

KIRKAMBAR SÖZLEŞMESİNDE TAŞIYANIN GEMİYİ BELİRLEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Öğrt. Gör. Emre CUMALIOĞLU*

Bu makede naöulun sözleşmelerinden biri olan kırkambar sözleşmesinde, sözleşmenin taraflarından biri olan taşıyanın eşyanın taşınacağı gemiyi belirlemesinin hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Öğretide bazı konişmento klozlarına dayanılarak geminin belirlenmesinin bazen seçimlik borç, bazen yedek edim yetkisi niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Ancak kırkambar sözleşmesinde taşıyanın gemiyi belirlenmesi farklı niteliktedir; seçimlik borç ya da yedek edim yetkisi olarak kabul edilmesi kırkambar sözleşmesinin ortak amacına aykırı sonuçlara yol açacaktır. Aşağıda kırkambar sözleşmesiyle ilgili temel açıklamalardan sonra öğretide öne sürülen görüşler değerlendirilerek kırkambar sözleşmesinde taşıyanın gemiyi belirlemesinin hukuki niteliği tespit edilmiştir.

GİRİŞ

Bilindiği gibi Deniz Ticaret Hukuku kendine özgü kurallara sahip bir özel hukuk dalıdır. Bu eski¹ hukuk dalının kendine özgü

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

¹ Dünya tarihinde deniz ticaret hukukuna ilişkin bilinen ilk düzenleme, Milattan Önce 12-13. yüzyıllara ait olduğu belirtilen Hint “Manu Mecellesi”ndeki deniz ödöncü sözleşmesine ilişkin hükümlerdir (Jones Will, **Institutes of Hindu Law**, ss.7-8. nak. Mazhar Nedim Göknil, **Deniz Ticaret Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yay. No:1683, Üçüncü Bası, İstanbul, 1946, s. 8. Roma Hukuku’nu, dolayısıyla modern deniz ticaret hukukunu

ilke ve kurallara sahip olmasının en önde gelen nedeni deniz tehlikeleri, deniz taşımacılığının özellikleri ve bu taşımacılığın çok kez farklı ülkeler arasında yapıyor olmasıdır.

Ülkemizde, Deniz Ticaret Hukuku'na ilişkin ilk düzenleme 1864 yılında Osmanlı İmparatorluğu zamanında kabul edilen, "Kanunname-i Hümayunu Ticareti Bahriyye"dir². Bu Kanun genel olarak Fransız Ticaret Kanunu'nun bir tercümesi olsa da; Hollanda, Almanya ve Belçika kanunlarından da izler taşır. Cumhuriyet döneminde, 865 sayılı Ticaret Kanunu'na 13 Mayıs 1929 tarih ve 1440 sayılı Kanun ile eklenen İkinci Kitap, Deniz Ticaret Hukuku'na ilişkin hükümler getirmiştir³. Daha sonra, halen yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) kabul edilmiştir. Bu günlerde ise bir tasarı, 2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (Tasarı) yasalaşmayı beklemektedir.

etkileyen en eski düzenleme ise Rodos Kanunları'dır (M.Ö. 5. Yüzyıl). Bu düzenlemede de özellikle deniz ödücüne ve müşterek avaryaya ilişkin hükümler yer almış ve kısmen günümüze kadar ulaşmıştır (Eşref **Küçük, Roma Hukuku'nda Donatanın (Exercitor Navis'in) (Actio Exercitoria'dan Doğan) Sorumluluğu**, Adalet Yay., Ankara, 2007, s. 25; William Q.C. **Tetley, "Maritime Law as a Mixed Legal System"** http://www.mcgill.ca/maritimelaw/comparative/marlawmix/#N_1_ (Z.T.: 12.10.2007)).

Pardessus, Rodosluların Deniz Ticaret Hukukunu Fenikelilerden aldığını iddia etmektedir (D.J. Wilson, J.H.S. Cooke, **The Law of General Avarage and The York-Antwerp Rules**, Sweet&Maxwell, 12. Edition, London, 1997, s. 2).

² Deniz ticaretiyle ilgili Türk kaynaklarının bulunduğu İstanbul Liman İdaresi'ne ait binanın yanması nedeniyle, Deniz Ticaret Hukuku'nun ülkemizdeki gelişimine dair bilgiler çok sınırlıdır (**Göknil**, s. 14). Tarihi Deniz Arşivi'nde bulunan 20.000.000 adet belgenin tasnifi ise halen devam etmektedir. Ancak bu belgelerden çok azı 1867 yılından öncesine aittir (http://www.dzkk.tsk.mil.tr/Muze/Turkish/Arastirma_Birimleri.htm (12.09.2008).)

³ Sabih **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 6.

Her ne kadar Deniz Ticaret Hukuku tarihsel gelişim ve şekli düzenleme bakımından ayrı bir yere sahip olsa da, Türk Özel Hukuku'nda bağımsız bir yere sahip değildir. Özel Hukukumuzun temel yasaları olan Medeni Kanun, Borçlar Kanununu ve Türk Ticaret Kanunu açık hükümlerle birbirine bağlanmış, ayrılmaz düzenlemelerdir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesinde Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikteki hükümlerinin uygun düştükleri ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı, Borçlar Kanunu'nun 544. maddesinde bu Kanun'un Medeni Kanun'un bütünleyicisi olduğu ve nihayet Türk Ticaret Kanunu'nun birinci maddesinde Türk Ticaret Kanunu'nun Medeni Kanun'un ayrılmaz bir parçası olduğu belirtilmektedir. Tüm bunların yanında hukukun bir bütün oluşturduğu, hukuk kurallarının birbirine uyumlu olmasının zorunluluğu bilinmektedir.

Açıklanan nedenlerle Deniz Ticaret Hukuku'na ilişkin hükümlerin hukuki nitelikleri belirlenirken Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer alan genel nitelikli düzenlemelerin kavramsal karşılıklarının doğru olarak ortaya konulması ve hukuk sistemi içinde aynı terimle ifade edilen farklı kavramlara yer verilmemesi gerekir. Bu çalışmada bir Deniz Ticaret Hukuku sözleşmesi olan kırkambar sözleşmesi genel olarak incelendikten sonra sözleşme uyarınca taşımanın yapılacağı geminin belirlenmesinin hukuki niteliği tespit edilmiştir.

I. GENEL OLARAK KIRKAMBAR SÖZLEŞMESİ

A. Kırkambar Sözleşmesinin Tanımı ve Benzer Sözleşmelerden Farkları

Kırkambar sözleşmesinin tanımına geçmeden önce navlun sözleşmesi kavramına değinmek gerekir. Nitekim kırkambar sözleşmesi, navlun sözleşmesinin bir türüdür. Türk Ticaret Kanunu'nun 1016/1 maddesinin birinci ve ikinci bentlerinde navlun (deniz yolu

ile eşya taşıma) sözleşmeleri; navlun sözleşmesinin charter sözleşmesi ve kırkambar sözleşmesi olarak ikiye ayrılmıştır. Navlun sözleşmesi; taşıyanın navlun karşılığında eşyayı, geminin tamamını, bir kısmını veya bir bölümünü tahsis ederek veyahut gemi tahsisi olmaksızın deniz yolu ile taşımayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir⁴.

Navlun sözleşmesinin tanımı hem yolculuk charteri sözleşmesini hem de kırkambar sözleşmesini kapsar. Yapılan bu tanımdan ve TTK m.1016/1/b.2'de yer alan düzenlemeden hareketle kırkambar sözleşmesini; taşıyanın navlun karşılığında eşyayı⁵, deniz yolu ile taşımayı üstlendiği sözleşme olarak ifade etmek mümkündür. Nitekim kırkambar sözleşmesini charter sözleşmesinden ayıran temel farklılık taşımanın yapılacağı geminin ferdileştirilmesi ve tahsisinin söz konusu olmamasıdır.

TTK m.1016/1/b.1'de her ne kadar "charter" sözleşmesinden bahsedilmiş olsa da bunu "yolculuk charteri" sözleşmesi olarak anlamak gerekir. Nitekim charter sözleşmesi başlıca iki sözleşmeyi, yolculuk charteri sözleşmesi (*voyage charter*) ile zaman charteri (*time charter*) sözleşmesini kapsar. Bir sözleşmeyi navlun sözleşmesi olarak nitelendirebilmek için sözleşmesinin taraflarının, aralarında sinallagma ilişkisi bulunan asli edim yükümlülükleri, deniz yolu ile eşya taşımak ve navlun ödemek olmalıdır. Bu iki yükümlülük, yolculuk charteri sözleşmesinde mevcut olmasına rağmen zaman charteri sözleşmesinde bulunmaz. Kısaca açıklamak gerekirse; zaman charteri sözleşmesi bir gemi tahsisi sözleşmesi olup, bu sözleşme ile tahsis eden, gemiyi

⁴ Tahir Çağa, Rayegan Kender, **Deniz Ticareti Hukuku II - Navlun Sözleşmesi**, Arıkan Yay. İstanbul, 2006, s. 1; Adil İzveren, Nisim Franko, Ahmet Çalık, **Deniz Ticaret Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1994, s. 162; Sami Akıncı, **Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri**, İstanbul Üniversitesi Yay., No.1314, İstanbul, 1968 (Navlun Mukaveleleri), s. 1.

⁵ Aşağıda açıklanacağı gibi her ne kadar Madde metninde "parça mal olan muayyen eşyayı" ifadesi yer almaktaysa da bunu taraflarca sözleşmede belirlenmiş eşya olarak anlamak gerekir.

tahsis olunana (çarterer) belli bir süre için ücret karşılığında tahsis eder. Tahsis olunan, geminin ticari yönetimine sahip olur. Geminin teknik yönetimi tahsis edende kalsa da bu kişi eşya taşıma yükümlülüğü altına girmez, bu nedenle tahsis olunanın ödediği ücret navlun olarak adlandırılmaz. Yolculuk çarteri sözleşmesinde ise taşıyan, geminin belli bir yerini veya tamamını taşıtana tahsis ederek navlun karşılığında deniz yolu ile eşya taşımayı üstlenir. Yürürlükte bulunan Ticaret Kanunumuz bu ayrımı yapmamış olsa da 2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda zaman çarteri sözleşmesinin bir navlun sözleşmesi türü olmadığı açıkça gösterilmiştir (bkz. Tasarı m.1131, 1138⁶).

Gerek yolculuk çarteri, gerekse zaman çarteri sözleşmesinden farklı olan gemi kirası sözleşmeleri; çıplak gemi kirası sözleşmesi (*bare boat charter*) ve gemi adamlarının temini yoluyla gemi kirası (*demise charter*) sözleşmesi olarak ikiye ayrılır. Gemi kirası sözleşmesinde kiraya veren, zaman çarteri sözleşmesinde olduğu gibi geminin kullanımını belli bir süre için kiracıya ücret karşılığında bırakır. Ancak zaman çarteri sözleşmesinden farklı olarak kiracı geminin teknik ve ticari yönetimine sahip olur. Bu nedenle kiracı gemi işletme müteahhidi sayılır. Gemi kirası sözleşmelerine BK m.248 vd.

⁶ Tasarı Madde 1131 - (1) Zaman çarteri sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, bununla tahsis eden, bir ücret karşılığında donatılmış bir geminin belli bir süre için ticari yönetimini tahsis olunana (çarterere) bırakmayı üstlenir.

(2) Geminin teknik yönetimini elinde bulunduran tahsis eden, geminin zilyedi sayılır.

Tasarı Madde 1138 - (1) Navlun sözleşmesiyle taşıyan, navlun karşılığında:

a) geminin tamamını veya bir kısmını ya da belli bir yerini taşıtana tahsis ederek denizde eşya taşımayı üstlenir ("yolculuk çarteri sözleşmesi"); veya

b) ayırdedilmiş eşyayı (parça eşya) denizde taşımayı üstlenir ("kırkambar sözleşmesi").

(2) Bu bölümdeki hükümler posta idaresinin denizde eşya taşımalarına uygulanmaz.

hükümleri kıyasen uygulanabilir. Tasarı'da ise bu sözleşmeler 1119. maddede düzenlenmiştir⁷.

Özet olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 1016/1 maddesinde navlun sözleşmesinin çeşitleri olarak düzenlenen iki sözleşme yolculuk çarteri sözleşmesi ve kırkambar sözleşmesidir. Bu iki sözleşme arasındaki temel farklılıklardan biri, yolculuk çarteri sözleşmesinde taraflarca ferdileştirilen geminin tamamı, bir kısmı ya da belli bir bölümü taşıtana tahsis edilmek suretiyle eşya taşınırken, kırkambar sözleşmesinde geminin ferdileştirilmesinin ve tahsisinin söz konusu olmamasıdır. Yolculuk çarteri sözleşmesinde taşıma aracı neredeyse taşıma işi kadar ön plandadır, kırkambar sözleşmesinin konusu ise yalnızca deniz yolu ile eşya taşımadır. Diğer bir anlatımla Yolculuk çarteri sözleşmesinde taşıyan; navlun karşılığında, taraflarca ferdileştirilerek tamamen veya kısmen taşıtana tahsis edilen gemi ile eşya taşımayı üstlenir. Kırkambar sözleşmesinde ise taşıyan, geminin ferdileştirilmesi ve tahsisi söz konusu olmaksızın, eşyayı navlun karşılığında⁸ deniz yolu ile taşımayı taahhüt eder⁹. Bu nedenle Okay tarafından işaret edildiği gibi kırkambar sözleşmesi yerine deniz yolu ile eşya taşıma sözleşmesi demek de mümkündür¹⁰.

⁷ Tasarı Madde 1119 - (1) Gemi kira sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, bununla kiralayan, geminin kullanılmasını bir bedel karşılığında kiracıya bırakmayı üstlenir.

(2) Kiralayanın, gemi ile birlikte gemi adamlarını da kiracının emrine vermeyi üstlenmesi, sözleşmenin niteliğini değiştirmez.

⁸ Navlunu ödeyecek kişi kural olarak sözleşmenin tarafı olan taşıtandır, ancak gönderilen eşyayı kabul etmekle birlikte navlun borçlusu olur. Örneğin sif satışlarda navlun borçlusu satıcı yani kırkambar sözleşmesinin tarafı taşıtandır.

⁹ Her iki sözleşmede de taşıtanın asli edim yükümlülüğü navlun ödemektir. Navlun deniz yolu ile eşya taşıma edimi karşılığında ödenen ücrettir.

¹⁰ M. Sami Okay, **Deniz Ticareti Hukuku II**, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 1971, s. 1, dn. 3.

Yolculuk çarteri ve kırkambar sözleşmeleri, konuları olan taşımacılık türleri bakımından da farklılık gösterir¹¹. Deniz yolu ile eşya taşımacılığı; arızı (*tramp*) taşımacılık ve düzenli hat (*liner*) taşımacılığı olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilir. Çarter sözleşmesi arızı taşımacılığı, kırkambar sözleşmesi ise genellikle düzenli hat taşımacılığını konu alır. Arızı taşımacılıkta taşıtan genellikle tek bir kişidir; taraflar, kırkambar sözleşmesinin taraflarına kıyasla, ekonomik bakımdan daha eşit durumdadırlar ve taşıyanın ferdileştirilmiş bir gemisiyle, eşyanın deniz yolu ile taşınması konusunda anlaşılırlar.

Düzenli hat taşımacılığında taşıyan; hangi tarihte, hangi limandan gemisine taşınmak üzere eşya kabul edeceğini, hangi tarihte, hangi limanda eşyanın teslim edileceğini ve navlun tarifelerini önceden ilan eder. Taşımada kullanılacak gemi taşıyan tarafından belirlenir. Geminin adı ve niteliklerinin önceden bilinmesi mümkünse de, bu durum geminin taraflarca ferdileştirildiği anlamına gelmez. Hatta taşıtan çoğunlukla gemiyi görmez ve eşyanın geminin hangi bölümünde taşınacağını belirleyemez. Bu taşımacılık türünde; tarifeli sefer yapan büyük tonajlı gemiler vasıtasıyla, eşyanın bir yerden başka bir yere taşınması söz konusudur. Düzenli hat taşıyanı, düzenli hat taşıtanına oranla ekonomik bakımdan güçlü konumdadır; bu konumu sayesinde taşıtan hukuki sınırlar içerisinde dilediği şartları kabul ettirebilmektedir. Ayrıca düzenli hat taşıyanlarının oluşturdukları ve konferans olarak anılan birlikler sayesinde navlun fiyatları önceden tek taraflı olarak belirlenmektedir. Taşıtan taşıyanın ne sürdüğü tüm koşulları eşyasının zamanında ve hasarsız taşınması karşılığında kabul etmektedir. Diğer bir ifadeyle taşıtanın sözleşmenin yerine getirilmesinden beklediği menfaat eşyasının zamanında, hasarsız şekilde taşınmasıdır.

¹¹ Deniz yolu ile yapılan taşımacılık; diğer taşıma yollarına göre ucuz ve emniyetli oluşu, taşıma kapasitesi büyüklüğü, gümrük işlemlerinin ve eşya hasar-zıya oranının azlığı ve diğer nedenlerle dünyada ve Ülkemizde tercih edilen taşıma türlerinden biridir.

B. Kırkambar Sözleşmesinin Asli Unsurları, Özellikleri ve Sözleşmeye Uygulanacak Hükümler

1. Kırkambar Sözleşmesinin Asli Unsurları

Kırkambar sözleşmesinin asli unsurlarını; eşya, deniz yolu ile taşıma, navlun ve tarafların anlaşması olarak belirtmek mümkündür. Taşınacak eşya TTK m.1016/1/b.2'de "parça mal olan muayyen eşya" olarak ifade edilmiştir. Ancak maddede geçen "parça eşya"nın teknik anlamda değil, hukuki anlamda anlaşılması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir¹². Eşya, medeni hukuk anlamında eşyadan daha geniştir¹³. İktisadi değer sahip olmayan ceset, çöp, atık, insan dokusu ve benzeri cismani varlıklar da dâhildir; katı, sıvı ya da gaz olabilir, önemli olan diğer eşya ile karışmayacak şekilde ayırılmış olmasıdır. Eşyanın sözleşme anında var olması gerekli olmasa da, üretilmesi mümkün olmalıdır, aksi takdirde sözleşme geçersiz olur (BK m.20). Burada son olarak belirtmek gerekir ki deniz yolu ile insan taşıma, deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinin (TTK m.1127 vd.) konusunu oluşturur. Posta idaresi tarafından yapılan (posta idaresinin taşıyan olduğu) taşımalar ise navlun sözleşmesine vücut vermez (TTK m.1016/2).

Taşıma edimi deniz yolu ve gemi ile yerine getirilir. İç sularda yapılan taşımalar kırkambar sözleşmesine konu olmaz, bu taşımalar hakkında TTK m.762 vd. hükümleri uygulanır¹⁴. Gemi kavramı,

¹² Sami Akıncı, **Deniz Ticaret Hukuku Navlun Mukaveleleri**, Türkiye Ticaret Postası Matbaası, İstanbul, 1961, (Deniz Ticaret Hukuku), s. 13; Okay, s. 28; Rayegan Kender, Ergon Çetingil, **Deniz Ticareti Hukuku - Temel Bilgiler**, XII Levha Yay., İstanbul, 2009, s. 105.

¹³ Diğer yandan kırkambar sözleşmesine taşınmaz eşya değil, yalnızca taşınır eşya konu olabileceği için sözleşme bakımından eşya kavramı Medeni Hukuk anlamındaki eşyadan daha dardır.

¹⁴ Kender ve Çetingil; hem iç su hem de deniz üzerinde yapılan taşımaların da navlun sözleşmesi olarak kabul edilebileceğini belirtmektedirler (Kender, Çetingil, s. 102). Yolculuğun egemen kısmının denizde geçmiş olması yol-

aşağıda inceleneceği için burada kavram üzerine açıklama yapılmayacaktır.

Taşıtanın, taşıyanın taşıma ediminin karşılığını ve nedenini oluşturan, aralarında değiştirilebilirlik bulunan asli edim yükümlülüğü navlun ödemektir. Navlun, günlük yaşamda taşımaya konu eşya anlamında da kullanılmakla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nda taşıma ücreti anlamında kullanılmaktadır.

Kırkambar sözleşmesinin kurulması için tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olmaları gerekir. Sözleşmenin geçerliliği belli bir şekle tabi değildir. Bu nedenle tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini sözlü de olsa beyan etmeleriyle sözleşme kurulmuş olur. Tarafların ehliyeti ve sözleşmenin kurulması konularında Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümler uygulanır. Uygulamada kırkambar sözleşmesinin kurulduğunu gösteren belge kabul kaydı (*booking note*) formudur. Eşyanın taşıyana ya da yetkili temsilcisine taşınmak üzere teslimi ile düzenlenen konişmento ise kırkambar sözleşmenin kurulmasından sonra düzenlenen bir emtia senedidir. Bu kıymetli evrak sözleşme hükümlerinin tespiti bakımından önem taşısa da sözleşmenin kendisi değildir.

2. Kırkambar Sözleşmesinin Özellikleri

Kırkambar sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, rızai ve ticari bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin önemli bir özelliği genellikle üçüncü kişi, gönderilen lehine bir sözleşme olmasıdır (BK m.111). Gönderilen varna limanında eşyanın teslimini talep hakkına sahiptir (tam üçüncü kişi lehine sözleşme). Bu talep hakkı hem kırkambar sözleşmesine, hem de konişmentoya dayanır. Konişmento düzenlenmiş

culuğun deniz yolculuğu olarak nitelendirilmesi için yeterlidir. (Fahiman Tekil, **Deniz Hukuku**, Alkım Yay., İstanbul, 2001 (Deniz Hukuku), s. 234; Okay, ss. 10, 11).

olması durumunda taşıyan ile gönderilen arasındaki ilişkide konişmento esas alınır (TTK m.1110/1).

Düzenli hat taşımacılığında kullanılan kabul kaydı formları ve konişmentolar, taşıtan ile müzakere edilmeden konulmuş, önceden basılı olan genel işlem şartları içerirler. Bu nedenle kırkambar sözleşmesinin genel işlem şartları içeren bir sözleşme olduğunu söylemek mümkündür. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümlerinin kırkambar sözleşmesine uygulanması nadiren karşılacak bir durumdur. Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 2 ve 3/e maddeleri göz önüne bulundurulduğunda tarafları tacir olan kırkambar sözleşmesi bu Kanunun kapsamı dışında kalmaktadır¹⁵.

Kırkambar sözleşmesi diğer taşıma sözleşmeleri gibi istisna sözleşmesi niteliğindedir¹⁶. Her ne kadar BK m.386/2'de, hakkında hüküm bulunmayan iş görme sözleşmelerine vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş olsa da, sözleşmelerin benzer ve farklı yönleri ortaya konulduğunda kırkambar sözleşmesini istisna sözleşmesi niteliğinde kabul etmek doğru olacaktır.

¹⁵ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın genel işlem şartlarını düzenleyen 19 vd. maddeleri ise tacir-tüketici ayrımını içermemektedir.

¹⁶ Öğretideki hâkim fikre göre, navlun sözleşmeleri istisna sözleşmesi niteliğindedir. M. Fehmi **Ülgener**, Sorumsuzluk Halleri, Der Yay., İstanbul, 1991, s. 19; Erdoğan **Göğ**, **Deniz Hukuku'ndaki Eşya Taşıma (Navlun) Mukavelelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., No.205, Ankara, 1965, s. 18; Ziya **Akıncı**, Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Seçkin Yay., Ankara, 1999, s.23; Akıncı, Deniz Ticaret Hukuku, s. 26; **Çağ**, **Kender**, 2. Cilt, s. 12; **Okay**, s. 32; Bülent **Sözer**, **Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Durumda Bulundurma Borcu**, Ankara, 1975, s.22; H. Murat **Demirkıran**, **Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu**, Arıkan, İstanbul, 2008, s. 28; Rona **Serozan**, **Sözleşmeden Dönme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 173, dn.45.

3. Kırkambar Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler

Kırkambar sözleşmesine TTK m.1, m.3, MK m.5 ve BK m.544 uyarınca sırasıyla; emredici hükümler, sözleşme hükümleri, yedek ticari hükümler, ticari örf-adet kuralları uygulanacaktır. Bunlarda uygulanacak hüküm bulunmaması durumunda ise kırkambar sözleşmesinin istisna sözleşmesi niteliğinde olduğu göz önüne alınarak, Borçlar Kanunu'nda yer alan istisna sözleşmesine ilişkin hükümlere, daha sonra sırasıyla genel hükümlere, genel örf-adet kurallarına bakılacak ve son çare olarak hâkim hukuk yaratacaktır.

Burada belirtmek gerekir ki kara taşımacılığına ilişkin hükümler (TTK m.762 vd.) açıkça yollama yapılmadıkça kırkambar sözleşmesine uygulanamaz (TTK m.764)¹⁷.

Yine çalışmanın kapsamını aşacağı için kısaca değinmek gerekirse TTK'da yer alan hükümler uluslararası olsun olmasın kırkambar sözleşmelerine uygulanır. Diğer bir ifadeyle Lahey Kuralları Ülkemiz bakımından TTK'da yer verildiği şekliyle uygulanacaktır. Bunun istisnası tarafların Lahey Kuralları'nın asıl metninin veya bir başka uluslararası anlaşma veyahut ülke hukukunun uygulanacağı konusunda anlaşmış olmalarıdır¹⁸.

¹⁷ Bu konuda öğretide ve Yargıtay kararlarında farklı görüşler dile getirilmektedir. Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında yukarıda belirttiğimiz görüşe yer verilmiştir. Yrg. HGK T. 8.7.1985, E. 1987/11-65, K. 1987/603 (www.kazanci.com.tr)

¹⁸ Bu konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Emine **Yazıcıoğlu**, "Uluslararası Deniz Taşımacılığında Uygulanacak Kural Sorunu", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl. 5, S. 1-4, ss. 45-56; Kerim **Atamer**, "Parça Başı Sınırlı Sorumluluk ve 1924 Brüksel Sözleşmesi", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl. 5, S. 1-4, ss. 57-94; Emine **Yazıcıoğlu**, "Lahey Kuralları ile Türk Ticaret Kanunu Arasında Uygulanacak Kurallar Sorunu", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl. 4, S. 3-4, 1999, (Uygulanacak Kurallar Sorunu), s. 39-60; Hakan **Karan**, "Yargıtay'ın Konişmentolu Taşımalar Hakkındaki 1924 La Haye Kaideleri'ni Uygulaması Gereği", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII 9-10 Haziran 2000, BATİDER**, ss. 219-247; Aybay,

II. KIRKAMBAR SÖZLEŞMESİNDE GEMİ

A. Genel Olarak

Hukuki bakımdan taşıyanın kırkambar sözleşmesinin ifasında kullandığı geminin diğer navlun sözleşmelerinin ifasında kullanılacak gemiden farkı yoktur. Ancak teknik bakımdan; tanker, kuru dökme yük gemileri daha çok arazi taşımacılıkta kullanılırken, konteyner ve ro-ro gemileri genellikle düzenli hat taşımacılığında kullanılırlar.

Gemi, özgülendiği amaca uygun kullanılması denizde hareket edebilmesine bağlı olan ve pek küçük olmayan her türlü teknedir (TTK m.816/1). Bu tanıma göre sandal gibi pek küçük tekneler gemi sayılmaz¹⁹. İç su gemileriyle yapılan taşımalar da kırkambar sözleşmesine konu olabilir. Şayet iç su gemisi aşağıda açıklayacağımız gibi sefere elverişsiz ise ve bu nedenle taşıtan zarara uğrarsa taşıyan bu zararı tazmin ile yükümlü olur²⁰.

Gündüz; Nilüfer Oral; Esra Biçen. **Türk Hukuku'nda Taşıyanın Sınırlı Sorumluluğu Üstüne**, Aybay Yay., İstanbul, 2000; Ebru Ateş, **Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen "Konişmentolu Taşımalar Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 1924 Brüksel (Lahey) Konvansiyonu'nun Türk Hukuku'na Etkisi (1924 Lahey Kuralları)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

¹⁹ Bu konuda bkz. Tahir Çağa, Rayegan Kender. **Deniz Ticareti Hukuku I - Giriş, Gemi Donatan ve Kaptan**, Arıkan Yay. İstanbul, 2005, (1. Cilt), s. 46; İnci Deniz Kaner, **Deniz Ticaret Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 14. Pınar Arkan, **Deniz Hukuku'nda Geminin Enkaz Haline Gelmesi**, Kazancı Yay., İstanbul, 2005, s. 5; Çağa, Kender, 2. Cilt, 1. Cilt, s. 47; Kender, Çetingil, ss.33, 34; İzveren, Franko, Çalık, s. 20 vd.; Mertol Can, **Deniz Ticaret Hukuku C. 1**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara, 2003, (Deniz Ticaret Hukuku), ss.16 vd.

²⁰ İç su gemisiyle yapılan taşımalara ise menfaatler dengesindeki benzerlik sebebiyle navlun sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanabilir (Okay, s.12; aynı yönde Kender, Çetingil, s. 103). Akıncı ise geminin niteliğinin önemli

B. Geminin Sefere Elverişli Olması

Sözleşmenin ifasında kullanılacak gemi sefere elverişli olmalıdır. Sefere elverişlilik geminin; denize (TTK m.817/1), yola (TTK m.817/2) ve yüke (TTK m.1019/1) elverişli olmasını ifade eder. Geminin denize elverişli olması; tamamıyla olağan dışı tehlikeler hariç olmak üzere geminin tekne, genel donanım, kazan, makine gibi esas kısımları bakımından yapacağı yolculuğun deniz tehlikelerine karşı koyabilecek durumda olmasıdır (TTK m.817/1). Yola elverişlilik ise tamamıyla olağan dışı tehlikeler hariç olmak üzere geminin teşkilâtı yükleme durumu, yakıtı, kumanyası, gemi adamlarının yeterliliği ve sayısı bakımından yapacağı yolculuğun tehlikelerine karşı koyabilecek nitelikte olmasıdır (TTK m.817/2). Denize ve yola elverişli olan geminin sefere elverişli sayılabilmesi için son olarak yüke elverişli olması gerekir. Geminin yüke elverişli sayılabilmesi için soğutma ve ısıtma tesisatı da dâhil olmak üzere ambarlarının yükü yüklemeye, istife, taşımaya ve korumaya elverişli olması gereklidir (TTK m.1019/1). Lahey Kuralları'nda da taşıyan geminin sefere elverişsizliği nedeniyle sorumluluğuna yer verilmiştir (m.III/1/a-c). Hamburg Kuralları'nda ise sefere elverişsizliğe ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır²¹.

Taşıyan, geminin sefere elverişli olmaması nedeniyle taşıtanın uğradığı zararı tazmin eder. Konişmento düzenlenen taşımalarda ve konişmento düzenlenmese de iç taşımalarda taşıyanın bu sorumluluğu emredicidir (TTK m.1116/1/b.1) ve bir kusur sorumluluğudur. Taşıyan tedbirli bir taşıyandan beklenen özen ve dikkati göstermiş olmasına rağmen yolculuk başlayana kadar geminin sefere elverişsiz olduğunu tespit edememişse sorumlu tutulamaz (TTK m.1019/2).

olmadığını iç su gemisiyle yapılan taşımanın da navlun sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini söyler. **Akıncı**, Navlun Mukaveleleri, s. 3; aynı yönde P. **Arkan**, Geminin Enkaz Haline Gelmesi, s.6.

²¹ **Kender, Çetingil**, s. 137.

C. Geminin Sözleşmede ve Konişmentoda Belirtilmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi kırkambar sözleşmesi geçerlilik şartı olarak şekle bağlı değildir. Uygulamada sözlü olarak veya taşıyanın acentesi ile taşıtan arasında imzalanan kabul kaydı formu (*booking note*) ile akdedilir. Bu kabul kaydı formunda ya da eşyanın taşıyan veya temsilcisine tesliminden sonra düzenlenen konişmentoda (*bill of lading*), eşyanın taşınacağı geminin adı ve tabiyeti gösterilir. Bu nedenle kırkambar sözleşmesinde gemi tahsisinin asli unsur olmaması taşıtanın eşyanın taşınacağı gemiyi hiç bilmediği anlamına gelmez.

Geminin ad ve tabiyetini içeren kayda, konişmentonun içeriğini belirleyen TTK m.1098/1/b.3'de yer verilmiştir. Bu kaydın eşyanın hangi gemiye yüklendiği, ne zaman varma limanına ulaşacağı gibi bilgilerin edinilmesi dışında bir önemi bulunmaz²², belirlen gemi ile taşımının yapılması zorunlu değildir. Diğer yandan konişmentonun asgari içeriği onun kıymetli evrak niteliğini, borçlusunu, hamilini, taşınmak üzere teslim alınan veya yüklenen eşyayı, yükleme ve boşaltma limanını gösteren kayıtlardır²³. Dolayısıyla geminin adı ve tabiyetine ilişkin kaydın bulunması konişmentonun geçerliliği bakımından zorunlu değildir²⁴.

Geminin adının konişmento belirtilmesi ile sözleşmede belirtilmesi birbirinden farklı değerlendirilmelidir. Şayet yükleten taşıtanın başka bir kişi ise konişmentodaki kaydın taşıtana karşı ileri sürülmesi kural olarak mümkün olmayacaktır. Taşıtanın yükletenle aynı kişi olması durumunda ise bu bir yorum meselesidir. Nitekim konişmento eşya taşıyana teslim edildikten (tesellüm konişmentosu - TTK m.1097/5-) ya da gemiye yüklendikten (yükleme konişmentosu

²² Kender, Çetingil, s. 126.

²³ Çağa, Kender, 2. Cilt, ss. 73, 74.

²⁴ Göknil, s. 38; Aydın Zevkliler, "Konişmento, Mahiyeti ve Diğer Emtia Senetlerinden Farkları", İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1970, (Konişmento), ss. 525-568, s.538.

-TTK m.1097/1-) sonra yükletenin talebi üzerine düzenlenen bir kıymetli evraktır. Bu andan sonra ise yükleten taşıtanın ifa yardımcısı değil, yükle ilgili kişidir, kırkambar sözleşmesi bakımından üçüncü kişi sayılır. Somut olayda, konişmento ile sözleşmenin değiştirildiği kabul edilemiyorsa taşıyan ile taşıtan arasında sözleşme hükümleri geçerli olacaktır (TTK m.1110/3).

III. KIRKAMBAR SÖZLEŞMESİNDE TAŞIYANIN GEMİYİ BELİRLEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Yukarıda değinildiği gibi yolculuk çarteri sözleşmesinde geminin ferdileştirilmesi ve taşıtana tahsisi söz konusudur. Bu nedenle taşıma edimi çarter partide belirlenen gemi ile yerine getirilir, bunun tek istisnası ikame klozunun bulunmasıdır. Bu klozun içeriğine göre taşıyan, çarter partide belirlenen gemi dışında bir gemi ile de taşıma borcunu yerine getirebilir. İkame klozunun bulunmadığı yolculuk çarteri sözleşmelerinde taşıyan başka bir gemi ile taşıma yapar ya da eşyayı başka bir gemiye aktarırsa TTK m.1028'de belirtilen şartlarla eşyaya gelen zarardan sorumlu olur. Adı geçen maddeye göre eşyanın kararlaştırılan gemiye yüklenmesi durumunda dahi zarar meydana gelecek ve bundan taşıtan sorumlu olacak idiye taşıyan sorumluluktan kurtulur. Bu nedenle sözleşmede veya konişmentoda geminin adının belirlendiği durumlarda TTK m.1082/1/b.1 ve 1084 uyarınca sözleşme de hükümden düşer²⁵. Bunun aksi konişmentoda yer alacak ikame klozu ile mümkündür. İkame klozunun varlığı halinde taşıyan taşıma yükümlülüğünü başka bir gemi ile yerine getirmek zorunda kalabilir.

²⁵ Sözleşme TTK m.1082'ye göre hükümden düştüğünde, ödenen navlun iade edileceği gibi ne taşıyan ne de taşıtan bakımından tazminat ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır. Bu durumda eşyanın gemiden çıkartılma masrafları taşıyan tarafından karşılanır (TTK m. 1094).

Kırkambar sözleşmesinde, geminin ferdileştirilmediğini ve taşıtana tahsis edilmediğini, taşıtanın ödediği navlunun karşılığı olarak beklediği menfaatin, eşyasının deniz yolu ile belirlenen noktaya kadar taşınması olduğunu belirtmiştik. Bu nedenle Kırkambar sözleşmesinde de TTK m.1028 gereği taşıtanın muvafakati bulunmadıkça taşıyanın eşyayı başka bir gemiye yükleyemeyeceğini aksi takdirde meydana gelen zarardan sorumlu olacağını söylemek sözleşmenin amacına ve mantığına aykırı sonuçlara yol açacaktır.

Diğer yandan 1028. madde açıkça, kararlaştırılmış gemiden bahsetmektedir. Geminin kararlaştırılması açık olmalıdır. Ayrıca Madde, geminin kararlaştırılmış olması durumunda başka bir gemi ile taşıma yapılmasını değil taşıma yapılması halinde meydana gelecek zararlardan sorumluluğu düzenlemektedir. Bu nedenle kırkambar sözleşmesinde TTK m.1028'in uygulanabilmesi için geminin adının belirtilmesi yerli olmayıp, taşımanın yalnızca o gemi ile yapılacağına dair tarafların açıkça anlaşmış olmaları gerekir. Diğer bir ifadeyle, kırkambar sözleşmesinde, kabul kaydı ya da konişmentoda yer alan kayıt sayesinde sözleşmenin ifasında kullanılacak gemi taraflarca biliniyor olsa da, taşıyan eşyayı başka bir gemi ile taşıma hakkına sahiptir, bu aynı zamanda taşıyan bakımından bir yükümlülüktür.

Taşıyanın belirtilen gemiden başka bir gemi ile taşıma yapması çeşitli nedenlerle söz konusu olabilir, örneğin, gemi henüz yolculuğa çıkmadan önce zayi olmuş veya zayi olmuş sayılıyorsa taşıyan sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmek için başka bir gemi bulmak zorundadır. Burada geminin zayi olmasında taşıyanın kusurlu olması şart değildir. Taşıtanın kusuru nedeniyle geminin zayi olması durumunda dahi taşıyanın borcu sona ermez fakat taşıyan zararının tazminini talep edebilir. Bu nedenle geminin zıyı TTK m.1082/1 uyarınca kırkambar sözleşmesinin hükümden düşmesine neden olmaz. Ancak eşya ve yolculuğun özelliklerine göre o taşımayı yapacak başka gemi mevcut değilse sözleşme hükümden düşmüş olur. Burada belirtmek gerekir ki yapılan açıklamalar, söz-

leşme serbestisi gereğince kırkambar sözleşmesinde taşıyanın taşıma yükümlülüğünü mutlaka belli bir ya da bir kaç gemi ile yerine getirmesi gerektiği, o gemi(ler) dışında bir geminin kullanılmayacağını açıkça kararlaştırılması durumunda geçerli olmayacaktır.

Bunlara ek olarak özellikle düzenli hat taşımacılığı bakımından taşıyan ikame klozu olmasa dahi eşyayı, ayrıca navlun talep etmesizin başka bir gemi ile taşımak zorunda olmasını²⁶ bu yönde var olan bir uluslararası teamül kuralı ile açıklamak da mümkündür²⁷.

Öğretide ileri sürülen görüşlerden birine göre taşıyanın başka bir gemi ile taşıma yükümlülüğü kendi işletmesine ait gemilerle sınırlıdır. Bu görüşe göre kırkambar sözleşmesinde taşıtan güvenilir bir işletme ile sözleşme imzalar ve eşyanın bu işletme tarafından taşınmasını ister. Bu nedenle taşıyanın 1028. maddedeki sorumluluğu ancak taşıyana ait olmayan bir gemiye yükleme veya aktarma yapılmasında söz konusu olur²⁸. Bu görüş TTK m.1028'i "kararlaştırılan gemi" olarak değil, "kararlaştırılan işletmeye ait gemiler" olarak okumaktadır. Ancak bir işletmeye ait gemiler kağıt üzerinde birbirine benzer görülse de; gemi adamları, kumanyası, yakıtı, teçhizat durumu, yükü, yükün istifi vs. göz önünde bulundurulduğunda birbirinden farklıdır.

Ayrıca taşıyanı da zora sokacak böyle bir sınır getirmeye gerek yoktur. İşletmesine ait gemiler müsait olmaması nedeniyle taşıyan başka bir gemi ile taşımayı gerçekleştirebilmelidir. Diğer yandan sözleşmeden beklediği menfaatin karşılanması mümkün iken taşımanın işletme gemileriyle sınırlanması nedeniyle taşıtanın mağdur

²⁶ Düzenli hat taşımacılığında umulmayan hal müessesinin tüm gemilerine etkili değilse, taşıyanın taşıma borcunu diğer gemileriyle yerine getirmesi gerekir (Çağa, Kender, 2. Cilt, s. 272; Akıncı, Navlun Mukaveleleri, ss. 485, 486).

²⁷ Kender, Çetingil, s.102; Mertol Can, Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara, 1998, s. 104 Prüssmann § 565, E. nak. Çağa, Kender, 2. Cilt, s. 23, dn. 22.

²⁸ Akıncı, Navlun Mukaveleleri, s. 141; Çağa, Kender, 2. Cilt, s. 22.

olmasına da gerek yoktur. Günümüzde düzenli hat taşımacılığında kullanılan kabul kaydı formları ve konişmentolarda taşıyanın kabul kaydı formu ya da konişmentoda belirtilen gemiden başka bir gemi ile taşıma yapma ve başka gemiye aktarma yapma hakkına sahip olduğu belirten klozlar yer almaktadır. Bu klozlarda taşıma yapılacak diğer geminin ya da aktarma yapılacak geminin taşıyanın işletmesine ait olması gerektiği yönünde bir sınırlama bulunmamaktadır (örneğin Conlinebooking 2000 m. 6, 7 ve Conlinebill m.6 ve 7; Contract Marine Carriers Liner Bill of Lading m.6)²⁹.

B. Geminin Belirlenmesinin Seçimlik Borç Olup Olmadığı

1. Genel Olarak

Öğretide bazı yazarlar kırkambar sözleşmesi bakımından, konişmentoda ikame klozunun var olması durumunda taşıyanın seçimlik borç altında olduğunu belirtmektedirler. Bu nedenle aşağıda seçimlik borç kavramına ilişkin açıklamalara ve öğretilerdeki görüşlere yer verildikten sonra kırkambar sözleşmesinde geminin belirlenmesinin seçimlik borç olup olmadığı tartışılacaktır.

2. Seçimlik Borç Kavramı

Türk Hukuku'nda seçimlik borç, Borçlar Kanunu'nun "*Birden ziyade şeylere taalluk eden borç*" başlıklı³⁰ 71. maddesinde; "*Borç birden fazla şeylerin yapılmasını veya verilmesini şamil olupta borçlu bunlardan yalnız biriyle mükeffell tutulabilirse işin mahiyetinden hilafı anlaşılmadıkça intihap borçluya aittir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Öğretilerde yer alan

²⁹ Bkz. Sonuç bölümü.

³⁰ Oğuzman ve Öz bu başlığı; "*Bu başlık içine, hepsinin ifası gerekli birden çok edimin bulunduğu borçlar da girer. Halbuki söz konusu madde seçimlik borçların (obligations alternatives, Wahlobligationen) ifasını düzenlemektedir.*" diyerek eleştirmektedir. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 225.

tanımlardan yola çıkarak, iki ya da daha fazla edim arasından, kural olarak borçlunun seçeceği birinin (ya da birkaçının) yerine getirilmesiyle sona eren borcun seçimlik borç olarak adlandırıldığını söylemek mümkündür³¹. Maddede yalnızca yapma (*facere*) ve verme (*dare*) edimlerinden söz edilse de yapmama (*non facere*) ediminin seçimlik borca konu olmasına bir engel yoktur. Örneğin bir sözleşmede borçlu belli bir süre rekabet etmeme ya da belli bir miktar para verme veyahut bir şey yapma edimlerinden birini seçerek borcunu ifa edebilir.

Seçimlik borçlarda hangi edimin ifa edileceğini belirleme hakkı sözleşmeden ya da işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça borçluya aittir (BK m.71). Kırkambar sözleşmesinde taşıma borcu altında olan kişi taşıyandır. İşin mahiyeti icabı da eşyanın taşınacağı geminin taşıyan tarafından belirlenmesi gerekir.

Seçim beyanı bir hukuki işlem olduğu için HUMK m.288 uyarınca ispat bakımından yazılı şekilde yapılması gerekir, beyan kural olarak şarta bağlanamaz. Seçimlik borç, taşınmaz satışı gibi, geçerlilik şartı olarak belli şekilde yapılmasına bağlı ise BK m.11 uyarınca seçim beyanı da o şekilde yapılmalıdır³².

Borçlunun seçim hakkı, değiştirici yenilik doğuran bir haktr³³. Yenilik doğuran hak kavramı ilk olarak Alman hukukçu Seckel tarafından kullanılmıştır³⁴. Yenilik doğuran haklar etkileri bakımından; bir hukuki ilişki kuran (kurucu yenilik doğuran hak), hukuki ilişkiyi değiştiren (değiştirici yenilik doğuran hak) ya da hukuki ilişkiye son

³¹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2006, ss. 104, 105; Oğuzman, Öz, s. 8; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s. 1079

³² Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 114; Dural, Sarı, s. 135; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 1082.

³³ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, Medeni Hukuk, s. 114; Eren, s. 60; Oğuzman, Öz, s. 226; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 1082; Dural, Sarı, s.132

³⁴ Eren, s. 58.

veren (bozucu yenilik doğuran hak) haklar olmak üzere üçe ayrılır. Kanundan ya da sözleşmeden doğan bu hak, sahibinin tek taraflı ve varması gereken irade beyanı ile kullanılır. Seçimlik borçta, borçlunun irade beyanı alacaklının hâkimiyet alanına girmesi ile alacaklının öğrenmesine ve kabul etmesine gerek olmaksızın sonuçlarını doğurur.

Yenilik doğuran hakların önemli bir özelliği, hakkı kullandıktan sonra geri almanın mümkün olmamasıdır. Diğer bir ifade ile bu haklar bir kere kullanılmakla son bulur, ortadan kalkar, hak sahibinin feragat etmesi mümkün değildir³⁵. Taraflar anlaşarak yeni bir hukuki ilişki kurmak, değiştirmek ya da ortadan kaldırmak zorundadırlar³⁶. Bu haklardan geri dönülmesinin hukuki istikrar ve güven ilkesine aykırı olduğu belirtilmektedir³⁷. Her hak gibi yenilik doğuran hakların da MK m.2'de düzenlenmiş olan dürüst davranma kuralına uygun kullanılması gerekir. Dürüstlük kuralı olarak da ifade edilen ve özel hukuk yanında kamu hukuku alanında da geçerli olan bu evrensel hukuk kuralına göre herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst davranmak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmaz, yenilik doğuran hakkı açıkça kötüye kullanan kişi amaçladığı sonucu elde edemez.

3. Öğretideki Görüşler ve Değerlendirme

Öğretide bazı yazarlar kırkambar sözleşmeleri bakımından konişmentoda ikame klotunun var ise taşıyanın kendi işletmesine ait

³⁵ Ancak borçlunun beyanını alacaklı öğrenene kadar geri alabileceği kabul edilir (BK m.9 kıyasen). (Oğuzman, Öz, s. 226).

³⁶ Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey, Emre Gökyayla. **Medeni Hukuk**, Seçkin Yay., Ankara, 2000, s.114; Eren, ss. 64, 65; Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz, İstanbul, 2005, ss. 134, 135.

³⁷ Eren, s. 65. Medicus, Dieter, Allgemeiner, Teil des BGB, Heidelberg, 1982, s. 90 nak. Eren, s. 65.

gemilerle sınırlı olarak seçimlik borca sahip olduğunu belirtmektedir. Örneğin Okay; “Gemi kırkambar mukavelelerinde görüldüğü gibi ikame şartı ile seçimlik borç konusu yapılmışsa gemilerden birinin zayı olması navlun mukavelesinin hükümden düşmesini mucip olmaz.”³⁸ demektedir. Yazar, aynı eserin bir başka bölümünde “yük A gemisi veya onun yerine B gemisi ile taşınacaktır” şeklinde bir ikame klozunun bulunması durumunda geminin belirlenmesi bakımından sınırlı bir seçimlik borç veya sınırlı cins borcundan söz edileceğini, bu halde taşıyanın imkânsızlık nedeniyle taşıma edimini ifadan kaçınamayacağını, başka bir gemi ile borcunu yerine getirmesi gerektiğini belirtir³⁹.

Akıncı ise “A gemisi ile veya hattın onun yerine geçen veya onu takip eden diğer gemisi ile taşınmak üzere teslim alınmıştır.” klozunun taşıyana seçimlik borç yüklediğini, taşıyanın borcunun A gemisinin değil, sözleşmede belirtilen bütün gemilerin zıya ile sona ereceğini ifade eder⁴⁰.

Kanımca kırkambar sözleşmesinde taşıyanın gemiyi belirlemesi, taraflar açıkça bunu kararlaştırmadıkça, seçimlik borç olarak nitelendirilemez. Yukarıda Okay ve Akıncı tarafından verilen örnekler ve açıklamalar da seçimlik borcu göstermek hususunda yetersizdir. Okay ikame klozu var ise geminin zayı olması ile taşıyanın borcunun sona ermeyeceğini belirtmektedir. Akıncı da işletmeye ait gemilerle sınırlı olarak aynı hususu konişmento klozu üzerinden ifade etmektedir.

Daha önce de belirttiğim gibi, yolculuk çarteri sözleşmesinden farklı olarak, kırkambar sözleşmelerinde; kabul kaydı formu ya da konişmentoda ikame klozu olmasa da taşıyan başka bir gemi ile eşyayı taşıyabilmeli ve taşıma yükümlülüğünü kendi işletmesine ait olmayan gemilerle de yerine getirmeye zorlanabilmelidir. Yazarların

³⁸ Okay, s. 252.

³⁹ Okay, ss. 88, 89.

⁴⁰ Akıncı, Deniz Ticaret Hukuku, s. 7; Akıncı, Navlun Mukaveleleri, s. 8.

ulaştığı sonuç bu çekinceler⁴¹ saklı kalmak kaydıyla doğru görülse de, bunun hukuki nedeni seçimlik borçla açıklanamaz.

Seçimlik borçta birden fazla edimin olması gerektiğini, geminin belirlenmesinin ise bir edim olmadığını, ilgili borcun konusunun taşıma edimi olduğunu söylemek gerekir. Taşıma gemi ile yapılacak olsa da bu, borcun konusunun gemi olduğu anlamına gelmez. Borç, geminin belirlenmesi ile değil taşıma ediminin ifasıyla sona erer. Buna karşılık bir fikre göre seçime konu olan edimlerin sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğü olması gerekli değildir ve hatta seçim konusunun mutlaka edimler olması da gerekmez. İfa zamanının iki veya daha çok tarih arasından seçimi, ifa yerinin seçimi, kamyonla ya da trenle taşıma durumlarında da seçimlik borç söz konusudur⁴².

İkinci olarak belirtmek gerekir ki, seçimlik borçta seçim yapılmadıkça alacaklının talep hakkı doğmaz. Seçim yapıldıktan sonra ise seçilen edimin ifası, yani tek bir edimin ifası ile borç sona erer. Nitekim seçimin yapılmasıyla tercih edilen edim borcun yegâne konusunu oluşturur. Seçim hakkı değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğu için geri alınması mümkün değildir. Yukarıda adı geçen yazarlar ise geminin zayi olması durumunda taşıma borcunun sona ermeyeceğini belirtmektedirler. Burada geminin seçimden önce zayi olması ve seçim yapıldıktan sonra zayi olması ihtimallerini değerlendirmek gerekir, çünkü bu bir seçimlik borç ise ve seçim yapıldıktan sonra gemi zayi olmuşsa borcun imkânsızlık nedeniyle sona ermesi gerekir. Göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus seçim hakkının kime ait olduğu ve ziyadan kimin sorumlu olduğudur.

Sözleşme hüküm ifade etmeden önceki bir tarihte, seçimlik borca konu iki edim bakımından da imkânsızlık mevcut ise sözleşme o borç

⁴¹ Kırkambar sözleşmesinde başka gemi ile taşıma yapılabilmesi için ikame klozunun bulunması şart değildir ve taşıyanın taşıma yükümlülüğünü yerine getirirken kullanacağı gemi, işletmesine ait bir gemi olmak zorunda değildir.

⁴² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, ss. 1079, 1080.

bakımından hüküm ifade etmez (BK m.20). Edimlerden yalnızca birinin ifasının imkânsız olması durumunda ise sözleşme o edime ilişkin olarak, kısmen hüküm ifade etmeyecektir.

Sözleşme hüküm ifade etmeye başladıktan sonra seçimlik borca konu edimlerden birinin ifası imkânsız hale gelmişse borcun konusunu diğer edim oluşturur fakat ifası imkânsızlaşan edim yerine geçen sürrogat (kaim değer) zayı olan edimin yerini alabilir. Seçimlik iki edimin de imkânsızlaşması durumunda ise borç sona erer. Aynı şekilde seçim yapıldıktan sonra seçilen edimin ifasının imkânsızlaşması durumunda da borç sona erecektir⁴³.

Özet olarak belirtmek gerekirse seçim, ifası mümkün edimler arasında yapılır. Tek edim kalmışsa borcun konusunu bu edim oluşturur. İmkânsızlık yüzünden zarara uğrayan seçim hakkı sahibi zararının tazminini sorumlu olan kişiden talep edebilir⁴⁴. Seçim hakkı

⁴³ Oğuzman, Öz, ss. 227-229.

⁴⁴ Oğuzman, Öz, ss. 228, 229.

Kural olarak iki edimden biri daha önce imkânsız hale gelmişse tazminat sonradan imkânsızlaşana göre hesaplanır. Seçme hakkına sahip olan, edimlerin imkânsızlaşmasında kusuru yoksa, ilk imkânsızlaşan edimi de seçebilir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 1089.

Seçimlik borç konusunda Alman Hukuku'ndan etkilenen bir görüş;

1. Seçim hakkı alacaklıda ve iki edimden birinin imkansızlaşmasında bu kişinin kusuru yoksa; alacaklının dilerse imkansızlaşan edimi seçerek tazminat talep edebileceğini ya da imkansızlaşmamış edimi seçerek ifa talep edebileceğini

2. Seçim hakkı borçluda ve edimin imkânsızlaşmasından alacaklı sorumlu ise, borçlunun dilerse imkânsızlaşan edimi seçerek ve borcu sona erdirebileceğini ya da diğer edimi (kalan edim birden fazla ise bunlar içinden birini) seçerek borcunu ifa edebileceğini, imkânsızlaşan edim için ise alacaklıdan haksız eylem hükümlerine dayanarak tazminat talep edebileceğini savunur.

Şayet seçim hakkı alacaklıda ve edimlerden birinin imkânsızlaşmasından alacaklı sorumlu ise alacaklı imkânsızlaşan edimi seçebilir. Bu durumda borç sona erer. Diğerini seçerse kusuru ile imkânsızlaşan edim için borçluya

kullanılmadan önce seçimlik edimlerin ifası borçlunun kusuru ile imkânsızlaşır; seçim hakkının borçluya ait olduğu durumlarda tazminat değeri düşük olan edime, seçme hakkı alacaklıya ait ise değeri yüksek olan edime göre hesaplanır⁴⁵.

Bu açıklamalara göre kırkambar sözleşmesinde ikame klozunun bulunması durumunda dahi taşıyanın borcu seçimlik borç olarak nitelendirilemez. Nitekim gemi, seçim hakkı kullanılmadan önce ya da kullanıldıktan sonra zayı olsa da taşıyanın taşıma borcu sona ermeyecektir. Okay ve Akıncı da bu noktayı vurgulamaktadır.

Okay, örnek olarak verdiği “yük A gemisi veya onun yerine B gemisi ile taşınacaktır” şeklindeki konişmento klozunun kabul edildiği durumda sınırlı bir seçimlik borç veya sınırlı cins borcundan söz edileceğini ve imkânsızlık nedeniyle taşıyanın taşıma borcunu ifadan kaçınamayacağını belirtmiştir. Kanımca burada, yukarıda belirttiğim çekinceler saklı kalmak kaydıyla, seçimlik borç söz konusudur, sınırlı cins borcundan söz edilemez. Nitekim klozda yer alan gemiler ismen belirlenmiştir, parça borcu söz konusudur⁴⁶. Diğer yandan kırkambar sözleşmelerinde, bu durumda dahi, taşıyanın taşıma borcunun adı belirtilen gemilerle sınırlı olduğu, başka gemi ile taşıma yapmak zorunda olmadığı açıkça belirtilmelidir⁴⁷.

tazminat öder. bkz. **Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop**, s. 1086; **Oğuzman, Öz**, ss. 227, 228; **Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 89.

⁴⁵ **Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop**, s. 1089.

⁴⁶ Seçimlik borçtan farklı olarak cins borcunda borçlu, daha geniş bir seçim hakkına sahiptir ve ortalama nitelikte bir şey seçmek zorundadır (BK m.70) (**Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı**, s. 87).

⁴⁷ Ancak bazı durumlarda borcun seçimlik borç mu yoksa cins borcu mu olduğu konusu belirgin olmayabilir. Örneğin; (B)'nin, (A)'ya ressam (C)'nin 1890-1900 yılları arasında yaptığı tablolardan birini vermeyi taahhüt etmesinde cins borcu mu seçimlik borç mu olduğu tarafların iradesine ve borcun konusunu oluşturacak edimlerin niteliğine bakarak belirlenecektir. **Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop**, s. 1080.

C. Geminin Belirlenmesinin Yedek Edim Yetkisi Niteliğinde Olup Olmadığı

1. Genel Olarak

Öğretide, konişmento klozları örnek gösterilerek geminin belirlenmesi konusunda bazı durumlarda taşıyana yedek edim yetkisi (edimi değiştirme yetkisi, muhayyerlik yetkisi, *facultas alternativa*) tanındığından söz edilmektedir. Aşağıda yedek edim yetkisi kavramı kısaca açıklandıktan sonra öğretideki görüşlere yer verilerek değerlendirme yapılacaktır.

2. Yedek Edim Yetkisi Kavramı

Bazı durumlarda borçlu, sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğü yerine başka bir edimde bulunarak sözleşmeden doğan borcunu yerine getirebilir. Diğer bir ifadeyle borçluya asıl edim yerine ikame bir edimin ifası ile borcu sona erdirme imkânı tanımıştır. Bu gibi durumlarda seçimlik borçtan değil yedek edim yetkisinden söz edilir. Bu yetkinin konusu sözleşmeden doğan asli edimdir. Yedek edim yetkisinin kullanılması kanundan ya da sözleşmeden doğabilir, yetkinin kullanılması için alacaklının rıza göstermesine gerek olmadığı gibi, alacaklı borçluyu yetkisini kullanması konusunda zorlayamaz⁴⁸. Yabancı para borçlarına ilişkin BK m.83, zamanı rücu (BK m.156/3) ve dönme cezası⁴⁹ (BK m.158/3) yedek edim yetkisine örnek olarak gösterilmektedir⁵⁰.

⁴⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 1088; Oğuzman, Öz, ss, 9, 225.

⁴⁹ BK m.158/3'de düzenlenen fakat gerçek anlamda cezai şart olmayan dönme cezasında (ifayı engelleyen cezai şart) sözleşmenin taraflarından biri, dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden tek taraflı olarak dönme hakkını saklı tutmaktadır. Bu nedenle dönme cezası da yedek edim yetkisi niteliğindedir. Borçlar Kanunu'nun 158/1. maddesinde düzenlenen seçimlik cezai şartta ise alacaklı, borçlunun sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi durumunda, asli edimin

3. Öğretideki Görüşler ve Değerlendirme

Okay, “yük A gemisine yüklenecektir. Taşıyan dilerse yükü o hattın diğer bir gemisi ile de taşıyabilir” şeklindeki konişmento klozunda⁵¹; Akıncı ise yüklemeye ilişkin “A gemisine yüklenmek için. Taşıyan eşyayı hattın diğer bir gemisine yüklemeye mezundur.” klozunda taşıyan bakımından yedek edim yetkisi bulunduğunu belirtir⁵².

Bu klozlarda taşıyana yedek edim yetkisi tanınması söz konusu değildir çünkü ikame bir edim bulunmamaktadır. İster (A), ister (B) gemisiyle yerine getirilsin, edim taşımadan başka bir şey değildir. Ayrıca yedek edim yetkisinde alacaklı borçluyu zorlayamaz. Kırkambar sözleşmesinde de taşıtanın, taşıyanı zorlaması söz konusu değildir fakat taşıyan çok istisnai durumlar hariç sefere elverişli bir gemi ile taşıma yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Yedek edim yetkisi var ise sözleşmede belirtilen geminin zayi olması durumunda borç imkânsızlık nedeniyle sona erecektir. Bu durumda taşıyanın başka bir gemi ile taşıma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁵³. Kırkambar sözleşmesinde başka gemi ile taşıma yetkisi açıkça belirtilmese de, çarter sözleşmelerinden farklı olarak, taşıyan başka bir gemi ile taşımayı gerçekleştirmek zorundadır. Yukarıda belirtildiği gibi bu yönde uluslararası teamül kuralı bulunmaktadır. Ayrıca

yerine getirilmesini ya da cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Cezai şart, asıl alacağın kuvvetlendirilmesini sağladığı; böylelikle alacağı teminat altına alarak, borçlunun asli edimi ifa etmesini temin ettiği halde; dönme cezasında borçlunun asli edimi ifasının sağlanması (ifayı güçlendirici işlev) söz konusu değildir. Aksine dönme cezası borçluya dilerse cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme imkânı tanımaktadır. Bu durum alacaklının değil borçlunun lehinedir (Eren, s.1138; Serozan, s.221; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 471).

⁵⁰ Oğuzman, Öz, s. 225, dn. 120; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 91; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 1088.

⁵¹ Okay, ss. 88, 89.

⁵² Akıncı, Navlun Mukaveleleri, s. 142.

⁵³ Akıncı, Navlun Mukaveleleri, s. 142; Okay, s. 89.

kırkambar sözleşmesinde geminin belirlenmesi söz konusu olmadığı gibi, sözleşmenin ortak gayesi eşyanın diğer bir gemi ile olsa da taşınmasını gerektirir. Bu konuda taşıyana özel yetki verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Taşıyanın taşıma yükümlülüğü belli gemilerle sınırlandırılmak isteniyor, başka bir gemi ile taşıma yükümlülüğü kaldırılıyorsa bu durum açıkça belirtilmelidir⁵⁴. Verilen örneklerde taşıyanın, kırkambar sözleşmesi gereğince zaten var olan, başka gemi ile taşıma yapma yetkisine yer verilmiştir. Ancak önemli olan ve gösterilmesi gereken, taşıyanın başka bir gemi ile taşıma yapmak zorunda olmadığına ilişkin bir kayıttır. Sonuç olarak verilen konişmento örnekleri taşıyanın yalnızca belirli bir gemi ile kırkambar sözleşmesinden doğan taşıma yükümlülüğü yerine getireceği, başka bir gemi ile bu borcunu ifaya zorlanamayacağı hususunda yeterli değildir. Yedek edim yetkisinden söz edebilmek için bu hususun vurgulanması gerekir. Aksi takdirde kırkambar sözleşmesi taşıyanı zayıf olan gemi yerine başka bir gemi ile taşıma yapmalıdır, çünkü borç sona ermecektir.

SONUÇ

TTK'nın 1016 vd. maddelerinde düzenlenen navlun sözleşmeleri; yolculuk charteri sözleşmesi ve kırkambar sözleşmesi olarak ikiye ayrılır. Kırkambar sözleşmesini yolculuk charteri sözleşmesinden ayıran özelliklerinden biri, geminin ferdileştirilmemesi ve gemi tahsisinin söz konusu olmamasıdır. İki sözleşme arasındaki diğer önemli fark ise, yolculuk charteri sözleşmesi arazi taşımacılığı konu alırken, kırkambar sözleşmesinin konusunu genellikle düzenli hat taşımacılığının oluşturmasıdır.

Kırkambar sözleşmesinde taşıyan eşyayı sefere elverişli olan herhangi bir gemi ile taşıyabilir. Geminin taşıyana ait olması zorunlu

⁵⁴ **Wüstendörfer**, s. 237; Schaps-Abraham, § 565 Anm. 7 nak. **Okay**, s. 89 dn. 327.

değildir. Nitekim taşıyanın alt taşıyan olarak yaptığı kırkambar sözleşmelerinden doğan borcunu, taşıtanı olduğu asıl (üst) navlun sözleşmesi ile yerine getirmesi mümkündür⁵⁵. Dolayısıyla kırkambar taşıyanının mutlaka geminin maliki ya da donatanı olması veyahut gemi işletme müteahhidi olması şart değildir.

Yukarıda öğretilen bazı yazarlar tarafından verilen konişmento örnekleri kırkambar sözleşmesinin özellikleri dikkate alınarak incelenmiştir. Yapılan değerlendirmelerde kırkambar sözleşmesinde taşıyanın taşıma yapacağı gemiyi belirlemesinin seçimlik borç ya da yedek edim yetkisi ile açıklanamayacağı sonucuna varılmıştır.

Bunların yanında, taşıma yükümlülüğünün ifasında başka bir gemi kullanılmasının ifa yerine edim olarak değerlendirilemeyeceğini de belirtmek gerekir. Nitekim her şeyden önce, taşıyanın asıl borcunun konusu gemi değil taşımadır. Ayrıca ifa yerine edimde; ifa olunan edim, borcun asıl konusu olan edimden farklı bir edim olmalıdır. Son olarak ifa yerine edimde borcun diğer edim ile ifa edilmiş sayılması için tarafların bu konuda anlaşması gerekir. İfade edilen bu üç husus göstermektedir ki kırkambar sözleşmesinde taşıyanın başka bir gemi ile taşıma yükümlülüğünü yerine getirmesi ifa yerine edim kavramı ile açıklanamaz.

Sözleşmeden doğan yükümlülükler; asli edim yükümlülüğü, yan edim yükümlülüğü ve yan yükümlülükler olmak üzere üç kategoride incelenebilir. Yan yükümlülükler ise; ifaya yardımcı yan yükümlülükler (veya tali ikinci derece yükümlülükler) ve koruyucu yan yükümlülükler olmak üzere iki çeşittir. İfaya yardımcı yan yükümlülükler; asli edimin gereği gibi, sözleşmenin amacı ve karşı yanın sözleşmeden beklediği menfaate uygun olarak ifa edilmesine hizmet eden yükümlülüklerdir. Hazırlama ve sağlama yükümlülükleri ifaya yardımcı yan yükümlülüklerle örnek olarak gösterilebilir.⁵⁶ Kırkambar sözleşmesinde taşıyanın gemiyi sağlaması ve taşımaya

⁵⁵ Asıl navlun sözleşmesi genellikle bir yolculuk çarteri sözleşmesidir.

⁵⁶ Eren, ss. 37, 38.

hazır hale getirmesi de kırkambar sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğü olan taşımanın gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik, ifaya yardımcı yan yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün değil taşıma ediminin yerine getirilmesi dava edilebilir.

Kırkambar sözleşmesinin taşıyanı bu yan yükümlülüğünü, aksi sözleşmede açık olarak belirtilmedikçe, kendi seçeceği bir gemi ile yerine getirebilir. Bu bakımdan ortada bir cins borcu vardır. Taşıyan, ortalama ya da üstü nitelikte bir gemi sağlamak zorundadır (BK m.70). Burada karşımıza çıkan bir sorun taşıyanın belirleyeceği geminin mutlaka işletmesine ait olmasının gerekip gerekmediği, sınırlı bir cins borcunun söz konusu olup olmadığıdır.

Bir fikre göre kırkambar sözleşmesinde taşıyanın işletmesine ait herhangi bir gemi ile taşıma yapılabilir, bu durumda taşıyanın borcu belirli sınırlar dâhilinde cinsi ile belirlenmiş bir borçtur⁵⁷. Burada bahsi geçen belirli sınırlar taşıyanın işletmesine ait gemilerdir. Ayrıca düzenli hat taşımacılığında taşıyanın işletmesine ait gemilerle taşıma yükümlülüğü bulunduğu yönünde bir uluslararası teamül kuralı mevcuttur⁵⁸.

TTK'da geminin umulmayan bir hal nedeniyle; yolculuk başlamadan önce (m.1082) ve yolculuk başladıktan sonra (m.1084) ziyayı durumunda taşıma sözleşmesinin hükümden düşeceği, birinci halde tarafların birbirlerinden tazminat talep edemeyecekleri, ikinci durumda ise eşyanın emniyete alınmış ya da kurtarılmış olduğu nispette taşıtan tarafından mesafe navlunu ödeneceği belirtilmiştir. Bu maddeler charter sözleşmeleri bakımından kaleme alınmıştır. Geminin zayı olması yalnızca charter sözleşmeleri bakımından objektif imkânsızlık teşkil eder. Kırkambar sözleşmesinde ise o taşıma için elverişli bir gemi mevcut oldukça sözleşmenin yerine getirilmesinin imkânsız olduğundan söz edilemez. Yukarıda belirtilen sınırlı cins borcu görüşü kabul edilirse taşıyanlar arasında işletmelerine ait

⁵⁷ Akıncı, Navlun Mukavaleleri, s. 141; Okay, ss. 88, 89.

⁵⁸ Bkz. yukarıda dn. 27.

gemilerin sayısına göre bir ayırım yapmak zorunlu olacaktır ve taşıtanlar doğal olarak daha çok gemiye sahip işletmeyi tercih edeceklerdir. Buna karşılık genelde alt navlun sözleşmesi biçiminde yapılan kırkambar sözleşmesinde taşıyanın işletmesine ait bir gemi bulunmayabilir çünkü sözleşme donatan ya da gemi işletme müteahhidi ile değil taşıyanla yapılır. Taşıma, taşıyandan başka bir kişi tarafından yerine getiriliyorsa (asıl taşıyan) bu kişi taşıyanın ifa yardımcısıdır, taşıtanla arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır⁵⁹. Fiili taşıyan sözleşmenin tarafı olmadığından onun işletmesine ait gemi sayısı alt navlun (kırkambar) sözleşmesi bakımından önem taşımayacaktır. Bu durum alt taşıtanın aleyhinedir.

Fikrime göre, kırkambar sözleşmesinde taşıyanın taşıma yükümlülüğünü yerine getireceği gemiyi belirlemesi ifaya yardımcı bir yan yükümlülüktür. Taşıyan bu taşıma yükümlülüğünü sefere elverişli ve ortalama nitelikten aşağı olmayan herhangi bir gemi ile yerine getirilebilir. Dolayısıyla burada cins borcu söz konusudur, ikame klozunun bulunup bulunmaması söz konusu sözleşme bakımından önem ifade etmez. Taşıyanın bu yükümlülüğü yalnızca işletmesine ait gemilere hasredilmemelidir. Nitekim taşıyanın eşyayı; yükleme, istif ve taşıma bakımından en uygun gemi ile (gemi kendi işletmesine ait olmasa da) taşınması riskleri de aza indirecektir. Bu nedenle sınırlama yapılması hem taşıyan hem de taşıtanın lehine bir durumdur. Diğer yandan taşıtanın sözleşmeden beklediği menfaat eşyasının hasarsız bir şekilde ve süresinde varma limanına kadar taşınmasıdır, taşımada hangi geminin kullanıldığı önemli değildir. Günümüz kabul kaydı formlarında ve konişmentolarında yer alan klozlarda da taşıyanın, kendisine ait olsun olmasın kabul kaydı formu veya konişmentoda belirtilen gemiden başka gemi ya da gemilerle taşıma yetkisine sahip

⁵⁹ Prüssmann § 565 G; Wüstendörfer 235; Schlegelberger - Liesecke §565 N. 6; Schaps-Abraham §565, Anm. 4 nak. Çağa, Kender, 2. Cilt, s.21, dn. 18.

Bu uluslararası teamül kuralının ticari örf-adet kuralı olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tespit edilmesi önemli bir konu olmakla birlikte bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır.

olduğu, hatta eşyayı varma limanına kadar başka taşıma araçlarıyla da taşıyabileceği yönünde maddeler yer almaktadır⁶⁰. Bu tür hükümler yalnızca taşıyana yetki vermemekte, aynı zamanda taşıyanın kendi işletmesine ait olsun ya da olmasın eşyayı taşıma yükümlülüğü altında olduğunu göstermektedir.

⁶⁰ **Conlinebill 2000 m.6**

Substitution of Vessel

The Carrier shall be at liberty to carry the cargo or part thereof to the Port of discharge by the said or other vessel or vessels either belonging to the Carrier or others, or by other means of transport, proceeding either directly or indirectly to such port.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Sami. **Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri**, İstanbul Üniversitesi Yay., No.1314, İstanbul, 1968 (Navlun Mukaveleleri).
- Akıncı, Sami. **Deniz Ticareti Hukuku Dersleri Navlun Mukaveleleri**, Türkiye Ticaret Postası Matbaası, İstanbul, 1961 (Deniz Ticareti Hukuku).
- Akıncı, Ziya. **Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR**, Seçkin Yay., Ankara, 1999.
- Arkan, Pınar. **Deniz Hukuku'nda Geminin Enkaz Haline Gelmesi**, Kazancı Yay., İstanbul, 2005.
- Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008.
- Can, Mertol. **Deniz Ticaret Hukuku C. 1**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara, 2003, (Deniz Ticaret Hukuku).
- Can, Mertol. **Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara, 1998 (Sona Erme).
- Çağa, Tahir, Rayegan Kender. **Deniz Ticareti Hukuku I - Giriş, Gemi Donatan ve Kaptan**, Arıkan Yay. İstanbul, 2005, (1. Cilt).
- Çağa, Tahir, Rayegan Kender. **Deniz Ticareti Hukuku II - Navlun Sözleşmesi**, Arıkan Yay. İstanbul, 2006, (2. Cilt).
- Demirkıran, H. Murat. **Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu**, Arıkan Yay., İstanbul, 2008.
- Dural, Mustafa; Suat Sarı. **Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.

- **Eren, Fikret. Borçlar Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2006.
- **Göğer, Erdoğan. Deniz Hukuku'ndaki Eşya Taşıma (Navlun) Mukavelelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., no.205, Ankara, 1965.
- http://www.dzkk.tsk.mil.tr/Muze/Turkish/Arastirma_Birimleri.htm (12.09.2008)
- <http://www.kazanci.com.tr>
- **İzveren, Âdil, Nisim Franko, Ahmet Çalık, Deniz Ticaret Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1994.
- **Kaner, Deniz İnci. Deniz Ticaret Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- **Kender, Rayegan, Ergon Çetingil. Deniz Ticareti Hukuku - Temel Bilgiler**, XII Levha Yay., İstanbul, 2009.
- **Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 87.
- **Küçük, Eşref. Roma Hukuku'nda Donatanın (Exercitor Navis'in) (Actio Exercitoria'dan Doğan) Sorumluluğu**, Adâlet Yay., Ankara, 2007.
- **Oğuzman, Kemal, Turgut Öz. Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat, İstanbul, 2009.
- **Okay, M. Sami. Deniz Ticareti Hukuku II**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No.1683, İstanbul, 1971.
- **Serozan, Rona. Sözleşmeden Dönme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- **Sözer, Bülent, Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmamak Borcu**, 1975.
- **Tekil, Fahiman. Deniz Hukuku**, Alkım Yay., İstanbul, 2001.

- **Tekinay**, Selahattin Sulhi, Sermet **Akman**, Haluk **Burcuoğlu**, Atilla **Altop**. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.
- **Tetley**, Q.C. William. **Maritime Law as a Mixed Legal System**, http://www.mcgill.ca/maritimelaw/comparative/marlawmix/#N_1_ (12.10.2007)
- **Ülgener**, M. Fehmi. **Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri**, Der Yay., İstanbul, 1991.
- **Wilson**, D.J.; **Cooke**, J.H.S. **The Law of General Avarage and The York-Antwerp Rules**, Sweet&Maxwell, 12. Edition, London, 1997.
- **Zevkliler**, Aydın, Beşir **Acabey**, Emre **Gökyayla**. **Medeni Hukuk**, Seçkin Yay., Ankara, 2000.
- **Zevkliler**, Aydın. "Konişmento, Mahiyeti ve Diğer Emtia Senetlerinden Farkları", **İmran Öktem'e Armağan**, Ankara, 1970, ss. 525-568.