

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**MİLLETLERARASI TİCARET HUKUKUNDA INCOTERMS
KURALLARININ YERİ – BU KURALLARIN SÖZLEŞMENİN İFA YERİ
KAPSAMINDA DİKKATE ALINIP ALINAMAYACAĞI SORUNU**

Salim Serdar YAĞCI

Danışman

Prof. Dr. Hacı CAN

İZMİR – 2019

YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAY SAYFASI

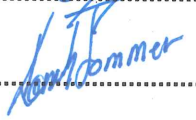
Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : SALİM SERDAR YAĞCI
Öğrenci No : 2016800756
Tez Başlığı : Milletlerarası Ticaret Hukukunda Incoterms Kurallarının Yeri - Bu Kuralların Sözleşmenin İfa Yeri Kapsamında Dikkate Alınıp Alınamayacağı Sorunu
Savunma Tarihi : 23/07/2019
Danışmanı : Prof.Dr.Hacı CAN

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>
Prof.Dr.Hacı CAN	-Dokuz Eylül Üniversitesi
Doç.Dr.Lale Burcu ÖNÜT	-Dokuz Eylül Üniversitesi
Dr.Öğr.Üyesi Bahar KONUK SOMMER	- Yaşar Üniversitesi

İmza


.....

.....

.....

SALİM SERDAR YAĞCI tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği (X) / oy çokluğu () ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Milletlerarası Ticaret Hukukunda Incoterms Kurallarının Yeri – Bu Kuralların Sözleşmenin İfa Yeri Kapsamında Dikkate Alınıp Alınamayacağı Sorunu” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Salim Serdar YAĞCI

İmza

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Milletlerarası Ticaret Hukukunda Incoterms Kurallarının Yeri – Bu Kuralların Sözleşmenin İfa Yeri Kapsamında Dikkate Alınıp Alınamayacağı Sorunu

Salim Serdar YAĞCI

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Avrupa Birliği Hukuku Yüksek Lisans Programı

Milletlerarası ticaret hukuku, milletlerarası alanda ticaret yapan kişiler arasında uzun yıllardır uygulanan işlemlerin bir norm halini alması ile oluşmuştur. Lex mercatoria'nın yani milletlerarası ticaret hukukunun kaynaklarının çok fazla sayıda olması yargı mercileri açısından zorluklara neden olmaktadır. Bu sebeple, milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırma çalışmalarından biri de Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayımlanan “Incoterms” kurallarıdır.

Incoterms milletlerarası ticarete en çok kullanılan evrensel ticari terimlerin Milletlerarası Ticaret Odası tarafından bir araya getirilmesi ile oluşmuştur. Avrupa Birliği Adalet Divanı Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa kararı ile Incoterms terimlerinin sözleşmenin ifa yerinin ve ticari uyumsuzluğu çözmeye yetkili mahkemenin belirlenmesinde dikkate alınması konusunda bir içtihatla bulunmuştur. Divan, Incoterms terimlerinin sözleşmenin ifa yerinin ve yetkili mahkemenin belirlenmesinde göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir. Türkiye ve Avrupa ülkeleri ile ticari ilişkiler sırasında Incoterms kuralları yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu sebeple, bu kararın etkilerinin Türk hukuku açısından incelenmesi gerektiği kanısına varılmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, Incoterms kurallarına ilişkin genel açıklamalara yer verilmiş; ikinci bölümünde, Incoterms kurallarının

milletlerarası ticaret hukukunda ve Türk hukukundaki yeri ve etkisi açıklanmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise, Incoterms kurallarının hem Avrupa Birliği Hukuku açısından hem de Türk Hukuku açısından sözleşmenin ifa yeri ve yetkili mahkemenin tespiti yönünden etkisi ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Incoterms, İfa Yeri, Lex Mercatoria, Yetkili Mahkeme, Milletlerarası Ticaret Hukuku.



ABSTRACT

Master's Thesis

The Place of Incoterms Rules in the International Commercial Law - The Question of Whether These Rules shall be Considered within the Scope of the Place of Performance of the Contract

Salim Serdar YAĞCI

**Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
European Union Law Master's Program**

International commercial law is formed by the fact that the transactions applied for long years among the people who trade in the international field become a norm. The enormous number of sources of Lex Mercatoria, the international commercial law, is a challenge for judicial authorities. For this reason, one of the studies of uniformization of international commercial law is the “Incoterms” rules published by the International Chamber of Commerce.

Incoterms was formed by the combination of the most commonly used universal terms in international trade by the International Chamber of Commerce. The Court of Justice of the European Union, with the decision of *Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa*, made a case-law to consider the Incoterms in determining the place of performance of the contract and the court competent to settle the commercial dispute. The Court noted that the Incoterms should be taken into account in determining the place of performance of the contract and the competent court. Incoterms during commercial relations between Turkey and European countries are widely used. Therefore, it was concluded that the effects of this decision should be examined in terms of Turkish law.

In the first part of the study, general explanations about Incoterms rules are given; In the second part, the place and effect of Incoterms rules in international commercial law and Turkish law are explained. In the third part of the study, the effect of Incoterms rules both in terms of European Union Law and Turkish Law in terms of the place of performance of the contract and determination of the competent court are discussed.

Keywords: Incoterms, Place of Performance, Lex Mercatoria, Jurisdiction, International Commercial Law.



**MİLLETLERARASI TİCARET HUKUKUNDA INCOTERMS
KURALLARININ YERİ – BU KURALLARIN SÖZLEŞMENİN İFA YERİ
KAPSAMINDA DİKKATE ALINIP ALINAMAYACAĞI SORUNU**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARETTE INCOTERMS KURALLARI

I. GİRİŞ AÇIKLAMALARI	3
II. TİCARİ TERİMLER “INCOTERMS”	4
A. Incoterms Kavramı	4
B. Eski Incoterms Uygulamaları	6
C. Incoterms’in Terminolojik Olarak Sınıflandırılması	8
D. Tüm Taşıma Türlerini Kapsayan Incoterms Kuralları	10
E. Deniz ve İçsu Taşımalarına Özgü Incoterms Kuralları	12
F. Incoterms 2000 Uygulaması İle Incoterms 2010 Uygulamasının Karşılaştırmalı Analizi	14
III. INCOTERMS KURALLARININ UYGULAMA ALANI	20
A. Sözleşme Türleri ve Taşınacak Mal Açısından	20
B. Kişi Türleri Bakımından	20
C. Konu Bakımından	21
D. Ülke İçinde Uygulanabilmesi Bakımından	22
E. Zaman Bakımından	22

IV. INCOTERMS KURALLARININ DOĞUŞU: LEX MERCATORIA	23
A. Lex Mercatoria Kavramı	23
B. Lex Mercatoria'nın Hukuki Niteliği	26
C. Lex Mercatoria'nın Kaynakları	30
1. Milletlerarası Ticari Teamüller	31
2. Hukukun Genel İlkeleri	32
3. Standart Sözleşmeler	32
4. Bir Örnek Kurallar	33
5. Milletlerarası Kanunlaştırmalar ve Model Kanunlar	34
6. Milletlerarası Hakem ve Tahkim Kararları	34
V. MİLLETLERARASI TİCARETTE YEKNESAKLAŞTIRMA FAALİYETİ	35
A. Milletlerarası Anlaşmalar Aracılığı ile Yeknesaklaştırma	36
B. Tahkim Yargılama Usulü Aracılığı ile Yeknesaklaştırma	36
C. Milletlerarası Kuruluşların Çalışmaları Aracılığı ile Yeknesaklaştırma	37
1. UNIDROIT	37
2. UNCITRAL	39
a. Viyana Satım Sözleşmesi	39
b. UNCITRAL Tahkim Kuralları	40
c. UNCITRAL Model Kanun Kuralları	40
3. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)	41
a. Tarihçesi ve Amacı	41
b. Milletlerarası Ticaret Odası'nın Organizasyon Yapısı	42
c. Milletlerarası Ticaret Odası Tarafından Incoterms'in Milletlerarası Ticarete Sunumu	43
VI. DEĞERLENDİRMELER	43

İKİNCİ BÖLÜM

INCOTERMS KURALLARININ MİLLETLERARASI TİCARET HUKUKUNDAKİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

I. GİRİŞ AÇIKLAMALARI	45
-----------------------	----

II. INCOTERMS KURALLARININ MİLLETLERARASI TİCARET HUKUKUNDAKİ YERİ VE ETKİSİ	46
A. Sözleşme Hükümü Olarak Incoterms Kurallarının Milletlerarası Sözleşmelerde Yeri Ve Etkisi	46
B. Lex Mercatoria Olarak Incoterms Kurallarının Milletlerarası Ticaret Hukukunda Yeri Ve Etkisi	49
1. Milletlerarası Ticaret Hukukunda Incoterms Kurallarının Hukuki Niteliği	49
2. Incoterms Kurallarının Lex Mercatoria Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu	50
3. Milletlerarası Ticaret Hukukunda Incoterms Kurallarının Uygulama Alanı	51
4. Ulusal Mahkemelerde CISG Kapsamında Incoterms Uygulamaları	53
5. Tahkim Uyuşmazlık Çözümlerinde Lex Mercatoria Uygulamaları	59
a. Sözleşmenin Taraflarından Birinin Milli Hukuku Tercih Edilebilir	61
b. Tarafların Milli Hukukları Haricinde Üçüncü Bir Devletin Milli Hukuku Tercih Edilebilir	61
c. Milletlerarası Bir Sözleşme Tercih Edilebilir	62
d. Herhangi Bir Milli Hukuk Tercih Edilmeksizin Milletlerarası Ticari Teamüller, Uygulamalar Ve Örf Ve Âdetler Uyuşmazlıklara Uygulanacak Kurallar Olarak Tercih Edilebilir	62
e. Lex Mercatoria'nın Bir Ulusal Hukukla Beraber Uyuşmazlığa Uygulanması	62
f. Milletlerarası Sözleşmelerde Tarafların Hukuk Seçiminin Yapılmamış Olması Durumunda	64
g. Tarafların Hukuk Seçmediği Durumda Hakem Heyeti Tarafından Lex Mercatoria'nın Uygulanması	64
h. Hakemlerin Hakkaniyete Ve Nesafete Göre Karar Vermeleri, Dostane Çözüm Ve Lex Mercatoria	66
III. INCOTERMS KURALLARININ TÜRK HUKUKUNDA YERİ VE ETKİSİ	67
A. Türk Hukukunda Örf ve Âdet Hukuku Kuralları	67
1. Örf ve Âdet Hukuku Kuralının Tanımı	67

2. “Örf ve Âdet” ile “Örf ve Âdet Hukuku” Arasındaki Fark	69
3. Ticarî Örf ve Âdet Hukuku Kuralı	69
4. Ticari Örf ve Âdet Kurallarının Genel Kanun Hükümlerinden Önce Uygulanması	70
5. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Uygulamadaki Rolü	72
a. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Tamamlayıcı Rolü	72
b. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Belirtici Rolü	73
c. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Yorumlayıcı Rolü	74
B. Türk Hukukunda Teamüller	74
1. Ticari Teamülün Tanımı	74
2. Teamülün Türleri	75
3. Ticarî Teamül ile Medenî Teamül Ayrımı	76
C. Teamül ile Örf ve Âdet Arasındaki Fark - Bir Kuralın Örf ve Âdet Kuralı Mı Yoksa Teamül Mü Olduğunun Saptanması	77
1. Ticari Teamül ile Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Ayrımı	77
2. Bir Kuralın Örf ve Âdet Kuralı Mı Yoksa Teamül Mü Olduğunun Saptanması	78
IV. INCOTERMS KURALLARININ TÜRK HUKUKU AÇISINDAN NİTELENDİRİLMESİ	79
V. DEĞERLENDİRMELER	82

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

INCOTERMS KURALLARININ SÖZLEŞMENİN İFA YERİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ YÖNÜNDEN ETKİSİ

I. GİRİŞ AÇIKLAMALARI	84
II. AVRUPA BİRLİĞİ KAPSAMINDA INCOTERMS KURALLARININ SÖZLEŞMENİN İFA YERİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ YÖNÜNDEN ETKİSİ	85
A. Brüksel Sözleşmesi, Brüksel I ve Brüksel I Bis Tüzüğü	85
B. Brüksel I Bis Tüzüğü Uyarınca Avrupa Birliği Hukukunda Mal Satış Sözleşmelerinde Sözleşme İfa Yerinin Tespiti	87

C. Brüksel I Bis Tüzüğü Uyarınca Avrupa Birliği Hukukunda Yargı Yetkisinin Genişletilmesi	90
D. Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa ABAD Kararı İncelenmesi	92
1. Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa ABAD Kararının Somut Olarak İncelenmesi	93
a. Karara Konu Olaylar	93
b. Yerel Mahkeme Kararının Özeti	94
c. Avrupa Birliği Adalet Divanı'na Yapılan Önsoru Başvurusunun İçeriği	95
d. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararının Kısa Özeti	95
2. ABAD Kararında Sırasıyla Yer Alan Tespitler	96
a. Teslim Yerinin Tüzüğün 5.Maddesi Uyarınca Belirlenmesi	96
b. 2011/44 sayılı Tüzüğün 23. Maddesinin Gösterdiği Yol Işığında Teslim Yerinin Tespit Edilmesinde Ticari Teamüllerin Göz Önüne Alınması	97
c. Yerel Dildeki İfadelerin Incoterms Kurallarına Tekabül Ettiğinin Belirlenmesi	99
d. Incoterms Kurallarının Ticari Teamül Olarak Kabul Edilmesi ve Incoterms Kuralları Uyarınca İfa Yerinin Tespit Edilmesi	99
e. Teslim Yeri Uyarınca Yetkili Mahkemenin Tespit Edilmesi	101
E. Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa ABAD Kararının Avrupa Birliği Hukuku Açısından Sonuçları Ve Değerlendirilmesi	102
III. TÜRK HUKUKU UYARINCA SÖZLEŞMENİN İFA YERİNİN BELİRLENMESİ	110
A. Sözleşmenin İfa Yerinin Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Belirlenmesi	110
1. Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmenin İfa Yerinin Belirlenmesi	110
a. Genel Olarak	110
b. Türk Borçlar Kanunun 89. Maddesi Uyarınca İfa Yerinin Belirlenmesi	111
1) Para Borçlarında İfa Yerinin Belirlenmesi	111
2) Parça Borçlarında İfa Yerinin Belirlenmesi	112
3) Diğer Tüm Borçlar Açısından İfa Yerinin Belirlenmesi	112
4) Türk Borçlar Kanunu Uyarınca İfa Yerinin Belirlenmesinde Diğer Hususlar	113

2. Türk Ticaret Kanunu Uyarınca İfa Yerinin Belirlenmesine İlişkin İrade Açıklamalarında Ticari Örf ve Adet ile Teamülün Göz Önüne Alınması Gerekliliği	114
3. Türk Borçlar Kanunu 89. Maddesinde Yer Alan Örtülü İrade Kavramında Incoterms Kurallarının Uygulanıp Uygulanamayacağı Tartışması	115
IV. TÜRK HUKUKU UYARINCA SÖZLEŞMENİN İFA YERİNİN MAHKEME YETKİSİNE ETKİSİ	116
A. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sözleşmenin İfa Yeri Mahkemesinin Yetkili Olması	116
B. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Sözleşmenin İfa Yerinin Mahkeme Yetkisine Etkisi	118
V. ABAD'IN ELECTROSTEEL KARARININ SÖZLEŞMENİN İFA YERİNİN BELİRLENMESİNDE TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	121
VI. DEĞERLENDİRMELER	123
SONUÇ	126
KAYNAKÇA	135

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AR-GE	Araştırma Geliştirme
AYM	Anayasa Mahkemesi
bkz.	bakınız
C.	Cilt
CE	Conseil d'Etat
D.	Daire
DEÜ	Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	Esas Sayısı
ECJ	European Court of Justice
ICC	International Chamber of Commerce
K.	Karar Sayısı
m.	madde
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası
No.	Numara
s.	sayfa numarası
ss.	sayfadan sayfaya
S.	Sayı
R.G.	Resmi Gazete
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TÜBİTAK	Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law

V Versus

vd. ve devamı



GİRİŞ

Milletlerarası ticaret hukuku, tarihi çok uzun yıllar öncesine dayanan ve milletlerarası ölçekte ticaret yapan kişiler arasında uygulanagelen işlem ve davranışların bir norm halini alması ile oluşmuştur. Milletlerarası ticaret hukuku latince kökenli bir kavram olan *lex mercatoria* ile ifade edilmektedir. *Lex mercatoria* “tacirlere uygulanan hukuk” anlamını karşılamaktadır. *Lex mercatoria*’nın kaynaklarının milletlerarası ticaret hukukunun kaynaklarını oluşturduğunu söylemek mümkündür. Bu bakımdan günümüzde *lex mercatoria*’nın kaynakları arasında milletlerarası ticari örf ve âdet ve teamüller, standart sözleşmeler (tip sözleşmeler), milletlerarası kanunlaştırmalar, hukukun genel ilkeleri (genel prensipler), bir örnek kurallar, milletlerarası hakem kararları sayılmaktadır.

Lex mercatoria’nın yani milletlerarası ticaret hukukunun kaynaklarının bu denli çok olması ve kodifiye edilmiş tek bir kaynağının bulunmaması, milletlerarası ticari ilişkilerin tarafları ve olası uyuşmazlıkları çözmekle yetkili kılınan yargı mercileri açısından çeşitli zorluklara neden olmaktadır. Çünkü aynı tipte uyuşmazlıklara aynı türde çözümlerin getirilmesi hem öngörülebilir ticari ilişkiler kurulması hem de hukuki güvenliğin sağlanması açısından önem arz etmektedir. Bu sebeple çeşitli yollarla milletlerarası ticaret hukukunun kaynaklarının yeknesaklaştırılması sağlanmaya çalışılmaktadır.

Milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırma çalışmalarından biri de Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce – ICC) tarafından yayınlanan “Incoterms” kurallarıdır. Incoterms kavramı, “International Commercial Terms” (Uluslararası Ticari Terimler) sözcüklerinin kısaltılması ile oluşturulmuştur. Incoterms içerik itibarıyla milletlerarası ticarete en çok başvuru alan evrensel ticari terimlerin Milletlerarası Ticaret Odası tarafından bir araya getirilerek yeknesak yorumlarını ihtiva eder. Geçen yüzyılda neredeyse her on yılda bir güncellenerek Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayınlanan bu terimler satın sözleşmelerine dahil edildiklerinde tarafların hak ve yükümlülükleri, mal taşınmasında hasarın geçişi hükümleri ve sözleşmenin başka birtakım kısımları öngörülebilir ve açık şekilde belirlenebilmektedir. Bu şekilde milletlerarası ticari uygulamalarda yeknesaklık sağlanmakta ve ticari ilişkiler kolaylaşmaktadır.

Incoterms, birçok farklı ticari terimi ihtiva etmektedir ve bu terimlerden her biri genel olarak malların teslimi ve taşınması, hasarın geçişi gibi konularda düzenlemeler getirir de, her terimin kendine özgü bir içeriği bulunduğundan satım sözleşmesinin farklı hususlarını düzenleyebilmektedir. İşte bu terimlerden bazıları da malların teslim yerini düzenleyebilmektedir. Bu açıdan Avrupa Birliği Adalet Divanı *Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa* kararı ile Incoterms terimlerinin sözleşmenin ifa yerinin ve bunun sonucu olarak ticari uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkemenin belirlenmesinde dikkate alınması konusunda bir değerlendirmede bulunarak; Incoterms terimlerinin bu noktada dikkate alınarak sözleşmenin ifa yerinin ve yetkili mahkemenin belirlenmesinde göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir.

Avrupa Birliği'ne aday ülke ve Gümrük Birliği'ne dahil bir ülke olarak Avrupa ülkeleri ile yoğun ticari ilişkiler sırasında da Incoterms kuralları yaygın olarak kullanıldığından bu kararın etkilerinin Türk hukuku açısından incelenmesi gerektiği kanısına varılmıştır. Bu doğrultuda, bu çalışmada, Incoterms terimlerinin hukuki niteliği ortaya koyulmaya çalışılarak Türk Borçlar Hukuku ve Türk Ticaret Hukuku açısından sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesindeki etkisinin incelenmesi amaçlanmıştır. Bunun bir sonucu olarak da yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku açısından ve ilgili kanunun yaptığı atıf nedeniyle Türk Hukuk Muhakemeleri Hukuku açısından Incoterms terimlerinin yetkili mahkemenin belirlenmesindeki rolünün ortaya konması amaçlanmıştır.

Bu sebeple, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumunun 2211 Yurt İçi Lisansüstü Burs Programı (Yüksek Lisans – 2210/a) kapsamında bursiyer olduğum ve desteklenen çalışmamın ilk bölümünde, Incoterms kurallarının milletlerarası ticaret hukukundaki yeri incelenecek ve bu bağlamda milletlerarası ticaret hukuku ve kaynakları ele alınarak Incoterms kurallarının tarihi gelişimi ve içeriği ele alınacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, Incoterms kurallarının milletlerarası ticaret hukukunda ve iç hukuktaki yeri ve etkisi açıklanarak, Incoterms hükümlerinin Türk hukuku ve milletlerarası ticaret hukuku açısından hukuki niteliği ortaya konmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, Incoterms kurallarının hem Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa* kararı özelinde Avrupa Birliği Hukuku açısından hem de Türk Hukuku açısından sözleşmenin ifa yeri ve yetkili mahkemenin tespiti yönünden etkisi açıklanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARETTE INCOTERMS KURALLARI

I. GİRİŞ AÇIKLAMALARI

Bu bölümün amacı; Incoterms kavramının, türlerinin ve uygulama alanının açıklanması, Incoterms kurallarının da içerisinde yer aldığı *lex mercatoria* kavramının ve kaynaklarının incelenmesi, *lex mercatoria*'nın kodifikasyonuna ilişkin çalışmaların ve bu çalışmaları yapan kurumların incelenmesi ve *lex mercatoria*'nın kodifikasyonu çalışmalarından olan Incoterms kurallarının doğuşunun ve gelişiminin ele alınarak güncel kuralların kısa bir sunumunun yapılmasıdır.

Incoterms kuralları, milletlerarası ticarete yaygın olarak kullanılan ticari terimlerin 20. yüzyılın başından itibaren periyodik aralıklarla Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayımlanması ile ortaya koyulan kurallardır. Bu kurallar ilgili ticari terimlerin baş harfleri ile kısaltılması ile sözleşmelere derç edilmektedir. Incoterms milletlerarası satım sözleşmelerinde sözleşmenin tüm yönlerini düzenlemez ve sadece hasarın geçişi, risk, maliyet, sigorta ve konsolosluk ve gümrük formaliteleri veya ambalajlama gibi malların ihracatı ve ithalatı ile ilgili hususlar gibi teslimat ve ilgili konulardaki yükümlülüklerle uygulanır. Bu bakımdan bu bölümde Incoterms kurallarının sözleşme türleri, kişi türleri, konu, uygulama alanı ve zamanı bakımından uygulanma kapsamı ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

Incoterms kuralları milletlerarası ticarete tacirler arasında yaygın olarak kullanılan ticari terimler olarak *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak görülmektedir. *Lex mercatoria* tacirlere uygulanan hukuk anlamına gelen bir kavram olarak hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu bölümde bu görüşlere geniş olarak yer verilmiştir. Hukuki niteliği konusunda ihtilaflı görüşler bulunmakta ise de *lex mercatoria*'nın milletlerarası sözleşmelerin kurulumunda tarafların ulusal

hukuklardan bağımsız olarak ortak bir kaynak olarak başvurdukları ve milletlerarası uyuşmazlıklarda uyuşmazlığı çözen makamlarca dikkate alınan bir hukuk kaynağı olduğu aşıkardır.

Lex mercatorianın kaynaklarının ayrıntılı olarak ele alındığı bu bölümde lex mercatorianın yeknesaklaştırma faaliyetleri de incelenmiştir. Lex mercatorianın kaynakları arasında; milletlerarası ticari teamüller, hukuk genel ilkeleri, standart sözleşmeler, bir örnek kurallar, milletlerarası kanunlaştırmalar ve model kanunlar ile milletlerarası hakem ve tahkim kararları sayılmaktadır. Bu denli çok kaynağı bulunan lex mercatoria'nın milletlerarası ticaret yapan tacirler açısından daha öngörülebilir ve yeksenak bir yapıya kavuşması için milletlerarası anlaşmalar yoluyla, tahkim yargılama usulü yoluyla ve milletlerarası kuruluşların çalışmaları aracılığıyla daha bütünsel bir yapı oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu çalışmalar bu bölümde incelenecektir. Bu çalışmalar arasında Milletlerarası Ticaret Odası'nın lex mercatorianın bir parçasını oluşturan Incoterms kurallarını sistematik bir bütün haline getirme çabası ve tarihsel süreci de bu bölümde açıklanacaktır.

II. TİCARİ TERİMLER “INCOTERMS”

A. Incoterms Kavramı

Incoterms kavramı “International Commercial Terms” (Uluslararası Ticari Terimler) sözcüklerinin kısaltılması ile oluşturulmuştur ve Milletlerarası Ticaret Odası tarafından bir araya getirilen ve yeknesak yorumu oluşturulan milletlerarası ticarete en çok başvuru alan evrensel ticari terimler olarak tanımlanmaktadır¹.

Sözleşmelerde Incoterms'e dahil terimlerin kullanılması ile birlikte taraflar, hak ve yükümlülüklerini, mal taşınmasında hasarın geçişi hükümlerini ve sözleşmenin belli kısımlarını öngörülebilir ve açık şekilde belirleyebilmektedir². Bu şekilde milletlerarası ticari uygulamalarda yeknesaklık sağlanmakta ve ticari ilişkiler kolaylaşmaktadır.

¹Ercüment Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2017, (Ticaret), s. 74; Gökçe Karakaya Gül, **Uluslararası Ticari Teslim Şekilleri (Incoterms) 2000 Kurallarına Göre Fob Teslim Şekli**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011,s.4.

²Karakaya Gül, s.4.

Milletlerarası ticari sözleşmelerde yer verilen terimlerin her devlette farklı şekilde yorumu belirli sakıncalara neden olduğundan, bunların önlenmesi ve standart kurallar getirilmesi amacıyla Milletlerarası Ticaret Odası tarafından ihdas edilen Incoterms kurallarının kullanılmasındaki en büyük avantaj milletlerarası ticarete istikrarın sağlanması olarak görülmektedir³.

Incoterms kapsamında birçok teslim şekli kabul edilmiş ve bu teslim şekillerinin İngilizce adlarının baş harflerinin sıralanarak kısaltılması ile üç harften oluşan terimler belirlenmiştir. Bu şekilde milletlerarası ticarete ilişkin bir sözleşmede bu terimlerin kullanılması ile sözleşmeye dair birçok husus düzenlenmiş olmakta ve sözleşmelerin dilinin de bu terimlerin kullanılması ve uygulanması açısından bir önemi bulunmamaktadır⁴.

Incoterms kurallarının doğru şekilde uygulanabilmesi için sözleşmeden bu ticari terimlerin yanına teslim yerinin de yazılması gerekmektedir. Böylece malların teslim yeri, hasarın satıcıdan alıcıya geçiş anı buna göre net bir şekilde belirlenebilmektedir. Aksi halde herhangi bir anlaşmazlık durumunda hasarın hangi anda geçtiği ve malların teslim yerinin belirlenmesi konusunda ciddi sorunlar yaşanabilmektedir⁵.

Incoterms kurallarına sözleşmelerde yer verilirken teslim yerinin dışında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da Incoterms kurallarının hangi versiyonuna atıf yapıldığının açıkça gösterilmesidir. Incoterms'in 1936 yılından bu yana birçok versiyonu yayımlanmış ve her birinde terimlerin içerikleri ve tarafların hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesi açısından farklılıklar bulunan noktalar mevcuttur. Bu sebeple sözleşmede hangi Incoterms versiyonuna atıf yapıldığının belirtilmesi karışıklıkların önüne geçilmesi açısından önem arz etmektedir.

³ Bahattin Bahadır Erdem, "Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 10, Sayı: 1-2, 1990, ss. 65-79, s. 72.

⁴Karakaya Gül, s.5.

⁵ Zeliha Günay Taşçı, **Incoterms® 2010 ile 2000 Broşürleri Arasındaki Farkların İncelenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 75-76.

B. Eski Incoterms Uygulamaları

Yukarıda bahsedildiği üzere, ilk olarak 1923 yılında Paris’te yapılan toplantı ile Milletlerarası Ticaret Odası 13 farklı ülkede uygulanan FAS, FOB, FOR, COD ve C&F terimlerinin hak ve yükümlülüklerini belirleyen ve yol gösterici nitelikte olan “Ticari Terimlerin Yorumu Hakkında Kitap” adlı kitabını yayın haline getirmiştir.

1925 yılında ise uygulamada kullanılmakta olan ticari terimlerin yeknesak olmaması nedeniyle oluşan karmaşıklığı gidermek için yeknesak terimlerin ortaya konmasının gerekli olduğu fikri Berlin Kongresinde ortaya konmuştur⁶. Söz konusu kitabın ikinci baskısı 1928 yılında gerçekleştirilmiş ve 28 ülkede basılarak ticari hayatta uygulanır hale gelmiştir. 1929’da ise genişletilip yenilenerek tekrar yayına sunulmuştur⁷.

1936 yılında Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), ilk defa Incoterms adı altında uluslararası ticarete kullanılagelen terimleri ve teslim şekillerini, satış sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülüklerini de ayrıntılı olarak içerecek şekilde bir liste hazırlamış ve yayınlamıştır. Bu yayına “INCOTERMS 1936” adı verilmiştir.

Incoterms kurallarının yayınlanışının bu uzun serüveninde geniş kabul görebilmesi için birçok ülkeden tacir ve ticaret ilişkileri uzmanlarından danışmanlık alınmış ve milletlerarası ticarete kabul gören, ortak ve yaygın kullanılan kurallar listelenerek kitaba alınmaya çalışılmıştır.

1936 yılında ilk olarak Incoterms adı altında yayınlanan bu kuralların, İkinci Dünya Savaşı’nın ardından değişen ekonomik ilişkiler ve ticari teslim usullerine uygun olarak güncellenmesi ihtiyacı doğmuştur. Söz konusu değişikliğin gerçekleştirilmesi için 1953 yılında Viyana’da on yedi ülkeden gelen temsilcilerin katıldığı bir toplantı düzenlenmiştir. Bu toplantının akabinde “INCOTERMS 1936” kuralları, güncellenmiş ve genişletilmiş hali ile “INCOTERMS 1953” kuralları olarak yayınlanmıştır. “INCOTERMS 1953” ile on sekiz devlette uygulanmakta olan on ayrı teslim türü kabul edilmiştir⁸.

⁶Ferdinand Eisemann, **Die Incoterms im internationalen Warenkaufrecht**, Stuttgart, 1967. (akt. Ercüment Erdem, “Incoterms 2000”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaşgünü Armağanı, Ed. Abuzer Kendigelen, Cilt: 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 179-218, s.18).

⁷ Taşçı, s. 13.

⁸ Eisemann, s. 183.

1953 yılında yapılan değişiklik gibi değişen ekonomik, teknik, hukuki ve ticari şartlara uygun olarak Incoterms kuralları değiştirilerek ve genişletilerek yayınlanmaya devam etmiş ve böylece güncelliğini ve ticari hayattaki kullanım yoğunluğunu korumuştur. Bu kapsamda Incoterms kuralları 1967 yılında da bir değişikliğe tabi tutulmuş ve 1974 yılında FOB Airport ticari terimi bu kurallar arasına dahil edilmiştir⁹.

1975 yılında ise dil farklılıklarından kaynaklanabilecek sorunların engellenebilmesi amacıyla UNECE tarafından, Milletlerarası Ticaret Odasının izni de alınarak şu anda sözleşmelerde yaygın olarak kullanılan üç harfli kod şeklindeki ifadeler kabul edilmiş ve 1980 yılı itibarıyla bu kodlar tamamıyla standart hale getirilmiştir¹⁰. Daha sonrasında 1976, 1980 ve 1990 yıllarında da değiştirilerek ticari hayatın yeniliklerine ve gereklerine uyumlu hale getirilmiştir.

1980 yılında yayımlanan INCOTERMS 1980 kuralları ile birlikte tarafların yükümlülük ve sorumluluklarına göre ve iş yöntemlerine göre bir ayrıma gidilmesi suretiyle o zaman dek uygulanagelmış terimlerin temel alınması yöntemi terk edilmiştir¹¹. “INCOTERMS 1980” kuralları ile beraber *Freight Carriage and Insurance Paid* ve *Freight Carriage Paid* ticari terimlerinin değiştirilmiş halleri de Incoterms kurallarına dahil edilerek yayımlanmıştır.

“INCOTERMS 1990” kurallarının kabul edilmesi ile söz konusu ticari terimlerin gelişen teknolojiye uyumlaştırılması sağlanmıştır. Bu kapsamda Incoterms’in Electronic Data Interchange (EDI) (Elektronik Bilgi Değişimi) yöntemine uyarlanması gerçekleştirilmiştir. Ayrıca INCOTERMS 1990 ile hangi ulaşım şeklinin kullanıldığı fark etmeksizin tüm taşıma yöntemlerine uygulanabilecek şekilde ticari terimlerde bir yeknesaklık gerçekleştirilmiştir. Bunun yanında 1990 yılında gerçekleştirilen bir diğer değişimle, ticari terimler gruplandırılarak C, D, E ve F şeklinde dört grupta toplanmıştır; böylece daha kolay bir sınıflandırma yöntemi benimsenmiştir¹². Bütün bu gelişmelerle birlikte 1992 yılında UNCITRAL ile, Incoterms kurallarının milletlerarası nitelikteki taşıma

⁹ ICC, **INCOTERMS 1974**, ICC Publication No: 274, Paris, 1974, s. 51.

¹⁰ Fatih Doğan, “INCOTERMS 2000 Tarihi Gelişimi-Geçerlilik Kaynağı- Münferit Klotlar-Son Değişiklikler”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55.Yas Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Yayınları, Cilt: 1, 2002, ss.337-365, s. 340.

¹¹ ICC, **INCOTERMS 1980**, ICC Publication No:350, Paris, 1980, s. 42.

¹²Taşçı, s. 14.

sözleşmelerinde kullanılabileceği tavsiye edilmiş ve böylece Incoterms kurallarının dünya ölçeğinde kullanımı konusunda bir gelişme daha yaşanmıştır.

1999 yılında yapılan değişiklikler ile INCOTERMS 2000 adlı ticari terimler 2000 yılı itibariyle yürürlüğe girmiştir¹³. INCOTERMS 2000 Kuralları ile on üç ticari terim öngörülmüştür. Son olarak yayımlanan INCOTERMS 2010 ile ise INCOTERMS 2000’de öngörülen terimlerde büyük bir değişiklik yapılmamış ve genel yapı korunmuştur¹⁴.

C. Incoterms’in Terminolojik Olarak Sınıflandırılması

2010 yılında yapılan değişikliklere kadar Incoterms kuralları 4 temel grupta sınıflandırılmış ve her grup Incoterms içerdiği terimlerin baş harfi ile belirtilmiştir¹⁵. Ancak Milletlerarası Ticaret Odası, 2010 yılında Incoterms kurallarına ilişkin yaptığı yeni düzenleme ile bu ayrımı terk etmiş ve terimleri iki grupta toplamıştır. Incoterms’in incelenmesi açısından önceki dörtlü gruplandırma terimlere ilişkin temel nitelikleri kavrayabilmek açısından faydalı olduğundan¹⁶ aşağıda bu dört grup Incoterms özet olarak incelenmektedir.

- **“E Grubu” Terimler:** “E” grubu Incoterms’te malların alıcının tasarrufuna bırakılması yani malların alıcıya satıcının iş yerinde teslim edilmesini konu alır¹⁷. Bu grupta yalnızca “EXW yani iş yerinde teslim” terimi bulunmaktadır. Satıcı için en az yükümlülük getiren terim olan EXW uygulamasında, malların ihracı, taşınması ve sigortalanması yükümlülüklerinin tümünü alıcı yerine getirir ve satıcı kendine ait işyerinde malların alıcıya teslimini gerçekleştirdiğinde tüm yükümlülüklerden kurtulur¹⁸.

- **“F Grubu” Terimler:** “F” grubu terimlerde malların alıcının belirlediği bir taşıyıcıya satıcı tarafından teslim edilmesini öngörür¹⁹. Bu gruptaki terimler FAS,

¹³ICC, **INCOTERMS 2000**, ICC Publication No:560, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2010/01/ICC-Introduction-to-the-Incoterms-2010.pdf>, (25.05.2019).

¹⁴Taşçı, s. 14.

¹⁵Aslıhan Sevinç Kuyucu, **Uluslararası Ticari Terimler (Incoterms)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 32.

¹⁶Erdem, s. 75.

¹⁷Sevinç Kuyucu, s. 32.

¹⁸Erdem, s. 75.

¹⁹Sevinç Kuyucu, s. 33.

FCA ve FOB terimleridir. Grubun ismini de oluşturan “F” harfi *free* yani masrafsız anlamına gelmektedir ve Türkçe’deki *franko* teriminin karşılığı niteliğindedir ve bu gruptaki terimlerde satıcı teslim yükümlülüğünü yükleme limanında gerçekleştirdiğinden yüklemede satışlar grubuna dâhildirler²⁰. FOB ve FAS yalnızca deniz taşımacılığına ilişkin sözleşmelerde kullanılabilirken, FCA tüm taşıma türlerinde uygulanabilmektedir²¹. “F” grubu terimlerde taşıma masraflarını karşılamak konusunda alıcı yükümlü iken, satıcının mallara taşıma sigortası yaptırma yükümlülüğü bulunmaz ve isterse alıcı taşıma sigortasını kendi hesabına yaptırarak sigorta masraflarını karşılayabilir²².

- **“C Grubu” Terimler:** “C” grubundaki terimlerde, satıcının satım sözleşmesine konu malların taşınması konusunda taşıma sözleşmesi yapma ve taşıma sözleşmesinin masraflarını karşılama yükümlülüğü var olmakla birlikte, taşıma sırasında doğabilecek hasar rizikosunu üstlenmemektedir²³. Bu gruptaki terimler CIF, CFR, CIP ve CPT’dir. Bu gruptaki terimlerin diğer terimlerden ayrıldığı iki kritik nokta bulunmaktadır; ilki hasarın paylaşılması konusunda, ikincisi satıcı tarafın hangi noktaya değin taşıma sözleşmesini imzalamak ve masrafları üstlenmekle sorumlu olduğu konusundadır²⁴. Yüklemede satışlar olarak kabul edilen bu gruptaki terimlerde, teslim borcu taşımadan önce ifa edilir ve alıcı taşıyanı seçmese de taşımanın rizikosunu yüklenmektedir. Bunun yanında CIP ve CIF ticari terimlerinde satıcı malların sigortasını yaptırarak masrafını da üstlenmekle yükümlü olmaktadır²⁵. Bunun yanında CIP ve CPT tüm taşıma türlerinde kullanılabilirken, CIF ve CFR terimleri sadece deniz taşımacılığında kullanılmaktadır.

- **“D Grubu” Terimler:** “D” grubu terimlerde satıcı, malların varış yerine kadar olan taşımaya ilişkin tüm risk ve masrafları yüklenmektedir²⁶. Bu grupta DDP, DAT ve DAP terimleri bulunmaktadır. Incoterms 2010 ile birlikte DES, DAF, DEQ VE DDU iptal edilmiş ve bunların yerine DAT ve DAP terimleri getirilmiştir²⁷.

²⁰ Erdem, s. 75-76.

²¹ Sevinç Kuyucu, s. 33.

²² Erdem, s. 75.

²³ Sevinç Kuyucu, s. 33.

²⁴ Erdem, s. 76.

²⁵ Sevinç Kuyucu, s. 33.

²⁶ Sevinç Kuyucu, s. 33.

²⁷ Erdem, s. 76.

Boşaltmada satış grubu içinde yer alan bu gruptaki terimlerde, satıcı malların varış noktasına varması ile sorumludur ve bu aşamadaki tüm masrafları yüklenir.

D. Tüm Taşıma Türlerini Kapsayan Incoterms Kuralları

- **EXW (Ex Works - İşyerinde Teslim):** Ticari terimler arasında satıcı için en az yükümlülüğü gerektiren terimdir. Bu teslim şeklinde satıcı kendi iş yerinde alıcıya malları teslim ettiğinde teslim yükümlülüğünü yerine getirir ve risk bu teslim ile satıcıdan alıcıya geçer. Satıcı malın taşınmasında, taşıma aracına yüklenmesinden veya gümrükten geçirilmesinden sorumlu olmamaktadır ve alıcı varış noktasına kadar tüm sorumluluklarını yüklenir. Bunun yanında bu ticari terimin kullanıldığı satım sözleşmelerinde satış bedeline sadece ambalajlanmış mal ücreti dahil olmakla beraber; yükleme, boşaltma, nakliye ve sigorta bedelleri alıcının ödeme yükümlülüğü altındadır²⁸.

- **FCA (Free Carrier - Taşıyıcıya Masrafsız Teslim) :** FCA teslim türünde, malın taraflarca belirlenen teslim noktasında alıcıya teslim etme ve ihracata ilişkin gümrük işlemlerini tamamlamış olması karşılığında teslim yükümlülüğü yerine getirilmiş olur ve teslim ile masraflar ve risk alıcıya geçer. Satıcının sigorta ve taşıma sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır; ancak satıcının teslim kadar olan ihracat ve taşıma masraflarını karşılaması ve gümrük ve ihracat ile ilgili tüm işlemleri tamamlaması gerekir. İthalat ile ilgili tüm masraflar ise malları teslim almış olan alıcıdadır²⁹.

- **CPT (Carriage Paid To- Taşıma Ödenmiş Olarak):** CPT teslim türünde, satıcının teslim borcunun yerine getirmiş olması için satıcı tarafından belirlenen taşıyıcıya ya da başka bir kimseye malların belirlenmiş olan yerde teslim edilmesi yeterlidir. Bu ticari terim açısından satıcının yükümlülüğü, sözleşme konusu malların taraflarca belirlenen varma yerine ulaştırılması için taşıma sözleşmesinin yapılması ve taşımaya ilişkin tüm masrafların ödenmesidir. Bu terim, yüklemede satışı esas alan terimlerden biridir. Satıcının malları alıcıya teslim yükümlülüğü, malların taşıyıcıya

²⁸ Asil Evirgen, **Uluslararası Ticari Teslim Şekillerinden Fob Teslimde Taraf Yükümlülükleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012 s. 15 -16.

²⁹ Evirgen, s. 17-18.

tevdi edilmesi ile yerine getirilmiş olur³⁰. Tüm taşıma türlerinde kullanılabilen bir ticari terimdir.

- **CIP (Carriage And Insurance Paid To- Taşıma Ve Sigorta Ödenmiş Olarak):** CIP teslim türünde, satıcının malları teslim etme yükümlülüğü, taraflar arasında kararlaştırılan malların varma noktasında alıcıya teslim edilmesi ile ifa edilmiş olmaktadır. Bu şekilde satış sözleşmesine konu malların alıcıya teslimi ile risk ve hasar alıcı tarafa geçmektedir. CIP ticari teriminde de CPT ticari terimi ile benzer şekilde satıcının taşıma sözleşmesi yapmak ve tüm taşıma masraflarını karşılama yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak CPT ticari teriminden farklı olarak CIP ticari teriminde satıcının malların taşıma sırasında uğrayabileceği hasar ve risklere karşı korunması için taşıma sigortası yapma yükümlülüğü de bulunmaktadır. CIP ticari terimi de tüm taşımacılık türlerinde kullanılabilir niteliktedir³¹.

- **DAT (Delivered At Terminal - Terminalde Teslim) :** DAT teslim türü, boşaltmada satışları ifade eden “D” grubu terimler arasında yer almaktadır. Bu teslim türünde satıcının malları teslim yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için, taraflarca belirlenmiş olan varış yerinde, malları taşıma aracından boşaltılmış halde alıcıya teslim etmesi gerekmektedir. Terminal terimi herhangi bir varma yerini ifade edebilir niteliktedir. Malların belirlenen varış yerine yani terminale ulaşmasına kadar yükleme, taşıma ve boşaltma esnasında oluşabilecek tüm masrafları, hasar ve riskleri satıcı yüklenmektedir. Satıcının ihracat işlemlerini yerine getirme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, ithalat işlemlerini yerine getirme ve masraflarını karşılama yükümlülüğü bulunmamaktadır³².

- **DAP (Delivered At Place- Belirlenen Yerde Teslim):** DAP teslim türünde satıcı teslim yükümlülüğünü, malları taraflarca belirlenmiş olan varma yerinde alıcıya teslim etmekle yerine getirmiş olur. Satıcının teslim yükümlülüğünü yerine getirmesi açısından malları taşıma aracından boşaltmasına gerek yoktur, malların varma yerinde teslim edilmesi ile birlikte masraflar ve risk alıcıya geçer. Birden fazla taşıma çeşidinin söz konusu olduğu hallerde de kullanılabilen DAP teriminde, DDP

³⁰ Erdem, s. 89.

³¹ Evirgen, s.25.

³² Erdem, s. 102-103.

teslim türünden farklı olarak satıcının ithalat masraflarını ödeme ve gümrük işlemlerini yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır³³.

- DDP (Delivered Duty Paid- Gümrük Resmi Ödenmiş Olarak Teslim):

DDP teslim türünde satıcı, satım sözleşmesine konu malların varış yerine götürülmesi konusundaki bütün masrafları ve hasarı yüklenir ve tüm ithalat, ihracat ve gümrük işlemlerini yerine getirmek ve bunlara ilişkin tüm ödemeleri yapmakla yükümlüdür. Satıcının teslim yükümlülüğü, ithalat için gümrükten ayrılan ve anlaşılan varış yerine getirilen malların boşaltmaya hazır bir biçimde alıcının tasarrufuna bırakılması ile yerine getirilmiş olur³⁴. Varış yerine kadarki tüm masraflar ve hasar rizikosu da satıcının üzerindedir. Bu teslim türü satıcı için en çok yükümlülüğü getiren teslim türüdür.

E. Deniz Ve İçsu Taşımalarına Özgü Incoterms Kuralları

- FAS (Free Alongside Ship- Gemi Doğrultusunda Masrafsız):

FAS terimi yalnızca içsu ve deniz taşımacılığında kullanılmaktadır. Bu satış şeklinde satıcının ihracatı tamlama, gümrük masraflarını ödeme ve gümrük işlemlerini gerçekleştirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Satıcı, satım sözleşmesine konu malları limana getirerek rıhtım ya da mavnada alıcıya teslim ederek yükümlülüğünü yerine getirmiş olur ve alıcıya malların gemi yanında teslimi ile birlikte masraflar ve risk alıcıya geçmektedir³⁵. Satım sözleşmesine konu malların konteynerde bulunması halinde gemi yanında teslim olamayacağından FAS kuralı değil, FCA teriminin uygulanması gerekmektedir.

- FOB (Free On Board - Gemide Masrafsız):

FOB terimi kullanılan satım sözleşmeleri, “yüklemede satış sözleşmeleri” olarak kabul edilmektedir. Bu satış türünde, satıcı satım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden malların alıcı tarafından seçilmiş olan gemiye yüklenmesi veya bu yöntemle teslim edilen malları satıcının temin (tedarik) etmesi ile kurtulmuş olur³⁶. Masraf ve hasarlar, malların gemiye yüklenmesi ile alıcının olur ve alıcı bu andan itibaren tüm masraflara

³³ Evirgen, s. 28-29.

³⁴ Erdem, s. 112- 113.

³⁵ Evirgen, s. 18.

³⁶ Erdem, s. 124 -125.

katlanır. Bu satış türünde satıcı ihracat ve bu kapsamdaki gümrük işlemlerini ve masraflarını üstlenirken, ithalat ve buna ilişkin gümrük işlemlerinin yükümlülüğünü satıcı değil alıcı üstlenir. FOB yalnızca içsu ve deniz taşımacılığında kullanılan bir terimdir ve Incoterms içinde en çok tercih edilen teslim türlerinden biridir³⁷.

- **CFR (Cost And Freight- Masraflar Ve Navlun):** Yalnızca içsu ve deniz taşımacılığında kullanılan bir terim olan CFR teslim türünde, satıcı malların teslim yükümlülüğünü, bunların gemiye düzgün şekilde yüklenmesi neticesinde yerine getirmiş olur ve yükleme ile birlikte masraf ve hasarlar alıcıya geçer. Ancak satıcı malların varış limanına kadar olan taşıma masraflarını, navlunu ve ihracat ve buna ilişkin gümrük masraflarını ödemekle yükümlüdür; buna karşın satıcının alıcı için sigorta yaptıрма ve ithalat ve buna ilişkin masrafları ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁸. Alıcı navlun ücreti dışında taşıma sürecindeki ve boşaltma anındaki tüm masraflara katlanır.

- **CIF (Cost, Insurance And Freight- Masraflar, Sigorta Ve Navlun) :** CIF teslim türü de yalnızca içsu veya deniz taşımacılığında kullanılabilen bir terimdir. Esasen satıcının yükümlülükleri açısından CIF teslim türünde satıcının sigorta sözleşmesini yapma ve primleri ödeme yükümlülüğü dışında CFR teslim türü ile aynı özellikleri taşımaktadır. CIF teslim türünde, satım sözleşmesine konu malların satıcı tarafından gemide teslim edilmesi ya da önceden teslim edilmiş malları temin yani tedarik edilmesi ile birlikte, teslim yükümlülüğü satıcı açısından yerine getirilmiş olur ve böylece teslim anından itibaren mallarda oluşabilecek masraf ve hasarlar alıcıya geçer. CFR ile CIF arasındaki tek fark olan satıcının sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğü açısından ise bu sigorta sözleşmesi malların uğrayacağı hasar ve ziya rizikosuna karşı asgari nitelikte bir teminat sağlamaktadır; ancak alıcı taraf daha geniş kapsamlı bir teminat talep ederse, bu konuda alıcı ve satıcı arasında açık bir anlaşma olması ya da alıcının kendi adına ek bir sigorta yaptırması gerekmektedir³⁹.

³⁷ Erdem, s. 123.

³⁸ Evirgen, s. 22.

³⁹ Erdem, s. 136.

F. Incoterms 2000 Uygulaması ile Incoterms 2010 Uygulamasının Karşılaştırmalı Analizi

- Incoterms 2000 Uygulaması ile Incoterms 2010 Uygulamasının Yapısal Olarak Karşılaştırılması: Terim sayısı ve terimlerin gruplandırılması açısından INCOTERMS 2000 kurallarında on üç adet ticari terime yer verilmişken INCOTERMS 2010 kurallarında DDU, DEQ, DES ve DAF ticari terimleri kaldırılmış, bunların yerine DAT ve DAP ticari terimleri kabul edilerek terim sayısı on bir olarak değişmiştir. Bu sayede aralarında az fark bulunan ticari terimler aynı terim altında birleştirilmiştir⁴⁰. Böylece benzer terimler sebebiyle uygulamacıların karşılaşılabileceği karışıklıklar engellenerek daha sade bir sistem oluşturulmak istenmiştir⁴¹.

Incoterms kurallarının tarihi gelişiminin ele alındığı başlıkta açıklandığı üzere, INCOTERMS 2000 kuralları ile terimler tarafların hak ve yükümlülüklerine göre dört grup olarak gruplandırılmış ve terimlerin baş harfleri ile anılmaya başlanmıştır. Ancak INCOTERMS 2010 kuralları ile bu gruplandırma şekli terk edilmiştir.

INCOTERMS 2000 kuralları ile benimsenen ve terimlerin baş harfleri esas alınarak oluşturulan gruplandırma sisteminde C, D,E ve F olmak üzere dört grup terim oluşturulmuştu. Bu gruplandırma sisteminde C grubunda CPT, CIP, CIF ve CFR terimleri, D grubunda DDU, DES, DDP, DAF VE DEQ terimleri E grubunda EXW terimi ve F grubunda FCA, FAS ve FOB terimleri yer almıştı.

Ancak INCOTERMS 2010 kuralları ile terimlerin baş harflerini esas alan bu dört gruplu ayırma son verilmiş ve terimlerin öngördüğü taşıma şeklinin esas alındığı bir gruplandırma yöntemi benimsenmiştir. Buna göre, INCOTERMS 2010 kuralları uyarınca yapılan ayırma terimler, tüm taşıma şekillerine uygulanabilen terimler ve yalnızca içsu ve deniz taşımacılığında kullanılan terimler olarak gruplandırılmıştır. Bu gruplandırma şeklinde, tüm taşıma şekillerine uygulanabilen terimler DAP, EXW, FCA, DDP, CIP, CPT ve DAT terimleri yer alırken, yalnızca içsu ve deniz

⁴⁰ Mutlu Yılmaz, , Ahmet Özken ve Necmettin Şahin, “Incoterms 2000 ve 2010’un Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamasındaki Eksiklikler”, **Journal of Yaşar University**, Sayı: 23, Yıl: 6, 2011, ss. 3814-3825, s. 3818.

⁴¹ Jan Ramberg, **ICC Guide to Incoterms® 2010, Understanding and Practical Use**, ICC Publications No:720, Paris, 2011, s. 9.

taşımacılığında kullanılan terimler kategorisinde CFR, FOB, CIF ve FAS terimlerine yer verilmiştir. Gruplandırma yöntemlerinin değiştirilmesi, INCOTERMS 2000 ve INCOTERMS 2010 kuralları açısından aralarındaki en önemli farklardan biri olarak görülmektedir. INCOTERMS 2010 kurallarında, içsu ve deniz taşımacılıklarında kullanılan terimlerin diğer tüm taşıma yöntemlerine uygulanabilen terimlerden ayrı tutularak, farklı bir kategori oluşturulmasının nedeni olarak ise deniz taşımacılığının milletlerarası ticarete en fazla kullanılan yöntem olması ve tacirler tarafından bu grupta bulunan terimlerin çok fazla tercih edilmeleri gösterilmektedir⁴². Ayrıca yapılan gruplandırma ile, deniz taşımacılığına özgü terimlerin özelliklerine uygun olmayan diğer taşıma yöntemlerine uygulanması riskinin ortadan kaldırılarak uygulamada yaşanabilecek olası sorunların önüne geçildiği görüşü de ifade edilmektedir⁴³.

INCOTERMS 2000 ve INCOTERMS 2010 kuralları arasındaki bir diğer farklılık ise ticari terimlerin sayısında azalmaya gidilmesi ve bazı terimlerin kaldırılarak yerine yeni terimlerin getirilmesidir. Bu noktada özellikle INCOTERMS 2000 kurallarında D grubu altında öngörülen terimlerden yalnızca DDP ticari terimi INCOTERMS 2010 kuralları arasına alınırken; DES, DAF, DDU ve DEQ terimleri ticari terimler arasından çıkarılmış ve bu terimlere INCOTERMS 2010 kurallarında yer verilmemiştir. Bu çıkarılan ticari terimler yerine DAP ve DAT ticari terimleri getirilmiştir. Bu şekilde daha önce D grubu terimlerde DES ve DEQ gibi yalnızca deniz ve içsularda kullanılabilen terimler kaldırılmış⁴⁴ ve tüm D grubu terimler bütün taşıma şekillerine uygulanabilecek şekilde düzenlenmiştir.

Kuralların düzenleniş biçimi açısından DAP terimi DAF, DES ve DDU terimlerini içerik olarak kapsayacak şekilde ve DAT ticari terimi ise DEQ terimini ihtiva edecek şekilde bütün taşıma yöntemlerine uygun olarak yeniden düzenlenmiştir⁴⁵. Bununla birlikte tarafların hak ve yükümlülükleri açısından ve teslim şekli açısından ticari terimlerde varma yerindeki terminal noktasında malların boşaltılarak teslim edildiği teslim şekli veya kararlaştırılan başka bir noktada

⁴² Taşçı, s. 72.

⁴³ Taşçı, s. 73.

⁴⁴ Şanlı ve Ekşi, s. 122.

⁴⁵ Taşçı, s. 71.

malların boşaltılmayarak teslim edildiği teslim şekli olarak bir ayırım yapılmış ve daha basit bir usul izlenmiştir⁴⁶.

Ticari hayat açısından, INCOTERMS 2000 kuralları arasında yer verilip de tacirler arasında kullanımına alışılmış ve yaygınlaşmış olan ancak INCOTERMS 2010 kuralları arasında öngörülmeyen terimlerin tacirler tarafından kullanılmaya devam edilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁴⁷. Ancak bu terimleri kullanacak tacirlerin sözleşmelerinde bu terimlere yer verirken INCOTERMS 2000 kurallarını uyguladıklarını açık hüküm olarak belirtmeleri uygulamada yaşanabilecek karışıklıkları engellemek açısından uygun olacaktır.

Incoterms kurallarından yararlanılabilmesi için taraflar arasındaki sözleşmeye bu terimlerden birinin üç harften oluşan kısaltmasının yer verilmesi yeterlidir. Ancak satış sözleşmesine konu malların teslim yerinin de bu terimlerin yanında açıkça gösterilmesi ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçilmesi açısından önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra CFR, CPT, CIP ve CIF ticari terimlerinin kullanıldığı durumlarda belirlenen yerin teslim yeri değil malların varış yeri olduğu bilinmelidir⁴⁸.

INCOTERMS 2010 kuralları ile daha önceki Incoterms kurallarında tarafların hak ve yükümlülüklerinin gösterilmesi konusunda düzenleniş usulü açısından bir değişikliğe gidilmediği görülmektedir. “Ayna Yöntemi” (Mirror Method) olarak adlandırılan bu yöntemde tarafların yükümlülükleri, satıcı açısından A sütununda, alıcı açısından B sütununda karşılıklı gelecek şekilde düzenlenmektedir⁴⁹. Bu sistemde INCOTERMS 2010 kuralları açısından örneğin, A1-B1 tarafların genel borçlarını, A3-B3 sigorta ve taşıma sözleşmelerini, A5-B5 hasarın geçişini ifade etmektedir⁵⁰.

- Incoterms 2000 Uygulaması ile Incoterms 2010 Uygulamasının Terim İçerikleri Açısından Karşılaştırılması: Terimlerin içeriği açısından yapılan değişikliklerde ise INCOTERMS 2000 ile INCOTERMS 2010 kuralları arasında hasarın geçiş anı, zincirleme satışlarda teslim, sigorta hükümleri ve masrafların karşılanması yönünden değişikliklere gidilmiştir.

⁴⁶ Taşçı, s. 72.

⁴⁷ Yılmaz, Özken ve Şahin, s. 3817.

⁴⁸ ICC, Incoterms® 2010, s. 11-12.

⁴⁹ Erdem, Lex Mercatoria, s. 235.

⁵⁰ Yılmaz, Özken ve Şahin, s. 3816-3817.

Hasarın geçiş anı açısından, 2010 yılından önce Incoterms terimleri açısından genel kural satış sözleşmesine konu mallar açısından hasarın malların alıcıya teslim edildiğı noktada alıcı tarafa geçmesi idi. Bu kuralın istisnasını ise FOB, CIF ve CFR terimleri oluşturmaktaydı⁵¹. Söz konusu istisnayı oluşturan üç Incoterms kuralında 2010 yılına dek hasarın alıcıya geişı, teslimden önceki zamanda malların gemi kpeştesi denilen çizgiyi geçmesi ile gerekleşmekteydi⁵². Uzun süre bu şekilde uygulanmış olan bu istisnalar açısından, bilimsel ve teknik gelişmeler sonucu taşımacılığın değışime uğraması ve ro-ro tipi taşıma yöntemlerinde olduğı üzere malların gemi kpeştesini geçmesi gibi hallerin bulunmadığı taşıma şekilleri açısından sorunlar oluşmaya başlamıştır⁵³. Bu sebeple, 1936 yılından bu yana uygulanan ancak artık deniz taşımacılığında bir anlam ifade etmeyen teslim yeri – hasarın geçiş noktası ayrımı kaldırılarak, satış sözleşmesine konu mallara ilişkin hasarın gemi taşımacılığında malların teslimi ile alıcıya geeceğı bir sistem benimsenmiştir⁵⁴. Bu şekilde hasarın geişı hükümleri açısından, tüm Incoterms terimleri için yeknesak hale getirilerek sadece malların alıcıya teslim edilme anı esas alınmış, tereddüde yer bırakmayacak şekilde net bir düzenlemeye yer verilmiştir ve gemi kpeştesini esas alan sistem terk edilmiştir⁵⁵.

INCOTERMS 2010 kuralları zincirleme satışlarda teslimi ilişkin de yenilikler getirmiştir. Bilindiğı üzere uluslararası ticarete kimi zaman birden fazla zincirleme satış ilişkisi ile karşılaşılabilmektedir. Bu durumlarda da sözleşmelerin taraflarının Incoterms hükümlerinden faydalanması mümkündür. Bu bakımdan zincirleme satışlar açısından INCOTERMS 2000 kurallarından farklı olarak INCOTERMS 2010 kuralları, satış zincirinde bulunan ilk satıcı dışında sonraki satıcılar için yüklenmiş malları tedarik etme düzenlemesini öngörmüştür. Bu düzenlemeden önce yani INCOTERMS 2000 ve öncesinde, zincir satışlarda ilk satıcı haricinde kalan sonraki satıcılar için sadece malların yüklenmesi sorumluluğı bulunmaktaydı ve malların yüklenmesi (shipment) yükümlülüğüne yer veriliyordu.

⁵¹ Yılmaz, zken ve şahin, s. 3818.

⁵² Erdem, 2001, s. 182.

⁵³ Taşçı, s. 83.

⁵⁴ Taşçı, s. 84.

⁵⁵ Roberto Bergami, “INCOTERMS 2000 as a Risk Management Tool for Importer,” **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, Sayı: 2, Yıl: 2006, ss. 273-286, s.276.

INCOTERMS 2010 ile birlikte yüklenen malları tedarik etme (procure goods shipped) yükümlülüğü bir alternatif olarak öngörülmüştür⁵⁶.

Önceki düzenlemeler açısından, ilk satıcı haricinde satış zincirinde bulunan diğer satıcıların, mallar zaten yüklenmiş olduğu için malları yükleme borcu altına girmelerinin gerekli olmadığı açıktı. Söz konusu düzenleme ile birlikte sonraki satıcılar yükleme borcuna alternatif olarak yüklenen malları temin borcu altına girecek ve milletlerarası ticaret açısından daha uygulanabilir bir kural getirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile birlikte, CFR, FAS, CPT, CIF, FOB, CIP ve FCA terimlerinde ilk satıcıdan sonraki satıcılar için taşıma sözleşmesi yapma yükümlülüğü getirilmiş ve bu terimlerin diğer ilgili hükümlerinde düzenlemeler yapılmıştır⁵⁷.

Sigorta hükümlerine ilişkin olarak ise INCOTERMS 2010 kuralları da dahil olmak üzere bugüne dek yayımlanan Incoterms açısından, yalnızca CIF ve CIP terimlerinde ve sadece satıcılar için sigorta yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Diğer Incoterms terimleri için böyle bir zorunluluk olmamakla birlikte ihtiyaç duyulan hallerde satış sözleşmesinde ayrıca sigorta hükümlerine yer verilmektedir⁵⁸. Bu konuda Incoterms 2000 hükümlerinde A10-B10 düzenlemelerinde genel olarak bilgi verme yükümlülüğü getirilmiş ve bu yükümlülüğe sigorta konusunda verilecek bilgiler de dahil edilmişti. Ancak INCOTERMS 2000 hükümlerinden farklı olarak INCOTERMS 2010 düzenlemesinde sigortalara ilişkin bilgi verme yükümlülüğüne genel bilgi verme hükmünden ayrı olarak A3-b/B3-b düzenlemesinde yer verilmiştir⁵⁹.

Sigorta hükümlerine ilişkin yapılan söz konusu değişikliğin yanında, 2009 yılında Enstitü Kargo Kurallarında (LMA/IUA) değişiklik yapılması ile birlikte INCOTERMS 2010 kurallarında da buna uygun olarak değişikliğe gidilmiş ve uluslararası standarttaki sigorta kuralları ile Incoterms kurallarının uyumlu olmasına çalışılmıştır⁶⁰. Bu açıdan, CIP ve CIF ticari terimlerinin kullanıldığı satış sözleşmelerinde satıcı asgari olarak, Enstitü Kargo Kurallarında yer verilen; güvenilir bir sigorta şirketi ile gerçekleştirilen bir yük sigortasını temin etmek,

⁵⁶ ICC, Incoterms® 2010, s.15.

⁵⁷ ICC, Incoterms® 2010, s.40.

⁵⁸ Erdem, Incoterms, s. 193

⁵⁹ ICC, Incoterms® 2010, s.14-22.

⁶⁰ Taşçı, s. 87.

sigortanın kapsamı açısından yükleme yerinden varış yerine kadar ve satış sözleşmesinde öngörülen bedelin minimum %110'u kadar bir miktarda koruma sağlayan bir sigorta yaptırmakla yükümlü kılınmaktadır⁶¹. Bunun yanında elbette taraflar, hem CIF ve CIP terimleri için, hem de diğer ticari terimler için satış sözleşmelerinde ayrıca hüküm düzenleyerek daha geniş kapsamlı sigorta hükümleri belirleyebileceklerdir.

INCOTERMS 2010 kurallarında masraflara ilişkin de yenilikler getirilmiştir. INCOTERMS 2010 kuralları ile masraflar konusunda oluşturulan yenilik esasen, *terminal elleçleme giderlerinin*⁶² satış sözleşmesinin tarafları açısından nasıl bölüştürüleceği konusundaki karışıklığın giderilerek bu giderlerin karşılanmasında satıcı ve alıcının sorumluluklarını açık bir şekilde düzenlenmesidir⁶³. Terminal elleçlemesi kavramı,

“denetlenecek malların temel özelliklerinin değiştirilmeden istiflenmesi, büyük kaptan küçük kaba aktarımı, kaplarda yenileme ya da onarım, havalandırma, kaldırma, karıştırma gibi faaliyetlerin tamamı” şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁴.

Uygulamada satış sözleşmesinde satıcı tarafın malların varma yerine kadar olan nakliye masraflarını karşılama yükümlülüğünü üstlendiği satış şekillerinde – ki satış sözleşmelerinde CFR, DAP, CIP, CIF, DDP, DAT, CPT terimlerinin kullanılması ile taşıma masraflarını yüklenen taraf satıcı olmaktadır -, nakliye masraflarının malların varma yerindeki terminal içinde taşınması masraflarını da (yani elleçleme giderlerini de) içerip içermediği konusunda sözleşmelerine açık hüküm koymadıkları durumda bu giderlerin hangi tarafça karşılanacağı konusunda problemler yaşanmaktaydı⁶⁵. Bu sorunun giderilmesi için INCOTERMS 2010 kurallarında CFR, DAP, CIP, CIF, DDP, DAT, CPT kuralları açısından bir düzenlemeye gidilerek, satıcı tarafların malların sözleşmede belirtilen varma yerine kadar götürülmesi için gerekli tüm masrafları karşılamaları ve tüm işlemleri yerine getirmeleri gerektiği yönünde açık bir düzenleme yapılmıştır ve ilgili sorun çözülmüştür⁶⁶.

⁶¹ ICC, Incoterms® 2010, s. 52.

⁶² Incoterms 2010 resmi dilinde terminal elleçleme giderleri, *terminal handling charges* şeklinde ifade edilmektedir.

⁶³ Taşçı, s. 88.

⁶⁴ Taşçı, s. 88.

⁶⁵ Taşçı, s. 88.

⁶⁶ ICC, Incoterms® 2010, s.14.

III. INCOTERMS KURALLARININ UYGULAMA ALANI

Incoterms düzenlemelerinin amacının, tacirler arasından gerçekleştirilen mal satımı sözleşmeleri kapsamında, alıcı ve satıcı tarafların hak ve yükümlülüklerinin ve sigorta ve hasarın geçişi gibi katlanılacak sorumlulukların paylaşılması gibi hususlar hakkında küresel ölçekte bir yeknesak kurallar bütünü ihdas etmek olduğunu ifade etmek mümkündür⁶⁷.

A. Sözleşme Türleri ve Taşınacak Mal Açısından

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Incoterms hükümleri yalnızca mal satım sözleşmelerine uygulanabilecek yapıdadır. Satım sözleşmesi dışındaki sözleşme tiplerinde Incoterms kurallarının uygulanması imkan dahilinde değildir⁶⁸.

Satım sözleşmesi açısından ise Incoterms hükümleri maddi (somut) olmayan mallar ve taşınmazlar için uygulanamazlar. Incoterms kuralları yalnızca taşınabilir, somut, teslim edilmeye uygun ve somut malları konu alan satım sözleşmelerinde kullanılabilir niteliktedir. Fikri mülkiyet ya da hizmet satımına ilişkin sözleşmelerde Incoterms ticari terimlerinin kullanılması imkanı bulunmamaktadır⁶⁹.

B. Kişi Türleri Bakımından

Incoterms'in uygulama alanının kişi bakımından sınırları açısından, bu terimler sözleşmenin taraflarının tüzel kişi veya gerçek kişi, özel hukuk veya kamu hukuku kişisi olduğuna bakılmaksızın yalnızca alıcı ve satıcı arasındaki sözleşmesel ilişkide uygulanır. Bu açıdan ticari sözleşmeye konu malları taşıyan ile satıcı ve

⁶⁷ Mutlu Yılmaz, Ahmet Özken ve Necmettin Şahin, ““Incoterms 2000 ve 2010’un Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamasındaki Eksiklikler”, **Journal of Yaşar University**, Sayı: 23, Yıl: 6, 2011, ss. 3814-3825, s. 3816.

⁶⁸ Sevinç Kuyucu, s. 24.

⁶⁹ Constantin Carantu ve Mihaela Loredana Lapaduşi, “Complex Issues regarding the Role and Importance of Internationally Codified Rules and Incoterms”, **Petroleum-Gas University of Ploiesti Bulletin**, Sayı: 62, Yıl: 2010, ss. 98-110, s. 98.

sigortacı ile sigorta ettiren arasında kurulan ilişki Incoterms kapsamında görülmektedir⁷⁰.

C. Konu Bakımından

Konu bakımından ise Incoterms kuralları mülkiyetin devri, mücbir sebep, sözleşmenin ihlali ve sorumluluktan kurtulma hallerini düzenlemezken; yalnızca malın hasar ve masraflarının alıcıya geçiş zamanını ve malların teslim şekline ilişkin hususları düzenlemektedir⁷¹. Incoterms kurallarından sözleşmenin ihtilaf çıkabilecek tüm yönlerinin düzenlenmesi beklenemez; bir sözleşmede Incoterms kurallarına atıf yapıldığında kullanılan ticari terimin türüne göre hasarın geçişi, teslim anı gibi unsurların yanında sigorta ve taşıma maliyetleri gibi unsurlar düzenlense de, bunlar dışında kalan hususlar açısından sözleşmede bir hüküm bulunup bulunmadığına, taraflar herhangi bir anlaşmaya varmamışsa CISG gibi uyuşmazlığa uygulanabilecek uluslararası sözleşmelere ve kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak maddi hukuk bulunmak suretiyle uygulanacak hukuka göre uyuşmazlıklar çözümlenecektir⁷².

Incoterms kuralları, satım sözleşmesine konu malların ambalajlanması, taşınması ve buna ilişkin giderlerin karşılanması, taşıma sigortasının yapılması ve ücretinin yüklenilmesi, malların alıcıya teslim edileceği yerin belirlenmesi, malların taşıma aracına yükleme ve indirme yükümlülüklerinin üstlenilmesi, teslim ilişkin belgelerin temini, hasarın geçişi, teslim sırasındaki risklerin yüklenilmesi, teslim alma ve teslimde bulunma yükümlülüklerinin belirlenmesi ve gümrük ve ihracat-ithalata ilişkin işlemlerin yükümlenmesine ilişkin kuralları belirlemektedir⁷³. Bunlar dışındaki hususlar Incoterms kurallarının düzenleme alanına dahil değildir. Incoterms kurallarının düzenlemediği ancak taraflar açısından önem arz eden satım sözleşmesinin ihlal edilmesi, sözleşmenin sona ermesi, fesih halleri, satım

⁷⁰ Işınsoy Hamşioğlu, **Incoterms 2010 Kuralları Çerçevesinde Cif (Sif) Satışta Tarafların Yükümlülükleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 24.

⁷¹ Hamşioğlu, s. 24.

⁷² Hacı Can ve Ali Gümrak Toker, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (Özel Hukuk), s.133 – 134; Taşçı, s. 78.

⁷³ Nuray Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 184-185.

sözleşmesinde bedelin ödenmesi şekli, mülkiyetin geçişi gibi konular sözleşmeye ve ona uygulanacak hukuka göre tayin edilecektir⁷⁴.

D. Ülke İçinde Uygulanabilmesi Bakımından

Ülkesel anlamda uygulanması açısından ise her ne kadar milletlerarası ticari sözleşmelerde uygulanmasına dair yaygın bir kanı bulunsa da, Incoterms 2000 ile birlikte ve AB'nin ve ABD'nin iç hukukta da bu kuralları uygulamadaki istekli tutumları dolayısıyla Incoterms kurallarının ulusal yani iç ticarete de kullanılma sıklığı artmıştır⁷⁵. Bunun yanında INCOTERMS 2010 kuralları ile birlikte, Incoterms tanımlanırken “milletlerarası” sözcüğü kullanılmamış, tüm satım sözleşmelerini kapsayacak şekilde bir tanım tercih edilmiştir. İlk kez söz konusu ticari terimlerin hem ülke içi hem de ülke dışı satım ilişkilerinde kullanılabileceği belirtilmiştir⁷⁶. INCOTERMS 2010 açısından iç ticaret olarak, yalnızca ülkelerin kendi içlerinde gerçekleşen mal satım ilişkilerini değil, aynı zamanda Avrupa Birliği'nde örneği bulunduğu gibi gümrük birliği uygulaması bulunan ülkesel birliklerde yapılan mal satımları da iç ticaret olarak görülmektedir⁷⁷. Bu bakımdan Incoterms hakkında Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın verdiği kararlar, Birliğin temel unsuru olarak kabul edilen Gümrük Birliği'ne⁷⁸dahil bir devlet konumunda bulunan Türkiye için de önem arz eder niteliktedir.

E. Zaman Bakımından

Zaman bakımından Incoterms kurallarının uygulanmasında ise bir kısıtlama bulunmamaktadır; taraflar Incoterms kurallarının en son versiyonu olan Incoterms 2010 kurallarını esas alabilecekleri gibi tarihini açıkça sözleşmede belirtmek

⁷⁴Taşçı, s.89.

⁷⁵Hamşioğlu, s.24-25.

⁷⁶ ICC, Incoterms® 2010, s. 11.

⁷⁷Yılmaz, Özken ve Şahin, s. 3816.

⁷⁸ Hacı Can ve Çınar Özen, **Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005, (Ortaklık Hukuku), s. 140-141.

kaydıyla Incoterms kurallarının daha önce yayımlanan versiyonlarını da esas alarak bu terimleri kullanabilirler⁷⁹.

Son versiyon Incoterms önceki versiyonları ortadan kaldırmamaktadır. Bunun sonucu olarak uygulanmakta olan bir satım sözleşmesi bulunması halinde, bu sözleşme devam ederken yeni bir Incoterms düzenlemesi yürürlüğe konursa, taraflar sözleşme atfında herhangi bir değişiklik yapmadığı müddetçe sözleşmede ilk kararlaştırıldığı şeklinde geçerli olan Incoterms hükümleri uygulanır⁸⁰. Fakat örneğin Incoterms 2010 kurallarının ihdas edilmesinden sonra akdedilen bir satım sözleşmesinde, Incoterms'in hangi versiyonuna göre ticari terim kullanıldığı açıkça belirtilmemişse, en son versiyon olan Incoterms hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir⁸¹.

IV. INCOTERMS KURALLARININ DOĞUŞU: LEX MERCATORIA

Yukarıda detaylıca incelenen Incoterms kuralları, her ne kadar Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yazılı hale getirilmiş ise de, özel teslim şekilleri olarak adlandırabileceğimiz bu kuralların doğuşu aşağıda açıklanacağı üzere, lex mercatoria'ya dayanmaktadır. Nitekim sözleşme hükmü olmasa dahi uygulanabilmesi de Incoterms kurallarının yazılı hale getirilmiş olmasından değil, bu kuralların lex mercatoria niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, bu kısımda tarafımızca lex mercatoria'nın ne olduğu üzerinde durulacaktır.

A. Lex Mercatoria Kavramı

“Lex mercatoria” terimi köken olarak latince bir sözcük öbeğidir ve “tacirlere uygulanan hukuk”⁸² olarak dil biliminde tanımlanmaktadır⁸³. Lex sözcüğü, Latince dilinde “hukuk” sözcüğünün anlamını karşılamaktadır⁸⁴. Bunun yanında lex sözcüğü Latince dilinde başka bir anlamı ile “*hukuki yaptırımı bulunmayan*

⁷⁹Hamşioğlu, s.25.

⁸⁰Taşçı, s. 87

⁸¹Hamşioğlu, s. 26.

⁸²İngilizce dilinde mercantile law veya law merchant olarak çevrilmiştir.

⁸³Thomson West ve Bryan A. Garner, **Black's Law Dictionary**, 8. Baskı, United States of America 2nd Reprint, New York, 2007, s. 931.

⁸⁴West ve Garner, s. 927.

kanunlaştırılmamış kurallar” ifadesini de karşılamaktadır. Önde gelen sözlüklerden birinde de *lex* sözcüğünün bu anlamının daha ziyade “statuary law” teriminin yerine kullanıldığı belirtilmektedir. Bu demektir ki; *lex* sözcüğünün bu anlamı ile doğal hukuk kurallarının dışında pozitif hukuk kurallarını ifade etme amacı güdülmektedir⁸⁵.

Latince “Jus” sözcüğü genel anlamda hukuku karşılarken, “*lex mercatoria*” şeklinde ifade edilen *tacirlere uygulanan hukuk* (law merchant⁸⁶) ise; Ortaçağ’da ve 17. asırda tacirler arasında uygulanan normları açıklamaktaydı.

1980’lerden itibaren yeni bir anlam ihtiva etmeye başlayan *lex mercatoria*, uluslararası ticaret hukukunun bir parçası şeklinde görülmüştür. Bugün ise *lex mercatoria*, milletlerarası ticarete tacirler arasında oluşan ticari ilişkilerden kaynaklanan teamül ve uygulamaların toplamına karşılık gelen bir kavram niteliğini taşımaktadır⁸⁷.

Lex mercatoria terimi, Türkçe’de de bu ifade esas alınarak kullanılmaktadır ve doktrinde bazı görüşler tarafından “*milletlerarası ticari örf ve âdetler*” şeklinde de konumlandırılmaktadır. Bunun yanında doktrinde bazı yazarlar tarafından *lex mercatoria* yerine “*ius mercatorium*” ifadesi de kullanılmaktadır⁸⁸.

Farklı ulusal aidiyetlere ve hukuki alt yapılara tabi olan tacirlerin milletlerarası ticaret kapsamında gerçekleştirdikleri işlemlerin benzer ilkeler ve uygulamalar meydana getirmesi neticesinde oluşan, yerel hukuk kurallarından bağımsız ve özerk bir hukuki yapının oluştuğuna ilişkin kabul, *lex mercatoria* teriminin ortaya çıkmasını ve benimsenmesini sağlamıştır⁸⁹.

Türk hukuku doktrininde de *lex mercatoria*’nın kabul edilmiş kesin bir tanımı bulunmamaktadır ancak *lex mercatoria*’nın birçok tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Bu tanımlar göz önüne alınarak, *lex mercatoria* kavramının şu şekilde tanımlanmasının mümkün olduğu söylenebilir: “*Lex mercatoria, milletlerarası ticari ve sınaî sektörde hukuki ilişkiye giren tarafların birbirleriyle olan ticari ilişkilerini düzenlemede*

⁸⁵Hatice İdil Selçuk Ölçek, **Lex Mercatoria Ve Uygulaması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 35.

⁸⁶West ve Garner, s. 903.

⁸⁷Selçuk Ölçek, s. 73.

⁸⁸Selçuk Ölçek, s. 36.

⁸⁹Ceyda Süral, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, Güncel Yayınevi, İzmir 2008, s. 204.

kullandıkları yaygın bir biçimde benimsenmiş olan ticari örf, âdet ve teamüllerin bütünü ve bu maksatla geliştirilmiş olan kuralları ifade etmektedir.”⁹⁰

Yine, lex mercatoria’nın yapılan iki farklı tanımı daha vermek uygun olabilir. Lex mercatoria bir kaynakta şu şekilde tanımlanmaktadır:

*“Lex mercatoria milletlerarası ticarete geçerli olan az sayıdaki maddi hukuk kuralını tamamlamak üzere milletlerarası ticaret hukukuna özgü normlar bütünüdür. Lex mercatoria ile kastedilen milli hukuklardan bağımsız ve doğrudan milletlerarası ticaretin örf ve adetlerinden doğan normlardır.”*⁹¹

Bir başka yazar tarafından ise lex mercatoria’nın tanımı şu şekilde verilmektedir:

*“Lex mercatoria, farklı ülkeleri ilgilendiren özel ticari ilişkileri düzenleyen hukuki kurallar bütünü; hiçbir milli hukuk sistemine dayanmadan, uluslararası ticaret çerçevesinde spontane bir biçimde oluşmuş genel ilkeler ve örf- âdet kuralları bütünü; milletlerarası ticaret camiası tarafından yaratılan bağımsız bir hukuk sistemi[dir].”*⁹²

Bir başka tanım ile, belirli bir ticari çevrede genel olarak görülen, uygulanagelen ve genel olarak kabul görmüş⁹³ davranış biçimi olarak tanımlanan lex mercatoria uluslararası ticaret hukukunun en önemli kaynaklarındanır.

Lex mercatoria, ilgili çevrelerce belirli bir düzene sahip olması sebebiyle söz konusu ticari çevre ile ilgilenenler için bağlayıcıdır⁹⁴. Ticari teamüllerin ilgili ticari çevre arasındaki sözleşmelerde, sözleşmedeki boşlukların doldurulması ve taraf iradelerinin ve sözleşme maddelerinin yorumlanması olmak üzere iki temel amacı bulunmaktadır⁹⁵.

Lex mercatoria öğretide tanımlandığı üzere az sayıdaki milletlerarası ticaret hukukuna özgü kuralların bütünü olarak kabul edilmektedir. Lex mercatoria, ulusal hukuklardan bağımsız olarak ve milletlerarası ticarete özgü örf ve adetlerde kaynağını bulan kurallar olarak belirtilmektedir⁹⁶. Ayrıca öğretide kabul edildiği üzere, milletlerarası ticaretin tarafları veya hakemler tarafından hukukun genel

⁹⁰ Selçuk Ölçek, s. 37.

⁹¹ Erdem, Ticaret, s. 2.

⁹² Didem Özdemir, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı:1-2, Haziran-Aralık, 2003. (Aktaran: Karakaya Gül, , s. 17).

⁹³ Sevinç Kuyucu, s.16.

⁹⁴ Ercüment Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2017, (Ticaret) s.157.

⁹⁵ Tolga Ayoğlu, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.170.

⁹⁶ Erdem, Ticaret, s. 2.

ilkelerine, milletlerarası ticari öf ve adete, milletlerarası ticaretin ulusüstü kurallarına yapılan göndermelerin lex mercatoria olduğu belirtilmektedir⁹⁷.

İleride inceleneceği üzere, lex mercatoria'yı oluşturan kurallar, uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözen tahkim yargılamalarında görev yapan hakemler açısından lex fori olarak da kabul edilebilmektedir. Bunun yanında lex mercatoria'yı oluşturan kuralların, anlaşmazlığa konu işlerin muhtevası ve niteliği göz önüne alındığında milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılayabilecek “en uygun hukuk kuralları” olduğu da ifade edilmektedir.

Lex mercatoria kuralları ancak tacirler arasında uygulanabilir. Tacir olmayanlar hakkında ise onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulama alanı bulmaktadır⁹⁸.

Lex mercatoria'nın içeriğinin doktrindeki görüşler göz önüne alındığında kısmen belirsiz olduğu söylenebilir. Ancak lex mercatoria'nın tacirler arasında ve ticaret mahkemelerinde uygulanan, bir bölümü uyuşmazlığın esasına yönelik bir bölümü ise ispat ve usule ilişkin hükümler olan bir hukuk olduğu ifade edilmektedir⁹⁹.

B. Lex Mercatoria'nın Hukuki Niteliği

Lex mercatoria terimi hakkında oluşturulduğu zamandan beri doktrinde hukuki niteliğine ilişkin kuramlar oluşturulmuş; ancak her zaman fikir ayrılıklarına konu olmuştur. Lex mercatoria'nın hukuki niteliği konusunda esas sorular şu şekildedir: Lex mercatoria kendi başına bir hukuki sistem ve düzen oluşturur mu? Tacirler, kendilerine özgü kurallarını oluşturma kabiliyetini haiz bir topluluk mudur?¹⁰⁰ Lex mercatoria bir hukuk düzeni midir yoksa bir hukuk sistemi midir?¹⁰¹

20. asırda bu tartışmalar Clive Schmitthoff, Edouard Lambert, Philippe Kahn ve Berthold Goldman tarafından ortaya konmuştur. Lex mercatoria'nın hukuki

⁹⁷ Erdem, Ticaret, s. 2.

⁹⁸ İsmail Doğanay, **Ticari Alım Satım Akdi ve Nevileri**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 2003, s.9-12.

⁹⁹ Helen West Bradley, “History of The Law Merchant, The Law Merchant or Lex Mercatoria”, Boston, 1929, <http://szabo.best.vwh.net/lex.html>, (06.06.2019), s. 3.

¹⁰⁰ Ercüment Erdem, “Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi”, **Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, (Lex Mercatoria), s. 323.

¹⁰¹ Antoine Kassis, **Théorie Générale des Usages du Commerce, Droit Comparé Contrats et Arbitrage Internationaux Lex Mercatoria**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984, s. 375 vd.

niteliğine ilişkin ilk görüş milli hukuklardan bağımsız bir kurallar bütünü ve hukuk düzeni olduğunu savunan Goldman'ın görüşü iken, lex mercatoria'nın hukuki niteliğine ilişkin ikinci görüş tacirlere özgü bir hukuktan bahsedilemeyeceğini ve lex mercatoria'nın bağımsızlığının göreceli olduğunu savunan görüştür. Karma ya da modern görüş olarak belirtilen görüş ise lex mercatoria'nın bağımsız bir hukuk düzeni olmadığını ancak milletlerarası ticarete has maddi hukuk kuralları bütünü oluşturduğunu belirtmektedir.

1920'li yıllarda Edouard Lambert, milletlerarası ticaretin, yalnızca milli hukuklar ve mahkemeler tarafından yönetilmediğini; genel koşullar, ticari teamüller ve tahkim ile birlikte kendine has bir hukuk sistemi oluşturduğunu belirtmiştir.

Özerk (otonomist) yaklaşıma göre, lex mercatoria, herhangi bir ulusal hukuk uygulanmaksızın esas alınabilecek ve bu bakımdan da özerk (otonom) bir niteliği haiz olan genel ilkeler, örf ve âdetlerin tamamına karşılık gelmektedir¹⁰². Bu bakımdan lex mercatoria, milli hukuklardan ayrı ve direkt milletlerarası ticaretin örf ve âdetlerinden kaynaklanan kurallar olarak kabul edilmektedir. Bu görüşte lex mercatoria bağımsız bir hukuk sistemi şeklinde görülmekte¹⁰³, böylece lex mercatoria'nın tacirler tarafından esasa uygulanacak hukuk olarak belirlenebilmesini öngörülmektedir¹⁰⁴.

Bu doğrultuda, Berthold Goldman lex mercatoria'nın kaynaklarının milletlerarası maddi hukuk normlarını, sözleşmeleri, hukukun genel ilkelerini, ticari teamülleri ve bu kuralların hukuki niteliğini ve bağlayıcılığını ve milletlerarası ticari tahkimi incelemiş ve sonuç olarak lex mercatoria'nın noksan da olsa bir hukuk sistemi yarattığını belirtmiştir¹⁰⁵. Goldman'ın görüşüne göre, lex mercatoria *"tamamlanmamış ve tam anlamıyla özerk olmayan bir hukuk sistemidir"*¹⁰⁶.

1950'li yıllardan itibaren, Clive Schmitthoff milletlerarası sözleşmeler, yeknesak hukuk normları ve teamüllerin ehemmiyetine ve bunların Milletlerarası Ticaret Odası gibi milletlerarası meslek kuruluşları tarafından geliştirildiğini

¹⁰² Berthold Goldman, "Frontières du Droit et Lex Mercatoria, Archives de Philosophie du Droit", **Archives de Philosophie du Droit**, Sayı: 9, Yıl: 1964, ss.177-192, s. 89.

¹⁰³ Örnek olarak Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft mbH (DST) v. the Government of the State of R'as Al Khaimah (UAE) and the R'as Al Khaimah Oil Company (RAKOIL) (1980) kararı gösterilebilir (**International Legal Materials**, Cilt: 27, Yıl: 1988, s. 1032).

¹⁰⁴ Sürat, s. 207.

¹⁰⁵ Selçuk Ölçek, s. 39.

¹⁰⁶ Kassis, s. 285 vd.

belirtmiştir. ‘Yeni’ lex mercatoria kavramını ilk kullananlardan olan Schmitthoff, bu terimin, bağımsız olmak konusunda yol alan fakat henüz bağımsız bir niteliğe kavuşmayan bir kavramı ifade ettiğini belirtmektedir. Yazara göre bu tür normların bağlayıcılığı sözleşmelerin taraflarının iradesine tabi olmaktadır¹⁰⁷. Bu bakımdan bu görüşün lex mercatoria’yı esnek hukuk kuralı olarak nitelendirdiğini söylemek mümkündür. Esnek hukuk kuralları, pozitif hukukun bir parçası olmadığından bağlayıcı gücü bulunmayan, ancak taraflar, mahkemeler veya hakem heyetleri tarafından bağlayıcılığı kabul edildiği takdirde bağlayıcılık kazanan hukuk kurallarıdır. Bu bağlamda bu görüş uyarınca; model sözleşmeler, teamül ve uygulamaların yazılı hale getirilmesiyle oluşturulan metinler, milletlerarası ticari terimler, model formlar, sözleşmeler, doktrin ve uzman görüşleri, uluslararası sözleşmeler ve benzerleri esnek hukuk kurallarını ifade eder.

Philipp Kahn, sosyolojik açıdan, tacirlerin homojenlik ve dayanışma açısında örgütlü bir topluluk oluşturduğunu; her topluluk gibi milletlerarası iş yapan tacirlerin de kendi hukuk normlarını oluşturabileceğini; genel koşullar, genel sözleşme koşulları, teamüller ve hukukun genel ilkelerinin de lex mercatoria ismi altında tacirlerin oluşturduğu hukuk sistemi niteliğinde olduğunu savunmuştur¹⁰⁸.

Pozitivist yaklaşım, lex mercatoria’yı milletler üstü bir kimliği olan, fakat mevcudiyetindeki etki ulusal hukuk sistemlerinden kaynaklanan ilkeler bütünü olarak tanımlamaktadır. Doktrinde bu görüşte olan yazarların, hukuki normların gerilerinde devletin yasa yapma yetkisi olmadan hukuk oluşturamayacağını ifade ettikleri ve bu sebeple lex mercatoria’nın uygulanmasını uygun bulmadıkları belirtilmektedir¹⁰⁹.

Bu yazarlardan sonra diğer Avrupa ülkelerinin doktrinlerinde de lex mercatoria irdelenmiş; lex mercatoria’nın hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ortaya atılmış; bazılarınca kabul edilmiş, bazılarınca reddedilmiştir.

Bu yazarlar tarafından lex mercatoria’nın milletlerarası tahkim heyetlerinde yer alan hakemler tarafından direkt olarak uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk şeklinde kabul görmesi; ikiye aşan sayıda milli hukukla ilişkili uyuşmazlıklarda,

¹⁰⁷ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2005, (Ticari İşletme), s. 2.

¹⁰⁸ Süral, s. 205.

¹⁰⁹ Süral, s. 207.

uyuşmazlışı ulusallaştırma gayesinin suni olacağı ve lex mercatoria'nın bu türden uyuşmazlıkların halinde direkt olarak uygulanması gerektişı belirtilmiştir. Tahkimde esas gayenin somut bir problemi çözmek olduğu, bu sebeple lex mercatoria'nın bir hukuk sistemi niteliğini taşıyıp taşımasını öneme arz etmediğı ve lex mercatoria kurallarının esasa uygulanacak milli bir hukuka nazaran daha çok belirsizlik içermeyeceğı savunulmuştur¹¹⁰.

Doktrinde lex mercatoria kuramına eleştiri getirenler de vardır. Lex mercatoria'ya, en çok tutarlı ve bağımsız olup olmaması açısından eleştiri getirilmiş; lex mercatoria'nın uygulama alanının emredici milli hukuk normlarıyla kısıtlı olduğu; lex mercatoria'nın birtakım kamusal ve özel faydaları müdafaa etmekte yeterli olmayacağı belirtilmiştir. Aynı zamanda kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamakla yükümlü olan ulusal mahkemelerde lex mercatoria'nın esas alınmayacağı ifade edilmiştir¹¹¹.

Doktrindeki birtakım görüşler, lex mercatoria'nın nesnellikten uzak, belirli olmayan, içeriğini belirlenmesi zor ve milletler üstü bir hukuk sistemi olma niteliklerinden uzak olduğundan bahisle uygulama alanı olamayacağını ifade etmektedir. Bu görüş uyarınca, meşru hukuk normlarından söz edebilmek için bu normların dört kriteri muhteva etmesi gerekmektedir: Bu normların bağlayıcı gücü olan, belirlenebilir, tanımlanabilir, özerk ve yeknesak niteliğı haiz normlar olması gerektiğı ifade edilmektedir. Bu görüş uyarınca lex mercatoria bir hukuk sistemi olmadığı belirtilmekte ve bu görüşle tacirlerin milletler üstü niteliğı haiz bu normları kullanmalarında sosyolojik ve ekonomik temellerin göz ardı edildiğı belirtilmektedir¹¹².

Sonuç olarak; lex mercatoria, bir açıdan hukuken varlığı kabul edilen normlar olarak görülse de, tek başına bir hukuk sistemi şeklinde kabul edilmemektedir. Çünkü milletlerarası işlem yapan tacirlerin, kendilerine özgü normlarını sistemli bir şekilde oluşturmuş olmadıkları belirtilmektedir. Ancak, sigorta, bankacılık, denizcilik alanlarında faaliyet gösteren tacirlerin; milletlerarası alandaki ilişkilerinde uygulayageldikleri ticari teamüller ve uygulamaların mevcudiyetinin göz ardı edilemez olduğu da ifade edilmektedir.

¹¹⁰ Selçuk Ölçek, s. 40.

¹¹¹ Sürat, s. 206-207.

¹¹² Kassis, s. 282 vd.

Milli ekonomilerin global ölçekteki ekonomiyle bütünleşmesi için hukukun yeni milletler üstü kaynaklarından faydalanmayı da gerekli kıldığı ve milletlerarası hukukun bu konuda en önemli unsurlardan biri olduğu belirtilmektedir.

Bu bakımdan milletlerarası ticaretin uygulayıcılarının, milletlerarası ticaret odaları ve tahkim yargılamalarının faaliyetleri neticesinde, milli hukukun haricinde gelişen ve giderek daha geniş bir alan kazanan yeni uluslararası ticaret hukukunun (*new law merchant, yeni lex mercatoria*) yönlendirilmesine, önemli ölçüde tabi olduğu belirtilmektedir¹¹³.

C. Lex Mercatoria'nın Kaynakları

Lex mercatoria'nın kaynaklarının konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Çünkü tarih boyunca lex mercatoria yazılı bir hukuk kaynağı olmadığından, lex mercatoria'nın kaynaklarının belirlenmesi gerekir. Ticari teamüller ile hukukun genel ilkelerinin yanında, ulusal hukuk mevzuatları dışında yer alan pek çok hukuk kaynağı lex mercatoria'nın kaynakları arasında sayılabilir¹¹⁴.

Her ne kadar çok çeşitli lex mercatoria kaynağı bulunuyorsa ve bunların her biri lex mercatoria'yı besliyorsa da, yukarıda belirtildiği üzere, bir kuralın lex mercatoria olarak kabul edilebilmesi ve buna bağlı olarak uyumsuzluk çözümünde sonuçlarını ortaya çıkarabilmesi için bazı şartların yeri gelmesi gerekmektedir. Bu şartların yerine gelmemesi halinde lex mercatoria'nın kaynakları arasında yer alan bir kuralın lex mercatoria olarak kabulü ve buna bağlı sonuçlarını doğuracağını söylemek mümkün değildir. Bunun için en önemli ilk kural hiç kuşkusuz tacirler tarafından uygulamada benimsenmesi ve uzun bir süre ve yaygın olarak uygulanmasıdır. Bu şartları henüz sağlamayan kuralların lex mercatoria'nın geliştirilmesi yönünde bir başlangıç olarak görülmesi mümkündür.

Diğer taraftan, aşağıda incelendiği üzere lex mercatoria'nın kodifikasyon çabaları da devam etmektedir. Buradaki temel amaç, lex mercatoria'yı yazılı hale getirirerek taraflar açısından öngörülebilirliği sağlamaktır. Bu durum hiç kuşkusuz

¹¹³ Selçuk Ölçek, s. 71-72.

¹¹⁴ Arzu Oğuz, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) -Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 3, Eylül 2001, ss. 11-53, s. 22 vd.

milletlerarası ticaretin gelişimine ve sağlıklı işleyişine destek sağlamaktadır. Bu kuralların lex mercatoria'nın kodifiyesinden ibaret olduğu için lex mercatoria ve buna bağlı sonuçları doğurabileceğini söylemek mümkündür. Ne var ki, bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, bu yazılı kuralların lex mercatoria ile örtüşüp örtüşmediğinin tespiti. Yukarıda açıklanan şekilde bir uyumsuzlukta, hakem tarafından lex mercatoria'nın uygulanmasına karar verilmesi, lex mercatoria ile yazılı kuralın çelişmesi durumunda yazılı kuralın uygulanmaması sonucunu doğurabilecektir.

Bazı yazarlar tarafından hukukun genel ilkeleri, ticari örf ve adetler ve teamüller ile standart sözleşmeler ve hakem kararları Lex Mercatoria'nın kaynakları arasında kabul edilirken, bazı yazarlar ise Lex Mercatoria'nın kapsamını bu denli geniş olarak kabul etmeyerek sadece milletlerarası ticari örf ve adetleri lex mercatoriannın kaynakları arasında görmektedir¹¹⁵.Günümüzde genel anlamda kabul edildiği üzere lex mercatoria'nın kaynakları arasında; milletlerarası ticari örf ve âdet ve teamüller, standart sözleşmeler (tip sözleşmeler), milletlerarası kanunlaştırmalar, hukukun genel ilkeleri (genel prensipler), bir örnek kurallar, milletlerarası hakem kararları sayılmaktadır¹¹⁶.

1. Milletlerarası Ticari Teamüller

Ticari teamüller, Amerika Birleşik Devletleri *Uniform Commercial Code* isimli yasasında“ *belli bir yerde, bir meslekte veya bir ticaret alanında söz konusu işlem bakımından kendisine tabi olunacağına yönelik bir beklentiyi haklı çıkaracak kadar düzenli biçimde riayet gören herhangi bir karşılıklı davranış tarzı ya da biçimi*” olarak tanımlanmıştır¹¹⁷. Viyana Satım Sözleşmesinin 9. maddesinde de önemli bir yorum kuralı olarak kabul edilen ticari teamüller; uzun süre tacirler arasında uygulanarak ticari birer gelenek haline gelen ve kural olarak sözleşmenin taraflarınca hukuki anlam verilen kurallardır¹¹⁸.

¹¹⁵Oğuz, s. 21.

¹¹⁶Erdem, Lex Mercatoria, s. 122. Ayrıca bkz. Oğuz, s. 22 vd; Sürat, s. 208.

¹¹⁷Oğuz, s. 24.

¹¹⁸Oğuz, s. 25.

Ticari teamüller, uzun süreden beri uygulanma, alışkanlık veya ticarî yaşamdaki gelenekler şeklinde de ifade edilmektedir. Bunların, gelenek hukukuna dahil olup olmadıkları konusunda tartışma bulunmaktadır. Sözleşmenin tarafları ticarî teamüllere bilinçli veya bilinçsiz olarak hukukî mana atfedebilirler¹¹⁹.

2. Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri de lex mercatoria'nın kaynaklarındandır. Hukukun genel ilkeleri, geniş anlamları ifade eden soyut ilkelere ve ancak anlaşmazlık konusu olaya uygulandıklarında somutlaşırlar¹²⁰. Milletlerarası ticaret hukuku açısından hukukun genel ilkeleri arasında en yaygın uygulama alanı bulanlar; iyi niyet ilkesi, ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi ve mücbir sebep ve sözleşmenin uyarlanması (vis major ve rebus sic stantibus) ilkesidir.

3. Standart Sözleşmeler

Form ya da genel işlem şartı şeklinde düzenlenebilen standart sözleşmelerde bir sözleşmenin esaslı unsurları formüle edilir. Standart sözleşmeler sayesinde milletlerarası ticari ilişkilerin tarafları sözleşmelerini yeknesak şekilde ve ulusal yasalardan bağımsız şekilde düzenleyebilmektedir¹²¹.

Standart (model) sözleşmeler ile amaçlanan, uluslararası ticaretin beklentilerini karşılamayan sözleşme hükümlerini, değişik ulusal mevzuatlar kapsamında belirlenen detaylı sözleşme maddeleri ile ikame etmek olduğu belirtilmektedir. Standart sözleşmelerde yer verilen maddeler herhangi bir ulusal hukuku esas almaz; ancak ulusal hukuk sistemlerinde kabul görmüş ilkeleri ve uluslararası ticarete ilişkin yaygın adetleri kapsar. Milletlerarası Ticaret Odası tarafından Standart Sözleşmelerin oluşturulmasının esas gayelerinden birinin lex mercatoria'nın ilerlemesine katkı sağlamak olduğu belirtilmektedir.

Standart Sözleşmeler, yeknesak bir normlar sistemi oluşturulmasını sağlar ve tacirler tarafından uygulamada benimsenirse, bu noktada lex mercatoria açısından

¹¹⁹ Selçuk Ölçek, s.53.

¹²⁰ Oğuz, s. 28.

¹²¹ Oğuz, s. 23.

temel oluşturmaya müsait kurallar haline gelebilirler. Belirtmelidir ki, bu durum Standart Sözleşmelerin tacirler arasında yaygın anlamda benimsenmesine ve uygulanmasına bağlıdır. Standart Sözleşmelerin tacirler arasında yaygın olarak kullanılması, uluslararası ticaret uygulayıcıları için belirli standartların belirli sözleşmeler açısından kullanılması gerektiği anlayışını ortaya koyabilir. Bu durum da standart sözleşmeler aracılığı ile lex mercatoria'nın geliştirilmesi yönünde bir adım olarak kabul edilebilir¹²².

4. Bir Örnek Kurallar

Milletlerarası Ticaret hukukunun uyumlu hale getirilmesi ve birörnekliliğinin yerine getirilmesi, milletlerarası ticaretin gerçekleştirilmesini kolay hale getiren yasaların ihdas edilmesine yönelik bir süreç olarak kabul edilmektedir. Bu minvalde, uyumlaştırma, milletlerarası ticari işlemlerin öngörülebilirliğini güçlendirme gayesiyle farklılaştırılmasını; birörnekliliğinin sağlanması ise, milletlerarası ticari işlemlerin birtakım yönlerine ilişkin ortak yasal standartların devletlerce kabul edilmesidir.

Birörnek kurallar, sözleşmesel belirlemelerdir. Bu kurallar cümle kalıpları halinde sözleşmelere eklenebileceği gibi sözleşme tarafları bunlara atıf da yapabilirler. Birörnek kuralların en yaygını olan ticari terimler ya da Incotermslerin anlamları, ticari örf ve adet aracılığıyla ya da açıkça bir tanımlama yapılarak oluşturulur. Bu terimlerin ticari sözleşmelerde yer alması ile sözleşmenin yan edimleri belirlenir.

Bu terimlerin anlamı, özel bazı bölgelerde veya birtakım özellik arz eden ticari ilişkilerde farklılık gösterse de genel itibariyle dünya çapında aynıdır ve yeknesaklık sağlar. Bu terimler, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Konseyi ya da Milletlerarası Ticaret Odası gibi uluslararası kuruluşlar tarafından derlenerek yayımlanabilmektedir. Yayımlanan bu metinler uluslararası ticari ilişkilerde önemle dikkate alınmakta ve çok yaygın şekilde uygulanmaktadır¹²³.

¹²² Erdem, Ticaret, s. 41.

¹²³ Oğuz, s. 24.

5. Milletlerarası Kanunlaştırmalar ve Model Kanunlar

Uluslararası kanunlaştırmaları, devletlerarasında yapılan anlaşmalar ve model kanunlar oluşturmaktadır. Devletlerarası anlaşmalar maddi özel hukuka ilişkin düzenlemeler içerdikleri takdirde milletlerarası ticaret hukukunun kaynağını oluşturur. Bu anlaşmalara örnek olarak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi – CISG) gösterilebilir.

Model kanunlar ise milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla ortaya konulan kurallardır. Bunlara örnek olarak Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonunun hazırladığı Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkeleri yayınlanmıştır. Bunun yanında bir başka çalışma da UNIDROIT (Institut international pour l'unification du droit privé) adlı enstitünün uluslararası ticari sözleşmeler için oluşturduğu Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri (Principles for International Commercial Contracts) dir. Bu ilkeler bir kanunlaştırma ya da uluslararası anlaşma niteliğini taşımadıklarından, modern bir “ius commune” veya “lex mercatoria” niteliğinde görülmektedir. Meşruiyetlerini milletlerarası ticari hayatta uygulanabilecek kalitede ve ikna edici olmalarından almaktadırlar.¹²⁴

6. Milletlerarası Hakem ve Tahkim Kararları

Uluslararası hakem ve tahkim kararları, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çoğunlukla tahkim aracılığıyla çözülmesi sebebiyle milletlerarası ticaret hukukunun bir kaynağı haline gelmektedir. Tahkim, ulusal mahkemelere göre daha hızlı ve tarafsız bir çözüm sunduğu için giderek daha çok tercih edilen bir uyuşmazlık yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Uyuşmazlıkları çözerken hakemler ulusal kanunlarla bağlı olmadıklarından milletlerarası ticaret hukuku kaynaklarının yorumlanmasında, geliştirilmesinde ve sonraki tahkim uyuşmazlıklarında emsal nitelik taşıması açısından önemli bir rol oynamaktadırlar.¹²⁵

¹²⁴ Oğuz, s. 28.

¹²⁵ Oğuz, s. 31.

V. MİLLETLERARASI TİCARETTE YEKNESAKLAŞTIRMA FAALİYETİ

Uluslararası ticaretin gelişen dünya ekonomisi ve teknoloji sayesinde artması ile birlikte bu alanda yapılan sözleşmeler hem nitelik hem de nicelik olarak artmış ve çeşitlenmiştir. Tabiidir ki, hukuki ilişkilerin artması ile uyuşmazlıkların çoğalması da kaçınılmaz olmuştur. Ancak uluslar üstü bir yargılama mercii'nin bulunmaması sebebiyle, farklı milletlerden kişiler arasında çıkan milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda, ilgili devletlerin milletlerarası özel hukuk ve kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili yargı mercii belirlenmek zorunda kalmakta ve bu durumda uyuşmazlıkları ulusal mahkemeler çözmekle yetkili ve görevli olmaktadır. Bu durum da beraberinde birtakım problemleri getirmektedir.

Ulusal mahkemelerin milletlerarası ticari uyuşmazlıklar konusunda yeterince uzman olmayışı, yargılamaların çoğunlukla uzun sürmesi, hangi devletin yargı organlarının yetkili olmasına göre uygulanan kuralların değişmesi, tebligat ve davada temsil konusunda zorlukların doğması ve tarafsızlık konusunda duyulan şüpheler ulusal yargı mercilerine alternatif bir yargılamanın aranmasındaki nedenler arasında sayılabilmektedir.

Milletlerarası ticaret yapan kişilerin yaptıkları sözleşmeler ile ilgili uyuşmazlık çıkması halinde hangi devletin yargı mercilerinin yetkili olacağı ve hangi kurallara tabi olunarak uyuşmazlığın çözüleceğinin önceden bilinemez oluşu milletlerarası ticaret yapan kişiler için bir öngörülemezlik ve risk oluşturmaktadır. Bu durum da milletlerarası ticaret açısından hem maddi hukuk yönü ile hem de yargılama mercilerinin belirlenmesi açısından bir yeknesaklık ihtiyacını ortaya koymuştur.

Bu yeknesaklaştırma faaliyetlerinin sonuçları da hiç kuşkusuz aynı zamanda lex mercatoria'nın da kaynakları arasında yer almakta ve gerekli şartları sağladığında lex mercatoria olarak kabul edilerek, lex mercatoria'ya bağlı hukuki sonuçları doğurmaktadır.

A. Milletlerarası Anlaşmalar Aracılığı ile Yeknesaklaştırma

Yeknesaklık ihtiyacının yukarıda bahsedilen sebeplerle doğması ile birlikte, maddi hukuk açısından milletlerarası ticarete ilişkin devletlerarası anlaşmalar imzalanmakta ve muhtemel bir uyuşmazlıkta en azından uygulanacak hukuk kurallarının öngörülebilir ve yeknesak olması sağlanmaya çalışılmaktadır. Aynı zamanda devletlerin uluslararası ticari uyuşmazlıklardaki dahlinin de uluslararası anlaşmalar sayesinde azaltılması amacının gereği sağlanmış olmaktadır¹²⁶.

Milletlerarası ticari uyuşmazlıklara yönelik uygulanacak kuralların yeknesaklaştırılması için oluşturulan anlaşmalar çok taraflı ya da iki taraflı anlaşmalar şeklinde uluslararası kara, deniz ve hava ticaretine ilişkin olarak gerçekleştirilebilmektedir. Bu anlaşmalara örnek olarak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi – CISG), Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi (CMR) ve Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında 1929 Tarihli Sözleşme (Varşova Sözleşmesi) gösterilebilir. Ayrıca ödeme işlemlerinin hızlandırılması ve güvenli şekilde yapılması için de devletlerarası anlaşmalar yapılmaktadır.

B. Tahkim Yargılama Usulü Aracılığı ile Yeknesaklaştırma

Milletlerarası ticari uyuşmazlıklar açısından kuralların yeknesaklaştırılması kadar, o kuralları uygulayan ve uyuşmazlık hakkında karar veren mercilerin de bu kuralları uygulamayı kabul ediyor ve kuralları aynı yorum şekli ile yorumluyor olması gerekmektedir. Uluslararası uyuşmazlıklarda kural olarak yetkili mahkeme, tarafların tabi olduğu devletin milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku ile kanunlar ihtilafı kuralları gereğince belirlenmektedir. Bu durumda da, taraflardan birinin tabi olduğu devletin yerel mahkemesi uyuşmazlığı çözmekle yetkili mahkeme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu durumda yerel mahkemelerin gerçekleştirdiği yargılamalar hem uyuşmazlığın tarafları açısından tarafsızlık konusunda bir kuşku

¹²⁶ Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, (Uluslararası), s. 4.

oluşturmakta hem de yerel mahkemenin kendi yargı içtihatlarına ve hukuk kültürüne göre bir yargılama yapması sonucu beklenmeyen kararlar ortaya çıkabilmektedir.

Yerel mahkemelerin yaptığı yargılamaların söz konusu dezavantajlarının giderilmesi için, özellikle milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim usulü oluşturulmuştur. Bu usul ile birlikte uyuşmazlıklar, tarafların belirlediği (ad hoc) ya da kurumsal tahkim aracılığıyla belirlenen hakemler önünde görüşülerek nihai çözüme ulaştırılmaktadır.

Tahkim yargılaması ile hem yerel mahkemelere göre daha hızlı bir yargılama yapılarak nihai sonuca ulaşılabilen hem de taraflar yerel hukukların değişmesi ihtimali gibi öngörülemez durumlardan korunmuş olmaktadır¹²⁷. Bunun yanında tahkim yargılamasının tarafsız ve nesnel bir yargılama yapması ve tarafların seçtiği ve sözleşmede yer verdiği kurallara göre hüküm kurması ve bunun yanında aynı yerel mahkemelerin kararları gibi uygulanabilir olması bu usulün milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda tercih edilmesini sağlamaktadır¹²⁸.

C. Milletlerarası Kuruluşların Çalışmaları Aracılığı ile Yeknesaklaştırma

Anlaşmaların ve yeknesak kuralların oluşturulmasında etkin rol oynayan ve ortak bir mutabakat çerçevesinde buluşulmasını sağlayan devletler dışı organizasyonlar da kurulmuştur. Bunlardan en etkili ve önemli olanlar UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law), UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) ve Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce)'dir¹²⁹.

1. UNIDROIT

Bu üç kuruluşun UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) 1924 yılında milletlerarası ticaret hukukunun devletlerarasında uyumlu

¹²⁷ Şanlı, Uluslararası, s. 2.

¹²⁸ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2003, (Tahkim), s. 27.

¹²⁹ Sabih Arkan, **Demiryolu ile Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1987, (Demiryolu), s. 16.

hale getirilmesi amacıyla kurulmuş devletler arası bir kuruluştur ve Birleşmiş Milletler Örgütü nezdinde oluşturulmuştur. Bu kuruluş, en önemli faaliyeti olarak Unidroit İlkelerini hazırlamıştır.

Unidroit ilkeleri; gelişen ve farklılaşan ekonomik ve bilimsel kavramlar dikkate alınarak, milletlerarası ticaret sözleşmelerine uygulanan ticari hükümleri sözleşmeler hukuku kapsamında ele alan ve milletlerarası hukukun yeknesaklaştırılması çalışmaları için önem taşıyan kurallar bütünü olarak kabul edilmektedir. Unidroit ilkelerinin amacının, farklı ulusal mevzuatlar ve bunların değişken yorumlarının uluslararası alanda faaliyet gösteren tacirlerin hukuki güvenliğini sağlamak olduğu belirtilmektedir¹³⁰.

Unidroit ilkelerinde yer verilen hususların birçoğu ulusal hukuk sistemlerinde de bulunmaktadır. Fakat Unidroit İlkeleri daha ziyade uluslararası ticari ilişkilerin beklentilerini karşılamaya yönelik normlardır. Unidroit İlkeleri ulusal gelenekler, iktisadi ve siyasi durumlar dikkate alınmadan tüm dünyada uygulanabilecek dengeli kurallar oluşturma amacını taşımaktadır. Unidroit İlkeleri şekil bakımından, herhangi bir hukuk sistemine özgü kavramları kullanmaktan kaçınır. Bu İlkeler, bir uluslararası antlaşma veya model kanun olarak hazırlanmaktan çok bir normlar derlemesi olarak kurgulanmıştır. Bu yüzden bu İlkeler, devletlerce onanıp veya kabul edilip ulusal hukukların bir parçası şeklinde uygulanmazlar. Bu ilkeleri, “soft law”’un bir parçasını da oluşturmaktadır.

Unidroit ilkeleri kural olarak ancak sözleşmenin taraflarınca sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak seçilip sözleşmede yer verildikleri halde uygulanırlar.

Unidroit İlkelerinin gerekliliğine ilişkin olarak doktrinde; tarafların milletlerarası ticari sözleşmelere uygulanacak milli bir hukuk seçmek yerine “hukukun genel esasları”, “milletlerarası ticari örf ve adet ve teamüller” veya lex mercatoria’ya göndermede bulunduğu; Ancak bu uygulamanın, anılan kavramların belirsiz olmaları nedeniyle eleştirildiği, bu belirsiz kavramların kapsamlarını saptamanın yarattığı güvensizliği gidermek veya büyük ölçüde azaltmak amacıyla,

¹³⁰ Ercüment Erdem, **SİF Satışlar**, Beta Yayınları, 1999, İstanbul, (SİF), s.51.

Unidroit İlkeleri gibi sistematik ve iyi tanımlanmış bir kurallar bütünüünün kullanılmasının önerildiği vurgulanmaktadır¹³¹.

Doktrinde bu ifadedden, Unidroit İlkelerinin lex mercatoria'nın sistematik ve yazılı hale getirilmiş bir derlemesi olduğu sonucunun çıkarılabileceği; çoğunluk görüşü uyarınca da, Unidroit İlkelerinin lex mercatoria niteliğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹³².

2. UNCITRAL

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 17.12.1966 tarih ve 2205 (XXI) sayılı kararı ile milletlerarası ticaret hukukunun uyumlu ve modern hale getirilmesini teşvik etmek gayesiyle, bir alt organ şeklinde Birleşmiş Milletler çatısı altında yer alan BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law -UNCITRAL) kurulmuştur.

Komisyon'un amacı, anılan BM Genel Kurulu kararında, milletlerarası ticaret hukukunun dereceli olarak, uyumlu hale getirilmesi ve bir örnekliğinin yerleştirilmesinin desteklenmesi şeklinde belirlenmiştir.¹³³ Uncitral tarafından oluşturulan önemli metinler arasında; Uncitral Tahkim Kuralları(The UNCITRAL Arbitration Rules/Règlement d'Arbitrage), Milletlerarası Mal Satımı Sözleşmeleri hakkında BM Sözleşmesi (United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods -1980), Milletlerarası Ticari Tahkim hakkında Örnek Kanun (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) sayılabilir.

a. Viyana Satım Sözleşmesi

Milletlerarası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG), bilinen kısa ismiyle Viyana Satım Sözleşmesi, uluslararası taşınır mal

¹³¹ Erdem, Milletlerarası, s. 18-19.

¹³² Erdem, Milletlerarası, s.17.

¹³³ Nehir Ünel, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu”, **Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi**, Sayı: 32, <http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/sayi32/nehirunel.pdf>, (12.06.2019), ss. 51-64, s. 51.

satımına dair yeknesak hukuku meydana getirmektedir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından taslağı meydana getirilen söz konusu Sözleşme, 1980 yılında gerçekleşen Viyana Konferansında oybirliği ile devletler tarafından kabul edilmiştir.¹³⁴

b. UNCITRAL Tahkim Kuralları

UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın esasında, dünyanın değişik bölgelerini, farklı iktisadi, hukuki ve içtimai düzenlerini temsil eden 36 BM üyesi devletten meydana gelen UNCITRAL Genel Kurulu'nun, dünya çapında uygulanma kabiliyeti bulunan bir ad hoc düzenlemenin gerekliliği hususunda oy birliğine ulaşılması bulunmaktadır. UNCITRAL Tahkim Kuralları, uluslararası ticari ilişkilerden doğan anlaşmazlıkların ad hoc tahkimde çözülmesi konusunda mutabık kalan taraflara, tahkim yargılamasının usulüne yönelik kapsamlı bir kurallar dizisi sağlamaktadır. Bu kurallar, uluslararası sözleşmelerin müzakeresinde anlaşmazlıkların halli hususunda uzun görüşmelere gerek kalmadan, yapılacak bir atıfla konunun netleşmesini sağlamaktadır. Bu bakımdan, ad hoc tahkim yargılamasında UNCITRAL Tahkim Kurallarına atıf yapılması durumunda, bu kurallar tahkim sözleşmesinin bir parçasını oluşturacaktır. UNCITRAL Tahkim Kuralları, tarafların sözleşmesel iradesine öncelikle uygulamaktadır. Bu tahkim kuralları, sözleşmenin tarafları arasında öncesinde bir sözleşme olmadığı müddetçe taraflar için bağlayıcı olmayacaktır¹³⁵.

c. UNCITRAL Model Kanun Kuralları

UNCITRAL Model Kanun Kuralları; tahkim prosedürü ile ilgili olarak kuralların uyumlu hale getirilmesi ve milletlerarası ticarî tahkim yargılamasının kendine özgü ihtiyaçlarını gidermek gayesi ile UNCITRAL tarafından oluşturulan kurallar olarak, 21 Haziran 1985 tarihinde kabul edilmiştir. Bu kurallar, farklı siyasî yapı ve kültüre ait taraflar arasındaki anlaşmazlıkların hallinde kullanılmak amacıyla

¹³⁴Ali Gümrah Toker, "Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 33, Sayı: 1, ss. 213-250, s. 2.

¹³⁵Halime Ebru Demircan, "Uncitral Tahkim Kuralları İle Milletlerarası Tahkim Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ad Hoc Tahkim, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005, s.112.

oluşturulmuştur. UNCITRAL Model Kanunu devletlerarası bir anlaşma niteliğinde değildir, milletlerarası tahkim hususunda devletlerin hukuki düzenlemelerinin uyumlu hale getirilmesi konusunda bir tavsiyedir¹³⁶.

3. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)

Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce) ise çalışmamızın bir sonraki kısmında tarihçesini ve gelişim sürecini ayrıntılı şekilde açıkladığımız, milletlerarası ticarete yaygın olarak kullanılan normların yeknesak hale getirilmesi amacıyla kurulmuş ve hem gerçek hem tüzel hem tüzel kişilerin katılabildiği bir kurum olarak 20. Yüzyılın başında oluşturulan ve Incoterms kurallarını ilk olarak ortaya koyan ve değişiklikler gerektikçe düzenli şekilde güncelleyen kurumdur¹³⁷.

a. Tarihçesi Ve Amacı

Milletlerarası Ticaret Odası ABD'nin Atlanta şehrinde 1919 yılında Fransa, Belçika, İngiltere, İtalya ve ABD'nin katılımıyla uluslararası bir konferans sonucunda kurulmuştur. Birinci Dünya Savaşından sonra bozulan ekonominin yeniden düzenlenmesi, savaşın ekonomik etkilerinin giderilmesi amacıyla kurulan Milletlerarası Ticaret Odası'nın amacı şu şekilde belirtilmiştir, *“Himayecilikle mücadele, uluslararası ticaretin ve işbirliğinin geliştirilmesi, özel teşebbüsün güçlendirilmesi, uluslararası iş dünyasının gerektirdiği şartların düzeltilip standart hale getirilmesi”*.

Ekonomik ilişkilerin gelişmesi ile birlikte Milletlerarası Ticaret Odası'nın amaçları genişletilerek uluslararası alanda iş insanlarının temsil edilmesi, piyasa ekonomisine destek sağlanması, iş insanları ve uluslararası örgütler arasında diyalog geliştirilmesi, ekonomik problemlerin çözüme kavuşturulması için faaliyetlerde bulunulması gibi konular da ele alınmıştır¹³⁸.

¹³⁶Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Uncitral Ve Uncitral Model Kanunu’na Genel Bir Bakış”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, Ocak 2011, ss. 135-172, s. 144.

¹³⁷Arkan, Ticari İşletme, s. 16

¹³⁸Evirgen, s. 8.

Milletlerarası Ticaret Odası'nın temelleri ABD'de atılmış olmasına rağmen merkezi Paris'tedir. Milletlerarası Ticaret Odası bugün tüm dünya ülkelerinden binlerce üyesi bulunan büyük bir örgüt konumundadır. 2016 yılında Birleşmiş Milletler nezdinde Gözlemci Statüsünü kazanmıştır¹³⁹.

Milletlerarası Ticaret Odası'nın bazı görevleri şu şekilde belirtilebilir:

- Uluslararası teslim usullerinde standartlar ortaya koymak,
- Akreditifler konusunda yeknesak ticari örf adet ve uygulamaları belirlemek,
- Vesaik mukabili ödemeler konusunda yeknesak kuralları geliştirmek,
- Sözleşmelerin teminatları ve kombine taşıma evrakı için yeknesak kurallar ortaya koymak,
- Milletlerarası tahkim kuruluşlarının kurulması ve farklı ülkelere ait şirketler arasında oluşabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kuralların belirlenmesi¹⁴⁰.

b. Milletlerarası Ticaret Odası'nın Organizasyon Yapısı

Milletlerarası Ticaret Odası, yapısı içinde bulunan üç temel organ aracılığıyla yönetilmektedir. Bunlar; Yönetim Kurulu, Başkanlık ve Genel Sekreterlik ve Dünya Konseyidir. Dünya Konseyi, Milletlerarası Ticaret Odası'nın üst düzey yönetim organıdır. Başkanlık ve Genel Sekreterlik organında ise Başkan ve Genel Sekreter iki yıl süre ile görev yapmak üzere Dünya Konseyi tarafından seçilmektedir. Genel Sekreter Milletlerarası Ticaret Odası'nın çalışma takvimini yürütmek için Uluslararası Sekreteryaya ve ülkeler nezdinde kurulu Milli Komitelerle birlikte çalışır. Yönetim Kurulu, Milletlerarası Ticaret Odası'nın politika, eylem ve strateji planlarının uygulanması ve geliştirilmesi konusunda görevlidir ve Milletlerarası Ticaret Odası'nın mali işlerini denetlemekle sorumludur¹⁴¹.

¹³⁹International Chamber of Commerce, "Who We Are?", <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/history/>, (14.03.2019).

¹⁴⁰ Evirgen, s. 9.

¹⁴¹ ICC Türkiye, "ICCM Yapısı", <http://icc.tobb.org.tr/iccm-yapi.php>, (14.03.2019).

c. Milletlerarası Ticaret Odası Tarafından Incoterms'in Uluslararası Ticarete Sunumu

1921 yılından itibaren yeknesak olarak milletlerarası ticarete kullanılmak üzere ticari terimler konusunda bir kitap hazırlamaya başlayan Milletlerarası Ticaret Odası, 1928 yılında ilk kez altı adet ticari terimi içeren kitabı yayımlamış ve aynı kitabın gözden geçirilmiş hali 1929 yayına sunulmuştur¹⁴². Bu ticari terimler; FAS, FOB, FOT ya da FOR, CIF, C&F ve Free Delivered'dır.

1936 yılında ise Ticari Terimlerin Yorumuna İlişkin Uluslararası Kurallar Incoterms 1936 (Règles Internationales pour l'Interpretation des Termes Commerciaux) adlı milletlerarası ticaretin en fazla kullanılan ticari terimlerinin bir araya getirilerek yeknesaklaştırıldığı ve satıcı ile alıcının hak ve yükümlülüklerine yer verildiği kitap yayımlanmıştır¹⁴³.

İlerleyen zamanda ise milletlerarası ticaretin gelişmesi ve ilişkilerin çeşitlenerek değişmesi sonucunda belirlenen kurallar ve ticari terimler uyarlanarak 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 ve 2010 yıllarında Incoterms'ler gözden geçirilerek tekrar yayımlanmıştır.

VI. DEĞERLENDİRMELER

Incoterms kuralları, milletlerarası ticaret yapan tacirler tarafından uzun sürelerdir uygulanmakta olan ve Milletlerarası Ticaret Odası tarafından bir araya getirilerek 1919 yılından bu yana belli aralıklarla yayımlanan ticari terimlerdir. Bu kurallar 2010 yılına dek baş harflerine göre bir sınıflandırmaya tabi tutulurken, artık ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre Incoterms "tüm taşıma türlerini kapsayan Incoterms kuralları" ve "deniz ve içsu taşımalarına özgü Incoterms kuralları" olarak tasnif edilmektedir.

Incoterms kuralları uygulama alanları açısından yalnızca satım sözleşmelerinde kullanılabilen ve maddi (somut) olmayan mallar ve taşınmazlar için ve fikri mülkiyet ya da hizmet satımına ilişkin sözleşmelerde uygulanamayan ticari terimlerdir. Kişi bakımından uygulama alanı açısından bir ayırım gözetmeyen

¹⁴² Erdem, Ticaret, s. 54.

¹⁴³ Erdem, Ticaret, s. 54.

Incoterms kuralları, konu bakımından ise Incoterms kuralları mülkiyetin devri, mücbir sebep, sözleşmenin ihlali ve sorumluluktan kurtulma hallerini düzenlemezken; yalnızca malın hasar ve masraflarının alıcıya geçiş zamanını ve malların teslim şekline ilişkin hususları düzenlemektedir. Yer bakımından ise Incoterms kurallarının önceden yalnızca milletlerarası ticari sözleşmelerde kullanılacağı kabul edilirken artık böyle bir ayırım gözetilmemekte ve iç ticarete de kullanılabilir.

Tacirlere uygulanan hukuk anlamına gelen *lex mercatoria*, milletlerarası ticarete milli hukuklardan bağımsız olarak tacirler arasında zaman içinde oluşan çeşitli yaygın uygulamaların bir ifadesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarih boyunca *lex mercatoria* yazılı bir hukuk kaynağı olmadığından *lex mercatoria*'nın kaynakları konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bir kuralın *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında sayılabilmesi için bazı şartların yeri gelmesi gerekmektedir. Bunun için en önemli ilk kural hiç kuşkusuz tacirler tarafından uygulamada benimsenmesi ve uzun bir süre ve yaygın olarak uygulanmasıdır. Bazı yazarlar tarafından hukukun genel ilkeleri, ticari örf ve adetler ve teamüller ile standart sözleşmeler ve hakem kararları *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında kabul edilirken, bazı yazarlar ise *lex mercatoria*'nın kapsamını bu denli geniş olarak kabul etmeyerek sadece milletlerarası ticari örf ve adetleri *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında görmektedir. Günümüzde genel anlamda kabul edildiği üzere *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında; milletlerarası ticari örf ve âdet ve teamüller, standart sözleşmeler (tip sözleşmeler), milletlerarası kanunlaştırmalar, hukukun genel ilkeleri (genel prensipler), bir örnek kurallar, milletlerarası hakem kararları sayılmaktadır.

Milletlerarası ticaretin kaynaklarının yeknesaklaştırılması tacirler arasında gerçekleştirilen işlemlerin bütünlük arz etmesi ve doğan uyuşmazlıklarda öngörülebilir sonuçların ortaya konması açısından önem arz etmektedir. Bu bakımdan Birleşmiş Milletler Viyana Mal Satım Sözleşmesi gibi milletlerarası anlaşmalar aracılığıyla, milletlerarası ticari tahkim içtihatlarının uyumlu verilmesi ile ve Unidroit, Uncitral ve Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) gibi milletlerarası kuruluşların hazırladıkları metinler aracılığı ile var olan yaygın uygulamalar sistematik hale getirilerek yeknesaklık sağlanmaya çalışılmaktadır.

Incoterms de uzun yıllardan bu yana tacirler arasında uygulanagelen ve lex mercatoria'nın bir parçası olan ticari terimler olarak Milletlerarası Ticaret Odası tarafından bir araya getirilmiştir ve belirli aralıklarla güncellenerek yayınlanmaktadır. Bu bakımdan Incoterms kuraları lex mercatorianın bir parçası olarak tacirler tarafından dikkate alınmakta ve yaygın olarak kullanılmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

INCOTERMS KURALLARININ MİLLETLERARASI TİCARET HUKUKUNDAKİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

I. GİRİŞ AÇIKLAMALARI

Çalışmanın ikinci bölümünde Incoterms hükümlerinin milletlerarası ticaret hukukunda ve iç hukukta yeri ve etkisi çeşitli yönleri ile ele alınmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda ilk olarak bölümünde Incoterms hükümlerinin milletlerarası ticaret hukukunda yeri ve etkisi incelenmiştir. Milletlerarası ticaret hukuku açısından Incoterms hükümlerinin sözleşmelerde taraflarca sözleşme hükmü olarak tercih edilmesi durumunda oluşan hukuki durum ve sonuçları açıklanmış ve akabinde Lex Mercatoria olarak Incoterms hükümlerinin milletlerarası ticaret hukukunda yeri ve etkisi incelenmiştir. Bu açıdan milletlerarası ticaret hukukunda Incoterms kurallarının hukuki niteliğine dair görüşlere yer verilmiş ve Incoterms kurallarının lex mercatoria olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu ele alınarak, milletlerarası ticaret hukukunda Incoterms kurallarının uygulama alanı ve CISG kapsamında Incoterms uygulamaları açıklanmaya çalışılmıştır.

Bunların yanında soyut kuralların somut olaylara uygulandığı ve böylece kuralların uygulama alanlarının netleştiği uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim yargılamalarında Lex Mercatoria uygulamaları ve bu yargılamalarda Incoterms hükümlerinin uygulanması hakkında çeşitli ihtimaller üzerinde durulmuştur. Böylece Incoterms hükümlerinin milletlerarası hukuk anlamında hukuki niteliği ve lex mercatoria içinde kalıp kalmadığı hususları aydınlatılarak milletlerarası karakterli tahkim yargılamalarında bu kuralların ne şekilde uygulandığı ve hangi hukuki statünün atfedildiği aydınlığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Incoterms hükümlerinin milletlerarası ticaret hukukunda yeri ve etkisi açıklandıktan sonra bu kuralların iç hukuktaki yeri ve uygulama alanı ele alınmıştır. Bu tespitler yapılırken öncelikle Türk hukukunda örf ve adet hukuku kurallarının hukuki niteliği ve uygulamadaki rolü açıklanmış, ardından ticari teamüller tanımlanarak Türk hukukunda ticari teamüllere atfedilen hukuki değer ifade edilmiştir. Tüm bu açıklamalar ışığında Incoterms hükümlerinin Türk hukuku açısından ticari örf adet ya da teamül olarak mı nitelendirileceği ve bu hükümlere nasıl bir hukuki nitelik tanındığı tartışılarak, iç hukukumuzla milletlerarası ticaret hukuku arasındaki yaklaşım farkı açıklanmıştır.

II. INCOTERMS KURALLARININ MİLLETLERARASI TİCARET HUKUKUNDAKİ YERİ VE ETKİSİ

A. Sözleşme Hükümü Olarak Incoterms Kurallarının Milletlerarası Sözleşmelerde Yeri Ve Etkisi

Bu kısmın ilk başlığında, Incoterms kurallarını milletlerarası ticaret hukukundaki yerini kavrayabilmek için, öncelikle bu alanda hakim olan irade serbestisi prensibi ve milletlerarası sözleşmelerde tarafların hukuk seçimi kısaca ele olup devamında bir sözleşmeye eklenen Incoterms kuralının bir hukuk seçimi mi yoksa sözleşmeye eklenen bir sözleşme hükümü mü olduğunun tespiti üzerinde durulacaktır.

Milletlerarası Özel Hukuk'ta irade serbestisi, sözleşmenin taraflarının uluslararası karakterdeki ilişkilerinin tabi kılınacağı hukuku özgürce seçebilmeleri anlamına gelmektedir¹⁴⁴. Bu yönde, yine taraflar sözleşmelerine derç ettikleri tahkim klozu¹⁴⁵ ile oluşabilecek anlaşmazlıkların hallinin de hakemler aracılığıyla gerçekleşmesini öngörmeleri mümkündür.

Sözleşmenin tarafları esasa uygulanacak hukuk tercihini ana sözleşmeye bir madde koyarak veya bu sözleşmenin dışında bir anlaşma ile açıkça

¹⁴⁴ Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Sevinç Matbaası, Ankara,1986, (Milletlerarası), s. 106 - 107.

¹⁴⁵ Cemal Şanlı ve Nuray Ekşi, **Uluslararası Ticaret Hukuku**, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 36.

belirleyebilecekleri gibi örtülü olarak da bu seçimi yapabilirler. Çünkü örtülü irade beyanı ile de gerçek bir irade ortaya konmaktadır. Sözleşmenin taraflarının sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi yönündeki iradelerinin zımni ya da dolaylı şekilde ortaya konması halinde “zımni hukuk seçiminin varlığından bahsedilmektedir¹⁴⁶.”

Günümüzün diğer milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında olduğu gibi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu’nda da irade serbestisi prensibi benimsenmiş olup sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde kabul edilmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu’nda 24.maddesi şu şekildedir:

“Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.

(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir...”

Bu konuda 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda da anlaşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tercihinde sözleşmenin taraflarının iradesine üstünlük sağlamıştır. Bu konuda, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanun’un 12. maddesinde hakemlerin tarafların belirlediği sözleşme maddeleri ve seçtikleri hukuk kuralları uyarınca hüküm kuracağı belirtilmiştir¹⁴⁷.

Yine, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının 21.maddesi uyarınca da *“Taraflar, hakem kurulu tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemekte serbesttirler.”*

Incoterms kurallarının taraflarca sözleşmeye eklenmesi durumunda, satım sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyen maddi hukuk kuralları olduğu belirtilmektedir. Hukuki açıdan satım sözleşmesine dahil edilen bu terimlerin “sözleşme hükmü” niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Incoterms’in sözleşmeye dahil edilmesi ile bir hukuk seçimi yapıp yapılmadığı konusunda, bu terimler ile bir hukuk seçimi yapılmadığı, yalnızca bu terimlerin ifade ettiği maddi hukuk kurallarının aktin bir parçası haline getirildiği savunulmaktadır. Incoterms’in

¹⁴⁶ Bahattin Bahadır Erdem, “Incoterm’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 10, Sayı: 1-2, 1990, ss. 65-79, s. 66.

¹⁴⁷ Turgut Kalpsüz, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2007, s. 73.

sözleşme hükmü olarak belirlenmesi ile tarafların sözleşmeye uygulanacak maddi hukuku sınırladığı ve tarafların hak ve yükümlülükleri konusunda bu hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir. Ancak tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumda Incoterms'in sözleşmeye dahil edilmesinin hakimnin esasa uygulanacak hukuku tespiti bakımından da faydalı olacağı ifade edilmektedir¹⁴⁸.

Bununla yanı sıra, INCOTERMS'in sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak işlev görmesini engelleyen kendi sınırlamaları vardır. İlk olarak, sınırlı bir düzenleme alanına sahiptirler. Bir satış sözleşmesinin tüm yönlerini düzenlemezler ve sadece risk, maliyet, sigorta ve konsolosluk ve gümrük formaliteleri veya ambalajlama gibi malların ihracatı ve ithalatı ile ilgili hususlar gibi teslimat ve ilgili konulardaki ana yükümlülüklerle uygulanırlar¹⁴⁹.

INCOTERMS, hata ve sözleşmelerin geçerliliğini, mülkiyetin geçişi, ifa imkansızlığı, irade beyanında hata veya malların nitelikleri ile tarafların ifayı yerine getirmesi, öngörülemeyen ve kaçınılmaz olayların neden olduğu ifaya engel olan unsurları, sözleşmenin ihlali gibi diğer satış sözleşmelerinde de ortak olan önemli hususları düzenlemez. Bu sebeple, tarafların sözleşmeden doğan haklarının ve yükümlülüklerinin tam olarak düzenlenmesi için, Incoterms kurallarının sözleşmenin diğer hükümleriyle veya sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ile birlikte ele alınmasının gerekli olduğu belirtilmektedir¹⁵⁰.

Sonuç olarak, sözleşmeye eklenen bir Incoterms kuralının taraflar açısından yukarıda açıklanan gerekçeler ile bir uygulanacak hukuk seçimi olmadığı, bunların sözleşme hükmü niteliğinde olduğu ve ancak uygulanacak hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda bu hukuk seçiminin yapılmasında Incoterms kurallarından faydalanılabilesinin olanak dahilinde olduğu sonucuna varılmaktadır.

¹⁴⁸ B. Erdem, s. 70.

¹⁴⁹ Ramberg, s. 11-13.

¹⁵⁰ Bergami, s. 274-275.

B. Lex Mercatoria Olarak Incoterms Kurallarının Milletlerarası Ticaret Hukukunda Yeri Ve Etkisi

1. Milletlerarası Ticaret Hukukunda Incoterms Kurallarının Hukuki Niteliği

1947 tarihinden itibaren yazılı olarak Milletlerarası Ticaret Odası tarafından ortaya konulan Incoterms kurallarının geçmiş temelleri de göz önüne alındığında günümüzdeki hukuki niteliği tartışmalıdır. Incoterms kurallarının ulusal ve uluslararası hukuk sistemlerinde konumlandırılarak hukuki niteliğinin tespit edilmesi, doğuracağı sonuçlar bakımından son derece önemlidir.

Incoterms kurallarının, birinci bölümde açıklanan lex mercatoria'nın kapsamında yer aldığı tespiti halinde, Incoterms kuralları da lex mercatoria kapsamına dahil olarak, lex mercatoria'nın hukuki sonuçlarını doğurabilecektir. Bu durumda, bir milletlerarası ticari sözleşmeye dahil olmasa dahi, Incoterms kurallarının uygulama alanı bulması mümkün hale gelecektir.

Incoterms kurallarının milletlerarası ticaret hukukundaki hukuki niteliğini belirlerken yalnızca bir ülke hukukuna bağlı kalınması ve yalnızca bu ülke hukuku uyarınca hukuki nitelendirmesinin yapılması doğru ve mümkün olmadığından, farklı ülke hukukları uyarınca Incoterms kurallarının milletlerarası ticaret hukukunda hukuki nitelendirmesi yapılması gerekmektedir.

Belirtilmelidir ki, bir kuralın şartları taşımadığı için bir ülke iç hukukunda ticari örf –adet veya ticari teamül olarak kabul edilmeyip, şartları taşıması halinde milletlerarası ticaret hukukunda milletlerarası ticari teamül olarak kabul edilmesi de mümkündür.

Çalışmamızda öncelikle Incoterms kurallarının farklı ülke hukukları uyarınca milletlerarası ticaret hukukunda hukuki nitelendirmesi yapılmaya çalışılmış olup devamında hukuki niteliğinin sonuçları incelenmiştir.

2. Incoterms Kurallarının Lex Mercatoria Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu

İlk bölümde açıklandığı üzere, bir kuralın lex mercatoria olarak kabul edilebilmesi için; uzun zamandan beri istikrarlı bir şekilde uygulanagelmesi, tacirler arasında bu kurala bir hukuk kuralıymış gibi uyulmasının zorunlu olduğuna ilişkin yaygın bir kanaatin olması gerekmektedir. Ticari teamül kavramına Türk hukukunda¹⁵¹ olduğu gibi diğer milli hukuklarda da yer verilmekte olup milletlerarası hukuklarda ve anlaşmalarda da ticari teamüllere ciddi önem atfedilmektedir.

Incoterms kuralları, uluslararası ticarete mal taşımacılığında satıcı ve alıcının teslimat yükümlülüklerine uygulanan uluslararası ticari örf, adet ve teamüllerin bir kodifikasyonunu temsil etmektedir. Yaygın görüşe göre de Incoterms kurallarının lex mercotaria niteliği kabul edilmektedir¹⁵².

Incoterms'in lex mercatoria olarak kabul edilmesine ilişkin olarak, Alman doktrinde yer alan bir görüş uyarınca Incoterms'in lex mercatoria olarak nitelendirilmesi gerektiği ve her durumda doğrudan uygulanması gerektiği savunulmaktadır.

Alman doktrinde Incoterms'in ikiye ayrılarak ele alınması gerektiğini, yukarıdaki lex mercatoria tanımına uyan, uzun zamandır uygulanan FOB, CIF gibi Incoterms kurallarının çekirdek alan olarak nitelendirilerek ticari teamül olarak kabul edilmesi gerektiğini, daha henüz ticari teamül seviyesine gelmeyen ve bu tanım içerisinde nitelendirilemeyecek olan Incoterms hükümlerinin ise yan alan olarak nitelendirilerek uygulanagelmesinin ve ilgili ticaret alanlarınca kabul görmesi gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur¹⁵³.

¹⁵¹ Örnek olarak bkz. TTK 2. Maddesi.

¹⁵² Karakaya Gül, s. 17.

¹⁵³ Fatih Doğan, "INCOTERMS 2000 Tarihi Gelisimi-Geçerlilik Kaynağı- Münferit Klotlar-Son değişiklikler", **Prof.Dr.Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Yayınları, Cilt: 1, 2002, ss.337-365, s.344.

3. Milletlerarası Ticaret Hukukunda Incoterms Kurallarının Uygulama Alanı

Incoterms kuralları, tarafların kendi sözleşmesel düzenlemeleriyle çözülebilecek spesifik ihtiyaçlara sahip olabileceğini kabul ederek, tarafların irade serbestisi ilkesi gereğince özerkliğini tanıyıp desteklemektedir¹⁵⁴. Bu doğrultuda, Incoterms kurallarının tarafların anlaşmasından bağımsız olarak bir tür özerk uygulamadan yararlanıp yararlanamayacakları tam olarak belli değildir. Bir ülkenin mevzuatına dahil edilmediği sürece, Incoterms kurallarının yasal bir düzenleme statüsünden yararlanmayacağı öne sürülmektedir¹⁵⁵.

Bazı yazarlarca, Incoterms'in yalnızca sözleşmesel bir hüküm olarak satış sözleşmesine dahil edildiğinde uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁵⁶. Bu kuralların taraflar arasında doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı ancak sözleşmelerinde yer verdikleri durumda taraflar açısından bağlayıcı hukuk kuralı niteliğinde olduğunu kabul eden bir görüş bulunmaktadır¹⁵⁷.

Milletlerarası satışlar çok çeşitli ticari sektörleri ve malları kapsadığı için, farklı ülkelerdeki ve ticaretlerdeki tutarlı ticari uygulamaları bulmak genellikle zordur. Incoterms bu nedenle yalnızca en yaygın veya baskın uygulamayı yansıtabilmektedir. Yeterli kesinliğin bulunmaması durumunda, Incoterms'in genellikle sözleşmeye uygulanacak hukuk ile ya da belirli bir ticaret alanında veya limanda geçerli olan ticari örf, adet ve teamüller veya hatta taraflar arasında yapılan daha önceki sözleşmelere ilişkin işlemlerle desteklenmesi gerektiği yönünde bir görüş de mevcuttur¹⁵⁸.

Incoterms kurallarını yalnızca bir yorum aracı olarak kabul eden bir başka görüşte, Milletlerarası Ticaret Odasının satım sözleşmesinin taraflarına Incoterms kurallarının uygulanması bakımından bir seçim şansı verdiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, devletler gibi herhangi bir egemenlik yetkisine sahip olmayan Milletlerarası Ticaret Odasının yayımladığı Incoterms kurallarının bağlayıcılık

¹⁵⁴ Juana Coetzee, "Incoterms and the Lex Mercatoria", *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, Sayı: 12, Cilt: 1, ss. 70-83, s. 76.

¹⁵⁵ Clive M. Schmitthoff, "The Law of International Trade," *Clive M Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Brill Editions, London 1988, ss.98-121, s. 219, 224.

¹⁵⁶ Ramberg, s. 14.

¹⁵⁷ B. Erdem, s. 70.

¹⁵⁸ Remberg, s. 14

özelliği bulunmadığı ve tavsiye niteliğinde olduğu savunulmaktadır ve Incoterms kurallarının ticari uyumsuzluklarda doğrudan uygulanamayacağı ifade edilmektedir¹⁵⁹.

Bu görüşü destekleyen Lehr ve Schneider ise Incoterms hükümlerini “soft law” şeklinde kategorize etmekte ve bu kurallara ticari sözleşmelerde yer verilmediği müddetçe yalnızca ticari örf adet ve teamüllerin belirlenmesinde göz önüne alınabileceğini ifade etmektedir¹⁶⁰.

Bir başka açıdan, eğer sözleşmenin tarafların uzun süredir devam eden iş ilişkileri var ise ve rutin olarak geçmiş sözleşmelerinde Incoterms'i ticari terimleri tanımlamak için kullanmışlar ise, Incoterms'in daha sonraki bir işlemde açıkça ifade edilmese bile tarafların zımni irade beyanlarının bir parçası olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir. Mahkemeler, Incoterms'i sıklıkla tarafların olası irade beyanları hakkında bilgi edinmek saikiyle ikincil yorum kaynağı olarak görmektedirler¹⁶¹.

Yasal düzenlemelere açık bir atıf olmadığı durumda, bazı ulusal mahkemeler ve hakem heyetleri milletlerarası ticaret uygulamaları ve teamülleri ile tutarlı olmaları ve bunların temsilcisi niteliğinde olmaları nedeniyle Incoterms kurallarını kararlarında dikkate almaktadırlar¹⁶².

Basedow Incoterms'in başlangıçta bilinçli bir milletlerarası görüş birliği yoluyla ticari terimlerin farklı milletlerarası anlamlarını uzlaştırmayı amaçladığını, ancak sürekli kullanımlarıyla bir ya da iki kuşak boyunca yavaş yavaş ticari örf ve adet kuralına dönüştüğü kanısındadır¹⁶³.

Sonuç olarak, Incoterms'in taraflarca düzenlenen sözleşmelerden bağımsız olarak özerk bir uygulamadan yararlanıp yararlanamayacağı, büyük ölçüde, belirli bir ticaret alanındaki tacirler tarafından sürekli olarak tanınma ve uygulanma

¹⁵⁹Fatih Doğan, “INCOTERMS 2000 Tarihi Gelisimi-Geçerlilik Kaynağı- Münferit Klotlar-Son değişiklikler”, **Prof.Dr.Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Yayınları, Cilt: 1, 2002, ss.337-365, s. 343-344.

¹⁶⁰Hans Dölle, **Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht**, München, 1979, Art.9, Rn.20. (aktaran Doğan, s.345).

¹⁶¹Johan Erauw, ”CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It”, **Journal of Law and Commerce**, Sayı: 203, Yıl: 2005, ss. 203-217, (CISG), s. 213.

¹⁶²Örnek kararlar için bkz. Xiamen Trade v. Lian Zhong (Xiamen Intermediate People’s Court China 5 Eylül 1994) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940905c1.html>, (09/06/2019); Cherubino Valsangiacomo S.A. v. American Juice Import Inc. Appellate Court Valencia, Spain 7 Haziran 2003, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030607s4.html>, (09/06/2019).

¹⁶³Coetzee, s. 83.

derecelerine bağı olan bir konu olarak kabul edilmektedir¹⁶⁴. Bu bakımdan, Incoterms kurallarının bu şartları taşıdığı ve sözleşmeye eklenmemiş olsa dahi milletlerarası ticaret hukukunda etki doğurmaları mümkün görünmektedir.

Incoterms kurallarının lex mercatoria olarak kabul edilmesi sebebiyle, sözleşme hükmü olarak yer verilme de sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklarda uygulanabileceği yönünde bir görüşün uygulanabilmesi için kanaatimizce, bu şekilde bir uygulama için iki yol bulunmaktadır.

Bunlardan ilkinde ilk olarak, uygulanacak hukukun lex mercatoria'ya bir diğer deyiş ile ticari teamüllere atıf yapması gerekmektedir. Bu noktada her mahkeme veya tahkim heyeti uyguladığı ulusal hukuku uyarınca bir değerlendirme yapmak zorundadır. Ulusal mahkeme, öncelikle uygulandığı hukukta böyle bir atfın olup olmadığını denetlemek zorundadır. İkinci olarak ise, mahkeme uygulanacak hukuk kapsamında Incoterms kurallarının lex mercatoria olarak kabul edilip edilmediğini denetlemeli ve eğer böyle bir kabul var ise, uygulanabileceğine karar vermelidir. Bu noktada lex mercatoria'nın göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılan en önemli durumlardan biri hiç kuşkusuz Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın sözleşmenin esasına uygulanmasıdır.

İkinci yol ise, mahkemelerin veya tahkim heyetlerinin lex mercatoria'yı gerek doğrudan uygulanacak hukuk olarak belirlemeleri gerekse de uygulanacak hukuk olarak belirlemese dahi uygulanmasına karar verebileceği diğer durumlardır.

Aşağıda, çeşitli ulusal ve uluslararası mahkemelerin, kararlarında uygulanacak hukuk olarak CISG'yi belirlemeleri durumlarda Incoterms kurallarını konumlandırması ve devamında lex foriye sahip olmayan tahkim yargulamalarında Incoterms kurallarının konumlandırılması üzerinde durulacaktır.

4. Ulusal Mahkemelerde CISG Kapsamında Incoterms Uygulamaları

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda("CISG") da teamül kavramına yer verilmektedir. Söz konusu Antlaşmada teamüllere ilişkin bir tanım yer almamakta ancak teamüllerin milli

¹⁶⁴ Coetzee, s. 84.

hukuktan ve bu hukuktaki kavramlardan bağımsız olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Antlaşmanın 9.maddesi uyarınca tarafların teamüller üzerinde anlaştıkları durumlarda, bu teamüller Viyana Satım Sözleşmesine göre muteber tutulmaktadır. Yine aynı maddenin devamı uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılmaktadır.

CISG'nin uygulanacak olması durumunda, ulusal mahkemeler ve hakem heyetleri Incoterms'in sözleşmeye uygulanması için ayrıca CISG'nin 9. maddesine dayanmaktadır. Tarafların Incoterms hükümlerinden açıkça bahsettiği yerlerde, Incoterms tarafların üzerinde anlaştığı "kodifiye edilmiş" ticari teamül olarak uygulanmaktadır¹⁶⁵.

Taraflar, bu tür teamüllere açık bir atıf yapmasalar bile, zımni anlaşmalarının bir parçası olarak satış sözleşmelerinde bu terimlerin kendilerine yer bulacağı belirtilmektedir. CISG'nin Madde 9. Maddesinin 1.fıkrası kapsamındaki uygulamalardan kaynaklanan sözleşme hükümleri, CISG'nin 6 ve 8. Maddeleri hükümleri uyarınca üstün tutulmuştur¹⁶⁶. CISG ile ilgili içtihat hukukunun bir analizi, bu yaklaşımın ticari terimlerinin anlamı konusunda birkaç ulusal mahkeme ve hakem heyeti tarafından takip edildiğini göstermektedir¹⁶⁷.

Böyle bir yaklaşımın mutlak olarak bilinmesi gerekmesede, birden fazla sözleşmeyi içeren sözleşmesel ilişkilerde uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁸.

Bununla birlikte, Incoterms'in tarafların açık veya zımni (zımni) amaçlarının ötesinde uygulanıp uygulanamayacağı konusunda sorun halen devam etmektedir¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Johan Erauw, "Observations on the passing of risk," **The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention**, Sweet & Maxwell, 2004, ss.225-318, (Observations), s. 304.

¹⁶⁶ Martin Schmidt-Kessel, "Article 9," **Commentary on the UN-Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, Ed. Peter Schlechtriem ve Ingeborg Schwenzer, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2005, ss. 24-47, paragraf 10.

¹⁶⁷ Örnek karar için bakınız: Presidium of Supreme Arbitration Court of the Russian Federation 25 Aralık 1996: Information Letter 10, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961225r1.html>, (09/06/2019).

¹⁶⁸ Schmidt-Kessel, paragraf 8.

¹⁶⁹ Jorge Oviedo Albán, "Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May be Used to Interpret or Supplement CISG Article 9", <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-09.html>, (09/06/2019).

CISG'nin 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, tarafların, bildiği veya bilmesi gereken ve milletlerarası ticarete yaygın olarak bilinen ve ilgili ticarete düzenli olarak gözlemlenen teamülleri, aksine bir hüküm bulunmadıkça sözleşme hükümlerine zımni olarak uygulanabilir kıldıkları düşünülmektedir. Bu noktada bir teamülün, en azından uygulandığı ticarete milletlerarası olarak tanınması gerektiği belirtilmektedir¹⁷⁰. Ayrıca, belirli sektörde veya ticarete yer alan kişilerin çoğunluğu tarafından da bilinmesi ve gözlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷¹. Bir teamül, “yaygın olarak bilinmesi” ve “düzenli olarak gözlemlenmesi” gerektiği ölçüde, tarafların beklentilerinin bir parçası olarak varsayılabilir. Bu kapsamda, CISG'nin 9. Maddesinin 2.fıkrası hükmünün gerekleri tarafların zımni iradelerinin varsayımı üzerine kuruludur denebilir¹⁷².

Ancak, sözleşmedeki taraflardan birinin veya her ikisinin teamül hakkında bilgi sahibi olmadığı ancak bunu bilmesi gerektiği durumda, teamüle bağlayıcı bir güç atfeden tarafların zımni anlaşması yerine, yasanın kendisinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu sorulmaktadır¹⁷³.

CISG'nin ticari teamüller için normatif bir fonksiyon atfedip atfetmediği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, CISG 9. Maddesinin 2.fıkrasının ticari teamüllere normatif bir değer verdiğini düşünürken¹⁷⁴, diğerleri ise CISG kapsamında ticari teamüllerin yalnızca tarafların iradelerini desteklemek için boşluk doldurma işlevi görebileceğini savunur¹⁷⁵. Bu noktada sözleşmeye uygulanabilir bir teamülün, taraflar arasında “bir sözleşme ile aynı hukuki etkiye sahip” olduğu belirtilmektedir.

Bununla birlikte, ikinci görüşün destekçileri, CISG'nin 9. Maddesinin 2.fıkrası sayesinde, milletlerarası bir satış sözleşmesine taraf olanların, tarafların anlaşması olmasa bile, belirli ticari teamüllerle bağlı kılınabileceğini kabul etmektedir. Her iki gerekliliğin, yani tarafların ticari teamülü bilmesi ya da bilmesi gerektiği ve bu özel ticaret türünde teamülün iyi bilinmesi ve milletlerarası ticarete düzenli olarak gözlenmesi gerekliliklerinin ikisinin de bulunması gerekmektedir. Bu

¹⁷⁰ Schmidt-Kessel, paragraf 16 ve 18.

¹⁷¹ Schmidt-Kessel, paragraf 16.

¹⁷² Aleksandar Goldstajn, “Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International According to the UN,” **International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures**, Ed. Petar Sarcevic ve Paul Volken, Oceana, New York, 1986, paragraf 120.1 ve 121.

¹⁷³ Coetzee, s. 79.

¹⁷⁴ Patrick X. Bout, “Trade Usages: Article 9 of the Convention in Contracts for the International Sale of Goods”, Yıl: 1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>, (09.06.2019).

¹⁷⁵ Schmidt-Kessel, paragraf 1 ve 12.

kapsamda, CISG'nin bu düzenlemesi tarafların objektif beklentileri üzerinde yasal bir etkiye sahiptir.

Bir Amerikan mahkemesi¹⁷⁶, CISG 9. Maddesinin 2.fikrasını, uyuşmazlığa uygulanabilecek teamülleri yukarıda belirtilen gerekliliklerin karşılanması ile sınırlandırmamak suretiyle farklı şekilde yorumlamıştır. Mahkeme, *“Tarafların veya sektörün teamülleri ve uygulamalarının, taraflarca açıkça dışlanmadığı sürece, CISG'ye tabi olan herhangi bir sözleşmeye otomatik olarak dahil edildiği”* kararına varmıştır.

Milletlerarası ticari teamüllerin bir kodifikasyonunu oluşturan Incoterms'in, CISG 9. Maddesinin 2.fikrasından anlaşıldığı gibi bir ticari teamül oluşturmaları halinde, otomatik olarak uygulanabilme kabiliyetinin olduğu belirtilmektedir¹⁷⁷. Bu görüş, CISG hakkındaki içtihatlar ile de güçlendirilmiştir¹⁷⁸. Rus Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi kararları¹⁷⁹ ve bir Arjantin mahkemesi¹⁸⁰ bu görüşü desteklemektedir.

Aralarında önemli bir temyiz mahkemesi de bulunan Amerika Birleşik Devletleri'ndeki mahkemeler, Incoterms'in bir sözleşmeye dahil edilmesi için CISG 9.maddesinin 2.fikrasına dayanmaktadır¹⁸¹. ABD Temyiz Mahkemesi (The United States Court of Appeal)¹⁸², bir kararında *“Incoterms'in kullanımı küresel olmasa bile, uluslararası ticarete iyi tanınmaları, CISG madde 9 (2) kapsamına alındıkları anlamına gelir.”* şeklinde hüküm kurmuştur. Teksas Eyaletinde bir mahkeme¹⁸³ de Incoterms'in *“tarafların uluslararası satış sözleşmelerinde kullandıkları ticari*

¹⁷⁶ Karar için bakınız: Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc. - United States Federal District Court New York, 10 Mayıs 2002), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>, (09/06/2019).

¹⁷⁷ Perales Viscassillas, “Comments on the draft Digest”, **The Draft UNCITRAL Digest and Beyond**, Ed. Franco Ferrari, Harry Flechtner, Ronald A.Brand, Thomson Sweet & Maxwell, London, 2004, ss. 57-83, s. 82.

¹⁷⁸ Schmidt-Kessel, paragraf 26.

¹⁷⁹ Karar için bakınız: Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Arbitration Award No 406/1998, Russia 6 Haziran 2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000606r1.html>, (09/06/2019).

¹⁸⁰ Karar için bakınız: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No. 7, Argentina 20 Mayıs 1991), <http://www.unilex.info/case/cfm?pid=1&do=case&id=14&step=Abstract>, (09/06/2019).

¹⁸¹ Karar için bakınız: St Paul Guardian Insurance Co v Neuromed Medical Systems & Support 2002 WL 465312 (SD NY 2002), judgment aff'd, 53 Fed Appx 173 (2d Cir 2002), 2002 US Dist LEXIS 5096 (SDNY 26 Mart 2002), United States Federal District Court New York 26 Mart 2002) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>, (09/06/2019).

¹⁸² Karar için bakınız: B.P. Oil International v. Empresa Estatal Petroleos De Ecuador 332 F. 3d 333 (5th Cir. 2003) 338, 200 A.L.R. Fed. 771, Federal Appellate Court [5th Circuit] United States, 11 Haziran 2003), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u.html>, (09/06/2019).

¹⁸³ Karar için bakınız: China North Chemical Industries Corporation v. Beston Chemical Corporation W.L. 295396 (S.D. Tex. 2006), U.S. Federal District Court Texas, 7 Şubat 2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060207u1.html>, (09/06/2019).

teslimat şartları için baskın tanım kaynağı” olduğunu ve CISG 9. Maddesinin 2.fikrası hükmü ile CISG'ye dahil edildiğine kararında yer vermiştir.

Bununla birlikte, CISG 9. Maddesinin 2.fikrası sadece tarafların “bildiği ya da bilmesi gereken” veya “iyi bilinen” bir kullanımı gerektirmez, aynı zamanda “ilgili özel ticarete taraflar tarafından söz konusu türdeki sözleşmelerde düzenli olarak gözlemlenen” bir kullanımı gerektirir. Bu nedenle, düzenli gözlemin olmamasının, Incoterms'in CISG 9. Maddesinin 2.fikrası temelinde uygulanmasında bir sorun yaratabileceği belirtilmektedir¹⁸⁴.

Bazı yazarlar, Incoterms'in her türlü ticarete yaygın olarak bilinmediğini ve bu nedenle CISG 9. Maddesinin 2.fikrası gereksinimlerini karşılayamayacağını iddia etmektedir¹⁸⁵. Ancak CISG 9. Maddesinin 2.fikrasının bir teamülün milletlerarası olarak tanınması ve otomatik olarak uygulanması için milletlerarası ticaretin tüm yelpazesinde gözetilmesini gerektirmediği de ifade edilmektedir. Bu noktada Incoterms'in, aslında bilindikleri ve düzenli olarak gözlendikleri ticari işlemlerde uygulanacağı belirtilmektedir¹⁸⁶.

Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi¹⁸⁷, Incoterms'in kullanımı evrensel olmasa da, milletlerarası ticarete iyi bilindikleri için, CISG'nin 9. Maddesinin 2.fikrası gereğince sözleşmeye dahil edilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, görüşünü desteklemek için Fransa ve Almanya'daki mahkemelerin Incoterms'i milletlerarası ticari teamül veya örf ve adet esasına dayanarak bir sözleşmeye dahil etmesini örnek göstermiştir¹⁸⁸.

Bu noktada bir başka hukuki destek de, UNCITRAL Sekreteryası'nın Incoterms'in uygulanabilir olduğu durumlarda CISG hükümlerinin yerine geçecek yaygın olarak kabul edilen teamül niteliğindeki ticari terimler olduğuna dair beyanında yer almaktadır¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Schmidt-Kessel, paragraf 26.

¹⁸⁵ Erauw, Observations, s. 303

¹⁸⁶ Michael G. Bridge, **The International Sale of Goods: Law and Practice**, Oxford University Press, Oxford, 1999, s. 69-70.

¹⁸⁷ Karar için bakınız: B.P. Oil International v. Empresa Estatal Petroleos De Ecuador 332 F. 3d 333 (5th Cir. 2003) 338, 200 A.L.R. Fed. 771, Federal Appellate Court [5th Circuit] United States, 11 Haziran 2003), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u.html>, (09/06/2019).

¹⁸⁸ Ralph H. Folsom, **International Business Transactions I**, 2. Baskı, West Pub Co, Minnesota, 2002, s. 114.

¹⁸⁹ Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğinin Milletlerarası Ticaret Komisyonu Raporu, UN Doc. A/7618, paragraf 48-50, 57.

Incoterms'in milletlerarası ticari teamül olarak kabul edilip edilmemesi gerektiği konusundaki kuşkulara rağmen¹⁹⁰, doktrinde çoğunluk görüş, FOB ve CIF gibi daha eski ve daha yerleşik ticari terimlerin, CISG 9. Maddesinin 2.fikrası anlamında ticari teamül niteliğinde olduğu ve uzun zaman önceye dayanan ticaret uygulamasını temsil ettiği konusunda hemfikirdir¹⁹¹.

Bu tür terimlerin yaygın olarak bilindiği, saygı duyulduğu ve özerk bir milletlerarası ticari örf ve adet statüsü kazandığı belirtilmektedir¹⁹². Bu yazarlar, Incoterms'i CISG 9. Maddesinin 2.fikrası anlamında ticari teamül olarak kabul eden içtihatların sadece en iyi bilinen ve sık kullanılan ticaret terimlerini ele aldıklarını belirtmektedir. D grubu terimler veya EXW gibi daha az bilinen ticari terimleri içeren bu yönde bir kararı içeren bir içtihadı rastlanmadığını ifade etmektedirler¹⁹³. Sonuç olarak, tüm Incoterms ticari terimlerinin her biri yukarıda açıklanan kriterleri karşılamadığından, bu terimlerin hepsinin CISG 9. Maddesinin 2.fikrası anlamında ticari teamül olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır.

Incoterms'e ilişkin içtihatların, normatif ticari teamül olarak CIF ve FOB gibi iyi bilinen ticari terimleri içerdiği doğru olsa da, kararlar sadece belirli bir Incoterms'e değil, bir bütün olarak Incoterms'e atıf yapılarak ele alınmıştır. Tutarlı ticaret uygulamasına dayanan kuralların, belirli bir ticaret alanında uzun süre düzenli olarak gözlemlenmesi durumunda milletlerarası örf ve adet kuralı gücünü aşamalı olarak kazanabileceği belirtilmektedir¹⁹⁴. Bu nedenle, Incoterms, belirli bir ticaret alanında veya bölgede ne kadar yaygın kullanılırsa, taraflar hakkında bilgi sahibi olmasalar bile, bağlayıcı olan ticari teamül veya ticari örf ve adet olarak kabul edilmeleri olasılığı o kadar artmaktadır¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Schmidt-Kessel, paragraf 26.

¹⁹¹ Viscasillas, s. 290.

¹⁹² Michael C. Rowe, "The Contribution of the ICC to the Development of International Trade Law," **The Transnational Law of International Commercial Transactions II**, Ed. Norbert Horn & Clive M. Schmitthoff, Kluwer, 1982, ss. 45-62, s. 53.

¹⁹³ Viscasillas, s. 291.

¹⁹⁴ Coetzee, s. 83.

¹⁹⁵ Felix Dasser, **Incoterms and the Lex Mercatoria: Applicability of INCOTERMS in the Absence of Express Party Consent**, LL M thesis, Harvard, 1995, s. 71.

5. Tahkim Uyuşmazlık Çözümlerinde Lex Mercatoria Uygulamaları

Milletlerarası ticaret ve farklı devletlerden gelen temsilcilerle meydana getirilen milletlerarası ticari örgütler, hukuki anlamda düzene kavuşturulmuş bir alanda işlemlerini yürütmektedirler. Bu alan, bir taraftan ticari sözleşmenin akit taraflarının kendi iradeleri ile oluşturdukları ve taraflar açısından bağlayıcı sözleşmelerden¹⁹⁶, diğer taraftan ise tacirlerin, gerçekleştirdikleri faaliyetler sebebiyle tabi kıldıkları milli mevzuatlara, bir diğer taraftan ise milletlerarası anlaşmalardan meydana gelmektedir. Tüm bunların dışında, dünya ticareti açısından tüm bölgelerde aynı veya benzer şekilde hukuki anlamda benimsenen milletlerarası ticarî teamüller bulunmaktadır¹⁹⁷.

Bu doğrultuda, milletlerarası iş yapan tacirler birden çok resmi organ aracılığıyla ihdas edilmiş çok farklı hukuk normalarına tâbi kılınmaktadır. Tacirlerin tabi kıldıkları norm milli hukuk sistemlerinden birisine dahil ise, bu problem kanunlar ihtilafı kuralları aracılığı ile çözülecektir. Ancak milli hukuk düzenleri ile birlikte, uyulması gereken milletlerarası normların da arttığı bir vakıdır.

Hiç kuşkusuz, milletlerarası ticaret uyuşmazlıklarının bu normların hangisine tabi kılınarak çözümlenmesi gerektiği sorunu ve milletlerarası normların hukukî olarak ele alınma yöntemi tartışmalı hususlardan birini oluşturmaktadır¹⁹⁸.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra milletlerarası ticaretin gelişmesi ve milletlerarası tahkimin gündeme gelmesi ile birlikte bu tartışmalar artış göstermiştir. Milletlerarası sözleşmelerin ele alınması, birtakım milletlerarası organizasyonların ortaya koyduğu model yasaların bağlayıcılığı ve milletlerarası tahkimin öne çıkması bugün sıkça tartışılan konulardandır.

Bu konuda, milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların milli kanunlar ihtilafı normları ile hallinin gerektiği görüşünde olan “gelenekçi yaklaşım” ve milletlerarası ticareti milli hukuk sistemlerinden bütünüyle bağımsız hale getirmek niyetinde olan iki farklı yaklaşım mevcuttur¹⁹⁹. Bu ikinci yaklaşımda

¹⁹⁶ Laurent Aynes, “Loi et Contrat, Le Contrat-Loi des Parties, Etudes et Doctrines”, **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, Sayı: 17, Yıl: 2004, www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/contrat2.html, (29.05.2019), s. 2.

¹⁹⁷ Oğuz, s. 11 vd.

¹⁹⁸ Oğuz, s. 12 vd.

¹⁹⁹ Oğuz, s. 12 vd.

milletlerarası ticaret hukuku ile bahsi geçen, milli hukuk sistemlerinden bağımsız, bunların üzerinde ve yeknesak hale getirilmiş bir milletlerarası ticaret hukukudur²⁰⁰.

Bu konuda René David, tahkim aracılığıyla “yeni bir lex mercatoria” oluştuğunu belirtmektedir²⁰¹. Goldman da bu konudaki fikrini şu şekilde belirtmiştir, “.... Milletlerarası ticari tahkimin, uluslararası ticaretten doğan uyuşmazlıklarda en yaygın tercih edilen metot olarak kabul edilmesinden ve tacirlerin hukuki gücünü simgelemesinden bu yana, lex mercatoria’yı uygulamak; milletlerarası ticari hakem heyetlerinin en doğal görevidir”²⁰².

Uluslararası ticari tahkimde; hakemlerin anlaşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemekte türlü yöntemleri bulunmaktadır. Hakemlerin kanunlar ihtilafı yöntemini takip ederek anlaşmazlığa milli hukuk kurallarını uygulamaları, genelde tercih edilmemektedir²⁰³.

Bu konuda milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklar için ihdas edilmiş maddi kuralların uygulanmasını belirten “Maddi Devletler Hususi Hukuku” yöntemi ortaya konmuştur. Buna görüşe göre akit taraflar anlaşmazlığın halli için uluslararası tahkim uygulamasını seçmişse, ulusal mahkemeler tarafından uygulanan kanunlar ihtilafı normalarını örtülü olarak dışlamış kabul edilmektedir.

Bunun yanında, uluslararası ticari tahkime ilişkin pek çok sözleşme ve belge, akdin taraflarca bir ulusal hukuk tercihi yapılmış olmasına bakılmaksızın; hakemler tarafından, uluslararası ticari örf, âdet ve normların uygulanmasını gerektirmektedir.

Aşağıda bir milletlerarası uyuşmazlığa ilişkin tahkim yargılamasında çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak lex mercatoria olarak Incoterms’im uygulama yerleri incelenmiştir:

Bunlar;

- (1) Sözleşmede doğrudan lex mercatoria’nın uygulanacak hukuk olarak seçilmesi;
- (2) Lex mercatoria’nın seçilen milli hukukla birlikte uygulanması;
- (3) Taraflarca hukuk tercihi yapılmaması durumunda lex mercatoria’nın uygulanması;

²⁰⁰ Oğuz, s. 12 vd.

²⁰¹ René David, **Le Droit Comparé Droits d’hier, Droits de demain**, Economica, Paris, 1982, s. 349.

²⁰² Selçuk Ölçek, s. 75.

²⁰³ Kassis, s. 425.

- (i) Tamamıyla *lex mercatoria*'nın uygulanması
 - (ii) *Lex mercatoria*'nın yargılamayı yapan hakemler tarafından tayin edilen bir milli hukukla birlikte uygulanması
- (4) Hakem kurulunun, dostane aracı yetkisine sahip olması veya hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar vermesi durumunda *lex mercatoria*'yı uygulaması.

Sözleşmesel ilişkiden doğan uyuşmazlığın halline uygulanacak hukuku sözleşmenin akit tarafları doğrudan seçebilir ya da bu hukukun seçimini uyuşmazlığı çözecek hakemlerin tercihine bırakabilirler²⁰⁴. Akit tarafları söz konusu hukuk seçimini, esas sözleşmede ya da esas sözleşmeden farklı bir tahkim anlaşmasında yapabilirler. Tahkim yargılamasında tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan hukuku seçme mecburiyeti yoktur²⁰⁵.

Sözleşmenin akit taraflarının hukuk seçimini sözleşme hükmü ile doğrudan gerçekleştirmeleri halinde şu ihtimaller ortaya çıkabilmektedir:

a. Sözleşmenin Taraflarından Birinin Milli Hukuku Tercih Edilebilir

Esasen, pratikte sözleşmenin her iki tarafının da kendi ulusal hukukunun tercih edilmesini istemesi olasılığı yüksek olduğundan, benzer ekonomik imkanlardaki taraflar arasında bir tarafın hukukunun seçilmesi durumu ile çok fazla karşılaşılmayacaktır.

b. Tarafların Milli Hukukları Haricinde Üçüncü Bir Devletin Milli Hukuku Tercih Edilebilir

Genelde sözleşmenin akit taraflarından her biri diğer tarafın milli hukukunun seçilmesini arzu etmeyeceğinden taraflar üçüncü bir devletin milli hukukunun seçilmesi konusunda anlaşarak bu hukuku tercih edebilmektedir. Örneğin, Türk Medeni ve Borçlar Kanununa yakın düzenlemeler içerdüğinden Türk tacirler sözleşmelerinde İsviçre Cenevre Kantonu Borçlar Kanununun sözleşmede uygulanmasını tercih etmektedir.

²⁰⁴ Erdem, *Lex Mercatoria*, s. 121.

²⁰⁵ Kalpsüz, s. 74.

c. Milletlerarası Bir Sözleşme Tercih Edilebilir

Bu konuda uyuşmazlıklara doğrudan uygulanabilecek maddi hukuk kuralları öngörmesi nedeniyle Birleşmiş Milletler Viyana Mal Satım Sözleşmesi en çok tercih edilen sözleşmelerdendir.

d. Herhangi Bir Milli Hukuk Tercih Edilmeksizin Milletlerarası Ticari Teamüller, Uygulamalar Ve Örf Ve Âdetler Uyuşmazlıklara Uygulanacak Kurallar Olarak Tercih Edilebilir

Milli mevzuatlara dahil olmayan normların veya uluslar üstü (transnational) normların ya da lex mercatoria'nın sözleşmenin taraflarınca sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği öğretide belirtilmektedir²⁰⁶. Pek çok milli tahkim kuralları ve kurumsal tahkim kılavuzlarında da sözleşmenin taraflarının devletlerin milli hukukuna değil genel anlamda hukuk normlarına atıf hukuk seçimi yapabileceği ifade edilmiştir.

Gerçekten de, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca sözleşmenin tarafları esasa uygulanacak hukuk seçimini, bir ülkenin ulusal hukukuna atıf yaparak kullanmak zorunda değildir²⁰⁷. Taraflar, milletlerarası kuruluşlarca ortaya konan model kanunlar, genel işlem şartları, tip sözleşmeler veya yorum araçları ya da milletlerarası ticari teamüller veya hukukun genel ilkelerini tercih edebilirler²⁰⁸. Tarafların böyle bir tercihi yapmaları durumunda, lex mercatoria doğrudan uygulama alanı bulabilecektir.

e. Lex Mercatoria'nın Bir Ulusal Hukukla Beraber Uyuşmazlığa Uygulanması

Hakemlerin seçimi ile lex mercatoria'nın uyuşmazlığın esasına tatbik edilmesinin başka şekli de, lex mercatoria'nın bir milli hukukla birlikte uyuşmazlığa tatbik edilmesidir. Bu doğrultuda lex mercatoria; ulusal hukuklarda yer alan

²⁰⁶ Selçuk Ölçek, s. 82.

²⁰⁷ Şanlı, Milletlerarası, ss. 143-151.

²⁰⁸ Kalpsüz, s. 74.

boşluklarının giderilmesi gayesiyle ya da ulusal hukukun getirdiği çözümü doğrulamak gayesiyle uygulama sahası bulabilecektir²⁰⁹. Nitekim Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları 21.maddesi uyarınca da hakem kurulu, taraflar arasında yapılmış esas sözleşme hükümlerini ve varsa, ilgili ticari örf ve adetleri göz önünde bulundurmalıdır.

ICC nezdinde görülen 1996 tarihli bir kararda²¹⁰, uyuşmazlık konusu olayda davacı Amerika Birleşik Devletleri'nden bir acente, davalılar ise Almanya ve Belçika uyruklu üreticilerdir. Uyuşmazlık konusu sözleşmenin muhtevası, acente tarafından davalı kişilerin ürünleri için satıcıların tespit edilmesidir. Bu konuda tarafların anlaşamaması sonucunda, davalılar bu iş için ayrı bir şirket kurarak, davacı şirket ile imzaladıkları sözleşmeyi feshetmiştir. Feshedilen acentelik sözleşmesinde esasa uygulanacak hukuk belirtilmemiştir. Tahkim yargılamasını yöneten hakem tarafların da anlaşmasıyla Hollanda hukukunu tatbik etme yönünde karar alır. Fakat hakem sözleşmenin taraflarının yükümlülüklerini dürüstlük kuralı uyarınca ifa etmesi gerektiğini ifade ederken bu konuda sadece Hollanda hukukunu esas almaz. Dürüstlük kuralının UNIDROIT İlkeleri'nde ve lex mercatoria'da bulunduğunu belirtir. Diğer yandan da daha önce verilen hakem kararlarına atıfta bulunur²¹¹. Bu karar esasa uygulanacak hukukun varlığı hukuki neticenin, lex mercatoria ile doğrulandığı hakem kararlarına örnek gösterilebilir niteliktedir.

ICC nezdinde verilen 1987 tarihli bir kararda da²¹², sözleşmede açıkça Libya hukukuna göndermede bulunulduğundan bahisle hakemler ilk olarak Libya hukukunun uyuşmazlığın esasına uygulanmasına; fakat bu hukukta yer verilmeyen hususlarda lex mercatoria'nın tatbik edilmesi kararına varmıştır. Uyuşmazlıkla ilgili olan İsviçre, Alman ve Libya ulusal hukuklarıyla birlikte, lex mercatoria'da da yer alan emprevizyon prensibi göz önünde bulundurulmuştur²¹³. İlk safhada Libya hukukunun uygulanmasını, daha sonraki safhada ise lex mercatoria'nın uygulanmasını içeren karar, lex mercatoria'nın ulusal hukuk sistemlerinin

²⁰⁹ Selçuk Ölçek, s. 94.

²¹⁰ ICC 1996 tarihli, 8548 sayılı kararı.

²¹¹ Erdem, Lex Mercatoria, s. 357.

²¹² ICC 1987 tarihli, 4761 tarihli kararı

²¹³ Erdem, Lex Mercatoria, s. 333, 334.

boşluklarının giderilmesi amacıyla başvurulduğu durumlara bir örnek oluşturmaktadır²¹⁴.

f. Milletlerarası Sözleşmelerde Tarafların Hukuk Seçiminin Yapılmamış Olması Durumunda

Tarafların yukarıda bahsedildiği üzere esasa uygulanacak hukuk kurallarını seçme serbestisi bulunsa da, sözleşmenin taraflarının bu konuda herhangi bir tercih yapmadıkları durumlar da az değildir.

Uluslararası karakterli ticari ilişkilerde, uluslararası satım ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim aracılığı ile çözüme kavuşturulması arzu edildiğinde, tarafların hukuk tercih etmesi ulusal mahkemelerde görülecek uyuşmazlıklara nazaran daha çok önem arz etmektedir. Bu durumda tahkim yargılama usulünün tercih edilmesi halinde hakemler, lex fori'leri bulunmadığından²¹⁵, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tayin etmek konusunda problem yaşamaktadır²¹⁶. Bu noktada, hakemlerin uygulanacak hukuku tayin ederken kullanabilecekleri birtakım yöntemler bulunmaktadır.

g. Tarafların Hukuk Seçmediği Durumda Hakem Heyeti Tarafından Lex Mercatoria'nın Uygulanması

Sözleşmenin taraflarının esasa uygulanacak hukuk seçiminin gerçekleştirmediği ve hakemler tarafından hukuk seçiminin yapılması durumu söz konusu olduğunda ise birtakım sorunsallar oluşmaktadır. UNCITRAL Model Kanunu'nu esas alan birçok tahkim kuralları ile birlikte ICSID Ana Sözleşmesi gibi milletlerarası hukuk kuralında hakemlerin gerçekleştirdiği hukuk tercihinin konusu milli hukuklarla sınırlandırılmıştır. Bu sebeple, hakemlerin sözleşmenin taraflarının

²¹⁴ Koray Güven, "Lex Mercatoria Ve Milletlerarası Tahkim", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 34, Sayı: 2, 2014, ss. 1-57, s. 50.

²¹⁵ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1994, (Hakem) s. 176; Şanlı, Milletlerarası, s. 213.

²¹⁶ Şanlı, Milletlerarası, s. 213.

iradelerini göz önüne almadan *lex mercatoria*'yı uygulamasının, tahkim kararının iptal ve tenfiz usulleri bakımından risk taşıdığı belirtilmektedir²¹⁷.

Bu minvalde bu hakem kararının aleyhine de hukuki çarelere başvurulmuştur. Fakat milli mahkemeler nezdindeki bu gayeler sonucunda da hakem kararlarının geçerliliğine karar verilmiştir.²¹⁸

Tarafların hukuk seçmediği durumlarda tahkime başvurdıkları hallerde tahkim yargılaması hakemlerin tarafların gerçek iradelerini araştırmaları ve bunun üzerine karar vermelerini esas alan bir yargılamadır. Bu sebeple taraflar örtülü bir şekilde de esasa uygulanacak hukuk seçimini yapabilirler. Taraflar örtülü bir irade bile ortaya koysalar, esasa uygulanacak hukukun belirlenmesinde yabancı bir ulusal hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerinin uygulanması yerine tarafların bu örtülü iradelerinin hakemler tarafından araştırılması gerektiği belirtilmektedir. Çünkü bir yargılama türü olarak tahkim de bütünüyle tarafların iradesi sayesinde ortaya konan bir yargılama çeşidi olarak kabul edilmektedir²¹⁹.

Sözleşmenin taraflarının esasa uygulanacak hukuku seçmedikleri ancak usul hukuku açısından Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına tabi olunacağını kararlaştırdıkları hallerde, hakemler yargılama esnasında herhangi bir kanunlar ihtilafı normuna gerek kalmaksızın Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının 21. maddesini uygulamaları hukuken mümkündür²²⁰.

Bu durumda, esasa uygulanacak bir hukuk taraflarca belirlenmedi ise hakem kurulu uygun gördüğü hukuku uygulama hakkına sahiptir. Hakem heyeti uygun gördüğü hukuk olarak *lex mercatoria*'yı belirleyebilecek olup, uyuşmazlığı *lex mercatoria*'ya göre çözümleme hakkına sahiptir.

Son olarak, taraflarca uygulanacak bir hukuk seçilmediği durumlarda, *lex mercatoria*'nın yargılamayı yapan hakemler tarafından tayin edilen bir milli hukukla birlikte uygulanması da doktrin tarafından mümkün görülmektedir.

Sonuç olarak denebilir ki, milletlerarası iş ilişkilerine giren tacirler *lex mercatoria* kurallarının doğabilecek uyuşmazlıklara uygulanmasını sözleşmelerinde

²¹⁷Güven, s. 48.

²¹⁸Örnek kararlar için bkz: Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft mbH (DST) v. the Government of the State of R'as Al Khaimah (UAE) and the R'as Al Khaimah Oil Company (RAKOIL) ve Pabalk Ticaret Limited Şirketi v. Norsolor S.A.(1979).

²¹⁹B. Erdem, s. 370.

²²⁰ Milletlerarası Ticaret Odası, Règlement d'Arbitrage de la CCI, en vigueur à compter du 1 er janvier 1998, publiée en Août 1997, Paris, s. 22.

belirleyebilirler. Tarafların uygulanacak hukuk olarak lex mercatoria'yı belirlememeleri halinde dahi, milli hukukla birlikte uygulanacak hukuk olarak lex mercatoria'nın uygulanması mümkündür. Böyle durumlarda Incoterms kuralları da uygulama alanı bulmuş olacaktır.

Bunun yanında akit tarafların sözleşmelerinde doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde; milletlerarası tahkim yargılamasında lex mercatoria'nın uyuşmazlıklarda uygulanması mümkündür. Bu kuralların uygulanma nedeni, lex mercatoria kurallarının uyuşmazlık konusu açısından uygun hukuk olarak görülmesidir.

Bu konuda, Fransız hakem Goldman, lex mercatoria kurallarının milletlerarası ticari tahkim yargılamasında yaygın şekilde hakemler tarafından uyuşmazlıklara uygulandığını belirtmektedir²²¹.

h. Hakemlerin Hakkaniyete ve Nesafete Göre Karar Vermeleri, Dostane Çözüm ve Lex Mercatoria

Taraflarca sözleşmelerinde hakkaniyet ve nesafete göre karar verme konusunda yetkilendirilmiş olan hakemler, yargılama sonucu verdikleri kararlarında tercih ettikleri hakkaniyet ve nesafet kurallarını belirtmelidir. Bu şekilde yetkilendirilen hakemlerin adil yargılama ilkelerine uymaları ve uyuşmazlıkla ilişkili devletlerin kamu düzenini de göz önünde tutmalar gerekmektedir. Hakkaniyet ve nesafete göre karar verilirken, hakemler hakkaniyet fıkriyatlarını önceler ve herhangi bir ülkenin hukukunu ya da milletlerarası örgütlerce yayımlanan düzenlemeleri uygulama zorunluluğundan muaf olurlar²²².

Türk hukukunda “dostane aracı” kavramı ile belirtilen “amiable compositeur” önüne gelen uyuşmazlığa sulh yolu ile son vermek konusunda aracılık eden kimseyi ifa eder. Bu bir tahkim türüdür. Dostane aracının aldığı karar bir tahkim kararı niteliğini haizdir ve bağlayıcıdır²²³. Bu noktada hakemlere dostane aracılık yetkisi

²²¹ Selçuk Ölçek, s. 83.

²²² Kalpsüz, s. 77.

²²³ Kalpsüz, s. 78.

verilmesi durumunda sözleşmenin taraflarının lex mercatoria'nın uygulanmasına örtülü olarak rıza verdikleri şeklinde yaygın bir kanı ve uygulama bulunmaktadır²²⁴.

Günümüzde hakemlerin kendilerine tanınan dostane çözüm veya adalet ve nesafet (ex aequo et bono) yetkisini kullanarak direkt olarak lex mercatoria kurallarını uyguladıkları belirtilmektedir. Genelde nesafet ve hakkaniyete göre (ex aequo et bono) karar vermek durumunda olan dostane aracının adil şekilde karara varabilmesi için, milletlerarası ticari örf, âdet ve teamülleri göz önünde tutması gerektiği de ayrıca belirtilmektedir. Uygulamada ve doktrinde, dostane aracı klotunun, dolaylı şekilde lex mercatoria'nın uygulanması sonucunu doğurduğu ifade edilmektedir²²⁵.

III. INCOTERMS KURALLARININTÜRK HUKUKUNDA YERİ VE ETKİSİ

A. Türk Hukukunda Örf ve Âdet Hukuku Kuralları

1. Örf ve Âdet Hukuku Kuralının Tanımı

Örf ve adet kuralları hukukun yazılı olmayan kaynaklarındanır. Yazılı kurallardan farklı olarak örf ve adet kuralları herhangi bir makam tarafından oluşturulmaz. Bir makam tarafından ortaya konmamış ve yazılı olmamalarına karşın örf ve adet kuralları uygulandıkları toplumda uzun süredir tekrarlandıkların kural haline dönüşmüşlerdir²²⁶. İlk başta toplumun fertleri tarafından bir bilinç taşımaksızın gerçekleştirilen davranışların, zamanla toplumun diğer fertleri tarafından da tekrarlanan şekilde uygulanması ile bu davranışlara uyulması için toplumda bir zorlayıcı güç oluşturulur ve örf ve adet kuralları bu şekilde meydana gelir²²⁷.

Herhangi bir davranışın hukuk sistemi açısından norm olarak kabul edilmesi ve örf ve adet hukuku kuralı sayılabilmesi, o davranışın şu üç kriteri sağlaması

²²⁴ Erdem, Lex Mercatoria, s. 133.

²²⁵ Selçuk Ölçek, s. 83 – 84.

²²⁶ İsmail Kayar ve İlhan Üzülmöz, **Hukukun Temel Kavramları**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 89-90.

²²⁷ Haluk Hadi Sümer, Yavuz Atar, Mehmet Ayan, Sami Karahan Karahan, Ömer Ulukapı ve İbrahim Arslan, **Temel Hukuk Bilgisi**, Mimoza Yayınları, 3. Baskı, Konya, 2003, s. 39.

gerekmektedir: *süreklilik, zorunluluk inancı ve kanuna veya hukuk sisteminin genel esaslarına aykırı olmamak ve yaptırım*²²⁸. Söz konusu kriterlerden *süreklilik*, maddi unsur olarak da kabul edilmektedir. Bu unsura göre aynı olgular açısından aynı davranışın sürekli ve istikrarlı şekilde gösterilmesi gerekmektedir. Süreklilik unsurunun ne kadar sürede gerçekleşeceğine dair kesin bir ölçüt olmamakla birlikte, söz konusu davranışın ne zamandan beri gerçekleştirildiğinin bilinmemesi bir kriter olarak kabul edilmektedir²²⁹.

Zorunluluk inancı ise toplumda sürekli uygulanan bu davranışın haklı olduğuna ve bu kurala uyulması gerektiğine dair yaygın bir inancın bulunması gerektiğini ifade eder²³⁰. Bu demektir ki, bir davranışın örf ve adet hukuku kuralı sayılabilmesi için, insanlar, bu davranışlara yalnızca gelenek ve alışkanlık sebebiyle değil, bu davranışlara uymanın zorunlu olduğuna inandıkları için uymalıdır²³¹.

Son olarak *kanuna veya hukuk sisteminin genel esaslarına aykırı olmamak ve yaptırım* unsuru, bir örf ve adet kuralının ancak pozitif hukuk kurallarına ve şu an yürürlükte bulunan hukuk sisteminizin genel esaslarına aykırı olmadığı sürece uygulanabileceğini ifade eder. Mahkemelerin pozitif hukuk ile çatışan bir örf ve adet kuralını uygulaması mümkün değildir²³². Bunun yanında hukuk sisteminin bu kural için bir hukuki sonuç öngörmesi de bu unsurun bir gereğidir.

Bu bakımdan ifade edilen üç unsur göz önünde bulundurulduğunda örf ve adet kuralları şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Hukuki örf ve adet kuralları, toplum içinde uzun süreden beri tekrarlanan ve toplumun kendisine uyulmasını zorunlu saydığı ve hukuk düzeninin kendisine atıfta bulunduğu ortak davranış kurallarıdır.*”²³³

Örf ve adet kuralları, Türk Hukuku açısından 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrasında, “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*” hükmüne yer verildiğinden bir hukuk kuralı olarak kabul edilmekte ve bu sebeple önem arz etmektedir. Çünkü söz konusu

²²⁸ Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011, s. 12.

²²⁹ Kayar ve Üzülmüş, s. 90.

²³⁰ Kayar ve Üzülmüş, s. 91.

²³¹ Güriz, s. 12.

²³² Güriz, s. 11.

²³³ Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Ekin Kitabevi, 8. Bası, Bursa, 2011, s. 160.

hüküm uyarınca, kanunlarda uygulanabilir bir hüküm bulunmaması halinde mahkemeler doğrudan örf ve adet hukuku kurallarını uygulayarak uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahiptir.

2. “Örf ve Âdet” ile “Örf ve Âdet Hukuku” Arasındaki Fark

Örf ve adet kuralları, toplumda uzun süredir uygulanmakta olan ve toplumun geniş kesimlerince kabul edilen kurallardır. Örneğin, yeni evlenmiş bir arkadaşına hediye götürmek bir örf ve adet kuralıdır. Bu kurala uyulmadığın bu durum toplum tarafından hoş görülmez ve ayıplanır; fakat bir kimsenin yarıcılık ve ortaklık ile ilgili kurallara uymaması durumunda sadece toplum tarafından ayıplanmaz²³⁴. Çünkü örf ve adet hukuku kurallarına uyulmaması halinde bu durum hukuk sistemi açısından yaptırıma bağlanarak, devletin cebri gücü ile bu kuralın gerekleri yerine getirilir. Ancak örf ve adet kurallarında böyle bir icra mekanizması hukuk sistemi için getirilmemiştir. İşte bu fark örf ve adet kuralları ile örf ve adet hukuku kuralları arasındaki farkı oluşturmaktadır.

3. Ticarî Örf ve Âdet Hukuku Kuralı

Ticari örf ve adet hukuku kuralının da oluşabilmesi için diğer örf ve adet kuralları gibi süreklilik, zorunluluk inancı ve hukukilik unsurlarının bir araya gelmesi gerekmektedir. Ticari örf ve adet kurallarının diğer örf ve adet kurallarından farkı ise belirli ve meslek veya ticaret alanına özgü olarak gelişen, ticaret yaşamının dinamikleri gereğince ticari ilişkilerde kolaylık ve düzen sağlanması amacıyla oluşan ve bu alanda uygulanması zorunlu normlar haline gelen kurallar olmasıdır²³⁵.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasında, “*Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca ticari örf ve adet hukuku kuralları, genel kanun hükümlerinden önce uygulanacaktır. Bu durum hukuk sistemimiz açısından ticari örf ve adete verilen hukuki değeri gözler

²³⁴ Selçuk Ölçek, s. 7.

²³⁵ Erol Ulusoy, *Ticari Örf ve Adet Hukuku ve Türkiye’de Geçerli Olan Ticari Örf, Adet ve Teamüller Fire ve Zayıt Kararları*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 67.

önüne sermektedir. Mahkemeler bir ticari uyuşmazlık söz konusu olduğunda sırasıyla, öncelikle ticari hükümlere, ticari hükümler açısından bir çözüm bulunamıyorsa ticari örf ve adet kurallarına ve bunlarda da bir çözüm bulunamıyorsa genel hükümlere göre hüküm kurmakla yükümlüdür. Kanun koyucu bu konuda sıralamayı açıkça ortaya koymuştur.

Doğrudan ticari uyuşmazlıklara uygulanabilen kurallar olarak ticari örf ve adetlerin tanımlanması gerekmektedir. Bu bakımdan ticari örf ve adetler şu şekilde tanımlanmaktadır; *“Ticari örf ve adetler, yasama organınca düzenlenmemiş olmakla birlikte, ticari hayatta uzun zamandan beri uygulanan ve uygulanması konusunda da inancın oluştuğu, yargı ve yürütme organınca yaptırım altına alınmış hukuk kurallarıdır.”*²³⁶.

Hukuk sistemimiz içinde pozitif hukuk kurallarının yanında doğrudan uygulanabilir bir hukuk kuralı olarak kabul edilen ticari örf ve adetleri tespit etme görevi, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu ile odalar ve borsalara verilmiştir. Her oda meclisi kendi alanındaki ticari örf ve adeti belirlemekle yükümlüdür. Hakimler de uyuşmazlıklara ticari örf ve adetlerin uygulanması gerektiği durumlarda ilgili odadan bu konudaki ticari örf ve adetleri isteyecektir²³⁷.

4. Ticari Örf ve Âdet Kurallarının Genel Kanun Hükümlerinden Önce Uygulanması

Ticari olmayan örf ve adet hukuku kuralları kaynağını 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasından almaktadır. Bu bakımdan uyuşmazlığı çözmekle yetkili ve görevli mahkeme kanunda uyuşmazlığı çözmeye elverişli bir hüküm bulamazsa örf ve adet hukuku kurallarını araştırarak ve uyuşmazlığı uygun bir örf ve adet hukuku kuralına göre çözümleyecektir. Bu bakımdan örf ve adet hukuku kuralları hukuki bir ihtilafın mahkemeler nezdinde çözümlenmek üzere görüşüldüğü hallerde uygulama alanına kavuşabilecektir²³⁸.

²³⁶ Selma Çetiner ve Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 50.

²³⁷ Çetiner ve Bozkurt Yüksel, s. 50.

²³⁸ Selçuk Ölçek, s. 10.

Ticari örf ve adetler açısından ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mahkemeler önünde görülen bir ticari uyuşmazlıkta ticari kanun hükümleri arasında söz konusu uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilecek bir hüküm bulunmaması halinde, ticari örf ve adet hukuku kuralları genel kanun hükümlerinden önce olmak üzere uygulama alanı bulacaktır. Bu bakımdan ticari nitelikteki örf ve adet hukuku kuralları kanun hükmü gücüne erişmiştir denebilir²³⁹.

Bu noktada anlaşıldığı üzere, bir ticari uyuşmazlığa uygulanabilecek ticari örf ve adet hukuku kurallarının bulunması halinde Türk Medeni Kanununda ve Türk Borçlar Kanununda yer verilen genel hükümlerden önce bu konudaki ticari örf ve adet hukuku kurallarının kanun hükmü gereğince öncelikle uygulanması gerekmektedir. Ancak aydınlatılması gereken noktalardan biri, ticari örf ve adet hukuku kurallarının Türk Ticaret Kanununun yer verilen genel hükümlerden de önce uygulanıp uygulanmayacağı konusudur. Çünkü 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrasında “genel kanun hükümleri” ifadesine yer verilmiş ve genel kanun hükümlerinden anlaşılması gereken açıkça belirtilmemiştir. Bu bakımdan bir ticari uyuşmazlığa uygulanabilecek ticari örf ve adet hukuku kurallarının bulunması halinde Türk Medeni Kanununda ve Türk Borçlar Kanununda yer verilen genel hükümlerin ile birlikte Türk Ticaret Kanununda yer verilen genel hükümlerden de önce ticari örf ve adet hukuku kurallarının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılabilmektedir. Çünkü 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrasının lafzı uyarınca, bir ticari uyuşmazlıkta ticari kanun hükümleri arasında söz konusu uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilecek bir hüküm bulunmaması halinde, ticari örf ve adet hukuku kurallarının genel kanun hükümlerinden önce olmak üzere uygulanacağı belirtilerek, mahkeme önüne gelen bir ticari uyuşmazlıkta uyuşmazlığı çözebilecek nitelikte özel bir ticari örf ve adet hukuku kuralı bulunması halinde bu kuralın tüm genel hükümlerden önce uygulanacağı yorumunu yapmak mümkün görünmektedir.

Bununla birlikte 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda öngörülen ulusal tahkim ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde

²³⁹Kalpşüz, s. 73

oluşturulacak tahkim yargılamalarında da ticari örf ve adet hukuku kuralları uygulama alanı bulabilecektir²⁴⁰.

5. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Uygulamadaki Rolü

a. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Tamamlayıcı Rolü

Örf ve adet hukuku kurallarının tamamlayıcı rolü dayanağını açıkça 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1. maddesinden almaktadır. Söz konusu madde uyarınca hakimlerin uyuşmazlıkların çözümünde uygulanabilecek herhangi bir yazılı hukuk normu bulamaması durumunda örf ve adet hukuku kurallarını uygulamasına cevaz verilmiştir²⁴¹. Bu bakımdan örf ve adet hukuku kuralları yazılı yani pozitif hukuk açısından tamamlayıcı bir rol üstlenmektedir.

Bunun yanında ticari örf ve adet hukuku kuralları ise 6102 sayılı Türk Ticaret kanununun 1. Maddesinin 2. Fıkrası gereğince ticari hükümlerde yer verilmeyen hususlarda doğrudan bu hükümleri tamamlayıcı bir etkide bulunabilmektedir. Bu bakımdan bu tür örf ve adet hukuku kuralları genel kanun hükümlerinden de önce uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte ticari nitelikteki örf ve adet hukuku kurallarının kendi içinde de bir sınıflandırma yapılmakta ve bölgesel ve yöresel ticari örf ve adet hukuku kuralları daha genel nitelikli örf ve adet hukuku kurallarına göre ilgili uyuşmazlık açısından öncelik verileceği belirtilmiştir²⁴².

Ticaret Kanunu ve Medeni Kanunun yanında 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 12. maddesinin (c) fıkrasında “*sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır.*” hükmüne yer verilmiştir. Böylece milletlerarası tahkim yargılamalarında da ticari örf ve adetlerin uygulanacağı belirtilmiş ve örf ve adet kurallarının tamamlayıcı rolü burada da ifade edilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanununda yer alan bu hüküm dikkate alındığında uyuşmazlığa uygulanacak olan ulusal hukukta bulunan ticari örf ve adet kurallarının dikkate alınacağı belirtilmiş;

²⁴⁰ Selçuk Ölçek, s. 11.

²⁴¹ Mustafa Dural, **Medeni Hukuk Dersleri Giriş - Temel Kavramlar**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1983, s. 36.

²⁴² Reşat D. Tesal, “**Ticaret Hukuku**”, İstanbul Matbaası, İstanbul, 1984, s. 12.

ancak esasen milletlerarası tahkim yargılamalarında milletlerarası ticari ilişkilerde yerleşik uygulamalardan ortaya çıkan ticari örf ve adetlerin milli hukuklardan önce uygulandığı da görülebilmektedir²⁴³. Bu bakımdan Milletlerarası Ticaret Kanununun ulusal düzeydeki ticari örf ve adet hukuku kurallarına öncelik verdiği söylenebilir.

b. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Belirtici Rolü

Türk hukuku açısından Türk Medeni Kanununun ve Türk Ticaret Kanununun 1. maddeleri dışında da örf ve adet hukuku kurallarına atıf yapılan maddeler bulunmaktadır. Bu konuda örneğin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 15. maddesinin 2. fıkrası uyarınca *“İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır.”* denilerek borç ilişkisinde yazılı şekil şartı bulunması halinde, borçlu açısından imzanın elle atılması zorunluluğunun istisnası ancak örf ve adette farklı bir uygulamanın bulunduğu durumlarda kabul edilmektedir.

Başka bir örnekte ise yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 129. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, üçüncü kişi yararına sözleşmelerde *“Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler.”* hükmü düzenlenerek sözleşmenin tarafının yanında üçüncü kişinin ya da üçüncü kişiye halef olanların da edimin ifasını talep edebilmesinin şartlarından biri olarak bu durumun örf ve adete uygun düşmesi aranmaktadır.

Kira sözleşmeleri açısından da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 314. maddesinde, *“Kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür.”* hükmü ile kira bedelinin kiracı açısından ifa zamanının belirlenmesinde bir yerel adet bulunması halinde kanunda belirlenen zamanın değil, yerel adetin esas alınacağı belirtilmiştir.

Bu örnekleri özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu açısından çoğaltmak mümkündür. Örnekler ışığında, örf ve adet kurallarının hukuki ilişkilerimiz açısından ifa zamanı, imza yöntemi ya da ifayı talep edecek kişi gibi önemli hususlarda yol

²⁴³ Akıncı, Tahkim, s. 170.

gösterici ve belirtici bir rolü olduğu²⁴⁴ ve bu rolün bizzat kanun koyucu tarafından örf ve adet kurallarına tanındığı açıktır.

c. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Yorumlayıcı Rolü

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun “Ticari örf ve adet” başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “*Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır.*” hükmü getirilmiştir. Hükümde ticari işler açısından kişilerin irade açıklamalarının yorumlanmasında ticari örf ve adetlerin ve bunların yanında ticari teamüllerin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan ticari örf ve adet kurallarının yorumlayıcı rolünün de ticari işler açısından kanunun koyucu tarafından dikkate alındığı görülmektedir.

B. Türk Hukukunda Teamüller

1. Ticari Teamülün Tanımı

Ticari teamüller hukuki nitelikleri itibariyle irade beyanının yorumlanmasında uygulanırlar. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrası ticari teamüller içinde “ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe” lafzını kullanmaktadır. Bu bakımdan Ticaret Kanununun ticari teamülü örf ve adet özelliğini haiz olmayan alışkanlıklar olarak gördüğü söylenebilir²⁴⁵.

Ticari teamüller Türk Ticaret Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ticari örf ve adet hukuku kuralları gibi irade açıklamalarının yorumlanmasında göz önünde bulundurulurlar. Bu sebeple ticari teamüller uygulanması zorunlu hukuk normu niteliği bulunmayan, fiili yorum aracı olarak kabul edilmektedir. Zaten ticari teamüllerin asıl hukuki işlevinin kişilerin irade beyanlarının yorumlanması

²⁴⁴Selçuk Ölçek, s. 13.

²⁴⁵Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 96.

hususunda göz önünde bulundurulmaları olduğu belirtilmektedir²⁴⁶. Bunun yanında taraflar arasında iradi olarak kabul edilen bir sözleşme hükmünün aksine bir ticari teamülün varlığı halinde, söz konusu teamülün sözleşme hükmünün uygulanmamasına neden olmayacağı belirtilmektedir²⁴⁷.

2. Teamülün Türleri

Teamüller doktrinde *ticari terimlere verilen anlamlara ilişkin teamüller* ve *henüz örf ve adet düzeyine ulaşmamış teamüller* olarak ikiye ayrılmaktadır.

Bunlardan Türk Ticaret Kanununun 2. fıkrasında bahsedilen teamüllerin, *ticari terimlere verilen anlamlara ilişkin teamüller* yani taraf iradelerinin yorumlanmasında kullanılan terimler olduğu kabul edilmektedir. Bu tür teamüllere fire ve zayıatlarla ilgili teamüller de dahil edilmektedir. Ticari terimlerin tacirler arasında verilen anlama göre yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Fakat sürekli edimleri konu alan sözleşmeler açısından taraf iradelerinin bu teamüllere göre yorumlanmasında, teamüllerin de zamanla değişmesi ihtimali göz önünde bulundurularak, tarafların irade açıklamalarının yapıldığı tarihteki ticari teamülün esas alınması gerektiği belirtilmektedir²⁴⁸.

Henüz ticari örf ve adet düzeyine çıkmamış teamüller ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun açıkça atf yaptığı kanun hükümleri kapsamında uygulama alanı bulabileceklerdir. Bu teamüller açısından tacirlerde bu teamüllere bir uyma zorunluluğu inancı oluşmadığından hukuki bağlayıcılık unsuru eksik kalmaktadır. Kanun koyucu bu teamüllere atf yaptığı durumlarda, ya taraflar arasındaki ticari sözleşme hükümlerinin eksik kaldığı durumlarda ya da ticari hükümlerin taraflar açısından yetersiz kaldığı hallerde bu hükümlerden sonra uygulanmak üzere bu teamüllere atf yapmaktadır. Bu kuralların henüz örf ve adet hukuku kuralı haline gelmeden uygulanmasının sebebi ise bazı durumlarda (örneğin çek ve poliçe bedelinin belirlenmesinde oluşan tacirler arası fiili alışkanlıklarda) tacirler arasında oluşan fiili alışkanlık durumlarının, örf ve adet hukuku kuralı haline gelecek kadar

²⁴⁶Hayri Domanıç ve Erol Ulusoy, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 5. Bası, Arıkan Basım Yayın, İstanbul, 2007, s. 35.

²⁴⁷Gönen Eriş, **Açıklamalı, İctihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler**, Cilt: I, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 204.

²⁴⁸Domanıç ve Ulusoy, s. 35.

uzun süreli uygulanmamaları ve çabukça değişip kaybolabilmeleridir. Bu bakımdan bu teamüllerin örf ve adet hukuku kuralı olmalarını beklemek gereği ortadan kalkmaktadır²⁴⁹.

Hukuki bağlayıcılık inancı unsurunun bulunmadığı ve kanun hükümlerinin atıfta bulunmadığı teamüllerin ise mahkemeler tarafından çözülecek uyuşmazlıklarda re'sen esas alınması imkanı bulunmamaktadır. Bunların uyuşmazlıklarda dikkate alınmasının tek yolu, ticari ilişkinin tarafları arasında bu teamülün karşılıklı şekilde uygulanmış olmasıdır. Ancak bu durumda da bu uygulamaların mahkeme tarafından dikkate alınabilmesi için Türk Medeni Kanununun 6. maddesi uyarınca iddia eden tarafından ispat edilmiş olması gerekmektedir. Bunun yanında ticari ilişkinin tarafları arasında karşılıklı uygulanmamış olan bir teamülün hukuki değeri bulunmamaktadır. Hukuki ilişkinin taraflarından yalnızca biri kendisini bir uygulamaya uymak zorunda hissediyorsa, ancak ilişkinin karşı tarafında bu uygulamaya uyma yönünde bir inanç yoksa Türk Ticaret Kanununun 2. maddesi anlamında bir teamülden söz edilemeyecektir²⁵⁰.

3. Ticarî Teamül ile Medenî Teamül Ayrımı

Yasama organı kanuni düzenlemelerinde ticari teamül ve medeni teamül arasında bir ayrım yapmamıştır. Ancak teamülün 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenleniş ve yer verilmiş şekli açısından farklılık göstermektedir.

İlk olarak ticari teamüllere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun “Başlangıç” hükümlerinde ve “Kanunun Uygulama Alanı” kısmında yer verilmiş ve burada ticari teamüller ticari ilişkilere taraf olanların irade beyanlarının yorumlanmasında bir araç şeklinde düzenlenerek, teamüllere bir yorum aracı olarak genel bir işlev atfedilmiştir.

Diğer yandan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun başlangıç kısımlarında ve genel hükümlerinde örf ve adet hukuku kurallarına yer verilirken, teamüllerden bu bölümlerde hiç bahsedilmemiştir. Ancak Türk Borçlar Kanununun çeşitli hükümlerinde teamüllere atıflar yapılarak, kanunun özel olarak belirlediği durumlarda teamüller tamamlayıcı bir araç olarak

²⁴⁹ Domanıç ve Ulusoy, s. 36.

²⁵⁰ Domanıç ve Ulusoy, s. 36.

düzenlenmiştir. Bu duruma örnek olarak Türk Borçlar Kanununun 234., 497., 502., 506 ve 522. hükümleri gösterilebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, örnek olarak verilen bu hükümlerde kanun koyucu yalnızca “*teamül*” terimine yer verilirken, Türk Borçlar Kanununun 233., 536. ve 537. maddelerinde “*ticari teamül*” terimine yer verilmiştir. Bu bakımdan da kanun koyucunun ticari teamüller ile medeni teamüller arasında bilinçli bir ayırım yaptığı söylenebilir.

Sonuç olarak ticari teamüller Türk Ticaret Kanununda tarafların irade beyanlarının yorumunda genel bir araç olarak kabul edilmişken, medeni teamüllere Türk Borçlar Kanununda genel bir işlev atfedilmemiş ve kullanılacakları durumlar özel olarak her hükümde ayrıca belirtilerek düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanunun 2. maddesinin 3. fıkrası gereğince ticari örf ve adet hukuku kuralları gibi ticari teamüller de, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanacaktır ve bu hükmün ancak uygulanmasını isteyen tarafça ispat edilmesi halinde uygulanacağı kabul edilmektedir²⁵¹.

C. Teamül ile Örf ve Âdet Arasındaki Fark - Bir Kuralın Örf ve Âdet Kuralı Mı Yoksa Teamül Mü Olduğunun Saptanması

1. Ticari Teamül ile Örf ve Adet Hukuku Kurallarının Ayırımı

Teamül ile örf ve adet arasındaki fark ilk olarak kişilerin kendilerini örf ve adet hukuku kurallarına uymak zorunda hissetmeleri, ancak teamüller konusunda böyle bir zorunluluğun hissedilmemesidir. Teamüller için böyle bir zorunluluk ihtiyacı bulunmamaktadır²⁵².

Teamül ile örf ve adet arasında bulunan diğer fark, örf ve adet hukuku kuralları ticari uyuşmazlıklar açısından genel kanun hükümlerinden de önce uygulanırken, yani kanun hükmü gibi ticari uyuşmazlıkların çözümünde doğrudan uygulanabilirken, Türk Ticaret Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ticari teamüller uyuşmazlıkların çözümünde hükme esas alınamazlar. Bu yüzden ticari teamüllerin örf ve adet hukuku kurallarından farklı olarak ticaret hukukunun

²⁵¹Poroy ve Yasaman, s. 97.

²⁵²Domanic ve Ulusoy, s. 34.

kaynakları arasında yer almadığı kabul edilmektedir. Ancak kanunda aksine bir hüküm bulunması halinde ticari teamüller de ticari örf ve adet hukuku kuralları gibi hakimnin hükmüne esas alınabilecektir²⁵³.

Ticari teamülün ticaret hukukunun kaynakları arasında yer almamasının bir sonucu olarak da uyuşmazlıkta ticari teamülü dayanak gösteren taraf için bu durumun ispat yükü üzerinde olacaktır. Bunun yanında ticari teamüllerin Odalar tarafından tespit ve ilan edilmesi onun var olduğuna ilişkin delil olarak kabul edilmektedir²⁵⁴.

2. Bir Kuralın Örf ve Âdet Kuralı Mı Yoksa Teamül Mü Olduğunun Saptanması

Bir kuralın örf ve adet hukuku kuralı mı yoksa teamül mü olduğunun tespit edilmesi kuralın hukuki değeri açısından önem arz etmektedir. Çünkü bir kuralın teamül olması halinde bu kural yalnızca tarafların irade beyanlarının yorumunda ve kanunun atıf yaptığı hallerde uygulanabilir. Teamüllerin hükme esas alınması ise Türk Ticaret Kanunu uyarınca yasaklanmıştır. Ancak bir kuralın örf ve adet hukuku kuralı olması halinde bu kural, artık Türk Ticaret Kanunu uyarınca genel kanun hükümlerinden de önce uygulanacak neredeyse bir kanun hükmü niteliğinde ve mahkemenin hükme esas alabileceği güçte bir hukuk kuralı olma özelliğini taşıyacaktır.

Aralarındaki ayrımın hukuki sonuçlarının bu denli önemli olması karşısında teamüller ile örf ve adet hukuku kurallarının birbirinden net bir şekilde ayrılması gerekmektedir. Doktrinde belirtilen kriterlere göre, örf ve adet hukuku kuralları ile teamüller arasındaki en önemli fark bir kurala uyulmasının kişilerde zorunlu olduğu hissinin uyanıp uyanmamasıdır. Bu demektir ki, bir kural uzun süreden beri uygulanıyorsa ve bu kurala uyulmasının zorunlu olduğu konusunda genel bir inanç bulunuyorsa, bu kuralın örf ve adet hukuku kuralı olduğunu söylemek mümkündür. Ancak uygulanmakta olan bir kurala uyma zorunluluğuna dair genel bir kanı bulunmamakta ise bu kuralın teamül niteliğinde olduğu belirtilmektedir²⁵⁵.

²⁵³ Poroy ve Yasaman, s. 96.

²⁵⁴ Domanıç ve Ulusoy, s. 34.

²⁵⁵ Selçuk ve Ölçek, s. 20.

Doktrinin verdiği kriterler her ne kadar belirleyici ve önemli olsa da, mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda bir kuralın teamül mü yoksa örf adet hukuku kuralı mı olduğunu kendilerinin tespit etmesinde zorlukla karşılaşması mümkündür. Bu yüzden bu kuralların hukuki niteliklerinin tespiti görevi 5174 sayılı Kanunla Ticaret Oda ve Borsalarına verilmiştir. Ticaret Odaları ve Borsaları çalıştıkları bölge ve alanlarda geçerli olan ticari teamül ve örf ve adet kurallarını tespit ederek ilan etmektedirler. Bu konuda önüne bir uyuşmazlık gelen mahkeme ise konu ile ilgili Ticaret Oda veya Borsasına sorarak bir kuralın teamül mü yoksa örf ve adet hukuku kuralı mı olduğunu tespit edebilecektir²⁵⁶.

IV. INCOTERMS KURALLARININ TÜRK HUKUKU AÇISINDAN NİTELENDİRİLMESİ

Incoterms kurallarının hukuki niteliğinin tanımlanması bu kuralların normlar hiyerarşisi açısından yerinin belirlenmesi ve mahkemeler tarafından olası uyuşmazlıklarda bu kuralların sözleşmeye uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması halinde emredici hükümler karşısındaki hukuki durumları bakımından önem arz etmektedir. Ancak Incoterms kurallarının hukuki niteliği açısından öğretide bir görüş birliği mevcut değildir. Bu konuda Türk hukukunda, Incoterms kurallarının ticari teamül olduğu, ticari örf ve adet hukuku kuralı olduğu, milletlerarası pozitif hukuk kuralı olduğu ve yorum aracı olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır²⁵⁷.

Bu aşama, Türk hukukunda bir hukuki niteliğin belirlenmesine ilişkindir. Burada önemli bir soru bulunmaktadır. Uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu ve yabancılik unsuru bulundurduğu için milletlerarası ticaret hukuku kapsamında değerlendirilen bir sözleşmede, bir Incoterms kuralı, lex mercatoria(ticari teamül) olması sebebiyle uygulama alanı bulurken; uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu yabancılik unsuru barındırmayan bir sözleşmede iç hukukta Incoterms kuralı bir ticari teamül olarak kabul edilmediği için uygulama alanı bulamayacak mıdır?

Kanaatimizce bu sorunun cevabı olumludur. Bir kural milletlerarası ticaret hukuku kapsamında değerlendirildiğinde şartları taşıdığı için ticari teamül olarak

²⁵⁶ Domanıç ve Ulusoy, s. 37.

²⁵⁷ Sevinç Kuyucu, s. 14-15.

kabul edilebilirken, yabancılık unsuru barındırmayan bir durumda, şartları taşımadığı için ticari teamül olarak kabul edilmeyebilecektir.

Yabancılık unsuru barındırmayan bir durumda, Incoterms kurallarının ticari örf ve adet hukuku kuralı olup olmadığı hususunda; Incoterms kurallarının uzun süredir yabancılık unsuru barındırmayan belirli sözleşmesel ilişkilerde uygulanması ve Milletlerarası Ticaret Odası tarafından kodifiye edilmesi açısından ticari örf ve adet hukuku kurallarının süreklilik kriterini taşıdığı söylenebilecektir²⁵⁸. Aynı zamanda ulusal hukuklar ile çatışma halinde olmayan kurallardan olduğu söylenebilecektir. Ancak Incoterms kurallarının ticari örf ve adet hukuku kuralından ayrılan en önemli yanı, bu kuralların uygulanması açısından o alanda sözleşme ilişkisine giren kişilerin bu kurallara uyma zorunluluğu hissetmemesi yani Incoterms kuralları için ticari örf ve adet hukuku kurallarında bulunan zorunluluk inancı kriterinin bulunmamasıdır. Çünkü Incoterms kuralları ancak sözleşmenin taraflarının sözleşme metninde yer vermesi durumunda uygulanabilir kurallardır²⁵⁹.

Buna karşın ticari örf ve adet hukuku kuralları Türk Ticaret Kanununda belirtildiği üzere genel kanun hükümlerinden de önce uygulanabilen kanun gücünde kurallardır. Bu demektir ki ticari örf ve adet hukuku kuralları Türk hukuku açısından taraflarca sözleşmede öngörülme de aynı kanun hükümleri gibi doğrudan uygulanabilen kurallardır²⁶⁰. Bu sebeple bu güçte olmayan Incoterms kurallarının ticari örf ve adet hukuku kuralı sayılması mümkün görünmemektedir.

Incoterms kurallarının yorum kuralı olduğunu savunan görüş açısından ise bu görüşteki yazarlar Incoterms kurallarının tarafların iradelerini ortaya koymaya yarayan yorum aracı niteliğinde olduğunu belirtmektedir.

Bir başka görüşe göre ise Incoterms kurallarının milletlerarası pozitif hukuk kuralı olduğu ileri sürülmektedir. Ancak Incoterms kurallarının Milletlerarası Ticaret Odası tarafından tek taraflı olarak yayınlanıyor olması bu açıdan bir sorun teşkil etmektedir; çünkü Milletlerarası Ticaret Odası bağlayıcı hukuk kuralı koymaya

²⁵⁸ Henry Deeb Gabriel, **Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law**, Oceana Publication, New York, 2004, s. 241.

²⁵⁹ Arkan, Ticari İşletme, s. 16.

²⁶⁰ Hüseyin Ülgen, Ömer Teoman, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 12.

yetkili bir örgüt değildir²⁶¹. Bu bakımdan Incoterms kurallarının hem devletlerarası herhangi bir uluslararası anlaşma metni aracılığıyla düzenlenmemiş olması, hem onları yayımlayan organ açısından hem de devletlerin bu konuda uluslararası pozitif hukuk kuralı koyma iradesinin bulunmuyor olması açısından bu kuralların uluslararası pozitif hukuk kuralı niteliğini kazanmalarının mümkün olmadığı ifade edilebilir²⁶². Ancak burada Incoterms kurallarının lex mercatoria'nın kodifikasyonundan ibaret olduğu da değerlendirildiğinde, Incoterms kurallarının pozitif hukuk kuralı olarak değerlendirilmesi de mümkün olabilecektir.

Doktrinde, ticari teamüllerin Incoterms kurallarından farklı olarak açık kanun hükmü sebebiyle doğrudan ticari irade beyanı ve sözleşmeleri yorumlayıcı bir araç haline gelmekte iken, Incoterms hükümlerinin ancak ticari sözleşmelerde taraflarca iradi olarak yer verildikleri durumda göz önünde tutulacağı da belirtilmektedir²⁶³.

Son görüş olarak ise Incoterms kurallarının ticari teamül olduğuna ilişkin görüşü bulunmaktadır. Ticari teamüller yukarıda açıklandığı üzere ticari ilişkilerde uzun süredir uygulanagelen kurallardır²⁶⁴. Bu yönden ticari örf ve adetler gibi ticari teamüller de süreklilik kriterine sahiptir. Bu açıdan Incoterms kuralları, Milletlerarası Ticaret Odası'nın da yayınlarında belirttiği gibi uluslararası satış sözleşmelerinde uzun süredir uygulanagelen kuralların sistematik ve yeknesak şekilde bir araya getirilmesiyle oluşturulmuştur. Bu bakımdan, yabancılık unsuru barındırmayan sözleşmelerde de Incoterms kurallarının yoğun olarak kullanıldığı kabul edilirse, Incoterms kurallarının ticari teamüllerin süreklilik kriterini sağladığını söylemek mümkündür. Ancak elbette bunun aksini savunan yani Incoterms kurallarının yaklaşık on yıllık periyotlarla geçirdiği değişiklikler sebebiyle bu unsuru taşımadığını ifade eden görüş de bulunmaktadır²⁶⁵.

Diğer yandan ticari teamüller açısından ticari örf ve adet hukuku kurallarının aksine zorunluluk inancı bulunması gerekmemektedir. Bu demektir ki ilgili alandaki sözleşmesel ilişkilerde taraflar ticari teamüllere uyma zorunluluğu hissetmemekte ve bu teamüllere uymadıklarında herhangi bir yaptırıma tabi kılınmamaktadır. Kaldı ki

²⁶¹ Arslan Kaya, **Belgeli Akreditifte Lehtarın Hukuki Durumu**, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s. 21.

²⁶² Doğan, s. 342.

²⁶³ Domanıç ve Ulusoy, s. 35.

²⁶⁴ Domanıç ve Ulusoy, s. 10.

²⁶⁵ Kaya, s. 23.

Türk Ticaret Kanununun 2. maddesi uyarınca bir sözleşmesel ilişkide sözleşmenin taraflarının aralarında ticari teamüle uygun olarak uygulamada bulunduklarını iddia eden tarafın ispat etmesi gerekmektedir. Bu bakımdan sözleşmede öngörüldüğü takdirde taraflar açısından uygulama alanı bulacak olan Incoterms kurallarının ticari teamüllerle benzerlik gösterdiği söylenebilir.

Diğer yandan ise Türk ticaret hukuku açısından ticari teamüller yorum aracı olarak kullanılarak tarafların gerçek iradelerin ortaya konmasında başvurulabilecek hukuk kuralları olarak kabul edilmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak incelendiği üzere Avrupa Birliği Adalet Divanının Electosteel Europe Sa V Edil Centro Spa kararından anlaşıldığı üzere Avrupa Birliği Hukuku açısından da Incoterms kuralları sözleşmenin taraflarının iradelerinin yorumlanmasında kullanılan ticari teamül olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple Türk hukuku açısından da uluslararası anlamda uzun süredir uygulanagelen ve bu sebeple Milletlerarası Ticaret Odası tarafından bir araya getirilerek yayınlanan bu kuralların taraf iradelerinin yorumlanmasında kullanılması ve ticari teamül olarak kabul edilmesi mümkün görünmektedir. Kaldı ki, Alman Hukukunda da Incoterms kurallarını ticari teamül olarak kabul eden görüş bulunmaktadır²⁶⁶.

Sonuç olarak; uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu sözleşmeler bakımından, Incoterms kurallarının hukuki niteliğinin o sözleşmenin yabancılik unsuru bulundurmasına göre yapılmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Yabancılik unsuru taşımayan sözleşmeler bakımından da, yukarıda sayılan şartları taşıdığının kabulü halinde, Incoterms kurallarının ticari teamül olarak kabul edilmesi mümkün görünmektedir.

V. DEĞERLENDİRMELER

Incoterms kurallarının milletlerarası ticaret hukuku ve Türk hukukundaki yerinin ve etkisinin incelendiği bu bölümde ilk olarak bu kuralların milletlerarası ticaret hukukundaki anlamı ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu bakımdan ilk olarak bir sözleşmeye eklenen Incoterms hükümlerinin bir hukuk seçimi mi yoksa sözleşmeye eklenen bir sözleşme hükmü mü olduğunun tespiti üzerinde durulmuştur. Satım

²⁶⁶ Doğan, s. 343- 344.

sözleşmesine dahil edilen bu terimlerin “sözleşme hükmü” niteliğinde olduğu ve Incoterms’in sözleşmeye dahil edilmesi ile bir hukuk seçimi yapılmadığı, yalnızca bu terimlerin ifade ettiği maddi hukuk kurallarının aktin bir parçası haline getirildiği ifade edilmektedir.

İkinci olarak ise milletlerarası ticaret hukukunda lex mercatoria açısından Incoterms hükümlerinin yeri belirlenmeye çalışılmıştır. Doktrinde tartışmalar olmakla birlikte yaygın görüşe göre de Incoterms kurallarının lex mercotaria niteliği kabul edilmektedir ve bu sebeple Incoterms hükümlerinin lex mercatorianın sonuçlarını doğurduğu ifade edilmektedir. Uzun zamandır uygulanan FOB, CIF gibi Incoterms kurallarının çekirdek alan olarak nitelendirilerek ticari teamül olarak kabul edilmesi gerektiği, daha henüz ticari teamül seviyesine gelmeyen ve bu tanım içerisinde nitelendirilemeyecek olan Incoterms hükümlerinin ise lex mercatoria statüsünde olmadığı da belirtilmektedir.

Incoterms'in taraflarca düzenlenen sözleşmelerden bağımsız olarak özerk bir uygulamadan yararlanıp yararlanamayacağı, büyük ölçüde, belirli bir ticaret alanındaki tacirler tarafından sürekli olarak tanınma ve uygulanma derecelerine bağlı olan bir konu olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda CISG kapsamında yabancı mahkemeler tarafından değinilen Incoterms ile ilgili pek çok hususa da yer verilmiştir. Bunun yanında milletlerarası uyuşmazlığa ilişkin tahkim yargılamasında çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak lex mercatoria olarak Incoterms'in uygulama alanları; sözleşmede doğrudan lex mercatoria'nın uygulanacak hukuk olarak seçilmesi, lex mercatoria'nın seçilen milli hukukla birlikte uygulanması, taraflarca hukuk tercihi yapılmaması durumunda lex mercatoria'nın uygulanması ve hakem kurulunun, dostane aracı yetkisine sahip olması veya hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar vermesi durumunda lex mercatoria'yı uygulaması gibi ihtimallerle ele alınmıştır.

Incoterms hükümlerinin iç hukuktaki yerinin tespiti için ise Türk hukukunda örf ve adet hukuku kuralları ile ticari teamüller açıklanmıştır. Türk hukukunda bir kuralın örf ve adet hukuku kuralı olarak sayılabilmesi için süreklilik, zorunluluk inancı ve kanuna veya hukuk sisteminin genel esaslarına aykırı olmamak ve yaptırım şartlarının bir araya gelmesi gerekmektedir. Türk hukuku uyarınca kanunlarda uygulanabilir bir hüküm bulunmaması halinde mahkemeler doğrudan örf ve adet

hukuku kurallarını uygulayarak uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahiptir. Ticari örf ve adetler açısından ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca mahkemeler önünde görülen bir ticari uyuşmazlıkta ticari kanun hükümleri arasında söz konusu uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilecek bir hüküm bulunmaması halinde, ticari örf ve adet hukuku kuralları genel kanun hükümlerinden önce olmak üzere uygulama alanı bulacaktır. Bu bakımdan ticari nitelikteki örf ve adet hukuku kuralları kanun hükmü gücüne erişmiştir denebilir.

Ticari teamüller irade beyanının yorumlanmasında uygulanır ve hukuki niteliği açısından Türk Ticaret Kanununa göre örf ve adet özelliğini haiz olmayan alışkanlıklar olarak düzenlenir. Ticari teamüller Türk Ticaret Kanununda tarafların irade beyanlarının yorumunda genel bir araç olarak kabul edilmişken, medeni teamüllere Türk Borçlar Kanununda genel bir işlev atfedilmemiş ve kullanılacakları durumlar özel olarak her hükümde ayrıca belirtilerek düzenlenmiştir.

Türk hukukunda örf ve adet hukuku kuralları ile ticari teamüllerin hukuki statüsü ifade edildikten sonra Incoterms hükümlerinin Türk hukuku açısından bu konudaki görüşler ortaya konarak nitelendirilmesi yapılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu sözleşmeler bakımından, Incoterms kurallarının hukuki niteliğinin o sözleşmenin yabancılık unsuru bulundurmasına göre yapılmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Yabancılık unsuru taşımayan sözleşmeler bakımından da, ticari teamülün şartlarını taşıdığının kabulü halinde, Incoterms kurallarının ticari teamül olarak kabul edilmesi mümkün görünmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

INCOTERMS KURALLARININ SÖZLEŞMENİN İFA YERİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ YÖNÜNDEN ETKİSİ

I. GİRİŞ AÇIKLAMALARI

Bu bölümün amacı, önceki bölümlerde ele alınan Incoterms kurallarının sözleşmenin ifa yerine ve dolayısıyla yetkili mahkemenin tespitine olan etkisini ele almaktır. Bu bölümde öncelikle bir örnek olarak Avrupa Birliği mevzuatı ve Avrupa

Birliği Adalet Divanı kararı incelenmiş olup, bu karar ve yorumları ışığında Türk Hukukunda Incoterms kurallarının sözleşmenin ifa yerine ve yetkili mahkemenin tespitine etkisi incelenmiştir.

Bu noktada en önemli hususlardan biri, yukarıda incelendiği şekilde sözleşmeye eklenmemiş bir Incoterms kuralının lex mercatoria olarak uygulanması durumunda, sözleşmenin ifa yeri ve yetkili mahkemenin tespitine etki edip edemeyeceğinin değerlendirilmesidir.

Bu kapsamda bu bölümde, Avrupa Birliği hukuku açısından Incoterms kurallarının sözleşmenin ifa yeri ve yetkili mahkemenin tespiti yönünden etkisini açıklamak üzere, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa kararı örneği ve bu karara esas alınan Brüksel Sözleşmesi, Brüksel I ve Brüksel I Bis Tüzüğü gibi Avrupa Birliği hukuku kaynakları incelenmiş ve kararın Avrupa Birliği Hukuku açısından sonuçları ortaya konmaya çalışılmıştır.

Avrupa Birliği hukukunda benimsenen esasların Türk hukukuna etkisi ve hukukumuzda uygulanabilirliğini tartışmak için de Türk hukuku uyarınca sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesi kuralları açıklanmış ve Milletlerarası Usul Hukuku ve Medeni Usul Hukuku açısından sözleşmenin ifa yerinin mahkeme yetkisine etkisi ifade edilmiştir. Son olarak ise Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu bölümde ele alınan kararı ışığında Incoterms hükümlerinin sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesindeki rolü Türk hukuku açısından değerlendirilmeye çalışılmıştır.

II. AVRUPA BİRLİĞİ KAPSAMINDA INCOTERMS KURALLARININ SÖZLEŞMENİN İFA YERİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ YÖNÜNDEN ETKİSİ

A. Brüksel Sözleşmesi, Brüksel I ve Brüksel I Bis Tüzüğü

Uluslararası yetki ile tanıma ve tenfiz konusunda 1968'te akdedilen ve 01.02.1973 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınmasına ve Tenfizine Dair Brüksel

Sözleşmesi²⁶⁷(Brüksel Sözleşmesi) uluslararası özel hukuk alanında en eski ve en çok kullanılan Avrupa Birliği aracıdır²⁶⁸. Günümüzde bu konu Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma'nın²⁶⁹ (TFEU) 81. Maddesi'nde Özel Hukuk Konularında Adli İşbirliği başlığı altında düzenlenmiştir²⁷⁰.

1968'de kabul edilmesiyle 51 yıl önce başlamış, yeni Üye Devletlerin katılımıyla birçok değişiklik geçirmiş olan Brüksel Sözleşmesi, 44/2001 sayılı Brüksel I Tüzüğü ve şimdi 1215/2012 sayılı Brüksel I Bis Tüzüğü Avrupa'daki uyuşmazlıklarda çok önemli bir yer edinmiştir.

Brüksel I Tüzüğüne ilişkin Heidelberg raporunun devamında, Komisyon'un 2009 yılında teklifi ve yoğun müzakerelerinin ardından 1215/2012 sayılı Brüksel I Bis Tüzüğü 12 Aralık 2012'de kabul edilmiştir. Yeni kuralların gerekli şekilde uygulanması ve uyum sürecinin tamamlanması için üye Devletlere ve hukukçularına iki yıl süre verilmiş ve Brüksel I Bis Tüzüğü ("Tüzük") 10 Ocak 2015 tarihinde Avrupa Birliği'nde yürürlüğe girmiştir. Böylece, Brüksel I Bis Tüzüğü, 44/2001 sayılı Brüksel I Tüzüğü'nün yerini almıştır.

1215/2012 sayılı Tüzük, özellikle mahkemelerin yargı yetkisi ile ilgili kurallar ile Üye Devletlerde hukuki ve ticari konularda verilen kararların hızlı ve basit bir şekilde tanınması ve tenfizine ilişkin kuralları düzenleyerek adalete erişimi kolaylaştırmayı amaçlamıştır. Brüksel I Tüzüğü, Avrupa Birliği üye devletleri arasında mahkemelerin yetkisi ve yargı kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin konularda Avrupa Birliği'nin mevzuat uyumlaştırma amacı²⁷¹ ile uyumlu olarak yürürlüğe giren düzenlemelerinden biri olarak görülmektedir. Avrupa Birliği

²⁶⁷ Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz., Burak Oder ve Murat Sağbılı, "Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizine Dair Antlaşma", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 11, Sayı 1-2, 1991, ss. 73-100, s. 73-100. İngilizce tam metni için bkz. [http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=EN](http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=EN), (29.10.2016).

²⁶⁸ Kramer, Xandra, Alina Ontanu ve Michiel de Rooij. "The application of Brussels I (Recast) in the legal practice of EU Member States", <https://www.asser.nl/media/5018/m-5797-ec-justice-the-application-of-brussels-1-09-outputs-synthesis-report.pdf>, (12.06.2019), s.1.

²⁶⁹ Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma'nın Türkçe metni için bkz. Hacı Can, **Avrupa Birliği'nin Kurucu Andlaşmaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, (Kurucu Andlaşmaları), s.99.

²⁷⁰ Hacı Can, **Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, (Sözleşme Hukuku), s. 57.

²⁷¹ Hacı Can, **Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, (İç Pazar),s. 92.

Hukukunda tüzükler üye ülkelerin iç hukuklarında doğrudan uygulanabilmektedir²⁷² ve direktifler gibi üye devletleri bağlayıcı niteliktedir²⁷³.

Tüzük, Avrupa Birliği ile Danimarka Krallığı arasında yargı yetkisi ve sivil ve ticari konularda kararların tanınması ve tenfizi ile ilgili 2005 tarihli anlaşmayı imzalayan Danimarka dahil tüm Avrupa Birliği Üye Devletleri arasında geçerlidir.

Tüzük yargı yetkisi konusunda; Üye Devletteki bir medeni ve ticari anlaşmazlık ve uyuşmazlıkta uluslararası bir unsurun bulunması durumunda yetkili mahkemeleri belirlemektedir. Tüzük, bir Üye Devlette verilen bir kararın, herhangi bir özel prosedür gereksizsin diğer Üye Devletlerde tanınmasını sağlamaktadır. Tüzük sayesinde Bir Üye Devlette verilen ve bu Devlette icra edilebilir olan bir karar, herhangi bir icra edilebilirlik beyanı gereksizsin başka bir Üye Devlette de uygulanabilmektedir.

B. Brüksel I Bis Tüzüğü Uyarınca Avrupa Birliği Hukukunda Mal Satış Sözleşmelerinde Sözleşme İfa Yerinin Tespiti

Brüksel I Tüzüğü yürürlüğe girmeden önce, Brüksel Sözleşmesi uyarınca sözleşmenin ifa yeri hükmü; başvuru mahkemenin somut olarak ifa yerini belirlemesi için takip etmesi gereken muhakeme sürecini geliştirme görevi verilen Avrupa Adalet Divanı²⁷⁴ içtihadı²⁷⁵ uyarınca başvuru mahkemeye bırakılarak sözleşmeye bağlı yükümlülüğün ifa edildiği yerdeki mahkemenin yargı yetkisinin belirlenmesi ile sınırlıydı. Tüzük, sözleşmenin ifa yerini “Özel Yargı Yetkisi” başlıklı maddesi ile ele almış ve sözleşmenin ifa yerinin tespitini bazı özel durumlar için kolaylaştırmıştır.

²⁷² Lale Burcu Önüt, **Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerde Uygulanması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 170. Doğrudan etki, bir Topluluk Hukuku normunun ulusal otoritelerin müdahalesi olmaksızın ulusal hukuka dahil olması anlamına gelir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Bahar Konuk, **Avrupa Birliği Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2008, s. 56.

²⁷³ Mine Kasapoğlu Turhan, **Kamu Hukuku Açısından Klinik İlaç Araştırmaları**, (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010, s. 38.

²⁷⁴ Avrupa Birliği kurumlarının yapısal özellikleri ve tarihçesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Samancı, **Avrupa Parlamentosu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2006, s. 14. vd.

²⁷⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanının kararı için bkz. ECJ 6 October 1976 – 14/76 – De Bloos and ECJ 6 Ekim 1976 – 12/76 – Tessili kararı.

1215/2012 sayılı Tüzüğün Yetki başlıklı II. Bölümünün 2. Kısımında yer alan “Özel Yargı Yetkisi” başlıklı 7. Maddesine şu şekildedir:

“Bir Üye Devlet'te ikamet eden bir kişi, başka bir Üye Devlet'te şu hallerde dava edilebilir:

1. (a) Bir sözleşmeyle ilgili konularda, söz konusu yükümlülüğün yerine getirildiği yerdeki mahkemelerde;

(b) bu hükmün amacı için ve aksi kararlaştırılmadıkça, söz konusu yükümlülüğün yerine getirildiği yer:

- Mal satışı halinde, sözleşmeye göre malların teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken bir Üye Devlette bulunan yer, ...(dir).

(b) bendinin uygulanmadığı hallerde (a) bendi uygulanır... ”²⁷⁶

Madde incelendiğinde genel kural olarak, bir sözleşmeyle ilgili konularda, söz konusu yükümlülüğün yerine getirildiği yerdeki mahkemelerin yetkili olduğu görülmektedir. Tüzük mal satış sözleşmeleri için özel bir sözleşmenin ifa yeri tespiti maddesini düzenlemiştir.

Tüzüğün 5.Maddesinin (b) fıkrası uyarınca, mal satışı sözleşmesine ilişkin hususlar için, sözleşmeye göre malların teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken bir Üye Devlette bulunan yer, sözleşmenin ifa yeri olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, söz konusu yükümlülüğün ne olduğunu veya bu yükümlülüğün lex causae'ya göre nerede gerçekleştirileceğini belirlemek artık gerekli değildir²⁷⁷. Tüzüğün 5.Maddesinin (b) fıkrası uyarınca yargı yetkisi, artık talebin temelini oluşturan somut borçla da bağlantılı değildir.

Buna göre, örneğin bir satılanın bedelinin tahsiline yönelik bir eylem olduğu durumda, ödemenin yapılacağı yerdeki mahkeme değil, teslimatın yapıldığı yerdeki mahkeme yetkili olacaktır(genellikle Brüksel Sözleşmesi uyarınca, 57. maddesine göre satıcının iş yeridir.).

²⁷⁶ 2011/44 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün II. Bölümünün 2. Kısımında yer alan “Özel Yargı Yetkisi” başlıklı 5. Maddesinin resmi dilde düzenleniş hali şu şekildedir:

‘A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued:

1. (a) in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question;

(b) for the purpose of this provision and unless otherwise agreed, the place of performance of the obligation in question shall be:

– in the case of the sale of goods, the place in a Member State where, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered,

– in the case of the provision of services, the place in a Member State where, under the contract, the services were provided or should have been provided,

if [point] (b) does not apply then [point] (a) applies; ... ’

²⁷⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanının ilgili kararları için bkz. ECJ 6 Ekim 1976 – 14/76 – De Bloos and, ECJ 6 Eim 1976 – 12/76 – Tessili kararı ve ECJ 29 Haziran 1994 – C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd kararı.

Ancak bu hükme göre de hâkim hâlâ malların teslim edildiği yeri tespit etmek zorundadır. Bu görev, bu ifa yerinin sözleşmede açıkça belirlendiği ve sözleşmenin hükümlerinin yorumlanmasının sorun yaratmadığı yerlerde zorluk yaratmamaktadır. Bununla birlikte, durum böyle değilse, hakimin görevi daha zor hale gelmektedir. Bu durumda yorumu zorlaştıracak birçok farklı durum vardır (örneğin, teslimatın birkaç Üye Devlette gerçekleşeceği durum), (söz konusu sözleşmenin ürünlerin taşınmasını gerektirmesi; uzaktan satış gibi).

Bu durumda yorumlamanın temel zorluğu, bir mal satışının malların taşınmasını gerektirdiği durumlarda, “teslimat” hukuki teriminin gerçek anlamından farklı bir anlama sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Özellikle, CISG'ye göre ve çeşitli ulusal hukuklara göre teslimat, malların son varış yerine gelişyle değil, malları taşıyıcıya teslim ederek tamamlanmaktadır. Bu nedenle, böyle bir davaya karar vermek zorunda olan hakim, Tüzüğün, “teslim” teriminin gerçek anlamına uygun olarak özerk bir kavram olarak ortaya koyma niyetinde olup olmadığına, veya CISG'nin veya ulusal hukukların uygulanmasına bağlı olarak yorumu değişebilen yasal bir kavram olarak sınırlandırılmış olup olmadığına karar vermek zorundadır.

Yukarıda açıklananlarla ilgili olarak, hakimin nasıl karar verileceği konusunda birçok farklı olasılık vardır. Hakim bir taraftan, özerk bir yorumun ardından Topluluk hukukunun “teslimat” teriminin esaslı bir tanımını sağlamadığını ve teslimat yerinin gönderilene hakimiyetin verildiği yer olduğunu kabul edebilir. Diğer taraftan hakim, satış sözleşmelerine ilişkin yürürlükteki yeknesak kanunlara ve özellikle de CISG'nin 31.maddesi uyarınca, satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, teslimatın malların alıcıya iletilmek üzere ilk nakliyeciyeye teslim edildiğinde gerçekleşmiş olduğunu kabul edebilir.

“Teslimat yerinin” ne olduğunu belirlemede Brüksel I rejiminden²⁷⁸ ve bunu uygulayan Avrupa Birliği Adalet Divanının içtihatlarından faydalı bir sinerji ve analogi

²⁷⁸Roma I Tüzüğü 7. Maddesi bu konuda şu hükmü düzenlemektedir:

“[T]he substantives cope and the provisions of this Regulation should be consistent with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and there cognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I) ...”; ve Roma I Tüzüğü 17. Maddesi bu konuda şu hükmü düzenlemektedir: *“[A]s far as the applicable law in the absence of choice is concerned, the concept of ‘provision of services’...should be interpreted in the same way as when applying Article 5 of Regulation (EC) No 44/2001 in so far as ...provision of services are covered by that Regulation”*. Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Aslı Kök, **Roma I Tüzüğü Işığında Milletlerarası Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 44-46.

elde edilebilir²⁷⁹. Buna göre, doktrine göre teslimat yerine, ulusal yasaya atıfta bulunmadan özerk bir anlam verilmelidir²⁸⁰. Bu bağlamda, “teslimat yeri” gerçekte malların taşınması sözleşmesi için “karakteristik yükümlülüğün yerine getirildiği yer” dir²⁸¹. Malların taşınması için yapılan bir sözleşme bu anlamda hizmetlerin sunulması için bir sözleşmedir²⁸².

Yukarıda açıklandığı üzere, Tüzüğün 5.maddesinin (1) fıkrasının (b) paragrafı uyarınca, mal satışı sözleşmesine ilişkin hususlar için, sözleşmeye göre malların teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken bir Üye Devlette bulunan yer, sözleşmenin ifa yeri olarak kabul edilmektedir. Bu halde ortaya konulması gereken önemli husus; sözleşmeye göre malların teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken yerin, sözleşme uyarınca nasıl tespit edileceğidir. Zira sözleşmenin belirlediği yer, teslim yeri olarak kabul edilecektir.

Sözleşmede kararlaştırılan teslim yerinin tespiti için, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Brüksel I Tüzüğü²⁸³ uyarınca verdiği içtihatlarının incelenmesi gerekmektedir. Teslim yapılan yerin sözleşmeyle “taahhüt kararlaştırıldığı”nın tespit edilebilmesi için Mahkeme tarafından, taraflar arasındaki sözleşmenin, Incoterms gibi uluslararası ticari kullanımlar yoluyla tanınan ve uygulanan şartlar ve hükümler dahil, tarafların sözleşmesinde yer alan ve teslimat yerini belirleyebilecek tüm şartların ve maddelerin dikkate alınması gerekmektedir.

C. Brüksel I Bis Tüzüğü Uyarınca Avrupa Birliği Hukukunda Yargı Yetkisinin Genişletilmesi

Her ne kadar konumuz olan teslim yerinin belirlenmesi ile ilgisiz görünse de ileride Avrupa Birliği Adalet Divanı kararında görüleceği üzere, Tüzük’ün

²⁷⁹ 44/2001 sayılı ve 22 Tarihli Brüksel I Tüzüğü, 1215/2012 sayılı ve 12 Aralık 2012 tarihli Brüksel I Bis Tüzüğü ile değiştirilmiştir.

²⁸⁰ Bu konuda bakınız. C-381/08 Car Trim GMBH v Key Safety Systems Srl [2010] ECR I-1255 kararı.

²⁸¹ Bu konuda bakınız. Brüksel I Tüzüğü Madde 5(1)(b) ve Brüksel I Bis Tüzüğü Madde 7(1)(b).

²⁸² Bu konuda bakınız. C-381/08 Car Trim GMBH v Key Safety Systems Srl [2010] ECR I-1255 [35] – [37], [40] - [43] kararı; Ayrıca bakınız. C-533/07 Falco Privatstiftung und Rabitsch [2009] E.C.R I-3327 [29]; C-9/12 Corman-Collins SA v La Maison Du Whisky SA [2014] I.L.Pr. 15 [37] kararı; C-469/12 Krejci Lager & Umschlagbetriebs GmbHv. Olbrich Transport und Logistik GmbH [2014] ILPr 139 kararı.

²⁸³ Bu konuda bakınız. C-381/08 Car Trim GMBH v Key Safety Systems Srl[2010] ECR I-1255 ve Case C-87/10 Electrosteel Europe SA v Edil Centro SpA [2011] ECR I-NYR kararı.

25.Maddesi, konumuz ile alakalı olarak Tüzük'ün en önemli ve etkiye sahip hükümlerinden biridir²⁸⁴. Bu sebeple bu konu kısaca aşağıda ele alınacaktır.

Tüzüğün 25. maddesinin 1. Fıkrası “Yargı yetkisinin genişletilmesi” başlığına sahiptir. Söz konusu madde şu şekildedir;

“Eğer Taraflar, yerleşim yeri önemsiz olmak üzere, bir Üye Devlet mahkemesinin veya mahkemelerinin, ortaya çıkmış veya belirli bir hukuki ilişki ile bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlığı çözme yetkisine sahip olduğuna karar verdiğyse, üye devletin kanunları uyarınca esastan geçerliliğe istinaden sözleşme hükümsüz olmadığı sürece, bu mahkemenin veya mahkemelerin yetkisi vardır. Bu tür bir yargı yetkisi, taraflar aksi kararlaştırmadıkça münhasır olacaktır. Yargı yetkisini öngören böyle bir anlaşma ya:

- (a) yazılı olmalı veya yazılı olarak ispatlanmış olmalı; veya*
- (b) tarafların kendi aralarında oluşturdukları uygulamalarla uyumlu bir biçimde oluşmalı; veya*
- (c) uluslararası ticarete, tarafların haberdar olduğu veya olması gerektiği ve ilgili ticari ilişkinin dahil olduğu sözleşme türünde taraflarca yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak gözlemlenen teamül ile uyumlu bir biçimde oluşmalıdır.”*

Bu hükmü daha açıklığa kavuşturmak için, Tüzük'ün 25.Maddesi 1.fıkrasının yenilenen versiyonunda, taraflarca seçilen mahkemenin “Üye Devletin kanunları uyarınca esastan geçerliliğe istinaden sözleşme hükümsüz olmadığı sürece” yargı yetkisine sahip olacağı hükmü eklenmiştir.

Tüzük'ün 25.Maddesi 1.fıkrası, bir yetki sözleşmesinin maddi gereklilikleri ile birlikte şekil şartları ile ilgilidir ve aslında teslim yeri ile ilgili değildir.

Brüksel I-bis Tüzüğü ile bağlantılı olarak Tüzük'ün 25.Maddesi 1.fıkrasına göre; kanunlar ihtilafı kuralları dahil olmak üzere, sözleşmede belirlenen Üye Devlet mahkemesi tarafından ulusal kanunlara göre yargı yetkisinin genişletilmesi sözleşme maddesinin geçerliliği değerlendirilecektir. Ayrıca, 25.Maddede özellikle bir sözleşmenin bir parçasını oluşturan yargı yetkisine ilişkin bir anlaşmanın, sözleşmenin diğer şartlarından bağımsız bir anlaşma olarak değerlendirilmesini öngörmektedir. Yetki Sözleşmesinin geçerliliğine, yalnızca sözleşmenin geçersiz olduğu gerekçesiyle itiraz edilemeyeceği ortaya konulmaktadır. Bu hükme göre Mahkeme, yetki sözleşmenin geçerliliğini, içinde bulunduğu sözleşmeden ayrı olarak incelemeli ve belirlemelidir.

²⁸⁴ Ulrich Magnus ve Peter Mankowski. **European Commentaries on Private International Law - Brussels Ibis Regulation**, Otto Schmidt, Köln, 2016, s. 591.

Bu maddeye göre yargı yetkisinin genişletilmesi, üç şekilde mümkündür. Buna göre ilk olarak yetki sözleşmesi yazılı olmalıdır veya yazılı olarak ispatlanmış olmalıdır. İkinci olarak, tarafların kendi aralarında oluşturdukları uygulamalarla uyumlu bir biçimde oluşmalıdır. Veya son olarak; uluslararası ticarete, tarafların haberdar olduğu veya olması gerektiği ve ilgili ticari ilişkinin dahil olduğu sözleşme türünde taraflarca yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak gözlemlenen teamül ile uyumlu bir biçimde oluşmalıdır. Dikkat çekmektedir ki, yetki sözleşmesinin zorunlu olarak yazılı olması veya yazılı olarak ispatlaması gerekmemektedir. Örneğin; Tarafların kendi aralarında oluşturdukları uygulama ile uyumlu olması halinde de ilgili mahkeme yetkili mahkeme haline gelebilecektir.

Özellikle 25.maddenin (c) fıkrası konumuz özelinde ciddi bir önem arz etmektedir. Buna göre taraflar yazılı olarak kararlaştırmamış olsa da, kendi aralarında oluşturdukları uygulama ile bir uyum olmasa da uluslararası ticarete, tarafların haberdar olduğu veya olması gerektiği ve ilgili ticari ilişkinin dahil olduğu sözleşme türünde taraflarca yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak gözlemlenen teamül ile uyumlu bir biçimde oluşması durumunda söz konusu mahkemenin yetkili olacağıdır.

Buna göre Tüzük, yukarıda tanımlı verildiği şekilde bir teamüle ayrı bir yetkili mahkeme tanımlama gücü vermiştir. Aşağıda görüleceği üzere, Avrupa Birliği Adalet Divanı bu fıkra atf yaparak sözleşmenin ifa yerinin tespitinde de yukarıda tanımlı yapıldığı şekilde teamüllerin uygulanabileceğini, Tüzük'te veya içtihatlarda bunun aksine sınırlayıcı bir yorum yapılmasını gerektirecek bir görüş olmadığını belirtmiştir. Aşağıda inceleneceği üzere, bu fıkradan yola çıkarak Avrupa Birliği Adalet Divanı önemli ve tartışmalı bir içtihatla bulunmuştur.

D. Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa ABAD Kararı İncelenmesi

C87/10 numaralı, Electrosteel Europe Sa V Edil CentroSpa kararı²⁸⁵ Avrupa Birliğinin İşleyişine ilişkin Anlaşma'nın 267.maddesi uyarınca Ön Soru olarak Tribunale ordinario di Vicenza mahkemesi (İtalya) tarafından 30 Ocak 2010 tarihinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı'na sorulmuştur. Ön Soru 9 Haziran 2011

²⁸⁵Kararın İngilizcesi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0087> (24.04.2019).

tarhinde Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 3. Dairesi tarafından karara bağlanmıştır. Söz konusu karar tarihinde yürürlükte olan tüzük 44/2011 sayılı Brüksel I Tüzüğü olduğu için Avrupa Birliği Adalet Divanı bu tüzüğe göre temellendirerek içtihadını oluşturmuştur. Mahkemenin kararında atf yapılan maddeler, Brüksel I Bis Tüzüğü'nde, madde numaraları değişmekle birlikte ilgili hükümleri itibariyle genel olarak değişmediği için Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadının güncel olduğunu ve etkilerinin halen devam ettiğini söylemek mümkündür.

1. Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa ABAD Kararının Somut Olarak İncelenmesi

a. Karara Konu Olaylar

Avrupa Birliği Adalet Divanı nezdinde Ön Soru²⁸⁶ başvurusuna konu olay özetle şu şekilde gelişmiştir: Edil Centro satıcı sıfatı ile ve Electrosteel alıcı sıfatı ile malların satışına ilişkin bir sözleşme imzalamıştır. Sözleşmenin ifasına ilişkin yaşanan bir uyuşmazlık sonucunda, Edil Centro satılan malların bedelinin Electrosteel tarafından ödenmesi istemi ile İtalyanın Vicenza İli Asliye Mahkemesinde (Tribunale ordinario di Vicenza) dava açmıştır.

Electrosteel, cevap dilekçesinde ilk itiraz olarak davacı tarafça başvuru olan İtalyan Mahkemesinin yargı yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Electrosteel bu gerekçeye dayanarak şirket yerleşim yerinin Fransa'da bulunduğunu ve bu sebeple Fransız Mahkemeleri nezdinde davanın görülmesi gerektiğini belirtmiştir.

Edil Centro ise tersini savunarak, sözleşmenin kendi şirket yerleşim yeri olan İtalya'da imzalandığını ve sözleşmenin "Resa: Francons. [nostra] sede" yani EX-Works (Masrafsız Teslim bizim iş merkezimiz) hükmünü içerdiğini, bunun da malların teslim yerini belirttiğini ve bu sebeple İtalyan mahkemelerinin uyuşmazlığı çözmek üzere yetkili olduğunu savunmuştur.

Edil Centro, merkezi Paris'te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası tarafından 2000 yılında yeni bir versiyonu oluşturulan, resmi dili İngilizce olarak yayınlanan ve Incoterms olarak bilinen uluslararası ticari terimlere atıfta bulunarak, "Resa: Franco

²⁸⁶ Bu usule "Ön Karar Usulü" de denmektedir. Can, Avrupa Birliği, s. 195; Önüt, s. 225 vd.; Sanem Baykal ve İlke Göçmen, **Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 321.

nostra sede” ifadesinin malların teslim yerini belirleyen “EXW” (“Ex Works”) Incoterms terimini ifade ettiğini iddia etmiştir.

b. Yerel Mahkeme Kararının Özeti

Söz konusu olaylar karşısında yerel mahkeme yani İtalyan Mahkemesi, “EXW” (“Ex Works”)’ün A4 ve B4 kurallarını incelemiştir. Bu incelemeye göre, “Ex Works” Incoterms teriminin kullanımı açısından A4 ve B4 kuralları şu şekilde belirtilmektedir:

“A4 Teslim: Satıcı, teslim yeri olarak adlandırılan yerde malları herhangi bir taşıma aracına yüklenmemiş olarak, belirlenen tarihte ya da dönemde, eğer tarih belirlenmemişse malın türüne göre olağan teslim zamanında alıcının tasarrufuna bırakmalıdır. Eğer teslim yeri anlamında özel olarak bir yer konusunda anlaşılmaıssa ve teslim için birden fazla uygun yer bulunmaktaysa, satıcı teslim amacına en uygun teslim yerini seçebilir.

B4 Teslim Alma: Alıcı A4 kuralına uygun şekilde teslim edilen malları teslim almakla yükümlüdür.”

Karar uyarınca, söz konusu sözleşmenin kapsamındaki malların alıcıya, İtalya’da satıcının tesisinde bu malların sorumluluğunu alan bir taşıyıcı tarafından alıcının Fransa’daki merkezine teslim edildiği konusunda şüphe yoktur.

Başvurucu mahkeme, Tüzüğün 5.maddesinin 1.fikrasının (b) paragrafına²⁸⁷ göre “teslimat yeri” tanımının “söz konusu yükümlülüğün yerine getirildiği yer” olarak tanımlanmasının, İtalya’da yerel mahkemeler ve üst mahkeme (Corte suprema di cassazione) tarafından farklı yorumlar olduğunu tespit etmiştir.

Bu farklı yorumlar ışığında, Tribunale ordinario di Vicenza yargılamayı durdurmaya ve Ön Soru için aşağıdaki soruyu Adalet Divanı’na göndermeye karar vermiştir.

²⁸⁷İlgili düzenleme şu şekildedir; “Bir Üye Devlet’te ikamet eden bir kişi, başka bir Üye Devlet’te şu hallerde dava edilebilir:

1. (a) Bir sözleşmeyle ilgili konularda, söz konusu yükümlülüğün yerine getirildiği yerdeki mahkemelerde;

(b) bu hükmün amacı için ve aksi kararlaştırılmadıkça, söz konusu yükümlülüğün yerine getirildiği yer:

- Mal satışı halinde, sözleşmeye göre malların teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken bir Üye Devlette bulunan yer,

- Hizmetlerin sunulması durumunda, sözleşme kapsamında hizmetlerin verildiği veya sunulması gereken bir Üye Devlette bulunan yer olması halinde.

(b) bendinin uygulanmadığı hallerde (a) bendi uygulanır...”

c. Avrupa Birliği Adalet Divanı'na Yapılan Önsoru Başvurusunun İçeriği

Vicenza İli Asliye Mahkemesi(Tribunale ordinario di Vicenza) Önsoru olarak şu soruyu Avrupa Birliği Adalet Divanı'na sormuştur:

“Tüzüğün 5.maddesinin 1.fıkrasının b bendi ve her durumda, bunu düzenleyen Topluluk Hukuku kanunları - mal satışı durumunda, Sözleşme kapsamında malların teslim edildiği veya teslim edilmiş olması gerektiği, bir yükümlülüğün yerine getirildiği yer olarak, mahkemenin yargı yetkisinin belirlenmesine yönelik amaçlarla, teslim yerini, somut dava için uygulanacak olan esasa ilişkin kurallara uygun olarak sözleşmede yer alan malların nihai varış yeri olarak mı yorumlanmalıdır yoksa satıcının teslim yükümlülüğünden kurtulduğu yer olarak mı yorumlanmalıdır veya bu kural farklı bir yoruma açık mıdır?”

d. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararının Kısa Özeti

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararında özetle şunları belirtmiştir. Medeni ve ticari konularda yargılama yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında 2011/44 sayılı Tüzüğün 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin ilk paragrafı şu şekilde yorumlanmalıdır; mesafeli satışlarda sözleşmeye göre malların teslim edildiği ya da edilmesi gereken yer sözleşme hükümleri esas alınarak belirlenmelidir.

ABAD'a göre, “sözleşme kapsamında” teslim yerinin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının ortaya çıkarılması amacıyla, yerel mahkeme sözleşmede yer verilen teslim yerini açıkça belirlemeye elverişli tüm ilgili ifadeleri ve hükümleri göz önünde bulundurmalıdır. Bu konuda göz önünde bulundurulması gereken ifade ve hükümlere, Milletlerarası Ticaret Odasının 2000 yılında bir versiyonunu oluşturarak yayınladığı Incoterms “Uluslararası Ticari Terimler” gibi, uluslararası ticaret uygulaması gereğince genel anlamda kullanılan ve tanınan terim ifadeler de dahildir.

ABAD'ın kararı uyarınca, eğer bu minvalde yapılan değerlendirmede teslim yerini belirlemek imkansız ise, sözleşmeye uygulanacak maddi hukuka atıf yapmaksızın, teslim yeri malların fiziken transfer edildiği yerdir. Bu yer alıcının, satış sözleşmesi uyarınca son varış yerinde bu mallar üzerindeki filen tasarruf yetkisine sahip olduğu ya da sahip olması gereken yerdir.

2. ABAD Kararında Sırasıyla Yer Alan Tespitler

a. Teslim Yerinin Tüzüğün 5.Maddesi Uyarınca Belirlenmesi

2011/44 sayılı Tüzüğün Yargı Yetkisi başlıklı II. Bölümünün 2. Kısımında yer alan Özel Yargı Yetkisi başlıklı 5. Maddesi şu şekildedir:

“Bir Üye Devlet'te ikamet eden bir kişi, başka bir Üye Devlet'te şu hallerde dava edilebilir:

1. (a) Bir sözleşmeyle ilgili konularda, söz konusu yükümlülüğün yerine getirildiği yerdeki mahkemelerde;

(b) bu hükmün amacı için ve aksi kararlaştırılmadıkça, söz konusu yükümlülüğün yerine getirildiği yer:

- Mal satışı halinde, sözleşmeye göre malların teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken bir Üye Devlette bulunan yer,

- Hizmetlerin sunulması durumunda, sözleşme kapsamında hizmetlerin verildiği veya sunulması gereken bir Üye Devlette bulunan yer olması halinde.

(b)bendinin uygulanmadığı hallerde (a) bendi uygulanır... ”²⁸⁸

Söz konusu yasal düzenleme uyarınca, Avrupa Birliği Adalet Divanı Tüzüğün 5. maddesine göre şu yorumu getirmiştir: Her şeyden önce, bir başka ön soru için yapılan başvurunun ardından, ABAD C-381/08 Car Trim [2010] ECR I-0000 Davasında bu konuda karar verdiğini belirtmiştir. Söz konusu kararında ABAD, Tüzüğün 5.maddesinin 1.fikrasının b bendinin birinci paragrafının şu şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir; malların taşınmasını da dahil eden bir satış olması durumunda, satılan malların teslim edildiği ya da teslim edilmiş olması gereken yerin bu sözleşme hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir. Teslim yerini bu temelde belirlemek mümkün olmadığında, sözleşmeye uygulanacak maddi hukuka atıfta bulunulmaksızın, o yer, malların fiziki transferinin gerçekleştiği, dolayısıyla satış sözleşmesinde belirtilen son varış noktasında alıcının malların tasarruf yetkisini edindiği veya edinmiş olması gereken yerdir.

²⁸⁸ 2011/44 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün II. Bölümünün 2. Kısımında yer alan “Özel Yargı Yetkisi” başlıklı 5. Maddesinin resmi dilde düzenleniş hali şu şekildedir:

‘A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued:

1. (a) in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question;

(b) for the purpose of this provision and unless otherwise agreed, the place of performance of the obligation in question shall be:

– in the case of the sale of goods, the place in a Member State where, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered,

– in the case of the provision of services, the place in a Member State where, under the contract, the services were provided or should have been provided,

if [point] (b) does not apply then [point] (a) applies; ...’

ABAD, Car Trim Kararı'nda, Tüzüğün 5.maddesinin 1.fikrasının b bendinin birinci paragrafına ilişkin olarak yapılan yorumun, Tribunale ordinario di Vicenza mahkemesi nezdinde görülen davada da uygulanabileceğini ve bu yorumun ilgili soruya neredeyse tam bir cevap vereceğini belirtmiştir.

Ancak bununla birlikte ABAD, Tüzüğün 5.maddesinin 1.fikrasının b bendinin birinci paragrafında kullanılan “sözleşmeye göre (‘under the contract’)” ifadesinin nasıl yorumlanacağını ve özellikle doğrudan ve açıkça teslim yerini belirlemeyen ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için yetkili mahkemeleri belirleyebilecek olan sözleşme hükümlerinin ne ölçüde dikkate alınacağını açıklığa kavuşturulması gerektiğini ve bu konuda özellikle 2011/44 sayılı Tüzüğün Yargı Yetkisinin Genişletilmesi başlıklı 23.maddesinin (yukarıda incelendiği üzere, 2012/44 sayılı Tüzükte 25.maddeye tekabül etmektedir) maddesinin göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır.

b. 2011/44 sayılı Tüzüğün 23. Maddesinin Gösterdiği Yol Işığında Teslim Yerinin Tespit Edilmesinde Ticari Teamüllerin Göz Önüne Alınması

Bu belirlemeden sonra Mahkeme, kararında 23.maddeye yer vermiştir. 2011/44 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün II. Bölümünün 7. Kısımında yer alan “Yargı yetkisinin genişletilmesi” başlıklı 23. maddesinin 1. fıkrasına göre²⁸⁹;

²⁸⁹2011/44 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün II. Bölümünün 7. Kısımında yer alan “Yargı yetkisinin genişletilmesi” başlıklı 23. maddesinin 1. fıkrasının resmi dilde düzenleniş hali şu şekildedir:

‘If the parties, one or more of whom is domiciled in a Member State, have agreed that a court or the courts of a Member State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction. Such jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. Such an agreement conferring jurisdiction shall be either:

(a) in writing or evidenced in writing; or

(b) in a form which accords with practices which the parties have established between themselves; or

(c) in international trade or commerce, in a form which accords with a usage of which the parties are or ought to have been aware and which in such trade or commerce is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade or commerce concerned.’

‘If the parties, one or more of whom is domiciled in a Member State, have agreed that a court or the courts of a Member State are to have jurisdiction to settle any disputes

“Bir veya daha fazla bir Üye Devlet'te ikamet eden taraflar, bir Üye Devlet mahkemesinin veya mahkemelerinin, ortaya çıkmış veya belirli bir yasal yolla bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlığı çözme yetkisine sahip olduğuna karar veriyse, bu mahkemenin veya mahkemelerin yetkisi vardır. Bu tür bir yargı yetkisi, taraflar aksi kararlaştırmadıkça münhasır olacaktır. Yargı yetkisini öngören böyle bir anlaşma ya:

*(a) yazılı olmalı veya yazılı olarak ispatlanmış olmalı; veya
(b) tarafların kendi aralarında oluşturdukları uygulamalarla uyumlu bir biçimde oluşmalı; veya*

(c) uluslararası ticarete, tarafların haberdar olduğu veya olması gerektiği ve ilgili ticari ilişkinin dahil olduğu sözleşme türünde taraflarca yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak gözlemlenen kullanım ile uyumlu bir biçimde oluşmalıdır.”

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararında, 2011/44 sayılı Tüzüğün alıntılanan Yargı Yetkisinin Genişletilmesine ilişkin 23. Maddesinden yola çıkarak; Avrupa Birliği yasama organının, aynı Tüzüğün diğer hükümlerini yorumlanması amacıyla ve özellikle de Tüzüğün 5.maddesinin 1.fikrasının (b) 'bendinin ilk paragrafı uyarınca mahkeme yargı yetkisinin belirlenmesi amacıyla bu ticari teamüllerin dikkate alınmasını istemediğine inanmak için hiçbir sebep yoktur demiştir.

Buna göre, özel yargı yetkisini düzenleyen başlık altında yer alan ve mal satışı durumunu düzenleyen Tüzüğün 5.maddesinin 1.fikrasının (b) bendi uyarınca sözleşmenin ifa yerinin tespitinde, yalnızca yazılı olarak değil –ya da yazılı ispatlanmış olarak değil - aynı zamanda taraflar arasında oluşan uygulamalarla uyumlu bir biçimde de kabul edilebileceğinin ya da tarafların kendi aralarında oluşturdukları uygulamalarla uyumlu bir biçimde ya da uluslararası ticarete, tarafların haberdar olduğu veya olması gerektiği ve ilgili ticari ilişkinin dahil olduğu sözleşme türünde taraflarca yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak gözlemlenen teamül ile uyumlu bir biçimde oluşturulabileceği göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılması ve bu hükümlerin sözleşmenin teslim yerinin belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir.

which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction. Such jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. Such an agreement conferring jurisdiction shall be either:

*(a) in writing or evidenced in writing; or
(b) in a form which accords with practices which the parties have established between themselves; or
(c) in international trade or commerce, in a form which accords with a usage of which the parties are or ought to have been aware and which in such trade or commerce is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade or commerce concerned.'*

Buna karşılık Avrupa Birliği Adalet Divanı'na göre, sözleşmenin kapsamına giren malların hem tarafların her birinin ikametgahı hem de malların çıkış veya varış yeri dışında yalnızca üçüncü bir Üye Devletin topraklarından geçirilerek transit taşınmasının yapıldığı durumlarda, üçüncü ülke konumundaki Üye Devlette yer alan ve sözleşmede belirtilen yerin yalnızca malların taşınmasıyla ilgili masraf ve riskleri yaymak için mi kullanıldığı ya da bu yerin malların teslim yeri olup olmadığı özellikle tespit edilmelidir.

Sonuç olarak mahkeme, 25.maddede yer alan ve ticari teamüllere atfı yapan hükmün, Tüzüğün diğer maddelerinin yorumlanmasında kullanılması gerektiğini, bunu engelleyen hiçbir unsur olmadığını kararında belirtmiştir.

c. Yerel Dildeki İfadelerin Incoterms Hükümlerine Tekabül Ettiğinin Belirlenmesi

Bir sonraki adımda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın, söz konusu uyuşmazlığa konu sözleşmedeki '*Resa: Franco [nostra] sede*' ifadesinin, A4 ve B4 kurallarının uygulanmasını gerektiren Incoterms terimi olan 'Ex Works' terimine karşılık gelip gelmediğine ve bu ifadenin uyuşmazlık konusu sözleşmedeki malların teslim yerini - sözleşmeye uygulanan maddi hukuka gerek duyulmadan - uygun bir anlamla açıkça tanımlayan ve ticarete alışılmış bir şekilde kullanılan başka bir madde veya başka bir kullanıma tekabül edip etmediğine karar vermesi gerekmiştir. Yüksek mahkeme içtihadında, bu ifade ile anlatılmak istenilenin EX Works hükümleri olduğuna karar vermiştir.

d. Incoterms Kurallarının Ticari Teamül Olarak Kabul Edilmesi ve Incoterms Kuralları Uyarınca İfa Yerinin Tespit Edilmesi

Avrupa Birliği Adalet Divanı bir sonraki incelemesinde Incoterms hükümlerinin ticari teamül olarak kabul edilmesi ve Incoterms hükümleri uyarınca ifa yerinin tespit edilmesi konusunu ele almıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı, ticari teamüller - özellikle tanınmış meslek kuruluşları tarafından toplanır, açıklanır ve yayınlanırsa ve tacirler tarafından uygulamada geniş ölçüde takip edilirse -

uluslararası ticaretin devletler dışında düzenlemesinde önemli bir rol oynar; hazırlanan bu metinler, tacirlerin sözleşme tasarılarını hazırlamalarını kolaylaştırır, çünkü kısa ve basit terimler kullanarak iş ilişkilerinin birçok yönünü tanımlayabilirler; Uluslararası ticarete yaygın olarak kullanılan belirli terim ve cümlelerin içeriğini tanımlayan ve kodifiye hale getiren, Uluslararası Ticaret Odası tarafından hazırlanan Incoterms, özellikle yaygın olarak tanınmakta ve kullanılmaktadır, içtihadında bulunmuştur.

Bu nedenle, Avrupa Birliği Adalet Divanı'na göre, bir sözleşmenin incelenme sürecinde, teslimat yerini Tüzüğün 5.maddesinin 1.fikrasının (b) bendinin birinci paragrafına uygun olarak tespit etmek için ilgili mahkemenin, söz konusu sözleşmedeki hükümleri ve bu yerin açıkça tanımlanabilmesine olanak tanıyan Incoterms gibi uluslararası ticari teamülde genellikle tanınan ve uygulanan terimler ve hükümlerde dahil olmak üzere tüm ilgili şartları göz önünde bulundurması gerekir. Karara göre, milletlerarası örf ve adet hukuku kurallarının Avrupa Birliği Hukukunun kaynakları arasında sayıldığı ve bu kuralların hiyerarşik olarak Avrupa Birliği Hukukunun birincil hukuk kuralları ile ikincil hukuk kuralları arasında yer aldığı belirtilmektedir²⁹⁰.

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararında, söz konusu sözleşmelerin bu tür hükümleri veya maddeleri içerdiği durumlarda, bu hükümlerin, malların taşınmasıyla bağlantılı risklerin dağıtılması veya sözleşmenin tarafları arasında maliyetlerin bölünmesi ile ilgili şartları belirleyen şartlar olup olmadığının ya da malların teslim yerini de belirleyip belirlemediklerinin incelenmesinin gerekebileceğini belirtmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'na göre, Incoterms kuralları sözleşmede yer aldığında, yerel mahkeme tarafından, görülen uyuşmazlıkta ileri sürülen "Ex Works" ifadesinin, sadece 'Risklerin Transferi' başlıklı A5 ve B5 ve 'Maliyetlerin Bölünmesi' başlıklı A6 ve B6 Kurallarının değil, ayrıca "Teslimat" ve "Teslim Alma" başlıklı A4 ve B4 Kurallarının dikkate alınması gerekmektedir.

²⁹⁰ Hacı Can, **Avrupa Birliği Hukuku - Ders Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, (Avrupa Birliği), s. 250.

e. Teslim Yeri Uyarınca Yetkili Mahkemenin Tespit Edilmesi

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliği yasama organının,özellikle2011/44 sayılı Tüzüğü5.maddesinin 1.fıkrasının (b) bendinin ilk paragrafına göre yargı yetkisine sahip mahkemeyi belirlemek ve aynı Tüzüğün diğer hükümlerini yorumlamak amacıyla Incoterms gibi ticari teamüllerin dikkate alınmamasına yönelik bir iradesinin varlığına inanmak için herhangi bir sebep bulunmadığını kararında belirtmektedir.

Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, kararında sunduğu gerekçelere dayanarak yerel mahkeme tarafından sorulan söz konusu sorunun cevabının; Tüzüğün 5.maddesinin 1.fıkrasının (b) bendinin birinci paragrafının, mesafeli satışlarda sözleşmeye göre malların teslim edildiği ya da edilmesi gereken yerin yine sözleşmenin hükümlerine dayanarak belirlenmesi yöntemi ile yorumlanarak verilebileceğini belirtmiştir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, teslim yerinin “sözleşmeye göre” belirlenip belirlenmediğinin tespit edilebilmesi için, söz konusu uyuşmazlık önüne gelen ulusal mahkemenin, sözleşmeye konu malların teslim yerini açıkça belirleyebilecek tüm ilgili hüküm ve ifadeleri dikkate alması gerektiğine ve bu noktada mahkemenin dikkate alması gereken hususlar arasında, Milletlerarası Ticaret Odasının 2000 yılında bir versiyonunu oluşturarak yayınladığı Incoterms “Uluslararası Ticari Terimler” gibi, uluslararası ticaret uygulaması gereğince genel olarak kullanılan ve tanınan terim ifadelerin de bulunduğuna karar vermiştir.

Yüksek Mahkemenin içtihadı uyarınca, eğer bu yöntem ile yapılan değerlendirme sonucunda teslim yerini tespit etmek mümkün değilse, sözleşmeye uygulanacak maddi hukuka atıf yapılmaksızın, teslim yerini malların fiziken transfer edildiği yer olarak kabul etmek gerekmektedir. Karara göre bu yer de, Mahkeme tarafından, alıcının satış sözleşmesi gereğince malların son varış yerinde söz konusu mallar üzerindeki fiilen tasarruf yetkisini elde ettiği ya da elde etmesi gereken yer olarak belirtilmektedir.

E. Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa ABAD Kararının Avrupa Birliği Hukuku Açısından Sonuçları Ve Değerlendirilmesi

22 Aralık 2001 tarih ve 44/2001 / EC sayılı Tüzük ile 5.maddesinde değişiklik yapılmasına ve maddenin yorumlanması konusundaki kararlara rağmen, sözleşmeden kaynaklı mahkeme yetkisinin tespiti karmaşık bir mesele olmaya devam etmektedir ve olmaya devam edecektir. Doktrine göre göre, bazı sadeleştirmeler işe yarıyor gibi görünmekteyse de her şeyden önce, mal satış sözleşmeleri için malların teslim yerini belirleyen Tüzük, başvurunun dayandığı yükümlülüğün hassas bir şekilde belirlenmesi ile bozulmaktadır²⁹¹.

Car Trim²⁹² kararı, mal satış sözleşmelerinde teslimatın yapılacağı yerin sözleşmeye bağlı olarak belirlenmesi ile; bunun imkansız olduğu durumlarda, malların alıcıya fiziken teslim edilme yerinin özerk olarak belirlenmesi arasında ayırım yapmıştır²⁹³.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın söz konusu Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa kararı, Incoterms'e dayanılarak teslim yerinin, sözleşmeye bağlı olarak belirlenmesi yolunu desteklemiştir.

Somut olayda, dava bir İtalyan satıcı ile bir Fransız alıcı arasındaki bir satış sözleşmesiyle ilgilidir. Satıcı, İtalyan mahkemelerinin yargı yetkisini haklı çıkarmak için Incoterms EX Works'e karşılık gelen sözleşmedeki "Res: francons (nostra) sede" ifadesine dayanmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Tüzüğün düzenlemesi uyarınca, "sözleşme uyarınca" teslimat yerini belirlemek için bu gerekçeyi göz önünde bulundurarak bu dayanağı onaylamıştır. Bu nedenle, Incoterms kurallarından Ex-Works hükmünü içerisinde barındıran bir sözleşmede, sözleşmeden kaynaklı mahkeme yetkisinin satıcının yeri olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Tersine, teslimin alıcının yerinde olacağını düzenleyen bir Incoterms hükmünün sözleşmede bulunması durumunda ise, bu sefer alıcının yerinde bulunan mahkemenin yetkili olduğu sonucuna ulaşılması da mümkün hale gelmiştir.

²⁹¹ Marie-Elodie Ancel, "Le for du contrat: point faible du contentieux européen ?", **Revue de Jurisprudence Commerciale**, Yıl: 54, Sayı: 3, 2010, ss. 245-254, s. 246.

²⁹² Avrupa Birliği Adalet Divanının, 25 Şubat 2010 tarih, C-381/08 sayılı kararı.

²⁹³ Édouard Treppoz, "Les Incoterms et le For Contractuel au Sens du Règlement n° 44/2001/CE", **Revue des contrats**, Sayı: 1, Yıl: 2012, ss. 173-189, s. 173.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu kararı sayesinde, Incoterms hükümlerine Avrupa Birliği'nde herhangi bir Üye Devlet mahkemesinin yetkili mahkeme olarak belirlenmesi için pratik faydalarını da arttıracak şekilde yeni bir işlev tanımlanmıştır. Bu içtihat hiç kuşkusuz Avrupa Birliği hukukunda önemli ve yenilikçi bir adım olmuştur.

Bununla birlikte, Mahkeme'nin bu davadaki Ön soruya cevabının, yapısının kırılganlığı dikkate alındığında; teorik ve pratik olarak elverişli olduğuna kesin gözüyle bakılması mümkün gözükmemektedir.

Teorik olarak; karar devlet dışı uluslararası ticaret hukuku kaynaklarının niteliği hakkında zengin ve önemli tartışmaların içerisine dahil olmuştur. Hiç kuşkusuz teamüllerin sınıflandırılması konusu; normatif bir yaklaşımın savunucuları ile sözleşmeye dayalı bir yaklaşımın savunucuları arasında halihazırda var olan önemli bir tartışma konusudur.²⁹⁴

Bunun yanı sıra karara konu olan Incoterms kuralları, Pascale Deumier'in ifadesine göre, “uygulama ile ortaya çıkan hukuk ile kurumların oluşturduğu hukukun sonucu olarak ikili kökeni” nedeniyle ek bir zorluk da yaratmaktadır.²⁹⁵ Bu noktada yine bir yazar, teamülün kaynağının; yazılı kuralların kendisinin değil, bunların pratikte kullanılması olduğunu ifade etmiş ve Incoterms hükümlerini de buna dayandırmıştır.²⁹⁶

Fransız Yargıtayı'nın lex mercatoria'yı hukuk içerisinde tanıdığı ünlü Valenciana kararı²⁹⁷, bu kararın Avrupa karşılığı olabilecek Electrosteel kararına da ışık tutabileceği değerlendirilmektedir. Bu görüşe katılanlar “teamülün uluslararası ticaretin devlet dışı düzenlemesinde önemli bir rol oynadığı (...)” şeklindeki kararın 21.paragrafını öne çıkarmaktadır.

Bu anlamda, Electrosteel kararında iki temel katkı bulunmaktadır. Bir yandan Avrupa Birliği Adalet Divanı, devlet dışı uluslararası ticaret düzenlemesinin varlığını

²⁹⁴ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque ve Sabine Corneloup. **Droit du commerce International**, 2. Baskı, Dalloz, Paris, 2014, s. 35.

²⁹⁵ Pascale Deumier, **Le Droit Spontané**, Économica, Paris, s. 391

²⁹⁶ Emmanuel Jolivet, **Les Incoterms – Étude d'une norme du commerce international**, Litec, Paris, 2003, s. 384.

²⁹⁷ Fransız Yargıtayı'nın 1. Hukuk Dairesinin 22 Ekim 1991 tarihli kararı (Cour de Cassation 1re chambre civile, 22 octobre 1991).

tanınmaktadır. Öte yandan, bu düzenleme kısmen teamül tarafından oluşturulmaktadır²⁹⁸.

Aynı şekilde Avrupa Birliği Adalet Divanının, 44/2001 sayılı Tüzüğün 5.Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca Incoterms'in kullanımını; Tüzüğün 23. Maddesi uyarınca mahkeme yetkisini belirlemeye ilişkin hükme yönelik iradeleri değerlendirmek için uluslararası ticari teamüllere atıf yapan maddeye gönderme yaparak gerekçelendirdiği belirtilmelidir. Böylelikle, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından çizilen analogi, Incoterms'in yayımlanma özelliğini silerek Incoterms ile uluslararası ticaretin klasik teamüllerini eşleştirmiştir. Uluslararası ticaretin geleneksel kullanımlarında olduğu gibi Incoterms kuralları, Avrupa Birliği Adalet Divanı için "uluslararası ticaretin devlet dışı düzenlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır."

Ne var ki kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı bu devlet dışı düzenlemenin varlığını kabul ederken, normatifliğini telaffuz etmemektedir. Uyuşmazlığın çözümünün lex mercatoria'nın normatifliğine bağlı olduğunun belirtildiği Valenciana kararının aksine, Incoterms kurallarının normatifliği sorusu burada Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından ortaya konulmamıştır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından söz konusu kararda yapılan gerekçelendirme, yukarıda açıklandığı üzere Car Trim kararında belirtilen, sözleşmeye bağlı bir karar ile teslim yerinin bağımsız bir şekilde belirlenmesi arasında yapılan ayırmadan kaynaklanmaktadır²⁹⁹.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, karardaki 55.paragrafta teslimat yerinin sözleşmeye bağlı olarak tanımlanmasının "sözleşmeye uygulanacak maddi kanuna atıfta bulunmadan" mümkün olması gerektiğini belirlemeye özen göstermiştir. Teslimat yerinin tanımlanması için maddi hukuka atfın zorunlu olmaması gerektiği durumda, Avrupa Birliği Adalet Divanı malların alıcıya fiziken teslimi yerini özerk bir tanımlamayla belirlemeyi seçmektedir³⁰⁰. Bu nedenle, bu ayırımın altında, Incoterms kuralları maddi hukuka göre sadece sözleşme hükmü olarak araya girebilmektedir.

²⁹⁸ Treppoz, s. 173.

²⁹⁹ Treppoz, s. 173.

³⁰⁰ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Car Trim kararı.

Bununla birlikte, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Incoterms'in hukuki niteliği hakkında karar vermemiştir. Mahkeme, Incoterms hükümlerini kararında norm olarak nitelendirmeyip sözleşmeye dahil edildiğinde uygulamakla sınırlı olarak karar vermiştir. Bu nedenle, Incoterms kurallarını maddi hukuktan ayırt etmek zorunlu değildir.

Karar uyarınca, Incoterms hükümleri, muhtemel maddi hukukun nitelendirmesinden bağımsız olarak, yalnızca sözleşmenin hükümleri olarak teslimat yerini ve dolayısıyla sözleşmesel mahkeme yetkisini belirlemektedir. Bu durum, teslim yerinin tanımlanmasında Viyana Satım Sözleşmesine yer vermeyen, özerk yorumu tercih eden Car Trim kararı ile teslim yerinin tanımlanması için Incoterms kurallarını sözleşme hükmü olarak kullanan söz konusu karar arasındaki görünür çelişkinin açıklanmasını mümkün kılmaktadır.

Maddi hukuk olarak Viyana Satım Sözleşmesinde, özerk bir "teslimat" kavramının belirlenmesini etkileme ihtimali dışında, sözleşmeden kaynaklı mahkeme yetkisini belirlemek için uygulanabilecek herhangi düzenlemesi yoktur.

Öte yandan, Incoterms kuralları gibi, sözleşmeye geleneksel olarak dahil edilen Viyana Satım Sözleşmesi de teslimat yerinin tanımlanmasını mümkün kılacaktır. Bu durumda, Viyana Sözleşmesi, maddi hukuk olarak değil, sözleşmesel hükümler olarak uygulanacaktır. Sonuç olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu devlet dışı düzenlemenin varlığını, nitelendirmesini yapmaksızın tanımakla sınırlı kalmıştır, zira Mahkeme bunu yalnızca sözleşmeye dahil olan olarak kavramıştır³⁰¹.

Pratikte; böyle bir durumda, sözleşmesel mahkeme yetkisini belirlemek için Incoterms kurallarının kullanımının yanlış bir yönelim olarak değerlendirilmesi mümkündür. Burada ardışık iki zorluk düşünülebilmektedir.

Birincisi, söz konusu kararda gösterildiği gibi, bir Incoterms kurallarına yapılan atıfla ilgilidir. Bu durumda, soru bir İtalyanca ifade olan "Res: francons (nostra) sede" ifadesinin bir EX Works hükmü ile eşleştirilmesi ile ilgilidir. Bu zorluk Incoterms'in yeni sürümlerinin yayımlanmasıyla ve 2010 son sürümünün yayımlanmasıyla daha da güçlenmiştir. Yine, teslimat yerinin belirlenmesi sorusu,

³⁰¹ Treppoz, s. 173.

Incoterms EX Works'ün 1990 ve 2000 versiyonları arasında da önemli ölçüde değişmiştir³⁰².

Bununla birlikte, yukarıdaki açıklamalar ışığında Incoterms hükümlerinin yalnızca sözleşmenin bir hükmü olarak uygulanacağı göz önüne alındığında yalnızca Incoterms hükmüne açık ve kesin bir atıf öngördüğünde dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Kesin olmayan bir Incoterms hükmüyle karşı karşıya kalındığında ise, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararlarında gösterdiği ikili yaklaşımı ele alındığında, sözleşmesel hüküm olarak, Incoterms hükümleri teamül olarak uygulanabilir, bu nedenle de bu hükümlerin maddi hukuk olarak uygulanabilir etkisi vardır³⁰³.

Atıfla ilgili bu sorunun çözülmesine rağmen, sözleşmede yer alan Incoterm hükmünde teslimat yerinin tanımlanmasında bir zorluk bulunmaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararının 22.paragrafında, ulusal mahkemenin Incoterms hükümlerinin teslim yerinin tanımlanmasına izin veren yapısı sebebiyle dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda, Incoterms hükümleri yalnızca teslimat yerini tanımlamakla kalmamalı, aynı zamanda bu tanımlamanın belli bir netlikle açıklanması gerekmektedir. Bu nedenle, her bir Incoterms hükmü için teslimat yerini tanımlanmasının mümkün olup olmadığının her olayda doğrulanması gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, böyle bir doğrulama kolay değildir; çünkü Incoterms herhangi bir yargısal yetkinin belirlenmesi fonksiyonu kıstaslarına göre hazırlanmamıştır.

Incoterms EX Works A4 maddesi şu şekildedir: *“Satıcı, malları belirtilen teslim yerinde, eğer üzerinde anlaşılan belirli bir nokta varsa o noktada, herhangi bir taşıma aracına yüklenmemiş olarak, alıcının tasarrufuna bırakmalıdır. Eğer belirtilen yerde belli bir nokta kararlaştırılmamışsa ve eğer uygun birkaç nokta varsa, satıcı teslim yeri içindeki bu noktalardan kendi amacına en uygun olanı seçebilir. Satıcı malları kararlaştıran tarihte veya belirlenen süre içerisinde teslim etmelidir.”* Buradaki teslimat yeri, sözleşmenin özel bir maddesine veya teslimat

³⁰² Vincent Heuzé, **La Vente Internationale de Marchandises – Droit Uniforme**, LGDJ, Paris, 2000, s. 263.

³⁰³ Heuzé, s. 263.

kapsamındaki olası çeşitli yerler arasında satıcının seçimine bağlıdır.³⁰⁴ Dıştan bir belirleme olmadan, Incoterms EX Works kurallarını teslimat yerini ve ikinci olarak sözleşmesel mahkeme yetkisini belirleyememektedir³⁰⁵.

Söz konusu davada, Avrupa Birliği Adalet Divanı, böyle bir tanımlama yoluna gitmemiştir ve kararın 25.paragrafında ulusal mahkemelere bu maddeleri yorumlama görevini yüklemiştir.

Böyle bir durumda, ulusal yargı çevrelerinde bu konuda bir yaklaşma olması zorunlu hale gelmiştir. Nitekim çelişki olarak, hem Portekiz Yüksek Mahkemesinin hem de Alman Mahkemelerinin EX Works teriminin teslimat yerini değil yalnızca risk devrini belirlediğini ve dolayısıyla herhangi bir yargı yerini belirlemede kullanılamayacağını karara bağladıkları görülmüştür.³⁰⁶

Öte yandan FOB maddesinin yorumlanması da, Avrupa ulusal mahkemeleri arasındaki farklı bir yorumlamanın konusudur³⁰⁷. Bu noktada görülen açık risk, ulusal mahkemelerin her birinin Incoterms hükümlerini ayrı ayrı yorumlaması ve böylece Avrupa Birliği düzeyinde sözleşmeden kaynaklı mahkeme yetkisi konusunda herhangi bir uyumun bulunmamasıdır. Bu risk, yorumlamanın farkının yalnızca Incoterms maddesiyle kısıtlı değil de Incoterm maddesinin yalnızca bir unsur olduğu ve sözleşmenin tamamında bu yorumlama farkının olduğu zaman güçlenebilecektir.

Yukarıda açıklanan bu zorluk, bir İtalyan satıcı ile bir Fransız alıcı arasındaki EX Works hükümleri kabul edilen bir sözleşmedeki sözleşmesel mahkeme yetkisinin belirlenmesine ilişkin Fransız Yargıtayı'nın ticari dairesinin yakın tarihli bir kararıyla açıklanmış gibi görünmektedir³⁰⁸. Somut olayda İtalyan satıcı, İtalyan mahkemelerinin yargı yetkisinin varlığını kabul ettirebilmek için EX Works maddesini öne sürerken; Fransız şirketi, Fransa'daki teslimat adresini belirten bir satın alma siparişi için Fransız yargı yetkisinin varlığını ileri sürmüştür. Fransız Yargıtayı, Fransız mahkemelerinin yargı yetkisini; " tarafların satış sözleşmesinin özel bir hükmüyle teslimatın Avallon olarak belirlenmesi" gerekçesiyle onamıştır.

³⁰⁴ Heuzé, s. 263.

³⁰⁵ Treppoz, s. 173.

³⁰⁶ Béatrice Deshayes, "Le "Lieu de Livraison" au Sens de l'Article 5-1 b du Règlement Bruxelles", **La Semaine Juridique Edition Générale**, Kasım 2010, Sayı: 48, ss. 20-54, s. 24.

³⁰⁷ Deshayes, s. 24.

³⁰⁸ Fransız Yargıtayı'nın 1. Ticaret Dairesinin 22 Mart 2011 tarih ve 10-16993 sayılı kararı (Cour de Cassation 1re chambre commerciale, 22 mars 2011).

Burada belirtilen EX Works'te, satıcının mahkemelerinin yetkililiği talebi haklı bulunmamıştır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Electrosteel kararından birkaç ay önceki Fransız Yargıtay'ın çözümü bugün hala devam ediyor gibi görünmektedir³⁰⁹. Aslında temelde, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Incoterms de dahil olmak üzere sözleşmenin tüm ilgili maddelerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle, özel bir madde teslimatın alıcının yerinde olacağını tespit ederse, sözleşmede yer verilen bir EX Works teriminin alıcı tarafın bulunduğu yerdeki mahkemelerin yargı yetkisini haklı çıkarmasını engelleyemeyeceği söylenebilecektir.

Böyle bir çözüm ise Incoterms kullanımının her zaman öngörülebilirlik ve güvenlik garantisi olmayacağını göstermektedir. Üstelik hiç kimse de, böyle bir sözleşme yorumlanmasının Roma veya Paris'te farklı şekilde yapılarak potansiyel bir forum shopping'e neden olmayacağını söyleyemeyecektir.

Bu risklerin ötesinde, sözleşmenin yorumlanmasıyla ilgili bu sorun, Car Trim kararının ortaya koyduğu paradigmanın kırılmasını da göstermektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, maddi hukuka atıf yapılması gerektiğinde, tüm maddi hukukun münhasır sözleşmesel tanımlaması ile teslim yerinin özerk tanımlanması arasında ayırım yapmıştır.

Bu noktada, hiç kuşkusuz Car Trim kararı'nın, Avrupa Birliği Komisyonu'nun 5.Maddenin 1.fikrasındaki reform konusunda yargı yetkisinin "olgusal bir kritere dayanarak sözleşmenin ifasının pragmatik olarak belirlenmesi" amacıyla "mahkemesine başvuru devleti özel uluslararası hukuk kurallarına başvurma dezavantajlarını gidermek" amacıyla yapıldığını göz önüne alarak uyumlulaştırıldığını hatırlanması gerekmektedir. Bu nedenle, herhangi bir maddi hukukun değerlendirilmesinin reddedilmesinde, sözleşmenin hükümlerine veya özerk bir kavrama dayanarak gerekçelendirilmesi gereklidir. Bununla birlikte, teslim yerinin sözleşmeye bağlı bir şekilde tanımlanmasının, Komisyon tarafından savunulan olgusal pragmatik yönetime benzer olacağını düşünmek yanlış olacaktır³¹⁰.

Bu tespit, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından sözleşme hükümleri olarak kabul edilen Incoterms kullanılarak yapıldığında güçlenmektedir. Bu tür bir belirleme aslında mutlaka sözleşmenin yorumunu öngörmektedir. Bu durumda,

³⁰⁹Treppoz, s. 173.

³¹⁰Treppoz, s. 173.

Fransız Yargıtayı'na bir sözleşmenin yorumlanmasının davaya bakan hakimnin takdirine bırakılmış somut bir olay olduğu için itiraz edilmesi kolay olmayacaktır. Ne var ki böyle bir cevap da bizi ulusal ve Avrupa düzeyindeki çözümlerin uyumu konusunda düşüncelere sevk edecektir.

Ancak, doktrinde bir görüşe göre, teslimat yerini belirlemek için yapılan bir sözleşmeyi yorumlamak bir somut olaya indirgenemez. Bunun yanı sıra Fransız Yargıtayı'nın, belirli yorumlama kurallarına zorunlu bir değer verdiğini belirtmek gerekmektedir³¹¹.

Ulusal çerçevenin ötesine geçerken, yorumlamanın bir kültür meselesi olduğunu ve birinin Roma, Paris veya Londra'da aynı şekilde yorumlamadığını hatırlamakta fayda bulunmaktadır³¹². Mantıksal olarak, Roma I Tüzüğü'nün 12. Maddesi, sözleşmenin tabi olduğu kanunun, yorumunu yönettiğini belirtir. Bu noktada bahsedilenin somut olaydaki bir sorun değil bir hukuki sorun olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Sonuç olarak, radikal olarak görülen bu sonucun, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın sözleşmenin hükümlerini uygulanacak maddi hukuktan ayırarak çıkarmayı düşündüğü uluslararası özel hukuk mantığının yeniden sunulmasına ilişkin olduğu söylenebilecektir. Sonuçta temel olarak, tüm uluslararası özel hukuk kurallarına başvuruyu dışlamak isteyenler için sadece iki yol vardır³¹³. Birincisi, sözleşmenin bu yerin tanımlanmasına izin veren herhangi bir hüküm içermemesi durumunda, Mahkeme'nin yaptığı gibi teslim yerinin özerk bir şekilde belirlenmesine dayanmaktadır. İkincisi, gerçek teslimat yerine göre bu yerin gerçekçi bir tespitini yapmaktır. İkisi bir arada bulunabilir, veya özerk belirleme yöntemi sadece gerçekçi belirlemenin yokluğunda kullanılabilecektir.

³¹¹Jacques Ghestin, Christophe Jamin ve Marc Billiau, **Les Effets du Contrat**, LGDJ, Paris, 2001, s.36.

³¹²Muriel Fabre-Magnan, **Les Obligations**, PUF, Paris, 2004, s. 171.

³¹³Treppoz, s. 173.

III. TÜRK HUKUKU UYARINCA SÖZLEŞMENİN İFA YERİNİN BELİRLENMESİ

A. Sözleşmenin İfa Yerinin Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Belirlenmesi

1. Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmenin İfa Yerinin Belirlenmesi

a. Genel Olarak

İfa yeri Türk hukukunda, borcun *ifa edilmesi gereken yer* olarak kabul edilmektedir. İfa yerinin belirlenmesi borçlunun veya alacaklının temerrüde düşüp düşmediğinin belirlenmesi veya tarafların uyuşmazlığı halinde yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından ifa yerinin tayin edilmesinin önemi bulunmaktadır³¹⁴.

İfa yerinin belirlenmesi hususunda, edimin niteliği gereği ifası yalnızca belirli bir yerde mümkün ise mecburen edim o yerde ifa edilecektir. Örneğin bir arsaya bina yapımı konusunda ifa yeri mecburen binanın yapılacağı arsa olacaktır³¹⁵.

Eğer edimin niteliği gereği belirli bir yerde ifa edilmesi zorunlu değilse, ifa yeri öncelikle tarafların açık veya örtülü anlaşması ile belirlenecektir³¹⁶. Bu konuda edimin ifasının niteliği veya o konudaki bir adetın bulunması ifa yeri bakımından örtülü bir anlaşmanın bulunduğunu gösterebilecektir ve borç ilişkisinin tarafları borcun doğumundan sonra yapacakları bir anlaşma ile de ifa yerini belirleme imkanına sahiptir³¹⁷.

³¹⁴ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler – Özel Borçlar İlişkileri)**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 112.

³¹⁵ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku – Genel hükümler**, Cilt:1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 326.

³¹⁶ Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.229.

³¹⁷ Oğuzman ve Öz, s. 327.

b. Türk Borçlar Kanunun 89. Maddesi Uyarınca İfa Yerinin Belirlenmesi

Borç ilişkisinin tarafları iradi olarak bir ifa yeri belirlememiş ya da belirleyememiş ve bu konuda bir özel kanun hükmü de bulunmuyor ise bu durumda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 89. maddesinde yer alan yedek hukuk kuralları uygulanarak sözleşmenin ifa yeri belirlenecektir³¹⁸.

Türk Borçlar Kanununun 89. maddesinde yer alan kurallar ifa yerinin belirlenmesinde edimin niteliğine göre bir ayırım yapmıştır. Bu ayırımı para borçları, parça borçları ve bunlardan başka her borç için ifa yerinin belirlenmesine ilişkin kurallar getirilmiştir.

1) Para Borçlarında İfa Yerinin Belirlenmesi

İlk olarak para borçları açısından ifa yerinin belirlenmesi konusunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 89. maddesinin 1. bendi uygulama alanı bulur. Bu düzenlemeye göre, para borçlarının alacaklının ödeme yani ifa zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilmesi gerekmektedir. Bu açıdan para borçları borçlunun alacaklıya götürmesi gereken borçlar arasındadır; yani para borçları götürülecek borçlardır. Kira ücreti buna verilen en tipik ücretlerdendir. Örneğin Para borcunu PTT aracılığıyla ödeyen kişi alacaklıya havaleyi alacaklının yerleşim yerinde (konutta) ödeme kaydı ile yapması gerekmektedir³¹⁹; alacaklı parayı almak için postaneye gitmekle yükümlü değildir³²⁰.

Para borçları Türk Borçlar Kanununun 99. maddesi uyarınca nakit olarak veya memleket para ile ödenebilir. Ancak para borçlarının alacaklının banka hesabına yatırılması ya da çek ile ödenmesi alacaklının buna rıza göstermesi halinde mümkün olabilecektir³²¹. Ne var ki, alacaklının banka hesabına yapılan bir ödemenin ifa sayılmaması yönündeki bir itiraz dürüstlük kuralına aykırı düşebileceği belirtilmektedir³²².

³¹⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 113.

³¹⁹ Nomer, s. 229.

³²⁰ Oğuzman ve Öz, s. 327.

³²¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 113.

³²² Oğuzman ve Öz, s. 328.

Para borçlarının alacaklının yerleşim yerinde ifa edilmesi kuralının istisnaları bulunmaktadır. En önemli istisna kıymetli evraka bağlanmış borçlar açısından görülmektedir. Kıymetli evraklarda “görülüşünde” ya da “ibrazında” ödenmesi yönünde kural getirilebilmektedir. Bu durumda para borçlusunun borcunu ifa edebilmek için alacaklının yerleşim yerine gitmesine gerek yoktur; ilgili kurala göre para borcunun ifa yeri tayin edilecektir³²³.

2) Parça Borçlarında İfa Yerinin Belirlenmesi

Parça borçlarının ifa yeri açısından ise Türk Borçlar Kanununun 89. maddesinin 2. bendi uyarınca bir belirleme yapılacaktır. Burada “belli bir şey”den kastedilen “ferdiyle belli bir şey” yani özel nitelikleri sebebiyle (isim, numara vb) diğer nesnelerden ayrılabilen belli edilmiş bir şeydir. Buna göre bir borç ilişkisinin konusunu belli bir şey yani bir parça borcu teşkil ediyorsa, bu durumda borcun konusu şeyin, sözleşmenin kurulduğu sırada bulunduğu yerde teslim edilmesi gerekmektedir³²⁴.

Doktrinde bu kuralın uygulanabilmesi için, ancak borç ilişkisinin taraflarının sözleşme konusu parçanın borçlunun yerleşim yerinden başka bir yerde bulunduğunu biliyor olmaları koşulu getirilmektedir³²⁵.

3) Diğer Tüm Borçlar Açısından İfa Yerinin Belirlenmesi

Diğer tüm borçların kapsamına yapma, yapmama (kaçınma) ve türüyle belli bir şeyin teslim edilmesine yönelik borçlar yani cins borçları girmektedir. Nev’iyle belli olan şeyler yani cins borçları tekil olarak belirli özel nitelikleri bulunmayan ve yalnızca cins olarak belirlenen, ölçülebilir, tartılabilir, sayılabilir ve yerine yenisi ikame edilebilir nitelikteki şeylerdir (pamuk, pirinç, üzüm, yağ gibi)³²⁶.

³²³ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 113.

³²⁴ Nomer, s. 230.

³²⁵ Oğuzman ve Öz, s. 328; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 113.

³²⁶ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 114.

Bu borçların ifa yeri Türk Borçlar Kanununun 89. maddesinin 3. bendi uygulama alanı bulacaktır. Buna göre bu tür borçların borçlunun borcun doğumu sırasındaki yerleşim yerinde ifa edilmesi gerekmektedir³²⁷.

Bu bakımdan bu borçlar için alacaklının veya temsilcisinin borçlunun yerleşim yerine giderek ifa isteminde bulunmaları gerekmektedir. Bu yüzden bu tür borçlara aranacak borç ismi verilir³²⁸.

4) Türk Borçlar Kanunu Uyarınca İfa Yerinin Belirlenmesinde Diğer Hususlar

Müteselsil borç ilişkisinde müteselsil borçlular açısından borcun parça borcu veya para borcu olmaması halinde ifa yeri Türk Borçlar Kanununun 89. maddesinin 3. bendi gereğince her bir borçlu için kendi yerleşim yeri olarak belirlenecektir³²⁹.

Yan edim yükümlülüklerinin ifası açısından ve yedek edimli seçme yetkisinin bulunması halinde yedek edimin ifası açısından ise, taraflar arasında aksine bir sözleşme yoksa veya işin niteliği başka bir durumu gerektirmiyorsa, doktrinde bu edimlerin ifa yerinin asıl edimin ifa yeri olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³³⁰.

Alacaklının yerleşim yerinde ifa edilmesi gereken borçlar açısından ise Türk Borçlar Kanunu 89. maddesinde özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre tarafların anlaşması veya kanun hükmü gereğince borcun alacaklının yerleşim yerinde ifa edilmesi gerektiğinde, eğer alacaklı borcun doğumundan sonra yerleşim yerini değiştirdiyse ve bu yerleşim yerinde borcun ifa edilmesi borçlu için önemli bir yük oluştuyorsa, borçlu alacaklının önceki yerleşim yerinde de borcunu ifa edebilecektir³³¹.

Belirtmek gerekir ki, bir sözleşmeden taraflar için doğan tüm borçların her biri için ifa yeri Türk Borçlar Kanunundaki hükümler uyarınca ayrı ayrı tayin

³²⁷ Nomer, s. 230.

³²⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 114.

³²⁹ Oğuzman ve Öz, s. 328.

³³⁰ Oğuzman ve Öz, s. 328

³³¹ Nomer, s. 230.

edilecektir. Örneğin, trampa sözleşmesi açısından sözleşmenin taraflarından her biri için ifa yeri, borçlandığı şeyin sözleşme kurulurken bulunduğu yer olacaktır³³².

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu 89. maddesinde ifa yerşne ilişkin olarak yer verilen kurallar yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Yani borç ilişkisinin tarafları her zaman bu kuralların aksine sözleşme yapabilirler³³³. Ancak sözleşme ile ya da kanun hükümleri gereğince bir kere ifa yeri belirlendikten sonra borçlunun borcun ifasını ifa yerinde gerçekleştirme yükümlülüğü bulunmaktadır; alacaklının ifa yeri dışında borcu kabul etmeme hakkı bulunmaktadır. Bunun yanında alacaklının da ifa yerinde ifa edilen borcu kabul etmesi gerekmektedir. Aksi halde ifayı kabul etmeyerek alacaklı temerrüdüne düşme olasılığı bulunacaktır³³⁴.

2. Türk Ticaret Kanunu Uyarınca İfa Yerinin Belirlenmesine İlişkin İrade Açıklamalarında Ticari Örf ve Adet ile Teamülün Göz Önüne Alınması Gerekliği

Çalışmanın İkinci Bölümünde ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 2. maddesi uyarınca hem örf ve adetler hem de ticari teamüller borç ilişkisinin taraflarının iradelerinin yorumlanmasında kullanılabilecek kurallar arasında sayılmıştır.

Ticari bir ilişkiyi muhteva eden bir sözleşmede de ifa yerinin açık veya örtülü olarak belirlenmesinin mümkün olduğu Türk Borçlar Kanununun 89. maddesinde belirtilmiştir.

Bu minvalde sözleşmenin taraflarının ifa yerini belirleme konusunda herhangi bir açık veya örtülü irade beyanı bulunması halinde, bu irade beyanlarının yorumlanmasında Türk Ticaret Kanununun 2. maddesi gereğince örf ve adet hukuku kuralları ile ticari teamüllerin ifa yerinin belirlenmesi hususunda kullanılması mümkündür.

Bu bakımdan aşağıda tartışılacağı üzere, Incoterms kurallarının sözleşmede yer alması halinde sözleşme hükmü olarak sözleşme ifa yerini belirleyebilmesinin; sözleşmeye eklenmediği durumunda ise Türk hukuku uyarınca ticari teamül olarak

³³² Oğuzman ve Öz, s. 328.

³³³ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 114.

³³⁴ Nomer, s. 230.

kabul edilebildiği ölçüde Incoterms ticari terimlerinin de sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesi konusunda irade beyanlarının yorumunda kullanılmasının mümkün olduğu söylenebilecektir.

3. Türk Borçlar Kanunu 89. Maddesinde Yer Alan Örtülü İrade Kavramında Incoterms Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanamayacağı Tartışması

Sözleşmeler hukuku açısından irade beyanlarının yorumlanmasından İsviçre ve Türk Hukukunda sübjektif ve objektif yorum yöntemleri kullanılmaktadır. Sübjektif yorum yönteminde tarafların karşılıklı uygun gerçek iradelerinin belirlenmesi amaçlanmaktadır³³⁵. Bu irade tarafların dış aleme yansımayan bir iradesi değildir. Çünkü yorum yapılmak suretiyle esas belirlenmek istenen iradenin, açık veya örtülü olarak bir şekilde dış aleme yansıtılmış bir irade olması gerekmektedir³³⁶.

Objektif yoruma göre ise sözleşmeye taraf kişilerin beyan ve davranışları güven ilkesi uyarınca yorumlanacaktır. Buna göre Türk Medeni Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrası gereğince tüm koşullar dikkate alınarak ilgili tarafından bu davranış ve beyanlardan ne anlaşıldığı veya anlaşılması gerektiği yani tarafların neyi murat etmiş olabilecekleri araştırılacaktır³³⁷. Belirtilmelidir ki sübjektif yöntem, objektif yöntemle göre daha çok tercih edilmektedir.

Sözleşmenin taraflarının örtülü veya açık irade beyanlarının yorumunda, tarafların sözleşmenin kurulmasından evvel gerçekleştirdikleri davranışlar, faaliyet gösterilen iş alanındaki uygulamalar, sözleşmenin kurulması ile güdülen amaç, tarafların bilgi seviyesi, tarafların menfaatlerinin değerlendirilmesi ve tamamlayıcı yorum kurallarının dikkate alınacağı belirtilmektedir³³⁸.

Tarafların örtülü irade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin doktrinde kabul edilen kriterlerden yola çıktığımızda bu kriterler arasında, faaliyet gösterilen iş

³³⁵ Nurcihan Dalcı Özdoğan, “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:8, Sayı:1, Yıl: 2017, ss. 33 -52, s. 37.

³³⁶ Necip Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s.332.

³³⁷ Dalcı Özdoğan, s. 38.

³³⁸ Kocayusufoğlu, s.333 vd.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.470 vd.

alanındaki uygulamalar ve tamamlayıcı yorum kuralları kriterleri önem arz etmektedir.

Çünkü ilk olarak Incoterms kuralları sözleşmeye eklendiği durumda, Türk Ticaret Kanununun 2. maddesi uyarınca taraf iradelerinin yorumlanması konusunda - örf ve adet hukuku kuralı veya ticari teamül sayılmaları fark etmeksizin - tamamlayıcı yorum kuralı olarak sayılmaktadır. İkinci olarak ise, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından milletlerarası ticaret uygulamasında yaygın olarak kullanılan ticari terimlerin bir araya getirilmesi ile oluşturulan Incoterms kuralları da faaliyet gösterilen ilgili iş alanındaki uygulamaları ifade etmektedir.

İfa yerinin taraflarca açıkça tayin edilmediği yabancılik unsuru taşıyan sözleşmesel ilişkiler açısından ifa yerinin esasa uygulanacak maddi hukuk uyarınca belirleneceği ve bu minvalde uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukukun Türk Hukuku olması halinde Türk Hukuku açısından ifa yerinin Türk Borçlar Kanununun 89. maddesine göre belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir³³⁹. Bu bakımdan Incoterms kuralları sözleşmeye eklendiğinde hem tamamlayıcı yorum kuralı olarak kabul edilebilmeleri hem de faaliyet gösterilen iş alanındaki uygulamalar arasında sayıldığından bu kuralların Türk Borçlar Kanununun 89. maddesinde yer alan örtülü irade kavramının yorumlanmasında uygulanma imkanı olduğunu söylemek mümkündür.

IV. TÜRK HUKUKU UYARINCA SÖZLEŞMENİN İFA YERİNİN MAHKEME YETKİSİNE ETKİSİ

A. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sözleşmenin İfa Yeri Mahkemesinin Yetkili Olması

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³⁴⁰’un 40. maddesi uyarınca, “*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu kural Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 41. madde ve

³³⁹ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 362.

³⁴⁰ Kanunun Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 12/12/2007 ve Sayı: 26728.

devamı maddelerinde belirlenen özel yetki kurallarının kapsamına dahil olmayan uyuşmazlıklara uygulanacak yetki kuralını belirlemektedir. Bu minvalde söz konusu madde ile 5718 sayılı Kanun Türk iç hukukunun yer bakımından yetki kurallarının hepsinin uygulanabileceğini öngörmüştür.

Bu bakımdan yabancılık unsuru barındıran ancak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında belirtilen özel yetki kurallarına girmeyen uyuşmazlıklarda genel yetki kuralı olarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 40. maddesi uygulanacaktır. Bu madde uyarınca da Türk yargı makamlarının yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından milletlerarası yargı yetkisi iç hukuk sistemimizde yer alan yetki kuralları ile tayin edilmiştir³⁴¹.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 41. maddesi ve devamı hükümleri göz önüne alındığında, kanun koyucu şu konularda Türk mahkemelerinin yargı yetkisi açısından özel yetki kuralı getirmiştir; Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar (madde 41), yabancıların kişi hâllerine ilişkin bazı davalar (madde 42), miras davaları (madde 43), iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları (madde 44), tüketici sözleşmesine ilişkin davalar (madde 45), sigorta sözleşmesine ilişkin davalar (madde 46) ve yetki anlaşması bulunması (madde 47) durumlarında özel yetki kuralları benimsenmiştir.

Görüldüğü üzere iş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri dışındaki sözleşmeler açısından ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yargı yetkisi açısından Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununda bir yetki kuralı benimsenmemiştir. Bu bakımdan iş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri dışındaki sözleşmeler açısından Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 40. maddesindeki yetki kuralı uygulama alanı bulacaktır³⁴². Genel yetki kuralları da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlendiğinden yabancılık unsuru taşıyan ve hakkında özel milletlerarası yetki kuralı öngörülmemeyen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Türk

³⁴¹ Şanlı ve diğerleri, s. 354.

³⁴² Hacı Can ve Ali Gümrah Toker, **Milletlerarası Usul Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, (Usul Hukuku), s. 70.

mahkemelerinin yetkisi Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki düzenlemeler uyarınca tespit edilecektir³⁴³.

B. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Sözleşmenin İfa Yerinin Mahkeme Yetkisine Etkisi

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 40. maddesi ve devamı hükümleri uyarınca iş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri dışındaki sözleşmeler açısından yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerde Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda belirtilen kurallar çerçevesinde tayin edileceğini yukarıda açıklamıştık.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca ise sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme birden fazla şekilde seçmeli olarak belirlenebilmektedir. Bunlardan ilki genel yetki kuralı olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun 6. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda davalının Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesi yetkili mahkeme sayılmaktadır. Ancak eğer davalının yerleşim yeri belli değil ise Hukuk Muhakemeleri Kanununun 9. maddesi uyarınca yabancılik unsuru taşıyan bu dava, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 6. ve 9. maddelerinde yer verilen bu kuralların yanı sıra sözleşmelerden doğan davalar açısından kanunun 10. maddesinde özel bir hüküm ihdas edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 10. maddesi gereğince, *“Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.”* hükmü ihdas edilmiştir. Bu hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanununun 6. ve 9. Maddelerinde ifade edilen yetki kuralını kaldırmamakla birlikte sözleşmeler açısından alternatifli bir yetki daha öngörmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen yetki kuralı uyarınca yetkili mahkemenin belirlenebilmesi için sözleşmenin ifa yerinin tespit edilmesi önem arz

³⁴³ Şanlı ve diğerleri, s. 362; Can ve Toker, Usul Hukuku, s. 70.

etmektedir. Çünkü bu sayede milletlerarası sözleşmelerden doğan davalar bakımından, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesine ek olarak, sözleşmenin Türkiye’de ifa edileceği yer mahkemesinde de uyuşmazlığın görülme imkanı oluşacaktır³⁴⁴.

Ancak belirtmek gerekir ki, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa dayanılarak sözleşmenin ifa yerine göre Türk yargı mercilerinde dava açılabilmesi için dava konusu edimin ifa yerinin Türkiye’de bir yer olması gerekmektedir³⁴⁵; aksi halde yani ifa yerinin başka bir ülkede bulunması durumunda, Türk Hukukunun yabancı mahkemelerin yetkisini tayin etmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir³⁴⁶.

Sözleşmenin ifa yeri açık veya örtülü olarak taraflarca sözleşme metninde belirlenebilir³⁴⁷. Bu noktada ifa yerinin taraflarca açıkça belirlendiği durumlar açısından ifa yerinin tespiti konusunda bir ihtilaf bulunmayacaktır. Ancak ifa yerinin sözleşmenin taraflarınca örtülü olarak belirlenmesi durumunda ise yukarıda açıklandığı üzere objektif veya sübjektif yorum yöntemleri kullanılarak tarafların gerçek iradeleri ortaya çıkarılmaya çalışılarak sözleşmenin ifa yeri ve dolayısıyla uyuşmazlığı çözme konusunda yetkili mahkeme belirlenebilecektir. Tarafların ifa yerini açık veya zımni olarak belirlememesi halinde sözleşmeye uygulanacak hukuk bu yeri belirleyecektir³⁴⁸. Türk hukuku açısından da Türk Borçlar Kanununun 89. maddesi uyarınca sözleşmenin ifa yeri tespit edilecektir.

Milletlerarası sözleşmelerde de Incoterms kuralları, yeknesak kurallar öngörmesi ve dünya çapında tacirler tarafından yaygın olarak kullanılması sebebiyle çok fazla tercih edilmektedir. Bu bakımdan Incoterms kurallarının sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesi açısından dikkate alınıp alınmayacağı konusu, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 40. maddesinin atfı ile Hukuk Muhakemeleri Kanununun 10. maddesi uyarınca yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Milletlerarası ticari sözleşmelerde kullanılan Incoterms kuralları, seçilen Incoterms ticari teriminin içeriğine göre, tarafların hasar ve yararının geçişi, malların

³⁴⁴ Şanlı ve diğerleri, s. 360.

³⁴⁵ Can ve Toker, Usul Hukuku, s. 71.

³⁴⁶ Şanlı ve diğerleri, s. 362.

³⁴⁷ Can ve Toker, Usul Hukuku, s. 70.

³⁴⁸ Can ve Toker, Usul Hukuku, s. 70.

teslimi, sigorta yaptırılması, taşıma sözleşmesinin yapılması yükümlülüğü ve ihracat – ithalat, gümrük işlemleri gibi konularda düzenlemeler öngörebildikleri gibi satış sözleşmesine konu malların satıcı tarafından alıcıya teslimi yani sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesi noktasını da belirleyebilmektedir³⁴⁹.

Incoterms 2010 kurallarında yer verilen ticari terimlerin kısa açıklamalarına çalışmamızın ilk bölümünde yer vermiştik. Bu konuda örneğin Ex Works Incoterms kuralı açısından sözleşme konusu malların satıcının işletmesinde alıcıya teslim edilmesi ile satıcının ifa yükümlülüğü yerine gelmektedir. Yani bu noktada sözleşmenin ifa yeri satıcının işletmesinin bulunduğu yer olmaktadır. Bu bakımdan bir sözleşmede Ex Works teriminin öngörülmesi halinde ifa yerinin satıcının işletmesinin bulunduğu yer olduğunu ve dolayısıyla bu yer mahkemesinin Türk hukuku uyarınca milletlerarası yargı yetkisi olduğunu söylemek mümkün hale gelecektir³⁵⁰.

Yargıtay 19. Dairesi bir kararında, Incoterms kurallarına yer verilen bir milletlerarası satış sözleşmesinde FOB ticari teriminin kullanılmasını dikkate alarak, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığı çözmede yetkili mahkemenin FOB ticari terimine göre tayin edilen malların teslim yeri uyarınca belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir;

“...Davacı May Tohumculuk Ziraat Ltd.Şti. ile davalılardan Asgro+ Seed Co. Şirketi arasında 15.2.1987 tarihinde distribütörlük anlaşması imzalandığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

...Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle 16.maddesinde seçilen hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik olup, Usul Hukuku Kurallarının da seçilen bu hukuka göre çözümleneceğini göstermeyecek olmasına, yetki konusunun davanın açıldığı ülkedeki (Lex fori) hukuk kurallarına göre çözümlenecek bulunmasına, somut olayda davacı ile davalı Asgro+ arasındaki ilişkinin FOB satış olarak gerçekleştirilmesine bir başka anlatımla akdin ifa yerinin ABD olmasına, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin iç hukukun yer itibari ile yetki kurallarının tayin edeceğinden ve davalı ABD şirketlerinin Türkiye’de mal varlığı veya uyuşmazlık konusu şeyin veya teminatının bulunduğu da kanıtlanamadığından bu davalıların yetkisizlik kararı verilmesinde ve diğer davalı şirket hakkındaki davanın da husumetten reddedilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün ONANMASINA, ... 29.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.”³⁵¹

³⁴⁹ Can ve Toker, Usul Hukuku, s. 70.

³⁵⁰ Şanlı ve diğerleri, s. 361.

³⁵¹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2004/8081, K. 2005/4848, T. 29.4.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Karardan anlaşıldığı üzere adli yargı açısından Türk Hukukunda içtihat merci olarak Yargıtay, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde ifa yerinin Incoterms kuralları aracılığıyla belirlenebildiği durumlarda bu kuralların ifa yerinin tayininde ve dolayısıyla sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları çözümlemekle yetkili mahkemenin belirlenmesinde esas alınabileceğine açıkça hükmetmiştir. Bu karar Türk Hukuku açısından Incoterms kurallarının sözleşmenin ifa yerinin ve dolayısıyla yetkili yargı yerinin belirlenmesinde dikkate alınması ve bu kurallara verilen hukuki değer açısından önem arz etmektedir.

V. ABAD'IN ELECTROSTEEL KARARININ SÖZLEŞMENİN İFA YERİNİN BELİRLENMESİNDE TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Avrupa Birliği Adalet Divanı Electrosteel kararında Brüksel I Tüzüğünü incelerken Tüzüğün yetkiyi düzenleyen 7. Maddesi ile yetki sözleşmesini düzenleyen 23. Maddesini incelemiştir. Bu maddelerden 7. Maddeye göre satış sözleşmeleri açısından karakteristik edim borçlusunun borcunu sözleşme uyarınca teslim edeceği yer mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Tüzüğün 23. Maddesine göre ise yetki sözleşmesi, tarafların yazılı anlaşmaları ile, tarafların aralarındaki uygulamaları ile ya da taraflarca bilinen veya bilinmesi gereken teamüller esas alarak gerçekleştirilebilir. Yani bu durumda ticari teamüllere yetki sözleşmesini tayin etmek gibi bir fonksiyon yüklendiği görülmektedir. Bu iki hükmün birlikte yorumlanması ile ABAD, tarafların açıkça satış sözleşmesinde teslim yerini belirlemediği durumlarda, satış sözleşmesindeki karakteristik edim borcunun teslim edileceği yerin 23. Maddede yer verilen ticari teamüle göre belirlenebileceğini ifade etmiştir. Böylece ticari teamüller aracılığı ile borcun teslim yeri açıklığa kavuşturularak yetkili mahkeme belirlenebilecektir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu kararı birkaç yönden Türk Hukuku açısından incelenmeye değerdir. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararında, sözleşmede Ex Works teriminin İtalyanca karşılığı verilmesine rağmen bu ifadeyi Incoterms terimi olan Ex Works terimi ile eşleştirmiş ve Ex Works teriminin kurallarının içeriğine bakarak sözleşmenin ifa yerinin tayin edileceğine karar vermiştir. Burada

önemli olan nokta Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın sözleşmeye koyulan bu ifadeyi Incoterms kuralları ile birlikte yorumlayarak sözleşmenin ifa yerini belirlemesidir. Aslında Avrupa Birliği Adalet Divanı burada sözleşmedeki ifade tarafların yerel dillerinde yer verilmesine rağmen, ticari teamül olarak kabul edilen Incoterms aracılığıyla tarafların irade beyanlarını yorumlamış ve sözleşmede iki kelime olarak verilen ifadeden yola çıkıp Incoterms kurallarının içeriğine atıf yaparak sözleşmenin ifa yerini belirlemiştir.

Türkiye Avrupa Birliği'ne üye bir devlet olmamasına rağmen, Gümrük Birliği'ne dahil devletler arasında bulunduğundan Avrupa Birliği Hukukunda gerçekleşen gelişmelerin iç hukukumuzda dolaylı etkileri olduğu belirtilmektedir³⁵². Bu bakımdan, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu yaklaşımı Türk Borçlar Kanununun 89. maddesi uyarınca ifa yerinin belirlenmesine tarafların örtülü irade beyanlarının açığa çıkarılması ve bu irade beyanlarının Türk Ticaret Kanununun 2. maddesi uyarınca ticari teamüller aracılığıyla ortaya konmasına izin veren düzenlemeleri karşısında Türk Hukuku açısından da uygulanabilir olmaktadır. Bu şekilde ortaya konan ifa yeri sayesinde de Hukuk Muhakemeleri Kanununun 10. maddesi uyarınca yetkili mahkeme belirlenebilecektir.

Diğer yandan ise karar için yapılan bazı yorumlarda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Incoterms'e ticari teamül niteliği hasretmediği, hukuk düzeninde bu terimlere bir yer vermediği ve sözleşmede Incoterms'e yer verildiği için uygulama alanı bulduğu savunulsa da, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından sözleşmede yer verilen İtalyanca ifadenin Incoterms olarak kabul edilmesi – Incoterms terimleri yaygın olarak İngilizce olarak kullanılır ve yayım dili de İngilizcedir -, ve sözleşmede kullanılan bu ifadelerin içeriğinin yine Milletlerarası Ticaret Odası tarafından belirlenen kurallar çerçevesinde yorumunun yapılması ve Brüksel I Tüzüğü'nün 23. Maddesinde yer verilen teamüllerin esas alınacağını belirten hüküm esas alınarak karar verilmesi Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Incoterms'i ticari teamül olarak kabul ettiğini göstermektedir. Alman hukukunda da Incoterms'in ticari teamül olarak kabul edildiği bilindiğine göre, Türk ticaret hukuku açısından tarihi iktibas süreci dolayısıyla Alman hukukunu takip eden ve Avrupa Birliğine aday ülke

³⁵² Hacı Can, **Türkiye – Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Kişilerin Serbest Dolaşımı**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yayınları, İzmir, 2006, (Serbest Dolaşım), s. 26.

konumundaki bir ülke olarak Incoterms kurallarını ticari teamül olarak kabul etmek mümkün görünmektedir.

Son olarak Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin yukarıda alıntılanan kararında olduğu gibi Türk yargısında da Incoterms terimleri esas alınarak sözleşmenin ifa yeri belirlenebilmekte ve böylece yetkili mahkeme gösterilebilmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki, her Incoterms kuralı sözleşmenin ifa yerini belirleyen kurallar içermemektedir. Bu sebeple bir sözleşmede ifa yeri açıkça belirlenmediği durumda, sözleşme içinde bir Incoterms terimi kullanılmışsa, kullanılan bu Incoterms teriminin içerdiği hususların MTO tarafından yayınlanan kılavuz aracılığı ile incelenip ifa yerinin düzenlenip düzenlenmediğine bakılması gerekmektedir. Böylece ifa yeri tespit edilebilen bir Incoterms kullanılmışsa, Türk Borçlar Kanununun 89. Maddesi uyarınca sözleşmenin ifa yeri ve dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanununun 10. Maddesi uyarınca yetkili mahkeme belirlenebilecektir.

VI. DEĞERLENDİRMELER

Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınmasına ve Tenfizine Dair Brüksel Sözleşmesi milletlerarası özel hukuk alanında en eski ve en çok kullanılan Avrupa Birliği aracıdır. Brüksel I Tüzüğü de yargı yetkisi konusunda; Üye Devletteki bir medeni ve ticari anlaşmazlık ve uyuşmazlıkta uluslararası bir unsurun bulunması durumunda yetkili mahkemeleri belirlemektedir.

Sözleşmenin ifa yerinin tespiti açısından ise Brüksel I Tüzüğü'nün 5.maddesinin (1) fıkrasının (b) paragrafı uyarınca, mal satışı sözleşmesine ilişkin hususlar için, sözleşmeye göre malların teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken bir Üye Devlette bulunan yer, sözleşmenin ifa yeri olarak kabul edilmektedir. Bu halde ortaya konulması gereken önemli husus; sözleşmeye göre malların teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken yerin, sözleşme uyarınca nasıl tespit edileceği ve bu konuda Incoterms kurallarının dikkate alınıp alınamayacağıdır. Zira sözleşmenin belirlediği yer, teslim yeri olarak kabul edilecektir.

Yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından, Brüksel I bis Tüzüğü'nün 25.maddesinin (c) fıkrası uyarınca taraflar yazılı olarak kararlaştırmamış olsa da,

kendi aralarında oluşturdıkları uygulama ile bir uyum olmasa da uluslararası ticarete, tarafların haberdar olduğu veya olması gerektiği ve ilgili ticari ilişkinin dahil olduğu sözleşme türünde taraflarca yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak gözlemlenen teamül ile uyumlu bir biçimde oluşması durumunda söz konusu mahkemenin yetkili olacağıdır. Buna göre Tüzük, bir teamüle ayrı bir yetkili mahkeme tanımlama gücü vermiştir.

Bu minvalde, Brüksel Sözleşmesi, Brüksel I Tüzüğü ve Brüksel I bis Tüzüğünde yer verilen kurallar göz önünde bulundurularak, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Incoterms kurallarını dikkate alarak sözleşmenin ifa yerinin ve yetkili mahkemenin tespiti konusunda Electrosteel Europe Sa V Edil CentroSpa kararı³⁵³ ile oluşturduğu içtihadın Incotermsin hukuki niteliği ve rolü açısından önem arz ettiği kanaatindeyiz. Davaya konu olayda Fransız ve İtalyan uyruklu taraflar bir satım sözleşmesi imzalayarak İtalyanca dilinde bir ifade ile Incoterms ticari terimlerinden "Ex Works" terimine karşılık gelen bir ifadeyi sözleşmelerine eklemişler ve sözleşmenin ifa aşamasında malların teslim yeri ve yetkili mahkemenin tespiti konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Bunun üzerine Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ön soru başvurusu yolu ile İtalyan mahkemeleri başvuruda bulunmuştur. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa kararında Brüksel I bis Tüzüğü'nün 25.maddesinin (c) fıkrasına atıf yaparak sözleşmenin ifa yerinin tespitinde Incotmers gibi teamüllerin uygulanabileceğini, Tüzük'te veya içtihatlarda bunun aksine sınırlayıcı bir yorum yapılmasını gerektirecek bir görüş olmadığını belirtmiştir. Böylece Avrupa Birliği Adalet Divanı önemli ve tartışmalı bir içtihatla bulunmuştur.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın verdiği bu kararın Türk hukuku açısından etkilerinin ifade edilebilmesi için Türk hukukunda ifa yerinin belirlenmesine ilişkin kuralların sözleşmenin ifa yerinin mahkeme yetkisine etkisinin açıklanması gerekmektedir. Bu bakımdan Türk hukukunda sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesinde Türk Borçlar Kanununun 89. maddesi uygulanmaktadır. Bu madde uyarınca öncelikle tarafların bir ifa yeri belirleyip belirlemedikleri incelenmekte; eğer taraflar bir ifa yeri belirlememişse, ifa yeri sözleşme konusu edimin para borcu,

³⁵³ Avrupa Birliği Adalet Divanının 9 Haziran 2011 tarih ve Case C-87/10 sayılı Electrosteel Europe SA v Edil Centro SpA kararı. Kararın İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0087>, (09/04/2019).

parça borcu veya bunlar dışında kalan diğer borçlardan olmasına göre belirlenmektedir.

Ticari işlerde tarafların ifa yerinin belirlenmesine ilişkin irade açıklamalarında irade beyanlarının yorumlanmasında Türk Ticaret Kanununun 2. maddesi uyarınca ticari örf ve adetler ile ticari teamüllerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu noktada tarafların irade beyanlarının yorumlanmasında Incoterms hükümlerinin dikkate alınıp alınamayacağı tartışması gündeme gelmektedir. Bu konuda, Incoterms kurallarının sözleşmeye eklendiğinde hem tamamlayıcı yorum kuralı olarak kabul edilebilmeleri hem de faaliyet gösterilen iş alanındaki uygulamalar arasında sayılmaları bu kuralların Türk Borçlar Kanununun 89. maddesinde yer alan örtülü irade kavramının yorumlanmasında uygulanma imkanı olduğunu söylemek mümkün görünmektedir.

Sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca yetkili mahkemenin belirlenmesini de etkilemektedir. İş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri dışındaki yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler açısından yetkili mahkeme, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun atfı ile genel yetki kuralları yani Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki düzenlemeler uyarınca tespit edilecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 10. maddesi gereğince sözleşmeden doğan davaların sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilmesi belirtilmiştir³⁵⁴. Bu bakımdan yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel bir ilişkide dava konusu edimin ifa yerinin Türkiye’de bir yer olması durumunda sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi olarak Türk mahkemeleri yetkili olabilmektedir. Yargıtay içtihadının³⁵⁵ da ışığında yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmede ifa yeri tespit edilebilen bir Incoterms kullanılmışsa, Türk Borçlar Kanununun 89. Maddesi uyarınca sözleşmenin ifa yeri ve dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanununun 10. Maddesi uyarınca yetkili mahkeme belirlenebilecektir.

³⁵⁴ Şanlı ve diğerleri, s. 360.

³⁵⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2004/8081, K. 2005/4848, T. 29.4.2005, Kazancı İctihat Bilgi Bankası.

SONUÇ

Yüzyıllar boyunca milletlerarası ticarete tacirlerin arasında gelişen uygulamalar ve yerleşen kurallardan oluşan lex mercatoria halen tacirler arasında uygulamasını devam ettirmektedir. Kelime anlamı itibariyle “tacirlere uygulanan hukuk” anlamındaki bu Latince kökenli kavram, 1980’lerden itibaren yeni bir anlam ifade etmeye başlamış, uluslararası ticaret hukukunun bir parçası gibi görülmeye başlanmıştır. Bugün ise lex mercatoria, milletlerarası ticarete tacirler arasında oluşan ticari ilişkilerden kaynaklanan teamül ve uygulamaların toplamına karşılık gelen bir kavram niteliğine karşılık gelmektedir. Lex mercatoria teriminin, Türk hukuk doktrininde üzerinde uzlaşmış bir tanımı olmamakla birlikte, bazı görüşler tarafından “milletlerarası ticari örf ve âdetler” şeklinde konumlandırılmaktadır.

Yalnızca tacirler arasında uygulanabilen ve tacir olmayanlar hakkında ise onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulama alanı bulan lex mercatoria’nın, anlaşmazlığa konu işlerin muhtevası ve niteliği göz önüne alındığında milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılayabilecek “en uygun hukuk kuralları” olduğu ifade edilmektedir. Bunun yanında lex mercatoria’yı oluşturan kurallar, uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözen tahkim yargılamalarında görev yapan hakemler açısından lex fori olarak kabul edilebilmektedir.

Lex mercatoria’nın hukuki niteliğine yönelik 20. yüzyıl hukuk doktrininde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan özerk (otonomist) yaklaşıma göre, lex mercatoria, herhangi bir ulusal hukuk uygulanmaksızın esas alınabilecek ve bu bakımdan da özerk (otonom) bir niteliği haiz olan genel ilkeler, örf ve âdetlerin tamamına karşılık gelmektedir³⁵⁶. Pozitivist yaklaşım ise lex mercatoria’yı milletler üstü bir kimliği olan, fakat mevcudiyetindeki etki ulusal hukuk sistemlerinden kaynaklanan ilkeler bütünü olarak tanımlamaktadır³⁵⁷. Lex mercatoria’ya, en çok tutarlı ve bağımsız olup olmaması açısından eleştiri getirilmiş; lex mercatoria’nın uygulama alanının emredici milli hukuk normlarıyla kısıtlı olduğu; lex mercatoria’nın birtakım kamusal ve özel faydaları müdafaa etmekte yeterli olmayacağı belirtilmiştir³⁵⁸. Aynı zamanda kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamakla

³⁵⁶ Goldman, s. 89.

³⁵⁷ Süral, s. 207.

³⁵⁸ Süral, s. 206 - 207.

yükümlü olan ulusal mahkemelerde lex mercatoria'nın esas alınmayacağı ifade edilmiştir. Sonuç olarak; lex mercatoria, bir açıdan hukuken varlığı kabul edilen normlar olarak görülse de, tek başına bir hukuk sistemi şeklinde kabul edilmemektedir. Çünkü milletlerarası işlem yapan tacirlerin, kendilerine özgü normlarını sistemli bir şekilde oluşturmuş olmadıkları belirtilmektedir. Ancak, sigorta, bankacılık, denizcilik alanlarında faaliyet gösteren tacirlerin; milletlerarası alandaki ilişkilerinde uygulayageldikleri ticari teamüller ve uygulamaların mevcudiyetinin göz ardı edilemez olduğu da ifade edilmektedir.

Tarih boyunca lex mercatoria yazılı bir hukuk kaynağı olmadığından lex mercatoria'nın kaynakları konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bir kuralın lex mercatoria'nın kaynakları arasında sayılabilmesi için bazı şartların yeri gelmesi gerekmektedir. Bunun için en önemli ilk kural hiç kuşkusuz tacirler tarafından uygulamada benimsenmesi ve uzun bir süre ve yaygın olarak uygulanmasıdır. Bazı yazarlar tarafından hukukun genel ilkeleri, ticari örf ve adetler ve teamüller ile standart sözleşmeler ve hakem kararları lex mercatoria'nın kaynakları arasında kabul edilirken, bazı yazarlar ise lex mercatoria'nın kapsamını bu denli geniş olarak kabul etmeyerek sadece milletlerarası ticari örf ve adetleri lex mercatoriannın kaynakları arasında görmektedir. Günümüzde genel anlamda kabul edildiği üzere lex mercatoria'nın kaynakları arasında; milletlerarası ticari örf ve âdet ve teamüller, standart sözleşmeler (tip sözleşmeler), milletlerarası kanunlaştırmalar, hukukun genel ilkeleri (genel prensipler), bir örnek kurallar, milletlerarası hakem kararları sayılmaktadır.

Milletlerarası ticaret yapan kişilerin yaptıkları sözleşmeler ile ilgili uyuşmazlık çıkması halinde hangi devletin yargı mercilerinin yetkili olacağı ve hangi kurallara tabi olunarak uyuşmazlığın çözüleceğinin önceden bilinemez oluşu milletlerarası ticaret yapan kişiler için bir öngörülemezlik ve risk oluşturmaktadır. Bu durum da milletlerarası ticaret açısından hem maddi hukuk yönü ile hem de yargılama mercilerinin belirlenmesi açısından bir yeknesaklık ihtiyacını ortaya koymuştur. Bu yeknesaklaştırma faaliyetlerinin sonuçları da hiç kuşkusuz aynı zamanda lex mercatoria'nın da kaynakları arasında yer almakta ve gerekli şartları sağladığında lex mercatoria olarak kabul edilerek, lex mercatoria'ya bağlı hukuki sonuçları doğurmaktadır. Bu bakımdan milletlerarası ticaret hukukunu

yeknesaklaştırmak amacıyla; milletlerarası anlaşmalar aracılığıyla, tahkim yargılama usulü aracılığıyla ve Unidroit, Uncitral, Milletlerarası Ticaret Odası gibi milletlerarası kuruluşların çalışmaları aracılığıyla yeknesaklaştırma faaliyetleri gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.

Milletlerarası ticaret hukukunu yeknesaklaştırma faaliyetleri kapsamında, 20. yüzyılın başında kurulan Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce – ICC) Incoterms adı altında (*“International Commercial Terms” (Uluslararası Ticari Terimler) sözcüklerinin kısaltılması olarak*) milletlerarası ticarete yaygın olarak kullanılan ticari terimleri 1928 yılından itibaren bir araya getirerek yayınlamaya başlamıştır. İlerleyen zamanda düzenli aralıklarla değişen ve gelişen ticari uygulamalara uygun olarak bu terimleri güncelleyerek yayınlamaya devam etmiştir. En son 2010 yılında Incoterms 2010 adı ile Incoterms ticari terimlerinin son hali Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayınlanmıştır.

Milletlerarası ticari sözleşmelerde yer verilen terimlerin her devlette farklı şekilde yorumu belirli sakıncalara neden olduğundan, bunların önlenmesi ve standart kurallar getirilmesi amacıyla Milletlerarası Ticaret Odası tarafından ihdas edilen Incoterms kurallarının kullanılmasındaki en büyük avantaj milletlerarası ticarete istikrarın sağlanması olarak görülmektedir. Incoterms ticari terimleri kapsamında birçok teslim şekli kabul edilmiş ve bu teslim şekillerinin İngilizce adlarının baş harflerinin sıralanarak kısaltılması ile üç harften oluşan terimler belirlenmiştir. Bu şekilde milletlerarası ticarete ilişkin bir sözleşmede bu terimlerin kullanılması ile sözleşmeye dair birçok husus düzenlenmiş olmaktadır.

2010 yılında yapılan değişikliklere kadar Incoterms kuralları dört temel grupta sınıflandırılmış ve her grup Incoterms içerdiği terimlerin baş harfi ile belirtilmiştir. Ancak Milletlerarası Ticaret Odası, 2010 yılında Incoterms kurallarına ilişkin yaptığı yeni düzenleme ile bu ayrımı terk etmiş ve terimleri iki grupta toplamıştır. Böylece artık Incoterms kuralları “tüm taşıma türlerini kapsayan Incoterms kuralları” ve “Deniz ve İçsu Taşımalarına Özgü Incoterms Kuralları” olarak ayrıma tabi tutulmuştur. Bu bakımdan Incoterms 2010 kuralları kapsamında, tüm taşıma şekillerine uygulanabilen terimler kategorisinde DAP, EXW, FCA, DDP, CIP, CPT ve DAT terimleri yer alırken, yalnızca içsu ve deniz taşımacılığında kullanılan terimler kategorisinde CFR, FOB, CIF ve FAS terimlerine yer verilmiştir.

Incoterms düzenlemelerinin amacının, tacirler arasında gerçekleştirilen mal satımı sözleşmeleri kapsamında, alıcı ve satıcı tarafların hak ve yükümlülüklerinin ve sigorta ve hasarın geçişi gibi katlanılacak sorumlulukların paylaşılması gibi hususlar hakkında küresel ölçekte bir yeknesak kurallar bütünü ihdas etmek olduğunu ifade etmek mümkündür. Ancak Incoterms kurallarından sözleşmenin ihtilaf çıkabilecek tüm yönlerinin düzenlenmesi beklenemez. Her Incoterms ticari terimin açısından değişiklik göstermekle birlikte, konu bakımından Incoterms kuralları mülkiyetin devri, mücbir sebep, sözleşmenin ihlali ve sorumluluktan kurtulma hallerini düzenlemezken; yalnızca malın hasar ve masraflarının alıcıya geçiş zamanını ve malların teslim şekline ilişkin hususları düzenlemektedir. Bu açıdan bir sözleşmede Incoterms kurallarına atıf yapıldığında kullanılan ticari terimin türüne göre hasarın geçişi, teslim anı gibi unsurların yanında sigorta ve taşıma maliyetleri gibi unsurlar düzenlense de, bunlar dışında kalan hususlar açısından sözleşmede seçilen hukuka ya da taraflar herhangi bir anlaşmaya varmamışsa CISG gibi uyuşmazlığa uygulanabilecek uluslararası sözleşmelere ve kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak maddi hukuk bulunmak suretiyle uygulanacak hukuka göre uyuşmazlıklar çözümlenecektir.

Incoterms'in sözleşme hükmü olarak belirlenmesi ile tarafların sözleşmeye uygulanacak maddi hukuku sınırlandırdığı ve tarafların hak ve yükümlülükleri konusunda bu hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir³⁵⁹. Bununla yanı sıra, Incoterms'in sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak işlev görmesini engelleyen kendi sınırlamaları vardır. İlk olarak, sınırlı bir düzenleme alanına sahiptirler. Bir satış sözleşmesinin tüm yönlerini düzenlemezler ve sadece risk, maliyet, sigorta ve konsolosluk ve gümrük formaliteleri veya ambalajlama gibi malların ihracatı ve ithalatı ile ilgili hususlar gibi teslimat ve ilgili konulardaki ana yükümlülüklerle uygulanırlar. Incoterms, hata ve sözleşmelerin geçerliliğini, mülkiyetin geçişi, ifa imkansızlığı, irade beyanında hata veya malların nitelikleri ile tarafların ifayı yerine getirmesi, öngörülemeyen ve kaçınılmaz olayların neden olduğu ifaya engel olan unsurları, sözleşmenin ihlali gibi diğer satış sözleşmelerinde de ortak olan önemli hususları düzenlemez. Bu sebeple, tarafların sözleşmeden doğan haklarının ve yükümlülüklerinin tam olarak düzenlenmesi için, Incoterms kurallarının sözleşmenin

³⁵⁹ B. Erdem, s. 70.

diğer hükümleriyle veya sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ile birlikte ele alınmasının gerekli olduğu belirtilmektedir³⁶⁰. Ancak uygulanacak hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda bu hukuk seçiminin yapılmasında Incoterms kurallarından faydalanılabilesinin olanak dahilinde olduğu ifade edilmektedir.

Incoterms kurallarının milletlerarası ticaret hukukundaki hukuki niteliğini belirlerken bu kuralların *lex mercatoria* olarak kabul edilebilmesi için; uzun zamandan beri istikrarlı bir şekilde uygulanagelmesi, tacirler arasında bu kurala bir hukuk kuralıymış gibi uyulmasının zorunlu olduğuna ilişkin yaygın bir kanaatin olması gerekmektedir. Milletlerarası ticari teamüllerin bir kodifikasyonunu oluşturduğu kabul edilen Incoterms'in, CISG 9. Maddesi anlamında bir ticari teamül oluşturması halinde, otomatik olarak uygulanabilme kabiliyetinin olduğu ifade edilmektedir³⁶¹. Bu görüş, CISG hakkında ulusal mahkemelerce ve tahkim yargılamaları sırasında verilen içtihatlar ile de güçlendirilmiştir Alman doktrininde Incoterms'in ikiye ayrılarak ele alınması gerektiği, *lex mercatoria* tanımına uyan, uzun zamandır uygulanan FOB, CIF gibi Incoterms kurallarının çekirdek alan olarak nitelendirilerek ticari teamül olarak kabul edilmesi gerektiğini, daha henüz ticari teamül seviyesine gelmeyen ve bu tanım içerisinde nitelendirilemeyecek olan Incoterms hükümlerin ise *lex mercatoria* içinde değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmektedir³⁶².

Incoterms hükümlerinin milletlerarası ticaret hukukundaki yeri ile iç hukukumuzdaki yeri arasında farklılık olması mümkündür. Çünkü milletlerarası ticaret *lex mercatoria* ile kendi kurallarını oluşturmakta ve o alandaki ticari örf, adet ve teamüller kendi koşullarında hukuk normu statüsünü elde etmektedir. İç hukukta da ülke içindeki süreklilik arz eden ticari uygulamalara çeşitli hukuki statüler atfedilebilmektedir. Bu sebeple Incoterms hükümlerinin iç hukuktaki yeri ve etkisini milletlerarası ticaret hukukundaki yerinden ayrı olarak ifade etmek gereği oluşmaktadır. Incoterms hükümlerinin iç hukuktaki yeri ve etkisini belirlemek için Türk hukuku açısından örf ve adet hukuku kuralları ile ticari teamüllerin oluşum şartlarını incelemek gerekir.

³⁶⁰ Bergami, s. 274-275.

³⁶¹ Viscassillas, s. 82.

³⁶² Doğan, s. 344.

Türk hukuku uyarınca örf ve adet hukuku kurallarının oluşması için süreklilik, zorunluluk inancı ve kanuna veya hukuk sisteminin genel esaslarına aykırı olmamak ve yaptırım koşulları bir arada bulunmalıdır. Bu şartları sağlayan ve örf ve adet hukuku kuralı olarak adlandırılan kurallar, Türk Medeni Kanunu açısından kanunlarda hüküm bulunmadığında uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak hukuk kaynakları arasında sayılırken, ticari nitelikteki örf ve adet hukuku kuralları Türk Ticaret Kanunu uyarınca genel kanun hükümlerinden önce uygulanacak kurallar olarak düzenlenmektedir. Bu noktada özel bir ticari örf ve adet hukuku kuralının bulunması halinde diğer kanunlarda yer verilen genel hükümlerin yanında Türk Ticaret Kanununda yer verilen genel hükümlerden de önce bu özel ticari örf ve adet hukuku kuralının uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

Türk hukukunda ticari teamüller tarafların irade beyanlarının yorumlanmasında kullanılan araçlar olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan örf ve adet hukuku kuralı olma şartlarını – özellikle zorunluluk inancı kriterini - sağlamayan ancak tacirler arasında uygulanmakta olan kurallar ticari teamül olarak tarafların irade beyanlarının yorumunda kullanılabilecektir. Türk hukuku açısından ise Incoterms hükümlerinin hukuki niteliği hakkında birçok görüş bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce Türk tacirler tarafından da uluslararası alanda uzun süredir uygulanagelen ve bu sebeple Milletlerarası Ticaret Odası tarafından bir araya getirilerek yayınlanan Incoterms hükümlerinin Türk hukuku açısından taraf iradelerinin yorumlanmasında kullanılması ve ticari teamül olarak kabul edilmesi mümkün görünmektedir.

Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınmasına ve Tenfizine Dair Brüksel Sözleşmesi, Brüksel I Tüzüğü ve Brüksel I Bis Tüzüğü mahkemelerin yargı yetkisi ile ilgili kurallar ile Üye Devletlerde hukuki ve ticari konularda verilen kararların tanınması ve tenfizine ilişkin kuralları düzenleyerek adalete erişimi kolaylaştırmayı amaçlayan Avrupa Birliği düzenlemeleridir. Bu konuda en son düzenleme olan Brüksel I Tüzüğü uyarınca yetkili mahkeme, mal satışı halinde sözleşmeye göre malların teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken bir Üye Devlette bulunan yer mahkemesi olarak gösterilmektedir. Bu demektir ki satım sözleşmelerinde sözleşmenin ifa yeri yetkili mahkemeyi belirlemektedir. Bu halde ortaya konulması gereken önemli

husus; sözleşmeye göre malların teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken yerin, sözleşme uyarınca nasıl tespit edileceğidir. Zira sözleşmenin belirlediği yer, teslim yeri olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte Brüksel I Bis Tüzüğü'nün 25. maddesi uyarınca milletlerarası ticarete, tarafların haberdar olduğu veya olması gerektiği ve ilgili ticari ilişkinin dahil olduğu sözleşme türünde taraflarca yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak gözlemlenen teamül ile uyumlu bir biçimde yetki anlaşmasının oluşabileceği düzenlenmiştir.

Avrupa Birliği hukukunun söz konusu hukuki araçları ışığında Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Electrosteel Europe Sa V Edil Centro Spa kararı³⁶³ çerçevesinde geliştirdiği içtihat ile Incoterms hükümlerinin ifa yerinin ve yetkili mahkemenin tespitinde oynadığı rolü ortaya koymuştur. Karara konu olayda Fransız ve İtalyan uyruklu taraflar bir satın sözleşmesi imzalayarak İtalyanca dilinde bir ifade ile Incoterms ticari terimlerinden “Ex Works” terimine karşılık gelen bir ifadeyi sözleşmelerine eklemişler ve sözleşmenin ifa aşamasında malların teslim yeri ve yetkili mahkemenin tespiti konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Bunun üzerine Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ön soru başvurusu yolu ile İtalyan mahkemeleri başvuruda bulunmuştur.

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararında, teslim yerinin “sözleşmeye göre” belirlenip belirlenmediğinin tespit edilebilmesi için, söz konusu uyuşmazlık önüne gelen ulusal mahkemenin, sözleşmeye konu malların teslim yerini açıkça belirleyebilecek tüm ilgili hüküm ve ifadeleri dikkate alması gerektiğine ve bu noktada mahkemenin dikkate alması gereken hususlar arasında, Milletlerarası Ticaret Odasının 2000 yılında bir versiyonunu oluşturarak yayınladığı Incoterms “Uluslararası Ticari Terimler” gibi, uluslararası ticaret uygulaması gereğince genel olarak kullanılan ve tanınan terim ifadelerin de bulunduğuna karar vermiştir. Bu noktada önemli olan hususlardan biri, taraflar bu terimleri orijinal yayım dilleri olan İngilizce şekliyle kullanmamasına rağmen sözleşmede yer verdikleri İtalyanca ifadeleri Divanın Incoterms terimlerine bir atıf olarak kabul etmesidir. Bu bakımdan Divan, kararı ile sözleşmenin ifa yerinin tespitinde ve dolayısıyla yetkili mahkemenin belirlenmesinde bir ticari teamül olarak Incoterms hükümlerinin

³⁶³ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 9 Haziran 2011 tarih ve Case C-87/10 sayılı Electrosteel Europe SA v Edil Centro SpA kararı. Kararın İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0087>, (09/04/2019).

tarafların iradelerinin ortaya çıkarılmasında kullanılması gerektiğini ortaya koymuştur.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın sözleşmenin ifa yerinin ve dolayısıyla yetkili mahkemenin belirlenmesinde Incoterms hükümlerine atfettiği bu rol karşısında, Avrupa Birliği ile yoğun ticari ilişkileri olan, Avrupa Birliği'ne aday ve Gümrük Birliği'ne dahil bir ülke olmamız ve tarihi iktibas süreci çerçevesinde Avrupa ülkelerinden pek çok düzenlemeyi iktisap etmiş ve halen gelişmeleri yakından takip eden bir hukuk sistemine sahip olmamız sebebiyle bu içtihadın Türk hukukundaki olası yansımalarının tartışılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sebeple Türk hukuku uyarınca sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesi ve yetkili mahkemenin tespiti usulünün ortaya konması gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu uyarınca sözleşmenin ifa yeri tarafların örtülü veya açık anlaşmalarına göre, eğer taraflar anlaşmamışsa 89. maddede yer verilen kurallara göre belirlenir. Türk Borçlar Kanununun 89. Maddesinde para borçları, parça borçları ve bunların dışında kalan diğer tüm borçlar için düzenleme getirilmiştir.

Bu noktada konumuz açısından sözleşmenin taraflarının açık bir şekilde sözleşmenin ifa yerini belirlemediği durumda, örtülü irade beyanlarının ortaya konması yolu ile ifa yerinin belirlenmesinde Incoterms hükümlerinin dikkate alınıp alınmayacağıdır. Bunun açıklığa kavuşturulması ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun atfı ile yetkili mahkeme de belirlenecektir. Çünkü iş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri dışındaki sözleşmeler açısından bu kanunda bir yetki kuralı benimsenmediğinden, kanunun atfı ile genel yetki kuralları yani Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer verilen yetki kuralları uygulanacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 10. maddesi uyarınca da sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Bu bakımdan ifa yerinin tespit edilmesi, ifa yerinin Türkiye'de bir yer olması halinde Türk mahkemelerinin yargı yetkisini doğuracağından önem arz etmektedir.

Sonuç olarak, Türk hukuku uyarınca, Incoterms hükümlerinin sözleşmenin taraflarının örtülü irade beyanlarının yorumlanması yoluyla ifa yerinin tespit edilmesinde kullanılıp kullanılmayacağı hususunda; Incoterms hükümlerinin Türk hukuku anlamında ticari teamül olarak kabul edilmesi durumunda, örtülü irade

beyanlarının Türk Ticaret Kanununun 2. maddesi uyarınca ticari teamüller aracılığıyla ortaya konmasına izin veren düzenlemeleri karşısında Türk Hukuku açısından Incoterms terimlerinin irade beyanlarının yorumu yoluyla ifa yerinin tespitinde kullanılması mümkün olacaktır. Yargıtay'ın yukarıda alıntılanan kararında belirttiği üzere Türk yargısında da Incoterms terimleri esas alınarak sözleşmenin ifa yeri belirlenebilmekte ve böylece yetkili mahkeme tespit edilebilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki her Incoterms kuralı ifa yerini belirlememektedir; bu sebeple bir sözleşmede Incoterms hükmüne yer verilmişse, kullanılan bu Incoterms teriminin içerdiği hususların Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayınlanan kılavuz aracılığı ile incelenip ifa yerinin düzenlenip düzenlenmediğine bakılması gerekmektedir. Böylece ifa yeri tespit edilebilen bir Incoterms kullanılmışsa, Türk Borçlar Kanununun 89. Maddesi uyarınca sözleşmenin ifa yeri ve dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanununun 10. Maddesi uyarınca yetkili mahkeme belirlenebilecektir. Bu noktada Alman doktrinde olduğu gibi, Incoterms hükümleri arasında bir ayırım yapılarak yerleşmiş uygulamaları temsil eden Incoterms hükümlerini ticari teamül olarak kabul etmenin, ancak henüz yeni ihdas edilmiş Incoterms hükümlerine ticari teamül niteliği atfetmek konusunda ihtiyatlı davranmanın uygun bir uygulama olabileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya. **Milletlerarası Tahkim**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2007, (Tahkim).

Akıncı, Ziya. **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1994, (Hakem).

Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Karaman. **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler – Özel Borçlar İlişkileri)**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Albán, Jorge Oviedo. “Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May be Used to Interpret or Supplement CISG Article 9”, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-09.html>, (09/06/2019).

Ancel Marie-Elodie, “Le For du Contrat: Point Faible du Contentieux Européen ?”, **Revue de Jurisprudence Commerciale**, Yıl: 54, Sayı: 3, 2010, ss. 245-254.

Arkan, Sabih. **Demiryolu ile Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1987, (Demiryolu).

Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2005, (Ticari İşletme).

Ayoğlu, Tolga. **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Aynes, Laurent. “Loi et Contrat, le Contrat-loi des Parties, Etudes et Doctrines”, **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, Sayı: 17, Yıl: 2004, www.conseil-constitutionnel-fr/cahiers/cc17/contrat_2.html, (29.05.2019).

Baykal, Sanem ve İlke Göçmen. **Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Bergami, Roberto. “INCOTERMS 2000 as a Risk Management Tool for Importer,” **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, Sayı: 2, Yıl: 2006, ss. 273-286.

Bout, Patrick X. “Trade Usages: Article 9 of the Convention in Contracts for the International Sale of Goods”, Yıl: 1998, <http://cisgw3.law/pace.edu/cisg/biblio/bout.html>, (09.06.2019).

Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. “Uncitral Ve Uncitral Model Kanunu’na Genel Bir Bakış”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, Ocak 2011, ss. 135-172.

Bridge, Michael G. **The International Sale of Goods: Law and Practice**, Oxford University Press, Oxford,1999.

Can, Hacı. **Avrupa Birliğinin Kurucu Andlaşmaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, (Kurucu Andlaşmalar).

Can, Hacı. **Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, (Sözleşme Hukuku).

Can, Hacı. **Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, (İç Pazar).

Can, Hacı. **Avrupa Birliği Hukuku - Ders Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, (Avrupa Birliği).

Can, Hacı. **Türkiye – Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Kişilerin Serbest Dolaşımı**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yayınları, İzmir, 2006, (Serbest Dolaşım).

Can, Hacı ve Ali Gümrah Toker. **Milletlerarası Usul Hukuku**, Adalet Yayınevi, Haziran, 2017, (Usul Hukuku).

Can, Hacı ve Ali Gümrah Toker. **Milletlerarası Özel Hukuk**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (Özel Hukuk).

Can, Hacı ve Çınar Özen. **Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005, (Ortaklık Hukuku).

Carantu, Constantin ve Mihaela Loredana Lapaduşi. “Complex Issues regarding the Role and Importance of Internationally Codified Rules and Incoterms”, **Petroleum-Gas University of Ploiesti Bulletin**, Sayı: 62, Yıl: 2010, ss. 98-110.

Coetzee, Juana. “Incoterms and the Lex Mercatoria”, **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, Sayı: 12, Cilt: 1, ss. 70-83.

Çetiner, Selma ve Armağan Ebru Bozkurt Yüksel. **Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Dalcı Özdoğan, Nurcihan. “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:8, Sayı:1, Yıl: 2017, ss. 33 -52.

Dasser, Felix. **Incoterms and the Lex Mercatoria: Applicability of INCOTERMS in the Absence of Express Party Consent**, LL M thesis, Harvard, 1995.

David, René. **Le Droit Comparé Droits d’Hier, Droits de Demain**, Economica, Paris, 1982.

Demircan, Halime Ebru. **Uncitral Tahkim Kuralları İle Milletlerarası Tahkim Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ad Hoc Tahkim**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005.

Deshayes, Béatrice. “Le “Lieu de Livraison” au Sens de l’Article 5-1 b du Règlement Bruxelles”, **La Semaine Juridique Edition Générale**, Kasım 2010, Sayı: 48, ss. 20-54.

Deumier, Pascale. **Le Droit Spontané**, Économica, Paris, 2002.

Doğan, Fatih. “INCOTERMS 2000 Tarihi Gelisimi-Geçerlilik Kaynağı- Münferit Klotlar-Son Değişiklikler”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55.Yas Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Yayınları, Cilt: 1, 2002, ss.337-365.

Doğanay, İsmail. **Ticari Alım Satım Akdi ve Nevileri**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 2003.

Domaniç, Hayri ve Erol Ulusoy. **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 5. Bası, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007.

Dölle, Hans. **Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht**, München, 1979, Art.9, Rn.20. (aktaran Fatih Doğan “INCOTERMS 2000 Tarihi Gelisimi-Geçerlilik Kaynağı- Münferit Klotlar-Son Değişiklikler”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Yayınları, Cilt: 1, 2002, ss.337-365.)

Dural, Mustafa. **Medeni Hukuk Dersleri Giriş - Temel Kavramlar**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1983.

Eisemann, Ferdinand. **Die Incoterms im internationalen Warenkaufrecht**, Stuttgart, 1967. (akt. Ercüment Erdem, “Incoterms 2000”, **Prof. Dr. Hayri**

Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı, Ed. Abuzer Kendigelen, Cilt: 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 179-218.)

Ekşi, Nuray. **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

Erauw, Johan. "CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It", **Journal of Law and Commerce**, Sayı: 203, Yıl: 2005, ss. 203-217, (CISG).

Erauw, Johan. "Observations on the passing of risk," **The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention**, Sweet & Maxwell, 2004, (Observations), ss.225-318.

Erdem, Bahattin Bahadır. "Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 10, Sayı: 1-2, 1990, ss. 65-79.

Erdem, Ercüment. **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2017, (Ticaret).

Erdem, Ercüment. "Incoterms 2000", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı**, Ed. Abuzer Kendigelen, Cilt: 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 179-218, (Incoterms).

Erdem, Ercüment. "Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi", **Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, (Lex Mercatoria).

Erdem, Ercüment. **SİF Satışlar**, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, (SİF).

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Eriş, Gönen. **Açıklamalı, İctihathı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler**, Cilt: I, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

Ertekin, Erol ve İzzet Karataş. **Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

Evirgen, Asil. **Uluslararası Ticari Teslim Şekillerinden Fob Teslimde Taraf Yükümlülükleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.

Fabre-Magnan, Muriel. **Les Obligations**, PUF, Paris, 2004.

Folsom, Ralph H. **International Business Transactions I**, 2. Baskı, West Pub Co, Minnesota, 2002.

Gabriel, Henry Deeb. **Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law**, Oceana Publication, New York, 2004.

Ghestin, Jacques, Christophe Jamin ve Marc Billiau. **Les Effets du Contrat**, LGDJ, Paris, 2001.

Goldman, Berthold. “Frontières du Droit et Lex Mercatoria”, **Archives de Philosophie du Droit**, Sayı: 9, Yıl: 1964, ss.177-192.

Goldstajn, Aleksandar. “Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International According to the UN,” **International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures**, Ed. Petar Sarcevic ve Paul Volken, Oceana, New York, 1986, ss. 55-110.

Gözler, Kemal. **Hukuka Giriş**, Ekin Kitabevi, 8. Bası, Bursa, 2011.

Güriz, Adnan. **Hukuk Başlangıcı**, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011.

Güven, Koray. “Lex Mercatoria Ve Milletlerarası Tahkim”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 34, Sayı: 2, 2014, ss. 1-57.

Hamşioğlu, Işın. **Incoterms 2010 Kuralları Çerçevesinde Cif (Sif) Satışta Tarafların Yükümlülükleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.

Heuzé, Vincent. **La Vente Internationale de Marchandises – Droit Uniforme**, LGDJ, Paris, 2000.

ICC, **INCOTERMS 1974**, ICC Publication No: 274, Paris, 1974.

ICC, **INCOTERMS 1980**, ICC Publication No:350, Paris, 1980.

ICC, **INCOTERMS 2000**, ICC Publication No:560, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2010/01/ICC-Introduction-to-the-Incoterms-2010.pdf>, (25.05.2019).

ICC Türkiye, “ICCM Yapısı”, <http://icc.tobb.org.tr/iccm-yapi.php>, (14.03.2019).

Idot, Laurence. “Procédures 2010”, **Revue Lamy Droit des Affaires**, Yıl: 2010, Sayı: 51, ss. 91 - 112.

International Chamber of Commerce, “Who We Are?”, <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/history/>, (14.03.2019).

Jacquet, Jean-Michel. Philippe Delebecque ve Sabine Corneloup. **Droit du Commerce International**, 2. Baskı, Dalloz, Paris, 2014.

Jolivet, Emmanuel. **Les Incoterms – Etude d'une Norme du Commerce International**, Litec, Paris, 2003.

Kalpsüz, Turgut. **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2007.

Karakaya Gül, Gökçe. **Uluslararası Ticari Teslim Şekilleri (Incoterms) 2000 Kurallarına Göre Fob Teslim Şekli**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011

Kasapoğlu Turhan, Mine. **Kamu Hukuku Açısından Klinik İlaç Araştırmaları**, (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010.

Kassis, Antoine. **Théorie Générale des Usages du Commerce, Droit Comparé Contrats et Arbitrage Internationaux Lex Mercatoria**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984.

Kaya, Arslan. **Belgeli Akreditifte Lehtarın Hukuki Durumu**, Beta Yayınları, İstanbul, 1995.

Kayar, İsmail ve İlhan Üzülmöz. **Hukukun Temel Kavramları**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Kocayusufoğlu, Necip. **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.

Konuk, Bahar. **Avrupa Birliği Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2008.

Kök, Aslı. **Roma I Tüzüğü Işığında Milletlerarası Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

Kramer, Xandra, Alina Ontanu ve Michiel de Rooij. “The application of Brussels I (Recast) in the legal practice of EU Member States”, <https://www.asser.nl/media/5018/m-5797-ec-justice-the-application-of-brussels-1-09-outputs-synthesis-report.pdf>, (12.06.2019).

Magnus, Ulrich ve Peter Mankowski. **European Commentaries on Private International Law - Brussels Ibis Regulation**, Otto Schmidt, Köln, 2016.

Milletlerarası Ticaret Odası, **Règlement d’Arbitrage de la CCI**, ICC Publications, Paris, 1997.

Nomer, Haluk N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

Oder, Burak ve Murat Sağbılı. “Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizine Dair Antlaşma”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 11, Sayı 1-2, 1991, ss. 73-100.

Oğuz, Arzu. “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) -Unidroit İlkeleri’nin Lex Mercatoria Niteliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 3, Eylül 2001, ss. 11-53.

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku – Genel hükümler**, Cilt:1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Önüt, Lale Burcu. **Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerde Uygulanması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

Özdemir, Didem. “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı:1-2, Haziran-Aralık, 2003, ss.98-137.

Pitton, M.-C. « L'article 5, 1, b Dans la Jurisprudence Franco-Britannique, ou le Droit Comparé au Secours des Compétences Spéciales du Règlement 44/2001 », **Journal du Droit International**, Yıl: 2009, Sayı:2, ss. 122-147.

Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. **Ticari İşletme Hukuku**, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

Ramberg, Jan. **ICC Guide to Incoterms® 2010, Understanding and Practical Use**, ICC Publications No:720, Paris, 2011.

Rowe, Michael C. "The Contribution of the ICC to the Development of International Trade Law," **The Transnational Law of International Commercial Transactions II**, Ed. Norbert Horn & Clive M. Schmitthoff, Kluwer, 1982, ss. 45-62.

Samancı, Uğur. **Avrupa Parlamentosu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2006.

Sevinç Kuyucu, Aslıhan. **Uluslararası Ticari Terimler (Incoterms)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

Schmidt-Kessel, Martin. "Article 9," **Commentary on the UN–Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, Ed. Peter Schlechtriem ve Ingeborg Schwenzer, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2005, ss. 24-47.

Schmitthoff, Clive M. "The Law of International Trade," **Clive M Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law**, Brill Editions, London 1988, ss.98-121.

Selçuk Ölçek, Hatice İdil. **Lex Mercatoria Ve Uygulaması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

Sümer, Haluk Hadi, Yavuz Atar, Mehmet Ayan, Sami Karahan Karahan, Ömer Ulukapı ve İbrahim Arslan. **Temel Hukuk Bilgisi**, Mimoza Yayınları, 3. Baskı, Konya, 2003.

Süral, Ceyda. **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.

Şanlı, Cemal. **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, (Uluslararası).

Şanlı, Cemal. **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1986, (Milletlerarası).

Şanlı, Cemal ve Nuray Ekşi. **Uluslararası Ticaret Hukuku**, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe. **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Taşçı, Zeliha Günay. **Incoterms® 2010 İle 2000 Broşürleri Arasındaki Farkların İncelenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü, İstanbul, 2017.

Tesal, Reşat D. **Ticaret Hukuku**, İstanbul Matbaası, İstanbul, 1984.

Toker, Ali Gümrah. “Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlâli”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 33, Sayı: 1, ss. 213-250.

Treppoz, Édouard. “Les Incoterms et le For Contractuel au Sens du Règlement n° 44/2001/CE”, **Revue des contrats**, Sayı: 1, Yıl: 2012, ss. 173-189.

Ulusoy, Erol. **Ticari Örf ve Adet Hukuku ve Türkiye’de Geçerli Olan Ticari Örf, Adet ve Teamüller Fire ve Zaiyat Kararları**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2001.

Ülgen, Hüseyin, Ömer Teoman, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan. **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Ünel, Nehir. “Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu”, **Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi**, Sayı: 32, <http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/sayi32/nehirunel.pdf>, (12.06.2019), ss. 51-64.

Viscassillas, Perales. “Comments on the draft Digest”, **The Draft UNCITRAL Digest and Beyond**, Ed. Franco Ferrari, Harry Flechtner, Ronald A.Brand, Thomson Sweet & Maxwell, London, 2004, ss. 57-83.

West Bradlee, Helen. “History of The Law Merchant, The Law Merchant or Lex Mercatoria”, Boston, 1929, <http://szabo.best.vwh.net/lex.html>, (06.06.2019).

West, Thomson ve Bryan A. Garner. **Black’s Law Dictionary**, 8. Baskı, United States of America 2nd Reprint, New York, 2007.

Yılmaz, Mutlu, Ahmet Özken ve Necmettin Şahin. “Incoterms 2000 ve 2010’un Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamasındaki Eksiklikler”, **Journal of Yaşar University**, Sayı: 23, Yıl: 6, 2011, ss. 3814-3825.