

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA KONİŞMENTO VE KONİŞMENTONUN İSPAT KUVVETİ ¹

Yrd.Doç.Dr. Meltem Deniz GÜNER-ÖZBEK*

Özet

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1228-1245'in maddeleri Denizde Taşıma Senetlerini düzenlemektedir. Bu maddelerde ağırlık denizyoluyla eşya taşımada sıklıkla kullanılan geleneksel taşıma senedi konşimentoya verilmiş ancak başta deniz yük senedi olmak üzere denizyoluyla eşya taşımada başka senetlerinde nispeten uzunca zamandır kullanılıyor olması dolayısıyla diğer denizde taşıma senetlerinden de söz edilmiştir. Konşimentonun çeşitli işlevlerinden biri ispat işlevidir. Bu çalışmada 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda konşimentonun ispat işlevi incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Denizde taşıma senetleri, Konşimento, İspat Kuvveti, Taşıyanın Kimliği, Lahey- Visby Kuralları, Hamburg Kuralları.

Summary

Turkish Commercial Code (Act No: 6102) regulates Shipping Documents between articles 1228 and 1245. These articles give the importance to the traditional bill of lading that is used most often in the carriage by sea; however, because the sea waybill and other documents have been used for relatively long time other shipping documents are also included in the Code. One of the functions of a bill of lading is evidentiary function. In this article evidentiary function of a bill of lading is examined.

Keywords: Shipping Documents, Bill of Lading, Evidence Function, Identity of Carrier, Hague-Visby Rules, Hamburg Rules

¹ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, 10, 11, 12 Mayıs 2012 tarihinde gerçekleştirilen "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" konulu sempozyumda sunulan tebliğdir.

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticareti Hukuku, Sigorta Hukuku, Hava Hukuku ve Taşıma Hukuku Öğretim Üyesi.

1. Giriş

Deniz taşımacılığında 14. yüzyıldan beri kullanıldığı zannedilen konişmento günümüzde halen büyük bir öneme sahiptir. Eski Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ve kaynağı 1924 tarihli Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Brüksel Sözleşmesini ("Brüksel Sözleşmesi") iç hukukuna alan Alman Ticaret Kanunu olan hükümler uygulamada konişmento konusundaki gelişmelerin gerisinde kalmıştır. 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 1228-1245'inci maddeleri denizde taşıma senetleri başlığını taşımakta ve uygulamadaki gelişmeleri yansıtan düzenlemeler getirmektedir. Bu çalışmada TTK'da konişmentoya ilişkin yeni düzenleme incelenecektir.

2. TTK'da Denizde Taşıma Senetleri

Gelişen ve değişen ticaret hayatıyla birlikte konişmento yanında başka denizde taşıma senetleri de kullanılmaya başlanmıştır. Bunlar deniz yük senedi (seawaybills), gemi teslim talimatları ("ship's delivery order") ve elektronik konişmento olarak sıralanabilir. Yük senedi² 19'uncu yüzyılda Amerika'da demiryolu taşımasının gelişmesiyle ortaya çıkmıştır. Gemi teslim talimatı ise 20'inci yüzyılda ortaya çıkan ve esasen dökme yük satıcısının yük daha yük denizdeyken yükün farklı alıcılara satılmasına imkan veren bir belgedir.³ Elektronik taşıma belgeleri⁴ de son yıllarda hızla gelişen elektronik veri değişiminin bir sonucudur.

² Guenter Treitel / F.M.B. Reynolds, Carver on Bills of Lading, 3rd. ed. Sweet & Maxwell, 2011; William Tetley, International Maritime and Admiralty Law (International Maritime Law), sf. 6; Tetley, Marine Cargo Claims, V.2, Thomson/Carswell, sf. 2289- 2377; Thomas J. Schoenbaum, Admiralty and Maritime Law, V.1, 2001, sf.624; William Tetley, Waybills: The Modern Contract of Carriage of Goods By Sea, Part I, J. Mar. L. and Com. (1983), 465 vd; Part II, J. Mar. L. and Com. (1984). sf.41 vd.

³ İngiliz Deniz Yoluyla Eşya Taşıma Kanunu (Carriage of Goods by Sea Act 1924) bölüm 1(4). Bu Kanunun 1(4) numaralı bölümü gemi teslim talimatını şöyle tanımlamaktadır: "References in this Act to a ship's delivery order are references to any document which is neither a bill of lading nor a sea waybill but contains an undertaking which:

a) is given under or for the purposes of a contract for the carriage by sea of the goods to which the document relates, or of goods which include those goods; and

b) is an undertaking by the carrier to a person identified in the document to deliver the goods to which the document relates to that person.

⁴ George F. Chandler, Maritime Electronic Commerce for the Twenty-First Century, 22 Tul. Mar. L. J. 463; John Livermore / Krailerk Eurajai, Electronic Bills of Lading: A

TTK'da denizde taşıma senetleri konişmento ve diğer denizde taşıma senetleri olarak ayrılmıştır. Kanunun konişmentonun yer aldığı 4'üncü Kısmının 6'ncı ayırımına ilişkin genel açıklamalarda diğer taşıma senetlerine ilişkin olarak yük senedinden ve 1526'ncı maddede elektronik konişmentodan söz edilmektedir. Diğer denizde taşıma senetleri başlıklı 1242'nci maddede ise taşıyanın taşınacak eşyayı teslim aldığı göstermek üzere düzenlediği konişmentodan başka her tür senedin karine gücünü düzenlemektedir. Deniz yük senedi en sık kullanılan diğer belge olmakla birlikte örneğin İngiliz ve Amerikan hukuklarında *straight bill of lading*⁵, İskandinav hukukunda ise *recta bill of lading*⁶ olarak adlandırılan konişmentolar kıymetli evrak niteliğine sahip olmayan belgelerdir.

Bundan başka TTK 1526'nci maddesinde hangi belgelerin güvenli elektronik imza ile düzenlenebileceğine yer vermektedir. Buna göre “Konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, stampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla atılabilir...” Güvenli elektronik imza Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Aynı maddenin 1'inci fıkrasındaki senetlerin güvenli elektronik imza ile düzenlenemeyeceği belirtilirken devam eden fıkrada kıymetli evrak niteliğine sahip konişmentonun elektronik imzayla düzenlenmesinin öngörülmesinde Comite Maritime International'ın tavsiye ve düzenlemeleri etkili olmuştur.⁷

3. TTK'da Konişmentonun Tanımı, Niteliği, İşlevi ve Türleri

TTK Eski TTK'dan farklı olarak konişmentonun tanımını yapmıştır. Buna göre “Konişmento, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir.” TTK'nın 1228'inci maddesinde konişmentonun işlevlerini belirterek yaptığı bu tanım uluslararası işlemlerde hangi taşıma senetlerinin

Progress Report, J. Mar. L. & Com. (1997), sf. 55 vd.; Emmanuel Laryea, Paperless Trade: Opportunities, Challenges and Solutions, Kluwer Law International (2002); Hakan Karan, Elektronik Konişmento, Turhan Kitabevi (2004).

⁵ Schoenbaum, V.1, sf.622; Treitel /Reynolds, sf. 16-17

⁶ Johan Schelin, Documents Under the CMI Draft Instrument on Carriage of Goods By Sea, Scandinavian Studies in Law, (2004) V.46, sf. 193. (<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/46-9.pdf> sayfasından da ulaşılabilir).

⁷ Bkz. 1526'nci madde gerekçesi.

konişmento sayılacağı hangilerinin sayılmayacağı konusundaki tereddütleri gidermek amacıyla getirilmiştir.⁸ Eski TTK'da bir tanım yer almamakla birlikte teori ve pratikte konişmento TTK'dakine benzer bir şekilde tanımlanmıştır.⁹ Bu tarif aynı zamanda emtea senetlerinden olan konişmentonun üç temel işlevini de içermektedir: ispat vasıtası, makbuz, kıymetli evrak.¹⁰

Navlun sözleşmesi -hem çarter hem de kırkambar- bir şekle tabi değildir. Kırkambar sözleşmeleri ya taşınacak eşyanın taşıyan veya acentesine bildirilip taşıyan tarafından eşyanın taşınacağına not edilmesi veya böyle bir not etme olmayan hallerde de yükün teslimi üzerine konişmento düzenlenmesiyle yapılabilir.¹¹ İşte bu halde konişmento aynı zamanda ya navlun sözleşmesini ispat eden bir belge yahut da navlun sözleşmesinin kendisi olabilir. Bundan başka konişmento yükün taşınmak üzere teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösterir bir makbuz niteliğine sahiptir. En önemli özelliği de konişmentonun kıymetli evrak niteliğine sahip olmasıdır. Kıymetli evrak niteliği dolayısıyla konişmentoda belirtilen hak senetten ayrı olarak ileri sürülemez. Taşıyan ancak konişmentonun iadesi karşılığında malı teslim edebilir. TTK 1228'inci maddenin 1'inci fıkrasındaki tanımda *taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir* ifadesiyle konişmentonun bu fonksiyonu da belirtmektedir.¹²

Uygulamada tesellüm konişmentosu veya yükleme konişmentosu olarak düzenlenen konişmento Eski TTK'da olduğu gibi TTK'da da, m. 1228/(2), yer bulmuştur. Yine aynı maddede konişmentonun devir şekilleri bakımından nama, emre ve hamile olarak düzenlenebileceği belirtilmektedir. Türk hukukunda kıymetli evrakın devir şekilleri genel olarak bu sayılanlar olduğu ve konişmento da genel hükümlerde kıymetli evrak arasında yer aldığı için konişmentonun devir şeklinin ayrıca belirtilmesine esasen ihtiyaç yoktur.¹³

⁸ Bkz. 1228'inci madde gerekçesi.

⁹ “Konişmento taşıyan veya onu temsilen kaptan (yahut yetkili bir acente) tarafından tek taraflı olarak düzenlenen ve yükün taşınmak üzere teslim olunduğu ikrarını (taşındıktan sonra) varna limanında senedin hak sahibi görünen hamiline, senedin iadesi karşılığında aynen teslim edileceği taahhüdünü ihtiva eden kıymetli evraktır.” Çağa / Kender, Deniz Ticareti Hukuku II, 10. Bası, Arkan (2010), sf.65.

¹⁰ Tetley, International Maritime Law, sf.66; Treitel/Reynolds, sf.10.

¹¹ Çağa / Kender, sf.16; Ecehan Yeşilova, Konişmentonun İspat Kuvveti, Güncel Yayınevi (2006), sf. 43.

¹² Ayrıca bkz. TTK m.1230.

¹³ TTK m.647, 831

Maddenin gerekçesinde konişmentonun nama yazılı olarak da düzenlenebileceğinin belirtilmesiyle İngiliz uygulamasından farklı olarak nama yazılı konişmentoların da eşyayı temsil fonksiyonunun olacağına belirtildiği ifade edilmektedir.¹⁴

Uygulamada devir şekli açısından en sık kullanılan emre yazılı konişmentodur. Konişmento gönderilenin emrine veya sadece emre düzenlenebilir. Sadece emre olması halinde konişmentonun yükletenin emrine düzenlendiği kabul edilir. Eski TTK'da olduğu gibi TTK'da da bu hüküm yer almaktadır.¹⁵

4. Konişmentonun İçeriği

TTK'nın 1229'uncu maddesinde konişmentonun içeriği yer almaktadır. Kanun metninde de belirtildiği gibi bu madde Eski TTK'daki bütün unsurların yanında Hamburg Kuralları'nın 15'inci maddesinde yer alan diğer unsurları içermektedir. Böylelikle konişmentonun içeriği genişletilmiştir.¹⁶ Belirti-

¹⁴ Belirtmek gerekir ki sadece İngiliz hukukunda değil Amerikan hukukunda da nama yazılı senetler eşyayı temsil niteliğine sahip değildir. Tetley, Marine Cargo Claims, V.2., sf.2289 vd.; Schoenbaum, V.1, sf.622-624

¹⁵ TTK m.1228/(3).

¹⁶ MADDE 1229- (1) Konişmento, aşağıdaki kayıtları içerir:

- a) Yükletenin beyanına uygun olarak gemiye yüklenen veya yüklenmek üzere teslim alınan eşyanın genel olarak cinsini, tanınması için zorunlu olan işaretlerini, gerektiğinde tehlikeli eşya niteliğinde olup olmadığı hakkında açık bir bilgiyi, koli veya parça sayısı ile ağırlığını veya başka suretle ifade edilen miktarını.
- b) Eşyanın dışarıdanbelli olan hâl ve durumunu.
- c) Taşıyanın adı ve soyadını veya ticaret unvanını ve işletme merkezini.
- d) Kaptanın adı ve soyadını.
- e) Geminin adını ve tabiiyetini.
- f) Yükletenin adı ve soyadını veya ticaret unvanını.
- g) Yükleten tarafından bildirilmişse, gönderilenin adı ve soyadını veya ticaret unvanını.
- h) Navlun sözleşmesine göre yükleme limanını ve taşıyanın eşyayı yükleme limanında teslim aldığı tarihi.
- i) Navlun sözleşmesine göre boşaltma limanını veya buna ilişkin talimat alınacak yeri.
- j) Konişmentonun düzenlendiği yer ve tarihi.
- k) Taşıyan veya onu temsilen hareket eden kişinin imzasını.
- l) Navlunun gönderilen tarafından ödeneceğine dair kayıtları, ödenecekse bunun miktarını.
- m) Navlun sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmışsa, eşyanın boşaltma limanında teslim olunacağı tarih ve süreyi.
- n) Sorumluluk sınırlarını genişleten her şartı.
- o) Taraflarca uygun görülen diğer kayıtları.

len unsurlardan bir veya birkaçının senette yer almaması yukarıda konişmento tanımında belirttiğimiz unsurların yer alması halinde senedin konişmento sayılmasına engel olmaz.

Belirtmek gerekir ki Hamburg Kuralları'nın 15'inci maddesinin k bendinde “*gönderilenin ödeyeceği navlun miktarı veya navlunun gönderilen tarafından ödeneceğine ilişkin sair kayıtları*”¹⁷ şeklinde yer alan ifade TTK m.1229'uncu maddenin 1'inci fıkrasının 1 bendinde “*Navlunun gönderilen tarafından ödeneceğine dair kayıtları, ödenecekse bunun miktarını*” olarak yer bulmaktadır. TTK'daki söz konusu ifade düşük olduğu gibi hükmün sadece navlunun gönderilen tarafından ödeneceği hallerde mi yoksa taşıtanın navlun borçlusu olarak kaldığı hallerde de mi uygulanacağı konusunda tereddüt uyandırmaktadır.¹⁸ Hamburg Kuralları'na uygun olarak genişletilen bu hükmün Hamburg Kuralları'ndan anlaşıldığı gibi gönderilen tarafından ödenecek navlun miktarı ve navlunun gönderilen tarafından ödeneceğini gösterir ibarelerin yer alması olarak anlaşılması uygun olur. Zira Birleşmiş Milletler Konferansı¹⁹ sırasında navlunun konişmentoda yer alması konusunda tartışmalar yaşanmıştır. 15'inci maddenin 1'inci fıkrasının k bendindeki ifadenin navlun gönderilen tarafından ödenecekse konişmentoda yer alması şeklinde anlaşıldığı belirtilmiştir.²⁰ Navlununun gönderilen tarafından ödenmeyecek olması halinde taşıtan tarafından ödeneceğine ilişkin kaydın bulunmasına ihtiyaç yoktur çünkü TTK'nın 1200'üncü maddesinde de belirtildiği gibi prensip olarak navlun borçlusu taşıtandır ve navlun miktarı kararlaştırılmamışsa dahi tespit²¹ edilebilir. Gönderilen, navlunun gönderilen tarafından ödeneceği konişmentoda belirtilmişse yükü kabul edince navlun ve teferruatından sorumlu olur.

(2) Birinci fıkrada sayılan unsurlardan bir veya birkaçının konişmentoda bulunmaması senedin hukuken konişmento sayılmasını engellemez; yeter ki, senet 1228 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı unsurları taşımakta olsun.

¹⁷ Prof. Dr. Tahir Çağa tarafından yapılan çeviri, Batider C.X, S.12, sf. 327 vd.

¹⁸ Ergon A. Çetingil / Rayegan Kender/ Samim Ünan/ Emine Yazıcıoğlu, TTK Tasarısının “Deniz Ticareti” Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında, Deniz Hukuku Dergisi Özel Sayı, Ocak 2006, sf.193-195.

¹⁹ United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea, Hamburg, 6.-31 Mart 1978.

²⁰ United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea, Official Records, Documents of the Conference and Summary Record of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees (UN Conference Official Records), sf.293 vd.

²¹ TTK m.1195.

5. Konışmentonun İspat İşlevi

Yukarıda konışmentonun işlevlerinden birinin ispat işlevi olduğunu belirtmiştik. TTK'nın 1237-1240'ıncı maddeleri arasında navlunun ispat işlevinden söz edilmektedir. Konışmentonun ispat vasıtası olarak hem navlun sözleşmesinin varlığını ve içeriğini hem de yükün konışmentoda belirtildiği şekilde teslim alındığı gösterir şekilde iki yönü vardır.

5.1. Konışmentonun Hukuki İlişkiyi İspat İşlevi

Taşıyan, taşıtan ve konışmentoda gönderilen olarak gösterilen kişi konışmentoyla ispat edilen ilişkinin taraflarıdır.²² Bu itibariyle konışmento gönderilenin taşıtan dışında bir kişi olması halinde üç taraflı bir ilişkidir.²³ Bir taşıma faaliyeti bazen iki farklı ilişki içerebilir. Örneğin malik M çarterer Ç ile bir çarter sözleşmesi akdetmiş; düzenlenen konışmentoda bunlar dışında biri, örneğin H, gönderilen olarak gösterilmiş veya konışmento H'ye devredilmiş olabilir. Bir çarter sözleşmesi kapsamında konışmento düzenlenmesi halinde konışmento sadece taşıyanın eşyayı zilyetliği altına aldığı gösterir bir makbuz nitelindedir.²⁴ Konışmento üçüncü bir şahsa devredilinceye kadar taşıma sözleşmesinin hükümleri çarter sözleşmesi hükümlerine tabidir. Konışmento üçüncü şahsa devredilince ise konışmento hamiliyle taşıyan arasındaki ilişkiler konışmento hükümlerine tabi olur.²⁵ Çarter sözleşmesi kapsamında konışmento düzenlendiğinde pek çok halde konışmentoda çarter parti hükümlerinin konışmento hükümlerine dâhil edildiğine gönderme yapılır.²⁶

Deniz taşıması hukukunun temel prensiplerinden olan ve Eski TTK'nın 1110'uncu maddesinde yer verilen bu hal TTK'nın 1237'inci maddesinde yer almaktadır. Eski TTK'dan farklı olarak maddenin 3'üncü fıkrasında konışmentoda yolculuk çarteri sözleşmesine gönderme olması halinde konışmento devredilirken çarter partinin bir suretinin de yeni hamile ibraz edilme-

²² Tetley, Marine Cargo Claims, V.1., sf.541. Çağa /Kender, sf.3-6

²³ Tetley, Marine Cargo Claims V.1, sf.541; Çağa /Kender, sf.3-6.

²⁴ Tetley, Marine Cargo Claims, V.1., sf.530; Çağa /Kender, sf.3-6.

²⁵ Tetley, Marine Cargo Claims, V.1., sf.531; Çağa /Kender, sf.3-6.

²⁶ Örn. CONGENBILL 2007 (1) All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause/Dispute Resolution Clause, are herewith incorporated.

si şartıyla çarter partide yer alan hükümlerin nitelikleri elverdiği ölçüde konişmento hamiline karşı ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Bu bağlamda örneğin konişmentoda yer alan navlun çarter partide yer alan navlundan daha azsa çarterer olmayan konişmento hamili konişmentoda yazandan daha fazla navlun ödemekle yükümlü olmayacaktır. Bundan başka çarter partide TTK 1243'üncü maddede yer alan emredici hükümlere aykırı hükümler varsa bunlar yerine 1243'üncü maddedeki emredici hükümler uygulama alanı bulacaktır.²⁷

5.2. Konişmentonun Taşıyanı İspat İşlevi

TTK'nın 1228'inci maddesinin 2'inci fıkrasının son cümlesi “*Konışmento, kaptan veya taşıyanın yahut kaptanın bu hususta yetkilendirdiği bir temsilci tarafından taşıyan ad ve hesabına düzenlenebilir*” ifadesiyle taşıyan taşıma taahhüdünde bulunan kişi olduğu için konişmento düzenlemeye zorunlu ve yetkili kişi olduğunu da belirtmektedir.²⁸ Bu bağlamda konişmento bizzat taşıyanın kendisi tarafından veya bu konuda kanuni yetkiye sahip kaptan tarafından veya genel olarak borçlar hukuku çerçevesinde de taşıyanın bu konuda yetki verdiği bir kişi tarafından düzenlenebilir. Buna ilaveten maddede kaptanın yetkilendirdiği bir kişinin de konişmento düzenleyebileceği belirtilmektedir. Kanuni yetkisine dayanarak konişmento düzenleyebilen kaptan nasıl başka birini yetkilendirebilecektir?

5.2.1. Temsilci Tarafından Düzenlenen Konişmento

Türk hukukunda temsil yetkisi ya rızaya ya da kanuna dayanır. Kaptanın taşıyanı temsilen konişmento düzenleme yetkisinin kaynağı kanunken taşıyanın veya kaptanın bir temsilcisinin konişmento düzenleme yetkisinin kaynağı taşıyanın veya kaptanın rızasıdır. Kaptanın bir temsilcisinin de konişmento düzenleyebilme yetkisi kanundan mı kaynaklanmaktadır? 1228'inci maddenin ifadesinden kaptanın bir temsilcisinin de konişmento düzenleme konusunda kanuni yetkiye sahip olduğunu söylemek oldukça güçtür. Borçlar hukukunda genel olarak – rızaya dayanan- temsil yetkisi verilirken temsilcinin yerine başkasını ikameye yetkili olup olmadığı belirtilir. Böyle bir açıklama yapılmamış olması halinde ise temsilcinin kural ola-

²⁷ TTK m.1245.

²⁸ Çağa / Kender, sf.69; TTK m.1228/1.

rak yerine başkasını ikame etmesi mümkün değildir.²⁹ Bunun istisnası temsilcinin başkasını ikame etmeye mecbur olması veya âdetin buna müsait olmasıdır.³⁰ Mecburiyet haline hastalık hali, örf ve adet gereği olmasına da bir aracı kurumun bir başka aracı kurumu veya bir bankanın bir başka bankanın şubesini yetkilendirmesi örnek olarak verilmektedir.³¹ Şüphesiz ilk halin deniz ticareti hukukunda da ortaya çıkması mümkündür; ancak uygulamada –çarterere- veya onun kaptanı temsilen konişmento düzenlenmesine ilişkin yetki çarter sözleşmelerinde verilmektedir.³²

Yukarıda belirttiğimiz üzere Türk hukukunda da kaptanın yerine birini ikame edebilmesi, bir temsilcisinin onun adına konişmento düzenlemesi ancak kendisine –ki bu konudaki yetkiler genellikle çarter sözleşmelerinde verilmektedir- bu konuda yetki verilmesi halinde mümkün olur. TTK'nın 1228'inci maddesinin 2'inci fıkrasındaki bu hükmü bu şekilde anlaşılmalıdır.

Belirtmek gerekir ki Eski TTK'nın 1097'inci maddesi ise 1228'inci maddeden farklı olarak *kaptan ve donatanın bu hususta yetki verdiği herhangi bir temsilcisinin taşıyanın özel yetkisine gerek olmaksızın konişmento düzenleyebileceğini* ifade etmektedir.

Bundan başka, TTK'nın 1238'inci maddesinin 1'inci fıkrası *konişmentoyu taşıyan sıfatıyla imzalayan veya konişmento kendi ad ve hesabına imzalanan kişinin taşıyan sayılacağını* belirtmektedir. Navlun sözleşmesinin taraflarından taşıyan deniz yoluyla eşya taşımayı taahhüt eden kişidir. Oysa ki 1238'inci madde konişmento düzenleyen veya ad ve hesabına konişmento düzenlenen kişinin taşıyan olduğunu belirtmektedir. Taşıyan taşıma taahhüdünde bulunduğu için taşıyandır; konişmento düzenlediği için taşıyan değildir.³³ Bu tanım Hamburg Kuralları'nın tanımlar başlıklı 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan taşıyan tanımından gelmektedir. Buna göre “*Carrier means any person by whom or in whose name a contract of carriage by sea has been concluded with a shipper*”. Bu tanım Değerli Hocamız Sayın Prof. Dr. Tahir Çağa tarafından yapılan çeviride “*Taşıyan sözü gönderen ile*

²⁹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1. Vedat Kitapçılık, (2012), 10. Bası, sf. 235.

³⁰ Oğuzman/Öz, sf.235; Murat İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, XII Levha (2009); sf. 245 vd.

³¹ İnceoğlu, sf.249.

³² Bkz. aşağıda para. 5.2.3.

³³ Çetingil / Kender / Ünan/ Yazıcıoğlu, sf.199.

*bizzat veya temsilci marifetiyle eşya taşıma sözleşmesi akteden her şahsı ifade eder*³⁴ olarak çok güzel bir şekilde ifade etmiştir. Prensip olarak navlun sözleşmesinin temsilci vasıtasıyla yapılması halinde temsilcinin değil temsil olunanın taşıyan olduğu açıktır ve bunu ayrıca belirtmeye gerek yoktur. Bunun özellikle belirtilmesi Birleşmiş Milletler Konferansı sırasında tartışmalara yol açmış ve “adına (*in whose name*)” ifadesinin “yetkisiyle (*by whose authority*)” ifadesiyle değiştirilmesi önerilmiştir.³⁵ Temsil ile ilgili konuların iç hukuka bırakılması gerektiği düşüncesiyle *adına* ifadesi metinde korunmuştur.³⁶ Belirtmek gerekir ki uygulamada konişmentolarda da bu ifade yer almaktadır.³⁷ 1228’inci maddenin 1’inci ve 2’inci fıkralarıyla 1237’inci maddenin 1’inci fıkrası taşıyanın tanımı için yeterlidir. Ayrıca Hamburg Kuralları’nda ileri sürülen endişenin ulusal hukukumuzda olmaması gerekir çünkü TTK ulusal hukukumuzu düzenlemektedir. TTK’da temsile ilişkin bir ifadeye hiç yer verilmeyebilirdi veyahut “adına” yerine “yetkisiyle” kelimesi tercih edilebilirdi.

Taşıyanın adı ve soyadı veya ticaret unvanı ve işletme merkezi ile taşıyanın veya onu temsilen hareket eden kişinin imzası da konişmentoda yer alan unsurlar arasındadır.³⁸ Ancak kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenen konişmentoda taşıyanın adının yer almaması halinde kimin taşıyan olduğunu tespit etmek gerekecektir.

5.2.2. Konişmentonun Taşıyan / Donatan Konişmentosu Olup Olmadığını Tespit

Çarter sözleşmesi kapsamında bir konişmento çarterer olmayan taşıtan emrine veya adına düzenlenmiş olur veya böyle bir kişiye devredilirse konişmentonun donatan konişmentosu mu yoksa taşıyan (donatan olmayan) konişmentosu mu olduğu bazen tereddütlere yol açabilir. Donatan konişmentosu olması halinde sözleşme donatan ve taşıtan arasında olurken taşıyan konişmentosu olması halinde sözleşme taşıyan (donatan olmayan) ve taşıtan arasındadır. TTK’nın başta 1228’inci maddesi ve gerekçesi ve ilgili diğer

³⁴ Çağa, Batider C.X, S.12, sf. 327 vd.

³⁵ UN Conference Official Records, sf. 41,72-73,194-199.

³⁶ UN Conference Official Records, sf. 194-199; Emine Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları’na Göre Taşıyanın Sorumluluğu, Beta (2000), sf.39-40.

³⁷ Carver, sf. 189. Bkz. COMBICONBILL m.2.

³⁸ TTK m.1229/1.c ve k. Madde metni için bkz.yukarıda para.4 dn.15.

maddelerinde de konişmentonun taşıyan konişmentosu olduğu açıkça ifade edilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte konişmentonun üzerindeki basılı işaret ve isimler, yazılar, imza ve yazılmamış isimler konişmentonun donatan konişmentosu mu taşıyan konişmentosu mu olduğunu tespiti güçleştirebilir.

5.2.3. Taşıyanın Kimliği ve Donatanın Taşıyan Sayılması

TTK'nın 1238'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları şöyledir: *"...(2)Konişmentoda taşıyanın adı veya soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılmadığı hallerde, donatan, taşıyan sayılır; meğerki, konişmento hamilinin açık istemi üzerine donatan taşıyanın adı ve soyadını veya ticaret unvanı ile işletme merkezini bildirerek bunu belgelendirmiş olsun.*

(3)Kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenen konişmentoda, taşıyanın adı veya soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılmadığı hallerde, temsilci de ikinci fıkra uyarınca sorumlu tutulan donatan ile birlikte taşıyan sayılır; meğerki konişmento hamilinin açık istemi üzerine temsilci, taşıyanın adı ve soyadını veya ticaret unvanı ile işletme merkezini bildirerek bunu belgelendirmiş olsun...."

Daha önce TTK'nın 1228'inci maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca konişmentonun kaptan veya taşıyanın veya kaptanın temsilcisi tarafından düzenlendiğini belirtmiştik. Bu halde taşıyanın bir temsilcisinin donatan ad ve hesabına konişmento düzenlemek konusunda kanuni bir temsil yetkisi mi vardır; yahut da donatanın temsilcisi olmayan bir kişinin düzenlediği konişmento dolayısıyla donatanın sorumlu tutulması hukuken mümkün müdür?

Borçlar hukukunun genel prensiplerinden böyle bir sonuca varmak güç olmakla birlikte uygulamada charter sözleşmelerinde donatanın charterere kendi adına konişmento düzenleme yetkisi verdiği – yukarıda da belirttiğimiz üzere -³⁹ sıklıkla görülmektedir. İngiliz ve Amerikan hukuklarında charter sözleşmesindeki yetki hükmüne binaen charterer veya bir temsilcisi tarafından kaptan adına veya kaptanın temsilcisi ("on behalf of" or "as agent for" the master) olarak veya sadece temsilci olarak ("as agent") olarak imzalan ko-

³⁹ Bkz. para.5.2.1.

nişmentoların donatan konişmentosu olduğu kabul edilmektedir.⁴⁰ Diğer bir ifadeyle İngiliz ve Amerikan hukuklarında konişmentonun belirtildiği şekilde düzenlenmesi donatanın verdiği yetkiye dayanması halinde mümkündür. Çarterpartilerde yer alan bu şartların amacı donatanları yük zararı için sorumlu olmaktan kurtarmak olmakla birlikte mahkemeler bu şartlara pek itibar etmemişlerdir.⁴¹

Donatanın temsilcisi olmayan bir kimsenin düzenlediği konişmento dolayısıyla donatanın sorumlu tutulması mümkün değildir.⁴²

5.2.4. Hamburg Kuralları Uyarınca Taşıyanın Kimliği

TTK'nın 1228'inci maddesi kaynağını Hamburg Kuralları'nın 1'inci ve 14'üncü fıkralarından almaktadır. Hamburg Kuralları'nın 14'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında konişmentonun taşıyanın yetkili kıldığı bir şahıs tarafından imza edilebileceği; eşyayı taşıyan geminin kaptanı tarafından imza edilen konişmentonun *taşıyan* adına imzalanmış sayılacağı ifade edilmektedir. Hamburg Kuralları'nın bu düzenlemesinin kaptan tarafından veya kaptan adına düzenlenen konişmentonun sadece donatanı bağladığı şeklindeki deniz ticareti hukukunun geleneksel kavramını zayıflattığı belirtilmektedir.⁴³ Kaynağını Hamburg Kuralları'ndan alan benzer hükümler İskandinav ülkelerinin Deniz Ticareti Kanunları'nda da yer almaktadır.⁴⁴ Ancak bu kanunlarda taşıyanın isminin belirtilmemiş olması halinde donatanın taşıyan sayılacağına ilişkin bir hükme rastlanmamaktadır.

Birleşmiş Milletler Konferansı sırasında 14'üncü maddenin 2'inci fıkrasının ve konişmentonun içeriğine ilişkin 15'inci maddenin 1'inci fıkrasının taşıyanın ismine ve asıl iş merkezine ilişkin c bendi konusunda tartışmalar

⁴⁰ Carver, sf. 185-186; *The Revia*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 325, sf.333. Hatta çarterlerin kendi form çarter partisini "as for master" veya "as agent of the master or of the owner" ("kaptanın veya donatanın temsilci olarak") imzaladığı haller dahi çarter partideki hükme dayanarak donatan konişmentosu olarak kabul edilmiştir. *Tillmanns & Co v Knutsford* [1908] 1 K.B. 185; *The Berkshire* [1974] 1 Lloyd's Rep. 185; Robert Force / A. N. Yiannopoulos / Martin Davies, *Admiralty and Maritime Law*, Beard Books (2006), sf.288; Tetley, *Marine Cargo Claims*, C.I, sf.568-572.

⁴¹ Force/ Yiannopoulos / Davies, sf.335.

⁴² Çetingil / Kender / Ünan / Yazıcıoğlu, sf. 199

⁴³ Tetley, *Marine Cargo Claims*, V.1. sf.599-600.

⁴⁴ Fin ve İsveç Deniz Ticareti Kanunları Bölüm 13 Kısım 54; Danimarka ve Norveç Deniz Ticareti Kanunları m.296.

yaşanmıştır. Yukarıda belirtilen 14'üncü maddenin ikinci fıkrasına kaptan tarafından düzenlenen konişmentonun taşıyan yanında donatan ve fiili taşıyan adına düzenlendiğinin ilave edilmesi önerilmiştir.⁴⁵ Donatan yanında fiili taşıyanın da eklenmesinin sebebi bareboat çarter halinde fiili taşıyanın malik değil bareboat çarterer olmasıdır. Bundan başka 15'inci maddenin 1'inci fıkrasının c bendine "Taşıyanın adının yanlış veya eksik olması halinde malik taşıyan sayılır" ifadesinin eklenmesi önerilmiştir. Bu öneri Alman Demokratik Cumhuriyeti tarafından yapılmış ve Alman Demokratik Cumhuriyeti delegasyonu bu önerinin kendi ülkelerindeki prensibe dayandığını ve bu prensibe uluslararası uyumsuzluklarda sıklıkla atıf yapıldığını belirtmiştir.⁴⁶ Sözü edilen hüküm Alman Ticaret Kanunu'nun 644'üncü paragrafıdır ve Eski TTK'nın 1099'uncu maddesine karşılık gelmektedir. Bu önerilere karşılık Sözleşme'nin -Hamburg Kuralları- sadece taşıyan ve taşıtan arasındaki ilişkileri düzenlediği bunlara bir üçüncü kişinin – hele ki bareboat çarter halinde taşımayla hiçbir ilgisi olmayan- malikin dâhil edilmesinin Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kaldığı, taşıyanın taşıyan veya fiili taşıyan olduğu hallerin Sözleşme'nin başka hükümlerinde düzenlendiği⁴⁷ ve hatta böyle bir halde ikinci bir sözleşmesel taşıyan ilave edildiği⁴⁸ ileri sürülmüştür. Neticede Hamburg Kuralları'nın 14'üncü maddesinin 2'inci fıkrasına ilişkin değişiklik önerileri kabul edilmeyerek olduğu haliyle bırakılmıştır.⁴⁹ Bu durumda taşıyanın adının konişmentoya yazılmamış olması halinde – yazılmaması hali için bir yaptırım da öngörülmediğinden- taşıyanın kim olduğunu tespit etmek sorun olabilecektir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere Sözleşme'de fiili taşıyanın ve onun sorumluluğunun düzenlenmesi sözleşmenin kimin adına yapıldığı veya konişmentonun kimin adına düzenlendiği yükü ilgili bakımından önemini yitirecektir.⁵⁰ TTK'da taşıyanı esas alarak öngörülen prensibe sadık kalınarak bütünlüğün bozulmaması daha uygun olurdu.

Geminin kiralanması⁵¹ halinde bizzat kaptan tarafından veya kaptanı temsilen bir başkası tarafından düzenlenen bir konişmentoyla sorumluluk

⁴⁵ UN Conference Official Records, sf. 59 para 173.

⁴⁶ UN Conference Official Records, sf.206 para17.

⁴⁷ A.e., sf. 286 para.21; sf.287 para.25;sf.288 para.32.

⁴⁸ A.e., sf.287 para.28.

⁴⁹ UN Conference Official Records, sf.95 para.143.

⁵⁰ Yazıcıoğlu, sf.41.

⁵¹ Bare-boat çarter veya demise çarter olarak.

altına girenin gemi malikinden ziyade gemi işletme müteahhidi olacağını da vurgulamak gerekir.⁵²

5.2.5. Temsilcinin Taşıyan Sayılması

Yukarıda belirttiğimiz TTK'nın 1238'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenen konişmentoda taşıyanın ad veya soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılmadığı hallerde, temsilcinin de donatanla birlikte taşıyan sayılacağı yer almaktadır. Kaptan tarafından düzenlenen konişmentoda taşıyanın bir temsilcisinin de taşıyan sayılması te-reddüt uyandırmaktadır. Zira TTK'nın 1228'inci maddesinin 2'inci fıkrasının son cümlesinde konişmentonun kaptan, taşıyanın veya kaptanın bu konuda yetkilendirdiği bir kimse tarafından taşıyan adına düzenleneceği belirtilmektedir. Kaptan tarafından düzenlenen, taşıyanın adının yazılmadığı bir konişmentoda temsilci nasıl sorumluluk altına girecektir? Kaptanın taşıyanın temsilcisini temsil yetkisi var mıdır? Burada herhalde alt navlun sözleşmelerinde yukarıda belirttiğimiz üzere çartere kaptan/diğer taşıyan adına konişmento düzenleme yetkisinin verildiği hallerden söz edilmektedir. Yukarıda belirttiğimizi gibi taşıyanın bir temsilcisinin donatanın temsilcisi de olmadığı sürece düzenlediği konişmento dolayısıyla donatanın sorumlu olması hukuken mümkün değildir.

Çartererler çarter sözleşmelerindeki yetki hükmüne binaen donatanın temsilcisi olarak kendilerini sözleşmesel sorumluluktan beri tutmak isteselerde bazı hukuk sistemlerinde temsil hukuku çerçevesinde çartererlerin sözleşmenin tarafı olmaları mümkündür.⁵³

5.2.5.1. Doğrudan Temsilde Temsil Olunanın Adının Açıklanmaması ve İlgili İçin Açık İşlem

Türk hukukunda doğrudan temsil⁵⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ("BK") 32-40, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 40-48'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Doğrudan temsilin iki şartı bulunmak-

⁵² Carver on Bills of Lading, sf.182-183.

⁵³ Tetley, Marine Cargo Claims, V.1. sf. 589 vd.

⁵⁴ Genellikle temsil dendiğinde doğrudan temsil anlaşılmaktadır. Burada da doğrudan temsilden söz edilmektedir.

tadır: temsilcinin temsil yetkisine sahip olması ve temsilcinin başkası adına hareket ettiğini üçüncü kişiye bildirmesi.⁵⁵ Doğrudan temsilden temsilcinin kendi adına değil temsil olunan adına hareket ettiği hallerde söz edilebilir. Bunun gibi hukuki işlemin sonuçlarının temsil olunanın üzerinde doğabilmesi için temsilcinin temsil olunan adına hareket etmesi yeterli olmaz; başkası adına hareket edildiğinin üçüncü kişiye bildirilmesi de gerekir. Buna açıklama ilkesi denir.⁵⁶ Burada üçüncü kişiye temsilcinin başkası adına hareket ettiği bildirilir; ancak temsilcinin sadece başkası adına hareket ettiğini bildirmesi yeterli olmaz temsil olunanın kim olduğunun da üçüncü kişiye bildirilmesi gerekir.⁵⁷ *İlgili için açık işlem* ise temsil olunanın kimliğinin açıklanması prensibinin istisnasını teşkil eder. Doktrinde temsilcinin, temsil ettiği kişinin adını açıklamadan sadece *ilgili şahıs adına* işlem yapmasının ve temsil olunanın adının sonradan açıklanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁵⁸ Buna ne Borçlar Kanunu ne de Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmiştir.

İlgili için açık işlemde temsilci ya işlemi yaparken temsil ettiği kişiyi biliyor ancak bunu o sırada açıklamak istemiyor ya da işlemin yapıldığı sırada temsil olunanın kim olacağını bilmiyordur.⁵⁹ Temsil olunanın kimliğinin açıklanması konusunda doktrinde görüşler farklıdır. İsviçre Federal Mahkemesi ve bazı yazarlar temsil olunanın kimliğinin belirsizliğinin geçici bir süre için öngörülmüş olmasını ararken bazı yazarlar temsil olunanın kimliğinin sözleşme süresinin sonuna kadar gizli kalabileceğini belirtmektedir.⁶⁰ Temsil olunanın kimliğinin sözleşme süresinin sonuna kadar gizli kalabilmesi hali dışında temsil olunanın kimliğinin sözleşmede bir süre öngörülmüşse bu süre içinde bir süre öngörülmemiş olması halinde ise *uygun bir süre* içinde açıklanması gerektiği belirtilmektedir.⁶¹

Temsilci temsil olunanın kimliğini bildirmezse ne olacaktır. Bu halde de sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı söylenmektedir.⁶² Buna ilaveten temsil-

⁵⁵ İnceoğlu, sf.46; Oğuzman / Öz, sf.217-218

⁵⁶ İnceoğlu, sf. 50 vd.; Şener Akyol, Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık (2009), sf.64; Oğuzman / Öz, sf.218-220.

⁵⁷ İnceoğlu, sf. 51;

⁵⁸ A.e., sf.56 vd.

⁵⁹ A.e., sf. 57.

⁶⁰ A.e., sf.60.

⁶¹ A.e. s.f. 60.

⁶² A.e., sf.63.

cinin temsil olunanın ismini açıklamak yerine sözleşmenin kendisi ile üçüncü kişi arasında kurulduğunu söylemesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir.⁶³

5.2.5.2. TTK m.1238'e Göre Temsilcinin Taşıyan Sayılmasının Mahiyeti

TTK'nın 1238'inci maddesinin üçüncü fıkrasında ise *ilgili şahıs adına işlem*den farklı bir düzenleme öngörüldüğü anlaşılmaktadır zira bu halde sözleşme ne hükümsüz kalmakta ne de ne de temsilciye sözleşmenin kendisi ile üçüncü kişi arasında kurulduğu söylemesi imkânı verilmektedir. Bu halde temsilci kanun hükmü ile sorumlu tutulmaktadır. Buna göre temsilci kanunen taşıyan sayılacak, hukuki ilişki taşıtan ve -donatan yanında- temsilci arasında kurulmuş olacaktır.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin⁶⁴ “Kimliği Belirlenmemiş Temsil Olunan” başlıklı 3.203'maddesine göre “*Bir temsilci kimliği daha sonra açıklanacak olan bir temsil olunan adına bir sözleşme yapar ancak üçüncü kişinin talebi üzerine makul sürede kimliği açıklayamazsa temsilci bizzat sözleşmeyle bağlı olur.*” TTK'nın 1238'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki ifade Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ndeki bu ifadeyle hemen hemen aynıdır. Madde 1238'un gerekçesine baktığımızda bu fıkra hakkında ayrıntılı bir bilgi yer almamaktadır. Bu makalenin yazıldığı esnada komisyon tutanakları henüz basılmadığı için hükmün gerekçesi hakkında daha ayrıntılı bilgiye şimdilik ulaşamamıştır. Avrupa'da yeni hazırlanan bazı medeni kanunlarda -İtalyan, Hollanda gibi- benzer hükümler yer almaktadır.⁶⁵

5.2.6. Fiili Taşıyan

Hamburg Kuralları'nın deniz yoluyla eşya taşıma hukukuna getirdiği yeniliklerden biri de “fiili taşıyan”⁶⁶ kavramıdır. Kuralların Tanımlar başlıklı 1'inci maddesinde -diğerleri arasında- taşıyan ve fiili taşıyan tanımlanmaktadır. Buna göre taşıyan, gönderen ile bizzat veya bir temsilci marifetiyle

⁶³ A.e., sf.62-63.

⁶⁴ Principles of European Contract Law. Bilgi için Kemal Dayınlarlı (çev.), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri;Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., Ankara (2005); Lando / Cliver / Prüm / Zimmermann (ed.), Principles of European Contract Law, Kluwer (2003).

⁶⁵ Lando / Cliver / Prüm / Zimmermann, sf.205

⁶⁶ Fiili taşıyan kavramına ilk kez 1929 Tarihli Varşova Sözleşmesini tadil eden Guadalajara Protokolü'nde yer verilmiştir. Deniz taşımacılığında ise bu kavrama ilk kez 1974 tarihli Atina Sözleşmesi'nde yer verilmiştir.

denizde eşya taşıma sözleşmesi akdeden her şahsı; fiili taşıyan ise taşımanın icrası taşıyan tarafından kısmen veya tamamen kendisine bırakılan her şahıs ile böyle bir ifa kendisine tevdi edilen sair bütün kişileri ifade eder. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Hamburg Kuralları'nın bu düzenlemesi dolayısıyla daha önce incelediğimiz taşıyanın tespiti, temsilcinin kimin adına navlun sözleşmesi akdettiği veya kimin adına konişmento düzenlediği gibi hususlar bir ölçüde önemini yitirmiştir.

TTK 1191'inci maddesinde fiili taşıyanın sorumluluğunu düzenlemektedir. 1968 tarihli Visby Protokolüyle tadil edilen Brüksel sözleşmesi ve Eski TTK'da yer almayan bu kavram ve sorumluluğu konusu Hamburg Kuralları'nın 10'uncu maddesinden alınmıştır. 1191'inci maddenin 1'inci fıkrasına göre taşımanın gerçekleştirilmesi, kısmen veya tamamen bir fiili taşıyana bırakıldığı takdirde taşıyan, navlun sözleşmesine göre böyle bir bırakma hakkına sahip olup olmadığı dikkate alınmaksızın, taşımanın tamamından sorumlu kalmaya devam eder. Taşıyan, fiili taşıyanın ve onun taşıma borcunun ifasında kullandığı ve görevi ve yetkisi sınırı içinde hareket eden adamlarının fiil ve ihmallerinden de sorumludur.

Fiili taşıyan da sözleşmesel taşıyan gibi bir navlun sözleşmesinin tarafıdır, taşıyandır; ancak sözleşmenin karşı tarafında gönderen yer almamaktadır. Fiili taşıyanın sözleşmesel taşıyanla arasındaki fark budur. Fiili taşıyan gönderene değil gönderenin yaptığı sözleşmenin karşı tarafı olan sözleşmesel taşıyana veya sözleşmesel taşıyanın taşımanın gerçekleştirilmesini bıraktığı bir başka fiili taşıyana taşıma taahhüdünde bulunmaktadır.⁶⁷ Fiili taşıyanın sorumluluğunda taşımayı fiilen gerçekleştiren kişiden değil taşımanın gerçekleştirilmesinin kısmen veya tamamen kendisine bırakıldığı kişiden söz edilmektedir. Bu sebeple bu hüküm uyarınca fiili taşıyanın fiilen taşımayı gerçekleştiren kimse olması gerekmez. Diğer bir ifadeyle asıl navlun alt navlun sözleşmesi kapsamında taşıyan sıfatıyla taşımada yer alan herkes fiili taşıyandır.⁶⁸

TTK'nın 1191'inci maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca fiili taşıyan bizzat gerçekleştirdiği taşımadan TTK'nın taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümleri uyarınca sorumludur. Bu ifadeye göre taşımanın kendisine bırakıldığı fiili taşıyan bizzat gerçekleştirmediği taşıma dolayısıyla sorumlu değildir. Ancak buna ilaveten, TTK'nın 1191'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca,

⁶⁷ Yazıcıoğlu, sf. 45.

⁶⁸ A.e., sf.46.

taşıyan fiili taşıyanın ve onun taşıma borcunun ifasında kullandığı ve görevi ve yetkisi sınırı içinde hareket eden adamlarının fiil ve ihmallerinden sorumlu olmaya devam eder. Böylelikle taşımanın gerçekleştirilmesinin kendisine bırakıldığı bir kimse bu taşımayı fiilen gerçekleştirmemişse de eşyanın onun muhafazası altında bulunduğu sırada meydana gelen zarardan sözleşmesel taşıyan sorumludur.

Netice olarak yükü ilgili asıl taşıyan yanında fiili taşıyana da dava açabilecek ve taşıyanın kim olduğunun tespiti büyük ölçüde önemini yitirecektir.

5.2.7. Taşıyanın Kimliğinin Bildirilip Belgelendirilmesi

Eski TTK'nın 1099'uncu maddesine göre taşıyanın konişmentoda belirtilmemesi halinde donatanın taşıyan sayılması aksi ispatlanamayan bir varsayımken⁶⁹ TTK'nın 1238'uncu maddesinin 2'inci ve 3'üncü fıkralarının son cümlelerine göre bunun aksi ispat edilebilir. Konişmento hamilinin açık istemi üzerine donatan taşıyanın kimliğine ilişkin bilgileri ve belgeleri verirse donatan taşıyan sayılmayacaktır. Bunun gibi taşıyanın bir temsilcisi tarafından düzenlenen konişmentoda taşıyanın kimliği yazılı olmazsa temsilci konişmento hamilinin açık istemi üzerine taşıyanın kimliğini bildirip belgelendirdiği müddetçe taşıyan sayılıp sorumlu olması söz konusu olmayacaktır.

Bilgilendirmenin hangi sürede yapılacağı ve belgelendirmenin nasıl olacağı konusunda ise maddede açıklık yoktur.⁷⁰ Herhalde sürenin makul bir süre olması gerekmektedir. Belgelendirme için taraflar arasındaki sözleşmeler ve ticaret sicili düşünülebilir.

5.3. Konişmentonun Eşyaya İlişkin Kayıtlar Bakımından İspat İşlevi

TTK'nın 1229'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının a ve b bentleri uyarınca konişmentoda yer alan yüke ilişkin kayıtlar 1239'uncu madde uyarınca karine teşkil etmektedir. 1229'uncu maddenin 1'inci fıkrasının a bendinde eşyanın genel olarak cinsinin, tanınması için zorunlu olan işaretlerin, gerektiğinde tehlikeli eşya niteliğinde olup olmadığı hakkında açık bilginin, koli veya parça sayısı ile ağırlığının veya başka surette ifade edilen miktarının yükletenin beyanına uygun olarak yazılacağı belirtilmektedir. Maddenin

⁶⁹ Çağa / Kender, sf. 69.

⁷⁰ Çetingil / Kender / Ünan / Yazıcıoğlu, sf. 199-200.

yükletenin beyanına uygun olarak ifadesinden konişmento düzenlemeye yetkili kişinin bu hususları yazıp yazmamak konusunda bir takdir yetkisinin olmadığı anlaşılmaktadır.⁷¹ Yükletenin belirtilen konudaki beyanlarını yazıp yazmamak konusunda takdir yetkisi olmayan taşıyan -veya konişmento düzenlemeye yetkili kişi- söz konusu beyanları olduğu gibi yazıp şu hallerde bir çekince koymak zorundadır:

1. Fiilen yüklenen eşyayı doğru ve tam olarak göstermediğini biliyor; veya
2. Fiilen yüklenen eşyayı doğru ve tam olarak gösterdiğinden haklı sebeplerle şüphe ediyor; veya
3. Bu beyanları kontrol etmek için yeterli imkâna sahip değilse.

Diğer taraftan konişmentodaki kayıtlara ilişkin bir hüküm de TTK m.1186'da yer almaktadır. TTK'nın 1186'ncı maddesinin 1'inci ve 4'üncü fıkraları şöyledir:

(1) “Eşyanın uğradığı veya eşyaya ilişkin her türlü zıya veya hasar nedeniyle taşıyan, her halde, ... karşılayan tutarı aşan zarar için sorumlu olmaz; meğer ki, eşyanın **cinsi ve değeri**, yüklemeden önce yükleten tarafından bildirilmiş ve denizde taşıma senedine yazılmış olsun. ...”

...

(4) Yükletenin birinci fıkra uyarınca yaptığı ***bildirim denizde taşıma senedine yazılmışsa***, bu kayıtlar ***karine*** oluşturur, ancak, bu karine taşıyan bakımından bağlayıcı değildir; 1239'uncu maddenin üçüncü fıkrası söz konusu kayıtlar hakkında uygulanmaz.

Kaynakları farklı olan TTK'nın 1186⁷² ve 1239'uncu⁷³ maddeleri birlikte değerlendirildiğinde 1186'ncı maddenin 4'üncü fıkrasının 1239'uncu maddenin 1'inci fıkrası uyarınca hakkında çekince konulmamış bildirim kastettiği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle 1239'uncu maddenin 1'inci fıkrası uyarınca hakkında çekince konulmamış bir cins bilgisi 1186'ncı maddenin 4'üncü fıkrası uyarınca karinedir; hakkında çekince konulmuş bir cins bilgisi ise karine olamamalıdır.⁷⁴

⁷¹ Bu halde konişmento düzenlemekten kaçınma hakkının olması gerektiği belirtilmektedir. Çetingil / Kender / Ünan / Yazıcıoğlu, sf.201 .

⁷² Bu maddenin kaynağı Lahey- Visby Kuralları'dır. Bkz. 1186'ın madde gerekçesi.

⁷³ Bu maddenin kaynağı Hamburg Kuralları'dır. Bkz. 1239'uncu madde gerekçesi.

⁷⁴ Yeşilova, sf.133-134.

Bundan başka eşyanın işaretleri konusunda 1239'uncu madde -Eski TTK'nın 1100'üncü maddesinin 2'inci fıkrasından farklı olarak- hiç bir şart aramamıştır. Eşyanın işaretlerinin doğru olmasına rağmen yolculuğun sonuna kadar okunaklı kalamayacak şekilde olması halinde nasıl çekince konulacağı tereddüt konusudur. Bu hal yukarıda belirtilen üç hale girmemektedir. Anlaşıldığı kadarıyla hazırlık çalışmalarında bu husus tartışma konusu da olmamıştır.⁷⁵ Bu halde fiilen yüklenen eşyanın tam ve doğru olarak gösterilmediğinin bilinmemesinden veya gösterildiğinden haklı sebeple şüphe edilmesinden değil de tam ve doğru olarak gösterilmeyeceğinin bilinmesinden veya gösterilmeyeceğinin şüphe edilmesinden söz etmek mümkün olabilir. Diğer bir ifadeyle işaretlerin yolculuk sonuna kadar okunaklı kalamayacak olması halinde de bu ifadenin geçerli olduğu düşünülebilir.

Eşyanın dışarıdan belli olan hal ve durumu konusunda 1229'uncu maddenin 1'inci fıkrasının b bendi konişmento düzenlemeye yetkili kişinin belirtilen konularda yükletenin beyanlarıyla bağlı olmadığını belirtmektedir. Oysa ki eski TTK'nın 1100'üncü maddesi uyarınca yükün dışarıdan belli olan hal ve durumu konişmentoya yükletenin yazılı olarak bildirdiği şekilde yazılması gereken bir unsurdur. TTK'da eşyanın dışarıdan belli olan hal ve durumu konusunda yükletenin beyanıyla bağlılık söz konusu olmadığı için eşyanın dışarıdan belli olan halinin konişmentoda beyan edilmemesi durumunda 1239'uncu maddenin 2'inci fıkrası uyarınca konişmentoda eşyanın dışarıdan iyi halde olduğuna dair beyanda bulunulmuş sayılır.

5.3.1. İyiniyetli Hamile Karşı Konişmentonun İspat Kuvveti

TTK'nın 1239'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre eşyaya ilişkin bilgiler hakkında çekince konulmaması halinde konişmento taşıyanın eşyayı konişmentoda beyan edildiği gibi teslim aldığına veya yükleme konişmentosu düzenlenmiş olduğu takdirde, yüklediğine karine oluşturur ve bu karinenin aksi gönderilen de dâhil olmak üzere konişmentoyu iyi niyetle devralan üçüncü kişiye karşı ispatlanamaz. Kaynağını Lahey-Visby Kurallarının 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası ile Hamburg Kuralları'nın 16'ıncı maddesinden alan bu hüküm iyi niyetli hamillere karşı taşıyanın tesellümden doğan sorumluluğu yanında yazılı beyan sorumluluğunu da kabul etmiştir. Oysa ki eski TTK'nın 1110'uncu maddesiyle taşıyanın sadece tesellümden doğan

⁷⁵ UN Conference Official Records. Konferansın resmi belgelerinde eşyanın işaretleri ve markaları konusunda bir tartışmaya rastlanmamıştır.

sorumluluğu kabul edilmişti.⁷⁶ Buna göre konışmentoda hataen fiilen yüklenenden daha az veya farklı bir eşya yazılmış olsa bile taşıyan gerçekte kendisine her ne teslim edilmiş veya yüklenmişse onu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânına sahipti. Yeni TTK'ya göre ise artık taşıyanın belirtilen kayıtlar bakımından fiilen, gerçekte kendisine ne teslim edildiğini ispat etmesi sorumluluktan kurtulmasına imkân vermeyecektir.

Belirtmek gerekir ki 1239'uncu maddenin 3'üncü fıkrasında öngörülen yazılı beyan sorumluluğu maddenin atfı ile 1186'ncı maddenin 4'üncü fıkrasında belirtilen cins ve değer kayıtları hakkında uygulanmayacaktır. Diğer bir ifadeyle cins ve değere ilişkin kayıtlar hakkında taşıyanın yazılı beyan sorumluluğu yoktur; taşıyan iyiniyetli konışmento hamillerine karşı dahi cins ve değere ilişkin kayıtlarının gerçeğe uygun olmadığını ispat edebilecektir.

5.3.2. Konışmentonun Navlunu İspat İşlevi

TTK'nın 1200'üncü maddesi eski TTK'dan farklı olarak navlun borçlusunun taşıtan olduğunu açıkça ifade etmiştir. 1229'uncu maddenin 1'inci fıkrasının I bendi uyarınca da navlun gönderilen tarafından ödenecekse buna ilişkin kayıtlara da konışmentoda yer verilir. Diğer bir ifadeyle navlun borçlusu kural olarak taşıtandır; navlun sözleşmesi veya konışmentoda navlunun gönderilen tarafından ödeneceği yer alıyorsa gönderilen yükü teslim almakla navlun borçlusu haline gelir.⁷⁷

TTK'nın 1240'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre 1129'uncu maddenin 1'inci bendi uyarınca navlunun gönderilen tarafından ödeneceği veya yükleme limanında gerçekleşip gönderilen tarafından ödenecek olan sürastarya parasına ilişkin bir kaydı içermeyen konışmento gönderilenin navlun veya sürastarya parası ödemekle yükümlü olmadığına karine oluşturur ve bu karine aksi böyle bu kayıtları içermeyen konışmentoyu, gönderilen de dâhil olmak üzere, devralan üçüncü kişiye karşı ispatlanamaz. Hamburg Kuralları'nın 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasından alınan bu hüküm karşısında örneğin çarter sözleşmesi kapsamında konışmento düzenlenip de çartererin talebi üzerine konışmentoda navluna ilişkin bir hükme yer verilmeyip bu konışmentonun daha sonra çarterer tarafından bir üçüncü şahsa devredilmesi halinde karine uyarınca üçüncü şahıs söz konusu bedelleri ödemekle yükümlü olmayacaktır.

⁷⁶ Çağa / Kender, sf. 91-92.

⁷⁷ A.e. sf.228 vd.

5.4. Diğer Denizde Taşıma Senetleri

Çalışmamızın en başında belirttiğimiz gibi TTK'nın 1242'inci maddesi diğer denizde taşıma senetleri başlığını taşımaktadır. Buna göre “*Taşıyanın taşınacak eşyayı teslim aldığı göstermek üzere düzenlediği konişmentodan başka her tür senet, taşıma sözleşmesinin yapılmış ve eşyanın senette yazılı olduğu gibi taşıyan tarafından teslim alınmış olduğuna karine oluşturur.*” Bu hüküm Hamburg Kuralları'nın 18'inci maddesinden alınmıştır.

1924 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nde ve onu tadil eden 1968 tarihli Visby Protokolü'nde konişmento dışında taşıma sözleşmenin yapıldığını ispat eden bir senet düzenlenmemektedir. Diğer taraftan diğer uluslararası taşıma sözleşmelerine bakıldığında bu sözleşmelerdeki taşıma senedinin esasen gönderiyi kayıt altına alan ve gönderen ve gönderilene taşıma sözleşmesine ve taşıyan tarafından teslim alınan yükün dışarıdan belli olan durumuna ilişkin bilgiler veren kıymetli evrak niteliğine sahip olmayan belge olduğu görülmektedir. Deniz taşımasında da kıymetli evrak niteliğine sahip olmayan taşıma senedinin düzenlenmesi son derece yaygındır.⁷⁸ Hamburg Kuralları da bu gelişmeye uygun olarak hem konişmento düzenlenmiş hem de düzenlenmemiş taşımalara uygulandığı gibi taşıyan tarafından düzenlenen konişmento dışındaki diğer senetler de taşıma sözleşmesinin varlığına ve eşyanın senette belirtildiği şekilde teslim alındığına adi karine teşkil eder.

Ayrıca belirtmek gerekir ki taşıtanın konişmento düzenlenmesini talep etmesi halinde taşıyan konişmento düzenlemek zorundadır.⁷⁹ Taşıtan konişmento düzenlenmesini talep etmezse bu halde taşıtan ve taşıyan düzenlenecek senedin şekli, durumu ve içeriği konusunda serbestçe karar verebilirler.⁸⁰ Böylelikle TTK'nın taşımaya ilişkin hükümleri konişmento dışında başta yük senedi olmak üzere taşıma sözleşmesini ispat eden diğer belgelere de uygulanacaktır.

⁷⁸ Tetley, Marine Cargo Claims, V.2, sf.2289 vd., Treitel / Reynolds, sf. 339 vd.; Schoenbaum 624.

⁷⁹ Report of the Working Group on International Legislation on Shipping on the Work of Its Seventh Session (Geneva, 30 September -11 October 197) (A/CN.9/96), sf. 215

⁸⁰ A.e. sf.215.