

NAVLUN MUKAVELELERİ, KONŞİMENTO VE DENİZ SİGORTA POLİÇELERİNİN TEFSİRİNDE GÖZETİLECEK PRENSİPLER ¹

Sir Patrick Devlin

Londra Yüksek Adalet Mahkemesi Hâkimi
(Queen's Bench Division)

İngilterede Ticaret Hukukunun kaynakları tüccarların âdetleridir. Ticarî muamelelerin büyük bir kısmının söz ile yapıldığı zamanlarda, tarafların hak ve mükellefiyetlerinden çoğu muamelenin tekabül ettiği âdete müracaat suretile tesbit edilirdi. Ticaret tarihimizin uzun bir devresinde mütad olduğu veçhile, bir sergi veya pazarda mal satan veya satın alan kimsenin bu muamelenin teferruatını tanzim etmeğe veya her ihtimale göre hak ve borçları düzenliyecek hükümler sevk etmeğe vakti olmazdı. Onun için, giriştiği akdi, üzerinde önceden anlaşılmış ve icabı halde başvurulabilecek esasları ihtiva eden yerleşmiş bazı kaide bütünlüklerine istinaden yapardı.

Ticaret Hukukumuzun denizde mal taşınmasına taallük eden kısmındaki vaziyet hayli farklıdır. Burada, çok eski zamanlardanberi, bir nevi senedin mevcudiyeti âdet olmuştur. Elimizde bir nüshası muhafaza edilebilmiş olan en eski konşimento 1538 tarihlidir. Bilinen en eski deniz sigorta poliçesi örneği 1523 tarihinde Floransa'da neşrolunan bir ordonansda görülmektedir : bu poliçe örneği ile bugünkü Lloyds poliçesi arasında kuvvetli bir müşabehet vardır. En eskileri italyanca yazılmış olan İngiliz poliçeleri 1547 denberi bilinmektedir. İlk başda, kısa ve sâde vesikalar şeklindeydiler. Muamelenin tesbitini sırf bir sözün hatırlanmasına bırakmamak için, bu muamelenin ancak özüne müteallik yazılı bir vesika temin etmekden fazla bir şey yapmıyorlardı. Tıpkı sözlü akidde görüldüğü gibi burada da âkidler arkalarını önceden yerleşmiş teamülî akid çerçevelerine dayamakda ve karşılıklı münasebetlerinin düzenlenmesini ona bırakmada idiler; ve bu prensipler, bazen, yazılı akdin kendi ibaresine rağmen değişip gelişebilmiştir. Netekim, Lloyds poliçesinin

1) 14 Haziran 1952 de Norveç Deniz Hukuku Cemiyetinde verilmiş olan bu konferans ilk olarak «Arkiv for Sjørett» mecmuasının Kasım 1952 nüshasında neşredilmiştir.

metni az sonra eskidi ve bu yüzden mahkemeler tarafından epeyce tenkide uğradı. Fakat İngiliz iş adamları muhafazakârdırlar ve hâkimler ne derlerse desinler eski şekillere bağlı kalırlar. Daha 1791 de hâkim Buller (4 T. R. 210) «bu poliçe, daima, mahkemelerce, mânasız ve gayri mütecânis bir belge olarak telâkki edilmiştir; fakat vücudü teamüle dayanmaktadır, o halde teamüle tâbi olup ona göre tefsir olunmalıdır» demişti. 1803 de başka bir hâkim daha yumuşak bir ifade ile bunun bu kadar gevşek bir tarzda tanzim edilmiş olmasının hayrete değer olduğunu söylemiş ve 1812 de hâkim Lord Mansfield onu cidden garip bir vesika diye vasıflandırmıştır.

Fakat son yarım asırdanberi, hattâ belki biraz daha uzun zamandır, vaziyet değişti ve deniz mukaveleleri daha mütekâmil bir şekil aldılar. Bu değişiklik, zannedersem, bilhassa ticaret birliklerinin ve geniş ölçüde iş yapan büyük şirketlerin kurulmasından ileri gelmektedir. Meselâ, konşimentolar artık geminin sahibi olan kaptan ile işinin başı olan tüccar arasında tanzim olunmamaktadır. Bu kimselerin herhangi bir anlaşmanın hususî şartlarını tesbit etmeğe hasredecek vakitleri yokdu; bu teferruatın yerleşmiş hukuk kaidelerine göre mahkemelerce tesbit ve tâyin edilmesinden memnundular. Büyük donatanlar ise, takım takım kayd ve şartlar derleyerek konşimentolarının arkasına dercetmeğe başladılar. Meşhur Institute Clause'lar da deniz sigorta poliçeleri için tanzim edildi. Meslekî birlikler Çarterparti örnekleri tanzim ediyor ve bunlar, bazen, milletlerarası anlaşmalara mevzu teşkil ediyordu. Böylece, bugünkü tipik konşimento, lâstik damga baskılarile âdeta ayırd edilemeyecek derecede girift bir sürü ince matbu yazılar ihtiva etmektedir. Lloyds poliçesi şeklen aynı kalmaktadır; fakat artık akdin gerçek bünyesi ona yapıştırılan sayısız kâğıt parçalarında yer alan ek klozlarda olup eski mukavele bunların bir nevi askı yeri olmaktan ileri gitmiyor. Çok defa, bu kayıtlar, ya ticaret sahasında iyi karşılanmayan bir mahkeme kararını bertaraf etmek veya iş adamlarının kendi fikirlerini hâkim kılmak istedikleri bazı hususlarda kanun mesabesinde kaide yaratmak için konuluyor. Bazen de taraflardan biri lehine kanunun müsaade ettiğinden daha fazla bir himaye temin etmek için dercolunuyorlar. Menşei ne olursa olsun, matbu formüller artık deniz nakliyatına müteallik ekseri ticarî mukavelelerin mutad şeklini temsil etmektedir. Ferd olarak iş adamı, her zamanki gibi nareket etmekte devam ediyor, yani akdin esasını kabul ediyor. Fakat sadece bu esası tesbit edip de diğer kısımları, kanunî prensiplere göre halledilmek üzere açık bırakacak yerde, şimdi, pazarlığının mahiyetini muayyen bir formülle belli etmekte ve hak ve borçları geniş ölçüde bu matbuadaki basmakalıp hükümlere tâbi olmaktadır. Bunun neticesi olarak,

geçen asır yerleşmiş olan ticaret hukuku prensipleri gitgide ehemmiyetlerinden kaybetmekte ve ticarî işlerle meşgul olan hukukçuların vazifesi de, ekseri ihtilâflarda, mukavelenin — yani mukaveleyi tecessüm ettiren matbuanın — ne dediğini tesbit etmekten ibarettir. Matbu kalıpların çoğu İngilizcedir ve İngiliz hukuk ve ticaret uslûbundadır. Bu sebeptendir ki, İngiliz hukukunun bu nevi vesikaların tefsirinde tatbik ettiği prensipler hakkında biraz malûmat vermenin alâka uyandıracağını düşündüm.

İngiliz hukukunun yazılı ifadeye verdiği kıymet dolayısıyla tefsir prensipleri bu hukukda bilhassa ehemmiyetlidir. Lâtin memleketlerinin zannedersem çoğunda kabul olunan bir metoda göre, elde edilebilen bütün malzemenin tetkiki suretile tarafların maksadını anlamak lâzımdır. Nihaî vesika, müzakerelerin seyrinde en mühim hâdisedir ve şüphesiz isbat bakımından da en mühim unsurdur; fakat bundan fazla bir şey de olmayabilir. Zannedersem, Avrupalı hâkim, tarafların hakikî maksadını anlayabilmek için bütün evvelki görüşmeleri nazarı itibara almak imkânlarından umumiyetle mahrum değildir.

İngiliz hukukunda ise, prensip, nihaî vesikanın tek başına akdi ifade etmesidir. Umumî kaideye göre taraflar arasındaki anlaşmayı yazılı olarak tespit etmek üzere bir vesikanın tanzim edildiği anlaşıldıktan sonra onun ibaresine bir ilâve teşkil eden veya onu değiştiren delil şayanı kabul değildir. Bununla beraber, hâkimin bütün vazifesinin sadece vesikayı alıp okumak ve onu tefsir etmekten ibaret olduğunu söylemek de meseleyi çok basit bir şekilde vazetmek olur. Fakat, tamamen doğru olmasa da, bu ifade şekli İngiliz hukukunun istinat ettiği nazariyeyi aydınlatmak bakımından kâfi derecede hakikate yakındır. Hâkim, ancak, mukavelenin metninin müphem olduğuna kanaat getirirse, taraflar arasındaki mukaddem mektup ve müzakereleri bu müphem tarafı aydınlatmak üzere nazarı itibara alabilir. O zaman bile, gene, nihaî senedin kullandığı ifadenin ön plânda tutulması lâzımdır. Hâkim, bu vesikaya, ibaresinin kaldıramıyacağı bir mâna atfedemez, ancak, ifadeden iki veya daha fazla mâna çıkabilirse, bunlardan hangisinin tarafların gerçek maksadına daha çok uyduğunu tâyin etmek için işin evveliyatına gidebilir. Yazılı kelimeler, ancak müşterek hata neticesinde senede dercolundukları isbat edilmek şartile değiştirilebilir : «müşterek» tâbirini bilhassa ve önemle tebarüz ettiriyorum. Bu halde, mahkeme, tarafların hakikî maksatlarını tâyin etmek için mukaveleyi, tâbiri veçhile, «tashih» eder. Fakat müşterek hatayı isbat kolay bir şey değildir. Yazılı ibare kendi lehinde olan taraf, ihtilâf halinde, hakikî maksadının bu olmadığını kolaylıkla kabul etmez. Tashih, ancak taraflardan hiç birinin vesikadaki ibareyi kullanmayı kasetmediği isbat olunduğu takdirde yapılabilir.

Hususî bir kategoriye dahil olmayıp münferit vaziyetlere göre kaleme alınan mukaveleler hakkında cari olan bu prensipler deniz mukaveleleri için aynı ehemmiyeti arzetmezler. Bu nevi mukaveleler, terzi tâbiri ile, askıdan alınıp tezgâh üzerinden uzatılan hazır elbiselere mukabil ölçü üzerine yapılan ısmarlama elbiseler gibidir. Matbu formüllerdeki bir madde üzerinde ihtilâf olunca, taraflar arasındaki mukaddem müzakere-lerin bu ihtilâfı fazla aydınlatacağı umulamaz. Fakat bir deniz nakliye mukavelesi dâvasında daktilo ile yazılmış bir madde hakkında ihtilâf olup da, taraflardan birinin veya diğerrinin, hakikî maksadı belirtmek için, nakliye mukavelesinin akdine takaddüm eden muhabereye işaret ettiği pek de nâdir değildir. Böyle bir isbat teşebbüsü de, evvelce izah etmiş olduğum takyitlerle karşılaşır.

İsimlerinde çok uzun norveçce kelimeler bulunan ve bunların en esaslı kısımları Polaris ve Globus gibi görünen iki Norveçli balina yağı şirketi tarafından 1933 de Unilever aleyhine açılan bir dâvada bu umumî prensipler ve bunların, en yüksek mahkememiz olan House of Lords (Lordlar Kamarası) tarafından tatbikleri iyi bir şekilde canlanmaktadır. Bu şirketler, 1930 - 31 mevsimi için balina fabrikalarının² «bütün istihsalini» Unilever'e satmak üzere uyuşmuşlardı. Anlaşıldığına göre, 1929 a kadar bir balina fabrikasının istihsalı, memlekete kendi sarnıcı ile taşıyabileceği miktara münhasırdı; bu tarihlerde, fabrika gemisinden diğerr bir tankere yağ nakletmek mümkün oldu, öyle ki sonraları her fabrika gemisi bir çok yardımcı tankerlerden müteşekkil küçük bir donanma ile çalışır oldu. Norveçlilerin dâvası, fabrikanın bütün hasılatını satmak hususunda anlaş-tıklarına dair olup bu miktarın sade gemi halindeki fabrikaca istihsal ve nakil olunabilecek miktarla tahdid olunmadığı yolunda idi. Unilever'in iddiası ise, taraflar arasında cereyan eden bütün evvelki muamele ve müzakerelere, bilhassa 1929 dan evvelki devreye bakıldığı takdirde, tarafların «bütün istihsal» cümlesinden fabrika gemisinin taşıyabileceği miktarla mahdut bir kısmı kasedtiklerinin görüleceğine dairdi. İlk derece-deki iki mahkeme bu noktai nazarı kabul ettiler, fakat House of Lords mütekaddim muamelelerin delil olarak kabul olunamayacağına hükmetti. Mahkemenin, mukavelenin akdedildiği sırada mevcut olan şeraiti bilmesi lâzımdır, fakat bundan fazlasını değil. Polaris dâvasında prensip şöyle vazedildi : — Bir mahkeme, yazılı bir mukaveleyi tefsire başlamazdan önce, mukaveleye müteallik ve mukavele akdedildiği zaman mevcut ve âkid tarafların bilgisi dahilinde olan şartları bilmesi lâzımdır. Böylece, mevzuubahs dâvada, mahkemenin, muayyen mevsiminde balina yağı

2) Bu fabrikalar gemi halinde fabrikalardır.

istihsal etmek tarz ve usulüne vâkıf olması ve, bilhassa, mukaveleler yapıldığı zaman balina yağı istihsalile meşgul şirket ve şahısların okyanus balinası sanayiinde fabrika gemisi sarnıcının istiabına ilâveten tanker tedarik etmeleri veya kiralamaları mutad olup olmadığını bilmesi icap etmektedir. Aynı dâvada, Lord Wright, evvelki müzakerelere müteallik delil ve vesikaların matbu bin sahife doldurduğuna işaret ederek : «Hakikaten bu dâvadaki delil yığını, tarafların yazılı mukavelelerden doğan hak ve borçlarının, umumiyetle, kullanılan kelimelerin kanunî tefsiri ile tesbit olunması ve haricî delillerin sadece mahdut hallerde ve hususî dâvalarda kabul edilmesi yolundaki kaide üzerinde Common Law hukukunca ısrar olunmasındaki isabeti teyid etmektedir», demiştir.

Bu prensip, çok dar ve haksız olduğu ileri sürülerek, sık sık tenkit edilmiştir. Eğer bazı hususlar tetkik edilmek suretile tarafların hakikî maksatları tâyin edilecekse, ne için keyfî bir kaide ile buna mâni olmalıdır? Filhakika, bu itiraz kuvvetlidir. Adaleti yerine getirmeğe yarayacak her vasıta makbuldür. Nihâî senedin evvelki bir mükâlemeden daha fazla kıymeti olabilir ve olmalıdır; fakat mahkemenin vazifesi taraflar arasındaki hakikî anlaşmaya varmak olduğundan, hâkimin bu neticeye erişmesine yardım edecek hiç bir şey ihmal edilmemelidir. İngiliz hukukçusu bu tenkidlerin kuvvetini kabul etmelidir, fakat etmiyor. O, diyor ki, ilk bakışta İngiliz hukuku pratik adaletin yoluna nazarî manialar koyuyor gibi görünüyorsa da, hakikatte amelî olan İngiliz hukuku olup diğerleri nazarîdir. Nazariyatta, adaletin, taraflar arasındaki hakikî anlaşmanın erişilebilecek her türlü kaynaklar tetkik edilmek suretile tesbit edilmesini icap ettirdiği söylenilebilir. Eğer bu, tatbikatta, kullanılan tâbirler bakımından ihtilâflı olmaları mümkün olan evvelki görüşmelerin hepsinin tetkikini icabettirecekse, ticaret adamı hiç bir zaman hakikî vaziyetinin ne olduğunu bilmiyecektir. Halbuki o, elindeki senedi avukatına götürüp şöyle diyebilmelidir : «Kanun nazarında bunun ne demek olduğunu bana söyleyin, ben de akdettiğim mukavelenin ne olduğunu ve ne yapmakla mükellef olduğumu bileyim». Bundan başka, üçüncü şahısların da bir çok mukaveleye itimat ederek hareket ettiklerini ve bunların o mukaveleleri zahirî kıymetlerine göre nazarı itibara aldıklarını ve nele- rin mukavele haricinde kaldığını bilmiyeceklerini de hatırdan uzak tutma- mak lâzımdır. Bu sebeplerledir ki, İngiliz hukukçusu kendi usulünün amelî olduğunu söyler. İngiliz hukukunun prensipleri, taraflar arasındaki bütün müzakerelerin müşkül ve masraflı olabilecek tetkikini bertaraf etmektedir; bir kimsenin vaziyetini kolaylıkla kavramasını mümkün kılmaktadır. Münferit bir hâdisede hiç bir şeyi tetkik sahasının haricinde bırakmamakla adalete daha emin olarak erişilebilir. Fakat tatbikatta, bir bütün olarak

alınan cemiyyet için, uzun zaman ve masraf pahasına tam ve mutlak adalete gitmekten ise kanunun % 90 isabetini kâfi görüp karara süratle ve masrafsızca varılması daha iyi değil midir? Bu düşünce, *fiat justitia, ruat caelum* düsturuna uygun olmıyabilir, fakat bu hiç bir zaman bizim ticaret hukukumuzun düsturu olmamıştır.

Yazılı mukavele ibaresine temayülün bir neticesi de mukavelede sarahatle yer almamış olan hüküm ve şartların o mukaveleye zımnen dahil addolunmasından İngiliz mahkemelerinin çekimselikleridir. Ama en sıkı tefsir sisteminin dahi bazen zımnî mutabakat zaruretinin bir dereceye kadar kabul etmesi lâzımdır. Bir bütün olarak tetkik olunan bir vesikada hususî bir vaziyeti karşılayacak sarahat bulunmasa da tarafların böyle bir hal karşısında ne yapmak niyetinde oldukları açıkça istidlâl olunabilir. Mamafih, evvelden tahmin edilmeyen bir vaziyetin zuhur ettiği de nâdir değildir. Bu vaziyette, karşılıklı olarak iyi niyetle hareket eden iki iş adamı mümkün olduğu kadar mukavelenin ruhuna sadık kalacak surette makul bir neticeye şüphesiz varırlar. Fakat iyi niyet yok da ihtilâf varsa, mahkeme makul bir hal şeklini zorla kabul ettiremez. Zira bu hiç bir zaman taraflar için bir mukavele teşkil etmez. Makul hal şekli birden fazla olabilir: eğer taraflar bir tanesini seçmek hususunda anlaşmazlarsa, mahkeme onların yerine bu intihabı yapmaz. Mahkeme, ancak, tarafların sarih veya zımnî olarak üzerinde anlaştıkları hususlara göre hareket edebilir. Kanunî istidlâlde, istidlâl olunan mânanın sadece mâkul olması kâfi değildir. İngiliz hukuku bundan başka iki şart daha aramaktadır. İlk önce, istidlâl olunan husus öyle olmalıdır ki, eğer taraflar bunu düşünmüş olsalardı bunun üzerinde anlaşacakları muhakkak olmalıdır; ikinci olarak, mukaveleye zımnen dahil olduğu farzolunan hüküm olmasaydı mukavelenin iş bakımından müessir olabilmek kabiliyeti mevcut olmamalıdır. Birinci nokta ile alâkalı olarak hâkim Lord Mackinnon şu misali vermiştir: Taraflar ticarî müzakerelerde bulunurken kulak misafiri olan birisi müdahale ederek onlara: «Biliyor musunuz, şöyle bir hâdise zuhur edebilir; siz onun hakkında hiç bir şey söylemediniz», dese, iki taraf da aynı zamanda ve tereddütsüz: «O taktirde biz de böyle hareket ederiz. Onu söylemeğe bile lüzum yok», diye cevap verebilmelidir. Aranılan ikinci şarta göre, teklif olunan kaydın mâkul olması ve aşikâr bir şekilde üzerinde uzlaşmış olması kâfi değildir; o kayd mevcut olmadıkça mukavelenin tatbiki mümkün olmamalıdır. Öyle ki, bir mukavelede mevcut olmıyan kelimeleri onda bulan kimse: «Bu öyle bir şey ki karşı taraf bunu nasıl olsa kabul ederdi; ve onun buna riayeti temin edilemezse bütün mukavele bozulacaktır», diyebilmelidir.

Bunlar zarurî şartlardır; ve İngiliz hukukunun yazılı söze verdiği ehemmiyet ve onun ilerisine gitmemek arzusu, kanunun, tarafların iş adamı olarak söylemek istediklerini tahakkuk ettirecek ve hukukçunun arayacağı teknik tâbirleri kullanmadıkları için onları cezaya maruz bırakmayacak sağlam ve mâkul tefsir prensipleri vazetmiş olmasını bilhassa icap ettiriyor. Hukukçu, tarafların hakikî maksatlarını meydana koyacak şekilde mukaveleyi tefsir etmesi lâzım geldiğini düşünerek işe başlar; fakat az sonra, kendi işini kolaylaştıran, fakat onları bilmeyen taraflarınkini güçleştiren tefsir kaideleri veya başka hükümler icad eder.

Bunlardan bir tanesi — ki fikrimce isabetsiz olarak ticarî vesikaların tefsirinde tatbik olunmaktadır — *ejusdem generis* kaidesidir. Bu kaide şöyledir. Muhtelif ticarî emtia listesi yapıldığı, meselâ bir geminin meşru hamule olarak taşıyabileceği malların listesi yapıldığı zaman, bu listenin sonuna umumî bazı kelimeler ilâve ederseniz, bu umumî tâbirlerin mânaları tahdidî tefsire tâbi olur. Yani teşmil hükmünün listeye dercettiğiniz emtiyâ müşabih emtia veya, tâbiri veçhile, aynı cinsden emtia olarak anlaşılması icap eder. Son zamanlarda cereyan eden, ve bu kaidenin nazarı itibara alındığı bir dâvada³, navlun mukavelesi «tam bir buğday ve/veya mısır ve/veya diğer herhangi meşru emtia hamulesi» hakkında hüküm koyuyor ve, ileride, yasak olan tehlikeli hamuleden bahis bir maddesinde hamulenin «asidler, patlayıcı maddeler, silâhlar, cephane veya başka tehlikeli hamule hariç olmak üzere, kanunen nakli caiz olan umumî mallardan müteşekkil» olması lâzım geldiğini derpiş ediyordu. Gemi, tehlikeli bir hamule olduğu kabul olunan terebentin taşıdı. Kiracılar, bunun, tehlikeli bir yük olmakla beraber, mukaveledeki «başka tehlikeli hamule» kelimelerine dahil olarak menedilmediğini, zira bu kelimelere mahdut bir mâna atfetmek icabettiğini; bunların asid, patlayıcı maddeler, silâh ve cephane nevinden olan tehlikeli hamuleye münhasır kalması lâzım gelip terebentinin bu neviden olmadığını iddia ettiler. Tabii, bu muhakemeyi mantikî bir şekilde yürütecek olursanız, ilk evvelâ, geminin, tehlikeli olsun veya olmasın, ne için terebentin taşıdığını kendi kendinize sormak icabederdi — ki bir hukukçu dahi bunu sormak cesaretini göstermemiştir — Çünkü taşınmasına müsaade olunan hamule, söylediğim gibi, buğday ve/veya mısır ve/veya diğer kanunen memnu olmayan emtia idi. Terebentin kanunen taşınması caiz emtiadır, fakat her halde buğday veya mısırla aynı neviden değildir. Kimse, dediğim gibi, bu noktai nazarı ileri sürmedi ve hiç bir tüccar bu şekil bir navlun mukavelesi ile sadece buğday veya mısır veya o neviden bir şey taşıyabileceğini bir an aklına getirmezdi. Bu kaide, hukukçu ile iş adamının görüşleri arasındaki ezeli ayrılıklardan

3) Chandris v. Isbrandtsen, Moller Co. Inc', (1951) 1 K. B. 240.

birisini canlandırmaktadır. Hukukçu : «Hamulenin, tebeşirden tut da peynire kadar herhangi bir mal olabileceğini kastediyorduysanız ne için buğday veya mısırı zikrettiniz?» diye soracak olursa, tüccar zannedersen şöyle cevap verecektir : «Hamulemizin bilhassa buğday veya mısır olacağını tahmin ediyorduk; bu sebeple onları zikrettik, fakat bunu yapmakla bütün diğer malları mukavele haricinde bırakmayı kasetmedik».

Bu kaide, hukukçu telâkkisine cazip gelen diğer bir tefsir kaidesine benzemektedir : zait kelime aleyhindeki kaide. Hukukçu der ki: «Bir mukavelede yer alan her kelimenin bir mânası olmalıdır; binnetice, mukaveleyi öyle bir şekilde tanzim etmek lâzımdır ki, bir kaç kelime hazfedilse de mukavelenin mânası değişmiyecektir denilememelidir». Fakat bu tarzı hareket iş adamına uymamaktadır. İş adamları tekerrürcüdürler. Hukukçu: «Madem ki her nevi tehlikeli hamuleyi kastediyordunuz, asid, patlayıcı maddeler, silâh ve cephe diye tasrih etmiye ne lüzum vardı», der. Tüccar ise : «Bunlar aklımıza gelen başlıca şeylerdi; kaydetmek daha iyi değil mi ? Aynı şeyi iki defa söylemenin ne zararı olabilir», diye cevap verir. Bu itiyatlar, hepimizin tanıdığı ve takdir ettiği müteveffa hâkim Lord Scott'un çok canını sıkardı. 1939 da cereyan eden bir dâvada⁴, Lord Scott, «mukaveleleri, hukukî bakımdan tamamen lüzumsuz olan ve lüzumsuz oldukları için de, çok defa, umumî kelimelerin tarafların kasetmedikleri bir şekilde tahdid edilmesini tevlid eden hususî misallerle doldurmak şeklindeki mûtad ve zararlı itiyattan» bahsetmektedir. Fakat bu itiyatlar hukukî zihniyeti rahatsız edebilirlerse de, bütün büyük ticaret hâkimleri, zait sözlere karşı itirazın tarafların hakikî maksatlarını tâyinde pek fazla nazarı itibara alınmadığını itiraf etmişlerdir. *Burrell v. Green* dâvasında (1914, 1 K. B. 293 - 303) hâkim Bailhache «nakliye mukaveleleri çok defa zait kelimelerle dolu olduğundan» buna dair yapılan itirazın kendisine fazla tesir etmediğini söylemiştir.

Mahkemelerin nazarı dikkate almaları icabeden bir şey daha vardır ki, o da, bir ticarî belgenin bir hukukçu belgesinden farklı olarak tanzim edildiğidir. Meselâ, bir navlun mukavelesi bir standard kalıbın ufak tefek tâdiller yapılarak kullanılması suretile meydana gelir. İhtiyatlı bir hukukçu, hiç bir zaman, bir senedin ikinci derecedeki bir şartını dahi, diğer şartlar üzerindeki tesirini nazarı itibara almadan tâdil veya tebdil etmez. Tadil esasa dokunuyorsa, bütün senedi yeniden tanzim etmek ister. İş adamının ise, ne vakti ne de zihniyeti bunlarla meşgul olmaya müsait değildir. Yapacağı tadile karar verir ve bunu senedin kenarına yazar, veya matbu mukaveleye bir kâğıt parçası yapıştırır yahut sonuna yazı makinesi

4) Beaumont - Thomas v. Blue Star Line (1939) 64 Ll. L. Rep. 159 - 164.

ile bir veya daha fazla şart ilâve eder. İhtilâf vukuunda, bunları mukavelenin diğer hükümlerile en uygun bir şekilde uzlaştırmak mahkemeye düşmektedir. Aynı şekilde, matbu bir mukavele formülünün boş yerlerini daktilo ile dolduran bir tüccar, doldurduğu bu kâğıdı, ona uymayan şeyler yazmamak üzere, nadiren tetkik eder. Böylece, başlangıçta mâkul olarak tanzim edilmiş bir vesika sonradan mübâyenetlerle dolu olabilir. Mahkemeler, mukavelelerin bu şekilde tanzim olunuşlarını nazarı itibara alan hususî tefsir kaideleri vaz ederek mukaveleleri bunlara göre tefsire çalışırlar. Matbu ve yazılı kelimeler arasında mübâyenet olursa yazılı kelimelerin tercih olunmasına dair bir kaide vardır — ki, bunun doğru olduğunu zannediyorum. — Kanun, iş adamının bilhassa yazmış olduğu şeyi kasdettiğini, fakat matbu yazıların bir kısmının gözünden kaçmış olabileceğini kabul ediyor. Matbu şartlarda mübâyenet halinde mahkeme, ilk önce, bunların hepsine bir mâna vermeye çalışacaktır, fakat bir tanesinin tercih edilmesi icabediyorsa, hangisinin tarafların hakikî maksadına daha uygun olduğunu tesbit etmesi lâzımdır. Mahkeme, icabında, mukavelenin esas gayesine aykırı bir maddeye hiç itibar etmiyebilir. Ve yahut, eğer bir madde hükmü harfiyen tefsir edildiği takdirde mukaveleyi yok edecek kadar geniş bir mâna taşıyorsa, kanun onun mânasını daraltabilir; bunu re'sen yapmağa salâhiyetli olduğundan değil, fakat tarafların, arzularını hilâfına fazla geniş kelimeler kullandıklarını kabul etmeğe mecbur kaldığı için yapar. Zira mahkemeler, iş adamlarının sözlerini hukukçular kadar tartmadıklarını nazarı itibara almak zorundadırlar. Hukukçu, sözlerinin onu nereye kadar götüreceğini hesaplamaya dikkat eder, fakat iş adamı, lâalettayin bir kimse gibi, sözlerinin harfiyen tefsir olunmasını her vakit beklemez. Meselâ sefer üzerine tanzim olunmuş bir navlun mukavelesinde sık sık «herhangi bir limana herhangi bir sıra ile uğramak serbestîsi» ne dair bir kayda rastlanmaktadır. Bu kayıt harfi harfine kabul olunduğu takdirde, nakliye mukavelesi hiç bir zaman sona ermiyecek olan bir devriâlem seyahatini kabul etmiş olacaktır. Mahkemeler çoktanberi bu kaydı tarafların aşikâr olarak düşünebilecekleri mecraya sevk etmek suretiyle mânasını yol üzerindeki limanlara hasretmektedirler. «Herhangi bir sıra ile olursa olsun» tâbiri, sefer esnasında limanlara mâkul bir sıra takip edilerek uğranıldığı takdirde, coğrafi sıraya sıkı sıkı bağlı kalmanın şart olmadığı şeklinde anlaşılmaktadır.

Bu bahis bizi daha mühim bir mülâhazaya sevk etmektedir. Mahkeme daima mukavelenin gayesini göz önünde tutacaktır ve bu gayeye uymayan ve mukaveleyi mantıksız bir hale getirecek olan geniş, müphem veya yanlış kullanılmış kelimeleri nazarı itibara almıyacaktır. Tarafların niyetleri A ile B arasında bir sefer yapmak hususunda anlaşmak olduğunu

kabul ettikten sonra bunların, böyle bir seferi imkânsız hale getirecek kelimeleri isteyerek kullandıkları kabul olunamaz. Bu sebeple, iztirar hallerine münhasır olarak matbu veya yazılı bazı maddelerin hiç nazarı itibara alınmadığı olabilir. Buna dair yeni ve enteresan bir misal olarak *Temple Moat* (1945) dâvasını⁵ gösterebiliriz. Bu dâvayı, yalnız mevzuubahs hususu aydınlatmak için değil, fakat aynı zamanda, mahkemelerin, ticarî mukavelelerin bazen arzettikleri karışıklığı düzeltmek için üzerlerine aldıkları işi tebarüz ettirdiği için de zikrediyorum. Bu dâvada, mukavele, dünyanın bu tarafındaki memleketler tüccarlarının her halde iyi bildikleri fakat İngiliz hukukçuları için daima bir endişe kaynağı olan bir sefer nev'ine müteallikti : Baltık turu. Bu nevi mukavelenin, zaman üzerine çarter örneğine ve umumiyetle Baltık mukavele tipine uygun olarak yapılması mutad olduğu görülüyor. Bu karışık mukaveleyi anlamak daima bir bilmece halletmeğe benzemiştir. *Temple Moat* dâvasında «Kara denizinde bir devir seferi» diye izah olunan Baltık turunun değişik bir şekli mevzuubahsdı. Bir «devir seferi» tâbirinden ne kastedildiği hususunda derin ihtilâf vardı ve mânasını tâyin için iki tarafça şahitler ikame olundu. Neticede, Hakem, — zira dâvaya hakem bakıyordu — bunun şöyle bir teamüli mânası olduğunu bildirdi : «gemi, boş veya yüklü olarak muayyen bir bölge veya yere gidecektir; oraya geldikten, ve boşaltacak yükü varsa onu boşalttıktan sonra, tasrih olunmuş ikinci bir varma yeri veya limanına boşaltacağı başka bir hamule yükliyecektir». Burada tâyin edilmiş olan ikinci boşaltma yeri Cenubî Afrika idi, ve burada, ikinci varma yerinin buzdan ârî olmasını derpiş eden fazla ihtiyatkâr bir de kayıt mevcuttu.

Mevzuubahs gemi, 1939 da harp patladığı zaman Murmansk'da alıkonulmuş olan gemilerden biri olup, kereste nakletmek üzere Sovfracht'a kiralanmıştı. 16 Ağustos 1939 da kereste yüklemiş ve Durban'a müteveccihen yola çıkmıştı, fakat 9 Eylûlde Rus hükûmeti, Murmansk'da durup yükünü boşaltmasını emretmişti. Bundan sonra İngiliz ve Rus hükûmetleri arasında ham madde mübadelesi hususunda yapılan bir iktisadî anlaşma mucibince İngiliz limanlarından Garston limanına götürmek üzere başka bir kereste hamulesi yüklemesine müsaade olundu. Gemi İngiliz limanına varıp da yükünü boşalttıktan sonra İngiliz hükûmeti tarafından müsadere edildi. Bunun üzerine gemi sahipleri; eğer kiracılar, yani Sovfracht, mukavele ile kararlaştırılan seferi yapmış olsalardı gemiyi doğruca Durban'a götüreceklerdi ve orada da müsadere edilmeyecekti; öyle ki, her halde daha uzun zaman serbestçe ticaret

5) 79 LI. L. Rep. 1.

yapan bir geminin temin edebileceği büyük menfaatleri elde etmek imkânı olacaktı, dediler. Kiracıların gemiyi Garston'a götürmeğe hakları olduğu takdirde, geminin orada müsadere edilmesi keyfiyeti, İngiliz hukukuna göre, onları, mukavelenin son kısmını Cenubî Afrika'da ifa etmekten vâreste kılıyordu. Mesele, kararlaştırılan yolculuğun ne olduğunu ve yükün Murmansk'da boşaltılması ve sonradan Garston'a gidilmesi ile mukavelenin ihlâl olup olunmadığını anlamaktı.

Eğer mukavele bir devir seferi için yapılmış idiyse, hakemin bu seyahate verdiği mânaya göre mukavele açıkça ihlâl olunmuştu. Fakat taraflar 1920 tarihli Baltim'e göre anlaşmışlardı. Malûm olduğu veçhile, bunun 1 inci maddesi şöyledir : «Gemi sahipleri ve kiracılar gemiyi tarihinden itibaren takvim ayı müddetle kiraya vermek ve kiralamak hususunda anlaşmışlardır». Maddedeki ikinci boşluğa «Kara denizinde bir devir seferi» kelimeleri yazılmıştı. Bu ifadenin garipliğini, «takvim ayı» kelimelerini çizmek suretile tahfif etmişlerdi. Böylece, bu maddeye göre, gemi, Kara denizinde bir devir seferi için kiralanmış oluyordu. Kira bedeli, mûtat olduğu üzere, ton başına her ay şu kadar olarak ödenecekti. Daha ileride, geminin meşru ticarete v.s. ve «ilerideki hudutlar dahilindeki iyi ve emin liman ve yerler arasında» işletileceğine dair olan mûtat maddeyi muhafaza etmiş, hattâ itmam etmişlerdi. Hudut olarak, İngiltere, Avrupa kıt'ası ve Kara denizi veya Cenubî Afrika'ya yakın dahi olmayan, meselâ Yunanistanın şarkında bulunmayan Akdeniz gibi, başka yerlere ait uzun bir liste geliyordu. Bu son kelimeler bilhassa ehemmiyetliydi. Geminin Akdenize gidebileceği, fakat Suez kanalından geçemeyeceği mânasına gelmekteydi; öyle ki gemi, Kara denizinden Cenubî Afrika'ya giderken Akdenizde uğrayabileceği limanlara ancak Akdenize girip çıkarak uğrayabilecekti. Bu kelimeler yazı makinesi ile yazılmıştı, bu sebeple mukavelenin matbu kısmına ait gözden kaçmış bir şey olarak bir yana bırakılamazdı.

Kiracılar, oldukça kuvvetle itiraz ederek: «Bu, sefer üzerine tanzim edilmiş bir nakliye mukavelesi değildir. Kara denizine bir devir seferi için yapılmış bir mukaveledir. Fakat bu müddet zarfında gemi, tâyin olunan hudutlar dahilinde istediği yere gidebilir ve istediği yerde dilediği kadar kalabilir. Eğer, hamulesini yükler yüklemeyiz Durban'a hareket edecek idiyse, İngiltere'de, Akdenizde ve başka yerlerdeki limanlara uğramasından bahsetmekte ne mânâ vardı?» diye soruyorlardı. Buna mukabil gemi sahipleri: «Müddet tâyin etmek bakımından en mânasız şekillerden biri de Kara denizine bir devir seferi müddeti demektir, ve hiç bir iş adamı hakikaten bunu kasdetmemiştir. Bu sebeple, zamana ve ticaret hudutlarına müteallik kelimelerin hiç birinin nazarı itibara alınmayarak nakliye mu-

kavelesinin esas gayesi olan şeye, yani hakem'in verdiği teamülî tarife göre, devir seferine ehemmiyet verilmelidir», diyorlardı. Neticede, mahkemeler nezdinde bu son noktai nazar galip geldi. Mahkemelere göre, tediye esas ve usulü bakımından mukavele zaman üzerine bir nakliye mukavelesi gibi gösterilmiş ise de, içerisine bir sefer üzerine çarter'in esaslı vasıfları ithal edilmek suretile mevzuubahs sefer bütün mukavelenin esas unsuru şekline konulmuştur; bu seferin süreceği müddet, kiranın devamı ve kira bedelinin ödenmesi müddetinin tâyininde ölçü olarak kabul olunmuştur».

Temple Moat hâdisesi, mahkemelerin bir ticarî mukaveleyi tefsir etmek ve ondan mâkul bir mâna çıkarmak için ne kadar ileri gidebileceklerine iyi bir misal teşkil etmektedir. Mahkemelerin bu fonksiyonunu tebarüz ettiren diğer bir misal, harp rizikolarının alelâde deniz rizikolarından tefrikidir. Denizde zuhur edebilecek her türlü hâdiseler, muhatara ihtimalleri ve bunların vuku bulma şartları tesbit olunmağa ve bu şartlara göre bunlar tasnif edilmeye kalkışılrsa, misallerle kitaplar dolar. Nitekim hukukçuların bu mevzuya dair fikir ve müşahedelerile kitaplar da dolmuştur. Halbuki bu nokta ile alâkalı olarak sigortacılar altı kelime kullanırlar: «muhasemat ve harbe müteallik faaliyetlerin neticeleri». Bu kelimeler de fazla idi, zira kimse, hiç bir zaman, muhasemat ile harbe müteallik faaliyetler arasında tatmin edici bir tefrik yapamamıştır. Fakat bu altı kelime ile meselenin hallini mahkemelere terk ediyorlardı. Son harbteki en mühim dâvada Lord Porter'in söylediği gibi: «Sigortacıların ve sigortalının harp rizikosundan ne kasedtiklerini sarih bir şekilde ifade edecek tâbirler mevcut olmadığı bir vakıadır. Filhakika, kullandıkları bu tâbirin içine neleri ithal etmek istediklerini kendilerinin de kat'î olarak bildiklerini tahmin etmiyorum ve zannedersen mevzuubahs maddenin bu müphem ifadesini kullanarak iki türlü riziko arasındaki hattı fasılın tâyinini mahkemelere bırakıyorlar».

Hukukçuların, iş adamı mukavelelerinin ve böyle mukavelelerde kullanılan lisanın çok defa müphem ve anlaşılmaz olmasından şikâyet etmeleri kolaydır. Bu şikâyetleri iyi karşılamam zira, neticede, bunlarla uğraşmak hukukçuların vazifesidir. Bunun gibi, bir doktor da hastalarının daima sihhatte olmamalarından şikâyet edebilir. Çok defa mukaveleler acele yapılmaktadır ve bir iş adamından yazdığı her şeyden neler istidiâl olunabileceğini evvelden kestirmesi beklenemez. Bir mukavele bir hukukçunun eline ekseriya bir ihtilâf vukuunda veya bir ihtilâf çıkması tehlikesi halinde geçmektedir. Bu takdirde, hukukçu, zuhur eden vaziyete uygun bir şart mevcut olmadığı için mukaveleye tenkitci bir gözle bakmağa mütemayildir. Fakat iş adamı bir mukavele tanzim ederken ileride bir ihtilâf çıkacağını düşünmez. Mukavelenin icrasında tarafların

iyi niyetine güvenir ve çok defa da haklıdır ve bu güveni boşa gütmez. Bu sebeptendir ki, iki tarafın müşterek maksatlarını kat'î olarak izah edecek kadar sarîh olmamakla beraber, bu maksada bir ip ucu teşkil edecek umumî bir cümle kullanırlar. Bazen de, yine, muayyen bir husus hakkında kaba taslak bir anlaşma yapılır. Bu halde, taraflar hasımlarının fazla lehinde olmayan ve kendi vaziyetlerini koruyacağını ümit ettikleri müphem bir cümle üzerinde uzlaşırlar. Böyle bir vaziyette iş adamı her halde şöyle düşünür : «Daha sarîh olmakda, veya zuhur edebilecek bütün ihtimalleri önceden görmeğe çalışmakda mâna yok. Bunların vukuunda eğer hâlâ dost isek nasıl olsa bir hal çaresi buluruz; eğer artık dost değilsek, kanun ne derse onu kabul etmeğe mecbur oluruz ve bunun karşı taraftan ziyade kendi lehimize olacağını ümit ederiz».

Hülâsa edecek olursak, İngiliz Hukuku yazılı mukavelenin ehemmiyeti üzerinde ısrar etmektedir. Tarafların, aralarındaki pazarlık ve anlaşmayı tamamen onun içerisine koyduklarını farz, ve bunu yapmayanın o nisbette güçlük çekeceğini kabul etmektedir. Hukuk, umumiyetle, ne vesikaların menşesine gidecek, ne de onların haricine çıkarak tarafların bizzat yapmadıkları bir anlaşmayı onlar için yapacaktır. Fakat tarafların çizdiği çerçeve içerisinde kalmak şartıyla, onlar için anlayışlı bir şekilde hareket etmek çarelerini arar. Ticaret adamlarının hukukçuların lisanını kullanmalarını beklemez. Ticarî âdetlere ve ticarî düşünce tarzlarına yer verir. Tarafların hakikaten yapmak maksadını güttüklerine inandığı muamele ne ise ona mâkul bir şekilde hüküm ve kuvvet sağlamaya çalışılır.

Tercüme eden:

Bihterin Hotinli

Sir Patrick Devlin