Sözleşme-Konîşmento", s. 163.

farklı olması halinde kural olarak sözleşme değiştirilmiş kabul edilmemektedir. Zira, konişmentoda yer alan taşıyanın tek taraflı iradesi bunun için yeterli değildir⁴²⁷. Nitekim, konişmento ile navlun sözleşmesinin hükümlerinin değiştirildiğinin kabul edilebilmesi için tarafların bu yönde irade beyanlarının varlığı aranmaktadır. TBK madde 19’da dikkate alındığında, navlun sözleşmesinin taraflarından olan taşıyan ve taşıtanın gerçek ve ortak iradelerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Konişmentoda yer alan kayıt ve şartların navlun sözleşmesi açısından hukuki değerinin tespitinde kırkambar sözleşmesi ile çarter sözleşmesi ayrı ayrı ele alınmaktadır. Kural olarak, kırkambar sözleşmesinde sadece taşıyan ile gönderilen arasındaki değil; aynı zamanda taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişkide, konişmento; sözleşmeyi ispat eden bir belge olarak kabul edilmektedir⁴²⁸. Zira, konişmento Borçlar Hukuku’nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri⁴²⁹ saklı kalmak kaydıyla, özellikle senedin matbu şekilde düzenlendiği durumlarda, kırkambar sözleşmesinin varlığını ve taşıyan ile taşıtan arasındaki taşıma taahhüdüne ilişkin hususların belirlenmesinde başvurulabilecek tek yazılı senettir.

Çarter sözleşmesinde çarter partinin düzenlendiği durumlarda ise taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişkiyi düzenleyen tek belge konişmento değildir. Burada, konişmento sadece gönderilen ve taşıyan arasındaki ilişkide esas alınırken, yalnızca çarter parti taşıma sözleşmesinin ispatı işlevini görmektedir⁴³⁰. Bunun yanında, 6102 sayılı TTK madde 1237/III uyarınca, konişmentoda yolculuk çarteri sözleşmesine gönderme varsa çarter partinin bir sureti konişmentonun meşru hamiline ibraz edildiği takdirde, navlun sözleşmesine ilişkin hükümler sadece nitelikleri elverdiği ölçüde meşru hamile karşı ileri sürülebilmektedir. Dolayısıyla, sözleşmeye dâhil etme, sözleşmenin hükmü veya bir parçası haline getirme anlamına gelen atıf kayıtlarının⁴³¹ (incorporation clause) konişmentoda yer alması durumunda, taşıyan ile gönderilen arasındaki ilişkide niteliği elverdiği ölçüde çarter sözleşmesi de esas alınmaktadır.

⁴²⁷ CUMALIOĞLU, *Kırkambar Sözleşmesi*, s. 117.

⁴²⁸ ÇAĞA/KENDER II, s. 84.

⁴²⁹ Bu konu hakkında bkz., OĞUZMAN/ÖZ I, ss. 164-174; EREN, ss. 214-223.

⁴³⁰ ÇAĞA/KENDER II, s. 84; TEKİL Fahimal, “Çarter Parti ve Konişmento İlişkileri”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan I**, İstanbul, 2001, s. 785. (“Çarter Parti”)

⁴³¹ Bu konuda bkz., AIKENS Richard/LORD Richard/BOOLS Micheal, *Bills of Lading*, London, 2006, s.146; GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, 692; EKŞİ Nuray, “Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation”, **Aysel Çelikel’e Armağan**, Cilt 19, Sayı 1-2, 2001, s. 263. (“Incorporation”); EKŞİ Nuray, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, Tıpkı 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 21. (**Deniz Ticareti**)

Ancak, 6102 sayılı TTK'da yer alan bu tür bir hüküm hangi kayıtların konişmento açısından geçerli olacağına belirlenmesi bakımından yeterli değildir. Konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının, özellikle çarter sözleşmesinde yer alan yetki/tahkim şartının konişmentodan kaynaklanan uyuşmazlıklarda geçerliliği hususunda belirsizliklere açık bir çözüm getirememektedir. Zira, ilgili hükümde de hangi hükümlerin navlun sözleşmesinin niteliğine uygun düşeceği hususu belirsizdir. Bu belirsizliğin giderilmesi için atıf yoluyla yapılan kayıtların kapsamının sınırlandırılmasında iki husus göz önünde bulundurmaktadır⁴³²:

i. Atıf kaydı ile navlun sözleşmesinin sadece taşıma faaliyeti ile ilgili olan hükümleri konişmentoya dâhil edilerek gönderilen açısından geçerli hale getirilmektedir. Belirtilen kapsam dışındaki hususların, konişmentoya teşmil edilebilmesi için mutlaka senette açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim, uygulamada tahkim/yetki klozunun bu kapsamda yer alacağı değerlendirilmektedir.

ii. Atıf kaydı ile konişmentoya dâhil edilebilecek hükümlerin emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, geçerli olacağı öngörülmektedir. Bu anlamda, deniz ticareti alanında 6102 sayılı TTK madde 1243'ün göz önünde bulundurulması zorunludur. Nitekim, 6102 sayılı TTK madde 1243 uyarınca, konişmentoya ilişkin kanundan yer alan borç ve sorumlulukları doğrudan ve dolaylı olarak önceden kaldıran veya daraltan bütün kayıt ve şartların geçersiz olduğu hükme bağlanmaktadır.

Atıf kaydının geçerliliği, konişmentoda yer alan hukuk seçimi ve tahkim/yetki şartının navlun sözleşmesinin taraflarına teşmil edilip edilemeyeceği hususunda tartışmalıdır. Zira, burada yabancı unsurlu bir hukuki ilişki söz konusudur ve atıf kaydının geçerlilik şartları farklı hukuk sistemlerinde değişik şekillerde düzenlenmektedir. Bu nedenle, belirtilen mesele Milletlerarası Özel Hukukun kapsamına girdiği için çalışmamızın üçüncü bölümünde ele almaya çalışacağız.

G. Diğer Denizde Taşıma Senetleri ve Konişmento

Ticaret alanındaki yeni gelişmeler sonucunda değişen taşımacılık şartları nedeniyle, eşya konişmentodan önce gönderilenin teslim alacağı varna limanına ulaştırılmaktadır⁴³³.

⁴³² AKINCI, s. 57; ÜLGENER, *Çarter Sözleşmesi*, ss. 504.

⁴³³ YAZICIOĞLU, "Deniz Yük Senedi", ss. 651-654; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, ss. 179-180.

Konişmentonun eşyayı temsil işlevinden kaynaklanan bu tip sorunları bertaraf etmek amacıyla, konişmento dışında sadece taşıyan tarafında tanzim edilebilen ispat belgesi niteliğinde deniz yük senetleri düzenlenmektedir. Nitekim, 6102 sayılı TTK madde 1242 ile 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak "Diğer Denizde Taşıma Senetleri" başlığı altında deniz yük senetlerine ilişkin düzenlemeye yer verilmektedir. İlgili hüküm uyarınca, diğer taşıyan senetlerinin taşıyanın taşınacak eşyayı teslim aldığını göstermek üzere düzenlediği durumlarda, navlun sözleşmesinin yapıldığı ve eşyanın senette yazılı olduğu gibi taşıyan tarafından teslim alındığına ilişkin aksi ispat edilebilen karine oluşturacağı hükme bağlanmaktadır.

Dolayısıyla, deniz yük senedi konişmento gibi, navlun sözleşmesinin varlığı ve içeriği ile eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığına dair bir ispat belgesi niteliğindedir⁴³⁴. Ayrıca, 6102 sayılı TTK madde 1243 uyarınca, konişmentoda olduğu gibi, deniz yük senedinde de kanunda belirtilen borç ve sorumlulukları doğrudan veya dolaylı olarak kaldıran ya da sınırlandıran bütün kayıt ve şartların geçersiz olacağı; buna karşılık, taşıyanın borçlarını ve sorumluluğunu genişleten ya da ağırlaştıran kayıt ve şartların ise geçerli olacağı düzenlenmektedir. Ancak, deniz yük senedini konişmentodan ayıran en temel fark, gönderilen deniz yük senedinin ibrazına gerek olmadan kendisinin ya da yetkili temsilcisinin kimliğini ispatlayarak eşyayı talep hakkını kullanabilmektedir⁴³⁵. Diğer bir ifadeyle, deniz yük senedinin eşyayı temsil işlevi yoktur; aynı etkisinden bahsedilememektedir. Bu nedenle, deniz yük senedi tedavül kabiliyetini haiz değildir⁴³⁶.

H. Karşılaştırmalı Hukukta Konişmento Düzenleme Yükümlülüğü

Uluslararası hukukta, deniz ticaretine ilişkin kuralları yeknesaklaştırma çalışmaları nedeniyle, ulusal hukuklarda konişmento düzenleme yükümlülüğüne ilişkin farklılıklara pozitif düzenlemeler açısından rastlamak pek mümkün değildir. Ancak, buna rağmen her ülkenin bazı hususları daha farklı ele aldığı görülmektedir.

Alman Ticaret Kanunu'nda 1937 tarihinde ve 1986 tarihinde yapılan iki değişiklikle konişmento düzenleme yükümlülüğüne ilişkin hükümler, uluslararası düzenlemeler ile

⁴³⁴ YAZICIOĞLU, "Deniz Yük Senedi", s. 656; GÜRSES, s. 285.

⁴³⁵ YAZICIOĞLU, "Deniz Yük Senedi", s. 659.

⁴³⁶ GÜRSES, s. 285.

uyumlu hale getirmiştir. Bu değişiklik ile Türk Hukuku'ndan farklı olarak, La Haye/Visby Kuralları'na doğrudan atıf yapılarak, bu Kuralların emredici hükümleri hilafına tarafların anlaşması halinde, bu anlaşmanın hukuken yok hükmünde sayılacağı kararlaştırılmıştır⁴³⁷. Ayrıca, Alman Ticaret Kanunu madde 656/I itibarıyla, taşıyan ve gönderilen arasındaki ilişkilerde konişmento esas tutulmaktadır. Keza, konişmento eşyanın niteliği ile niceliğine ilişkin aksi ispat edilebilir karine olarak da kabul edilmektedir⁴³⁸. Bu doğrultuda, Alman Ticaret Kanunu madde 656/II uyarınca, taşıyan eşyanın yolculuk sırasında hasar ve ziyaya uğradığına ilişkin iddiaları bertaraf edebilmek için eşyayı talep eden meşru hamile karşı konişmentonun doğru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir⁴³⁹. Buna karşılık, bu husus iyiniyetli konişmento hamillerine karşı ileri sürülememektedir. Daha net bir ifadeyle, taşıyan iyiniyetli konişmento hamiline karşı, eşyanın niteliğine ve niceliğine ilişkin konişmentoda belirtilen bilgiler kadarıyla sorumlu tutulmaktadır⁴⁴⁰.

Alman Hukuku'nda, konişmentonun aynı etkisi ise Türk Hukuku'ndan farklı düzenlenmektedir. Alman Ticaret Kanunu madde 650 uyarınca, eşya üzerinde mülkiyetin kazanılması ve rehin hakkının tesisi için anlaşma ve konişmentonun usulen devri gerektiği hükme bağlanmakta; eşya üzerinde hak kazanımının da bizzat eşyanın teslimi gibi sonuç doğuracağı belirtilmektedir⁴⁴¹. Alman Hukuku'nda hak kazanımına yetebilecek bir fiili hâkimiyetin zilyetlik sonucunu doğurabilmesi için bu konuda herhangi bir kanun veya sözleşme hükmünün olup olmadığının ayrıca araştırılması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴². Türk Hukuku'nda ise bu konuda doğrudan TMK hükümlerine atıfta bulunulmaktadır.

İngiliz Hukuku'nda 1971 tarihli COGSA⁴⁴³ ve 1992 tarihli COGSA ile konişmentoya ilişkin hükümlere değinilmektedir. 1971 tarihli COGSA La Haye/Visby Kuralları'nın İngiliz Hukuku'na aktarılmış şekli olduğu için madde 10 uyarınca, bu Kuralları onaylayan devletlerde tanzim edilen veya sadece ilgili devletlerin limanlarından yapılan deniz

⁴³⁷ YEŞİLOVA, s. 80.

⁴³⁸ GIERMANN Heiko A., *Die Haftung des Verfrachters für Konnossementsangaben*, Hamburg, 2000, s. 13 (aktaran: YEŞİLOVA, s. 83).

⁴³⁹ YEŞİLOVA, s. 81.

⁴⁴⁰ YEŞİLOVA, s. 85; ÇETİNGİL Ergon, "Alman Ticaret Kanunu'nda 1986 Yılı Reformunda Taşıyanın Sorumluluğu İle İlgili Olarak Yapılan Değişiklikler", *BATIDER*, Cilt XIV, Sayı 4, 1992, s. 40.

⁴⁴¹ ÇAĞA/KENDER II, s. 102 ve s. 107.

⁴⁴² JACOBI E., *Ehrenbergs Handbuch des Gesamten Handelsrechts Bd IV; Abteilung 1: Die Wertpapiere*, Leipzig, 1971, s. 558. (aktaran: ÇAĞA/KENDER II, s.107)

⁴⁴³İlgili Kanunun İngilizce tam metni için bkz., <http://www.jus.uio.no/lm/england.carriage.of.goods.by.sea.act.1971/portrait.pdf> (e.t.: 25.12.2012).

taşımaları için düzenlenen konşimentolara ilişkin olarak uygulanabileceği hükme bağlanmaktadır⁴⁴⁴. Bunun yanında, 1992 tarihli COGSA madde 1/II itibarıyla ise konişmento kavramına ciro veya teslimle devredilmesi mümkün olmayan senetlerin dâhil olmayacağı ifade edilmektedir.

Amerikan Hukuku'nda⁴⁴⁵ Harter Kanunu, US COGSA ve 1994 tarihli Federal Konişmento Kanunu (Federal Bills of Lading Act)⁴⁴⁶ ile konişmento düzenleme yükümlülüğü pozitif hukukta düzenlenmektedir⁴⁴⁷. Harter Kanunu ulusal taşımacılığın (iç sular dâhil olmak üzere) söz konusu olduğu tüm durumlarda uygulanma olanağına sahiptir⁴⁴⁸. Dolayısıyla, ulusal taşımacılıkta konişmento düzenleme yükümlülüğü bu kanun ile hükme bağlanmaktadır. Buna karşılık, uluslararası taşımalarda, bu yükümlülük US COGSA ile düzenlenmektedir⁴⁴⁹.

Kural olarak, Anglo-Amerikan Hukuku'nda konişmentonun üç önemli özelliğe sahip olduğu kabul edilmektedir⁴⁵⁰:

i. Öncelikle konişmento, Türk Hukuku'nda olduğu gibi, navlun sözleşmesinin ispatı işlevine sahiptir. Zira, genellikle konişmentonun eşyanın taşınmasından sonra düzenlendiği için taraflarca imzalandığı takdirde navlun sözleşmesini değiştirdiği varsayılmaktadır⁴⁵¹. Ancak, bu husus navlun sözleşmesinin konişmentodan önce sözlü olarak düzenlendiği durumlarda söz konusu olabilmektedir⁴⁵².

ii. Anglo-Amerikan Hukuku'nda da konişmentonun taşıyan ile taşıtan arasında sözleşme olarak kabul edilmesi için en başta sözleşmenin taraflarından meşru hamil ve taşıyanın iradelerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Konişmentoda sadece taşıyanın imzasının bulunması, taraf iradelerinin varlığı için yeterli kabul edilmediğinden meşru

⁴⁴⁴ WILSON, s. 6.

⁴⁴⁵ Amerikan Hukuku'nda diğer taşıma senetlerinden ayırmak için navlun sözleşmesine bağlı olarak tanzim edilen konişmentolar "ocean bills of lading" olarak adlandırılmaktadır. GILMORE/BLACK, s. 88.

⁴⁴⁶ İlgili Kanunun İngilizce tam metni için bkz., <http://www.csb.uncw.edu/people/eversp/classes/BLA361/Intl%20Law/Additional%20Research/Federal%20Bill%20of%20Lading%20Act.pdf> (e.t.: 25.12.2012).

⁴⁴⁷ CHIANG F. Yung, "The Applicability of COGSA and the Harter Act to Water Bills of Lading", **Boston College Industrial And Commercial Law Review**, Vol. 14, No. 2, s. 267.

⁴⁴⁸ CHIANG, s. 268.

⁴⁴⁹ Ancak, Harter Kanunu ve US COGSA'nın uygulama alanları her zaman çok kolay bir şekilde tespit edilmemektedir. Bu konuda bkz., CHIANG, ss. 268-292.

⁴⁵⁰ WILSON, ss. 5-6; COLINVAUX I, ss. 83-119; CARR/STONE, ss. 178-186.

⁴⁵¹ COLINVAUX I, s. 84.

⁴⁵² CARR/STONE, ss. 183; GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 41; MURRAY Carole/HOLLOWAY David/TIMSON-HUNT Daren, **Export Trade: The Law and Practice of International Trade**, Eleventh Edition, London, 2007, s. 325.

hamilin taşıtan olması dışında konişmentonun taşıma sözleşmesinin yerine geçemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁵³. Ancak, istisnai olarak teoride de olsa sözlü akdedilen navlun sözleşmeleri ile konişmento hükümlerinin birbiriyle çelişkili olduğu iddia edildiği durumlarda, konişmentonun navlun sözleşmesini tadil ettiği kabul edilmektedir⁴⁵⁴. Diğer yandan, konişmento taşıyan ve navlun sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişi konumundaki meşru hamil arasında akdedilmiş sözleşme yerine geçmektedir⁴⁵⁵. Dolayısıyla, konişmentonun akdi etkisi Anglo-Amerikan Hukuku'nda da geçerlidir.

iii. Aynı zamanda taşıtan açısından konişmento, taşınan eşyaya ilişkin makbuz niteliğindedir. Nitekim, yükleyen veya konişmentonun diğer hamilleri ancak bu şekilde gönderilen eşya hakkında bilgi sahibi olabilmektedir⁴⁵⁶. Bu anlamda, İngiliz Hukuku'nda 1971 tarihli COGSA itibarıyla, konişmento eşyanın niceliğine ve niteliğine ilişkin ilk görünüş delili (prima facie evidence) olarak görülmektedir. Taşıyanın, eşyanın yükleyen tarafından verildiği şekilde taşınıp gönderilene teslim edildiğinin aksi inandırıcı delillerle ispatlanarak konişmentodan doğan yazılı beyan sorumluluğu bertaraf edilebilmektedir⁴⁵⁷. Ayrıca, bunun sonucu olarak, konişmento eşyanın belirtilen şartlara uygun bir şekilde taşınıp teslim edildiğine dair delil olarak da kabul edilmektedir⁴⁵⁸.

Amerikan Hukuku'nda da aynı esaslar benimsenmektedir. Bu anlamda, COGSA itibarıyla hükme bağlanan mahkeme kararlarında⁴⁵⁹ konişmentonun eşyanın iyi koşullarda taşınıp teslim edildiğine dair doğrudan delil teşkil edeceği belirtilmektedir. Buna karşılık, yükleyen eşyanın iyi taşındığını ispat edemezse, onun teslim sırasında zarara uğradığı kabul edilmektedir. Burada, konişmento eşyanın iyi koşullarda taşınmadığına ilişkin dolaylı delil kabul edileceği ifade edilmektedir. 1994 tarihli Federal Konişmento Kanunu'nda ise bu husus & 80113/a itibarıyla düzenlenmektedir. Ancak, burada eşyanın hangi niteliklere sahip olduğuna ilişkin ispat yükü yükletene aittir.

⁴⁵³ AIKENS/LORD/BOOLS, s. 126.

⁴⁵⁴ AIKENS/LORD/BOOLS, s. 130.

⁴⁵⁵ CARR/STONE, s. 184; DEBATTISTA Charles, "The Bill of Lading As The Contract Of Carriage-A Reassessment of Leduc v. Ward", **Modern Law Review**, Vol. 45, October, 1982, s. 656.

⁴⁵⁶ MURRAY/HOLLOWAY/TIMSON-HUNT, s. 320.

⁴⁵⁷ WILSON, s. 118; COLINVAUX I, s. 104; MURRAY/HOLLOWAY/TIMSON-HUNT, s. 324; CARR/STONE, ss. 178.

⁴⁵⁸ WILSON, s. 120; MURRAY/HOLLOWAY/TIMSON-HUNT, s. 323.

⁴⁵⁹ Bu konuda bkz., Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin verdiği 25.08.1987 tarihli Itoh & Company (America), Inc. v. M/v Bright Star, Etc., Dongsue Shipping Co., Ltd. Kararı (Karar için bkz., <http://plifr2.soe.ucsc.edu/ca5/3wgY/c-itoh-company-america-inc-v-mv-bright-star-etc-do/> (e.t.:25.12.2012)); Amerikan Temyiz Mahkemesi verdiği 20.01.1967 tarihli Elia Salvnan Tobacco Co. v. SIS Mormacwind Kararı (Karar için bkz., <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/371/537/89438/> (e.t.: 25.12.2012)).

Her iki hukuk sisteminde bu konudaki temel fark ispat yükü açısından kendini göstermektedir. Anglo-Amerikan Hukuku'na göre, taşıyan tarafından konişmentoya eklenen eşyanın nitelik ve niceliğine ilişkin özellikler, yükletenin elinde ilk görünüş delili olarak kalmaya devam etmektedir⁴⁶⁰. Bu durumda Amerikan Hukuku'na göre, yükleten konişmentoda belirtilen eşyanın taşınan eşya olmadığını kanıtlamak zorundadır⁴⁶¹. Ancak, İngiliz Hukuku'na göre, bu hususta ispat yükü taşıyanın üzerindedir⁴⁶².

COGSA'larda düzenlenen "ilk görünüş delili" ise La Haye/Visby Kuralları'ndan doğrudan alınmaktadır. Common Law'daki durdurma doktrininin (doctrine of estoppel) bir uzantısıdır. En genel anlamıyla durdurma teorisi ise yükletenin kanuni haklarını kullanmayacağına dair sözler sarfetmesi ya da eylemler de bulunmasına güvenen taşıyanın, buna göre davranması durumunda iyiniyetli üçüncü kişilerin söz konusu haklarını ileri sürmesinin dürüstlük kurallarına aykırı kabul ederek durdurulması anlamına gelmektedir⁴⁶³. Bu nedenle, durdurma doktrini ile birlikte taşıyanın konişmentodan doğan yazılı beyan sorumluluğunun aksi delillerle bertaraf etme imkânı mevcut değildir⁴⁶⁴.

Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde ise "durdurma doktrini" ile desteklenmiş "ilk görünüş delili" teriminin sistematik bir tanımı ve uygulaması yoktur. Ancak, etkilerinin kendiliğinden doğması bakımından yasal karineye benzetilmektedir⁴⁶⁵. Zira, yükletenden teslim alınan eşya, taşıyan tarafından zıya veya hasarlı bir şekilde teslim edilirse, bu durumda taşıyanın sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, ispat yükü üzerinde olan konişmentonun meşru hamili iddiasını ispatlamış sayılmaktadır. Ancak, bu aşamadan sonra ilk görünüş delili ve yasal karine arasında farklılık söz konusudur⁴⁶⁶. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde meşru hamil, söz konusu yasal karinenin şartlarının gerçekleştiğini ispat ettiği andan itibaren ispat yükü taşıyana geçerken, Anglo-Amerikan Hukuku'nda ise ilk görünüş delili kanaati hâkimde oluştuktan sonra dahi ispat yükü karşı tarafa geçmemektedir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁰ GIERMANN A. Heiko, **The Evidentiary Value of Bills of Lading and Estoppel**, London, 2004, s. 71.

⁴⁶¹ GIERMANN, s. 71.

⁴⁶² GIERMANN, s. 71.

⁴⁶³ GIERMANN, s. 35; TETLEY William, "Good Faith in Contract: Particularity in the Contracts of Arbitration and Chartering", **Journal of Maritime Law and Commerce**, Vol. 35, 2004, s. 578.

⁴⁶⁴ GIERMANN, s. 37.

⁴⁶⁵ GIERMANN, s. 34; YEŞİLOVA, s. 103.

⁴⁶⁶ GIERMANN, ss. 38-39.

⁴⁶⁷ GIERMANN, s. 40.

iv. Nihayet, kıymetli evrak emtia senedi olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla, kural olarak, konişmento eşyayı temsil işlevine sahiptir⁴⁶⁸. Anglo-Amerikan Hukuku açısından bu hususun iki sonucu mevcuttur⁴⁶⁹: Öncelikle, konişmentonun devri halinde eşyanın dolaylı zilyetliğinin de devredileceği; ancak, bu durumun her zaman mülkiyetin devri anlamına gelmeyeceği kabul edilmektedir. İkinci olarak ise bu durum sadece meşru hamile eşyayı teslim alma yetkisi vermekte; yani, eşyaya ilişkin aynı talep hakkı tanınmaktadır.

Anglo-Amerikan Hukuku'nda da Türk Hukuku'nda olduğu gibi, konişmento emre, nama ya da hamile yazılı olarak düzenlenebilmektedir⁴⁷⁰. Düzenleme şekline ziyade, konişmento tedavül eder (negotiable) ve tedavül edemez (non-negotiable) şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁴⁷¹. Her iki konişmento da eşyaya bağlıdır ve meşru hamiller açısından etkilerini doğurmaktadır⁴⁷². Bir kıymetli evrakın tedavül edilebilir olması, sadece yükleyen tarafından bu şekilde düzenlenmesine bağlıdır⁴⁷³. Tedavül edilemez konişmentoya dayanarak iyiniyetli üçüncü kişi konumundaki hamiller iktisap işlemleri gerçekleştiremezler⁴⁷⁴. Bu nedenle, taşınan eşyanın mutlaka gönderilen olarak belirlenen kişiye teslim edilmesi gerekmektedir⁴⁷⁵.

İ. Uluslararası Düzenlemelerde Konişmento Düzenleme Yükümlülüğü

La Haye/Visby Kuralları'nda konişmentonun tanımına yer verilmemektedir. Ancak, konişmentonun hukuki etkisine ilişkin münferit hükümler düzenlenmektedir. Zira, La Haye/Visby Kuralları'nın tesis edilmesindeki asıl amaç, konişmentolu taşımalara ilişkin yeknesak kurallar getirmektir. La Haye/Visby Kuralları madde 1-b bendi itibarıyla, deniz yoluyla eşya taşınması şartıyla, konişmento veya benzeri emtia senedine bağlı olarak yapılan sözleşmelerin sadece navlun sözleşmesi olarak kabul edileceği hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, konişmento tanzim edilmesinin, navlun sözleşmesinin unsurlarından biri olduğu ifade edilebilir. Bunun yanında, ilgili hüküm ile taşıyan ve konişmento hamili arasındaki ilişkileri düzenleyen çarter partiyi takip eden veya ona uygun olarak düzenlenen konişmento

⁴⁶⁸ MURRAY/HOLLOWAY/TIMSON-HUNT, s. 325; CARR/STONE, s. 185.

⁴⁶⁹ WILSON, s. MURRAY/HOLLOWAY/TIMSON-HUNT, s. 325-360; GILMORE/BLACK, s. 87.

⁴⁷⁰ MURRAY/HOLLOWAY/TIMSON-HUNT, s. 309.

⁴⁷¹ MURRAY/HOLLOWAY/TIMSON-HUNT, s. 309.

⁴⁷² MURRAY/HOLLOWAY/TIMSON-HUNT, s. 310.

⁴⁷³ MURRAY/HOLLOWAY/TIMSON-HUNT, s. 309.

⁴⁷⁴ GILMORE/BLACK, s. 88.

⁴⁷⁵ FORCE, s. 55.

veya buna benzer emtia senedinin de aynı zamanda taşıma sözleşmesi olduğu belirtilmektedir. Böylelikle, konişmentonun taşıyan ve meşru hamil arasındaki akdi etkisinin varlığı kabul edilmektedir.

La Haye/Visby Kuralları'nın uygulama alanı da konişmentolu taşımlarla sınırlandırılmaktadır. Nitekim, La Haye/Visby Kuralları madde 5/II itibarıyla, çarter sözleşmelerine bu Konvansiyonun hiçbir hükmünün uygulanmayacağı belirtilmektedir.⁴⁷⁶ Ayrıca, ilgili düzenleme madde 10 uyarınca da bu Kurallar'ın, konişmento bir âkid devlet ülkesinde tanzim edilmişse ya da yükleme limanı bir âkid devlet ülkesinde bulunuyorsa veya konişmentoda La Haye/Visby Kuralları'nın veya bu kuralların uygulanacağını öngören bir devlet hukukunun uygulanacağı belirtilmişse, iki farklı devlet limanı arasındaki taşımaya ilişkin her konişmento hakkında işbu Konvansiyon hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

La Haye/Visby Kuralları madde 3/III ile de taşıyanın konişmento düzenleme yükümlülüğü ve konişmentonun içeriğine ilişkin hususlar düzenlenmektedir. Taşıyanın veya kaptanın ya da taşıyanın acentesinin, eşyayı teslim aldıktan sonra, talep üzerine yükletene konişmento vermekle yükümlü olduğu hükme bağlanmaktadır. İlgili maddenin birinci fıkrasında, konişmentoda yer alması zorunlu unsurlar şu şekilde özetlenebilmektedir:

i. Konişmentoda yükleme başlamadan önce yükleten tarafından yazılı olarak belirtilen eşyaya ilişkin belli başlı nitelikler yer almalıdır. Ancak, bu niteliklerin yolculuk sonuna kadar okunabilir bir halde muhafaza edilecek şekilde saklama kaplarına ve ambalajlara ya da ambalajsız mallar üzerine mühürlenmiş ya da açık bir şekilde yazılmış olması gerekmektedir.

ii. Yükleten tarafından yazılı olarak bildirildiği şekilde, koli veya parça adedi veyahut miktar ya da tartı konişmentoda bulunmalıdır. Ancak, taşıyan, kaptan veya taşıyan acentesi teslim aldığı malların sayı, ölçü veya tartısından şüphe etmekte haklı olduğu veya muayene imkânına sahip olmaması halinde, bu bilgiyi konişmentoya aktarmak zorunda değildir. Buna karşılık, Türk Hukuku'nda bu hususa ilişkin farklı bir düzenleme

⁴⁷⁶ Karan, La Haye/Visby Kuralları'nın taşıma sözleşmesine de uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu konuda bkz., KARAN Hakan, "Yargıtay'ın Konişmentolu Taşımlar Hakkındaki 1924 Tarihli La Haye Kaidelerini Uygulama Gereği", **Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler ve Tartışmalar**, XVII, Ankara, 2000, s. 236. ("La Haye Kaideleri")

getirilmektedir. Nitekim, 6102 sayılı TTK madde 1239/I itibarıyla, doğru olmadığını biliyor veya bu hususta haklı şüpheleri varsa ya da doğruluğunu araştırma imkânı mevcut değilse, bu husustaki gerekçesini taşıyan konişmentoda belirtmek zorundadır.

iii. Nihayet, eşyanın görünüşteki hal ve durumu da konişmentoya yazılmalıdır. Burada Türk Hukuku'nda olduğu gibi, taşıyanın beyanları dikkate alınmaktadır.

La Haye/Visby Kuralları'nda konişmentonun ispat işlevine ilişkin hükümler de düzenlenmektedir. La Haye/Visby Kuralları madde 3/IV itibarıyla, konişmentonun taşıyan tarafından eşyanın teslim alındığına dair ilk görünüş delili olduğu hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, konişmento iyiniyetli üçüncü bir kişiye devredilmişse, bu kişilere karşı aksinin ispat edilemeyeceği ifade edilmektedir. Burada, Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nden farklı olarak, durdurma doktrininden arınmış ilk görünüş delili kabul edilmektedir. Bunun sebebi, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin durdurma doktrini ile desteklenmiş ilk görünüş delili kavramına yabancı olmasıdır⁴⁷⁷. Dolayısıyla, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde ilk görünüş deliline karşılık, iyiniyetli hamillerin elinde konişmentonun kesin delil (conclusive evidence) teşkil edeceği belirtilmektedir.

Keza, ilgili maddenin altıncı fıkrası uyarınca da eşyanın boşaltma limanından kaldırılmasından önce ya da kaldırıldığı sırada, navlun sözleşmesi itibarıyla eşyayı muhafaza altına almaya yetkili olan şahsa tesliminden önce ya da sonra, eşyanın hasara ve ziyaya uğradığı ihbar edilmediği ya da bu hasar ve zıyanın genel mahiyeti taşıyan veya onun temsilcisi tarafından yazı ile bildirilmediği takdirde, konişmento taşınan eşyanın yazılı bir şekilde teslim edildiğine ilişkin ilk görünüş delilidir.

6102 sayılı TTK madde 1238/I'e kaynaklık eden Hamburg Kuralları madde 1/VII uyarınca, konişmento navlun sözleşmesini ispat eden veya eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya yüklendiğini ve taşıyanın bunun iadesi karşılığında eşyanın teslimini taahhüt ettiğini gösteren senet şeklinde tanımlanmaktadır. Böylelikle, konişmentonun navlun sözleşmesini ispat işlevi ile eşyanın taşıyan tarafından gönderilene teslim etmek amacıyla zilyetliğini devraldığını gösteren bir senet işlevine sahip olduğu vurgulanmaktadır.

⁴⁷⁷ Bu konuda bkz., GIERMANN, ss. 37-40.

La Haye/Visby Kuralları'nda olduğu gibi, Hamburg Kuralları madde 2/III işbu Andlaşma hükümlerinin charter sözleşmesine uygulanmayacağını hükme bağlamaktadır. Ancak, charter sözleşmesine dayanarak bir konişmento tanzim edildiği takdirde, taşıyan ile charterer olmayan hamil arasındaki ilişkilerde ilgili konişmentoya işbu Andlaşma hükümlerinin tatbik edilmesine cevaz verilmektedir.

Ayrıca, Türk Hukuku'ndaki gibi, Hamburg Kuralları madde 14/I itibarıyla, taşıyanın veya fiili taşıyanın eşyanın doğrudan zilyedi olması halinde, yükletenin talebi üzerine konişmento düzenlemekle yükümlü olacağı ifade edilmektedir. İlgili hükmün ikinci fıkrasında konişmentonun kaptan ya da taşıyanın temsilcisi tarafından imzalanması halinde, sadece taşıyan imzalamış gibi hukuki sonuçlarını doğuracağı belirtilmiş olsa da bunun dışında 6102 sayılı TTK'dan farklı olarak, hangi kişilerin konişmentoya istinaden taşıyan kabul edileceği belirtilmektedir.

6102 sayılı TTK madde 1229'un gerekçesinde, Hamburg Kuralları madde 15/I'de belirtilen konişmento içeriğinde bulunması zorunlu olmayan unsurların sırası dikkate alınarak ilgili maddeye aktarıldığı belirtilmektedir. İkinci fıkrada hangi durumlarda taşıyanın yükleme konişmentosunu düzenlemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmaktadır.

Keza, 6102 sayılı TTK madde 1239'un gerekçesinde de ifade edildiği üzere, ilgili maddeye kaynaklık eden Hamburg Kuralları madde 16/I uyarınca, taşıyan eşyanın genel niteliği, markaları, koli veya parça adedi, ağırlık veya miktarı hakkında yükletenin verdiği bilginin eşyayı tam olarak nitelendirmediğini biliyor veya bu konuda haklı sebeplerle şüphe ediyorsa ya da bu bilgiyi kontrol etmek için yeterli imkânı yoksa, bu hususlara dair çekincelerini konişmentoya aktarmak zorundadır. Aksi takdirde, üçüncü fıkra itibarıyla konişmentonun eşyanın iyi halde bulunduğuna dair aksi ispat edilebilen bir karine teşkil edeceği ifade edilmektedir. Ancak, bu durum üçüncü kişi konumundaki iyiniyetli konişmento hamilleri açısından kesin karine teşkil etmektedir. İkinci fıkrada ise eşyanın haricen belli olan hali hakkında konişmentoda kayıt olmazsa, taşımaya konu olan eşyanın taşıyan tarafından iyi halde teslim alındığı veya gemiye yüklendiği farz edilmektedir. Son olarak, Hamburg Kuralları madde 16/IV navlunun ispatına ilişkin 6102 sayılı TTK madde 1240'a esas teşkil etmekte ve aynı esaslar yer almaktadır.

Rotterdam Kuralları'nda ise münferit olarak konişmentoya ilişkin dzenlemelere yer verilmemektedir. Sadece, madde 1/14 itibarıyla genel olarak taşıma senetlerinin ne olduğu tanımlanmaktadır. Bunun sebebi, Rotterdam Kuralları'nın uygulama alanının kısmen deniz yoluyla eşyanın taşındığı durumları kapsamasıdır. Ancak, konişmentoda bir taşıma senedi olduğundan ilgili hkmün kapsamı içerisinde dir. Rotterdam Kuralları madde 1/14 uyarınca, taşıma senedi de taşıma sözleşmesi kapsamında taşıyan tarafından dzenlenen, taşıyanın veya ifa edenin taşıma sözleşmesi kapsamında eşyayı aldığını ispat eden ve taşıma sözleşmesini ispat eden veya içeren senet olarak tarif edilmektedir. Bu tanım ile birlikte, işbu Kurallar itibarıyla da taşıma senedi olarak konişmentonun ispat işlevinden bahsedilebilmektedir.

Diğer uluslararası dzenlemelerden farklı olarak, Rotterdam Kuralları'nda Anglo-Amerikan Hukuk sistemi esas alınarak, madde 1/15 ile 16 itibarıyla tedavül edilebilir ve tedavül edilemez taşıma senedinin tanımı yapılmaktadır. Bu tanım konişmento için de geçerli kabul edilmektedir. Bu anlamda, tedavül edilebilir konişmento “emre” veya “devredilebilir” gibi kayıtlarla veya senede uygulanacak hukuk uyarınca aynı etkiyi doğurduğu kabul edilen başka bir kaydın yer aldığı, eşyanın taşıtanın emrine, gönderilenin emrine veya hamiline gönderildiğinin belirtildiği ve “devredilmez” veya “devri mümkün değil” kayıtlarının açıkça yer almadığı taşıma senedir. Tedavül edilemez konişmento ise tedavül edilebilir konişmento olmayan taşıma senedir.

Ayrıca, Rotterdam Kuralları madde 41/I-a bendi uyarınca, taşıma senedinin, taşıyanın eşyayı sözleşmede belirtildiği şekilde teslim alındığına dair karine teşkil edeceği hkmeye bağlanmaktadır. Hamburg Kuralları'nda dzenlendiği gibi, burada aksi kanıtlanabilir karine söz konusudur. Bu karinenin aksi, madde 40 itibarıyla, sözleşme kayıtlarında eşyaya ilişkin yer alan bilgilere çekince koyulması durumunda kanıtlanabilmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU NAVLUN SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

I. NAVLUN SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİNDE MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN GENEL PROBLEMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Günümüzde ticaret, teknolojik gelişmelerin de etkisiyle, devletlerin ülkesel sınırlarını aşmaktadır. Dolayısıyla, muhtelif kişiler arasındaki hukuki ilişki ve olayların yabancılık unsuru taşıması ve kanunlar ihtilafı hukukunun uygulama alanına girmesi muhtemeldir. Özellikle milletlerarası mal alım-satımı, enerji transferleri gibi ülke ekonomilerine önemli katkı sağlayan kıtalararası alışverişlerde, deniz yolunun kullanımı olağan hale gelmektedir. Bu nedenle, navlun sözleşmesi ve bundan doğabilecek ihtilafların çözümü önem kazanmaktadır.

Ayrıca, navlun sözleşmesinin ifasını sağlayan gemi de taşınır maldır ve bir limandan diğerine sürekli olarak yolculuk halindedir. Gemi, bu özelliği nedeniyle, birçok hukuki işleme ve ilişkiye konu olmakta ve bu anlamda, doğan ihtilaflarda birden çok ulusal hukuk sistemi ile bağlantı kurulabilmektedir. Böylelikle, navlun sözleşmeleri kanunlar ihtilafının konusuna girmektedir. Ancak, uygulanacak hukuk tespit edilirken birtakım sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Söz konusu sorunların hakkaniyete uygun çözümü için öncelikle vasıflandırmanın en uygun hukuka göre yapılması, yabancılık unsurunun belirlenmesi ve atfin söz konusu olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir.

A. Vasıflandırma Sorunu

1. Genel Olarak

Yabancı unsurlu hukuki ihtilaflarda uygulanacak hukukun tespitinde kanunlar ihtilafı kuralları yol gösterici olmaktadır. Kanunlar ihtilafı kuralları bu amacı yerine getirirken maddi hukuk kavramına veya kavramlarına göndermede bulunmaktadırlar. Bu durumda, hâkimin

önüne gelen yabancı unsurlu hukuki olayı ya da ilişkiyi “vasıflandırması” (classification-characterization) gerekmektedir⁴⁷⁸.

Kanunlar ihtilafı kurallarının doğru bir şekilde uygulanması için vasıflandırılması şarttır. Şöyle ki, kanunlar ihtilafı kuralları belirli bir hayat ilişkisi; yani bağlama konusu ile bağlama konusunu belirli bir hukuk düzenine tabi tutan bağlama noktasından oluşmaktadır⁴⁷⁹. Gerek bağlama konusunun, gerekse de bağlama noktasının farklı hukuk düzenlerinde değişik şekillerde nitelendirilmesi, uygulanacak hukukun tespitini zorlaştırabilmektedir. Bu anlamda, kanunlar ihtilafı kurallarının hangi irtibatlı hukuka göre nitelendirileceği “vasıflandırma sorunu” olarak ortaya çıkmaktadır.

Buradaki amaç, birden çok hukuk düzeni ile ilişkili uyumsuzluğa en yakın hukukun uygulanmasını sağlayacak kanunlar ihtilafı kuralını belirleyerek, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine ulaşılmasını sağlamaktır. Ancak, navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde de milletlerarası özel hukukun sunduğu genel görüşlerden farklı hususlar ileri sürmek mümkün gözükmemektedir. Bu anlamda, hangi hukuka göre vasıflandırma sorununun çözümleneceğine ilişkin şu görüşler ileri sürülmektedir⁴⁸⁰:

i. En fazla taraftar kazanmış olan görüşe göre, vasıflandırma sorunu lex fori ilkesine tabi kılınarak çözümlenmelidir. Dolayısıyla, hâkim önüne gelen hukuki ilişkiyi ya da olayı kendi hukukuna göre yorumlayarak o hukuk sistemi içerisindeki kavramlarla uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralını tespit etmelidir. Anglo-Amerikan Hukuku’nda ve Kıta Avrupası Hukuku’nda gerek bağlama noktasının, gerekse de bağlama konusunun

⁴⁷⁸ Bu konu hakkında bkz., NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, 2011, s. 93; ÇELİKEL Aysel/ERDEM Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul, Kasım 2012, s. 77; TEKİNALP Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU Aysel, **Milletlerarası Bağlama Kuralları**, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul, 2011, s. 40; DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 170.

⁴⁷⁹ NOMER, s. 93; ÇELİKEL/ERDEM, s. 63; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 24; DOĞAN, s. 170.

⁴⁸⁰ Bu görüşler hakkında bkz., NOMER, ss. 97-106; ÇELİKEL/ERDEM, ss. 83-94; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, ss. 41-44; DOĞAN, ss. 171-174; ŞANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, İstanbul, 2014, ss. 43-45; BERKİ Osman Fazlı, **Türk Hukukunda Kanun İhtilafı**, Baskı 2, Ankara 1971, ss. 39-41; SEVİĞ Vedat Raşit, **Kanunlar İhtilafı-Yasama ve Yargılama Çatışmaları (Kanunlar İhtilafı)**, Baskı 2, İstanbul 1974, ss. 140-147; ULUOCAK Nihal, **Kanunlar İhtilafı- Yasama Yetkisi Kuralları**, İstanbul, 1971, ss. 195-200; GÖĞER Erdoğan, **Devletler Hususi Hukuku, Kanunlar İhtilafı**, Baskı 4, Ankara, 1977, ss. 85-88 (**Devletler Hususi Hukuku**); AYBAY Rona/DARDAĞAN Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, İstanbul, 2008, ss. 150-153; TIRYAKIOĞLU Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1996, ss. 83-85; CLARKSON C.M. V./HILL Jonathan, **The Conflict of Laws**, Fourth Edition, London, 2011, ss. 21-29; DICEY A. Venn/MORRIS J. H. Carlile, **The Conflict of Laws**, (editor: Lawrence Collins), Twelfth Edition, Volume 1, London, 1993, ss. 35-37; FAWCETT James/CARRUTHERS M. Janeen, **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, Consultant Editor: Peter North, Fourteenth Edition, Oxford, 2008, ss. 43-50; O'BRIEN John, **Conflict of Laws**, Second Edition, London/Sydney, 1999, ss. 99-101; COLLIER J. G., **Conflict of Laws**, Third Edition, London, 2003, ss. 15-20; MAYSS Abla, **Principles of Conflict of Laws**, Third Edition, London/Sydney, 2010, ss. 6-8.

vasıflandırılmasının lex foriye göre yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu görüş uyarınca, milli hukuk düzeninin bir parçası olan kanunlar ihtilafı kuralları sadece söz konusu hukuk sistemi içerisinde yerinde ve doğru bir şekilde yorumlanabilmektedir⁴⁸¹. Ancak, vasıflandırmanın çözümünde for hukukunun uygulanması, hâkimin hukukundan farklı kavramlarla terimleştirilen hukuki kurumların yorumunda yetersiz kalabilmektedir⁴⁸².

ii. Vasıflandırma sorununun çözümünde ortaya atılan ikinci çözüm önerisi ise lex causaedir. Lex causaeya göre vasıflandırmada hukuki olaya ya da ilişkiye uygulanacak olan kanunlar ihtilafı kuralının yetkili kıldığı hukuk esas alınmaktadır. Zira, her hukuk kuralı dâhil olduğu hukuk sistemi içerisinde en iyi şekilde yorumlanabilmektedir⁴⁸³. Bu görüş ise yetkili hukukun sadece vasıflandırma sorununun çözümünden sonra belli olacağı ve bu nedenle de hâkimi fasit bir daireye sokacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁸⁴. Ayrıca, hukuki ilişkinin esasına ilişkin birden fazla hukukun yetkili kılınması halinde, hangisinin uygulanacağına ilişkin herhangi bir açıklık da getirememektedir⁴⁸⁵.

iii. Bu konuda, üçüncü görüş olarak kabul edilen bağımsız yorum (otonom yorum) yöntemi ile ne lex fori ne de lex causae nazara alınmaktadır. Vasıflandırma sorununun çözümünde, bütün devletlerce kabul edilmiş bağımsız kanunlar ihtilafı kuralları için benimsenmiş genel kavramlardan yararlanılması gerektiği savunulmaktadır. Herhangi bir devletin hukukunun, vasıflandırmada dikkate alınmasına gerek kalmamaktadır⁴⁸⁶. Bunun için de analitik hukuk biliminin ve karşılaştırmalı hukukun kurumlarından yararlanılması önerilmektedir⁴⁸⁷. Böylelikle, forum ülkesine yabancı hukuki kavramların doğru bir şekilde tanımlanması amaçlanmaktadır⁴⁸⁸. Ancak, bu görüş de pek çok açıdan eleştirilmektedir⁴⁸⁹. Öncelikle, hukuk biliminde kanunlar ihtilafı açısından genel kabul gören kavramlar bütünü henüz ortaya konulamamaktadır. İkinci olarak, karşılaştırmalı hukuk farklı hukuk sistemlerinin bağdaştırılmasında yetersiz kalabilmektedir. Son olarak, bu yöntem pratik de değildir. Zira, her kurumun yorumunda hukukçulardan yardım alınması hem yargılama giderlerinin artmasına, hem de yargılamanın uzamasına neden olabilmektedir. Bu nedenle,

⁴⁸¹ AYBAY/DARDAĞAN, s. 150.

⁴⁸² COLLIER, s. 16; ROBERTSON, s. 759; DICEY/MORRIS, s. 36.

⁴⁸³ DICEY/MORRIS, s. 37.

⁴⁸⁴ CLARKSON/HILL, s. 26; COLLIER, s. 16.

⁴⁸⁵ DICEY/MORRIS, s. 37.

⁴⁸⁶ ROBERTSON A.H., "Survey of the Characterization Problem in The Conflict of Laws", **Harvard Law Review**, Vol. 52, No. 5, 1939, s. 763.

⁴⁸⁷ BECKETT W.E., "Classification in Private International Law", **British Yearbook of International Law**, Vol. 15, 1934, s. 46.

⁴⁸⁸ RABEL Ernst, "Comparative Conflicts Law", **Indian Law Journal**, Vol. 24, Issue 2, 1948-1949, s. 354.

⁴⁸⁹ Bu konuda bkz., DOĞAN, s. 174; COLLIER, s. 17; ROBERTSON, s. 764.

yeknesak kanunlar ihtilafı kurallarının oluşturulması sadece bir ütopya olarak görülmektedir⁴⁹⁰.

iv. Vasıflandırma sorununun çözümünde benimsenen son yöntem ise karma yorum olarak adlandırılmaktadır. İlgili yönetime göre, vasıflandırmanın tek bir vasıflandırma hukukuna göre yapılamayacağı iddia edilmektedir. Bu nedenle, vasıflandırma sorununun çözümünde iki kademli bir sistemin benimsenmesi gerektiği ifade edilmektedir. İlk kademedede lex foriye göre yorum yapılırken, esasa uygulanacak hukukun kurallarının da fonksiyon itibarıyla göz önünde bulundurulması önerilmektedir (genişletilmiş lex fori). İkinci kademedede ise ilk kademedede bulunan uygulanacak hukukun kavramlarının lex causaeya göre yorumlanması (kademeli yorum) gerektiği savunulmaktadır⁴⁹¹.

Türk Hukuku'nda vasıflandırma sorununun çözümünde hangi hukukun yetkili olduğuna ilişkin herhangi bir pozitif düzenleme mevcut değildir. Ancak, doktrinde genel eğilim hâkimin hukukunun; yani lex forinin uygulaması gerektiği yönündedir⁴⁹². Buna rağmen, bazı olaylarda lex foriye göre vasıflandırma kabul görmemektedir⁴⁹³. Özellikle olayın esasına uygulanacak hukuk müşterek milli hukuk ise ve taraf menfaati ile işlemi yapma saiki vasıflandırma sorununun çözümünün lex causaeya göre yapılmasını hakkaniyete daha uygunsuz lex causae ilkesinin tatbikinin gerekli olduğu ifade edilmektedir⁴⁹⁴. Ayrıca, atfın söz konusu olduğu durumlarda da gönderen devletin hukukuna göre vasıflandırmanın yapılacağı kabul edilmektedir.

Bağlama konusunun vasıflandırılmasında tüm bu görüşler önemli görülmektedir. Buna karşılık, bağlama noktasının vasıflandırılmasında ortaya çıkan ihtilaflarda lex forinin uygulanması gerektiği hususunda görüş birliği mevcuttur. Zira, yabancı hukuk düzenlerindeki bağlama noktaları hemen hemen aynı kavramlarla ifade edilmektedir. İstisnai olarak farklı anlamlar içerebilmektedir. Örneğin, İngiliz Hukuku'nda “domicile” kavramı ile Türk Hukuku'ndaki “yerleşim yeri” kavramları birbiri ile örtüşmemektedir. Keza, “residence” kavramından da farklı olarak, Türk Hukuku'nda yerleşim yeri tektir ve kişiyi ömür boyu takip etmektedir. Diğer yandan, Alman Hukuku'nda da bir şahıs birden fazla yerleşim yerine sahip olabilmektedir. Ancak, bağlama noktasının lex foriye göre vasıflandırılmasının da birtakım

⁴⁹⁰ DOĞAN, s. 172; ROBERTSON, s. 758.

⁴⁹¹ Bu konuda bkz., DOĞAN, s. 172; FALCONBRIDGE John D., “Characterisation in the Conflict of Laws”, **Law Quarterly Review**, Vol. 53, 1937, s. 235

⁴⁹² NOMER, s. 97; ÇELİKEL/ERDEM, s. 90; BERKİ, s. 42; O'BRIEN, s. 94.

⁴⁹³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 91.

⁴⁹⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s. 91.

istisnaları mevcuttur⁴⁹⁵. Öncelikle atıf halinde vasıflandırma gönderen devletin hukukuna göre yapılmaktadır. Diğer bir istisna ise milli hukukun uygulanması gereken hallerde vatandaşlığın tayininde ortaya çıkmaktadır. Zira, her devler kendi hukukuna göre kimlerin vatandaşlığa sahip olabileceğini düzenleme hakkına sahip olduğu için bu konuda ilgili devletin hukuku yetkili kabul edilmektedir.

2. Navlun Sözleşmesinin Vasıflandırılması Sorunu

Vasıflandırma sorunu, milletlerarası özel hukukun her alanında olduğu gibi, yabancı unsurlu navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde de önem arz etmektedir. Ancak, yukarıda genel ve soyut olarak ifade edilen yöntemlerin hiçbiri tek başına sorunun çözümünde yeterli olmamaktadır. Her somut uyuşmazlık kendi içinde değerlendirilerek vasıflandırma sorununun çözüme ulaştırılması gerekmektedir⁴⁹⁶. Böylelikle, somut uyuşmazlığa uygulanabilecek en uygun hukukun tespiti için hangi bağlama noktasının ne şekilde tatbik edileceği ortaya koyulabilmektedir⁴⁹⁷. Dolayısıyla, bu sorunun çözümünde navlun sözleşmesinin; unsurları, özellikleri, taraflara getirdiği hak ve yükümlülükler açısından kendi içinde ele alınabileceği görüşündeyiz.

Navlun sözleşmesi açısından vasıflandırma sorunu ile karşı karşıya kalınması muhtemel görünmektedir. Zira, lex foriye göre navlun sözleşmesi sayılan bir hukuki ilişki, lex causae uyarınca başka tip sözleşme olarak kabul edilebilmektedir. Örneğin, lex foriye göre bir sözleşme deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi anlamında navlun sözleşmesi kabul edilmesine rağmen, esasa uygulanacak hukuk bu sözleşmeyi gemi kira ya da gemi tahsisi sözleşmesi olarak nitelendirebilmektedir.

Bu bağlamda, navlun sözleşmesinin niteliği hususunda ulusal hukuklarda birlik yoktur. Nitekim, Türk ve Alman Hukuku'nda navlun sözleşmesi ile deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi eş anlamda kullanılmaktadır. Anglo-Amerikan Hukuku'nda ise charter sözleşmesinin çeşitlerinden kabul edilen gemi kira sözleşmesi (demise charter ya da bare-boat charter) navlun sözleşmesi olarak sınıflandırılmaktadır. Fransız Hukuku'nda ise navlun sözleşmesi, asli unsuru gemi tahsisi kabul edildiğinden, deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi

⁴⁹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, ss. 93-94; DOĞAN, s. 171.

⁴⁹⁶ Aynı yöndeki görüşler için bkz., GÖGER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 80; TIRYAKIOĞLU, s. 85; CLARKSON/HILL, s. 27; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 40.

⁴⁹⁷ Vasıflandırmanın aşamaları için bkz., ROBERTSON, s. 753.

olarak kabul edilmemektedir. Keza, zaman çarteri sözleşmesinin nitelendirilmesinde de aynı sorun ortaya çıkmaktadır. Fransız ve Türk Hukuku uyarınca zaman çarteri sözleşmesi deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi anlamında navlun sözleşmesi olarak kabul edilmemekte; buna karşılık, Alman Hukuku ile Anglo-Amerikan Hukuku'na göre ise navlun sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Benzer yönde, yükletenin taşıtan olduğu koniştirmentolu taşımalarda ortaya çıkan yabancı unsurlu ihtilafların kıymetli evrak statüsüne mi, yoksa sözleşme statüsüne göre mi çözümleneceğinin belirlenmesi de vasıflandırma sorununa ilişkindir.

Milletlerarası özel hukukta bir hukuki ilişki ya da olay maddi hukukta kabul edildiğinden farklı şekillerde nitelendirilebilmektedir. Bu husus, milletlerarası özel hukuk ile maddi hukukun farklı amaçlara hizmet etmesinden kaynaklanmaktadır. Zira, milletlerarası özel hukukta temel gaye, ilgili uyumsuzluğa uygulanacak en uygun hukuku tespit etmektir. Bu bağlamda, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinin vasıflandırılmasında, ne *lex fori* ne de *lex causae* ilkesinin tatbik edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Burada, kanunlar ihtilafı kurallarının bağımsız ve kendine özgü niteliğinin⁴⁹⁸ göz önünde bulundurulmasının isabetli olabileceği söylenebilir. Dolayısıyla, eşya taşıma sözleşmelerine ilişkin tesis edilen bağlama kuralının düzenleniş amacının dikkate alınması gerekmektedir.

Zaman çarteri sözleşmesinin vasıflandırılmasına ilişkin bir uyumsuzlukta Türk hâkiminin *lex fori* ilkesini uygulamasının milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ile bağdaşmayacağı söylenebilir. Şöyle ki, 6102 sayılı TTK madde 1138 vd.da zaman çarteri sözleşmesinin asli unsurunun gemi tahisi olduğu hükme bağlanmaktadır. Ancak, bu husus, zaman çarteri sözleşmesinin gerçek niteliği ile bağdaşmamaktadır. 6102 sayılı TTK madde 1131'de zaman çarteri sözleşmesinin asli unsuru olarak kabul edilen gemi tahisi edimi soyut bir kavramdır ve ancak, eşya taşıma taahhüdü ile somutlaştırılabilir. Bu anlamda, tarafların gemiyi, kanunda belirtilen şartlar dâhilinde, eşya taşımak amacıyla tahsis ettiği söylenebilir. Kaldı ki uygulamada zaman çarteri sözleşmesi eşya taşıma sözleşmesi olarak kabul görmekte; buna karşılık gemi kira sözleşmeleri navlun sözleşmesinin türlerinden sayılmamaktadır. Örneğin, BIMCO'nun form sözleşmeler halinde düzenlediği "*GENTIME*"⁴⁹⁹ adlı zaman

⁴⁹⁸ Genel olarak ulusal kanunlar ihtilafı kurallarının amacının göz önünde bulundurularak vasıflandırma sorununun çözülmesi gerektiği hususunda bkz., BARATTA Roberto, "The Process of Characterization in ECC Conflict of Laws: Suggesting a Flexible Approach", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 4, 2004, s. 158.

⁴⁹⁹ Örnek sözleşme için bkz., https://www.bimco.org/~media/Chartering/Document_Samples/Time_Charter_Parties/Sample_Copy_GENTIME.ashx (e.t.: 20.06.2014).

çarteri sözleşmesinde taşınan eşyanın niteliği ile niceliğine ilişkin bilgilerle (3. madde) sözleşmeye bitişik düzenlenen konişmentoya ilişkin bazı hususlar (17. madde) yer almaktadır. Bu nedenle, kanımızca zaman çarteri sözleşmesinin, pozitif hukuktan farklı olarak, milletlerarası özel hukukta eşya taşıma sözleşmesi olarak vasıflandırılması gerekmektedir. Ancak, bu şekilde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu (MÖHUK) madde 29'un tatbik edilerek milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanabilir.

Dolayısıyla, navlun sözleşmesinin isminin ne olduğuna bakılmadan, esas konusunun eşya taşıma sözleşmesi olup olmadığının tespit edilmesinin daha uygun olacağı görüşündeyiz. Bu nedenle, taraflarca zaman çarteri sözleşmesi olarak akdedilen sözleşmenin, adının ne olduğuna bakılmaksızın, esas konusunun eşya taşıma olması durumunda MÖHUK madde 29'un uygulama alanı bulabileceği kanısındayız. Sözleşmenin taraflarca nasıl nitelendirildiği de önem taşımamaktadır. Kanunlar ihtilafı açısından çarter sözleşmeleri vasıflandırılırken, onun asli ediminin eşya taşıma taahhüdü olması halinde, eşyanın taşınmasına ilişkin bağlama kuralının uygulanabileceği ifade edilebilir⁵⁰⁰. Aksi bir yorum ise hükmün tatbik alanını oldukça daraltmaktadır⁵⁰¹. Ayrıca, uygulamada zaman çarteri sözleşmesi ile yolculuk çarteri sözleşmesi arasındaki farkın da belirsizleştiği görülmektedir⁵⁰².

Buna karşılık, gemi kira sözleşmelerinin, çarter sözleşmesi olarak adlandırılırsalar bile, navlun sözleşmesi olarak nitelendirilmeleri mümkün gözükmemektedir. Nitekim, MÖHUK madde 29/II son cümle itibarıyla, tek seferlik çarter sözleşmeleri ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmelerin de bu madde hükümlerine tabi olacağı ifade edilmektedir. Bu hükmün gerekçesinde⁵⁰³ de ilgili maddenin Avrupa Birliği (AB) Hukuku uyum sürecine uygun olarak ele alındığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla, o dönemde yürürlükte olan 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk

⁵⁰⁰ Ekşi, içerikleri nedeniyle taşıma sözleşmesi olmadıkları için gemi kira sözleşmeleri ile zaman çarteri sözleşmesinin eşyanın taşınmasına ilişkin bağlama kuralının kapsama alanı dışında kalacağını savunmaktadır. EKŞİ Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul, 2010, ss. 108-109 (Ticaret); EKŞİ Nuray, "Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 sayılı MÖHUK madde 29)", **Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, İstanbul, 2010, ss. 145-146. ("Eşya Taşıma Sözleşmesi").

⁵⁰¹ Aksi görüş için bkz., SADIKOV Oleg Nikolaevich, "Conflict of Laws in International Transport Law", **Recueil des Cours**, Vol. 190, 1985, s. 235.

⁵⁰² DICEY A. Venn/MORRIS J. H. Carlile, **The Conflict of Laws**, (editor: Lawrence Collins), Twelfth Edition, Volume 2, London, 1993, ss. 35-37, s. 1404. (DICEY/MORRIS II)

⁵⁰³ ÖZTEKİN GELGEL Günseli/ERDEM Bahadır, **27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu**, 4. Baskı, İstanbul, 2013, ss. 99-101.

Hakkında Roma Sözleşmesi⁵⁰⁴ (Roma Konvansiyonu) madde 4/IV, MÖHUK madde 29'a mehzaz teşkil etmektedir. Daha sonra, bu sözleşmenin yerini 17.06.2008 tarihli ve 592/2008 sayılı Sözleşmelerden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Tüzüğü (Roma I Tüzüğü) almıştır⁵⁰⁵. Giulliona-Lagarde Raporu'nda⁵⁰⁶ da Roma Konvansiyonu madde 4/IV itibarıyla navlun sözleşmesinin bir çeşidi olan çarter sözleşmelerinin asli unsurunun eşya taşıma olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle, gemi kira sözleşmelerinin taşıma sözleşmesi kapsamı dışında yer aldığı vurgulanmaktadır⁵⁰⁷.

Avrupa Birliği Adalet Divanı da (ABAD) navlun sözleşmesinin vasıflandırılmasına ilişkin aynı yöntemi benimsemektedir. Divan'ın 06.11.2009 tarihli ve C-133/08 sayılı Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV Kararı'nda uygulanacak hukukun tespitinde navlun sözleşmesinin türü olan çarter sözleşmesinin nasıl vasıflandırılması gerektiği hususuna değinmektedir⁵⁰⁸. İlgili karara⁵⁰⁹ konu olan olayda, ICF ile Balkenende ve MIC, tren vagonlarının yapımı konusunda sözleşme yapmışlardır⁵¹⁰. Bu sözleşme uyarınca, ICF'nin yaptığı vagonları, MIC ve Balkenende trenle taşıma taahhüdü altına girmiştir⁵¹¹. Bunun için, ICF taslak bir sözleşme hazırlamış ve MIC'ye bu taslağı yazılı olarak göndermiştir⁵¹². Bu taslak sözleşmede, taraflar arasında çıkabilecek tüm uyuşmazlıklar için Belçika Hukuku'nun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Ancak, ilgili taslak hiçbir zaman taraflarca imzalanmamıştır. Daha sonra, ücretin ödenmemesi üzerine ICF, MIC'yi Hollanda'da dava etmiştir. MIC, aralarında taşıma sözleşmesi olduğu varsayımından hareketle Roma Konvansiyonu madde 4/IV itibarıyla, Hollanda Hukuku'nun yetkili olduğunu ve buna göre de ücret alacağını zamanaşımına uğradığını iddia etmiştir⁵¹³. Buna karşılık ICF, aralarında taşıma sözleşmesi olmadığını; bu nedenle, Roma Konvansiyonu madde 4/IV'e göre değil, madde 4/II uyarınca, uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiğini ifade

⁵⁰⁴ Roma Konvansiyonu'nun İngilizce tam metni için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1980:266:0001:0010:EN:PDF> (e.t.: 04.01.2013).

⁵⁰⁵ Roma I Tüzüğü'nün İngilizce tam metni için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0001:0005:EN:PDF> (e.t.: 04.01.2013).

⁵⁰⁶ GIULIANO Mario/LAGARDE Paul, "Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation", [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML) (e.t.: 04.01.2013).

⁵⁰⁷ DICEY/MORRIS II, s. 1403.

⁵⁰⁸ Bu Karar hakkında ayrıca bkz., EKŞİ, **Ticaret**, ss. 110-111; EKŞİ, "Uluslararası Eşya Taşıma", ss. 147-150.

⁵⁰⁹ İlgili Karar için bkz., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db3397908f9f734630ba7fa69ba2935e21.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKc3v0?text=&docid=77859&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2722914>. (e.t.: 04.01.2013)

⁵¹⁰ Ibid., prg. 2.

⁵¹¹ Ibid., prg. 6.

⁵¹² Ibid., prg. 7.

⁵¹³ Ibid., prg. 11.

ederek, yetkili hukukun ICF'nin işyerinin bulunduğu Belçika Hukuku olduğunu ve böylelikle, ücret alacağının henüz zamanaşımına uğramadığını ileri sürmüştür⁵¹⁴.

Hollanda Mahkemesi, tarafların iddiası karşısında önkarar prosedürünü⁵¹⁵ işleterek, ABAD'na başvurmuştur. Mahkeme tarafından, Divan'a Roma Konvansiyonu madde 4/IV'ün yolculuk çarteri sözleşmeleri dışında, zaman çarteri sözleşmesine ve diğer çarter sözleşmelerine uygulanıp uygulanamayacağını sormuştur⁵¹⁶. ABAD, ilgili kuralın amacını göz önünde bulundurarak, maddede her ne kadar tek seferlik çarter sözleşmesinden bahsedilse de burada önemli olanın taşıma sözleşmesi değil, eşya taşıma sözleşmesi olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, sözleşmenin adı nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin, tarafların hangi unsur sözleşmenin asli unsuru olarak tespit ettiğinin araştırılması gerektiğini ifade etmiştir⁵¹⁷. Sonuç olarak, asli unsuru eşya taşıma taahhüdü olan sözleşmeler, Roma Konvansiyonu madde 4/IV'ün kapsamı içerisinde kabul edilmiştir⁵¹⁸. Dolayısıyla, deniz yoluyla eşya taşıma taahhüdünü içeren navlun sözleşmeleri açısından da Roma Konvansiyonu'nun devamı niteliğindeki Roma I Tüzüğü madde 5'in uygulama alanı bulacağı söylenebilir.

Navlun sözleşmesinin vasıflandırılmasına ilişkin bir diğer sorun ise tarafların hukuk seçimi yapmaları halinde vasıflandırmada hangi hukukun uygulanacağıdır. Bu durumda, Türk doktrininde⁵¹⁹ vasıflandırma sorununun ortaya çıkmayacağı ifade edilmektedir. Navlun sözleşmesine ilişkin hukuk seçiminin yapıldığı durumlarda, seçilen hukuka göre vasıflandırmanın yapılması gerektiği ifade edilebilir. Zira, burada tarafların irade özgürlüğü ön plana çıkmaktadır.

Sonuç olarak, tarafların esas ve gerçek iradelerinden eşya taşıma sözleşmesi akdetmek amacıyla oldukları anlaşılıyorsa, taşıma sözleşmesine ilişkin özel kanunlar ihtilafı

⁵¹⁴ Ibid., prg.12.

⁵¹⁵ Bir üye devletin ulusal yargı organı önünde görülen davada hakim, AB Hukuku'nun yorumlanması veya AB organlarının tasarruflarının geçerliliği konusunda bir tereddüde sahip olursa ya da davanın tarafları kendi ulusal mevzuatının AB Hukuku'nun asli veyahut türeme normlarına uymadığı veya çatıştığını iddia ederse, önkarar isteminde bulunmaktadır. Bu durumu hâkim bekletici mesele kapsamında değerlendirmektedir. ABAD'nın bu yetkisi, AB'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma madde 267'de düzenlenmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., TEKİNALP Gülören/TEKİNLAP Ünal, **Avrupa Birliği Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 2000, ss. 260-268; REÇBER Kamuran, **Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku ve Temel Metinler**, Bursa, 2010, ss. 311-329.

⁵¹⁶ Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV Kararı, prg. 14.

⁵¹⁷ Ibid., prg. 31.

⁵¹⁸ Ibid., prg. 32.

⁵¹⁹ Bu konuda bkz., ÇELİKEL/ERDEM, s. 93; TİRYAKİOĞLU, s. 85.

kuralı uygulanması; aksi takdirde ise sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin genel kural uyarınca yetkili hukukun tespit edilmesi gerektiği ifade edilebilir. Diğer yandan, taraflar hukuk seçimi ile sübjektif bağlama noktası tespit etmişlerse, navlun sözleşmesinin niteliğinin kararlaştırılan hukuka göre belirleneceği söylenebilir.

B. Yabancılık Unsurunun Belirlenmesi

Hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlığın, kanunlar ihtilafı hukukunun kapsamına girebilmesi için yabancılık unsuru içermesi gerekmektedir. Zira, MÖHUK madde 1/I itibarıyla, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin hukuki ilişki ve işlemlere bu Kanun hükümlerinin tatbik edileceği hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından da yabancılık unsurunun tespiti önemli; ancak, yeterli değildir. Zira, MÖHUK madde 1/II itibarıyla, bu konuda Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı olacağı ifade edilmektedir. Bu anlamda, yabancılık unsuru içeren navlun sözleşmelerine ilişkin herhangi bir milletlerarası sözleşmenin varlığı halinde MÖHUK'un uygulanamayacağı ifade edilebilir.

Yabancılık unsurunun kanunlar ihtilafı hukuku açısından pozitif hukukta münferit bir tanımı yer almamaktadır. Buna karşılık, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu (MTK) madde 2'de⁵²⁰ hangi hallerde yabancılık unsurunun varlığının kabul edileceği belirtilmektedir⁵²¹. Dolayısıyla, bu kavramın tanımı doktrine bırakılmaktadır. Navlun

⁵²⁰ MTK madde 2 şu şekilde düzenlenmiştir:

Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.
2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;
 - a. Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,
 - b. Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması.
3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.
4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

⁵²¹ Tahkimde yabancılık unsurunun belirlenmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz., AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul, 2013, ss. 60-70; ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu**, 4. Bası, İstanbul, 2011, ss.244-248 (**Ticari Akitler**); ÖZEL Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meselesi**, İstanbul, 2008, ss. 23-26 (**Ticari Tahkim**); NÖMER Ergin/EKŞİ Nuray/GELGEL ÖZTEKİN Günseli, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Cilt 1, 4. Bası, İstanbul, 2013, s. 38; EKŞİ Nuray, "Milletlerarası Tahkim Kanun Hakkında Bir Değerlendirme", **Prof. Dr. Gülören TEKİNALP'e Armağan**, Sayı 1-2, Yıl 23, 2003, ss. 304-305. ("Milletlerarası Tahkim"); TANRIBİLİR Feriha Bilge/ŞİT Banu, "Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu (Milletlerarası Tahkim Müessesesi)", **Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan**, Yıl:22, Sayı:2, 2002, ss. 828-830; YILMAZ Alper, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Yabancılık Unsuru", **Ankara Barosu Dergisi**,

sözleşmesi açısından da genel tanım geçerli kabul edilmektedir. Bu anlamda, klasik milletlerarası özel hukuk anlayışı dikkate alındığında yabancılik unsuru, yargılamanın yapıldığı ülke hukukuna göre uyumsuzluğun bir ya da birden fazla hukuk ile olan bağlantısını ifade etmektedir⁵²². Söz konusu anlayışın bir uzantısı olarak, yabancılik unsurunun tespitinde sözleşmede yer alan birden fazla objektif unsurdan hareket edilmektedir. Dolayısıyla, somut olayın özelliklerine göre, taraflardan birinin yabancı bir devletin vatandaşı olması ya da yabancı bir ülkede yerleşim yerinin veya mutad meskeninin bulunması, sözleşmenin yapıldığı ya da ifa edildiği veya malın bulunduğu yerin yabancı ülkede olması halinde bu unsurun varlığından söz edilebilmektedir⁵²³.

Yabancılik unsurunun tespitinde, sözleşmede yer alan subjektif unsurların etkili olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Diğer bir ifadeyle, navlun sözleşmesi objektif unsurlarıyla yabancılik unsuru taşımamasına karşılık; tarafların yapacakları geçerli bir hukuk seçimi ile yabancı bir hukukun yetkili kılınması halinde yabancılik unsurundan bahsedilebilecek midir? Bu konuda doktrinde değişik görüşler mevcuttur⁵²⁴.

Doktrinde bir görüş⁵²⁵, tüm unsurlarıyla iç hukuka ait olan bir sözleşmede ortaya çıkabilecek veya çıkan tüm uyumsuzluklarda, tarafların yabancı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırmasının, o sözleşmenin yabancılik unsuru taşıması için yeterli görmektedir. Nomer, bu savını⁵²⁶ MÖHUK madde 24'e dayandırmaktadır⁵²⁷. Yazara göre, ilgili hükümde uygulanacak hukukun taraflarca tespitine herhangi bir sınırlama getirilmemektedir. Dolayısıyla, yabancı bir hukukun taraflarca seçilmesi halinde, ilgili sözleşmenin kendiliğinden MÖHUK madde 1'in kapsamına dâhil kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Çelikel/Erdem, bu gerekçeye ek olarak, modern anlamda hukuk seçiminin

Sayı 1, 2002, ss. 239-249; TAŞKIN BAYRAKTAR Mine, "Tahkimde Yabancılik Unsuru", **Adalet Dergisi**, Sayı 15, Yıl 94, 2003, ss. 116-144; AKINCI Ziya, "Yabancılik Unsuru Kavramı ve ICC Tahkimi", **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, 2004, s. 39. ("Yabancılik Unsuru Kavramı")

⁵²² NOMER, s. 5; ÇELİKEL/ERDEM, s. 8; DOĞAN, s. 26.

⁵²³ NOMER, s. 5; ÇELİKEL/ERDEM, ss. 8-9; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 352; DOĞAN, s. 26; COLLIER, s. 3.

⁵²⁴ Bu görüşler için bkz., EKŞİ Nuray, **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul, 2004, ss. 66-71; DEMİRKOL Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, 201, ss. 92-95.

⁵²⁵ NOMER, s. 307; ÇELİKEL/ERDEM, s. 322; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, ss. 255-258; AYBAY/DARDAĞAN, s. 250; TİRYAKİOĞLU, s. 7; DOĞAN Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kurallarının ve Sınırlarının Tespiti**, Ankara, 1996, s. 33 (**İş Akdi**); EKŞİ Nuray, "Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Konvansiyonuna Göre Anlamı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 12, Sayı 1-2, 1992, s. 7. ("Yabancılik Unsuru")

⁵²⁶ NOMER, s. 308.

⁵²⁷ NOMER, s. 307.

amacına dikkat çekmektedir⁵²⁸. Bu anlamda yazarlar, taraf iradesi ile seçilen hukukun ilişkiye, bağımsız olarak yabancılik unsurunu sağlayan bağlama noktası teşkil edeceğini savunmaktadır⁵²⁹. Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, taraflarca iç hukuka ait bir sözleşmede hukuk seçimi yapılarak yabancılik unsuru kazandırılmasının, sözleşmelerin mahiyetine ve irade serbestisini düzenleyen kanun hükümlerinin ruhuna uygun bir yorum olduğunu savunmaktadırlar. Zira, bu durumu engelleyecek yasal hükmün bulunmadığını da ifade etmektedirler⁵³⁰. Ayrıca, tüm unsurlarıyla iç hukuka ait bir sözleşmenin hukuk seçiminin kötüye kullanılması ile zayıf tarafın aleyhine olabilecek bir duruma hukukun cevaz vermesinin mümkün olmadığı da belirtilmektedir⁵³¹. Ekşi ise sözleşmede yer alan objektif unsurları taraf iradesi ile belirleme imkânı tanınabiliyorsa, hukuk seçimi ile yabancılik unsurunun kazanılacağına da kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵³².

Doktrinde yer alan diğer bir görüş⁵³³ ise hukuk seçimi ile sözleşmeye yabancılik unsuru kazandırılacağı fikrine karşı çıkmaktadır. Buna göre, hukuk seçimi tek başına yabancılik unsurunun varlığının kabulü için yeterli değildir. Bizim de kabul ettiğimiz bu görüşe göre, sözleşmeye yabancılik unsuru sağlayan temel hususun objektif unsurların varlığı

⁵²⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 322.

⁵²⁹ ÇELİKEL/NOMER/GİRAY/ESEN, bu savını Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 07.12.2006 tarihli ve E. 2006/8585, K. 2006/12877 sayılı Kararı'nda yer alan, "Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılik içermesi koşulu bulunmamaktadır." ifade edilen kanısına dayandırmaktadır. Bu konuda bkz., ÇELİKEL Aysel/NOMER Ergin/GİRAY F. Kerem/ESEN Emre, **Devletler Hususi Hukuku, Çözümlemiş Örnek Olaylar- Seçilmiş Mahkeme Kararları**, 10. Baskı, İstanbul, 2010, s. 318.

İlgili Karar için bkz., (e.t.: 01.02.2013)

⁵³⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 258.

⁵³¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 259.

⁵³² EKŞİ, "Yabancılik Unsuru", s. 7.

⁵³³ BERKİ, s. 373; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 369; AYBAY/DARDAĞAN, ss. 250-251; DICEY/MORRIS II, s. 1214; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 27; DEMİRKOL, s. 94; AKINCI Ziya, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1992, s. 12 (**Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**); AKINCI Ziya, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir, 1996, s. 70 (**İnşaat**); ULUOCAK Nihal, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul 1989, s. 183 (**Milletlerarası Özel Hukuk**); SARGIN Fügen, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2002, s. 184; ÖZTÜRK Pınar, **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, 2001, s. 110; KOCA ÇÖRTOĞLU Sema, **Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, 2013, s. 163; ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 73, Sayı 10-11-12, 1999, s. 926 ("Yabancılik Unsuru"); ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK madde 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 30, Sayı 1-2, 2010, s. 33 ("MÖHUK madde 24"); ÇALIŞKAN Zeynep, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, 31; TARMAN, Zeynep Derya: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", **BATIDER**, Cilt 26, Sayı 1, 2010, ss. 146; ÇİLİNGİROĞLU Cüneyt, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 9, Sayı 2, 1989, s. 104; COLLINS Lawrence, "Contractual Obligations: The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law", **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol 25, No 1, 1976, s. 41.

olacağı; aksi takdirde tüm unsurlarıyla iç hukuk düzenine ait olan bir sözleşmenin MÖHUK madde 1 itibarıyla kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamı dışında kalacağı ileri sürülmektedir.

Buna karşılık, tüm unsurlarıyla iç hukuka tabi bu sözleşmenin geçerliliği ulusal hukuklardaki sözleşme özgürlüğü kapsamında belirlenen sınırlar içerisinde değerlendirilebilmektedir. Ayrıca, bu görüş tarafların menfaatine de hizmet etmektedir. Zira, sözleşme özgürlüğü tamamen sınırlandırılmamakla birlikte, yetkili yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanması tarafları korumak amacıyla getirilen ulusal hükümlere aykırı olduğu ölçüde geçersiz kabul edilmektedir⁵³⁴. Aksi halde, taraflar iç hukuktaki emredici hükümlerden kaçabilmek amacıyla yabancı bir hukuku seçebilir. Bu durum, milletlerarası özel hukukta kanuna karşı hileye neden olabilmektedir⁵³⁵. Böyle bir durumda sözleşme geçersiz sayılmamakla birlikte, MÖHUK anlamında bir hukuk seçiminden bahsedilememektedir.

Diğer yandan, sözleşmede yer alan hangi objektif unsurların yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını değerlendirirken navlun sözleşmesinin genel özelliklerinin ve niteliğinin dikkate alınmasının yerinde olduğu söylenebilir. İlgili hususa ilişkin olarak, MTK madde 2’de sayılan unsurların MÖHUK madde 1/I anlamında yabancılık unsuruna dâhil edilip edilemeyeceği sorusu akla gelebilmektedir⁵³⁶. Bu soruya çalışmamızın konusu kapsamında cevap aramak gerekirse, navlun sözleşmesinin taraflarının yerleşim yerinin veya mutad meskeninin ya da işyerinin farklı devletlerde yer almasının, ona yabancılık unsuru kazandıracığı söylenebilir. Ayrıca, navlun sözleşmesine en belirgin şekilde yabancılık unsuru kazandıran husus, MTK’da da kabul edildiği üzere, ifa yerinin farklı yerde bulunmasıdır. Bu anlamda, yükleme veya boşaltma limanlarının yabancı bir devlette yer alması halinde, navlun sözleşmesi yabancı unsurlu hale gelmektedir⁵³⁷.

Diğer yandan, tahkim ile tarafların iradesi esas alınarak mümkün olduğu kadar çok sözleşmeyi tahkim yargılamasının kapsamına sokmak amaçlanmaktadır. Bu nedenle,

⁵³⁴ Bu konuda, Türk Hukuku açısından TBK madde 26 ve 27’nin dikkate alınması gerekmektedir. Taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilmektedir. Ancak, kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına, ahlaka, kamu düzenine aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüz sayılmaktadır. Dolayısıyla, tüm unsurlarıyla iç hukuka ait bir sözleşmede bulunan hukuk seçimi ile belirlenen yetkili yabancı hukuk Türk Hukuku’na göre bu sınırlamaları aşıyorsa, uygulanması mümkün değildir. Bu yöndeki görüşler için bkz., AKINCI Z., **İnşaat**, s. 71; KOCASAKAL ÖZDEMİR, “MÖHUK madde 24”, s. 34; SARGIN, s. 184.

⁵³⁵ ÇORTOĞLU KOCA, s. 163.

⁵³⁶ MÖHUK madde 1/I ile MTK madde 2’deki yabancılık unsuru arasındaki kıyas hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., DEMİRKOL, ss. 107-125.

⁵³⁷ Bu konuda bkz., YAZICIOĞLU Emine, “Uluslararası Deniz Taşımalarında Uygulanacak Kural Sorunu”, **Deniz Hukuku Dergisi, Gündüz Aybay’ın Anısına**, Yıl 5, Sayı 1-4, Ocak-Aralık, 2000, ss. 45-56. (“Uygulanacak Kural”)

MÖHUK madde 1 anlamında yabancılık unsurunun navlun sözleşmesi açısından MTK madde 2’de belirtilen şekilde yorumlanmasının her zaman için mümkün olamayacağı kanısındayız. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinde tarafların vatandaşlıklarının farklı ülkelerde olması halinde yabancılık unsurunun varlığında söz etmek mümkün gözükmemektedir. Zira, navlun sözleşmesi açısından tarafların vatandaşlığının, edimlerin gereği ve tam olarak ifası açısından bir önemi haiz olduğunu söylemek güçtür. Bu anlamda, navlun sözleşmesinde tarafların farklı vatandaşlıklara sahip olmasının, yabancı hukukun uygulanmasını gerektirecek yeterlilikte olmadığı söylenebilir.

Ayrıca, navlun sözleşmesinin tarafları genellikle şirketlerdir. Bu sözleşmenin ifası için özellikle taşıyanların yabancı kaynaklı kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapması gerekebilir ya da şirket ortaklarından biri yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirebilir. Acaba burada, MTK madde 1’de kabul edildiği üzere, MÖHUK anlamında navlun sözleşmesi açısından yabancılık unsurundan bahsedilebilir mi? Bu konuda düzenlenen müdahaleci kurallardan⁵³⁸ bağımsız bir şekilde yorum yapacak olursak, söz konusu unsurlar navlun sözleşmesi ile kurulan borç ilişkisinden tamamen bağımsızdır. Dolayısıyla, bu sözleşmenin ifasında yabancı hukukun uygulanması için gereken menfaatin sağlanamadığı söylenebilir.

C. Sözleşmenin Milletlerarası Nitelik Taşınması

Türk Hukuku’nda uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için sözleşmenin yabancılık unsuru taşınmasının yanı sıra, milletlerarası nitelikte olmasının gerekip gerekmediği de tartışmalıdır. Bu tartışmanın önemi, MÖHUK’un kapsamının belirlenmesi açısından kendini göstermektedir. Ancak, öncelikle milletlerarası nitelikli sözleşmelerden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Milletlerarası unsurlu sözleşmeler ikiye ayrılarak tarif edilmektedirler⁵³⁹. Objektif milletlerarası unsurlu sözleşmelerin, herhangi bir devlet mahkemesine başvurmadan önce sözleşmenin objektif unsurları itibarıyla, bir veya birden fazla hukuk düzeni ile ilişki içinde bulunduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, hangi devlet mahkemesine başvurulursa başvurulsun, sözleşme birden fazla yabancı hukuk düzeni ile irtibatlı ise milletlerarası unsurlu

⁵³⁸ Bu konuda bkz., aşa. V. C.

⁵³⁹ TURHAN Turgut, *Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları*, Ankara, 1997, s. 6.

kabul edilmektedir. Sübjektif milletlerarası unsurlu sözleşmeler ise somut uyuşmazlık önüne gelen mahkemenin yapacağı bir değerlendirmeden sonra, sözleşmenin bir veya birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olduğunun tespiti halinde söz konusu olmaktadır⁵⁴⁰.

Türk Hukuku'nda bazı yazarlar⁵⁴¹, yabancı unsurlu sözleşmeler ile milletlerarası unsurlu sözleşmeleri aynı anlamda kullanmaktadırlar. Buna karşılık, diğer bazı yazarlar⁵⁴² ise milletlerarası unsurlu sözleşmenin, yabancı unsurlu sözleşmeye nazaran daha dar kapsamlı olduğunu ifade etmektedirler. Yabancılık unsuru, uyuşmazlığa bakacak yetkili mahkeme tarafından belirleneceği için nisbî bir kavram olarak görülmektedir⁵⁴³. Milletlerarası unsur ise daha somut ve objektif bir kavram şeklinde tarif edilmektedir. Dolayısıyla, bu iki kavram farklı anlamlar ifade etmektedir⁵⁴⁴.

Farklı hukuk sistemlerinde bir sözleşmeyi milletlerarası unsurlu olarak nitelendiren farklı kriterler⁵⁴⁵ ele alınmaktadır⁵⁴⁶. Öncelikle, yabancılık unsurunda olduğu gibi, sözleşmede yer alan kişisel ve coğrafi unsurlara bakılmaktadır. Bu anlamda, sözleşmenin taraflarının farklı vatandaşlıklara veya yerleşim yerlerine veyahut mutad meskenlere ya da işyerlerine sahip olması halinde sözleşme, milletlerarası unsurlu kabul edilmektedir⁵⁴⁷. Aynı zamanda, sözleşmenin yapıldığı yer ya da ifa yerinin veya ödeme yerinin veyahut sözleşme konusu olan malın yabancı bir ülkede bulunması da sözleşmeye bu unsuru kazandırmaktadır⁵⁴⁸. Diğer yandan, yabancılık unsurunda farklı olarak, sözleşmenin milletlerarası unsurlu sayılabilmesi için forum ülkesi dışında bir ülke ile bağlantılı olması yeterli değildir. Bunun yanında, sözleşmenin objektif unsurları itibarıyla birden çok ülke ile bağlantılara sahip olması gerekmektedir⁵⁴⁹.

⁵⁴⁰ ULUOCAK, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 3.

⁵⁴¹ NOMER, s. 5; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 352; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 26; AKINCI Z., **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 3.

⁵⁴² ÖZDEMİR KOCASAKAL, “Yabancılık Unsuru”, s. 938; ÖZDEMİR KOCASAKAL, **Elektronik Sözleşme**, s. 116; EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, s.58 vd.; Ekşi, “Yabancılık Unsuru”, s. 3; AYGÜL Musa, “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 3-4, 2001, s. 234.

⁵⁴³ ULUOCAK, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 3; EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, s. 57.

⁵⁴⁴ Bu konuda bkz., DEMİRKOL, ss. 96-97.

⁵⁴⁵ Bu kriterler için bkz., NYGH Peter, **Autonomy in International Contracts**, Oxford, 1999, ss. 51-55; ALİBABA Arzu, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005, ss. 6-19.

⁵⁴⁶ TİRYAKİOĞLU, s. 6; DELAUME, G. R., “What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 28, 1979, s. 259.

⁵⁴⁷ NYGH, ss. 48-49.

⁵⁴⁸ NYGH, s. 50.

⁵⁴⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, “Yabancılık Unsuru”, s. 930.

Milletlerarası unsurun varlığının her somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵⁰. Bu bağlamda, tarafların aynı vatandaşlığa, yerleşim yerine, mutad meskene ya da işyerine sahip olmasına rağmen, kişisel ve coğrafi unsurlardan farklı olarak sözleşme milletlerarası unsurlu sayılabilmektedir. Kişisel ve coğrafi unsurların iç hukuka ait olmasına karşılık, taraflardan her birinin ya da sadece birinin yurtdışı kaynaklı bir şirketin yan kuruluşu ya da temsilci olması halinde de aradaki sözleşmenin milletlerarası unsurlu sayılması gerekmektedir⁵⁵¹. Ayrıca, taraflarından birinin ihraç kapasitesinin yüksek olması da sözleşmeyi milletlerarası unsurlu hale getirebilmektedir⁵⁵². Bu nedenle önemli olan, sözleşmenin sınır ötesi ekonomik sonuçlar doğurup doğurmamasıdır⁵⁵³. Dolayısıyla, Uluslararası ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmeler, milletlerarası unsurlu sözleşmeler olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁴. Dolayısıyla, sözleşme yabancılik unsuru taşımasına gerek olmaksızın sadece ekonomik karaktere göre milletlerarası unsurlu sözleşme sayılabilmektedir⁵⁵⁵.

Yukarıda genel ve soyut olarak ifade edildiği üzere, navlun sözleşmesi taşıyanın, taşıtanın ödeyeceği belirli bir ücret karşılığında, eşyayı deniz yoluyla bir yerden başka bir yere taşıma taahhüdü altına girdiği sözleşmelerdir. Navlun sözleşmesinin taraflarından taşıyanlar genellikle büyük ve orta ölçekli şirketlerdir. Dolayısıyla, şirket ortaklarının yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması halinde navlun sözleşmesi milletlerarası unsurlu sözleşme olarak kabul edilebilmektedir. Ayrıca, navlunun ödeme yerinin başka bir ülkede olması, sözleşmenin taraflarının yabancı sermayeli bir şirket olması da navlun sözleşmesini milletlerarası unsurlu hale getirmektedir.

Diğer yandan, bu kriter kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamının belirlenmesi açısından yeterli değildir. Zira, MÖHUK madde 1 itibarıyla, uygulanacak hukukun tespiti için hukuki ilişkinin ya da işlemin yabancı unsurlu olması gerektiği ifade edildiği için, hükmün

⁵⁵⁰ DELAUME, s. 262.

⁵⁵¹ DELAUME, s. 263.

⁵⁵² DELAUME, s. 263.

⁵⁵³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, "Yabancılik Unsuru", s. 930; AKINCI Z., **İnşaat**, s. 9; ŞANLI Cemal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1986, s. 117 (Tahkim).

⁵⁵⁴ NYGH, s. 53.

⁵⁵⁵ TIRYAKIOĞLU, s. 7.

lafzından milletlerarası unsurun aranmayacağı kabul edilmektedir⁵⁵⁶. Ayrıca, aksinin kabulü halinde, kişisel ve coğrafi unsurlar açısından yabancı unsurlu sayılan sözleşmelerin, ekonomik etkileri bakımından birden fazla ülke ile bağlantılı olmadıkları gerekçesiyle milletlerarası unsurlu sayılamayacağı söylenebilir. Bu durumun, MÖHUK'un uygulama alanını daraltacağı da ifade edilmektedir⁵⁵⁷. Diğer unsurlarıyla iç hukuka ait olan bir sözleşme sadece ekonomik menfaati ilgilendirdiği için MÖHUK'un kapsamına dahil edilmesinin de somut olayın şartlarına göre mümkün olabileceği kanısındayız. Dolayısıyla, bir sözleşmenin yabancılik unsuru taşıyıp taşımadığının tespitinde ilgili sözleşmenin niteliğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁵⁵⁸.

Bu bağlamda, milletlerarası unsur ve yabancılik unsuru arasında ayırımın teoride bir anlam ifade etmeyeceğini de söyleyebiliriz. Zira, yabancılik unsuru MÖHUK'ta tanımlanmamıştır. Bu nedenle, halin şartları uyarınca her sözleşmenin özelliğine göre yabancılik unsurunun yorumlanmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Kanımızca, burada tek kriter ilgili hukuki işlem ya da ilişkinin bir veya birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olup olmadığıdır. Hangi unsur ya da unsurların yabancı hukuk düzeni ile ilişkili olduğu takdirde yabancı unsurlu sayılacağı somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerektiği kanısındayız.

D. Atıf (Renvoi)

Hâkimin kanunlar ihtilafı kuralları, yabancı unsurlu uyumsuzluğa uygulanacak hukukun sadece maddi hukuk hükümlerinin tatbikine cevaz verebileceği gibi, o yabancı hukuku bir bütün içinde ele alarak kanunlar ihtilafı kurallarının da uygulanacağını; diğer bir deyimle atfı da kabul edebilmektedir. Atfın kabulü halinde, yabancı hukuk, başka bir yabancı hukuku yetkili görürse devam atfı; üçüncü bir yabancı hukuku yetkili görür ise iade atfı söz konusu olmaktadır⁵⁵⁹. Genellikle atfın kabulü veya reddi hususunda ulusal kanunlarda hükümler yer almaktadır. Ancak, kanunda açık ya da örtülü herhangi bir hükmün bulunmaması halinde; ilgili kanunlar ihtilafı kuralının lafzı ve ruhu dikkate alınarak atfın

⁵⁵⁶ Demirkol, yabancılik unsurdan ziyade, milletlerarası unsurun esas alınması gerektiğine ilişkin görüşün yerinde olmadığını ifade etmektedir. Bu konudaki gerekçeleri için bkz., DEMİRKOL, ss. 99-100.

⁵⁵⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, "Yabancılik Unsuru", s. 938.

⁵⁵⁸ DEMİRKOL, s. 103.

⁵⁵⁹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., NOMER, ss. 141-156; ÇELİKEL/ERDEM, ss. 111-138; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, ss. 44-46; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, ss. 51-58; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, ss. 179-190; DICEY/MORRIS I, ss. 70-87; O'BRIEN, ss. 133-143; COLLIER, ss. 20-26; CLARKSON/HILL, ss. 34-43; FAWCETT/CARRUTHERS, ss. 57-73; ÇELİKEL Aysel, "Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda 'Atıf' Prensiplerinin Uygulanması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 3, Sayı 2, 1983, ss. 1-4.

yapılıp yapılamayacağı belirlenmektedir⁵⁶⁰.

Yabancı unsurlu navlun sözleşmesine uygulanacak hukuk tespit edilirken atıf yapıp yapılamayacağı hususunda ise MÖHUK'ta herhangi bir özel hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla, genel hükümlere başvurmak gerekmektedir. Bu doğrultuda, MÖHUK madde 2/III uyarınca, uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınacağı ve bu hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlamaktadır. Böylelikle, Türk Hukuku'nda kişiler ve aile hukuku alanında hem hâkimin hukukuna, hem de yabancı hukuka yapılan atıflar geçerlidir. Atfın uzayarak herhangi bir şekilde hukuki karışıklığı engellemesi amacıyla ise sadece birinci dereceden atıf kabul edilmektedir⁵⁶¹.

Diğer yandan, MÖHUK madde 2/IV itibarıyla, uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde de taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Bu hüküm, Borçlar Hukuku'nda kabul edilen irade özgürlüğünün bir uzantısıdır⁵⁶². Dolayısıyla, diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi yabancı unsurlu navlun sözleşmesinde de hukuk seçiminin yapıldığı hallerde, taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılmadığı takdirde, seçilen yabancı hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacağı ifade edebilir. Ancak, sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin taraflarca yetkili hukukun belirlenmediği durumlarda objektif bağlama noktasının gösterdiği yetkili yabancı hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacağı söylenebilir. Bu nedenle, Türk Hukuku'nda sözleşmelere ilişkin atfın reddi ya da kabulü, hukuk seçimi yapıldığı hallerde, tarafların iradesine bırakılmaktadır.

II. NAVLUN SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİNDE İRADE SERBESTİSİ

İrade serbestisi taraflara, sözleşmeyi serbest iradeleri ile kendi sorumlulukları altında düzenleyebilme yetkisi bahşetmektedir⁵⁶³. Sözleşmeler hukuku alanında, çoğu zaman taraf menfaati ön planda olduğu için irade serbestisi temel prensiplerden biri olarak kabul

⁵⁶⁰ NOMER, s. 155; DICEY/MORRIS I, s. 74; TİRYAKİOĞLU, s. 86; SPIRO Erwin, "The Proper Law of The Contracts and Renvoi: Further Comments on the Amin Rasheed Shipping Case", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, No 1, 1984, s. 202.

⁵⁶¹ ÇELİKEL, s. 2.

⁵⁶² NOMER, s. 147.

⁵⁶³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 503.

edilmektedir⁵⁶⁴. Bunun sebebi ise bu alanda emredici kurallardan ziyade, tamamlayıcı ve yorumlayıcı kuralların yer almasıdır⁵⁶⁵. Böylelikle, irade serbestisi sözleşmenin hukuki kaderinin belirlenmesini sağlamakta ve onun tabi olduğu kurallar bütününe öngörülebilmesine imkân sunmaktadır⁵⁶⁶. Nitekim, milletlerarası ticaretin ihtiyaçları da bunu gerektirmektedir⁵⁶⁷.

A. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestisi

Maddi hukuktaki irade serbestisi ile milletlerarası özel hukukta kabul edilen irade serbestisi birbirinden farklı kavramlar olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁶⁸. Maddi hukukta irade serbestisi, kanunun izin verdiği ölçüde, sözleşmeye tarafların müdahalesini öngörmektedir. Milletlerarası özel hukukta ise taraflarca belirlenen yetkili yabancı hukukun, emredici hükümleri ve diğer sınırlayıcı hususları ile sözleşmeye tatbik edilmesi şeklinde tezahür etmektedir⁵⁶⁹. Dolayısıyla, milletlerarası özel hukukta irade serbestisi sözleşmeye uygulanacak hukuk açısından bağlama noktası şeklinde karşımız çıkmaktadır.

Bu bağlamda, milletlerarası özel hukukta irade serbestisi tarafların borç doğuran sözleşmeleri belirli bir devlet hukukuna tabi kılabilmelerini ifade etmektedir⁵⁷⁰. Birçok hukuk düzeninde, taraflara sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırma imkânı, özellikle ticari sözleşmeler açısından, pratik kolaylıklar nedeniyle tanınmaktadır. Öncelikle, milletlerarası özel hukukta, tarafların kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyabilecekleri faraziyesine dayanarak taraf iradesine bu şekilde bir anlam yüklenmektedir⁵⁷¹. Bu sayede, tarafların

⁵⁶⁴ TİRYAKİOĞLU, s. 19.

⁵⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ I, s. 24.

⁵⁶⁶ TİRYAKİOĞLU, s. 19; GÜNGÖR Gülin, "Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı", **AÜHFD**, Cilt 51, Sayı 1, 2002, s. 36 ("Elektronik Akit").

⁵⁶⁷ WYATT Derrick, "Choice of Law in Contract Matters. A Question of Policy", **The Modern Law Review**, Vol. 37, No 4, 1974, ss. 411-412.

⁵⁶⁸ Bu konuda bkz., DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 345; SCHÖNENBERGER W., "Devletler Hususi Hukuku'nda Âkit Taraflarca Yetkili Kanununun Seçilmesi", çev.: GÖĞER Erdoğan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, Ankara 1966, s. 304.

⁵⁶⁹ ŞANLI, **Tahkim**, s.108; EKŞİ, "Incorporation", ss. 264-265.

⁵⁷⁰ NOMER, s. 307; ÇELİKEL/ERDEM, s. 318; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 349; ŞANLI, **Tahkim**, s. 108; EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, s. 91; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 345; SARGIN, s. 187; TARMAN, s. 149; DOĞAN Vahit, "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 15, Sayı 1-2, 1995, s. 22. ("Zayıf Âkit Taraf"); THOMSON A., "Different Approach to Choice of Law in Contract Law", **Modern Law Review**, Vol. 43, No 6, 1980, s. 651; BRAND A. Ronald, "Balancing Sovereignty and Party Autonomy in Private International Law: Regression at the European Court of Justice", **University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series**, Year 2005 Paper 25, s. 2.

⁵⁷¹ TİRYAKİOĞLU, s. 28; TEKİNALP Gülören, "Akdî İlişkide Uygulanacak Hukuk: MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 5, Sayı 1, 1985, s. 28 ("Zımnî Hukuk Seçimi").

bildikleri ve kendilerini yakın hissettikleri hukukun uygulanmaları sağlanabilmektedir⁵⁷².

Ayrıca, taraflara yabancı unsurlu bir sözleşmenin hangi hukuka tabi olacağını belirleme imkânı tanınarak hukuki kesinliğe de hizmet edilmektedir. Zira, hukuk seçiminin yokluğu halinde, özellikle sözleşme ile daha sıkı ilişkinin tespiti gibi hâkimin takdir yetkisine bırakılan durumlarda, farklı kararlar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, aynı tip uyuşmazlıklarda farklı hukukların uygulanması, bir yandan karar ahengini bozabilmekte; diğer yandan düzen menfaatini zedeleyebilmektedir⁵⁷³.

Son olarak, taraflar hukuk seçiminde buldukları takdirde, hâkimin uygulanacak hukuku araştırmasına gerek kalmamaktadır. Sadece yapılan hukuk seçimi anlaşmasının kanunlar ihtilafı kurallarına uygunluğu incelenmektedir. Böylelikle, taraflara hukuk seçimi imkânının tanınması, sözleşme ile ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinde kolay, pratik ve hızlı bir çözüm sağlamaktadır⁵⁷⁴. Bu bağlamda, özel hukukun diğer dallarına kıyasla, milletlerarası özel hukuk açısından kabul edilen irade serbestisinin farklı anlam ve amacı mevcuttur. Dolayısıyla, navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti açısından da irade serbestisi önem kazanmaktadır.

1. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestisinin Sınırları

İrade serbestisinin maddi hukuktan farklı olarak tanımlanması sebebiyle, bu konuda getirilen sınırlamalar da milletlerarası özel hukuka özgü sebeplerden kaynaklanmaktadır⁵⁷⁵. Hukuk seçimi ile sözleşme, ulusal hukuklarda yer alan maddi hukukun emredici hükümlerinden ve iç hukukta kabul edilen kamu düzeni anlayışından ayrı olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, Borçlar Hukuku'nda benimsenen genel geçerlilik sebepleri dışında, milletlerarası özel hukuka ait birtakım münferit sebeplerin varlığı, hukuk seçimi anlaşmasının tamamen ya da kısmen hüküm ve sonuçlarını doğurmasını engellemektedir. Bu sınırlamalar, bazı durumlarda taraf; bazı durumlarda ise düzen menfaatinin korunması amacıyla getirilmektedir.

⁵⁷² DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, ss. 345-346; NORTH Peter M., "Reform, But Not Revolution : General Course On Private International Law", *Recueil des Cours*, Vol. 166, 1980, s. 153.

⁵⁷³ NYGH, ss. 2-3.

⁵⁷⁴ COOK Walter Wheeler, "The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws", *Yale Law Journal*, Vol. 23, No 5, 1924, s. 457.

⁵⁷⁵ Hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukuk hakkındaki görüşler için bkz., DEMİR GÖKYAYLA Cemile, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmesi)*, 2. Bası, İstanbul, 2013, ss. 293-298.

Sözleşme statüsü her zaman tüm unsurları ile sözleşmeye uygulanamamaktadır⁵⁷⁶. Milletlerarası özel hukuka özgü kamu düzeni müdahalesi ve özellikle, müdahaleci kuralların söz konusu olduğu durumlarda forum ülkesinin hukuk anlayışına ve düzenlemelerine bakılmaktadır. Bu husus da milletlerarası özel hukukta irade serbestisinin sınırlarından⁵⁷⁷ biri olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁷⁸.

Diğer yandan, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmadığı bazı sistemlerde dahi sözleşmeye uygulanacak hukuk, bağlama noktası taraflarca kararlaştırılarak tespit edilebilmektedir⁵⁷⁹. Örneğin, sözleşmelerde bağlama noktasının akdin ifa yeri olarak belirlenmesi halinde, taraflar sözleşme özgürlüğü kapsamında bu yeri diledikleri gibi belirleyerek dolaylı olarak hukuk seçimi yapabilmektedirler. Buna karşılık, sözleşmenin içeriğine ve amacına en uygun hukuk sisteminin, sadece taraflarca belirlenebileceği faraziyesi sebebiyle, çoğu hukuk sisteminde hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır⁵⁸⁰. Ancak, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebilmeleri için sözleşmenin taraflarının eşit konumda olmaları gerekmektedir. Dolayısıyla, iş sözleşmeleri ile tüketici sözleşmelerinde milletlerarası

⁵⁷⁶ Bazı hukukçulara göre, milletlerarası özel hukukta irade serbestisi ulusal hukuklara tabidir. Dolayısıyla, iç hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, yabancı unsurlu sözleşmelerde de hukuk seçimine ilişkin taraf iradesinin herhangi bir ulusal hukuka tabi kılınması gerektiği savunulmaktadır. Bu durumun da kısır bir döngüye neden olduğu ifade edilmektedir. Bu doğrultudaki görüşler hakkında bkz., ULUOCAK, **Kanunlar İhtilafı**, s. 156; BEALE Joseph H., “What Law Governs the Validity of a Contract”, **Harvard Law Review**, Vol. 23, 1910, s. 260; MANN F. A., “Proper Law and Illegality in Private International Law”, **British Yearbook of International Law**, Vol. 18, 1937, s. 97.

Ancak, günümüzde hangi şartlar altında hukuk seçiminin tanınacağını belirlemek gerektiği kabul edilmektedir. Zira, tarafların bu yönde yaptıkları anlaşma maddi sözleşme hükümlerinden bağımsız ve kendine özgü olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk ile hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukukun ayrı ayrı belirlenmesi gerekmektedir. Bu görüş için bkz., ŞANLI, **Tahkim**, s. 110; NYGH, s. 13; THOMSON, s. 651; SARGIN, s. 205; EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, s. 91; TİRYAKİOĞLU, s. 25; DEMİR GÖKYAYLA, s. 294; PIERCE David, “Post-Formation Choice of Law in Contract”, **The Modern Law Review**, Vol. 50, No 2, 1987, s. 192.

⁵⁷⁷ Çilingiroğlu, irade serbestisinin sonucu olarak ortaya çıkan hukuk seçiminin sınırlandırılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, irade serbestisi temelde tarafların kendilerine tanınan serbestiyi menfaatlerine uygun olarak kullanacağı faraziyesine dayandığı için hem hukuk seçimini kabul etmenin hem de bunu sınırlandırmanın tutarsızlık olacağını ifade etmektedir. Çilingiroğlu, s. 107.

Kanımızca, bu iddianın kabulü mümkün değildir. Zira, özel hukukun diğer alanlarında da irade serbestisi kabul edilmektedir. Ancak, hukuk; bireyleri kendi rızalarından dâhi korumaktadır. Dolayısıyla, hukuk seçimini tamamen tarafların keyfi uygulamalarına bırakmak, özellikle sözleşmenin taraflarının eşit olmadığı durumlarda menfaat dengesini sarsabileceği söylenebilir.

⁵⁷⁸ EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, s. 95; DICEY/MORRIS II, ss.1215-1217; RÜHL Giesela, “Party Autonomy In The Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, **Comparative Law & Political Economy Research Paper Series**, Vol.3, No 1, 2007, s. 9; THOMSON, s. 659; PIERCE, s. 179; AKINCI Ziya, “Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Yıl:22, Sayı:2, 2002, s. 2. (“Bağlantılı Yetki Koşulu”)

Günümüzde müdahaleci kurallar ile kamu düzeninin bu şekilde taraf iradesine müdahale etmesi eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, her devletin kendi çıkarlarının yoğunluğu ölçüsünde, sosyal ve ekonomi politikalarını yabancı unsurlu hukuki ilişki ve olaylara teşmil etmesi, ulusal ve uluslararası alanlar arasındaki sınırı belirsizleştirmektedir. Bu konuda bkz., WATT Horatia Muir, “ ‘Party Autonomy’ ” in **International Contracts: From the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance**”, **European Review of Contract Law**, Vol. 6, Issue 3, 2010, s. 262.

⁵⁷⁹ Bu konuda bkz.; KUIPERS Jan-Jaap, **EU Law and Private International Law The Interrelations in Contractual Obligations**, London, 2011, s. 50.

⁵⁸⁰ EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, s. 92; RÜHL, ss. 32-33.

özel hukukta menfaat dengesinin sağlanması amacıyla, tarafların iradeleri sınırlandırılmaktadır. Zira, işçinin mutad işyeri hukuku ile tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümleri uyarınca, işçi ve tüketicinin sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla hukuk seçimine cevaz verilmektedir⁵⁸¹. Bu husus da bazı sözleşmeler açısından irade serbestisinin sınırını oluşturmaktadır.

İrade serbestesinin bir diğer sınırı ise hukuk seçimi anlaşmasının nisbî karakterinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, tarafların aralarında yaptığı hukuk seçimi kural olarak, üçüncü kişiler açısından bağlayıcı değildir. Zira, hukuk seçimi anlaşması nisbî karakterdedir.

İrade serbestisinin milletlerarası özel hukuktaki sınırlarından biri de yabancılık unsuru bulunmayan sözleşmelerde tarafların hukuk seçiminde bulunup bulunamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır⁵⁸². Tüm unsurlarıyla iç hukuka ait sözleşmelerde milletlerarası özel hukuk anlamında hukuk seçiminde bulunulamayacağı görüşünderiz. Zira, bu tür sözleşmeler MÖHUK'un uygulama alanı dışındadır.

2. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestisi ile Borçlar Hukuku Anlamında Sözleşme Özgürlüğü Arasındaki Farklar

Taraflarca yabancı unsurlu sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebilme imkânı, kimi yazarlarca sözleşme özgürlüğünün milletlerarası özel hukuktaki yansıması olarak görülmektedir⁵⁸³. Sözleşme özgürlüğünün ise birkaç yönü mevcuttur⁵⁸⁴: (i) Sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü (ii) Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü (iii) Sözleşmenin konusunu istenen biçimde düzenleme ve buna bağlı olarak sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü (iv) Şekil özgürlüğü (v) Sözleşmede değişiklik yapma ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü. Anayasa madde 48 ile teminat altına alınan bu özgürlük, TBK madde 26

⁵⁸¹ İrade serbestisine rağmen, tüketici ve işçinin milletlerarası özel hukukta korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., DOĞAN, *İş Akdi*, ss. 58-77; GÜNGÖR GÜLİN, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara, 2000, ss. 74-90 (Tüketici); ELÇİN DOĞA, *Milletlerarası Unsurlu bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 2012, 89-104.

⁵⁸² Bu unsurun irade serbestisinin sınırı olduğu hakkında bkz., ZHANG Mo, "Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law", *Emory International Law Review*, Vol. 20, 2006, s. 512.

⁵⁸³ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 349; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 345; THOMSON, s. 650; PIERCE, s. 178; WATT, s. 260; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, "Devletler Hususi Hukukunda, Tarafların Sukutu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Hukuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 21, Sayı 1-4, ss. 363'te dipnot 24'teki yazarlar.

⁵⁸⁴ OĞUZMAN/ÖZ I, ss. 24-28; EREN, ss. 16-17; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 503.

itibarıyla tekrar zikredildikten sonra; madde 27 ile sözleşme yapma özgürlüğü, kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına, ahlaka, kamu düzenine aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler ile sınırlandırılmaktadır. Çoğu hukuk düzeninde de sözleşme özgürlüğü sınırlı bir serbestlik ifade etmektedir. Ayrıca, taraflar arasında kaçınılmaz olarak eşitsizliğe neden olması ve standart form sözleşmelerinin çoğalmasından dolayı bugün için sözleşme özgürlüğünün anlamını yitirdiği de ileri sürülmektedir⁵⁸⁵.

Diğer yandan, iç hukuka özgü bu ilkenin, milletlerarası özel hukukun temel ilkelerinden biri olamayacağı haklı olarak ifade edilmektedir⁵⁸⁶. Zira, milletlerarası özel hukuk anlamında taraflara tanınan hukuk seçimi yapma hakkı, iç hukuktaki sınırlamalardan bağımsızdır⁵⁸⁷. İç hukuka ilişkin bir sözleşmenin geçerliliği ya da geçersizliği hukuk seçimini etkilememektedir. Hukuk seçimi yapma serbestisi kendine özgü geçerlilik sebeplerine ve sınırlarına tabidir. Bu nedenle, yabancı unsurlu sözleşmelerde taraflara bağlama noktası tesis etme özelliği tanınarak ehliyet, şekil ve zamanaşımına ilişkin hususlar hariç olmak üzere, sözleşme seçilen hukukun emredici ve tamamlayıcı kurallarına tabi kılınmaktadır⁵⁸⁸. Dolayısıyla, sözleşme serbestesi kanunlar ihtilafı hukukunun temel ilkelerinden biri olmaktan çok uzaktadır. Sadece bir iç hukuk ilkesi olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁸⁹.

B. Milletlerarası Özel Hukuk Anlamında Navlun Sözleşmesi İtibarıyla İrade Serbestisi

Genel olarak sözleşme tiplerinde kabul edildiği gibi, navlun sözleşmelerinde de hukuk seçiminin varlığı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, irade serbestisinin varlığı milletlerarası özel hukuk kapsamında navlun sözleşmeleri açısından da benimsenmektedir. Keza, MÖHUK madde 29/I uyarınca, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerinin tarafların seçtikleri hukuka tabi olacağı hükme bağlanmaktadır. MÖHUK'ta iş sözleşmesi ile tüketici sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin aksine; hukuk seçimine ilişkin zayıf tarafın korunması

⁵⁸⁵ THOMSON, s. 650; JOHNS Fleur, "Performing Party Autonomy", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, No 3, 2008, s. 245.

⁵⁸⁶ TIRYAKIOĞLU, s. 20; DEMİR GÖKYAYLA, ss. 290-291.

⁵⁸⁷ NOMER, s. 308; ÇELİKEL/ERDEM, s. 322.

⁵⁸⁸ NOMER, s. 308; ÇELİKEL/ERDEM, s. 322; ŞANLI, *Tahkim*, s. 108; DEMİR GÖKYAYLA, s. 289; TARMAN, s. 147; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 17; DOĞAN, "Zayıf Âkit Taraf", s. 23.

⁵⁸⁹ DEMİRKOL, s. 72.

amacıyla getirilen sınırlamalar⁵⁹⁰, eşya taşıma sözleşmelerinde yer almamaktadır. Ancak, tüketici sözleşmesindeki tüketiciye, iş sözleşmesindeki işçiye kıyasla daha az oranda olsa da navlun sözleşmesinde taşıtanın, sözleşmenin tam ve gereği gibi ifa edilmesindeki menfaati taşıyana göre daha fazladır. Zira, taşıtanın ekonomik kaderi büyük ölçüde taşıyana bağlıdır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinin taraflarından taşıyan, taşıtana göre daha üstün konumdadır⁵⁹¹.

İç hukukta menfaat dengesini bozan bu üstünlük, milletlerarası özel hukukta hukuk seçimine ilişkin iş ve tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi herhangi bir sınırlandırmayı gerektirmemektedir. Bu hususun en büyük sebeplerinden biri, iş sözleşmesinde işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin, navlun sözleşmesinde taşıyan ve taşıtan arasında söz konusu olmamasıdır. Ayrıca, taşıtanın ifa menfaati eşyanın en ucuz ve kolay yoldan boşaltma limanına taşınarak, gönderilene zilyetliğinin devredilmesidir. Deniz ticaretinin geliştiği ilk dönemlerde taşıtanın ekonomik kaderinin taşıyanın elinde olmasına karşılık; taşıyanın sorumluluğunun da oldukça daraltılabilmesi ya da ortadan kaldırılabilmesi, navlun sözleşmesinde tarafların irade serbestisini tartışılır hale getirmekteydi. Bu durum, tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi, ekonomik gücün ve dolayısıyla pazarlık gücünün taşıyana göre daha fazla olan taşıtanın korunmasını gerektirmekteydi. Dolayısıyla, taşıyanın sorumluluğuna ilişkin emredici nitelikte düzenlemeler yapılma zorunluluğu ortaya çıkmaktaydı.

Bu amaçla, taşıyanın özellikle eşyaya özen gösterme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde; gerek ulusal, gerekse de uluslararası düzenlemelerde (La Haye/Visby Kuralları, Hamburg Kuralları, Rotterdam Kuralları) taşıyanın sorumluluğunun daraltılmasını ya da ortadan kaldırılmasını yasaklayan hükümler getirilerek, navlun sözleşmesinde menfaat dengesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Belirtilen gaye doğrultusunda, öncelikle emredici nitelikteki uluslararası düzenlemelerin, aynı zamanda ulusal hukuklara da mal edilmesi ile

⁵⁹⁰ Doğan'a göre, taraflardan birinin zayıf durumda olduğu sözleşmeler açısından irade serbestisine getirilecek sınırlamalar, her sözleşme tipine göre farklılık göstermektedir. Bu anlamda, hukuk seçiminin yasaklanması ve hukuk seçiminin sınırlandırılması olmak üzere iki tip sınırlama öngörmektedir. Hukuk seçiminin sınırlandırılması da hukuk seçimi serbestisinin belirli bir hukuk düzeni ile sınırlandırılması veya seçilen hukuk düzeni ile objektif akit statüsünün emredici hükümlerinin yararlılık (uygunluk) karşılaştırılması yoluyla sınırlandırılması olmak üzere iki şekilde ifade edilebileceğini belirtmektedir. DOĞAN, "Zayıf Akit Taraf", s. 25.

⁵⁹¹ ÜLGENER Fehmi, "Çarter Mukavelelerinde Tarafların Uygulanacak Hukuku Belirlemeleri", **BATIDER**, Cilt XVIII, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 1995, s. 97. ("Uygulanacak Hukuk")

taşıtan ve özellikle taşınan eşyanın malikleri azami ölçüde korunmaya çalışılmaktadır⁵⁹². Milletlerarası özel hukukta ise bu koruma kamu düzeni müdahalesi ile sağlanmaktadır.

Günümüzde modern hayatın ve milletlerarası ticaretin karmaşıklığı ve dinamizmi karşısında, navlun sözleşmesine ilişkin olarak uluslararası kuruluşlarca taraf menfaatini gözeterek standart form sözleşmeler düzenlenmektedir. Önceden hazırlanmış olarak taraflara sunulan bu sözleşmelerle zamandan ve masraftan tasarruf edilmesi amaçlanmaktadır⁵⁹³. Büyük çoğunlukla İngilizce düzenlenen bu sözleşmeler Chamber of Shipping, Baltık Uluslararası Denizcilik Örgütü (BIMCO) gibi büyük kuruluşlarca hazırlanmaktadır. Özellikle Gencon, Baltice ve NYPE gibi sözleşmeler, ekonomik ihtiyaçlar ve mahkeme kararları doğrultusunda sürekli olarak gözden geçirilmektedir. Bu sözleşmelerde, genellikle “Law and Arbitration” başlığı altında seçilen hukuk ve tahkim şartı yer almaktadır.

Hukuk seçiminin yapılması, milletlerarası ticarete tercih edilmekte ve teşvik edilmektedir. Bu husus, taraflara kolaylık sağlamaktadır. Zira, uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi halinde, uyuşmazlık çıktığında yargılamanın hızlı bir şekilde ilerlemesini sağlamaktadır. Bu husus da tarafların menfaatine hizmet etmektedir⁵⁹⁴. Hukuk seçimi, navlun sözleşmeleri açısından da önem taşımaktadır. Navlun sözleşmesinin konusunu ekonomik kazancın temelini teşkil eden, taşıyan için gemi; taşıtan için ise taşınan eşyadır. Taşıyan gemisini sürekli olarak seferden sefere yollamakta ve bu sayede kazanç sağlamaktadır. Taşıtan ise aradaki hukuki ilişkiye istinaden (bu genellikle satım sözleşmesidir) eşyayı belirli bir zaman diliminde gerekli yerlere ulaştırarak, ilgili kişilere teslim etmek zorundadır. Aksi takdirde, hukuki sorumluluğu doğabilmektedir. Dolayısıyla, yargılamanın uzaması, özellikle gemi veya taşınan eşya üzerinde hukuki tedbir uygulanması, taşıyan ve taşıtan aleyhinedir. Hukuk seçimi ise hâkimin bu anlamda hızlı hareket etmesine olanak sağlayacağı için genel olarak milletlerarası ticarete, özel olarak da taşıma hukuku kapsamında navlun sözleşmelerinde tercih edilmesi gereken bir yöntemdir.

⁵⁹² SADIKOV, s. 228.

⁵⁹³ GRUNFELD C., “Reform in the Law of Contract”, *The Modern Law Review*, Vol. 24, No 1, 1961, s. 64.

⁵⁹⁴ DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 345.

C. Türk Hukuku'nda Navlun Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Kapsamında Sübjektif Bağlama Noktasının Tespiti

2675 sayılı MÖHUK yürürlükte iken sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde sadece tek bir düzenleme mevcuttu. Ancak, ticari hayatın gerekleri göz önünde bulundurularak, 5718 sayılı MÖHUK'ta taraf menfaatinin korunması amacıyla bazı tip sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitine ilişkin münferit hükümler yer almaktadır.

Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler de MÖHUK madde 29 uyarınca hükme bağlanmaktadır. İlgili maddenin uygulanma alanı deniz, hava, demiryolu ve kara taşımacılığını kapsamaktadır. Dolayısıyla, MÖHUK madde 29 yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili hukukun tespitinde öncelikli uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu bağlamda, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda sübjektif bağlama noktasına; yani taraf iradesine öncelik verilmektedir. Zira, MÖHUK madde 29/I uyarınca, eşya taşınmasına ilişkin sözleşmelerin tarafların seçtikleri hukuka tabi olduğu hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesi açısından da uygulanacak hukukun tespitinde esas olan hukuk seçimidir. Hukuk seçiminin yokluğu halinde, objektif bağlama kuralına göre yetkili hukuk tespit edilmektedir. Ancak, söz konusu maddede hukuk seçiminin şekli, konusu, zamanı gibi unsurlarına yer verilmemektedir. Bu hususlarda, sözleşmeler açısından genel düzenleme olan MÖHUK madde 24'te hukuk seçimine ilişkin hususlar uygulama alanı bulmaktadır.

1. Hukuk Seçiminin Görünüm Biçimleri

Günümüzde form sözleşmeler halinde akdedilen birçok navlun sözleşmesinde yetki ya da tahkim şartının yanı sıra, hukuk seçimine de yer verilmektedir. Çoğu zaman, yetkili hukuk kararlaştırılmasa da tarafların hangi hukuku seçmiş sayılacağı sözleşmede yer almaktadır. Nitekim, genellikle BIMCO, Barecon charterpartilerde şöyle bir hüküm yer almaktadır: "Bu sözleşme 33. kutuda belirlenen ülkenin hukukuna tabidir. (Eğer 33. kutu boş bırakılmışsa yetkili hukuk İngiliz Hukuku'dur)⁵⁹⁵" şeklinde bir hükme yer verilmektedir⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ "This charter shall be governed by the law of the country agreed in Box 33 (if Box 33 not filled in, English law applies.)"

⁵⁹⁶ BREAKHUS, s. 295.

Böylelikle, her hâlikârda taraflar hukuk seçimi yapmaya sevk edilmektedir. Ancak, hukuk seçimi, esas sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir sözleşmedir. Dolayısıyla, asıl sözleşmenin geçersizliği hukuk seçimi anlaşmasını etkilememektedir. Bu bağlamda, Türk Hukuku'nda yer alan sözleşmenin genel geçerlilik şartlarına ilişkin hususların yanı sıra, MÖHUK madde 24'te belirlenen şartlara uygun olarak tesis edilmesi gerekmektedir.

MÖHUK madde 24 uyarınca, hukuk seçimi ayrı bir inceleme alanını oluşturmaktadır. Çalışmamızın konusu bağlamında, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde hukuk seçimine ilişkin hususlara yer vermeye çalışacağız. Bu kapsamda, özellikle “dercetme” (incorporation) yoluyla ya da “üstünlük kaydı” (paramount clause) ile seçilen hukukun MÖHUK madde 24 itibarıyla geçerli bir hukuk seçimi sayılıp sayılmayacağı tartışılacaktır.

a. Açık Hukuk Seçimi

MÖHUK madde 24/I c. 1 itibarıyla, geçerli bir hukuk seçimi için tarafların irade beyanlarının nasıl olması gerektiği hükme bağlanmaktadır. Bu anlamda, sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Hukuk seçiminin açık olması ile kastedilen, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda hangi devletin hukukunun uygulanması gerektiği hususunda, tarafların yoruma gerek kalmayacak şekilde irade beyanlarını bildirmeleridir⁵⁹⁷. Açık irade beyanının varlığı için tarafların sadece yazılı beyanda bulunmalarına gerek yoktur⁵⁹⁸. Sözlü olarak da taraflar hukuk seçiminde bulunabilmektedirler. Zira, MÖHUK madde 24'te hukuk seçiminin şekline ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Önemli olan husus, hukuk seçiminin doğurduğu sonuçların, tüm unsurlarıyla beraber gerçekleşmesini isteme yönünde tarafların iradelerini net bir şekilde ifade etmesidir. Ancak, açık iradenin varlığı hususunda ortaya çıkabilecek ihtilafları önlemek ve ispat kolaylığı sağlamak açısından hukuk seçiminin yazılı yapılmasında fayda olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, taraflar sözleşme metninden ayrı olarak ya da aynı metin içerisinde karşılıklı irade beyanları ile tesis edecekleri bir anlaşma ile yetkili hukuku belirleyebilmektedirler.

Navlun sözleşmesinde ise genellikle hukuk seçimi, yetki şartı ile birlikte yapılmaktadır. İstisnai olarak ayrı bir kayıt halinde de yapılmaktadır. Genellikle seçilen hukuk

⁵⁹⁷ NOMER, s. 309; ÖZDEMİR/KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşme*, s. 127.

⁵⁹⁸ NOMER, s. 309; GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 555.

da yetkili mahkeme olarak gösterilen devletin hukuku olarak belirlenmektedir⁵⁹⁹. Böylelikle, hâkime uygulanacak hukukun tespitinde ve somut olaya tatbikinde, kolaylık sağlanması amaçlanmaktadır. Zira, hâkimin en iyi bildiği ve olaya en kolay tatbik edebileceği hukuk, kendi hukukudur⁶⁰⁰.

Navlun sözleşmesi açısından özellik gösteren bir başka husus ise uygulanacak hukukun sadece objektif bağlama noktasının kararlaştırılarak belirlendiği durumlardır. Örneğin, navlun sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda; geminin tabi olduğu bayrak kanunu, taşıyanın veya gönderenin işyeri hukuku, yükleme ya da boşaltma yeri hukuku gibi bağlama noktaları tespit edilerek yetkili hukukun ne olduğu kararlaştırılabilmektedir. Ancak, böyle bir hukuk seçimi, tarafları istemedikleri ve hiç ummadıkları hukuk sistemlerine bağlayabilmektedir⁶⁰¹. Dolayısıyla, hukuk seçimi açısından taraf iradelerinin açıklığını tartışılır hale getirmektedir.

Ayrıca, günümüzde navlun sözleşmeleri form sözleşmeler halinde akdedilmektedir. Taşıyan tarafından genellikle önceden ilan edilmiş tarifeler ve genel işlem şartları içeren form sözleşmeler üzerinde kurulmaktadır. Dolayısıyla, bu sözleşmeler genel işlem şartlarının, sözleşmenin diğer tarafı olan taşıyan tarafından kabul edilmesi ile meydana gelmektedir⁶⁰². Bu nedenle, matbu bir şekilde hazırlanan bu form sözleşmeler; taraflar arasındaki menfaat dengesini taraflardan biri lehine değiştirerek, kötü niyetli uygulamaların önünün açılmasına neden olmaktadır⁶⁰³. Nitekim, önceden hazırlanmış olan bu sözleşmelerin düzenlenmesinde rol oynayan taşıyanlar, kendi lehlerine birtakım hükümler düzenleyebilmektedirler. Sözleşmede yer alan hukuk seçimi şartı ile taşıyanın lehine maddi hükümler içeren yabancı hukukun uygulanması kararlaştırılmış olabilir. Ancak, genel işlem şartlarının niteliği gereği

⁵⁹⁹ BREAKHUS, s. 302; PRYLES Michael, "Comparative Aspects of Prorogation and Arbitration Agreements", **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol 25, No 3, 1976, s. 544.

⁶⁰⁰ ŞANLI, **Ticari Akitler**, s. 43.

⁶⁰¹ BREAKHUS, s. 295; COOKE/YOUNG/TAYLOR/KIMBALL/MARTOWSKI/LAMBERT, s. 12.

⁶⁰² Bu konu hakkında bkz., ATAMER Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, İstanbul, 2001, ss. 61-80 (**Sözleşme Özgürlüğü**); ATAMER Yeşim, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, BATIHA E Yayını, Ankara 2012, ss. 12-19. ("Yeni Türk Borçlar Kanunu"); HAVUTÇU Ayşe, **Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, 2001, ss. 71-104; AYDOĞDU Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 13, Sayı 2, 2011, ss. 6-39.

⁶⁰³ GRUNFELD, s. 64.

burada taşıyanın tek taraflı iradesi ile uygulanacak hukukun belirlendiğine dair bir izlenim oluşturulabilmektedir⁶⁰⁴.

Dolayısıyla, genel işlem şartları içerisinde yer alan bir hukuk seçiminin, diğer tarafın bilgisi olduğuna ilişkin bir kaydın bulunması halinde geçerli olacağını kabul etmek gerekmektedir⁶⁰⁵. Böyle bir kaydın yer almaması halinde, örtülü hukuk seçiminin varlığına ilişkin belirti olarak kabul edilebilir⁶⁰⁶. Diğer delillerle desteklendiği takdirde hukuk seçimi sayılabilir. Genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimine ilişkin bu tarzda bir yorum, özellikle navlun sözleşmeleri açısından önem arz etmektedir. Zira, bu sözleşmelerin çoğu genel işlem şartları içeren standart sözleşmelerdir. Hukuk seçimi hususunda taşıtanın dikkatini çekerek menfaatini korumak gerekmektedir. Taşıtanın bu doğrultuda kaydını koymadan hukuk seçimine geçerlilik tanınmanın, Türk kamu düzeni müdahalesi ile de karşılaşabileceği söylenebilir.

Ayrıca, sözleşmelerde yer alan hukuk seçimine ilişkin matbudan ziyade, el yazısı ile yazılı olan kayda öncelik tanınması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁰⁷. Örneğin form halinde akdedilen yabancı unsurlu navlun sözleşmesinde matbu olarak sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Alman Hukuku'nun kararlaştırıldığını farz edelim. Buna rağmen, el yazısı ile sözleşme statüsünün Türk Hukuku olarak değiştirildiğini varsayalım. Kanımızca da el yazısı ile yapılan değişikliğe üstünlük tanınması gerekmektedir. Bu husus iki sebebe dayandırılmaktadır⁶⁰⁸: Öncelikle, sonradan el yazısı ile yapılan değişikliğe öncelik tanınması genel işlem şartları içeren form sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin genel prensiplerin gereği olarak kabul edilmektedir. Zira, özel kelimeler genel kelimelerden önce geleceği (*specialia generalibus derogant*) kabul edilmektedir. İkinci olarak ise el yazılı hüküm, tarafların hukuk seçimi hususunda açık iradelerinin olduğuna ilişkin delil olarak görülmektedir. Ancak, tek başına el yazısı ile yapılan değişikliğin matbu hükme göre üstün kabul edilebilmesi için tarafların her birinin bu değişikliğin yapıldığına dair onayının bulunması gerekmektedir. Bu nedenle, el yazısı ile yapılan değişiklikte birlikte, navlun

⁶⁰⁴ Navlun sözleşmesinin taraflarından taşıyan ve taşıtan çoğunlukla tacirdir. Dolayısıyla, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülükleri mevcuttur. ancak, bu yükümlülüğün hukuk seçimini kapsamayacağı yönündeki değerlendirmeler için bkz., aşa. C. 4. A.

⁶⁰⁵ NOMER, s. 308.

⁶⁰⁶ Burada açık hukuk seçiminin bulunduğu dair görüşler için bkz., DEMİR GÖKYAYLA, s. 321; DEMİRKOL, ss. 182-183.

⁶⁰⁷ BOGGIANO Antonio, "International Standard Contracts: A Comparative Study, *Recueil des Cours*, Vol.170, 1981, s. 64.

⁶⁰⁸ BOGGIANO, s. 64.

sözleşmesinin taraflarından olan taşıyan ve taşıtanın imzalarının bulunması gerektiği görüşündeyiz.

b. Örtülü (Zımnî) Hukuk Seçimi

MÖHUK madde 24/I c. 2 uyarınca hukuk seçiminin açık yapılmasının yanı sıra, sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçiminin de geçerli olacağı hükme bağlanmaktadır. Roma Konvansiyonu'nun kaynaklık ettiği bu hükümde yer alan “veya” ibaresi ile sözleşme hükümleri ile halin şartları unsurlarının somut olayda birlikte aranması ve bu iki unsurun tereddüde yer vermeyecek biçimde hukuk seçimini işaret etmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁰⁹.

Doktrinde, “tereddüde yer vermeme” kıstası üzerinde özellikle durulmaktadır. Kanımızca da haklı olarak, sözleşmede açık ve kesin ifadelerle belirtilmese bile, tarafların iradeleri tereddüde yer vermeyecek şekilde belirli bir hukuk düzenini seçtikleri yönünde tespit edilebiliyorsa bu durumda zaten açık bir hukuk seçiminden bahsedilebileceği kabul edilmektedir⁶¹⁰. Ancak, MÖHUK madde 24/I'de örtülü hukuk seçiminin varlığı için taraf iradelerinin tespitinde “tereddüde yer vermeme” kıstası getirilmektedir⁶¹¹. Böylelikle, kanun koyucunun örtülü hukuk seçimi sayılan halleri sınırlandırmak istediği ifade edilmektedir⁶¹².

“Terreddüde yer vermeyecek şekilde taraf iradelerinin” belirlenmesinde halin şartları ve sözleşme hükümleri esas alınmaktadır. MÖHUK madde 24 uyarınca, hukuk seçiminin yazılı yapılmasının zorunlu olmadığı düşünülecek olursa her zaman için sözleşme hükümlerinden yola çıkmak mümkün gözükmemektedir⁶¹³. Ancak, ilgili hükümde yer alan “halin şartları” ibaresi ile hâkime bu konuda daha geniş yorum yapabilme imkânı tanındığı ifade edilebilir.

Roma Konvansiyonu madde 3/I itibarıyla, halin şartlarından veya sözleşme hükümlerinden makul kesinlikle (reasonable certainty) anlaşılabilir şekilde örtülü hukuk

⁶⁰⁹ DEMİRKOL, ss. 192-193; HILL Jonathan, “Choice of Law in Contract under the Rome Convention: the Approach of the UK Courts”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol 53, No 2, 2004, s. 328.

⁶¹⁰ NOMER, s. 310; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 250; ÖZDEMİR KOCASAKAL, “MÖHUK madde 24”, s. 43.

⁶¹¹ NOMER, s. 310.

⁶¹² NOMER, s. 310.

⁶¹³ HILL, s. 328.

seçiminde bulunulabileceği ifade edilmektedir. Roma I Tüzüğü madde 3/I ile ise örtülü iradenin varlığı için halin şartlarından ya da sözleşme hükümlerinden tarafların hukuk seçimi yapma iradelerinin açıkça anlaşılması (clearly demonstrated) gerektiği belirtilmektedir. Kanımızca, Tüzük'te yer alan ifade "tereddüde yer vermeme" kıstasına göre daha yerindedir⁶¹⁴. Zira, bu ifadesi örtülü hukuk seçimi ile açık hukuk seçimi arasındaki sınırı daha iyi belirleyebilir. Buna rağmen, her iki kavramında subjektif değerlendirmelere açık olduğu söylenebilir.

Aslında, MÖHUK madde 24/I c. 2'de örtülü iradenin varlığı için kısıtlayıcı şart getirilmesindeki asıl amaç gerçek irade ile farazi irade ayrımını yapabilmektir. Dolayısıyla, burada tarafların farazi iradelerinden değil, gerçek iradelerinden hareketle hukuk seçiminin varlığının kabul edileceği sonucuna ulaşılmaktadır⁶¹⁵. Ancak, ilgili madde ile açık hukuk seçimi ile örtülü hukuk seçimi arasındaki farkın belirsizleştiği söylenebilir.

Bunun yanında, örtülü irade ile farazi irade arasındaki farkı da tespit etmek her zaman için kolay olmamaktadır. Hâkim, taraflar akdin kuruluş anında düşünebilselerdi hangi hukukun uygulanmasını isteyeceklerdi ya da objektif olarak sözleşmedeki menfaatler dengesi gereği hangi hukukun uygulanmasının daha iyi olacağını araştırmayacaktır. Örtülü iradenin varlığı araştırılırken, kati ve değişmez kriterler ortaya koyularak keyfi uygulamaların önüne geçilmesi gerekmektedir⁶¹⁶. Bu bağlamda, MÖHUK madde 24/I c. 2 kapsamında sözleşmenin hükümlerinden ya da halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek durumların neler olduğu, her somut olayın özelliklerine göre tespit edilmektedir. Bu süreçte hâkim, iş yaşamına ilişkin belli bazı kurallardan, sözleşmede yer alan ifadelerden ve maddi hukuk terimlerinin ait olduğu hukuk sistemlerinden, taraflar arasında önceden aynı uyumsuzlığa ilişkin yapılan hukuk seçimlerinden, yetki sözleşmesinden, sözleşmenin yapıldığı yer ya da ifa yerinden yararlanabilmektedir⁶¹⁷. Ancak, belirtilen tüm bu hususlar, hukuk seçiminin varlığı

⁶¹⁴ Green Paper'da Roma I Tüzüğü'nde bu ifadenin benimsenmesindeki temel amacın, Konvansiyon'un farklı dillerdeki metinleri arasında oluşan ve örtülü iradenin tespitinde keyfi uygulamaların önünü açabilecek ifadelerin ortadan kaldırılması olduğu belirtilmektedir. **Green Paper, On the Conversion of the Rome Convention of 1980 into a Community Instrument and Its Modernisation** (presented by the commission), 14.01.2003, Brussel, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0654en01.pdf (e.t.: 06.09.2013), s. 23, (**Green Paper**).

⁶¹⁵ Bu konuda bkz., NOMER, s. 310; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 358-360; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 349; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, ss. 250-251; ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 168; ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", s. 44.

⁶¹⁶ PIERCE, s. 177.

⁶¹⁷ DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 348; TARMAN, s. 149; PRYLES, s. 544; BAYATA CANYAŞ Aslı, "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde

konusunda belirtiden öteye geçememektedir⁶¹⁸. Dolayısıyla, bu hususların varlığı başlı başına hukuk seçiminin varlığını ispat edemediği için diğer delillerle desteklenmesi gerekmektedir⁶¹⁹. Hangi hususların ise örtülü hukuk seçimi ya da bu doğrultuda bir belirti olarak kabul edilip edilemeyeceği lex foriye göre belirlenmektedir⁶²⁰.

Navlun sözleşmeleri açısından örtülü hukuk seçimine ilişkin görülen en önemli örnek, yetki ya da tahkim şartına ilişkindir. Hukuk seçiminin açık olarak yapılmadığı bazı durumlarda, yetkili mahkemeden ya da tahkim şartından yola çıkarak dolaylı olarak lex forinin ya da tahkim yeri hukukunun uygulanacak hukuk olduğu yönünde örtülü iradenin ortaya konulduğu anlamına gelmemektedir⁶²¹. Bu durumda, yetki veya tahkim şartının varlığı, hukuk seçimi hususundan önemli bir belirtiden öteye geçememektedir⁶²². Zira, MÖHUK madde 24/I c. 2’de belirtilen örtülü iradeye ilişkin “tereddüde yer vermeme” kıstasını tam anlamıyla karşılayamadığı için diğer delillerle desteklenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, hukuk seçimi yapıldığına dair taraf iradesinin varlığına ilişkin kesin ve inandırıcı bir kanıt niteliğinde değildir⁶²³. Hukuk seçiminin yapıldığına dair iradenin varlığının, diğer delillerle desteklenmesi gerekmektedir. Aksinin kabulü halinde, hukuk seçimi hususunda tarafların farazi iradelerine geçerlilik tanınması sonucunu doğurabilir. Zira, yetki veya tahkim şartının varlığı, tarafların yetkili hukuku belirlediğine dair gerçek iradeyi yansıtmamaktadır. Ayrıca, aynı uyuşmazlık için birden fazla mahkemenin yetkili kabul edildiği durumlarda, hangi mahkemenin hukukunun esas alınacağı belirlenmesi mümkün gözükmemektedir.

Ayrıca, hâkim örtülü hukuk seçimini tespit ederken sözleşmenin geçerliliğini ön planda tutmak durumundadır⁶²⁴. Tarafların navlun sözleşmesini geçersiz kılabilecek maddi hukuk hükümlerini farkında olmadan uygulanacak hukuk olarak kararlaştırdıklarına dair belirtiler mevcut olabilir. Bu durumda, hâkim taraf iradelerini, sözleşmeyi geçerli kılacak

Örtülü Hukuk Seçimi”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1, 2011, s. 112. Ayrıca bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., DEMİRKOL, ss. 198-227.

⁶¹⁸ NOMER, s. 311.

⁶¹⁹ TEKİNALP/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 358.

⁶²⁰ BAYATA CANYAŞ, s. 117.

⁶²¹ TEKİNALP/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 358; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 250-251.

⁶²² TIRYAKIOĞLU, s. 28; DEMİR GÖKYAYLA, s. 325; SADIKOV, s. 233; DICEY/MORRIS, s. 1404.

⁶²³ HANCOCK Stephen/ COLLINS Lawrence/ SMITH Herbert, “Dispute Resolution In International Agreements”, **International Resources Law: A Blueprint For Mineral Development**, Rocky Mountain Mineral Law Special Institute, 29A Special Institute, 1991, ss. 3-4; ASARIOTIS Regina, Contracts for the Carriage of Goods by Sea and Conflict of Laws: Some Questions Regarding the Contracts (Applicable Law) Act 1990, **Journal of Maritime Law and Commerce**, Vol. 26, No 2, April, 1995, s. 297; BOGGIANO, s. 47.

⁶²⁴ NORTH, s. 155; JAFFEY Anthony J. E., “Essential Validity of Contracts in the English Conflict of Laws”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 23, No 1, 1974, s. 5.

ulusal hukukun seçildiği yönünde yorumlamak durumundadır. Örneğin, İngiliz donatan ile Hollandalı taşıtan arasında telefon ve faks görüşmeleri sonucunda, Rotterdam'dan İrlanda'ya eşya taşımak üzere charter sözleşmesi akdedildiğini varsayalım. Bu sözleşmede, muafiyet klozu ile ilgili bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk nasıl çözüme kavuşturulacaktır? Tarafların açıkça hukuk seçiminde bulunmamlarına rağmen, örtülü hukuk seçimine dair belirtiler söz konusu olsun. Donatanın İngiliz, geminin tabiiyetinin İngiltere, İngiliz mahkemelerinin taraflarca yetkili kılındığını; buna karşılık, sözleşmenin Rotterdam'da akdedilmiş, yükleme limanının da Rotterdam'da olduğunu varsayalım. Ayrıca, konişmento da Hollanda'da düzenlenmiş olsun. Charter sözleşmesinde yer alan muafiyet kaydı, Hollanda Hukuku'na göre geçersiz, İngiliz Hukuku'na göre ise geçerli ise uygulanacak hukuk nasıl belirlenmelidir? Objektif bağlama kurallarına göre, belirlenen hukuk gereğince de muafiyet kaydı geçersizse, bu kaydı hukuken ayakta tutmak amacıyla sözleşme hükümleri ve mevcut durumun özellikleri doğrultusunda İngiliz Hukuku tarafların seçtiği hukuk olarak kabul edilebilir. Ancak, bu yönde bir yorum yapılırken, kamu düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanabilen kuralların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Diğer yandan, birçok navlun sözleşmesinin dili İngilizce olarak belirlenmektedir. Bu durumda, sözleşmenin lafzı yorumlanırken oldukça dikkatli olunması gerekmektedir. Daha net bir ifadeyle, sözleşmenin dilinin İngilizce olduğu yargısından hareketle, seçilen hukukun da İngiliz veya Amerikan Hukuku olduğu şeklinde bir yoruma gidilememektedir. Ancak, Anglo-Amerikan Hukuku'na özgü ve Kıta Avrupası'nda karşılığı olmayan kavramların kullanılması hukuk seçiminin yapıldığı yönünde örtülü iradenin ortaya konulduğu anlamına gelebilmektedir. "İlk görünüş delili" kavramı buna örnek gösterilebilir. Nitekim, deniz yoluyla eşya taşımacılığına ilişkin uluslararası düzenlemelerde de yer alan bu kavramın, Kıta Avrupası'nda ve doğal olarak Türk Hukuku'nda tam bir karşılığı yoktur. İngilizce düzenlenen sözleşmelerde bu kavramın kullanılması tek başına belirli bir devletin hukukunun seçildiği anlamına gelebilir⁶²⁵.

Sonuç olarak, belirtilen tüm bu unsurların tek başına taraf iradesinin varlığına dair delil teşkil etmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak, güçlü belirtilerin bir araya gelmesi halinde, hukuk seçiminin varlığında bahsetmek mümkün olmaktadır. diğer delillerle

⁶²⁵ DEMİR GÖKYAYLA, s. 335.

desteklendiği takdirde bu unsurlardan birinin varlığı hukuk seçimi olarak kabul edilebilmektedir. Bu bağlamda, söz konusu unsurların yanı sıra, navlun sözleşmesine özgü olarak, özellikle charter sözleşmelerinde bayrak devleti, varma ve yükleme yeri, taşıyanın işyerinin bulunduğu yer, navlunun ifa yeri hukuk seçiminin varlığına ilişkin güçlü belirti olarak görülebilmektedir⁶²⁶. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinin kendine özgü özelliklerin hukuk seçimine ilişkin belirtilerin tespiti açısından dikkate alınması gerekmektedir.

c. Kısmi Hukuk Seçimi

Genel olarak, diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi, navlun sözleşmesinde de kısmi hukuk seçimi yapılabilmektedir. Zira, MÖHUK madde 24/II uyarınca, taraflara, seçilen hukukun, sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilme imkânı tanınmaktadır. Nomer ve Gökyayla'nın da belirttiği üzere, hukuk seçiminin kısmi olduğunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir⁶²⁷. Bu nedenle, taraflarca açıkça kararlaştırılmadığı müddetçe, kararlaştırılan hukukun tüm sözleşmeye uygulanacağı şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.

İlgili hükümde “kısmı” ifadesi ile kastedilen, aynı sözleşme hükümlerine iki hukuk düzeninin uygulanması değildir⁶²⁸. Zira, bu şekilde bir hukuk seçimi imkânı, sözleşmenin parçalanması sonucunu doğurabilmektedir⁶²⁹. Dolayısıyla, birbirinden içerik olarak ayrılabilir nitelikteki konuların, farklı hukuk sistemlerine tabi kılınabileceği kabul edilmektedir⁶³⁰. İşin niteliği gerektirmedikçe, sözleşmenin hukuki ve ekonomik bütünlüğü ile tarafların karşılıklı hak ve borçları bakımından hukuki ahengin bozulmaması için kısmi hukuk seçiminin tercih edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁶³¹.

Bu bağlamda, kısmi hukuk seçiminin dört şekilde olabileceği öngörülmektedir⁶³². İlk olarak, sözleşmenin farklı (örneğin sözleşmenin kuruluşu ve ifası gibi) aşamalarına, farklı

⁶²⁶ SADIKOV, s. 233.

⁶²⁷ NOMER, s. 313; DEMİR GÖKYAYLA, s. 302.

⁶²⁸ NOMER, s. 307.

⁶²⁹ TIRYAKIOĞLU, s. 25.

⁶³⁰ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 354; TIRYAKIOĞLU, s. 25; SCHÖNENBERGER, s.306; TARMAN, s. 151; AYGÜL, s. 240; ÖZDEMİR KOCASAKAL, “MÖHUK madde 24”, s. 41; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 691.

⁶³¹ Bu yönde bkz., ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, ss. 251-252; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 369; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 353; DEMİR GÖKYAYLA, s. 302; ÇİLİNGİROĞLU, s. 108; ÖZDEMİR KOCASAKAL, “MÖHUK madde 24”, s. 42.

⁶³² Bu konuda bkz., HILL Jonathan/CHONG Adeline, *International Commercial Disputes-Commercial Conflict of Laws in English Courts*, Fourth Edition, Oxford and Portland, Oregon, 2010, s. 517.

hukuk sistemlerinin uygulanacağı kararlaştırılabilmektedir. İkinci olarak, sözleşmenin sadece bir hükmü açısından taraflar farklı hukuk sisteminin egemen olacağını belirleyebilmektedirler. Üçüncü olarak, karma sözleşmelerde edimlere uygulanacak hukukların farklı olacağı hususunda taraflar anlaşmaya varabilmektedirler. Son olarak ise taraflardan her birine ayrı hukuk sistemlerinin uygulanacağı kararlaştırılabilmektedir.

Yabancı unsurlu navlun sözleşmesi açısından kısmi hukuk seçiminde dikkatli davranılması kanaatindeyiz. Navlun sözleşmesi gibi ekonomik ve hukuki açıdan birbiri ile bağlantılı kısımların varlığı karşısında, uygulanacak hukuk açısından sözleşmenin parçalanma imkânının tanınması hukuken elverişsiz sonuçlar yaratabilir. Zira, navlun sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu niteliği nedeniyle, edimler arasındaki karşılıklılık, sözleşmeyi tek bir hukuk düzenine bağlamayı elverişli hale getirmektedir⁶³³. Örneğin, taşıyanın eşyaya özen gösterme ile eşyayı geç teslimden doğan sorumluluğunun farklı hukuk sistemlerine tabi kılınması, hukuken uygun olmayan sonuçlara neden olabilmektedir. Burada, muhtevası gereği birbiri ile bağlı iki hukuki kurum mevcuttur. Keza, gönderenin ihbar külfeti ile taşıyıcının eşyaya özen gösterme sorumluluğu da muhtevaları gereği birbirlerine bağlı unsurlar olduğu için farklı hukuk sistemlerine tabi kılınmaları uygun görülmeyebilir.

Dolayısıyla, yabancı unsurlu navlun sözleşmesi açısından kısmi hukuk seçimi istisnai bir durumdur. Ancak, charter sözleşmelerine ilişkin olarak gemiye ilişkin bazı unsurlar için farklı hukukun uygulanacağı kararlaştırılabilmektedir. Nitekim, geminin hareket vaktine, durak yerlerine, rotasına, eşyanın yüklenmesine ve boşaltılmasına ilişkin kurallar ve direktifler bayrak kanuna tabi kılınmaktadır⁶³⁴. İşin niteliği de bunu gerektirmektedir. Keza, geminin idaresine ve seyre ilişkin unsurlarda esnekliğin sağlanması daha makul görülebilir. Zira, belirtilen hususlar gemiye ilişkin teknik konulardır⁶³⁵. Ayrıca, bazı durumlarda kısmi hukuk seçimi tarafların menfaatine de olabilir. Örneğin, müşterek avaryaya ilişkin hususlara İngiliz Hukuku, sözleşmenin diğer unsurlarına ise Fransız Hukuku'nun uygulanması kararlaştırılabilir. İngiliz Hukuku'nda müşterek avarya uluslararası düzenlemeler bağlamında

⁶³³ Tiryakioğlu'na göre, karma akitlerin parçalanması, basit akitlerin parçalanmasına nazaran daha kolaydır. Böyle bir imkan tanınırken, akdin hukuken ve ekonomik olarak parçalanabilir olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Kısmi hukuk seçiminin pozitif hukukta kabul edilmediği dönemde Tiryakioğlu, kısmi hukuk seçiminin mümkün olduğu kadar sınırlandırılması fikrindedir. Zira, muhteva bakımından ayrılması mümkün olmayan hususların farklı hukuklara tabi kılınmaması gerektiği görüşündedir. Nitekim, böyle bir iddia, sözleşmenin niteliğinden kaynaklanmaktadır. TİRYAKİOĞLU, s. 25.

⁶³⁴ Bkz., Nippon Grain Charter Party, Kayıt 30 (e), <http://www.jseinc.org/document/vcp/nippongrain/nippongrainsample.pdf> (e.t.: 19.06.2013).

⁶³⁵ Bkz., "OREVOY" Charter Party Kayıt 18, ÜLGENER, *Çarter Sözleşmesi*, s. 725.

daha kapsamlı ve ayrıntılı düzenlendiğinden, bu konuda yapılan kısmi hukuk seçiminin tarafların menfaatine hizmet edebileceği düşünülebilir.

d. Şartlı Hukuk Seçimi

Şartlı hukuk seçimine ilişkin MÖHUK'ta genel olarak bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bu durum, şartlı hukuk seçimine cevaz verilmediği anlamına gelmemektedir. MÖHUK madde 24/III uyarınca, hukuk seçiminin sözleşmenin her aşamasında yapılabileceğinin kabulü, şartlı hukuk seçimine de hukuken imkân tanınması sonucunu doğurmaktadır⁶³⁶. Böyle bir hüküm bulunmasaydı dahi, aynı sonuca varmak mümkündür. Zira, taraf serbestisini bu yönde sınırlandırmak hususunda herhangi bir hukuki gerekçe bulunmamaktadır⁶³⁷.

Şartlı hukuk seçimi, geciktirici ya da bozucu şarta bağlı olarak yapılabilmektedir⁶³⁸. Geciktirici şarta bağlı hukuk seçimi yapıncaya kadar şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli değildir. Şartın gerçekleşmesi halinde, taraflarca kararlaştırılan uygulanacak hukukun sözleşmenin kurulma anından itibaren mi, yoksa belirli bir aşamadan itibaren mi geçerli olup olmayacağı, tarafların açık ya da örtülü iradelerinden yola çıkarak tespit edilebilmektedir. Ancak, böyle bir durumda sözleşmenin şeklen geçerliliği ve üçüncü kişinin kazanılmış hakları etkilenmemektedir⁶³⁹. Bozucu şarta bağlı hukuk seçiminde ise şart gerçekleşinceye kadar hukuk seçimi geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Şartın gerçekleşme anından itibaren hukuk seçimi hükümsüz hale geleceği için uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarına göre belirlenmektedir.

Yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde özellikle şartlı hukuk seçimi yetki ya da tahkim kaydına bağlı olarak yapılan hukuk seçimleri şeklinde görülmektedir. Yetki şartına göre davanın açıldığı mahkemenin hukukunun uygulanacağı yönündeki şart, Türk

⁶³⁶ NOMER, s. 309; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 355.

⁶³⁷ PIERCE, s. 176.

⁶³⁸ DEMİR GÖKYAYLA, s. 298.

⁶³⁹ NOMER, s. 314.

Hukuku'nda geçerli kabul edilmektedir⁶⁴⁰. Bu sayede, kolaylığın ve hukuki güvenliğin sağlandığı ifade edilmektedir⁶⁴¹.

Özellikle yetki şartına ilişkin bu husus sözleşmede değişik şekillerde ifade edilmektedir. Seçilen mahkemenin sözleşmenin kuruluşundan itibaren belirli olduğu durumlarda herhangi bir sorun görülmemektedir. Ancak, birden fazla mahkemenin yetkili olduğu ya da yetkili mahkeme belirtilmeyip, sadece dava hangi mahkemede açılacaksa o mahkemenin hukukuna sözleşmenin tabi olacağına kararlaştırıldığı durumlarda; yani dolaylı olarak lex forinin seçildiği durumlarda, şartlı hukuk seçiminin geçerliliğini irdelemek gerekmektedir. Bu tarzdaki hukuk seçimini geçersiz sayma hususunda herhangi bir hukuk kuralı mevcut değildir. Buna rağmen, böyle bir hukuk seçimi forum shoppinge yol açacağı gerekçesiyle eleştirilebilir. Davacının kendisi için en uygun gördüğü yerde davayı açarak, davalı karşısında hukuken üstünlük kurmaya çalışacağı söylenebilir. Ayrıca, taraflardan biri davayı ikame edinceye kadar seçilen hukuk belirsizdir. Taraflar sözleşmeye hâkim olan yetkili hukuku tam olarak bilmeden sözleşmeyi ifa etmektedirler.

Bu konuda rastlanılan diğer bir durum ise form sözleşmelerde yer alan ve herhangi bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, sözleşmede matbu olarak belirlenen devlet hukukunun uygulanacak yetkili hukuk olacağını belirten kayıtlardır⁶⁴². Sözleşmelerde rastlanılan bu tür kayıtlar da şartlı hukuk seçimi olarak kabul edilebilmektedir. Zira, dava açıldıktan sonraki aşamada dahi, hukuk seçiminde bulunmak mümkündür. Davanın ikamesi sırasında hangi hukukun uygulanacağına taraflar karar vermemişlerse, hâkimin ilgili kayıttan yola çıkarak belirlenen devlet hukukunu yetkili hukuk olarak uyuşmazlığa uygulaması gerekmektedir. Burada geciktirici şart söz konusudur.

⁶⁴⁰ Türk Hukuku'nda şartlı hukuk seçiminin yapıp yapılamayacağına kesin olarak değinilmemesine karşılık, yüzen hukuk seçimi olarak adlandırılan ve yetki şartına bağlı olarak yapılan hukuk seçiminin geçerli olacağı kabul edilmektedir. NOMER, s. 309; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 355; ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", s. 31.

⁶⁴¹ TARMAN, s. 153.

⁶⁴² Bkz., BIMCO34 Charter Party, Kayıt 11. https://www.bimco.org/en/News/2012/04/~media/Chartering/Document_Samples/Time_Charter_Parties/Sample_Copy_Charter_Party_Guarantee.ashx (e.t.: 19.06.2013).

2. Hukuk Seçiminin Konusu

MÖHUK'ta taraflara tanınan hukuk seçimi imkânı ile kastedilen bir devlet hukukudur⁶⁴³. Zira, bu sonuca gerek MÖHUK madde 24/I, gerekse de madde 29/I'de belirtilen “hukuk” ifadesi ile ulaşılmaktadır. Dolayısıyla, MÖHUK uyarınca, Türk mahkemeleri önünde tarafların *lex mercatoria*⁶⁴⁴ gibi anasyonel hukuk kurallarını uygulanacak hukuk olarak belirlemeleri halinde, hukuk seçimi gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağı söylenebilir⁶⁴⁵. Bu durumun aksinin kabulünün taraflara birtakım imtiyazların verilmesi anlamına geleceği için reddedilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁴⁶. Ancak, tarafların irade serbestesi çerçevesinde anasyonel hukuk kurallarını sözleşmenin hükmü haline getirmelerinde herhangi bir sakınca görülmemektedir⁶⁴⁷. Bu kuralların, sözleşmeye uygulanacak hukukun öngördüğü sınırlamalar içerisinde kaldığı müddetçe uygulanacağı söylenebilir⁶⁴⁸.

⁶⁴³ NOMER, s. 307; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 253; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 369; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 350; EKŞİ, *Roma Konvansiyonu*, s. 97; ÖZDEMİR KOCASAKAL, “MÖHUK madde 24”, s. 37; TARMAN, s. 152.

⁶⁴⁴ *Lex mercatoria*, milletlerarası ticari ilişkileri düzenlemek için geliştirilmiş ve milletlerarası ticarete yaygın olarak uygulanmakta olan ticari örf-adet ve teamülleri içermektedir. *Lex mercatorianın* kapsamını belirleme hususunda tahdidi bir sıralama yapmak mümkün değildir. Bu hususta, milletlerarası hukuk, genel hukuk prensipleri, IMO ve BIMCO gibi uluslararası kuruluşların meydana getirdiği genel-geçer ve soyut kurallar, örf, adet ve teamüller, yayımlanmış mahkeme kararları örnek olarak gösterilmektedir. İrade serbestliğinin geniş ölçüde egemen olduğu bu kurallar, milletlerarası ticarete ekonomik ve siyasi sınırları çizmek maksadıyla kullanılmaktadır. Dolayısıyla, uluslararası ticaret topluluğunun hukuku (*law of international business community*) şeklinde de adlandırılmaktadır. Zira, uluslararası ticaretle ilgilen herkesin oybirliği ile uymak zorunda olduğu kurallar bütünü olarak görülmektedir. Kanımızca, bu nitelendirmeye katılmak mümkün değildir. Herhangi bir kurallar bütününe hukuk olarak tarif edebilmek için üstün otorite tarafından koruma altına alınmış olması; yani uyulmaması halinde yaptırım uygulanması gerekmektedir. *Lex mercatoria* açısından bunu söylemek mümkün değildir. *Lex mercatoria* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., DOĞAN, *İş Akdi*, ss. 37-39; AKINCI Z., *İnşaat*, ss. 13-20; ÖZEL, *Ticari Tahkim*, ss. 143-154 (*Ticari Tahkim*); AYOĞLU Tolga, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamül Olarak Lex Mercatoria*, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, İstanbul, 2011, ss. 122-173; MARALLE Fabrizio, “Choice of Law in Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, ss. 1140-1141; RODRÍGUEZ Ana Mercedes López, “Lex Mercatoria”, http://law.au.dk/fileadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/artikler/20020046.pdf (e.t.: 06.09.2013), ss. 49-50; HATZİMİHAIL Nikitas E., “The Many Lives—And Faces—Of Lex Mercatoria: History As Genealogy In International Business Law”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, 2008, ss. 170-171; GÜÇER Sülün, “Lex Mercatoria in International Arbitration”, *Ankara Bar Review*, Vol. 2, Issue 1, 2009, s. 34.

⁶⁴⁵ ÖZEL, *Ticari Tahkim*, s. 128.

⁶⁴⁶ TİRYAKİOĞLU, ss. 23-24; MANN, F.A., “The Proper Law in the Conflict of Laws”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, 1987, s. 447. (“Proper Law”)

⁶⁴⁷ Bu konuda bkz., NOMER, s. 307; ÖZEL, *Ticari Tahkim*, s. 128; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 253; ÖZDEMİR KOCASAKAL, “MÖHUK madde 24”, s. 38; DOĞAN, *İş Akdi*, 39; TARMAN, s. 152; RODRÍGUEZ, s. 51; MARALLE, s. 1144.

⁶⁴⁸ ÖZEL, *Ticari Tahkim*, s. 128.

Diğer yandan, MÖHUK'tan farklı olarak, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların MTK'nın uygulama alanı⁶⁴⁹ dâhilinde tahkim önüne getirilmesi halinde ise hukuk seçiminin kapsamı genişlemektedir. Zira, MTK madde 12(C)/I itibarıyla, hakem veya hakem kurulunun taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ya da onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere kararlaştırdıkları “hukuk kurallarına” göre karar vereceği hükme bağlanmaktadır. Nitekim, MTK madde 12(C) uyarınca, navlun sözleşmelerinin tarafları, hakemden veyahut hakem kurulundan lex mercatoriaya veya açıkça kararlaştırmak şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre ya da dostane aracı olarak karar vermesini isteyebilmektedirler⁶⁵⁰. MTK'da bu şekilde bir düzenlemeye gidilmesi hukuk mantığı açısından da sağlam temellere dayanmaktadır. Zira, tahkim; kaynağını doğrudan taraf iradesinden almaktadır. Tarafların iradelerini tamamlayacak lex forinin yokluğu, hukuk seçimi konusunda daha esnek davranılmasına sebep olmaktadır⁶⁵¹. Ayrıca, bu husus kamu düzeni müdahalesi olmaksızın lex mercatoria gibi anasyonel hukuk kurallarının da uygulanması sonucunu doğurmaktadır⁶⁵².

Avrupa Komisyonu, MÖHUK'a mehzaz düzenleme teşkil eden Roma Sözleşmesi madde 3'te anasyonel hukuk kurallarının da hukuk seçiminin konusunu oluşturması gerektiği yönünde değişiklik yapılmasını teklif etmiştir⁶⁵³. Gerekçe olarak da milletlerarası ticarete, özellikle uluslararası konvansiyonlara sıkça referansta bulunulması gösterilmektedir. Ancak, ne Roma Konvansiyonu'nda ne de onun yerine geçen Roma I Tüzüğü'nde bu yönde herhangi bir düzenleme getirilmiştir.

Bazı yazarlar, irade serbestisi çerçevesinde anasyonel hukuk kurallarının da sözleşme statüsü olarak belirlenmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁶⁵⁴. Onlara göre, milletlerarası özel hukukta irade serbestesinin tanınmasındaki temel sebep, taraflara amaçlarını yasal olarak gerçekleştirilme imkânını sağlamaktadır. Devlet hukukunun yetkili hukuk olarak belirlenmesi halinde, her iki taraf da istemedikleri ölçüde iç hukuk hükümleri ile sınırlanmaktadır. Bunu

⁶⁴⁹ MTK madde 1/II uyarınca, bu kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği, bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır. Bu konu hakkında bkz., AKINCI Z., **Tahkim**, ss. 57-91; NOMER/EKŞİ/GELGEL, ss. 36-39.

⁶⁵⁰ Bu konuda bkz., ÖZEL, **Ticari Tahkim**, ss. 142-194; ŞANLI, **Tahkim**, ss. 150-177; AKINCI Z., **Tahkim**, ss. 222-228.

⁶⁵¹ ŞANLI, **Tahkim**, s. 124.

⁶⁵² LANDO Ole, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 34, No 4, 1985, s. 764.

⁶⁵³ **Green Paper**, s. 22.

⁶⁵⁴ THOMSON, s. 655; SARGIN, s. 194.

bertaraf etmek için anasyonel hukuk kurallarının da hukuk seçiminin konusu olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵⁵.

Anasyonel hukuk kurallarından ziyade, ulusal devletlerin otoritesi tarafından konulan kurallar bütünü olarak da ifade edilebilecek olan “hukuk”un, hukuk seçiminin konusunu oluşturmasının sebebi, özellikle milletlerarası ticarete ihtiyaç duyulan kesinlik ve belirliliği sağlamaktır⁶⁵⁶. Bu anlamda, ulusal hukuk sistemlerinin seçilmesindeki ana gaye, kendisine yol gösterebilecek bağlayıcı kurallar bütününe duyulan ihtiyaçtır. Ancak, ulusal hukukların belirliliği ve kesinliği, uluslararası ticaret ve doğal olarak navlun sözleşmesi açısından tam anlamıyla sağlanamamaktadır. Bunun en büyük sebeplerinden biri teknolojik gelişmelerdir. Özellikle internetin varlığı sebebiyle, yabancı unsurlu sözleşmeleri tek bir ülke ile bağlantılı hale getirmek oldukça zorlaşmaktadır⁶⁵⁷. İkinci olarak, kanunlar ihtilafı kuralları karışık ve sonuçları belirsizdir. Dolayısıyla, çoğu ulusal mahkeme lex foriyi uygulama eğilimindedir⁶⁵⁸. Son olarak da ulusal hukuklarda maddi hükümler düzenlenirken, kanun koyucular sadece iç hukuka ait hukuki ilişki ve eylemleri dikkate alınmaktadır. Bu anlamda, milletlerarası ticareti ilgilendiren meseleler göz ardı edilmektedir⁶⁵⁹.

Günümüzde uluslararası kuruluşların düzenlediği genel geçer kuralların güncellenerek yayınlanması ile de milletlerarası ticaretin istediği asgari düzeydeki hukuki kesinlik ve belirlilik sağlanabilmektedir. Bu hususa, deniz yoluyla eşya taşımacılığında Uluslararası Hukuk Derneği'nin (International Law Association) düzenlediği ve yayımladığı müşterek avaryaya ilişkin York Anvers Kuralları⁶⁶⁰ örnek gösterilebilir. Dolayısıyla, pozitif hukuk açısından mümkün gözükmemekle birlikte, hukuki öngörülebilirliği zedelemeyecek şekilde, herkesçe bilinen ve yaygın olarak uygulanan bu tür kuralların da hukuk seçimi kapsamında değerlendirilmesi kanısındayız. Bu hususta, pozitif kuralların geniş yorumlanarak, taraf iradesine daha fazla işlerlik kazandırmanın, sonuçların önceden tahmin edilebilirliği ve hukuki güvenilirliği zedelemeyeceği söylenebilir.

⁶⁵⁵ THOMSON, s. 656.

⁶⁵⁶ ŞANLI, **Ticari Tahkim**, s. 46.

⁶⁵⁷ RODRÍGUEZ, s. 51.

⁶⁵⁸ RODRÍGUEZ, s. 51.

⁶⁵⁹ RODRÍGUEZ, s. 51.

⁶⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., ALGANTÜRK LIGHT Didem, “York Anvers Kuralları 2004 Hakkında Genel Bir İnceleme”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VIII, Sayı 3-4, ss. 419-437. (“York Anvers Kuralları”)

Diğer yandan, şu da bir gerçektir ki “hukuk” ifadesini gereğinden fazla geniş yorumlamak, hâkime kısa zamanda daha fazla kuralı araştırma yükümlülüğü getireceğinden yargılamanın uzaması sonucunu doğuracağı için hem usul ekonomisine aykırılığa hem de taraflar arasında hak kayıplarına neden olabileceği söylenebilir. Bu husus, milletlerarası ticaret açısından istenmeyen bir durumdur. Ayrıca, hukuk seçimini devlet hukuku ile sınırlamak, devlet yargısının yükünü de azaltacağından terkedilmesi zor bir kısıtlamadır. Bu nedenle, tahkim yargılamasında taraf iradesine daha fazla önem verilmesinin sonucu olarak anasyonel hukuk kurallarını seçme serbestisinin tanınması, milletlerarası ticarete tarafların menfaatine sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla, özellikle deniz ticaretinde ve navlun sözleşmesi hususunda hızlı sonuca ulaşılması nedeniyle, tahkim yargılaması daha fazla tercih edilen bir yöntem olarak görülmektedir. Böylelikle, taraflara devlet yargısının hantallığı ile sınırlayıcı kurallar bütününden sıyrılma olanağı sağlanmaktadır. Özellikle deniz ticareti alanında gerek maddi hukuk, gerekse de kanunlar ihtilafı hukuku açısından birçok konuda kapsayıcı genel geçer anasyonel hukuk kurallarının yokluğu ve var olan kuralların yaptırım gücünün azlığı da MÖHUK madde 24 itibarıyla hukuk seçiminin konusunun devlet hukuku ile sınırlı kalması gerektiği sonucunu da beraberinde getirmektedir.

Taraflar, hukuk seçimi yaptıkları sırada sadece yürürlükte olan devlet hukukunun sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırabilirler⁶⁶¹. Zira, yürürlükten kalkan bir hukuk, bu andan itibaren kanun koyucunun iradesinin sonucu olarak geçerliliğini yitirmiş sayılmaktadır⁶⁶². Bu nedenle, uygulanacak hukukun ilgili maddi hükümleri yürürlükten kalkmışsa, mülga hükümlerin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Bunun yerine, yürürlüğe giren yeni kanunun tatbik edileceği ifade edilebilir. Dolayısıyla, tarafların sözleşmenin yapıldığı anda ya da ifası sırasında seçtikleri hukukun değişme ihtimalini göz önünde bulundurması gerekmektedir⁶⁶³. Diğer yandan, mülga hale gelen maddi hukuk hükümleri ile yeni hükümler arasında tarafların iradelerini etkileyecek kadar zıt hükümlerin varlığı halinde tarafların iradelerinin varlığının yeniden sorgulanması yerinde görülmektedir⁶⁶⁴. Bu nedenle, zaman içerisinde seçilen hukukun maddi hükümlerinde meydana gelen değişikliklerin uygulama alanı

⁶⁶¹ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 356.

⁶⁶² ÇİLİNGİROĞLU, s. 108; MANN, “Proper Law”, s. 448.

⁶⁶³ HILL/CHONG, s. 506.

⁶⁶⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s. 109.

bulabileceği söylenmektedir. Aksi durumun kabulü, seçilen hukukta yeni getirilen emredici hükümlerin uygulanmasından kaçış yolu olarak görülebilir⁶⁶⁵.

Seçilen hukuk ile sözleşme arasında bağlantı olup olmaması gerektiğine dair MÖHUK'ta herhangi bir düzenleme yoktur⁶⁶⁶. Kanunda bu konuda herhangi bir sınırlama olmadığı için mutlak bir serbestinin olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁶⁶⁷. Ancak, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, Amerikan Hukuku'nda Restatement II &187 uyarınca, seçilen yabancı hukuk ile sözleşme arasında makul bir ilişkinin (reasonable relationship) olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶⁸.

Buna karşılık, sözleşmenin herhangi bir unsurunun (tarafardan birinin işyeri, mutad meskeni ya da yerleşim yeri gibi) yabancı hukuk ile ilişkili olmasının yeterli sayılması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶⁹. Kanımızca, herhangi bir düzenlemenin olmadığı durumlarda, seçilen hukuk ile sözleşme arasında bir ilişkinin varlığını aramak gerektiği yönünde yapılacak bir yorum taraf serbestisine anlamsız bir sınır getirmektedir. Dolayısıyla, taraflar, yabancılık unsuru içermesi şartıyla, sözleşmede diledikleri devletin hukukunu uygulanacak hukuk olarak belirleyebilmektedirler⁶⁷⁰. Zira, hukuk seçimi ile asıl amaç, tarafların bildikleri devletin hukukunun sözleşmeye uygulanmasıdır⁶⁷¹. Seçilen hukuk ile sözleşme arasında bağlantının aranması, mahkemeleri tanımadıkları hukuk sistemleriyle karşı karşıya getirmekten de alıkoyamamaktadır⁶⁷². Ayrıca, hukuk seçimindeki temel amaç, mahkemelerin aşına oldukları hukuku seçmeleri değil; tarafların en iyi bildikleri, en uygun buldukları hukuku sözleşmeye uygulamaktır. Bu hususa özellikle, yabancı unsurlu navlun sözleşmeleri açısından oldukça sık karşılaşılmaktadır. Sözleşme, görünen hiçbir bağlantısı olmamasına rağmen, herhangi bir devletin hukukuna tabi kılınabilmektedir. Ancak, burada genellikle tarafların gayesi, sigorta ya da finans merkezi olan devletin hukukunu uygulamak olabilmektedir⁶⁷³.

⁶⁶⁵ NOMER, s. 315.

⁶⁶⁶ Bu konudaki görüşleri için bkz., DOĞAN, **İş Akdi**, ss. 34-35.

⁶⁶⁷ NOMER, s. 307; ÇELİKEL/ERDEM, s. 339; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 353; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 255; ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", s. 30; DEMİR GÖKYAYLA, s. 311.

⁶⁶⁸ Bu konu hakkında bkz., HANCOCK/COLLINS/SMITH, s. 6; RÜHL, s. 9; NORDSTROM Robert J./RAMERMAN Dale B. "The Uniform Commercial Code and the Choice of Law", **Duke Law Journal**, Vol. 1969, No 4, 1969, s. 625; BUHLER Philip A., "Forum Selection and Choice of Law Clause in International Contracts: A United State Viewpoints With Particular Reference To Maritime Contracts and Bill of Ladings", **University of Miami Inter-American Law Review**, Fall, 1995, s. 7.

⁶⁶⁹ RÜHL, s. 10.

⁶⁷⁰ Benzer yöndeki görüş için bkz.; PIERCE, s. 178.

⁶⁷¹ DICEY/MORRIS, s. 1213.

⁶⁷² NORDSTROM/RAMERMAN, s. 626.

⁶⁷³ Bu konuda bkz., DICEY/MORRIS II, s. 1213.

Bu konuda diğerk tartişılması gereken nokta ise MÖHUK uyarınca, tarafların lex forinin tanımadığı bir devletin hukukunu seçip seçemeyecekleridir. Bu hususta, navlun sözleşmesi kapsamında en akla gelebilecek olasılık şu şekilde ifade edilebilir: Örneğın, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde taraflarca Kıbrıs Hukuku olarak Kıbrıs Rum Kesimi Hukuku'nun uygulanacağını kararlaştırıldığını varsayalım. Söz konusu durumda, navlun sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önüne getirilmesi halinde, hâkim Kıbrıs Rum Kesimi'nin hukuk düzenini uygulayacak mı? Kanımızca, burada geçerli bir hukuk seçiminden bahsetmek mümkündür. Zira, ilgili hükümlerde geçen “hukuk” ile kastedilen bir “devletin hukukudur”. Hukuki anlamda devlet ise belirli bir insan topluluğunun, belirli bir toprak parçası üzerinde egemen olmasıyla oluşan, hukuki kişiliğe sahip devamlı bir teşkilattir⁶⁷⁴. Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere, devletin hukuki varlığı için “tanıma” şart olarak görülmemektedir. Dolayısıyla, bir devletin diğerk bir devleti tanıyıp tanımaması, o devletin “devlet olma statüsünü” hukuki manada etkilememektedir⁶⁷⁵. Tanınmayan bir devlet sadece uluslararası hukukta fiil ehliyetinden yoksundur⁶⁷⁶. Kanımızca, belirli bir düzenin iradesi olan hukuk sisteminden bahsetmek mümkün olduğu için böyle bir hukuk seçiminin, MÖHUK açısından geçerli hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul etmek gerekmektedir⁶⁷⁷.

3. Hukuk Seçiminin Yapılış Zamanı

Hukuk seçiminin yapıılış zamanı ile ilgili olarak yabancı unsurlu navlun sözleşmeleri, diğerk sözleşmelerden ayrılmamaktadır. Dolayısıyla, MÖHUK madde 24/III c. 1 uyarınca, hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değıřtirilebilir⁶⁷⁸. Taraflar, açık ya da

⁶⁷⁴ GÖZLER Kemal, **Devletin Genel Teorisi**, Bursa, 2007, s. 6.

⁶⁷⁵ GÖZLER, s. 12.

⁶⁷⁶ Uluslararası hukukta tanımanın, devletin hukuki kişiliğı üzerinde belirtilen anlamda hukuksal etkiler doğuracağı hususunda görüş birliğı vardır. Ancak, tanımanın karşı tarafın hakları açısından kurucu mu, yoksa açıklayıcı bir hukuksal etkiye sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Uluslararası hukukta tanıma için bkz., PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2006, ss. 125-126.

⁶⁷⁷ Demirkol, lex forinin tanımadığı bir devlet hukukunun seçilmesi halinde yapılan hukuk seçiminin geçerli olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, hukuk düzenini yaratan gerçek bir otorite vardır. Bu nedenle, bize göre lex forinin tanımadığı bir devletin hukukunun seçilmesi halinde, MÖHUK itibarıyla geçerli bir hukuk seçiminin varlığından bahsedilebilmektedir.

⁶⁷⁸ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 356; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 353.

örtülü iradeleri ile seçtikleri hukuku değiştirebilmektedir⁶⁷⁹. Hukuk seçiminin örtülü olarak değiştirilebileceği kabul edilse de pratikte bunun tespiti oldukça zordur⁶⁸⁰. Bu konuda tek bir sınır öngörülmektedir. MÖHUK madde 24/III c. 2 itibarıyla, tarafların uyuşmazlık çıktıktan sonra kararlaştırdıkları ya da sonradan değiştirdikleri yetkili hukukun hükümlerinin üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, sonuçlarını doğuracağı hükme bağlanmaktadır⁶⁸¹. Akdin kurulmasından sonra yapılan hukuk seçimleri belirtilen sınır çerçevesinde geriye etkili olarak geçerli kabul edilmektedir⁶⁸².

4. Hukuk Seçimi Sayılamayacak Haller

Çoğu navlun sözleşmesinde anasyonel hukuk kurallarına atıf yapıldığı görülmektedir. Bu durum iki şekilde oraya çıkmaktadır. Bunlardan ilki herhangi bir hukuk kuralının sözleşmenin hükmü haline gelmesi anlamını taşıyan dercetme yoluyla (incorporation) anasyonel hukuk kurallarının seçilmesi; diğeri ise üstünlük kaydı ile (Paramount Clause) taraflarca belirlenecek olan ve yürürlükteki herhangi bir uluslararası düzenlemenin (La Haye/Visby Kuralları ya da Hamburg Kuralları) ya da ulusal hukuklarda yer alan bir kanunun öncelikli olarak sözleşmeye uygulanacağına kararlaştırılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Belirtilen iki durumda da Türk mahkemelerinin önünde hukuk seçiminin varlığından bahsedilememektedir. Ancak, navlun sözleşmelerinde oldukça sık görülen bir durum olması nedeniyle, tezimizin konusu ile sınırlı kalarak bu hususu irdelemeye çalışacağız.

a. Dercetme (Incorporation) Yoluyla Anasyonel Hukuk Kurallarının Seçimi

“Incorporation” ifadesi Türkçe’de birleştirme, dâhil etme anlamına gelmektedir. Kanunlar ihtilafı alanında dâhil etme, genel işlem şartları, standart sözleşmeler, kod, kural, tüzük, yönetmelik, milletlerarası andlaşmalar veya yürürlükte bulunmayan hukuk sistemlerini seçmeleri halinde; bu kuralların sözleşme hükmü haline gelerek sözleşmeye dâhil edilmesi

⁶⁷⁹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 351; GÜNGÖR Gülin, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yaklaşımı*, Ankara, 2007, s. 94 (Yakınlık Yaklaşımı).

⁶⁸⁰ HILL, s. 332.

⁶⁸¹ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 356; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 354.

⁶⁸² ŞANLI/ESEN/ATAMAN FIGANMEŞE, s. 252.

anlamına gelmektedir⁶⁸³. Biz çalışmamız itibarıyla, dercetme yoluyla anasyonel hukuk kurallarının seçimi şeklinde bu kavramı kullanmayı uygun görmekteyiz.

Milletlerarası deniz ticaretinde özellikle çarter parti ve konişmentolarda, uluslararası kuruluşların düzenlediği genel geçer nitelikteki kurallara ve form sözleşmelere gönderme yapılmak suretiyle birtakım anasyonel hukuk kurallarının uygulanması kararlaştırılmaktadır. İrade serbestisinin kabulünün bir sonucu olarak bu şekilde, hukuk seçimi sözleşmesinin akdedilebileceğinin kabul edilmesi gerektiği iddia edilmektedir⁶⁸⁴. Ancak, Türk Hukuku açısından, kanunun lafzı ve ruhu dikkate alındığı takdirde, sadece devlet hukukunun seçilebilmesi, milletlerarası özel hukukta irade serbestisinin sınırlarından birini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, yabancı unsurlu navlun sözleşmesi itibarıyla da taraflarca düzenlenen bu şekilde bir sözleşme hükmünün hukuk seçimi olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması, MÖHUK madde 24/I itibarıyla mümkün değildir. Ancak, anasyonel hukuk kurallarının sözleşmenin esasına uygulanacak hüküm olarak belirlenmesi, örtülü hukuk seçiminin yapıldığına dair belirti olarak kabul edilebilir⁶⁸⁵. Gönderme yapılan bu kurallar, MÖHUK madde 29/II ya da MÖHUK madde 24/IV itibarıyla, tespit edilen navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun maddi hükümlerinin cevaz verdiği ölçüde uygulanma imkânı bulmaktadır⁶⁸⁶. Ayrıca, hukuk seçiminden farklı olarak, gönderme yapılan anasyonel hukuk kurallarının yürürlükte olması veya sonradan yürürlükten kalkması sözleşme hükmü olarak uygulanmasına engel görülmemektedir⁶⁸⁷.

Diğer yandan, sözleşmeye dâhil edilen anasyonel hukuk kuralları içerisinde hukuk seçimi şartının bulunması halinde, bu şartın yabancı unsurlu navlun sözleşmesi açısından geçerliliğinin ne olacağına ortaya konulması gerekmektedir. Kanımızca, bu soruna her somut olayı kendi içinde değerlendirerek çözüm aramak gerekmektedir. Taraflar arasındaki iş ilişkisinin niteliğinin ve süresinin, daha önce aralarında akdettikleri navlun sözleşmesinde veya konişmentoda yer alan hukuk seçimi şartının, tarafların sözleşme içersinde herhangi bir ulusal hukuk hükmüne göndermede bulunup bulunmadıklarının bu konuda yol gösterici

⁶⁸³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 253.

⁶⁸⁴ THOMSON, s. 650.

⁶⁸⁵ Dercetme yoluyla uygulanan anasyonel hukuk kurallarının MÖHUK madde 24 itibarıyla hukuk seçiminde örtülü irade olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin bkz., DEMİRKOL, ss. 210-214.

⁶⁸⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 254, EKŞİ, "Incorporation", s. 266; DICEY/MORRIS, s. 1222.

⁶⁸⁷ EKŞİ, "Incorporation", s. 267; DEMİR/GÖKYAYLA, s. 293; CLARKSON/HILL, s. 215.

olacağı söylenebilir. Söz konusu kriterler dikkate alınarak tarafların örtülü hukuk seçiminde bulunup bulunmadıkları sonucuna varılabilir.

Bu bağlamda, acaba taşıyıcı ve taşıtanın tacir olduğu durumlarda basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünden yola çıkarak, tarafların anasyonel hukuk kurallarında yer alan hukuk seçimi ile bağlı oldukları kabul edilebilir mi? Kanımızca, basiretli tacir kriteri milletlerarası özel hukuk açısından dikkali yorumlanması gereken bir ölçüttür. 6102 sayılı TTK madde 18/II uyarınca, her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu yükümlülükle, tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin kastedildiği ifade edilmektedir⁶⁸⁸. Dolayısıyla, basiretli bir tacirin anasyonel hukuk kurallarında yer alan hukuk seçimi ile bağlı sayılıp sayılamayacağını tespitinde söz konusu objektifleştirilmiş özen yükümünden faydalanmak gerekmektedir. Ancak, söz konusu yükümlülük daha çok tacirin ticari faaliyetinin ifasına ilişkindir. Navlun sözleşmesi açısından ise taşıyanın taşıma; buna karşılık taşıtanın ise navlunu ödeme edimini basiretli bir iş adamı gibi ifa etmekle yükümlü tutulmaktadır. Dolayısıyla, basiretli bir tacir açısından bile anasyonel hukuk kurallarında yer alan hukuk seçimi ile bağlı olduğunu diğer bazı delillerle desteklemeden kabul etmek devletler özel hukuk hakkaniyetini sorgulanabilir hale getirebilmektedir.

Konumuz itibarıyla ise çarter partiye bitişik tanzim edilen konişmentolarda⁶⁸⁹ yer alan ve çarter partiye gönderme yapan atıf kayıtlarının geçerliliği hususu ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle, konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının geçerliliği ve farklı ülke hukuklarındaki uygulamalarını üçüncü bölümde ayrıntılı olarak irdelemeyi çalışmamızın bütünlüğü açısından daha uygun görmekteyiz.

b. Üstünlük Kaydı (Paramount Clause) ile Yeknesak Kuralların Seçimi

Üstünlük kaydı, uygulamada genellikle, konişmentoya uygulanacak kuralları tespit eden sözleşme hükmü olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, istisnai olarak da olsa navlun sözleşmelerinde ve özellikle çarter sözleşmelerinde bu tür kayıtlara taraflarca yer

⁶⁸⁸ Bu konuda bkz., ARKAN, **Ticari İşletme Hukuku**, ss. 137-138; KARAHAN, ss. 94-96.

⁶⁸⁹ Çarter partiye bitişik konişmentolar, şeklen çarter partinin bir parçası olarak görülse de hukuken birbirinden tamamen farklı işlevlere sahip iki hukuki belgedir. Ayrıca, tamamen birbirinden bağımsız oldukları için birinin geçersizliği diğerini etkilememektedir. GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 692.

verilmektedir⁶⁹⁰. Bu kayıt ile navlun sözleşmesine ve konişmentoya ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklara, La Haye veya La Haye/Visby ya da Hamburg Kurallarının veya belirtilen uluslararası düzenlemeleri kabul eden devletlerin ilgili maddi hükümlerinin (rneğin U.S. COGSA gibi) ncelikli olarak uygulanacağı kararlařtırılmaktadır⁶⁹¹.

stnlk kaydıyla yeknesak kuralların seçimi ile dercetme yoluyla anasyonel hukuk kurallarının seçimi temel olarak birbirine benzeyen iki hukuki kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, her iki kaydın da geçerliliği sözleşme statüsüne bağlıdır. Bu bağlamda, her iki durumda da navlun sözleşmesi statüsünün cevaz verdiği ölçülerde ilgili kurallar tatbik edilebilmektedir. Ancak, dercetme yoluyla anasyonel hukuk kurallarının seçiminden farklı olarak üstünlük kaydında, kararlaştırılan hukuk kuralların sözleşmenin diğer hükümlerinden öncelikle uygulanması istenmektedir. Bu sayede, sözleşme hükümleri arasında bir hiyerarşi kurulmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmenin diğer hükümleri ile üstünlük kaydıyla uygulanması kararlaştırılan düzenlemelerin atışması halinde, gönderme yapılan düzenlemelere öncelik verilmesi amalanmaktadır⁶⁹².

Amerikan Hukuku kaynaklı üstünlük kaydının asıl amaı, La Haye ya da La Haye/Visby veya Hamburg Kurallarına taraf olmayan bir ülkenin varma limanından çıkan malların konusunu oluşturduğu navlun sözleşmelerine de söz konusu uluslararası düzenlemeleri öncelikli olarak uygulamaktır⁶⁹³. Böylelikle, La Haye ya da La Haye/Visby veya Hamburg Kuralları'na taraf olmayan devletlerin hukukunun sözleşme statüsü olarak tespiti halinde, bu kuralların navlun sözleşmesi açısından uygulanması amaçlanmaktadır.

Amerika, Kanada ve İngiltere'de üstünlük kaydına ilişkin pozitif düzenlemelere de yer verilmektedir. Bu sayede, taraflarca getirilen bu kaydın sözleşmelerde yer alması zorunluluk haline getirilmektedir. Ancak, tarafların üstünlük kaydına yer vermemeleri, ilgili sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir⁶⁹⁴. Sadece gönderme yapılan yeknesak kuralların sağladığı korumadan tarafların yararlanamayacağı ifade edilmektedir⁶⁹⁵. Bu bağlamda, ilgili düzenlemelerde taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen ve taşıtan ile yetkili konişmento

⁶⁹⁰ Bkz., "Shellvoy V" Voyage Charter Party Kayıt 37, <http://shippingforum.files.wordpress.com/2012/09/voyage-charter-example.pdf> (e.t.: 28.06.2012).

⁶⁹¹ ÜLGENER, "Uygulanacak Hukuk", s. 104.

⁶⁹² ÜLGENER, "Uygulanacak Hukuk", s. 108.

⁶⁹³ GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 707.

⁶⁹⁴ GILMORE/BLACK, s. 164.

⁶⁹⁵ GILMORE/BLACK, s. 164.

hamillerini koruma altına alan hükümler göz önünde bulundurulduğu takdirde, üstünlük kaydının sözleşmeye konulmamasının sonuçlarının etkili olduğu söylenebilir.

Üstünlük kaydı ile taşıyıcı asgari bir sorumluluk rejimine tabi tutulabilmektedir⁶⁹⁶. Bu sayede, yabancı unsurlu çarter sözleşmeleri ve ona bağlı düzenlenen koniþmentolar altında yapılan taşımalarda, eşyada meydana gelen zararlardan dolayı, taşıyıcının sorumluluğu hususunda tek düzeliğin sağlanması öngörülmektedir⁶⁹⁷. Böylelikle, gönderme yapılan uluslararası düzenlemeleri kabul etmeyen devletlerin hukuklarının sözleşme statüsü olarak belirlenmesi halinde, söz konusu düzenlemelerde kabul edilen ve taşıyanın sorumluluğuna ilişkin taraflarca bertaraf edilemeyen hükümlerin, sözleşmelerde dokunulmaz kurallar olarak yer almasının sağlanması amaçlanmaktadır⁶⁹⁸.

Genellikle çarter sözleşmelerinde yer alan üstünlük kaydı şu şekilde düzenlenmektedir⁶⁹⁹:

“Bu sözleşmeye 23 Şubat 1968 tarihinde Brüksel’de imzalanan Protokol ile değiştirilen 25 Ağustos 1924 tarihli Koniþmentolara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Milletlerarası Andlaşma (La Haye Kuralları), yüklemenin yapıldığı yer hukukunda kabul edildiği şekilde uygulanacaktır. Yüklemenin yapıldığı yerde bu Kuralların yürürlükte olmaması halinde, varma yerinde var olan aynı nitelikteki düzenlemeler, uluslararası taşımaları kapsayıp kapsamadığına bakılmaksızın uygulama alanı bulacaktır. ”

Belirtildiği üzere, üstünlük kaydında bahsedilen “koniþmento” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususu, İngiliz Hukuku’nda 1959 tarihli Adamastos Shipping Co. v. Anglo-Saxon Petroleum Co. Kararı⁷⁰⁰ ile tartışılmıştır. Karara konu olan mürekkep çarter sözleşmesi ile yükleme tarihinden itibaren on sekiz ay boyunca geminin petrol taşınması konusunda anlaşılmıştır. Söz konusu sözleşmede yer alan üstünlük kaydı ile bu koniþmentoya US COGSA’nın uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Gerekli özen ve dikkati göstermekten sorumlu olan donatan, makine dairesine iyi niteliklere sahip seçilmiş görevli atamakla

⁶⁹⁶ Bu konuda bkz., ATAMER Kerim, “Parça Başına Sınırlı Sorumluluk ve 1924 Brüksel Sözleşmesi”, **Deniz Hukuku Dergisi, Gündüz Aybay Anısına Armağan**, Yıl 5, Sayı 1-4, Ocak-Aralık 2000, ss. 90-91. (“Brüksel Sözleşmesi”)

⁶⁹⁷ COLINVAUX I, s. 329.

⁶⁹⁸ ERLING Selvig, “The Paramount Clause”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 10, No 3, 1961, s. 205.

⁶⁹⁹ BIMCO Paramount Clause General, https://www.bimco.org/en/Chartering/Clauses/Paramount_Clause_General.aspx (e.t.: 08.07.2013).

⁷⁰⁰ Bu Karar için bkz., <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=306200> (e.t.: 08.07.2013).

yükümlüyken, bu konuda deneyimsiz ve yetkisiz birini işe almıştır. Bu kişinin hatası yüzünden de daha ilk yolculuk sırasında gemi bozulmuş ve petrol taşıma edimini ifa edememiştir⁷⁰¹. Bunun üzerine, sözleşmede yer alan üstünlük kaydında belirtilen “*bu konişmento*” (*this bill of lading*) ifadesinin “*bu çarter sözleşmesi*” (*this charter party*) olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı tartışılmıştır.

İlgili kararda “*bu konişmento*” ifadesinin çarter sözleşmesini de kapsayacağı belirtilmiştir⁷⁰². Zira, US COGSA sözleşmenin taraflarının sorumluluklarını ve haklarını etkileyen düzenlemeler içerdiğinden, tarafların amaçları da dikkate alındığında, üstünlük kaydının çarter sözleşmeleri açısından da geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁰³. Dolayısıyla, “*Tüm diğer kayıt ve şartlar çarter partideki gibidir*”⁷⁰⁴ şeklinde bir kayıt olmadığı sürece “*bu konişmento*” ifadesinin geniş bir şekilde yorumlanamayacağı iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır⁷⁰⁵.

Söz konusu konuyu Türk Hukuku açısından irdelemek gerekirse, öncelikle üstünlük kaydı ile yeknesak kuralların seçiminin MÖHUK madde 24/I uyarınca, bir hukuk seçimi olarak kabul edilmemesi nedeniyle, sadece sözleşme statüsünün çizdiği sınırlar çerçevesinde gönderme yapılan bu kurallar uygulanabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, üstünlük kaydının hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için gereken irade beyanının geçerlilik şartları, yetkili hukukun maddi hükümlerine bağlı olarak sonuçlarını doğurabilmektedir. Yetkili hukukun Türk Hukuku olarak tespiti halinde ise TBK madde 27 itibarıyla, üstünlük kaydı ile gönderme yapılan anasyonel hukuk kurallarının emredici hükümlere, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmadığı sürece geçerli olacağı söylenebilir. Ayrıca, MÖHUK anlamında hukuk seçimi sayılmadığı için de irade beyanının ortaya çıkış biçimleri üstünlük kaydının geçerliliği için şart olarak ortaya çıkmamaktadır.

Kanımızca, sadece “*bu konişmento*” olarak ifade edilse de çarter sözleşmesi açısından da üstünlük kaydının geçerli olacağını söylemek mümkündür. Zira, gönderme yapılan uluslararası düzenlemeler ya da ulusal kurallar taşıyıcının sorumluluğunu hükme bağlayan normlardır. Amaç, taşıyanın karşısındaki kişileri koruma altına almaktır. Bu

⁷⁰¹ Ibid., s. 137.

⁷⁰² Ibid., s. 143.

⁷⁰³ Ibid. s. 147.

⁷⁰⁴ “All other terms and conditions as per charterparty”

⁷⁰⁵ Ibid., s. 184.

nedence, taşıtan ile konişmentonun meşru hamillerinin menfaatlerinin gözetilmesi gerekmektedir.

Belirtilen amaç göz önünde bulundurulduğunda, Türk Hukuku'nda da üstünlük kaydı önem taşımaktadır. Visby Kuralları ile Hamburg Kuralları Türkiye tarafından onaylanmadığı için bu kurallara ya da bu düzenlemeleri ulusal hukuklarına mal etmiş olan ülke hukuklarının ilgili maddi hükümlerine gönderme yapılması halinde uygulanacak kurallar açısından farklılık söz konusu olacaktır. Ancak, bu durumda tahkim yargısına başvurulması halinde, MTK madde 12 (C)/I uyarınca, hukuk seçimi sayılması gerekmektedir.

Diğer yandan, üstünlük kaydı ile söz konusu uluslararası sözleşmeleri kabul eden devletlerin maddi hükümlerine göndermede bulunulduğu takdirde, MÖHUK itibarıyla hukuk seçiminin varlığını ayrıca irdelenmek gerekmektedir. Bu durumda, taraflar genellikle çarter sözleşmesine uygulanacak hukuku ayrıca belirlemektedirler. Örneğin, yükleme limanı Birleşik Krallık ya da Kuzey İrlanda, varma limanı ise herhangi bir yer olan taşımaları konu edinen çarter sözleşmelerinde, İngiliz Hukuku'nda yürürlükte olan COGSA'ya üstünlük kaydı ile göndermede bulunulmakta ve ayrıca bağımsız bir hükümlerle de hukuk seçimi şartı düzenlenmektedir⁷⁰⁶. Bu durumda, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin herhangi bir sorun yoktur. Ancak, ulusal hukukun maddi hükümlerine gönderme yapılmak suretiyle üstünlük kaydına yer verilen ve uygulanacak hukukun karşılaştırılmadığı yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde hukuk seçiminin varlığından bahsedebilmek mümkün müdür?

Giuliano/Lagarde Raporu'nda standart form sözleşmelerde ulusal hukuk sisteminin belirli hükümlerinin uygulanmasının karşılaştırılması halinde, Roma Konvansiyonu madde 3/I itibarıyla, hukuk seçiminde örtülü iradenin varlığına ilişkin delil olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁰⁷. Amerikan Hukuku'na göre, böyle bir durumda hukuk seçiminin varlığından bahsedebilmek mümkündür⁷⁰⁸. Nitekim, sözleşmede farklı bir hukukun seçildiğine dair başka bir delil söz konusu olmadığı müddetçe, geçerli bir hukuk seçiminin varlığı kabul edilmektedir⁷⁰⁹. Kanımızca da bu durumda navlun sözleşmesi anlamında hukuk seçiminin varlığından söz etmek mümkündür. Bu sonuç, üstünlük kaydı ile gönderme yapılan

⁷⁰⁶ Bkz., "GASVOY" Çarter Party, Kayıt 27 ve 29, ÜLGENER, **Çarter Sözleşmeleri**, ss. 714-715.

⁷⁰⁷ GIULIANO/LAGARDE Raporu, s. 17; HILL/CHONG, s. 510.

⁷⁰⁸ COOK Julian/YOUNG Timothy/TAYLOR Andrew/KIMBALL John/MARTOWSKI David/LAMBERT LeROY, **Voyage Charters**, Third Edition, London, 2007, s. 893.

⁷⁰⁹ HILL, s. 331.

uluslararası düzenlemelerin “öncelikle” uygulanacağını kararlaştırılmasından kaynaklanmaktadır. Zira, üstünlük kaydı ile mesela COGSA’ya gönderme yapıldığı takdirde, sözleşmenin tüm unsurlarıyla İngiliz Hukuku’nun bu konudaki emredici kuralları ile bağlı kılınması gerektiği yönünde, sözleşme hükümlerinden ve halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde taraf iradesinin bulunduğu anlamına geldiği ifade edilebilir. Dolayısıyla, sadece bu durumda üstünlük kaydının örtülü olarak hukuk seçimi olarak kabul edilmesi gerektiği fikrindeyiz.

Bu konuda tartışmalı olan hususlardan diğeri ise üstünlük kaydı ile uygulanacak olan anasyonel hukuk kurallarının emredici olup olmadığı ile ilgilidir. Maddi hukuka ilişkin bu tartışma, dolaylı olarak kanunlar ihtilafı hukukunu da etkilemektedir. Buna göre, üstünlük kaydı ile gönderme yapılan kanun ve uluslararası andlaşmalar emredici niteliklerini taraflarca kararlaştırılmaları halinde de koruyacaklar mı? Ülgener, söz konusu uluslararası andlaşmaların amacının deniz yoluyla taşımaya ilişkin asgari standart sağlamak olduğunun altını çizerek, tarafların bu kuralların söz konusu niteliklerini bertaraf etmelerinin akla yatkın olmadığını ifade etmektedir⁷¹⁰. Yazar, bu kuralların emrediciliklerinin kapsam dışında bırakılması için ilgili hususun üstünlük kaydına açıkça yazılması gerektiğini belirtmektedir⁷¹¹. Kanımızca, bu kuralların emredici nitelikleri hizmet ettikleri amaçtan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, taraf iradesi ile bu niteliklerinin kaldırılabilceğini iddia etmek, söz konusu düzenlemelerin konuluş gayesi ile bağdaşmamaktadır.

Bu durumda, kanunlar ihtilafı açısından ise kamu düzeni müdahalesine değinmek gerekmektedir. Zira, üstünlük kaydı ile yapılan seçim, MÖHUK itibarıyla hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla, bu kuralların geçerlilikleri, sözleşme statüsüne göre belirlenmektedir. Yetkili hukukun cevaz verdiği ölçüde üstünlük kaydı uygulanabilmektedir. Bu sınır içerisinde, yukarıda genel ve soyut olarak bahsettiğimiz istisna dışında, diğeri sözleşme hükümlerinin üstünde yer alan bir kayıt olarak değerlendirmek gerekmektedir. Daha net bir ifadeyle, diğeri sözleşme hükümleri geçerliliklerini yetkili hukukun emredici hükümlerinden ve daha sonraki aşamada üstünlük kaydından almaktadır.

⁷¹⁰ ÜLGENER, “Uygulanacak Hukuk”, s. 105.

⁷¹¹ ÜLGENER, “Uygulanacak Hukuk”, s. 105.

Günümüzde La Haye/Visby Kuralları ile Hamburg Kuralları'nın emredici nitelikleri nedeniyle, üstünlük kaydının önemini yitirdiği iddia edilmektedir⁷¹². Zira, La Haye/Visby Kuralları ve Hamburg Kuralları uyarınca, taşıyanın sorumluluğunu daraltan ve ortadan kaldıran sözleşme hükümleri geçersiz sayılmaktadır⁷¹³. Ancak, kanımızca bu husus sadece ilgili uluslararası düzenlemelerin uygulama alanına giren haller için geçerlidir. Buna karşılık, La Haye/Visby ile Hamburg Kuralları'nın kapsamı dışındaki hallerde, üstünlük kaydının ayrı bir öneme sahip olacağını kabul etmek gerekmektedir. Diğer yandan, pek çok ülke bu kuralları ulusal hukuklarına iktibas ettikleri için sözleşmelerde üstünlük kaydının yer almasının anlamsızlaştığı söylenebilir⁷¹⁴.

III. NAVLUN SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİNDE OBJEKTİF BAĞLAMA NOKTASI

Günümüzde milletlerarası özel hukukta da irade serbestisi temel ilke olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinden doğan ihtilaflar da öncelikle taraflarca seçilen hukuka tabi olarak çözüme kavuşturulmaktadır. Ancak, taraflar her zaman için kendilerine tanınan bu hakkı kullanmamaktadırlar. Bu durumda ise yetkili hukukun tespitinde objektif bağlama kuralları devreye girmektedir.

A. Navlun Sözleşmesi Bağlamında Uygulanması Önerilen Objektif Bağlama Noktaları

Sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesi amacıyla pek çok objektif bağlama yönteminin uygulanması önerilmiştir. Söz konusu yöntemler, genellikle irade serbestisini reddeden düşüncelerden beslenerek ortaya konulmuştur⁷¹⁵. Ancak, hepsinin ortak amacı, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinde hukuk seçiminin yokluğu halinde en uygun hukukun uygulanmasıdır. Bu kapsamda, aşağıda ulusal hukuklarda yer alan pozitif düzenlemelerden farklı olarak, genel ve soyut anlamda ortaya atılan objektif bağlama yöntemlerini navlun sözleşmesi açısından değerlendirmeye çalışacağız.

⁷¹²TETLEY William, **International Conflict of Laws-Common, Civil and Maritime**, Montreal, 1994, s. 316. (**International Conflict**)

⁷¹³ La Haye/Visby Kuralları madde 3/VIII ile Hamburg Kuralları madde 23'te doğrudan ifade edilmektedir.

⁷¹⁴ Benzer yöndeki görüşler için bkz., SCHOENBAUM, s. 552.

⁷¹⁵ İrade serbestisine ilişkin görüşler hakkında bkz., SEVİÇ, ss. 106-110.

1. Tarafların Milli Hukuklarının Birlikte Uygulanması Görüşü

Tarafların milli hukukunun birlikte uygulanması gerektiğini savunan görüş, temel olarak Fransız devriminin etkisiyle ortaya çıkan yeni vatandaşlık anlayışının milletlerarası özel hukuka yansımaları sonucu ortaya çıkmıştır⁷¹⁶. Zitelmann tarafından ortaya atılan bu görüşte, tarafların ulusal hukuklarının farklı olması halinde bile somut olaya her iki hukuk düzeninin birlikte uygulanması gerektiği öngörülmektedir⁷¹⁷.

Ancak, uygulanacak hukuklarda yer alan sözleşme ile ilgili maddi hükümlerin birbirlerine uymaması halinde, tarafların milli hukukunun birlikte uygulanması mümkün değildir⁷¹⁸. Ayrıca, haklı olarak yapılan diğer bir eleştiri ise bu görüşün, gelişen ve değişen deniz ticaretinin ihtiyaçlarına cevap veremediğidir⁷¹⁹.

2. Borçlunun Milli Hukukunun ya da Yerleşim Yeri Hukukunun Uygulanması Görüşü (Lex Debitoris)

Tarafların milli hukuklarının birlikte uygulanması gerektiğini savunan görüşe ilişkin yapılan eleştirilere karşılık, hukuk seçimi yapılmaması halinde borçlunun milli hukukunun ya da yerleşim yeri hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁷²⁰. Bu görüş, hukuki ilişkinin zayıf tarafı olan borçlunun, korunmaya muhtaç durumda bulunmasından yola çıkarak ortaya atılmıştır⁷²¹. Zira, borçlunun menfaatinin ticari gelişmelerin ve tarafların beklentilerinden daha fazla önem arz ettiği ve bu hususun sözleşmeler hukukunun genel prensiplerinden biri olduğu ifade edilmiştir⁷²².

Objektif bağlama noktası belirlenirken borçlunun esas alınması da eleştirilmektedir. Navlun sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Karşılıklı ilişki

⁷¹⁶ Eski zamanlardaki vatandaşlık anlayışı, yerel hukuk sistemlerinin yabancılara uygulanmasını engellemekteydi. Aynı zamanda, hâkimlerin yabancı hukuku uygulamaları da mümkün değildi. Ancak, hâkimler yabancı hukuklarda yer alan kural ve örf-adetleri, Roma Hukuku'na uyarlayarak somut olaylara uygulamaya başladılar. Özellikle deniz ticaretinde görülen bu uygulamalar sayesinde, denizaşırı ülkelerle ticaretin uyumlaştırılması amaçlanmıştır. Ancak, ortaya çıkan bu yeni durum, davadan davaya değiştiği için genel-geçer kurallar olarak düzenlenememiştir. Buna karşılık, pratik hukuk teorisinin gelişmesine oldukça faydası olmuştur. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., BAXTER Ian F. G., "International Conflict of Law and International Business", **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 34, No 3, 1985, ss. 554.

⁷¹⁷ ZITELMANN Ernst, **Internationales Privatrecht**, 2. Cilt, Leipzig, 1897, s. 412 (aktaran: GÖĞER, **Eşya Taşıma**, s. 65.)

⁷¹⁸ GÖĞER, **Eşya Taşıma**, s. 65.

⁷¹⁹ GÖĞER, **Eşya Taşıma**, s. 65.

⁷²⁰ BREAKHUS Sjur, "Choice of Law Problems in International Shipping (Recent Developments)", **Recueil des Cours** Vol.164, No 3, 1979, s. 298.

⁷²¹ WESTEN A. Tracy, "Usury in the Conflict of Law: The Doctrine of the Lex Debitoris", **California Law Review**, Vol. 55, Issue 1, 1967, s. 181.

⁷²² WESTEN, s. 183.

nedeniyle, taraflardan her biri borçlu sıfatıyla ortaya çıkmaktadır. Hangi tarafın esas alınması gerektiği belirsizdir. Müşterek hukukların uygulanacağına benimsenmesi halinde ise her iki ulusal hukukun maddi hükümleri arasında çatışma meydana gelebilmektedir⁷²³. Bu sorunun nasıl çözüleceği ise belirsiz kalmaktadır.

Ayrıca, belirtilen karışıklığı önlemek amacıyla da karakteristik edim borçlusunun milli hukukunun ya da yerleşim yeri hukukunun bağlama noktası olarak benimsenmesi gerektiği savı da hukuki açıdan elverişli görülmemektedir⁷²⁴. Bunun sebebi şu örnekle açıklanabilir: Taşıyanın ya da donatanın kurduğu taşıma şirketini Panama'da tescil ettirdiğini varsayalım. Ancak, aslında İsviçre vatandaşıdır, yerleşim yeri ise Almanya'dadır. İşyeri ise hem Almanya'da hem de İngiltere'dedir. Bu durumda, taşıyıcının hiçbir bağlantısı olmadığı Panama Hukuku'nun uygulanmasının milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı olacağı söylenebilir.

3. Navlun Sözleşmesinin Yapıldığı Yer Hukuku Görüşü (Lex Loci Contractus)

Şahsi statünün belirtilen şekilde bağlama noktası olarak belirlenmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçları önlemek amacıyla, navlun sözleşmesinin yapıldığı yer hukukunun objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁷²⁵. Bu görüşe göre, tarafların amaçları en iyi şekilde sözleşmenin kurulduğu yere uygun olarak tespit edilebilmektedir⁷²⁶. Deniz ticaretinde ise sözleşmenin yapıldığı yer yükleme limanı olarak karşımıza çıksa da bu yönde bir genelleme yapmak mümkün değildir⁷²⁷. Zira, teknolojik gelişmelerle birlikte hemen hemen her yerde sözleşme kurmak mümkündür.

Diğer yandan, bu görüş de eleştirilere uygun bir çözüm getirememektedir⁷²⁸. Öncelikle, akdin yapıldığı yer ile tarafların herhangi bir şekilde bağlantısı olmayabilir. Nitekim, navlun sözleşmesi ile mekânın önemli olmadığı sözleşmelerde, taraflar hiç istemedikleri ve öngörmedikleri bir hukuk sistemi ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

⁷²³ BREAKHUS, s. 298.

⁷²⁴ BREAKHUS, s. 298.

⁷²⁵ TETLEY William, *International Conflict*, s. 260.

⁷²⁶ COLINVAUX II, s. 719.

⁷²⁷ GÖĞER, sözleşmenin yapıldığı yer ile yükleme limanının aynı yerler olduğu hususunda genel bir kanıdan yola çıkmaktadır. GÖĞER, *Eşya Taşıma*, s. 30.

⁷²⁸ GÖĞER, *Eşya Taşıma*, s. 66; BEALE Joseph H., *A Treatise On The Conflict of Laws*, Volume II, Newyork, 1935, s. 1290. (*Conflict of Laws*).

4. Varma Limanı Hukuku Görüşü

Navlun sözleşmesinde varma limanı hukuku ile kastedilen sözleşmenin ifa yeri hukukudur⁷²⁹. Varma limanı hukuku görüşü temel olarak, sözleşmenin yapıldığı yerden tamamen farklı bir yerde ifa edilebileceği kanısından yola çıkarak ileri sürülmüştür⁷³⁰. Bu sayede, tarafların tamamen yabancı oldukları ve sözleşme ile ilgisi olmayan bir hukuk sistemi ile bağlı olmalarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır⁷³¹.

Varma limanı hukukunun uygulanması gerektiğini ileri süren görüş, Savigny'nin ortaya attığı hukuki görüşlerin yabancı unsurlu navlun sözleşmesine yansımalarıdır. Savigny, tarafların bütün beklentilerini yönlendirilebildiği için hukuk seçimine ayrı bir önem vermediği için doğrudan sözleşmeye ilişkin objektif bağlama noktasını belirlemektedir⁷³². Ona göre, sözleşme statüsünün, uygulanacak hukuk kuralının muhtevasına veya hukuki ilişkinin konusuna değil; her hukuki ilişkinin oturduğu yere (seat) göre belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, her hukuki ilişkinin bağlı olduğu mahal veya oturma yerinin, onu idare eden hukuk olmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir. Böylelikle, sözleşme en fazla ait olduğu ülke hukukuna yerleştirilebilmektedir. Hukuki ilişkinin oturduğu yer ise dört faktör ile tanımlanmaktadır: (i) tarafların yerleşim yeri, (ii) uyuşmazlığa konu olan şeyin bulunduğu yer (iii) ifa yeri (iv) forum⁷³³

⁷²⁹ GÖĞER, *Eşya Taşıma*, s. 32.

⁷³⁰ Mülga 2675 sayılı MÖHUK madde 24/II uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamları halinde borcun ifa yeri hukukunun, borcun birden fazla ifa yerinin olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden ediminin ifa yeri hukukunun, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukukunun yabancı unsurlu borç ilişkilerine uygulanacağı hükme bağlanmaktaydı. Ancak, ifa yeri hukuku her hukuki ilişkiye göre değişebilen nisbi bir kavram olduğu gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Bu konu hakkında bkz., ÇELİKEL/ERDEM, ss. 333-334; ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", ss. 52-54; AKINCI Z., *İnşaat*, ss. 90-91; GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, ss. 194-197; TİRYAKİOĞLU, s. 35; ERDEM Bahadır, *Patent Hakkının Korunması ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, 1999, s. 193; TEKİNALP Gülören, "Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve 'En Yakın İrtibatlı Hukuk' Uygulaması", *Ernst E. Hirsch'in Hâtrasına Armağan*, Ankara, 1986, s. 444. ("Akdi İlişki").

Buna karşılık, Özel'e göre, tarafların açıkça belirledikleri veya borcun niteliğinden ya da teamüllerden anlaşılan ifa yerinin borçlunun mutad meskeninden (yerleşim yerinden) farklı olduğu hallerde uygulanacak hukukun ifa yerine göre tespiti, pek çok sözleşme açısından, borçlunun mutad meskenine nazaran daha yakın bağlantı tesis etmektedir. ÖZEL Sibel, "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK madde 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, Yıl:22, Sayı:2, 2002, s. 601. ("Sözleşmesel İlişki")

⁷³¹ COLINVAUX II, s. 719.

⁷³² SCHÖNENBERGER, s. 303.

⁷³³ Bu konuda bkz., NOMER, s. 55; ÇELİKEL/ERDEM, s. 53; BAXTER, ss. 550-551; TETLEY, *International Conflict*, ss. 8-9; ÖZEL, "Sözleşmesel İlişki", s. 580; MEHREN Arthur Taylor von, "Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology", *Harvard Law Review*, Vol. 88, No 2, 1974, ss. 347-371; HARTLEY Trevor C., "The Modern Approach to Private International Law: International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective", *Recueil des Cours*, Vol. 219, 2006, s. 27.

Diğer yandan, varma limanı hukukunun objektif bağlama kuralı olarak belirlenmesinde de hukuken elverişsiz sonuçlar ortaya çıkmaktadır⁷³⁴. Navlun sözleşmesinde taraflar varma limanını sözleşme akdedilirken kararlaştırmak zorunda değillerdir. Zira, sözleşmenin kurucu unsurlarından biri değildir. Sözleşmenin her aşamasında belirlenebilen varma limanı, aynı şekilde taraflarca değiştirilebilmektedir. Dolayısıyla, uyuşmazlık çıktığında taraflar daha önce öngörmedikleri ve istemedikleri bir hukuk düzeniyle karşı karşıya kalabilmektedir. Bu nedenle, ifa yeri her zaman navlun sözleşmesine uygulanacak en uygun hukukun tespitine hizmet edememektedir.

5. Bayrak Kanunu Görüşü (Sicil Yeri Hukuku Görüşü)

Yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda bayrak kanunun uygulanması gerektiğine ilişkin görüş Story'nin ortaya koyduğu mülkîlik teorisinin (territorial theory)⁷³⁵ bir uzantısı olarak ortaya çıkmıştır⁷³⁶. Bu görüş, navlun sözleşmesinin konusunu oluşturan geminin, bayrağını taşıdığı devletin egemenliğinde olduğu için onun her türlü işlem ve eylemde bayrak kanununa tabi olması gerektiği düşüncesinden yola çıkarak ileri sürülmüştür⁷³⁷.

Yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde bayrak kanununun bağlama noktası olarak belirlenmesi halinde önemli hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, birden fazla gemi ile yapılan taşımalarda hangi geminin esas alınacağı belirsizdir⁷³⁸. Keza, birden fazla bayrak taşıyan gemiler⁷³⁹ için de aynı belirsizlik söz konusudur⁷⁴⁰.

⁷³⁴ Deniz ticareti hukukunda varma limanı hukukunun tatbiki halinde ortaya çıkabilecek sorunlar hakkında bkz., SINCLAIR Alan, "Conflict of Law Problems in Admiralty", *Southwestern Law Journal*, Vol. 15, No 1, s. 37.

⁷³⁵ Milletlerarası özel hukuka ilişkin ortaya atılan bu teori uyarınca dört prensip benimsenmektedir: (i) Bir devletin hukuk kuralları sadece kendi ülkesinde ve vatandaşları üzerinde sonuçlarını doğurabilmektedir. (ii) Bütün uluslar eşittir ve bağımsızdır. Dolayısıyla, kendi egemenlik alanları içerisinde serbestçe kanunlar tesis edebilmektedir. (iii) Ulusların koyduğu hukuk kuralları ülkedeki bütün hukuki ilişkilere uygulanabilmektedir. (iv) Her devlet sadece kendi ülkesinde yargılama yapma hakkına sahiptir. Bu nedenle, kendi ülkesi dışındaki kişilere veya eşyalara müdahalede bulunamaz. Bu prensiplere rağmen, Story temel olarak kanunlar ihtilafı kurallarının varlığını kabul etmiştir. Ona göre, bu kurallar devletler arasındaki nezaket kurallarına dayanmaktadır. Bir devletin başka bir devletin kanunlarını tanıyabilmesi için söz konusu maddi hükümleri "uygun" (appropriate) bulması gerekmektedir. Bu konu hakkında bkz., TETLEY, *International Conflict*, s. 9; TETLEY William, "A Canadian Looks at American Conflict of Law Theory and Practice, Especially in The Light of The American Legal And Social Systems (Corrective vs Distributive Justice)", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 38, 1999, ss. 9-10. ("Theory")

⁷³⁶ TETLEY, *International Conflict*, s. 260.

⁷³⁷ SINCLAIR, s. 38; DICEY/MORRIS II, s. 1411; COLINVAUX II, s. 721.

⁷³⁸ SINCLAIR, s. 38.

⁷³⁹ Türk Hukuku'nda gemilerin tabiiyetinin tespiti hakkında bkz., DOĞAN Vahit, *Vatandaşlık Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2012, s. 230 (*Vatandaşlık Hukuku*); GÜNGÖR Gülin, *Tâbiyet Hukuku-Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler*, Ankara, 2012, ss. 220-227 (*Tâbiyet*).

Bir diğ er sorun ise, geminin bayrağını taşıdığı devlet ile gerç ek anlamda bağlantısının olmaması halinde ortaya çı kmaktadır⁷⁴¹. Bu durumu göz önünde bulunduran uluslararası toplum, 1958 tarihli Cenevre Açı k Deniz Sö zleşmesi⁷⁴² madde 5/I ile gemilerin taşıdığı devletin bayrağı ile arasında “gerç ek ilişki”nin (genuine link) olması gerektiğini hükme bağlamaktadır. İlgili hük mün ikinci fıkrası uyarınca ise gemi ile bayrak devleti arasında böyle bir bağın bulunmadığının tespiti halinde ise geminin, yargı yetkisini en uygun şekilde kullanılabileceği devletin hukukuna tabi olması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁴³. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Deniz Hukuku Sö zleşmesi⁷⁴⁴ madde 91 uyarınca da aynı hüküm benimsenmektedir. Ancak, bu hükümlerin uygulanma kabiliyetleri yoktur, bunlar lex imperfecta’dır⁷⁴⁵. Diğ er bir ifadeyle, bu kurallara aykırı davranılması halinde herhangi bir yaptırım söz konusu değildir. Buna karşılık, henüz yürürlüğe girmemiş olan 1986 tarihli BM bünyesinde imzalanan Gemilerin Tescil Şartlarına İlişkin Sö zleşme⁷⁴⁶ madde 1 itibarıyla, işbu sö zleşmenin amacının bayrağını taşıdığı devlet ile gemi arasındaki gerç ek ilişkinin varlığını garanti altına almak veya güçlendirmek olduğu belirtilmektedir. Bu sayede, gemi üzerinde yargı yetkisinin etkili bir şekilde kullanılabileceği ve donatan ile yardımcı kişilerin sosyal, ekonomik, idari ve teknik kusurlarının tespit edilebileceği vurgulanmaktadır.

Diğ er yandan, Uluslararası Adalet Divanı da Hükümetler Arası Deniz Danışma Örgütü, şimdiki adıyla Uluslararası Denizcilik Örgütüne verdiği 08.06.1960 tarihli tavsiye kararında⁷⁴⁷ gemi ile bayrağını taşıdığı devlet arasında gerç ek ilişkinin varlığının şart olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Divan, gerç ek kişiler açısından 06.04.1955 tarihli Nottebohm Kararıyla⁷⁴⁸ gerç ek vatandaşlık ile devlet arasında aranan gerç ek bağın (genuine link)⁷⁴⁹ gemi ve bayrağını taşıdığı ülke açısından aranamayacağını ifade etmiştir.

⁷⁴⁰ TETLEY William, “The Law of the Flag, “Flag Shopping”, And Choice of Law”, **Tulane Maritime Law Journal**, Vol. 17, 1993, s. 141. (“The Law of the Flag”)

⁷⁴¹ DICEY/MORRIS II, s. 1411. Özellikle yüksek vergi meblağlarını ödemekten ve diğ er harcamalardan kaçmak, uluslararası konvansiyonlara tabi olmaktan kaçınmak ve belirli ulusal yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla gemiler kolay bayrak ülkelerine tescil edilmektedirler. Bu konuda bkz., TETLEY, “The Law of the Flag”, s. 173.

⁷⁴² Bu sö zleşmenin İngilizce tam metni için bkz., http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_high_seas.pdf (e.t.: 14.05.2013).

⁷⁴³ DICEY/MORRIS II, s. 1412.

⁷⁴⁴ Bu sö zleşmenin İngilizce tam metni için bkz., http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf (e.t.: 14.05.2013)

⁷⁴⁵ NOMER Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 41. (**Vatandaşlık**)

⁷⁴⁶ Bu sö zleşmenin İngilizce tam metni için bkz., <http://www.admiraltylawguide.com/conven/registration1986.html> (e.t.: 15.05.2013).

⁷⁴⁷ İlgili Tavsiye Kararı için bkz., <http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2421.pdf> (e.t.: 14.05.2013).

⁷⁴⁸ İlgili Karar için bkz., <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=26&case=18&code=lg&p3=4> (15.05.2013).

Son olarak, navlun sözleşmesinin türlerinden biri olan kırkambar sözleşmesinde eşyayı taşıyan geminin taraflar açısından herhangi bir önemi yoktur. Dolayısıyla, yabancı unsurlu kırkambar sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların geminin taşıdığı bayrak ülkesinin kanuna tabi olması gerektiği düşüncesi, tarafları hiç öngörmedikleri hukuk sistemleri ile karşı karşıya getireceği için milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırılık teşkil edebileceği söylenebilir. Gemi unsurunun önemli olduğu charter sözleşmeleri açısından dahi, bayrak kanunun ifade edilen sakıncaları nedeniyle tek bağlama kuralı olarak uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁵⁰. Günümüzde de yabancı unsurlu navlun sözleşmesine bayrak kanunun uygulanması gerektiğine ilişkin görüş artık taraftar bulamamaktadır.

6. En Sıkı İlişkili Hukuk Görüşü

En genel anlamıyla yakınlık yaklaşımı olarak da ifade edilen bu görüş uyarınca, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde yetkili hukukun tespitinde de en sıkı ilişkili hukuk objektif bağlama kuralı olarak önerilmiştir. İngiltere’de proper law, Restatement II of the Conflict of Law ile Amerika’da sözleşmeyle en önemli ilişkiyi haiz hukuk (most significant relationship), Kıta Avrupası’nda Roma Konvansiyonu⁷⁵¹ ile birlikte pozitif hukukta düzenlenen ve Roma I Tüzüğü ile de benimsenen en sıkı ilişkili hukuk görüşü olarak isimlendirilen bu yaklaşım, diğer görüşlerden farklı olarak irade serbestisine ayrı bir önem vermektedir.

Çeşitli hukuk sistemlerinde farklı isimlerle benimsenen bu görüşler arasında ayrıntıda farklılıklar olsa da temel yaklaşım aynıdır⁷⁵². Farklılık en sıkı ilişkili hukuk belirlenirken, mahkemelerin göz önünde bulundurduğu unsurlardan kaynaklanmaktadır. Örneğin, İngiliz mahkemeleri en sıkı ilişkili hukuku araştırırken en sıkı ilişkili hukuk düzenini (system of law) bulmaya çalışmakta, Roma Konvansiyonu itibarıyla ve Kıta Avrupası ülkelerinde sözleşmeyle en yakın ilişkili ülke araştırılmaktadır⁷⁵³. Dolayısıyla, yakınlık

⁷⁴⁹ Bu konu hakkında bkz., NOMER, **Vatandaşlık**, ss. 35-37; DOĞAN, **Vatandaşlık Hukuku**, s. 23; GÜNGÖR, **Tâbiyet**, ss. 30-31.

⁷⁵⁰ TETLEY, “The Law of the Flag”, s. 160.

⁷⁵¹ Roma Konvansiyonu kapsamında benimsenen proper law of a contract doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, ss. 87-120.

⁷⁵² ÖZEL, “Sözleşmesel İlişki”, s. 581.

⁷⁵³ ÖZEL, “Sözleşmesel İlişki”, s. 591.

En sıkı ilişki tespit edilirken “ülkeden” ziyade “hukuk sisteminin” parametre olarak tercih edilmesi halinde, sözleşmenin formunun ve dilinin, özellikle sözleşmenin ifa yeri gibi unsurlardan daha fazla önemli hale gelmektedir. Dolayısıyla, sözleşmede kullanılan dilin ve onun düzenlenme tarzının en sıkı ilişkinin tespiti hakkında bilgi verdiği kabul edilmektedir. COLLINS, s. 45.

yaklaşımı karşısında pozitif hukukun sessiz kalması, hukuki kesinliğin ve öngörülebilirliğin ortadan kalkmasına neden olabilmektedir⁷⁵⁴. Bu durumun önüne geçebilmek amacıyla en sıkı ilişkili hukuk belirlenirken çeşitli yöntemler benimsenmektedir. Amerikan Hukuku'nda bu kavramın içi, hâkimin takdir yetkisi ile doldurulmaktadır. Buna karşılık, en sıkı ilişkili hukuk, İngiliz Hukuku ve Kıta Avrupası'nda karakteristik edim karinesiyle somutlaştırılmaktadır⁷⁵⁵.

En sıkı ilişkili hukuk görüşü uyarınca, yabancı unsurlu sözleşmeye uygulanacak hukuk iki aşamada tespit edilmektedir. İlk olarak, taraflarca açık ve örtülü hukuk seçimi yapılıp yapılmadığına bakılmaktadır. Ancak, taraflarca somut olaya uygulanacak yetkili hukuk kararlaştırılmadığı takdirde, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun uygulanması gerektiği öngörülmektedir. Bu aşamada, en sıkı ilişkili hukukun nasıl belirleneceği hususunda doktrinde değişik görüşler mevcuttur⁷⁵⁶. Clarkson/Hill'e göre, mahkemenin; sözleşmenin ağırlık merkezini (center of gravity)⁷⁵⁷ araştırması gerekmektedir. Böylelikle, tarafların makul beklentileri ve ülkenin menfaatleri doğrultusunda uygulanacak hukukun tespit edilebileceği ifade edilmektedir⁷⁵⁸.

Jaffey de sözleşmenin ağırlık merkezine vurgu yapmakta, bunun ise somut olayın özelliklerine göre onun yapıldığı yer veya ifa yeri olabileceği belirtilmektedir⁷⁵⁹. Ancak, yazar sözleşmenin geçerliliğini sağlayıp sağlamadığına bakılmaksızın, sözleşme statüsü olarak en sıkı ilişkili hukukun objektif bağlama noktası olarak benimsenmesini eleştirmektedir⁷⁶⁰.

North/Fawcett ise hukuki işlemle en yakın ilişkili hukuka yerleştirme yapılması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu doğrultuda, tarafların mutad meskeni, işyeri, sözleşmenin ağırlık merkezinin bulunduğu yer, sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, niteliği ve konusunun dikkate alınması gerektiğini belirtmektedirler⁷⁶¹. Bu kapsamda, yazarlar, sözleşmede yer alan

⁷⁵⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", s. 55.

⁷⁵⁵ ÖZEL, "Sözleşmesel İlişki", s. 582.

⁷⁵⁶ En sıkı ilişkili hukukun tespiti konusunda benimsenen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, ss. 128-140; DEMİRKOL, ss. 244-274.

⁷⁵⁷ İlk defa Von Gierke tarafından ortaya atılan bu görüşe göre, tereddüt halinde hakkında karar verilmesi gereken hukuki ilişkiye yersel ilişkilerinin ağırlık noktasına düşen yerin hukukunun uygulanması gerektiği önerilmektedir. Bu konu hakkında bkz., GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, ss. 131-135.

⁷⁵⁸ CLARKSON/HILL, ss. 203-204. Aynı doğrultudaki görüşler için bkz., JAFFEY Anthony J. E., "The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention", **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 33, No 3, 1984, ss. 532-533 ("Proper Law").

⁷⁵⁹ JAFFEY, "Proper Law", s. 543.

⁷⁶⁰ JAFFEY, "Essential Validity", s. 8.

⁷⁶¹ FAWCETT/CARRUTHERS, s. 666.

yetki ve tahkim şartlarını, uygulanacak hukukun tespitinde taraf iradelerinin varlığına dair belirti olarak kabul etmektedirler⁷⁶².

Dacey/Morris ise sözleşmenin amacı ve lafzı ile somut olayın özelliklerinden, tarafların hangi hukukun uygulanmasını arzu ettikleri belirlenerek en sıkı ilişkili hukukun bulunabileceğini vurgulamaktadır⁷⁶³. Benzer şekilde, Thomson İngiliz Hukuku'ndaki proper law doktrininden yol çıkarak, en sıkı ilişkinin tarafların sözleşme ile ne amaçladıklarının sözleşmenin geneline bakarak tespit edilip uygulanacak hukukun belirlenebileceğini ifade etmektedir⁷⁶⁴.

Wyatt ise “en sıkı ilişkili hukukun” tespitinde, sözleşmenin hukuki kaderinin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Ona göre, tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin bulunmadığı hallerde, sözleşmenin geçerliliğine öncelik tanınması gerekmektedir. Bu bağlamda, iki ülkenin hukuku sözleşme ile bağlantılı ise hangisine göre sözleşme geçerli ise o hukuk düzeninin sözleşme ile “en yakın ve gerçek bağlantılı hukuk” (closest and most real connection) olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁶⁵. Ancak, sözleşme ile bağlantılı olan hukuklardan her biri sözleşmeyi geçerli sayıyorsa, en sıkı ilişkili hukukun nasıl tespit edileceğine dair herhangi bir öneri getirememektedir.

Türk Hukuku'nda ise Nomer, “en sıkı ilişki” formülünün uygulanacak hukukun tespitinde bir yol haritası çizdiğini, sözleşme ile hukuk düzenleri arasında genel-geçer, nihai bir ilişkiyi belirlemediğini ifade etmektedir. Bu ilişkinin ise sözleşmenin niteliği ve taraflar arasındaki menfaat dengesi göz önünde bulundurularak tespit edilebileceğini vurgulamaktadır⁷⁶⁶. Güngör ise en yakın irtibatın bir sonuç noktası kavramı olduğunu ve her hukuk düzeninin kendi benimsediği anlayış çerçevesinde bu kavramın içinin dolduracağını belirtmektedir. Ancak, yazar bu yaklaşımın ne şekilde somutlaştırılırsa somutlaştırılsın, en sıkı ilişkili hukukun bağlama noktası olarak kabulünün hukuki güvenlik, öngörülebilirlik ve kesinlik ihtiyacından fedakârlık olduğu yönünde tenkitte de bulunmaktadır⁷⁶⁷.

⁷⁶² FAWCETT/CARRUTHERS, s. 666.

⁷⁶³ DICEY/MORRIS II, s. 1189.

⁷⁶⁴ THOMSON, ss. 655-656.

⁷⁶⁵ WYATT, s.410.

⁷⁶⁶ NOMER, **Devletler**, s. 317.

⁷⁶⁷ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, ss. 253-254.

“En sıkı ilişkili hukuk” prensibi, Türk pozitif hukukunu da etkilemiştir. Nitekim, MÖHUK madde 24/IV c. 1 itibarıyla, tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde, sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşme ile en yakın ilişkili hukukun uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu anlamda, yabancı unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukuk açısından “en sıkı ilişkili hukuk” objektif bağlama noktası olarak düzenlenmektedir. Ancak, “en sıkı ilişkili hukuk” tespit edilirken ortaya çıkabilecek belirsizlik ve adaletsizlikleri ortadan kaldırmak için MÖHUK madde 24/IV c. 2 ile karakteristik edim karinesi kabul edilmektedir. Aynı hususlar, MÖHUK madde 29/II taşıma sözleşmesi özel olarak navlun sözleşmeleri açısından da benimsenmektedir.

Günümüzde, en sıkı ilişkili hukuk prensibi modern milletlerarası özel hukukun genel prensiplerinden biridir⁷⁶⁸. Milletlerarası ticaretin esneklik ihtiyacı karşısında, taraf menfaatine oldukça hizmet edebilecek ilkelerdendir. Ancak, konumuz bakımından irdelendiğinde özellikle navlun sözleşmesi açısından birtakım sakıncaları da beraberinde getirebilmektedir. Navlun sözleşmesinin konusunun gemi olması nedeniyle uyuşmazlıklar sınır ötesi mekânlarda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, çoğu zaman taraflar bu ilkenin varlığı karşısında hiç beklemedikleri ve istemedikleri hukuk sistemleri ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Özellikle Amerikan sisteminde⁷⁶⁹, Avrupa’dakinin tersine, bu kavramın içi somut olayın özelliklerine göre sübjektif değerlendirmeler ile doldurulmaya çalışılmaktadır.

Buna rağmen, en sıkı ilişkili hukukun somutlaştırılarak taraf menfaati ile milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini arasındaki hassas dengenin nasıl kurulması gerektiği sorusu yanıtız kalmaktadır. Zira, bu kavramın ne olduğunun tespitini tamamen uygulamaya bırakmak, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde uygulanacak en uygun hukukun belirlenmesinde lex forist yaklaşımların ağır basmasına neden olabilmektedir. Lex forist yaklaşım ise tamamen olduğundan farklı anlaşılıp, dolaylı olarak milli hukukun uygulanması

⁷⁶⁸ ÖZEL, “Sözleşmesel İlişki”, s. 580.

⁷⁶⁹ Amerikan Hukuku’nda da sözleşmeye uygulanacak hukukun “en önemli ilişkiyi haiz hukuk” olarak tespit edilmesinin yaratacağı sorunlar eleştirilmiştir. Deniz ticaretinde ortaya çıkma ihtimali bulunan yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin olarak uygulanabilecek metodolojik bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığı ve bu nedenle, kanunlaştırma hareketine ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. Bu konuda bkz., FORCE Robert, “Choice of Law in Admiralty Case: ‘National Interest’ and the Admiralty Case”, Admiralty Law Institute Symposium: A Sea Chest for Sea Lawyers, **Tulane Law Review**, June, 2001, s.1438. (“National Interest”)

şeklinde yorumlanmaktadır⁷⁷⁰. Dolayısıyla, hâkime milletlerarası özel hukuk alanında somut olay adaletinin sağlanması hususunda esneklik sağlayabilen bu ilkenin, somutlaştırılarak hukuki keyfiyetin önüne geçilmesi gerekmektedir.

B. Türk Hukuku'nda Navlun Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Kapsamında Objektif Bağlama Noktasının Tespiti

Sözleşmeler hukuku alanında, taraflarca hukuk seçiminin yapılmaması halinde yetkili hukukun tespitinde üç yöntem karşımıza çıkmaktadır⁷⁷¹. İlk olarak, sentetik yöntem ile tespit edilen tek bir bağlama noktasının tüm sözleşmelere uygulanması kabul edilmektedir. Buna karşılık, analitik yöntemle her sözleşme tipi için ayrı bir bağlama noktası tespit edilmektedir. Son olarak da ferdiyetçi yöntem ile de uygulanacak hukuk her somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmektedir.

Türk Hukuku'nda ise bazı sözleşme türleri için ayrı bağlama noktaları benimsenmektedir. Zira, burada taraf menfaati ön plana çıkmaktadır. Bu durum, Roma Konvansiyonu'nun Türk Hukuku'na yansımalarıdır. Ayrıca, Roma Konvansiyonu'nun içerik olarak değiştirilerek kabul edilmiş hali olan Roma I Tüzüğü açısından da tip sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde ayrı bağlama noktalarını belirleme yöntemi tercih edilmektedir. Dolayısıyla, MÖHUK'ta tüketici sözleşmelerine, iş sözleşmelerine, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler ile eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitine ilişkin münferit hükümler getirilmektedir. Bu bağlamda, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, MÖHUK madde 29/II uygulama alanı bulmaktadır.

Yukarıda genel ve soyut olarak ifade edildiği üzere, MÖHUK itibarıyla, “en sıkı ilişkili hukuk”, hukuk seçiminin yokluğu halinde objektif bağlama noktası olarak düzenlenmektedir⁷⁷². En sıkı ilişkili hukuk soyut bir kavramdır. Bu nedenle, kanun koyucu yol göstermek maksadıyla; gerek genel kural olan MÖHUK madde 24, gerekse de sözleşmelere ilişkin münferit düzenlemelerde karakteristik edim karinesini

⁷⁷⁰ Yabancı unsurlu hukuki ilişkilere uygulanacak hukukun tespitinde, özellikle etrafi denizlerle çevrili ülkelerin ulusal mahkemelerinde stratejik, bölgesel, güvenlik ve ekonomik çıkarların ön planda tutulduğu ifade edilmektedir. Bu durumun da devletlerin egemenlik yetkisinden kaynaklandığı, dolayısıyla hukuk seçimine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının egemenliğin sınırlandırılması olarak anlaşıldığı belirtilmektedir. Bu konuda bkz., FORCE, “National Interest”, s. 1476.

⁷⁷¹ ÖZEL, “Sözleşmesel İlişki”, s. 579; TİRYAKİOĞLU, s. 33; SCHÖNENBERGER, s. 302.

⁷⁷² NOMER, *Devletler*, s. 318; ÇELİKEL/ERDEM, s. 340.

benimsenmektedir. Söz konusu edimi ifa ile yükümlü karakteristik edim borçlusu esas alınarak, onun mutad mesken veya işyeri ya da yerleşim yeri hukuku uygulanacak hukuk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dolayısıyla, öncelikle sözleşmesel ilişkilerde “en sıkı ilişkili hukuku” belirlemek için kabul edilen “karakteristik edim” karinesini irdeleyeceğiz. Tezimizin konusu itibarıyla da öncelikle MÖHUK madde 29/II’de düzenlenen şartlı bağlama kuralına göre, daha sonra da MÖHUK madde 24/IV uyarınca, navlun sözleşmesine uygulanacak yetkili hukuku belirlemeye çalışacağız.

1. Genel Olarak Karakteristik Edim Teorisi

Modern milletlerarası özel hukukta en sıkı ilişkili hukukun tespitinde karakteristik edim teorisinden faydalanılmaktadır. Bu kavram ilk defa İsviçre doktrininde kullanılmaya başlanmıştır⁷⁷³. Böylelikle, sözleşmenin kuruluşunu ve etkilerini farklı hukuk sistemlerine tabi kılan büyük parçalanma (great scission) ile tarafların her birinin edimleri için uygulanacak hukukun ayrı bir şekilde tespitini öngören küçük parçalanma (little scission) fikri terk edilmiştir⁷⁷⁴. Bu bağlamda, Schnitzer sözleşmenin bir bütün olarak karakteristik edimin ifa yeri hukukuna bağlanması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁷⁵. Savigny’in hukuk kuramından etkilenen Schnitzer, sözleşmenin esaslı noktası tespit edilerek ilişki ile en yakın bağlantının kurulabileceğini ifade etmektedir⁷⁷⁶. Bundan yola çıkarak da karakteristik edimi, bir sözleşmeyi diğerinden ayıran, sözleşmeyi karakterize eden ve taraflardan birinin ekonomik hayattaki işlevi nedeniyle üstlendiği edim şeklinde tanımlamaktadır⁷⁷⁷. Yazar, sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde, karakteristik edimi yüklenen kişinin yerleşim yerinin ya da mutad meskeninin esas alınması gerektiğini savunmaktadır⁷⁷⁸.

⁷⁷³ Karakteristik edim teorisinin tarihsel süreçte ortaya çıkışı ve gelişimi hakkında bkz., GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, ss. 171-178; SARGIN, “Eleştirel Yaklaşım”, ss. 38-40; DEMİRKOL, ss. 274-283; TURHAN Turgut, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu’nda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, **AÜHFD**, Cilt 41, Sayı 1-4, ss. 132-135. (“İsviçre Devletler Özel Hukuku”).

⁷⁷⁴ LIPSTEIN Kurt, “Characteristic Performance-A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 3, Issue 2, Fall 1981, s. 405.

⁷⁷⁵ SCHNITZER A., **II Handbook Des Internationales Privatrechts**, Fourth edition, 1958, s. 624-633-639. (aktaran: LIPSTEIN, s. 405).

⁷⁷⁶ SCHNITZER, s. 640 (Aktaran: D’OLIVEIRA Hans Ulrich Jessurun, “Characteristic Obligation” in the Draft EEC Obligation Convention”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 25, No 2, 1977, ss. 306-307.)

⁷⁷⁷ SCHNITZER, s. 640 (Aktaran: D’OLIVEIRA, s. 306.)

⁷⁷⁸ SCHNITZER, s. 640 (Aktaran: D’OLIVEIRA, s. 306.)

Bu anlayış temel alınarak, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde hukuki güvenirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanması amacıyla İsviçre Federal Mahkemesi tarafından karakteristik edim teorisi kabul edilmiş ve geliştirilmiştir⁷⁷⁹. 1952 tarihinde İsviçre Federal Mahkemesi, açık ya da örtülü hukuk seçiminin yokluğu halinde sözleşmenin bölünmesi anlayışını ve bunun uzantısı olarak kabul edilen farazi iradeyi esas alarak uygulanacak hukuku tespit metodunu tamamen terk etmiştir⁷⁸⁰. “En sıkı ilişkili hukuk kriteri”, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ve yerleşim yeri ile somutlaştırılarak sınırlandırılmıştır⁷⁸¹. 1989 tarihinde ise İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile pozitif hukuka dâhil edilmiştir. Daha sonraki aşamalarda Roma Konvansiyonu ile Roma I Tüzüğü ve 2007 tarihli MÖHUK ile sözleşmeye uygulanacak hukuk olan en sıkı ilişkili hukukun tespitinde kabul edilen karine olarak benimsenmektedir.

Karakteristik edim kavramının tanımı, pozitif hukukta yer almamaktadır. Bu kavramın ne olduğunun tespiti doktrine bırakılmaktadır. Doktrinde ise karakteristik edim, bir sözleşmeye hukuki niteliğini veren, ona damgasını vuran edim olarak tarif edilmektedir⁷⁸². Dolayısıyla, karakteristik edim sözleşmenin sosyo-ekonomik karakterini belirleyen edim olarak tanımlanmaktadır⁷⁸³. Bu bağlamda diğer birçok unsura nazaran karakteristik edim, sözleşmenin niteliği ve yapısı ile doğrudan ilgilidir⁷⁸⁴. Böylelikle, yetkili hukukun tespitinde sözleşme ile en fazla ilişki içerisinde olan edim olarak kabul edilmektedir.

Karakteristik edimin tespiti, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde herhangi bir sorun doğurmamaktadır. Ancak, iki tarafa borç doğuran sözleşmeler açısından bu her zaman için kolay olmamaktadır. Genellikle edimlerden biri para ise onun karşılığı olan edimler karakteristik edim olarak kabul edilmektedir⁷⁸⁵. Zira, para edimi sözleşmeye niteliğini veren, ona damgasını vuran edim değildir⁷⁸⁶. Ayrıca, para ediminin karşısında olan edimi yerine getirmekle yükümlü olan âkit tarafın edimi, karmaşık yapıda olduğu için kendisine ilişkin

⁷⁷⁹ ÖZEL, “Sözleşmesel İlişki”, s. 582.

⁷⁸⁰ SARGIN Fügen, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel bir Yaklaşım”, **AÜHFD**, Cilt 50, Sayı 2, 2001, ss. 39. (“Eleştirel Yaklaşım”).

⁷⁸¹ LIPSTEIN, s. 406.

⁷⁸² NOMER, **Devletler**, s. 318; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 268; ÖZDEMİR KOCASAKAL, **Elektronik Sözleşme**, s. 131; DEMİR GÖKYAYLA, s. 376; LIPSTEIN, s. 404.

⁷⁸³ Bu konuda bkz., DICEY/MORRIS II, s. 1234; ÖZEL, “Sözleşmesel İlişki”, s. 582; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 174; EKŞİ, **Roma**, s. 111; SARGIN, “Eleştirel Yaklaşım”, s. 45; HILL/CHONG, s. 525.

⁷⁸⁴ Bu konuda bkz., DEMİRKOL, ss. 258-259.

⁷⁸⁵ ÖZEL, “Sözleşmesel İlişki”, s. 583; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 176; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 385; HILL, s. 336.

⁷⁸⁶ SARGIN, “Eleştirel Yaklaşım”, s. 47.

yasal düzenleme daha fazladır⁷⁸⁷. Her iki tarafın da edimi para olan sözleşmelerde ise ifa sırasında en fazla sorumluluğu üzerine alan tarafın edimi karakteristik edimdir⁷⁸⁸. Keza, her iki tarafın da edimi para değilse de aynı şekilde karakteristik edim tespit edilmektedir⁷⁸⁹. Bu bağlamda, diğerine göre sözleşmenin genel yapısı itibarıyla ekonomik ve sosyal açıdan daha fazla öneme sahip olan edim karakteristik edim olarak ifade edilmektedir⁷⁹⁰.

Diğer yandan, sözleşme statüsünün tespitinde karakteristik edim teorisinden faydalanılması birtakım sakıncalar getireceği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷⁹¹. Bu eleştiriler daha çok, karakteristik edim teorisinin satıcıyı; daha geniş bir ifadeyle hizmet veya eşya sağlayıcıyı; yani büyük ticari birimleri koruduğu kanısından kaynaklanmaktadır⁷⁹². Nitekim, karakteristik edim teorisi ile sözleşmenin güçlü tarafı olan büyük şirketlerin, mal ve hizmet sağlayıcılarının ekonomik olarak zayıf olan tarafı tahakküm altına aldığı iddia edilmektedir⁷⁹³.

İlk olarak, karakteristik edimin ne olduğunu tespit etmek mümkün olmadığından söz konusu kavramın keyfi olarak belirlendiği ifade edilmektedir⁷⁹⁴. Dolayısıyla, bu konuda verilen kalıplaşmış tanımın abartılı olduğu ileri sürülmektedir⁷⁹⁵. Zira, sözleşmenin doğasının, her zaman için onun ekonomik ve sosyal karakteri ile eş değer olmadığı belirtilmektedir⁷⁹⁶. Sözleşmenin doğasının değişmez olmasına karşılık; sosyal şartlar ile birlikte değişen hukuki kurumlar nedeniyle karakteristik edimin bu tanımının paradoksal bir duruma neden olduğu öne sürülmektedir⁷⁹⁷.

İkinci olarak, teorinin getirilme amacı olan sözleşmeyi hukuki ilişkinin yoğunlaştığı tek bir yere bağlama fikrinin sapıtıldığı belirtilmektedir⁷⁹⁸. Buna göre, karakteristik edim teorisine göre tespit edilen sözleşme statüsünün yanı sıra; kamu düzeni müdahalesi ve

⁷⁸⁷ EKŞİ, **Roma**, s. 112; benzer bir yorum için bkz., SARGIN, “Eleştirel Yaklaşım”, s. 48.

⁷⁸⁸ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, ss. 176-177.

⁷⁸⁹ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 171.

⁷⁹⁰ JAFFEY, “Proper Law”, s. 546.

⁷⁹¹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., SARGIN, “Eleştirel Yaklaşım”, ss. 56-73.

⁷⁹² O'BREIN, s. 341.

⁷⁹³ FAWCETT/CARRUTHERS, s. 715.

⁷⁹⁴ ÖZEL, “Sözleşme İlişki”, s. 583; SARGIN, “Eleştirel Yaklaşım”, s. 56; D'OLIVEIRA, s. 308.

⁷⁹⁵ LIPSTEIN, s. 410.

⁷⁹⁶ D'OLIVEIRA, s. 311.

⁷⁹⁷ D'OLIVEIRA, s. 312.

⁷⁹⁸ LIPSTEIN, s. 410.

müdahaleci kuralların varlığı nedeniyle, forum ülkesinin hukukunun da göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁷⁹⁹.

Üçüncü olarak, para edimi karşısındaki edimin karakteristik edim olarak kabul edilmesi de eleştirilmektedir⁸⁰⁰. Zira, ödünç sözleşmelerinde olduğu gibi, bazı sözleşme tiplerinde, edimi para olan tarafın sorumluluğu daha fazladır. Bu durumda karakteristik edim teorisi ile sözleşmenin sosyal ve ekonomik fonksiyonu ön plana çıkarılmadığı iddia edilmektedir⁸⁰¹. Kanımızca da haklı olan bu eleştiri doğrultusunda, her zaman paranın karşısında olan edimi karakteristik edim olarak tanımlamak doğru bir yaklaşım değildir. Dolayısıyla, sözleşmenin ifasında daha aktif rol oynayan, bu doğrultuda da hiç veya gereği gibi ifa edememekten dolayı ortaya çıkan zarardan en fazla etkilenecek olan kişinin ediminin, para veya başka türden bir edim olup olmadığına bakmaksızın karakteristik edim olarak kabul etmek gerekmektedir. Son olarak, bazı sözleşme türlerinde her zaman için karakteristik edimin tespiti mümkün değildir⁸⁰². Buna örnek olarak da trampa ve atipik sözleşmeler verilmektedir.

Tüm bu eleştirilere karşılık, karakteristik edim teorisinin en sıkı ilişkili hukukun tespitinde benimsenen en makul yaklaşımlardan biri olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira, temel amaç taraflar açısından en uygun hukuku bulmaktır. Bu nedenle de sözleşmenin mahiyetini belirleyen edimin esas alınmasının olağan olduğu söylenebilir. Ayrıca, getirilen eleştirilerin çoğu, teorinin kendisine yönelik olmaktan ziyade; edimin doğru bir şekilde tespit edilip edilemediğine ilişkindir.

Diğer yandan, karakteristik edim kavramı, yetkili hukukun tespitinde tek başına yeterli değildir⁸⁰³. Bu nedenle, karakteristik edim ile bir devlet hukuku arasındaki bağlantının sağlanabilmesi için diğer bazı kriterlere de ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda öncelikle, karakteristik edimi ifa ile yükümlü olan karakteristik edim borçlusunu esas alınmaktadır. Zira, söz konusu edimin ifasına ilişkin bütün riskleri üzerinde taşıyan kişi karakteristik edim borçlusudur⁸⁰⁴. Ayrıca, bu sayede karakteristik edimin yerleştirildiği bağlama noktası⁸⁰⁵ ile

⁷⁹⁹ LIPSTEIN, s. 410.

⁸⁰⁰ ÖZEL, “Sözleşmesel İlişki”, s. 584; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 714.

⁸⁰¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi hakkında bkz., SARGIN, “Eleştirel Yaklaşım”, s. 63; D’OLIVEIRA, ss. 309-310.

⁸⁰² ÖZEL, “Sözleşmesel İlişki”, s. 585; D’OLIVEIRA, s. 310; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 714.

⁸⁰³ Bu konuda bkz., GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 179.

⁸⁰⁴ HILL, s. 334.

uygulanacak hukuk arasındaki ilişkinin en etkili bir şekilde kurulması sağlanmaktadır. Dolayısıyla, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri ya da yerleşim yeri esas alınmaktadır. Zira, mutad mesken, yerleşim yeri ve işyeri bu kişinin sosyal ve ekonomik açıdan ilişkilerini devam ettirdiği yerlerdir⁸⁰⁶.

MÖHUK madde 29/II açısından ise sadece taşıyıcının esas işyeri irtibat noktası olarak yer almaktadır. Buna karşılık, MÖHUK madde 24/IV itibarıyla, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri ve yerleşim yeri irtibat noktası olarak benimsenmektedir. Bu sayede, karakteristik edim karinesi daha somut bir hale gelmektedir. Çalışmamızın konusu kapsamında, ilgili hükümler itibarıyla yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde karakteristik edim teorisinin nasıl tespit edileceğini irdeleneceğiz. Bu kapsamda mutad mesken ve yerleşim yerinden ziyade, işyeri kavramlarının ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, tezimizin ilerleyen bölümlerinde MÖHUK madde 29/II irdelenirken, işyeri ile ne kastedilmeye çalışıldığını ortaya koymaya çalışacağız.

2. Navlun Sözleşmesinin Karakteristik Edim Teorisi Kapsamında Değerlendirilmesi

MÖHUK madde 29/II itibarıyla, hukuk seçiminin yokluğu halinde sözleşmenin kuruluş anında taşıyıcının esas işyeri hukuku uygulanacak hukuk olarak tespit edilmektedir. Kanun koyucu tarafından, taşıyıcının işyerinin kabulü, taşıma işlerinde karakteristik edimin taşıyıcının edimi olmasından kaynaklanmaktadır⁸⁰⁷. Zira, bir mesleki ya da ticari faaliyet sonucu kurulan sözleşmelerde karakteristik edim, kural olarak, bu mesleki ve ticari faaliyet sonucu ortaya çıkan edimdir⁸⁰⁸. Ayrıca, navlun sözleşmesine sosyal ve ekonomik olarak damgasını vuran edim taşınan eşyayı sözleşmeye uygun bir şekilde gönderilene teslim etmekle yükümlü olan taşıyıcının edimidir.

a. MÖHUK Madde 29/II Kapsamında Navlun Sözleşmesi Statüsünün Tespiti

Roma Sözleşmesi madde 4/IV'ten iktibas edilen MÖHUK madde 29/II uyarınca, genel olarak eşyanın taşınmasına ilişkin “en sıkı ilişkili hukukun” uygulanacağı hükme

⁸⁰⁵ Karakteristik edim teorisinin yerleştirildiği bağlama noktasına yapılan eleştiri için bkz., ÖZEL, “Sözleşmesel İlişki”, ss. 584-585.

⁸⁰⁶ TEKİNALP, “Akdi İlişki”, s. 444.

⁸⁰⁷ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 432; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 280.

⁸⁰⁸ AKINCI Z., *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 31; ÖZEL, “Sözleşmesel İlişki”, s. 591;

bağlanmaktadır. En sıkı ilişkinin belirlenmesi için de aksi ispat edilebilen bir karine getirilmektedir⁸⁰⁹. Bu karine uyarınca, taşıyıcının esas işyeri hukukunun uygulanabilmesi için MÖHUK madde 29/II uyarınca üç şartın varlığı aranmaktadır. Böylelikle, gönderenin menfaatinin de gözetilmesi amaçlanmaktadır⁸¹⁰. Bu bağlamda, sözleşmenin kurulduğu anda taşıyıcının esas işyerinin aynı zamanda; gönderenin de esas işyeri ya da eşyanın yükleme yeri veya boşaltma yeri olması gerekmektedir.

Bu şartlardan birinin gerçekleşmesi halinde sözleşme kurulduğu anda taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke, navlun sözleşmesi ile en sıkı ilişkili ülke olarak kabul edilmekte ve bu ülkenin hukuku uygulanmaktadır. Bu şartların sağlanamaması halinde, MÖHUK madde 29/II’de belirtilen karinenin aksi ispat edilmiş sayılmaktadır⁸¹¹.

MÖHUK madde 29/II’de taşıyıcının esas işyeri hukukunun uygulanması için gereken şartların varlığının belirlenmesi için taşıyıcının ve gönderenin kim olduğunun, “esas” işyerlerinin nasıl tespit edileceğinin ve yükleme ile boşaltma yerlerinin neresi olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Hâkimin önüne hukuk seçimi yapılmamış yabancı unsurlu navlun sözleşmesi geldiği takdirde, MÖHUK madde 29/II’de belirtilen şartların tespiti için öncelikle sözleşme hükümlerine bakması gerekmektedir. Bu nedenle, sözleşmeden taşıyıcının veya gönderenin kimliği ya da esas işyerleri veya yükleme ve boşaltma yerleri tespit edilemiyorsa, söz konusu hususların hangi hukuka göre nasıl belirleneceğinin de ortaya konulması gerekmektedir.

Bu bağlamda, taşıyıcı ya da gönderenin işyerinin ya da boşaltma ve yükleme yerinin tespitinde lex forinin mi yoksa, lex causaenin mi esas alınacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için bu unsurların öncelikli olarak tespit edilmesi gerektiği için lex causae henüz bilinmemektedir. Dolayısıyla, lex causaenin esas alınması, uygulanacak hukukun tespitinde fasit bir daireye neden olmaktadır. Bu nedenle, taşıyıcının ve gönderenin kimliğinin ve esas işyerleri ile boşaltma ve yükleme yerlerinin neresi olduğunun sözleşmede açıkça belirtilmemesi veya diğer hükümlerden ya da tarafların davranışlarından anlaşılabilmesi halinde lex foriye göre tespit edileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

⁸⁰⁹ EKŞİ, **Ticaret**, s. 94; EKŞİ, “Uluslararası Eşya Taşıma”, s. 126.

⁸¹⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 280.

⁸¹¹ EKŞİ, “Eşya Taşıma Sözleşmesi”, s. 127; EKŞİ, **Ticaret**, s. 94; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 381.

(1) Milletlerarası Özel Hukuk Kapsamında Taşıyıcının Kimliği

Taşıyıcı navlun sözleşmesinde taşıma edimini yerine getirmekle yükümlü olan taraf olduğu için taşıyıcının kimliğinin tespiti için öncelikle navlun sözleşmesine bakılması gerekmektedir. Ancak, bazı durumlarda taşıyıcının kim olduğu navlun sözleşmesinden anlaşılmayabilmektedir. Söz konusu sorunun çözümü hususunda ise deniz ticareti hukuku çoğu zaman yeterli olmamaktadır. Dolayısıyla, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinde uygulanacak hukuk tespit edilirken, milletlerarası özel hukuk kapsamında taşıyıcının kimliğinin ne olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda, iki muhtemel durum karşımıza çıkmaktadır.

İlk olarak, ilgili sözleşmeye bitişik tesis edilen koniştirmentoya bakarak taşıyıcının kimliği tespit edilebilmektedir. Giuliano/Lagarde Raporu'nda taşıyıcı navlun sözleşmesini fiilen ifa etsin ya da etmesin, taşıtanın karşısında sözleşmeyi akdeden taraf olarak ifade edilmektedir⁸¹². Diğer bir ifadeyle, navlun sözleşmesinin tarafı olan taşıyıcı, taşıma edimini ya bizzat ya da kendi hesabına başkasına yaptıran kişi olarak tanımlanmaktadır⁸¹³. Bu bağlamda, koniştirmentoyu düzenleyen kişi de taşıyıcı olarak kabul edilmektedir⁸¹⁴. Zira, koniştirmento sadece taşıyıcı tarafından düzenlenmektedir. Ayrıca, taşıyıcının kimliğinin koniştirmentoda yer alması zorunludur. Navlun sözleşmesini ispat işlevi de göz önünde bulundurulduğu takdirde, sözleşmeden taşıyıcının kimliğinin anlaşılamadığı durumlarda, koniştirmentoyu düzenleyen kişi MÖHUK açısından da taşıyıcı olarak kabul edilebilmektedir.

Buna rağmen taşıyıcının kimliği tespit edilemezse, Deniz Ticareti Hukuku'na göre intikal ve taşıyıcının kimliği kayıtlarının dikkate alınması gerekmektedir. Bu kayıtlarla donatan taşıyıcı olarak kabul edilmektedir. Ancak, burada uygulanacak hukuk açısından fasit daire oluşmaktadır⁸¹⁵. Zira, uygulanacak hukukun tespiti için taşıyıcının kim olduğunun belirlenmesi ilgili kayıtların hangi hukuka göre geçerli kabul edileceğinin tespitine bağlıdır. Bu durum da yabancı unsurlu navlun sözleşmesinde taşıyıcının tespiti için lex causaenin esas alınması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, intikal ve taşıyıcının kimliği kayıtlarının geçerliliğinin tespitinde lex fori ilkesinin tatbik edilmesi gerektiği kanısındayız.

⁸¹² GIULIONA/LAGARDE Raporu, s. 22.

⁸¹³ O'BREIN, s. 344.

⁸¹⁴ ANDERSON H. Edwin, "Conflict of Laws, Agents, and Maritime Commerce: An Analysis Under U.S. and English Law" **University of San Francisco Maritime Law Journal**, Vol 23, Issue 1, 2010-2011, s. 71. ("Conflict of Laws")

⁸¹⁵ DICEY/MORRIS II, s. 1406.

İkinci ihtimal ise navlun sözleşmesinden ve konişmentodan taşıyıcının kimliğinin tespit edilemediği durumlardır. Sözleşmenin diğer hükümlerinden ve/veya halin şartlarından taşıma edimini ifa etmekle yükümlü tarafın bulunması gerekmektedir. Bu durumda, taşıyıcı adına hareket eden temsilciler ve fiili taşıyıcılar ile navlun sözleşmesinin âkdi tarafı olan taşıyıcının kimliklerinin ayrı ayrı ortaya konulması önem arz etmektedir. Taşıyıcı genellikle eşya taşıma borcunu üçüncü kişiler aracılığıyla ifa etmektedir. Fiili taşıyıcı olarak da ifade edilen bu kişiler ulusal hukuklarda ve uluslararası düzenlemelerde sözleşmeyi akdeden taşıyıcı gibi sorumlu tutulmaktadır. Ancak, kanunlar ihtilafı açısından taşıyıcının kimliği belirlenirken dar yorumlamak gerekmektedir. Aksi takdirde, akdi taşıyıcı ile birlikte fiili taşıyıcının da MÖHUK madde 29 kapsamında taşıyıcı kapsamında kabul edilmesi halinde, uygulanacak hukukun belirlenmesinde hangisinin esas alınacağı belirsiz hale geleceği söylenebilir⁸¹⁶.

Taşıyıcının kimliği belirlenirken asıl-alt navlun sözleşmesinin birbirinden farklı olan iki hukuki ilişkiyi bünyesinde barındırdığını göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Zira, bu ilişkide iki taşıyıcı bulunmaktadır. Asıl navlun sözleşmesinin tarafı olan donatan; yani asıl taşıyıcı ile alt navlun sözleşmesinin tarafı olan alt taşıyıcı ise asıl taşıtandır. Ancak, nisbîlik ilkesi gereği bu iki sözleşmeyi birbirinden bağımsız nitelendirmek gerekmektedir. Dolayısıyla, her iki navlun sözleşmesine uygulanacak hukuk ayrı ayrı belirlenmektedir.

(2) Milletlerarası Özel Hukuk Kapsamında Gönderenin Kimliği

Giuliano/Lagarde Raporu'nda gönderen, taşınacak eşyayı taşıyıcıya teslim eden kişi olarak tanımlanmaktadır⁸¹⁷. Bu tanım da dikkate alındığında, Milletlerarası Özel Hukuk açısından gönderen, eşyanın kararlaştırılan kişiye teslimi amacıyla doğrudan zilyetliğini taşıyıcıya devreden kişidir. Birçok hukuk sisteminde, İngilizce'de “shipper” olarak da ifade edilen gönderenin iki anlamı mevcuttur. İlk olarak, taşıtan anlamına gelmektedir. İkinci olarak ise taşınan eşyayı taşıyıcıya teslim eden kişi olarak ifade edilmektedir. Yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde hangi tanımın esas alınacağı kanımızca vasıflandırma sorunudur. Bu nedenle, lex foriye göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir⁸¹⁸.

⁸¹⁶ GIULIONA/LAGARDE Raporu, s. 21-22.

⁸¹⁷ GIULIONA/LAGARDE Raporu, s. 22.

⁸¹⁸ Bu konu hakkında bkz., EKŞİ, *Ticaret*, s. 119; EKŞİ, “Uluslararası Eşya Taşıma”, s. 154.

Gönderenin kimliğini tespit etmek amacıyla da öncelikle sözleşmeye bakmak gerekmektedir. Ancak, ne navlun sözleşmesinde ne de konişmentoda göndereni belirleme zorunluluğu mevcuttur. Bu durumda, sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından gönderenin kimliği ortaya konulmaktadır. Bu kişiler genellikle, kıtalararası ülkelere mal ve hizmet sağlayan kişilerdir. Çoğu zaman navlun sözleşmesinde taşıtan olarak ortaya çıkmaktadır.

MÖHUK madde 29/II’de sözleşmenin kurulduğu andaki taşıyıcının esas işyerinin dikkate alınacağı belirtilerek, sabit statü kabul edilmektedir. Ancak, gönderenin esas işyerinin sonradan değişmesi halinde, sözleşmenin kurulduğu andaki işyeri mi; yoksa değişiklikten sonraki işyerinin mi kabul edileceği açık değildir. Hükmün lafzından tam olarak anlaşılmasa da konuluş amacı dikkate alındığında, sözleşmenin kuruluşu sırasında gönderenin esas işyeri şeklinde yorumlanması kanımızca isabetlidir.

(3) Taşıyıcının ve Gönderenin “Esas” İşyeri

MÖHUK madde 29/II’de “taşıyıcının esas işyeri hukuku” şartlı olarak bağlama noktası olarak belirlenmektedir. Ancak, tezimizin konusunu daha iyi bir şekilde ortaya koyabilmek için öncelikle milletlerarası özel hukukta işyerinin ne ifade ettiğine değinmeye çalışacağız. Daha sonraki aşamada ise MÖHUK madde 29/II’de belirtilen “esas işyeri” kavramı ile ne kastedilmek istendiğini irdeleyeceğiz.

(a) İşyeri Kavramı

MÖHUK’ta sözleşmesel ilişkide yetkili hukukun tespitinde irtibat noktası olarak işyeri kavramından bahsedilmekte; ancak bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği noktasında herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. Buna sebep olarak ise MÖHUK madde 24’ün gerekçesinde⁸¹⁹ doktrin ve uygulamanın önünü açık bırakmak olduğu belirtilmektedir. Ancak, her zaman bu kavramın tanımını yapmak kolay olmamaktadır.

Çeşitli uluslararası sözleşmelerde işyeri kavramına değinilmektedir⁸²⁰. Deniz ticareti alanında ise La Haye/Visby Kuralları’nda işyeri kavramına ilişkin herhangi bir düzenleme yer

⁸¹⁹ ÖZTEKİN GELGEL/ERDEM, s. 87.

⁸²⁰ Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler (BM) Konvansiyonu ile Viyana Satım Sözleşmesi’nde işyeri kavramı tanımlanmaktadır. Bu konu hakkında bkz., ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice,

almamaktadır. Hamburg Kurallarında da bu kavram tanımlanmamakta; ancak, yargı yetkisini düzenleyen madde 21’de yetkiye ilişkin hükümde yer verilmektedir. Rotterdam Kuralları madde 1/29 itibarıyla ise yerleşim yerinin şirketin veya başka bir tüzel kişinin ya da bir gerçek kişi veya tüzel kişi ortaklığının iş yerinin bulunduğu yer olduğu belirtilmektedir. Böylelikle, yerleşim yeri ile işyerinin aynı yer olduğu kabul edilmektedir. Ancak, kanunlar ihtilafı açısından yerleşim yeri ile işyeri farklı anlamlar ifade etmektedir. Zira, yerleşim yeri kişinin yerleşmek maksadıyla sürekli olarak oturduğu yer olarak tarif edilmektedir⁸²¹. Uygulamada da işin niteliği gereği işyeri yerleşim yerinden farklı bir yer de olabilmektedir.

Roma I Tüzüğü’nde de işyeri kavramının tanımına rastlanılmamaktadır. Ancak, Tüzük madde 19/I itibarıyla, tüzel kişiler için mutad meskeninin esas idare merkezi olduğu, gerçek kişinin ticari faaliyetlerini gerçekleştirdiği mutad meskeninin işyeri olarak kabul edileceği hükme bağlanmaktadır. Böylelikle, işyerinin belirlenmesinde “ticari faaliyette bulunma” kriteri esas alınmaktadır.

Türk Hukuku’nda İş Kanunu’nda (İK) ve Vergi Usul Kanunu’nda (VUK) işyerinin tanımına yer verilmektedir. İK madde 2/I itibarıyla, işyeri işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan veya olmayan unsurlarla işçinin birlikte örgütlendiği yer olarak tarif edilmektedir. VUK’da madde 156 uyarınca ise ticari, sınai, zirai ve mesleki bir faaliyetin icrasına tahsil edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yere işyeri denileceği hükme bağlanmaktadır. Bu tanımların hiçbiri konumuz kapsamında işyerinin belirlenmesine hizmet edememektedir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinde işyerinin ne olduğu sorusuna kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde ticaret hukukundan faydalanarak çözüm aramak gerekmektedir⁸²². Zira, navlun sözleşmesi milletlerarası ticaretin önemli bir parçasını oluşturmaktadır⁸²³. Bu bağlamda, işyeri kavramına yakın bir ifade olan ticari işletme, 6102 sayılı TTK madde 11’de düzenlenmektedir. Belirliliğin sağlanması ve iyiniyetli olmayan uygulamaların önüne geçmek

“Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında BM Konvansiyonu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 2, 2007, s. 269. (“Elektronik İleti”)

⁸²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., HELVACI Serap, **Gerçek Kişiler**, 3. Bası, İstanbul, 2010, ss. 88-93; DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku**, Cilt II, İstanbul, 2009, ss. 181-186.

⁸²² Milletlerarası özel hukuk itibarıyla, bireysel iş sözleşmelerinde “işyeri” kavramının ne olduğu hakkında bkz., UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, “Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi”, **Tankut Centel’e Armağan**, 2011, ss. 959-990.

⁸²³ Benzer yöndeki görüşler için bkz., ÖZDEMİR KOCASAKAL, “Elektronik İleti”, s. 270.

maksadıyla da devamlılık ve bağımsızlık unsurlarına yer verilmektedir⁸²⁴. Ancak, buna rağmen işyeri kavramının ne olduğu hususunda milletlerarası özel hukuka uygun bir tanıma Türk pozitif hukukunda karşılaşılamamaktadır.

MÖHUK madde 24'ün gerekçesinde işyeri kavramının irtibat noktası olarak seçilmesindeki en temel sebeplerden birinin gerçek ve tüzel kişileri kapsayan tek kavram olması gösterilmektedir. Gerçek kişiler açısından sürekli olarak ticari faaliyetlerini gerçekleştirdiği yer işyeri olarak kabul edilmektedir⁸²⁵. Bu durumda sürekliliğin önem taşıdığı kanısındayız. Çoğu zaman da gerçek kişinin mutad meskeni ile işyeri aynı yer olabilmektedir⁸²⁶. Tüzel kişiler açısından işyerinden kastedilen, ana sözleşmede ya da ortaklık sözleşmesinde belirtilen yer ya da tüzel kişiliği olmayan birliktelikler açısından ise ortaklığın fiilen idare edildiği yerdir⁸²⁷. Dolayısıyla, fiili idare merkezi tüzel kişilik kazanmamış kuruluşlar açısından işyeri olarak görülmektedir⁸²⁸. Ancak, birden fazla işyerinin söz konusu olduğu durumlarda her zaman için idare merkezi ile işyeri aynı yerler olmayabilmektedir⁸²⁹.

Bu hususa, navlun sözleşmesi açısından donatanın aynı zamanda taşıyıcı sıfatını taşıması ve birden fazla donatanın olduğu durumlar örnek gösterilebilir. Burada ilk akla gelen donatma iştirakinin taşıyıcı olduğu durumlardır. Ancak, donatma iştiraki⁸³⁰ tüzel kişiliği olmadığı için söz konusu ortaklığın fiilen idare edildiği yer, milletlerarası özel hukuk açısından esas işyeri olarak kabul edilmektedir. Bu durumda Türk hâkiminin önüne bir uyuşmazlık gelmesi halinde, öncelikle donatma iştiraki sözleşmesinin dikkate alınması gerekmektedir.

Ayrıca, işyerinin geniş yorumlanması gerektiği ve ticari ve sınai faaliyetlerin yürütülmesinde kullanılan merkez, şube, depo gibi yerlerin de anlaşılması gerektiği ileri

⁸²⁴ 6102 sayılı TTK madde 11/I uyarınca, ticari işletme esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme şeklinde ifade edilmektedir. İlgili hüküm bağlamında ticari işletmenin üç unsuru olduğu kabul edilmektedir: 1) Esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutma 2) Devamlılık 3) Bağımsızlık 4) Kapasite. ARKAN, **Ticari İşletme Hukuku**, ss. 26-31; KARAHAN, ss. 13-18.

⁸²⁵ BAYATA CANYAŞ Aşlı, **AB Ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Ankara, 2012, s. 170. (**Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**)

⁸²⁶ HILL/CHONG, s. 528.

⁸²⁷ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 180.

⁸²⁸ EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, s. 67.

⁸²⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", s. 59.

⁸³⁰ Donatma iştiraki 6102 sayılı TTK madde 1064 ila 1087 arasında hükme bağlanmaktadır. Buna göre, donatma iştiraki birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda (deniz ticaretinde) kullanmaları halinde donatma iştirakından söz edilebileceği ifade edilmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., SÖZER, **Deniz Ticareti**, ss. 378-385; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, ss. 97-101.

sürülmektedir⁸³¹. Ancak, her iki yerinde işyeri olarak kabulü halinde uygulanacak hukukun tespit edilmesinde belirsizlikler ortaya çıkabilmektedir. Bu belirsizlikleri ortadan kaldırmak amacıyla; MÖHUK madde 29/II’de yer alan “esas” işyeri kavramının navlun sözleşmesi açısından isabetli olduğu kanısındayız.

(b) Esas İşyeri Kavramı

MÖHUK madde 29/II itibarıyla, taşıyıcının esas işyeri hukukunun uygulanabilmesi için “esas” işyerinin gönderenin esas işyeri ile aynı yerde olması şartlardan biri olarak hükme bağlanmaktadır. Hükümde “esas” işyerinin özellikle konulmasının iki amacı vardır. İlk olarak, taşıyıcının da gönderenin de birden fazla işyeri mevcut olabilir. Bu durumda, eğer belirli bir işyerinin esas alınacağı kanunda belirtilmemiş olsaydı niteliği gereği birden fazla ülke ile ilişki halinde olan navlun sözleşmesi birden çok hukuka tabi kılınmış olacaktı⁸³². İkinci olarak ise, özellikle taşıyıcılar genellikle orta veya büyük ölçekli şirketlerdir. Bu şirketler, birtakım mali kolaylıklar sağlamak ve yükümlülüklerden kaçmak amacıyla, faaliyette buldukları fiili işyerlerinden farklı bir yeri hukuki işyeri olarak ana sözleşmelerinde ve diğer hukuki eylem ve işlemlerinde gösterebilmektedirler. Kanunlar ihtilafı hukuku açısından “esas” işyeri esas alınarak, özellikle taşıyıcının sorumluluğunu daraltan ya da tamamen ortadan kaldıran devlet hukukunun uygulanması amacıyla belirli bir ülkenin işyeri olarak gösterilmesinin önüne geçilmesi gaye edinilmektedir. Böylelikle, taşıma ediminin ifası sırasında geçici işyeri kurulması gibi iyi niyetli olmayan uygulamalar da engellenmektedir⁸³³.

Esas işyeri ise taşıyıcının ya da gönderenin fiili olarak hukuki işlem ve eylemlerini yürüttüğü yer olarak tanımlanabilir⁸³⁴. Ancak, taşıyıcının ya da gönderenin sözleşmede ya da konişmentoda belirtilen işyeri, esas işyeri ile örtüşmeyebilir. Ayrıca, taşıyıcının ya da gönderenin ticaret siciline işyeri olarak kaydettiği yeri de her zaman için esas işyeri saymak doğru olmayabilir. Zira, sicile kayıtlı yer her zaman için taşıyıcının ya da gönderenin hukuki işlem ve eylemlerini fiilen gerçekleştirdiği yer olmayabilmektedir. Bu bağlamda, taşıyıcının ya da gönderenin bir şirket olması halinde de onun ticaret siciline tescil edilmiş şubesinin

⁸³¹ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 180; ÖZDEMİR KOCASAKAL, “MÖHUK madde 24”, s. 58.

⁸³² ÇELİKEL/ERDEM, s. 387.

⁸³³ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 431.

⁸³⁴ EKŞİ, *Ticaret*, s. 117; EKŞİ, “Uluslararası Eşya Taşıma”, s. 153.

bulunduğu yer de somut olaya göre esas işyeri olarak nitelendirilebilir. Şöyle ki, taşıyıcı her türlü hukuki işlem ve eylemini şube olarak ticaret siciline tescil ettirdiği yerde tesis ediyorsa bu yer esas işyeri olarak kabul edilebilir. Bu durumda, eğer navlun sözleşmesinden doğan uyuşmazlık, şubenin akdettiği sözleşmeden kaynaklanıyorsa, şubenin bulunduğu yeri “esas işyeri” olarak kabul etmek gerekmektedir⁸³⁵. Aksi takdirde sözleşme, bağlantısı olmayan bir yer hukuku ile ilişkilendirilebilmektedir. Bu yöndeki bir yorumun taraf menfaatine de hizmet edeceği söylenebilir.

Diğer yandan, taşıyıcının ya da gönderenin temsilcisi tarafından navlun sözleşmesinin akdedilmesi ya da ifa edilmesi halinde “esas işyeri” olarak temsilcinin değil, taşıyıcının ya da gönderenin işyerinin esas alınması gerekmektedir. Zira, temsilci taşıyıcının ya da gönderenin adına ve/veya hesabına hareket eden kişidir. Dolayısıyla, sözleşmenin tarafı temsilci değil, taşıyıcı ya da gönderendir. Bu bağlamda, navlun sözleşmesi açısından uygulamada oldukça sık görülen ve taşıma işleri organizatörü olarak faaliyet gösteren kişiler sadece taşıyıcı ile taşıyan arasında taahhüt edilen taşıma işini organize etmek amacıyla yetki verilen kişilerdir. Dolayısıyla, taşıtan veya taşıyan ile taşıma işleri organizatörü arasında ortaya çıkan uyuşmazlık, navlun sözleşmesine göre değil, taşıyıcı ile arasındaki temsil ilişkisine göre çözümlenmektedir.

Çarter sözleşmelerinde esas işyeri olarak taşıyıcının fiili olarak hukuki işlem ve faaliyetlerini yürüttüğü yerin mi; yoksa geminin tescil edildiği yerin mi esas alınacağına tespiti gerekmektedir. Bu bağlamda sorun esas işyeri olarak, geminin kolay bayrak ülkelerinden birinde tescil edilmesi halinde geminin mi, yoksa taşıyıcının diğer hukuki işlem ve faaliyetlerini yürüttüğü yerin mi dikkate alınacağı hususunda ortaya çıkmaktadır. İngiliz mahkemelerinde zaman zaman tartışılan bu sorun, çarter sözleşmelerinde eşya taşıma taahhüdünün yanı sıra, geminin tahsisinin olmazsa olmaz unsur olmasından kaynaklanmaktadır⁸³⁶. Geminin esas işyeri olarak kabulü halinde, MÖHUK madde 29/II’ye mehzaz düzenleme teşkil eden Roma Konvansiyonu madde 4/IV’ün uygulanmasının çarter sözleşmeleri açısından imkânsız hale geleceği ifade edilmektedir⁸³⁷. Zira, birtakım yükümlülüklerden kaçış yolu olarak sağladıkları hukuki ve mali avantajlar dolayısıyla kolay bayrak ülkelerine gemiler tescil edilmektedir. Kanımızca, esas işyeri olarak geminin esas alınması taşıyıcıya koruma sağlayacağı için sözleşmedeki menfaat dengesini de sarsabilir.

⁸³⁵ RABEL, s. 361; HILL, s. 337.

⁸³⁶ ASARIOTIS, s. 311.

⁸³⁷ ASARIOTIS, s. 311.

Ayrıca, esas işyerinden maksat taşıyıcının hukuki işlemlerini ve eylemlerini fiilen yürüttüğü yerdir. Çarter sözleşmesinde esas alınan gemi ise sadece münferit sözleşmeleri ifa ederken kullanılmaktayken, taşıyıcı genel olarak farklı bir yerde işlem ve eylemlerini tesis edebilmektedir.

(4) Yükleme ve Boşaltma Yerinin Belirlenmesi

Yükleme ve boşaltma yerlerinin neresi olduğunun tespitinde de öncelikli olarak navlun sözleşmesi ve konişmento esas alınmaktadır. Çoğu zaman, düz hat taşımacılığının söz konusu olduğu durumlarda, taşıyıcının esas işyeri ile yükleme yeri aynı yerdir⁸³⁸. Bu nedenle, MÖHUK madde 29/II'de düz hat taşımacılığında daha fazla uygulama alanı bulunmaktadır.

Yükleme ve boşaltma yerinin tespitinde de sözleşmenin kurulduğu anın esas alınıp alınmayacağı MÖHUK madde 29/II'den tam anlamıyla anlaşılmamaktadır. Kanımızca, sözleşmenin kurulduğu anın esas alınmasına gerek yoktur. Zira, yükleme ve boşaltma yerinin sözleşme akdedilirken belirlenmesi kurucu unsurlardan biri değildir. Bu nedenle, sözleşme ifa edilirken de değişen şartlara uygun olarak taraflarca belirlenebilir ya da değiştirilebilirler. Sözleşmenin kurulduğu zamanki yükleme ve boşaltma limanları ile davanın açıldığı tarihteki yükleme ve boşaltma yerleri farklılık arz edebilmektedir. Dolayısıyla, davanın açıldığı tarihte taraflarca kararlaştırılan yükleme ve boşaltma yeri olarak belirlenen yerlerin esas alınması gerektiği söylenebilir.

b. MÖHUK Madde 24/IV Kapsamında Navlun Sözleşmesi Statüsünün Tespiti

MÖHUK madde 29/II'de belirtilen şartların sağlanamaması halinde, en sıkı ilişkili hukukun nasıl tespit edileceğine ilişkin Türk Hukuku'nda iki görüş bulunmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, MÖHUK madde 24/IV itibarıyla, genel kuralın uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar⁸³⁹. Diğer bazı yazarlar ise MÖHUK madde 29/III uyarınca, halin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin en sıkı ilişkiye sahip hukukun tespiti ve akde tatbikinin gerektiğini ifade etmektedirler⁸⁴⁰. Kanımızca, MÖHUK madde 29/II'de belirtilen

⁸³⁸ ANDERSON, "Conflict of Laws" , s. 71.

⁸³⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 387; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 432.

⁸⁴⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 280.

şartların sağlanamaması halinde, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde genel hüküm olan MÖHUK madde 24/IV uygulanması gerekmektedir. Bu kanımızı iki gerekçeye dayandırabiliriz: Öncelikle, MÖHUK madde 29'un gerekçesinde⁸⁴¹ şartların sağlanamaması halinde eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmenin, genel hüküm olan MÖHUK madde 24'e tabi kılınması gerektiği açıkça belirtilmektedir. Ayrıca, MÖHUK madde 29/III'te ifadesi bulan "daha sıkı ilişkili hukuk" istisna hükmüdür. Dolayısıyla, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin tüm yollar tüketilmeden bu hükme başvurulamayacağı görüşündeyiz. Nitekim, halin bütün şartları uyarınca, karakteristik edimin belirlenemediği ya da eşyanın taşınmasına ilişkin "daha sıkı ilişkili hukuk"un belirlendiği durumlarda MÖHUK madde 29/III tatbik edilebilmektedir. MÖHUK madde 24/IV itibarıyla ise en sıkı ilişkili hukukun karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edileceği hükme bağlanmaktadır. Böylelikle, en sıkı ilişkili hukuk, kesin olmayan karineler halinde tespit edilmektedir⁸⁴².

İlgili hükmün lafzından doğrudan anlaşılmasa da kanımızca karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kurulması anındaki mutad meskeninin yanı sıra, işyeri ve yerleşim yeri açısından da sözleşmenin kurulma anının esas alınması gerekmektedir. Zira, bu yöndeki yorum, hukuki öngörülebilirliğin sağlanması ile taraf menfaatine hizmet etmektedir.

Bir sözleşmenin ticari ve mesleki faaliyet gereği akdedilip akdedilmediği sorunu ise vasıflandırma sorunu kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁴³. Bu sorun lex foriye göre çözüme kavuşturulacaktır. Bu doğrultuda, navlun sözleşmesi ticari ve mesleki faaliyet gereği akdedildiği için karakteristik edim borçlusu olan taşıyıcının sözleşmenin kurulduğu andaki işyeri; bulunmadığı takdirde yerleşim yeri; birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kabul edilmektedir.

⁸⁴¹ ÖZTEKİN GELGEL/ERDEM, s. 100.

⁸⁴² NOMER, s. 317; ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", s. 55. Bu hükmün niteliğine ilişkin görüşler için bkz., DEMİRKOL, ss. 303-309.

⁸⁴³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 267.

Bu bağlamda, Türk mahkemelerinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta hâkim, bir sözleşmenin ticari ve mesleki faaliyet kapsamına girip girmediğini Türk Hukuku'na göre tespit edecektir⁸⁴⁴. Türk Hukuku açısından 6102 sayılı TTK madde 3 itibarıyla, TTK'da düzenlenen ve ticari işletmelerde yürütülen her türlü faaliyet ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkisi bulunduğu varsayılabilir her işlem ve fiil ticari faaliyet; bir diğer deyişle, ticari iş kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁴⁵. Navlun sözleşmesi de 6102 sayılı TTK'nın "Deniz Ticareti" başlıklı beşinci kitabın dördüncü kısmın üçüncü bölümünde düzenlenmektedir. Dolayısıyla, navlun sözleşmesi Türk Hukuku açısından ticari faaliyet kapsamında değerlendirilebilir.

MÖHUK madde 24/IV uyarınca, mesleki ve ticari faaliyet gereği akdedilen sözleşmelerde mutad mesken hukuku değil, işyeri hukuku en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmektedir. İşyeri bulunmuyorsa yerleşim yeri hukuku, birden çok işyeri varsa en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku uygulanacak hukuk olarak tespit edilmektedir. Yabancı unsurlu navlun sözleşmesi açısından ise taşıyıcının işyeri bağlama noktası olarak tespit edildiği için MÖHUK madde 29/II'deki şartlar sağlanamasa bile taşıyıcının işyeri hukuku koşulsuz olarak uygulanacak hukuk olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla, söz konusu durumda MÖHUK madde 29/II'de yer alan şartlı bağlama kuralı anlamsızlaşmaktadır. Ancak, MÖHUK madde 29/II yerine münferit düzenleme olarak madde 24/IV'ün uygulanması iki durumda önem arz etmektedir.

İlk olarak, pratikte yaşanabilecek bir durum olmasa da taşıyıcının işyerinin bulunmadığı hallerde yerleşim yerinin bağlama noktası olarak tespitidir. Navlun sözleşmesi ticari ve mesleki faaliyet gereği akdedildiği için taşıyıcı tacir konumundadır ve mutlaka faaliyetlerini gerçekleştirdiği idare merkezine ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle, işyeri olmayan tacir söz konusu olamaz.

İkinci durum ise, birden fazla işyerinin bulunduğu durumlarda en sıkı ilişkili işyerinin esas işyerinden farklı olması halinde ortaya çıkmaktadır. Burada ise MÖHUK madde 24/IV'te yer alan "en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri" ile MÖHUK madde 29/II'de ifade edilen "esas işyeri" kavramlarının birbirini karşılayıp karşılamadığının ortaya konulması

⁸⁴⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 267.

⁸⁴⁵ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ARKAN, **Ticari İşletme Hukuku**, ss. 63- 67; KARAHAN, ss. 47-51.

gerekmektedir. Söz konusu kavrama ilişkin MÖHUK'ta da herhangi bir tanımlamaya yer verilmemektedir. Buna karşılık, MÖHUK'a kaynak teşkil eden Roma Konvansiyonu madde 4/II uyarınca sözleşmedeki ifadelerden esas işyerinin bulunduğu ülkeden farklı bir yerde sözleşmenin ifa edildiği anlaşılıyorsa, bu işyerinin bulunduğu ülkenin sözleşme ile daha sıkı ilişki içinde olduğunun kabul edileceği ifade edilmektedir. Roma I Tüzüğü madde 19/II itibarıyla, sözleşmenin bir şubenin veya acentenin ya da başka bir işyerinin işletilmesi çerçevesinde kurulduğu veya edimin bu işyerleri tarafından temin edileceğinin sözleşmede öngörüldüğü durumlarda, bu işyerlerinin bulunduğu yerin mutad mesken olarak kabul edileceği ve o yer hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Bu hükümden dolayı olarak en sıkı ilişkili işyerinin, kişinin mutad meskeni olacağı sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla, her iki düzenlemede de en sıkı ilişkili işyeri tespit edilirken, sözleşmenin kurulmasını veya ifasını bizatihi gerçekleştiren işyerinin esas alınacağı öngörülmektedir⁸⁴⁶.

En sıkı ilişki ifadesi oldukça genel ve belirsiz bir kavram olduğu için subjektif değerlendirmelere açıktır. En sıkı ilişkili işyeri aynı zamanda esas işyeri olabilmekteyken; esas işyerinin en sıkı ilişkili işyeri olarak kabul etmek pek mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple de en sıkı ilişkili işyeri ifadesi daha kapsayıcı bir anlam ifade etmektedir. Zira, bu kavram tespit edilirken ilgili sözleşme esas alınmaktadır. Dolayısıyla da karakteristik edim borçlusunun “en sıkı ilişkili işyeri” sözleşmeden sözleşmeye değişiklik gösterebilmektedir. Buna karşılık, “esas işyeri” sabittir. Akdedilen sözleşmeye göre farklılık göstermez. Nitekim, taşıyıcının akdettiği navlun sözleşmesine göre en sıkı ilişkili işyeri farklılık arz ederken, esas işyeri ise sabit bir yeri ifade etmektedir. Buna rağmen, her iki kavram arasında kesin sınırlar çizmek kolay görünmemektedir.

Bu bağlamda, karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyerinin bulunması halinde öncelikle bu sözleşmenin hangi işyerinde ifa edildiğine bakılması gerekmektedir. En sıkı ilişkili işyeri belirlenirken uyumsuzluğun konusunu oluşturan sözleşme esas alınmalıdır. Bu bağlamda da sözleşme ilişkisinin yakın bağlantıda olduğu işyeri, en sıkı ilişkili işyeri olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁴⁷. Burada, sözleşmenin ifasında doğrudan ve etkin katkısı olan yer kriteri önem kazanmaktadır⁸⁴⁸. Ancak, navlun sözleşmesi deniz aşırı yerlerde ifa edildiği için

⁸⁴⁶ Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü itibarıyla işyeri kavramının anlamı için bkz., ÖZDEMİR KOCASAKAL, “MÖHUK madde 24”, s. 59.

⁸⁴⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, “MÖHUK madde 24”, s. 59.

⁸⁴⁸ BAYATA CANYAŞ, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 172.

bu hususun tek kriter olarak kabulünün mümkün olamayacağı kanısındayız. Zira, ifa yükleme ve boşaltma limanı arasında eşyanın gönderilene teslimine kadar devam eden bir süreçtir. Dolayısıyla, sözleşmenin ifasında doğrudan ve etkin katkısı olan tek bir yerden bahsetmek sözleşmenin niteliği gereği mümkün değildir. Kanımızca, sözleşmenin kurulmasında ve ifasında en fazla öneme sahip yeri de “en sıkı ilişkili işyeri” olarak kabul etmek gerekmektedir. Daha net ifadeyle, taşıyıcının taşıma faaliyetine ilişkin en fazla hukuki işlem ve eylemlerini gerçekleştirdiği yer “en sıkı ilişkili işyeri” olarak kabul görülebilir. Söz konusu kriterden hareketle, en sıkı ilişkili işyeri tüzel kişinin idare merkezi, olabileceği gibi, şubesi, bürosu ya da yavru şirketi olabilmektedir. Hatta yükleme ya da boşaltma limanı bile en sıkı ilişkili işyeri olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Yukarıda genel ve soyut olarak ifade edildiği üzere, en sıkı ilişkili işyeri ile esas işyeri kavramları birbirlerinden farklı anlamlar ifade etmektedirler. Bu hususu bir örnekle açıklamak gerekirse, taşıtanın İzmir limanından konişmento hamiline teslim edilmek üzere Hamburg limanına buğday taşınması hususunda, taşıyan sıfatıyla donatan ile yolculuk çarteri sözleşmesi akdettiğini farz edelim. Taşıyanın hukuken işyerinin Singapur olmasına rağmen, fiilen hukuki işlem ve eylemlerini Hamburg’da gerçekleştirmekte olduğunu kabul edelim. Sözleşmenin ise X şirketinin İzmir’de yer alan şubesi tarafından taşıtan olan Y şirketi ile akdedildiğini varsayalım. Bu durumda, taşıyıcının esas işyeri Almanya’da bulunmaktadır. Buna karşılık, en sıkı ilişkili işyeri Türkiye olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, finansal kolaylıklar nedeniyle şirketin işyeri Singapur’da yer alıyormuş gibi görünse de aslında fiilen faaliyet gösterdiği yer Hamburg olduğu için esas işyeri olarak Almanya karşımıza çıkmaktadır. Diğer yandan, farazi olayımıza konu teşkil eden yabancı unsurlu navlun sözleşmesinin bizzat akdedildiği ve işbu sözleşmeyi ifa için gerekli faaliyetlerde bulunacak olan ise Türk Hukukuna uyguna bir şekilde kurulan ve faaliyet gösteren İzmir’deki şubedir. Burada şubeyi de işyeri olarak kabul ettiğimiz takdirde, taşıyıcının en sıkı ilişkili işyerinin Türkiye’de olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

c. “Daha Sıkı” İlişkili Hukukun Uygulanması

MÖHUK madde 29/III itibarıyla, halin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye bu hukukun uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Aynı husus, MÖHUK madde 29/II yerine MÖHUK

madde 24/IV uygulandığı durumlar için de geçerlidir. Zira, MÖHUK madde 24/IV son cümle uyarınca da halin bütün şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun uygulanacağı düzenlenmektedir. Doktrinde ifade edilmiş tarzıyla kaçış hükmünün (exception clause) lafzından sadece MÖHUK madde 29/II veya MÖHUK madde 24/IV'te belirtilen karinelerin aksinin ispatı halinde daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabileceği şeklinde bir anlam ortaya çıkmaktadır. Ancak, bu maddenin uygulanması navlun sözleşmesi açısından iki durumda muhtemel görülmektedir⁸⁴⁹.

İlk olarak, genellikle karakteristik edimin belirlenemediği durumlarda⁸⁵⁰ kaçış hükmünün uygulanması hukuken kolaylık sağlayabileceği gerekçesiyle kabul edilmektedir⁸⁵¹. Karakteristik edim teorisinin bu soruna çözüm getirememesi, özellikle milletlerarası ticarete önemli olan hukuki kesinlik ve öngörülebilirliğe aykırı olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira, dava açılıncaya kadar yetkili hukuk bilinmemektedir. Bu durumun taraf menfaatini zedelediği ifade edilmektedir⁸⁵².

Ancak, navlun sözleşmesi açısından karakteristik edimin tespiti oldukça kolaydır, taşıyıcının edimi tartışmasız olarak karakteristik edimdir. Buna karşılık, bazı durumlarda karakteristik edim borçlusunu taşıyıcının kim olduğunun belirlenmesi zor gözükmektedir. Sözleşmede ya da ona bağlı konişmentoda açıkça taşıyıcının kimliğinin yer almadığı durumlarda, MÖHUK madde 29/II'nin ve madde 24/IV'ün teknik olarak uygulanmasının imkânsız hale geleceği söylenebilir. Özellikle asıl-alt navlun ilişkisinde tarafların kimler olduğunu ayırt etmek önem arz etmektedir. Navlun sözleşmesinde temsil ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda taşıyıcının kimliğinin tespiti ve bu bağlamda, karakteristik edim borçlusunun belirlenmesi de kolay olmamaktadır. Bu durumda daha sıkı ilişkili hukukun yetkili hukuk olarak tatbik edileceği söylenebilir. Daha sıkı ilişkili hukuk tespit edilirken ise sözleşme ile ilgili bütün bağlantı noktalarının dikkatli bir şekilde irdelenmesi gerekmektedir⁸⁵³.

Bazı durumlarda ise taşıyıcının kim olduğunun net bir şekilde ortaya konulmasına karşılık, taşıyıcının esas işyeri ya da en sıkı ilişkili işyeri tespit edilememektedir. Bu durumda

⁸⁴⁹ NOMER, **Devletler**, ss. 320-321; CLARKSON/HILL, ss. 223-227.

⁸⁵⁰ DICEY/MORRIS II, s. 1237; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 111.

⁸⁵¹ Aksi yönde bkz., ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", s. 60.

⁸⁵² JAFFEY, "Proper Law", s. 552.

⁸⁵³ JAFFEY, "Proper Law", s. 553.

da yabancı unsurlu navlun sözleşmesi ile ilişkili diğer irtibat noktaları dikkate alınarak MÖHUK madde 29/III itibarıyla, daha sıkı ilişkili hukuk belirlenerek sözleşmeye uygulanacağı ifade edilebilir.

İkinci olarak, bazen karakteristik edim borçlusunu ve işyeri tam olarak tespit edilebilmektedir. Buna karşılık, sözleşme ile yakın ilişki içerisinde bir başka hukukun varlığı söz konusu olduğu durumlarda MÖHUK madde 29/III uygulama alanı bulmaktadır⁸⁵⁴. Böylelikle, MÖHUK madde 29/II ve madde 24/IV'te belirtilen karinenin aksi ispat edilmiş olmaktadır. Giuliano-Lagarde Raporu'nda sadece karakteristik edim karinesinin aksinin ispat edildiği hallerde, kaçış hükmünün uygulanabileceği belirtilmektedir⁸⁵⁵. Ancak, hangi hallerde bu karinenin aksinin ispat edilmiş sayılacağına ilişkin herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemektedir⁸⁵⁶.

Diğer yandan, genel olarak karakteristik edim teorisinden yola çıkarak en sıkı ilişkili hukukun tespit edildiği durumlarda yeniden daha sıkı ilişkili hukuku araştırmanın uygulanacak hukukun tespitini tam bir fasit daireye soktuğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸⁵⁷. Nitekim, “en” ifadesi karşılaştırma edatıdır ve dolayısıyla, “en sıkı ilişkili hukuk” sözleşme ile bağlantılı iki veya daha fazla hukuk düzeni içinde en yakın ilişkili hukukun uygulanmasını öngörmektedir. Dolayısıyla, en sıkı ilişkili hukuk aslında daha sıkı ilişkili hukuk ifadesini de içeren geniş bir kavramdır. Bu nedenden dolayıdır ki kaçış hükmü, en sıkı ilişkili hukuk kuralının değil, karakteristik edim borçlusunun hukuku kuralının istisnası olarak kabul etmek gerekmektedir⁸⁵⁸.

Ayrıca, somut olayın özellikleri doğrultusunda her bir sözleşme açısından daha sıkı ilişkiyi araştırmak, karakteristik edim teorisinin işlevselliğini yitirmesine neden olacağı gerekçesiyle kanımızca da haklı olarak eleştirilmektedir⁸⁵⁹. Zira, halin bütün şartlarına göre daha sıkı ilişkili hukukun tespit edileceği hükme bağlanmaktadır. Bu doğrultuda sadece her sözleşme tipine göre farklı inceleme yapılmayacağı; aynı sözleşme tiplerinde de farklı irtibat noktaları bağlama noktası olarak ortaya çıkabilmektedir. Navlun sözleşmesi açısından

⁸⁵⁴ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 110; DICEY/MORRIS II, s. 1237.

⁸⁵⁵ GIULIANO-LAGARDE Raporu, ss. 22-23.

⁸⁵⁶ DICEY/MORRIS II, s. 1237.

⁸⁵⁷ SARGIN, “Eleştirel Yaklaşım”, s. 44.

⁸⁵⁸ Karakteristik edim borçlusunu hukukunun uygulanmasına ilişkin kuralın istisnası olduğu hakkında bkz., DEMİRKOL, ss. 319-320.

⁸⁵⁹ SARGIN, “Eleştirel Yaklaşım”, s. 44.

irdeleme yapacak olursak, taşıyıcının kimliğinin tespit edilememesi ya da MÖHUK madde 29/II ve madde 24/IV'ün uygulanamaması halinde, aynı taşıtanın yaptığı birden fazla navlun sözleşmesinin birinde bayrak kanunu; diğerinde yükleme ya da boşaltma limanı hukuku bağlama noktası olarak karşımıza çıkabilmektedir. Ayrıca, MÖHUK madde 29/II'de belirtilen şartların sağlanması halinde, kaçış hükmünün uygulama alanının oldukça dar olduğu da ifade edilmektedir⁸⁶⁰.

Kaçış hükmünün uygulama alanının belirlenmesi oldukça dikkat edilmesi gereken bir husustur. Zira, soyut bir kavram olan “daha sıkı ilişkili hukuk” kavramının uygulama alanını genişletebilecek yöndeki yorumlar, hukuki öngörülebilirliği önemli ölçüde zedeleyebilmektedir. Ayrıca, bu hüküm çoğu ulusal mahkemeyi, lex forinin uygulanmasına olanak sağlayabilecek yönde bir yoruma da yöneltebilmektedir⁸⁶¹.

Söz konusu kavramın belirsizliği birtakım kötü niyetli uygulamaların da önünün açılmasına sebep olabilmektedir. Bu durum özellikle, sözleşmenin tümünün ya da bir kısmının MÖHUK madde 29/II veya madde 24/IV uyarınca tespit edilen hukuka göre geçersiz sayılmasına rağmen, sözleşme ile bağlantılı başka bir hukuka göre geçerli sayıldığı hallerde ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeyi hukuken ayakta tutmak, bazı durumlarda yetkili hukukun müdahaleci kurallarından ve kamu düzeni müdahalesinden kaçış şeklinde yorumlanabilmektedir. Dolayısıyla, birden çok hukuk sistemi ile ilişkili bir sözleşmenin bazı unsurlarının bu hukuk sistemlerinden biri ile daha fazla ilişki içinde olması, kaçış hükmünün uygulanması için yeterli bir sebep olarak kabul etmemek gerekmektedir⁸⁶².

Yukarıda genel ve soyut olarak ifade edilen bütün bu eleştirilere karşılık, kaçış hükmünün MÖHUK'ta yer alması gerektiği görüşündeyiz. Bu nedenle, kanımızca bu eleştirilerin haklılığı, hükmün varlığına değil; hiçbir sınırlamaya bağlı kalmaksızın uygulama olanağı getiren tanzim biçiminden kaynaklanmaktadır. Zira, daha sıkı ilişkili hukukun hangi durumlarda uygulanacağına dair herhangi bir şart yer almadığı için MÖHUK'taki düzenleme biçimi nedeniyle keyfi uygulamaların önü açılabilir. Nitekim, halin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukuk tespit edilirken, somut

⁸⁶⁰ GÜNGÖR Gülin, “The Principle of Proximity In Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure”, *Ankara Law Review*, Vol. 5, No 1, Summer, 2008, s. 15. (“Proximity”)

⁸⁶¹ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 256.

⁸⁶² HILL, ss. 341-342.

olayın özelliklerine göre karar verilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, navlun sözleşmesinde menfaat dengesinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ancak, kanun koyucunun belirttiği “halin bütün şartları” ifadesi dikkate alındığında, hangi unsurların eşyanın taşınması sözleşmesi ile ilişkili olup olmadığına hâkimin karar vereceği söylenebilir⁸⁶³.

Diğer yandan, her somut olayın özelliklerinin de aynı olması beklenemez. Dolayısıyla, tüm unsurlarına rağmen karakteristik edim teorisinin yabancı unsurlu sözleşmeye menfaat dengesi gözetilerek mutlak olarak en uygun yetkili hukuku tespit edebileceğini söylemek oldukça zordur. Bu bağlamda, en sıkı ilişkili hukukun bu şekilde belirlenemediği durumlarda, karakteristik edim teorisine alternatif hüküm olarak uygulanmasının isabetli olduğu kanısındayız.

IV. SÖZLEŞME STATÜSÜNE DÂHİL OLMAYAN HALLER

Kural olarak, navlun sözleşmesi statüsü; gerek taraf iradesi, gerekse de objektif bağlama kuralları ile belirlenmiş olsun akdin kurulmasından sona ermesine kadar sözleşmenin her aşamasına hâkimdir. Dolayısıyla, sözleşmenin kuruluşu, muhtevası, geçerliliği, süresi, hüküm ve sonuçları, ifası ve sona ermesi gibi unsurların navlun sözleşmesi statüsüne göre tespit edilmesi gerekmektedir⁸⁶⁴. Nitekim, MÖHUK madde 32/I itibarıyla, sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliğinin, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabi olacağı hükme bağlanmaktadır.

Ancak, sözleşmeye ilişkin irade beyanı, ehliyet, şekil, temsil ile ifanın gerçekleştirme biçimi ve tedbirleri navlun sözleşmesi açısından da statünün uygulama alanı dışında kalan kurumlardır. Bu kurumların bazıları, kendilerine özgü münferit kurallar ile ayrı bağlama noktalarına tabi kılınmaktadır. Bazılarına ise sözleşme statüsüne dâhil olmakla birlikte; tarafların menfaati doğrultusunda, hâkimin takdirine göre farklı hukuk sistemleri uygulanacak hukuk olarak belirlenebilmektedir.

⁸⁶³ AKINCI Z., **İnşaat**, s. 87.

⁸⁶⁴ Bu konuda bkz., NOMER, **Devletler**, s. 325; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 370; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FIGANMEŞE, s. 281; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 358; ASARIOTIS, s. 294; CLARKSON/HILL, s. 245.

A. İrade Beyanının Varlığı

MÖHUK madde 32/I uyarınca, sözleşmenin meydana gelişi ve maddi geçerliliği, sözleşme statüsüne tabi kılınırken belli bazı şartların varlığı halinde sözleşmenin kuruluşu sırasında irade beyanının varlığı hususunda mutad mesken hukukunu uygulama imkânı tanınmaktadır. İlgili hükmün hazır bulunmayanlar arasında uygulanmasının da her zaman için uygun olmadığı kanısından yola çıkarak⁸⁶⁵ MÖHUK madde 32/II ile istisna hükmü düzenlenmektedir.

MÖHUK madde 32/II itibarıyla, taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tabi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağına anlaşılması halinde, irade beyanının varlığına rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Hakkaniyete aykırı durum uygulanacak hukukun maddi hükümlerinin uygulanmasının halin şartları uyarınca, ilgili taraftan beklenememesi anlamına gelmektedir⁸⁶⁶. “Halin şartları” tespit edilirken, tarafların kendi aralarındaki karşılıklı iş ilişkisinin öncelikli olarak dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁶⁷.

Navlun sözleşmesi açısından da tarafların irade beyanına mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için taraf iradesine esas teşkil eden davranışın navlun sözleşmesi statüsüne bağlanmasının hakkaniyete aykırı olması gerekmektedir. Bu bağlamda, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde kabul kaydının kabul beyanı olarak görülmesi, kırkambar sözleşmesinde önceden ilan edilmiş gemi kalkış zamanları ile navlun tarifelerinin öneri sayılması ve susmanın kabul anlamına gelmesi, MÖHUK madde 32/II’de belirtilen “halin şartları” kapsamında değerlendirilebilir. Söz konusu hususların somut olayın özelliklerine aykırı olması halinde, taşıtan ya da taşıyanın mutad mesken hukukunun uygulanabileceği söylenebilir. Ancak, diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi, sözleşme görüşmesi sırasında hangi hallerin hukuken irade beyanı teşkil edip etmediğinin tespiti navlun sözleşmesi açısından da zordur. Zira, hakkaniyete aykırı durumun halin şartlarına göre tespit edileceğinin ifade edilmesi belirsiz bir anlama neden olmaktadır.

⁸⁶⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 283; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 302.

⁸⁶⁶ NOMER, s. 324; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 283.

⁸⁶⁷ GIULIANO/LAGARDE Raporu, s. 28.

B. Şekil

Yabancı unsurlu navlun sözleşmesinin şekline ilişkin ihtilaflar iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. İlk olarak; şekil navlun sözleşmesinin geçerlilik şartı olarak getirilmiş olabilir. İkinci olarak ise geçerliliği etkilememekle birlikte, taşıyan ile taşıtan arasındaki sözleşmesel ilişkinin varlığının kanıtlanması amacıyla ispat şartı olarak getirilmiş olabilir. İspat şartına ilişkin ortaya çıkan ihtilaflar milletlerarası usul hukukunun konusunu oluşturmaktadır⁸⁶⁸. Türk Hukuku'nda (6102 sayılı TTK madde 1139) olduğu gibi birçok hukuk sisteminde çarter sözleşmesi yazılı ispat şartına bağlanmaktadır.

Geçerlilik şartı olarak şekle ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk sorunu, MÖHUK madde 7 uyarınca çözüme kavuşturulacaktır. Zira, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere özgü münferit bir düzenleme yer almadığı için MÖHUK'ta yer alan genel kuralın uygulanacağı ifade edilebilir. İlgili hüküm itibarıyla ise hukuki işlemlerin Locus Regit Actum (LRA) olarak ifade edilen yapıldığı ülke hukukunun veya hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, sözleşme statüsünün yanı sıra, LRA da bağlama kuralı olarak uygulanabilmektedir⁸⁶⁹.

Alternatif bağlama kuralı şeklinde düzenlenen bu hüküm ile navlun sözleşmesinin ya LRA'ya ya da MÖHUK madde 29/II ya da madde 24/IV'e göre belirlenen yetkili hukuka uygun olarak akdedilmesi gerekmektedir. Sadece taraflar açısından değil; aynı zamanda temsilcinin taşıtan ya da taşıyan hesabına irade beyanında bulunma biçimi de MÖHUK madde 7'nin uygulama alanına girmektedir.

LRA kuralının uygulanabilmesi için navlun sözleşmesinin yapıldığı yerin tespit edilmesi gerekmektedir. Hazırlar arasında akdedilen navlun sözleşmeleri açısından işlemin yapıldığı yerin tespitinde herhangi bir sorun yoktur. Zira, sözleşme kabul beyanının yapıldığı yerde kurulmaktadır. Ancak, değişen teknolojik gelişmeler doğrultusunda, navlun sözleşmesi de internet, faks veya telefon aracılığıyla da kurulabilmektedir. Dolayısıyla, genellikle uygulamada navlun sözleşmeleri hazır olmayan kişiler arasında yapılmaktadır. Bu durumda

⁸⁶⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 189.

⁸⁶⁹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., NOMER, **Devletler**, ss. 204-210; ÇELİKEL/ERDEM, ss. 189-194; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, ss. 112-124; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, ss. 99-100; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, ss. 256-260.

işlemin yapıldığı yerin neresi olduğu tartışmalıdır. Bu konuda temel olarak dört görüş ortaya atılmaktadır⁸⁷⁰. İlk olarak, akdin inikat yeri belirlenirken maddi hukukta ileri sürülen son işlemin yapıldığı yere ilişkin teorilerin hepsi kabul edilmektedir. İkinci olarak ise her iki tarafın iradelerini açıkladıkları yer hukukunun müştereken uygulanması öngörülmektedir. Birbirinden farklı hükümlerin yer alması halinde ise en ağır şartları bulunan hukukun tatbikinin gerektiği belirtilmektedir. Üçüncü olarak, taraflardan her birinin iradelerinin açıkladıkları yerlerden birinin hukukuna göre akdin şeklinin tesis edilmesi gerektiği öngörülmektedir. Son olarak, her bir tarafın kendi irade açıklamasında kendi bulunduğu yer hukukunun şekil esaslarına uyulmasının makul olduğu ileri sürülmektedir. Doktrinde taraflardan her birinin irade beyanlarının, bu beyanların yapıldıkları yer hukukunun şekil şartlarına uygun olması yeterli ve gerekli kabul edilmektedir⁸⁷¹. Zira, bu yöndeki bir yorum taraf menfaatine de hizmet etmektedir. Her bir tarafın sadece buldukları yerin şekil şartlarını araştırmaları yeterli kabul edilmektedir.

Genellikle taraflar, karşılıklı sorumluluklarını ve yükümlülüklerini belirlemek amacıyla navlun sözleşmesini yazılı olarak form sözleşmeler halinde akdetmektedirler. Gerek Türk Hukuku'nda, gerekse de diğer hukuk sistemlerinde sözleşmenin geçerliliğine ilişkin herhangi bir geçerlilik şartı getirilmemektedir. Dolayısıyla, bu kuralın navlun sözleşmesi hususunda pratikte bir önemi kalmamaktadır⁸⁷².

C. Ehliyet

Yabancı unsurlu navlun sözleşmesinde ehliyetle ilişkin meselelerde de münferit bir bağlama kuralı söz konusu değildir. Dolayısıyla, MÖHUK madde 9/I itibarıyla, tarafların hak ve fiil ehliyetleri milli hukuklarına tabidir⁸⁷³. Milletlerarası deniz ticaretinin en önemli ayağını oluşturan navlun sözleşmeleri açısından da işlem güvenliğinin ön planda tutulduğu göz önünde bulundurulacak olursa, MÖHUK madde 9/II önem kazanmaktadır. Bu bağlamda, ilgili hüküm uyarınca, milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı ilgili işlem ile bağlı kabul edileceği hükme bağlanmaktadır.

⁸⁷⁰ Bu konudaki görüşler hakkında bkz., TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 117; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 260.

⁸⁷¹ NOMER, **Devletler**, s. 207; ÇELİKEL/ERDEM, s. 193

⁸⁷² GÖĞER, **Eşya Taşıma**, s. 110.

⁸⁷³ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., NOMER, **Devletler**, ss. 213-232; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, ss. 65-114; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, ss. 106-115; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, ss. 235-252.

Çoğu zaman, navlun sözleşmesinin taraflarını gerçek kişiler değil, tüzel kişiler ya da donatma iştiraki gibi tüzel kişiliği bulunmayan kişi toplulukları oluşturmaktadır. Bu nedenle, MÖHUK madde 9/IV uyarınca tüzel kişi taşıyanın ve taşıtanın hak ve fiil ehliyetleri, statülerinde yer alan idare merkezi hukukuna tabidir. Fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde ise Türk Hukuku’nun uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. MÖHUK madde 9/son itibarıyla da statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile deniz ticaretinde önemli bir yer tutan donatma iştiraki gibi tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerinin, fiili idare merkezi hukukuna tabi olduğu belirtilmektedir.

MÖHUK madde 9/II’de düzenlenen istisna hükmünün kanunun sistematigi açısından tüzel kişilere uygulanamayacağı sonucuna varılmaktadır. Zira, ilgili hukukta “...milli hukukuna göre ehliyetsiz...” olmaktan bahsedilmektedir. Tüzel kişilerin ve tüzel kişiliği bulunmayan kişi ve mal topluluklarının ehliyetleri ise milli hukuka tabi değildir. Ancak, doktrinde, statülerinde belirtilen idare merkezi hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancı tüzel kişinin işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehilse, yaptığı hukuki işlemle ehil olarak kabul edileceği belirtilmektedir⁸⁷⁴. Doğan amaçsal yorumla bu sonuca ulaşırken⁸⁷⁵, Nomer ise işlem güvenliğinin taraf güvenliğine nazaran ağır bastığı durumlarda tüzel kişiler açısından da MÖHUK madde 9/II’nin uygulanabileceğini belirtmektedir⁸⁷⁶. Yazarlar savlarını, Yargıtay’ın 19.07.2005 tarihli 11. Hukuk Dairesi’nin verdiği bir kararına⁸⁷⁷ dayandırmaktadırlar. Bu karara göre, 2675 sayılı MÖHUK madde 8/II’de yer alan “yabancı” ifadesinden, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Böylelikle, ehliyete ilişkin işlem güvenliği prensibi, Yargıtay tarafından geniş yorumlanarak tüzel kişileri de kapsayacağı kabul edilmektedir.

Diğer yandan, ilgili hükmün lafzının bu şekilde bir yoruma cevaz vermediği kanaatindeyiz. Zira, MÖHUK madde 9/II istisna hükmüdür ve istisnalar dar yorumlanmaktadır. Dolayısıyla, bu hükmün uygulama alanının yorum yoluyla genişletilemeyeceği kanısındayız. Ayrıca, kanunun sistematigi buna cevaz vermemektedir. Buna karşılık, MÖHUK madde 9/II’nin tüzel kişiler açısından da tatbik edilmemesine de bir

⁸⁷⁴ NOMER, *Devletler*, s. 222; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 102; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 115; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 252.

⁸⁷⁵ DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 252.

⁸⁷⁶ NOMER, *Devletler*, s. 220.

⁸⁷⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 19.07.2005, E. 2005/4621 K. 2005/7778 <http://www.kazanci.com> (e.t.: 16.01.2014). Ayrıca bkz., NOMER, *Devletler*, s. 220; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 252.

anlam verememekteyiz. Zira, navlun sözleşmesi açısından milli hukukuna göre ehliyetsiz sayılan iyiniyetli karşı tarafın korunması da hukuki bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, işlem güvenliği ilkesinin tüzel kişileri de kapsayabilmesi için kanunda bu yönde açık bir ifadenin yer alması gerektiği görüşündeyiz.

D. Temsil

Sözleşme statüsüne dâhil olmayan diğer iki kuruma nazaran navlun sözleşmesinde temsil yetkisine uygulanacak hukukun tespiti oldukça önem arz eden bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, çoğu zaman taşıma işinin teknikliği ve yoğunluğu nedeniyle taraflar, temsilcileri vasıtasıyla navlun sözleşmesini akdetmekte ve ifa etmektedirler. Bu nedenle, taşıyıcının taşıma işini bir başka taşıyıcıya mı devrettiği; yoksa, temsil ilişkisi dâhilinde kendi adına ve/veya hesabına mı ifayı gerçekleştirip gerçekleştirmediği meselesi, navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından da açıklığa kavuşturulması gereken bir meseledir.

Genel olarak, MÖHUK madde 30/I uyarınca, temsilci ve temsil olunan arasındaki hukuki ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tabidir. Temsilcinin bir fiilinin ise temsil olunanı taahhüt altına sokabilmesi için ise MÖHUK madde 30/II itibarıyla, temsilcinin işyeri hukukunun aradığı şartlara uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aynı hüküm ile temsilcinin işyerinin bulunmadığı durumlarda ise yetkinin fiilen kullanıldığı yer hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Söz konusu düzenleme ile güdülen temel amaç, temsil ilişkisinde üçüncü kişi olarak kabul edilenlerin etkin bir şekilde korunmasıdır⁸⁷⁸. Bu nedenle, temsil ilişkisi tamamen sözleşme statüsünden farklı bir hukuka tabi kılınmaktadır⁸⁷⁹.

Navlun sözleşmesi açısından temsil ilişkisinin en sık görüldüğü hususlar, taşıma işleri organizatörünün, gemi tellalının veya acentenin taraflar adına hareket ettiği durumlardır. Burada temsil, sadece sözleşmenin akdedilmesi anında değil; aynı zamanda yolculuk sırasında ve ifaya ilişkin diğer faaliyetlerin gerçekleştirilmesi esnasında da söz konusu

⁸⁷⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 389.

⁸⁷⁹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., NOMER, **Devletler**, ss. 302-305; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, ss. 130-140; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, ss. 238-241; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, ss. 382-383.

olabilmektedir⁸⁸⁰. Bahsedilen durumlarda, temsil ilişkisi var olduğu için, MÖHUK madde 29 veya madde 24 uyarınca belirlenen navlun sözleşmesi statüsünden farklı olarak, MÖHUK madde 30 itibarıyla belirlenen yetkili hukukun uygulanacağı söylenebilir.

Bu konu ile ilgili diğer bir husus ise kaptanın temsil yetkisine ilişkindir. Nitekim, 6102 sayılı TTK madde 1104/II itibarıyla, gemi bağlama limanı dışındayken, kaptanın donatan adına taşıma sözleşmesi yapma ve görevlerine giren hususlarda dava açma yetkisi olduğu hükme bağlanmaktadır. Burada, kaptanın temsil yetkisi kanundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, bu yetki, MÖHUK madde 30'un uygulama alanı dışındadır⁸⁸¹. Bu anlamda, kaptanın temsil yetkisine bayrak kanununun uygulanacağı kabul edilmektedir⁸⁸². Keza, aynı husus donatma iştirakını idare ve temsile yetkili gemi müdürü açısından da söz konusudur. Gemi müdürünün temsil yetkisi de 6102 sayılı TTK madde 1070 ile 1072 arasında düzenlenmektedir. Bu yetki de kanundan doğmaktadır. Dolayısıyla, gemi müdürünün temsil yetkisinin muhtevası ve içeriğine ilişkin sorunlarda uygulanacak hukukun bayrak kanunu olacağı kabul edilmektedir⁸⁸³.

E. İfanın Gerçekleştirilme Biçimi ve Tedbirler

MÖHUK madde 33 itibarıyla, ifa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda, bu işlem ve fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukukunun dikkate alınacağı hükme bağlanmaktadır. Aslında, bu hüküm gerekçede⁸⁸⁴ de belirtildiği üzere, sözleşme statüsünün uygulama alanına istisna getiren bir düzenleme değildir. İfa sırasında ortaya çıkabilecek teknik zorluklar nedeniyle, malların gözetimi ve denetiminin hızlı ve etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için hâkime sunulan bir kolaylık olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁸⁵. Zira, ifanın gerçekleştirildiği ülke ve malların korunmasına ilişkin tedbirin alındığı ülke ile en sıkı irtibatın bulunduğu göz önünde bulundurularak hâkime bu yönde bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

⁸⁸⁰ ANDERSON, "Conflict of Laws", s. 42.

⁸⁸¹ NOMER, **Devletler**, s. 305; ÇELİKEL/ERDEM, s. 389, TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 129; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 240; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 382.

⁸⁸² GÖĞER, **Eşya Taşıma**, s. 91; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 240.

⁸⁸³ GÖĞER, **Eşya Taşıma**, s. 93.

⁸⁸⁴ ÖZTEKİN GELGEL/ERDEM, ss. 107-108

⁸⁸⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 396; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 383; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 284.

Navlun sözleşmesi açısından gönderilenin veya kaptanın eşyayı teslim almadan önce, eşyanın hal ve durumunun tespiti için Türk mahkemelerine başvurması halinde, hâkimin ya MÖHUK madde 29 veya madde 24/IV uyarınca belirlenen sözleşme statüsünü ya da uygun gördüğü takdirde işlemlerin yapıldığı ülke Türkiye ise Türk Hukuku'nu uygulama hususunda takdir yetkisi mevcuttur. Hâkim bu yetkisini kullanırken, tarafların menfaatlerini göz önünde bulundurmamak durumundadır. Bu bağlamda, taşınan eşyanın korunmasına ilişkin tedbirler alınırken ya da gönderilene teslim edilirken eşyanın niceliği ve niteliği belirlenirken ifa yeri olan varna limanı hukukunu hâkim uygulayabilmektedir.

V. SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN UYGULANAMAYACAĞI HALLER

Yukarıda genel ve soyut olarak ifade edilen durumlarda navlun sözleşmesi statüsüne istisna ya da alternatif bağlama noktası getirilmektedir. Ancak, uluslararası andlaşmaların, müdahaleci kuralların ve kamu düzeninin varlığı halinde kanunlar ihtilafı kuralları ile tespit edilen yetkili hukuk sınırlı bir şekilde uygulanmaktadır.

A. Navlun Sözleşmesine İlişkin Uluslararası Andlaşmaların Varlığı

1. Genel Olarak

MÖHUK madde 1/II itibarıyla, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı kalacağı hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, Anayasa madde 90/son uyarınca da usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu ifade edilmektedir⁸⁸⁶. Dolayısıyla, navlun sözleşmesi ile ilgili Türkiye Cumhuriyeti'nin usulüne göre onayladığı uluslararası andlaşmaların varlığı halinde, MÖHUK madde 29 veya madde 24 bertaraf edilerek bu andlaşmaların uygulama alanı bulacağı ifade edilebilir.

Diğer yandan, navlun sözleşmesine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını öngören uluslararası düzenlemeler mevcut değildir. Buna karşılık, navlun sözleşmesine özgü maddi hükümler getiren uluslararası andlaşmalar doğrudan tatbik edilerek, bağlama kurallarının uygulama alanlarına sınır getirilmektedir. Zira, ilgili andlaşmalar ile navlun sözleşmesinin tüm unsurlarına egemen olacak hukuki rejimin belirlenmesi tercih edilmemektedir. Sadece

⁸⁸⁶ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa, 2008, ss. 374-376. (**Türk Anayasa Hukuku**)

belli başlı önemli hususlar (örneğin taşıyanın sorumluluğu gibi) düzenlenmektedir. Dolayısıyla, Anayasa madde 90 ile MÖHUK madde 1/II dikkate alındığında, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda öncelikle uluslararası andlaşmaların uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Uluslararası andlaşmaların düzenlemediği ya da bu andlaşmaların uygulama alanı dışında kalan hususlarda, MÖHUK madde 29 veya madde 24 itibarıyla tespit edilen yetkili hukuk devreye girmektedir.

Bu bağlamda, navlun sözleşmesine özgü maddi hükümlerin yer aldığı iki uluslararası andlaşma mevcuttur: La Haye/Visby Kuralları ile Hamburg Kuralları. La Haye/Visby Kuralları dolaylı olarak navlun sözleşmesine ilişkin münferit hükümlere yer vermekteyken; Hamburg Kuralları'nın esas konusunu navlun sözleşmesi oluşturmaktadır. Türkiye sadece Visby değişiklikleri yapılmamış haliyle La Haye Kuralları'nı onaylayarak iç hukukunda yürürlüğe koymuştur⁸⁸⁷. Dolayısıyla, bu değişikliklerin Türk Hukuku açısından hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağı söylenebilir⁸⁸⁸. Konuya ilişkin diğer bir düzenlemede Rotterdam Kuralları olmakla birlikte, söz konusu andlaşma henüz uluslararası hukukta yürürlüğe girmemiştir.

La Haye/Visby Kuralları'nın uygulama alanı kural olarak konişmentolu taşımalarla sınırlandırılmaktadır. Diğer yandan, La Haye/Visby Kuralları madde 5/son uyarınca, bu Kurallar'ın çarter sözleşmesine uygulanmayacağı; ancak çarter partiye bağlı bir gemi varsa ve konişmento düzenlenmişse bu konişmentonun La Haye/Visby Kuralları'na tabi olacağı hükme bağlanmaktadır. Ancak, çarter partiye bağlı tanzim edilen konişmento taşıtanın elinden çıkmadığı müddetçe işbu düzenleme anlamında konişmentodan bahsetmek mümkün değildir⁸⁸⁹. Bu hükmün yanı sıra, La Haye/Visby Kuralları madde 1/b itibarıyla da navlun sözleşmesi konişmentoya bağlı bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, ilgili hükümler dikkate alındığında, navlun sözleşmeleri açısından La Haye/Visby Kuralları'nın uygulama alanı oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Kaldı ki La Haye/Visby Kuralları ile asıl amaç, navlun sözleşmesine bağlı değil, konişmentoya bağlı taşımaları düzenlemektir.

⁸⁸⁷ La Haye Kuralları'nın Türkiye tarafından nasıl yürürlüğe konulduğu ve bu konudaki tartışmalar hakkında bkz., YAZICIOĞLU, "Uygulanacak Kural", ss. 51-56; YAZICIOĞLU, "La Haye Kuralları", ss. 140-141.

⁸⁸⁸ EKŞİ, **Ticaret**, ss. 103-104; EKŞİ, "Eşya Taşıma Sözleşmesi", s. 130.

⁸⁸⁹ GÜNAY, s. 49.

Buna karşılık, Hamburg Kuralları madde 2 itibarıyla, andlaşma hükümlerinin iki ayrı devlet arasındaki deniz yolu ile taşımaya ilişkin bütün sözleşmeler hakkında uygulanacağı ifade edilmektedir. Uygulama alanının belirlenmesinde konişmentodan ziyade navlun sözleşmesi esas alınmaktadır⁸⁹⁰. Ancak, ilgili maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, çarter sözleşmelerine Hamburg Kuralları'nın uygulanmayacağı hükme bağlanmaktadır. Bu nedenle, Hamburg Kuralları sadece kırkambar sözleşmelerine uygulanabilmektedir.

2. Kanunlar İhtilafı Hukuku Açısından La Haye/Visby Kuralları ile Hamburg Kuralları

Gerek La Haye/Visby Kuralları ve Hamburg Kuralları, gerekse de kanunlar ihtilafı kurallarının uygulaması için yabancılık unsuru aranmaktadır. Ancak, her iki alanda aranan yabancılık unsurunun ne olduğu hususu birbirinden farklılık arz etmektedir. 1968'de Visby Kuralları ile getirilen değişiklikten önce La Haye Kuralları madde 10 itibarıyla, Konvansiyon hükümlerinin âkid devletlerden biri tarafından tanzim edilen konişmentoya uygulanacağı hükme bağlanmaktadır⁸⁹¹. Ancak, Visby Kuralları ile getirilen değişiklikten sonra, konişmento âkit devletlerden birinde düzenlenmişse ya da varma limanı âkid devletlerin birinde yer alıyorsa, söz konusu Kuralların uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. Bu bağlamda, gerek La Haye Kuralları'nın, gerekse de La Haye/Visby Kuralları'nın uygulanabilmesi için yabancılık unsurunun aranacağı söylenebilir. Taşımanın iç taşımaya ya da uluslararası taşımaya ilişkin olup olmaması, La Haye/Visby Kuralları açısından önem taşımamaktadır⁸⁹².

Hamburg Kuralları madde 2/I'de işbu Andlaşma hükümlerinin iki ayrı devlet arasında deniz yoluyla taşımaya dair bütün sözleşmeler hakkında uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Navlun sözleşmesinde öngörülen yükleme limanının ya da boşaltma limanının veya fiilen boşaltma limanlarından birinin âkid devletlerden birinde bulunması halinde, işbu Kuralların uygulanacağı belirtilmektedir. Ayrıca, konişmento ya da sair belgelerin âkid devletlerin birinde tanzim edilmesi de Hamburg Kuralları'nın uygulanması için yeterli sayılmaktadır.

⁸⁹⁰ YAZICIOĞLU, **Hamburg Kuralları**, s. 22.

⁸⁹¹ YAZICIOĞLU, "Uygulanacak Kural", s. 50; YAZICIOĞLU Emine, "La Haye Kuralları ile Türk Ticaret Kanunu Arasında Uygulanacak Hukuk Sorunu", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 4, Sayı 3-4, Eylül-Aralık, 1999, ss. 41-45. ("La Haye Kuralları")

⁸⁹² YAZICIOĞLU, "Uygulanacak Kural", s. 50; YAZICIOĞLU, "La Haye Kuralları", s. 46.

Dolayısıyla, La Haye/Visby Kuralları ve Hamburg Kuralları'nın uygulanması için taraflara ilişkin şahsi statüye veya geminin tabiiyetine bakılmaksızın, belirtilen hususların varlığı halinde yabancılık unsurunun bulunduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, bağlama kurallarının uygulama alanı bulması için söz konusu unsurların varlığı da yeterli sayılmaktadır.

Ayrıca, anasyonel hukuk kurallarının seçimi de işbu düzenlemelerin uygulanması için yeterli sebep olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda, hem Visby Kuralları madde 10'da yapılan değişiklik hem de Hamburg Kuralları madde 2 uyarınca ilgili Kuralların hükümlerinin veya bu hükümleri uygulayan ya da onları geçerli sayan diğer herhangi bir ulusal kanunların uygulanacağına öngörülmesi halinde de uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. Burada milletlerarası özel hukuk açısından yabancılık unsurundan bahsedilememektedir. Zira, tüm unsurlarıyla iç hukuka ait navlun sözleşmesinde dahi yabancı hukukun uygulanacağını kararlaştırılması halinde yabancılık unsurunun varlığından söz etmek mümkün değildir. Bunun yanında, charter partiye bitişik tanzim edilen konişmentolarda La Haye/Visby Kuralları'nın ya da Hamburg Kuralları'nın uygulanacağını kararlaştırılması halinde de MÖHUK madde 24 itibarıyla geçerli bir hukuk seçiminden bahsedilememektedir. Zira, anasyonel hukuk kuralları, hukuk seçiminin konusunu oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, bu durumda yabancılık unsurunda da bahsedilmesi mümkün gözükmemektedir.

Her iki uluslararası düzenleme açısından da navlun sözleşmesine ilişkin maddi hükümlerin uygulama alanı konu bakımından oldukça sınırlı düzenlenmektedir. Ayrıca, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti hususunda bağlama kurallarına da yer verilmemektedir. Bu nedenle, çoğu durumda bahsi geçen uluslararası andlaşmalardan ziyade, yabancı unsurulu navlun sözleşmesine MÖHUK madde 29 ya da madde 24'ün devreye gireceği ifade edilebilir.

Türkiye Visby Kuralları ile Hamburg Kuralları'nı henüz onaylamamıştır. Ancak, gerekçede de belirtildiği üzere, 6102 sayılı TTK'da navlun sözleşmesine ilişkin birçok hükümde mehz düzenleme olarak, öncelikle Hamburg Kuralları'na ve Visby değişiklikleri ile birlikte yeniden ele alınmış olan La Haye Kuralları'na yer verilmektedir. Bu bağlamda, Türkiye işbu andlaşmaları onaylayarak değil; iç hukukunda kanunlaştırarak uygulamaktadır.

Buna karşılık, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde varma limanının ya da boşaltma limanının ya da işbu sözleşmeye bitişik düzenlendiği konişmento veya sair belgelerin tanzim edildiği yerlerden birinin âkid devletlerde bulunmasına rağmen; sözleşmeye uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması halinde La Haye/Visby Kuralları ile Hamburg Kuralları uygulanabilir mi? Söz konusu uluslararası düzenlemelerin hükümleri emredici niteliktedir. Zira, taşıtanı koruyucu hükümler getirmektedirler. Kanımızca, sözleşme statüsü olarak Türk Hukuku'nun belirlenmesi halinde bu uluslararası düzenlemelerin emredici hükümler içermesi Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmamasına rağmen uygulanması için yeterli bir sebep değildir. Ancak, La Haye/Visby Kuralları ile Hamburg Kuralları'nı onaylayarak iç hukukuna mal etmiş olan ülkeler açısından hükümlerin düzenleniş amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları açısından müdahaleci kurallar niteliğindedir. Dolayısıyla, Türk hâkimi navlun sözleşmesi olarak Türk Hukuku'nun belirlendiği durumlarda dahi, lex causaeya ya da MÖHUK madde 31'de belirtilen şartlara⁸⁹³ uygun olarak La Haye/Visby Kuralları ya da Hamburg Kuralları'nı kabul eden ülkelerin hukuklarını tatbik ederek ilgili düzenlemeleri uygulayabileceği ifade edilebilir.

B. Kamu Düzeni Müdahalesi

Yabancılık unsuru taşıyan navlun sözleşmesinde MÖHUK madde 29 veya 24 uyarınca yetkili hukukun tespitinin ardından, uygulanacak maddi hükümlerin somut olaya uygulanmasının Türk hukuk düzeninin temel değerleri ile bağdaşmaması halinde kamu düzeni⁸⁹⁴ müdahalesi söz konusu olmaktadır. Ancak, yabancı hukukun ilgili hükümlerinin uygulanmasının bertaraf edilebilmesi için MÖHUK madde 5 uyarınca, söz konusu aykırılığın “açık” olması gerekmektedir⁸⁹⁵. Açık aykırılık ise, ya belirli bir uyuşmazlığa uygulanması öngörülen belirli bir hukuk kurallının bariz ihlali ya da temel hukuk değerlerinin kabul edilemez ölçüde çiğnenmesi halinde ortaya çıkmaktadır⁸⁹⁶. Kamu düzeni müdahalesi için

⁸⁹³ Bu konuda bkz., aça. V, 3, C.

⁸⁹⁴ “Kamu düzeni” kavramından ne anlaşılması gerektiği, diğer hukuk dallarında olduğu gibi, milletlerarası özel hukukta da belirli değildir. Ancak, milletlerarası özel hukukun kendine has bir kamu düzeni anlayışı vardır. Bu nedenle, maddi hukukta kamu düzeni gereği kabul edilen bir durum, milletlerarası özel hukuk açısından kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyebilmektedir. Bu konu hakkında bkz., NOMER, **Devletler**, ss. 157-162; ÇELİKEL/ERDEM, ss. 148-153; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, ss. 209-210; JAFFEY, “Essential Validity”, ss. 15-18.

⁸⁹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 156.

⁸⁹⁶ WYATT, ss. 401-402.

yetkili hukukun sübjektif ya da objektif bağlama noktası ile belirlenmesi açısından ise herhangi bir fark yoktur⁸⁹⁷.

MÖHUK madde 5’te ifadesini bulan kamu düzeni müdahalesinin iki işlevi vardır⁸⁹⁸. Birinci işlevi olumsuz etki olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda, uygulanacak maddi hükmün kamu düzenine aykırılığı değil, somut olaya uygulandığı takdirde meydana gelen sonucun, Türk Hukuku’nda kabul edilen kamu düzeni ile bağdaşıp bağdaşmayacağı inceleme konusu olmaktadır. Bu anlamda, kamu düzeni kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını bertaraf etmemektedir⁸⁹⁹. Sadece soyut kuralın somut olaya tatbikinde ortaya çıkan sonucun kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı hukukun uygulanması engellenmektedir.

İkinci işlevi ise kamu düzeninin olumlu etkisi olarak görülmektedir. Bu bağlamda, MÖHUK madde 5 itibarıyla, yabancı hukukun uygulanmasının engellendiği durumlarda, “*sadece gerekli görüldüğü hallerde*” Türk Hukuku’nun tatbik edileceği hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, yabancı hukukun uygulanmamasından kaynaklanan boşluğun öncelikle lex causaeda yer alan diğer hükümlerle doldurulmaya çalışması gerektiği; ancak bundan sonuç alınamadığı hallerde hâkimin Türk Hukuku’nu uygulayacağı söylenebilir⁹⁰⁰. Ancak, yabancı hukukun uygulanmasındaki zorluklar nedeniyle, kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olduğu ihtilaflarda lex fori ilkesinin uygulanması daha muhtemel gözükmektedir. Nitekim, Common Law ülkelerinde kamu düzeni sadece yabancı hukukun uygulanmasını engellemekte; aynı zamanda, lex forinin uygulanmasını da sağlayan bir sebep olarak görülmektedir⁹⁰¹. Bu durumda, kamu düzeni müdahalesi, müdahaleci kuralların uygulanması ile aynı sonucu doğurmaktadır.

Navlun sözleşmesi açısından da kamu düzeni müdahalesi istisnai niteliktedir. Zira, deniz ticaretine ilişkin iç hukukta yer alan her emredici kurala aykırı uygulama, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu müdahalesini gerektirmeyebilmektedir. Ancak, uygulanacak yabancı hukukun maddi hükümlerinin ulusal ya da uluslararası hukukta taşıyanın

⁸⁹⁷ Hukuken geçerli bir hukuk seçimi kamu düzenine aykırı görülerek forum ülkesi tarafından dikkate alınmayabilmektedir. Dolayısıyla, kamu düzeni, hukuk seçiminin geçerliliğini etkilememektedir. Sadece kamu düzenine aykırı olduğu ölçüde hukuk seçiminin uygulanabilirliği engellemektedir. Bu konuda bkz., PIERCE, s. 178 ve s. 182.

⁸⁹⁸ NOMER, **Devletler**, ss. 162-167; TEKİNALP/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 53; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, ss. 210-212.

⁸⁹⁹ NOMER, **Devletler**, s. 166.

⁹⁰⁰ NOMER, **Devletler**, s. 177; ÇELİKEL/ERDEM, s. 177.

⁹⁰¹ HARTLEY, s. 193.

sorumluluğuna ilişkin kabul edilen sınırlayıcı hükümlere aykırı olabilir. Bu durumda, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde tespit edilen yetkili hukukun uygulanması bertaraf edilebilmektedir. Bu bağlamda, navlun sözleşmesine ilişkin olarak taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler ilk olarak akla gelmektedir. 6102 sayılı TTK madde 1243/I itibarıyla, taşıyanın ve taşıtanın sorumluluğuna ilişkin belirtilen halleri doğrudan ve dolaylı olarak ortadan kaldıran ya da daraltan bütün kayıtların ve şartların geçersiz olduğu hükme bağlanmaktadır. Burada, emredici hükümlerin amacı yüküle ilgilileri korumaktır. Söz konusu amaç dikkate alındığında, taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran veya daraltan yabancı hukukun sözleşme statüsü olarak tespiti halinde, MÖHUK madde 5 itibarıyla kamu düzeni müdahalesinin gündeme geleceği ifade edilebilir. Örneğin, 6102 sayılı TTK madde 1141’de belirtilen gemiyi elverişli bulundurma yükümlülüğüne taşıyanın aykırı davrandığını ve bu nedenle, taşıtanın zarara uğradığını farzedelim. Tarafların aralarındaki yabancı unsurlu navlun sözleşmesine Alman Hukuku’nun uygulanacak hukuk olarak tespit edildiğini varsayalım. Taşıtan zararın tazmini için Türk mahkemelerinde dava açmış olsun. Hâkimin Alman Hukuku’na göre zararın miktarını 12.000\$ olarak takdir ettiğini düşünelim. Söz konusu tazminat tutarının 6102 sayılı TTK madde 1186’da belirtilen taşıyanın sorumluluk miktarını aştığı takdirde, Türk kamu düzeni müdahalesi devreye girebilir. Dolayısıyla, tazminat miktarının Türk Hukuku’na göre yeniden takdir edilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, 12.000\$ meblağ, belirtilen kanuni sınırlamalar içerisinde yer alıyorsa, kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olamayacağı ifade edilebilir.

Aynı zamanda, 6102 sayılı TTK madde 1243’te olduğu gibi, La Haye Kuralları da emredici hükümler getirmektedir. Bu bağlamda, ilgili uluslararası düzenlemenin kapsamına giren uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun maddi hükümlerinin uygulanmasının La Haye Kuralları’na aykırı olması halinde de Türk kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olacağı ifade edilmektedir⁹⁰². Türk Hukuku’nda yer alan söz konusu hükümlerin milletlerarası özel hukuk açısından kamu düzeni anlayışı çerçevesinde değerlendirilmesi ise bu kuralların emredici niteliklerinden kaynaklandığı söylenemez. Taşıyanın sorumluluğuna ilişkin bu nitelikteki hükümlerin sözleşmenin karşı tarafını koruma maksadıyla tesis edilmeleri nedeniyle kamu düzeni müdahalesine konu olmaktadır⁹⁰³. Zira, bu hükümlerle ekonomik

⁹⁰² GÖĞER, *Eşya Taşıma*, s. 142; GÖĞER, *Deniz Ticareti*, s. 112.

⁹⁰³ Bu hususun aynı zamanda uluslararası ticari toplumun ortak anlayışının da gereği olduğu hususunda bkz., WAYTT, s. 409.

olarak güçlü durumda olan taşıyıcıya karşı taşıtanı, sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkabilecek zararlara karşı koruma altına almak amaçlanmaktadır.

Yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olup olmayacağına ilişkin tartışmalı durumlardan biri de sözleşme ile hiçbir şekilde bağlantısı olmayan bir hukukun seçilmesidir. İlk olarak akla, uygulamada tarafların neden bu yönde bir hukuk seçiminde bulunacakları sorusu gelebilir. Ancak, navlun sözleşmesinde bu oldukça sık rastlanan bir durumdur. Taraflar, sigorta ve finansa ilişkin faaliyetlerinin gerçekleştirildiği ya da konişmentonun ilgili olduğu veya taşıma ilişkisinin sebebini teşkil eden satım sözleşmesinin ilişkili bulunduğu yer hukukunu navlun sözleşmesi statüsü olarak belirleyebilmektedirler⁹⁰⁴. Kanımızca, bu durum Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmemektedir. Ayrıca, tarafların kendileri için en iyi hukuku seçecekleri hususu bir faraziye olarak kabul görmektedir. Dolayısıyla, bu yöndeki bir hukuk seçiminin tarafların menfaatine olduğunu varsaymak gerekmektedir.

C. Müdahaleci (Doğrudan Uygulanan) Kurallar

Sözleşme statüsü emredici, tamamlayıcı ve yedek hukuk normları ile birlikte uygulanmaktadır. Ancak, müdahaleci kuralların varlığı halinde, ilgili yabancı hukukun sözleşmeye kısmen ya da tamamen uygulanması engellenmektedir⁹⁰⁵. Böyle önemli bir etkiye sahip müdahaleci kurallara ilişkin MÖHUK'ta herhangi bir tanım yer almamaktadır. Doktrinde müdahaleci kurallar, devletin menfaatine hizmet eden, sosyal ve ekonomik politikaya ilişkin maddi hukuk hükümleri olarak tarif edilmektedir⁹⁰⁶. Sadece kamu hukukunda değil, özel hukukta da müdahaleci kurallarla karşılaşılabilir⁹⁰⁷. Bu kuralların söz konusu niteliği ve konuluş amacı nedeniyle her iki durumda da taraflar üzerinde tasarruf edememektedirler⁹⁰⁸.

⁹⁰⁴ HANCOCK/COLLINS/SMITH, s. 5.

⁹⁰⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 284.

⁹⁰⁶ NOMER, *Devletler*, s. 183; TEKİNALP/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 379; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 7; ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", s. 71; EKŞİ, *Ticaret*, s. 98; EKŞİ, "Eşya Taşıma Sözleşmesi", s. 130; ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerine Etkisi*, İstanbul, 2001, s. 3 (*Doğrudan Uygulanan Kurallar*).

⁹⁰⁷ ÖZEL Sibel, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması*, İstanbul, 1998, s. 394 (*Kültür Varlıkları*).

⁹⁰⁸ ÖZEL, *Kültür Varlıkları*, s. 394.

Müdahaleci kurallara ilişkin genel tanıma rağmen, her ulusal mahkemenin hangi kuralların müdahaleci kurallar niteliğinde olduğuna kendisinin karar vereceği söylenebilir⁹⁰⁹. Hâkimin, bu konuda, ilgili hükmün gayesinden hareket etmesi gerektiği ifade edilebilir. Müdahaleci kuralların konulma amacı ise hukuki ilişkide yabancılık unsuruna bakılmaksızın ilgili ülke ile bağlantılı bütün olay ve ilişkilere uygulanmaktadır⁹¹⁰. Böylelikle, milletlerarası özel hukuk açısından da müdahaleci kurallar ile yabancı unsurlu sözleşmelerde taraflar açısından en uygun hukukun tespiti şeklinde tezahür eden taraf menfaatinden ziyade, devletin menfaatini koruma altına almak amaçlanmaktadır.

Müdahaleci kurallar nasıl tanımlanırsa tanımlansın, kanunlar ihtilafı alanında doğrudukları sonuçlar aynıdır. Sözleşmesel ilişkide taraf menfaatine ve hakkaniyetin teminine bakılmaksın doğrudan uygulanma gücü mevcuttur⁹¹¹. Bu bağlamda, müdahaleci kuralların kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf edici özelliği kabul edilmektedir. Ancak, söz konusu kuralların uygulandığı durumlarda, yetkili hukuk bütünüyle göz ardı edilmemektedir.

Nomer'e göre, bu durum kamu düzeninin olumlu etkisi olarak da ifade edilmektedir⁹¹². Özel ise müdahaleci kuralların kamu düzeninin bozulup bozulmamasıyla ilgilenmediğini belirtmektedir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu hukuki ilişki ve olaya doğrudan uygulandığı için müdahaleci kurallar kavramının, milletlerarası kurallara özgü ayrı bir kavram olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁹¹³. Böylelikle, kanunlar ihtilafı fonksiyonu görmektedir⁹¹⁴.

Yabancı unsurlu navlun sözleşmesi açısından da müdahaleci kurallar ayrı bir önemi haizdir. Zira, taşıma ilişkisi daha çok varma ve boşaltma limanlarının bulunduğu ülkelerin ekonomik ve sosyal politikalarını ilgilendiren bir boyuta sahiptir. En nihayetinde yabancı unsurlu taşımalar, devletlerin ülke unsurunda gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, taşıma ilişkisi devletlerin egemenlik alanları ile doğrudan ilgilidir. Ayrıca, bu ilişkinin çok yönlü sonuçları mevcuttur. Bu nedenle, navlun sözleşmesi ile ilgili oldukça fazla sayıda müdahaleci kuralların

⁹⁰⁹ HARTLEY, s. 226.

⁹¹⁰ TEKİNALP/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 58; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 10; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 229; ERKAN Mustafa, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Doğrudan Bakış", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XV, Sayı 2, 2011, s. 84.

⁹¹¹ NOMER, **Devletler**, s. 182.

⁹¹² NOMER, **Devletler**, s. 183.

⁹¹³ ÖZEL, **Kültür Varlıkları**, s. 395.

⁹¹⁴ ÖZEL, **Kültür Varlıkları**, s. 394.

varlığından söz edilebilmektedir. Örneğin, yerli malların değerini arttırmak amacıyla bazı malların ticaretine miktar kısıtlaması; yani kota getirilmektedir. Bazı mallara kota getirilmesi, ya ithalatın ihracattan daha fazla olduğu durumlarda ya da AB ile imzalanan gümrük birliği anlaşması nedeniyle söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla, devletin ekonomik politikalarının sonucu kota uygulamasına gidilmektedir. Bu nedenle, kota uygulanan malların konusunu oluşturan yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinin Türkiye’de ifa edilmesi halinde müdahaleci kuralların devreye girmesi muhtemel gözükmektedir.

Ayrıca, ulusal ve uluslararası hukukta ticareti yasak eşyaların navlun sözleşmesine konu yapılması halinde de müdahaleci kuralların devreye gireceği ifade edilebilir. Devletler kendi egemenlik yetkileri kapsamında birtakım malların ihracatına ya da ithalatına yasaklamalar getirebilmektedir⁹¹⁵. Bu yasaklamalar, uluslararası yükümlülüklerden de kaynaklanabilmektedir. Örneğin, BM Güvenlik Konseyi kararları doğrultusunda İran’a uygulanan ambargo nedeniyle, bu ülkeye bazı eşyaların ihracatı yasaklanmıştır⁹¹⁶. Bu gibi eşyaların konu edildiği yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinin varlığı halinde, uygulanacak hukuk tespit edilmeden, müdahaleci kuralların devreye gireceği ifade edilebilir.

Diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinde de lex forinin müdahaleci kurallarının yanı sıra, sözleşmesel ilişki ile bağlantılı bir başka devletin müdahaleci kuralları da somut olaya uygulanabilmektedir. Bu bağlamda da forum ülkesinin dışında, lex causaenin ya da üçüncü bir devletin müdahaleci kuralları da kanunlar ihtilafı kurallarının cevaz verdiği ölçüde uygulanmaktadır.

1. Lex Fori’nin Müdahaleci Kuralları

MÖHUK madde 6 itibarıyla, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk Hukuku’nun müdahaleci kurallarının kapsamına giren hallerde o kuralların tatbik edileceği ifade edilmektedir. Hükümde yer alan “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlar ...” ifadesinin ne amaçla kanunda yer aldığı belirsiz olduğu kanısındayız. Zira, müdahaleci kuralların kapsamı dâhilinde olduğu müddetçe, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanına girsin veya girmesin, mutlak olarak

⁹¹⁵ Hangi eşyaların ticaretinin yasak olduğu hakkında bkz., [http://www.orgtr.org/tr/ithali-yasak-olan-mallar-wwworgtrorg-\(e.t.: 01.09.2013\)](http://www.orgtr.org/tr/ithali-yasak-olan-mallar-wwworgtrorg-(e.t.: 01.09.2013)).

⁹¹⁶ İran’a ihracatı yasak olan eşyalar için bkz., <http://www.iib.org.tr/tr/diger-duyurular-iran-ihracat-yasaklari-listesi.html> (e.t.: 01.09.2013).

hukuki ilişkiye veya olaya uygulanabilmektedir. Ancak, bu kuralların söz konusu uyuşmazlıklara uygulanabilmesi için navlun sözleşmesi ile doğrudan bağlantılı olması gerekmektedir⁹¹⁷.

Bu bağlamda, Türk mahkemeleri önüne yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinden kaynaklanan bir uyuşmazlık geldiği takdirde, öncelikle 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) Ve Limanlarla Kara Suları Dâhilinde İcrayı Sanat Ve Ticaret Hakkında Kanunu; diğer adıyla Kabotaj Kanunu'nu (KK)⁹¹⁸ dikkate almak gerekmektedir. KK madde 1 itibarıyla, Türk limanları arasında eşya ve yolcu taşımak sadece Türk gemilerine mahsustur. İlgili hüküm, Türk Hukuku'nda müdahaleci kurallar kapsamında değerlendirilmektedir. Buna karşılık, yabancı bayrak taşıyan geminin, Türk limanları arasındaki taşımaların navlun sözleşmesine konu olması halinde ortada yabancı unsurlu navlun sözleşmesi söz konusudur. Ancak, KK'nın konuluş amacı Türkiye Cumhuriyeti'nin menfaatini ilgilendirmektedir. Dolayısıyla, müdahaleci kurallar kapsamına giren bir durum söz konusu olduğu için uygulanacak hukukun ne olduğuna bakılmaksızın, KK'nın uygulanması gerekmektedir.

Aynı husus, Türk bayrağı taşıyan Türk gemisi olmayan gemiler için de geçerlidir. Bu kapsamda, 6102 sayılı TTK madde 941/II ile Türk gemisi olmayan gemilerin hangi şartlar altında Türk bayrağı çekebileceği hükme bağlanmaktadır. Belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde Türk gemisi olmayan bir gemi de Türk bayrağı taşıyabilmektedir. Böyle bir geminin Türk limanları arasında taşımaya ilişkin akdedilen navlun sözleşmesine konu oluşturması halinde de KK kapsamına giren bir durum söz konusu olmaktadır. Bu durumda da ilgili sözleşmenin yabancılik unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müdahaleci kurallar niteliğindeki KK uygulama alanı bulmaktadır.

2. Lex Causae'nın Müdahaleci Kuralları

MÖHUK itibarıyla, lex causaenin müdahaleci kurallarının uygulanıp uygulanamayacağına dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, diğer sözleşmelerde de olduğu gibi, yabancı unsurlu navlun sözleşmesine hâkim olan yetkili hukuk, tüm unsurları ile birlikte uygulanacağı için lex causaenin müdahaleci kurallarının da tatbik edileceği kabul

⁹¹⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar* s. 33.

⁹¹⁸ KK'nun tam metni için bkz., <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/406.html> (e.t.: 02.01.2013).

edilmektedir⁹¹⁹. Ayrıca, bu durumda müdahaleci kuralların uygulanmasını engelleyici herhangi bir pozitif düzenleme de yer almamaktadır. Dolayısıyla, lex causaenin müdahaleci normlarının uygulanması, sözleşme statüsünden kaynaklanmaktadır⁹²⁰. Ancak, lex causaenin müdahaleci kuralları Türk kamu düzenini açıkça ihlal ediyorsa o zaman, gerekli görüldüğü takdirde ve ölçüde, Türk Hukuku'nun devreye gireceği ifade edilebilir.

Diğer yandan, yabancı hukukun müdahaleci kurallarının kamu hukuku karakterli olması halinde forum ülkesi mahkemelerince uygulanamayacağı iddia edilmektedir⁹²¹. Bu yöndeki görüşlere getirilen gerekçeler ise yabancı hukukta yer alan müdahaleci kurallarının kamu hukuku karaktere sahip olduğu, ilgili devletin egemenlik yetkisi ile doğrudan bağlantılı olduğu ve sadece tek taraflı tesis edildiği kabul edilmektedir. Buna karşılık, doğrudan icrasının söz konusu olmadığı yabancı kamu hukuku karakterli kuralların müdahaleci kural kapsamında uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir⁹²².

Kanımızca, bu yönde bir ayırım yapmadan müdahaleci kuralların yabancı unsurlu hukuki ilişkilere ve olaylara doğrudan uygulanması gerekmektedir⁹²³. Zira, kuralın amacı zaten kamu menfaatine hizmet etmektir. Ayrıca, kamu hukuku- özel hukuk karakterli kuralları ayırmak her zaman için kolay görünmemektedir⁹²⁴. Forum ülkesi açısından buradaki tek sınırın kamu düzeni müdahalesi olması gerektiği kanısındayız.

Bu bağlamda, lex causaeda yer alan ve deniz ticaretini düzenlemek, kamu menfaatini korumak ve sosyal dengeleri sağlamak amacıyla getirilen kurallar müdahaleci kurallar niteliğinde kabul edilerek navlun sözleşmesine uygulanmaktadır. Örneğin, İngiliz Hukuku'nda La Haye/Visby Kuralları'nın iç hukukta uygulanması amacıyla yürürlüğe giren 1974 tarihli COGSA müdahaleci kural niteliğindedir⁹²⁵. İngiliz Hukuku'nun lex causae olarak

⁹¹⁹ KÖSEOĞLU Mehmet, “ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, s. 157.

⁹²⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 286; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 366.

⁹²¹ Bu konudaki görüşler hakkında bkz., ÖZDEMİR KOCASAKAL, **Doğrudan Uygulanan Kurallar** ss. 36-37; ERKAN, s. 88-90.

⁹²² ÖZEL, **Kültür Varlıkları**, s. 365.

⁹²³ Bu doğrultudaki görüşler için bkz., ÖZDEMİR KOCASAKAL, **Doğrudan Uygulanan Kurallar** s. 41; ERKAN, s. 91; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 729; CHONG Adeline, “The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts”, **Journal of Private International Law**, Vol 2, No 1, 2006, ss. 37-38.

⁹²⁴ Türk Hukuku'nda doktrinde özel hukuk etkilerine sahip her iki hukuk dalı arasında devletin ve toplumun menfaatini koruyan kurallar olarak kabul edilmektedir. NOMER, s. 181; ÇELİKEL/ERDEM, s. 391; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 380; ÖZDEMİR KOCASAKAL, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 40.

⁹²⁵ İngiliz Hukuku'nda müdahaleci kuralların niteliği hakkında bkz., ÖZÇELİK Gülüm, **Konişmentodan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007, ss. 226-231.

belirlenmesi halinde 1974 tarihli COGSA öncelikli olarak uygulanacaktır. Ancak, hangi kuralların müdahaleci kural niteliğinde olduğunun tespiti ulusal hukuklar açısından dahi kolay olmadığı göz önünde bulundurulacak olursa, lex causaenin bu nitelikteki kurallarının belirlenmesi oldukça zor görünmektedir. Bu nedenle, yabancı hukukun pozitif düzenlemelerinde açıkça belirtilmesi halinde lex causaenin müdahaleci kurallarının doğrudan uygulanacağı söylenebilir.

3. Üçüncü Bir Devletin Müdahaleci Kuralları

Lex forinin ve lex causaenin yanı sıra, yabancı unsurlu hukuki olay ve ilişki ile bağlantısı olan üçüncü bir devletin müdahaleci normlarının uygulanıp uygulanamayacağını MÖHUK madde 31 ile hükme bağlanmaktadır⁹²⁶. Buna göre, sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişki içinde olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği; söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçlarının dikkate alınacağı ifade edilmektedir.

MÖHUK madde 6'dan farklı olarak, madde 31'in ilk cümlesinde sadece "sözleşmesel ilişkide" üçüncü devletin müdahaleci kurallarına "etki tanınacağı" ifade edilmektedir⁹²⁷. "Etki tanımak" ifadesiyle kastedilen üçüncü devletin müdahaleci kurallarının sonuçları ile birlikte tüm unsurlarıyla uygulanması değildir. Bu kuralların yetkili hukuk kapsamında dikkate alınmasının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁹²⁸. Burada, hâkime tanınan takdir yetkisinin sınırının mahkemenin hukukunun temel değerleri olduğu ifade edilmektedir⁹²⁹. Buna üçüncü devletin müdahaleci kurallarının yansıma etkisi denilmektedir⁹³⁰.

Ayrıca, lex forinin müdahaleci kurallarının uygulanmasında farklılık taşıyan diğer bir husus ise, üçüncü devletin müdahaleci kurallarının kanunlar ihtilafı fonksiyonunun mevcut

⁹²⁶ Bu hükme, Roma Konvansiyonu madde 7 mehzaz teşkil etmektedir. Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nde üçüncü devletin müdahaleci kurallarına etki tanınması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", ss. 75-86; BAYATA CANYAŞ, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, ss. 264-271; HELLNER Micheal, "Third Country Overriding Mandotary in the Rome I Regulation: Old Wine in the New Bottles?"; *Journal of Private International Law*, Vol. 5, No 3, 2009, ss. 447-455.

⁹²⁷ Üçüncü bir devletin müdahaleci kurallarının etki tanınmasına getirilen eleştiriler için bkz., ERKAN, ss. 86-94.

⁹²⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", s. 76.

⁹²⁹ DOĞAN, *Millîterarası Özel Hukuk*, s. 368; ERKAN, s. 110.

⁹³⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK madde 24", s. 76.

olmamasıdır. Zira, her şeyden önce yabancı unsurlu sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Uyuşmazlığın, sözleşmeye uygulanacak hukuk ile “sıkı ilişki” içerisinde bulunan bir üçüncü devletin müdahaleci kurallarına aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir⁹³¹. “Sıkı ilişki” ile üçüncü devletle sözleşme arasında gerçek ve yakın bağlantının kastedildiği ifade edilmektedir⁹³². Üçüncü devletin müdahaleci kurallarının uygulanması için sözleşme ile “sıkı ilişkinin” yanı sıra, bu devletin korunmaya değer üstün bir menfaatinin varlığı da aranmaktadır⁹³³.

Yabancı unsurlu navlun sözleşmesi açısından MÖHUK madde 31’de belirtilen “*sıkı ilişki*” tespit edilirken, sözleşmeye konu olan taşıma ilişkisi ile doğrudan bağlantılı unsurların bulunduğu yerlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁹³⁴. Bu bağlamda, yükleme ya da varma limanı bu ülkede yer alabilir. Gönderenin esas işyeri bu ülkede bulunabilir. Konişmentolu taşımalarda konişmentonun tanzim edildiği ülke, sözleşme ile sıkı ilişki içindeki üçüncü devlet olarak kabul edilebilir. Ancak, tüm bu değerlendirmelere karşılık, “sıkı ilişki” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine somut olayın özelliklerine göre konulan kuralın amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçlarını dikkate alarak hâkimin karar vereceği belirtilmektedir⁹³⁵.

Navlun sözleşmesi açısından üçüncü devletin müdahaleci normlarına etki tanınma ile ilgili şu yönde bir örnek verilebilir: Örneğin, Kenya’dan Almanya’ya nesli tükenen birtakım canlı hayvanların taşınması hususunda navlun sözleşmesinin akdedildiğini farz edelim. Bu hususta Kenya’da da ihracat yasağının uygulandığını kabul edelim. Sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak da Alman Hukuku kararlaştırılmış olsun. Ancak, geminin arıza nedeniyle İskenderun körfezinde demirlemek zorunda kaldığı ve bunun da sefere elverişsizlikten kaynaklandığını farz edelim. Böyle bir uyuşmazlığın, Türk mahkemelerinin önüne gelmesi halinde, uygulanacak hukukun Alman hukuku olmasına karşılık, Kenya’nın getirdiği ihracat yasağı üçüncü devletin müdahaleci kuralları niteliğinde olduğu için hâkim tarafından

⁹³¹ Bu konuda bkz., ÇELİKEL/ERDEM, s. 394; ÖZDEMİR KOCASAKAL, “MÖHUK madde 24”, s.77; EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, ss. 167-168.

⁹³² ERKAN, s. 105.

⁹³³ ERKAN, s. 109.

⁹³⁴ Her zaman için “sıkı ilişki”nin tespiti çok kolay olmamaktadır. Bu husustaki eleştiriler hakkında bkz., ERKAN, ss. 106-109.

⁹³⁵ NOMER, **Devletler**, s. 327.

uygulanabilir. Zira, söz konusu müdahaleci normlar ile navlun sözleşmesi arasında “sıkı ilişki” doğrudan tesis edilebilmektedir.

Ancak, bu hükmün pratik olarak uygulanabilirliği pek mümkün değildir. Hâkim açısından sözleşme ile ilişkili; ancak esasa uygulanacak hukuk ile yakından bağlantılı olmayan bir devletin hukukunu araştırmanın pratik açıdan zor olduğu ve bu nedenle de Türk hukukunda da MÖHUK madde 31’in uygulaması olmayan bir madde olarak kalmaya mahkûm olduğu ifade edilmektedir⁹³⁶.

VI. TAŞIYICININ HAPİS HAKKINA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

6102 sayılı TTK madde 1201 itibarıyla, navlun sözleşmesinden doğan bütün alacakları için taşıyıcının eşya üzerinde hapis hakkının olduğu düzenlenmektedir. Hapis hakkı bir sınırlı ayni haktır. Ayni haklara uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği ise MÖHUK madde 21/I’de hükme bağlanmaktadır. Lex rei sitae kuralının ifade bulduğu bu hüküm uyarınca, taşınır ya da taşınmaz malların işlem anında bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı ifade edilmektedir. MÖHUK madde 21/II’de lex rei sitae kuralının istisnası hükme bağlanmaktadır. Buna göre, taşınmakta olan mallar üzerindeki ayni hakların ise varma yeri hukukuna tabi kılınacağı belirtilmektedir⁹³⁷.

Bu bağlamda, taşıyıcının hapis hakkına uygulanacak hukuk MÖHUK madde 29 ya da 24’ e göre mi, yoksa MÖHUK madde 21 uyarınca mı belirlenmelidir? Ya da bu konuda farklı bir bağlama noktasını mı benimsemek gerekmektedir? Bu konuya ilişkin olarak ne MÖHUK’ta ne de 6102 sayılı TTK’da münferit bir düzenleme yer almaktadır. Ancak, söz konusu soruya vasıflandırma sorunu kapsamında lex fori ilkesine bağlı kalarak cevap aramak gerekmektedir.

İlk olarak, taşıyıcının hapis hakkına uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK madde 29 ya da madde 24’ün uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Her şeyden önce, hapis hakkı

⁹³⁶ NOMER, **Devletler**, s. 329; ÖZDEMİR KOCASAKAL, “MÖHUK madde 24”, s. 76. ERKAN’da bu yönde görüş belirtmekle birlikte, MÖHUK madde 31’de Roma Tüzüğü doğrultusunda değişiklik yapılmasını önermektedir. Zira, Roma Tüzüğü madde 9/III itibarıyla, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edildiği ülke hukukunun müdahaleci kurallarına etki tanınacağı hükme bağlanmaktadır. Böylelikle, sıkı ilişkinin tespitinin daha kolay olacağını savunmaktadır. ERKAN, s. 116.

⁹³⁷ Lex rei sitae kuralı ve istisnası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; NOMER, **Devletler**, ss. 291-298; ÇELİKEL/ERDEM, ss. 298-304; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, ss. 322-328; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, ss. 225-226; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, ss. 328-335.

navlun sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi sonucu doğsa da bu hakkın niteliği, taşıyıcının sözleşmeden doğan diğer haklarından daha farklıdır. Zira, hapis hakkı herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haktır. Daha net bir ifadeyle, hapis hakkı niteliği gereği bir aynı haktır. Dolayısıyla, uygulanacak hukukun farklı bağlama noktasına göre belirlenmesi bu hakkın doğası gereğidir.

Bu bağlamda, taşıyıcının hapis hakkına uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK madde 21 devreye girmektedir. İşlem anında malların bulunduğu ülke hukuku hapis hakkına uygulanacak hukuk olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, taşıyıcının hapis hakkına uygulanacak hukuka ilişkin ihtilafın gemi yolculuk sırasındayken ortaya çıkması halinde ise varma limanı hukukunun esas alınması gerekmektedir. Böylelikle, hapis hakkı dışında, taşıyıcının navlun sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri sözleşme statüsüne göre belirlenmekte iken, eşya üzerinde hapis hakkının olup olmadığı ise işlem anında eşyanın bulunduğu yer hukukuna ya da eşya taşınmakta ise varma limanı hukukuna göre tespit edilmektedir. Dolayısıyla, pozitif hukuk açısından da bu hakkın niteliği göz önünde bulundurulduğunda, taşıyıcının hapis hakkına uygulanacak hukukun MÖHUK madde 21 itibarıyla belirlenmesi gerekmektedir.

VII. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM

A. AB Hukuku

AB Hukuku'nda sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin temel kurallar bütünü olarak, Roma Konvansiyonu'nun yerini alan Roma I Tüzüğü karşımıza çıkmaktadır. Ancak, 2007 tarihli MÖHUK'un gerekçesinde⁹³⁸ kanun hazırlanırken, Roma Konvansiyonu hükümlerinin üçüncü Devlet vatandaşları ile ilişkilerde uygulama alanı bulduğu belirtilmektedir. Bu nedenle, MÖHUK'taki pek çok hükmün Roma Konvansiyonu ile uyumlu hale getirilerek, Türkiye'nin AB'ye üyeliği halinde müktesebatın AB Hukuku'na yakınlaştırılmasının amaçlandığı belirtilmektedir.

Diğer yandan, Roma I Tüzüğü, yürürlüğe girmesinin ardından, Roma Konvansiyonu'nun yerini almıştır. Zira, Tüzük madde 24 uyarınca, Roma Konvansiyonu'nun yer itibarıyla uygulama alanı içerisinde bulunan ve AB'yi Kuran Andlaşma madde 299 itibarıyla, bu Tüzüğün uygulanmadığı Üye Devletlerin ülkesel sınırlarının söz konusu olduğu

⁹³⁸ ÖZTEKİN GELGEL/ERDEM, s. 18.

haller hariç olmak üzere, Üye Devletlerde işbu Tüzüğün Roma Konvansiyonu'nun yerine geçeceği belirtilmektedir. Ayrıca, ilgili maddenin ikinci fıkrası itibarıyla da Roma I Tüzüğü'nün Roma Konvansiyonu'nun hükümlerinin yerine geçtiği sürece 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'na yapılan her atfin işbu Tüzüğe yapılmış sayılacağı ifade edilmektedir. Tüzüğün medeni ve ticari konulara ilişkin sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde kanunlar ihtilafı problemleri hakkındaki her olay açısından uygulama alanı bulacağı hükme bağlanmaktadır. (madde 1/I) Ancak, vergi, gümrük ve idari meselelere ilişkin hususlar bu düzenlemenin kapsamı dışında tutulmaktadır⁹³⁹. (madde 1/II)

Bu bağlamda, Roma Konvansiyonu'nda olduğu gibi, Roma I Tüzüğü açısından da yabancı unsurlu navlun sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde farklı bağlama kuralının benimsendiği görülmektedir. Dolayısıyla, çalışmamızın konusu itibarıyla, taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuka ilişkin Roma Konvansiyonu madde 4/IV ile Roma I Tüzüğü madde 5 arasında karşılaştırma yaparak irdelemeye çalışacağız.

Sadece sözleşmeler alanında uygulanacak hukuku tespit etmek amacıyla tesis edilen Roma Konvansiyonu'nun⁹⁴⁰ yürürlüğe girmesinden bu yana, sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde üç temel ilke benimsenmektedir⁹⁴¹. İlk olarak, sözleşmenin tarafları istedikleri hukuku seçmekte özgür bırakılmaktadır. İkinci olarak, hukuk seçiminin yokluğunda, sözleşmeye uygulanacak hukuk, kendisi ile en yakın ilişkili hukuk sisteminin tespiti ile belirlenmektedir. Son olarak ise her iki tarafında eşit konumda olmadığı sözleşmeler açısından zayıf tarafı korumaya yönelik hükümler getirilmektedir.

Bu anlamda, yabancı unsurlu navlun sözleşmeleri açısından da Roma Konvansiyonu madde 3'te tarafların hukuk seçiminde bulunabilecekleri düzenlenmekteydi⁹⁴². Roma Konvansiyonu madde 3'e uyumlu bir şekilde, Roma I Tüzüğü madde 3 ile de "hukuk seçimi" başlığı altında, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırma özgürlüğü

⁹³⁹ Roma I Tüzüğü'nün uygulama alanı hakkında bkz., STONE Peter, **EU Private International Law**, Second Edition, Cheltenham, UK, 2010, ss. 289-290; HILL/CHONG, ss. 499-504; CLARKSON/HILL, ss. 205-208.

⁹⁴⁰ Roma Konvansiyonu'nun uygulama alanı hakkında geniş bilgi için bkz., FAWCETT/CARRUTHERS, ss. 677-689; O'BREIN, ss. 315-318; EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, ss. 53-76.

⁹⁴¹ O'BREIN, s. 315.

⁹⁴² Roma Konvansiyonu itibarıyla hukuk seçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., O'BREIN, ss. 328-339; EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, ss. 87-105.

tanınmaktadır⁹⁴³. Hukuk seçme özgürlüğü taraflara mutlak anlamda tanınmaktadır. Diğer bir ifadeyle, seçilen hukuk ile sözleşme arasında herhangi bir bağlantının bulunması aranmamaktadır⁹⁴⁴. Dolayısıyla, sözleşmeler alanında getirilen hukuk seçimi imkânı; yabancı unsurlu navlun sözleşmeleri açısından da benimsenmektedir. Bu hususta her iki düzenleme arasında çok önemli farklılıklar bulunmamaktadır.

Hukuk seçimi meselesinde, Roma Konvansiyonu döneminde olduğu gibi, Roma I Tüzüğü açısından en tartışılan hususlardan biri örtülü iradenin varlığının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Giuliano-Lagarde Raporu'nda standart form sözleşmelerin hazırlandığı yer, taraflar arasında daha önce hukuki ilişkinin bulunduğu yer, yetki veya tahkim şartında belirlenen yer, sözleşme ile ilişkili hukuki ilişkide açık bir şekilde yer alan hukuk seçimi (Örneğin, konişmentodaki hukuk seçimi navlun sözleşmesinde örtülü hukuk seçiminde bulunulduğuna dair delil teşkil edebilmektedir.), sözleşmede belirli bir hukuk düzenine açık bir şekilde gönderme yapılması gibi durumların örtülü iradenin varlığına delil teşkil edilebileceği ifade edilmektedir⁹⁴⁵.

Roma Konvansiyonu madde 4/IV uyarınca, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinde hukuk seçiminin yokluğu halinde uygulanacak hukukun tespitinde şartlı bağlama kuralı getirilmekteydi. İlgili hüküm, MÖHUK madde 29'da tarafların yetkili hukuku kararlaştırmadığı hallerde uygulanacak hukukun tespitine ilişkin benimsenen metodun aynısını öngörmekteydi. Ayrıca, Roma Konvansiyonu madde 4/IV uyarınca da taşıyıcının esas işyerinin uygulanması için gereken şartların gerçekleşmemesi halinde yabancı unsurlu navlun sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda da Konvansiyon madde 4/I-II itibarıyla, esasa uygulanacak hukuka ilişkin genel hükümlere⁹⁴⁶ göre yetkili hukuk belirlenmekteydi.

Roma I Tüzüğü'nün "taşıma sözleşmesi" (contracts of carriage) başlığını taşıyan madde 5/I'de⁹⁴⁷, Roma Konvansiyonu madde 4'ten farklı bir düzenleme getirilmektedir. İlgili hüküm itibarıyla, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuka dair tarafların

⁹⁴³ Roma I Tüzüğü madde 3 itibarıyla hukuk seçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., STONE, ss. 299-309; BAYATA CANYAŞ, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, ss. 9-87; TARMAN Zeynep DERYA, "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü", **BATIDER**, Cilt XXV, Sayı 2, 2009, ss. 299-310. ("Roma I Tüzüğü").

⁹⁴⁴ STONE, s. 301.

⁹⁴⁵ GIULIANO-LAGARDE, ss. 17-18.

⁹⁴⁶ Roma Konvansiyonu itibarıyla esasa uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., O'BREIN, ss. 339-342; EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, ss. 105-141.

⁹⁴⁷ İlgili maddenin Türkçe karşılığı için bkz., ÇELİKEL/ERDEM, ss. 385-386.

madde 3 uyarınca hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, taşıyıcının mutad meskeninin bulunduğu ülke, aynı zamanda malların teslim alındığı veya teslim edildiği yer veya gönderenin mutad meskeninin bulunduğu ülke ise sözleşmeye bu ülke hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, ikinci cümlede de bu koşulların var olmaması halinde, sözleşmeye taraflarca kararlaştırılan teslim yerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı ifade edilmektedir. Roma I Tüzüğü madde 5’da hukuk seçiminin yapılmamış olduğu hallerde, somut olayın tüm şartlarına göre sözleşmenin birinci ve ikinci fıkrada belirtilen ülkelerden başka bir ülke ile açıkça daha sıkı irtibatlı olması halinde sözleşmeye bu hukukun uygulanacağı düzenlenmektedir.

Roma I Tüzüğü madde 5/son, Konvansiyon madde 4/V ile MÖHUK madde 29/III arasında pratik açıdan farklılık yoktur. Ancak, hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukukun tespitine ilişkin Roma Konvansiyonu madde 4/IV ve MÖHUK madde 29/II ile arasında pek çok farklılık görülmektedir:

i. Genel olarak taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin Roma Konvansiyonu’nda ve MÖHUK’ta olduğu gibi şartlı bağlama kuralı benimsenmektedir. Ancak, Roma I Tüzüğü madde 5/I ile bağlama noktası olarak taşıyıcının mutad mesken hukuk esas alınmaktadır. İlgili madde ile navlun sözleşmesi açısından karakteristik edim olarak yine taşıyıcının ediminin esas alınmasına karşılık, irtibat noktası olarak mutad mesken benimsenmektedir. Bu sayede, taşıyıcının esas işyerinin belirlenmesindeki zorlukların bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır.

Mutad mesken genel olarak yerleşme niyeti olmaksızın hayatının etkili merkezi olarak kişinin yaşamını idame ettirdiği yer olarak tanımlanmaktadır⁹⁴⁸. Ancak, Roma I Tüzüğü açısından mutad mesken daha farklı ele alınmaktadır. “Mutad mesken” başlığı altında düzenlenen Tüzük madde 19/I uyarınca, tüzel kişiler için mutad meskeninin esas idare merkezi olduğu, gerçek kişinin ticari faaliyetlerini gerçekleştirdiği yer olan mutad meskenin de işyeri olarak kabul edileceği hükme bağlanmaktadır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrası itibarıyla ise şube, temsilcilik ve diğer kuruluşların görevlerinin gereği olarak kurulan sözleşmeler ile sözleşmenin ifasının bu kuruluşların sorumluluğunda olması durumlarında bunların bulunduğu yerin mutad mesken olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Buradaki

⁹⁴⁸ ÖZKAN Işıl, *Devletler Özel Hukuku’nda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara, 2003, s. 33.

amaç, taşıyıcının işyeri belirlenirken ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçların bertaraf edilmesini sağlamaktır.

Roma I Tüzüğü açısından uygulamada taşıyıcının esas işyeri ile mutad meskeni arasında her hangi bir farklılık bulunmadığı kanısındayız. Zira, tüzel kişiler açısından mutad mesken hukuken tescil edildiği yerden ziyade, esas idare merkezi; yani ticari işlem ve faaliyetlerini fiilen gerçekleştirdiği yerdir. Taşıyıcının gerçek kişi olması durumunda ise mutad meskenin hayata ilişkin diğer faaliyetlerinden ziyade, ticari işlem ve eylemlerini nerede daha yoğun bir şekilde gerçekleştirdiğine bakılarak belirleneceği söylenebilir. Dolayısıyla, Tüzüğün uygulama alanına giren hallerde navlun sözleşmesi itibarıyla, taşıyıcının mutad meskeni ile esas işyeri kavramlarının uygulamada aynı sonuca neden olabileceği görüşündeyiz.

ii. Roma I Tüzüğü'nde, taşıyıcının mutad meskeni hukukunun uygulanması için getirilen şartlar da farklılık arz etmektedir. Buna göre, taşıyıcının mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için bu yerin eşyanın teslim edildiği ya da teslim alındığı yer ya da gönderenin mutad meskeni ile aynı yer olması gerekmektedir. Yükleme ve boşaltma yerinin aksine, eşyanın teslim edildiği ve teslim alındığı yer kavramına yer verilmektedir. Kanımızca, Tüzükte bu yönde yapılan değişiklik navlun sözleşmesi açısından bir anlam ifade etmemektedir. Zira, yüklemenin yapıldığı yer ile eşyanın teslim edildiği yer ve boşaltmanın yapıldığı yer (varna limanı) ile de eşyanın teslim alındığı yerler aynı mekânlar olmaktadır. Ayrıca, taşıyıcının mutad meskeninin esas alınmasına uygun olarak gönderenin mutad meskeni irtibat noktası olarak düzenlenmektedir.

iii. Tüzük uyarınca, bu şartların gerçekleşmemesi halinde ise sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin genel hükümler yerine, farklı bir bağlama kuralının uygulanacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda ise taraflarca kararlaştırılan teslim yerinin bulunduğu ülke hukukunun sözleşmeye uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Böylelikle, eşyanın taşınmasına ilişkin düzenlenen münferit hükmün pratikte bir anlam ifade etmesinin mümkün olabileceği söylenebilir. Kanımızca, taraflarca bir teslim yerinin kararlaştırılmaması halinde ise Roma I Tüzüğü madde 5/son itibarıyla, “daha sıkı ilişkili” hukukun sözleşme statüsü olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

iv. Ayrıca Tüzük'te, Roma Konvansiyonu'ndan ve MÖHUK'tan farklı olarak tek seferlik charter sözleşmeleri ile temel konusu eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerin de taşıma sözleşmesi kapsamında değerlendirileceğine ilişkin hüküm yer almamaktadır. Bu

değişiklik Roma I Tüzüğü'nde eşya taşımaya ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun kapsamının değiştirildiği anlamına gelmemektedir. Tüzüğün başlangıç kısmının 22. paragrafında bu husus ifade edilmektedir.

Diğer yandan, Lahaye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu'nun 2011 tarihinde oluşturduğu Çalışma Grubu, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin yeni bir yeknesak düzenleme hazırlamıştır. Bu düzenleme "Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimi Hakkında Lahaye Kuralları Tasarısı" (Lahaye Kuralları Tasarısı) (Draft on Hague Principles on Choice of Law in International Contracts)⁹⁴⁹ olarak anılmaktadır. İş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri La Haye Kuralları Tasarısı'nın kapsama alanı dışında bırakılmıştır. Tasarı, kabul edilmesi halinde AB müktesebatının bir parçası haline gelecektir⁹⁵⁰.

Bu bağlamda, Lahaye Kuralları Tasarısı madde 1/I itibarıyla, işbu düzenlemenin taraflarından birinin veya her ikisinin de ticari veya mesleki faaliyetleri gereği akdettikleri sözleşmelere ilişkin hukuk seçiminde uygulanacağı belirtilmektedir. Ayrıca, ilgili hükmün ikinci fıkrasında bir sözleşmenin uluslararası nitelikte sayılabilmesi için tarafların işyerlerinin farklı yerlerde olması ve seçilen hukuka bakılmaksızın tarafların diğer ilişkilerinin bu yerlerle bağlantılı olması gerekmektedir. Eğer tarafların birden fazla işyeri varsa, sözleşme ve ifası ile yakın ilişkili olanın esas alınacağı da ayrıca belirtilmektedir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu navlun sözleşmeleri de bu Kurallar kapsamında kabul edilebilir.

Lahaye Kuralları Tasarısı ile getirilen en büyük değişiklik madde 3/I uyarınca, taraflara "hukuk kurallarını" (rules of law) seçme imkanının tanınmasıdır. Bu sayede, anasyonel hukuk kurallarının seçimi, hukuk seçimi gibi hüküm ve sonuçlarını doğurabilecektir. AB Komisyonu da 15 Aralık 2005 tarihli Tüzük tasarısı⁹⁵¹ madde 3/II uyarınca, uluslararası alanda ya da Birlik tarafından kabul edilen hukuk kurallarının da taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kararlaştırabileceğini belirtilmekteydi. Buna

⁹⁴⁹ Taslak halindeki ilgili kuralların İngilizce tam metni için bkz., http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_june2011e.pdf (e.t.: 31.10.2013).

⁹⁵⁰ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK Gülüm, "Avrupa Topluluğunun La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansına Üyeliği", **AÜHF**, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s. 159.

⁹⁵¹ İlgili tasarı hakkında bkz., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0650:FIN:EN:PDF> (e.t.: 31.10.2013).

karşılık, Roma I Tüzüğü madde 3 itibarıyla tarafların sadece devlet hukukunu seçebilecekleri kabul edilmektedir.

B. İngiliz Hukuku

İngiliz Hukuku'nda Roma Konvansiyonu, 1990 tarihli Sözleşmeler (Uygulanacak Hukuk) Kanunu'nun (Contracts (applicable law) Act)⁹⁵² 01.04.1991 tarihinde yürürlüğe girmesiyle iç hukuka dâhil edilmiştir. Bu tarihten itibaren, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerine öncelikle Roma Konvansiyonu madde 4/IV uygulanmıştır. Konvansiyonun yürürlükten kalkmasının ardından ise uygulanacak hukuk Roma I Tüzüğü madde 5'e göre tespit edilmektedir. Böylelikle, yabancı unsurlu navlun sözleşmeleri açısından sözleşmesel borç ilişkilerini düzenleyen genel düzenlemeden farklı bir bağlama kuralı benimsenmektedir.

19. yüzyılın başlarında mutlak egemenlik anlayışının sonucu bayrağını taşıdığı gemiler, devletin ülkedeki egemenliğinin bir uzantısı olarak yorumlandığı için yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda bayrak kanunu uygulanmaktaydı⁹⁵³. Ancak, daha sonraları bu anlayış yerini, iktisadi ve sosyal kaygılara bıraktı. Dolayısıyla, ekonomisi büyük ölçüde deniz ticaretine bağlı olan Birleşik Krallık'ta yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ile ilgili ihtilaflarda lex fori ilkesinin uygulanma eğiliminde olduğu görülmektedir. Bu anlamda, her ne kadar Roma I Tüzüğü uygulansa da İngiliz mahkemelerinin Kıta Avrupası geleneğinden ayrıldığı görülmektedir. Bu durum, hem mahkemelerin en iyi bildikleri hukuku en adil şekilde uygulayabilecekleri kanısından, hem de ekonomisi deniz ticaretine dayalı İngiltere'nin milli menfaatlerini koruma çabasından kaynaklanmaktadır⁹⁵⁴. Dolayısıyla, çalışmamız açısından İngiliz Hukuku'nda yabancı unsurlu navlun sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespitini ayrıca inceleme gereği görmekteyiz.

Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, İngiliz Hukuku'nda da taraflara sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü tanınmaktadır. Hukuk seçimi anlaşması, açık ya da örtülü irade beyanlarının karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak açıklanmaları ile kurulmaktadır. Ayrıca, farazi iradeler yerine tarafların gerçek iradelerinin

⁹⁵² İlgili Kanunun tam metni için bkz., http://www.secola.org/db/1_01/ums_gb1.pdf (e.t.: 27.10.2013)

⁹⁵³ Bu konuda bkz., TETLEY, *International Conflict*, s. 260.

⁹⁵⁴ WYATT, ss. 415-416.

varlığı araştırılmaktadır⁹⁵⁵. Keza, örtülü iradenin sözleşme hükümlerinden ya da halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşıldığı takdirde de geçerlilik kazanacağı kabul edilmektedir. Hangi delillerin varlığı halinde, örtülü iradenin bulunduğu varsayılacağı ise mahkeme kararları ile ortaya koyulmaktadır. Bu bağlamda, mahkemelerin tarafların gerçekte hangi hukuku uygulamayı amaçladıklarını belirlemesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁵⁶. Ancak, çoğu zaman eski hukuk sistemine (proper law doktrini) atfen sözleşmenin en yakın ve gerçek bağlantısının araştırılması ile örtülü iradenin tespit edilmesi arasındaki fark muğlak hale gelmektedir⁹⁵⁷.

İngiliz mahkemelerinde yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde örtülü hukuk seçimine ilişkin oldukça sık karşılaşılan durum, uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılmadığı; ancak yetki ve tahkim şartının yer aldığı sözleşmelerde yetkili hukukun nasıl belirlendiğidir. Açık hukuk seçiminin yapılmadığı; ancak İngiliz mahkemelerinin yetkili kılındığı ya da İngiltere'nin tahkim yeri olarak kararlaştırıldığı hallerde, İngiliz Hukuku uygulanacak hukuk olarak kabul edilmektedir⁹⁵⁸. İngiliz Hukuku'nda Roma Konvansiyonu yürürlüğe girmeden önce, en yakın ve gerçek ilişkinin bu sayede kurulduğu kabul edilmekteydi. Dolayısıyla, hukuk seçiminin yokluğunda yetki ve tahkim şartının varlığının diğer bütün bağlantı noktalarının göz ardı edilmesine neden olduğu varsayılmakta ve bu bağlamda, tarafların hukuk seçiminde buldukları doğrudan kabul edilmekteydi⁹⁵⁹. Sözleşmeler (Uyulanacak Hukuk) Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından da sonuç olarak değişen bir şey olmamıştır. Bu bağlamda, açık hukuk seçiminin yokluğunda, sözleşmedeki yetki ve tahkim şartının örtülü iradenin varlığı anlamına geleceği kabul edilmektedir. Bu durumda sözleşme hükümlerinden ya da halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde örtülü iradenin bulunduğu varsayılmaktadır⁹⁶⁰. Dolayısıyla, Türk Hukuku'ndan farklı olarak, tahkim veya yetki şartı, örtülü iradenin varlığı hususunda kesin delil olarak kabul edilmektedir⁹⁶¹.

⁹⁵⁵ TETLEY, *International Conflict*, s. 262; ASARIOTIS, s. 304.

⁹⁵⁶ TETLEY, *International Conflict*, s. 261.

⁹⁵⁷ DICEY/MORRIS II, s. 1189.

⁹⁵⁸ HANCOCK/COLLINS/SMITH, s. 2; O'BREIN, s. 312; CARR/STONE, s. 574; HILL/CHONG, ss. 513-514; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 702; CLARKSON/HILL, s. 211.

⁹⁵⁹ WILSON, s. 318.

⁹⁶⁰ HILL, s. 329; HANCOCK/COLLINS/SMITH, s. 2.

⁹⁶¹ Bu konuda aksi görüş için bkz., HARTLEY, s. 216.

Buna karşılık, İngiliz mahkemesinin 1970 tarihli *Compagnie d'Armement Maritime SA v Compagnie Tunisienne de Navigation SA* Kararı'nda⁹⁶² tam tersi bir sonuca ulaşılmıştır. Davaya konu olan uyuşmazlık, Fransız donatan ile Tunuslu taşıtan arasında iki Tunus limanı arasında petrol taşınmasına ilişkin yolculuk çarteri sözleşmesinin ihlalden kaynaklanmaktadır⁹⁶³. Bu bağlamda, mahkeme, sözleşmede yer alan uygulanacak hukuku eşyanın taşındığı geminin bayrak kanuna göre belirleneceğine ilişkin kaydın belirsizliği nedeniyle hukuk seçiminin geçerli olmadığına hükmetmiştir⁹⁶⁴. Zira, eşyanın altı farklı gemi ile taşındığı belirtilmiştir⁹⁶⁵. (Bulgar, Fransız, iki Libya, Norveç ve İsviçre bayrağı taşıyan gemiler) Dolayısıyla, tarafların sadece bağlama noktasını belirleyen genel ifadeler kullanmalarının, hukuk seçimi açısından yeterli olmadığına karar verilmiştir⁹⁶⁶. Tarafların hukuk seçimi yönünde iradelerinin bulunduğu; ancak uygulanacak hukuk olarak hangi ulusal sistemin taraflarca seçildiğinin kesin delillerle belirlenemediği için en yakın ve gerçek bağlantının araştırılması gerektiği belirtilmiştir⁹⁶⁷. Mahkeme çarter sözleşmesinden dolayı ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda Londra'da tahkime başvurulacağına ilişkin kaydın hukuk seçiminin varlığına ilişkin sadece güçlü bir belirti olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁹⁶⁸. Proper law doktrinin uygulandığı bu dönemde tahkim şartının en yakın ve gerçek bağlantıyı kurma konusunda yetersiz kaldığı ifade edilmiştir⁹⁶⁹.

İngiliz mahkemelerince yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde örtülü hukuk seçiminin varlığının tespitinde esas alınan diğer bir kriter ise ticari verimlilik ve uygunluktur. Bu bağlamda, “The Adriatic” Kararı⁹⁷⁰ ile örtülü iradenin tespitinde “makul bir tüccar” esas alınarak tarafların iradeleri tespit edilmiştir. Ancak, makul tüccar belirlenirken, sözleşme hükümleri ile edimin şeklinin ve ifa yerinin esas alınacağı belirtilmiştir⁹⁷¹. Böylelikle, tarafların iradesi tespit edilirken, farazi iradenin araştırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

⁹⁶² İlgili Karar için bkz., [1970] 2 Lloyds Report 99.

⁹⁶³ Ibid., 99.

⁹⁶⁴ Ibid., 116.

⁹⁶⁵ Ibid., 117.

⁹⁶⁶ Ibid.

⁹⁶⁷ Ibid.

⁹⁶⁸ Ibid.

⁹⁶⁹ Ibid., 108.

⁹⁷⁰ İlgili Karar için bkz., [1931] 40 Lloyds Report 350.

⁹⁷¹ Ibid., 355.

Ayrıca, tarafların iradelerinin belirlenmesinde, sözleşmenin geçerliliği ön planda tutulmaktadır. Halin şartlarının bunu gerektirdiği ifade edilmektedir⁹⁷². Nitekim, 1972 tarihli *Coast Lines Ltd. v. Hudig & Veder Chartering N. V. Kararı*'nda⁹⁷³ çarter sözleşmesinde taşıyıcı, konişmento hamiline karşı sorumluluktan muaf tutulmuştur. Sözleşmede yer alan bu şart, İngiliz Hukuku'na göre geçerli iken, Hollanda Hukuku'na göre geçersizdir⁹⁷⁴. Dolayısıyla Hollandalı taşıtanların bu sözleşmede imzalarının bulunması, Hollanda Hukuku'nun seçildiği anlamına gelmediği ifade edilmiştir⁹⁷⁵. Bu bağlamda, şartı hukuken ayakta tutan İngiliz Hukuku'nun yetkili hukuk olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

İngiliz Hukuku'nda, yabancı unsurlu navlun sözleşmesine ilişkin tartışmalı diğer husus ise yüzen hukuk seçimine (floating choice of law) ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Şartlı hukuk seçimine benzer bir hukuki kurum olan yüzen hukuk seçimine göre, sözleşme kurulduktan dava açılana kadar seçilen hukuk belli değildir⁹⁷⁶. Bir nevi askıda bir hukuk seçimi söz konusudur. Henüz kristalleşmemiş bir hukuk seçiminin varlığından bahsedilmektedir⁹⁷⁷. Dolayısıyla, somut olayın özelliklerine göre yüzen hukuk seçimi geciktirici şarta bağlı hukuk seçiminin farklı bir biçimi olarak ortaya çıkmaktadır. Burada, sözleşme ifa edilmeden önce ya da edilirken veya edildikten sonra ortaya çıkabilme ihtimali olan bir olayın gerçekleşmesine kadar hukuk seçiminin varlığı belirsizdir⁹⁷⁸. Bu bağlamda, ya taraflardan birinin seçimine ya da gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir olayın vukuuna hukuk seçiminin geriye yönelik hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmektedir⁹⁷⁹.

Bu husus ilk defa 1981 tarihli *Armar Shipping Co. v. Caisse Algérienne d'Assuran Kararı*⁹⁸⁰ ile gündeme gelmiştir. Karara konu olan olayda, konişmentoda taşıyıcıya müşterek avaryanın düzenlenmesi ve buna uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınmıştır⁹⁸¹. Ancak, dava açılıncaya kadar taraflarca kararlaştırılmış bir hukuk söz konusu değildir. Zira, davacı nerede dava açarsa sözleşmenin o hukuka tabi olduğu kabul edilmiştir. Taşıyıcı da bu hakkını kullanarak Londra'da dava açmıştır. Mahkeme öncelikle İngiliz Hukuku'nun yetkili olup

⁹⁷² TETLEY, *International Conflict*, s. 268.

⁹⁷³ İlgili Karar için bkz., [1972] 1 Lloyds Report 53.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, 57.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ PIERCE, s. 187.

⁹⁷⁷ NORTH, s. 158.

⁹⁷⁸ PIERCE, s. 185.

⁹⁷⁹ NORTH, s. 158; COOKE/YOUNG/TAYLOR/KIMBALL/MARTOWSKI/LAMBERT, s. 13.

⁹⁸⁰ İlgili Karar için bkz., [1980] 2 Lloyds Report 450.

⁹⁸¹ *Ibid.*

olmadığını araştırmıştır⁹⁸². Yargıç Mustill, davanın açılması ile İngiliz Hukuku'nun yetkili hukuk olarak seçilmiş sayılacağını iddia etmiştir⁹⁸³. Ayrıca, taşıyıcının seçimlik hakkını kullandığı anda hukuk seçiminin geçerli hale geldiğini ifade etmiştir. Sözleşme kurulduğu sırada hukuk seçiminin yüzen halde bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu iddiaya şiddetle karşı çıkmıştır. Buna gerekçe olarak da yetkili hukukun sözleşmenin kurulduğu sırada belirsiz olması gösterilmiştir⁹⁸⁴.

Keza, yüzen hukuk seçimine ilişkin en önemli kararlardan biri, 1984 tarihli The Iran Vojdan Kararı'dır⁹⁸⁵. Konişmentoda taşıyıcının davayı Tahran'da açarsa İran Hukuku, Hamburg'da açarsa Alman Hukuku ve Londra'da açarsa İngiliz Hukuku'nun uygulanacağını belirtilmiştir⁹⁸⁶. Böyle bir hukuk seçiminin geçerli olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Mahkemeye göre, geçerliliği, hazırlanması, yorumu ve ifasına ilişkin hangi hukukun uygulanacağını sözleşmenin kurulmasından itibaren belirli olması gerektiği belirtilmiştir⁹⁸⁷. Bu bağlamda, son anda bu hususun taraflardan birinin seçimine bırakılamayacağı ifade edilmiştir⁹⁸⁸. Dolayısıyla, hukuk seçiminin geçersiz olduğu belirtilmiş ve sözleşme ile en sıkı ve yakın ilişkili hukuk araştırılmıştır. Davanın İngiltere'de açılmasına rağmen, bayrak kanunu olan Alman Hukuku'nun sözleşme ile daha sıkı ve yakın ilişki kurduğu gerekçesiyle esasa uygulanacak hukuk olduğuna karar verilmiştir⁹⁸⁹.

İngiliz Hukuku'nda yüzen hukuk seçimi uygulamada olduğu gibi, doktrinde tartışılmış ve reddedilmiştir. Bunun altında yatan en büyük sebep ise sözleşmenin belli bir hukuka tabi olmadan geçerlilik kazanamayacağını kabul edilmesidir⁹⁹⁰. Bu nedenle, uygulanacak hukukun sözleşmenin kurulmasından itibaren belirlenebilir olması gerekmektedir⁹⁹¹. Ayrıca, taraflardan biri hiç dava açmazsa, yetkili hukukun ne olacağı sorusu da yanıtız kalmaktadır⁹⁹². Bu eleştirilere karşılık, yüzen hukuk seçimini geçersiz kabul eden açık bir pozitif düzenleme İngiliz Hukuku'nda ve bu bağlamda, Roma I Tüzüğü'nde

⁹⁸² Ibid.

⁹⁸³ Yargıç Mustill'in savı hakkında bkz., ASARIOTIS, s. 305.

⁹⁸⁴ ASARIOTIS, s. 306.

⁹⁸⁵ İlgili Karar için bkz., [1984] 2 Lloyds Report 380.

⁹⁸⁶ Ibid.

⁹⁸⁷ Ibid., 385.

⁹⁸⁸ Ibid.

⁹⁸⁹ Ibid., 383.

⁹⁹⁰ WILSON, s. 318.

⁹⁹¹ FAWCETT/CARRUTHERS, s. 702.

⁹⁹² DICEY/MORRIS II, s. 1221.

bulunmamaktadır. Diğer yandan, Roma I Tüzüğü madde 3/II itibarıyla, tarafların sözleşmenin her aşamasında uygulanacak hukuku kararlaştırabilecekleri ya da işbu Tüzüğün diğer hükümleri uyarınca sözleşmenin tabi olduğu hukuku “karşılıklı” değiştirebilecekleri hükmüne bağlanmaktadır. İlgili hükmün ilk bakışta, yüzen hukuk seçimini engellemediği söylenebilir. Ancak, Roma Konvansiyonu madde 3/II’den farklı olarak, tarafların sonradan yapacakları hukuk seçiminin ya da uygulanacak hukuktaki değişikliğin “karşılıklı” olarak yapılabileceği belirtilmektedir. Kanımızca, bu ifade yüzen hukuk seçiminin Roma I Tüzüğü açısından da geçersiz hale getirmektedir.

Tüm bu hususların yanı sıra, 1939 tarihli Vitafood Products v. Unus Shipping Co. Kararı⁹⁹³ ile İngiliz Hukuku açısından deniz ticareti alanında sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin önemli birtakım hususlar ortaya konulmuştur⁹⁹⁴. Davaya konu olan uyuşmazlık, 1939’da İngiltere egemenliğinde olan New Foundland’dan New York’a balık taşıyan geminin Kanada’da karaya oturması nedeniyle meydana gelen zararın tazminine ilişkindir. Bu karar ile İngiliz Hukuku’nda, Türk Hukuku’nda olduğu gibi, yabancı unsurlu navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir⁹⁹⁵. Dolayısıyla, seçilen hukuk ile uyuşmazlık arasında herhangi bir bağlantının varlığı da aranmamaktadır⁹⁹⁶. Ancak, bu husus mutlak olarak kabul edilmemektedir. Nitekim, iyiniyetli ve kamu düzenine aykırı olmayan her hukuk seçimi geçersiz kabul edilmektedir⁹⁹⁷. Ayrıca, müdahaleci kurallar da hukuk seçiminin sınırlarından biri olarak görülmüştür⁹⁹⁸.

İngiliz Hukuku’nda müdahaleci kuralların hukuki etkisi, Türk Hukuku’nda farklılık arz etmektedir. İlgili kuralların hukuk seçimi ile birlikte yetki sözleşmesini de geçersiz hale getireceği kabul edilmiştir. Bu husus özellikle, deniz ticaretinde taşıyanın sorumluluğuna ilişkin İngiliz Hukuku’ndan farklı hükümlerin, yetkili hukukta benimsenmesi halinde ortaya çıkmaktadır. 1983 tarihli Morviken Kararı’nda⁹⁹⁹, çarter sözleşmesinin taraflarından donatan, sözleşme hükümlerini içeren bir konişmento tanzim ederek taşıtana teslim etmiştir. Sadece

⁹⁹³ İlgili Kararın tam metni için bkz., http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1939/1939_7.html (e.t.: 27.10.2013). (anılış: “Vitafood”)

⁹⁹⁴ Bu karar, İngiliz Hukuku’nda temel olarak konişmentoya uygulanacak hukuka ilişkin önemli esasları ortaya koyduğu için üçüncü bölümde daha ayrıntılı irdelemeyi uygun görmekteyiz.

⁹⁹⁵ “Vitafood”, s. 6.

⁹⁹⁶ Ibid., s. 7.

⁹⁹⁷ Ibid., s. 7.

⁹⁹⁸ Ibid.

⁹⁹⁹ İlgili Karar için bkz., [1983] 1 Lloyd’s Report 1.

donatan tarafından hazırlanan konişmentoya taşıtan tarafından hiçbir çekince konulmamıştır. Konişmentonun İskoçya'dan Hollanda'ya eşya taşınmasına ilişkin navlun sözleşmesinin tesis edildiğine dair delil teşkil ettiği kabul edilmiştir. Ancak, söz konusu belgede taşınan eşyanın hasara uğramasından dolayı taşıyanın sorumlu olmadığına dair kayıt bulunmaktadır. Eşya taşınırken hasara uğramış ve Hollandalı taşıyıcıya karşı İngiltere'de dava açılmıştır. Davanın açıldığı sırada, İngiltere La Haye Kuralları'nı Visby Değişikliği ile kabul etmiştir. Buna karşılık, Hollanda, La Haye Kuralları'na taraf olmakla birlikte henüz Visby değişikliklerini onaylamamıştır. Bu durumda, eğer Hollanda Hukuku uygulanırsa taşıyanın sorumluluğu koli başına 250£, İngiliz Hukuku uygulanırsa ise koli başına 11,000£'nin üzerinde olacaktır¹⁰⁰⁰. İngiliz Hukuku'nda da kabul edilen La Haye/Visby Kuralları'na göre sorumluluğu azaltan her türlü kayıt geçersiz kabul edilmektedir. Mahkeme bu kayıtları geçerli sayan ve taraflarca kararlaştırılan yetkili hukukun uygulanamayacağı, bu hukuk seçimine etki tanınamayacağını belirtmiştir¹⁰⁰¹. Zira, İngiliz Hukuku'nda taşıyanın sorumluluğunu azaltan ve kaldıran her türlü kaydın geçersiz olacağına ilişkin normların müdahaleci kural olarak kabul edildiği ifade edilmiştir¹⁰⁰².

Keza, *lex causae*nin ya da üçüncü bir devletin sözleşme ile ilişkili müdahaleci normları da İngiliz Hukuku'nda uygulanabilmektedir. The Komminos Kararı'nda¹⁰⁰³ yabancı unsurlu navlun sözleşmelerine ilişkin olarak La Haye/Visby Kuralları ya da Hamburg Kuralları'nı kabul eden devletlerin ilgili Andlaşmalara uygun maddi hükümleri müdahaleci kural kabul edilmiştir¹⁰⁰⁴. Ayrıca, söz konusu uluslararası düzenlemeleri henüz onaylamamakla birlikte, La Haye/Visby Kuralları ile Hamburg Kuralları'nı iç hukukuna mal etmiş devletlerde yer alan ilgili hükümler de müdahaleci kural kapsamında doğrudan uygulanmıştır¹⁰⁰⁵.

Ayrıca, İngiliz Hukuku'nda “en sıkı ilişkili işyeri” kavramının ne olduğu da tartışılmıştır. 2002 tarihli Iran Continental Shelf Oil Company v. IRI International Corporation¹⁰⁰⁶ Kararı'nda en sıkı ilişkili işyeri ile esas işyeri kavramları eşanlamlı olarak

¹⁰⁰⁰ Ibid.

¹⁰⁰¹ Ibid., s. 4.

¹⁰⁰² Ibid.

¹⁰⁰³ İlgili Karar için bkz., [1991] 1 Lloyds Report 370.

¹⁰⁰⁴ Ibid., 377.

¹⁰⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁰⁶ İlgili Karar için bkz., [2004] 2 CLC 696, <http://195.40.43.80/Dsppublish/From%20DSP%20Publish/2004Vol2PDFs/696-719%20Iran.pdf> (e.t.: 15.06.2014)

kullanılmıştır. Söz konusu uyuşmazlık, İranlı üç şirketin ilk derece mahkemesinin kararına yapılan itiraz sonucu temyiz mahkemesinin önüne gelmiştir. İranlı şirketler petrol sondaj makinelerini yenilemek için ekipman ve mühendis tedarik ederek gemi ile yollanması için Teksaslı bir şirketle Houston, Teksas'ta sözleşme akdetmişlerdir. Navlun ve hizmet bedeli karşılığında, Teksaslı şirket yenileme için gerekli ekipmanları yolladıktan sonra, ABD Başkanının aldığı kararlar doğrultusunda mühendis yollamaktan vazgeçmiştir. İranlı şirketler bunu, sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmişler ve ödedikleri hizmet bedeli ile navlunun iadesini talep etmişlerdir. İranlı şirketler İran Hukuku'nun, karşı taraf ise Teksas Hukuku'nun seçildiğini iddia etmişlerdir¹⁰⁰⁷.

Tüm bu iddialara karşılık, hâkim ise Roma Konvansiyonu madde 3 itibarıyla, bir hukuk seçiminden bahsedilemeyeceğini; bu nedenle, madde 4/II uyarınca, uygulanacak hukukun belirleneceğine hükmetmiştir¹⁰⁰⁸. İlgili madde dikkate alındığında, karakteristik edim borçlusu olan Teksaslı şirketin işyerinin esas alınarak uygulanacak hukukun belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁰⁹. Ancak, karakteristik edimin Teksaslı şirketin Birleşik Krallık'taki şubesi aracılığıyla ifa edildiği için yetkili hukukun İngiliz Hukuku olduğu belirtilmiştir¹⁰¹⁰. Zira, Teksaslı şirketin birden fazla işyeri vardır ve en sıkı ilişkili işyeri Birleşik Krallık'ta yer almaktadır.

C. Amerikan Hukuku

Amerikan Hukuku'nda yabancı unsurlu navlun sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin Restatement II of Conflict of Law¹⁰¹¹ &197 hükme bağlanmaktadır. “Taşıma sözleşmeleri” (Contracts of Transportation”) başlıklı hüküm itibarıyla, öncelikle taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır. Hukuk seçiminin yokluğu halinde ise taşınan eşyanın gönderildiği ya da yolculuk eden kişinin varacağı yer hukukunun uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu bağlama kuralının uygulanması için sözleşmenin diğer devletlerle daha sıkı ilişki halinde bulunmaması gerekmektedir.

¹⁰⁰⁷ Ibid, 699-698.

¹⁰⁰⁸ Ibid., 701.

¹⁰⁰⁹ Ibid., 702.

¹⁰¹⁰ Ibid.

¹⁰¹¹ Restatement II & 197 için bkz., <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest197.html> (e.t.: 21.06.2013).

Ancak, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerine ilişkin söz konusu münferit hüküm uygulama alanı bulmamaktadır. Dolayısıyla, çoğu zaman genel hüküm niteliğindeki Restatement II & 187¹⁰¹² ile 188¹⁰¹³ uygulanmaktadır¹⁰¹⁴. Restatement II &187 uyarınca, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmakla birlikte, bu seçimin sınırlarının neler olacağı da hükme bağlanmaktadır. Hukuk seçimi açık ya da örtülü yapabilmekteyken, farazi irade Kıta Avrupası Hukuk sisteminde olduğu gibi kabul görmemektedir¹⁰¹⁵. İlgili hükmün ikinci fıkrası uyarınca da hukuk seçimine iki önemli sınırlama getirilmektedir. İlk olarak, seçilen hukuk ile taraflar ve işlem arasında makul bir ilişki mevcutsa uygulanabilmektedir¹⁰¹⁶. Böylelikle, mahkemelerin anlamsız hukuk seçimleri ile karşı karşıya kalmalarının önüne geçilmek istenmektedir¹⁰¹⁷. İkinci olarak da seçilen hukukun, uygulayacak ve seçilen hukuktan maddi olarak daha büyük menfaati bulunan devletin temel politikasına aykırı bulunmadığı takdirde uygulanacağı belirtilmektedir.

Restatement II &188/I itibarıyla, sözleşmede yer alan bir konu uyarınca sözleşen tarafların hak ve yükümlülükleri, o konu itibarıyla, &6'daki ilkelere göre işlem ve sözleşen taraflarla en önemli ilişkiyi haiz devletin mahalli hukukuna göre tayin edilmektedir. Restatement II &6¹⁰¹⁸ ile de birden fazla bağlama ilkesinin önem kazandığı hallerde, hangi bağlama ilkesinin esas alınacağı hususunda mahkemelere rehberlik edeceği belirtilmektedir. İlgili hükmün ilk fıkrası uyarınca mahkemenin, anayasal sınırlamalara konu olarak, bağlama konusunda kendi devletinin kanuni direktiflerini izleyeceği hükme bağlanmaktadır. Restatement II &6/II uyarınca ise böyle bir Direktif bulunmayan hallerde, uygulanacak hukuk kuralının seçimine uygun faktörlere (a) dâhili ve milletlerarası sistemin ihtiyaçları, (b) forumun ilgili politikaları, (c) diğer ilgili devletlerin konu ile ilgili politikaları ve o devletlerin belirli bir konunun tayininde göreceli menfaatleri, (d) haklı beklentilerin korunması, (e) ilgili hukuk alanının temel politikaları, (f) kesinlik, öngörülebilirlik ve sonucun yeknesaklığı ve, (g) uygulanacak hukukun tespiti ve uygulamasında dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Tüm bu pozitif düzenlemelere rağmen, “en önemli ilişkiyi haiz hukukun” tespitinde keyfi uygulamaların önüne geçilememektedir.

¹⁰¹² Restatement II & 187 için bkz., <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html> (e.t.: 15.05.2013).

¹⁰¹³ Restatement II & 188 için bkz., <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest188.html> (e.t.: 21.06.2013).

¹⁰¹⁴ İlgili hükümlerin Türkçesi için bkz, GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 32, 36-37.

¹⁰¹⁵ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 33.

¹⁰¹⁶ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 34.

¹⁰¹⁷ NORDSTROM/RAMERMAN, s. 626; SYMENONIDES Symeon C., **American Private International Law**, Newyork, 2008, s. 199.

¹⁰¹⁸ Restatement II &6 için bkz., <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest6.html> (e.t.: 24.07.2013).

Diğer yandan, Amerika’da navlun sözleşmesinin taraflarından biri olan taşıyanlar, ülke ekonomisine katkısı oldukça fazla olan ve bu nedenle, ulusal politikaların yönlendirilmesinde etkin faaliyetlerde bulunan büyük şirketlerdir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu navlun sözleşmeleri açısından “en sıkı ilişkili hukuk” kriterinin ucunun açık olması, navlun sözleşmesinin mahkeme tarafından, taşıyanın menfaatini ön planda tutan hukuk sistemlerine bağlanmasına olanak vermektedir.

Bu konuda, Amerikan Temyiz Mahkemesi’nin 1953 tarihli Lauritzen v. Larsen Kararı¹⁰¹⁹ temel alınmaktadır. Bu karar ile ortaya konan Lauritzen kriterleri ile en yakın ilişkinin nasıl tespit edilmesi gerektiği somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Lauritzen v. Larsen Kararı ile denizcilikte gemiye bir Amerikan şirketi tarafından mal ya da hizmet sağlanırsa, o zaman sözleşmeye bakılmadan şirketin korunmasının esas alınacağı ve bu amaçla da Amerikan Hukuku’nun uygulanacağı ifade edilmiştir¹⁰²⁰. Dava haksız fiile ilişkindir. Dava konusu olayın gemide meydana geldiğini ve liman devletinin güvenliği ile kamu düzenini ilgilendirmediği belirtilmiştir¹⁰²¹. Bu nedenle, bayrak devletinin hukuku olan Danimarka Hukuku’nun uygulanması gerektiği ifade etmiştir¹⁰²². Bu tespiti yaparken de gemi alacaklısı hakkının doğumuna uygulanacak hukukun belirlenmesinde şu yedi kriteri belirlenmiştir¹⁰²³: 1) Haksız fiilin ika edildiği yer 2) Bayrak kanunu 3) Zarara görenin vatandaşlığı veya ikametgâhı 4) Gemi malikinin uyruğu 5) Sözleşmenin yapıldığı yer 6) Yabancı hukuka ulaşamama durumu 7) Uygulanacak olan hukuku bulacak ülkenin hukuku. Bu kararın konusunu her ne kadar navlun sözleşmesi oluşturma da belirlenen kriterler deniz ticareti hukuku alanındaki tüm kanunlar ihtilafı meselelerine de uygulanmaktadır.

Nitekim, 1983 tarihli Cardinal Shipping Corp. v. M/V Seisho Maru Kararı’nda¹⁰²⁴, Lauritzen kriterlerinin uygulama alanı yabancı unsurlu navlun sözleşmeleri ile genişletilmiştir. Karara konu olan olayda Aizawa Kaiun’a (Aizawa) ait olan Seisho Maru adlı gemi, iki yıllığına Nakamura Steamship Co., Ltd. (Nakamura) zaman çarteri sözleşmesi ile tahsis edilmiştir. Nakamura da Liberya şirketi Clover Trading Corporation’a (Clover) zaman çarteri sözleşmesi ile Seisho Maru’nun ticari yönetimini devretmiştir. Clover da Amerikan

¹⁰¹⁹ İlgili Karar için bkz., <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/345/571/> (e.t.: 30.05.2012).

¹⁰²⁰ Ibid., at 577.

¹⁰²¹ Ibid., at 589.

¹⁰²² Ibid., at 584-585.

¹⁰²³ Ibid., at 583-590.

¹⁰²⁴ İlgili Karar için bkz., http://www.leagle.com/decision/19841205744F2d461_11143 (e.t.: 30.10.2013)

şirketi Cardinal Shipping Corporation (Cardinal) ile konusu Seisho Maru ile İsveç'ten Amerika'ya çelik bobin taşınması olan yolculuk çarteri sözleşmesi akdetmiştir. Clover'ın ücreti ödememesi üzerine, Nakamura yükleme işleminin hemen durdurulmasını talep etmiştir. Aynı zamanda, zaman çarteri sözleşmesinden kaynaklanan haklar doğrultusunda Cardinal'dan gemiyi boşaltmasını talep etmesi üzerine, Cardinal Amerikan mahkemesinde dava açmıştır¹⁰²⁵. Mahkeme, alt navlun sözleşmesi olarak yolculuk çarteri sözleşmesinin ihlal edildiğini tespit etmiş ve bu tür kanunlar ihtilafı meselelerinde Lauritzen kriterlerinin esas alınacağına hükmetmiştir¹⁰²⁶. Mahkeme, yolculuk çarteri sözleşmesinin Amerika'da akdedilmesi ve tahkim yeri olarak da New York'un seçilmesi nedeniyle, Amerikan Hukuku'nu sözleşme statüsü olarak tespit etmiştir¹⁰²⁷.

¹⁰²⁵ Ibid., at 463-464..

¹⁰²⁶ Ibid., at 466.

¹⁰²⁷ Ibid., at 467.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA NAVLUN SÖZLEŞMESİ KONİŞMENTO İLİŞKİSİ

I. KONİŞMENTOYA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Pozitif hukuklarda konişımentoya ilişkin tam anlamıyla bir tanım yapılmamaktadır. Dolayısıyla, bu konu doktrine bırakılmaktadır. Gerek Türk doktrininde¹⁰²⁸, gerekse de yabancı doktrinde¹⁰²⁹ konişımento, taşıyan ya da taşıyanın yetkili kıldığı kişiler tarafında tek taraflı olarak düzenlenen ve yükün taşınmak üzere teslim olduğu ikrarını ve taşındıktan sonra varma limanında eşyanın hak sahibi görünen hamiline, senedin iadesi karşılığında aynen teslim edileceği taahhüdünü içeren kıymetli evrak olarak tanımlanmaktadır.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, konişımentonun birden fazla işlevi mevcuttur. İlk olarak, konişımento eşyayı temsil etmektedir. Bu sayede, senedi elinde bulunduran hamil, eşya üzerinde tasarruf hakkına sahiptir¹⁰³⁰. İkinci olarak ise konişımento, hamiline eşyanın teslimine ilişkin bir şahsi hak doğuran kıymetli evrak olarak kabul edilmektedir¹⁰³¹. Ayrıca, konişımentonun tanzimi ile birlikte, yükleten ve taşıyan arasında taşıma sözleşmesinden bağımsız bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Senedin tanziminin ardından, yükletene devri ile birlikte ise konişımento sözleşmesi olarak adlandırılan bir akit tesis edilmektedir¹⁰³².

Navlun sözleşmesinde de olduğu gibi, varma ya da yükleme limanının yabancı bir devlette olması, konişımentoyu yabancı unsurlu hale getirmektedir. Keza, konişımentonun hamillerinin veya geminin yabancı bir ülkenin tabiiyetinde olması dahi, söz konusu kıymetli evrakı yabancı unsurlu hale getirmektedir. Kanımızca, yabancı unsurlu navlun sözleşmesine bitişik düzenlenen konişımentoların bile yabancı unsurlu sayılması gerekmektedir. Bu durumda, konişımento kanunlar ihtilafının uygulama alanına girmektedir.

¹⁰²⁸ AKINCI, s. 190; OKAY II, s. 44; ÇAĞA/KENDER II, s. 65; KENDER/ÇETİNGİL, s. 121; ÜLGENER, **Çarter Sözleşmesi**, s. 497; AYBAY/AYBAY/AYBAY/AYBAY, s. 607; ZEVKLİLER, s. 530.

¹⁰²⁹ Yabancı hukukta konişımentonun işlevleri ve mahiyeti hakkında bkz., TETLEY, **International Conflict**, ss. 292-294; GILMORE/BLACK, ss.87-112; AIKENS/LORD/BOOLS, ss. 106-153; MURRAY/HOLLOWAT/TIMSON-HUNT, ss. 299-330; SCHOENBAUM, s. 548; CARR/STONE, ss. 177-189; COLINVAUX I, ss. 699-720; WILSON, ss. 115-140; BAUGHEN, ss. 81-142.

¹⁰³⁰ Bu konuda bkz., yuk., Bölüm 1, İkinci Kısım, III, D.

¹⁰³¹ Bu konuda bkz., yuk. Bölüm 1, İkinci Kısım, III, A.

¹⁰³² Bu konuda bkz., yuk. Bölüm 1, İkinci Kısım, III, E.

Yabancı unsurlu konişmentolara uygulanacak hukuk tespit edilirken nasıl bir yöntemin izlenmesi gerektiği doktrinde tartışılmaktadır¹⁰³³. Bazı yazarlar, konişmentonun esasına uygulanacak hukukun tespitinde tek bir bağlama kuralını yetkili görmektedirler¹⁰³⁴. Diğer bazı yazarlar ise senedin birden fazla işlevini göz önünde bulundurarak, uyuşmazlığın niteliğine göre farklı bağlama kurallarının uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar¹⁰³⁵.

Konişmento, bir yandan eşya üzerindeki aynı hakkın kapsamı ile niteliğini tayin etmekte; diğer yandan ise kıymetli evrak ve konişmento sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bu şekilde birden fazla işleve sahip olan senedin yabancı unsur taşıması halinde, tek bir bağlama kuralına tabi kılınması kanımızca pek mümkün görülmemektedir. Zira, Türk Kanunlar İhtilafı Hukuku sisteminde yabancı unsurlu konişmentolardan doğan uyuşmazlıkların akdi işlevden kaynaklanması durumunda taraflara hukuk seçimi yapma imkânı tanınmakta iken, konişmentonun temsil ettiği eşya üzerindeki aynı haktan ya da kıymetli evrak olmasından kaynaklı ihtilaflarda ise bu imkâna cevaz verilmemektedir. Aynı durum, atıf için de söz konusudur. Zira, MÖHUK madde 2 itibarıyla, atıf sadece kişiler ve aile hukuku alanında dikkate alınacağı, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmeler hukuku alanında yetkili hukukun maddi hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu anlamda, konişmento sözleşmesi açısından tarafların atfı mümkün kılabilirler söylenebilir. Ancak, uyuşmazlığın konişmentonun diğer işlevlerinden dolayı meydana gelmesi halinde aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu konişmentolarda esasa uygulanacak hukukun, uyuşmazlığın niteliğine göre tespit etmenin senedin muhteviyatına daha uygun olduğu söylenebilir.

Çalışmamızda, navlun sözleşmesi konişmento ilişkisi dahilinde bu konunun ayrı bir şekilde ele alınmasının uygun olduğu görüşündeyiz. Zira, taşıyıcı taşınan eşyayı konişmentoda belirtilen şekilde teslim almakta ve aynı şekilde senedi teslim eden gönderilene

¹⁰³³ Bu tartışmalar için bkz., ÖZÇELİK BAYRAKTAROĞLU, “Aynı Hak”, s. 60.

¹⁰³⁴ NOMER, *Devletler*, s. 294; GÖĞER, *Deniz Ticareti*, s. 104; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 335.

¹⁰³⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, ss. 226; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, “Aynı Hak”, s. 60; DICEY/MORRIS II, s. 1430; BREAKHUS, s. 324; GILMORE/BLACK, s. 114; SEVİĞ Vedat Raşid, *Ticari Sahada Kanunlar İhtilafı*, İstanbul, 1957, ss. 23-24; ÇELİKEL Aysel, *Menkul Eşya Üzerinde Aynı Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, İstanbul, 1972, s. 73 (*Menkul Eşya*); FALCONBRIDGE John, “Contract and Conveyance in the Conflict of Laws: Part Two”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 81, No 7, May 1933, s. 817. (“Conveyance”)

Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, konişmentoya uygulanacak hukuka doğrudan değinmemekle birlikte, senette tecessüm eden hakka ilişkin meseleler ile senedin meydana gelmesi, devredilmesi, sona ermesi, hangi muhtevaya sahip olacağını düzenleyen hususların ayrı bağlama kurallarına tabi olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu konuda bkz, TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 323.

eşyanın doğrudan zilyetliğini devretme yükümlülüğü altına girmektedir. Belirtilen kapsamda, konişmentolu taşımalarda navlun sözleşmesinin senede uygun ifa edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, konişmentoda navlun sözleşmesine yapılan atıf kayıtlarının geçerliliği, konişmentoya uygulanacak hukuk kapsamında önem kazanmaktadır.

Bu bağlamda, konişmentonun ispat işlevi, kıymetli evrak niteliği, aynı işlevi ve son olarak konişmento sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların birbiriyle bağlantılı; ancak farklı hukuki mefhumlar oldukları gerekçesiyle ayrı başlıklar altında incelemeyi uygun görmekteyiz. Böyle bir ayrıma gitmemizdeki temel sebep, konuyu daha verimli bir şekilde tahlil edebilmektir. Ancak, yabancı unsurlu konişmentolarda uygulanacak hukukun tespiti oldukça kapsamlı olduğu için tek başına başka bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek niteliktedir. Dolayısıyla, esasa uygulanacak hukukun tespiti meselesini, çalışmamızın konusunu da dikkate alarak, konişmento navlun sözleşmesi ilişkisi kapsamında irdelemeye çalışılacağız.

A. Konişmentonun İspata İlişkin İşlevine Uygulanacak Hukuk

İspat hukuku, usul hukukunun önemli bir parçasını oluşturduğu için uygulanacak hukukun çözümünde *lex fori prensibi*¹⁰³⁶ hâkimdir¹⁰³⁷. Ancak, ispat külfetine ilişkin birçok husus maddi hukuka ait kabul edildiği¹⁰³⁸ için uygulanacak hukukun tespitinde ayrı bir inceleme konusu¹⁰³⁹ olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴⁰. Uygulanacak hukuk tespit edilirken, ispat hukukuna ilişkin bir hususun maddi hukuka mı; yoksa usul hukukuna mı ilişkin olduğu

¹⁰³⁶ İspat hukuku ve delillere uygulanacak hukuka ilişkin ortaya atılan görüşleri hakkında bkz., ÖZTEKİN Günseli, “İspat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 9, Sayı 1, 1989, ss. 39-40.

¹⁰³⁷ NOMER, Devletler, s. 384; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 422; NOMER Ergin, **Milletlerarası Usul Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 26.(Usul); DICEY/MORRIS I, s. 179; CLARKSON/HILL, s. 29; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 75; O'BREIN, s. 119; COLLIER, s. 60.

¹⁰³⁸ İspat yüküne ilişkin hangi hususların maddi hukuka ilişkin olduğunu tespit etmek oldukça zor görülmektedir. ÖZTEKİN, s. 41; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 78.

¹⁰³⁹ İspat külfetine ilişkin yapılan bu ayrım sadece Kıta Avrupası ülkeleri açısından geçerlidir. Common Law'da ispata ilişkin her türlü faaliyet *lex fori*ye tabi kabul edilmektedir. NOMER, **Devletler**, s. 385; ÇELİKEL/ERDEM, s. 451; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 47.

Diğer yandan, Amerikan Hukuku'nda davanın esasına ilişkin olması halinde ispat yüküne ilişkin uygulanacak hukuk, *lex causae prensibi*ne göre belirlenmektedir. Bu konuda bkz., DICEY/MORRIS I, s. 179.

¹⁰⁴⁰ NOMER, Devletler, s. 384.

vasıflandırma sorunu olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰⁴¹. Dolayısıyla, sorunun lex foriye göre çözümlenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁴².

Konişmento, 6102 sayılı TTK madde 1237-1240 itibarıyla, iki yönlü bir ispat vasıtası olarak kabul edilmektedir. İlgili hükümler uyarınca, konişmento bir yandan navlun sözleşmesinin varlığını ve içeriğini; diğer yandan ise eşyanın konişmentoda belirtildiği şekilde teslim alındığını kanıtlama işlevini haizdir¹⁰⁴³. Konişmentonun ispat vasıtası olarak kabul edilip edilemeyeceği kanımızca bir usul meselesidir. Keza, söz konusu ispat faaliyetinin neyi kapsayacağı meselesi de usul hukukuna ilişkindir. Dolayısıyla, konişmentonun ispat işlevinden doğan uyuşmazlıkların lex fori uyarınca çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Diğer yandan, konişmentonun bazı durumlarda karine teşkil edip etmediği maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, konişmentonun karine teşkil etmesi ispat külfetini ilgilendiren bir husustur. 6102 sayılı TTK madde 1186/I-IV ile 1239 itibarıyla, konişmentoda yer alan taşınan eşyaya ilişkin kayıtlar yasal karine olarak kabul edilmektedir. Bu karinenin aksinin, sadece iyiniyetle devralan hamile karşı ispatlanamayacağı ifade edilmektedir. İlgili hükümler de dikkate alındığında, herhangi bir yasal karine düzenlenirken ispat külfetinin yer değiştirmesi amaçlanmakta ve kimlere karşı ileri sürülebileceği, aksi ispat edilip edilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Düzenlenen söz konusu hususlar doğrudan maddi hukuku ilgilendirdiğinden, yabancı unsurlu konişmentonun yasal karine teşkil edip etmeyeceği, karine olarak kabulü halinde ise bunun niteliği ve fonksiyonuna ilişkin meselelerinin esasa uygulanacak hukuka¹⁰⁴⁴ göre çözümlenmesi gerektiği söylenebilir.

Ancak, konişmentoya ilişkin olarak burada da şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır: Bu durumda, esasa uygulanacak hukukun tespitinde konişmentonun hangi işlevinin esas alınması gerekmektedir? Kanımızca, konişmentonun kıymetli evrak olmasından doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun, onun karine fonksiyonuna sahip olup olmadığının; sahipse mahiyetinin

¹⁰⁴¹ Doğan, ispat yüküne ilişkin hususların usule mi yoksa; maddi hukuka mı ilişkin olup olmadığının tam olarak belirlenemeyeceğini ifade etmektedir. DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 46.

¹⁰⁴² NOMER, **Devletler**, s. 386.

¹⁰⁴³ Bu konuda bkz., yuk., Bölüm 1, İkinci Kısım, III, D, 1.

¹⁰⁴⁴ Yasal karinelerin kaynağı ve ispatına ilişkin lex causanın uygulanması gerektiği hususunda bkz., ÇELİKEL/ERDEM, s. 451; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 48; ÖZTEKİN, s. 41.

Bu husus, Roma I Tüzüğü madde 18 itibarıyla da benimsenmektedir. İlgili maddenin birinci fıkrası uyarınca, işbu Tüzüğe göre sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun, kanuni karineleri ve ispat yükünü de içeren kuralları kapsayacağı hükme bağlanmaktadır.

belirlenmesinde yetkili olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira, konişmentonun ispat vasıtası olarak kabulü onun senet vasfından kaynaklanmaktadır.

B. Konişmentonun Kıymetli Evrak Niteliğine Uygulanacak Hukuk

Konişmentonun düzenlenmesinden, devredilmesinden, muhtevassından, sona ermesinden kaynaklanan sorunların tabi olduğu hukuk, *lex cartea sitae* olarak adlandırılan kıymetli evrak statüsüne tabi kılınmaktadır¹⁰⁴⁵. *Lex cartea sitae*, kıymetli evrakın bulunduğu yer hukuku anlamına gelmektedir. Bu kural, menkul mülkiyetinde uygulanacak hukukun tespitinde bağlama kuralı olarak benimsenen *lex rei sitaenin* kıymetli evraktaki karşılığını oluşturmaktadır¹⁰⁴⁶. Konişmentonun bu niteliğine ilişkin taşıyıcı ve yükletene hukuk seçiminde bulunma imkânı da tanınmamaktadır. Dolayısıyla bu sonuç, kanunlar ihtilafı açısından da konişmentonun eşyayı temsil işlevi ile paralellik arz etmektedir. Sabit statünün sağlanabilmesi için işlemin yapıldığı yer esas alınmaktadır¹⁰⁴⁷. Bu nedenle, konişmentonun düzenlendiği anda bulunduğu yer hukuku kıymetli evrak statüsü olarak anlaşılmaktadır.

Lex cartea sitae prensibinin uygulanabilmesi için öncelikle konişmentonun kıymetli evrak olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Çoğu ulusal hukukta da konişmento kıymetli evrak olarak görülmektedir. Ancak, bu duruma ilişkin ortaya çıkabilecek ihtilaflar vasıflandırmaya ilişkindir. Dolayısıyla, bu sorunun *lex foriye* göre çözüme kavuşturulması gerektiği ifade edilebilir¹⁰⁴⁸. Keza, aynı husus hangi hallerde konişmentonun kıymetli evrak olarak kabul edileceğine ilişkin de geçerlidir.

Konişmentonun birden fazla işleve sahip olması nedeniyle, kıymetli evrak statüsünün uygulama alanının net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Eşyayı temsil işlevi de onun kıymetli evrak niteliğinden kaynaklanmaktadır. Ancak, kıymetli evrak statüsü ile

¹⁰⁴⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 302; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 323; ÖZÇELİK, s. 116; VON ZIEGLER Alexander/DEBATTISTA Charles/ PLÉGAT Audile/WINDAHL Jesper, **Transfer of Ownership in International Trade**, 2nd Edition, Paris-Newyork, 2010, s. 212; CARRUTHERS Janeen Margaret, **Beyond the Ineluctable: An Examination of Choice of Law Rules in Property**, PhD Thesis, s. 224, <http://theses.gla.ac.uk/3532/1/2002Carruthers1PhD.pdf> (e.t.: 22.10.2013).

¹⁰⁴⁶ GÖĞER, bir bütün olarak konişmentonun kıymetli evrak statüsüne tabi kılınması ve bu nedenle de konişmentonun düzenlenmesinin yanı sıra, senetten mündemiç olan hakka ilişkin hususların da *lex cartea sitae* prensibine bağlanması gerektiğini savunmaktadır. GÖĞER Erdoğan, “Kamulaştırmanın ve Millileştirmenin Devletler Hususi Hukuku’na Getirdiği Sorunlar”, **AÜHFĐ**, Cilt 26, Sayı 1-2, 1969, ss. 184-185. (“Sorunlar”)

¹⁰⁴⁷ ÖZÇELİK, s. 116.

¹⁰⁴⁸ Doğan, kıymetli evrak alanında sınırlı sayı ilkesinin varlığı nedeniyle, senede bağlanan hakkın tabi olduğu ülke hukukuna göre senedin kıymetli evrak olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadır. DOĞAN, **Millilerarası Özel Hukuk**, s. 335.

kastedilen, konişmentonun belirli özelliklere sahip senet olması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuktur. Bu kapsamda, yabancı unsurlu konişmentolarda kıymetli evrak statüsünün uygulama alanına şu hususlar girmektedir¹⁰⁴⁹:

i. Konişmentonun içeriğinde hangi hususların yer alacağı ve bu hususlardan hangisinin zorunlu olacağı *lex cartea sitae prensibine* tabidir. Bu bağlamda, kıymetli evrak statüsü kapsamında, konişmentonun içeriğine aykırı davranılmasının sonuçlarının neler olacağı da tespit edilmektedir.

ii. Konişmentonun düzenlenmesine ilişkin hususlardan doğan ihtilaflarda da işlem anında konişmentonun bulunduğu yer hukuku yetkilidir. Dolayısıyla, konişmentonun taşıyana teslimi sırasında mı ya da gemiye yüklenmesi sırasında mı tanzim edileceğinin veya her iki durumda da düzenlenip düzenlenemeyeceğinin kıymetli evrak statüsüne göre tayin edileceği söylenebilir.

iii. Konişmentoyu tanzime kimin yetkili olduğuna ilişkin meselelere de işlem anında konişmentonun bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı ifade edilebilir. Bu bağlamda, konişmentonun tanziminde taşıyanı temsile yetkili kişilerin (kaptan ya da diğerk gemi adamlarının bu konuda temsile yetkili sayılıp sayılmadığı) kim olduğu da kıymetli evrak statüine göre tespit edilmektedir.

iv. Konişmentonun nasıl düzenleneceği de (emre, nama ya da hamile yazılı) *lex cartea sitae* ilkesine tabidir. Konişmentonun düzenlenme biçimleri ile onun devri arasında doğrudan bir bağlantı söz konusudur¹⁰⁵⁰. Ancak, devrin tüm sonuçlarının kıymetli evrak statüine bağılı olarak doğacağını iddia etmek pozitif hukuk açısından mümkün gözükmemektedir. Buna karşılık, konişmentonun devri sadece senedin zilyetliğinin el değıştirmesi olarak görülmemektedir. Aynı zamanda, senedin temsil ettiği eşya üzerindeki aynı hak sahipliğinin de başkasına geçmesi anlamına gelmektedir¹⁰⁵¹. Zira, senedin temsil ettiği hak ondan bağımsız devredilemez. Bu nedenle, uygulanacak hukukta bütünlüğün

¹⁰⁴⁹ Bu konu hakkında bkz., TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 323; ÖZÇELİK, s. 117-133.

¹⁰⁵⁰ Konişmentonun devrine uygulanacak hukukun tespiti için bkz., ÖZÇELİK, ss. 120-130.

¹⁰⁵¹ Benzer grş. için bkz., ÖZÇELİK, s. 121.

sağlanması açısından devrin bu iki sonucunun aynı bağlama kuralına tabi kılınması gerektiği söylenebilir¹⁰⁵².

Bu kapsamda öncelikle konişmentonun devredilebilir nitelikte olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Kanımızca, bu husus bir vasıflandırma sorunudur. Doktrinde birçok yazar, konişmentonun bu niteliğinin senedin düzenleme anında bulunduğu yer hukukuna göre belirlenmesi gerektiğini iddia etmektedirler¹⁰⁵³. Zira, burada önemli olan taraf menfaatidir. Senedi tanzim eden taraf olan taşıyan ile düzenlemeyi talep yetkisini haiz yükletenin, konişmentonun devredilebilir nitelikte olup olmadığına karar vermeye yetkili taraf olmaları gerektiği ifade edilmektedir. Böylelikle, konişmento hamillerinin öngörülebilirliğinin sağlandığı belirtilmektedir¹⁰⁵⁴.

Konişmentonun devredilme şekline uygulanacak hukukun ise düzenlenme şekline paralel bir şekilde belirleneceği vurgulanmaktadır¹⁰⁵⁵. Buna göre, hamile yazılı konişmentolarda *lex cartea sitae*, nama yazılı konişmentolarda borçlunun bulunduğu, emre yazılı konişmentolarda ise cironun yapıldığı yer hukukunun uygulanacağı ifade edilmektedir. Kanımızca, aynı uyumsuzluğa ilişkin farklı bağlama noktalarının tatbiki konişmentoyu devralanlar açısından hakkaniyete aykırı olacağı ve hukuki öngörülebilirliği engelleyeceği gerekçesiyle eleştirilebilir. Bu nedenle, MÖHUK madde 7’de ifade edilen genel kural uyarınca, devrin şekli ya LRA ya da devir işleminin esasına uygulanacak hukuk olan *lex cartea sitae*ye uygun olması gerektiği kabul edilmektedir.

Özellikle Anglo-Amerikan Hukuku’nda konişmentonun devredilebilir ve devredilemez şeklinde ayrılması da meşru hamillerin elde edeceği haklar açısından önem arz etmektedir¹⁰⁵⁶. Bu anlamda, devrin bütün hüküm ve sonuçları, devir sırasında konişmentonun bulunduğu yer hukukuna göre belirlenmektedir. Ancak, salt usul hukukuna ilişkin defilere ilişkin *lex forin*in uygulanacağı söylenebilir¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵² Bu konu hakkındaki açıklamalar hakkında bkz., aşa. I, C, 2, c.

¹⁰⁵³ ÖZÇELİK, s. 122; “Negotiability and the Renvoi Doctrine”, **Yale Law Journal**, Vol. 27, 1917-1918, s. 1052. (Negotiability); LORENZEN G. Ernest, “The Rules of The Conflict of Laws Applicable To Bills and Notes” (Part II), **Minnesota Law Review**, Vol. , 1917, s. 131.

¹⁰⁵⁴ ÖZÇELİK, s. 123; LORENZEN, s. 131; BUSCHMANN Severin, Some Conflict of Laws Problems Pertaining to Bills and Notes, **Indian Law Journal**, Vol. 8, Issue 4, 1933, ss. 218-219.

¹⁰⁵⁵ SEVİĞ, ss. 271-275.

¹⁰⁵⁶ BUSCHMANN, s. 213; GILMORE/BLACK, s. 112.

¹⁰⁵⁷ BUSCHMANN, s. 226.

v. Konşimentonun sona ermesine ilişkin uyuşmazlıklar da *lex cartea sitae* ilkesi uyarınca çözüme kavuşturulmaktadır. Bu anlamda, konişmentonun zıyayına ve iptaline hangi nedenlerin sebep olduğu, iptal davasının şartlarının neler olduğu kıymetli evrak statüsü kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak, konişmentonun iptal usulü, usul hukukuna ilişkin olduğu için bu hususta *lex forin*in uygulanacağı ifade edilebilir.

C. Konişmentonun Aynı İşlevine Uygulanacak Hukuk

Taşınır eşyanın mülkiyetinin devri için ulusal hukuklarda birtakım şartlar aranmaktadır. Türk Hukuku'nda ise TMK madde 763 uyarınca, bunun için zilyetliğin de devrinin gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca, zilyetliğin devrinin mülkiyeti kazanma sonucunu doğurabilmesi için tarafların anlaşması da gerekmektedir. Son olarak ise zilyetliğin devreden mülkiyeti devir hususunda yetkisinin bulunması; yani taşınır eşyaya malik olması şartı da aranmaktadır¹⁰⁵⁸.

Mülkiyetin devri hususunda genellikle ulusal hukuklarda aranan sınırlayıcı şartlar nedeniyle, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinin konusunu oluşturan eşya üzerinde tasarruf yapılması zorlaşmaktadır. Zira, malik eşyanın taşınması amacıyla onu taşıyıcıya teslim etmektedir. Söz konusu sorunun çözülebilmesi için denizde taşınan eşyadan maddi olarak yararlanılmasını sağlayabilecek, eşyayı temsil işlevini haiz emtia senetleri; yani konişmentolar tanzim edilmektedir¹⁰⁵⁹. Bu sayede, uluslararası eşya satımında da büyük kolaylıklar sağlanmaktadır. Nitekim, konişmentonun bu işlevi sayesinde eşyanın mülkiyeti üzerinde taşıma sırasında tasarrufta bulunulabilmekte ve meşru hamil de taşıyıcıdan varma limanında konişmentonun teslimi ile eşyanın kendisine verilmesini talep edebilmektedir¹⁰⁶⁰.

Ancak, bu konuda uygulanacak hukukun tespitinde izlenecek yöntem açısından doktrinde iki farklı görüş mevcuttur¹⁰⁶¹. İlk olarak, konişmentonun eşyayı temsil işlevine sahip olup olmadığının tayini ile onun devrinin aynı haklar üzerindeki etkisinin tespiti meselesinin tek bir bağlama kuralına tabi kılınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁶². İkinci

¹⁰⁵⁸ Taşınır mülkiyetinin kazanılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, ss. 588-607; EDİS Seyfullah, "Menkullerde Mülkiyetin İntikali Meselesi –Hususiye- İlliyet Meselesi", **AÜHF**, Cilt 14, Sayı 1-4, 1946, ss. 279-281. ("Menkuller").

¹⁰⁵⁹ ZEVKLİLER, s. 527.

¹⁰⁶⁰ GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, ss.2-3.

¹⁰⁶¹ Bu konu hakkında bkz., ÖZÇELİK, s. 132; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, "Aynı Hak", s. 61.

¹⁰⁶² GÖĞER, **Deniz Ticareti**, s. 109; ÇELİKEL, s. 43.

olarak ise, bu iki hususun farklı sorunlar olduğu ileri sürülmekte ve ayrı bağlama kuralları ile uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁶³.

Kanımızca, bu iki meseleye ilişkin uygulanacak hukukun tespitinde farklı bağlama kurallarının esas alınması gerekmektedir. Zira, konişmentonun eşyayı temsil işlevinin birbirinden farklı birden fazla sonucu mevcuttur. Konişmento aynı zamanda eşyanın taşınmak üzere alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren makbuz niteliğindedir. Bu niteliği, eşyayı temsil etme işlevinin bir hukuki yansıması olarak da görülmektedir¹⁰⁶⁴. Ancak, taşınan eşya üzerinde aynı hak tasarruflarında bulunma yetkisi de konişmentonun devri ile sağlanmakta ve bu husus da konişmentonun eşyayı temsil işlevinin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, eşyanın temsil işlevine sahip olup olmadığı ve bu işlevinin mahiyeti ile taşınan eşya üzerinde aynı hak ihtilaflarına uygulanacak hukukun farklı bağlama kurallarına tabi kılınması olağan gözükmemektedir. Çalışmamızın esas konusu navlun sözleşmeleri olması dikkate alınarak, her iki hususa uygulanacak hukukun tespitini münferit başlıklar altında incelemeye çalışacağız.

1. Konişmentonun Eşyayı Temsil İşlevinin Tayinine Uygulanacak Hukuk

Konüşmentonun eşyayı temsil işlevine sahip olup olmadığı; yani emtia senedi niteliğinde bir kıymetli evrak olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin birçok görüş ileri sürülmektedir. Aslında yazarların çoğu, konüşmentonun eşyayı temsil işlevinin, eşya üzerindeki aynı hak ile doğrudan bağlantılı olmasına dayanmakta olduğu için, genel olarak konüşmentonun emtia senedi olmasından kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitine ilişkin değişik objektif bağlama noktaları önermektedirler.

Bu bağlamda, Seviğ, *lex rei sitae*; yani eşyanın bulunduğu yer hukukunun cevaz verdiği müddetçe ve şartlar altında, herhangi bir senedin eşyayı temsil işlevine sahip olacağını ifade etmektedir¹⁰⁶⁵. Ancak, bu görüş, eşyanın hangi anda bulunduğu yer hukukunun esas

¹⁰⁶³ BEALE Joseph H., “The Situs Thing”, *Yale Law Review*, Vol. 28, No 6, 1919, s. 539 (“The Situs Thing”); FRANCIS Nick, “Transferring Rights of Suit Under Bills of Lading: The Conflict of Law Implication”, *Australian & New Zealand Maritime Law Journal*, Vol. 20, 2006, s. 31.

¹⁰⁶⁴ FRANCIS, s. 27;

¹⁰⁶⁵ SEVİÇ, s. 278.

alınacağıının belirsiz olması ve konişmento gibi senede bağlanan eşyanın bulunduğu yerin tespitindeki zorluklar nedeniyle kabul görmeyeceği yönünde eleştirilmektedir¹⁰⁶⁶.

Çelikel ve Göger ise devir işlemi sırasında senedin bulunduğu yer hukukunun konişmentonun temsil işlevine ve eşya üzerindeki aynı hakka etkisine ilişkin yetkili hukuk olduğunu belirtmektedir¹⁰⁶⁷. Ayrıca, konişmentonun devir yeri hukukunun uygulanmasının, tedavül edilebilir nitelikteki senetler açısından zor olduğu ifade edilmektedir. Zira, konişmentonun birden fazla devredilmesi halinde, hangi devir yerinin esas alınacağıının belirsiz olduğu haklı olarak iddia edilmektedir¹⁰⁶⁸.

Buna karşılık, Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, uygulanacak hukukun tespitinde senedin eşyayı temsil niteliği ile senedin devredilmesinin mahiyetine ve doğurduğu sonuçların belirlenmesine ilişkin uygulanacak hukukun farklı bağlama noktalarına tabi kılınması gerektiğini ifade etmektedirler¹⁰⁶⁹. Bu kapsamda, eşyayı temsil eden senet hakkında *lex cartea sitae prensibinin* uygulanma alanı bulacağını belirtmektedirler.

Ayrıca, Beale, Gilmore/Black ve Dicey/Morris de konişmentonun eşyayı temsil işlevine sahip olup olmadığı ve dolayısıyla, makbuz niteliğinde kabul edilip edilemeyeceğine, konişmentonun tanzim anında eşyanın bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiğini ifade etmektedirler¹⁰⁷⁰. Ancak, konişmentonun eşyanın bulunduğu yerden farklı bir yerde tanzim edilmesi halinde ne olacağı belirsizdir. Özçelik'e göre, konişmento kural olarak, eşya taşıyıcı tarafından teslim alındıktan ya da gemiye yüklendikten sonra tanzim edildiği için uygulamada bu yönde bir sorunun ortaya çıkmayacağını ifade etmektedir¹⁰⁷¹. Yazar, konişmento düzenlenmeden de taşıma başlamayacağı için konişmentonun yükleme limanının bulunduğu yerde tanzim edileceğini ve bu nedenle de çoğu zaman, konişmentonun tanzim edildiği yer ile eşyanın aynı yerde bulunduğunu belirtmektedir. Dicey/Morris ise konişmentonun eşyayı temsil işlevine sahip olup olmadığını, senedin tanzimi anında eşyanın

¹⁰⁶⁶ ÖZÇELİK, s. 134; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, "Aynı Hak", s. 62.

¹⁰⁶⁷ GÖGER, s. 109; ÇELİKEL, *Menkul Eşya*, s. 43; ÇELİKEL/ERDEM, s. 303.

¹⁰⁶⁸ ÖZÇELİK, ss. 134-135; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, "Aynı Hak", s. 63.

¹⁰⁶⁹ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 331.

¹⁰⁷⁰ BEALE, "The Situs Thing", s. 539; GILMORE/BLACK, s. 114; DICEY/MORRIS II, s. 930.

¹⁰⁷¹ ÖZÇELİK, s. 137; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, "Aynı Hak", s. 64.

bulunduğu yer hukukuna tabi kılınmasındaki asıl sebebin, konişmento hamillerini en iyi şekilde korumak olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁷².

Diğer yandan, kanımızca konişmentonun eşyayı temsil işlevine sahip olup olmadığının tespitine de *lex cartea sitae* ilkesinin uygulanması gerekmektedir. Bu düşünce üç sebepten dolayı yerinde gözükmektedir: Öncelikle, eşyanın bulunduğu yer hukuku, aynı hakka ilişkin meselelere uygulanacak hukukun tespitinde bağlama kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, konişmentonun eşyayı temsil işlevinin varlığı doğrudan senedin kendisi ile bağlantılıdır. Ayrıca, konişmentonun makbuz niteliğinin de doğrudan sonucudur. Dolayısıyla, kıymetli evrak statüsüne tabi kılınması gerektiği söylenebilir. İkinci olarak ise bu işlevin mahiyeti daha çok konişmento hamillerini ilgilendirmektedir. Bu meseleyi, eşyanın bulunma yeri hukukuna bağlamak, konişmento hamillerinin daha önceden öngöremedikleri, hiçbir ilişkilerinin bulunmadığı hukuka bağlanmalarına neden olabilmektedir¹⁰⁷³. Son olarak ise, teknolojik gelişmeler doğrultusunda, konişmentonun düzenlendiği yer ile eşyanın bulunduğu yer aynı olmayabilmektedir.

2. Konişmentonun Eşya Üzerindeki Aynı Hakka Etkisine İlişkin Uygulanacak Hukuk

Konişmentonun temsil işlevinin en önemli sonucu, senedin devrinin eşya üzerindeki aynı hakka bağlanmasıdır. Bu sonucu, genellikle tüm ulusal hukuk sistemleri kabul etmektedir. Ancak, genel olarak, hangi şartlar altında aynı hak kazanımının sağlanacağı ve söz konusu aynı hakkın mahiyetinin ne olduğuna ilişkin yabancı hukuklarda farklı düzenlemeler mevcuttur. Dolayısıyla, konişmentonun devrinin aynı hakkın devri sonucunu doğurup doğurmayacağı ya da senedin temsil ettiği aynı hakkın niteliği ve mahiyetine ilişkin uygulanacak hukukun tespiti ayrı bir önem arz etmektedir¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷² DICEY/MORRIS II, s. 930.

¹⁰⁷³ ÖZÇELİK, s. 138.

¹⁰⁷⁴ Konişmentonun devrinin aynı hakkın devri sonucu doğurup doğurmayacağına ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki durum hakkında bkz., ÖZÇELİK, ss. 141-143.

a. Genel Olarak

Taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin ulusal hukuklarda farklı yaklaşımlar benimsenmektedir. Nitekim, Alman Hukuku¹⁰⁷⁵ ve İsviçre¹⁰⁷⁶-Türk Hukuku'nda¹⁰⁷⁷ tarafların anlaşmasının yanı sıra, eşyanın teslimi ile mülkiyetin devredileceği kabul edilmektedir¹⁰⁷⁸. Söz konusu hukuk sistemlerine göre, senedin devrinin mülkiyeti devir sonucunu doğurabilmesi için eşyanın tesliminin yanı sıra, tarafların bu konuda anlaşmış olmaları gerekmektedir. Konişmentonun devrine de eşyanın devri ile aynı sonuç bağlanmaktadır. TMK madde 980 uyarınca da eşyayı temsil eden kıymetli evrakın tesliminin de emtianın teslimi gibi sonuç doğuracağı hükme bağlanmaktadır¹⁰⁷⁹. Diğer yandan, Fransız, İngiliz ve Amerikan Hukukları'nda mülkiyetin akitle intikal ettiği kabul edilmekte ve eşyanın teslimi şart koşulmamaktadır¹⁰⁸⁰. Konişmentonun devri sadece eşyayı talep yetkisini hamile bahşetmektedir¹⁰⁸¹.

Common Law geleneğinde ise mülkiyetin akdin kurulması sırasında devredilip devredilmeyeceği meselesi tarafların aralarındaki hukuki ilişkiye binaen iradelerine bırakılmaktadır¹⁰⁸². Buna karşılık, Alman-Türk-İsviçre Hukuk sisteminde olduğu gibi, konişmentonun teslimi, eşyanın teslimi ile aynı sonucu doğurmaktadır¹⁰⁸³. Ancak, bu husus, her zaman için senet hamilinin eşyanın maliki olduğu anlamına gelmemektedir. Konişmentonun temsil ettiği eşyanın mülkiyetinin meşru hamile geçebilmesi için Alman-Türk-İsviçre Hukuk sisteminden farklı olarak, taşıma ilişkisinin temelini teşkil eden hukuki ilişkiye referans yapılmaktadır. Bu ilişkide satıcı, ödeme yapmadan önce eşyayı kontrol altında tutmak istemektedir. Alıcı ise satım bedelini ifa etmeden önce mülkiyet hakkının tanıdığı tasarruf yetkisinden yararlanmayı arzu etmektedir. Bu menfaat dengesi çerçevesinde, tarafların eşyanın mülkiyetini de konişmento ile birlikte devretmeyi amaçladıkları, aksi ispat edilebilen bir karine olarak kabul edilmektedir. Ancak, satıcı mülkiyeti saklı tutma iradesini

¹⁰⁷⁵ Alman Hukuku'na göre taşınırlarda mülkiyetin nakli hakkında bkz., TUHR v. Andreas, "İsviçre Hukuku'na Göre Mülkiyetin Nakli", Çev.: Kudret AYİTER, **AÜHFD**, Cilt 3, Sayı 1-4, 1946, s. 635; EDİS, "Menkuller", ss. 279-281.

¹⁰⁷⁶ İsviçre Hukuku'na göre taşınırlarda mülkiyetin nakli hakkında bkz., TUHR, ss. 634-635; EDİS, "Menkuller", ss. 284-299.

¹⁰⁷⁷ Türk Hukuku'nda taşınır mülkiyetinin devri hakkında bkz., OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, ss. 588-607.

¹⁰⁷⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 301.

¹⁰⁷⁹ Bu konuda bkz., OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, ss. 76-77.

¹⁰⁸⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 301; EDİS, "Menkuller", s. 281; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 333.

¹⁰⁸¹ ÖZÇELİK, s. 142.

¹⁰⁸² ÖZÇELİK, s. 142.

¹⁰⁸³ Common Law geleneğinde konişmentonun devrinin aynı hakkın devri sonucunu doğurup doğuramayacağı hakkında bkz., AIKENS/LORD/BOOLS, ss. 106-123.

kullandığı takdirde, bu karinenin aksi ispat edilmiş sayılmaktadır. Bu hususta, satıcının herhangi bir iradesi mevcut değilse, satım sözleşmesinin akdedildiği anda eşyanın bulunduğu yer hukuku (lex situs) uygulanmaktadır¹⁰⁸⁴.

b. MÖHUK Uyarınca Konişmentonun Eşya Üzerindeki Aynı Hakka Etkisine Uygulanacak Hukukun Tespiti

MÖHUK'ta emtia senetlerine uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Her şeyden önce konişmentonun eşya üzerindeki aynı hakka ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk tespit edilmeden önce, ilgili uyuşmazlığın vasıflandırılması gerekmektedir. Bu mesele tüm unsurlarıyla aynı hak meselesi olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, konişmentonun temsil ettiği aynı hakkın niteliği ve senedin devrinin aynı hakkın devri sonucu doğurup doğurmayacağı başta olmak üzere tüm aynı hak meselelerine ilişkin uygulanacak hukukun, MÖHUK'taki genel hükme göre tayin edileceği söylenebilir.

Kural olarak da kanunlar ihtilafı açısından eşya hukukunda irade serbestisi esası kabul edilmemektedir. Bu doğrultuda, MÖHUK madde 21/I uyarınca, taşınır eşyalara ilişkin aynı hak meselelerinde işlem anında eşyanın bulunduğu yer hukukunun (lex rei sitae¹⁰⁸⁵)¹⁰⁸⁶ uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak, günümüzde modern hukuklarca kabul edilen bu kurala taşınmakta olan eşyalar (res in transtito) açısından istisna getirilmektedir. Aynı hükmün ikinci fıkrası itibarıyla, taşınmakta olan eşyalar üzerindeki aynı hakka ilişkin ihtilafalarda varma yeri hukukunun yetkili olduğu kabul edilmektedir. Bu istisnanın temel sebebi, bu tür eşyaların nerede olduğunun tam olarak belirlenmesinin maddi olarak imkânsız olması; belirlense bile bu yerin tesadüfîlik arz etmesidir¹⁰⁸⁷.

Konüşmentonun temsil ettiği eşya üzerindeki aynı hak meselelerine de MÖHUK madde 21'in uygulama alanı bulacağı söylenebilir. İlgili hüküm doğrultusunda, bu meseleye uygulanacak hukuk tespit ederken ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Eğer ihtilaf konusu

¹⁰⁸⁴ FAWCETT/CARRUTHERS, ss. 1219.

¹⁰⁸⁵ Lex Rei Sitae prensibi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., NOMER, *Devletler*, ss. 291-301; ÇELİKEL/ERDEM, ss. 298-306; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, ss. 315-332; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, ss. 223-226; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, ss. 328-337; ÖZEL, *Kültür Varlıkları*, ss. 336-349; CLARKSON/HILL, ss. 474-480; FAWCETT/CARRUTHERS, ss. 1218-1220; DICEY/MORRIS II, ss. 915-937.

¹⁰⁸⁶ Bu prensibin eleştirisi hakkında bkz., ÖZEL, *Kültür Varlıkları*, s. 339; CARRUTHERS, ss. 63-67.

¹⁰⁸⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, ss. 225; ÖZEL, *Kültür Varlıkları*, ss. 345; FAWCETT/CARRUTHERS, ss. 1214; DICEY/MORRIS II, s. 969.

eşya hareket halinde değilse, bu durumda MÖHUK madde 21/I; yani konişmentonun devri sırasında eşyanın bulunduğu yer hukuku yetkili hukuk olarak kabul edilebilir. Bu kuralın konişmentonun bağlandığı eşya üzerindeki aynı hakka etkisine uygulanabilmesi için taşıma işleminin ya hiç başlamamış olması; ya da sona ermiş bulunması gerekmektedir. Ancak, aynı hakka ilişkin söz konusu ihtilaf, eşya gemi ile taşınmakta iken meydana gelmişse *lex rei sitae*; yani eşyanın bulunduğu yeri tespit etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, MÖHUK madde 21/II'de belirtilen istisnanın devreye gireceği ve uyuşmazlığın varma limanı hukukuna göre çözümleneceği savunulabilir.

Söz konusu istisna kuralının uygulanabilmesi için her şeyden önce eşyanın taşınmakta olması gerekmektedir. Bu nedenle, MÖHUK madde 21/II'de belirtilen “taşınmakta olan mal” ifadesinden konişmentoya uygulanacak hukuk açısından ne anlaşılması gerektiği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Söz konusu meseleyi sonuca ulaştırma yetkisini haiz hukukun varma yeri hukuku olduğu iddia edilmektedir¹⁰⁸⁸. Ancak, varma yeri hukukunun uygulanabilmesi için öncelikle eşyanın taşınmakta olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Varma yeri hukukuna göre eşya taşınmakta kabul edilmiyorsa *lex rei sitae* prensibinin uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Dolayısıyla, söz konusu vasıflandırma sorununun çözümünde varma limanı hukuku, tesadüfi bir bağlama noktası olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, kanımızca bu bir vasıflandırma meselesidir ve belirtilen yönde bir uyuşmazlık mahkemenin önüne geldiği takdirde, *lex fori*ye göre sorunun çözümlenmesi gerektiği ifade edilebilir.

Bir eşyanın taşınmakta olan mal olarak kabul edilmesi için yükleme limanından varma limanına kadar bir gemi aracılığıyla gönderene teslim edilmek için taşınması gerekmektedir. Dolayısıyla, geminin yolculuk esnasında ikmal yapması ya da başka nedenlerle yolculuğa ara vermesi eşyanın sabit olduğu, taşınmadığı anlamına gelmemektedir. Ancak, taşınan eşyanın varma limanına ulaştırılmasının yeterli olacağı kanısındayız. Eşyanın doğrudan zilyetliğinin gönderilene devredilmesi, MÖHUK madde 21/II açısından önem arz etmemektedir. Diğer yandan, taşınan eşya üzerinde, kanuni rehin haklarının tesisinin ve icrai fiillerin *lex rei sitae* ilkesine tabi olduğu belirtilmektedir¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁸ NOMER, **Devletler**, s. 298.

¹⁰⁸⁹ NOMER, **Devletler**, s. 298.

c. Eleştiri ve Öneri

Lex rei sitae prensibinin, aynı hak meselelerinde kabul edilmesinin en önemli sebebi, önceden sonucun ne olduğunun bilinebilmesidir. Ayrıca bu kural, eşya üzerinde kontrolün rahatça sağlanmasına da hizmet etmektedir. Dolayısıyla, lex rei sitae kuralı, ticari hayatta emniyet unsurunun gerçekleşmesine imkân sağlamaktadır¹⁰⁹⁰. Ancak, konişmentonun devrinin eşya üzerindeki aynı hakka ilişkin meselelerine, lex rei sitae prensibini uygulamanın her zaman için yerinde olmadığı kanısındayız. Zira, konişmentonun niteliği nedeniyle, eşyanın bulunduğu yer hukukunun uygulanması ticari hayatın gereklerinden olan emniyet unsurunu asgari düzeyde de olsa güvence altına alınmasını sağlayamamaktadır. Bu prensibin uygulanması, konişmentonun tedavül kabiliyetinin önemini kaybetmesine de olabilmektedir¹⁰⁹¹.

Ayrıca, konişmentodan doğan ihtilaflarda aynı meseleler genellikle eşya taşınmakta iken ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, Türk Hukuku açısından bu ihtilafa ilişkin varma yeri hukuku uygulama alanı bulmaktadır. Ancak, günümüzde MÖHUK madde 21/II'de ifadesini bulan istisna hükmünün de konişmentolar açısından yetersiz kaldığı düşüncesindeyiz. Nitekim, doktrinde bazı yazarlar, taşınmakta olan mallarda senedin devrinin aynı hakkın devri sonucunu doğurup doğurmadığı meselesinin başka bağlama noktalarına tabi tutulması gerektiğini ileri sürmektedirler. Uluocak, Çelikel/Erdem ve Doğan konişmento açısından taşınmakta olan malların, senedin bulunma yeri hukukuna (lex cartea sitae) tabi olması gerektiğini savunmaktadırlar¹⁰⁹². Çelikel/Erdem'e göre, bunun sebebi o esnada malın bulunma yerinin var olmamasıdır. Dolayısıyla, varma yeri hukukunun ikinci derecede bağlama noktası olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

Buna karşılık Göger, taşınmakta olan mallar hakkında varma limanı hukukunun uygulanmasının uygun olduğunu belirtmektedir¹⁰⁹³. Yazar bir bütün olarak konişmentonun tek bir hukuk sistemine tabi kılınması gerektiğini savunmakta ve bu anlamda, konişmentonun devrinin eşya üzerindeki aynı hakka etkisine ilişkin veçhesini esas alarak değerlendirmelerde

¹⁰⁹⁰ Lex rei sitae prensibinin sağladığı olanaklar hakkında bkz., ÇELİKEL, **Menkul Eşya**, s. 22; ÖZEL, **Kültür Varlıkları**, ss. 338-339; NORTH, ss. 259-260.

¹⁰⁹¹ GÖĞER, **Eşya Taşıma**, s. 137.

¹⁰⁹² ULUOCAK, **Kanunlar İhtilafı**, s. 174; ÇELİKEL/ERDEM, ss. 303-304; ÇELİKEL, **Menkul Eşya**, s. 74; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 335.

¹⁰⁹³ Bu konuda bkz., GÖĞER, **Deniz Ticareti**, s. 136.

bulunmaktadır. Bu konuda varma limanı hukukunun yetkili görülmesindeki temel sebebin, gönderilen eşyanın varma limanında teslim edilmesi ile konişmento düzenleme yükümlülüğünün ana gayesinin yerine getirilmesi olduğu ifade edilmektedir.

Chesire/North/Fawcett, varma yerinin deniz yoluyla eşyanın taşınması sırasında da taraflarca serbestçe değiştirilebileceğini belirtmektedirler¹⁰⁹⁴. Dolayısıyla, taşınmakta olan mallara varma yeri hukukunun uygulanması birtakım dezavantajlara neden olabilmektedir. Bu nedenle yazarlar, taşımanın tek bir gemi ile yapılması halinde, taşınmakta olan mallara ilişkin aynı hak meselelerine bayrak kanunun uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak, birden fazla gemi ile taşımanın yapılması ya da karma taşımanın söz konusu olduğu durumlarda, uyuşmazlığın hangi bağlama noktasına tabi kılınması gerektiği yönünde herhangi bir öneri getirmemektedirler.

Konişmentonun eşya üzerindeki aynı hakka etkisine uygulanacak hukukun devir yeri hukukuna tabi olması düşüncesinin belli bir yere kadar haklı olduğu kanısındayız. Bu görüşümüzü şu gerekçelere dayandırabiliriz. İlk olarak, *lex rei sitae prensibi*, konişmentolar ve navlun sözleşmeleri açısından özellikle karma taşımaların söz konusu olduğu durumlarda tesadüfi bir yer olabilmektedir. Örneğin, A devletinden B devletine eşya taşınması konusunda kombine taşıma sözleşmesi akdedildiğini varsayalım. Bu sözleşmeye konu olan eşyaların C devletine kadar deniz yoluyla taşınacak; daha sonra B devletine demiryolu ile ulaştırılacağına taraflarca kararlaştırıldığını farz edelim. Sözleşmenin konişmentoya bağlandığını düşünecek olursak, aynı hakka ilişkin çıkan uyuşmazlıkta eşyanın bulunduğu yer hukukunun esas alınması, hem senedi düzenleyen taşıyıcı hem de senedin meşru hamilleri için tesadüfi bir yer haline geleceği savunulabilir.

İkinci olarak, konişmentonun devrinin hüküm ve sonuçları da devir sırasında senedin bulunduğu yer hukukuna tabi kılınmaktadır. Dolayısıyla, konişmentonun eşya üzerindeki aynı hak meselesine aynı bağlama hukukuna tabi kılması, konişmentonun devrinin tüm sonuçları açısından aynı hukukun uygulanmasını ve bu sayede, hukuki bir bütünlüğün tesis edilmesini sağlanabilmektedir¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹⁴ Bu konuda bkz., FAWCETT/CARRUTHERS, ss. 1221-1222.

¹⁰⁹⁵ Aynı yöndeki görüşler için bkz., ÖZÇELİK, s. 155; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, “Aynı Hak”, ss. 69-70.

Üçüncü olarak ise devir yeri hukukunun konişmentonun devrinin eşya üzerindeki aynı hak meselesine tatbik edilmesi, sabit mal ve taşınmakta olan mal ayrımının yapılmasının da önüne geçmektedir. Özellikle taşınmakta olan malların varma limanı hukukuna bağlanması, belli bazı sakıncaları da beraberinde getirebilmektedir. Öncelikle varma limanı taşımanın her aşamasında ilgili kişilerce serbestçe kararlaştırılabileceği gibi, değiştirilebilmektedir¹⁰⁹⁶. Ayrıca, satıcının haklarının da söz konusu bağlama noktası ile etkili bir şekilde korunamayacağı iddia edilmektedir¹⁰⁹⁷. Bu iddia kanımızca da savunulabilir. Zira, özellikle geminin hukuki veya fiili nedenlerden ötürü zorunlu olarak herhangi bir limanda demirlemesi halinde, varma limanı hukuku ne konişmentonun meşru hamilleri ne de satıcı ile bağlantılı bir hukuk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son olarak da Özçelik'in de ayrıca vurguladığı gibi, devir işleminden en çok etkilenecek olan kişi konişmento hamilidir. Devir yeri hukuku, meşru hamillere senedi devralırken aynı meselenin hangi hukuka tabi olacağını önceden öngörebilme imkânı sağlamaktadır¹⁰⁹⁸. Dolayısıyla, senedin bulunma yerinin yetkili hukuk olarak tayini daha makul görülmektedir. Bu bağlama noktasının senedi devralan meşru hamilleri de hukuken koruyacağı gerekçesiyle milletlerarası ticaretin gereklerine de cevap verebileceği görüşündeyiz. Ancak, kanımızca MÖHUK madde 21'de ifadesini bulan açık hükme rağmen, konişmentoya bağlanan eşyalar açısından aynı hak meselelerine devir anında senedin bulunma yeri hukukunun uygulanabileceği söylenememektedir.

Ayrıca, özellik arzeden bazı eşyaların taşınması hususunda mülkiyetin intikaline ilişkin farklı bağlama noktasının uygulanması gerektiği de ileri sürülebilir. Bu konuda özellikle kültür varlıkları ilk olarak akla gelmektedir. Özel, genel olarak kültür varlıklarına ilişkin mülkiyet meselelerine *lex rei sitae* prensibinin uygulanmasını eleştirmektedir¹⁰⁹⁹. Yazara göre, bu prensibin temel amacı ticari hayatta emniyeti gerçekleştirme ve malların serbest dolaşımını sağlamaktır¹¹⁰⁰. *Lex rei sitae* ilkesi ise kültür varlıkları açısından bu amaca hizmet edememektedir. Dolayısıyla, burada kültür varlıklarının yasa dışı bir şekilde uluslararası alanda taşınmasını engellemek amacıyla başka bağlama noktaları

¹⁰⁹⁶ CARRUTHERS, s. 222.

¹⁰⁹⁷ CARRUTHERS, s. 222.

¹⁰⁹⁸ ÖZÇELİK, s. 155; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, "Aynı Hak", ss. 69-70.

¹⁰⁹⁹ Bu konuda bkz., ÖZEL, **Kültür Varlıkları**, ss. 346-349.

¹¹⁰⁰ ÖZEL, **Kültür Varlıkları**, s. 346; FAWCETT/CARRUTHERS, ss. 1212.

önerilmektedir¹¹⁰¹. Bu yöndeki eleştiriler ile önerilerin, konişmento ile taşınan eşyanın kültür varlıkları olması durumunda, senedin eşya üzerindeki aynı hakka ilişkin meselelere uygulanacak hukukun tespitinde de yapılabileceği kanısındayız. Aynı şekilde bu kuralın istisnası olan taşınmakta olan malların varma limanına bağlanması da eleştirilebilir. Zira, kanunlar ihtilafı açısından da kültür varlıklarının, söz konusu olduğu işlemlere konu olması halinde, hukuk dışı yollarla el değiştirmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu engellenemediği takdirde çalıntı, kayıp ya da emanete bırakılan kültür varlıklarına ilişkin açılan davalarda, gerçek maliklerin korunması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir¹¹⁰². Belirtilen amaca da Amerikan doktrininde kabul edilen tercih prensibi ya da sonuç seçim metodunun hizmet edeceği belirtilmektedir¹¹⁰³. Ancak, MÖHUK 21 karşısından söz konusu metodun uygulanması da mümkün gözükmemektedir.

Türk Hukuku'nda olduğu gibi, ulusal hukuklarda da pozitif düzenlemelerin varlığına rağmen, konişmentoya bağlanan eşya üzerindeki aynı hak problemlerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin değişik bağlama kurallarının uygulanması önerilmektedir¹¹⁰⁴. Ancak, söz konusu bağlama noktalarının hiçbiri, mevcut düzenlemeler karşısında uygulanma alanı bulamamakta; bu nedenle de sadece bir öneriden ibaret kalmaya mahkûm gözükmemektedir. Dolayısıyla, kanımızca konişmentonun temsil ettiği eşya üzerindeki aynı etkisine ilişkin münferit bir bağlama kuralının getirilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 106¹¹⁰⁵ ile emtia senetlerine uygulanacak hukuka ilişkin ayrı bir bağlama noktası benimsenmektedir. İlgili hüküm uyarınca, emtia senetlerine uygulanacak hukuk olarak belirtilen hukukun, söz konusu senedin eşya üzerindeki mülkiyet hakkını temsil edip etmediğinin tespitine uygulanacağını; hukuk seçimi yapılmamış olduğu takdirde, senedi düzenleyen kişinin işyerinin bulunduğu devlet hukukunun uygulanacağı düzenlenmektedir. İlgili maddeyi, emtia senetlerinin ayrı bir düzenlemeye konu olması açısından isabetli görmemize karşılık; kanımızca konişmento

¹¹⁰¹ Bu yöndeki öneriler için bkz., ÖZEL, **Kültür Varlıkları**, ss. 349-361.

¹¹⁰² Özel, **Kültür Varlıkları**, s. 359.

¹¹⁰³ Söz konusu metod, önceden belirlenmiş genel-geçer soyut kurullarla uygulanacak hukukun tespitinden ziyade, gerçek malikin haklarını üstün tutan yabancı hukukun uygulanmasını öngörmektedir. Bu konu hakkında bkz., ÖZEL, **Kültür Varlıkları**, s. 360.

¹¹⁰⁴ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZÇELİK, ss. 144-156; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, "Aynı Hak", ss. 65-70.

¹¹⁰⁵ İlgili hükümün İngilizcesi için bkz., [http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\).pdf](http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf) (e.t.: 28.04.2014).

açısından böyle bir hükmün iki sakıncası söz konusudur. İlk olarak, Türk Kanunlar İhtilafı Sistemi'nde eşya hukukuna ilişkin meselelerde hukuk seçimi imkânı benimsenmemektedir. İkinci olarak ise deniz ticareti hukukunda konişmentoyu tanzim eden taşıyıcıdır ve işyerinin kolay bayrak ülkesinde bulunması halinde birtakım adaletsiz sonuçlar meydana gelebilmektedir.

Emtia senetlerine ilişkin ulusal hukuklarda yer alan başka bir münferit düzenleme ise Amerikan Hukuku'nda Restatement II &248'de yer almaktadır¹¹⁰⁶. Söz konusu hüküm emtia senetlerine ilişkin genel bir hüküm niteliğindedir. Temsil işlevinin tespitine ilişkin uygulanacak hukuk ile konişmentonun devrinin eşya üzerindeki aynı hakka uygulanacak hukuk farklı bağlama noktalarına tabi kılınmaktadır. Buna göre, temsil işlevinin tespiti ile mahiyetinin senedin düzenlendiği anda eşyanın bulunduğu yer hukukuna; yani *lex cartea* siteaya belirleneceği hükme bağlanmaktadır. Eşya üzerindeki aynı hak meselesine ise senedin devredildiği yer hukukunun uygulanacağı ifade edilmektedir. Restatement II &248, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'ndaki düzenlemeden daha yerinde bir hüküm olarak görmekteyiz. Zira, ilk olarak eşyanın temsil işlevinin iki yönü dikkate alınarak bağlama kuralı tesis edilmiştir. İkinci olarak ise aynı hakka ilişkin uyuşmazlıklar senedin devredildiği yer hukukuna tabi kılınarak, konişmento hamillerinin en iyi şekilde korunması amaçlanmaktadır.

İngiliz Hukuku'nda ise senedin devrinin eşya üzerindeki aynı hakka etkisine ilişkin uygulanacak hukukun tespiti konusundaki tartışmalar, genel olarak dört ilkenin tatbiki etrafında gelişmektedir. İlk olarak bu konuda malikin ikametgâh hukukunun yetkili hukuk olduğu kabul edilmekteydi. Bu düşünce, *mobilia sequuntur personam* olarak ifade edilen, taşınır eşya nerede bulunursa bulunsun sahibini takip eder, kuralına dayanmaktadır¹¹⁰⁷. Ancak, bu kuralın bugün için milletlerarası ticarete işlevselliğini kaybettiği tamamen kanıtlanmıştır. Sadece miras ve evlilik konularında eşyanın mülkiyetinin nakline ilişkin malikin ikametgâhı hukuku uygulama alanı bulabilmektedir.

Günümüzde ise İngiliz Hukuku'ndaki tartışmalar, *lex loci actus*; yani devir yeri hukuku, *lex rei sitae* ve devri işleminin kaynağını oluşturan asıl hukuki işlemde yetkili hukuk arasında cereyan etmektedir¹¹⁰⁸. Devir işleminin kaynağını teşkil eden hukuki işlemi, ilgili

¹¹⁰⁶ ÖZÇELİK, s. 137, 154; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, "Aynı Hak", s. 64-69.

¹¹⁰⁷ DICEY/MORRIS II, s. 966; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 1221; CARRUTHERS, ss. 192-193.

¹¹⁰⁸ Bu konudaki tartışmalar hakkında bkz., DICEY/MORRIS II, ss. 966-968.

meselede konişmentoya tabi kılma İngiliz mahkemelerinde pek kabul görmemektedir. Zira, her devir işleminin mesnedini farklı bir hukuki ilişki oluşturmaktadır. Ancak, mücerretlik ilkesinin benimsendiği hukuklarda, her iki işleme de aynı hukukun uygulanması, konişmento açısından ticari hayatta emniyet unsurunu sağladığı haklı olarak ifade edilmektedir¹¹⁰⁹. Lex rei sitae ile devir işlemine mesned teşkil eden hukuki işlemin farklı hukuklar olması halinde ise asıl problemin ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Her iki hukuk sisteminin de farklı olması halinde İngiliz mahkemeleri lex rei sitae ilkesini uygulama eğilimi göstermektedir¹¹¹⁰. Bu bağlamda, kıymetli evraka ilişkin şekil ve ehliyet de dâhil olmak üzere, tüm meselelerin bu hukuk sistemine dâhil olacağı kabul edilmektedir¹¹¹¹.

Öncelikle, devir işleminin esasını teşkil eden hukuki işleme uygulanacak hukukun, aynı hak meselelerine de tatbikinin konişmentolar açısından uygun olmadığı söylenebilir. Zira, taşınır devrine esas teşkil eden hukuki ilişkinin sonuçları nisbî niteliktedir. Buna karşılık, Türk Hukuku'nda taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı (illî) mı; yoksa sebepten soyut (mücerret) mu olup olmadığı tartışmalıdır¹¹¹². Bu konuda TMK'da da herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Taşınır mülkiyetinin devrinin sebepten soyut bir işlem¹¹¹³ olarak kabul edilmesi halinde, devre mesned teşkil eden hukuki ilişki ile devir işlemine uygulanacak hukukun farklı olması sonucu doğabilecek hukuki kargaşanın önüne geçilebileceği ifade edilmektedir¹¹¹⁴. Ancak, taşınır mülkiyetin devrinin sebebe bağlı bir hukuki işlem¹¹¹⁵ olarak kabul görmesi durumunda ise devir işlemine de esas işleme uygulanacak hukukun tatbiki devredeni korumaya hizmet edeceği için devralan meşru hamillerinin tesadüfi bağlama noktaları ile karşı karşıya kalmalarına neden olabileceği söylenebilir.

Nitekim, henüz yürürlüğe girmemiş olan Milletlerarası Mal Satımlarında Mülkiyetin Devrine İlişkin 1958 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde (1958 tarihli La Haye Sözleşmesi)¹¹¹⁶

¹¹⁰⁹ NORTH, ss. 261-262.

¹¹¹⁰ DICEY/MORRIS II, s. 966.

¹¹¹¹ Genel olarak, Anglo-Amerikan Hukuk Sisteminde, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminden farklı olarak, ehliyet, şekil gibi statünün kapsamı dışında sayılan halleri devir yeri hukukuna tabi kılma yönünde bir eğilim görülmektedir. Bu konuda bkz., DICEY/MORRIS II, s. 966.

¹¹¹² Burada asıl tartışılan husus, taşınır mülkiyetinin devri için gereken şartlardan biri olan zilyetliğin devri işleminin sebebe bağlı olup olmadığı ile ilgilidir.

¹¹¹³ Taşınır mülkiyetinin devrinin sebepten soyut olduğunu savunan görüşler hakkında bkz, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 592; ÖZ, ss. 196-198;

¹¹¹⁴ ÇELİKEL, **Menkul Eşya**, s. 86.

¹¹¹⁵ Taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğunu savunan görüşler hakkında bkz, EREN, s. 189; HATEMİ/AYBAY, s. 158; AKINTÜRK Turgut/AKİPEK Şebnem, **Türk Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 585.

¹¹¹⁶ İşbu Sözleşmenin İngilizce tam metni için bkz., **Register of Text of Conventions and Other Instruments Concerning International Trade Law**, Volume 1, United Nations, Nex York, 1971, ss. 13-16 (e.t.: 28.11.2013).

emtia senetlerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. İlgili sözleşmede mülkiyetin intikali konusunda, taraflar arasında uygulanacak hukuk ile üçüncü kişiler açısından uygulanacak hukuk ayrı meseleler olarak ele alınmaktadır¹¹¹⁷. Bu kapsamda, 1958 tarihli La Haye Sözleşmesi madde 2 uyarınca, alıcı ve satıcı arasındaki mülkiyetin devrine ilişkin meseleler satım statüsüne, madde 3 ile ise üçüncü kişiler açısından mülkiyetin devrine ilişkin sorunlar ise lex rei sitae kuralına tabi kılınmaktadır. Ayrıca, işbu Sözleşme madde 5 itibarıyla, satıma konu olan eşyayı temsil eden senedin varlığı halinde, eşyanın bulunduğu yer hukukunun zilyede sağladığı haklar saklı kalmak kaydıyla, alıcının senedi teslim aldığı yer hukukunun kendisine tanıdığı hakları kazanacağı hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, konişmentonun temsil ettiği eşya üzerindeki aynı hakka etkisi meselesi, devir yeri hukukuna tabi kılınmaktadır. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi halinde ise âkit devletlerin 1 ila 7. maddeleri kendi hukuklarına aktarma yükümlülüklerinin bulunduğu ifade edilmektedir.

Kanımızca, Türk Hukuku açısından özellikle konişmentonun eşyayı temsil işlevine ilişkin MÖHUK'ta münferit bir hükme ihtiyaç duyulmaktadır. En azından bu konudaki aynı haklara ilişkin ihtilafa senedin devir yeri hukukunun uygulanmasının uygun olacağı kanısındayız. Bu yöndeki düşüncemizin en büyük sebebi, konişmentonun tedavül değerine sahip bir kıymetli evrak olmasından kaynaklanmaktadır. Senedin söz konusu işlevi, taşınmakta olan eşya üzerinde aynı hakka ilişkin tasarruflarda bulunmaya da hizmet etmektedir. Dolayısıyla, burada konişmento hamilleri ile taşıtanın menfaati ön planda tutulmaktadır. Söz konusu ihtilafın lex rei sitae'ye ilkesine tabi kılınması halinde ise ilgili kişiler, tespit edilen hukuk ile aralarında bir bağlantı kurulamaması ya da zayıf bir ilişkinin varlığı nedeniyle ummadıkları hukuk sistemleri ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

D. Konişmento Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Yukarıda genel ve soyut olarak bahsettiğimiz üzere¹¹¹⁸, konişmento sözleşmesi taşıyıcı tarafından tanzim edildikten sonra yükletene teslim ile kurulmaktadır. Türk Hukuku'nda senedin bağlı olduğu navlun sözleşmesinden farklı olarak, konişmento sözleşmesinin asli unsuru eşya taşıma taahhüdü değildir. Esas konusunu konişmento

¹¹¹⁷ İlgili Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 342; TİRYAKİOĞLU, ss. 132-135; ŞANLI Cemal, "La Haye Devletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 63, Sayı 7-8-9, s. 372. ("La Haye")

¹¹¹⁸ Bkz., yuk. Birinci Bölüm, İkinci Kısım, III, E.

hamilinin eşyayı talep etme yetkisi oluşturmaktadır. Söz konusu talep yetkisi konişmentonun aynı etkisinden farklılık göstermektedir. Bu nedenle, konişmento sözleşmesi kural olarak, navlun sözleşmesi; yani eşya taşıma sözleşmesi olarak kabul edilmemektedir¹¹¹⁹. Navlun sözleşmesinin sözlü olarak akdedildiği durumlarda, onun yerine geçmemekte; sadece sözleşmeyi ispat fonksiyonunu yerine getirmektedir. Ayrıca, konişmento sözleşmesi ile navlun sözleşmesinin tarafları da farklıdır. Navlun sözleşmesi taşıyıcı ile taşıtan arasında akdedilmekte iken, konişmento sözleşmesi taraflarının taşıyıcı ile yükleten olduğu kabul edilmektedir. Bu ilişkide gönderilen ve yükleten olmayan taşıtan, üçüncü kişi konumundadır.

Konışmentonun akdi etkisinin varlığına ve mahiyetine ilişkin ulusal hukuklarda farklı düzenlemeler mevcuttur. Bu anlamda, konişmentoya uygulanacak hukuk tespit edilirken iki aşamanın izlenebileceği söylenebilir. İlk aşamada, konişmentonun akdi etkisinin varlığının tespit edilmesi gerekmektedir. Genellikle ulusal hukuklarda konişmentonun ilgili işlevinin varlığı kabul edilmektedir. Milletlerarası özel hukuk açısından da birçok eserde konişmentonun sadece akdi etkisi ele alınmaktadır. Burada asıl önemli olan husus, sadece niteliğin tespitidir.

Kanımızca, konişmento sözleşmesinin varlığının tespitine ilişkin bir sorun ortaya çıktığı takdirde, bunun *lex fori* prensibine göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Zira, konişmentonun akdi etkisinin varlığının kabulü ve niteliği belirsizken, *lex causaen*in tespit edilebilmesi de mümkün gözükmemektedir. Konışmentonun akdi etkisinin kabul edilmemesi halinde soruna kıymetli evrak statüsü kapsamında çözüm aranacağı ifade edilebilir.

İkinci aşamada ise konişmentonun akdi etkisinin varlığının tespitinin ardından, bu etki kapsamında eşyayı talep yetkisinin mahiyetinin ve kimlere karşı ileri sürülebileceğinin belirlenmesi için esasa uygulanacak hukukun ne olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Akdi etkinin varlığı kabul edilirse, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı söylenebilir.

Birçok açıdan konişmento sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir. Milletlerarası özel hukuk açısından navlun sözleşmesi ve konişmento arasındaki ilişki tespit edilirken, senedin söz konusu veçhesinin ele alınması gerekmektedir.

¹¹¹⁹ Bu konuda bkz., yuk. Birinci Bölüm, İkinci Kısım, III, F.

Zira, taşıyıcının teslim borcundan kaynaklanan ediminin ifası, konişmento sözleşmesinin asli unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesine bitişik bir konişmento tesis edilmesi halinde ise senedin hamilinin teslim borcunun ifasını talep etme yetkisinin varlığı ve mahiyeti, konişmento sözleşmesine uygulanacak hukuka tabi kabul edilebilir. Bu anlamda, her ne kadar konişmento ve navlun sözleşmesi tamamen birbirinden bağımsız hukuki ilişkiler olsa da senette yer alan atıf kayıtları, konişmento sözleşmesinin tam ve gereğı gibi ifa edilmesine hizmet etmektedir. Dolayısıyla, geçerliliklerinin konişmento sözleşmesine uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğı ifade edilebilir.

Ayrıca, navlun sözleşmesinin yazılı olarak yapılmadığı veya hükümlerinin yeteri kadar açık olmadığı durumlarda, özellikle taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hususlarda konişmento esas alınmaktadır. Taşıyıcının sorumluluğunun kaldırılmasına ya da sınırlandırılmasına ilişkin kayıtların geçersizliğı çoğı ulusal hukuk sistemince benimsenmektedir. Bu konuda serbesti tanıyan yabancı hukukların uygulanması halinde kamu düzeni müdahalesi devreye girebilmektedir. Ancak, asıl sorun sorumluluk miktarına ilişkindir. Taşıyıcının sorumluluk miktarına ilişkin yeknesaklık sağlanması için uluslararası alanda çalışmalar yapılsa da bu hususta özellikle Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan Hukuk sistemleri arasında farklılıklar mevcuttur. Dolayısıyla, konişmentoya uygulanacak hukukun tespiti, taşıyıcının sorumluluk miktarının belirlenmesinde hangi hukukun yetkili olduğunun ortaya konulması açısından da gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır¹¹²⁰.

Bunun yanında, La Haye/Visby Kuralları ile kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanlarının belirlenmesi açısından da konişmento navlun sözleşmesi ilişkisi milletlerarası özel hukukta önem arz etmektedir. Anayasa madde 90/son ile MÖHUK madde 1/II dikkate alındığında, konu ile ilgili uluslararası andlaşmaların uygulama alanı dışındaki hallerde konişmentoya uygulanacak hukukun devreye gireceğı ifade edilebilir.

¹¹²⁰ BREAKHUS, s. 322.

1. Konişmento Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Sübjektif Bağlama Noktası

Konişmento sözleşmesinde hukuk seçimi imkânının tanınması ayrı bir önem arz etmektedir¹¹²¹. Öncelikle, konişmento tedavül kabiliyetine sahip bir kıymetli evrak olduğu için tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde açıklık ve öngörülebilirliğin sağlanması daha da zorlaşmaktadır. Hukuk seçimi, ilgili hususların sağlanmasına hizmet etmektedir. İkinci olarak ise konişmento birden fazla hukuki işlevi muhtevasında barındıran bir senettir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu konişmentodan doğan uyuşmazlıklar karmaşık bir hal almaktadır. Bu nedenle, tarafların hukuk seçiminde bulunmaları halinde mahkemeler uygulanacak hukukun tespiti meselesi ile meşgul olmayacakları için yargılama daha hızlı gerçekleşebilir.

Hukuk seçimi açısından, uyuşmazlığın konişmentonun hangi işlevinden kaynaklandığının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira, kanunlar ihtilafı alanında sınırlı durumlarda hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır. İlk olarak, MÖHUK madde 15 itibarıyla, evlilik malları hakkında eşlere sınırlı bir hukuk seçimi olanağı sunulmaktadır¹¹²². İkinci olarak da MÖHUK'ta sözleşmeler hukuku alanında yetkili hukuku kararlaştırabilmektedirler. Son olarak ise haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme durumlarında haksız fiilin ya da sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırabileceği kabul edilmektedir.

Dolayısıyla, yetkili hukuk olarak Türk Hukuku'nun belirlendiği durumlarda senette yer alan hukuk seçimi şartının ya da senetten bağımsız akdedilen hukuk seçimi anlaşmasının sadece konişmento sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit ettiğini kabul etmek gerekmektedir. Bu nedenle, konişmentonun diğer işlevlerine ilişkin, farklı bağlama kuralının uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Buna karşılık, İsviçre ve Amerikan Hukuku'nda olduğu gibi, konişmentonun diğer veçhelerine uygulanacak hukukun tespitinde hukuk seçimi imkânının tanınması halinde seçilen hukukun, konişmentonun ispat dışındaki tüm işlevlerine

¹¹²¹ ASSER T. M. C., "Choice of Law in Bills of Lading", *Journal of Maritime Law And Commerce*, Vol. 5, No 3, April 1974, s. 357.

¹¹²² MÖHUK madde 15/I itibarıyla, evlilik malları hakkında eşlerin, evlenme anında mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebilecekleri hükme bağlanmaktadır.

uygulanmaktadır. Şu halde, Türk Hukuku açısından sadece konişmento sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde irade serbestisinin tanındığı söylenebilir.

MÖHUK madde 24/I itibarıyla da konişmento sözleşmesinin taraflarından yükletenin ve taşıyıcı açık olarak ya da sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilmesi şartıyla örtülü hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmektedir. Keza, MÖHUK madde 24/II uyarınca, kısmi hukuk seçiminde bulunabilme imkânı da tanınmaktadır. Ayrıca, şartlı hukuk seçimi imkânını sağlayan ilgili hükmün üçüncü fıkrası ile de yetkili hukukun sözleşmenin her aşamasında kararlaştırılabileceği ve değiştirilebileceği; bu durumda, hukuk seçimi anlaşmasının üçüncü kişilerin haklarının saklı kalması kaydıyla geriye yürüyeceği ifade edilebilir. Ancak, çalışmamızda, yabancı unsurlu navlun sözleşmesine uygulanacak hukuk kapsamında hukuk seçimine ilişkin hususları irdelediğimizden, bu başlık altında ilgili bölümde yaptığımız açıklamalara gönderme yapmakla yetinmeyi uygun görmekteyiz¹¹²³. Buna karşılık, konişmento sözleşmesinde yer alan hukuk seçimine ilişkin birkaç hususu ele almanın faydalı olabileceği kanısındayız.

Bu bağlamda, konişmento sözleşmesinde yer alan açık hukuk seçimine değinmek gerekmektedir. Yukarıda genel ve soyut olarak ifade edildiği üzere, konişmento yükletenin talebiyle tek taraflı olarak taşıyıcı tarafından tanzim edilmektedir. Dolayısıyla, senette sadece taşıyıcının imzası bulunmaktadır. Kanunlar ihtilafı açısından şöyle bir soru akla gelebilmektedir: Hukuk seçiminin bulunduğu konişmentolarda, yükletenin herhangi bir şekilde imzasının bulunmaması halinde bu konuda gerçek iradesinin varlığından bahsetmek mümkün müdür? Kanımızca, bu durumda imzanın gerekli olup olmadığına sorununun iki seçenekli bir bakış açısıyla değerlendirme yapmak gerektiği kanısındayız.

İlk olarak, konişmentolar taşıyıcı tarafından hazırlanmadan önce taslak halinde yükletene sunulmakta ve eğer yükleten kabul ederse hukuka uygun bir şekilde düzenlenmektedir. Burada, taşıyıcının iradesinin varlığı hususunda herhangi bir sorun yoktur. Zira, konişmento tek taraflı olarak taşıyıcı tarafından tanzim edilmekte ve onun imzası bulunmaktadır. Kanımızca, her ne kadar yükletenin kimliği konişmentoda yer alsada bu konuda asıl önemli olan konişmento sözleşmesinin aynı akit olmasıdır. Nitekim, senedin yükletene devri ile sözleşme akdedilmektedir. Zilyetliğin devri, devre ilişkin *yükletenin*

¹¹²³ Bkz., yuk. İkinci Bölüm, II.

iradesinin varlığı ve teslim suretiyle gerçekleştiği için burada hukuk seçimi hususunda gerçek iradenin varlığından bahsedilebileceği kanısındayız. Ancak, yükletenin konişmentoda imzasının yer almaması nedeniyle açık iradenin değil, örtülü iradenin söz konusu olduğu ifade edilebilir. Zira, taşıyıcı ve yükleten arasında zilyetliğin devrine ilişkin yapılan anlaşmanın örtülü iradenin varlığı hususundada delil teşkil edebileceği görüşündeyiz.

İkinci olarak uygulamada genellikle konişmentolar genel işlem şartlarından oluşan matbu formlar halinde tanzim edilmektedir. Hukuk seçiminde imzanın aranmamasının her ne kadar milletlerarası ticaretin gerektirdiği pratik ve hıza hizmet edeceği iddia edilse bile, MÖHUK madde 24'ün amacı bu değildir. Burada, tarafların sözleşmenin bütünü ile bağlı oldukları hukuk sistemini bilinçli bir şekilde seçmeleri amaçlanmaktadır. Konişmento sözleşmesi açısından ise bu amacın, senette yer alan hukuk seçimine ilişkin yükletenin bilgisi olduğuna dair atılacak bir imzanın varlığı ile sağlanabileceği kanısındayız. Zira, genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçiminde yükletenin imzasının bulunması tüm unsurlarıyla sözleşmeye seçilen hukukun uygulanmasını kabul ediyorum, anlamını taşımaktadır. Ancak, şunu da belirtmek gerekir ki imzanın varlığını aramak, hukuk seçimini herhangi bir şekil şartına bağlamak anlamına gelmemektedir. Bu durum, sadece gerçek iradenin tespiti açısından gereklilik arz etmektedir. Dolayısıyla, imza dışında yükletenin bu konuda iradesinin varlığını ortaya koyan kayıtların da yeterli olabileceği kanısındayız.

Konışmentoda yer alan üstünlük kaydı ile yeknesak kuralların seçimine ayrıca değinmek gerekmektedir. İlgili konu hakkında İngiliz Hukuku'nda oldukça tartışılan 1939 tarihli Vitafood Products v. Unus Shipping Co. Kararı¹¹²⁴ karşımıza çıkmaktadır. Bu kararda konişmento sözleşmesine uygulanacak hukuka ilişkin esaslar ortaya konulurken, deniz ticareti hukukunun temel prensipleri de göz önünde bulundurulmuştur. Dolayısıyla, çalışmamızın konusu açısından önem arz ettiği görüşündeyiz.

Söz konusu kararın iki boyutu mevcuttur. İlk olarak, maddi hukuk açısından deniz taşımasına ilişkin tesis edilen La Haye Kuralları'nın emredici olup olmadığı irdelenmiştir. Diğer boyutu ise kanunlar ihtilafına ilişkindir. Vitafood Products v. Unus Shipping Co. Kararı'nın içeriği birçok yönden eleştirilmesine rağmen, bu kararda özellikle konişmentoya uygulanacak hukuka ilişkin öncü nitelikteki hükümlere yer verilmiştir. Bu bağlamda, hukuk

¹¹²⁴ Bkz., http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1939/1939_7.html (e.t.: 27.10.2013). (anılış: "Vitafood Kararı")

seçiminin sınırlarının olup olmadığı, müdahaleci kuralların niteliği ve kamu düzeni arasındaki farkları, atıf prensibinin yabancı unsurlu konşimentolardaki hukuk seçimi için geçerli olup olmayacağı meselelerine cevap aranmıştır¹¹²⁵.

İlgili kararın konusu, New Foundland'den¹¹²⁶ New York'a ringa balıklarının taşınmasına ilişkindir. Ringa balıklarını taşıyan "Hurry On" isimli gemi, kötü hava ve büyük buz kütleleri nedeniyle New Scotia'da (Kanada) limana yaklaşırken karaya oturmuştur. Gemi kurtarıldıktan sonra tamir edilmiş ve Kanada'da yer alan başka bir limana doğru yola çıkmıştır. Ancak, yola çıkmadan önce ringa balıkları başka bir gemiye aktarılmış ve New York'a gönderilmiştir. Davacı Vitafood Products Inc. telef olmuş ringa balıklarını teslim almış ve navlun bedelini ödemiştir. Buna karşılık, balıkların telef olmasından doğan zararın ve geminin kurtarıma çalışmalarına ilişkin masrafları ile diğer masrafların karşılanmasını Nova Scotia'da açtığı dava ile talep etmiştir. Bu zararların sebebini, taşıyıcının gemiyi sefere elverişli bulundurma yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesine dayandırmıştır¹¹²⁷. Ancak, mahkeme geminin sefere elverişsiz olduğu iddialarını kabul etmemiştir. Zararın, kaptanın ihmalden kaynaklandığına hükmetmiştir¹¹²⁸.

Mahkeme ve davacı arasındaki bu yorum farkı, konişmentoda yer alan üstünlük kayıtlarının emredici olup olmadığına ilişkin yapılan farklı değerlendirmelerden kaynaklanmıştır¹¹²⁹. Kararın alındığı tarihte, Kanada La Haye Kuralları'na taraf değildi. Ancak, 1932 tarihli New Foundland Kanunu madde 3 itibarıyla, New Foundland'de düzenlenen her konişmentoda, anılan kanunun uygulanmasına ilişkin üstünlük kaydına yer verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Uyuşmazlığa konu olan olayda ise yer verilen eski tarihli konişmentoya göre taraflar İngiliz Hukuku'nun uygulanacağını belirtilmiş; buna karşılık, üstünlük kaydına yer vermemiştir¹¹³⁰. Ancak, mahkeme bu hükmün emredici değil, yol gösterici nitelikte bir düzenleme olduğuna hükmettiği için senedin geçerliliğine halel gelmeyeceğini ifade etmiştir¹¹³¹. Bu doğrultuda, La Haye/Visby Kuralları'nın emrediciliği

¹¹²⁵ TETLEY William, "Vita Food" Products Revisited (Which Parts of the Decision Are Good Law Today?)", **McGill Law Journal**, Vol. 37, 1992, ss. 294-295. ("Vita Food")

¹¹²⁶ Kararın tesis edildiği 1939 tarihinde, Newfoundland İngiltere'nin eski bir kolonisiydi. Şu anda, Kuzey Amerika'nın doğu kıyısında Kanada'ya bağlı bir adadır. 2001'de ismi Newfoundland ve Labrador olarak değiştirilmiştir.

¹¹²⁷ "Vitafood Kararı", s. 2.

¹¹²⁸ Ibid., s. 3.

¹¹²⁹ İlgili Kararda yer alan üstünlük kayıtlarına ilişkin değerlendirilmeler hakkında bkz., ÖZÇELİK, ss. 177-178.

¹¹³⁰ "Vitafood Kararı", s. 3.

¹¹³¹ Ibid., s. 4.

tartışılmıştır¹¹³². Ancak, İngiliz Hukuku'nda kararın alındığı tarihten sonra Visby Kuralları'nın ulusal hukuklarda yürürlüğe girmesi ile bu tür hükümlerin emrediciliğinin bir öneminin kalmadığı ifade edilmektedir¹¹³³. Ancak, Türkiye açısından bu tür hükümlerin emrediciliği önem arz etmektedir. Zira, Türkiye henüz Visby değişikliklerini onaylamamıştır.

Mahkemenin Vitafood Products v. Unus Shipping Co. Kararı'nda belirtilen kısma ilişkin hükmü, aslında eşya taşımaya ilişkin maddi hukuk hakkında; ancak kanunlar ihtilafı boyutu ile de ilişkilidir. Kanunlar ihtilafı açısından özellikle hukuk seçiminin geçerliliği konusunda tartışılmaya değer tespitlerde bulunulmuştur. Öncelikle, tarafların yanlışlıkla eski tarihli bir konişmento kullanmalarının gerçek iradeyi etkileyip etkilemeyeceği ele alınmıştır¹¹³⁴. Zira, burada konişmentonun eski tarihli olmasından ziyade, senedin tanziminin ardından taşıtan ya da gönderilen veya diğer hamiller tarafından imzalanmadığına dikkat çekilmiştir. Tetley, konişmentonun taşıtan veya diğer ilgili kişilerce imzalanmamasının, malın taşıyıcıya tesliminden sonra hukuk seçimi hususunda gerçek iradenin varlığına ilişkin hiçbir soruna neden olmayacağını ifade etmektedir¹¹³⁵. Ancak, yukarıda genel ve soyut olarak ifade edildiği üzere, bu hususun genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi açısından ayrı ele alınması gerektiği kanısındayız.

Vitafood Products v. Unus Shipping Co. Kararı'nın diğer bir vechesini değerlendirmek gerekirse, üstünlük kayıtları ile La Haye veya La Haye/Visby Kuralları ya da Hamburg Kuralları'nın konişmentoya uygulanacağına kararlaştırılması halinde, geçerli bir hukuk seçiminden bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Zira, seçimin konusunu "hukuk" değil, "hukuk kuralları" oluşturmaktadır. Dolayısıyla, ilgili kararda yapılan hukuk seçimi dikkate alınarak konişmento sözleşmesine uygulanacak hukukun Newfoundland Kanunu değil, İngiliz Hukuku olduğu ifade edilmiştir¹¹³⁶. Bu anlamda, üstünlük kaydının sözleşme hükmünden öteye geçemediği için İngiliz Hukuku'nun cevaz verdiği ölçüde geçerli olacağı kabul edilmiştir.

Diğer yandan, taraflarca La Haye Kuralları'nın müdahaleci kural niteliğini göz ardı eden İngiliz Hukuku'nun uygulanacak hukuk olarak seçiminin geçerli olup olmadığına

¹¹³² Ibid., ss. 5-7.

¹¹³³ TETLEY, "Vita Food", s. 304.

¹¹³⁴ TETLEY, "Vita Food", s. 310.

¹¹³⁵ TETLEY, "Vita Food", s. 310.

¹¹³⁶ "Vitafood Kararı", s. 8.

değınilmiştir. Bu bağlamda, ilgili karar ile konişmento sözleşmesine uygulanacak hukuk kararlaştırılırken, La Haye Kuralları'nın müdahaleci kural niteliğinin dikkate alınıp alınmaması gerektiğı tartışılmıştır¹¹³⁷. Gerek La Haye Kuralları, gerekse de Visby değışikliklerinin, emredici olduğı ifade edilmiştir. Bu nedenle, ilgili düzenlemelerin uygulanmasının taraf iradesi ile bertaraf edilemeyeceğı kabul edilmiştir¹¹³⁸. Ancak, kararın tesis edildiğı dönemde Kanada henüz La Haye Kuralları'nı onaylamamıştır. Buna karşılık, İngiltere bu düzenlemeye taraftır. Kanada mahkemesi, Newfoundland Kanunu madde 3'te yer alan üstünlük kaydının konişmentolarda yer alması gerektiğine ilişkin hükmün emredici olmadığını ve dolayısıyla, hukuk seçiminin geçerli olduğuna hükmetmiştir¹¹³⁹.

Bu hususa da kanunlar ihtilafı açısından iki aşamalı cevap aramak gerektiğı kanısındayız. İlk aşamada, konişmentoda üstünlük kaydının bulunmasını zorunlu kılan maddi hükmün, müdahaleci kural niteliğinde olup olmadığı ortaya konulmalıdır. Bunun için de sözleşme statüsünün yanı sıra, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku ile yükleme limanı hukukunun da bu konuda dikkate alınması gerektiğı vurgulanmıştır¹¹⁴⁰. Ancak, 1924 tarihli COGSA'da üstünlük kaydının yer alınmasına ilişkin hükmün müdahaleci nitelikte olduğu açıkça düzenlenmekteyken, mahkeme bunu gözardı etmiştir. Bunu sebebi, seçilen hukuk olarak ifade edilen "İngiliz Hukuku" ifadesinin farklı yorumlanmasıdır. Mahkeme 1924 tarihli COGSA'nın asıl açılımının "1924 tarihli Birleşik Krallık Deniz Yoluyla Eşya Taşıma Kanunu" (1924 United Kingdom Carriage of Goods by Sea Kanun) olarak kabul ettiğı için "İngiliz Hukuku" ifadesinin bu Kanunu kapsamadığına hükmetmiştir¹¹⁴¹. Dolayısıyla, İngiliz mahkemelerinin önünde de İngiliz Hukuku'ndan anlaşılan sadece İngiliz Common Law'dır. İngiliz pozitif hukukunun seçilen hukuk kapsamında sözleşmeye uygulanması arzu ediliyorsa Birleşik Krallık Hukuku (law of United Kingdom) olarak açıkça ifade edilmesi gerekmektedir.

İkinci aşama ise bu hükmün hukuk seçimine etkisinin ne olduğuna ilişkindir. Karara konu teşkil eden konişmentoda İngiliz Hukuku yetkili hukuk olarak belirlenmiş ve Newfoundland Kanunu madde 3'ün İngiltere'nin taraf olduğu La Haye Kuralları'na aykırı

¹¹³⁷ Ibid., s. 9.

¹¹³⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZÇELİK, ss. 61-63;

¹¹³⁹ "Vitafood Kararı", s. 9.

¹¹⁴⁰ Ibid., s. 10.

¹¹⁴¹ Ibid., ss. 11-12.

olduğu gerekçesiyle hukuk seçiminin geçersiz olduğu iddia edilmiştir¹¹⁴². Aslında burada, mahkeme seçilen hukuku tüm unsurlarıyla uygulamıştır. Söz konusu kanunda yer alan aykırılığın tarafların uygulanacak hukuku kararlaştırması ile ilgisi bulunmadığı gerekçesiyle, haklı olarak, hukuk seçiminin geçerli olduğu kanısına varılmıştır¹¹⁴³.

Vitafood Products v. Unus Shipping Co. Kararı ile ayrıca La Haye Kuralları'nın kanunlar ihtilafı açısından kamu düzeni boyutu da değerlendirilmiştir¹¹⁴⁴. Bu kapsamda, söz konusu düzenlemelerin amacı, uluslararası deniz taşımacılığında yeknesaklığın sağlanmasıdır. Daha net bir ifadeyle, La Haye Kuralları ve diğer düzenlemeler "uluslararası niteliktedir"¹¹⁴⁵. Kamu düzeni ise nisbî bir kavramdır. Hangi hallerin kamu düzeninden sayılacağı somut olayın gereklerine göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle de uyuşmazlığın önüne geldiği devletin hukuk anlayışı önem arz etmektedir. Dolayısıyla, söz konusu uluslararası düzenlemelerin ihlalinin kamu düzeni müdahalesini gerektirip gerektirmediğinin, forum ülkesindeki hukuk anlayışına bağlı olduğu haklı olarak ifade edilmiştir¹¹⁴⁶. Ayrıca, genel olarak, tek başına bir hukuk normu kamu düzeni müdahalesine sebep olmamaktadır. Kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için soyut kuralın somut olaya uygulanması ile meydana gelen sonucun, forum ülkesinin kamu düzeni anlayışına aykırı olması gerekmektedir¹¹⁴⁷.

Sonuç olarak, Vitafood Products v. Unus Shipping Co. Kararı, konişmento sözleşmesine uygulanacak hukuk hakkında özellikle uluslararası andlaşmaların etkisine değinmektedir. Bu düzenlemelerin uygulama alanlarının milletlerarası özel hukukta hukuk seçiminin sınırlarından biri olarak kabul edilmesi zor görünmektedir. La Haye/Visby Kuralları ve Hamburg Kuralları¹¹⁴⁸ daha öncede belirttiğimiz üzere, sadece maddi hükümler içermektedir. Dolayısıyla, ilgili düzenlemelerin uygulama alanının sona erdiği yerde, kanunlar

¹¹⁴² Ibid., s. 11.

¹¹⁴³ TETLEY, "Vita Food", s. 310.

¹¹⁴⁴ "Vitafood Kararı", s. 12.

¹¹⁴⁵ TETLEY, "Vita Food", s. 310.

¹¹⁴⁶ TETLEY, "Vita Food", s. 310.

¹¹⁴⁷ Bu konu hakkında ayrıca bkz., NOMER Ergin, "Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 4, Sayı 2, 1984 ss. 95-96. ("Kamu Düzeni")

¹¹⁴⁸ Hamburg Kuralları'nın uygulama alanı navlun sözleşmesi ile sınırlıdır. Ancak, navlun sözleşmesinin sözlü olarak akdedildiği durumlarda, konişmentoda yer alan taşıma şartlarının özellikle taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin kısmının, Hamburg Kuralları'na uygun olması gerektiği ifade edilebilir. Meğerki işbu uluslararası düzenlemenin uygulama alanı içerisinde olsun. Ayrıca, Hamburg Kuralları madde 2 itibarıyla, işbu Konvansiyonun çarter sözleşmeleri bakımından uygulanmayacağı ifade edilmesine karşılık, taşıyıcı ile çarterer (taşıtıcı) olmayan konişmento hamili arasındaki hukuki ilişkiye tatbik edileceği belirtilmektedir.

ihtilafı devreye girmektedir. Daha net bir ifadeyle, konişmento sözleşmesi statüsünün cevaz verdiği ölçüde, işbu uluslararası düzenlemelerin uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Bu nedenle, konişmento sözleşmesine uygulanacak hukuk itibarıyla, hukuk seçiminin sınırlarından birini oluşturmamaktadırlar.

2. Konişmento Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Objektif Bağlama Noktası

Türk Hukuku'nda konişmentoya uygulanacak hukuka ilişkin münferit bir düzenleme bulunmadığı için MÖHUK'ta yer alan genel hükümlere göre ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu kapsamda, MÖHUK madde 24/IV itibarıyla, karakteristik edim teorisi karşımıza çıkmaktadır. Ancak, konişmentonun akdi işlevinin hangi bağlama noktasına tabi kılınırsa kılınısın, somut olaya hangi hukukun uygulanabileceği tartışılmış ve değişik öneriler getirilmiştir.

Çalışmamız itibarıyla öncelikle uygulanması önerilen bağlama noktalarına yer vermeye çalışacağız. Daha sonra ise konişmento sözleşmesi açısından MÖHUK madde 24/IV uygulanmasını irdeleyeceğiz. Bu kapsamda, çalışmamızın ikinci bölümünde yer vermemiz nedeniyle, karakteristik edim teorisinden bahsetmeyeceğiz; bu teorinin sadece konişmento sözleşmesi açısından sonuçlarına değineceğiz.

a. Uygulanması Önerilen Objektif Bağlama Noktaları

19. yüzyıla kadar yabancı unsurlu konişmento ve navlun sözleşmelerine uygulanacak hukuku tespit etme gereği duyulmamaktaydı. Zira, ticaret hukukunun bir parçası olan “lex maritima” genel kabul görmüş evrensel hukuk kurallarını içermekteydi. Ancak, ulusallaşma sürecinin ardından karmaşıklaşan ticari ilişkilerle birlikte, yabancı unsurlu konişmentolara da uygulanacak hukukun ayrıca tespit edilmesi gereği doğmuştur. Bu kapsamda, konişmento sözleşmesinin aşağıda yer verilen bağlama noktalarına tabi kılınıp kılınmayacağı tartışılmıştır. Yabancı unsurlu navlun sözleşmesi açısından da olduğu üzere, bu önerilerin bazıları milletlerarası özel hukukta irade serbestisini reddeden görüşlerden beslenerek ortaya çıkmıştır.

(1) Bayrak Kanunu Görüşü

Konişmento sözleşmesine uygulanacak hukukun taşımanın yapıldığı geminin bayrağını taşıdığı devlet hukukuna tabi kılınması, deniz yoluyla eşya taşıma hukukuna ilişkin en eski teorilerden biridir. Geminin bayrağını taşıdığı ülke tarafından egemenliğinin bir uzantısı olarak görülmesi nedeniyle, ulusal hukuklarda yabancı unsurlu konişmentolardan doğan ihtilaflarda uygulanacak hukukun tespitinde tatbik edilmiştir.

Yabancı unsurlu konişmentolardan doğan uyuşmazlıkların bayrak kanuna tabi kılınması, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerine nazaran daha fazla dezavantajları barındırmaktadır¹¹⁴⁹. Zira, özellikle çarter sözleşmelerinde, esas unsurun eşya taşımanın yanı sıra; gemi tahsisi olması nedeniyle, gemi unsuru ön plana çıkabilmektedir. Ancak, konişmento sözleşmesinin esas unsurunu, konişmento hamilinin eşyayı talep hakkı oluşturmaktadır. Eşyanın hangi gemi ile taşındığı, eşya ile ilgililer açısından önem arz etmemektedir¹¹⁵⁰. Dolayısıyla, gemi ve onun bayrağını taşıdığı ülke ile konişmento arasında doğrudan ya da dolaylı bir bağlantının bulunduğunu söylemek oldukça zor görünmektedir.

Bu doğrultuda, Amerikan Temyiz Mahkemesi verdiği bir karar ile tarafların bayrak kanunu uygulanacak hukuk olarak kararlaştıramayacaklarına hükmetmiştir. Mahkeme, 1900 tarihli Knott v. Botany Kararı'nda¹¹⁵¹ Harter Kanununun bayrak kanunu seçimine cevaz vermediği, bu yönde yapılan hukuk seçiminin geçersiz olacağını ifade etmiştir¹¹⁵². Bu doğrultuda, konişmento sözleşmesinin müşterek avaryaya ilişkin 1890 tarihli York Anvers Kuralları dışında, eşyanın taşındığı bayrak kanuna tabi olduğuna dair kaydın geçersiz olduğuna hükmetmiştir¹¹⁵³. Yapılan hukuk seçiminin, Harter Kanunu'nda yasaklanan, taşıyıcının sorumluluğunu ortadan kaldıran ve sınırlandıran hükmün uygulanmasından kaçmak amacıyla tesis edildiğine kanaat getirmiştir¹¹⁵⁴. Aslında, mahkeme burada kanuna karşı hileyi dolaylı bir şekilde tespit etmiştir. Zira, geminin bayrağını taşıdığı ülke olan

¹¹⁴⁹ TETLEY, *International Conflict*, s. 303; TETLEY, W.: "Bills of Lading and the Conflict of Laws", *International Colloquium*, 18-19 November 1993 (The Hamburg Rules: A Choice for the EEC), **The European Institute of Maritime and Transport Law**, s. 60 ("Bills of Lading").

¹¹⁵⁰ ÖZÇELİK, s. 109.

¹¹⁵¹ İlgili Karar için bkz., <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/179/69/case.html> (e.t.:02.12.2013)

¹¹⁵² *Ibid.*, 179 U.S. 69.

¹¹⁵³ *Ibid.*, 179 U.S. 70.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, 179 U.S. 76.

İngiltere’de kararın tesis edildiği tarihte, taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran veya daraltan kayıtları geçersiz kılan bir düzenleme henüz yürürlükte değildi.

Bu karardan da yola çıkarak, bayrak kanununun objektif bağlama kuralı olarak belirlenmesi halinde, kanuna karşı hilenin önünün açılacağı söylenebilir. Söz konusu ihtimal, kolay bayrak ülkelerinin varlığından kaynaklanmaktadır. Konişmento sözleşmesinin tarafları birtakım mali kolaylıklar ve hukuki muafiyetlerden yararlanmak için uygulanacak hukukun tespitinde, bu metodu izlemeyi tercih edebilirler. Dolayısıyla, kolay bayrak ülkelerinin varlığı¹¹⁵⁵ ve birden fazla geminin taşıma fiilinin icrasını gerçekleştirme olasılığı nedeniyle, günümüzde bu görüş terk edilmiştir.

(2) Düzenleme Yeri Hukuku (Lex Loci Contractus) Görüşü

Asıl olarak düzenleme yeri hukukunun uygulanması gerektiği fikri, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin yapıldığı yer hukukuna (lex loci contractus) bağlanması düşüncesinden ortaya çıkmaktadır. Düzenleme yeri hukukunun; yetkili mahkemenin hukuku, tahkim yeri hukuku, tarafların vatandaşlıkları gibi unsurların her somut olaya göre değişen niteliği karşısında, hukuki öngörülebilirliğe hizmet ettiği gerekçesiyle konişmento sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹¹⁵⁶. Bu nedenle, düzenleme yeri konişmentodan konişmentoya farklılık arz etmeyen ve ticari hayatta emniyet unsurunun sağlanması amacına hizmet eden bağlama noktası olarak görülmektedir.

Bu görüşe göre, konişmentoların değişmeyen iki unsuru vardır: Donatan ve gemi. Konişmento sözleşmesine uygulanacak hukukun bayrak kanununa bağlanmasının sakıncaları ile senette yer alan taşıyıcının kimliğine ilişkin kayıtların düz hat taşımacılığında koruma sağlayamadığı gerekçesiyle, düzenleme yeri hukuku alternatif bağlama noktası olarak ortaya çıkmaktadır¹¹⁵⁷.

Düzenleme yerinin uygulanması gerektiği yönündeki görüş, konişmento sözleşmesinde taşıyıcı ve yükletenin aksini kararlaştırmadığı sürece, tarafların menfaatine en iyi hizmet eden bağlama noktası olması gerekçesine dayanmaktadır¹¹⁵⁸. Zira, taşıyıcının

¹¹⁵⁵ Bu konudaki açıklamalar için bkz., yuk. İkinci Bölüm, III, A, 5.

¹¹⁵⁶ BREAKHUS, s. 323.

¹¹⁵⁷ BREAKHUS, s. 323.

¹¹⁵⁸ TETLEY, International Conflict, s. 303; TETLEY, “Bills of Lading”, s. 60.

taşıma işinin icrasına buradan başladığı belirtilmektedir. Ayrıca, eşyanın taşıyıcıya teslim edildiği yer olması sebebiyle, konişmento sözleşmesi ile doğrudan ve gerçek bağlantıyı tesis ettiği ifade edilmektedir¹¹⁵⁹.

Ancak, bu kural da her somut olaya tatbiki elverişli olmadığı için eleştirilmektedir. Öncelikle, ifa yeri, davanın açıldığı yer ya da tahkim yeri, tarafların vatandaşlıkları ve işyerleri, sözleşmenin kurulduğu yer gibi konişmento ile bağlantı noktalarının göz ardı edilmesi halinde, düzenleme yerinin kanunlar ihtilafı açısından tesadüfi sonuçlara neden olabileceği ifade edilmektedir¹¹⁶⁰. Kanımızca da bu eleştiri oldukça haklı görünmektedir. Zira, bugün için söz konusu unsurlar, senetle konişmentonun tanzim yerinden daha fazla etkileşim halindedir. Özellikle, taşıyıcının ve yükletenin işyerlerinin ve mutad meskenlerinin, düzenleme yerinden farklı yerde olması halinde, söz konusu bağlama noktası konişmento ile zayıf bir bağlantı tesis etmektedir.

Ayrıca, iddia edildiğinin aksine, düzenleme yeri sabit bir yer olarak da ortaya çıkmayabilmektedir. Nitekim, gemiden gemiye yapılan taşımalarda yükleme ve varma limanından bahsedilemeyeceği için düzenleme yeri hukukundan da bahsetmek mümkün olamamaktadır.

Konüşmento sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde düzenleme yerinin esas alınmasına ilişkin getirilen diğer bir eleştiri ise tarafların menfaatine ilişkindir¹¹⁶¹. Düzenleme yeri hukuku genellikle, taşıyıcının en iyi bildiği hukuktur. Uygulanacak hukuk olarak düzenleme yeri hukukunun esas alınması halinde, konüşmento sözleşmesinin karşı tarafı olan yükletenin çoğu zaman hiç bilmediği ya da çok az aşına olduğu hukuk sistemi ile karşı karşıya kalacağı için kanunlar ihtilafı açısından zayıf duruma düşeceği söylenebilir. Bu durum, maddi hukuka da yansiyabilir. Ekonomik olarak güçlü durumda olan taşıyanın sözleşme tesis edilirken yükletene karşı sahip olduğu pazarlık gücü menfaat dengesini bozabilmektedir.

¹¹⁵⁹ “Ocean Bills of Lading and Some Problems of Conflict of Laws”, **Columbia Law Review**, Vol.58, No 2, 1958, s. 217. (“Ocean Bills of Lading”)

¹¹⁶⁰ TETLEY, *International Conflict*, s. 303; TETLEY, “Bills of Lading”, s. 60.

¹¹⁶¹ Bu yöndeki eleştiri için bkz., BREAKHUS, s. 323; ÖZÇELİK, s. 192.

(3) Varma Yeri Hukuku (Lex Loci Solutionis) Görüşü

Varma yeri hukuku görüşü, sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde ifa yeri hukukunu bağlama noktası olarak benimseyen düşünceden yola çıkarak ortaya atılmıştır¹¹⁶². Zira, varma yeri, taşıyıcının navlun sözleşmesinden doğan edimini ifa ettiği yerdir. Buna göre, konişmento sözleşmesinin tarafları edimlerini varma limanında ifa etmektedirler. Türk Hukuku'nda bu görüş, Okay ve Akıncı tarafından savunulmuştur¹¹⁶³. Ancak, Okay konişmentonun bir bütün olarak ifa yeri olan varma limanına tabi tutulamayacağını ve bu bağlamda, tedavülüne ilişkin hususlar ile eşyayı temsil işlevinin düzenleme yeri hukukuna tabi olması gerektiğini savunmaktadır¹¹⁶⁴.

Varma limanı görüşü, teorik olarak kaynağını ağırlık merkezi görüşünden¹¹⁶⁵ almaktadır. Ağırlık merkezi görüşü, hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku, onun ülkesellik prensibine göre yersel olarak ait olduğu hukuka bağlamaktadır. Bundan yola çıkarak, konişmento sözleşmesi de varma yeri hukukuna tabi kılınmaktadır¹¹⁶⁶. Zira, taşıyıcının sorumluluğunun doğduğu yer varma limanıdır.

Konüşmento sözleşmesinin varma yeri hukukuna bağlanmak istenmesindeki en önemli sebep, eşyanın kontrolünün en iyi şekilde bu yerde yapılabileceği düşüncesidir. Gönderilen eşyanın özen yükümüne uygun bir şekilde taşınıp taşınmadığının sadece varma limanına ulaştığında anlaşılabilceği ifade edilmektedir. Varma limanı hukukunun esas alınarak, konüşmento hamillerinin uğradığı zararın daha iyi bir şekilde tazmin edilebileceği de belirtilmektedir¹¹⁶⁷. Ancak, bu düşüncenin iki gerekçe nedeniyle savunulamayacağı görüşündeyiz. İlk olarak, taşıyıcının özen yükümüne aykırı davranması halinde alınacak tedbirler, gönderilen ve taşıtanın korunması amacıyla bu tedbirlerin alındığı yer hukukuna tabi kılınmaktadır. Böylelikle, eşya ile ilgililer daha etkin bir şekilde korunmaktadır. Nitekim, bu imkân MÖHUK madde 33 ile sağlanmaktadır. İkinci olarak ise hukuk seçiminin yokluğunda, varma yeri hukukunun bağlama kuralı olarak tespiti halinde, gönderilenin daha iyi bir şekilde

¹¹⁶² GÖĞER, *Deniz Ticareti*, s. 136.

¹¹⁶³ OKAY II, s. 39; AKINCI, s. 66.

¹¹⁶⁴ OKAY II, 40.

¹¹⁶⁵ İlgili görüş hakkında bkz., GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, ss. 131-135.

¹¹⁶⁶ YIANNPOULOS Athanassios N., "Bills of Lading and the Conflict of Laws: Validity of "Negligence" Clauses in France", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 7, No 4, 1958, s. 539.

¹¹⁶⁷ BREAKHUS, s. 324.

korunacağı ileri sürülmektedir¹¹⁶⁸. Zira, bu sözleşme gönderilen lehine akdedildiği için onun menfaatinin korunmasına öncelik tanınması gerekmektedir. Ancak, gönderilenin korunması bu anlamda önem arz etse de varma yeri hukuku her zaman için gönderilenin en iyi bildiği hukuk değildir. Dolayısıyla, söz konusu amaca hizmet edebilecek bağlantı noktalarının gönderenin işyeri ya da mutad mesken hukuku olabileceği kanısındayız.

Varma yeri hukuku görüşü de konişmento sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde tek başına yeterli olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹¹⁶⁹. Buna göre, bu tür sözleşmelerin nerede ifa edildikleri önem taşımamaktadır¹¹⁷⁰. Ayrıca, aynı konişmento için birden fazla varma limanının kararlaştırıldığı durumlarda, uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği de belirsizdir. Bir diğer eleştiri ise zorunluluktan (çatma, arıza vb. durumlardan) dolayı eşyanın boşaltılmak zorunda kalması halinde varma limanının mı; yoksa boşaltma yerinin mi esas alınacağı belirlenemediği için uygulanacak hukukun ne olacağı sorusu da cevapsız kalmaktadır.

Buna karşılık, 2675 sayılı MÖHUK döneminde hukuk seçiminin yokluğunda, konişmento sözleşmesine uygulanacak hukukun genel nitelikteki madde 24/II uyarınca tespit edileceği savunulmuştur¹¹⁷¹. İlgili hüküm uyarınca, borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla yer olması halinde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı belirtilmektedir. Konişmento sözleşmesi açısından ise ifa yeri varma limanı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, Türk Hukuku'nda 2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girene kadar varma limanı, yabancı unsurlu konişmento sözleşmeleri açısından bağlama noktası olarak karşımıza çıkmaktaydı.

(4) Lex Fori Görüşü

Yabancı unsurlu navlun sözleşmesinde olduğu gibi, yabancı unsurlu konişmentolarda da taraflar uygulanacak hukuk olarak mahkemenin hukukunu seçme eğilimindedirler. Bunun nedeni, yargılamanın hızlı bir şekilde sonlandırılmasını ve mahkemenin en az hata yaparak sonuca ulaşmasını sağlamaktır. Zira, hâkimin en iyi bildiği hukuk lex fori; yani kendi

¹¹⁶⁸ BREAKHUS, s. 324.

¹¹⁶⁹ Konişmento sözleşmesine varma limanı hukukunun uygulanması gerektiğini savunan görüşe ilişkin eleştiriler hakkında bkz., ÖZÇELİK, ss. 194-195; BREAKHUS, s. 324.

¹¹⁷⁰ TETLEY, *International Conflict*, s. 304; TETLEY, "Bills of Lading", s. 61.

¹¹⁷¹ Bu konuda bkz., ÖZÇELİK, s. 200.

hukukudur. Dolayısıyla, konişmento sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkları lex fori prensibine bağlama gereğini savunan düşüncede¹¹⁷² daha çok pratik mülâhazalar ağır basmaktadır.

Deniz ticareti hukukundan doğan ihtilaflarda, İngiltere en önemli tahkim merkezlerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Bu konuda en önemli tahkim kurumu Londra Milletlerarası Hakem Mahkemesi'dir¹¹⁷³. Genellikle de taraflar İngiltere'de yer alan bu kurumsal sisteme işlerlik kazandırma eğilimindedirler. Zira, özellikle navlun sözleşmesi ve konişmentodan doğan ihtilafların kendine has özelliği, bu alanlarda yargılama yapılırken ihtisaslaşmayı da gerektirmektedir. Ayrıca, yetkili mahkeme ya da tahkim yeri olarak Londra'nın seçilmesinin nedenlerinden bir diğeri bu şehrin önemli bir finans ve ticaret merkezi olmasıdır. Taraflar İngiliz mahkemelerini yetkilendirdikten ya da tahkim yeri olarak Londra'yı seçtikten sonra, uyuşmazlığa da İngiliz Hukuku'nun uygulanmasını istemektedirler. Dolayısıyla, lex fori ya da tahkim yeri hukuku esasa uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılmaktadır.

Bu konuda tesis edilen ve çalışmamızla da doğrudan bağlantılı olan The San Nicholas Kararı¹¹⁷⁴ karşımıza çıkmaktadır¹¹⁷⁵. Karara konu olan uyuşmazlıkta, donatan gemisini yolculuk çarteri sözleşmesi ile taşıtana tahsis etmiştir. Taraflar, İngiliz Hukuku'nu da yolculuk çarteri sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak kararlaştırmışlardır. Aynı gün, taşıtan ilgili sözleşmedeki şartlara uygun olarak, gemiyi bir başka taşıtana eşya taşınması üzere tahsis etmiştir. Alt navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun ise bayrak kanunu (law of vessel) olacağı taraflarca belirtilmiştir. Ancak, gemi batmış ve taşıdığı eşyaların hepsi denizde kaybolmuştur.

Mahkeme, alt navlun sözleşmesine de İngiliz Hukuku'nun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁷⁶. Buna gerekçe olarak da asıl navlun sözleşmesinde yer alan Londra tahkim şartı gösterilmiştir. Asıl sözleşmede yer alan bu hükmün, alt navlun sözleşmesinin taraflarının örtülü hukuk seçiminde buldukları ve İngiliz Hukuku'nu seçtikleri anlamına geleceği

¹¹⁷² Bu konuda bkz., TETLEY, **International Conflict**, s. 306; TETLEY, "Bills of Lading", s. 63.

¹¹⁷³ Bu konuda bkz., ŞANLI, **Ticari Akitler**, ss. 282-284; AMBROSE/Clare/MAXWELL Karen, **London Maritime Arbitration**, Second Edition, Consultant Editor: Bruce HARRIS, London, 2002, 1-13.

¹¹⁷⁴ İlgili Karar için bkz., [1976] 1 Lloyds Report 8.

¹¹⁷⁵ Ayrıca, ilgili Karar hakkında geniş bilgi için bkz., GERSPACHER Lars, "The Ambiguous Incorporation of Charterparties into Bills of Lading under English Law: A Case of too Many Cooks?", http://www.gbf-legal.ch/data/192-205_12_07_06_ges_9938.pdf (e.t.: 06.06.2013), s. 193.

¹¹⁷⁶ [1976] 1 Lloyds Report 11.

şeklinde yorumlanmıştır¹¹⁷⁷. Örnek verilen mahkeme kararından da anlaşılacağı üzere, İngiliz mahkemeleri ya örtülü hukuk seçimi ya da daha sıkı ilişkili hukuk argümanını kullanarak dolaylı olarak lex fori prensibini uygulama eğilimi içerisindedirler.

Amerikan mahkemeleri ise konişmento sözleşmesinden doğan ihtilaflarda doğrudan lex fori prensibini tatbik etmektedirler¹¹⁷⁸. Bunun nedeni ise Restatement II &6'ya dayanmalarındır. Bu bağlamda, forum ülkesinin politikaları ön planda tutulmaktadır. Böylelikle, Amerikan ekonomisinin önemli bir bölümünü teşkil eden taşıma şirketlerinin, başka hukuklarda öngörülen yüksek tazminat yükümü ile yıpratılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Görüldüğü üzere, Anglo-Amerikan Hukuk sisteminde, uygulanacak hukukun tespitinde devletlerin ekonomik çıkarları ön planda tutulmaktadır. Bu amaçla da milletlerarası özel hukukun ilkelerinden biri olan lex fori prensibi, yetkili hukukun tespitinde sığınak haline gelmektedir. Ancak, bu prensibin uygulanmasının somut olayın gereklerine göre, çoğu zaman adil yargılamaya da hizmet ettiği yadsınmamaktadır.

(5) En Sıkı İlişkili Hukuk Görüşü

Konışmento sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde, yukarıda genel ve soyut olarak uygulanması önerilen hiçbir bağlama noktası tam anlamıyla uygun hukukun tespitinde yeterli olmamaktadır. Dolayısıyla, bu konuda da milletlerarası özel hukukun genel prensiplerinden biri olarak kabul edilen en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı kabul edilmektedir. Soyut bir kavram olan “en sıkı ilişkili hukuk”un tespitinde karakteristik edim teorisinden faydalanılmaktadır. Nitekim, Roma I Tüzüğü ve MÖHUK itibarıyla da hukuk seçiminin yokluğunda da söz konusu prensip kabul edilmektedir. Ancak, en sıkı ilişkili hukuk¹¹⁷⁹ve karakteristik edim teorisi¹¹⁸⁰ hakkında ikinci bölümde yapılan açıklamalara göndermede bulunmanın yeterli olacağı kanısındayız.

¹¹⁷⁷ Ibid., 12.

¹¹⁷⁸ Bu konuda bkz., TETLEY, *International Conflict*, s. 308; TETLEY, “Bills of Lading”, s. 65.

¹¹⁷⁹ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, III, A, 6.

¹¹⁸⁰ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, III, B, 1.

b. MÖHUK İtibarıyla Konişmento Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Kapsamında Objektif Bağlama Noktasının Tespiti

Lex fori ilkesine göre konişmentonun akdi etkisinin varlığının kabul edilmesinin ardından, bu etkinin niteliğinin ortaya konulması hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukukun tespiti noktasında önem arz etmektedir. MÖHUK'ta konişmento sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin ayrı bir bağlama kuralı tesis edilmediği için, söz konusu ihtilaf genel hükümlerin tatbiki ile çözüme kavuşturulmaktadır. Ancak, uygulanacak hukukun tespitinden önce konişmento sözleşmesinin niteliğinin ortaya konulması ayrı bir öneme sahiptir.

Bazı hukuk sistemlerinde, konişmento sözleşmesi navlun sözleşmesinden tamamen bağımsız bir hukuki ilişki olarak ortaya çıkmakta ve sadece navlun sözleşmesini ispat işlevi kabul edilmektedir. Buna karşılık, diğer hukuk sistemlerinde ise konişmento sözleşmesi bazı durumlarda, taşıyıcı ve gönderilen arasında akdedilmiş bir taşıma sözleşmesi olarak görülmektedir.

Yukarıda da genel ve soyut olarak belirttiğimiz üzere¹¹⁸¹, Türk Hukuku açısından, konişmento sözleşmesi yükleten ve taşıyıcı arasında akdedilmiş kabul edilmektedir. Bu sözleşme, taşıyıcının navlun sözleşmesinden doğan taşıma taahhüdünün gereği gibi ifa edilebilmesi için gönderilene eşyanın teslim talebi hakkını bahşetmektedir. Ayrıca, senedin yükletene teslimi ile birlikte akdedildiği için de aynı akit niteliğindedir. Gönderilen lehine akdedildiği için de üçüncü kişi lehine sözleşme olarak görülmektedir. 6102 sayılı TTK madde 1237/I itibarıyla da taşıyıcı ile konişmento hamili arasındaki ilişkide konişmentonun esas alınacağı ifade edilmektedir. Bu anlamda, navlun sözleşmesinden tamamen bağımsızdır. Dolayısıyla, konişmento sözleşmesi navlun sözleşmesi; yani deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi olmadığı hususunda doktrinde görüş birliği mevcuttur¹¹⁸². Bu nedenle, konişmentonun sadece navlun sözleşmesini ispat fonksiyonu kabul görmektedir.

Diğer yandan, hat taşımacılığını konu edinen bazı durumlarda konişmentonun taşıma sözleşmesi yerine geçeceği de iddia edilmektedir¹¹⁸³. Zira, hat taşımacılığında genellikle

¹¹⁸¹ Bkz., yuk. Birinci Bölüm, İkinci Kısım, III, E-F.

¹¹⁸² KARAN, "Sözleşme-Konişmento", s. 163; YEŞİLOVA, s. 55; GÜNAY, s. 105.

¹¹⁸³ BREAKHUS, s. 322.

taraf lar yazılı bir taşıma sözleşmesi akdetmemektedirler. Dolayısıyla, koniş mentonun arkasında yazılı olan taşıma şartları navlun sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Ancak, her iki hukuki ilişkinin tarafları farklılık arz etmektedir. Bunun yanında, koniş mento sadece taşıyıcı ile gönderilen arasındaki hukuki ilişkiyi ifade etmektedir. Söz konusu ilişki, koniş mentodan anlaşıldığı kadarıyla senedin arkasında yazılı olan taşıma şartlarından ibarettir. Bu hükümlerin navlun sözleşmesi açısından hukuki değeri, sadece taşıyıcı ve taşıtan arasındaki navlun sözleşmesini ispattan öteye geçememektedir. Yazılı bir navlun sözleşmesi olmadığı kırkambar taşımalarında dahi, sözleşmenin içeriği koniş mentodan anlaşılrsa da senedin işlevi mevcut ilişkiyi ispattan öteye geçememektedir¹¹⁸⁴.

Buna karşılık, İngiliz Hukuku'nda koniş mento sözleşmesi, bazı durumların varlığı halinde, taşıyıcı ve gönderilen arasında navlun sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Koniş mentonun sözleşme niteliği ise onun imzalanıp, teslim edilmesi ile birlikte ortaya çıkmaktadır. Teslim anına kadar sadece ispat işlevi bulunmaktadır. Koniş mento hamilinin senedin zilyetliğini kazandığı anda sözleşme akdedilmiş sayılmaktadır¹¹⁸⁵. Dolayısıyla, Türk Hukuku'nda olduğu gibi, koniş mento bir aynı sözleşme olarak kabul edilmektedir. Taşıyıcı ile taşıtan arasında sadece navlun sözleşmesinin akdedildiğine dair ispat işlevinin varlığı kabul edilmektedir¹¹⁸⁶.

Amerikan Hukuku'nda da koniş mento sözleşmesi deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu konuda US COGSA'ya göre karar veren Amerikan mahkemeleri içtihat birliği içerisindedirler¹¹⁸⁷. Ancak, İngiliz Hukuku'nun aksine, taşıyıcının sorumluluğu hususunda koniş mento sözleşmesi ve navlun sözleşmesi açısından farklılık söz konusudur. Buna göre, koniş mento hamili, taşıyıcının taşıma edimini gereği gibi ifa edememesi halinde ilgili kanunlara gidememektedir. Buna karşılık, varma limanında eşyanın koniş mento hamili tarafından teslim alınması ile birlikte örtülü olarak sözleşmenin akdedildiği ve navlun ödeme borcunun da bu andan itibaren doğduğu kabul edilmektedir¹¹⁸⁸.

Uyuşmazlığa bakan mahkeme açısından bu sorunun çözümü, hangi bağlama kuralının uygulanacağını tespiti açısından önem arz etmektedir. Zira, bu sözleşmenin navlun

¹¹⁸⁴ ÇAĞA/KENDER II, s. 72.

¹¹⁸⁵ Bu konuda bkz., SCRUTTON /BOYD, s. 67.

¹¹⁸⁶ Bu konuda bkz., DEBATTISTA, s. 652.

¹¹⁸⁷ "Ocean Bills of Lading", s. 213.

¹¹⁸⁸ "Ocean Bills of Lading", s. 224.

sözleşmesi olarak kabulü halinde taşıma sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralı tatbik edilmekte; aksi takdirde ise genel hükümler uygulama alanı bulabilmektedir. Kanımızca, söz konusu sorun, vasıflandırma sorunu olarak ortaya çıkmakta ve lex foriye göre çözümlenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, Türk Hukuku açısından konişmento sözleşmesi navlun sözleşmesi olarak kabul edilmediği için hukuk seçiminin yokluğunda, MÖHUK madde 24/IV'ün uygulanacağı ifade edilebilmektedir¹¹⁸⁹. Konişmento sözleşmesinin konusunu eşya taşıma değil, eşyayı talep hakkı oluşturmaktadır. Bu nedenle, taşıyıcı ile yükleten arasındaki hukuki ilişkinin kapsamı, mahiyeti, konusu ve eşyayı talep hakkının niteliği gibi hususların, MÖHUK madde 24/IV uyarınca tespit edilen yetkili hukuka göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

MÖHUK madde 24/IV'ün konişmento sözleşmesine tatbik edilebilmesi için öncelikle karakteristik edimi tespit etmek gerekmektedir. İlgili sözleşmenin taraflarından biri olan taşıyıcı, konişmentonun düzenlenip yükletene verilmesi ile birlikte varna limanında senedin ibrazı halinde eşyayı hamile teslim yükümlülüğü altına girmektedir. Dolayısıyla, karakteristik edim taşıyıcının edimidir. Karakteristik edim borçlusunu da taşıyıcı olarak karşımıza çıkmaktadır.

İlk olarak, taşıyıcının sözleşmenin kuruluşu anındaki mutad mesken hukukunun uygulanması gerektiği akla gelmektedir. Ancak, kanımızca konişmento sözleşmeleri de ticari ve mesleki faaliyet gereği akdedilmektedirler. Zira, konişmento da 6102 sayılı TTK madde 3 itibarıyla, TTK'da düzenlenen ve ticari işletmelerde yürütülen her türlü faaliyet ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkisi bulunduğu varsayılabilir ticari faaliyet; bir diğer deyişle ticari iş kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim, konişmento 6102 sayılı TTK'nın "Deniz Ticareti" başlıklı beşinci kitabın dördüncü kısmının üçüncü bölümünde düzenlenmektedir. Bu nedenle, konişmento sözleşmesinin kuruluş anında taşıyıcının işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku; birden çok işyeri varsa, sözleşme ile en sıkı ilişkili işyeri hukukunun uygulanacağı söylenebilir.

¹¹⁸⁹ 5718 sayılı MÖHUK öncesi dönemde, konişmentonun akdi işlevine sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin genel ve tek bağlama kuralı olan madde 24'ün uygulanması gerektiği savulmuştur. Bu konuda bkz., ATAMER, "Brüksel Sözleşmesi", s. 94; KARAN, "La Haye", s. 241; YEŞİLOVA, s. 19; YAZICIOĞLU, "Uygulanacak Kural", s. 56; ÖZÇELİK, s. 200.

MÖHUK madde 24/IV uyarınca, tarafların statülerinde sonradan meydana gelen değişikliklerin uygulanacak hukuk açısından belirsizliklere neden olmasının önüne geçmek amacıyla, “kuruluş anı” esas alınmaktadır. Konişmento sözleşmesi aynı akit niteliğinde olduğu için senedin düzenlenerek yükletene teslim anı sözleşmenin akdedildiği an olarak kabul edilmektedir.

Konişmento sözleşmesinde karakteristik edimin tespitine ilişkin herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Ancak, yabancı unsurlu navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde olduğu gibi, bazı durumlarda taşıyıcının kimliği tespit edilemeyebilmekte ya da taşıyıcının hukuki işyeri ile esas işyeri farklı yerler olabilmektedir. Bazı durumlarda ise tespit edilen yetkili hukuk ile sözleşme arasında “en sıkı ilişki” kurulamayabilmektedir. Bu hususların ispatı halinde, MÖHUK madde 24/IV itibarıyla, “halin şartları” gereği daha sıkı ilişkinin araştırılması gerekmektedir. Bunu yaparken de sadece bir kriterden değil, konişmentonun konusunu oluşturan eşyayı talep hakkı ile bağlantılı tüm hukuki fiil ve eylemlerin dikkate alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, konişmentoda yer alan ve charter parti hükümlerine yapılan atıflar, yükleme limanı, varma limanı, yetki ve tahkim şartı gibi irtibat noktalarının birlikte değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir¹¹⁹⁰.

E. Konişmentoya Uygulanacak Hukuk Açısından Özellikle Arzeden Durumlar

Bazı meselelerin çözümlenmesi, ihtiva ettikleri önem nedeniyle, farklı münferit bağlama noktalarına tabi kılınmaktadır. Dolayısıyla, hangi hukuki ilişki söz konusu olursa olsun, uygulanacak hukuk açısından ilgili bağlama noktaları devreye girmektedir. Bu husus ikinci bölümde sözleşme statüsüne dâhil olmayan haller başlığı altında irdelenmeye çalışılmıştır. Ancak, konişmentonun kıymetli evrak olmasından dolayı ehliyet ve şekil meselelerine uygulanacak hukukun ayrı olarak incelenmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

1. Şekil

Konişmento kıymetli evrak niteliğinde bir emtia senedir. Yazılı olarak tanzim edilmesi ise bu niteliğinin doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, yazılılık şartı

¹¹⁹⁰ “Ocean Bills of Lading”, s. 216.

geçerlilik şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Hukuku'nda konişmentonun yazılı düzenlenmesini şart koşan bir madde yoktur. Ancak, bu yönde açık bir hüküm de gerekli değildir¹¹⁹¹. Zira, 6102 sayılı TTK madde 1237 ve takip eden maddelerden bu husus anlaşılmaktadır. Ayrıca, konişmento sözleşmesi bir ayni akittir; bu nedenle, akdedilebilmesi için maddi teslim şart koşulmaktadır. Bu da ancak konişmentonun “yazılı” olarak tanzim edilmesi ile gerçekleşmektedir.

Yabancı unsurlu konişmentoların şekline ilişkin doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitine ilişkin herhangi bir özel bağlama kuralı 6102 sayılı TTK'da ya da MÖHUK'ta yer almamaktadır. Dolayısıyla, senette yer alan imzaların kimlere ait olması gerektiği ya da nasıl olacağına, senedin tanzim biçiminin nasıl yapılacağı gibi konişmentonun şekline ilişkin ortaya çıkan ihtilaflara genel hüküm niteliğindeki MÖHUK madde 7'nin tatbik edileceği ifade edilebilir. Ancak, konişmentoların şekline LRA kuralının uygulanması birkaç yönden eleştirilmektedir¹¹⁹². İlk olarak, gemi kaptanının taşıyıcının acentesi bulunmayan bir limanda eşyayı gemiye yüklemesi halinde, yükleme limanı hukukunun uygulanmasının milletlerarası ticaretin gereklerine uygun olmadığı iddia edilmektedir. Bu durumda, kaptanın ilgili limanlardaki hukuku bilme ve uygulama konusunda güçlüklerle karşılaşacağı ifade edilmektedir. İkinci olarak ise bu kuralın konişmentolar açısından küçük iş görenlerin aleyhine olduğu belirtilmektedir. Zira, bu kişilerin küçük çapta ticaret yaptıkları ve bu limanlarda da temsilci bulundurmadıkları için hiç bilmedikleri yer hukukları ile karşı karşıya kalmalarının milletlerarası özel hukuk açısından uygun olmadığı ifade edilmektedir.

Bu bağlamda, MÖHUK madde 7 itibarıyla, senedin esası hakkında yetkili olan hukukun (*lex causae*) da yabancı unsurlu konişmentolardan doğan ihtilaflarda uygulama alanı bulabileceği ifade edilebilir. Dolayısıyla, 6102 sayılı 1526 /II'de yer alan bağlama kuralının da aslında genel hükmün tekrarından ileri gidemediği görüşündeyiz. Daha net bir ifadeyle, taraflar ya LRA kuralına ya da uyuşmazlığın niteliğine göre konişmentonun tabi olduğu bağlama kuralına uygun olarak konişmentoyu düzenlemek zorundadırlar.

Ancak, *lex causaenın* şekle ilişkin meselelere uygulanmasının konişmento açısından pek uygun olmadığı ifade edilmektedir¹¹⁹³. Zira, haklı olarak vurgulandığı üzere, konişmento

¹¹⁹¹ ÇAĞA/KENDER II, s. 70.

¹¹⁹² Bu konu hakkında bkz., GÖĞER, *Eşya Taşıma*, ss. 143-144.

¹¹⁹³ ÖZÇELİK, s. 212.

açısından esasa uygulanacak hukuk her uyuşmazlık için ayrı olarak belirlendiği için senedin tedavül kabiliyetini olumsuz yönde etkileyeceği belirtilmektedir. Buna karşılık, LRA'nın konişmentolar açısından eleştirilen noktalarının olmasına rağmen, milletlerarası ticaretin aradığı öngörülebilirlik ve açıklığın sağlandığı gerekçesiyle en uygun bağlama noktası olduğu savunulmaktadır¹¹⁹⁴.

Yabancı hukuklarda ise konişmento açısından farklı münferit bağlama noktaları benimsenmektedir. İngiliz Hukuku'nda deniz ticaretindeki mutad şekillere uygun tanzim edilen konişmentonun geçerli olacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, konişmento açısından taşıyanın menfaatlerinden ziyade; azami ölçüde işlem menfaatinin korunmasının gaye edinildiği söylenebilir. İngiliz Hukuku'nda kabul gören bu yaklaşımın Türk Hukuku'nda da benimsenmesi gerektiğini savunan görüşe¹¹⁹⁵ rağmen, bunun uygun olmadığı görüşüdeyiz. Zira, “deniz ticaretindeki mutad şeklin” ne olduğu oldukça nisbî bir kavramdır. Bu kriter, her somut olaya ve zamana göre farklılık göstermektedir.

Kanımızca, konişmentonun şekline ilişkin uygulanacak hukuk belirlenirken işlem menfaatinden ziyade, taşıyıcının menfaatinin en etkin şekilde koruyacak olan hukukun esas alınması gerekmektedir. Şekle ilişkin ihtilaflar, konişmentonun düzenlenmesi aşamasında ortaya çıkmaktadır. Konişmento ise yükletenin talebi ile taşıyıcı tarafından tek taraflı olarak tanzim edilmektedir. Dolayısıyla, şekle ilişkin meseleleri taşıyanın en iyi bildiği hukuka bağlamak uygun görünmektedir. Ancak, bunu yaparken konişmentonun meşru hamillerinin de kanunlar ihtilafı açısından asgari düzeyde korunmasını sağlamak önem arz etmektedir. Ayrıca, LRA kuralı gibi, her somut olayın özelliklerine göre farklılık arz etmeyen ve senedin tedavül kabiliyetine uygun bir bağlama kuralının benimsenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, konişmentonun şekline ilişkin hususlara LRA kuralının yanı sıra, taşıyıcının esas işyeri hukukunun uygulanması gerektiği kanısındayız. Böylelikle, konişmento ile ilgili diğer kişilerin yanı sıra taşıyıcının da koruma altına alınabileceği ifade edilebilir. Ancak, pozitif düzenlemeler karşısında bu görüş sadece bir öneriden ileriye gidememektedir.

Diğer yandan, 6102 sayılı TTK madde 1526/II birinci itibarıyla, konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, ıstampa, sembol

¹¹⁹⁴ ÖZÇELİK, s. 214.

¹¹⁹⁵ GÖGER, *Eşya Taşıma*, s. 143.

şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla da atılabilmektedir. 6102 sayılı TTK madde 1526/II ikinci cümle uyarınca ise düzenledikleri ülke kanunlarının izin verdiği ölçüde bu senetlerde yer alacak kayıtlar el yazısı, telgraf, teleks, faks ve elektronik diğer araçlarla yazılabileceği, oluşturulabileceği, gönderilebileceği hükme bağlanmaktadır. İlgili hüküm ile bu konuda maddi milletlerarası özel hukuk normu getirilmektedir. Zira, yabancı unsurlu konişmentolarda yazılı şeklin nasıl sağlanacağına ilişkin tamamlayıcı hüküm düzenlenmektedir.

2. Ehliyet

Yabancı unsurlu konişmentonun çok yönlü mahiyeti karşısında, senet ile ilgili kişilerin ehliyetinin hangi hukuka göre belirleneceği önem arz etmektedir. Zira, konişmentonun işlevleri karşısında, eşya ile ilgili sùjelerin sayısı artmaktadır. Özellikle gönderilen ve yükletenin, navlun sözleşmesinin taraflarından olan taşıyan ve taşıtandan farklı kişiler olması ve senedin tedavül kabiliyetine sahip kıymetli evrak olması nedeniyle, konişmentolu taşımalara çok sayıda kişinin dâhil olması sonucunu doğurmaktadır¹¹⁹⁶.

Yabancı unsurlu navlun sözleşmesinde tarafların ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinde olduğu, konişmento ile ilgili kişilerin ehliyet meselelerinde de MÖHUK madde 9 uygulama alanı bulmaktadır. Burada önemli olan husus, konişmento ile ilgili kişilerin gerçek kişi olması halinde, ilgili maddenin ikinci fıkrasında ifadesini bulan işlem güvenliği prensibinin tatbikidir. Konişmentonun özellikleri haiz bir kıymetli evrak olması sebebiyle, pek çok sùje muhatap olarak ortaya çıkabilmektedir. Senet el değıştirirken de herbir kişinin milli hukukuna göre ehliyetli olup olmadığını araştırmak, çoğu zaman hukukçu olmayan kişiler açısından dahi zor görünmektedir. Dolayısıyla, söz konusu istisna hükmü iyiniyetli kişilerin korunması açısından önem arz etmektedir.

Diğer yandan, ehliyete ilişkin kambiyo senetleri hakkında 6102 sayılı TTK'da ayrı bir bağlama kuralı yer almaktadır. 6102 sayılı TTK madde 766/I uyarınca poliçe ile borçlanma ehliyetinin kişinin tabi bulunduğu devletin hukukuna göre belirleneceği hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, kişinin milli hukuku diğer bir ülkeye göndermede bulunuyorsa, o hukukun uygulanacağı ifade edilmektedir. İkinci fıkrada ise MÖHUK madde 9/II'de olduğu

¹¹⁹⁶ ÖZÇELİK, s. 215.

gibi, işlem güvenliğini koruma altına alan istisna hükmü düzenlenmektedir. 6102 sayılı TTK madde 778 ile madde 818 itibarıyla, ilgili hüküm bono ve çek ile borçlanma ehliyeti hakkında da uygulanabilmektedir.

Söz konusu hükmün¹¹⁹⁷ kıyasen konişmentolara ilişkin ehliyet meselelerine uygulanması savunulabilir¹¹⁹⁸. Zira, 6102 sayılı TTK madde 776/II'de yer alan bu istisna hükmü, konişmentolar açısından daha geniş bir uygulama alanı vermektedir. Nitekim, öncelikle konişmentoyu düzenleyen taşıyıcı ile onu devralan hamillerin milli hukuku bağlama noktası olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kişilerin milli hukukları ehliyet meselelerine ilişkin atıf imkânı tanıyorsa, göndermede buldukları hukukun maddi hükümleri uygulanabilmektedir. Ayrıca, imza yeri hukuku da dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla, birden çok yer ehliyet meselelerine ilişkin bağlama noktası olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, somut olayın özelliklerine göre ehliyete ilişkin düzenleme yeri hukuku ile devir yeri hukukuna uygun düzenlenen ya da devredilen konişmentolar da geçerli kabul edilmektedir. Ancak, işlem güvenliği prensibinin uygulanabilmesi için karşı tarafın ehliyetsizlik durumunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması; yani iyiniyetli olması gerekmektedir. Her ne kadar MÖHUK'ta bu konuda bir düzenleme yer almasa da TMK madde 3'te yer alan genel iyi niyet kuralı bunu gerektirmektedir¹¹⁹⁹.

II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK AÇISINDAN NAVLUN SÖZLEŞMESİNE YAPILAN VE KONİŞMENTODA YER ALAN ATIF KAYITLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Milletlerarası özel hukuk açısından konişmentoda yer alan ve navlun sözleşmesine göndermede bulunan atıf kayıtlarının geçerliliği meselesi oldukça sık karşılaşılan bir durumdur. Ayrıca, navlun sözleşmesi konişmento ilişkisi açısından da ayrı bir öneme sahiptir. Genel olarak bu husus, milletlerarası mal alım-satım ilişkisinin de temelini teşkil etmektedir.

¹¹⁹⁷ 2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden önce, 2675 sayılı MÖHUK madde 8/II'de yer alan işlem güvenliği kuralı tek yanlı idi. Bu anlamda, milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancı Türk Hukuku'na göre ehliyetli ise Türkiye'de yaptığı hukuki işlem ile bağlı kabul edilmekteydi. Söz konusu bağlama kuralı tek yanlı olduğu gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Bu konuda bkz., TİRYAKIOĞLU, s. 251.

¹¹⁹⁸ Özçelik, 2675 sayılı MÖHUK yürürlükte iken konişmentolara da kambiyo senetlerinde borçlanma ehliyetine ilişkin bağlama kuralının kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Yazar bu görüşünü, 6762 sayılı TTK madde 8/II'de getirilen işlem güvenliği kuralının tek yanlı olmasına dayandırmaktadır. ÖZÇELİK, s. 218.

¹¹⁹⁹ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 85.

Zira, mesafeli satım sözleşmesinde satıcı, deniz yoluyla taşımacılıkta eşyayı taşıyıcıya teslim ettiği anda yükleten konumundadır ve konişmentonun düzenlenmesini talep etme hakkına da sahiptir. Dolayısıyla da alıcı da gönderilen sıfatına sahip olmaktadır. Ödeme şeklinin akreditif¹²⁰⁰ olarak belirlenmesi halinde ise satım bedelini alabilmesi için yükleten olan satıcının konişmentoyu bankaya teslim etmesi şart olarak görülmektedir¹²⁰¹.

Konişmento ve navlun sözleşmesi tamamen birbirlerinden bağımsızdırlar. Ancak, birbiri ile bağlantılı unsurlar içermektedirler. Zira, konişmentonun konusunu navlun sözleşmesi ile taşınması taahhüt edilen eşyanın teslimini talep hakkı oluşturmaktadır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinin taraflarından taşıyıcının eşyayı teslim taahhüdü hem navlun sözleşmesine, hem de konişmentoya dayanmaktadır¹²⁰². Ancak, yabancı unsurlu taşımalarda bu taahhüdün varlığı ve mahiyeti uygulanacak hukuka göre tespit edilmektedir. Bu nedenle, somut uyuşmazlığın niteliğine göre, taşıyıcının eşyayı teslim taahhüdüne uygulanacak hukukun ya navlun sözleşmesi statüsüne ya da konişmento statüsüne göre tespit edileceği ifade edilebilir. Aslında konişmentonun meşru hamilinin taşıtan olduğu hallerde, dolaylı olarak bir seçim hakkına sahip olduğu söylenebilir. Zira, bu durumda taşıtan ya navlun sözleşmesine ya da konişmentoya dayanarak eşyanın teslimini talep edebilmektedir. Bu talep hakkının mahiyeti ve niteliği hangi hukuka göre daha lehine ise ona göre talepte bulunabilme imkânı mevcuttur.

Bu konuda asıl önem arz eden husus, taraf iradelerinin devreye girdiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi, yetki ya da tahkim şartlarının konişmentoya etkisinin milletlerarası özel hukuk açısından tespit etmek gerekmektedir. Konişmento, navlun sözleşmesinin kendisi değildir; sadece onu ispat eden senet işlevini haizdir. Metninden anlaşıldığı kadarıyla, navlun sözleşmesinde yer alan her husus konişmento hamillerine karşı ileri sürülebilmektedir. Ancak, charter sözleşmesindeki hukuk seçimi, yetki ve tahkim şartlarının sözleşmeye bitişik tanzim edilen konişmentolar açısından uygulanabilirliği ise tartışmalıdır.

¹²⁰⁰ Milletlerarası özel hukuk bağlamında akreditif hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZEL Sibel, **Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği**, İstanbul, 1991, s. 1 vd. (**Akreditif**); DOĞAN Vahit, **Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2012, ss. 131-176 (**Akreditif**).

¹²⁰¹ DAMAR Duygu, “Konişmentodan Charter Partiye Yapılan Atıfla Tahkim Anlaşmasının Kurulması Meselesi ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’daki Hükmün Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXIV, Sayı 2, 2006, s. 255

¹²⁰² KARAN, “Sözleşme-Konişmento”, s. 161.

Yabancı unsurlu çarter sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi, yetki ve tahkim şartının konişmento açısından hangi şartlar altında geçerli olacağı uygulanacak hukuk kapsamında tespit edilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu sorunun çözümünde kanunlar ihtilafı hukuku ile karşı karşıya kalınmaktadır. Ancak, öncelikle meselenin ne olduğunun tam olarak ortaya konulması gerekmektedir. Çoğu konişmentoda yer alan ve özellikle çarter sözleşmesine yapılan atıf kayıtlarının hukuk seçimi, yetki ve tahkim şartını da kapsayıp kapsamayacağı meselesi, aslında hukuk seçiminin, yetki ve tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkindir¹²⁰³.

Genel olarak atıf kayıtlarına ilişkin yeni TTK'da münferit bir düzenleme yer almaktadır. 6102 sayılı TTK madde 1237/III itibarıyla, konişmentoda yolculuk çarteri sözleşmesine gönderme varsa, konişmento devredilirken senedin bir suretinin yeni hamile ibraz edilmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır. Bu takdirde, çarter partide yer alan hükümlerin nitelikleri elverdiği ölçüde, konişmento hamiline karşı ileri sürülebileceği ifade edilmektedir. Bu hükmün, 6102 sayılı TTK madde 1245 uyarınca, sadece taşıtan olmayan konişmento hamili ile taşıyıcı arasındaki ilişkide uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir.

İlgili hükümler de dikkate alındığında, 6102 sayılı TTK madde 1237/III kapsamında çarter sözleşmesine yapılan atıfların; hukuk seçimi, tahkim ya da yetki şartlarını da kapsayıp kapsamayacağı hususunun ayrıca incelenmesi gerekmektedir. İlgili hükümde atıf kayıtlarının konişmento açısından geçerli sayılabilmesi için iki şart getirilmektedir:

- i. Çarter partinin bir suretinin konişmentoya eklenmesi gerekmektedir.
- ii. Çarter sözleşmesinde yer alan hükümlere göndermede bulunulması halinde “nitelikleri elverdiği ölçüde” konişmentoya uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla, çarter sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi, tahkim ya da yetki şartının milletlerarası özel hukuka özgü geçerlilik şartlarına göre konişmentoya uygulanabileceği söylenebilir.

Konüşmentoda çarter sözleşmesine yapılan genel atıf kayıtlarının hukuk seçimi açısından geçerliliği hususu daha çok teorik bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulamada rastlanılan bir durum olmadığı için doktrinde de çok fazla inceleme konusu olmamıştır. Bu konuda özellikle, yetki ve tahkim şartının konişmento açısından geçerliliği tartışılmaktadır.

¹²⁰³ Burada, hukuk seçimi, yetki ve tahkim şartı ile ifade edilen esas sözleşme ile birlikte akdedilen; ancak ondan tamamen bağımsız hukuk seçimi, yetki ve tahkim anlaşmalarıdır.

Kaldı ki deniz ticaretinden doğan ihtilaflarda genellikle İngiliz mahkemeleri yetkili ya da Londra tahkim yeri olarak belirlenmektedir. Anglo-Amerikan Sisteminde de çoğu zaman hukuk seçimi ile yetki ya da tahkim şartı birbiri ile bağlantı iki hukuki unsur olarak görülmektedir.

Yabancı unsurlu navlun sözleşmesi ve konişmento açısından da uyuşmazlığın taraflarca kararlaştırılmış yetkili mahkemeye ya da tahkime götürülmesi önem arz etmektedir. Bu konuda tarafların iradelerinin devreye girmesi ile olası uyuşmazlıklar da bertaraf edilmektedir. Bilindiği üzere, navlun sözleşmesi ve konişmentonun ifasında “gemi” önemli bir yer tutmaktadır ve taşınır eşya olduğu için de herhangi bir yerde uyuşmazlığın konusunu oluşturabilmektedir. Dolayısıyla, birden fazla yer mahkemesi bu konuda yetkili olarak ortaya çıkabilmektedir. Ancak, navlun sözleşmesi ile konişmento itibarıyla, yetki ve tahkim konusunu irdelemek çalışmamızın amacını aşacağı gerekçesiyle, çarter sözleşmesinde yer alan yetki ve tahkim şartının atıf suretiyle konişmento açısından geçerliliğini kanunlar ihtilafi ile sınırlı olarak irdelemeye çalışacağız. Dolayısıyla, öncelikle hukuk seçimine uygulanacak hukuk kapsamında yapılan atfın geçerliliğini irdeleyeceğiz. Daha sonra, tahkim ve yetki şartının yapılan atıf kapsamında konişmento açısından uygulanabilirliğini ortaya koymaya çalışacağız.

B. Konişmentoda Yer Alan ve Navlun Sözleşmesine Yapılan Atıf Kayıtlarının Hukuk Seçimi Açısından Geçerliliği

Konışmentonun birden fazla işleve sahip olmasının sonucu olarak, somut uyuşmazlığa göre her bir işlevine uygulanacak hukukun tespitinde farklı bağlama noktaları esas alınmaktadır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinde yer alan hukuk seçiminin konişmento açısından geçerli olabilmesi için öncelikle söz konusu uyuşmazlığa ilişkin hukuk seçimine cevaz verilmesi gerekmektedir. Yabancı unsurlu konişmentolar açısından ise MÖHUK madde 24/I itibarıyla, sadece senedin akdi işlevine ilişkin meselelerde tarafların uygulanacak hukuku seçebilme imkânı tanınmaktadır. Bu nedenle, konişmentoda yer alan ve özellikle çarter sözleşmesine yapılan atıfların hukuk seçimine geçerliliği Türk Hukuku’nda sadece senedin akdi işlevi açısından tartışma konusu olmaktadır.

Yabancı unsurlu konişmentoda yer alan atfin hangi durumlarda “niteliği elverdiği ölçüde” hukuk seçimini de kapsayıp kapsamadığının ortaya konulması için meselenin nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu mesele, hukuk seçiminin geçerliliğine ilişkindir. Dolayısıyla, öncelikle hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Zira, atfin taraf iradesi değer taşıyıp taşımadığı, yetkili hukuka göre tespit edilecektir. Dolayısıyla, çalışmamız kapsamında hukuk seçiminin geçerliliği sorununu irdeleyeceğiz. Daha sonra ise Türk Hukuku açısından konişmentoda çarter sözleşmesine yapılan atfin hukuk seçimi açısından geçerliliğini değerlendirmeye çalışacağız.

1. Hukuk Seçiminin Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Deniz ticareti sözleşmelerinde, hukuk seçimi genellikle konişmento ya da navlun sözleşmesi ile birlikte akdedilmektedir. Bu durum, onun ayrı ve bağımsız bir sözleşme olmasına engel teşkil etmemektedir¹²⁰⁴. Diğer sözleşmeler açısından olduğu gibi, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı iradelerinin varlığı halinde, hukuk seçimi sözleşmesinin akdedildiği kabul edilmektedir¹²⁰⁵. Ancak, hukuk seçiminin işlevi farklılık göstermektedir. Esas sözleşme, tarafların hak ve yükümlülüklerini göstermekte iken; hukuk seçimi sözleşmenin tümüne hâkim olacak, onu yönetecek hukuk düzenini belirlemektedir. Ayrıca, milletlerarası özel hukukta irade serbestisinin ifade ettiği anlam da bunu gerektirmektedir. Dolayısıyla, irade sakatlıkları gibi genel geçersizlik sebepleri dışında navlun sözleşmesine ve konişmentoya özgü geçersizlik sebeplerinin hukuk seçimini etkilemeyeceği söylenebilir.

Bu bağlamda, hukuk seçimi sözleşmesinin geçerli hüküm ve sonuçlarını hangi hukuka göre doğuracağının tespiti önem arz etmektedir. Her sözleşme gibi hukuk seçimi de geçerliliğini bir hukuk sisteminden almaktadır. Böylelikle, taraf iradelerinin bağlayıcılık gücü hukuken koruma altına alınmaktadır¹²⁰⁶. Söz konusu korumanın sağlanabilmesi için taraf iradelerinin varlığının ortaya konulması gerekmektedir. Bu husus ise hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti meselesini ilgilendirmektedir. Böylelikle, konişmentoda çarter sözleşmesine yapılan atfin hukuk seçimi açısından geçerliliğine uygulanacak hukukun da tespit edileceği söylenebilir.

¹²⁰⁴ Bu konuda bkz, NOMER, **Devletler**, s. 308; şANLI, **Tahkim**, s. 107; şANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 255; SARGIN, **Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 205; EKŞİ, **Roma Konvansiyonu**, s. 91; TARMAN, s. 150; AKINCI, **İnşaat**, s. 75; DEMİR GÖKYAYLA, s. 294.

¹²⁰⁵ DEMİR GÖKYAYLA, s. 294.

¹²⁰⁶ şANLI, **Ticari Akitler**, s. 41.

Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nde hukuk seçimi sözleşmesinin varlığı ve geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin ayrı bir bağlama kuralı getirilmiştir. Buna göre, Konvansiyon madde 3/IV ile Tüzük madde 3/V uyarınca, hukuk seçimi sözleşmesinin ehliyet, şekil ve maddi geçerliliğe ilişkin meselelerinin genel hükümlere göre çözüme kavuşturulacağı ifade edilmektedir¹²⁰⁷. Dolayısıyla, belirtilen meselelerde hukuk seçimi sözleşmesinin hukuki kaderi, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi kılınmaktadır. Buna karşılık, Türk Hukuku açısından hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK'ta herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bu konuya ilişkin değişik görüşler ileri sürülmektedir.

a. Lex Fori Görüşü

Hukuk seçiminin geçerliliğine lex forinin uygulanması gerektiğini savunan görüş, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu yürürlüğe girmeden önce, federal mahkeme tarafından geliştirilen “ön akit” kavramından hareket ederek kabul edilmiştir¹²⁰⁸. Hukuk seçiminin esas sözleşmeden bağımsızlığı dikkate alınarak tarafların uygulanacak hukuku kararlaştırmalarının ön akit niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹²⁰⁹. Ayrıca, lex fori; yani mahkemenin hukuku, yabancı unsurlu her somut uyuşmazlıkta hâkime kolaylık sağlamaktadır. Zira, hâkimin en iyi bildiği hukuk kendi hukukudur¹²¹⁰. Dolayısıyla, hukuk seçiminin geçerliliğine de uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.

Ancak, pek çok açıdan bu görüş haklı olarak eleştirilmektedir. Öncelikle, lex fori ilkesi tarafları hiç bilmedikleri ve bağlanmak istemedikleri bir yer hukukuna hukuk seçimi sözleşmesini tabi kılabilir. Daha net bir ifadeyle, bu görüş davanın açıldığı yere göre tarafları, kendileri ve ilgili uyuşmazlık ile hiçbir bağlantısı olmayan bir hukuk ile karşı karşıya getirebilmektedir. Bu nedenle, lex fori ilkesinin tatbikinin irade serbestisi ilkesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmektedir¹²¹¹. Kanımızca, bu eleştiri oldukça yerindedir. Zira, uygulanacak hukukun tespitinde esas alınan gaye, tarafların uygulanmasının kendi menfaatlerine en uygun olacağı hukukun belirlenmesidir.

¹²⁰⁷ Bu konu hakkında bkz., DEMİRKOL, s. 80.

¹²⁰⁸ TURHAN, “İsviçre Devletler Özel Hukuku”, s. 123; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 28; ULUOCAK, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 186.

¹²⁰⁹ TURHAN, “İsviçre Devletler Özel Hukuku”, s. 123

¹²¹⁰ DOĞAN, *İş Akdi*, s. 28.

¹²¹¹ DOĞAN, *İş Akdi*, s. 29.

Hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukukun lex fori olması gerektiğine ilişkin diğer bir eleştiri, bu görüşün hukuki öngörülebilirliği ve kesinliği ortadan kaldıracığına ilişkindir¹²¹². Daha akdin taraflarca kurulması sırasında, uyuşmazlığın hangi mahkemede çözümleneceği tam olarak bilinmemektedir. Dolayısıyla, tarafların edimlerini ifa ederken hangi hukuka göre hareket edecekleri de belirsizdir. Ayrıca, birden fazla mahkemenin yetkili olması halinde, hangisinin hukukunun esas alınacağı sorusu da cevapsız kalmaktadır.

Belirtilen tüm bu eleştirilerin yanı sıra, hukuk seçiminin geçerliliğine lex fori ilkesinin uygulanması halinde, forum shoppingin kaçınılmaz olacağı da haklı olarak ifade edilmektedir¹²¹³. Zira, bu konuda erken davranan taraf, kendisi için en elverişli hukukun uygulanmasını sağlayacak olan mahkemede davayı açabilme imkânına sahiptir.

Yukarıda belirtilen bütün görüşlerin yerindeliği kanımızca, sadece hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği hususuna ilişkindir. Bu sözleşmenin etkileri açısından lex fori prensibinin tatbikinin zorunluluk arz ettiği söylenebilir. Taraflarca seçilen hukuk kamu düzeni müdahalesi ve müdahaleci normların varlığı halinde sınırlı bir şekilde uygulanabilmektedir. Bu hususların tespitinde doğal olarak, mahkeme kendi hukukunu esas almaktadır.

b. Lex Contractus Görüşü

Türk Hukuku'nda da taraftar bulan bu görüşe göre, asıl sözleşme ile hukuk seçimi sözleşmesinin tek ve aynı hukuka tabi tutulması gerekmektedir. Hukuk seçiminin geçerliliğine de seçilen hukukun karar vermesi makul görünmektedir¹²¹⁴. Zira, lex contractus görüşünün taraf iradeleri ile bağdaştığı ileri sürülmektedir¹²¹⁵. Aynı zamanda, birden çok hukukun seçildiği durumlarda, herbir hukuk seçiminin geçerliliğine seçilen o ülke hukukunun uygulanacağı belirtilmektedir¹²¹⁶. Bu durum daha çok kısmi hukuk seçimi yapıldığında söz konusu olabilir.

Hukuk seçiminin geçerliliğine seçilen hukukun uygulanması gerektiğini savunan görüşe getirilen en temel eleştiri, taraf menfaatinin etkin bir şekilde korunamayacağına

¹²¹² TİRYAKİOĞLU, s. 26.

¹²¹³ TİRYAKİOĞLU, s. 26.

¹²¹⁴ DEMİR GÖKYAYLA, s. 295; HILL/CHONG, s. 545.

¹²¹⁵ DOĞAN, *İş Akdi*, s. 28.

¹²¹⁶ TİRYAKİOĞLU, s. 27; DEMİR GÖKYAYLA, s. 296.

ilişkindir¹²¹⁷. Bu husus bir örnekle şu şekilde açıklanmaktadır¹²¹⁸: Tacir tarafından sözleşme yapmak üzere muhataba bir taslak sunulduğunu; kendi işyeri hukukunun uygulanacak hukuk olarak belirlendiğini farz edelim. Bu durumda, söz konusu öneriye karşılık muhatabın susması halinde, lex contractus görüşüne göre hukuk seçimine uygulanacak hukuk tacirin işyeri hukukudur. Burada, sözleşmenin karşı tarafının aleyhine bir durum meydana gelmektedir. Zira, tacirin kendi lehine olan hukuk özellikle karşı tarafın zayıf durumda olup da pazarlık gücünün daha az olduğu hallerde, adaletsiz sonuçlara neden olabilmektedir.

Diğer yandan, susmanın kural olarak kabul sayılmadığı hukuk sistemleri açısından bu durumda hukuk seçiminin varlığının tartışılması gerekmektedir. Türk Hukuku'nda kural olarak susma bir irade beyanı olarak kabul edilmemektedir¹²¹⁹. Ancak, TBK madde 6 uyarınca kanun veya işin niteliği ya da durumun gereği, öneren açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde kabul edilmiş sayılmaktadır. Kanımızca Türk Hukuku açısından bu söz konusu örnekte de sözleşmenin navlun sözleşmesi olduğunu varsayarsak öneri sahibi kanun veya işin niteliği ya da durumun gereği açık bir şekilde kabul beyanını beklemek zorunda olmadığı için muhatabın susmasına kabul anlamı yüklenebilir. Buna karşılık, konişmento sözleşmesi için aynı kanıya varmanın mümkün olmadığı görüşüdeyiz. Zira, konişmento sözleşmesi aynı akit olduğu için karşılıklı iradelerin varlığının yanı sıra, senedin teslimi de sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması için şarttır.

Bu görüşün uygulanması, taraflardan biri lehine sözleşmedeki menfaat dengesini bozabilecek bir durum yaratma olasılığının yanı sıra, kısır döngüye de neden olduğu gerekçesiyle de eleştirilmektedir¹²²⁰. Zira, öneri ve kabul beyanlarının hangi şartlar altında hukuk seçimi sözleşmesini kuracağı, her hukuk sistemine göre farklılık arz ettiği ve bu nedenle de kısır döngünün tipik bir örneğini oluşturduğu ifade edilmektedir. Nitekim, seçilen hukukun hukuk seçimi sözleşmesine uygulanabilmesi için öncelikle bu sözleşmenin hukuken var olması gerekmektedir.

Ancak, kanımızca bu son eleştiriye katılmak mümkün değildir. Bu durumda, sözleşmenin kurulma anından itibaren uygulanacak hukuk bellidir. Lex contractus görüşüne

¹²¹⁷ BOGGIANO, s. 40.

¹²¹⁸ BOGGIANO, s. 40.

¹²¹⁹ Bu konuda bkz., EREN, s. 136; OĞUZMAN I, ss. 67-68.

¹²²⁰ DEMİRKOL, s. 85.

göre, asıl olan taraf iradelerine geçerlilik tanımaktadır. Zira, tarafların seçtikleri hukukun en iyi ve uygun hukuk olduğu faraziye olarak kabul edilmektedir. Kanımızca, bu faraziye hukuk seçimi sözleşmesine uygulanacak hukuk için de geçerli olduğu için taraflara söz konusu sözleşmeye de uygulanacak hukuku kararlaştırabilme imkânı tanınması gerekmektedir.

Ayrıca, seçilen hukukun hukuk seçimi sözleşmesini geçersiz sayması halinde, lex foriye göre objektif bağlama kuralları uyarınca uygulanacak hukukunun tespit edileceği ifade edilmektedir. Bunun da hukuk seçiminde taraf iradesini anlamsızlaştıracağı kanımızca da yerinde olarak ifade edilmektedir. Konumuz itibarıyla bu durumu örneklendirecek olursak, navlun sözleşmesine İngiliz Hukuku'nun uygulanacak hukuk olarak kararlaştırıldığını farz edelim. Bu görüşe göre tarafların akdettiği hukuk seçimi sözleşmesine İngiliz Hukuku tatbik edilecektir. Dolayısıyla, İngiliz Hukuku'na göre bu sözleşmenin geçersiz olması halinde, taraf iradesini hukuken hiç var olmamış sayarak, doğrudan esas sözleşmeye lex forinin objektif bağlama kurallarına göre tespit edilen yetkili hukukun, hukuk seçimi sözleşmesine de hâkim olacağı kabul edilmektedir¹²²¹.

Kanımızca, bu görüşe ilişkin getirilebilecek en temel eleştiri, hangi hukukun taraflarca kararlaştırıldığının tam olarak belirlenemediği durumlarda uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği sorusunun cevapsız kalmasıdır. Fransız Hukuku'nda seçilen hukukun belirsiz olması halinde, lex fori ilkesinin uygulandığı görülmektedir. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin verdiği karara¹²²² konu olan olayda, taraflardan biri sigorta sözleşmesinin kurulması amacıyla uygulanacak hukukun Fransız Hukuku olacağını da içeren bir irade beyanını karşı tarafa yöneltmiştir. Buna karşılık, muhatap öneriyi uygulanacak hukukun İtalyan Hukuku olması halinde kabul edeceğini bildirmiştir. Çıkan uyuşmazlıkta mahkeme, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığını lex fori; yani Fransız Hukuku'na göre tespit etmiştir. Zira, ortada seçilen hukukun ne olduğu konusunda belirsizlik mevcuttur.

c. Favor Negotii Görüşü

Türk Hukuku'nda Doğan'ın savunduğu favor negotii görüşü uyarınca, hukuk seçimi sözleşmesinde eğer taraflar müşterek bir hukuka sahip iseler ilgili sözleşmenin geçerliliğine

¹²²¹ Bu konu ile ilgili olarak bkz., CLARKSON/HILL, s. 246.

¹²²² İlgili Karar için bkz., BOGGIANO, s. 40.

bu hukukun uygulanması gerekmektedir¹²²³. Hukuk seçimi sözleşmesi esas sözleşmenin tabi olduğu hukuka ya da tarafların müşterek hukukuna göre geçerli ise geçerli kabul edilmesinin milletlerarası akitler hukuku alanında kabul edilen irade serbestisine de uygun olduğu ifade edilmektedir¹²²⁴. Söz konusu görüş karma niteliktedir. Bir yandan, tarafların seçtikleri hukukun uygulanmasını kabul etmektedir. Diğer yandan ise lex contractus ilkesinin tatbikine getirilen eleştirileri bertaraf etmek maksadıyla, tarafların müşterek hukuklarının uygulanmasına da cevaz verilmektedir.

d. Farazi Akit Statüsü Görüşü

İngiliz Hukuku'nda ortaya atılan farazi akit statüsü görüşüne göre, ilk etapta hukuk seçiminin geçerliliğine seçilen hukukun tatbik edileceği kabul edilmektedir¹²²⁵. Ancak, seçilen hukuka göre sözleşme geçersiz kabul ediliyorsa, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin genel hükümler uyarınca uygulanacak hukukun tespit edileceği ifade edilmektedir. Bu anlamda, seçilen hukukun hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacağına ilişkin bir anlaşma anlamına geleceği varsayılmaktadır¹²²⁶.

Bu görüşe benzer bir öneri, 1986 tarihli Menkul Mal Satım Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Konvansiyon¹²²⁷ madde 10/I itibarıyla da getirilmektedir¹²²⁸. İlgili hüküm uyarınca, hukuk seçimine seçilen hukukun uygulanması halinde ilgili sözleşme geçersiz hale geliyorsa, işbu Konvansiyona göre hukuk seçimi yapılmaması halinde objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun tespit edileceği hükme bağlanmaktadır.

Farazi akit statüsü görüşü de iki sebepten dolayı eleştirilmektedir. Öncelikle, hangi hukukun seçilmiş sayılacağına belirsiz olduğu hallerde uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceğine ilişkin bir yöntem ortaya koyulamamaktadır. Zira, iki tane farazi akit statüsü mevcuttur¹²²⁹. Ayrıca, günümüz milletlerarası özel hukuk sisteminde tarafların sadece gerçek

¹²²³ DOĞAN, *İş Akdi*, s. 30.

¹²²⁴ DOĞAN, *İş Akdi*, s. 30.

¹²²⁵ CLARKSON/HILL, s. 247; HILL/CHONG, s. 545.

¹²²⁶ CLARKSON/HILL, s. 247 HILL/CHONG, s. 545.

¹²²⁷ İlgili Konvansiyonun İngilizce tam metni için bkz., <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt31en.pdf> (e.t.: 01.12.2013)

¹²²⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi hakkında bkz., TİRYAKİOĞLU Bilgin, "Menkul Malların Milletlerarası Satışına İlişkin Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1982 Tarihli La Haye Sözleşmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 14, Sayı 1-2, 1994, ss. 121-136. ("La Haye")

¹²²⁹ TİRYAKİOĞLU, s. 26.

iradeleri dikkate alınmaktadır. Bu nedenle de farazi akit statüsünün de tarafların gerçekte istedikleri ortak niyet ve arzularını tam olarak yansıtamadığı savunulabilir.

e. Hukuk Seçiminin Geçerliliğine Hukuk Kurallarının Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş

Doktrinde bir görüşe göre, hukuk seçimi sözleşmesinin temelinde herhangi bir ulusal hukuk sisteminin olamayacağı; hukuk kurallarının da taraf iradesinin kaynağını oluşturabileceği iddia edilmektedir¹²³⁰. Buna sebep olarak da irade serbestisinin günümüzde artık ortak bir hukuk normu olarak kabul edilmesi sebebiyle, bütün hukuk sistemlerinde hukuk seçiminin geçerliliğinin faraziye olarak kabul edilmesi olduğu ifade edilmektedir¹²³¹.

Ancak, bu konuda esas alınacak hukuk kurallarının neler olduğu belirsizdir. Zira, kanunlar ihtilafı kurallarını bir bütün olarak yeknesaklaştıran uluslararası düzenlemeler mevcut değildir. Bu bağlamda, 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu¹²³², nun hukuk seçimi sözleşmesine kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir¹²³³. Dolayısıyla, burada kanunlar ihtilafı hükümlerinden ziyade, maddi hukuk hükümlerinin uygulanması önerilmektedir.

Bu görüş, taraf iradelerine ulusal hukuk sistemlerinin üstünde değer verdiği gerekçesiyle makul görülebilir. Ancak, hukuk seçiminin geçerliliğine hukuk kurallarının uygulanmasının birtakım sakıncaları beraberinde getireceği düşüncesindeyiz. Öncelikle, uluslararası alanda hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması çalışmalarına rağmen, bu konuda istenilen sonuca ulaşıldığının söylenmesi oldukça zor gözükmektedir. Dolayısıyla, uygulanacak maddi hukuk normlarının neler olacağı da belirsizlik göstermektedir. Bu hususun hukuki kesinliği ve öngörülebilirliği zedeleyebileceği söylenebilir. Ayrıca, Türk Hukuku da dâhil olmak üzere, birçok hukuk sisteminde hukuk seçiminin konusu ulusal hukuk sistemleri ile sınırlandırılmaktadır. Bu nedenle, hukuk seçiminin geçerliliğine uluslararası alanda kabul edilen hukuk kurallarının uygulanmasının kabul görmesinin mümkün olmayacağı kanısındayız.

¹²³⁰ ŞANLI, **Tahkim**, s. 110.

¹²³¹ ŞANLI, **Tahkim**, s. 110.

¹²³² İlgili Konvansiyonu'nun İngilizce tam metni için bkz., <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> (01.12.2013).

¹²³³ BOGGIANO, s. 41.

f. Değerlendirme

Hukuk seçiminin geçerliliğine ilişkin uygulanacak hukuk tespit edilirken hukuk seçimi sözleşmesinin ayrı ve bağımsız bir sözleşme teşkil ettiğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla, Roma Konvansiyonu madde 3/IV ve Roma I Tüzüğü madde 3/V olduğu gibi, hukuk seçimi sözleşmesinin parçalanarak uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiği kanısındayız.

Bu bağlamda, Türk Hukuku açısından hukuk seçimi sözleşmesinin şekli geçerliliğine MÖHUK madde 7'nin uygulanacağı söylenebilir. Ehliyeteye ilişkin meselede ise MÖHUK madde 9'un devreye gireceği ifade edilebilir. Ancak, maddi geçerliliğe ilişkin olarak MÖHUK madde 32'nin uygulanıp uygulanmamasının ne gibi sonuçları beraberinde getireceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Hukuk seçiminin maddi geçerliliğine, MÖHUK madde 32/I'in tatbikini kabul edecek olursak, taraflarca asıl sözleşme için seçilen hukuka göre geçerliliğin tespit edileceği ifade edilmektedir¹²³⁴. Bu husus da tipik olarak lex contractus ilkesinin tatbiki sonucunu doğurmaktadır. Hukuk seçimi sözleşmesinin bağımsızlığı nedeniyle, ilgili maddenin uygulanmasında herhangi bir sakınca olmadığı ifade edilmektedir¹²³⁵. Zira, asıl sözleşme statüsü sözleşmeyi geçersiz kılsa da hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğini koruyacağı ifade edilmektedir¹²³⁶.

Diğer yandan, kanımızca her iki sözleşmenin birbirlerinden tamamen bağımsız olması MÖHUK madde 32/I'in uygulanmasını engellemektedir. Taraflarca seçilen hukuk, asıl sözleşmeye uygulanma amacıyla belirlenmektedir. Burada taraflar hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir iradi tasarrufta bulunmamaktadırlar. Dolayısıyla, ilgili maddeden yola çıkarak, her iki sözleşmenin hukuki kaderinin de aynı hukuka tabi kılındığının taraflarca istendiğini iddia etmek, hukuk seçimi sözleşmesinin bağımsızlığı ve ayrılabilirliğine aykırıdır.

Ayrıca, seçilen hukukun hukuk seçimi sözleşmesine uygulandığını varsaymak, bu konuda farazi iradelerin kabul edildiği anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla, kanımızca hukuk

¹²³⁴ DEMİR GÖKYAYLA, s. 295.

¹²³⁵ BAYATA CANYAŞ, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 83.

¹²³⁶ BAYATA CANYAŞ, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 83.

seçiminin maddi geçerliliğine ilişkin uygulanacak hukukun tespitinde asıl önemli olan gerçek taraf iradeleridir. Bu nedenle de, tarafların açık ya da sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilirliği şartıyla örtülü beyanlarının varlığı halinde, hukuk seçiminin maddi geçerliliğine ilişkin uygulanacak hukuku tespit edip etmediklerine bakmak gerekmektedir.

Asıl sorun birden fazla hukukun seçildiği durumlarda hangi hukukun yetkili olacağına ilişkindir. Kanımızca, Akıncı'nın da belirttiği üzere¹²³⁷, yapılan tüm eleştirilere rağmen lex fori prensibinin bu meseleye tatbikinin uygun olacağı kanısındayız. Kaldı ki, asıl sözleşmeye yabancı hukukun uygulanması hâkim açısından ayrı bir külfet yüklemekle birlikte hukuk seçiminin geçerliliğine ayrıca seçilen hukukun maddi hükümlerinin araştırılması yargılamanın hızını da yavaşlatmaktadır.

2. Türk Hukuku Açısından Konişmentoda Yer Alan ve Navlun Sözleşmesine Yapılan Atıf Kayıtlarının Hukuk Seçimi Şartını Kapsayıp Kapsamadığı Sorunu

MÖHUK'ta hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukukun ayrıca düzenlenmemesi sebebiyle, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nde benimsenen sisteme uygun olarak maddi ve şekli geçerliliğe uygulanacak hukukun ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir. Konumuz itibarıyla ise konişmentoda navlun sözleşmesine yapılan atıf kaydının hukuk seçiminin maddi geçerliliği ve şekli geçerliliği olmak üzere iki başlıkta incelemeye çalışacağız.

a. Meselenin Şekli Geçerlilik Açısından Değerlendirilmesi

Hukuk seçiminin şekli geçerliliğine MÖHUK madde 7'de yer alan genel hükmü uygulayacak olursak, hukuk seçimi sözleşmesinin akdedildiği ülke hukukunda (LRA) ya da esasına uygulanacak hukukta belirtilen şekil şartına uygun bir şekilde kurulduğu takdirde geçerli olacağı ifade edilebilir.

Hukuk seçimi sözleşmesi açısından LRA'nın belirlenmesi önem arz etmektedir. Deniz taşımacılığında sözleşmeler, çoğunlukla internet, faks aracılığıyla gerçekleştirildiğinde

¹²³⁷ AKINCI, *İnşaat*, s. 75.

hazır olmayanlar arasında akdedilmektedirler. Akdin kurulma anı ise hazır olmayanlar arasında kabul beyanının öneri beyanı sahibine ulaştığı andır. Bu anlamda, senette navlun sözleşmesine yapılan genel atıf kayıtlarının taşıyıcının hukuk seçimi sözleşmesinin kurulmasına yönelik öneri beyanı olarak kabul ettiğimiz için, konişmento sözleşmesinin diğer tarafı olan yükletenin kabul beyanının taşıyıcıya ulaştığı anda kurulacağı ifade edilebilir.

Türk Hukuku'nda hukuk seçiminin şekli geçerliliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, konişmento açısından yazılı şekil şartının senedin kıymetli evrak niteliğinin doğal sonucu olduğu göz önünde bulunduracak olursak, uygulamada hukuk seçiminin yazılı yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle, Türk Hukuku açısından konişmentoda yer alan atıf kaydının hukuk seçiminin şekli geçerliliğine ilişkin herhangi bir etkisi söz konusu değildir.

b. Meselenin Maddi Geçerlilik Açısından Değerlendirilmesi

Konişmentoda yer alan ve navlun sözleşmesine yapılan atıfların hukuk seçimi şartı açısından geçerliliği atfın niteliğine göre belirlenmektedir. Bu tür atıflar genellikle çarter sözleşmesine yapılmaktadır. Eğer, çarter sözleşmesine yapılan atıf genel niteliği haizse konişmento sözleşmesi açısından hukuk seçiminin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Genel atıf ise “Navlun ve diğer bütün şartlar çarter-partideki gibidir. (*Freight and all other conditions as per charter.*)”, “Tüm şartlar ve istisnalar, çarter partideki gibidir. (*All conditions and exceptions as per charterparty*)”, “Bütün kayıt, hüküm ve istisnalar çarter-partideki gibidir. (*All the terms, provisions and exceptions as per charterparty*)” ya da “Diğer bütün şartlar çarter partideki gibidir. (*All other conditions as per charterparty*)” veya “Çarter-partideki bütün kayıt, şart ve istisnalar buraya dâhildir. (*All the terms, conditions and exemptions contained in charterparty are herein incorporated*)” şeklinde yer almaktadır.

Hukuk seçimi tipik bir sözleşme niteliğindedir. Tarafların karşılıklı ve uygun iradeleri ile akdedilmektedir. Ancak, konişmento sözleşmesi ile çarter sözleşmesinin tarafları her zaman aynı olmayabilir. Zira, navlun sözleşmesi taşıtan ve taşıyıcı, konişmento sözleşmesi ise yükleten ve taşıyıcı arasında akdedilmektedir. Dolayısıyla, genel atfın hukuk seçimini de kapsadığını ileri sürmek, hukuk seçimi sözleşmesinin nisbiliğine de aykırılık oluşturacağı söylenebilir.

Ayrıca, charter sözleşmesinin konusu belirli bir geminin tahsis edilmesi suretiyle eşya taşıma taahhüdü olmasına karşılık, konişmento sözleşmesinin konusu eşyayı talep etme hakkından ibarettir. Bu nedenle, seçilen hukukun charter sözleşmesinden doğan bütün ihtilaflara uygulanması öngörülmektedir. Ancak, konişmento sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların bu kapsama dâhil edilebileceği söylenemez.

Genel atfa rağmen konişmento sözleşmesine uygulanacak hukukun seçimine ilişkin açık ya da örtülü iradenin varlığını söylemek güç gözükmemektedir. Ancak, örtülü iradenin varlığına ilişkin önemli bir belirti oluşturduğu söylenebilir. Bu nedenle, senetteki diğer bağlantı noktaları ile desteklendiği takdirde, charter sözleşmesinde tarafların seçtiği hukukun konişmento sözleşmesinde örtülü hukuk seçiminin varlığına delil teşkil edebileceği söylenebilir. Zira, konişmentoda yer alan genel atfın tek başına MÖHUK madde 24/I itibarıyla sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde örtülü hukuk seçiminin varlığını kanıtlamaya yeterli değildir.

Diğer yandan, konişmentoda yer alan atıf kaydının hukuk seçimini de kapsayacak şekilde düzenlenmesi halinde açık irade beyanının varlığında bahsetmek mümkündür. Örneğin, atıf kaydının şu şekilde düzenlenmesinin bu husus için yeterli olduğunu kabul edilebilir: “ Hukuk seçimi de dâhil olmak üzere, charter partideki bütün kayıt, şart ve istisnalar buraya dâhildir.” Uygulamada genellikle hukuk seçimini kapsayıp kapsamayacağına ilişkin genel atıf kayıtları kabul görmemektedir¹²³⁸. Bu nedenle, atfın konişmento hamilleri açısından hukuk seçimini kapsayıp kapsamadığını açık olarak belirtmekte yarar görmekteyiz.

C. Konişmentoda Yer Alan ve Navlun Sözleşmesine Yapılan Atıf Kayıtlarının Yetki Şartı Açısından Geçerliliği

Taraflar uygulanacak hukukun yanı sıra, yetki sözleşmesi akdederek belli bazı şartların varlığı için uyuşmazlığın çözümünde yetkili mahkemeyi de tespit edebilmektedirler. Yetki sözleşmesini taraflar ayrı olarak akdedebilecekleri gibi, esas sözleşmeye yetki şartı

¹²³⁸ LI Ling, “Binding Effect of Arbitration Clause on Holders of Bill of Ladings as Nonoriginal Parties and a Potential Uniform Approach Thorough Comparative Analysis”, *Tulane Maritime Law Journal*, Vol. 37, 2012, s. 109.

koymaları suretiyle de tesis edebilmektedirler¹²³⁹. Ancak, bu durum, yetki sözleşmesinin esas sözleşmeden, ayrı ve bağımsız olmasına engel teşkil etmemektedir.

Konişmentoda yer alan ve navlun sözleşmesine yapılan atıf kayıtlarının yetki şartı açısından geçerliliği meselesi, aynı konuya ilişkin tahkim şartının geçerliliğinden daha az karmaşıklık göstermektedir. Zira, milletlerarası usul hukukunda özellikle yetki konusunda taraf iradelerine mutlak etki tanındığı söylenemez. Ayrıca, genellikle navlun sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkime başvurulmaktadır. Ancak, her iki sorun da maddi ve şekli geçerliliğe ilişkindir. Dolayısıyla, öncelikle yetki sözleşmesine uygulanacak hukukun nasıl tespit edilmesi gerektiği sorusuna cevap aramak gerekmektedir.

Yetki sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi uygulanacak hukukun tespiti açısından önem arz etmektedir. Bu konuda üç görüş ortaya atılmaktadır¹²⁴⁰. Yetki sözleşmesini maddi hukuk karakterli¹²⁴¹ kabul eden alan görüşe göre, öncelikle tarafların bu konuda hukuk seçiminde bulunup bulunmadıklarına bakılmaktadır. Hukuk seçiminin yokluğu halinde ise yetki sözleşmesinin esas sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi kılınması gerektiği ifade edilmektedir. Hukuk seçiminin geçerliliğine esas sözleşme statüsünün uygulanmasını ileri süren görüşe yapılan eleştirilerin benzeri, yetki sözleşmesini maddi hukuk karakterini esas alan görüşe karşı da yapılmaktadır. Bu anlamda, ilgili görüşün kabulü halinde ortaya çıkabilecek kısır döngünün engellenmesi amacıyla istisnai hükümlere de yer verilmektedir.

Diğer görüş ise yetki sözleşmesini usuli bir sözleşme¹²⁴² olarak kabul eden görüşün bir uzantısı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, yetki sözleşmesine uygulanacak hukuk usuli bir mesele olarak vasıflandırılmaktadır. Dolayısıyla da burada lex fori ilkesinin tatbik edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak, değişik öneriler ileri sürülse de birden çok

¹²³⁹ ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 212; ALANGOYA Yavuz / YILDIRIM Kamil/ DEREN YILDIRIM Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 106; PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usûl Hukuku**, 14. Bası, Ankara, 2013, s. 128.

¹²⁴⁰ Bu görüşler hakkında bkz., SARGIN Fügen, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara, 1996, ss. 93-104. (**Yetki Anlaşmaları**)

¹²⁴¹ Postacıoğlu yetki sözleşmesinin geçerliliğinin TBK'ya tabi olması gerektiğini savunmaktadır. Ancak, günümüzde bu görüş çok büyük ölçüde terk edilmiştir. POSTACIOĞLU, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1975, s. 160, dn. 13.

¹²⁴² Doktrinde genel kabul gören bu görüşe göre, yetki sözleşmesi asli ve doğrudan etkisini usul hukukunda göstermektedir. Zira, bu sayede yetkisiz bir mahkeme yetkili hale gelmektedir. Bu nedenle, maddi hukuka etkisi olan, onu değiştiren bir etkisi mevcut değildir. Dolayısıyla, geçerlilik şartlarının maddi hükümlere göre değil, usul hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 178; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 106; BOLAYIR Nur, **Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, İstanbul, 2009, s. 47.

mahkemenin yetkili kılındığı hallerde, uygulanacak hukukun hangi kritere göre belirleneceği belirsizdir.

Yetki sözleşmesinin karma niteliğini esas alan görüş, uygulanacak hukukun tespitinde parçalanmanın kaçınılmaz olduğu gerekçesiyle, sözleşmenin geçerliliği veya kurulması ile etkisi ya da hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuku ayrı ayrı belirlemektedir.

Türk Hukuku'nda yetki sözleşmesine uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir münferit düzenleme yer almamaktadır. Milletlerarası usul hukuku açısından da yetki sözleşmesi usul hukukuna ait bir akit olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bu sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde lex fori ilkesinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹²⁴³. Zira, mahkemelerin yetkili olup olmama meselesi, egemenlik yetkisi ile bağlantılıdır. Mahkemenin karar verme yetkisinin kaynağı egemenlik yetkisinin üçayağından birini oluşturan yargı hakkı ile doğrudan bağlantılıdır¹²⁴⁴. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinin önüne konişmentoda yer alan ve çarter sözleşmesine yapılan atfın yetki şartını kapsayıp kapsamayacağı meselesinde şekli ve maddi geçerliğe lex fori; yani hâkimin hukuku olan Türk Hukukunun uygulanacağı söylenebilir.

1. Meselenin Şekli Geçerliliğe Göre Değerlendirilmesi

Türk mahkemelerinin önüne, konişmentoda yer alan ve navlun sözleşmesine yapılan atıf kaydının, yetki şartını şeklen geçerli kılıp kılmayacağına ilişkin bir mesele geldiğinde ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir. İlk olarak, navlun sözleşmesinde yer alan yetki şartı ile Türk mahkemelerinin yetkili kılınması durumudur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 17 itibarıyla, tacirler ve kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş ve doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşme ile yetkili kılabilmektedirler. Ayrıca, HMK madde 18/II uyarınca, yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için yazılı yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir

¹²⁴³ NOMER, **Devletler**, ss. 461-462; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 378; SARGIN, **Yetki Anlaşması**, s. 211.

¹²⁴⁴ Mahkemelerce kullanılan karar verme yetkisinin doğrudan egemenliğin uzantılarından biri olan yargı hakkının sonucu olduğuna dair bkz., SARGIN, **Yetki Anlaşması**, s. 28; NOMER Ergin, "Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu", **İHFM**, Cilt XL, Sayı 1-4, 1974, s. 404. ("Milletlerarası Yetki")

olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin belirtilmesi gerekmektedir¹²⁴⁵. Burada belirtilen yazılılık şartı geçerlilik şartıdır¹²⁴⁶.

Adi yazılılık şartından kastedilen yazılı metin ve imzadır¹²⁴⁷. Konişmentoda ise yükletenin imzası bulunmamaktadır. Dolayısıyla, atıf kaydı ile konişmentodan doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar için Türk mahkemelerinin yetkili kılınması mümkün görünmemektedir. Aslında burada yükletenin imzasının yokluğu, genel olarak konişmentoda yer alan yetki şartını şeklen geçersiz hale getirmektedir. Bu nedenle, Türk mahkemelerinin navlun sözleşmesine yapılan atıf kaydı ile yetkilendirilebilmesi için ayrıca yükletenin ya da üçüncü kişi konumundaki konişmento hamillerinin imzasının da bulunması gerekmektedir. Buna karşılık, navlun sözleşmesinde yer alan yetki şartının atıf kaydı ile üçüncü kişi konumundaki konişmento hamili açısından geçerliliği için senet ciro edilirken atılan imzanın ise yeterli olabileceği kanısındayız. Ancak, bu durumda atıf kaydının yetki anlaşmasının maddi geçerliliğini sağlayıp sağlamadığının ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.

İkinci ihtimal ise yabancı mahkemeleri yetkili kılan yetki şartını içeren navlun sözleşmesine konişmentoda atıf yapılması durumudur. Türk Hukuku açısından bu durumda MÖHUK madde 47'nin uygulanacağı söylenebilir¹²⁴⁸. MÖHUK madde 47 uyarınca, yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, tarafların aralarında yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilecekleri ifade edilmektedir. Anlaşmanın yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olacağı hükme bağlanmaktadır. Burada, yazılılık şartı ispat şartı olarak kabul edilmektedir¹²⁴⁹. Dolayısıyla, konişmentoda yer alan atıf kaydı yoluyla, yabancı mahkemelerin yetkili kılınması hususunda da şeklen geçerliliğe ilişkin

¹²⁴⁵ Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları için bkz., DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, ss. 92-95; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 379; ŞANLI, **Ticari Akitler**, ss. 76-83; ALAGONYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, ss. 106-112; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, ss. 178-186; BOLAYIR, ss. 142-144; SÜRAL Ceyda, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemeleri'nin Milletlerarası Yetkisine Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 100/2012, ss. 190-191.

¹²⁴⁶ ŞANLI, **Ticari Akitler**, s. 77; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 182; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 91; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 379.

¹²⁴⁷ Bu konuda bkz., OĞUZMAN/ÖZ I, ss. 144-152; EREN, ss. 272-282; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, ss. 277-300.

¹²⁴⁸ Bu konuda hakkında bkz., NOMER, **Devletler**, ss. 463-471; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, ss. 87-90; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. ; ŞANLI, **Ticari Akitler**, ss. 88-93.

¹²⁴⁹ NOMER, **Devletler**, ss. 463-471; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 384-400; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 91; ŞANLI, **Ticari Akitler**, s. 93.

herhangi bir sorun görülmemektedir. Zira, geçerlilik için herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır.

Bu bağlamda, konişmentoda genel olarak yükletenin imzasının bulunmaması yabancı mahkemelerin yetki sözleşmesi ile yetkili kılınıp kılınmayacağını etkilememektedir. Nitekim, Yargıtay'ın 22.05.2000 tarihli 11. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararda¹²⁵⁰ davalının konişmentonun yetki şartına dayalı itirazı yerinde bulunmuştur. Bu kararda mahkeme konişmentoda yer alan yetki şartının geçerliliğine imzanın etkisine değinmemiş; ancak senet hamilinin imzasının bulunmamasına rağmen yetki şartına geçerlilik tanınmıştır. Keza, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.03.2008 tarihli kararında¹²⁵¹ da aynı sonuca ulaşılmıştır. Bu durumda tek sorun taraf iradelerinin tespitine yönelik olarak ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, yabancı mahkemeleri yetkili kılan yetki şartını içeren navlun sözleşmesine konişmentoda atıf yapılması durumunda, yetki anlaşmasının şeklen geçersizliğe ilişkin savın yerinde olmadığı söylenebilir. Bu durumda mahkemece iddianın reddedilmesi ve yetki şartının şeklen geçerli olduğuna hükmedilmesi gerekmektedir. Ancak, yetki şartının maddi açıdan geçersiz olması ya da yabancı mahkemenin kendini yetkisiz sayması halinde, HMK'da yer alan yer itibarıyla yetki kurallarına göre Türk mahkemelerinin yetkili olduğuna karar verilebilir.

2. Meselenin Maddi Geçerliliğe Göre Değerlendirilmesi

Yetki sözleşmesi de usuli bir akit olarak kabul edilse de tarafların karşılıklı ve uygun irade beyanlarının varlığı ile akdedilmektedir. Ancak, konişmento hamili aynı zamanda navlun sözleşmesinin ve dolayısıyla, sözleşmede yer alan yetki anlaşmasının tarafı olmadığından genel atıf kaydının maddi geçerlilik için yeterli olmadığı söylenebilir. Burada, taşıyıcı ile konişmento hamili arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde Türk Hukuku'na göre atıf kaydı yoluyla yetki sözleşmesine geçerlilik tanınması için tarafların yetki şartı ile ayrıca bağlı olup olmadıklarını belirtmeleri gerekmekte midir? Daha net bir ifadeyle, *“Ön yüzünde tarihi belirtilmiş olan charter partinin tüm hüküm ve şartları, hak ve istisnaları, -tabii olunan hukuk ve yetki- klozu da dâhil olmak üzere bu suretle geçerli*

¹²⁵⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 22.05.2000, E. 2000/3706 K. 2000/4482, <http://www.kazanci.com> (e.t.: 23.12.2013).

¹²⁵¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.03.2008, E. 2008/11-277 K. 2008/280, <http://www.kazanci.com> (e.t.: 23.12.2013).

kılınmıştır.” şeklinde bir atıf yetki şartını geçerli kılmak için gerekli midir? Bu konuda taraf iradelerinin varlığı için özel atıf kaydının gerekli olduğu kanısındayız. Aksi takdirde, konişmento hamili tarafı olmadığı bir sözleşme ile bağlı kılınabilmektedir. Ayrıca, konişmentodan kaynaklanan hangi tip uyuşmazlıkların yargı yoluna götürülmesinin taraflarca amaçlandığının özel atıf kaydından anlaşılması gerekmektedir.

Bu açıdan bakıldığında, konişmento hamilinin aynı zamanda atıf yapılan navlun sözleşmesinin tarafı olması halinde senetten doğmuş veya doğabilecek olan uyuşmazlıklarda söz konusu yetki şartına istinaden devlet yargısına başvurup başvuramayacağının da ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, taraf iradelerinin varlığından bahsedilebilir. Ancak, atıf ile Türk Hukuku açısından yetki sözleşmesinin geçerliliği için aranan uyuşmazlığın belirli olma şartının tam anlamıyla sağlanamadığı söylenebilir. Zira, yapılan atıf ile konişmentodan kaynaklanan hangi nitelikteki uyuşmazlıkların yetki şartında yer alan mahkemeye götürüleceği tam olarak netlik göstermemektedir. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinde yer alan yetki anlaşmasının atıf yoluyla maddi açıdan geçerli kabul edilebilmesi için ilgili kayıt ile tarafların gerçek iradelerinin açık bir biçimde ortaya konulması gerektiği kanısındayız. Yorum yoluyla tarafların asıl maksatlarının belirlenmesinin mümkün olamayacağı söylenebilir. Zira, konişmento ve navlun sözleşmesi birbirinden farklı iki hukuki ilişkidir ve her ikisinden doğabilecek uyuşmazlıklar farklılık gösterebilmektedir. Atıf kaydı ile konişmentodan doğan hangi tip uyuşmazlıkların yetki sözleşmesinin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açık bir şekilde belirtildiği takdirde, maddi geçerliliğin tam anlamıyla sağlanacağı ifade edilebilir.

D. Konişmentoda Yer Alan ve Navlun Sözleşmesine Yapılan Atıf Kayıtlarının Tahkim Şartı Açısından Geçerliliği

Genellikle, deniz ticareti sözleşmelerinde tahkim anlaşması esas sözleşme ile birlikte akdedilmektedir. Bu durumda ise tahkim şartı olarak adlandırılmaktadır. Buna rağmen, esas sözleşmeden ayrılabilirliği ilkesi (separability of arbitration agreements) ¹²⁵² nedeniyle, esas

¹²⁵² Bu ilkenin sonucu olarak esas sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden bağımsız olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., NOMER, *Devletler*, s. 523; ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 253; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 545; ÖZEL, *Ticari Tahkim*, s. 62; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 127; HILL/CHONG, ss. 765-766; LEW Julian D./MISTELIS Loukas/KRÖLL Stefan M., *Comparative International Arbitration*, London, New York, 2003, ss. 102-105; ERKAN Mustafa, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, Ankara, 2013, ss. 82-98 (*Yetki Sorunları*); KALPSÜZ Turgut, “Tahkim Anlaşması”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, Cilt 2, İstanbul 2003, ss. 1042-1045; ERKAN Mustafa, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”,

sözleşmenin varlığı ve geçerliliği tahkim anlaşmasını etkilememektedir. Nitekim, bu esas Türk Hukuku'nda MTK madde 4 itibarıyla da benimsenmektedir. İlgili hükmün dördüncü fıkrası itibarıyla, tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamayacağı hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinde yer alan tahkim şartı doğrudan konişmento ile alakalı ya da bağlantılı kabul edilmemektedir¹²⁵³. Ayrıca, konişmento ile ilgili kişiler, taraf olmamaları sebebiyle navlun sözleşmesinde yer alan tahkim şartı ile bağlı değildir¹²⁵⁴.

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ve ayrılabilirliği karşısında, charter sözleşmesinde yer alan tahkim şartının konişmento hamilleri açısından geçerliliği birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Zira, charter sözleşmesine konu olan taşımaya ilişkin tesis edilen konişmentolar, bu sözleşmeden bağımsız olmalarına rağmen; charter partiye tabi kılınmaktadır¹²⁵⁵. Kırkambar sözleşmelerine bağlı tanzim edilen konişmentolarda ise tahkim şartına yer verilmektedir¹²⁵⁶. Ayrıca, genellikle konişmento hamili kırkambar sözleşmesinin de tarafı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yetki şartı açısından da söz konusu olduğu üzere, tahkim şartının geçerliliği meselesi de ayrı bir çalışma konusunu oluşturmaktadır. Ancak, bu meseleyi konumuzla sınırlı bir şekilde tahlil edecek olursak, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinin öncelikli olarak yapılması gerekmektedir. Daha sonra, yetkili hukuka göre atıf yoluyla tahkim şartının geçerli olup olmadığı ortaya koyulmaktadır. Bu konuda Türk Hukuku'nda tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin üç önemli düzenleme karşımıza çıkmaktadır. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi (New York Sözleşmesi), Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Sözleşmesi (Avrupa Sözleşmesi) ile MTK¹²⁵⁷.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, Sayı 1-2, 2013, ss. 535-562. (“Tahkim Şartı”); ROSEN Janet A., “Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence ‘de la Competence’”, **Fordham International Law Journal**, Vol. 17, Issue 3, 1993, ss.606-608; LIELBARDE Sandra, **The Incorporation Of a Charterparty Arbitration Clause In The Bill Of Lading: Binding Effect Of Contract Without Consent**, Master thesis, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1698465&fileId=1698466> (e.t.: 21.12.2012), ss. 25-26.

¹²⁵³ LI, s. 108.

¹²⁵⁴ LI, s. 108.

¹²⁵⁵ GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 692.

¹²⁵⁶ LI, s. 108.

¹²⁵⁷ Anayasa madde 90 itibarıyla, hem ulusal kanunlarda hem de milletlerarası sözleşmelerde aynı konu hakkında hükümlerin bulunması durumunda, milletlerarası sözleşmelerin uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. New York Sözleşmesi ile Avrupa

İlgili düzenlemeler kapsamında ise maddi ve şekli geçerliliğin farklı başlıklar altında ele alınması gerekmektedir.

1. Meselenin Şekli Geçerliliğe Göre Değerlendirilmesi

Başta Türk Hukuku olmak üzere, çoğu hukuk düzeninde tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılması geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir. New York Sözleşmesi madde II/2 itibarıyla, yazılı anlaşma teriminden karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye derç edilmiş olan bir hakem şartı ya da mukavelesinin anlaşılacağı hükme bağlanmaktadır.

Avrupa Sözleşmesi madde 1/2-a itibarıyla, tahkim şartının ya da sözleşmesinin bulunduğu esas sözleşmenin taraflarca imzalanması veya tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf veya teleskriptör içinde bulunması gerekmektedir. Ancak, yazılı şekil şartı aranmayan ülkeler arasındaki uluslararası ticari ilişkilerde, kanunları yazılı şekil şartını aramayan ülkelerin kanunlarına uygun şekilde yapılan tahkim anlaşmalarının geçerli olacağı hükme bağlanmaktadır.

New York Sözleşmesi'ne hemen hemen paralel bir düzenleme olan MTK madde 4/II uyarınca, tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılacağı belirtilmektedir¹²⁵⁸. Ancak, ilgili kanunda yazılılık şartı yeni gelişmelere daha uygun bir şekilde düzenlenmektedir. Bu bağlamda, MTK madde 4/II itibarıyla, Kanunun uygulama alanına giren hallerde, yazılı şekil şartının yerine getirilmesi için de tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, telek, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemesi gerekmektedir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla, tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de yazılı geçerlilik şartının sağlanacağı hükme bağlanmaktadır. Böylelikle, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği doğrudan

Sözleşmesi'nin uygulama alanları hakkında bkz., AKINCI Z., **Tahkim**, ss. 321-329; NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, ss. 51-53 ile ss. 87-91.

¹²⁵⁸ Bu konuda bkz., AKINCI Z., **Tahkim**, s. 116; NOMER, **Devletler**, ss. 523-524.

düzenlendiği için herhangi bir kanunlar ihtilafı sorununun ortaya çıkmayacağı ifade edilmektedir¹²⁵⁹.

Konuya ilişkin diğer önemli bir düzenleme ise Türkiye'nin taraf olmadığı Hamburg Kuralları'nda yer almaktadır. Söz konusu Kuralların uygulama alanına giren uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesi için de tahkim anlaşmasının yazılı akdedilmesi gerekmektedir. Bu anlamda, Hamburg Kuralları madde 22/I itibarıyla, taraflar işbu Andlaşma gereğince eşya taşınmasına ilişkin olarak çıkacak ihtilafların tahkim usulüne tabi olacağını yazılı şekilde kararlaştırılacakları belirtilmektedir.

Yukarıda genel ve soyut olarak belirtilen düzenlemelerin uygulama alanları farklıdır. Dolayısıyla, konişmentoda yer alan atıf kaydının tahkim anlaşmasını şeklen geçerli kılıp kılmayacağı meselesinin ilgili düzenlemelerin uygulama alanlarına göre ayrı ayrı ele alınması zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, MTK ve Hamburg Kuralları dışında atıf kayıtları yoluyla tahkim anlaşmasına geçerlilik kazanabilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Bu bağlamda, tahkim anlaşması için gerekli olan yazılılık şartından ne anlaşılması gerektiği konusunda Borçlar Hukuku'na nazaran daha esnek bir yaklaşım benimsenmektedir. Zira, TBK anlamında adi yazılı şekil şartının sağlanabilmesi için yazılı metin ve imzanın bulunması gerekmektedir. Gerek MTK madde 4/II, gerekse de New York Sözleşmesi madde II ile Avrupa Sözleşmesi madde 1/2-a açısından teknolojik gelişmeler göz önünde bulundurularak yazılı metinden ne anlaşılması gerektiği oldukça geniş yorumlanmaktadır. Ayrıca, MTK madde 4/II-son cümle de dikkate alındığında bu düzenlemeler açısından da konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği için aranan yazılı metin şartını yerine getirdiğini kabul etmek gerekmektedir.

Ancak, imza şartının da tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği açısından aranıp aranmayacağı hususu, çarter sözleşmesine yapılan ve konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının tahkim şartını içermesi meselesinin açıklığa kavuşturulması açısından özellikle önem arz etmektedir. TBK madde 14/I itibarıyla, yazılı şekle tabi bir sözleşmede yazılı metinde o sözleşme ile borç altına girenlerin imzalarının bulunması gerekmektedir. İkinci fıkra itibarıyla

¹²⁵⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 579.

ise imza şartının istisnasının teyit edilmiş olmaları şartıyla faks veya buna benzer iletişim araçlarının da yazılı şekil şartı olarak kabul edileceği hükme bağlanmaktadır.

Türk Hukuku'nda konişmentodan doğan uyuşmazlıkların çözümlü amacıyla tahkim yoluna başvurabilmek için yükleten ve taşıyıcının imzalarının gerekli olup olmadığı hususunda değişik görüşler mevcuttur¹²⁶⁰. Okay, konişmentonun yükleten tarafından imzalanmaması durumunda genel atıf kaydı yoluyla tahkim anlaşmasının tesis edilemeyeceği; dolayısıyla, taşıyıcının konişmento hamilleri ile arasındaki uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvuramayacağı sonucuna ulaşmaktadır¹²⁶¹. Kalpsüz ise basiretli tacir kuralının tahkim anlaşmasının akdedilmesi sırasında da dikkate alınması gerektiği üzerinde durmuřtur¹²⁶². Bu nedenle, yazara göre konişmentoda yer alan genel atıf kayıtlarının tahkim şartını da kapsayacağını kabul etmektedir.

Konişmento üzerinde sadece taşıyıcının imzası bulunmaktadır. Dolayısıyla, yükletenin imzası bulunmadığı için konişmentoda yer alan tahkim şartının yazılı geçerlilik şartını sağlamadığı söylenebilir. Bu nedenle, konişmentoda yer alan atıf kaydının da çarter sözleşmesindeki tahkim şartını içermeyeceğini kabul etmek gerektiği kanısındayız. Zira, TBK madde 14/I itibarıyla aranan imza şartının yerine getirilmediği söylenebilir¹²⁶³. MTK'ya kaynak teşkil eden UNCITRAL Model Kanunu¹²⁶⁴ madde 7/son uyarınca da, sözleşmede tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yapılmışsa sözleşmenin yazılı olması ve atfın sözleşmenin bir parçası olacak şekilde yapılması halinde tahkim anlaşmasının geçerli kabul edileceği ifade edilmektedir. UNCITRAL Model Kanunu'nda, genel olarak, konişmentoda yükletenin imzasının bulunmamasının tahkim şartının geçerliliği açısından tartışılmıştır. İmzanın yokluğunun tahkim şartını geçerli hale getirmeyeceği sonucuna ulařılmıştır¹²⁶⁵. Dolayısıyla, konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının navlun sözleşmesi açısından üçüncü kişi konumundaki

¹²⁶⁰ Türk Hukuku'nda ve yabancı hukuklarda bu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., EKŞİ, **Deniz Ticareti**, ss. 113-125

¹²⁶¹ OKAY Sami, "Navlun Mukavelelerinde Tahkim Şartı", **IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası**, Ankara, 1965, s. 429. ("Navlun Mukaveleleri")

¹²⁶² KALPSÜZ, ss. 1037-1039.

¹²⁶³ Aynı yöndeki görüşler için bkz., AKINCI Z., **Tahkim**, s. 117; DAVIES Martin, "Litigation Fights Back: Avoiding the Effect of Arbitration Clauses in Charterparty Bills of Lading", **Journal of Maritime Law and Commerce**, Vol. 35, No 4, 2004, ss. 628-629.

¹²⁶⁴ 2006 değişiklikleri ile birlikte 1985 tarihli Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu'nun İngilizce tam metni için bkz., http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (e.t.: 12.12.2013).

¹²⁶⁵ AKINCI Z., **Tahkim**, s. 116, dn. 212.

hamilin imzasının yokluğu nedeniyle tahkim şartını geçerli hale getirmeyeceği kabul edilmektedir¹²⁶⁶.

Nitekim, Türk Hukuku'nda doktrinde bu yönde görüşler de mevcuttur¹²⁶⁷. Dolayısıyla, charter sözleşmesine yapılan ve konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının tahkim şartını kapsayabilmesi için yükleten ya da yükleten dışında üçüncü kişi konumundaki konişmento hamilinin de imzasının bulunmasının şekli geçerlilik açısından gerekli olduğu kanısındayız¹²⁶⁸. Buna karşılık, konişmento düzenlenip yükletene teslim edildikten sonra, ciro edilirken hamillerin imzasının senedin arka yüzünde yer alması halinde yazılılık için gerekli olan imza şartının yerine getirilmiş sayılması gerektiği görüşündeyiz. Zira, milletlerarası ticari hayatın giderek karmaşık bir hale gelmesi imza zorunluluğunun daha esnek yorumlanmasını gerektirmektedir. Ancak, atıf yoluyla tahkim şartı ile bağlanma arzusunda değilse, senedi teslim alırken konişmento hamilinin bu hususu açık bir şekilde belirtmesi gerekmektedir.

Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 1959 tarihli kararında¹²⁶⁹ charter sözleşmesinde yer alan tahkim ve yetki şartının atıf yoluyla konişmento hamilleri açısından geçerli ve bağlayıcı olabilmesi için onlar tarafından imzalanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹²⁷⁰. Ancak, Yargıtay'ın daha sonraki kararlarında, sorun sadece taraf iradelerinin varlığının tespitine ilişkin olarak ele alınmıştır.

New York Sözleşmesi itibarıyla ise MTK madde 4/II-son cümle ya da UNCITRAL madde 7/son gibi bir hüküm yer almamaktadır. Buna rağmen, konişmentoda yer alan genel atıf kayıtları yoluyla tahkim anlaşmasının akdedebileceği kanısındayız. Zira, ilgili düzenleme uyarınca da karşılıklı olarak teati edilmiş mektup ve telgraflarda ve sair elektronik cihazlar marifetiyle gerçekleştirilen haberleşme vasıtalarının karşılıklı teati edilmeleri yoluyla

¹²⁶⁶ TRAPPE, Johannes, "The Arbitration Clause in a Bill of Lading", *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, Vol. 19, Issue 2, 1999, s. 340; MOSS Guiditta Cordero, **Validity of Arbitration Clauses Incorporated By References into Bill of Lading**, Master Thesis, <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/20437/MasterxthesisxCarolinaxGorgni.pdf?sequence=2>, s. 19 (e.t: 11.11.2013).

¹²⁶⁷ ÜNAN Samim, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1.5.1995 gün ve E. 1995/II-765 K. 1995/139 Sayılı Kararı Hakkında Değerlendirme", *Deniz Hukuku Dergisi*, Yıl 2, Sayı 2-3, 1997, ss. 138-139; DEREN YILDIRIM Nevhis, *Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, İstanbul, 2004, s. 39.

¹²⁶⁸ Esen, tahkim şartının taraflarca imzalanmış bir belgede yer alması halinde, sözleşmenin imzalanmasının yeterli olduğunu, tahkim şartının ayrıca imzalanmasına gerek olmadığını belirtmektedir. ESEN Emre, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, s. 73.

¹²⁶⁹ Yargıtay Ticaret Dairesi, E. 1958/2336 K. 1959/439, <http://www.kazanci.com> (e.t.: 24.12.2013).

¹²⁷⁰ ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 329; KALPSÜZ Turgut, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara, 2010, s. 39. (*Milletlerarası Tahkim*)

tahkim anlaşmasının kurulabileceği kabul edilmektedir¹²⁷¹. Nitekim, New York Sözleşmesi madde II’de belirtilen yazılı anlaşma için gereken şartlar sınırlı sayı ilkesine tabi değildir¹²⁷². Ayrıca, 6102 sayılı TTK madde 1237/III uyarınca belirtilen çarter sözleşmesine yapılan atıfların geçerli olabilmesi için konişmento ile birlikte çarter partinin de ibraz edilmesi gerektiği şartının sağlanabileceği ifade edilebilir. Bu sayede, tarafların tahkim anlaşmasından çarter sözleşmesinin tarafı olmayan konişmento hamilinin haberdar olduğu ve tahkim iradesinin New York Sözleşmesi açısından ispat edilmiş sayılması gerektiği kanısındayız¹²⁷³. Dolayısıyla, şekli geçerlilik için aranan yazılı metin şartının sağlandığı söylenebilir.

Bunun yanında, ilgili maddenin lafzından da imza şartına ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır¹²⁷⁴. Bu nedenle, yazılılık şartının sağlanması için imza gerekli değildir¹²⁷⁵. Ancak, burada önemli olan diğer tarafın tahkime gitme iradesinin ortaya konulmasıdır. Dolayısıyla, New York Sözleşmesi itibarıyla, gerek yükletenin, gerekse de konişmentonun diğer meşru hamillerinin çarter sözleşmesindeki tahkim şartından haberdar olmaları atıf kaydı yoluyla geçerlilik için gereken şarttır¹²⁷⁶.

Avrupa Sözleşmesi’nde ise atıf kayıtları yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Kanımızca, ilgili düzenleme açısından yazılılık şartını dar yorumlamak gerekmektedir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının bulunduğu esas sözleşmenin taraflarca imzalanması şartından yola çıkarak, konişmentoda yükletenin imzasının bulunmamasının senette yer alan atıf kaydının çarter sözleşmesindeki tahkim şartının geçerliliğini sağlayamayacağı kanısındayız.

¹²⁷¹ Bazı yazarlar, bu hükümden yola çıkarak New York Sözleşmesi itibarıyla, tahkim anlaşmasını örtülü irade ile tesis edilemeyeceği sonucuna ulaşmışlardır. Bu konuda bkz., POUDE Jean François/LESSON Sébatien, **Comparative Law of International Arbitration**, London, 2007, s. 170.

¹²⁷² ŞANLI, **Ticari Akitler**, s. 329; BRUNET Edward/SPEIDEL Richard/STERNLIGHT Jean R. E./BOYD William S./WARE Stephen J., **Arbitration Law in America A Critical Assessment**, New York, 2006, s. 236, dn. 190; DI PIETRO Dominic, “Incorporation of Arbitration Clauses by Reference”, **Journal of International Arbitration**, Vol. 21, Issue 5, s. 441.

¹²⁷³ Aksi görüş için bkz., DAVIES, s. 626. Ancak, Davis kaptanın temsilcisi konumundaki ikinci kaptanın konişmentoyu makbuz niteliği nedeniyle imzaladığı takdirde “karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan” tahkim şartı kriterini karşılayacağını belirtmektedir.

¹²⁷⁴ ŞANLI, **Ticari Tahkim**, ss. 329-330; ÖZEL, **Ticari Tahkim**, s. 67; BRUNET/SPEIDEL/STERNLIGHT/BOYD/WARE, s. 236; STRONG S.L, “What Constitutes An "Agreement In Writing" In International Commercial Arbitration? Conflicts Between The New York Convention And The Federal Arbitration Act”, **Stanford Journal of International Law**, Vol. 48, No 1, 2012, s. 65.

¹²⁷⁵ ŞANLI, **Ticari Akitler**, s. 252.

¹²⁷⁶ DI PIETRO, s. 442.

Konişmentoda yer alan atıf kaydının yükleten ve diğer meşru hamiller açısından maddi geçerliliğinin de ayrıca ortaya konulması gerekmektedir. Zira, atıf kaydının şeklen geçerliliği sağlamasına rağmen, konişmentonun muhataplarının iradelerinin yokluğu tahkim şartını senet açısından geçersiz hale getirebileceği söylenebilir. Bu kapsamda, söz konusu atıf kayıtlarının tahkim anlaşması için gerekli olan irade beyanlarının varlığı açısından yeterli olup olmadığının tartışılması gereklilik arz etmektedir.

2. Meselenin Maddi Geçerliliğe Göre Değerlendirilmesi

Yukarıda yapılan açıklamaların tümü, çarter sözleşmesine yapılan atfın, tahkim şartını şekli açıdan geçerli kılıp kılmayacağına ilişkindir. Diğer yandan, tahkim yargılaması kaynağını taraf iradesinden aldığı için bunun tespiti ayrı bir önem arz etmektedir. Hangi hallerde tarafların tahkim yoluna başvurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin bulunduğu meselesi ise tahkim sözleşmesinin maddi geçerliliğine ilişkindir. Bu husus da tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir. Zira, esasa uygulanacak hukuk taraf iradelerinin geçerliliğine veya geçersizliğine de karar vererek tahkim anlaşmasının hukuki kaderini belirlemektedir¹²⁷⁷.

MTK madde 4/III itibarıyla, tahkim anlaşmasının; tarafların bu anlaşmaya uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir seçim yoksa Türk Hukuku'na uygun olduğu takdirde geçerli olacağı ifade edilmektedir. Bu anlamda, MTK'nın uygulama alanına giren hallerde konişmentoda yer alan atıf kaydının tahkim anlaşmasını maddi açıdan geçerli kılıp kılmayacağı meselesi; yani taraf iradelerinin varlığı meselesinin, tarafların hukuk seçiminde bulunmadıkları durumlarda Türk Hukuku'na göre çözüme kavuşturulacağı söylenebilir.

Tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak sorunun çözümünde ise New York Sözleşmesi madde V/1-a itibarıyla meselenin ele alınacağı söylenebilir. İlgili hüküm itibarıyla ise tahkim anlaşmasının esasına ya tarafların seçtiği hukuk ya da tahkim yerinin uygulanacağı hükme bağlanmaktadır¹²⁷⁸.

¹²⁷⁷ ÖZEL, *Ticari Tahkim*, s. 79.

¹²⁷⁸ Bu konu hakkında bkz., ÖZEL, *Ticari Tahkim*, ss. 85-86.

Avrupa Sözleşmesi'nde ise esasa uygulanacak hukukun tespitine ilişkin daha kapsamlı bir hüküm yer almaktadır¹²⁷⁹. Bu anlamda, Avrupa Sözleşmesi madde 6/2 uyarınca, taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleyebilmektedirler. Bu konuda uygulanacak hukuku kararlaştırmamışlarsa, hakem kararının verildiği yer hukuku; yani tahkim yeri hukukunun uygulanacağı ifade edilmektedir. Ancak, taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk hakkında sakıt kalmışlar ve uyuşmazlık ulusal mahkemeler önüne gelmişse, hakem kararının nerede verileceği tam olarak belirlenemiyorsa, ilgili mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir.

Konişmentoda yer alan ve çarter sözleşmesine yapılan atıf kaydının tahkim şartını kapsayıp kapsamadığı meselesine ilişkin ise taraf iradesinin varlığı irdelenirken iki ihtimali göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. İlk ihtimal, konişmento hamilinin taşıtan dışında eşya ile ilgili kişilerden biri olması durumudur. Bu durumda konişmentoda yer alan atıf kaydının çarter sözleşmesindeki tahkim şartını kapsamayacağı kabul edilmektedir. Zira, konişmento hamili çarter sözleşmesine taraf değildir¹²⁸⁰. Bu nedenle, konişmento hamilinin tahkim şartından haberdar olduğunu iddia etmek iyi niyet kuralı ile bağdaşmamaktadır¹²⁸¹. Ayrıca, navlun sözleşmesinde yer alan tahkim şartı sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla akdedilmektedir. 6102 sayılı TTK madde 1237/I itibarıyla, konişmento ise taşıyıcı ile gönderilen arasındaki ilişkilerde esas alınmaktadır. Dolayısıyla, taşıma ilişkisinde üçüncü kişi konumundaki konişmentonun hamilinin, senetten doğan uyuşmazlıkların çözümü için genel atıf kaydına rağmen, çarter sözleşmesinde yer alan tahkim şartına dayanmamaktadır¹²⁸². Ancak, burada sadece sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna başvurulabileceği kararlaştırılmıştır.

Buradaki en temel sorun, konişmento hamilinin tahkim şartına ilişkin iradesinin varlığının tespitidir. Bu bağlamda, Türk Hukuku'nda özel bir atıfla tahkim şartının geçerli olacağı kabul edilmektedir¹²⁸³. Özel atıf ile yoruma gerek kalmayacak şekilde, konişmentoda

¹²⁷⁹ Bu konuda bkz., ÖZEL, **Ticari Tahkim**, s. 83.

¹²⁸⁰ ÖZEL, **Ticari Tahkim**, s. 64; LI, s. 109; POU DRE/LESSON, s. 219.

¹²⁸¹ MOSS, s. 10.

¹²⁸² ŞANLI Cemal, "Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve "Perdeyi Kaldırma Teorisi" Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağın Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl 22, Sayı 2, 2002, s. 776. ("Konişmentonun Devri")

¹²⁸³ ÖZEL, **Ticari Tahkim**, s. 65; ŞANLI, "Konişmentonun Devri", s. 774; OKAY, "Navlun Sözleşmeleri", ss. 432-433; ARSLAN İbrahim/AYDIN Sevgican, "Çarter Partideki Tahkim Klotunun Konişmento Hamiline Etkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Cilt XVII, Sayı 1-2, s. 137.

yer alan atıf kaydının tahkim şartını da kapsadığının anlaşılması gerekmektedir¹²⁸⁴. Daha net bir ifadeyle, atıf kaydının, taşıyıcı ile konişmentonun üçüncü kişi durumundaki hamilinin senetten doğmuş ve doğabilecek tüm uyuşmazlıkların hakem/hakemler nezdinde çözüme kavuşturulacağını kararlaştırdıklarına ilişkin irade açıklamasını ortaya koyması gerekmektedir¹²⁸⁵. Böylelikle, konişmentoyu devralan üçüncü kişinin, çarter sözleşmesindeki tahkim şartı ile bağlanma iradesinin varlığı doğrudan anlaşılabilir¹²⁸⁶. Ayrıca, özel atıf kaydının, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ve ayrılabilirliği prensiplerine de hizmet ettiği ileri sürülmektedir¹²⁸⁷.

Bu anlamda, Cogenbill 94 konişmentosunda “*Ön yüzünde tarihi belirtilmiş olan çarter partinin tüm hüküm ve şartları, hak ve istisnaları, -tabi olunan hukuk ve tahkim- klozu da dâhil olmak üzere bu suretle geçerli kılınmıştır.*”¹²⁸⁸ şeklinde yer alan atıf kaydının tahkim şartının konişmento açısından geçerliliği için yeterli sayılmaktadır¹²⁸⁹. Standart form şeklinde hazırlanan Cogenbill 94 konişmentosunda yer alan söz konusu atıf kaydı ayrıca önem arz etmektedir. Zira, uluslararası taşımalarda en sık kullanılan senetlerden biridir. Bu sayede atıf kaydına dayanılarak konişmento hamilinin iradesinin yokluğu itirazı ile karşılaşılma olanağı bertaraf edilmiş olmaktadır. Ayrıca, çarter partiye bitişik tanzim edilen bu senetlerde yer alan atıf kaydının belirliliği sayesinde hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik de sağlanmış olmaktadır¹²⁹⁰. Bu şekilde yapılacak bir atıfla hangi çarter sözleşmesine gönderme yapıldığının da açık bir şekilde belirtilmesi önemlidir. Zira, konişmento birden fazla çarter sözleşmesinin konusu oluşturan taşımalara ilişkin düzenlenebilmektedir.

Diğer yandan, kanımızca somut olayın özelliklerine göre tereddüde mahal bırakmayacak şekilde yapılan genel atıfların da tahkim şartını içerdini kabul etmek gerekmektedir. Burada tahkim iradesi, genel uygulamalar ve tarafların tutumu dikkate alınarak tespit edilebilir¹²⁹¹. Bu anlamda, tarafların esas sözleşmeyi ifa ederken¹²⁹² geçen süre

¹²⁸⁴ ÜLGNER Fehmi, “Konişmento ve Navlun Sözleşmesi’ndeki Tahkim/Yetki Klotlarının Uygulanması İle İlgili Sorunlar”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 4, Sayı 1-2, 1999, s. 74. (“Tahkim/Yetki Klotları”)

¹²⁸⁵ ŞANLI, **Ticari Akitler**, s. 328.

¹²⁸⁶ ŞANLI, “Konişmentonun Devri”, s. 777; ERKAN, **Yetki Sorunları**, s. 65.

¹²⁸⁷ ŞANLI, “Konişmentonun Devri”, s. 774; ERKAN, **Yetki Sorunları**, s. 65.

¹²⁸⁸ “*All the terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause, are herewith incorporated.*”

¹²⁸⁹ ÜLGNER, “Yetki/Tahkim Klotları”, s. 75; ÜLGNER, **Çarter Sözleşmesi**, s. 615; GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 690.

¹²⁹⁰ Bu konuda bkz., GOLDBY Miriam, “Incorporation Of Charterparty Arbitration Clauses Into Bills Of Lading: Recent Developments”, **The Denning Law Journal**, Vol. 19, 2007, s. 176.

¹²⁹¹ ŞANLI, “Konişmentonun Devri”, ss. 774-775; ERKAN, **Yetki Sorunları**, s. 65.

zarfı boyunca iyiniyete aykırı bir şekilde tahkim şartı ile bağlı olmadıkları iddiasında bulunmaları halinde konişmentodaki genel atıf kaydının tahkim iradesini tesis ettiğini varsaymak gerekmektedir¹²⁹³. Örneğin, “Ön yüzünde tarihi belirtilmiş olan çarter partinin tüm hüküm, anlaşma ve şartları suretle geçerli kılınmıştır”¹²⁹⁴ şeklindeki atfın tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunda örtülü irade beyanının varlığı anlamına geleceği kabul edilebilir. Böylelikle, bazı durumlarda genel atıf kayıtlarının konişmento hamilleri açısından tahkim şartını geçerli kılabileceği kabul edilebilir¹²⁹⁵. Zira, genel atıf kaydıyla çarter sözleşmesinde yer alan tahkim şartı sözleşmenin bir parçası haline getirilmektedir.

Ancak, örtülü tahkim anlaşmasının varlığı aranırken yazılılık şartının amacını aşabilecek kadar geniş yorumlardan kaçınmak gerektiği kanısındayız. Dolayısıyla, tarafların gerçek iradelerinden yola çıkarak, konişmentoda yer alan atıf kayıtlarındaki ifadeler göz önünde bulundurulmalıdır. Atıf kaydında “*kayıt, şart gibi*” ifadelerin varlığı halinde konişmento hamilinin tahkim iradesi ile bağlanmak istemediğini açıkça belirtmesi gerektiği söylenebilir¹²⁹⁶. Ayrıca, bu durum, imzanın yokluğu halinde, MTK uyarınca yükleten ve diğer konişmento hamillerinin iradesinin bulunduğu anlamına geleceği şeklinde yorumlamayı mümkün kılmamaktadır.

Bu görüş, Yargıtay’ın Kararları ile de desteklenmektedir. Yargıtay’ın 11. Hukuk Dairesi’nin 22.07.1997 tarihli¹²⁹⁷ kararında konişmentoda “Navlun sözleşmesi ile birlikte kullanılacaktır.” şeklinde yer alan atıf kaydının tahkim şartının varlığı için yeterli olduğuna hükmetmiştir. Konişmentonun devralınması ile yükleteni bağlayan “*bütün şartların*” yükleten dışındaki hamilleri de bağlayacağını belirtilmiştir.

Yargıtay’ın 11. Hukuk Dairesi’nin 24.03.1998 tarihli diğer bir kararda¹²⁹⁸ ise konişmentoda geçerli bir tahkim şartının varlığı halinde, hamilin bununla bağlı olmak istemiyorsa, senetteki tahkim şartını çizerek ciro etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kararda

¹²⁹² LEW/MISTELIS/KRÖLL, ss. 142-143.

¹²⁹³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 142.

¹²⁹⁴ ÜLGNER, **Çarter Sözleşmesi**, s. 615.

¹²⁹⁵ Benzer görüşler için bkz., POUDRE/LESSON, s. 178; WILSON, s. 241.

¹²⁹⁶ HOUTTE Van Verra, “Consent To Arbitration Through Agreement To Printed Contracts: The Continental Experience”, **Arbitration International**, Vol. 16, No1, 2000, s. 9.

¹²⁹⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 27.02.1997 E. 1996/6876 K. 1997/0754. nakleden: ÜLGNER, “Tahkim/Yetki Kızları”, ss. 62-63; <http://www.kazanci.com> (e.t.: 24.12.2013).

¹²⁹⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 24.03.1998 E. 1997/9447 K. 1998/1703, nakleden: ÜLGNER, “Tahkim/Yetki Kızları”, ss. 61-62; ayrıca bkz., <http://www.kazanci.com> (e.t.: 24.12.2013).

Yargıtay konişmentoda yükletenin imzasının olmamasının, tahkim şartının varlığı için şart olup olmadığı hususuna değinmemiştir. Sadece konişmentoda açıkça belirtilmek suretiyle tarafların çıkan uyuşmazlığı tahkim yolu ile belirtebilecekleri sonucuna ulaşarak maddi geçerliliğe değinmiştir.

Diğer yandan, konişmento hamilinin gönderilen olması halinde, genel olarak tahkim şartının geçerliliği Yargıtay tarafından farklı kararlar ile tartışılmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 04.10.2004 tarihli bir kararında¹²⁹⁹ gönderilenin aynı zamanda taşıtan olması halinde konişmentoda yer alan tahkim şartının gönderileni bağlayacağını ifade etmektedir. Tahkim şartının taşıyanla yükleten arasında kararlaştırılmış olduğunu, kendisinin üçüncü şahıs durumunda bulunduğunu ve bu nedenle, konişmentoda kararlaştırılan tahkim şartı ile bağlı tutulamayacağını iddia edilemeyeceğini belirtmiştir.

Keza, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.02.1995 tarihli kararında gönderilen konişmentoyu ciro ile alıp bunu ibrazla yükü teslim almada kullanırsa, konişmentonun şartları ile bağlanmış olacağı için konişmentonun şartlarının taşıyan ve yükleten arasında kararlaştırılmış olduğunu, tahkim şartının üçüncü şahıs olduğu için kendine karşı ileri sürülemeyeceği iddiasında bulunamayacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla, konişmentoda yer alan genel atıf kaydının gönderilen açısından geçerli olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Öncelikle, tahkim şartı konişmentoda yer alsa da tamamen ondan farklı bir hukuki ilişki meydana getirmektedir. Dolayısıyla, 6102 sayılı TTK madde 1237 itibarıyla, konişmentoda gönderilen ile taşıyıcı arasındaki hukuki ilişkinin düzenlenmesi, gönderilenin tahkim yoluna başvurabileceği yolundaki iradesi şeklinde yorumlamanın mümkün olmayacağı kanısındayız. Ayrıca, konişmento düzenlenip yükletene teslim edildiği andan itibaren gönderilen lehine konişmento sözleşmesi kurulmuş sayılmaktadır. Mesele ise üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmelerde yer alan tahkim şartının üçüncü kişi açısından geçerliliğine ilişkindir. Bu tür sözleşmelerin en önemli özelliği, üçüncü kişi zararına sözleşme yasağı nedeniyle sözleşmeye taraf olmadığı için bu kişinin borç altına sokulamamasıdır¹³⁰⁰. Tahkim anlaşmasının ise üçüncü kişilere sadece menfaat sağlayacağı gerekçesiyle geçerli olması

¹²⁹⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 04.10.2004 E. 2004/189 K. 2004/9234, <http://www.kazanci.com> (e.t.: 24.12.2013).

¹³⁰⁰ OĞUZMAN/ÖZ II, ss. 437-438; EREN, ss. 1142.

gerektiği ileri sürülebilir¹³⁰¹. Ancak, kanımızca charter sözleşmesinde yer alan tahkim şartının atıf yoluyla konişmentoya aktarılması hali dışında bile, yükleten ve taşıyıcı arasında tahkim anlaşması akdedilmesi durumunda gönderilen açısından bu anlaşmanın geçerli olmayacağını kabul etmek gerekmektedir. Zira, bu durumda açık ya da tereddüde mahal bırakmayacak şekilde örtülü olarak gönderilenin iradesi tespit edilememektedir¹³⁰². Dolayısıyla, bu konuda gönderilenin iradesinin tespit edilmesinin önemli olacağı görüşündeyiz. Bu husus ise ya konişmentoda yer alan tahkim şartının ya da charter sözleşmesine yapılan atfın gönderilen tarafından açıkça kabul edildiğinin belirtilmesi ile sağlanabilir.

Bunun yanında, ilk ihtimal dâhilinde taraf iradesinin bu yönde varlığına olanak sağlayan atıf kaydının, konişmentoda yer alması halinde şekli geçerlilik şartının da sağlandığı söylenebilir. Zira, yükletenin konişmentoyu ciro etmesi için hamilin imzasının bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla, Türk Hukuku'nda konişmentoda yer alan atıf kaydının, charter sözleşmesindeki tahkim şartını yükleten dışındaki meşru hamiller açısından da geçerli olacağına dair yoruma gerek kalmaksızın anlaşılmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi halinde, taşıyıcı ve konişmento hamili arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığından söz edilebilmektedir.

Çarter sözleşmesinde yer alan tahkim şartının konişmento hamilleri açısından geçerliliği için özel atıf kaydının bulunması gerektiğine ilişkin görüş, Hamburg Kuralları'nda da benimsenmektedir. Hamburg Kuralları madde 22/II itibarıyla bir charter sözleşmesinde çıkacak ihtilafların tahkim usulüne tabi olacağı şart edilmiş olur ve bu sözleşmeye müsteniden düzenlenen konişmentoda bu şartın konişmento hamili hakkında geçerli olacağına dair özel bir hüküm bulunmazsa, taşıyıcının konişmentonun iyiniyetli hamiline karşı bu şarta istinaden tahkim yoluna başvuramayacağı hükme bağlanmaktadır. Hamburg Kuralları'nda konişmentoda yer alan genel atıf kaydına dayanarak konişmento hamiline karşı tahkim yoluna başvurulabilmesi için iyi niyet kıstası¹³⁰³ getirilmektedir. Böylelikle, hükmün zıt anlamından, iyiniyetli olmayan hamile karşı genel atıf kaydı ile tahkim anlaşmasının geçerli hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağını kabul edildiği söylenebilir.

¹³⁰¹ Bu yönde Kıta Avrupası'nda yer alan görüşler ve mahkeme kararları hakkında bkz., ESEN Emre, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, 2008, ss. 219-224. (**Uluslararası Ticari Tahkim**)

¹³⁰² Üçüncü kişi yararına sözleşmeler açısından aynı yöndeki değerlendirmeler hakkında bkz., ESEN, **Uluslararası Ticari Tahkim**, ss.224-225.

¹³⁰³ EKŞİ, **Deniz Ticareti**, s. 124.

Ancak, iyi niyetten ne anlaşılması gerektiği hususunda her hangi bir düzenleme yer almamaktadır. Burada, iyi niyet ile halin şartlarından konişmento hamili ile tahkim anlaşmasının asıl taraflarından olan taşıyıcı ve taşıyanın aralarındaki uzun süreli iş ilişkisi nedeniyle, konişmento hamilinin charter sözleşmesindeki tahkim şartı ile bağlı bulunduğu bilincinde olması kastedilmektedir¹³⁰⁴. Dolayısıyla, halin şartları uyarınca konişmento hamili ile taşıyıcı ve taşıtan arasındaki hukuki ve fiili iş ilişkisinin niteliği ve süresi dikkate alınmaktadır. Buna uygun olarak konişmento hamilinin atıf yoluyla tahkim şartı ile bağlı olup olmadığını bilebilecek durumda bulunduğuna karar verilmektedir.

İyi niyet kıstasının getirilmesindeki en temel sebep ise konişmento hamilinin tahkim anlaşmasının sonuçlarının farkında olmadan onunla bağlı kılmamaktır¹³⁰⁵. Buna karşılık, 6102 sayılı TTK madde 1237/III itibarıyla, konişmento hamilinin iyiniyetli olması aranmamaktadır. Türk Hukuku'nda bu yönde bir düzenlemeye gerek olmadığı görüşünderiz. Zira, halin şartlarına göre, TMK madde 3'ün atıf kayıtlarının geçerliliği meselesinde uygulama alanı bulabileceği ifade edilebilir. Konişmento ciro edilirken imza atan hamilin bu anlamda iyiniyetli tartışılabilir.

Diğer yandan, uluslararası hukukta henüz yürürlüğe girmemiş olan Rotterdam Kuralları'nda atıf yoluyla tahkim anlaşması yapma imkânı madde 76/2-b'de tanınmaktadır. İlgili hüküm uyarınca, tahkim anlaşmasının şartlarının yer aldığı charter parti veya diğer bir sözleşme hükmüne özel olarak atıfta bulunulduğu takdirde, tahkim şartının konişmento hamilleri açısından geçerli olacağı belirtilmektedir.

İkinci ihtimal ise konişmento hamilinin aynı zamanda charter sözleşmesinin tarafı taşıtan olması durumudur. Konişmento yükletenin talebi ile düzenlenmektedir. Böylelikle, bu taleple birlikte taşıyıcının konişmentoyu düzenleme yükümlülüğü doğmaktadır. Okay, konişmento hamili yükleten olsa bile, genel atfın tahkim şartı için gerekli olan karşılıklı ve uygun iradelerin varlığının sağlandığının söylenemeyeceğini ifade etmektedir¹³⁰⁶.

¹³⁰⁴ MOSS, s. 13.

¹³⁰⁵ MOSS, s. 13.

¹³⁰⁶ OKAY, "Navlun Mukaveleleri", s. 428.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 06.05.1999 tarihli kararında¹³⁰⁷, konişmento hamilinin aynı zamanda taşıtan olması durumunda charter sözleşmesinin esas alınması gerektiğini kabul etmiştir. Taşıtanın aynı zamanda gönderilen olması durumunda taraflar arasında taşıma sözleşmesinin yanı sıra konişmento düzenlenirse ve bu iki düzenleme arasında değişik hükümler var ise böyle bir durumda 6762 sayılı TTK madde 1118 hükmü de dikkate alınarak, taraflar arasındaki ilişki aynı yasanın 1110 /son fıkra hükmü uyarınca taşıma sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu nedenle, charter sözleşmesinde yer alan tahkim şartının gönderilen taşıtan olsa bile konişmento açısından geçerli olmadığına hükmetmiştir. Her iki ilişkide de yalnızca navlun sözleşmesinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Ancak, Yargıtay burada tahkim anlaşmasının bağımsızlığını tamamen göz ardı etmiştir. Tahkim şartını sözleşmenin bir hükmü olarak kabul etmiştir. Oysa ki tahkim anlaşması, esas sözleşmeden tamamen bağımsız olduğu için onun geçerliliği için gerekli olan iradelerin varlığının ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir.

Kanımızca, hamilinin aynı zamanda navlun sözleşmesinin tarafı olması durumunda konişmentoda yer alan genel atıf kaydının charter sözleşmesinde yer alan tahkim şartını da kapsayacağını kabul etmek gerekmektedir. Genel atıf kaydının konişmento hamilleri açısından tahkim şartını meydana getirmediğine ilişkin gerekçe ise her iki hukuk ilişkisinin tarafları farklı olduğu için taraf iradesinin sağlanamadığına yöneliktir. Ancak, burada charter sözleşmesinde yer alan tahkim şartının tarafları ile çakışma söz konusudur. Dolayısıyla, taşıtan sıfatındaki konişmento hamilinin bu konudaki iradesinin varlığını kabul etmek gerekmektedir.

Yukarıda genel olarak belirtilen bu iki ihtimal dâhilinde, konişmentoda hangi charter sözleşmesindeki tahkim şartı ile bağlı olma iradesinin söz konusu olduğu atıf kaydından ya da konişmentonun ilgili şartlarından anlaşılabilmesi gerekmektedir¹³⁰⁸. Zira, konişmento birden fazla charter partiye bitişik olarak tesis edilmiş olabilir. Bu gibi bir durumda, uygulamada genellikle charter sözleşmesinin tarihine göndermede bulunulduğu görülmektedir. Ancak, farklı türden navlun sözleşmelerinin söz konusu olduğu durumlarda sadece sözleşmenin isminin belirtilmesi yeterlidir.

¹³⁰⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 06.05.1999 E. 1998/8975 K. 1999/3722, <http://www.kazanci.com> (e.t.: 24.12.2013).

¹³⁰⁸ GASKELL/ASARIOTIS/BAATZ, s. 692.

Kanımızca, her zaman hangi çarter sözleşmesine gönderme yapıldığının açıkça belirtilmesine gerek yoktur. Halin şartlarından ya da sözleşme hükümlerinde de bu hususa netlik kazandırılabilir. Örneğin, asıl navlun sözleşmesinin zaman çarteri sözleşmesi, alt navlun sözleşmesinin ise yolculuk çarteri sözleşmesi olduğunu varsayalım. Her ikisine de istinaden aynı konişmentonun tanzim edildiğini farz edelim. Konişmentoyu düzenleyen kişi olan taşıyıcının alt navlun sözleşmesinin tarafı olan alt taşıyıcı/asıl taşıtan olması halinde, senette yer alan atıf kaydı ile yolculuk çarteri sözleşmesine göndermede bulunulduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Ancak, konişmento kaptan tarafından düzenlenmişse aynı sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Zira, kaptanın kimin adına hareket etme yetkisine sahip olduğunun öncelikle belirlemek gerekmektedir.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM

Çoğu hukuk sisteminde, konişmentonun aynı ve akdi etkisi kabul edilmekle birlikte; uygulanacak hukuka ilişkin münferit düzenlemeler getirilmektedir. Uygulanacak hukukun tespitinden ziyade, navlun sözleşmesi konişmento ilişkisinde senette yer alan atıf kayıtlarının milletlerarası özel hukuk açısından geçerliliği önem arz etmektedir.

Bu bağlamda, yabancı hukuklarda, konişmento navlun sözleşmesi arasındaki ilişkide atıf kayıtlarının hukuki değeri ve etkisi farklılık göstermektedir. Bu husus, özellikle tahkim anlaşmasının konişmento açısından geçerli olabilme şartlarının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, hangi şartlarda atıf kaydının çarter sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi, tahkim ve yetki şartını kapsayacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Bu konuda özellikle mahkeme kararları örnek bir takım sorunlara ilişkin muhtelif çözüm yöntemleri göstermektedir.

Bu bağlamda, çalışmamızın konusu ile sınırlı olarak, milletlerarası özel hukuk itibarıyla, konişmento navlun sözleşmesi ilişkisinin farklı boyutlarını bu başlık altında ele alacağız. Yabancı hukuklarda örnek mahkeme kararları irdelenirken, Türk Hukuku ile aralarındaki farklılıklarını ve benzerliklerini analitik bir şekilde ortaya koymaya çalışacağız.

A. AB Hukuku

AB Hukuku açısından, konişmentoya uygulanacak hukukun tespitinde Roma I Tüzüğü'nün uygulanıp uygulanmayacağı meselesi tartışmalıdır. Roma I Tüzüğü madde 1/I ile Tüzüğün uygulama alanı belirlenmektedir. İlgili hüküm itibarıyla, medeni ve ticari alandaki sözleşmelerden doğan ilişkilerden kaynaklanan kanunlar ihtilafı meselelerinin bu düzenleme kapsamında olacağı hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, sadece konişmento sözleşmesinin bu Tüzük kapsamında uygulama alanı bulabileceği söylenebilir.

Ancak, konumuz itibarıyla dikkate alındığı takdirde, Roma I Tüzüğü madde 1/II-c-d uyarınca, poliçe, bono ve çek ile devredilebilir niteliğinden kaynaklandığı kapsamda diğer kıymetli evraktan doğan borç ilişkileri ile tahkim anlaşması ve mahkeme seçimine ilişkin anlaşmalara Tüzüğün uygulanamayacağı hükme bağlanmaktadır. Bu nedenle, konişmentodaki atıf kayıtlarının çarter sözleşmesinde yer alan tahkim ve yetki şartını kapsayıp kapsamayacağı meselesinde, Roma I Tüzüğü'nün dikkate alınmayacağı söylenebilir. Buna karşılık, madde 1/II-c'nin lafzından, konişmentodan doğan borcun senedin tedavül kabiliyetinden kaynaklandığı ölçüde, Tüzüğün kapsamı dışında kalacağı şeklinde bir anlam ortaya çıkmaktadır.

Konişmento pek çok üye devlet hukukunda tedavül kabiliyetine sahip bir senet olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ayrım daha çok Common Law geleneğinden gelen ülkeler açısından önemli sayılmaktadır. Zira, konişmento çeşitleri buna göre belirlenmektedir. Dolayısıyla, Roma I Tüzüğü'nün konişmentolar açısından uygulanma alanı oldukça dar olmakla birlikte, üye devletlerin bu konuda yeknesak uygulamalarından bahsetmek mümkün gözükmemektedir.

Roma I Tüzüğü madde 1/II c-d, Roma Konvansiyonu madde 1/II c-d ile aynı anlamı taşımaktadır. Dolayısıyla, tedavül kabiliyetinden ne anlaşılması gerektiği hususunda Giuliano/Lagarde Raporu'nun dikkate alınması gerekmektedir. Öncelikle, konişmentonun bir bütün olarak neden Roma Konvansiyonu'nun kapsamına dâhil edilmediği açıklanmaktadır. Konvansiyon'un, genel olarak, çek, bono ve poliçe gibi senetten doğan borç ilişkilerine uygulanması için yeterli kabul edilmediği belirtilmektedir¹³⁰⁹. Ayrıca, senetten doğan

¹³⁰⁹ GIULIANO/LAGARDE Raporu, s. 14.

borçların niteliğinin ne olduğu hususunda AB üyesi devletler açısından hukuki bir uyumdan da bahsedilemediği ifade edilmektedir¹³¹⁰.

Ancak, burada bir vasıflandırma sorunu ortaya çıkmaktadır. Konişmentonun tedavül kabiliyetinden ne anlaşılması gerektiği ve hangi hallerde bu yeteneğe sahip olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Giuliano/Lagarde Raporu'nda bu söz konusu vasıflandırma sorununun, mahkemenin hukukuna; yani *lex fori*ye göre çözümleneceği belirtilmektedir¹³¹¹. Konişmentonun sadece kıymetli evrak sayıldığı ve uyuşmazlığın kaynağını oluşturan borç ilişkisinin senedin bu niteliğinden kaynaklandığı ölçüde, Konvansiyonun uygulama alanı dışında kalacağı ifade edilmektedir¹³¹².

Konışmentoda yer alan atıf kaydının çarter sözleşmesindeki yetki ya da tahkim şartı açısından geçerliliği hususunda ise herhangi bir pozitif düzenleme bulunmamaktadır. Bu konudaki herhangi bir uyuşmazlık ABAD'nın önüne henüz gelmemiştir. Ancak, konişmentoda yer alan yetki ve tahkim şartının şekli ve maddi geçerliliği ile üçüncü kişiler açısından hukuki değeri hususunda Divan'ın konumuz ile ilgili yol gösterici kararlar tesis ettiği söylenebilir.

Yetki şartının şekli geçerliliğine ilişkin mesele daha ziyade, Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu¹³¹³ (Brüksel Konvansiyonu) kapsamında değerlendirilmekteydi¹³¹⁴. Ancak, işbu Konvansiyon 22 Aralık 2000 tarihinde 44/2001 sayılı Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Kararı¹³¹⁵ (Brüksel I Tüzüğü) ile tüzük haline getirilmiştir¹³¹⁶. Dolayısıyla, Brüksel I Tüzüğü yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, atıf

¹³¹⁰ GIULIANO/LAGARDE Raporu, s. 14.

¹³¹¹ GIULIANO/LAGARDE Raporu, s. 14.

¹³¹² GIULIANO/LAGARDE Raporu, s. 14.

¹³¹³ İlgili Konvansiyonun İngilizce tam metni için bkz., <http://curia.europa.eu/common/reccdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm> (e.t.:25.12.2013)

¹³¹⁴ Brüksel Konvansiyonu'nda mahkemelerin yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ERDEM Bahadır, "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1968 tarihli Brüksel Antlaşması Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yılmaz Altuğ'a Armağan, Yıl 22, Sayı 2, 1997-1998, ss. 183-215. ("Brüksel Antlaşması")

¹³¹⁵ İlgili Tüzüğün İngilizce tam metni için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:en:PDF> (e.t.: 25.12.2013)

¹³¹⁶ Brüksel Konvansiyonu'nun Tüzük haline getirilme ihtiyacına ilişkin gelişmeler hakkında bkz., SAKMAR Ata/EKŞİ Nuray, "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi

kaydının konişmento hamilleri açısından çarter sözleşmesindeki yetki şartını geçerli hale getirip getirmeyeceği meselesine uygulanabilir.

Brüksel Tüzüğü madde 23/I itibarıyla, en az biri üye devletlerden birinde ikamet eden tarafların, belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş ve doğabilecek hukuki uyuşmazlıklarda üye devlet mahkemesini veya mahkemelerini yetkili kılmışsa, bu mahkeme ya da mahkemelerin münhasır yetkili olduğu hükme bağlanmaktadır. İkinci fıkra uyarınca ise geçerli bir yetki anlaşmasından bahsedebilmek için yazılı olarak yapılması ya da onanmış olmalı, taraflar arasındaki genel uygulamalara göre ya da milletlerarası ticarete örf ve âdete uygun olan ve tarafların bildiği veya bileceği ya da bu tür akdi ilişkilerde genel olarak tanınan ve gözönüne alınan şekilde akdedilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Brüksel I Tüzüğü'nün ilgili maddesi ile Brüksel Konvansiyonu madde 17 bu konuda benzerlik göstermektedir. Ancak, yetki sözleşmesinin maddi geçerliliğine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemektedir.

ABAD'nın 16.06.1984 tarihli ve C-71/83 sayılı Tilly Russ/Nova Kararı¹³¹⁷ bu konu ile ilgili en önemli kararlardan biri olarak görülmektedir. Brüksel Konvansiyonu'nun yürürlükte olduğu dönemde alınan karara konu olan olayda, Belçikalı Goeminne Hout limited şirketi, Amerikan firmasından aldığı büyük miktardaki odunların Partenreederei ms Tilly Russ isimindeki gemi ile Alman donatan tarafından Toronto'dan Antwerp'e deniz yoluyla taşınması hususunda anlaşmıştır¹³¹⁸. Akdedilen taşıma sözleşmesine binaen taşıyıcının Amerikalı acentesi tarafından 16.08.1976 tarihinde konişmento tanzim edilmiş ve imzalanmıştır. Ancak, varna limanında yük boşatılırken taşıma sözleşmesine konu olan odunlar hasara uğramıştır¹³¹⁹. Bunun üzerine, taşıtan Goeminne Hout ve onun temsilcisi NV, Haven- & Vervoerbedrijf Nova zararın tazmini için Antwerp mahkemeleri önünde tazminat davası açmıştır. Buna karşılık, davalı taşıyıcı Partenreederei ms Tilly Russ ve Ernest Russ konişmentoda yer alan “*Bu konişmentodan doğan uyuşmazlıkların çözümünde Hamburg mahkemelerinin yetkili*” olduğuna ilişkin kayda istinaden mahkemenin yetkisine itiraz

Hakkındaki Konsey Tüzüğü (EC No 44/2001)”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan**, Yıl 22, Sayı 2, 2002, ss. 731-735.

¹³¹⁷ İlgili Karar için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61983CJ0071:EN:HTML> (e.t.: 26.12.2013).

¹³¹⁸ Ibid., prg. 1.

¹³¹⁹ Ibid., prg. 3.

etmiştir¹³²⁰. Dolayısıyla, Antwerp mahkemelerinin bu ihtilafa ilişkin yetkisiz olduğu iddia edilmiştir. Buna rağmen, mahkeme kendisini yetkili görmüş ve davacı lehine karar tesis etmiştir.

Daha sonra, karar temyiz merciine götürülmüştür. Temyiz mahkemesi de önkarar prosedürünü işleterek Divan'a taşıyıcı tarafından düzenlenerek yükletene teslim edilen konişmentoda yer alan yetki şartının Brüksel Konvansiyonu madde 17/II'de (Brüksel I Tüzüğü madde 23/II) belirtilen yazılı olma ya da onanmış olma kriterini sağlayıp sağlamadığı¹³²¹; eğer sağlıyorsa yetki şartının üçüncü kişiler açısından geçerli olup olmadığı sorularını yöneltmiştir¹³²².

İlk olarak, yazılılık şartından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Bu bağlamda, Divan konişmentoda yer alan yetki şartının geçerli olabilmesi için taraflarca imzalanması gerektiğini belirtmiştir¹³²³. Zira, ABAD bu sonuca Brüksel Konvansiyonu madde 17'de (Brüksel I Tüzüğü madde 23) yer alan “yazılı olarak ispatlanabilir olma” (*evidenced in writing*) teriminden ulaşmaktadır¹³²⁴. Bu anlamda, mahkeme, yetki anlaşmasının maddi geçerliliği ile imza şartı arasında doğrudan bir ilişki kurmuştur. Ancak, milletlerarası ticarete aksine gelişmiş bir örf adet uygulaması mevcutsa, bu durumda imza olmadan da yetki şartının geçerli olacağını ifade etmiştir¹³²⁵.

İkinci olarak ise yetki şartının üçüncü kişi konumundaki konişmento hamili açısından geçerliliği Divan tarafından tartışılmıştır. Konişmentoya uygulanacak hukuk uyarınca, hamilin konişmentoyu devralmakla yükletenin senetten doğan hak ve yükümlülüklerin ilgili hukuka (relevant national law) göre belirleneceğini vurgulamıştır¹³²⁶. Burada, ABAD'nın ilgili hukuktan kastettiği konişmentoya uygulanacak hukuktur. Dolayısıyla, yetkili hukukun cevaz verdiği ölçüde, konişmento hamilinin, yükletenin hak ve yükümlülüklerine sahip olacağını ifade etmiştir¹³²⁷. Daha net bir ifadeyle, Divan, senet hamilini yükletenin hak ve yükümlülüklerinin halefi olarak kabul etmiş ve yetki şartı ile bağlı

¹³²⁰ Ibid., prg. 4.

¹³²¹ Ibid., prg. 6.

¹³²² Ibid., prg. 7.

¹³²³ Ibid., prg. 16.

¹³²⁴ Ibid.

¹³²⁵ Ibid., prg. 19.

¹³²⁶ Ibid., prg. 24.

¹³²⁷ Ibid., prg. 26.

sayılabilmesi için imza şartını aramamıştır. Bu anlamda, ABAD'a göre konişmentonun devrini, yetki şartının üçüncü kişi hamil açısından geçerli olması için yeterli görülmüştür.

Buna karşılık, konişmentoda yer alan tahkim şartına ilişkin doğrudan bir karar mevcut değildir. Ancak, ABAD'nın 19.09.2012 tarihli ve T-168/10 sayılı Comission/SEMEA Kararı'nda¹³²⁸ konişmentoda yer alan tahkim şartının geçerliliğine ilişkin birtakım tespitlerde bulunulmuştur. Divan, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma¹³²⁹ madde 272 ile madde 256/I uyarınca Birlik tarafından veya onu adına yapılan bir kamu hukuku veya özel hukuk sözleşmesinde yer alan tahkim şartı gereğince hakem mahkemesi olarak yetkilendirilmiştir¹³³⁰. Bu kapsamda, Divan Tilly Russ/Nova Kararı'na göndermede bulunarak, tahkim şartının geçerliliği için bu anlaşmanın Brüksel I Tüzüğü madde 23'e uygun olarak akdedilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹³³¹. İlgili kararda yetki şartının konişmento hamili açısından geçerliliğine ilişkin kabul edilen esasların; aynı zamanda tahkim şartı açısından da benimsenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Sonuç olarak, ABAD yetki ve tahkim şartının geçerliliğine Brüksel I Tüzüğü madde 23'ü tatbik etmektedir. İlgili hükümde ise getirilen şekil şartı Türk Hukuku'na kıyasla daha esnek yorumlanmaktadır. Bunun yanında, ABAD'nın kararları da göz önünde bulundurulduğu takdirde, AB Hukuku uyarınca, çarter sözleşmesine yapılan ve konişmentoda yer alan genel atıf kayıtlarının hamil açısından yetki/tahkim şartını da kapsadığını kabul etmek gerekmektedir¹³³². Divan kararları ışığında buna iki gerekçe gösterilebilir. İlk olarak, yazılılık şartı için imza kriteri mutlak olarak kabul edilmemektedir. İkinci olarak ise konişmentonun devredilmesi ile birlikte yükletenin sahip olduğu tüm hak ve yükümlülüklerinin bir bütün olarak hamile devredildiği anlamına geleceği kabul görmektedir. Ancak, bu mesele somut olayın şartları doğrultusunda ABAD'nın kararları uyarınca sonuca ulaştırılacaktır.

¹³²⁸ İlgili Karar için bkz., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=arbitration%2Bclause%2Bin%2Bbill%2Bof%2Blading&docid=127190&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=70426#ctx1> (e.t.: 26.12.2013).

¹³²⁹ İlgili Andlaşmanın Türkçe tam metni için bkz., REÇBER, ss. 422-579.

¹³³⁰ Comission/SEMEA Kararı, prg. 123.

¹³³¹ Ibid., prg. 136.

¹³³² Bu yöndeki görüş için bkz., TETLEY William, "Jurisdiction Clauses and Forum Non Conveniens in the Carriage of Goods by Sea", **Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law. Essays in Honor of Robert Force**, (editör: Martin Davies), The Hague, 2005, s. 199. ("Jurisdiction Clauses")

B. İngiliz Hukuku

Genel olarak, Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nde konişmentoda yer alan atıf kayıtları ile senedin navlun sözleşmesinin bir parçası haline geldiği kabul edilmektedir¹³³³. Ancak, atıf yoluyla yetki ya da tahkim şartının geçerliliği için aranan şartlar bakımından birtakım farklılıklar benimsenmektedir. Söz konusu farklılıklar, zaman içinde gelişen mahkeme kararları ile ortaya koyulmuştur.

Birleşik Krallık, AB üyesi olduğu için konişmentoda yer alan atıf kaydının yetki şartını kapsayıp kapsamadığı meselesine Brüksel I Tüzüğü uyarınca karar vermektedir. Buna rağmen, farklı uygulamaların varlığı dikkat çekmektedir. İngiliz mahkemeleri, çarter sözleşmesinde yer alan yetki şartının konişmento açısından geçerliliği için özellikle atıf kaydında yer alan ifadelerle bakarak tarafların iradelerinin varlığını tespit etmeye çalışmaktadırlar¹³³⁴. Aslında atıf yoluyla tesis edilen tahkim anlaşmaları için aranan şartlarla arasında herhangi bir farklılık olmadığı söylenebilir¹³³⁵. Nitekim, İngiliz Ticaret Mahkemesi 2003 tarihli *Evalis SA v. SIAT Kararı*'nda¹³³⁶ da bu yönde hüküm tesis etmiştir.

İngiliz Hukuku'nda da konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının çarter sözleşmesindeki tahkim şartının geçerliliğine ilişkin soruna tahkim anlaşmasının varlığı irdelenerek çözüm aranmaktadır. Bu doğrultuda, New York Sözleşmesi, UNCITRAL Model Kanunu, Brüksel I Tüzüğü, Hamburg Kuralları ve son olarak 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu¹³³⁷ (UK Arbitration Act 1996) konuya ilişkin pozitif düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk Hukuku'nda olduğu gibi, İngiliz Hukuku'nda atıf yoluyla tahkim şartının tesis edilebileceği kabul edilmektedir. 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu madde 6/II itibarıyla, taraflarca yazılı şekildeki bir tahkim şartına ya da tahkim şartı içeren bir belgeye o tahkim şartını sözleşmenin bir parçası haline getirecek şekilde atıf yapılmışsa, taraflar arasında tahkim anlaşmasının akdedilmiş olduğunun kabul edileceği hükme bağlanmaktadır. Bu konuda tahkim şartının geçerliliği için gereken özel atfın hangi şartlara sahip olması gerektiği

¹³³³ LIELBARDE, s. 40; LI, s. 108.

¹³³⁴ SPARKA Felix, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents, A Comparative Analysis*, Hamburg, 2009, s. 104.

¹³³⁵ SPARKA, s. 105.

¹³³⁶ İlgili Karar için bkz., [2003] 2 Lloyds Report 377.

¹³³⁷ İlgili Kanunun tam metni için bkz., LANDAU Toby T., "United Kingdom: Arbitration Act of 1996", *International Legal Materials*, Vol. 36, No. 1, January 1997, ss. 155-196.

konusunda İngiliz mahkemeleri önemli kararlar tesis etmişlerdir. Eski kararlarında tahkim şartının konişmento hamilleri açısından geçerliliği meselesinde, atıf kaydının genel ifadeler içermesini yeterli sayılmaktaydı. Örneğin, İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin 1889 tarihli Hamilton & Co. v. Mackie & Sons Kararı'nda¹³³⁸ “Diğer bütün şartlar çarter partideki gibidir. (*All other conditions as per charterparty*)” şeklindeki atıf kaydının tahkim şartını geçerli kıldığı kabul edilmiştir¹³³⁹.

Ancak, İngiliz mahkemeleri son dönemdeki kararlarında atıf kayıtlarının tahkim şartını kapsayıp kapsamadığı hususunda, yükleten veya diğer hamillerin iradelerini kapsayacak şekilde düzenlenmeleri gerektiği yönünde kararlar tesis etmektedirler. Dolayısıyla, genel atıf kayıtlarında yer alan belirsiz, mutlak, soyut ve genel ifadelerin tahkim şartını kapsamayacağı kabul edilmektedir. Zira, buna sebep olarak ise konişmento hamilinin çarter sözleşmesinin taraflardan biri olmaması gösterilmektedir¹³⁴⁰.

Bu bağlamda, konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının konişmento hamili açısından geçerli olabilmesi için ya çarter sözleşmesindeki tahkim şartını da kapsadığının açıkça belirtilmesi ya da tahkim iradesini kanıtlayacak ibarelerin yer alması gerekmektedir. Aşağıda belirtilen durumlarda İngiliz mahkemeleri atıf kayıtlarının tahkim şartını geçerli kıldığına hükmetmiştir.

i. Konişmentodaki genel atıf kayıtları yoluyla çarter sözleşmesindeki tahkim şartının konişmento hamillerine karşı ileri sürülebilmesi için birtakım açıklayıcı ifadeler ile tahkim iradesinin varlığının kanıtlanmış sayılması gerekmektedir. Atıf kaydındaki özellikle “kloz” ifadesinin konişmento hamilinin tahkim iradesinin tespiti açısından önemli görülmektedir. Temyiz Mahkemesi'nin 11.06.2003 tarihli K/S v. BP France SA (The Siboti) Kararı'nda¹³⁴¹ ilgili çarter partiye bağlı tüm konişmentolara münhasır uyuşmazlık yollarına ilişkin klozların dâhil edileceğine ilişkin sözleşme hükmünün¹³⁴² tahkim şartını da kapsadığına hükmedilmiştir¹³⁴³. Mahkeme özellikle “kloz” (clause) ibaresinden yola çıkarak taraf iradesinin sağlandığını belirtmiştir.

¹³³⁸ İlgili Karar için bkz., <http://indiankanoon.org/doc/208447/> (e.t.: 20.01.2014)

¹³³⁹ Ibid, prg. 21-22.

¹³⁴⁰ LI, 110.

¹³⁴¹ İlgili Karar hakkında bkz., [2003] 2 Lloyds Report 364.

¹³⁴² “*All bills of lading under this Charterparty shall incorporate this exclusive dispute resolution clause*”

¹³⁴³ [2003] 2 Lloyds Report 364.

İngiliz mahkemeleri, her somut olayın özelliklerini dikkate alarak, atıf kayıtlarında yer alan genel ve soyut ifadelerin tahkim şartını da konişmento hamili açısından geçerli kılıp kılmadığını ayrıca tahlil etmektedirler. Bu anlamda, Temyiz Mahkemesi'nin 1983 tarihli Skips A/S Nordheim v Syrian Petroleum Co. Ltd. (The Varenna) Kararı'nda¹³⁴⁴ atıf kaydında yer verilen “*kayıt*” ve/veya “*şartlar*” ibaresinin çarter sözleşmesinde yer alan eşyanın taşınmasına ve teslimine yönelik hükümlere ilişkin olduğu ifade edilmiştir¹³⁴⁵. Dolayısıyla, tahkim şartı gibi tali kayıtların (collateral term) çarter sözleşmesine yapılan göndermenin dışında kaldığı tespitinde bulunulmuştur¹³⁴⁶. Ayrıca, mahkeme bu yolla tahkim şartının geçerli olabilmesi için atıf kaydında tahkim şartının da dâhil olduğunun açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bunun yanında, Temyiz Mahkemesi'nin 1989 tarihli Federal Bulk Carriers Inc. v. CItch & Co. Ltd. (The Federal Bulker) Kararı'nda¹³⁴⁷ çarter sözleşmesinde yer alan “tüm uyuşmazlıklar..... Londra'da tahkim mahkemesi aracılığıyla çözülecektir” şeklinde düzenlenen tahkim şartından hareketle, konişmentodaki genel atıf kaydının hamiller açısından da geçerli olduğu sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağını tartışmıştır. Burada yer alan “tüm uyuşmazlıklar” ifadesinin konişmentoyu da kapsamayacağı; zira, tahkim anlaşmasına senedin hamilinin taraf olmadığı vurgulanmıştır¹³⁴⁸.

İngiliz mahkemelerinin bu yöndeki tutumu 1996 tarihli Tahkim Kanunu ile atıf yoluyla tahkim anlaşmasının kurulabilme imkânının tanınmasına rağmen değişmemiştir. Ticaret Mahkemesi'nin 2010 tarihli Habas Sinai ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri AS v. Sa Kararı'nda¹³⁴⁹ çarter sözleşmesine yapılan atıf kayıtlarının konişmento hamilini bağlayabilmesi için açık ve kesin bir şekilde tesis edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³⁵⁰. Diğer bir ifadeyle, atıf kaydının konişmento hamillerini kapsadığına dair taraf iradelerinin açıkça tespit edilmesi şartı aranmıştır. Atıf kaydında açık ve kesin ifadelerin aranması iki gerekçeye dayandırılmıştır¹³⁵¹. İlk olarak, konişmento hamili çarter sözleşmesinin tarafı değildir. İkinci olarak, bu sayede konişmento hamilinin korunması amaçlanmaktadır.

¹³⁴⁴ İlgili Karar hakkında bkz., [1983] 2 Lloyds Report 592.

¹³⁴⁵ Ibid.

¹³⁴⁶ Ibid.

¹³⁴⁷ İlgili Karar için bkz., [1989] 1 Lloyds Report 103.

¹³⁴⁸ Ibid., 108.

¹³⁴⁹ [2010] 1 Lloyds Report 661.

¹³⁵⁰ Ibid., 672.

¹³⁵¹ Ibid.

ii. Konişmentodaki atıf kaydı ile çarter sözleşmesinde yer alan tahkim şartının bulunduğu hükme **doğrudan** atıfta bulunulması durumunda ise tahkim anlaşması için gerekli olan irade şartının sağlandığı kabul edilmiştir. 1964 tarihli The Merak Kararı'nda¹³⁵² aynı nitelikte ve formda konişmentonun tabi olduğu iki çarter sözleşmesi bulunmaktadır. Konişmentoda yer alan atıf kaydı, ilgili çarter partinin 30. maddesi de dâhil olmak üzere, çarter partide yer alan tüm kayıt, şart, “kloz” ve istisnaların senede uygulanabileceği şeklinde düzenlenmiştir¹³⁵³. Ancak, atıf kaydı düzenlenirken bir hata yapılmıştır. Çarter partide yer alan tahkim şartı 30. maddede değil, 32. maddede düzenlenmiştir¹³⁵⁴. Mahkeme bu yanlışlığın tarafların iradesini etkilemediğine; tahkim şartının ilgili atıf kaydı ile geçerli kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹³⁵⁵. Zira, atıfta yer alan “kloz” ifadesinden bunun anlaşıldığı belirtilmiştir. The Merak Kararı, konişmentoda yer alan genel atıf kayıtlarının çarter sözleşmesindeki tahkim şartını kapsayıp kapsamadığı meselesine ilişkin örnek bir karar teşkil etmektedir¹³⁵⁶. Ancak, her ne kadar ilgili karar ile genel atıf kayıtlarının tahkim şartını geçerli kılacağı kabul edilmiş olsa da İngiliz mahkemeleri bu konuya oldukça temkinli yaklaşmaktadırlar.

iii. Konişmentonun birden fazla çarter partiye bağlı olarak tanzim edilmesi durumunda, atıf kaydının tahkim şartını geçerli kılması için hangi çarter partiye yollama yapıldığının belirtilmesi gerekmektedir. Bu konuda en önemli kararlardan biri 2010 tarihli The Wadi Sudr Kararı'dır¹³⁵⁷. Karara konu olan olayda, taşıma taahhüdünü yerine getiren Wadi Sudr adlı gemi, asıl-alt navlun sözleşmesine konu olmuştur. Buna göre, gemi 2007 tarihinde zaman çarteri sözleşmesi-asıl navlun sözleşmesi- ile tahsis edilmiştir. Tahsis edilen ise yolculuk çarteri sözleşmesi-alt navlun sözleşmesi- ile eşya taşımak üzere anlaşma yapmıştır. Konişmentoda ise hangi çarter sözleşmesine atıfta bulunulduğuna değinilmemiştir. Mahkeme iki nedenden ötürü yapılan atfın yolculuk çarteri sözleşmesine yapıldığına hükmetmiştir¹³⁵⁸. İlk olarak, zaman çarteri sözleşmesi ile konişmentonun birbiri ile alakası olamayan iki hukuki ilişkiyi düzenlediği ifade edilmiştir. İkinci olarak ise

¹³⁵² İlgili Karar için bkz., [1964] 2 Lloyds Report 527.

¹³⁵³ "All the terms, conditions, clauses and exceptions including clause 30 contained in the said charterparty apply to this the bill of lading"

¹³⁵⁴ [1964] 2 Lloyds Report

¹³⁵⁵ [1964] 2 Lloyds Report

¹³⁵⁶ GOLDBY, s. 171.

¹³⁵⁷ İlgili Karar hakkında bkz., [2010] 1 Lloyds Report 666. Ayrıca, İlgili Kararın tahlili için bkz., FENTIMAN Richard, Arbitration Agreement in Europe, **The Cambridge Law Journal**, 2010, ss. 242-245.

¹³⁵⁸ [2010] 1 Lloyds Report 666.

konişmentoya konu olan taşıma ilişkisi ile yolculuk çarteri sözleşmesinin konusunun birebir örtüşmekte olduğuna değinilmiştir.

iv. Ayrıca, atıf yoluyla tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesinde, İngiliz mahkemeleri yükleten dışındaki konişmento hamillerinin menfaatini de göz önünde bulundurmaktadırlar. Bu bağlamda, 1997 tarihli Excesses Insurance Co. Ltd. v C F Mander Karar¹³⁵⁹ ile iradenin varlığına ilişkin özel ifadeler yer almadığı sürece konişmentonun üçüncü kişi konumundaki meşru hamillerinin, çarter sözleşmesindeki tahkim şartı ile bağlı olmayacaklarına hükmedilmiştir¹³⁶⁰. Buna karşılık, çarter sözleşmesi akdedildiği veya konişmento tanzim edildiği ya da ciro edildiği sırada tarafların tahkim şartını kabul etmesi halinde genel atıf kayıtlarının da geçerli kabul edileceği belirtilmiştir¹³⁶¹.

Bu bağlamda, İngiliz Hukuku'nda konişmentodaki özel atıf kayıtlarının geçerli sayılmasına rağmen, genel atıf kayıtlarının tahkim şartını kapsayıp kapsamadığının ortaya koyulabilmesi için birtakım ifadelerin varlığı aranmaktadır. Böylelikle, tarafların gerçek iradelerinin ne olduğunun tam ve açık bir şekilde ortaya konulması amaçlanmaktadır. Önemli olan, atıf kayıtlarında yer alan ifadeler ile çarter sözleşmesinde yer alan tahkim veya yetki şartı ile bağlanma niyetinin tespit edilebilmesidir¹³⁶².

C. Amerikan Hukuku

Amerikan mahkemeleri konişmento navlun sözleşmesi ilişkisine ilişkin uyuşmazlıkları çözüme kavuştururken, taşıyıcının pazarlık gücünün taşıtan aleyhine daha üstün olduğunu göz önünde tutarak kararlar tesis etmektedir¹³⁶³. Bu husus, milletlerarası özel hukuk açısından da dikkate alınmaktadır. Eski tarihli kararlarında Amerikan mahkemeleri, genel olarak konişmentoda yer alan yetki şartını US COGSA'ya aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz saymaktaydı¹³⁶⁴. Nitekim, Temyiz Mahkemesi'nin 1967 tarihli Indussa Corp. v. S.S. Ranborg Kararı'nda¹³⁶⁵ konişmentoda yer alan senetten doğabilecek her türlü uyuşmazlığın taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu yerde açılabilmesine ilişkin yetki şartının, US COGSA

¹³⁵⁹ [1997] 2 Lloyds Report, 119.

¹³⁶⁰ Ibid.

¹³⁶¹ Ibid.

¹³⁶² FAWCETT/CARRUTHERS, s. 288.

¹³⁶³ SCHNARR Christine N., "Foreign Forum Selection Clauses Under COGSA: The Supreme Court Charts New Waters in the Sky Reefer Case", *Washington University Law Review*, Vol. 74, Issue 3, 1996, s. 896.

¹³⁶⁴ TETLEY, "Jurisdiction Clauses", s. 206.

¹³⁶⁵ İlgili Karar için bkz., <http://openjurist.org/377/f2d/200/indussa-corporation-v-ss-ranborg> (e.t.: 28.12.2013).

madde 3/8'e aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz saymıştır¹³⁶⁶. Mahkeme yetki şartını iki nedenden ötürü, US COGSA madde 3/8'e aykırılık teşkili ettiği sonucuna ulaşmıştır¹³⁶⁷. İlk olarak, taşıyıcı kendi sorumluluğunu ortadan kaldırma ya da sınırlandırma imkânı tanıyan bir ülkeye işyerini taşıyabilir. İkinci olarak, forum ülkesinin mesafe anlamında çok uzakta olması, hakların savunulması açısından önemli engellere neden olabilir. Bunun yanında, Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin 1991 tarihli *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute* Kararı'da¹³⁶⁸ belirtildiği üzere, yetki şartının geçerli olması için aranan yetkili kılınan mahkeme ile uyumsuzluk arasındaki makul ilişkinin¹³⁶⁹, konişmentolarda yer alan yetki şartı için de aranacağı¹³⁷⁰ ifade edilmektedir¹³⁷¹.

Amerikan Hukuku'nda genel olarak yetki sözleşmelerine ilişkin herhangi bir şekil şartı getirilmemektedir. Dolayısıyla, sözlü akdedilen yetki sözleşmeleri de geçerli kabul edilmektedir¹³⁷². Bu bağlamda, Amerikan mahkemeleri konişmento hamili gibi üçüncü kişilerin yetki şartı ile bağlı olduklarını kabul etmektedir¹³⁷³. Üçüncü kişi açısından yetki şartının bağlayıcı olabilmesi için uyumsuzlukla yakın bağlantılı (close related) olma şartı aranmaktadır. Bu sayede, yetki anlaşması ile bağlı olduğunu önceden öngörebileceği kabul edilmektedir¹³⁷⁴.

Tahkim şartı meselesine ilişkin olarak ise Amerikan Hukuku'nda 1925 tarihli Federal Tahkim Kanunu (Federal Arbitration Act)¹³⁷⁵ karşımıza çıkmaktadır. İlgili Kanun madde 2 itibarıyla, tahkim anlaşmasının yazılı olması gerektiği hükme bağlanmaktadır. Ancak, bu şarttan ne anlaşılması gerektiği tanımlanmamıştır. Dolayısıyla, konişmentoda yer alan tahkim şartının geçerliliği ve bunun birlikte atıf kaydında ayrıca imzanın gerekli olup olmadığı meselesinin çözümü mahkeme kararlarına bırakılmıştır. Bu konuda, Amerikan Temyiz

¹³⁶⁶ Ibid. prg. 15.

¹³⁶⁷ Ibid.

¹³⁶⁸ İlgili karar için bkz., <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/585/case.html> (e.t.:28.12.2013). (“Carnival Cruise”)

¹³⁶⁹ Yetkili mahkeme ile taraflar arasında aranan makul ilişki “forum non convenience” doktrininden farklı bir anlama gelmektedir. Forum non convenience doktrinine göre, Amerikan mahkemeleri başka bir ülkedeki mahkemenin olay hakkında daha iyi karar verebilecek durumda olduğu kanısıyla kendi yetkisini reddedebilmektedir. Makul ilişki ise mahkemenin kendi yetkisini kabul etmesi veya reddetmesi için gereken sebebin varlığıdır. Bu konu hakkında bkz., TETLEY, “Jurisdiction Clauses”, ss. 199-219.

¹³⁷⁰ Bu konu hakkında bkz., CLARK Elizabeth A., “Foreign arbitration clauses and foreign forum selection clauses in bills of lading governed by COSGA: Vimar Seguros Y Reaseguros, S.A. V. M/V Sky Reefer, **Brigham Young University Law Review**, Vol. 1996, Issue 2, 1996, s. 483.

¹³⁷¹ “Carnival Cruise”, III.

¹³⁷² SPARKA, s. 99.

¹³⁷³ TETLEY, “Jurisdiction Clauses”, s. 221.

¹³⁷⁴ TETLEY, “Jurisdiction Clauses”, s. 221.

¹³⁷⁵ İlgili kanunun tam metni için bkz., <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/chapter-1> (e.t.: 28.12.2013).

Mahkemesi'nin 2008 tarihli Sourcing Unlimited, Inc. v. Asimco International, Inc. Kararı'nda¹³⁷⁶ ilgili maddeden tahkim anlaşmasının bulunduğu yazılı metnin imzalanmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır¹³⁷⁷.

Atıf kayıtlarının tahkim şartını geçerli kılıp kılmayacağı meselesi irdelenirken, İngiliz Hukuku'na nazaran taraf iradesinin varlığı daha esnek yorumlanmaktadır. Yetki anlaşmalarının geçerliliği için olduğu gibi, US COGSA'ya aykırılık ve makul ilişkinin varlığı aranmamaktadır. US COGSA'ya aykırılık meselesi, kamu düzenine ilişkin kabul edilerek tahkim anlaşmalarının geçerli olup olmadığının tespitinde Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Nitekim, taşıma hukukunda kamu düzenine ilişkin en önemli düzenleme taşıyanın sorumluluğuna ilişkindir. US COGSA madde 3/8 itibarıyla da La Haye Kuralları'nda olduğu gibi, taşıyıcının sorumluluğunu azaltan ve kaldıran sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilmiştir. Mahkeme de COGSA madde 3/8'e göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını tartışmıştır.

Bu konuda, Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin en önemli kararlarından biri, 1995 tarihli Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v MA^ Sky Reefer Kararı'dır¹³⁷⁸. Mahkemeye göre, US COGSA'nın taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin temel prensipleri belirlemekte, tahkim şartı ile ise bu doğrultuda sorumluluğun esaslarının uygulanması için temel mekanizmayı işletme amacı taşımakta olduğu ifade edilmiştir¹³⁷⁹. Bu nedenle, daha sonra ve dar kapsamlı düzenlenen, Federal Tahkim Kanunu'nun (Federal Arbitration Act) US COGSA yerine uygulanmayacağı; zira, aralarında herhangi bir çatışma olmadığı ifade belirtilmiştir¹³⁸⁰. Bu açıdan Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v MA^ Sky Reefer Kararı, diğer mahkeme kararlarına öncülük etmiştir¹³⁸¹.

Bu bağlamda, taraf iradelerinin charter sözleşmesinde yer alan tahkim şartının atıf kaydı yoluyla geçerli kılınması için gereken şartların tespitinde üç noktaya değinmektedir¹³⁸².

¹³⁷⁶ İlgili Karar için bkz., <https://casetext.com/case/sourcing-unlimited-inc-v-asimco-intern-inc> (e.t.: 02.01.2014).

¹³⁷⁷ Ibid., prg. 46.

¹³⁷⁸ İlgili Karar için bkz., <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/515/528> (e.t.: 30.12.2013).

¹³⁷⁹ Ibid., ss. 528-529.

¹³⁸⁰ Ibid., s. 536.

¹³⁸¹ LI, s. 114; BUHLER, s. 26.

¹³⁸² LI, s. 110.

i. Konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının hangi çarter sözleşmesine göndermede bulunduğu belirtilmesinin gerekip gerekmediği hususunda Amerikan mahkemelerinin farklı kararları mevcuttur. Amerikan Temyiz Mahkemesi, konişmentodaki çarter partiye yapılan özel atıf kayıtlarının tahkim şartının geçerliliği için yeterli olmadığına hükmetmiştir. Nitekim, 2003 tarihli Hawkspere Shipping Co., Ltd. v. Intamex, S.A. Karar’da¹³⁸³ “*Diğer sayfada tarihi belirtilen çarter partinin tüm kayıtları, şartları, serbestileri ve istisnaları, hukuk seçimi ve tahkim şartı da dâhil olmak üzere, bununla birleştirilmiştir*”¹³⁸⁴.” şeklindeki kaydın tahkim şartını geçerli kılmak için yeterli olmadığını belirtilmiştir¹³⁸⁵. Zira, konişmentoda yer alan atıf kaydında, karara konu olan sekiz çarter sözleşmesinde hangisine göndermede bulunduğu belirtilmemiştir¹³⁸⁶. Mahkemeye göre, bu konuda çarter partinin tarihinin ya da taraflarının atıf kaydında yer almasının yeterli olacağı ifade edilmiştir¹³⁸⁷.

Buna karşılık, Amerikan Temyiz Mahkemesi verdiği 2003 tarihli Cargill Ferrous Intern. v. SEA PHOENIX MV Kararı’na¹³⁸⁸ konu olan olayda iki çarter sözleşmesi söz konusudur. Cargill Ferrous International (Cargill) ve Western Bulk Carriers K/S (Western) aralarında akdettikleri yolculuk çarteri sözleşmesi ile çelik bobinlerin Ventspils, Litvanya’dan New Orleans, Louisiana’ya taşınması hususunda anlaşmışlardır. Bu sözleşmede tahkim şartına da yer verilmiştir. Western M/V SEA PHOENIX MV’den zaman çarteri sözleşmesi ile gemi tahsis etmiştir. Ancak, New Orleans’ta taşıma sırasında çelik bobinlere deniz suyunun zarar verdiği, eşya boşaltıldıktan sonra anlaşılmıştır. Kararda konişmentoda yer alan genel atıf kaydının hangi çarter partiye göndermede bulunduğu tartışılmıştır. Senette yer alan atıf kaydı şu şekilde düzenlenmiştir: “*Diğer sayfada tarihi belirtilen çarter partinin tüm kayıtları, şartları, serbestileri ve istisnaları, hukuk seçimi ve tahkim şartı da dâhil olmak üzere, bununla birleştirilmiştir.*” Ancak, çarter partinin tarihine ilişkin kısım boş bırakılmıştır. Mahkeme tahkim şartına açıkça atıf yapılmasına rağmen, yolculuk çarteri sözleşmesine mi; yoksa zaman çarteri sözleşmesine mi gönderme de bulunduğu taraf iradelerinden yola çıkarak tespit etmeye çalışmıştır. Bu anlamda, davacı Cargill’in taraf olduğu yolculuk çarteri sözleşmesinin

¹³⁸³ İlgili Karar için bkz., http://www.leagle.com/decision/2003555330F3d225_1535 (e.t.: 30.12.2013)

¹³⁸⁴ “*All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clauses, are herewith incorporated*”

¹³⁸⁵ Ibid., VIII.

¹³⁸⁶ Ibid., VIII.

¹³⁸⁷ Ibid., VIII.

¹³⁸⁸ İlgili Karar için bkz., http://www.leagle.com/decision/20031020325F3d695_1955 (e.t.: 28.12.2013).

kastedildiği; zira, konişmentonun muhataplarından birinin Cargill olduğu ifade edilmiřtir¹³⁸⁹. Dolayısıyla, burada Cargill'in atıf kaydı ile yollama yapmak istediği çarter partini yolculuk çarteri sözleşmesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

2005 tarihli Keytrade US, Inc. v. Ain Temouchent M/V Kararı'nda¹³⁹⁰ ise Amerikan Temyiz Mahkemesi Cargill Ferrous Intern. v. SEA PHOENIX MV Kararı'nda ulaştığa sonucu farklı gerekçelerle temellendirmektedir. Karara konu olan olayda iki navlun sözleşmesi bulunduğu için hangi sözleşmenin esas alınması gerektiği tartışılmıştır. Societe Nationale de Tarnsports Maritimes & Compagnie Nationale Algerienne de Navigation Maritime'nın (CNAN) sahibi olduğu AIN TEMOUCHENT M/V dökme yük taşıyıcısı Progress Bulk ile zaman çarteri sözleşmesi akdetmiştir. İlgili sözleşme madde 48 uyarınca, bu sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkların, Londra'da tahkim yolu ile çözümleneceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin akdedilmesinden üç ay sonra, Progress Bulk, Keytrade A. G. (KAG) ile yolculuk çarteri sözleşmesi imzalanmıştır. Yolculuk çarteri sözleşmesi madde 45 ile de herhangi bir uyuşmazlıkta Londra'da tahkim yoluna başvurulacağı ifade edilmiştir. Taşımaya ilişkin tanzim edilen Cogenbill konişmentosu, AIN TEMOUCHENT M/V tarafından imzalanmıştır. Konişmentoda yer alan “*Diğer sayfada tarihi belirtilen çarter partinin tüm kayıtları, şartları, serbestileri ve istisnaları, hukuk seçimi ve tahkim şartı da dâhil olmak üzere, bununla birleştirilmiştir.*” atıf kaydına rağmen çarter partinin tarihine ve ismine yer verilmemiştir. İlgili kararda, gönderme yapılan çarter parti tam olarak belirtilmese de bu konuda herhangi bir karışıklığın olmadığı sonucuna ulařılmıřtır¹³⁹¹. Zira, çarter sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tahkim şartından haberdar olmadıkları gerekçesi oldukça zayıf bir delil (poor evidence) olarak kabul edilmiřtir¹³⁹². Her hamilin çarter sözleşmesi akdedilirken bu husustan haberdar olduğu ifade edilmiřtir¹³⁹³.

Mahkemenin tesis ettiği bu yöndeki bir karar bize pek makul görünmemektedir. Genel bir kanıdan yola çıkarak konişmento hamillerinin ilgili taşımaya binaen akdedilen tüm sözleşmeleri bilebileceğini öngörmenin mümkün olamayacağı kanısındayız. Günümüzde uluslararası taşıma ilişkisinin karmaşıklığı nedeniyle, sürece dahil olan ilgili kişilerin hukukçu

¹³⁸⁹ Ibid., 708-709.

¹³⁹⁰ İlgili Karar için bkz., http://www.leagle.com/decision/20051295404F3d891_11216 (e.t.: 29.12.2013).

¹³⁹¹ Ibid., 894.

¹³⁹² Ibid., 896.

¹³⁹³ Ibid.

olmaması halinde böyle bir olasılığı tahmin edebilmelerini beklemenin hukuken uygun olmayacağı görüşündeyiz.

ii. Çarter sözleşmesinde yer alan tahkim şartında yer alan ifadelerin de atıf kaydı yoluyla konişmento hamilleri açısından geçerliliği Amerikan Temyiz Mahkemesince irdelenmiştir. Bu bağlamda, 1999 tarihinde verdiği *Steel Warehouse Co. v. Abalone Shipping Ltd.* Kararı'na¹³⁹⁴ konu olan konişmentoda çarter sözleşmesine yapılan atıf kaydı şu şekilde düzenlenmiştir: “ *Tüm kayıt ve şartların birleştirildiği 21 Kasım 1994 tarihli çarter sözleşmesine göre navlun ödenecektir*¹³⁹⁵.” Bölge mahkemesi, atıf kaydından yer alan “... *navlun ödenecektir.*” (“*Freight payable...*”) ibaresinin, tarafların iradelerini kapsayıp kapsamayacağı meselesi hususunda belirsizlik yarattığına hükmetmiştir¹³⁹⁶. Buna karşılık, Temyiz Mahkemesi navlunun ödenmesinin atıf kayıtları açısından özellikle tahkim şartının geçerliliği hususunda herhangi bir etkisinin olmadığını ifade etmiştir¹³⁹⁷.

Bu bağlamda, mahkeme çarter sözleşmesinde yer alan tahkim şartının düzenleniş tarzından atıf kaydının tahkim şartını kapsadığı sonucuna ulaşmıştır¹³⁹⁸. İlgili çarter sözleşmesinde tahkim şartı şu şekilde düzenlenmiştir: “*Muhtelif zamanlarda bu sözleşmeden dolayı ortaya çıkabilecek tüm ihtilaflar Londra'daki nihai tahkim yolu ile çözümlenecektir*¹³⁹⁹.” Bu kayıt ile tahkim şartının sadece taşıyıcı ve taşıtan arasında geçerli olduğu anlamına gelemeyeceği ifade edilmiştir¹⁴⁰⁰. Ancak, kanımızca bu durumda, tahkim şartının konişmento hamillerine karşı da teşmil edilmesi için yeterli değildir. Bunu iki gerekçeye dayandırabiliriz. İlk olarak, tahkim şartında “bu sözleşmeden” bahsedilmektedir. Böylelikle açık bir şekilde çarter sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurulabileceği ifade edilmemektedir. Konişmento ise çarter sözleşmesinden farklı bir hukuki ilişki tesis etmektedir. İkinci olarak çarter sözleşmesinde yer alan bu şart, üçüncü kişi konumundaki konişmento hamilinin tahkim iradesinin varlığının tespiti için yeterli olmadığı görüşündeyiz¹⁴⁰¹. Zira, bu kişiler tahkim anlaşmasının tarafı değildir.

¹³⁹⁴ İlgili Karar için bkz., <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/141/141.F3d.234.97-30796.html> (e.t.: 29.12.2013)

¹³⁹⁵ “*Freight Payable as per CHARTER-PARTY dated 21 OCTOBER 1994 ALL TERMS AND CONDITIONS OF WHICH ARE INCORPORATED IN THIS B/L*”

¹³⁹⁶ *Ibid.*, prg. 18.

¹³⁹⁷ *Ibid.*

¹³⁹⁸ *Ibid.*, prg. 20.

¹³⁹⁹ “*All disputes from time to time arising out of this contract shall be referred to final arbitration in London.*”

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

¹⁴⁰¹ Ayrıca, İlgili Kararın tahlili için bkz., CHESSIN Lisa Beth, The Applicability Of An Arbitration Clause Contained In A Bill Of Lading To Third Parties: *Steel Warehouse Co. V. Abalone Shipping LTD*, **Tulane Maritime Law Journal**, Vol 23, No 2, 1999, ss. 475-484.

iii. Konişmentoda yükletenin imzasının yokluğu meselesi de ayrı bir değerlendirme konusu olmuştur. Bu anlamda, New York Sözleşmesi ile getirilen yazılılık şartından ne anlaşılması gerektiği ve çarter sözleşmesine yapılan atıf kaydının yazılılık şartını yerine getirip getirmediği sorusuna cevap aranmıştır. Temyiz Mahkemesi 1999 tarihli Kahn Lucas Lancaster, Inc. v Lark Int'l, Ltd. Kararı'nda¹⁴⁰² çarter sözleşmesine yapılan atfın, New York Sözleşmesi madde II/2'de belirtilen karşılıklı olarak gönderilen mektup ya da telgraf niteliğine uymadığını ifade etmiştir¹⁴⁰³. Tahkim şartı içeren mektup ya da telgrafın teati edilmesindeki temel amacın, sözleşme hükümleri ile tarafların iradelerinin bağlı kılındığını kanıtlanmak olduğu belirtilmiştir¹⁴⁰⁴. Ancak, karara konu olan kırkambar taşımasında sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasının konişmento hamili için bağlayıcı olmasını sağlayacak taraf iradesinin varlığını ispatlayacak bir belgenin olmadığı ifade edilmiştir¹⁴⁰⁵. Zira, mahkemeye göre, konişmentoda yazılı olan tüm hükümler sadece senede konu olan eşyanın taşınmasına ilişkindir¹⁴⁰⁶. Dolayısıyla, konişmentoda yer alan atıf kaydındaki imza yokluğunun hamilin iradesinin bulunmadığı yönünde yorumlanmıştır.

Sonuç olarak, İngiliz mahkemelerinin aksine, Amerikan mahkemeleri genel atıf kaydının yapıldığı çarter sözleşmesinin belirlenmesi kriterini mutlak yorumlamamaktadır. Her somut olayın özelliklerine göre, sözleşmede yer alan diğer hükümlerle birlikte, hangi çarter sözleşmesinin esas alınmak istendiğini belirlemeye çalışmaktadır. Burada, tarafların farazi iradelerinden değil, gerçek iradelerinden yola çıkmaktadır. Ancak, açık iradenin yanı sıra, örtülü irade beyanları ile de tahkim şartının akdedebileceği; bu nedenle, konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının halin şartlarına göre örtülü tahkim anlaşması olarak kabul edildiği söylenebilir. Bu konuda, Amerikan mahkemelerinin somut olay adaletini sağlamaya çalışırken, tutarlı ve sistematik kararlar tesis ettiğini söylemek oldukça zordur.

¹⁴⁰² İlgili Karar için bkz., http://www.leagle.com/decision/1999396186F3d210_1373 (e.t.: 30.12.2013).

¹⁴⁰³ Ibid., 217.

¹⁴⁰⁴ Ibid.

¹⁴⁰⁵ Ibid.

¹⁴⁰⁶ Ibid.

SONUÇ

MÖHUK madde 29'un uygulama alanı eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerle sınırlıdır. Dolayısıyla, 6102 sayılı TTK dikkate alındığında, yabancı unsurlu navlun sözleşmeleri söz konusu olduğunda öncelikle ilgili hükümün tatbiki gerekmektedir. Zira, 6102 sayılı TTK uyarınca, navlun sözleşmesi taşıyanın, taşıtanın navlun ödemesi karşılığında eşyayı gemi ile deniz yoluyla taşınmasını taahhüt etmesi şeklinde tarif edilmektedir.

6102 sayılı TTK madde 931 ve 932'de yer alan "su" ifadesi ile navlun sözleşmesinin içsularda yapılan taşımaları nitelendirme için de kullanılacağı anlamı çıksa da kanımızca, bu yönde bir yorum yerinde değildir. Kanunun gerekçesinde, "su" ifadesine, içsularda yapılan taşımalara deniz taşımacılığına ilişkin kuralların uygulanması için yer verildiği belirtilmektedir. Buna karşılık, gerekçede içsu taşımalarını konu edinen taşıma sözleşmelerinin navlun sözleşmesi kabul edilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Bu durumda 6102 sayılı TTK'da yer alan navlun sözleşmesine ilişkin hükümlerin sadece kıyasen tatbik edilebileceği görüşündeyiz. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinin konusuna sadece deniz yoluyla taşımalar dahil edilebilmektedir.

Zaman çarteri sözleşmesinin niteliğinin tespiti ise uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu sorun daha çok, zaman çarteri sözleşmesinin taraflarından tahsis edilenin teknik yetkilerin kendisinde kalmasına rağmen, ticari yetkilerin sözleşmenin diğer tarafına devredilmesinden doğmaktadır. Geminin ne şekilde tahsis edileceği (taşıma amacıyla mı yoksa başka bir amaçla mı) sözleşmenin diğer âkidi olan tahsis edene aittir. Bu doğrultuda, 6102 sayılı TTK'da navlun sözleşmesinden ayrı bir başlık altında düzenlenmektedir. Zaman çarteri sözleşmesinin, münferit hükümlerle düzenlenmesinin hukuken makul olduğu kanısındayız. Zira, tarafların sorumluluk alanları ve niteliğinin yolculuk çarteri sözleşmesinden farklı olması, zaman çarteri sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Ancak, navlun sözleşmesinden farklı bir deniz ticareti sözleşmesi olarak düzenlenmesinin ise yerinde olmadığı görüşündeyiz. Bu düşüncemizi iki gerekçeye dayandırabiliriz. İlk olarak, zaman çarteri sözleşmesinde gemiyi tahsis edenin taşıyan vasfını taşıması halinde tipik bir navlun sözleşmesi ortaya çıkmaktadır. İkinci olarak da uygulamada standart tip sözleşmelerde rastlanıldığı üzere, taraflarca geminin ticari yönetiminin taşıtana devredildiği ve eşya taşıma taahhüdünün asli unsur olarak belirlendiğinde zaman çarteri

sözleşmeleri deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık, 6102 sayılı TTK'da yer alan hükümlere rağmen, zaman çarteri sözleşmesini deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi; yani navlun sözleşmesi olarak görmek mümkün gözükmemektedir.

Söz konusu mesele milletlerarası özel hukuk açısından vasıflandırma sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Keza, gemi kiralama sözleşmelerinin ve konişmento sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesinde de aynı sorunla karşılaşılabilir. Kanaatimizce, yabancı unsurlu navlun sözleşmesinin vasıflandırılmasında, ne lex fori ne de lex causae ilkesinin tatbiki gerekmektedir. Bu anlamda, eşyanın taşınmasını düzenleyen kanunlar ihtilaf kurallarının bağımsız ve kendine özgü niteliğinin göz önünde bulundurulmasının işin niteliğine daha uygun olduğu görüşüdeyiz. Zira, önemli olan husus, bu kuralların düzenleniş amacıdır. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinin isminin ne olduğuna ya da taraflarca nasıl nitelendirildiğine bakılmadan, esas konusunun deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesi olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği görüşüdeyiz.

Vasıflandırma sorunun çözümünün ardından, uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için öncelikle taraflarca hukuk seçimi yapıp yapılmadığına bakmak gerekmektedir. Nitekim, eşyanın taşınması sözleşmelerine ilişkin münferit bağlama kuralı olarak karşımıza çıkan MÖHUK madde 29 uyarınca, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinin tarafların seçtikleri hukuka tabi olacağı ifade edilebilmektedir. Ancak, söz konusu maddede hukuk seçiminin şekli, konusu, zamanı gibi unsurlarına yer verilmemektedir. Bu hususlarda, sözleşmeler açısından genel düzenleme olan MÖHUK madde 24'te uygulama alanı bulmaktadır.

Bu bağlamda, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Navlun sözleşmeleri genellikle önceden ilan edilmiş tarifeler ve genel işlem şartları içeren form sözleşmeler halinde akdedildiği için zayıf konumda olan taşıtanın hukuk seçiminin varlığından bilgisi olduğuna dair kayıt düşmesinin yerinde olacağı kanısındayız. Aksi takdirde, açık hukuk seçiminin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca, yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde de sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçiminin de geçerli sayılacağı söylenebilir. Bu şekilde, tarafların gerçek iradelerinin tespit edilmesi ile örtülü hukuk

seçiminden bahsedilebilmektedir. Burada açık hukuk seçiminde olduğu gibi önemli olan tarafların “devlet hukuku”nu seçmeleridir. Hangi hususların örtülü hukuk seçimi ya da bu doğrultuda belirti olduğu lex fori ilkesine göre belirlenmektedir. Burada, somut olayın özellikleri ön plana çıktığı için, navlun sözleşmesinin de kendi içinde değerlendirilerek sonuca ulaşılabileceği ifade edilebilir.

Bunun yanı sıra, MÖHUK madde 24/II uyarınca, kısmi hukuk seçiminin varlığı kabul edilse de yabancı unsurlu navlun sözleşmesi açısından bu durum istisnai niteliktedir. Zira, ekonomik ve hukuki açıdan birbiri ile bağlantılı edimlerin varlığı karşısında, sözleşmenin hukuken parçalanmasının elverişsiz sonuçlar yaratabileceği kanısındayız. MÖHUK'ta herhangi bir hüküm yer almamasına karşılık, şartlı hukuk seçiminin geçerliliği de kabul edilmektedir. Yabancı unsurlu navlun sözleşmelerinde oldukça rastlanan bu durum, yetki şartına bağlı olarak tesis edilen hukuk seçimi şeklinde kendini göstermektedir. Seçilen mahkemenin sözleşmenin kuruluşundan itibaren belirli olduğu durumlarda herhangi bir sorun görülmemektedir. Ancak, birden fazla mahkemenin yetkili olduğu ya da yetkili mahkeme belirtilmeyip, sadece dava hangi mahkemede açılacaksa o mahkemenin hukukuna sözleşmenin tabi olacağına kararlaştırıldığı durumlarda; yani dolaylı olarak lex forinin seçildiği durumlarda, davacının kendisi için en uygun gördüğü yerde davayı açarak, davalı karşısında hukuken üstünlük kurmaya çalışacağı söylenebilir. Ayrıca, yetki sözleşmesinin bulunmadığı durumlarda ya da birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumlarda, taraflardan biri davayı ikame edinceye kadar seçilen hukuk belirsizdir. Taraflar sözleşmeye hâkim olan yetkili hukuku tam olarak bilmeden sözleşmeyi ifa etmektedirler.

Dercetme yoluyla anasyonel hukuk kurallarının seçimi ve üstünlük kaydı ile yeknesak kuralların seçimi ise hukuk seçimi gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmasa da yabancı navlun sözleşmelerinde oldukça başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında, üstünlük kaydı ile yeknesak kuralların belirlenmesi, dercetme yoluyla anasyonel hukuk kurallarının seçiminin farklı bir görünümü olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, her iki durumda da bu kurallar, yabancı unsurlu navlun sözleşmesine bağlama kuralları ile tespit edilen yetkili hukukun cevaz verdiği ölçüde uygulama alanı bulmaktadır.

Ancak, üstünlük kaydı ile gönderme yapılan uluslararası düzenlemeleri kabul eden devletlerin maddi hükümlerine göndermede bulunulduğu takdirde, taraflar yabancı unsurlu

navlun sözleşmesinde uygulanacak hukuku ayrıca belirlememişlerse, bu durumda hukuk seçiminin varlığından söz etmenin mümkün olabileceği görüşüdeyiz. Bu sonuç, üstünlük kaydı ile gönderme yapılan ulusal düzenlemenin “öncelikle” uygulanacağına kararlaştırılmasından kaynaklanmaktadır. Zira, üstünlük kaydı ile mesela COGSA’ya gönderme yapıldığı takdirde, sözleşmenin tüm unsurlarıyla İngiliz Hukuku’nun bu konudaki emredici kuralları ile bağlı kılınması gerektiği yönünde sözleşme hükümlerinden ve halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde taraf iradesinin bulunduğu anlamına geldiği ifade edilebilir. Dolayısıyla, sadece bu durumda üstünlük kaydının örtülü olarak hukuk seçimi olarak kabul edilmesi gerektiği fikrindeyiz.

Hukuk seçiminin yokluğunda ise yabancı unsurlu navlun sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK madde 29/II’ye göre tespit edilmektedir. İlgili hükümde yer alan karinenin aksinin ispatı halinde, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde genel hüküm olan MÖHUK madde 24/IV uygulanması gerekmektedir. Bu kanımızı iki gerekçeye dayandırabiliriz: Öncelikle, MÖHUK madde 29’un gerekçesinde şartların sağlanamaması halinde eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmenin, genel hüküm olan MÖHUK madde 24’e tabi kılınması gerektiği açıkça belirtilmektedir. Ayrıca, MÖHUK madde 29/III’te ifadesi bulan “daha sıkı ilişkili hukuk” istisna hükmüdür. İlgili hüküm, yabancı unsurlu navlun sözleşmeleri açısından taşıyıcının kimliği, esas işyeri veya en sıkı ilişkili işyerinin belirlenemediği durumlar ile esas işyerinin kolay bayrak ülkesinde olması durumlarında uygulanabilmektedir. Ayrıca, MÖHUK madde 29/II veya madde 24/IV tatbik edilebilmesine rağmen, sözleşme ile yakın ilişki içerisinde bir başka hukukun varlığı halinde de kaçış hükmü devreye girmektedir. Dolayısıyla, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin tüm yollar tüketilmeden bu hükme başvurulamayacağı için MÖHUK madde 24/IV’ün uygulanması gerektiği görüşüdeyiz.

Bu bağlamda, yabancı unsurlu navlun sözleşmesi 6102 sayılı TTK uyarınca ticari ve mesleki faaliyet gereği akdedildiği için MÖHUK madde 24/IV itibarıyla, karakteristik edim borçlusu olan taşıyıcının işyeri hukuku; bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku; birden çok işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmektedir. Burada da taşıyıcının işyeri bağlama noktası olarak tespit edildiği için MÖHUK madde 29/II’deki şartlar sağlanamasa bile taşıyıcının işyeri hukuku koşulsuz

olarak uygulanacak hukuk olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla, söz konusu durumda, MÖHUK madde 29/II'de yer alan şartlı bağlama kuralı anlamsızlaşmaktadır. Ancak, MÖHUK madde 24/IV yerine, münferit düzenleme olarak madde 29/II'nin uygulanması en sıkı ilişkili işyeri ile esas işyerinden farklı olması halinde ortaya çıkmaktadır.

En sıkı ilişkili işyeri daha kapsayıcı bir kavramdır ve bu kavram tespit edilirken sözleşme esas alınmaktadır. Yabancı unsurlu navlun sözleşmesi açısından taşıyıcının ya da gönderenin birden fazla işyerinin bulunması halinde sözleşmenin hangi işyerinde kurulduğuna ve ifasında en fazla öneme sahip yere bakmak gerekmektedir. Bu bağlamda, en sıkı ilişkili işyeri tespit edilirken sözleşmenin ifasında doğrudan ve etkin katkısı olan yeri tek kriter olarak kabul etmek navlun sözleşmeleri açısından yeterli olmadığı görüşüdeyiz. Zira, navlun sözleşmesi gemi aracılığıyla deniz aşırı yerlerde ifa edildiği için ifasında doğrudan ve etkin katkısı olan yerden bahsetmenin mümkün olamayacağı ifade edilebilir. Bu anlamda, taşıyıcının taşıma faaliyetine ilişkin en fazla hukuki işlem ve eylemlerini gerçekleştirdiği yer “en sıkı ilişkili işyeri” olarak kabul görülebilir. Diğer yandan, esas işyeri taşıyıcının ya da gönderenin gerçekleştiği hukuki işlem veya eylemlere göre farklılık arz etmemektedir. Bu iki kavram arasında kesin sınırlar çizmek zor olduğu için ne anlama geldiklerinin uygulamaya göre tespit edilmesi gerektiği kanısındayız.

Kural olarak, navlun sözleşmesi statüsü; gerek taraf iradesi, gerekse de objektif bağlama kuralları ile belirlenmiş olsun akdın kurulmasından sona ermesine kadar sözleşmenin her aşamasına hâkimdir. Ancak, irade beyanının varlığı, ehliyet, şekil, temsil ile ifanın gerçekleştirme biçimi ve tedbirleri MÖHUK'ta yer alan münferit bağlama kurallarına tabidir. Söz konusu durumlarda, uygulanacak hukuka istisna ya da alternatif bağlama noktaları getirilmektedir.

Buna karşılık, Anayasa madde 90/son ve MÖHUK madde 1/II itibarıyla, uluslararası düzenlemelerin yabancı unsurlu navlun sözleşmelerine doğrudan uygulanması gerekmektedir. Ayrıca, MÖHUK madde 5 itibarıyla, yetkili yabancı hukukun maddi hükümlerinin somut olaya uygulanmasında ortaya çıkan sonucun kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, ilgili hükmün uygulanması engellenmektedir. Bu durumda da navlun sözleşmesi statüsünün uygulanmasının sınırlandırıldığı hallerdendir. Diğer yandan, navlun sözleşmesi açısından da kamu düzeni müdahalesi istisnai durumlarda söz konusu olabilmektedir. Burada, ilk olarak

taşıyanın ve taşıtanın sorumluluğuna ilişkin belirtilen halleri doğrudan ve dolaylı şekilde ortadan kaldıran ya da daraltan kayıtları ve şartları geçerli kabul eden yabancı hukukun navlun sözleşmesi statüsü olması akla gelmektedir. Burada amaç, emredici hükümlerle yükle ilgilileri korumaktır. Söz konusu amaç dikkate alındığında, bu durumda MÖHUK madde 5 itibarıyla kamu düzeni müdahalesinin gündeme geleceği ifade edilebilir.

Navlun sözleşmesi açısından da müdahaleci kurallar ayrı bir önemi haizdir. Zira, taşıma ilişkisi daha çok varma ve boşaltma limanlarının bulunduğu ülkelerin ekonomi politikalarını ilgilendiren ve devletlerin ülke unsurunda gerçekleştiği için devletlerin egemenlik alanları ile doğrudan ilgilidir. Bu nedenle, navlun sözleşmesi ile ilgili oldukça fazla sayıda müdahaleci kuralın varlığından söz edilebilmektedir. Müdahaleci kuralların varlığı halinde de yetkili yabancı hukukun navlun sözleşmesine kısmen ya da tamamen uygulanması engellenmektedir. Bu husus, MÖHUK madde 6 itibarıyla, lex forinin müdahaleci kuralları açısından mutlak olarak kabul edilmektedir. Yabancı unsurlu navlun sözleşmesine hâkim olan yetkili hukukun tüm unsurlarıyla birlikte uygulanması gerektiği göz önünde bulundurulacak olursa, lex causaenin müdahaleci kurallarının da tatbikinin gerektiği ifade edilebilir. Ancak, lex causaenin müdahaleci normları Türk kamu düzenini açıkça ihlal ediyorsa, gerekli görüldüğü takdirde ve ölçüde Türk Hukuku'nun devreye gireceği ifade edilebilir.

MÖHUK madde 31 itibarıyla, sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişki içinde olduğu takdirde üçüncü bir devletin müdahaleci kurallarına etki tanınabileceği; söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçlarının dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Yabancı unsurlu navlun sözleşmesi açısından MÖHUK madde 31'de belirtilen "*sıkı ilişki*" tespit edilirken, sözleşmeye konu olan taşıma ilişkisi ile doğrudan bağlantılı unsurların bulunduğu yerlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu bağlamda, yükleme ya da varma limanı bu ülkede yer alabilir. Gönderenin esas işyeri bu ülkede bulunabilir. Konişmentolu taşımalarda konişmentonun tanzim edildiği ülke sözleşme ile sıkı ilişki içindeki üçüncü devlet olarak kabul edilebilir. Tüm bu değerlendirmelere karşılık, "*sıkı ilişki*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine somut olayın özelliklerine göre konulan kuralın amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alarak hâkimin karar vermesi gerekmektedir.

Milletlerarası özel hukukta konişmento-navlun sözleşmesi ilişkisi ayrıca ele alınması gereken konulardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konunun önemi, konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının hukuk seçimi, yetki ve tahkim şartını geçerli hale getirip getiremeyeceğinin tespiti açısından önem arz etmektedir. Ayrıca, navlun sözleşmesi konişmento aracılığıyla ifa edildiği için konişmentoya uygulanacak hukukun nasıl belirlendiğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Öncelikle, konişmento bir yandan navlun sözleşmesinin varlığını ve içeriğini; diğer yandan ise eşyanın konişmentoda belirtildiği Şekilde teslim alındığını kanıtlama işlevini haizdir. Konişmentonun ispat vasıtası olarak kabul edilip edilemeyeceği bir usul meselesidir. Keza, söz konusu ispat faaliyetinin neyi kapsayacağı meselesi de usul hukukuna ilişkindir. Dolayısıyla, konişmentonun ispat işlevinden doğan uyuşmazlıkların lex fori uyarınca zme kavuşturulmaktadır. Buna karşılık, konişmentonun karine niteliği maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak ortaya çıktığı için senedin bu özelliğinin niteliği ve fonksiyonuna ilişkin meselelerde esasa uygulanacak hukukun tatbiki makul görülmektedir. Esas uygulanacak hukukun tespitinde de konişmentonun kıymetli evrak niteliğinin esas alınması gerekmektedir. Zira, konişmentonun ispat vasıtası olarak kabulü onun senet vasfından kaynaklanmaktadır.

Konişmentonun kıymetli evrak işlevinden doğan uyuşmazlıklar ise senedin bulunduğu yer hukuku anlamına gelen lex cartea sitae; yani kıymetli evrak statüsüne tabi kılınmaktadır. Bu kapsamda, konişmentonun içeriğinde hangi hususların yer alacağı, ne zaman ve nasıl düzenleneceği ile devredileceği, kimin tanzime yetkili olduğu ve son olarak da konişmentonun sona ermesine ilişkin hususlar lex cartea sitaeye göre belirlenmektedir.

Konişmentonun eşyayı temsil işlevinin birbirinden farklı birden fazla sonucu mevcuttur. Konişmento aynı zamanda eşyanın taşınmak üzere alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren makbuz niteliğindedir. Bu niteliği, eşyayı temsil etme işlevinin bir hukuki yansıması olarak da görülmektedir. Bunun yanında, taşınan eşya üzerinde ayni hak tasarruflarında bulunma yetkisi de konişmentonun devri ile sağlanmakta ve bu husus da konişmentonun eşyayı temsil işlevinin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, eşyanın temsil işlevine sahip olup olmadığı ve bu işlevinin mahiyeti ile taşınan eşya üzerinde ayni hak ihtilaflarına uygulanacak hukukun farklı bağlama kurallarına tabi kılınması gerektiği görüşünde yiz.

Konişmentonun eşyayı temsil işlevinin varlığının tayinine, kanımızca lex cartea sitae ilkesinin uygulanması makul görülmektedir. Zira, senedin temsil işlevine sahip olup olmadığı,

doğrudan konişmentonun kıymetli evrak niteliği ile ilişkilidir. Ayrıca, bu işlevin varlığı konişmento hamillerini ilgilendirmektedir. Bu nedenle, söz konusu meseleyi, eşyanın bulunma yeri hukukuna bağlamak, konişmento hamillerinin daha önceden öngöremedikleri, hiçbir ilişkilerinin bulunmadığı hukuka bağlanmalarına neden olabilmektedir.

Buna karşılık konişmentonun eşya üzerindeki aynı hakka etkisinden doğan ihtilaflara ise MÖHUK madde 21'in tatbik edilmesi gerekmektedir. Zira, söz konusu ihtilaf eşya üzerindeki aynı hakka ilişkindir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu konişmentoya konu olan eşya hareket halinde değilse, *lex rei sitae*; yani MÖHUK madde 21/I itibarıyla, işlem anında eşyanın bulunduğu yer hukuku uygulama alanı bulabilmektedir. Ancak, aynı hakka ilişkin ihtilaf eşya gemi ile taşınmakta iken meydana gelmişse, varna limanı hukukunun tatbiki gerekmektedir.

Diğer yandan, konişmentonun devrinin eşya üzerindeki aynı hakka ilişkin meselelerine, *lex rei sitae* prensibini uygulamanın her zaman için yerinde olmadığı kanısındaız. Zira, konişmentonun niteliği nedeniyle, eşyanın bulunduğu yer hukukunun uygulanması ticari hayatın gereklerinden olan emniyet unsurunu asgari düzeyde de olsa güvence altına alınmasını sağlayamamaktadır. Ayrıca, bu prensibin uygulanması, konişmentonun tedavül kabiliyetinin önemini kaybetmesine de olabilmektedir. Bunun yanında, konişmentodan doğan ihtilaflarda aynı meseleler genellikle eşya taşınmakta iken ortaya çıkmakta; ancak bu ihtilafa ilişkin MÖHUK madde 21/II'de ifadesini bulan istisna hükmünün de konişmentolar açısından yetersiz kaldığı düşüncesindeyiz.

Bu bağlamda, kanımızca senedin devir yeri hukukunun uygulanması gerekmektedir. Zira, *lex rei sitae* prensibi karma taşımalarda konişmentoyu tesadüfi bir hukuka bağlamaktadır. Ayrıca, konişmentonun devri ile aynı hak meselelerine devir sırasında senedin bulunduğu yer hukukunun uygulanması, devri tüm sonuçları ile aynı hukuka tabi kılarak bütünlük sağlamaktadır. Bunun yanında, söz konusu bağlama noktası senedin tedavül kabiliyetine sahip olma amacına da hizmet ederek meşru hamillerin korunmasını sağlamaktadır. Ayrıca, bu konuda tek bir bağlama kuralının benimsenmesi sabit mal-taşınmakta olan mal ayrımının yapılmasının da önüne geçmektedir. Ancak, bu görüş MÖHUK madde 21'in varlığına karşılık uygulama alanı bulamamaktadır. Dolayısıyla, emtia senetlerine ilişkin münferit bir düzenlemenin yapılmasının isabetli olabileceği kanısındaız.

Konişmento sözleşmesi ise Türk Hukuku'nda eşya taşıma sözleşmesi olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla, uygulanacak hukukun genel hükümlere göre tespit edilmesi

gerekmektedir. Bu bağlamda, MÖHUK madde 24/I uyarınca, hukuk seçiminin yokluğu halinde karakteristik edimin ve borçlusunun tespiti önem arz etmektedir. Karakteristik edim borçlusunu da eşyanın konişmentoya uygun bir şekilde taşınması borcu altındaki taşıyıcıdır. Konışmento sözleşmesi de 6102 sayılı TTK uyarınca mesleki ve ticari faaliyet gereği akdedildiği için sözleşmenin kuruluş anında; yani konişmentonun yükletene teslimi anında taşıyıcının işyeri hukuku, bulunmaması halinde yerleşim yeri hukuku, birden fazla işyerinin varlığı halinde ise en sıkı ilişkili işyeri hukuku uygulanacak hukuk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Konışmento sözleşmesinde karakteristik edimin tespitine ilişkin herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Ancak, yabancı unsurlu navlun sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde olduğu gibi, bazı durumlarda taşıyıcının kimliği tespit edilemeyebilmekte ya da taşıyıcının hukuki işyeri ile esas işyeri farklı yerler olabilmektedir. Bazı durumlarda ise tespit edilen yetkili hukuk ile sözleşme arasında “en sıkı ilişki” kurulamayabilmektedir. Bu hususların ispatı halinde, MÖHUK madde 24/IV itibarıyla, “halin şartları” gereği daha sıkı ilişkili hukukun araştırılması gerekmektedir.

Milletlerarası özel hukuk açısından, konışmento navlun sözleşmesi ilişkisi, senette yer alan ve özellikle çarter sözleşmelerine yapılan atıf kayıtlarının hukuk seçimi, yetki ya da tahkim şartını geçerli kılıp kılmayacağı meselesi açısından önem arz etmektedir. Türk Hukuku’nda ise bu konuda 6102 sayılı TTK’da madde 1237 karşımıza çıkmaktadır. İlgili hükmün üçüncü fıkrası itibarıyla, konişmentoda yolculuk çarteri sözleşmesine gönderme varsa, konişmento devredilirken senedin bir suretinin yeni hamile ibraz edilmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır. Bu takdirde, çarter partide yer alan hükümlerin nitelikleri elverdiği ölçüde, konişmento hamiline karşı ileri sürülebileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, atıf kayıtlarının hukuk seçimi, yetki ve tahkim anlaşmalarını konişmento açısından, nitelikleri elverdiği ölçüde, geçerli kabul edilmektedir. Dolayısıyla, hukuk seçimi, yetki ve tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla şekli ve maddi açıdan geçerli olarak kabul edilip edilemeyeceğinin irdelenmesi gerekli görülmektedir.

Bu meseleyi, öncelikle hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği açısından sonuca ulaştırmak gerekmektedir. Hukuk seçiminin şekli geçerliliği açısından MÖHUK madde 7 uygulama alanı bulmaktadır. Türk Hukuku’nda bu konuya ilişkin herhangi bir münferit

hüküm bulunmamaktadır. Ancak, konişmento açısından yazılı şekil şartının senedin kıymetli evrak niteliğinin doğal sonucu olduğu göz önünde bulunduracak olursak, uygulamada hukuk seçiminin yazılı yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle, Türk Hukuku açısından konişmentoda yer alan atıf kaydının hukuk seçiminin şekli geçerliliğine ilişkin herhangi bir etkisi söz konusu değildir.

Hukuk seçimi anlaşması tipik bir sözleşme olduğu için nisbî karakterdedir. Dolayısıyla, navlun sözleşmesine yapılan ve konişmentoda yer alan genel atıf kayıtlarının hukuk seçiminin maddi geçerliliği anlamında taraf iradesinin varlığını sağladığını söylemek zordur. Ayrıca, navlun sözleşmeleri ile konişmentonun konusu da farklılık arz etmektedir. Genel atıf kayıtları örtülü hukuk seçiminin varlığını teşkil eden belirtiden öteye geçememektedir. Buna karşılık, navlun sözleşmesine yapılan atıfların hukuk seçimini de kapsadığını açıkça belirten özel atıf kayıtlarının varlığı halinde, hukuk seçiminin maddi açıdan da geçerli kabul edilmesi hukuken makul görülmektedir.

Navlun sözleşmesinde yer alan yetki şartının konişmentoda yer alan atıf kayıtları açısından şekli geçerliliği irdelenirken ise iki ihtimalin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. İlk olarak, navlun sözleşmesinde yer alan yetki şartı ile Türk mahkemelerinin yetkili kılınması durumudur. HMK madde 18/II uyarınca, yetki anlaşmaları için getirilen yazılılık koşulu, geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, yükletenin imzasının yokluğu, genel olarak konişmentoda yer alan yetki şartını şeklen geçersiz hale getirmektedir. Bu nedenle, Türk mahkemelerinin çarter sözleşmesine yapılan atıf kaydı ile yetkilendirilebilmesi için ayrıca yükletenin ya da üçüncü kişi konumundaki konişmento hamillerinin imzasının da bulunması gerekmektedir. Buna karşılık, navlun sözleşmesinde yer alan yetki şartının atıf kaydı ile üçüncü kişi konumundaki konişmento hamili açısından geçerliliği için senet ciro edilirken atılan imzanın ise yeterli olabileceği kanısındayız.

İkinci ihtimal yabancı mahkemeleri yetkili kılan yetki şartını içeren çarter sözleşmesine konişmentoda atıf yapılması halidir. Bu durumda, Türk Hukuku açısından MÖHUK madde 47 devreye girmektedir. İlgili hüküm ile getirilen yazılılık koşulu, ispat şartı olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, konişmentoda alan yer atıf kaydı yoluyla, yabancı mahkemelerin yetkili kılınması hususunda şeklen geçerliliğe ilişkin herhangi bir sorun

görülmemektedir. Zira, geçerlilik için herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Nitekim, Yargıtay kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir.

Yetki sözleşmesi de usuli bir akit olarak kabul edilse de tarafların karşılıklı ve uygun irade beyanlarının varlığı ile akdedilmektedir. Ancak, konişmento hamili aynı zamanda navlun sözleşmesinin ve dolayısıyla, sözleşmede yer alan yetki anlaşmasının tarafı olmadığından atıf kaydı ile maddi geçerliliğinin sağlanamayacağı söylenebilir. Bu konuda taraf iradelerinin varlığı için özel atıf kaydının gerekli olduğu kanısındayız. Aksi takdirde, konişmento hamili tarafı olmadığı bir sözleşme ile bağlı kılınabilmektedir. Ayrıca, konişmentodan kaynaklanan hangi tip uyuşmazlıkların yargı yoluna götürülmesinin taraflarca amaçlandığının özel atıf kaydından anlaşılması gerekmektedir.

Bu açıdan bakıldığında, konişmento hamilinin aynı zamanda atıf yapılan navlun sözleşmesinin tarafı olması halinde ise senetten doğmuş veya doğabilecek olan uyuşmazlıklarda söz konusu yetki şartına istinaden de devlet yargısına başvurup başvuramayacağının da ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, taraf iradelerinin varlığından bahsedilebilir. Ancak, Türk Hukuku açısından yetki sözleşmesinin geçerliliği için aranan uyuşmazlığın belirli olma şartının tam anlamıyla sağlanamadığı söylenebilir. Zira, yapılan atıf ile konişmentodan kaynaklanan hangi nitelikteki uyuşmazlıkların yetki şartında yer alan mahkemeye götürüleceği tam olarak netlik göstermemektedir. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinde yer alan yetki anlaşmasının atıf yoluyla maddi açıdan geçerli kabul edilebilmesi için ilgili kayıt ile tarafların gerçek iradelerinin açık bir biçimde ortaya konulması gerektiği kanısındayız. Yorum yoluyla tarafların asıl maksatlarının belirlenmesinin mümkün olamayacağı söylenebilir. Zira, konişmento ve navlun sözleşmesi birbirinden farklı iki hukuki ilişkidir ve her ikisinden doğabilecek uyuşmazlıklar farklılık gösterebilmektedir. Atıf kaydı ile konişmentodan doğan hangi tip uyuşmazlıkların yetki sözleşmesinin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açık bir şekilde belirtildiği takdirde, maddi geçerliliğin tam anlamıyla sağlanacağı ifade edilebilir.

Tahkim anlaşmasının da esas sözleşmeden bağımsızlığı ve ayrılabilirliği MTK madde 4 itibarıyla benimsenmektedir. Dolayısıyla, navlun sözleşmesinde yer alan tahkim şartı doğrudan konişmento ile alakalı ya da bağlantılı kabul edilmemektedir. Bu nedenle, atıf yoluyla tahkim şartının konişmento açısından geçerliliğinin esas sözleşmeden ayrı olarak

değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, gerek MTK'nın gerekse de New York Sözleşmesi ile Avrupa Sözleşmesi'nin uygulama alanları dikkate alınarak, charter sözleşmesine yapılan ve konişmentoda yer alan atıf kaydı yoluyla tahkim anlaşmasının kurulup kurulamayacağıın ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Borçlar Hukuku açısından adi yazılı şekilden anlaşılın yazılı metin ve borçlunun imzasıdır. (TBK madde 14) MTK madde 4/II, New York Sözleşmesi madde II ile Avrupa Sözleşmesi madde 1/2-a açısından teknolojik gelişmeler göz önünde bulundurularak yazılı metinden ne anlaşılması gerektiği oldukça geniş yorumlanmaktadır. Ayrıca, MTK madde 4/II-son cümle de dikkate alındığında, konişmentoda yer alan atıf kayıtlarının tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği için aranan yazılı metin şartını yerine getirdiğini kabul etmek gerekmektedir.

Ancak, konişmento üzerinde sadece taşıyıcının imzası bulunmaktadır. Yükletenin imzası bulunmadığı için konişmentoda yer alan atıf kaydının tahkim şartını içermeyeceğini kabul etmek gerektiği kanısındayız. Zira, TBK madde 14/I itibarıyla aranan imza şartının yerine getirilmediği söylenebilir. Keza, konişmentoda yer alan tahkim şartının dahi yükletenin imzasının yokluğu nedeniyle geçersiz olduğu görüşündeyiz. Buna karşılık, konişmento düzenlenip yükletene teslim edildikten sonra, ciro edilirken hamillerin imzasının senedin arka yüzünde yer alması halinde yazılılık için gerekli olan imza şartının yükleten dışındaki hamiller açısından yerine getirilmiş sayılması gerektiği görüşündeyiz. Zira, milletlerarası ticari hayatın giderek karmaşık bir hale gelmesi imza zorunluluğunun daha esnek yorumlanmasını gerektirmektedir. Ancak, atıf yoluyla tahkim şartı ile bağlanma arzusunda değilse, bu durumda senedi teslim alırken konişmento hamilinin bunu açık bir şekilde belirtmesi gerekmektedir.

Konişmentoda yer alan ve charter sözleşmesine yapılan atıf kaydının tahkim şartını kapsayıp kapsamadığı meselesine ilişkin ise taraf iradesinin varlığı irdelenirken iki ihtimali göz önünde bulundurmak gerekmektedir. İlk ihtimal, konişmento hamilinin taşıtan dışında eşya ile ilgili kişilerden biri olması durumudur. Bu durumda konişmentoda yer alan atıf kaydının charter sözleşmesindeki tahkim şartını kapsamayacağı kabul edilmektedir. Zira, konişmento hamili, charter sözleşmesine taraf değildir. Ayrıca, ilgili navlun sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna başvurulabileceği kararlaştırılmıştır. 6102 sayılı TTK madde 1237/I itibarıyla ise konişmento taşıyıcı ile gönderilen arasındaki ilişlerde

esas alınmaktadır. Dolayısıyla, taşıma ilişkisinde üçüncü kişi konumundaki konişmentonun hamilinin, senetten doğan uyuşmazlıkların çözümü için genel atıf kaydına rağmen, çarter sözleşmesinde yer alan tahkim şartına dayanmamaktadır. Bu bağlamda, konişmento hamilinin tahkim iradesinin varlığı için özel atfın gerekli olduğu Türk Hukuku'nda kabul edilmektedir. Böylelikle, senetten doğmuş ve doğabilecek tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi için taşıyıcı ve konişmentonun üçüncü kişi durumundaki hamilinin irade açıklamasını ortaya koymasını sağlanmaktadır.

Diğer yandan, kanımızca da somut olayın özelliklerine göre tereddüde mahal bırakmayacak şekilde yapılan genel atıfların da tahkim şartını içerdiğini kabul etmek gerekmektedir. Burada tarafların tahkim iradesi, genel uygulamalar ve tarafların tutumu dikkate alınarak tespit edilebilir. Bu anlamda, tarafların esas sözleşmeyi ifa ederken geçen süre zarfı boyunca iyiniyetle aykırı bir şekilde tahkim şartı ile bağlı olmadıkları iddiasında bulunmaları halinde, konişmentodaki genel atıf kaydının tahkim iradesini tesis ettiğini varsaymak gerekmektedir. Dolayısıyla, halin şartları ve sözleşme hükümleri dikkate alındığında, genel atıf kayıtlarının tahkim şartının varlığına ilişkin örtülü irade beyanı olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

İkinci ihtimal ise, navlun sözleşmesinin taraflarından taşıtanın da konişmento hamili olması durumudur. Kanımızca, konişmento hamilinin aynı zamanda navlun sözleşmesinin tarafı olması durumunda konişmentoda yer alan genel atıf kaydının çarter sözleşmesinde yer alan tahkim şartını da kapsayacağını kabul etmek gerekmektedir. Genel atıf kaydının konişmento hamilleri açısından tahkim şartını meydana getirmediğine ilişkin gerekçe ise her iki hukuk ilişkisinin tarafları farklı olduğu için taraf iradesinin sağlanamadığına yöneliktir. Dolayısıyla, taşıtan sıfatındaki konişmento hamilinin bu konudaki iradesinin varlığını kabul etmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

AIKENS Richard/LORD Richard/BOOLS Micheal, **Bills of Lading**, London, 2006.

AKAN Pınar, **Deniz Hukuku'nda Geminin Enkaz Haline Gelmesinin Hukuki Niteliği ve Sonuçları**, İstanbul, 2005. (**Deniz Hukuku**)

AKAN Pınar, **Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 2007. (**Yüke Özen Yükümlülüğü**).

AKINCI Sami, **Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri**, İstanbul, 1968.

AKINCI Ziya, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir, 1996. (**İnşaat**)

AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul, 2013. (**Tahkim**)

AKINCI Ziya, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1992. (**Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**)

AKINTÜRK Turgut/AKİPEK Şebnem, **Türk Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009.

AKYOL Şener, **Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, İstanbul, 2008.

ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM Kamil/DEREN YILDIRIM Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Bası, İstanbul, 2009.

ALİBABA Arzu, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005.

AMBROSE/Clare/MAXWELL Karen, **London Maritime Arbitration**, Second Edition, Consultant Editor: Bruce HARRIS, London, 2002.

ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Onsekizinci Baskı, Ankara, 2013. (**Ticari İşletme**)

ATAMER Kerim, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra**, İstanbul, 2006. (**Cebri İcra**)

ATAMER Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, İstanbul, 2001, ss. 61-80. (**Sözleşme Özgürlüğü**)

AYBAY Atilla/AYBAY Aydın/AYBAY Gündüz/AYBAY Rona, **Deniz Hukuku**, İstanbul, 1998.

AYBAY Rona/DARDAĞAN Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafi)**, İstanbul, 2008.

AYOĞLU Tolga, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamül Olarak Lex Mercatoria**, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, İstanbul, 2011.

BAUGHEN Simon, **Shipping Law**, Fourth Edition, London, 2009.

BAYATA CANYAŞ Aslı, **AB Ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Ankara, 2012. (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk).

BEALE Joseph H., **A Treatise On The Conflict of Laws**, Volume II, Newyork, 1935. (Conflict of Laws).

BERKİ Osman Fazlı, **Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları**, Baskı 2, Ankara 1971.

BOLAYIR Nur, **Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, İstanbul 2009.

BRUNET Edward/SPEIDEL Richard/STERNLIGHT Jean R. E./BOYD William S./WARE Stephen J., **Arbitration Law in America A Critical Assessment**, New York, 2006.

CAN Mertol, **Deniz Ticareti Hukuku, Cilt I**, Ankara, 2000.

CARRUTHERS Janee Margaret, **Beyond the Ineluctable: An Exemination of Choice of Law Rules in Property**, PhD Thesis, <http://theses.gla.ac.uk/3532/> (e.t.: 20.11.2013).

CLARKSON C.M. V./HILL Jonathan, **The Conflict of Laws**, Fourth Edition, London, 2011.

COLINVAUX Raoul, **Carver's Carriage By Sea, Volume 1**, Thirteenth Edition, London, 1995. (COLINVAUX I).

COLINVAUX Raoul, **Carver's Carriage By Sea, Volume 2**, Thirteenth Edition, London, 1995. (COLINVAUX II).

COLLIER J. G., **Conflict of Laws**, Third Edition, London, 2003.

COOK Julian/YOUNG Timothy/TAYLOR Andrew/KIMBALL John/MARTOWSKI David/LAMBERT LeROY, **Voyage Charters**, Third Edition, London, 2007.

CUMALIOĞLU Emre, **Kırkambar Sözleşmesi**, Ankara, 2011. (Kırkambar Sözleşmesi).

ÇAĞA Tahir/KENDER Rayegan, **Deniz Ticareti Hukuku I-Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan**, gözden geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, 2009. (ÇAĞA/KENDER I).

ÇAĞA Tahir/KENDER Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku II- Navlun Sözleşmesi**, İstanbul, 2009. (ÇAĞA/KENDER II).

ÇAKALIR Yalçın, **Römokaj Sözleşmesi**, Ankara, 1985. (Römorkaj)

ÇAKALIR Yalçın, **Zaman Çarteri Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1989. (**Zaman Çarteri Sözleşmesi**).

ÇELİKEL Aysel, **Menkul Eşya Üzerinde Aynı Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı**, İstanbul, 1972 (**Menkul Eşya**).

ÇELİKEL Aysel/ERDEM Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul, Kasım 2012.

ÇELİKEL Aysel/NOMER Ergin/GİRAY F. Kerem/ESEN Emre, **Devletler Hususi Hukuku, Çözümlemiş Örnek Olaylar-Seçilmiş Mahkeme Kararları**, 10. Baskı, İstanbul, 2010.

DEMİR GÖKYAYLA Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmesi)**, 2. Bası, İstanbul, 2013.

DEMİRKIRAN Murat, **Taşıyanın Konişmentonun İçeriğinden Sorumluluğu**, İstanbul 2008.

DEMİRKOL Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, 2014.

DEREN YILDIRIM Nevhis, **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, İstanbul, 2004.

DICEY A. Venn/MORRIS J. H. Carlile, **The Conflict of Laws**, (editor: Lawrence Collins), Twelfth Edition, Volume 1, London, 1993. (DICEY/MORRIS I).

DICEY A. Venn/MORRIS J. H. Carlile, **The Conflict of Laws**, (editor: Lawrence Collins), Twelfth Edition, Volume 2, London, 1993. (DICEY/MORRIS II).

DOCKRARY Martin/ THOMAS Katherine Reece, **Cases&Metarials On The Carriage of Goods By Sea**, Third Edition, 2004.

DOĞAN Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kurallarının ve Sınırlarının Tespiti**, Ankara, 1996. (**İş Akdi**).

DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013. (**Milletlerarası Özel Hukuk**).

DOĞAN Vahit, **Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2012. (**Akreditif**).

DOĞAN Vahit, **Vatandaşlık Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, 2012. (**Vatandaşlık Hukuku**).

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku**, Cilt II, İstanbul, 2009.

EDİS Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 1993.

EKŞİ Nuray, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, Tıpkı 2. Baskı, İstanbul, 2010. (**Deniz Ticareti**).

EKŞİ Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul, 2010. (**Ticaret**).

EKŞİ Nuray, **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul, 2004. (**Roma Konvansiyonu**).

ELÇİN Doğa, **Milletlerarası Unsurlu bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 2012.

ERDEM Bahadır, **Patent Hakkının Korunması ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, 1999.

EREN Fikret, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Ankara, 2013.

ERKAN Mustafa, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara, 2013. (**Yetki Sorunları**)

ESEN Emre, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, 2008. (**Uluslararası Ticari Tahkim**)

FAWCETT James/CARRUTHERS M. Janeen, **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, Consultant Editor: Peter North, Fourteenth Edition, Oxford, 2008.

FORCE Robert, **Admiralty And Maritime Law**, Federal Judicial Centre, 2004.

FORCE Robert/ YIANNOPOULOS A. N./DAVIES Martin, **Admiralty And Maritime Law**, Abridge Edition, Washington, 2006.

GASKELL Nicholas/Regina ASARIOTIS/Yvonne BAATZ, **Bills of Lading: Law And Contracts**, London, 2000.

GENÇTÜRK Muharrem, **Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Genel Kavramlar-Gecikmeden Doğan Sorumluluk)**, İstanbul, 2006.

GIERMANN A. Heiko, **The Evidentiary Value of Bills of Lading and Estoppel**, London, 2004.

GIERMANN Heiko A., **Die Haftung des Verfrachters für Konnossementsangaben**, Hamburg, 2000.

GILMORE Grant/ BLACK Charles L. Jr., **The Law of Admiralty, Second Edition**, New York, 1975.

GÖĞER Erdoğan, **Deniz Hukukundaki Eşya Taşıma (Navlun) Mukavelelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, 1965. (**Eşya Taşıma**).

GÖĞER Erdoğan, **Deniz Hukukundaki Eşya Taşıma (Navlun) Mukavelelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, 1965.

GÖĞER Erdoğan, **Deniz Ticaret Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı Kuralları**, Ankara, 1969. (**Deniz Ticareti**)

GÖĞER Erdoğan, **Devletler Hususi Hukuku, Kanunlar İhtilafı**, Baskı 4, Ankara, 1977. (**Devletler Hususi Hukuku**)

GÖKNİL, Mazhar Nedim, **Deniz Ticaret Hukuku**, Üçüncü Bası, İstanbul, 1946.

GÖKYAYLA Emre, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, 2009.

GÖZLER Kemal, **Devletin Genel Teorisi**, Bursa, 2007. (**Devletin Genel Teorisi**).

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa, 2008. (**Türk Anayasa Hukuku**).

GÜNAY Barış, **Hazırlık Çalışmaları Işığında Lahey/Visby Kuralları (Rotterdam Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Ankara, 2013.

GÜNGÖR Gülin, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara, 2000.

GÜNGÖR Gülin, **Tâbiyet Hukuku-Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler**, Ankara, 2012. (**Tâbiyet**).

GÜNGÖR Gülin, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yaklaşımı**, Ankara, 2007. (**Yakınlık Yaklaşımı**).

HATEMİ Hüseyin/AYBAY Aydın, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, 2012.

HAVUTÇU Ayşe, **Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, 2001.

HELVACI Serap, **Gerçek Kişiler**, 3. Bası, İstanbul, 2010.

HILL Jonathan/CHONG Adeline, **International Commercial Disputes-Commercial Conflict of Laws in English Courts**, Fourth Edition, Oxford and Portland, Oregon, 2010.

ILGIN Sezer, **Alt Navlun Sözleşmesi ve Üst Taşıyan ile Alt Taşıtanın Birbirlerine Karşı Hukuki Durumları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1993.

JACOBI E., **Ehrenbergs Handbuch des Gesamten Handelsrechts Bd IV; Abteilung 1: Die Wertpapiere**, Leipzig, 1971. (aktaran: ÇAĞA/KENDER II, s.107).

KALPSÜZ Turgut, **Deniz Ticareti Hukuku**, Cilt I-Giriş, Ankara, 1971.

KALPSÜZ Turgut, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara, 2010. (**Milletlerarası Tahkim**)

KARAHAN Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 25. Baskı, Konya, 2013.

KARAN Hakan, **Elektronik Konişmento**, Ankara, 2004. (**Elektronik Konişmento**).

KENDER Rayegan/ÇETİNGİL Ergon, **Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler**, İstanbul, 2009.

KENDER Rayegân/ÇETİNGİL Ergon/YAZICIOĞLU Emine, **Deniz Ticareti Hukuku-Temel Bilgiler Cilt I**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Güncellenmiş Onüçüncü Baskı, İstanbul, Ekim 2012.

KOCA ÇÖRTOĞLU Sema, **Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, 2013.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt**, Yenilenmiş Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, 2008.

KUIPERS Jan-Jaap, **EU Law and Private International Law The Interrelations in Contractual Obligations**, London, 2011.

LEW Julian D./MISTELIS Loukas/KRÖLL Stefan M., **Comparative International Arbitration**, London, New York, 2003.

LIELBARDE Sandra, **The Incorporation Of a Charterparty Arbitration Clause In The Bill Of Lading: Binding Effect Of Contract Without Consent**, Master thesis, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOid=1698465&fileOid=1698466> (e.t.: 21.12.2012)

Longman Dictionary of Contemporary English, Edinburgh, 1995.

MANDARAKA-SHEPPARD Aleka, **Modern Admiralty Law**, London, 2001.

MAYSS Abla, **Principles of Conflict of Laws**, Third Edition, London/Sydney, 2010.

MOSS Guiditta Cordero, **Validity of Arbitration Clauses Incorporated By Reference into Bill of Lading**, <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/20437/MasterxthesisxCarolinaxGorgni.pdf?sequence=2>, (e.t.: 20.12.2013).

MURRAY Carole/HOLLOWAY David/TIMSON-HUNT Daren, **Export Trade: The Law and Practice of International Trade**, Eleventh Edition, London, 2007.

NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, 2011. (**Devletler**).

NOMER Ergin, **Milletlerarası Usul Hukuku**, İstanbul, 2009. (**Usul**).

NOMER Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul, 2009. (**Vatandaşlık**).

NOMER Ergin/EKŞİ Nuray/GELGEL ÖZTEKİN Günseli, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Cilt 1, 4. Bası, İstanbul, 2013.

NYGH Peter, **Autonomy in International Contracts**, Oxford, 1999.

O'BRIEN John, **Conflict of Laws**, Second Edition, London/Sydney, 1999.

OĞUZMAN Kemal/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009.

OĞUZMAN Kemal/Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, 2013. (OĞUZMAN/ÖZ I).

OĞUZMAN Kemal/Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, 2013. (OĞUZMAN/ÖZ II).

OKAY Sami, **Deniz Ticaret Hukuku II**, Gözden Geçirilmiş İlaveli İkinci Bası, İstanbul, 1971. (**OKAY II**).

OKAY Sami, **Deniz Ticareti Hukuku I**, 3. Bası, İstanbul, 1970. (**OKAY I**).

Oxford Advanced Learner's Dictionary, Fourth Edition, Oxford, 1989.

ÖZ Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, 1989.

ÖZÇELİK Gülüm, **Konışimentodan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerine Etkisi**, İstanbul, 2001. (**Doğrudan Uygulanan Kurallar**).

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul, 2003. (**Elektronik Sözleşme**).

ÖZEL Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meselesi**, İstanbul, 2008. (**Ticari Tahkim**).

ÖZEL Sibel, **Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması**, İstanbul, 1998. (**Kültür Varlıkları**).

ÖZEL Sibel, **Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği**, İstanbul, 1991. (**Akreditif**).

ÖZKAN Işıl, **Devletler Özel Hukuku'nda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara, 2003.

ÖZTEKİN GELGEL Günseli/ERDEM Bahadır, **27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu**, 4. Baskı, İstanbul, 2013.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2006.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku**, 14. Bası, Ankara, 2013.

PING-FAT Sze, **Carrier's Liability under the Hauge, Hague-Visby and Hamburg Rules**, London, 2002.

POSTACIOĞLU, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1975.

POUDRE Jean François/LESSON Sébatien, **Comparative Law of International Arbitration**, London, 2007.

REÇBER Kamuran, **Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku ve Temel Metinler**, Bursa, 2010.

SAĞLAM İpek, **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul, 2007.

SARGIN Fügen, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2002. (Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmeleri)

SARGIN Fügen, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara, 1996. (Yetki Anlaşmaları).

SCHNITZER A., **II Handbook Des Internationales Privatrechts**, Fourth edition, 1958.

SCHOENBAUM Thomas J., **Admiralty And Maritime Law**, Fourth Edition, Handbook Series, Washington, 2004.

SCRUTTON Thomas Edward/BOYD Stewart, **Charterparties and Bills of Lading**, London, 2008.

SCRUTTON THOMAS EDWARD/MACKINNON F. D., **The Contract of Affreightment As Expressed In Charterparties And Bills of Lading**, London, 2011.

SELİÇİ Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisi**, İstanbul, 1977.

SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, 2007.

SEVEN Vural, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 856-893 Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen**, Ankara, 2012. (Gönderilen).

SEVEN Vural, **Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Ziya ve Hasarından) Doğan Sorumluluk**, Ankara, 2003. (Özen Borcu).

SEVİĞ Vedat Raşid, **Ticari Sahada Kanunlar İhtilafı**, İstanbul, 1957.

SEVİÇ Vedat Raşit, **Kanunlar İhtilâfı-Yasama ve Yargılama atıŐmaları (Kanunlar İhtilâfı)**, Baskı 2, İstanbul 1974.

SHNITZER Simone, **Understanding International Trade Law**, London, 2006.

SCHNITZER A., **II Handbook Des Internationales Privatrechts**, Fourth edition, 1959.

SÖZER Bülent, **Deniz Ticaret Hukuku**, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Hükümlerine Göre Hazırlanmış 2. Bası, İstanbul, 2012, (**Deniz Ticareti Hukuku**).

SÖZER Bülent, **Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Bulundurma Yükümlülüğü**, Ankara, 1975. (**Sefere Elverişli Bulundurma**).

SPARKA Felix, **Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents, A Comparative Analysis**, Hamburg, 2009.

STONE Peter, **EU Private International Law**, Second Edition, Cheltenham, UK, 2010.

SYMENONIDES Symeon C., **American Private International Law**, Newyork, 2008.

ŞANLI Cemal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1986. (**Tahkim**).

ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların özüm Yolu**, 4. Bası, İstanbul, 2011. (**Ticari Akitler**)

ŞANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, İstanbul, 2014.

TANDOŐAN Haluk, **Mes'uliyet Hukuku**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2010.

TEKİL Fahimal, **Deniz Hukuku**, İstanbul, 2001. (**Deniz Hukuku**)

TEKİNALP Gülören, **Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilâfı Kuralları**, İstanbul, 1972.

TEKİNALP Gülören/TEKİNLAP Ünal, **Avrupa Birliğı Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 2000.

TEKİNALP Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU Aysel, **Milletlerarası Bağlama Kuralları**, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul, 2011.

TEKİNAY Selahattin Sulhi/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1988.

TETLEY William, **International Conflict of Laws-Common, Civil and Maritime**, Montreal, 1994. (**International Conflict**).

TIRYAKIOĞLU Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1996.

TURHAN Turgut, **Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları**, Ankara, 1997. (Yabancı Para).

ULUOCAK Nihal, **Kanunlar İhtilafı- Yasama Yetkisi Kuralları**, İstanbul, 1971. (Kanunlar İhtilafı).

ULUOCAK Nihal, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul, 1989 (Milletlerarası Özel Hukuk).

ÜLGEN Hüseyin, **Türk Ticaret Hukuku'nda Hukuki Görünüş Nazariyesi**, İstanbul, 2005.

ÜLGENER Fehmi, **Çarter Sözleşmeler I Genel Hükümler-Sefer Çarteri Sözleşmesi**, İstanbul, 2010. (Çarter Sözleşmesi).

ÜLGENER Fehmi, **Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri**, İstanbul, 1991. (Sorumsuzluk Halleri).

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, 2000.

VON ZIEGLER Alexander/DEBATTISTA Charles/ PLÉGAT Audile/WINDAHL Jesper, **Transfer of Ownership in International Trade**, 2nd Edition, Paris-Newyork, 2010.

WILSON John, **Carriage of Goods by Sea, Sixth Edition**, Edinburgh, 2008.

YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası**, İstanbul, 2011.

YAZICIOĞLU Emine, **Hamburg Kuralları'na Taşıyanın Sorumluluğu-Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak**, İstanbul, 2000. (Hamburg Kuralları).

YEŞİLOVA Ecehan, **Konişmentonun İspat Kuvveti**, İzmir, 2006.

YETİŞ ŞAMLI Kübra, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu**, İstanbul, 2013.

ZITELMANN Ernst, **Internationales Privatrecht**, 2. Cilt, Leipzig, 1897.

Makaleler

“Negotiability and the Renvoi Doctrine”, **Yale Law Journal**, Vol. 27, 1917-1918, ss. 1046-1053. (Negotiability).

“Ocean Bills of Lading and Some Problems of Conflict of Laws”, **Columbia Law Review**, Vol.58, No 2, 1958, ss. 212-233. (“Ocean Bills of Lading”).

AKAN Pınar, “Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü”, **Tahir ÇAĞA'nın Anısına Armağan**, İstanbul, 2001, ss. 1-11. (“Sefere Elverişli”).

AKINCI Ziya, “Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu”, **Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan**, Yıl 22, Sayı 2, 2002, ss. 1-27. (“Bağlantılı Yetki Koşulu”).

AKINCI Ziya, “Yabancılık Unsuru Kavramı ve ICC Tahkimi”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, 2004, s. 39. (“Yabancılık Unsuru Kavramı”).

ALGANTÜRK LIGHT Didem, “TTK Tasarısı'nın Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı İle Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 5, Sayı 10, Bahar, 2006/2, ss. 123-145. (“TTK Tasarısı”).

ALGANTÜRK LIGHT Didem, “York Anvers Kuralları 2004 Hakkında Genel Bir İnceleme”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VIII, Sayı 3-4, ss. 419-437. (“York Anvers Kuralları”).

ANDERSON H. Edwin, “Conflict of Laws, Agents, and Maritime Commerce: An Analysis Under U.S. and English Law”, **University of San Francisco Maritime Law Journal**, Vol 23, Issue 1, 2010-2011, ss. 42-79. (“Conflict of Laws”).

ANDERSON H. Edwin, “Shipbrokers' Authority and Ability to Bind Principal: At The Juncture of Chartering and Agency”, **Journal of Maritime Law and Commerce**, Volume 31, No 1, January, 2000, ss. 89-106. (“Shipbrokers”).

ARKAN Sabih, “Taşıma İşleri Komisyoncusunun Borçları ve Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümler”, **AÜHFD**, Cilt 47 Sayı 1-2, 1988, ss. 313-326. (“Taşıma İşleri”).

ARSLAN İbrahim/AYDIN Sevgican, “Çarter Partideki Tahkim Klotunun Konişmento Hamiline Etkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Cilt XVII, Sayı 1-2, ss. 123-139.

ASARIOTIS Regina, “Contracts for the Carriage of Goods by Sea and Conflict of Laws: Some Questions Regarding the Contracts (Applicable Law) Act 1990”, **Journal of Maritime Law and Commerce**, Vol 26, No 2, April, 1995, ss. 293-314.

ASSER T. M. C., “Choice of Law in Bills of Lading”, **Journal of Maritime Law And Commerce**, Vol. 5, No 3, April 1974, ss. 355-405.

ATAMER Kerim, “Deniz Ticareti'nde ve Deniz Sigortası Hukuku'nda Güncel Gelişmeler”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, XXIII, Ankara, 12 Haziran 2009, ss. 165-274. (“Güncel Gelişmeler”).

ATAMER Kerim, “Parça Başına Sınırlı Sorumluluk ve 1924 Brüksel Sözleşmesi”, **Deniz Hukuku Dergisi, Gündüz Aybay Anısına Armağan**, Yıl 5, Sayı 1-4, Ocak-Aralık 2000, ss. 57-94. (“Brüksel Sözleşmesi”).

ATAMER Kerim, “Taşıyanın Parça Başına Belli Bir Tutarla Sınırlı Sorumluluğu”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, VI, Ankara, 15-16 Nisan 1989, ss. 225-274. (“Parça Başına”).

ATAMER Kerim, “Taşıyanın Yükün Zararından Doğan Sorumluluğunda Hak Düşürücü Süre”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, XIII, Ankara, 5-6 Nisan 1996, ss. 117-147. (“Hak Düşürücü Süre”).

ATAMER Yeşim, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, BATIHA E Yayını, Ankara 2012, ss. 9-73. (“Yeni Türk Borçlar Kanunu”)

AYDOĞDU Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 13, Sayı 2, 2011, ss. 1-50.

AYGÜL Musa, “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 3-4, 2001, ss. 223-264.

BARATTA Roberto, “The Process of Characterization in ECC Conflict of Laws: Suggesting a Flexible Approach”, **Yearbook of Private International Law**, Vol. 4, 2004, ss. 155-170.

BAXTER Ian F. G., “International Conflict of Law and International Business”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 34, No 3, 1985, ss. 538-562.

BAYATA CANYAŞ Aslı, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1, 2011, ss. 110-121.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK Gülüm, “Avrupa Topluluğunun La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansına Üyeliği”, **AÜHFD**, Cilt 57, Sayı 3, 2008, ss. 133-165. (“La Haye”).

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK Gülüm, “Konişmentoya Bağlanan Eşya Üzerindeki Aynı Hakka Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 66, Sayı 2, 2008, ss. 57-73. (“Aynı Hak”).

BEALE Joseph H., “The Situs Thing”, **Yale Law Review**, Vol. 28, No 6, 1919, ss. 525-541 (“The Situs Thing”).

BEALE Joseph H., “What Law Governs the Validity of a Contract”, **Harvard Law Review**, Vol. 23, 1910, ss. 194-208. (“Validity”).

BECKETT W.E., “Classification in Private International Law”, **British Yearbook of International Law**, Vol. 15, 1934, ss. 46-71.

BOGGIANO Antonio, “International Standard Contracts: A Comparative Study”, **Recueil des Cours**, Vol.170, 1981, ss. 9-114.

BRAND A. Ronald, “Balancing Sovereignty and Party Autonomy in Private International Law: Regression at the European Court of Justice”, **University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series**, Year 2005 Paper 25, ss. 1-30.

BREAKHUS SJUR, “Choice of Law Problems in International Shipping (Recent Developments)”, **Recueil des Cours**, Vol.164, No 3, 1979, ss. 250-338.

BUHLER Philip A., “Forum Selection and Choice of Law Clause in International Contracts: A United State Viewpoints With Particular Reference To Maritime Contracts and Bill of Ladings”, **University of Miami Inter-American Law Review**, Fall, 1995, ss. 2-43.

BULOW Lucienne Carasso, “Charter Party Consequences Of Maritime Security Initiatives: Potential Disputes And Responsive Clauses”, **Journal of Maritime Law And Commerce**, Volume 37, No. 1, January, 2006, ss. 79-111.

BUSCHMANN Severin, Some Conflict of Laws Problems Pertaining to Bills and Notes, **Indian Law Journal**, Vol. 8, Issue 4, 1933, ss. 213-228.

CENGİZ Ali, “Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçlar”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1, Sayı 2, 2011, ss. 140-165.

CHESSIN Lisa Beth, The Applicability Of An Arbitration Clause Contained In A Bill Of Lading To Third Parties: Steel Warehouse Co. V. Abalone Shipping LTD, **Tulane Maritime Law Journal**, Vol 23, No 2, 1999, ss. 475-484.

CHIANG F. Yung, “The Applicability of COSGA and the Harter Act to Water Bills of Lading”, **Boston College Industrial And Commercial Law Review**, Vol. 14, No. 2, ss. 267-295.

CHONG Adeline, “The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts”, **Journal of Private International Law**, Vol 2, No 1, 2006, ss. 27-70.

CLARK Elizabeth A., “Foreign arbitration clauses and foreign forum selection clauses in bills of lading governed by COSGA: Vimar Seguros Y Reaseguros, S.A. V. M/V Sky Reefer”, **Brigham Young University Law Review**, Vol. 1996, Issue 2, 1996, ss. 483-502.

COLLINS Lawrence, “Contractual Obligations: The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol 25, No 1, 1976, ss. 35-57.

COOK Walter Wheeler, “The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws”, **Yale Law Journal**, Vol. 23, No 5, 1924, ss. 457-488.

CUMALIOĞLU Emre, “Kırkambar Sözleşmesinde Taşıyanın Gemiyi Belirlemesinin Hukuki Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 2, 2008, ss. 65-98. (“Taşıyanın Gemiyi Belirlemesi”).

ÇALIŞKAN Zeynep, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, ss 27-50.

ÇELİKEL Aysel, "Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda 'Atıf' Prensibinin Uygulanması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 3, Sayı 2, 1983, ss 1-4.

ÇETİNGİL Ergon, "Alman Ticaret Kanunu'nda 1986 Yılı Reformunda Taşıyanın Sorumluluğu İle İlgili Olarak Yapılan Değişiklikler", **BATIDER**, Cilt XIV, Sayı 4, 1992, ss. 21-53.

ÇETİNGİL Ergon/KENDER Rayegan/ÜNAN Samim/YAZICIOĞLU Emine, "TTK Tasarısı'nın 'Deniz Ticareti' Başlıklı Beşinci Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında", **Deniz Hukuku Dergisi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler**, Özel Sayı, Ocak 2006, ss. 1-296.

ÇİLİNGİROĞLU Cüneyt, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 9, Sayı 2, 1989, ss. 103-120.

D'OLIVEIRA Hans Ulrich Jessurun, "'Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligation Convention", **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 25, No 2, 1977, ss. 303-331.

DAMAR Duygu, "Konişmentodan Çarter Partiye Yapılan Atıfla Tahkim Anlaşmasının Kurulması Meselesi ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki Hükümün Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXIV, Sayı 2, 2006, ss. 247-272.

DAVIES Martin, "Litigation Fights Back: Avoiding the Effect of Arbitration Clauses in Charterparty Bills of Lading", **Journal of Maritime Law and Commerce**, Vol. 35, No 4, 2004, ss. 617-640.

DEBATTISTA Charles, "The Bill of Lading As The Contract Of Carriage-A Reassessment of *Leduc v. Ward*", **Modern Law Review**, Vol. 45, October, 1982, ss. 652-663.

DELAUME, G. R., "What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 28, 1979, ss. 258-279.

DI PIETRO Dominico, "Incorporation of Arbitration Clauses by Reference", **Journal of International Arbitration**, Vol. 21, Issue 5, ss. 439-452.

DOĞAN Vahit, "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 15, Sayı 1-2, 1995, ss. 21-42. ("Zayıf Âkit Taraf").

DOĞRUCU Muhittin, "Freight Forwarder", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 9, Sayı 1-2, 2004, ss. 83-108.

EDİS Seyfullah, “Menkullerde Mülkiyetin İntikali Meselesi –Hususiyle- İlliyet Meselesi”, **AÜHFD**, Cilt 14, Sayı 1-4, 1946, ss. 278-300. (“Menkuller”).

EKŞİ Nuray, “Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation”, **Aysel Çelikel’e Armağan**, Cilt 19, Sayı 1-2, 2001, ss. 263-291. (“Incorporation”).

EKŞİ Nuray, “Milletlerarası Tahkim Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan**, Sayı 1-2, Yıl 23, 2003, ss. 295-338. (“Milletlerarası Tahkim”).

EKŞİ Nuray, “Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 sayılı MÖHUK madde 29)”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, İstanbul, 2010, ss. 125-169. (“Eşya Taşıma Sözleşmesi”).

EKŞİ Nuray, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Konvansiyonuna Göre Anlamı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 12, Sayı 1-2, 1992, ss. 1-10. (“Yabancılık Unsuru”).

ERDEM Bahadır, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1968 tarihli Brüksel Antlaşması Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, **Yılmaz Altuğ’a Armağan**, Yıl 22, Sayı 2, 1997-1998, ss. 183-215. (“Brüksel Antlaşması”).

ERKAN Mustafa, “MÖHUK madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Doğrudan Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XV, Sayı 2, 2011, ss. 81-121. (“MÖHUK madde 31”)

ERKAN Mustafa, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XVII, Sayı 1-2, 2013, ss. 535-562. (“Tahkim Şartı”).

ERLING Selvig, “The Paramount Clause”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 10, No 3, 1961, ss. 205-226.

ESEN Emre, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, ss. 65-114. (“Tahkim Anlaşmalarının Şekli”)

FALCONBRIDGE John D., “Contract and Conveyance in the Conflict of Laws: Part Two”, **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, Vol. 81, No 7, May 1933, ss. 817-846. (“Conveyance”)

FALCONBRIDGE John D., “Characterisation in the Conflict of Laws”, **Law Quarterly Review**, Vol 53, 1937, s. 235-258.

FENTIMAN Richard, “Arbitration Agreement in Europe”, **The Cambridge Law Journal**, 2010, ss. 242-245.

FORCE Robert, “Choice of Law in Admiralty Case: ‘National Interest’ and the Admiralty Case”, Admiralty Law Institute Symposium: A Sea Chest for Sea Lawyers, **Tulane Law Review**, June, 2001, ss. 1422-1487. (National Interest)

FRANCIS Nick, “Transferring Rights of Suit Under Bills of Lading: The Conflict of Law Implication”, **Australian & New Zeland Maritime Law Journal**, Vol. 20, 2006, ss. 25-51.

GERSPACHER Lars, “The Ambiguous Incorporation of Charterparties into Bills of Lading under English Law: A Case of too Many Cooks?”, http://www.gbf-legal.ch/data/192-205_12_07_06_ges_9938.pdf (e.t.: 06.06.2013).

GOLDBY Miriam, “Incorporation Of Charterparty Arbitration Clauses Into Bills Of Lading: Recent Developments”, **The Denning Law Journal**, Vol 19, 2007, ss. 171-180.

GÖĞER Erdoğan, “Denize Elverişli Gemi”, **Adalet Dergisi**, Yıl 52, Sayı 1-2, Ocak-Şubat 1961, ss. 47-70. (“Denize Elverişli Gemi”).

GÖĞER Erdoğan, “Kamulaştırmanın ve Millileştirmenin Devletler Hususi Hukuku’na Getirdiği Sorunlar”, **AÜHFD**, Cilt 26, Sayı 1-2, 1969, ss. 165-192. (“Sorunlar”)

GRUNFELD C., “Reform in the Law of Contract”, **The Modern Law Review**, Vol. 24, No 1, 1961, ss. 62-84.

GÜÇER Sülün, “Lex Mercatoria in International Arbitration”, **Ankara Bar Review**, Vol. 2, Issue 1, 2009, ss. 30-39.

GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Konişmento ve Konişmentonun İspat Kuvveti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18, Sayı 3, 2012, ss. 233-254.

GÜNGÖR Gülin, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, **AÜHFD**, Cilt 51, Sayı 1, 2002, ss. 19-42. (“Elektronik Akit”).

GÜNGÖR Gülin, “The Principle of Proximity In Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure”, **Ankara Law Review**, Vol. 5, No 1, Summer, 2008, ss. 1-21. (“Proximity”).

GÜRSES Özlem, “Uluslararası Eşya Taşımalarında Kullanılan Taşıma Senetleri”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, 2006, ss. 267-309.

HANCOCK Stephen/COLLINS Lawrence/SMITH Herbert, “Dispute Resolution In International Agreements”, **International Resources Law: A Blueprint For Mineral Development**, Rocky Mountain Mineral Law Special Institute, 29A Special Institute, 1991, ss. 1-14.

HARTLEY Trevor C., “The Modern Approach to Private International Law: International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective”, **Recueil des Cours**, Vol. 219, 2006, ss. 9-324.

HATZIMIHAİL Nikitas E., “The Many Lives—And Faces—Of Lex Mercatoria: History As Genealogy In International Business Law”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 71, 2008, ss. 169-190.

HELLNER Micheal, “ Third Country Overriding Mandatory in the Rome I Regulation: Old Wine in the New Bottles?”; **Journal of Private International Law**, Vol. 5, No 3, 2009, ss. 447-470.

HILL Jonathan, “Choice of Law in Contract under the Rome Convention: the Approach of the UK Courts”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol 53, No 2, 2004, ss. 325-350.

HOUTTE Van Verra, “Consent To Arbitration Through Agreement To Printed Contracts: The Continental Experience”, **Arbitration International**, Vol. 16, No1, 2000, ss. 1-18.

ILGIN ÇELİK Canan Özlem, “Deniz Yolu ile Eşya Taşımacılığında Geç Teslimden Kaynaklanan zararlardan Sorumluluk”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 7 Sayı 14, 2008, ss. 174-202.

JAFFEY Anthony J. E., “Essential Validity of Contracts in the English Conflict of Laws”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 23, No 1, 1974, ss. 1-31. (“Essential Validity”)

JAFFEY Anthony J. E., “The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 33, No 3, 1984, ss. 531-557. (“Proper Law”)

JOHNS Fleur, “Performing Party Autonomy”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 71, No 3, 2008, ss. 243-271.

KALPSÜZ Turgut, “Tahkim Anlaşması”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt 2, İstanbul 2003, ss. 1027-1053.

KANER İnci, “Çarter ve Kırkambar Sözleşmesi Ayrımı”, **Hukuk Araştırmaları**, Cilt 10, Sayı 1-3, 1996, ss.425-432.

KARA Hacı, “Deniz Taşımalarında Freight Forwarder”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl 4, Sayı 37, Ocak, 2006, ss. 67-89.

KARAMAN COŞGUN Özlem, “Kara ve Deniz Yoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyanın Gecikmeden Doğan Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Fahimal TEKİL’in Anısına Armağan**, İstanbul, 2003, ss. 499-521.

KARAN Hakan, “Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi ile Konişmento Arasındaki İlişki”, **BATIDER**, Cilt XX, Aralık 2000, ss. 153-165. (Sözleşme-Konişmento).

KARAN Hakan, “Yargıtay’ın Konişmentolu Taşımalar Hakkındaki 1924 Tarihli La Haye Kaidelerini Uygulama Gereği”, **Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler ve Tartışmalar**, XVII, Ankara, 2000, ss. 219-245. (“La Haye Kaideleri”).

KENDER Rayegân, “Türk Ticaret Kanunu madde 1067’nin Uygulanması”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 6-7, Sayı 1-4, 2001-2002, ss. 1-9.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, “Devletler Hususi Hukukunda, Tarafların Sukütu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Hukuk”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 21, Sayı 1-4, ss. 356-393.

KOYUNCU İbrahim Serdar, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın ‘Deniz Ticareti’ Kitabındaki Bazı Hükümler Hakkında Değerlendirilmesi”, **Deniz Hukuku Dergisi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler**, Özel Sayı, Ocak 2006, ss. 347-368.

KÖSEOĞLU Mehmet, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, ss. 147-172.

KULA DEĞİRMENCİ Nil, “Konişmentonun Hukuki İlişkiyi Belirleme İşlevinin İki Boyut ve Bu İşlevin Özellikle FOB Satışları Açısından Değerlendirilmesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 12, Sayı 24, 2013, ss. 143-165.

LANDAU Toby T., “United Kingdom: Arbitration Act Of 1996”, **International Legal Materials**, Vol. 36, No. 1, January 1997, ss. 155-196.

LANDO Ole, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 34, No 4, 1985, ss. 747-768.

LEE Eun Sup/KIM Seon Ok, “A Carrier's Liability For Commercial Default And Default In Navigation Or Management Of The Vessel”, **Transportation Law Journal**, Vol. 27, Spring 2000, ss. 205-223.

LI Ling, “Binding Effect of Arbitration Clause on Holders of Bill of Ladings as Nonorginal Parties and a Potental Uniform Approach Thorough Comparative Analysis”, **Tulane Maritime Law Journal**, Vol. 37, 2012, ss. 107-126.

LIPSTEIN Kurt, “Characteristic Performance-A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC”, **Northwestern Journal of International Law & Business**, Vol. 3, Issue 2, Fall 1981, ss. 402-414.

LORENZEN G. Ernest, “The Rules of The Conflict of Laws Applicable To Bills and Notes” (Part II), **Minnesota Law Review**, Vol. 1, 1917, ss. 117-134.

MANN F. A., “Proper Law and Illegality in Private International Law”, **British Yearbook of International Law**, Vol. 18, 1937, ss. 97-107. (“Illegality”).

MANN, F.A., “The Proper Law in the Conflict of Laws”, **International Comparative Law Quarterly**, Vol. 36, 1987, ss. 437-453. (“Proper Law”).

MARALLE Fabrizio, "Choice of Law in Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 36, 2003, ss. 1138-1188.

McREA Colin A./SMITH Edgard M., "Admiralty", **Mercer Law Review**, Volume 62, 2011, ss. 1053-1070.

MEHREN Arthur Taylor von, "Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology", **Harvard Law Review**, Vol. 88, No 2, 1974, ss. 347-371.

NOMER Ergin, "Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu", **İHFM**, Cilt XL, Sayı 1-4, 1974, ss. 393-426. ("Milletlerarası Yetki")

NOMER Ergin, "Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 4, Sayı 2, 1984 ss. 94-98. ("Kamu Düzeni").

NORDSTROM Robert J./RAMERMAN Dale B. "The Uniform Commercial Code and the Choice of Law", **Duke Law Journal**, Vol. 1969, No 4, 1969, ss. 623-646.

NORTH Peter M., "Reform, But Not Revolution : General Course On Private International Law", **Recueil des Cours**, Vol. 166, 1980, ss. 9-118.

NUNES Tony, "Charterer's Liabilities Under The Ship Time Charter", **Houston Journal of International Law**, Volume 26, No 3, 2004, ss. 561-598.

OKAY Sami, "Navlun Mukavelelerinde Tahkim Şartı", **IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası**, Ankara, 1965, ss. 429-446. ("Navlun Mukaveleleri").

OKTAY Saibe, "Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İHFM)**, Cilt LV, Sayı 3, 1997, ss. 489-500.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK madde 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 30, Sayı 1-2, 2010, ss. 27-88. ("MÖHUK madde 24").

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, "Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında BM Konvansiyonu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 2, 2007, ss. 261-325. ("Elektronik İleti").

ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 73, Sayı 10-11-12, 1999, ss. 926-941. ("Yabancılaşma Unsuru").

ÖZEL Sibel, "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK madde 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan**, Yıl:22, Sayı:2, 2002, ss. 577-617. ("Sözleşmesel İlişki").

ÖZTEKİN Günseli, “İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1989, Cilt 9, Sayı 1, ss. 37-46.

PATRY Robert, “Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukuku’ndaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler”, (çev.: Haluk BURCUOĞLU), **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmalar Dergisi**, No. 18, İstanbul, 1990, ss. 15- 25.

PEJOVIC Caslav, “The Identity of Carrier Problem Under Time Charterer: Diversity Despite Unification Of Law”, **Journal of Maritime Law And Commerce**, July, 2000, ss. 379-406.

PIERCE David, “Post-Formation Choice of Law in Contract”, **The Modern Law Review**, Vol. 50, No 2, 1987, ss. 176-201.

PRYLES Michael, “Comparative Aspects of Prorogation and Arbitration Agreements”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol 25, No 3, 1976, ss. 543-582.

RABEL Ernst, “Comparative Conflicts Law”, **Indian Law Journal**, Vol. 24, Issue 2, 1948-1949, ss. 353-362.

ROBERTSON A.H., “Survey of the Characterization Problem in The Conflict of Laws”, **Harvard Law Review**, Vol. 52, No. 5, 1939, ss. 747-772.

ROBERTSON David W./STURLEY Micheal F., “Recent Developments in Admiralty and Maritime Law at the National Level and in the Fifth and Eleventh Circuits”, **Tulane Maritime Law Journal**, Volume 35, 2011, ss. 493-584.

RODRÍGUEZ Ana Mercedes López, “Lex Mercatoria”, http://law.au.dk/fileadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/artikler/20020046.pdf (e.t.: 06.09.2013), ss. 49-56.

ROSEN Janet A., “Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence ‘de la Competence ’”, **Fordham International Law Journal**, Vol. 17, Issue 3, 1993, ss. 599-666.

RÜHL Giesela, “Party Autonomy In The Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, **Comparative Law & Political Economy Research Paper Series**, Vol.3, No 1, 2007, s. 9.

SADIKOV Oleg Nikolaevich , “Conflict of Laws in International Transport Law”, **Recueil des Cours**, Vol. 190, 1985, ss. 189-270.

SAKMAR Ata/EKŞİ Nuray, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkındaki Konsey Tüzüğü (EC No 44/2001)”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Yıl 22, Sayı 2, 2002, ss. 721-743.

SARGIN Fügen, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel bir Yaklaşım”, **AÜHFD**, Cilt 50, Sayı 2, 2001, ss. 37-95. (“Eleştiri”).

SCHNARR Christine N., “Foreign Forum Selection Clauses Under COGSA: The Supreme Court Charts New Waters in the Sky Reefer Case”, **Washington University Law Review**, Vol. 74, Issue 3, 1996, ss. 867-880.

SCHÖNENBERGER W., “Devletler Hususi Hukuku’nda Âkit Taraflarca Yetkili Kanununun Seçilmesi”, çev.: GÖĞER Erdoğan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, Ankara 1966, ss. 299-315.

SINCLAIR Alan, “Conflict of Law Problems in Admiralty”, **Southwestern Law Journal**, Vol. 15, No 1, s. 1-45.

SÖZER Bülent, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Taşıyanın Sorumluluğu ile İlgili Hükümleri Hakkında Bazı Eleştiriler ve Öneriler”, **Deniz Hukuku Dergisi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler Özel Sayısı**, Ocak 2006, ss. 301-338. (Tasarı).

SPIRO Erwin, “The Proper Law of The Contracts and Renvoi: Further Comments on the Amin Rasheed Shipping Case”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 33, No 1, 1984, ss. 199-202.

STRONG S.L., “What Constitutes An "Agreement In Writing" In International Commercial Arbitration? Conflicts Between The New York Convention And The Federal Arbitration Act”, **Stanford Journal of International Law**, Vol. 48, No 1, 2012, ss. 47-91.

SÜRAL Ceyda, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemeleri’nin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 100/2012, ss. 167-216.

ŞANLI Cemal, “Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağın Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Yıl:22, Sayı:2, 2002, ss. 773-789. (“Konişmentonun Devri”).

ŞANLI Cemal, “La Haye Devletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 63, Sayı 7-8-9, s. 372. (“La Haye”).

TANRIBİLİR Feriha Bilge/ŞİT Banu, ““Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu (Milletlerarası Tahkim Müessesesi)”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Yıl:22, Sayı:2, 2002, ss. 819-837.

TARMAN Zeynep DERYA, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü”, **BATIDER**, Cilt XXV, Sayı 2, 2009, ss. 299-331. (“Roma I Tüzüğü”)

TARMAN, Zeynep Derya: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", **BATIDER**, Cilt 26, Sayı 1, Mart 2010, ss. 143-171. (“Akdi Borç”)

TAŞKIN BAYRAKTAR Mine, “Tahkimde Yabancılık Unsuru”, **Adalet Dergisi**, Sayı 15, Yıl 94, 2003, ss. 116-144.

TEKİL Fahimal, “Çarter Parti ve Konişmento İlişkileri”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan I**, İstanbul, 2001, ss. 781-788. (“Çarter Parti”).

TEKİL Fahimal, “Hamburg Kuralları ve Türk Deniz Taşıma Hukuku”, **Hukuk Araştırmaları**, Cilt 10, Sayı 1-3, 1996, ss. 407-423. (“Hamburg Kuralları”).

TEKİNALP Gülören, "Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve "En Yakın İrtibatlı Hukuk" Uygulaması", **Ernst E. Hirsch'in Hâturasına Armağan**, Ankara 1986, ss. 443-450 (“Akdî İlişki”)

TEKİNALP Gülören, "Akdî İlişkide Uygulanacak Hukuk: MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 5, Sayı 1, 1985, ss. 28-31 (“Zımnî Hukuk Seçimi”).

TETLEY William, “A Canadian Looks at American Conflict of Law Theory and Practice, Especially in The Light of The American Legal And Social Systems (Corrective vs Distributive Justice)”, **Colombia Journal of Transnational Law**, Vol. 38, 1999, ss. 299-373. (“Theory”).

TETLEY William, “Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering”, **Journal of Maritime Law and Commerce**, Vol. 35, 2004, ss. 561-617. (“Good Faith”).

TETLEY William, “Jurisdiction Clauses and Forum Non Conveniens in the Carriage of Goods by Sea”, **Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law. Essays in Honor of Robert Force** (editör: Martin Davies), The Hague, 2005, ss. 183-263. (“Jurisdiction Clauses”).

TETLEY William, “The Demise of The Demise Clause?”, **McGill Law Journal**, Volume 44, 1999, ss. 807-848. (“Demise Clause”).

TETLEY William, “The Law of the Flag, “Flag Shopping”, And Choice of Law”, **Tulane Maritime Law Journal**, Vol. 17, 1993, ss. 139-183. (“The Law of the Flag”).

TETLEY William, “Vita Food Products Revisited (Which Parts of the Decision Are Good Law Today?)”, **McGill Law Journal**, Vol. 37, 1992, ss. 292-316. (“Vita Food”).

TETLEY, W.: “Bills of Lading and the Conflict of Laws”, **International Colloquium, 18-19 November 1993 (The Hamburg Rules: A Choice for the EEC)**, The European Institute of Maritime and Transport Law, ss. 47-82 (“Bills of Lading”).

THOMSON A., “Different Approach to Choice of Law in Contract Law”, **Modern Law Review**, Vol. 43, No 6, 1980, ss. 650-669.

TİRYAKİOĞLU Bilgin, “Menkul Malların Milletlerarası Satışına İlişkin Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1982 Tarihli La Haye Sözleşmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 14, Sayı 1-2, 1994, ss. 121-136. (“La Haye”).

TRAPPE, Johannes, “The Arbitration Clause in a Bill of Lading”, **Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly**, Vol. 19, Issue 2, 1999, ss. 337-343.

TUHR v. Andreas, “İsviçre Hukuku’na Göre Mülkiyetin Nakli”, Çev.: Kudret AYİTER, **AÜHFD**, Cilt 3, Sayı 1-4, 1946, ss. 633-646.

TURHAN Turgut, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu’nda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, **AÜHFD**, Cilt 41, Sayı 1-4, ss. 119-149. (“İsviçre Devletler Özel Hukuku”).

ULUĞ İlknur, “Konişmentonun Kıymetli Evrak Niteliği”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, 1. Cilt, İstanbul, 2007, ss. 783-1019.

ULUĞ İlknur, “Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 1-2, Haziran-Aralık, 2002, ss. 1-16.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, “Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi”, **Tankut Centel’e Armağan**, 2011, ss. 959-990.

ÜLGENER Fehmi, “Çarter Mukavelelerinde Tarafların Uygulanacak Hukuku Belirlemeleri”, **BATIDER**, Cilt XVIII, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 1995, ss. 94-136. (“Uygulanacak Hukuk”).

ÜLGENER Fehmi, “Konişmento ve Navlun Sözleşmesi’ndeki Tahkim/Yetki Klozlarının Uygulanması İle İlgili Sorunlar”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 4, Sayı 1-2, 1999, s. 74. (“Tahkim/Yetki Klozları”).

ÜLGENER Fehmi, “Zaman Çarteri Sözleşmesinde Taşıtanın Taşıyana Karşı Olan Yükümlülükleri”, **Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan**, 2000, ss. 599-638. (“Zaman Çarteri Sözleşmesi”).

ÜLGENER Fehmi, “Zaman Çarterinde Gecikmeden Dolayı Donatanın Sorumluluğu (Off-Hire Klozu)”, **BATIDER**, Cilt 15, Sayı 3, 1990, ss. 21-48. (“Off-Hire Klozu”).

ÜNAN Samim, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1.5.1995 gün ve E. 1995/II-765 K. 1995/139 Sayılı Kararı Hakkında Değerlendirme”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 2-3, 1997, ss. 137-139. (“Değerlendirme”).

ÜNAN Samim, “Yük Üzerinde Rehin Hakkı ‘Yük Alacaklısı Hakkı’”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 4, Aralık 1997, ss. 9-14. (“Yük Alacaklısı Hakkı”).

WATT Horatia Muir, “ ‘Party Autonomy’ ” in International Contracts: From the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance”, **European Review of Contract Law**, Vol. 6, Issue 3, 2010, ss. 250-283.

WESTEN A. Tracy, “Usury in the Conflict of Law: The Doctrine of the Lex Debitoris”, **California Law Review**, Vol. 55, Issue 1, 1967, ss. 123-252.

WYATT Derrick, “Choice of Law in Contract Matters. A Question of Policy”, **The Modern Law Review**, Vol. 37, No 4, 1974, ss. 399-416.

YAZICIOĞLU Emine, “Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Geç Teslimden İleri Gelen Zararlardan Sorumluluk”, **Prof. Dr. Ergin NOMER’e Armağan**, Yıl 22, Sayı 2, 2002, ss.1039-1055. (Geç Teslim).

YAZICIOĞLU Emine, “Deniz Yük Senedi ve Deniz Yük Senedi İle Belgelenen Taşımalara İlişkin Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Tahir Çağa Anısı’na Armağan**, 2000, ss. 651-676. (Deniz Yük Senedi).

YAZICIOĞLU Emine, “La Haye Kuralları ile Türk Ticaret Kanunu Arasında Uygulanacak Hukuk Sorunu”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 4, Sayı 3-4, Eylül-Aralık, 1999, ss. 39-60. (“La Haye Kuralları”).

YAZICIOĞLU Emine, “Uluslararası Deniz Taşımalarında Uygulanacak Kural Sorunu”, **Deniz Hukuku Dergisi, Gündüz Aybay’ın Anısına**, Yıl 5, Sayı 1-4, Ocak-Aralık, 2000, ss. 45-56. (“Uygulanacak Kural”).

YIANNPOULOS Athanassios N., “Bills of Lading and the Conflict of Laws: Validity of "Negligence" Clauses in France, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 7, No 4, 1958, ss. 516-540.

YILMAZ Alper, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Yabancılık Unsuru”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 1, 2002, ss. 239-249.

ZEVKLİLER Aydın, “Konişmento, Mahiyeti ve Diğer Emtia Senetlerinden Farkları”, **İmran Öktem’e Armağan**, Ankara, 1970, ss. 525-568.

ZHANG Mo, “Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law”, **Emory International Law Review**, Vol. 20, 2006, s. 511-562.

Diğer Yayınlar

<ftp://195.40.43.80/Dspublish/From%20DSP%20Publish/2004Vol2PDFs/696-719%20Iran.pdf> (e.t.:16.01.2014).

http://aei.pitt.edu/1891/1/Obligations_report__Guiliano_OJ_C_282.pdf (e.t.: 23.07.2013).

<http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm> (e.t.:25.12.2013).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db3397908f9f734630ba7fa69ba2935e21.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKc3v0?text=&docid=77859&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2722914> (e.t.: 04.01.2013).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=arbitration%2Bclause%2Bin%2Bbill%2Bof%2Bading&docid=127190&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=70426#ctx1> (e.t.: 26.12.2013).

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML) (e.t.: 04.01.2013).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61983CJ0071:EN:HTML>
(e.t.: 26.12.2013).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0650:FIN:EN:PDF> (e.t.:
31.10.2013).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1980:266:0001:0010:EN:PDF>
(e.t.: 04.01.2013).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:en:PDF>
(e.t.: 25.12.2013)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0001:0005:EN:PDF>
(e.t.: 04.01.2013).

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0654en01.pdf (e.t.:
06.09.2013).

<http://indiankanoon.org/doc/208447/> (e.t.: 20.01.2014)

<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/371/537/89438/> (e.t.: 25.12.2012).

<http://openjurist.org/377/f2d/200/indussa-corporation-v-ss-ranborg> (e.t.: 28.12.2013)

<http://openjurist.org/50/f3d/1349/thyssen-steel-company-v-mv-kavo-yerakas> (e.t.:
18.12.2012).

<http://plifr2.soe.ucsc.edu/ca5/3wgY/c-itoh-company-america-inc-v-mv-bright-star-etc-do/>
(e.t.:25.12.2012).

<http://shippingforum.files.wordpress.com/2012/09/voyage-charter-example.pdf> (e.t.:
28.06.2013).

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/179/69/case.html> (e.t.:02.12.2013).

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/290/333/case.html> (e.t.: 18.12.2012).

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/345/571/> (e.t.: 30.05.2012).

<http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=306200> (e.t.: 08.07.2013).

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_high_seas.pdf (e.t.:
14.05.2013).

<http://www.admiraltylawguide.com/conven/registration1986.html> (e.t.: 15.05.2013).

<http://www.admiraltylawguide.com/supct/Stewart.pdf> (e.t.: 15.02.2012)

http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2013.pdf (e.t.: 28.04.2014)

http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1939/1939_7.html.

<http://www.csb.uncw.edu/people/eversp/classes/BLA361/Intl%20Law/Additional%20Research/Federal%20Bill%20of%20Lading%20Act.pdf> (e.t.: 25.12.2012).

<http://www.elmarine.com/images/pdfs/MYBA-Yacht-Charter-Agreement.pdf> (e.t.: 19.06.2013).

<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt31en.pdf> (e.t.: 01.12.2013).

http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_june2011e.pdf (e.t.: 31.10.2013).

[http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\).pdf](http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf) (e.t.: 28.04.2014).

<http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2421.pdf> (e.t.: 14.05.2013).

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=26&case=18&code=lg&p3=4> (15.05.2013).

http://www.iew.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/dwr/iew/content/e3870/e3985/e6006/e6339/sea_2_VisbyRules1926_ger.pdf (e.t.: 09.02.2012).

<http://www.iib.org.tr/tr/diger-duyurular-iran-ihracat-yasaklari-listesi.html> (e.t.: 01.09.2013).

<http://www.jseinc.org/document/vcp/nippongrain/nippongrainsample.pdf> (e.t.: 19.06.2013).

<http://www.jus.uio.no/lm/england.carriage.of.goods.by.sea.act.1971/portrait.pdf> (e.t.: 25.12.2012).

<http://www.jus.uio.no/lm/un.sea.carriage.hamburg.rules.1978/landscape.pdf> (e.t.: 09.02.2012)

<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html> (e.t.: 15.05.2013).

<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest188.html> (e.t.: 21.06.2013).

<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest197.html> (e.t.: 21.06.2013).

<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest6.html> (e.t.: 24.07.2013).

http://www.kugm.gov.tr/BLSM_WIYS/DTGM/tr/Kitaplar/20130514_102843_64032_1_64480.pdf (e.t.: 10.04.2014).

<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/515/528> (e.t.: 30.12.2013).

<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/515/528> (e.t.: 30.12.2013).

http://www.leagle.com/decision/19841205744F2d461_11143 (e.t.: 30.10.2013).

http://www.leagle.com/decision/1999396186F3d210_1373 (e.t.: 30.12.2013).

http://www.leagle.com/decision/20031020325F3d695_1955 (e.t.: 28.12.2013).

http://www.leagle.com/decision/2003555330F3d225_1535 (e.t.: 30.12.2013).

http://www.leagle.com/decision/20051295404F3d891_11216 (e.t.: 29.12.2013).

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/50/pdfs/ukpga_19920050_en.pdf (e.t.: 18.12.2012).

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/contents> (e.t.: 09.04.2012).

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/406.html> (e.t.: 02.01.2013).

<http://www.orgtr.org/tr/ithali-yasak-olan-mallar-wwworgtrorg-> (e.t.: 01.09.2013).

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9353.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9353.pdf> (e.t.: 09.02.2012).

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214.htm> (e.t.: 09.02.2012).

http://www.secola.org/db/1_01/ums_gb1.pdf (e.t.: 27.10.2013).

<http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-besinci-kitap-deniz-ticaretimadde-931-1400/> (e.t.: 09.02.2012).

http://www.transportrecht.org/dokumente/HaagerRegeln_e.pdf (e.t.: 09.02.2012).

http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf (e.t.: 14.05.2013).

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (e.t.: 12.12.2013)

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> (01.12.2013)

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/09-85608_Ebook.pdf (e.t.: 09.02.2012).

<https://atlantis.denizcilik.gov.tr/mevzuat/dosyam/Dokumanlar/2011121210592719800604-1976DenizAlacaklar%C4%B1naKars%C4%B1MesuliyetinS%C4%B1n%C4%B1rland%C4%B1r%C4%B1lmas%C4%B1Hakk%C4%B1ndaSozlesme.pdf>. (e.t.: 18.12.2012).

<https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/137/137.F3d.94.97-7589.97-7581.766.767.html> (e.t.: 18.12.2012)

<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/141/141.F3d.234.97-30796.html> (e.t.: 29.12.2013)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/585/case.html> (e.t.:28.12.2013).

https://www.bimco.org/en/Chartering/Clauses/Paramount_Clause_General.aspx (e.t.: 08.07.2013).

https://www.bimco.org/en/News/2012/04/~media/Chartering/Document_Samples/Time_Charter_Parties/Sample_Copy_Charter_Party_Guarantee.ashx (e.t.: 19.06.2013).

https://www.bimco.org/~media/Chartering/Document_Samples/Time_Charter_Parties/Sample_Copy_GENTIME.ashx (e.t.: 20.06.2014).