

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DEVLETLER ÖZEL HUKUKU BİLİM DALI**

**ULUSLARARASI MAL SATIMI SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA BİRLEŞMİŞ
MİLLETLER ANTLAŞMASINA GÖRE SÖZLEŞMENİN KURULMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Mustafa Alper ENER**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Vahit DOĞAN**

ANKARA - 2013

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DEVLETLER ÖZEL HUKUKU BİLİM DALI**

**ULUSLARARASI MAL SATIMI SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA BİRLEŞMİŞ
MİLLETLER ANTLAŞMASINA GÖRE SÖZLEŞMENİN KURULMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Mustafa Alper ENER**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Vahit DOĞAN**

ANKARA - 2013

ONAY

Mustafa Alper ENER tarafından hazırlanan “Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Sözleşmenin Kurulması” başlıklı bu çalışma, 10.07.2013 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Devletler Özel Hukuku Bilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. Vahit DOĞAN (Başkan)



Prof. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR



Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

ÖZET

ENER, Mustafa Alper. Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Sözleşmenin Kurulması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.

Çalışmamız ile Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Hukukunda sözleşmenin kurulması konusunun karşılaştırmalı olarak ele alınması ve CISG'in akit statüsü olarak seçilmesi halinde sözleşmenin kurulmasının ayrıntılı olarak incelenmesi amaçlanmıştır. Uluslararası ticaret hacminin hızla artması devletler arasındaki işbirliği ve bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıkların daha güvenilir ve önceden tahmin edilebilir şekilde çözülmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Farklı sosyal, ekonomik ve hukuk sistemleri olan devletlerin sözleşmelere uygulanacak yeknesak hukuk kurallarıyla aralarındaki ticaretin daha sağlıklı olacağı düşünülmüştür. Bu amaçlarla uluslararası mal satımı ile ilgili hukukun bütünleştirilmesi konusunda pek çok çalışma yapılmıştır. Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasının (CISG) öncüleri olan Uluslararası Mal Satımı Sözleşmelerinin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma (ULF) ve Uluslararası Mal Satımı Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma 1964 yılında Lahey Konferansında hazırlanmıştır. Bu tarz çalışmaların desteklenmesi için Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) kurulmuştur. 1978 yılında gözden geçirilen ULIS ve ULF tek bir metin olarak CISG'de birleştirilmiştir ve 11 Nisan 1980 tarihinde kabul edilmiştir. 1 Ocak 1988 tarihinde kabul eden on bir devlet için yürürlüğe girmiştir. Günümüzde CISG'e yetmiş dokuz devlet taraftır. Türkiye Cumhuriyeti 7 Temmuz 2010 tarihinde CISG'e katılmış ve 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde CISG'in tarihi gelişimi ve yapısı, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukunun tespiti ve akit statüsünün uygulama alanı dışında kalan hususlar üzerinde durulmuştur. İkinci bölümümüzde ise CISG'e göre

sözleşmenin kurulması, sözleşmenin kurucu unsurları, sözleşmenin kurulma anı ve sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını meydana getirdiği an konuları incelenmiştir. Bu konular ele alınırken çeşitli mahkeme ve hakem kararlarına da yer verilmiştir.

Anahtar Sözcükler

1. Milletlerarası Özel Hukuk
2. Sözleşmenin Kurulması
3. Sözleşmeler Hukuku
4. Uluslararası Mal Satımı
5. CISG

ABSTRACT

ENER, Mustafa Alper. Formation of Contract According to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Master Thesis, Ankara, 2013.

The purpose of this thesis is to compare formation of contract in UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Turkish Law of Obligations and formation of contract when CISG is chosen as applicable law. Rapid increase in international trade brought out the need of international cooperation and solving conflicts faster and with predictable results. The opinion of reliable trade would be possible with uniform rules which govern contracts between countries with different social, economic and legal systems. There has been many studies made on unification of international trade law to reach these purposes. The antecedents to the CISG; the Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULF) and the Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS), were done at The Hague in 1964. UNCITRAL was also established to support harmonisation and unification of international trade law. In 1978 ULIS and ULF were reviewed and combined in one text as CISG and was signed on April 11, 1980. It came into force in eleven countries on January 1, 1988. Today, seventy nine countries are parties to this Convention. Republic of Turkey ratified CISG on July 7, 2010 and its entry into force was on August 1, 2011. Our thesis consists of two chapters. In the first chapter, we examined historical development and structure of CISG, determining the applicable law to contractual obligations and issues which are out of the scope of applicable law. In the second chapter, we go through formation of contract according to CISG, elements of contract, time when a contract is concluded and time when a contract matures. In this thesis we gave examples from court decisions and arbitral awards.

Keywords

1. Private International Law
2. Formation of Contract
3. Contract Law
4. International Sale of Goods
5. CISG

ÖNSÖZ

Çevremize dikkatlice bakacak olursak pek çok farklı ülkede üretilmiş hatta birden fazla ülkenin katkısıyla üretilmiş ürünleri görebiliriz. Ülkeler gittikçe birbirine karşılıklı olarak daha bağımlı hale gelmektedir. Bu da milletlerarası ticaretin daha güvenilir ve öngörülebilir hale getirilmesi gibi pek çok ihtiyacı ortaya çıkarmaktadır.

Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organisation – WTO) verilerine göre 2011 yılında ticari mal ihracatı toplamda 17.779 Milyar USD\$ (2000 yılında 6.186 Milyar USD\$), ithalatı 18.000 Milyar USD\$ (2000 yılında 6.490 Milyar USD\$) ve ticari hizmet ihracatı 4.150 Milyar USD\$ (2000 yılında 1.435 Milyar USD\$), ithalatı 3.865 Milyar USD\$ (2000 yılında 1.435 Milyar USD\$) olarak gerçekleşmiştir.¹ Dünya Ticaret Örgütü 2012 Raporu'na göre Türkiye'nin verilerine bakacak olursak, 2011 yılında ticari mal olarak 135 Milyar USD\$'lık (2000 yılında 26.6 Milyar USD\$) ihracat, 241 Milyar USD\$'lık ithalat (2000 yılında 53.5 Milyar USD\$) ve ticari hizmet olarak 38 Milyar USD\$'lık (2000 yılında 19.2 Milyar USD\$) ihracat ve 20 Milyar USD\$'lık (2000 yılında 7.6 Milyar USD\$) ithalat yapılmıştır.² Sadece bu verilere bakarak dünya ticaretinin ne kadar hızla arttığı rahatlıkla anlaşılmaktadır.

Cumhuriyetimizin 100. yılında, dünyanın ilk 10 ekonomisi arasına girme ve 500 Milyar USD\$'lık ihracat yapma hedefinde olan bir Türkiye'nin bunun için gerekli altyapıya sahip olması gerekmektedir. Bu altyapının en önemli ayaklarından birisi de hukukî altyapıdır. Türkiye Cumhuriyeti 7 Temmuz 2010 tarihinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'na katılmış ve Anlaşma 1 Ağustos

¹ World Trade Organisation, **World Trade Report 2012**, s. 28-29, (http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report12_e.pdf), World Trade Report 2001, s. 20, (http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2001_e/stats2001_e.pdf), (E.T. 17.08.2012).

² World Trade Organisation, **World Trade Report 2012**, s. 32-33, (http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report12_e.pdf), World Trade Report 2001, s. 22-23, (http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2001_e/stats2001_e.pdf), (E.T. 17.08.2012).

2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³ Söz konusu Anlaşma ile ilgili Türkçe kaynak sayısı yeterli düzeyde değildir. Ancak Anlaşmanın kabul edildiği tarih olan 11 Nisan 1980 (yürürlüğe girişi 1 Ocak 1988'dir) ile ülkemizde yürürlüğe giriş tarihi arasında uzun zaman olması sebebiyle bu durum normal karşılanmalıdır. Anlaşmanın ülkemizde de yürürlüğe girmesiyle bu konuya ilginin daha da artacağını umuyoruz. Çalışmamızın milletlerarası sözleşme ilişkisi içine giren uygulamacılarımıza katkı sağlamasını arzu ediyoruz.

Çalışmalarım sırasında benden hiçbir zaman maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen aileme, arkadaşlarıma ve çalışma arkadaşlarıma, özellikle kürsümüzdeki hocalarıma ve tabi ki bu tezin yazılmasında emeği bulunan değerli danışman hocam Prof. Dr. Vahit DOĞAN'a teşekkürü bir borç bilirim.

³ www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1
I. MADDİ ÖZEL HUKUKU BÜTÜNLEŞTİRME ÇALIŞMALARI	2
A. UNIDROIT	3
B. UNCITRAL	5
C. Avrupa Birliği'nde Maddi Özel Hukuku Bütünleştirme Çalışmaları	6
II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU BÜTÜNLEŞTİRME ÇALIŞMALARI	9
A. Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı	9
B. Avrupa Birliği'nde Milletlerarası Özel Hukuku Bütünleştirme Çalışmaları	
10	
1. Avrupa Birliği Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Hükümlerini Bütünleştirme	
Çalışmaları	10
2. Avrupa Birliği Hukukunda Yetki Hükümlerini Bütünleştirme	
Çalışmaları	13

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

I. CISG'NİN GELİŞİMİ VE YAPISI	15
A. CISG'nin Tarihçesi	15
B. CISG'nin İçerdiği Konular	17
C. Anlaşmada İzin Verilen Çekinceler	18
D. CISG'nin Uygulama Alanı	21
1. Yer Bakımından Uygulama	22
2. Konu Bakımından Uygulama	25
3. Zaman Bakımından Uygulama	27

E. CISG'de Bulunan Boşlukların Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarıyla Doldurulması.....	28
II. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ	30
A. Taraf İradelerine Göre Yetkili Hukukun Tespiti.....	30
1. İrade Muhtariyeti Esası	30
2. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli	32
a. Açık İrade Beyanı ile Hukuk Seçimi.....	32
b. Zımnî İrade Beyanı ile Hukuk Seçimi.....	34
c. Farazi Hukuk Seçimi.....	35
3. Hukuk Seçiminin Sınırları	37
a. Millî Hukuk Düzenleri	37
b. Millî Karakter Taşımayan İlke ve Kurallar	39
4. Kısmi Hukuk Seçimi	40
5. Hukuk Seçiminin Zamanı	41
B. Objektif Esaslara Göre Yetkili Hukukun Tespiti	43
1. Sıkı İlişkili Yer Hukukuna Bağlama	44
2. Sıkı İlişkili Yer Hukuku Lehine Karineler	44
III. AKİT STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN HUSUSLAR	47
A. Hukukî İşlem Ehliyetine Uygulanacak Hukuk	48
B. Sözleşmenin Kuruluşu ve Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk	52
1. Şeklî Geçerlilik.....	52
2. Maddi Geçerlilik	54
C. Doğrudan Uygulanan Kurallar	56
1. Hâkimin Hukukunun Doğrudan Uygulanması	57
2. Yabancı Hukukun Doğrudan Uygulanan Kuralları	58
a. Akit Statüsünün Doğrudan Uygulanan Kuralları	58
b. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları	59

İKİNCİ BÖLÜM
AKİT STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANI BAĞLAMINDA (CISG'E GÖRE)
SÖZLEŞMENİN KURULMASI

I. KAVRAM	61
II. SÖZLEŞMENİN KURULMASI.....	63
III. SÖZLEŞMENİN KURUCU UNSURLARI.....	65
A. İcap	67
1. Kavram ve Tanımı	67
2. Yeterince Kesin Olma	69
3. Bağlanma Niyeti	75
4. İcabın Bağlayıcılığı	76
5. İcaba Davet	78
6. Belirli Olmayan Sayıda Kişiye İcap	80
7. İcabın Geri Alınması	81
a. İcabın Muhataba Varmasından Önce İcabın Geri Alınması	82
b. Halka Açık İcabın Geri Alınması	83
c. İcabın Geri Alınmasının Sonuçları	84
d. İcabın Muhataba Varmasından Sonra Ancak Sözleşmenin Kurulmasından Önce Geri Alınması	84
e. Geri Almanın Engellenmesi	89
8. İcabın Reddi	90
9. İcabın Hüküm Ve Sonuçlarını Doğurduğu An	92
B. Kabul	92
1. Kavram ve Tanımı	92
2. Kabul Beyanının Geçerliliği	97
3. İcabın Değiştirilerek Kabul Edilmesi	100
a. Esaslı Değişiklikler	100
b. Esaslı Olmayan Değişiklikler	105
4. Kabul Beyanının Gönderilmesi	108
5. Kabul Süresinin İşlemeye Başlaması, Genel Kural ve İstisnaları ...	111
6. Geç Kabul	113
a. Geç Kabul	113

b. Geç Kabule Rağmen Sözleşmenin Kurulması	114
c. İletimde Yaşanan Gecikme.....	116
7. Kabul Beyanının Geri Alınması.....	118
8. Kabul Sayılan İrade Açıklamaları.....	120
IV. SÖZLEŞMENİN KURULMA ANI	122
V. SÖZLEŞMENİN HÜKÜM VE SONUÇLARINI MEYDANA GETİRDİĞİ AN	126
A. Kuralın Uygulanmadığı Durumlar	127
1. Şarta Bağlı Kurulan Sözleşmeler.....	127
2. Onay	128
3. Şarta Bağlı İfa.....	128
4. İcap ve Kabul Olmadan Yapılan Anlaşmalar	128
B. Sözleşmenin Kurulduğu Yer	129
SONUÇ.....	130
KAYNAKLAR	133

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: American Bar Association (Amerika Barolar Birliği)
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomi Topluluğu
Age	: adı geçen eser
agm	: adı geçen makale
AP	: Avrupa Parlamentosu
art.	: Madde (Article)
Austrian OGH	: Avusturya Yargıtayı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CECL	: Commission On European Contract Law (Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu – Lando Komisyonu)
CISG	: Convention On Contracts For International Sale Of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması)
DCFR	: Draft Common Frame of Reference (Referans Ortak Çerçeve Taslağı)
E.T.	: Erişim Tarihi
ECB	: European Central Bank
Ed.	: Edition (Baskı)
EFTA	: European Free Trade Association (Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi)
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
HCCH	: Hague Conference on Private International Law (Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı)

IBJL	: Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Hakkında Kanun
OUP	: Oxford University Press
para.	: Paragraf
PECL	: The Principles of European Contract Law (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)
PICC	: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts (Milletlerarası Ticari Sözleşmeler Hakkında UNIDROIT İlkeleri)
RabelsZ	: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht – The Rabel Journal of Comparative and International Private Law
RDAl/IBJL	: Revue de Droit des Affaires Internationales/ International Business Law Journal
RG	: Resmi Gazete
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
Sa.	: Sayı
SGECC	: Study Group on a European Civil Code
UCC	: Uniform Commercial Code
UK	: United Kingdom (Birleşik Krallık)
ULF	: Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for The International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma)
ULIS	: Convention relating to a Uniform Law on The International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma)
UN	: United Nations (Birleşmiş Milletler)

UNCITRAL	: The United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNIDROIT	: International Institute For The Unification of Private Law (Özel Hukukun Bütünleştirilmesi için kurulan Uluslararası Enstitü)
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume (Cilt)
Y.	: Yıl

GİRİŞ

2 Nisan 2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan ve 1 Ağustos 2011 tarihinde ülkemizde de yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG)⁴ akit statüsü kapsamında uygulanmasının gerektiği hallerde, sözleşmenin kurulması ele alınacaktır.

Dış ticaret hacmi hızla artan ve dünyanın en hızlı büyüyen ekonomilerinden biri olan ülkemizde Anlaşmanın yürürlüğe girmiş olmasıyla birlikte konuyla ilgili bilgi talebi de her geçen gün artmaktadır. Söz konusu sözleşme, uluslararası mal satım sözleşmeleri için modern, yeknesak ve adaletli bir düzeni sağlamayı amaçlamaktadır. Anlaşmaya 26 Mart 2013 tarihi itibarıyla 79 ülke taraftır⁵.

Çalışmamızın konusunu milletlerarası mal satım sözleşmelerinde CISG'in yürürlükte olduğu ülkelerden birisinin akit statüsü kapsamında uygulama alanı bulması halinde, akit statüsünün uygulama alanı kapsamında kalan sözleşmenin kurulması oluşturmaktadır.

Uluslararası alanda hukukun bütünleştirilmesi çalışmalarının en başarılılarından birisi olan CISG kapsamında; CISG'nin tarihçesi, genel olarak içerdiği konular ve uygulama alanı, sözleşmenin kurulması kavramı, sözleşmenin kurucu unsurları, icap, kabul ve sözleşmenin kurulma anı konuları CISG ve Türk hukukuna göre ele alınacaktır. Yeri geldikçe diğer milletlerarası sözleşme hukuku ilkeleri ve Anlaşmalarıyla da katkı sağlanacaktır. Bu kapsamın dışında kalan CISG'nin diğer unsurları üzerinde durulmayacaktır.

Çalışmamızda araştırma konusu ile ilgili yerli ve yabancı literatürde bulunan kitap ve makaleler incelenecektir. Özellikle veri tabanlarında yer alan elektronik kaynaklardan da yararlanılacaktır. Anlaşma'nın ülkemizde yeni

⁴ www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

⁵ Pace Üniversitesi e-Kütüphanesi, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>), (E.T. 26.03.2013).

yürürlüğe girmiş olması nedeniyle yargı kararı bulunmadığından, yabancı ülkelerdeki mahkeme kararlarına da yeri geldikçe başvurulacaktır.

CISG’de yer alan sözleşmenin kurulmasını ele almadan önce hukukun bütünleştirilmesi kapsamında, uluslararası alanda yapılan bir kısım çalışmaların öncelikle ele alınmasında fayda görüyoruz.

I. MADDİ ÖZEL HUKUKU BÜTÜNLEŞTİRME ÇALIŞMALARI

Milletlerarası alanda maddi özel hukukun bütünleştirilmesine pek çok nedenle ihtiyaç duyulmaktadır⁶. Bu yöndeki çalışmalar 20. yüzyılın başından beri yapılmaktadır. Bir ülkede yaşayan bireylerin yabancı ülkelerde yaşayanlarla artan ilişkileri sebebiyle, özellikle teknolojiye meydana gelen gelişmeler sebebiyle dünyamız küresel bir köy haline gelmiş, farklı ülkelerle anlık hukukî işlem yapabilme imkânı ortaya çıkmıştır. Bu ilişkilerin sonucunda doğal olarak hukukî uyuşmazlıklar da çıkmaktadır. Bunların çözümü her zaman kolay olmamaktadır.

Devletlerin hukukî sorunları farklı şekillerde çözmesi, uygulanacak hukukun yabancı bir devletin maddi hukuk kuralları olması halinde tarafların bu kuralları yeterince bilmemesi veya bunları farklı yorumlamaları, işlem güvenliği gibi milletlerarası ticareti ve işbirliğini belirsizleştiren, zorlaştıran ve öngörülebilirliği engelleyen çeşitli sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunlara çözüm bulmak amacı ile muhtelif kuruluşların yaptığı çalışmalar bulunmaktadır. Bu bağlamda hukukun birleştirilmesi çalışmalarına kısaca göz atmak, konunun daha iyi anlaşılabilmesine yardımcı olacaktır.

⁶ Bu konuda bkz. ATAMER, Yeşim, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul 2005, s. 11 vd.; ZEYTİN, Zafer, **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku**, 1. Baskı, Ankara 2011, s. 32 vd..

A. UNIDROIT

İlk kez 1900 yılında Paris'te düzenlenen milletlerarası karşılaştırmalı hukuk kongresinde, bütünleştirilmiş bir hukuk sistemi ve tüm dünyada geçerli olabilecek bir adalet düşüncesi ile ulaşılabileceği konusu tartışılmıştır.⁷ Özel olarak milletlerarası mal satım hukukunun bütünleştirilmesi çalışmaları ise 1920'lerde başlamıştır. Milletlerarası maddi özel hukukun bütünleştirilmesi çalışmaları bağlamında ilk olarak "Özel Hukukun Bütünleştirilmesi için kurulan Uluslararası Enstitü" (UNIDROIT – Institut International Pour L'Unification Du Droit Prive - The International Institute for the Unification of Private Law) aklı gelmektedir. UNIDROIT, 3 Eylül 1926 tarihinde Milletler Cemiyeti'nin yardımcı organı olarak kurulmuştur. Milletler Cemiyeti'nin sona ermesiyle 1940 yılında çok taraflı bir anlaşma şeklinde tekrar kurulmuştur.⁸

Merkezi İtalya'nın başkenti Roma'da olan bağımsız hükümetlerarası bir organizasyon olan UNIDROIT'nin amacı özel hukukun özellikle ticaret hukukunun devletler ve grup devletler (örneğin, Avrupa Birliği) arasında uyumlaştırılması, koordine ve modernize edilmesi için gereken ihtiyaçlar ve metotlar üzerinde çalışmak ve bunun hayata geçirilmesi için yeknesak hukuk kaynakları, prensipleri ve kuralları oluşturmaktır. UNIDROIT Kurucu Anlaşması'nda bu amacı gerçekleştirmek için hukuk kuralı ve Anlaşma taslakları hazırlama, özel hukuk alanında uluslararası ilişkileri kolaylaştırma amacıyla antlaşma taslakları hazırlama, karşılaştırmalı özel hukuk alanında çalışmalar yapma, kendi konusuna giren ve diğer kurumlar tarafından yürütülen projeleri takip etme ve gerekli bağlantıları sağlama, konferanslar

⁷ OĞUZ, Arzu, "Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi", AÜFHD, 49, 2000, s. 31.

⁸ Ekim 2012 tarihi itibarıyla UNIDROIT üyesi 63 ülke bulunmaktadır. Bunlar; Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Arjantin, Avustralya, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Bolivya, Brezilya, Bulgaristan, Çin, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Endonezya, Estonya, Finlandiya, Fransa, Güney Afrika, Güney Kore, Hindistan, Hollanda, Irak, İran, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, Japonya, Kanada, Kıbrıs Rum Kesimi, Kolombiya, Küba, Litvanya, Letonya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Meksika, Mısır, Nikaragua, Nijerya, Norveç, Pakistan, Paraguay, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, San Marino, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Suudi Arabistan, Şili, Tunus, Türkiye, Uruguay, Vatikan, Venezuela ve Yunanistan'dır. (<http://www.unidroit.org/english/members/main.htm>), (E.T. 04.10.2012).

düzenleme ve Enstitü'nün önem arz eden çalışmaları yayımlama yetkisi ile techiz edilmiştir.⁹

Enstitünün hukukun bütünleştirilmesi bağlamındaki ilk adımı 1928 yılında Ernst Rabel'in UNIDROIT başkanı Vittorio Scialoja'ya yapmış olduğu öneriye kadar gitmektedir¹⁰. Rabel'in önerisi, malların milletlerarası satımıyla ilgili hukukun bütünleştirilmesidir. Rabel 29 Şubat 1929'da satım hukukunun bütünleştirilmesi hususunda muhtelif olasılıklarla ilgili bir ön rapor hazırlamıştır. Aynı yıl içinde ünlü Mavi Rapor (Blue Report)'u hazırlamıştır. Rapor, 1930 yılında Common Law, Fransız, İskandinav ve Alman hukuk sistemlerinin temsilcilerinden oluşan bir komitenin kurulmasına, 1935 yılındaki ilk taslak metne ve son olarak 1964 yılında Lahey Konferansı'nda satım hukuku hakkında Lahey Anlaşmalarının (ULIS ve ULF) hazırlanmasına vesile olmuştur.¹¹

UNIDROIT Milletlerarası Malların Satımı Kanunu Taslağı hazırlayarak 1935 yılında Milletler Cemiyeti Sekreterliğine göndermiş, buradan da bütün üye devletlerin hükümetlerine ve üye olmayanlara dağıtılmıştır.¹² Enstitü bunun yanı sıra günümüzde yaygın olarak kullanılan pek çok çalışma yapmıştır.¹³

UNIDROIT; Sekreteryaya, Yönetim Konseyi ve Genel Kurul şeklinde örgütlenmiştir. Yönetim Konseyi (Governing Council), Genel Kurul tarafından

⁹ UNIDROIT Kurucu Anlaşması m. 1 (<http://www.unidroit.org/mm/statute-e.pdf>), (E.T. 07.08.2012)

¹⁰ Ernst Rabel, Berlin'deki "Kaiser Wilhelm (şu anda Max Planck) Yabancı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü'nün" (Institute for Foreign and International Private Law) ilk başkanlığını yapmıştır, kendisi "Yabancı ve Milletlerarası Özel Hukuk Dergisi'ni" (RabelsZ (Journal for Foreign and International Private Law)) 1927 yılına kurmuştur.

¹¹ Peter SCHLECHTRIEM/ Ingeborg SCHWENZER, **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, 2nd (English) Ed., OUP, New York 2005, s. 1.

¹² RABEL, Ernst, "A Draft of an International Law of Sales", University of Chicago Law Review, Vol. 5, 1937-1938, s.543.

¹³ Enstitünün günümüz için önemli olan diğer çalışmalarına örnek olarak; Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Anlaşma (ULIS - Convention relating to a Uniform Law on The International Sale of Goods) Lahey 1964, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Anlaşma (ULF - Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for The International Sale of Goods) Lahey 1964, Milletlerarası Finansal Leasing Hakkında UNIDROIT Anlaşması (UNIDROIT Convention on International Financial Leasing) Ottawa 1988, Milletlerarası Faktoring Hakkında UNIDROIT Anlaşması (UNIDROIT Convention on International Factoring) Ottawa 1988, Leasing Hakkında Model Kanun (Model Law on Leasing) Roma 2008, Milletlerarası Ticari Sözleşmeler Hakkında UNIDROIT İlkeleri'ni (PICC - The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 1994, 2004, 2010) verebiliriz.

beş yılda bir seçilen farklı ülkelerden gelen yirmi beş hukukçu, bir ex officio üye (memur üye) ve Enstitünün Başkanından oluşmaktadır. UNIDROIT faaliyetlerini bu Konsey tarafından yürütmektedir.¹⁴

B. UNCITRAL

Milletlerarası maddi özel hukuku bütünleştirme çalışmaları kapsamında Birleşmiş Milletler tarafından 17 Aralık 1966 tarihinde¹⁵ “Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu” (UNCITRAL - The United Nations Commission on International Trade Law) kurulmuştur.¹⁶ UNCITRAL, uluslararası ticarete işbirliğinin, devletler arasında iyi ilişkilerin kurulmasına, dolayısıyla barış ve güvenliğin sağlanmasına hizmet edeceği; devletlerin uluslararası ticaret hakkında farklı düzenlemelere sahip olmalarının dünya ticaretinin gelişmesinin engellerinden biri olması; Birleşmiş Milletler’in uluslararası ticaretin önündeki hukukî engelleri azaltmak ve sona erdirmek için daha aktif rol oynaması gerektiği gibi nedenlerle bu komisyon kurulmuştur.¹⁷

Komisyonun ana görevi, adından da anlaşılacağı üzere, uluslararası ticaret hukukunun uyumlaşması ve bütünleşmesini sağlamak için gerekli çalışmaları yapmaktır. Komisyon, kuruluşundan bu yana, Birleşmiş Milletler sisteminde uluslararası ticaret alanında temel hukukî organdır. Komisyonda 2002’den beri 60 üye bulunmaktadır. Kuruluşunda 29 üye, 1973 tarihinden 2002’ye kadar ise 36 üye bulunmaktaydı. Üyeler altı yıllık süreler için seçilmektedir. Afrika’dan 14¹⁸, Asya’da 14¹⁹, Doğu Avrupa’dan 8²⁰, Latin

¹⁴ SÜRAL, Ceyda, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri**, 1. Baskı, İzmir 2008, s. 49; UNIDROIT Overwiev, (<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsid=103284>), (E.T. 25.12.2012).

¹⁵ United Nations General Assembly, Resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966, (<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=NR000508>), (E.T. 18.12.2011) .

¹⁶ DAYINLARLI, Kemal, **UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim**, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 9.

¹⁷ United Nations General Assembly, Resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966, Önsöz, (<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=NR000508>), (E.T. 18.12.2011) .

¹⁸ Cezayir, Bostvana, Gabon, Kenya, Mauritius, Nijerya, Uganda (2016’ya kadar); Benin, Fas, Güney Afrika, Kamerun, Mısır, Namibya, Senegal (2013’e kadar).

Amerika ve Karayipler'den 10²¹, Batı Avrupa ve diğer devletler'den 14²² ülke bulunmaktadır.

Komisyon, pozitif düzenlemeler²³ ve pozitif olmayan düzenlemeler²⁴ hazırlar. Yasamaya ilişkin metinler -Anlaşmalar, model kanunlar ve yasamaya ilişkin rehberler gibi- devletler tarafından kendi hukuk sistemlerine alınabilir. Yasamaya ilişkin olmayan metinler -UNCITRAL Tahkim kuralları gibi- uluslararası ticaret sözleşmelerinde taraflarca kullanılabilir.

C. Avrupa Birliği'nde Maddi Özel Hukuku Bütünleştirme Çalışmaları

Özel hukuku bütünleştirme çalışmaları dediğimizde sadece ülkelerin değil bunların oluşturdukları toplulukların da hukukun birleştirilmesi bağlamında çalışmalarını görebiliriz. Türkiye'nin de uzun yıllardan beri kapısında beklediği Avrupa Birliği'ni bu konuda örnek gösterebiliriz.

Avrupa Birliği, amaçlarını ve değerlerini gerçekleştirmek, vatandaşlarının ve üye devletlerin çıkarlarına hizmet edecek tek bir kurumsal

¹⁹ Filipinler, Hindistan, İran, İsrail, Pakistan, Tayland, Ürdün (2016'ya kadar); Bahreyn, Çin, Güney Kore, Japonya, Malezya, Singapur, Sri Lanka (2013'e kadar).

²⁰ Türkiye (2016'ya kadar); Gürcistan (2015'e kadar) ; Ukrayna (2014'e kadar); Belarus, Bulgaristan, Ermenistan, Letonya, Rusya (2013'e kadar); Polonya (2004-2012, 2014-2016).

²¹ Arjantin, Brezilya, Kolombiya, Paraguay, Venezuela (2016'ya kadar); Bolivya, El Salvador, Honduras, Meksika, Şili (2013'e kadar).

²² Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Fiji, Hırvatistan, İtalya, Kanada (2016'ya kadar); Almanya, Avusturya, Birleşik Krallık, Malta, Norveç, Yunanistan (2013'e kadar).

²³ Pozitif düzenlemelere örnek olarak; Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG – The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods), Milletlerarası Mal Satımında Zamanaşımı Anlaşması (Convention on The Limitation Period in The International Sale of Goods), Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanunu (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), Malların, Yapıların ve Hizmetlerin Temini Hakkında UNCITRAL Model Kanunu (UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services), Elektronik İmza Hakkında UNCITRAL Model Kanunu (UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures), Milletlerarası Sözleşmelerde Elektronik Haberleşmenin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nı (The United Nations Convention on The Use of Electronic Communications in International Contracts) gösterebiliriz.

²⁴ Pozitif olmayan düzenlemelere (metinlere) örnek olarak; UNCITRAL Tahkim Kuralları (UNCITRAL Arbitration Rules), UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları (UNCITRAL Conciliation Rules), UNCITRAL Uluslararası Karşılıklı Ticaret İşlemleri Hakkında Hukuk Rehberi'ni (UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions) verebiliriz.

çerçeveye sahiptir.²⁵ Avrupa Birliği Anlaşması'nın 13. maddesi uyarınca bazı Birlik kurumları oluşturulmuştur.²⁶ Bu kurumlar kendi görevleri dâhilinde Avrupa Birliği içinde ulusal hukukların uyumlaştırması alanında çeşitli çalışmalar yapmaktadır.

Caemmerer'in açıkça ifade ettiği gibi *“sadece Avrupa Kömür ve Çelik Birliği Anlaşması, Roma Anlaşmaları ve Avrupa Atom Enerjisi Anlaşması gibi Anlaşmalar federal bir devlet oluşturmak için yeterli değildir. Bir birlik oluşturmak için ekonomik birliğin sağlanması gerekmektedir. Bu Anlaşmalar ekonomik birlik için sadece başlangıçtır. Gümrük birliği, insanların, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı ve ortak ekonomik prensiplerin ve politikanın oluşturulmasını gerektirmektedir. Bunların ise gerçekleşmesinin bir koşulu da hukukun bütünleştirilmesidir”*.²⁷

Avrupa Parlamentosu (AP) 26.05.1989²⁸ ve 06.05.1994 tarihinde Avrupa Özel Hukuku konusunda bir kanun yapılması için çalışma yapılması kararını almıştır.²⁹ Bu karardan sonra 15 Kasım 2001, 2 Eylül 2003, 23 Mart 2006, 7 Eylül 2006³⁰, 12 Aralık 2007³¹ ve 3 Eylül 2008³² tarihlerinde Avrupa Parlamentosu, Avrupa Sözleşme Hukuku üzerine ilke kararları almıştır. “Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu” (Lando Komisyonu – Commission on

²⁵ Avrupa Birliği ve Avrupa Topluluğu Anlaşmaları Birleştirilmiş Hali, Consolidated Versions of The Treaty on European Union and of The Treaty Establishing The European Community, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:EN:PDF>), (E.T. 07.08.2012).

²⁶ Avrupa Birliği Bakanlığı, <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=45641&l=1>, (E.T. 07.08.2012)

²⁷ Von CAEMMERER, Ernst, “The Problem of the Unification of Private Law in Europe”, University of Colorado Law Review 36 (1963-1964), s. 308.

²⁸ European Parliament - Avrupa Parlamentosu, *OJ C 158*, 26.6.1989, p. 400, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1989:158:0283:0524:EN:PDF>), (E.T. 04.10.2012).

²⁹ OĞUZ, s. 34.

³⁰ European Commission – Avrupa Komisyonu, European Parliament resolution of 7 September 2006 on European Contract Law, Avrupa Sözleşme Hukuku, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/ep_resolution_07092006_en.pdf, (E.T. 07.08.2012).

³¹ European Parliament – Avrupa Parlamentosu, European Parliament resolution of 12 December 2007 on European contract law, Avrupa Sözleşme Hukuku, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P6-TA-2007-0615>, (E.T. 07.08.2012).

³² European Parliament – Avrupa Parlamentosu, European Parliament resolution of 3 September 2008 on the common frame of reference for European contract law, Avrupa Sözleşme Hukuku <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0397&language=EN>, (E.T. 07.08.2012).

European Contract Law - CECL), herhangi bir kuruluşla bağlantısı olmayan, “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerini” (The Principles of European Contract Law – PECL), hazırlamak için kurulmuştur.³³

Çalışmalar 1982 yılında başlamıştır. Bu ilkelerin, ilk komisyon tarafından hazırlanan birinci bölümü 1995 yılında, ikinci komisyon tarafından hazırlanan ve birinci bölümün de incelemesini içeren ilk iki bölümü³⁴ 2000 yılında ve sonuncusu üçüncü komisyon tarafından hazırlanan üçüncü bölümü³⁵ ise 2003 yılında yayımlanmıştır.³⁶ PECL, UNIDROIT ilkeleriyle pek çok benzerlik taşımaktadır. Her ikisi de ulusal veya uluslararası yapılardan emir veya yetki almadan üst düzey hukukçular tarafından hazırlanmış ve başvuru kaynağı olarak yeknesak hukuk ilkelerini derlemek ve gerekli hallerde ulusal hukuk sistemlerinin gelişmesine katkı sağlamak amacıyla kabul edilmiştir.³⁷ Günümüzde, Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu’nun çalışmaları, “Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu” (Study Group on a European Civil Code³⁸) tarafından sürdürülmektedir. Çalışma grubu, PECL baz alınarak hazırladığı “Referans Ortak Çerçeve Taslağını”³⁹ (Draft Common Frame of Reference – DCFR) Avrupa Parlamentosuna sunmuştur.⁴⁰

Avrupa Birliği Konseyi de Avrupa Topluluğu Anlaşması m. 94 uyarınca, ortak pazarın kurulmasını ve gereği gibi işlenmesini sağlayacak her türlü hukuk uyumlaştırmasını gerçekleştirmekle yükümlü kılınmıştır.⁴¹

³³ LANDO, Ole, “How the Principles of European Contract Law (PECL) Were Prepared”, European Journal of Law Reform, Vol. VIII, no. 4, 2006, s. 477.

³⁴ Copenhagen Business School, Kopenhagen, Principles of European Contract Law, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm, (E.T. 07.08.2012).

³⁵ <http://www.storme.be/PECL3en.html>, (E.T. 07.08.2012).

³⁶ LANDO, s. 477.

³⁷ Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu, <http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/101.scope.htm>, (E.T. 07.08.2012).

³⁸ Study Group on a European Civil Code, Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu, <http://www.sgecc.net>, (E.T. 07.08.2012).

³⁹ Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu, Draft Common Frame of Reference, http://www.sgecc.net/pages/en/home/191.new_dcf_r_outline_edition.htm, (E.T. 07.08.2012).

⁴⁰ KÖTZ, Hein, “Contract Law in Europe and the United States: Legal Unification in the Civil Law and Common Law”, Tulane European and Civil Law Forum, Vol. 27, 2012, s. 10.

⁴¹ ATAMER, **Satıcının Yükümlülükleri**, s. 13.

II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU BÜTÜNLEŞTİRME ÇALIŞMALARI

Milletlerarası alanda maddi özel hukuku bütünleştirme çabalarını inceledikten sonra bu bölümde kısaca milletlerarası özel hukuku bütünleştirme çalışmalarını inceleyeceğiz.

A. Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı

Milletlerarası özel hukukun bütünleştirilmesi çalışmaları alanında en önemli kuruluş “Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı’dır” (Hague Conference on Private International Law). Konuyla ilgili olarak İkinci Dünya Savaşı’ndan önce 1893, 1894, 1900, 1904, 1925 ve 1928 yıllarında altı toplantı düzenlenmiş, yedincisi 1951 yılında yapılmıştır.⁴² Bu oturumda kurucu Anlaşmanın (Statute) hazırlanmasıyla Konferans, hükümetlerarası daimi bir kuruluş haline gelmiştir. Kurucu Anlaşma 15 Temmuz 1955 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1956 yılından beri dört yılda bir bütün üyelerin hazır bulunduğu toplantılar yapılmaktadır. 1893 ve 1904 arasında Konferans yedi uluslararası Anlaşma yapmıştır, bunların altısı zaman içinde güncellenmiştir. 1951 yılından 2008’e kadar 38 uluslararası Anlaşma⁴³ hazırlanmıştır.⁴⁴

Konferans 20. oturumunda (14 – 28 Haziran 2005), kurucu Anlaşmasını (Statute) elli yıldan sonra ilk defa bölgesel ekonomik

⁴² American Journal of International Law, Volume 41, No. 4, October, 1947, Eki: United Nations Documents Concerning Development And Codification Of International Law, s.33, (http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/ASIL_1947_study.pdf), (E.T. 07.08.2012).

⁴³ Hague Conference on Private International Law, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.listing, (E.T. 07.08.2012).

⁴⁴ Bu Anlaşmalardan konumuzla ilgili olanlar şunlardır; 15 Haziran 1955 tarihli Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Anlaşması (Hague Convention of 15 June 1955 on The Law Applicable to International Sales of Goods), 25 Ekim 1980 tarihli Bazı Tüketici Satışlarına Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Maddeleri (Fasılları), (Hague Articles of 25 October 1985 on The Law Applicable to Certain Consumer Sales), 22 Aralık 1986 tarihli Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Anlaşması (Hague Convention of 22 December 1986 on The Law Applicable to Contracts for The International Sale of Goods. Hague Conference on Private International Law, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, <http://www.hcch.net/upload/wop/gap11info1e.pdf>, (E.T. 07.08.2012).

entegrasyon örgütlerine (regional economic integration organisation) üyelik imkânı verecek şekilde değiştirmiştir. Böylece Avrupa Birliği gibi örgütlerin de üye olmasının yolu açılmıştır. Konferans, AB'nin de üye olmasıyla şu an 71'i devlet olmak üzere 72 üyeye sahiptir.⁴⁵

B. Avrupa Birliği'nde Milletlerarası Özel Hukuku Bütünleştirme Çalışmaları

Avrupa Birliği'nde gerçekleştirilen milletlerarası özel hukuku bütünleştirme çalışmalarını kanunlar ihtilâfı hükümlerini ve yetki hükümlerini bütünleştirme çalışmaları olarak iki başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz.

1. Avrupa Birliği Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Hükümlerini Bütünleştirme Çalışmaları

Avrupa Birliği, kanunlar ihtilâfı hükümlerini uyumlaştırmak için de çeşitli çalışmalar yapmaktadır. Avrupa (Devlet ve Hükümet Başkanları) Konseyinin 5 Kasım 2004 tarihli Lahey Programında⁴⁶ sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde kanunlar ihtilâfı kurallarının üzerinde yoğun olarak çalışılması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁷

⁴⁵ Hague Conference on Private International Law, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, http://www.hcch.net/index_en.php?act=states.listing, (E.T. 07.08.2012).

⁴⁶ Lahey Programı: Gelecek 5 yıl için 10 öncelik, The Hague Programme: 10 priorities for the next five years, (http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116002_en.htm), (E.T. 18.12.2012).

⁴⁷ BEHR, Volker, "Rome I Regulation: A –Mostly- Unified Private International Law of Contractual Relationships within – Most – of the European Union", Journal of Law and Commerce, Vol. 29, No. 2, Spring 2011, s. 237.

Bu konudaki en önemli çalışma, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Anlaşma diye bilinen Roma Anlaşması'dır.⁴⁸ Milletlerarası özel hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması için 1967 yılında Avrupa Toplulukları Komisyonu tarafından sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk ve sözleşme dışı borçlara uygulanacak hukuku içeren bir tasarı hazırlanmıştır. Bu tasarı üzerinde müzakereler sonucunda değişiklikler yapılarak, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku içeren Anlaşma⁴⁹ 19 Haziran 1980 tarihinde Roma'da imzalanmıştır. Bu Anlaşmanın temel amacı AB ülkeleri arasında sözleşmeler hukukunda bütünleşmiş olmasa bile en azından uyumlu bir kanunlar ihtilâfı kuralları oluşturmayı hedeflemektedir. 17 Aralık 2009 itibarıyla Roma I Tüzüğüyle⁵⁰ güncellenmiştir.

Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü (EC Regulation 593/2008) 17 Aralık 2009'da Danimarka dışındaki AB üyelerinde doğrudan uygulanmak üzere yürürlüğe girmiştir.

Tüzüğün 24/1 maddesi Roma I'in üye devletlerde, Roma Konvansiyonu bölgesel kapsamını içine alan ancak Roma I'in kapsamı dışında kalan devletler hariç olmak üzere (AT Sözleşmesi m. 299), Roma Konvansiyonu'nu mülga edeceği belirtilmiştir.

⁴⁸ Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Anlaşma (80/934/ECC) 19 Haziran 1980'de imzaya açılmıştır ve 1 Nisan 1991 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir, Avrupa Birliği'ne katılan bütün yeni üyelerde bu Anlaşmayı imzalamışlardır. Roma I Tüzüğü ile değiştirilmiştir. Anlaşmanın önsözünde milletlerarası özel hukuku alanında uyumlaştırmanın, özellikle de yargılama yetkisi ve mahkeme kararlarının tenfizi konusunda, devam etmesi arzusuyla ve sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuk hakkında yeknesak hukuk oluşturmak amacıyla bu Anlaşmanın yapıldığı belirtilmektedir.

⁴⁹ GÜNGÖR, Gülin, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 85.

⁵⁰ 17 Haziran 2008 tarihli, 593/2008 sayılı Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Tüzüğü'nün AB'de yürürlüğe giriş tarihi 17 Aralık 2009'dur. Roma I Tüzüğü'nün başlıkları; tüzüğün kapsamı, yeknesak kurallar, diğer hükümler ve son hükümler şeklinde düzenlenmiştir.

Tüzüğün kapsamını düzenleyen m. 1'de, tüzüğün kanunlar ihtilâfı bulunan hukukî ve ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacağı ve gelir, gümrük ve idari konularda uygulanmayacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında tüzüğün kapsamında olmayan konular düzenlenmiştir. Ayrıca m. 2'de bu tüzükte belirtilen hukuk üye devletlerin hukuku olsun olmasın uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Roma I Tüzüğü Avrupa Topluluğu içinde birden fazla ülke ile bağlantılı sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarını belirlemektedir. Buradaki amaç tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesindeki açıklığı sağlamaktır.

Roma I Tüzüğü haricinde “Sözleşme Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında” Roma II Tüzüğü⁵¹ ve “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında” Roma III Tüzüğünü⁵² de kanunlar ihtilâfı kurallarının uyumlaştırılmasında önemli düzenlemeler olarak zikredebiliriz.

Ayrıca, 5 Ekim 2006 tarihli 2006/719/EC sayılı kararıyla Avrupa Birliği Konseyi, Avrupa Birliği’nin Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (HCCH)’na katılım kararı almıştır. 3 Nisan 2007 tarihinden beri Avrupa Birliği HCCH’ye üyedir.⁵³

⁵¹ 11 Temmuz 2007 tarihli, 864/2007 sayılı Sözleşme Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Tüzüğü’nün AB ülkelerinde yürürlüğe giriş tarihi 11 Ocak 2009’dur.

Roma II Tüzüğünün başlıkları, tüzüğün kapsamı; haksız fiil/ihlaller; sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme ve sözleşme öncesi sorumluluk; hukuk seçimi serbestisi, ortak kurallar, diğer hükümler ve son hükümler şeklinde düzenlenmiştir.

Tüzüğün kapsamını düzenleyen m. 1’de, tüzüğün kanunlar arası çatışma içeren hukukî ve ticari sözleşme dışı uyuşmazlıklara uygulanacağı ve gelir, gümrük ve idari konularda ve devlet otoritesinin kullanıldığı eylem ve işlemlerinden doğan sorumluluğuna uygulanmayacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında tüzüğün kapsamında olmayan konular düzenlenmiştir. Bu tüzükte belirtilen üye devlet kavramından, Danimarka dışındaki Avrupa Birliği üyesi devletlerin anlaşılması gerektiği m.1 f.3’te yer almaktadır. Ayrıca m.2’de bu tüzükte belirtilen hukuk üye devletlerin hukuku olsun olmasın uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

⁵² Bu tüzük 12 Temmuz 2010 tarihli 2010/405/EU sayılı Avrupa Konseyi kararı göz önüne alınarak hazırlanmıştır. 20 Aralık 2010 tarihli, 1259/2010 sayılı Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Uyumlaştırmayı Sağlamaya İlişkin Avrupa Birliği Tüzüğü’dür. 21 Haziran 2012 tarihinde uyumlaştırmaya katılan üye devletlerde yürürlüğe girmiştir.

Roma III Tüzüğünün başlıkları, tüzüğün kapsamı, 2201/2003 sayılı tüzükle ilişkisi, tanımlar ve evrensel uygulama; boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka ilişkin yeknesak kurallar; diğer hükümler; son hükümler şeklindedir.

Tüzüğün kapsamını düzenleyen m. 1’de ilk fıkrasında, tüzüğün kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanacağı boşanma ve ayrılık durumlarında uygulanacağı belirtilmiştir. Sonraki fıkrada ön sorun dahi olsa örneğin, gerçek kişinin ehliyeti, evliliğin varlığı, geçerliliği veya tanınması gibi belirtilen durumlarda, tüzüğün uygulanmayacağını düzenlemiştir.

⁵³ European Union, Avrupa Birliği, Council Decision 2006/719/EC of 5 October 2006 on the accession of the Community to the Hague Conference on Private International Law, http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matter/s/116016_en.htm, (E.T. 07.08.2012).

2. Avrupa Birliği Hukukunda Yetki Hükümlerini Bütünleştirme Çalışmaları

1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Anlaşmasıyla Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın adı Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma (Treaty on the Functioning of the European Union) olarak değiştirilmiştir. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşmanın m. 67/4'e göre "Birlik, özellikle hukukî konulardaki yargı kararlarının ve yargı dışı kararların karşılıklı tanınması ilkesi vasıtasıyla adalete erişimi kolaylaştırır." denilmektedir. Aynı Anlaşmanın 81. maddesi 1. fıkrasında Avrupa Birliğinin, sınır ötesi etkileri olan hukukî konularda, mahkeme kararlarının ve mahkeme dışı kararların karşılıklı tanınması ilkesi temelinde bir adli işbirliği geliştireceği ve bu işbirliğinin, üye devletlerin kanun ve ikincil düzenlemelerinin yaklaştırılmasına yönelik tedbirlerin kabulünü içerebileceği belirtilmiştir. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında ise özellikle iç pazarın düzgün işleyişi bakımından kanunlar ihtilâfı ve yetki ihtilâfı konusunda üye devletlerde uygulanan kurallar arasında uyumun sağlanması için tedbirler alacağı yer almaktadır.

Avrupa Birliği, milletlerarası yetki hükümlerini uyumlaştırmak için çeşitli çalışmalar yapmaktadır. Bunlardan en önemlilerinden biri de Brüksel Rejimi'dir. Bu, Avrupa Birliği ve EFTA (Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi)'da farklı üye devletlerde oturan bireylerin arasındaki hukukî veya ticari uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin yetkisi olduğunu düzenleyen kuralları içermektedir. Uyuşmazlığın görülmesi için yetki kurallarını ve yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizi kurallarını düzenler. Brüksel Rejimi, Brüksel Anlaşması⁵⁴, Lugano Anlaşması⁵⁵ ve Brüksel I Tüzüğünden⁵⁶ oluşmaktadır.

⁵⁴ Hukukî ve Ticari Konularda Yargılama Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizi Hakkındaki Brüksel Anlaşması 27 Eylül 1968 tarihinde imzalanmıştır. Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma Anlaşmasının 220. maddesinin uygulanması amacıyla düzenlenmiştir. Bu Anlaşma ile ekonomik verimliliğin artırılması ve yetki kurallarını uyumlaştırarak tek pazarın oluşturulması ve paralel hukukî süreçlerin önlenmesi niyetiyle hazırlanmıştır. Brüksel I Tüzüğüyle değiştirilmiştir, daha sonrada 2007 yılında Brüksel I Tüzüğü de göz önüne alınarak hazırlanan "Hukukî ve Ticari Konularda Yargılama Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizi Hakkındaki Tüzük" ile değiştirilmiştir.

1968 Brüksel Anlaşması Avrupa Birliği ülkeleri arasında, Anlaşmanın kapsamına giren konularda yargılama yetkisi sorununu çözmek için kesin kurallar sağlama amacını taşımaktadır. Anlaşma genel kural olarak davalının yerleşim yeri mahkemelerinin yetkili olduğunu belirtmektedir. Ancak bazı istisnalara da yer verildiği görülmektedir. [BOUGEN, Christopher D, “Time to Revisit Forum Non Conveniens in the UK? Group Josi Reinsurance Co v UGIC”, Victoria University of Wellington Law Review, 32, 2001, s. 705.]

Örnek vermek gerekirse Anlaşmanın özel yetki bölümünde m.5 f. 1’de Anlaşmanın tarafı olan bir ülkede oturan kişinin, diğer bir taraf devlette sözleşmeyle ilgili uyuşmazlıklarda söz konusu yükümlülüğün ifa yeri mahkemelerinde dava edilebileceği belirtilmiştir.

⁵⁵ Avrupa Serbest Ticaret Birliği’ne taraf olan EFTA Devletleri ile Avrupa Topluluğu ülkelerini mahkemelerin yetkisi bakımından birbirine uyumlaştırmaktadır, Brüksel Anlaşması ile aynıdır. Lugano Anlaşması 16 Eylül 1988 tarihinde imzalanmıştır. Bu Anlaşma da Brüksel Anlaşmasıyla aynı şekilde değiştirilmiştir.

⁵⁶ 22 Aralık 2000 tarihli, 44/2001 sayılı hukukî ve ticari konularda yargı yetkisi ve yargı kararlarının tenfizi hakkındaki Avrupa Birliği tüzüğü’nün AB’de yürürlüğe giriş tarihi 1 Mart 2002’dir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Birinci bölümde öncelikle Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın tarihi gelişimi ve yapısını inceleyeceğiz. Sonrasında, CISG'de düzenlenmeyen konularda milletlerarası özel hukuk kurallarıyla bu boşlukların doldurulması konusuna değineceğiz. Ardından, Milletlerarası özel hukukta sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespiti ve akit statüsünün uygulama alanı dışında kalan konuları, MÖHUK temelinde yeri geldikçe karşılaştırmalı hukuktan da yararlanarak ele alacağız.

I. CISG'NİN GELİŞİMİ VE YAPISI

A. CISG'nin Tarihçesi

Milletlerarası mal satımını bütünleştirme çalışmaları 1930 yılında Roma'da UNIDROIT'da başlamıştır. UNIDROIT Avrupalı akademisyenlerden oluşan uluslararası satışlar hakkında yeknesak bir hukuk üzerinde çalışmaları için bir hazırlık komitesi oluşturmuştur. Komite İkinci Dünya Savaşının çıktığı sıralarda ilk taslak metni hazırlamış, hükümetlerden yorumlarını istemiş ve yorumlar nazara alınarak taslağa son hali verilmiştir.⁵⁷ Savaş çalışmalarının durmasına sebep olmuş ve 1956 yılında 21 ülke projeye devam etmiştir. Gözden geçirilmiş taslak metinler 1956 ve 1963 yıllarında hükümetlere tekrar incelemeleri için gönderilmiştir. Bu arada 1958 yılında sözleşmenin kurulması kurallarını yeknesaklaştırmak için taslak hazırlama çalışmaları başlamıştır. 1964 Lahey Anlaşmaları bu iki taslak metni ele almıştır. Bunun sonucunda ortaya iki Anlaşma çıkmıştır. Bunlar; Milletlerarası

⁵⁷ FARNSWORTH, E. Allan; "The Vienna Convention: History and Scope", International Lawyer (ABA) 18, s. 17, 1984.

Mal Satımı Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Anlaşma (ULIS)⁵⁸ ve Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Anlaşma (ULF)⁵⁹,dır.⁶⁰

1966 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı ile uluslararası ticaret hukukunun uyumlaşmasının sağlanabilmesi için bu tarz anlaşmaların dünya çapında desteklenmesi istenmiştir. Bu nedenle, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, UNCITRAL kurulmuş ve ilk toplantısını 1968 yılında yapmıştır. UNCITRAL ülkeler arasındaki hukukî, ekonomik ve politik farklılıklar nedeniyle bu Anlaşmaların dünya çapında kabul göremeyeceği düşüncesinde olduğundan Anlaşmalar on dört devlet tarafından gözden geçirilmiştir. 1978 yılına gelindiğinde gözden geçirilen ULIS ve ULF tek bir metinde “CISG”de birleştirilmiştir. Devletler arasında iyi ilişkilerin gelişmesinde önemli olan eşitlik ve ortak yarar ilkelerini benimsemiş olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması veya bilinen diğer adlarıyla “CISG”, “Viyana Satım Sözleşmesi (VSS)” 11 Nisan 1980 tarihinde kabul edilmiştir.⁶¹

Katılmaya açık çok taraflı Anlaşma, kabul eden on bir devlet (Arjantin, Çin, Mısır, Fransa, Macaristan, İtalya, Lesotho, Suriye, ABD, Yugoslavya, Zambia) için 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. UNCITRAL’in Anlaşmayı hazırlamadaki başarısı, bunun uluslararası alanda geniş çapta kabulünü sağlamıştır.⁶² Günümüzde Anlaşmaya 79 devlet⁶³ taraftır.⁶⁴

⁵⁸ **Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods**, The Hague, ULIS, Lahey, 01.07.1964,

(<http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm>), (E.T. 07.08.2012).

⁵⁹ **Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods**, The Hague, ULF, Lahey, 01.07.1964, (<http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulf.htm>), (E.T. 07.08.2012).

⁶⁰ HILL, Jennifer E., “The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 2, Issue 1, Fall 2003, s. 12.

⁶¹ HILL, s. 12-13.

⁶² **Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/p23.html>), (E.T. 07.08.2012).

⁶³ Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Arnavutluk, Arjantin, Avusturya, Avustralya, Belarus, Belçika, Benin, Bosna Hersek, Bulgaristan, Burundi, Brezilya, Çek Cumhuriyeti, Çin, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, El Salvador, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gabon, Gana,

CISG'nin, Amerika Birleşik Devletlerinde diğer Lahey Kanunlaştırma, Hizmet ve Delil Anlaşmaları gibi doğrudan doğruya uygulanacağı kabul edilmiş ve federal uygulama kanunu olmadan 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. Ayrıca Viyana Sözleşmesindeki, satım sözleşmelerinin kurulması, alıcı ve satıcının yükümlülükleri ve hakları hakkındaki hükümler UCC (Uniform Commercial Code) ile çok benzer düzenlemeler içermektedir.⁶⁵

B. CISG'nin İçerdiği Konular

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması, milletlerarası nitelikte olan ve konusunu menkullerin oluşturduğu satım sözleşmelerine uygulanacak olan maddi hukuk kurallarını belirlemektedir. CISG, doğrudan milletlerarası mal satım sözleşmelerinin sorunlarına ilişkin maddi hukuk çözümleri üreten 75 madde içermektedir. Anlaşma toplamda 101 maddeden oluşmakta ve oldukça sade ama aynı zamanda uluslararası ticaretin sorunlarını çözebilecek kadar da derinliği olan kurallar içermektedir.⁶⁶

Gine, Güney Kıbrıs Rum Kesimi, Güney Kore, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, Honduras, Irak, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Kanada, Karadağ, Kırgızistan Cumhuriyeti, Kolombiya, Küba, Lesotho, Letonya, Liberya, Litvanya, Lübnan, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Meksika, Mısır, Moğolistan, Moldova, Moritanya, Norveç, Özbekistan, Paraguay, Peru, Polonya, Romanya, Rusya, San Marino, Saint Vincent ve Grenadinler, Sırbistan, Singapur, Slovakya, Slovenya, Suriye, Şili, Türkiye, Uganda, Ukrayna, Uruguay, Venezuela, Yeni Zelanda, Yunanistan, Zambiya; UNCITRAL, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html), (E.T. 26.03.2013).

⁶⁴ TOKER, Ali Gümrah, **11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı**, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 27; UNCITRAL, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html), (E.T. 26.03.2013).

⁶⁵ PFUND, Peter H., "Federalism and U.S. Participation in Intergovernmental Efforts to Unify Private Law", Villanova Law Review, Vol. 56, Sayı 3, 2011, s. 592.

⁶⁶ Anlaşma genel olarak baktığımızda dört kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım, Anlaşmanın uygulama alanı ve genel hükümleri içermektedir. Uygulama alanı m. 1 ilâ m. 6 arasında, genel hükümler ise m. 7 ilâ m. 13 arasında düzenlenmiştir. İkinci kısım, çalışmamızın da esas konusunu oluşturan uluslararası mal satımı sözleşmelerine uygulanacak sözleşmenin kurulması hükümlerini içermektedir. Bu bölüm m. 14 ilâ m. 24 arasında düzenlenmiştir. Üçüncü kısmı malların satımı başlığında düzenlenmiştir. Bu kısımda beş bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, genel hükümler başlığı altında m. 25 ilâ m. 29 arasında düzenlenmiştir. İkinci bölüm, satıcının yükümlülükleri başlığı altında m. 30 ilâ m. 52 arasında; malların teslimi ve belgelerin verilmesi, malların sözleşmeye

C. Anlaşmada İzin Verilen Çekinceler

Taraf ülkeler Anlaşmaya çekince koyarak uygulama alanını daraltabilirler. Anlaşmanın son hükümlerinin düzenlendiği dördüncü kısımda bu çekincelere yer verilmiştir. Anlaşmanın 98. maddesinde “Bu Anlaşmada açıkça izin verilmiş olanlar dışında hiçbir çekince kabul edilemez” hükmü yer almaktadır.

Anlaşmanın 92. maddesi ilk fıkrasında, taraf devletlerin Anlaşmanın ikinci kısmı veya üçüncü kısmı ile bağlı olmayacaklarını, imza, onay, kabul, uygun bulma veya katılım anında beyan edebileceklerini hükme bağlamıştır. İkinci fıkrada ise birinci fıkra uyarınca bir beyanda bulunan taraf devletin, beyanda bulunduğu kısımda düzenlenen konular bakımından, Anlaşmanın m. 1/1 anlamında taraf devlet olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Danimarka, Finlandiya, Norveç ve İsveç Anlaşmayı onaylarken, m. 92/1 uyarınca Anlaşmanın İkinci Kısmı'yla (Sözleşmenin Kurulması) bağlı olmayacaklarını beyan etmişlerdir.⁶⁷

Anlaşmanın 93. maddesinde ise taraf devletin değişik hukuk sistemlerinin uygulandığı iki veya daha fazla ülkesel birimi varsa, imza, onay, kabul, uygun bulma veya katılım anında Anlaşmanın tüm ülkesel birimlere veya bunlardan hangilerine teşmil edileceğini beyan edebilir ve herhangi bir zamanda yapacağı bir beyan ile bunu değiştirebilir hükmü yer almaktadır. Böyle bir durumda aynı maddenin ikinci fıkrasına göre hangi ülkesel birimlerde Anlaşma uygulanacak ise açıkça belirtilmelidir. Ülkesel biriminde

uygunluğu ve üçüncü kişilerin hak veya talepleri, sözleşmenin satıcı tarafından ihlâli halinde alıcının sahip olduğu hukukî imkânlar ayrımları şeklinde düzenlenmiştir. Üçüncü bölüm, alıcının yükümlülükleri alt başlıkları altında m. 53 ilâ m. 65 arasında; semenin ödenmesi, teslim alma, sözleşmenin alıcı tarafından ihlâli halinde satıcının sahip olduğu hukukî imkânlar alt başlıkları şeklinde düzenlenmiştir. Dördüncü bölüm hasarın intikali başlığını taşımaktadır, m. 66 ilâ m. 70 arasında düzenlenmiştir. Beşinci bölüm, satıcının ve alıcının yükümlülüklerine ilişkin ortak hükümler başlığı altında m. 71 ilâ m. 88 arasında; öne alınmış sözleşmeye aykırılıklar ve ardı ardına teslimli sözleşmeler, tazminat, faiz, sorumluluktan kurtulma, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının sonuçları ve malın muhafazası ayrımları şeklinde düzenlenmiştir. Dördüncü ve son kısım ise m. 89 ilâ m.101 arasında son hükümler başlığı altında düzenlenmiştir. Bu bölümde Anlaşmanın nasıl ve ne zaman yürürlüğe gireceği, beyanlar gibi konular düzenlenmektedir.

⁶⁷ HUBER/MULLIS, s. 69-70; TOKER, s. 57-60; UNCITRAL, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html), (E.T. 07.08.2012).

Anlaşma uygulanmayan ancak Anlaşmaya taraf olan bir devlette işyeri bulunan kişi Anlaşmanın amaçları çerçevesinde bir taraf devlette bulunmuyor kabul edilecektir. Eğer taraf devlet bu madde kapsamında bir beyanda bulunmamış ise Anlaşma bütün ülkesel birimlerde uygulanır. Bu kapsamda Kanada örneğini verebiliriz. Kanada katılma sırasında hangi eyaletlerinde Anlaşmanın uygulanacağını beyan etmiştir, değişik tarihlerde yaptığı beyanlarla da Anlaşmanın uygulanacağı eyaletleri genişletmiştir.⁶⁸

Anlaşmanın 94. maddesi Anlaşma kapsamında düzenlenen konular hakkında aynı veya birbirine çok yakın hukukî kurallara sahip olan iki veya daha fazla taraf devlet, Anlaşmanın işyeri o devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine veya bunların kurulmasına uygulanmayacağını her zaman beyan edebilir. Bu tür beyanlar birlikte veya karşılıklı tek taraflı beyanlarda bulunulması yoluyla yapılabilir. Anlaşmada düzenlenen konular hakkında, Anlaşmaya taraf olmayan bir veya birden fazla devletle aynı veya birbirine çok yakın hukukî kurallara sahip olan bir taraf devlet, Anlaşmanın, işyeri o devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine veya bunların kurulmasına uygulanmayacağını her zaman beyan edebilir (m. 94/2). 94/2'deki beyanın konusu olan devlet sonradan taraf devlet haline gelirse, yapılan beyan yeni taraf devlet bakımından Anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1. fıkra uyarınca yapılmış bir beyan hükmünde olur; şu kadar ki, yeni taraf devlet bu beyana katılmalı veya tek taraflı bir karşı beyanda bulunmalıdır (m. 94/3). Anlaşmayı onaylarken Danimarka, Finlandiya, Norveç ve İsveç, m. 94/1 ve 94/2 uyarınca, işyerleri Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Norveç ve İsveç'te bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine Anlaşmanın uygulanmayacağını beyan etmişlerdir. İzlanda, 12 Mart 2003 tarihindeki bildiriyle, m. 94/1 uyarınca işyerleri Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Norveç ve İsveç'te bulunan taraflar

⁶⁸ UNCITRAL,
(http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html), (E.T. 07.08.2012).

arasındaki satım sözleşmelerine veya bunların kurulmasına Anlaşmanın uygulanmayacağını beyan etmiştir.⁶⁹

Diğer bir çekince ise 95. maddede düzenlenmiştir, buna göre her devlet, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesi sırasında, Anlaşmanın 1. maddesinin 1. fıkrasının b bendi ile bağlı olmayacağını, yani milletlerarası özel hukuk kurallarının taraf bir devletin hukukuna atıf yapması halinde Anlaşmanın uygulanmayacağını bildirebilir.⁷⁰ Sadece yedi devletin m. 95 anlamında çekince koyduğunu belirtmekte yarar var; bunlar Çek Cumhuriyeti, Çin, Ermenistan, Singapur, Slovakya, St. Vincent ve Grenadinler ve ABD'dir.⁷¹ Maddeden çekincenin kapsamının ne olduğu tam anlaşılamamaktadır. Sadece çekince koyan devlet mi m. 1/1-b hükmü ile bağlı değildir, yoksa diğer devletlerin mahkemeleri de bu çekinceyi göz önüne almalı mıdır? Örneğin, milletlerarası özel hukuk kuralları, Anlaşmanın madde 95 anlamında çekince koyan bir devletin hukukuna atıf yapan bir devletin mahkemesi çekinceyle bağlı olacak mıdır? Almanya bu konuyu olumlu cevaplamıştır⁷². Ayrıca Almanya Anlaşmayı onaylarken, m. 95 anlamında m. 1/1-b ile bağlı olmadığını beyan eden devletlere dair m. 1/1-b'yi uygulamayacağını beyan etmiştir.⁷³

Satım sözleşmelerinin yazılı olarak kurulmasını ve ispat edilmesini şart kılan bir taraf devletin her zaman 12. madde uyarınca, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan Anlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya ikinci kısmının herhangi bir hükmünün, taraflardan birinin işyerinin bu devlette olması durumunda uygulanmayacağına ilişkin bir beyanda bulunabileceği Anlaşmanın 96. maddesinde düzenlenmiştir. Anlaşmanın 12.

⁶⁹ TOKER, s. 62-64; UNCITRAL, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html), (E.T. 07.08.2012).

⁷⁰ TOKER, s. 64-67.

⁷¹ ZELLER, Bruno, **CISG and The Unification of International Trade Law**, New York 2007, s. 39.

⁷² ZELLER, s. 39.

⁷³ UNCITRAL, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html), (E.T. 07.08.2012).

maddesinde, sözleşme akdeden tarafın işyeri, 96. madde uyarınca beyanda bulunan bir devlette buluyorsa, bu beyan kapsamında çekince konulan hükümlerin uygulanmayacağı ve tarafların bunu belirten 12. maddeye istisna getiremeyecekleri gibi maddenin etkilerini de değiştiremeyeceklerini belirtmektedir. Bu madde kaynağını, eski SSCB'nin milletlerarası ticari işlemlerde yazılı şekil şartını muhafaza etme isteğinde ve 12 ve 96. maddelerinin lafzı da maddenin yazılma amacının çekince koyan devletlerin iç hukuklarında düzenlenen yazılı olma şartını koruma isteğinde bulmaktadır⁷⁴. Bu bağlamda Anlaşmaya çekince koyan devletler: Arjantin, Ermenistan, Belarus, Şili, Çin, Macaristan, Litvanya, Letonya, Paraguay, Rusya ve Ukrayna'dır.⁷⁵

Anlaşma uyarınca yapılan beyanların, ne zaman hüküm doğurmaya başlayacağı, beyanın geri çekilmesi gibi konular Anlaşmanın 97. maddesinde düzenlenmektedir. 99 ve 100. maddeler zaman bakımından Anlaşmanın uygulanmasında göz önüne alınacaktır. Son olarak 101. maddede taraf devletin Anlaşmayı veya Anlaşmanın ikinci veya üçüncü kısmını, tevdi makamına yapacağı yazılı bir resmi bildirimle feshedebileceği ve bunun ne zaman hüküm ifade edeceği düzenlenmektedir.

D. CISG'nin Uygulama Alanı

Anlaşmanın uygulama alanını tespit ederken bu konuyu düzenleyen CISG m. 1 ilâ m. 6 ile Anlaşmanın ilgili diğer maddeleri dikkate alınacaktır. Örneğin işyeri kavramını açıklayan Anlaşmanın 10. maddesi veya çekince konarak Anlaşmanın uygulama alanını daraltabilen m. 92, 93, 94, 95 ve 96 veya Anlaşmanın zaman bakımından uygulanmasını ile ilgili 99, 100 ve

⁷⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER; s. 171.

⁷⁵ ERDEM, H. Ercüment, "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)", **Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler**, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 57.

101'inci maddeleri Anlaşmanın uygulama alanını tespit ederken göz önüne alınacaktır.⁷⁶

1. Yer Bakımından Uygulama

CISG m. 1/1'de, Anlaşmanın işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine, bu devletlerin taraf devletlerden olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının taraf bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanacağı belirtilmiştir.⁷⁷

Burada işyeri kavramı mal satım sözleşmesinin milletlerarası niteliğini ortaya çıkarmamız için büyük önem taşımaktadır. İşyeri kavramı, pek çok yazar tarafından tanımlanmakla birlikte özet olarak, TOKER'in tanımıyla, *“merkez gibi katı kurallara tabi olmayan sürekli ve düzenli iş yapılan yer”* olarak tanımlanabilir.⁷⁸

Anlaşmanın uygulanmasında tarafların vatandaşlıkları, tacir olup olmadıkları, sözleşmenin adî veya ticarî nitelikte olmasının dikkate alınmayacağı CISG m. 1/3'te düzenlenmiştir. Sözleşmenin bir satım sözleşmesi ve/veya sözleşme konusunun bir taşınır mal olmaması halinde, CISG uygulama alanı bulmayacaktır.⁷⁹

CISG m. 10/a'da ise taraflardan birinin birden fazla işyerinin olması halinde hangi işyerinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde taraflarca bilinen veya dikkate alınan koşullar değerlendirilerek sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en yakın irtibat içinde olan işyerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Bir sonraki fıkrada ise

⁷⁶ TOKER, s. 29-30.

⁷⁷ HONNOLD, John O., **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**, 3rd ed., The Hague 1999, s. 29 vd.; ZEYTİN, s. 42.

⁷⁸ TOKER, s. 37.

⁷⁹ HONNOLD, s. 45; KAPLAN, Yavuz, “1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, Yıl 22, Sayı 2, İstanbul 2002, s. 342-343; TOKER, s. 54-56; ZEYTİN, s. 46.

tarafından birinin hiçbir işyeri olmaması halinde mutad meskeninin esas alınacağı hükme bağlanmıştır.⁸⁰

Örneğin, alıcı, esas işyeri Kaliforniya'da olan Asante Technologies Şirketi, Kaliforniya'da da şubesi olan PMC-Sierra Şirketinden, mal satın alıyor. Ancak şirketin yönetim, mühendislik ve dizayn işlerinin çoğu Burnaby, İngiliz Kolumbiyası, Kanada'dan yürütülmektedir. Alıcı malları doğrudan satıcının Burnaby'deki şubesinden talep ediyor ve malların gönderimi de oradan yapılıyor. Ancak fatura satıcının Kaliforniya şubesinden yollanıyor. Bölge mahkemesi CISG'in sözleşmeye uygulanabilir olduğunu, çünkü tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde, ABD ve Kanada'da, olduğuna karar veriyor. Uyuşmazlığa konu olan satım sözleşmesiyle ilgili esas bağlantıların satıcının Kanada'daki şubesiyle yapıldığı, Kaliforniya'daki şubesiyle olan bağlantının daha az önem taşıdığı ve Anlaşma madde 10'a dayanarak en yakın irtibat halinde olan şubenin Kanada'daki şube olduğunu belirtiyor.⁸¹

Anlaşma, kendine taraf olmayan ülkelerin mahkemeleri tarafından da uygulanabilir. Örneğin, tarafların işyerleri farklı taraf devletlerde olur ancak, uyuşmazlık taraf olmayan bir devletin mahkemesi önüne gelirse ve üye olmayan devletin milletlerarası özel hukuk kuralları Anlaşmaya taraf olan bir devletin hukukuna atıf yaparsa bu durumda mahkeme veya heyet Anlaşmayı ona taraf olan bir devletin mahkemesi veya heyeti gibi uygulamak zorundadır.⁸²

CISG, sözleşmenin taraflarından hiç biri âkit devletlerden birinde yerleşim yerine sahip olmasa bile uygulanabilmektedir. Yukarıda belirttiğimiz CISG m. 1/1-b'ye göre Anlaşma milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde de uygulanabilecektir.⁸³ Ancak,

⁸⁰ TOKER, s. 38-40.

⁸¹ Asante Technologies Inc v PMC-Sierra Inc US District Court (Northern District Court of California) (27 Jul 2001) CISG- online 616 = 164 F Supp 2d, 1142, [Naklen SCHLECHTRIEM/BUTLER; SCHLECHTRIEM, Peter/ BUTLER, Petra, **UN Law on International Sales – The UN Convention on the International Sale of Goods**, Heidelberg 2009, s. 12].

⁸² SCHLECHTRIEM/BUTLER, s. 14.

⁸³ Örnek bir olayda İtalyan Satıcı ve Belçikalı Alıcı kumaş satım sözleşmesi yapmışlardır. Satıcı Alıcıya kumaş örneklerini göndermiştir. Belirli bir kumaşı seçtikten sonra Satıcı siparişini vermiştir. Satıcı sipariş edilen kumaşın bir miktarını göndermiştir. Ancak Satıcı sipariş edilen kumaş yerine

sözleşmenin tarafları âkit bir devletin hukukunu seçtiklerinde, o devletin hukukunu bir bütün olarak mı seçmişlerdir yoksa o ülkenin iç satım hukukunu seçip, Anlaşmanın m. 6 uyarınca CISG'in uygulanmasını hariç mi bırakmışlardır? Bir görüşe göre; taraflar, Anlaşmaya üye bir devletin iç satım hukukuna milletlerarası özel hukuk kurallarınca veya tarafların seçimiyle açıkça belirlememişlerse CISG'in uygulanacağı kabul edilmektedir.⁸⁴ Diğer görüşe göre; tarafların uygulanacak hukuk olarak bir devlet hukuku seçmeleri halinde iç hukuk uygulanır, CISG sadece tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde yürürlüğe girer.⁸⁵ Ancak bu görüş kabul görmemektedir ve istisna olarak kabul edilmektedir.⁸⁶

başka bir kumaşı önermiştir, kısa bir süre sonra daha fazla miktarda sipariş verilmedikçe istenilen kumaşın temininin mümkün olmadığını bildirmiştir. Her iki teklifi de Alıcı reddetmiştir ve kumaşın temin edilememesinden dolayı üretmediği ürünleri için kayabettiği kârı bedelden düşmüştür. Satıcı bütün faturaların ödenmesini, Alıcı ise sipariş ettiği kumaşın geç teslimi ve teslim edilmemesi nedeniyle sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat talep etmiştir.

Bağlama kuralları (1995 Lahey Antlaşması'na göre) İtalyan hukukunun uygulanmasını öngörmekte olduğu için (CISG m. 1/1-b uyarınca İtalya CISG'e taraf olduğundan) temyiz mahkemesi CISG'nin uygulanacağını kararlaştırmıştır.

Belirlenmiş kumaşın gönderilmemesi konusunda; CISG m. 23'e göre sözleşmenin kurulup kurulmadığı konusunda mahkeme, örnekleri göndermenin CISG m. 14/1 anlamında bir icap olmadığı ve icabın alıcı tarafından belirli bir kumaşın seçilmesiyle yapıldığını belirtiyor. Satıcının iki karşı icap yaptığını (CISG m.19/1) ve alıcının ikisini de reddettiğini (CISG m. 18/1) bu nedenle taraflar arasında sözleşmenin kurulmadığını (CISG m. 23), sonuç olarak sözleşmenin ihlalinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle alıcı tazminata hak kazanmamıştır. Satıcı yönünden ise; faturaların ödenmesine karar vermiştir ve bedel üzerinden (CISG m. 78'e göre) Belçikadaki kanuni faize hükmetmiştir, Belgium Gent, 08.10.2004, 2001/AR/1982, [http://www.unilex.info/case.cfm?id=1205], (E.T. 10.01.2013).

⁸⁴ SCHLECHTRIEM/BUTLER, s. 14-15.

⁸⁵ Italy 14 January 1993 District Court Monza (*Nuova Fucinati v. Fondmetall International*), [http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html], (E.T. 07.09.2012).

⁸⁶ Örnek olayda, New Yorkta bulunan bir şirket (Satıcı) ile Koreli bir şirket (Alıcı) 7 yıl boyunca sürecek 20 teslimli bir petrokimyasal satım anlaşması yapmışlardır. Taraflar arasındaki alışkanlık şu şekildedir, Alıcı ürün için miktar ve fiyat belirten bir teklif sunar ve Satıcı kabul eder ve sonrasında imzasıyla birlikte, hukuk seçimi ve genel işlem şartlarını içeren sözleşme koşullarını (belgeleri) gönderir. Bazen Satıcı itiraz etmeksizin sözleşmeyi kabul eder, bazen de yeni koşullar teklif eder.

Bununla birlikte, taraflar yükümlülüklerini sözleşme koşullarına göre yerine getirmektedirler. 27 Mayıs 2009'da Alıcı 1000 metrik tonluk Toulene siparişi vermiştir. Teklifi kabul ettikten sonra Satıcı eposta yoluyla imzalanmış sözleşmeyi ve genel işlem şartlarını içeren bir belge göndermiştir. Bu belgeye göre sözleşmeye uygulanacak hukuk her zamanki gibi New York Hukuku (Uniform Commercial Code) ve Incoterms 2000'dir. Sözleşme belgelerini aldıktan bir hafta sonra, Alıcı değiştirilmiş şekilde Singapur Hukukunu ve Incoterms 2000'i sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirleyerek geri göndermiştir. Aynı epostada Alıcı, sözleşmede yapılan değişiklikler kabul edilmedikçe bağlayıcı bir anlaşmanın gerçekleşmeyeceğini bildirmiştir. Ancak, Satıcı Alıcının gönderdiği bu değişiklikleri kabul etmemiş ve 11 Haziran 2009 tarihinde malların başka bir şirkete satılacağını bildirmiştir. Kasım 2009'da Alıcı Satıcıya karşı hukukî yollara başvurmuştur.

Mahkeme davada CISG'nin uygulanmasına karar vermiştir. Bu sonuca varırken mahkeme CISG m. 6 ya göre tarafların CISG'nin uygulanmayacağını kararlaştırmaları halinde bunu açıkça ve tartışmasız

Örneğin, 1994 yılında verilen bir hakem kararına göre, bir Amerikan ve bir Hollanda şirketi İsviçre kanunlarına göre aralarındaki sözleşmenin kurulmasını ve İsviçre Kanunlarının sözleşmeye uygulanacağını kararlaştırmışlardır. Hollandalı tarafın İsviçre Borçlar Kanununun uygulanması gerektiğini iddia etmesine rağmen, hakem heyeti bunu reddetmiştir. Anlaşmanın İsviçre tarafından imzalanmasının milletlerarası satım sözleşmelerine doğrudan doğruya maddi hukuk olarak uygulanacağı anlamına geldiği, CISG'nin İsviçre Kanunlarına göre daha tarafsız olduğu ve İsviçre Kanunları tabirinin sadece Borçlar Kanununu kapsamı başlıca red nedenleri olmuştur.⁸⁷

2. Konu Bakımından Uygulama

Anlaşmanın 2. maddesinde Anlaşmanın hangi satımlara uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, kişisel veya ailevî ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması sözleşme kapsamına girmemektedir. Ancak, satıcının, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındığını bilmemesi veya bilmesi gerekmediği hallerde CISG uygulanabilecektir. Açık artırma yoluyla yapılan satımlar, cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımlar, menkul kıymet, kambiyo senedi ve para, gemi,

bir şekilde belirtmeleri gerekmektedir. Olayımızda iki tarafta Anlaşmanın uygulanmasını istememekte ancak onun yerine hangi hukukun uygulanacağını kararlaştıramamışlardır. Sonuç olarak, CISG m. 1/1-a uyarınca CISG uygulama alanı bulacaktır.

Mahkeme taraflar arasında bağlayıcı bir sözleşmenin kurulmadığına karar vermiştir. Taraflar arasındaki müzakerelerin gidişi ve bütün diğer veriler göz önüne alınarak tarafların sözleşmenin bütünü üzerinde anlaşma sağlamadıklarından bağlanma niyetlerinin olmadığına karar vermiştir (CISG m. 8/2).

Ayrıca, bundan önce taraflar arasında gerçekleşen satımlarda Satıcı açıkça veya zımnen Alıcının değişikliklerine onay vermiştir. Bu olayda ise değişiklikleri açıkça reddetmiştir. Bu nedenle alıcının esas sözleşmeyi değişikliğe uğratan cevabı karşı icap anlamına gelmektedir ve CISG m. 19/2 anlamında icap reddedilmiş sayılmalıdır. 18.01.2011, U.S. District Court, Southern District of New York, (Hanwha Corporation v. Cedar Petrochemicals, Inc.), [<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1583>], (E.T. 10.01.2013).

⁸⁷ WILL, Michael R. **Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim**, Ankara 2002, s. 26-27.

tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımları ve elektrik satımları da Anlaşma kapsamına girmemektedir.⁸⁸

Üçüncü maddede, imal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmelerin, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olması hariç, satım sözleşmesi sayılacağı belirtilmiştir. İkinci fıkrasında ise Anlaşmanın, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmayacağı düzenlenmiştir.⁸⁹

Anlaşmanın 5. maddesi ile satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Altıncı maddede ise taraflara seçim serbestisi tanıyarak, tarafların Anlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabileceklerini, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebileceklerini veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebileceklerini düzenlemiştir.

Ancak yine de CISG'nin kolay ulaşılabilir olması, (6 dile resmi çeviri ve pek çok dile de gayri resmi çevirisi bulunmaktadır) hem taraflar hem de uyuşmazlığa bakan hâkimin bir ulusal hukuk uygularken karşılaşılabileceği sorunları bertaraf etmesi, millî mal satım hukukunu uygulamanın taraflardan biri için genelde daha avantajlı olması, oysa CISG'nin taraflara "nötr" olması gibi nedenlerle tarafların seçimine çekici hale gelmektedir.

⁸⁸ ATAMER, Yeşim M., "Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 69, Sayı 10-11-12, 1995, s.554-555; EKŞİ, Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 62; ERDEM, H. Ercüment, "ICC Tahkiminde Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşmasının Önemi", **Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler**, İstanbul 2008, 1. Baskı, s.428-430; ZEYTİN, s. 53-54.

⁸⁹ ATAMER, **Uygulama Alanı**, s.554.

3. Zaman Bakımından Uygulama

Anlaşmanın zaman itibariyle uygulanmasına bakılacak olursa, Anlaşmanın yürürlüğe girmesi CISG m. 99, zaman açısından uygulanması ise CISG m. 100'de düzenlenmiştir. CISG m. 101'de ise Anlaşmadan çekilmenin hangi usul ile yapılacağını açıklamıştır.⁹⁰

Anlaşmanın yürürlüğe girmesi CISG m. 99/1'de, aynı maddenin 6. fıkrası saklı kalmak kaydıyla (1964 Lahey Anlaşmalarına taraf olan devletler için hükümler içermektedir) ve 92. maddeye göre yapılmış bir beyanı içeren belgelerde dâhil olmak üzere, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesinden itibaren on iki ayın tamamlanmasından sonraki ayın ilk günü olarak belirlenmiştir.⁹¹ Öngörülen prosedür 11 Aralık 1986 tarihinde İtalya, Çin ve ABD'nin onaylarını ortak bir tören ile sunmaları ile tamamlanmış olup 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁹²

Anlaşmaya yeni katılan bir devlet bakımından yürürlüğe girmesi ise CISG m. 99/2'de, Anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra bu Anlaşmayı onaylaması, kabul etmesi, uygun bulması veya Anlaşmaya katılması halinde, çekinceleri ve aynı maddenin 6. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, o Devlet bakımından, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasından sonraki ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir.⁹³

Anlaşma, sözleşmenin kurulmasına, o sözleşmenin akdi konusundaki icabın, m. 1/1-a'da belirtilen devletler bakımından (Anlaşmaya âkit bir Devlet) veya m. 1/1-b'de belirtilen devletler bakımından (milletlerarası özel hukuk kurallarınca atıf yapılan âkit Devlet) Anlaşmanın, yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra yapılması halinde uygulanacaktır (CISG m. 100/1).

⁹⁰ TOKER, s. 135.

⁹¹ FARNSWORTH, E. Allan/ YOUNG, William F., **Selection For Contracts; Uniform Commercial Code, Restatement Second, UN Sales Convention, Unidroit Principles, Forms**, New York 2001, s.166.

⁹² HUBER, Peter/MULLIS, Alastair, **The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners**, München 2007, s. VII; TOKER, s. 136.

⁹³ TOKER, s. 137.

Burada uygulama alanına girmesi için icabın yapıldığı tarihin Anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarih veya daha sonra olması gerekmektedir.⁹⁴

Anlaşmanın sözleşmeye uygulanması ise m. 100/2'de, m. 1/1-a'da belirtilen devletler bakımından (Anlaşmaya âkit bir Devlet) veya m. 1/1-b'de belirtilen devletler bakımından (milletlerarası özel hukuk kurallarınca atıf yapılan âkit Devlet) Anlaşmanın, yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra yapılmasından sonra akdedilen sözleşmelere uygulanacağı şeklinde düzenlenmiştir.⁹⁵

E. CISG'de Bulunan Boşlukların Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarıyla Doldurulması

Anlaşmadaki boşlukların nasıl doldurulacağı CISG m. 7/2'de düzenlenmiştir. Buna göre, Anlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olan ancak Anlaşmada açıkça düzenlenmeyen konuların Anlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kurallarına göre uygulanması gereken hukuka göre çözümleneceği belirtilmiştir.⁹⁶

Bu düzenlemeye göre Anlaşmada boşlukların doldurulması konusunda milletlerarası özel hukuk kurallarına etki tanınmıştır. Bu çözüme göre:

Anlaşma, CISG m. 1/1-a'ya göre uygulanacak olursa, bu boşlukların âkit olmayan bir devlet hukukuna göre çözümlenmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır. Anlaşmayı uygulayacak olan hâkim, kendi milletlerarası özel

⁹⁴ ZEYTİN, s. 57; TOKER, s. 140-143.

⁹⁵ ZEYTİN, s. 57-58.

⁹⁶ VISCASILLAS, Pilar Perales, **The Role of the UNIDROIT Principles and the PECL in the Interpretation and Gap-filling of CISG, CISG Methodology** (Editörler: JANSSEN/MEYER, JANSSEN, André/ MEYER, Olaf), Munich 2009, s. 294 vd..

hukuk kurallarının gösterdiği ülke hukukunu boşlukları doldurmak için uygulayacaktır.⁹⁷

Anlaşma, CISG m. 1/1-b'ye göre uygulanacak olursa, boşluklara hâkimin hukukunun milletlerarası özel hukuk kurallarınca uygulanacak hukukun maddi hukuk kuralları uygulanacaktır. Böylece, Anlaşma o ülkenin iç hukuku olarak uygulanırken, aynı zamanda boşluklar için o ülkenin iç satım hukukundaki kurallar ile boşluklar doldurulacaktır.⁹⁸

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin bazı konular Anlaşma içinde yer almamaktadır. Örneğin; temsil kuralları, sözleşmenin veya sözleşmenin herhangi bir hükmünün geçerliliği, irade sakatlığı halleri, fiil ehliyetinin sınırlı olması veya bulunmaması, kanuna aykırılık nedeniyle veya belirli bir sözleşme hükmünün kötüye kullanılabilir olarak sayılması nedeniyle kesin hükümsüzlüğü ya da iptal edilebilir olup olmadığı konularının çözümü uygulanacak olan millî hukuka bırakılmıştır.⁹⁹

Anlaşmadaki bu boşlukların milletlerarası özel hukuk kurallarına göre çözüleceğinden hareketle aşağıda Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarına göre sözleşmenin kurulması ve bununla ilişkili konularda yapılan düzenlemeler ele alınacaktır.

⁹⁷ TİRYAKİOĞLU, Bilgin, 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi, AÜHFD, 1989-1990, s. 203.

⁹⁸ TİRYAKİOĞLU, CISG, s. 203.

⁹⁹ SCHWENZER/MOHS, SCHWENZER, Ingeborg/ MOHS, Florian, Sözleşmenin Kurulması, Milletlerarası Satım Hukuku (Editör: Yeşim M. ATAMER), 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 83-84.

II. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin özellikleri göz önüne alınmadan tek bir maddede (m. 24) düzenlenmişti. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) ise ilgili maddeler sözleşme ilişkilerinin özelliklerini de göz önüne alarak düzenlenme yapmıştır.¹⁰⁰ MÖHUK, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin sözleşmelerden doğacak borç ilişkilerine uygulanacak hukuku 24 ve devamı maddelerinde düzenlemiştir.

Borç sözleşmelerinin tâbi olduğu hukukun belirlenmesinde kullanılan bağlama noktaları doktrinde ve mahkeme kararlarında farklı görüşleri de beraberinde getirmiştir. Günümüzde, milletlerarası unsur taşıyan sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespiti konusunda karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda iki temel kural, sübjektif bağlama -taraf iradelerine göre yetkili hukukun tespiti- ve objektif bağlama -kanun koyucu tarafından kabul edilen kurallara göre yetkili hukukun tespiti- kurallarıdır.¹⁰¹

A. Taraf İradelerine Göre Yetkili Hukukun Tespiti

1. İrade Muhtariyeti Esası

İrade muhtariyeti, borç ilişkisinin düzenlenmesi için belli bir hukukun uygulanacak hukuk olarak seçilmesinde ilişkinin taraflarının sahip olduğu

¹⁰⁰ DOĞAN, Vahit, “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, GÜHFD İbrahim ONGÜN’e Armağan, Ankara 2009, s. 163.

¹⁰¹ DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 344-345; TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Baskı, İstanbul 2011, s. 349.

serbestidir. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin taraflarının sözleşmelerini belirli bir hukuka tâbi kılma yetkilerine, irade muhtariyeti esası denir. Bu esas günümüzde, sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında çoğu ülkece kabul edilmiştir.¹⁰²

Türkiye de dâhil olmak üzere çoğu devletin iç hukukunda akit serbestisi ilkesi kabul edilmiştir. Bu sayede borç sözleşmelerinde taraflar sözleşmelerinin içeriğini, kapsamını ve sona ermesini, emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla, belirleyebilmektedirler.

2675 Sayılı MÖHUK öncesinde hukukumuzda akit serbestisi sınırları içerisinde kalınması kaydıyla hukuk seçimi, yani maddi hukuk atfı kabul ediliyordu.¹⁰³

Günümüzde, milletlerarası özel hukuk alanında hukuk seçimi serbestisi kanunlar ihtilâfı alanında atıf serbestisi, yani irade muhtariyeti olarak kabul edilmektedir. Borç sözleşmelerinde kabul edilen akit serbestisi ilkesi niteliği farklı olmakla beraber, milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti esasının gelişmesini sağlamıştır. Bundan anlaşılması gereken, borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşmenin taraflarca kararlaştırılabilen kısımlarının düzenlenmesi değil, emredici kuralları da içerecek şekilde bir hukukun ilişkiye uygulanacak hukuk olarak seçilebilmesidir.¹⁰⁴ Başka bir ifade ile seçilen hukuk, emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile birlikte bir bütün olarak hukukî ilişkiye uygulanacaktır.

Taraf iradelerine göre yetkili hukuk seçimi yapılması, milletlerarası ticari ilişkilerde hukukî güvenlik ve açıklık gereksinimlerini sağlaması nedeniyle taraf menfaatlerine de hizmet ettiği kabul edilmektedir.¹⁰⁵ Sözleşmenin tarafları hukuk seçimi yapmaları halinde aralarındaki hukukî

¹⁰² DOĞAN, Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, 1. Baskı, Ankara 1996, s. 15.

¹⁰³ DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 15-17.

¹⁰⁴ ÇELİKEL/ERDEM, ÇELİKEL Aysel/ ERDEM, B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 10. Baskı, İstanbul 2010, s. 314-315; DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 15-17; TEKİNALP, **MÖH**, s. 349.

¹⁰⁵ DOĞAN, **MÖH**, s. 345-346, TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Baskı, Ankara 1996, s. 20.

ilişki üzerinde uyuşmazlık çıkması halinde uygulanacak hukuku bildikleri için kendilerini hukukî güven içinde hissederler.

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da, “*sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir*” (m. 24/1) hükmü ile tarafların hukuk seçimi kabul edilmiştir.¹⁰⁶

2. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli

Hukuk seçimi sözleşmesi, karşılıklı hak ve yükümlülükleri düzenleyen bir maddi hukuk sözleşmesinden farklı bir niteliğe sahiptir. Bir davada uyuşmazlığa uygulanacak hukuku göstermesine rağmen usul hukukuna ait bir sözleşme olarak da nitelendirilemez. Hukuk seçimi maddi hukuka ait bir sözleşmenin tâbi olacağı hukuk düzeninin taraflarca belirlenmesi anlamına gelmektedir. Türk hukukunda hukuk seçimi için belirli bir şekil öngörülmemiştir.¹⁰⁷

Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta tarafların hukuk seçimini açık veya zımnî (MÖHUK m. 24/1) olarak yapabilecekleri kabul edilmektedir. Bunların yanında doktrinde farazi hukuk seçiminden de bahsedilmektedir.¹⁰⁸

a. Açık İrade Beyanı ile Hukuk Seçimi

Açık irade beyanı ile hukuk seçimi, tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere belirli bir hukuku seçtiklerinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olmasını ifade eder. Açık irade beyanı ile hukuk seçimi, asıl sözleşmenin bir şartı veya asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapılabilir. Hatta uyuşmazlık çıktıktan sonra da bu yolla hukuk seçimi

¹⁰⁶ DOĞAN, **MÖH**, s. 345-346.

¹⁰⁷ NOMER/ŞANLI, NOMER, Ergin/ ŞANLI, Cemal, **Devletler Hususi Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 312-313.

¹⁰⁸ DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 18.

yapılabilir. Ancak iki halde de hukuk seçimine yönelik sözleşme, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşmedir.¹⁰⁹

Asıl sözleşmenin geçerliliği için herhangi bir şekil şartı öngörülmuş olsa bile hukuk seçimine yönelik sözleşme bu öngörülen şekil dışında kabul edilen diğer şekil kurallarına göre de yapılabileceği kabul edilmektedir.¹¹⁰

Açık irade beyanı ile hukuk seçimi MÖHUK m. 24/1’de belirtildiği üzere Türk hukukunda kabul edilmiştir. Hukukumuzda hukuk seçimi sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı değildir. Yazılı veya sözlü şekilde hukuk seçimi sözleşmesinin yapılması mümkündür.

Açık irade beyanıyla hukuk seçimi genellikle sözleşmenin genel hükümlerinde özel bir madde ile uygulanacak hukukun seçilmesi şeklinde olmaktadır.¹¹¹ Taraflar uygulanacak hukuku asıl sözleşmenin bir hükmü olarak veya ayrı bir sözleşme olarak belirleseler de, bu seçim sözleşmesinin geçerliliği asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuka tabi olacaktır. Hukuk seçimi anlaşması asıl sözleşmeden bağımsızdır. Asıl sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği hukuk seçimi anlaşmasını etkilemeyecektir.¹¹²

Hukuk seçimiyle ilgili maddenin içeriği veya kapsamının belirlenmesinde tereddüt olması halinde, madde yorumlanırken lex fori yetkili olacaktır.¹¹³

Hukuk seçiminde, seçim yapılmasındaki hukuk mantığı gereği tarafların belirlediği hukukun maddi hukuk hükümleri dikkate alınacaktır. Aksinin kabul edilmesi halinde bağlama kurallarının yaptığı atıf nedeniyle taraflar seçtikleri hukuk dışında bir hukukun sözleşmeye uygulanması sonucuyla karşılaşabilirler. Bu sonuç ise, belirsizlikleri beraberinde getirecektir. Bu sebeple, aksi taraflarca belirtilmedikçe taraflarca seçilen

¹⁰⁹ DOĞAN, MÖH, s. 347; TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s. 27.

¹¹⁰ DOĞAN, *Bağlama Kuralı*, s. 27.

¹¹¹ Uygulamada İngilizce yazılan sözleşmelerde “governed by”, “to be construed in accordance with” veya “subject to” ve devamında belirli bir hukukun belirtilmesi gibi cümleciklerle açık hukuk seçimi yapılmaktadır. COLLINS, Lawrence, *Dicey & Morris on Conflict of Laws*, 13. Edition, London 2000, s. 1222.

¹¹² NOMER/ŞANLI, s. 311- 312; TEKİNALP, MÖH, s. 351.

¹¹³ NOMER/ŞANLI, s. 313.

hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınmayacaktır. Bu konu MÖHUK'da yabancı hukukun uygulanmasını düzenleyen m. 2/4'te uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflar aksini kararlaştırmadıkça seçilen hukukun maddi hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek açıklığa kavuşturulmuştur. Aynı şekilde bu maddeden tarafların kanunlar ihtilafı kurallarının da uygulanacağını kararlaştırmasının mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır.¹¹⁴

Ayrıca doktrinde, yetkili mahkeme kaydına veya tahkim şartına bağlı olarak yapılmış şartlı hukuk seçiminin de geçerli olacağı kabul edilmektedir.¹¹⁵

b. Zımnî İrade Beyanı ile Hukuk Seçimi

Zımnî irade beyanıyla hukuk seçimi, tarafların akit statüsü olarak belirledikleri hukukun açık olarak tespit edilememesi, ancak bir yorum sonucunda hukuk seçimi yaptıkları sonucuna varılmasını ifade etmektedir. Bunun için sözleşmede yer alan bazı hükümler ya da sözleşme dışı vakıalar değerlendirilerek seçilen hukuk belirlenir. Örneğin, yetkili mahkemenin tespiti, sözleşmenin dili, hangi ülkenin para birimiyle ödemenin gerçekleştirileceği, belli bir ülke hukukunda kabul edilmiş olan genel işlem şartlarının varlığı, hukuk seçimi yapılmış başka bir sözleşmeyle olan bağlantısı gibi durumlara bakılır. Bu durumlardan birden fazlasının belli bir hukuk düzenini göstermesi halinde tarafların bu hukuku sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçtikleri kabul edilir.¹¹⁶

Zımnî hukuk seçiminin varlığının araştırılabilmesi için, sözleşmenin taraflarının hukuk seçimi üzerine açık olarak görüşmemiş olmaları gerekmektedir. Taraflar bir hukukun uygulanmasını istediklerini belirttikleri

¹¹⁴ NOMER/ŞANLI, s. 312; TEKİNALP, MÖH, s. 355.

¹¹⁵ NOMER/ŞANLI, s. 313; TEKİNALP, MÖH, s. 355.

¹¹⁶ DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 21; TEKİNALP, MÖH, s. 358.

anda, ki bu dava sırasında da olabilir, artık zımnî hukuk seçimi araştırılmaz.¹¹⁷

Zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminden bahsedebilmek için iki temel şartın bulunması gerekmektedir. Objektif şart, tarafların zımnî iradeleri ile yetkili hukuku seçtiklerinin yeterli güvenlikte anlaşılmasıdır. Burada hukuk seçimi şüpheyeye yer verilmeyecek şekilde anlaşılmalıdır. Sübjektif şart ise sözleşmenin taraflarının bu hukukun uygulanması konusunda iradelerinin bulunmasıdır. Tarafların bu konuda iradelerinin mevcut olduğunun tespiti yukarıda belirttiğimiz bazı karinelerle belirlenebilir.¹¹⁸

c. Farazi Hukuk Seçimi

Farazi hukuk seçiminde aslında taraf iradeleri olmamasına rağmen, tarafların farazi iradelerine göre yetkili hukuk belirlenir. Burada zımnî hukuk seçiminden ayırt etmek için kullanılacak en önemli ölçüt tarafların yetkili hukuku belirlemek için hiçbir iradelerinin bulunmamasıdır. Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku kendi iradeleri ile açık veya zımnen tespit etmediği hallerde, hâkim veya hakem kendisini tarafların yerine koyarak durumu ve tarafların menfaatlerini değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda tarafların sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukuk üzerinde bir anlaşma yapmış olsalardı hangi hukuku yetkili hukuk olarak kabul edeceklerini belirler. Burada tarafların hiçbir iradesi bulunmamaktadır. Uygulanacak hukuku tespit etmek uyuşmazlığı çözmekle görevli hâkim veya hakemlere bırakılmıştır.¹¹⁹

Tarafların farazi iradelerinin belirlenmesi, hâkim tarafından objektif olarak tarafların menfaatlerinin ve sözleşmenin unsurlarının değerlendirilmesi ile veya hakîmin sübjektif olarak tarafların iradelerini tahmin etmesi suretiyle yapılmaktadır. Bu konuda tarihi gelişimi inceleyecek olursak İsviçre Federal

¹¹⁷ DOĞAN, **MÖH**, s. 347-348; TİRYAKİOĞLU, **Uygulanacak Hukuk**, s. 28-30.

¹¹⁸ DOĞAN, **MÖH**, s. 348-349; TEKİNALP, **MÖH**, s. 358.

¹¹⁹ DOĞAN, **MÖH**, s. 349; NÖMER/ŞANLI, s. 318-319; TİRYAKİOĞLU, **Uygulanacak Hukuk**, s. 30-32.

Mahkemesinin uygulamalarına bakmakta fayda görüyoruz. Mahkeme, tarafların sözleşmeyi yaptıkları anda iradelerini açıklamaları halinde veya hukuk seçimi hakkında düşünmeleri halinde hangi hukuku seçeceklerini veya taraflar bu konudaki iradelerini ifade etselerdi hangi hukuku uygulanacak hukuk olarak belirlerdi şeklindeki yöntemleri kullanmıştır. Ancak mahkeme, farazi iradenin hakîm tarafından belirlenmesinin tarafların gerçeklerine uymadığı, bunun hakîmin iradesini esas almak anlamına geldiğini belirtmiştir. Bu nedenle farazi irade yerine objektif bağlama kuralının gerektiğini ileri sürmüştür. Bunun üzerine “en yakın yersel ilişki”li hukuka bağlamanın gerektiğini, yani karakteristik edim kriterini ortaya çıkarmıştır. Bu sayede uygulanacak hukukun önceden bilinmesi ve hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla sözleşme tipi kataloğu hazırlamıştır. Böylece açık ve zimnî hukuk seçimini kabul etmiş, ancak farazi hukuk seçimi yerine katalog üzerinden objektif olarak belirlenebilen hukuk seçimini uygulamaya koymuştur. Bunun uygulanmasında adil olmayan sonuçların çıkması halinde ise daha sıkı ilişkili hukukun bulunması halinde bu ilişki noktalarına göre tespit edilen hukukun uygulanması gerektiğini uygun görmüştür. Sonuç olarak, İsviçre MÖHK en sıkı ilişkiyi esas almış ve bunu da karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni olarak belirlemiştir. Daha sıkı ilişkinin varlığı halinde oluşabilecek adil olmayan sonuçları engellemek için genel istisna kuralı getirmiştir.¹²⁰

Günümüzde farazi hukuk seçimi kabul görmemektedir. Tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku açık veya zimnî irade beyanlarıyla belirlememesi veya yaptıkları hukuk seçiminin bir şekilde geçersiz olması halinde sözleşmeden doğan ilişkiye objektif olarak belirlenmiş olan bağlama kurallarına göre belirlenecek hukuk uygulanacaktır.¹²¹

¹²⁰ TEKİNALP, **MÖH**, s. 358-360.

¹²¹ DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 25.

3. Hukuk Seçiminin Sınırları

Hukuk seçiminin sınırlarının nasıl belirleneceği konusunda, hukuk seçimine konu olacak sözleşmenin niteliği, hukuk seçiminin yapılacağı zaman, seçilecek hukuk düzeni ve hukuk seçimin kapsamı açısından değerlendirilmiştir.¹²² Bunun yanında uygulanacak hukukun belirlenmesinden sonra da bazı sınırlamalara tabidir.¹²³

İrade muhtariyeti ilkesine göre seçilebilecek hukuk düzenleri ve özelliği olan bir kısım sözleşmeler bakımından bazı sınırlamalar getirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Özelliği olan sözleşmeler bakımından kanunumuzda sosyal içeriklerinden kaynaklanan bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Ancak konumuz mal satım sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti olduğu için burada sadece hukuk düzenlerinin seçilmesi konusunu inceleyeceğiz. Hukuk düzenlerinin seçilmesine yönelik getirilen sınırlamalar ise, millî hukuk düzenleri ve millî karakter taşımayan ilke ve kuralar olmak üzere iki başlık altında ele alınabilir.¹²⁴

a. Millî Hukuk Düzenleri

Millî hukuk düzenlerinin seçimi ile ilgili iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüş, tarafların sadece sözleşmeden doğan borç ilişkisi ile bağlantılı ülke hukuklarından birini seçebileceğini ileri sürmektedir.¹²⁵ Diğer görüşe göre ise, taraflar sözleşmeden doğan borç ilişkisine istedikleri bir ülke hukukunu

¹²² TEKİNALP, MÖH, s. 352.

¹²³ Konumuz hukuk seçimiyle sınırlı olduğundan sadece buna değinmekle geçeceğiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, MÖH, s. 196-206, 209-221, 228-234; NOMER/ŞANLI; NOMER, Ergin/ ŞANLI, Cemal, **Devletler Hususi Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 158-185;

¹²⁴ DOĞAN, MÖH, s. 349-350.

¹²⁵ Bu maddelerde bağlantı ve menfaatten söz edilmektedir. Bu görüşü 1965 Polonya Kanunu m. 25 ve 1966 Portekiz Medeni K. m. 41'de görmekteyiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 6. Baskı, s. 260.

seçebilirler. Ancak seçilen ülke hukukunun uygulanmasında tarafların tanınmaya değer menfaatlerinin bulunması gerektiği savunulmaktadır.¹²⁶

Doktrinde, tarafların kendi menfaatlerini en iyi şekilde tespit edebileceklerinden tanınmaya değer menfaatlerinin bulunmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir.¹²⁷

Sözleşmenin tarafları, uygulanacak hukuku seçerlerken serbest oldukları kabul edilmekle birlikte bazı unsurları göz önünde bulundurabilirler. Örneğin; sözleşmeyi yaptıkları yer, malın ifa yeri veya bulunduğu yer gibi “coğrafi” veya tarafların en iyi bildikleri hukuk, ortak milli hukukları gibi “şahsî” veya daha önce başka sözleşmeler için seçtikleri ve söz konusu sözleşme ile yakın ilişki içinde bulunan sözleşmeye uygulanacak hukuk gibi sebepleri nazara alabilirler.¹²⁸ Bazı büyük sözleşmelerde ise iki tarafa da nötr olan bir hukuku sözleşme ile herhangi bir bağlantısı olmasa bile seçtikleri görülmektedir.¹²⁹

Taraflar hukuk seçimini objektif bağlama kurallarını bertaraf etmemek kaydıyla negatif hukuk seçimi şeklinde sözleşmeye uygulanmasını istemedikleri hukuku belirleme yoluna da gidebilirler. Negatif hukuk seçiminin hâkimin uygulanacak hukuku tespit etmesinde ağırlık noktasını belirlemede fayda sağlayacağı ileri sürülmüştür.¹³⁰

Bir diğer hukuk seçimi şekli ise askıda hukuk seçimidir. Burada hukuk seçimi belirli bir koşulun meydana gelmesi halinde geçerli olacaktır. Örneğin, taraflar hukuk seçimini dava açılmasına bağlayabilirler. Dava açılmaması halinde bu hüküm uygulanmamış olacaktır.¹³¹

¹²⁶ Bu görüşe göre taraflar dürüstlük kurallarını ihlal etmemek kaydıyla seçmek istedikleri ülke hukukunu sözleşme statüsü olarak belirleyebilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema, “Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk”, GÜHFD, C. XI, Sa. 1-2, Y. 2007, s. 245-246; DOĞAN, **MÖH**, s. 350; TEKİNALP, **MÖH**, s. 352-353.

¹²⁷ DOĞAN, **MÖH**, s. 350; NOMER/ŞANLI, s. 307-308; TEKİNALP, **MÖH**, s. 353.

¹²⁸ TEKİNALP, **MÖH**, s. 353

¹²⁹ COLLINS, s. 1218.

¹³⁰ TEKİNALP, **MÖH**, s. 355.

¹³¹ TEKİNALP, **MÖH**, s. 355.

b. Millî Karakter Taşımayan İlke ve Kurallar

Hukuk seçiminin sınırlandırılması ile ilgili diğer bir konu da, mutlaka bir devletin hukukunun mu seçileceği yoksa milletlerarası kuruluşların, enstitülerin, araştırma merkezlerinin hazırladığı ilkelerin veya kuralların veyahut “*lex mercatoria*”nın seçilmesinin de mümkün olup olmadığıdır.

Doktrinde, millî karakter taşımayan ilke veya kuralların sözleşme statüsü olarak seçimi konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden ilki, bu tür ilke ve kurallar hukuk kuralı niteliğini taşımaktadır. Diğer görüş ise, bu tür ilke ve kuralların hukuk niteliği taşımadığıdır. Şuan bu görüş genel kabul görmektedir.¹³²

Günümüzde milletlerarası ticari ilişkilerin ülke içi ticari ilişkilerden farklı özelliklerinin olduğu ve uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası ticarete ait kuralların kullanılması savunulmaktadır. “Lex Mercatoria” veya “milletlerarası ticaretin otonom kuralları” olarak tanımlanan bu tarz ilke veya kurallara; genel hukuk ilkeleri, milletlerarası alanda özel hukukun uyumlaştırılması ve birleştirilmesi için kurallar oluşturulmasını amaçlayan Anlaşmalar, devletler hukuku kuralları, milletlerarası alanda geçerli kurallar, uygulamada ortaya çıkan tip sözleşmeler, bu kapsamda kabul edilmektedir.¹³³

Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerde açık bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak pozitif düzenlemelerde sözleşmenin taraflarına yetkili hukuku seçebilme imkânının tanındığı hükümlerde “ülke hukuku”ndan bahsedilmiştir.¹³⁴ Doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre taraflar aralarında sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*’yı seçmişlerse, bu seçim millî mahkemelerde görülecek davalar bakımından verilecek kararın hukukî dayanağını oluşturamayacağı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda objektif bağlama kurallarına göre yetkili millî hukuk tespit edilecektir. Tespit edilen bu hukuka göre uyuşmazlık

¹³² DOĞAN, **MÖH**, s. 350-351; NOMER/ŞANLI, s. 307-308; TEKİNALP, **MÖH**, s. 355.

¹³³ DOĞAN, **MÖH**, s. 351; NOMER/ŞANLI, s. 307.

¹³⁴ DOĞAN, **MÖH**, s. 351-352; Sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuk hakkındaki Roma I Tüzüğü’nde de durum bu şekildedir.

çözülecektir. Millî mahkemelerde görülen bir davada taraflar sözleşme statüsü olarak lex mercatoria'yı seçmişlerse, yapmış oldukları bu hukuk seçimi objektif bağlama kuralına göre yetkili ülke hukukunda kabul edilen sözleşme serbestisi kapsamında değerlendirilecektir.¹³⁵

4. Kısmi Hukuk Seçimi

Kısmi hukuk seçimi, tarafların sözleşmelerinin tamamına uygulanacak bir hukuk düzenine tabi olmayıp, sözleşmelerinin farklı kısımlarının farklı hukuk düzenlerinin uygulanması imkânına sahip olmaları anlamına gelmektedir.¹³⁶

Kısmi hukuk seçimi konusunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, taraflara uygulanacak hukuku seçmelerinde sınırsız bir irade muhtariyeti verildiğine göre kısmi hukuk seçiminin de mümkün olması gerektiğidir. Bu görüşe göre hukukî ve iktisadi açıdan sözleşmenin ayrılabilen kısımlarına farklı ülke hukukları uygulanabilir. İçerik bakımından birbirinden ayrılamayacak konular için farklı hukuk düzenlerinin seçilemeyeceği de kabul edilmektedir.¹³⁷ Diğer görüş ise, sözleşmeden doğan borç ilişkisi bir bütün olduğundan kısmi hukuk seçimiyle sözleşmenin bölümlere ayrılıp farklı hukuk düzenlerinin uygulanmasının uygun olmadığını kabul etmektedir. Ancak, taraflar maddi hukuk alanında kabul edilen sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde farklı ülke hukuklarının uygulanmasını kararlaştırabilirler.¹³⁸

Sözleşmenin ayrılabilen bölümlerine uygulanacak hukuk olarak farklı hukuklar seçilmesi karşılıklı edimlerin bulunduğu sözleşmelerde hak ve borçların adil ve uyumlu bir şekilde aynı hukuka tabi olmalarını önlemesi nedeniyle eleştirilmektedir.¹³⁹

¹³⁵ DOĞAN, **MÖH**, s. 352; TEKİNALP, **MÖH**, s. 356.

¹³⁶ DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 39.

¹³⁷ DOĞAN, **MÖH**, s. 352; DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 39-40; TEKİNALP, **MÖH**, s. 354.

¹³⁸ DOĞAN, **MÖH**, s. 352; DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 40.

¹³⁹ TEKİNALP, **MÖH**, s. 354.

Hukukumuzda, MÖHUK m.24/2’de “*Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler*” düzenlemesi kısmi hukuk seçiminin kabul edildiğini göstermektedir. Böylece MÖHUK’ta düzenlenen bağlama kuralları ile şekil ve ehliyetle ilişkin sözleşme şartlarının farklı hukuklara tâbi olabilme olasılığı var iken, sözleşmenin meydana gelişi ve hükümleri ve hatta çeşitli hükümleri kendi aralarında, farklı hukuka tabi olabilecektir.¹⁴⁰

5. Hukuk Seçiminin Zamanı

Hukuk seçiminin zamanı konusunda hukukumuzda, sözleşmenin taraflarının aralarındaki borç ilişkisine uygulanacak hukuku her zaman seçebilecekleri veya değiştirebilecekleri kabul edilmiştir.

MÖHUK m. 24/3’te bu konu “*Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir*” şeklinde düzenlenmiştir. Buradan sözleşmenin kurulmasından önce veya borç ilişkisi doğuran sözleşme yapılırken hukuk seçiminin yapılabileceği sonucu çıkmaktadır. Hüküm sözleşmenin kurulmasından sonra yapılacak hukuk seçimini de mümkün kılmıştır. Ancak üçüncü kişilerin zarara uğramamaları için haklarını saklı tutmuştur. Üçüncü kişilerin haklarını etkileyecek hukuk seçimi üçüncü kişinin buna onay vermemesi halinde kazanılmış haklarına etki etmeyecek sadece sözleşmenin yapılmasından sonra kurulan ilişkiler için uygulanacaktır.

Hukuk seçiminin sonradan yapılması veya değiştirilmesi halinde, hukuk seçiminin sözleşmenin kurulma anından itibaren etki doğuracağı, yani geriye etkili olacağı kabul edilmektedir. Ancak, tarafların anlaşması halinde geriye etkili olmayabileceği de kabul edilmektedir.¹⁴¹

¹⁴⁰ NÖMER/ŞANLI, s. 312; TEKİNALP, MÖH, s. 354.

¹⁴¹ NÖMER/ŞANLI, s. 313.

Doktrinde, hukuk seçiminin sonradan değiştirilmesi nedeniyle eski hukuka göre geçerli olan bir sözleşme sonraki hukuk seçimi ile geçersiz hale gelmeyeceği; geçersiz bir sözleşmenin de geçerli hale gelmeyeceği savunulmaktadır.¹⁴²

Asıl sözleşmenin yapılmasından sonra hukuk seçimi sözleşmenin yapılması halinde, şekil hususunda farklı bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle, asıl sözleşmenin yapılmasından sonra da, tarafların açık veya zımnî iradeleri ile yetkili hukuku tespit etmelerine imkân tanınmıştır. Hatta MÖHUK m. 24/3'e göre, tarafların hukuk seçimini dava açıldıktan sonra da yapmaları mümkündür. Sonradan yapılan hukuk seçimi ile yetkili kılınan hukuk düzeni, sözleşmenin önceki tâbi olduğu hukuka göre kazanılmış bir hakkı tanımamakta veya farklı düzenlemekte ise, sözleşmenin geçerliliği, sonradan yapılan hukuk seçimi sözleşmesinden hakkı olumsuz yönde etkilenen üçüncü kişinin onayına bağlanmaktadır.¹⁴³

Tarafların hukuk seçimini yapmış oldukları andaki hukuk düzeni sabitleşecek midir yoksa yaşayan bir hukuk düzeni mi taraflarca seçilmiştir? Yani, kanunlarda olabilecek değişiklikler tarafları etkileyecek midir yoksa hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı andaki düzenlemeler mi geçerli olacaktır? Bu konuda bir ayrıma gidilmektedir. Genellikle devlet ile özel kişiler arasında yapılan hukuk seçiminde hukuk düzeninin sabitleşeceği kabul edilmektedir. Özel kişiler arasında yapılan sözleşmelerde ise genel olarak maddi hukukta meydana gelebilecek değişikliklerin, bu maddi hukukun uygulanması gereken sözleşmelere etki edeceği kabul edilmiştir. Bunun taraflar arasında anlaşma olmaması halinde sabit statü olarak kabul edilmesinin hukuk güvenliği açısından daha uygun olduğu da doktrinde savunulmaktadır.¹⁴⁴ Ancak, önceden tahmin edilmesi mümkün olmayan bir değişiklik olması halinde bunun iyi niyet kuralları gereği sözleşmeye etki etmemesi uygun olacaktır.¹⁴⁵ Bu nedenle hukuk seçimi yapılırken tarafların

¹⁴² NOMER/ŞANLI, s. 313.

¹⁴³ DOĞAN, MÖH, s. 353; TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s. 24.

¹⁴⁴ TEKİNALP, MÖH, s. 357.

¹⁴⁵ NOMER/ŞANLI, s. 313-314; TEKİNALP, MÖH, s. 356-357.

maddi hukuk düzeninin sabitleşeceğini veya yapılacak değişikliklerin sözleşmeye etki edeceğini belirlemeleri uygun olacaktır.

B. Objektif Esaslara Göre Yetkili Hukukun Tespiti

Sözleşmenin tarafları, açık veya zımnî iradeleriyle esasa uygulanacak hukuku seçmemişler ise, sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku hâkim, objektif bağlama kurallarından hareketle belirleyecektir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun bağlama kuralının belirlenmesinde kullanılabilecek üç yöntem bulunmaktadır. Kanun koyucu bütün sözleşmelere uygulanacak tek bir objektif kural veya her bir sözleşme için hâkim tarafından uyuşmazlık çıkması durumunda somut olaya göre belirlenecek bir kural veyahut her sözleşme tipi için önceden belirlenmiş kurallar şeklinde bir düzenleme yapabilir. Bunun yanında kanun koyucu objektif kuralların somut olaya uygulanmasıyla oluşabilecek adil olmayan durumların önüne geçmek için bir istisna kuralı koyabilir.¹⁴⁶

Hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukukun belirlenmesi için sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin ifa yeri, tarafların yerleşim yerleri, vatandaşlığı, mutad meskenleri, hâkimin objektif bağlantı noktalarını değerlendirmesi, en sıkı ilişkili hukuk ve lex fori bağlama kuralları teklif edilmiştir. Günümüzde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine, objektif bağlama kuralı olarak sözleşmeden doğan borç ilişkisinin sıkı bağlantılı olduğu ülke hukukuna bağlama esası kabul edilmiştir.¹⁴⁷

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında kabul edilen objektif bağlama kuralı, sözleşme ilişkisine “en sıkı ilişkili hukuku”n uygulanacağını göstermektedir. Sıkı ilişkili yer hukukunun tespit edilmesi için kanun koyucunun belirlemiş olduğu karineler ve hâkimin uyuşmazlıkla

¹⁴⁶ TEKİNALP, **MÖH**, s. 362.

¹⁴⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 337; DOĞAN, **MÖH**, s. 354; TEKİNALP, **MÖH**, s. 361.

karşılaştığında yapacağı değerlendirme farklı ülkeleri göstermesi halinde hâkimin somut olaya ilişkin yaptığı değerlendirmeye öncelik verilecektir.¹⁴⁸

1. Sıkı İlişkili Yer Hukukuna Bağlama

Sıkı ilişkili yer hukukuna bağlamada taraflar aralarındaki borç ilişkisi için sözleşmenin yapımı zamanında bilinebilen bütün şartlar değerlendirilerek sıkı ilişkili ülke hukuku hâkim tarafından tespit edilecek ve objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukuk olarak borç ilişkisine uygulanacaktır.¹⁴⁹

MÖHUK m.24/4'de "*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır*" hükmü yer almaktadır. En sıkı ilişkili hukuku kanun koyucu bazı karinelere bağlamıştır. Milletlerarası özel hukukta, hukukî ilişki veya sorunun hangi ülke ile maddi bağlantısı olduğu değil, hangi ülkenin hukuk düzeni ile bağlantısı olduğu araştırılmaktadır. Böylece sıkı ilişkinin tespitinde coğrafi bağlantı değil, hukukî bağlantı esas alınacaktır.¹⁵⁰

2. Sıkı İlişkili Yer Hukuku Lehine Karineler

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine sıkı ilişkili yer hukukundan hareketle uygulanacak hukuku belirlemek için bazı karineler dikkate alınmaktadır. Fakat hâkimin somut olayın özelliklerini dikkate alarak yapacağı değerlendirme bu karinelerin önündedir. Örneğin, İsviçre MÖHK, Almanya MÖHK ve Roma I Tüzüğü m. 4/1'e göre sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, sözleşmenin yapımı anında borçlunun mutad meskeni hukuku ile

¹⁴⁸ DOĞAN, MÖH, s. 354; TEKİNALP, MÖH, s. 364-365.

¹⁴⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 337-338; DOĞAN, MÖH, s. 355; TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s. 39-40.

¹⁵⁰ DOĞAN, MÖH, s. 356; TEKİNALP, MÖH, s. 364-365.

borç ilişkisinin sıkı ilişkisinin olduğu yönünde aksi ispat edilebilir bir karine kabul edilmiştir.¹⁵¹

2675 sayılı MÖHUK'ta sözleşmelere uygulanacak hukuk olarak, taraflar açıkça hukuk seçimi yapmamışlarsa karakteristik edimin ifa yeri hukuku bağlama kuralı olarak belirlenmişti. 5718 sayılı MÖHUK'ta ise tarafların açık veya zımni hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde en sıkı ilişkili hukuka bağlama kuralı kabul edilmiştir.¹⁵²

MÖHUK m. 24/4'te *“Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme bu hukuka tâbi olur.”* hükmü yer almaktadır.

Karakteristik edim kavramı doktrinde, borç ilişkisine kendi hukukî özelliğini veren edim, sözleşmeyi karakterize eden edim olarak kabul edilmektedir. Borç ilişkisinin ağırlık noktasını oluşturan ve karşılıklı edimlerin bulunması halinde sözleşmeyi karakterize eden, borç ilişkisinde rizikolu olduğu kabul edilen edimdir. Bir tarafın ediminin para olduğu sözleşmelerde diğer tarafın karakteristik edim borçlusu olduğu kabul edilmektedir. Mal satım sözleşmelerinde satıcının edimi¹⁵³ karakteristik edimdir. Önceki kanunumuzda kabul edilen karakteristik edimin ifa yeri bağlama kuralı, yürürlükteki kanunumuzda karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni olarak belirlenmiştir.¹⁵⁴

¹⁵¹ Roma I Tüzüğü'nün mal satımı sözleşmeleri için m. 4/1-a'da belirlediği objektif bağlama kuralı satıcının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukudur. DOĞAN, **MÖH**, s. 356.

¹⁵² TEKİNALP, **MÖH**, s. 364-365.

¹⁵³ Roma I Tüzüğü'nde m. 4/1-a'da da mal satım sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirlerken taraflarca m. 3'e göre bir seçim yapılmaması durumunda bağlama noktası olarak satıcının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku belirlenmiştir.

¹⁵⁴ DOĞAN, **MÖH**, s. 357; GÜNGÖR, s. 194; TEKİNALP, **MÖH**, s. 365.

Sıkı ilişkili yer hukukunu tespit ederken kullanılacak karinelerin temelini karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni oluşturmaktadır. Bu karineden sonra ticari veya mesleki faaliyetler nedeniyle kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun iş yeri hukuku ile sözleşmenin sıkı ilişkili olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁵ Karakteristik edim borçlusunun birden fazla iş yerinin bulunması halinde sıkı irtibatlı iş yeri hukuku göz önüne alınacaktır.¹⁵⁶

MÖHUK m. 24/4'ten çıkarılacak sonuç, kanunda objektif bağlama kuralının tespitine yönelik kabul edilen kuralların karine niteliğinde oldukları ve dolayısıyla halin şartlarına göre kanunda gösterilen hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunması halinde bu hukukun objektif bağlama kuralı olarak uygulanacağıdır.¹⁵⁷ Bu düzenleme ile eski MÖHUK m. 24'te "ifa yeri" olarak esas alınan karakteristik edime yapılan eleştiriler¹⁵⁸ son bulmaktadır.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta ise, düzenlemede bağlama noktası olarak belirlenen karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu anındaki mutad meskeni hukukunun göz önüne alınacağı açıkça belirtilmiş olmasıdır.¹⁵⁹

Kanun koyucu objektif bağlama kuralı olarak en sıkı ilişkili hukuku ve bununla ilgili karineleri saydıktan sonra halin bütün şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmenin bu hukuka tabi olacağını belirtmiştir. Burada objektif bağlama kurallarının somut olaya uygulanması halinde adil olmayan bir sonuca meydan vermemesi için konulan bir istisna kuralı mevcuttur. Sözleşmenin daha sıkı ilişkili olduğu hukuku araştırırken sözleşmenin ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu yer, tarafların ortak mutad mesken veya yerleşim yeri hukuku, daha önce taraflar arasında yapılan bağlantılı sözleşmelere uygulanacak hukuk¹⁶⁰ belirleyici olacaktır.¹⁶¹ Roma I Tüzüğünde m. 4/3'te bulunan "açıkça daha sıkı ilişkili

¹⁵⁵ EKŞİ, s.34-35.

¹⁵⁶ DOĞAN, **MÖH**, s. 357; TEKİNALP, **MÖH**, s. 364-365.

¹⁵⁷ TEKİNALP, **MÖH**, s. 367-368.

¹⁵⁸ Eleştiriler için bkz. SARGIN, Fügen, "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım", **AÜHFD**, 2001, s. 77-90.

¹⁵⁹ TEKİNALP, **MÖH**, s. 365.

¹⁶⁰ Roma I Tüzüğü'nün 20. resitalinde istisna kuralındaki (escape clause) daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde söz konusu sözleşmenin diğer sözleşme veya sözleşmelerle çok sıkı ilişkisinin olup olmadığına bakılması belirtilmiştir.

¹⁶¹ TEKİNALP, **MÖH**, s. 367-368.

hukukun uygulanması” istisna kuralının m. 4/1’de sayılan karinelerle birlikte bulunmasının kesinlik ve öngörülebilirlik ile esneklik arasında bir denge sağladığı savunulmaktadır.¹⁶²

Daha sıkı ilişkili hukukun bulunması halini bir örnekle açıklayacak olursak; Türk şirketi, İngiliz şirketine Çin’de sahip olduğu madenlerden çıkardığı demir cevherinin satımı için anlaşıyor. Akde uygulanacak hukuk olarak taraflardan birinin avantajlı duruma geçmemesi için taraflarla bağlantısı olmamasına rağmen İsviçre hukukunu belirliyorlar. İlk sözleşmede Türk şirket malı İngiliz şirketin Japonya’daki, ikinci sözleşmede ABD’deki, üçüncü sözleşmede Kore’deki işyerine teslim ediyor. Uygulanacak hukukun belirlenmediği dördüncü sözleşmede Avusturalya’daki işyerine teslim edileceği kararlaştırılıyor. Bu sözleşmeden meydana gelecek uyuşmazlık sonucunda karakteristik edim ile ilgili karinelerin uygulanmasındansa taraflar arasında akdedilen bağlantılı sözleşmelerde de uygulanacak hukuk olarak yer alan halin şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili olan İsviçre hukukunun uygulanması yerinde olacaktır.

Daha sıkı ilişkili hukuka başvuracak hâkimin daha sıkı ilişkili hukukun tespiti için “halin bütün şartlarını” değerlendirmesi sırasında takdir hakkı olacaktır. Ancak hâkimin daha sıkı ilişkili hukukun varlığını tespit ettikten sonra bu hukuku uygulayıp uygulamamak konusunda bir tercih hakkı bulunmamaktadır.¹⁶³

III. AKİT STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN HUSUSLAR

CISG’e taraf ülkelerde menkul mal satım sözleşmelerinde tarafların uygulanacak hukuk olarak taraf ülkelerden birinin hukukunu seçmeleri halinde, aksini belirtmedikleri hallerde, sözleşme ilişkisine CISG

¹⁶² Birleşik Krallık Adalet Bakanlığı, Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku hakkında rehber, Ministry of Justice of United Kingdom, Guidance on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), Şubat 2010, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110201125714/http://www.justice.gov.uk/publications/docs/guidance-law-contractual-obligations-romei.pdf>, (E.T. 19.05.2013).

¹⁶³ GÜNGÖR, s. 235-236.

uygulanacaktır. Çalışmamızda belirttiğimiz gibi sözleşmenin kurulmasına ilişkin bazı konular Anlaşma kapsamı dışında bırakılmıştır. Kapsam dışı konularda milletlerarası özel hukuk kurallarınca tespit edilecek yetkili hukuk uygulama alanı bulacaktır.

Bu bölümde akit statüsünün uygulama alanı dışında kalan konular başlığı altında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da düzenlenen bağlama kurallarının akit statüsünün uygulama alanını ele almaya çalışacağız. Özellikle akit statüsünün CİSG'e taraf ülkelerden birisi olması nazara alınarak CİSG'e göre sözleşmenin kurulması, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını meydana getirdiği an konuları incelenecektir.

Hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta, akit statüsünün esas sözleşme ile ilgili; ehliyet ve şekil dışında, sözleşmenin kurulması, içeriği, sona ermesi, sözleşme ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi ile ilgili bütün konulara uygulanacağı kabul edilmektedir.¹⁶⁴

Bu kısımda bağlama kuralının uygulama alanı dışında kalan sözleşmenin kurulmasını ilgilendiren konulardan; tarafların hukukî işlem ehliyetine, temsil yetkisine sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit eden MÖHUK hükümlerini inceleyeceğiz.

A. Hukukî İşlem Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

Hak ehliyeti, kişilerin haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarını ifade etmektedir.¹⁶⁵ Ehliyete uygulanacak hukuk MÖHUK m. 9'da düzenlenmiştir. Buna göre, hak ve fiil ehliyeti kişinin millî hukukuna tâbidir. Günümüzde hak ehliyeti bütün kişiler için kabul edilmiştir. Ancak, hak ehliyetinin başlangıcı

¹⁶⁴ DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 121.

¹⁶⁵ AKINTÜRK/AKİPEK/ATEŞ KARAMAN; AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, **Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 1. Cilt, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 267-269; ÇELİKEL/ERDEM, s. 199.

bazı hukuk sistemlerinde farklı düzenlenebilmektedir. Hak ehliyeti, bütün hukuk sistemlerinde kişinin ölümüyle sona ermektedir.¹⁶⁶

En basit tanımıyla kişilerin kendi fiil ve işlemleriyle kendileri lehine haklar yaratma bu hakları sınırlama veya ortadan kaldırma ve borç altına sokma, iktidarına fiil ehliyeti denilmektedir.¹⁶⁷ Fiil ehliyetinin içerisine, hukukî işlem ehliyeti, tasarruf ehliyeti, haksız fiillerden sorumlu olma ehliyeti ve dava ehliyeti girmektedir. Fiil ehliyetine sahip olmanın şartları da yine Türk Medeni Kanunu tarafından belirlenmiştir.¹⁶⁸ Medeni Kanunumuzda gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin fiil ehliyetleri ayrı maddelerde düzenlenmiştir.

Bir kişinin fiil ehliyetine sahip olup olmadığı veya sınırlı ehliyete sahip olduğu ve bunlara bağlanan sonuçların neler olduğu ehliyete uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir.¹⁶⁹

Hukukumuzda kişinin statüsünün değişmesi, bu değişiklikten önce sahip olduğu ehliyeti etkilemez. Ancak daha önceden sahip olmadığı fiil ehliyetini, statüsünün değişmesiyle kazanabilir.¹⁷⁰ Zira MÖHUK m. 9/3'de kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginliğin vatandaşlığın değişmesiyle sona ermeyeceği kabul edilmiştir.

Fiil ehliyetine kişisel statü olarak millî hukukun uygulanması işlem güvenliğine zarar verebilir. Bu nedenle MÖHUK m. 9/2-1 bu kurala bir istisna getirmiştir. Buna göre millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlı olacağı kuralı kabul edilmiştir. Bu istisna aile ve miras hukuku ve başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemlerde geçerli değildir. Bu istisnanın uygulanabilmesi için işlemi yapan kişinin kendi millî hukukuna göre

¹⁶⁶ DOĞAN, **MÖH**, s. 236; EKŞİ, s. 37; NOMER/ŞANLI, s.219-220; TEKİNALP, **MÖH**, s. 70.

¹⁶⁷ AKINTÜRK/AKİPEK/ATEŞ KARAMAN, s. 281.

¹⁶⁸ AKINTÜRK/AKİPEK/ATEŞ KARAMAN, s. 285-301.

¹⁶⁹ DOĞAN, **MÖH**, s. 241; ÇELİKEL/ERDEM, s. 201-202; NOMER/ŞANLI, s.224; TEKİNALP, **MÖH**, s. 75.

¹⁷⁰ NOMER/ŞANLI, s. 225.

ehliyetsiz olması fakat işlemi yaptığı ülke hukukuna göre ehil olması gerekmektedir.¹⁷¹

Tüzel kişilerin ve kişi ve mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerine uygulanacak hukuk, statülerindeki idare merkezi hukukudur (MÖHUK m. 9/4-1). Ancak, bunların fiili idare merkezi, yönetim organlarının kararlarının verildiği ve esas işlemlerinin gerçekleştirildiği yer, Türkiye’de bulunuyorsa Türk hukukunun da uygulanabileceği kabul edilmiştir (MÖHUK m. 9/4-2). Uluslararası ortaklıklarda ana şirkete bağlı yavru şirketlerin kendilerine ait idari merkezlere sahip oldukları ve bu nedenle, yavru şirketin idare merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir.¹⁷²

Fiil ehliyetinin kişinin millî hukukuna tâbi tutulması iyi niyetle işlem yapan kişilerin zarara uğramasına yol açabilir. Böyle olması halinde işlemin geçerliliğine olan güven zedeleneyeceğinden buna karşı bir tedbir alınması gerekmektedir. Kendi millî hukukuna göre fiil ehliyetine sahip olmayan kişiler, işlem yaptıkları ülke hukukuna göre fiil ehliyetine sahip olmaları halinde, yapılan işlem geçerli olarak kabul edilecektir. Burada kişinin ehliyeti bakımından alternatif bağlama kuralı kabul edilmiştir.¹⁷³

Pozitif düzenlemelerde işlem güvenliği ilkesini uygulanması için bazı şartların bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Öncelikle, hukukî işlemi yapan kişi millî hukukuna göre fiil ehliyetine sahip olmamalıdır. Burada MÖHUK’ta şahsın hukuku alanında atıf kabul edildiğinden kişinin millî hukukunda fiil ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda kabul edilen bağlama kuralı başka bir ülkenin hukukunun bu konuda uygulamasını gösteriyorsa bu ülkenin hukuku uygulanacaktır. Diğer bir unsur ise işlemin hazırlar arasında yapılmış olmasıdır. Burada karşı tarafta oluşabilecek güven duygusunun korunması amaçlanmaktadır.

Türk hukukunda işlem güvenliği ilkesi hem Türkiye’de yapılan hukukî işlemler hem de yabancı ülkelerde yapılan hukukî işlemler açısından kabul

¹⁷¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 205; NOMER/ŞANLI, s. 226.

¹⁷² ÇELİKEL/ERDEM, s. 206-207; NOMER/ŞANLI, s. 233.

¹⁷³ DOĞAN, **MÖH**, s. 244.

edilmiştir. Bunun yanında, MÖHUK m. 9/2 aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemleri, işlem güvenliği ilkesi dışında bırakmıştır. Son unsur olarak kişinin iyi niyetli olup olmamasının ele alınmasında fayda vardır. Doktrinde hâkim olan görüşe göre hukukî işlemde muhatabın iyi niyetli olması gerekmektedir. Kanunumuzda iyi niyet hakkında bir hüküm bulunmamasına rağmen Türk Medeni Kanunu m. 3'te yer alan hakkın kötüye kullanılmasının korunmayacağı ilkesinden yola çıkarak bu görüşe varabiliriz.¹⁷⁴

Hukukî işlem temsilciler aracılığı ile de sıkça yapılmaktadır. Temsilci, temsil olunan ve temsil olunan kişi adı ve hesabına hukukî ilişkiye girdiği üçüncü kişi arasında hukukî ilişki kurmaktadır. Temsilci ile temsil olunanın ehliyeti kendi millî hukuklarına göre belirlenecektir. Ancak temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan esas sözleşme düzenlenirken temsilcinin ehil olması halinde temsil yetkisinin kullanıldığı yerde işlem güvenliği ilkesine göre millî hukuk yerine yetkinin kullanıldığı ülke hukuku uygulanacaktır.¹⁷⁵

MÖHUK m. 30 temsil yetkisine uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kuralını düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrasında temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisinin, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukuka tâbi olacağı düzenlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise temsilciyle üçüncü kişi arasındaki ilişki düzenlenmektedir. Buna göre; temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukukunun uygulanacağı belirtilmektedir. Temsilcinin işyeri olmaması durumunda veya bunun üçüncü kişi tarafından bilinmediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı hallerde temsil yetkisinin, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbi olduğu düzenlenmiştir. Yetkisiz temsilin söz konusu olduğu hallerde ise bu fıkranın (MÖHUK m. 30/2) uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁷⁶

¹⁷⁴ DOĞAN, **MÖH**, s. 246.

¹⁷⁵ TEKİNALP, **MÖH**, s. 130-137.

¹⁷⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 381-382; DOĞAN, **MÖH**, s. 382-383.

Temsil yetkisine uygulanacak hukuk konusunda maddenin son fıkrasında, temsilci ile temsil olunan arasında temsil ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisinin, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacağı düzenlenmiştir.¹⁷⁷

Peki temsilci aracılığı ile yapılan satım sözleşmelerinde, işlem güvenliği ilkesi nasıl uygulanacaktır? Temsilci ile yapılan işlemlerde, temsil edilen bakımından değil temsilci bakımından işlem güvenliği ilkesi nazara alınacaktır.¹⁷⁸

B. Sözleşmenin Kuruluşu ve Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası nitelikli sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, iki farklı sözleşme söz konusudur. İlk sözleşme taraflar arasında borç doğuran asıl sözleşmedir. İkincisi ise tarafların hukuk seçimine yönelik yapmış oldukları sözleşmedir. Bu iki sözleşme birbirinden bağımsızdır. Bu nedenle asıl sözleşmedeki geçersizlik sebebi, hukuk seçiminin yapıldığı sözleşmeyi etkilemedikçe, birinin geçersiz olması diğerini geçersiz kılmamaktadır. Sözleşmenin geçerliliğini şeklî geçerlilik ve maddi geçerlilik olmak üzere iki başlıkta ele almakta yarar vardır.

1. Şeklî Geçerlilik

Hukukî işlemlerde şekil konusu MÖHUK m. 7’de düzenlenmektedir. Bu maddeye göre hukukî işlemlerde şeklî geçerlilik konusunda, hukukî işlemin yapıldığı yer hukuku (*Locus Regit Actum* – LRA) veya hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan (*lex causae*), yani esasa uygulanacak yer hukukunun

¹⁷⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 382.

¹⁷⁸ TEKİNALP, MÖH, s. 83.

maddi hukuk hükümlerince öngörülen şekilde yapılabileceği düzenlenmiştir.¹⁷⁹

Günümüzde LRA genel olarak kabul edilmektedir. Buna göre bir hukukî işlem yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçerli ise, işlem şekil açısından her yerde geçerli bir hukukî işlem olarak kabul edilecektir.¹⁸⁰

Lex causae kuralına göre ise, hukukî işlemin esasına uygulanacak hukuk kurallarına göre şeklen uygun olması halinde, işlem şekil açısından her yerde geçerli bir hukukî işlem olarak kabul edilecektir.¹⁸¹

Türk hukukunda bu iki kural birlikte uygulama alanı bulmaktadır. Böylece bir hukukî işlem bu iki kuraldan birine göre şeklen geçerli ise, bu işlemin her yerde geçerli olduğu kabul edilmektedir. Önceki MÖHUK'tan farklı olarak, hukukî işlemin yapıldığı yer hukuku veya akit statüsünün alternatif şekilde uygulanması halinde, uygulanacak hukukun maddi hükümlerinin göz önüne alınacağı, atfın dikkate alınmayacağı esası kabul edilmiştir. LRA ve akit statüsünün alternatif uygulanması esası sadece şekil konusundadır.¹⁸²

Sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde sözleşmenin yapıldığı yer nasıl belirlenecektir? Bunun tespiti için farklı görüşler bulunmaktadır. İlki, maddi hukuk alanında sözleşmenin yapıldığı anı tespit etmek için kullanılan teorilere göre belirlemek; diğeri, iki tarafın iradelerini açıkladıkları yer hukuklarının birlikte uygulanması; üçüncüsü, iradelerin açıklandığı yerlerden birinin şekil kurallarının uygulanması ve son olarak her bir tarafın irade beyanına kendi bulunduğu yer hukukunun uygulanması görüşüdür. Günümüzde pozitif düzenlemelere¹⁸³ bakıldığında her bir tarafın sözleşmenin kurulma anında kendi irade beyanında bulunduğu yer hukukunun uygulanması kuralı yer almaktadır.¹⁸⁴

¹⁷⁹ DOĞAN, **MÖH**, s. 359; EKŞİ, s.38; TEKİNALP, **MÖH**, s. 112,118.

¹⁸⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 189; DOĞAN, **MÖH**, s. 257; NOMER/ŞANLI, s. 210.

¹⁸¹ DOĞAN, **MÖH**, s. 212; NOMER/ŞANLI, s. 211.

¹⁸² ÇELİKEL/ERDEM, s. 190; DOĞAN, **MÖH**, s. 257; NOMER/ŞANLI, s. 211; TEKİNALP, **MÖH**, s. 118.

¹⁸³ Roma I Tüzüğü; Türk, Alman ve İsviçre hukukları buna örnek olarak gösterilebilir. Bkz. DOĞAN, **MÖH**, s. 259.

¹⁸⁴ DOĞAN, **MÖH**, s. 257-259; TEKİNALP, **MÖH**, s. 116-117.

Doktrinde neyin şeklin kapsamına girdiği ise vasıflandırma meselesi olarak kabul edildiğinden, vasıflandırmada kabul edilen kurallar göz önüne alınacaktır. Günümüzde vasıflandırma hususunda, hâkimin hukukunun hâkimiyeti kabul edildiğinden, neyin şekil olduğu lex fori'ye göre tespit edilecektir.¹⁸⁵ Bu kural sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin şeklî geçerliliğine de uygulanacaktır. Yukarıda bahsettiğimiz gibi milletlerarası sözleşmelerde asıl sözleşme ve hukuk seçimi sözleşmelerinin şeklî geçerliliği birbirinden bağımsız olarak genel kural göz önüne alınarak değerlendirilecektir.¹⁸⁶

LRA ve akit statüsünün alternatif olarak uygulanmasına rağmen şekil olarak aykırı olan işlemin sonuçları bu iki hukuka göre farklı ise sonuçlardan hangisinin hükümlerinin daha hafif olduğunu tespit etmek ve şekil açısından hafif hükümleri içeren hukuku uygulamak işlem menfaatine daha uygun olacaktır.¹⁸⁷

2. Maddi Geçerlilik

Hukuk seçiminin maddi geçerliliği, bir kısım ülkelerin pozitif düzenlemelerinde ve Roma I Tüzüğünde yer alan hükümlere göre, hukuk seçimi sözleşmesi geçerli olsaydı, akit hangi hukuka tâbi olacak idi ise, hukuk seçimi sözleşmesinin maddi geçerliliği de bu hukuka göre tespit edilecektir. Roma I Tüzüğü'nün kabul edilmesinden sonra Topluluk üyesi ülkelerin hukuk düzenlemelerinde özel hükümlere yer verilmemiş olsa dahi, doktrindeki tartışmalar sona ermiştir. Türk hukukunda da 2007 yılında kabul edilen yeni MÖHUK'ta aynı esas benimsenmiştir.¹⁸⁸ Buna göre, “Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir” (MÖHUK m. 32/1). Burada sözleşmeden doğan borç ilişkisinin veya bir hükmünün varlığı

¹⁸⁵ TEKİNALP, **MÖH**, s. 118.

¹⁸⁶ DOĞAN, **MÖH**, s. 359; EKŞİ, s.38.

¹⁸⁷ TEKİNALP, **MÖH**, s. 119.

¹⁸⁸ TEKİNALP, **MÖH**, s. 370-371; laweuropa.com, (<http://www.laweuropa.com/26-Fikri-Haklara-Iliskin-Sozlesmelere-Uygulanacak-Hukuk>), (E.T. 20.11.2010).

ve maddi geçerliliğine uygulanacak hukuk düzeni tarafların açık veya zımnî iradelerine göre tespit edilen hukuk, eğer taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa objektif bağlama kurallarına göre tespit edilen hukuktur.

Taraflar henüz aralarındaki borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçmemişler ancak taraflardan birisi karşı tarafa belli bir ülke hukukunu sözleşme statüsü olarak önermişse, bu ülke hukukunun sözleşme statüsü olarak kabul edilmesi ve uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁸⁹

MÖHUK m. 32/2’de “*Taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanır*” hükmü yer almaktadır.¹⁹⁰ Bu hükme göre örneğin, sözleşmenin kurulması amacıyla bir icapla karşılaşan muhatap, icap karşısında susuyorsa, susmanın hüküm ve sonuçları susan tarafın mutad meskeni hukukuna tâbi tutulacaktır diyebiliriz. Ancak, taraflardan birisinin davranışına hüküm tanımanın hukukî neticelerinin sözleşme statüsüne tâbi olması halinde hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacağının anlaşılması ve davranışına hüküm tanınan tarafın itirazda bulunması halinde onun mutad meskeni hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir (MÖHUK m. 32/2, Roma I m. 10). İsviçre MÖHK’nın 123. maddesi “*icaba muhatap olan tarafın susmasının hukukî sonuçları, muhatapın mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbidir*” şeklinde düzenlenmektedir. Bu düzenleme hem sözleşmenin maddi içeriği, hem de hukuk seçimi hakkındaki icap için uygulanma alanı bulacaktır.¹⁹¹

Mutad mesken hukukunun uygulanması, hukukî ilişkiye ve taraf menfaatlerine hizmet ediyor ise, bu bağlama noktasının hakkaniyete uygun olduğu kabul edilmektedir. Bunun için somut olayın şartları, özellikle tarafların hukukî münasebetleri ve şimdiye kadarki alışkanlıkları göz önüne alınmalıdır.

¹⁸⁹ DOĞAN, **MÖH**, s. 360.

¹⁹⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 387; TEKİNALP, **MÖH**, s. 372.

¹⁹¹ TURHAN, Turgut, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, AÜHFD, 1989-90, s. 140.

Sonuç olarak bu problemin karara bağlanmasında elverişlilik kuralının geçerli olmasının gerekli olduğunu söyleyebiliriz.¹⁹²

C. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Akit statüsünün uygulama alanı dışında kalan hallerden biriside doğrudan uygulanan kurallardır. Doğrudan uygulanan kurallar teorisine göre milletlerarası maddi ilişkiye uygulanacak olan kurallar iki kategoriye ayrılmaktadır. Birinci kategori doğrudan uygulanan kurallardan oluşmaktadır. Bu kurallar, kamu menfaatlerine uygun olarak kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınmadan maddi ilişkiye doğrudan doğruya uygulanan kurallardır. İkinci kategoride ise maddi ilişkiye uygulanacak uygun doğrudan uygulanan kural bulunmaması halinde, iki taraflı kanunlar ihtilâfı kurallarında atıf dolayısıyla, dolaylı olarak maddi ilişkiye uygulanacak kuralların uygulanmasıdır. Birinci kategoriye giren kurallar devletin iktisadi, politik ve sosyal alanlardaki menfaatleri nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak adlandırılabilmesi için kamu hukuku veya özel hukuk karakterli bir kural olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.¹⁹³

Günümüzde milletlerarası özel hukuk doktrinde sadece hâkimin hukukundan değil, hüküm statüsünün ve özel durumlarda üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının da dikkate alındığı görülmektedir.¹⁹⁴

Bu bölümde hukukumuzda doğrudan uygulanan kurallar konusunda hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ve yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarını ele alacağız. 5718 Sayılı MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kurallarla ilgili özel hükümler karşılaştırmalı hukukta kabul edilen pozitif düzenlemelerle uyumlu şekilde düzenlenmiştir.¹⁹⁵

¹⁹² DOĞAN, **MÖH**, s. 361.

¹⁹³ DOĞAN, **MÖH**, s. 229; DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 99-100.

¹⁹⁴ DOĞAN, **MÖH**, s. 229-230.

¹⁹⁵ DOĞAN, **MÖH**, s. 365.

1. Hâkimin Hukukunun Doğrudan Uygulanması

MÖHUK m. 6'da, Türk mahkemelerinde yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren durumlarda hâkimin hukukunun doğrudan uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu madde bütün hukukî ilişkileri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Ülke ile ilgili konularda uygulanması için konulan bir kuralın söz konusu olduğu durumlarda, hâkim kendi hukukunun bu emredici hükümlerine uymak zorundadır. Örnek vermek gerekirse Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü 16. maddesinde kamusal menfaatlerin, özellikle ekonomik, sosyal ve siyasal menfaatlerin korunmasını amaçlayan kuralları doğrudan uygulanan kurallar olarak kabul etmiştir.¹⁹⁶

Doğrudan uygulanan kurallar, içerik olarak devlet düzeninin korunması ve devletin icra faaliyetleri ile özel bir bağlantısı olan ve kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yabancı unsur taşıyan olay veya ilişkilerde de uygulanması istenilen kurallar olarak tanımlanabilir.¹⁹⁷ Doğrudan uygulanan kurallar sadece devletin menfaatlerini korumamaktadır, bazı hallerde kişilerin de menfaatlerini korumaya yönelik olabilmektedir.¹⁹⁸

Doğrudan uygulanan kurallar emredici nitelikte kurallardır ve sözleşmeye uygulanacak hukuka gidilmesine gerek kalmadan hâkim tarafından olaya doğrudan uygulanabilirler.¹⁹⁹

Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir davanın Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanına girmesi halinde hâkim, davanın taraflarını, konusunu vs. dikkate almadan bu kuralları olaya uygulayacaktır. Doğrudan uygulanan kurallar nitelikleri gereği MÖHUK m. 6'da düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından uygulanacakları

¹⁹⁶ DOĞAN, **MÖH**, s. 365; TEKİNALP, **MÖH**, s. 381-382.

¹⁹⁷ DOĞAN, **MÖH**, s. 366; NÖMER/ŞANLI, s. 182-185; TEKİNALP, **MÖH**, s. 379.

¹⁹⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul 2001, s. 8-11.

¹⁹⁹ DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 114.

ifadesi yer almasaydı da kamu düzeninin pozitif etkisi nedeniyle bu kuralların uygulanabileceği sonucuna varılabilirdi.²⁰⁰

2. Yabancı Hukukun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması akit statüsü olarak veya sözleşme ile yakın ilişkisi nedeniyle üçüncü devletin hukuku olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, akit statüsünün doğrudan uygulanan kuralları ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları başlıklarıyla ele alacağız.

a. Akit Statüsünün Doğrudan Uygulanan Kuralları

Milletlerarası unsur taşıyan sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, subjektif veya objektif bağlama kurallarına göre tespit edilir ve bu yetkili hukuk borç ilişkisine bir bütün olarak uygulanır. Akit statüsünün doğrudan uygulanan kurallarıyla ilgili hukukumuzda herhangi bir düzenleme olmaması nedeniyle hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk bu ilişkiye doğrudan uygulanan kuralları dâhil olmak üzere bir bütün olarak idare edecektir.²⁰¹

MÖHUK m. 2’de “Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular” denilmektedir. Yabancı hukukun uygulanması; yabancı hukukun emredici, tamamlayıcı, tanımlayıcı ve yorumlayıcı kurallarının hepsinin birlikte uygulanmasıdır. Buna hâkimin hukukunun kamu düzeni sebebiyle sınırlamalar getirilebilir.²⁰²

Sözleşmeye uygulanacak yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının göz önüne alınıp alınmayacağı ve hangi kapsamda olacağı

²⁰⁰ DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 114.

²⁰¹ DOĞAN, **MÖH**, s. 366-367.

²⁰² ÇELİKEL/ERDEM, s. 173-174; DOĞAN, **MÖH**, s. 366.

konusu doktrinde tartışmalıdır.²⁰³ MÖHUK m. 2 dikkate alındığında yetkili yabancı hukukun bir bütün olarak ele alınıp uygulanması nedeniyle, yetkili yabancı hukukun özel hukuk kuralları ile doğrudan uygulanan kuralları uygulanacaktır. Bir kuralın özel hukuk kurallarıyla ilişkili olması, ilgili kuralın düzenleme amacı özel hukuk ilişkilerini düzenlemesi yanında devletin iktisadi ve sosyal politikasına hizmet etmesidir. Yabancı hukukun özel hukuk kuralları ile ilişkili ve somut olayda kuralın uygulama alanına ve uygulanma iradesine sahip olan kamu hukuku karakterli kuralları da uygulanabilecektir.²⁰⁴

Hâkim hukukuyla, sözleşme statüsünün doğrudan uygulanan kuralları birbirine ters düşerse hâkim kendi hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını göz önüne alacaktır.²⁰⁵

b. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Türk hukukunda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının göz önüne alınması sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında kabul edilmektedir.

MÖHUK m. 31 “Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre hâkimin üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını uygulayabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekmektedir, bunlar;

a. Sıkı ilişki: Üçüncü ülke hukukuyla sözleşmeden doğan borç ilişkisinin sıkı ilişkili olması gerekmektedir. Burada Türk hukukunun bakış açısı önemlidir,

²⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 104-109.

²⁰⁴ DOĞAN, **MÖH**, s. 232-234; DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 109.

²⁰⁵ DOĞAN, **MÖH**, s. 367.

b. Uygulanma iradesi: Üçüncü devletin normu doğrudan uygulanan kural olmalıdır,

c. Korunmaya değer ve açıkça üstün bir menfaatin bulunması: Hâkimin hukukunun temel değerleriyle bağdaşabilir olmasıdır.²⁰⁶

Bu maddeye göre, genel kamu menfaatlerine ilişkin olduğu kabul edilen, siyasi, sosyal, toplumsal ve iktisadi alanlarda devlet politikasını oluşturan ve yabancılık unsuru göz önüne alınmaksızın uygulanan doğrudan uygulanan kurallar, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları olsa bile sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde ise hâkim tarafından sözleşmeye uygulanabilir.²⁰⁷

İKİNCİ BÖLÜM

AKİT STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANI BAĞLAMINDA (CISG'E GÖRE) SÖZLEŞMENİN KURULMASI

Bu başlık altında akit statüsünün CISG'in yürürlükte olduğu bir ülke olması halinde uygulama alanının tespit etmeye çalışacağız. Akit statüsü, kural olarak tarafların ehliyeti ve sözleşmenin şekli dışında kalan bütün konularda uygulama alanı bulacağı genel kabul görmektedir.

Bu başlık altında akit statüsünün CISG'e taraf bir ülke olması halinde sözleşmenin kurulması konusunu ele alacağız.

CISG, sözleşmenin kurulması hükümlerini Anlaşmanın Kısım II'de (CISG m. 14 – 24) düzenlemiştir. Kısım II'nin ilk dört maddesi (CISG m. 14 – 17) icap, sonraki beş maddesi (CISG m. 18 – 22) kabul, son iki maddesi ise sırasıyla sözleşmenin kurulma anı ve irade beyanının muhataba ne zaman

²⁰⁶ DOĞAN, **MÖH**, s. 367-368; DOĞAN, **Bağlama Kuralı**, s. 111-112; TEKİNALP, **MÖH**, s. 382.

²⁰⁷ DOĞAN, **MÖH**, s. 234; ÇELİKEL/ERDEM, s. 386; NOMER/ŞANLI, s. 188-189.

varmış sayılacağını düzenlemektedir.²⁰⁸ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nu incelediğimizde ise sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin, kanunun genel hükümler kısmı, borç ilişkisinin kaynakları bölümünde m. 1 - 48 arasında düzenlendiğini görmekteyiz.

I. KAVRAM

Sözleşme; *“Tarafların belirli bir hukukî sonuca, yani bir hakkı veya hukukî ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasından oluşan iki veya çok taraflı hukukî işlem”* olarak tanımlanmaktadır.²⁰⁹ Sözleşme kavramı, bir mutabakatı, uygunluğu ifade etmektedir. Bu ifadeyle iki kişinin karşılıklı ve uyumlu davranış biçiminden bir borç kaynağının doğduğu anlatılmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle, böyle bir borç kaynağının doğumu için, iki kişinin uyum içinde bulunan bir davranışı ortaya koymaları gerekmektedir.²¹⁰ Uyum içinde bulunan davranışın ne zaman bir borç kaynağı olacağı yasalarda belirtilmiştir.²¹¹

Sözleşme, her şeyden önce bir hukukî işlemdir. Bu nedenle, hukukî işlemin kurulabilmesi için gerekli bütün koşulları sağlamak zorundadır.²¹² Hukukî işlem, hukukî sonuca yönelik yapılan bir irade açıklaması olarak tarif edilmektedir.²¹³ Bu tanımdan hukukî işlemin şu üç unsurunu çıkarabiliriz; bir iradenin varlığı, bu iradenin açıklanması ve hukukî bir sonuç doğurmaya yönelik olmasıdır.

²⁰⁸ UNCITRAL, **Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Vienna, Edition 2012, s. 83.

²⁰⁹ EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, 2012, s. 199-203.

²¹⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2011, s. 52; EPSTEIN, Adam, **Contract Law Fundamentals**, 1. Baskı, New Jersey 2008, s. 4, 27; OĞUZMAN/ÖZ, OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul 2011, s. 45-46.

²¹¹ KILIÇOĞLU, s. 52.

²¹² AKINCI, Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 3. Baskı, Konya 2006, s. 75.

²¹³ KILIÇOĞLU, s. 40-45.

Türk Borçlar Kanununda bir sözleşmenin kurulabilmesi için öncelikle tarafların iradelerini karşılıklı açıklamaları gerektiği öngörülmüştür. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) 1. ve 2. maddelerinde bunun genel koşulları belirtilmiştir. TBK’nın 1. maddesinde; “*sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur*” ifadesi yer almaktadır. Bu tanım sözleşmenin unsurlarını içeren bir tanımdır.²¹⁴

Bu tanımdan yola çıkarak sözleşmenin genel unsurlarını belirleyebiliriz. Bir hukukî işlem olan sözleşmede en az iki tarafın varlığı, birbirine uygun karşılıklı iradenin varlığı ve iradenin açıklanması gereklidir.²¹⁵

Borçlar Kanununda sözleşme, borç kaynağı olarak düzenlenmiştir. Bunun gibi, bir borç ilişkisi kurmak amacıyla yapılan sözleşmelere borç sözleşmeleri denmektedir. Ancak, sözleşme kavramı sadece borç sözleşmelerinden ibaret değildir, daha geniş kapsamlıdır.²¹⁶ Fakat, çalışmayı sadece borç doğuran sözleşmelerle sınırlandıracağız.

CISG’de sözleşme kavramı için herhangi bir tanım yapılmamış ise de Anlaşmanın milletlerarası mal satımını düzenleme amacı, satıcının 30. maddede düzenlenen malı teslim ile ilgili dokümanları verme borcu, alıcının 53. maddedeki para borcu, Anlaşmanın 31. maddesindeki malların teslimine ilişkin düzenleme, Anlaşmanın 35. maddesi 2/c’deki numune üzerine satım düzenlemesi ve Anlaşmanın 73. maddesindeki art arda teslimli satım sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler esas alındığında Anlaşma anlamında satım sözleşmesinin bir tanımını yapmak mümkündür. Bu maddelerden yola çıkarak, “*taraflardan birinin (satıcının) kararlaştırılan malı teslim etme ve mal üzerindeki mülkiyeti devretme ve gerekiyorsa mal ile ilgili dokümanları verme borcu altına girdiği buna karşılık diğer tarafın da malı teslim alma ve*

²¹⁴ KILIÇOĞLU, s. 52.

²¹⁵ AKINCI, s. 77; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, **Borçlar Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul 2012, s. 25; EREN, s. 203; KILIÇOĞLU, s. 52-54.

²¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 1. Cilt, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 95-98.

kararlaştırılan semeni ödeme borcu altına girdiği sözleşme” CISG anlamında mal satım sözleşmesidir.²¹⁷

Türk Borçlar Kanununu incelediğimizde satım sözleşmesi; “*satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Buradan, CISG’de düzenlenen mal satım sözleşmesi kavramının TBK m. 207’deki düzenlemeyle paralel olduğunu görmekteyiz.²¹⁸

II. SÖZLEŞMENİN KURULMASI

Milletlerarası mal satım sözleşmelerinde sözleşmenin kurulması m. 14 ilâ m. 24 arasında düzenlenmiştir. Bunun yanında, genel hükümlerden m. 7 ilâ m. 13 özellikle de irade beyanlarının yorumlanmasını düzenleyen m. 8 ve sözleşmelere şekil serbestisi öngören m. 11, hatta tarafların sözleşme yapma usulüne uygulayabilecekleri kuralları belirleme serbestisi, sözleşmenin kurulması için önem arz etmektedir. Bu Anlaşmanın sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenlediği unutulmamalıdır. Anlaşmada aksine bir düzenleme bulunmaması halinde sözleşmenin veya sözleşme hükümlerinin ya da teamüllerin geçerliliği düzenlenmemiştir (CISG m. 4).²¹⁹

Sözleşmenin kurulmasını düzenleyen ikinci bölümün, Anlaşmanın diğer bölümleriyle ilişkisini inceleyecek olursak, bu bölümün uygulama alanı ve genel hükümleri düzenleyen ilk bölüme sıkı sıkıya bağlı olduğu görölmektedir. Ancak tarafların yükümlölüklerinin düzenlendiği üçüncü bölümden tamamen bağımsızdır. Anlaşmanın 92. Maddesinde ise tarafların ikinci bölüm veya üçüncü bölümle bağlı olmayacakları hakkında çekince koyabilecekleri düzenlenmektedir. Bunun temelinde yatan neden ise

²¹⁷ ZEYTİN, s. 47.

²¹⁸ TOKER, s. 76-77.

²¹⁹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER; SCHLECHTRIEM, Peter/ SCHWENZER, Ingeborg, **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, 2nd (English) Ed., OUP, New York 2005, s. 176.

UNCITRAL'in milletlerarası mal satımıyla ilgili tek bir Anlaşma yapma istediği olmuştur.²²⁰

Anlaşmanın ikinci bölümü (CISG m. 14 - 24), sözleşmenin kurulması kurallarını geleneksel teoriye uygun olarak, tarafların icap ve kabul beyanları ile sözleşmeyi kurmasını sağlamaktadır. Bu sayede Kıta Avrupa sistemini benimsemiş ülkelerde bulunan taraflar, Common Law kavramı olan karşılık (ivaz - consideration)²²¹ ile uğraşmak zorunda kalmayacaklardır.²²²

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin olan bu hükümler sözleşmenin kurulmasının yanı sıra, sözleşmenin değiştirilmesinde, sözleşmenin tamamlanmasında ve sözleşmenin feshedilmesinde de uygulama alanına sahiptir. Ancak bu hükümler, hata, hile veya tehdit gibi irade beyanı sakatlayan halleri göz önüne almamaktadır. İrade beyanının sakatlığına ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın görüldüğü devletin hukukunun bağlama kurallarına göre belirlenecek iç hukuk kuralları uygulanacaktır. Yani sözleşmenin esas bakımından uygulama alanı bulacağı ülke hukukunun uygulanması söz konusudur. İrade beyanlarının geçerliliği ise Anlaşma kapsamında değildir, yetkili hukuk kurallarına göre çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklardır.²²³

Temsile ilişkin kurallar, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo), sözleşmenin tamamının veya belirli bir hükmünün geçerliliği, yukarıda belirttiğimiz gibi irade sakatlığı halleri, fiil ehliyetinin sınırlı olması veya bulunmaması, kanuna aykırılık nedeniyle veya bir sözleşme hükmünün kötüye kullanılabilir olması nedeniyle hükümsüz veya iptal edilebilir olup olmadığı gibi konular sözleşmenin kuruluşuna ilişkin Anlaşmada yer almayan diğer konulardandır. Başka bir deyişle bu konular akit statüsünün uygulama alanı dışında kalmaktadır. Dolayısıyla hâkim

²²⁰ Takriben Anlaşmanın ikinci bölümü 1964 tarihli ULF ve üçüncü bölümü ise ULIS'te düzenlenen konuları içermektedir. HONNOLD, John O., **Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention**, 3rd ed., The Hague 1999, s. 143.

²²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz, FARNSWORTH, E. Allan, **Amerikan Hususi Hukukuna Giriş**, İstanbul 1961, (Çeviren: Dr. Ergun ÖZSUNAY).

²²² HONNOLD, s. 17; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 178.

²²³ ZEYTİN, s. 87.

kanunlar ihtilâfı kurallarından hareketle tespit edeceği yetkili hukuk kapsamında bu konulara ilişkin sorunları maddi çözüme kavuşturacaktır.²²⁴

Çalışmamızın birinci bölümünde belirttiğimiz üzere, sözleşmenin kurulması hükümlerinin uygulama alanı bulması için taraf ülkelerin Anlaşmanın m. 92 hükmüne göre çekince koymamış olmaları gerekmektedir. Bu hükme göre çekince koyan ülkeler; Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Norveç ve İsveç'tir.²²⁵

III. SÖZLEŞMENİN KURUCU UNSURLARI

Türk Borçlar Kanunu m. 1'e göre, sözleşmenin kurucu unsuru, " tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır" sonucunu çıkarabiliriz. Başka bir deyişle, " tarafların irade beyanları", "birbirine uygunluk" ve "karşılıklılık" sözleşmenin kurucu unsurlarıdır. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sözleşmeyi kuran, meydana getiren ana unsurdur.²²⁶

Bir sözleşmenin kurulması için her şeyden önce tarafların iradelerini beyan etmeleri gerekmektedir. Bu da en az iki irade beyanının bulunmasını gerektirmektedir. Sözleşmenin çok taraflı olması halinde ise irade beyanlarının sayısının taraf sayısı kadar olması gereklidir. Sözleşmenin tarafı olan kişilerin irade beyanları yoksa ortada bir sözleşmenin olduğunu söyleyemeyiz. Sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanını kişi kendisi yapabileceği gibi, yetkili temsilcisi vasıtasıyla da yapabilir.²²⁷ Sözleşmede taraf olabilmek için gerçek veya tüzel kişi olmak, kısacası hak ehliyetine ve sözleşme ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip olmak gerekmektedir. Hukukumuzda sözleşme ehliyetine sahip olmak için sözleşmeye taraf olacak

²²⁴ SCHWENZER/MOHS, s. 83-84.

²²⁵ UNCITRAL, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html), (E.T. 09.12.2012); ZEYTİN, s. 87.

²²⁶ EREN, s. 227; KILIÇOĞLU, s. 52-53; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 165; OĞUZMAN/ÖZ, s. 52.

²²⁷ EREN, s. 227; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 166.

kişinin ayırt etme gücüne sahip ve ergin olması, hacir altına alınmamış olması gerekmektedir. Taraflardan biri bile sözleşme ehliyetine sahip değilse sözleşme geçersiz olacaktır.²²⁸

Sözleşmenin kurulmasına, taraflar dışında veya yanında, kanuni veya iradi temsilcileri de katılabilir.²²⁹

Sözleşmenin bir diğer unsuru ise irade beyanlarının birbirine uygun olmasıdır. Taraflar sözleşmenin kurulmasıyla aynı şeyin gerçekleşmesini, belirli bir konu veya alanda aynı sonucun doğmasını istedikleri anda, irade beyanlarının birbirine uygun olduğunu söyleyebiliriz. İrade beyanlarının birbiriyle uygun olmaması halinde ise irade uyuşmazlığı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda sözleşme kurucu unsurdan yoksun olması nedeniyle kurulmuş olmaz.²³⁰

Sözleşmenin tarafları birbirine uygun irade beyanlarıyla sözleşmeyi kurdukları sırada sözleşmenin içeriğini de tespit etmektedirler. Bu nedenle irade beyanlarındaki uygunluğun, sözleşmenin içeriğini oluşturan objektif ve sübjektif bütün esaslı noktaları kapsamaması gerekmektedir. Sözleşmenin objektif esaslı noktaları, sözleşmenin tip ve türünü belirleyen, onun asgari içeriğini oluşturan noktalardır. Sübjektif esaslı noktalar ise, sözleşmenin içeriğine tarafların birlikte koyduğu veya taraflardan birinin diğer tarafın bilgisi altında yalnız bir tarafça sözleşmeye konulması kesinlikle istenen hususlardır.²³¹

Üçüncü unsur ise tarafların irade beyanlarının karşılıklı olması gerekliliğidir. Burada anlatılmak istenen, tarafların her birinin iradelerini diğer tarafa yönelterek beyan etmeleridir. Bu şekilde taraflar irade beyanlarını birbiriyle değiştirmekte ve her biri diğer tarafın irade beyanına muhatap

²²⁸ EREN, s. 228.

²²⁹ EREN, s. 229; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 166.

²³⁰ EREN, s. 229-231; KILIÇOĞLU, s. 55-56; OĞUZMAN/ÖZ, s. 53.

²³¹ EREN, s. 234-235; KILIÇOĞLU, s. 55-57.

olmaktadır. Böylece, taraflardan her biri hem bir irade beyanının sahibi, hem de diğ erinin muhatabı olmaktadır.²³²

İrade beyanlarının karş ılıklı olması, bir sözleşmenin kurulmasında taraflardan her birinin, hem beyan sahibi, hem de diğ er tarafın beyanının muhatabı olması anlamına gelmektedir.²³³ Değ iştirilen bu irade beyanları, yapıldıkları zamana ve taraflara göre, icap ve kabul adını almaktadır. Söz konusu irade beyanlarından, zaman itibariyle önce olanı icap, sonra geleni ise kabul adını almaktadır.²³⁴

CISG’de sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlere baktığımızda ise tarafların icap ve kabulüyle objektif olarak anlaşmalarına dair bir sistem olduğunu görmekteyiz.²³⁵ Bu Türk Borçlar hukuku sisteminin de temelini oluşturan icap ve kabul ile sözleşmenin kurulacağı benimsenmiştir.²³⁶

A. İcap

1. Kavram ve Tanımı

Sözleşmenin yapılması teklifini içeren ve bu amaçla zaman olarak daha önce yapılan, muhataba varması gereken, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı bir nitelik taşıyan ve muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade açıklamasına icap (öneri) denir.²³⁷ İcap, sözleşmenin kurulması için yapılan beyanların ilkidir, bu bakımdan “sözleşme yapma teklifi

²³² EREN, s. 243; KILIÇOĞLU, s. 53.

²³³ EREN, s. 243-244.

²³⁴ AKINCI, s. 77; EREN, s. 243; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 95.

²³⁵ Avrupa Sözleşme İlkeleri (Principles of European Contract Law – PECL) genel hükümler kısmı madde 2:101’de “bir sözleşmenin yapılması için gereken şartlar” başlığı altında tarafların hukukî olarak bağlanma niyetinde olması ve yeterli bir anlaşmaya varması halinde başka herhangi bir şart aranmaksızın, sözleşmenin kurulmuş olduğu kabul edilmiştir. DAYINLARLI, Kemal, **Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri**, Ankara, 2005, s. 19.

²³⁶ SCHWENZER/MOHS, s. 83-85.

²³⁷ AKINCI, s. 78; EREN, s. 243-244; OĞUZMAN/ÖZ, s. 53; Diğ er bir görüş e göre, bir irade beyanının icap mı kabul mü olduğu konusunda beyanların sırası ya da zamanı değ il, bu beyanların nitelikleri önem taşımaktadır. KILIÇOĞLU, s. 55.

veya çağırısı” niteliğindedir. Hukukî niteliği itibariyle icap, tek taraflı bir hukukî işlemdir.²³⁸ İcap sahibi bu beyanıyla, belirli bir süre bağlanmakta aynı zamanda muhataba kendisiyle teklif edilen sözleşmenin kurulması konusunda bir yetki vermektedir. İcapta bulunan, icap beyanıyla muhataba, kabul ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran bir yenilik doğuran hak sağlamaktadır.²³⁹

İcabın bazı özelliklere sahip olması gerekmektedir. İcabın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, öncelikle muhatabın hâkimiyet alanına varması gerekmektedir. İcap, sözleşmenin objektif ve sübjektif yönden esaslı bütün noktalarını kapsamalıdır. Örnek vermek gerekirse bir satım sözleşmesinde, icabın, satılacak olan malı ve satış bedelinin ne olduğunu içermesi gerekir. Kesin (açıklık) veya belirli olmayan öneriler, icap olarak nitelendirilemez, bazen sözleşme görüşmelerine veya icaba davet olarak nitelendirilebilir. CISG’de ise malların saptandığı ve açık veya örtülü olarak miktar ve semenin belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapılması yeterli olarak kabul edilmiştir. İcap, hukukî sebebi içermeli, muhatabın bu icaptan, kurulması istenilen sözleşmenin hukukî sebebini anlaması gerekmektedir. Bunlara ek olarak bir icap beyanı bağlanma niyetiyle yapılmalıdır. Aksi halde icap olarak nitelendirilemez, bazen icaba davet olarak anlaşılabilir.²⁴⁰

İcap kanunumuzda kural olarak herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Ancak, kanunen şekle bağlı kılınan sözleşmelerde icabın kanunda belirtilen şekliyle yapılması gerektiği düzenlenmiştir (TBK m. 12).²⁴¹

Anlaşmanın 14. maddesi 1. fıkrasında hangi tekliflerin icap (öneri) sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre bir teklifin, bir veya birden çok belirli kişiye sözleşmenin kurulması için yöneltilmesi, yeterince kesin olması ve teklifte bulunanın, icabın kabulü halinde bağlanma iradesini yansıtmaması

²³⁸ EREN, s. 244. Diğer bir görüşe göre ise icap, tek taraflı hukukî işlem değil, sözleşmenin bir parçasıdır.

²³⁹ EREN, s. 244.

²⁴⁰ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 26; EREN, s. 244-245; REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, İstanbul 2011, s. 63.

²⁴¹ AKINCI, s. 78; EREN, s. 246.

durumunda icap (öneri) sayılacağı belirtilmiştir.²⁴² Buradan icabın unsurlarını belirleyebiliriz. Bu unsurlar irade beyanının yöneltilmesi, yeterince kesin olması ve bağlanma iradesidir.²⁴³ İcap kavramı CISG’de ve TBK’da aynı kapsamda nazara alınmıştır.²⁴⁴

2. Yeterince Kesin Olma

Yeterince kesinlik kavramı ise CISG m. 14/1 2. cümlesinde, malların saptandığı ve açık veya örtülü olarak miktar ve semenin belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapıldığı teklifler olarak açıklanmıştır.

Bir icabın oluşması için, teklifin kabul edilmesi halinde mahkemelerde icra edilebilecek yükümlülükleri içerecek kadar kesin olmalıdır. Yani temel unsurları barındırması gerekmektedir.²⁴⁵

²⁴² ALBÁN, Jorge Oviedo, **Criteria For An Offer: Editorial Remarks On The Manner In Which The UNIDROIT Principles May Be Used To Interpret Or Supplement CISG Article 14** (Editör: FELEMEGAS, John, **An International Approach To The Interpretation Of The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (1980) As Uniform Sales Law**), New York 2007, s. 76-83; LOOKOFISKY, Joseph, **Understanding the CISG, A Compact Guide To The 1980 United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods**, Third (Worldwide) Edition, Alphen aan den Rijn 2008, s. 48; CARR/STONE, CARR, Indira/STONE, Peter, **International Trade Law**, Fourth Edition, New York 2010, s. 72-73

²⁴³ ZEYTİN, s. 88.

²⁴⁴ İcap konusu Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde madde 2:201’de düzenlenmektedir. Bir teklifin; sözleşme yapma niyetini taşıması, diğer tarafın bunu kabul etmesi ve bir sözleşmeyi oluşturacak yeterli kesinlikte şartları içermesi halinde icap olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Buradan ASH ilkelerine göre icabın yeterince kesin olması, kabul edilebilir bir beyan bulunması ve bağlanma iradesinin bulunması unsurlarını taşıması gerektiğini çıkarabiliriz. Geniş bilgi için bkz. DAYINLARLI, PECL, s. 26-27.

²⁴⁵ Örnek olayımızda, Müzakereler sonrasında Alıcı ve Satıcı “Satım Sözleşmesi” imzalamışlardır ve satıcı sözleşmedeki özellikte ve miktarda üretimi yapacak ve malları yollayacaktır. Sözleşmede fiyat belirtilmemiştir ama “ taraflar bu sözleşme ile bağlanma niyetindedir ve fiyatın belli olmadığı veya belirlenmediği durumlarda bağlayıcı sözleşmenin kurulmasına imkân vermeyen CISG m. 14/1 hükmü ile bağlı olmadıklarını kabul etmiştir” demektedir. Satıcı malları üretimini tamamlamış ve alıcıya göndermiştir, Alıcı malları teslim almış ve kullanmaya başlamıştır. Sonrasında taraflar fiyat üzerinde anlaşmaya varamamışlardır.

Satıcı bu nedenle maruz kaldığı zararı istemekte ve CISG m. 55’i ileri sürmektedir.

Alıcı sözleşmede açıkça veya zımni olarak fiyat belirtmediği veya fiyatın belirlenmesi için hüküm içermemesi nedeniyle CISG m. 14 anlamında sözleşmenin kurulmadığını iddia etmektedir.

Alıcının iddiası CISG m. 14’e göre teklifin icap olarak kabul edilmesinin “yeteri kadar belirli olup olmadığı ve bağlanma niyetini içerip içermediğine” göre belirleneceği hükmüne dayanmaktadır. Burada taraflar icap ve kabul beyanlarını birbirleriyle değiştirmemişlerdir; bunun yerine “Satım Sözleşmesi” imzalamışlardır ve burada fiyat belirli olmasada sözleşme ile bağlı olduklarını

CISG m. 14/1 ikinci cümlesinde icabın yeterince kesin olması için gereken temel unsurlar, malların belirlendiği, açık veya örtülü olarak miktarı ve semenin (bedelin) belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemelerin yer alması olarak tespit edilmiştir. Fakat bazı durumlarda bunlar da yeterli değildir. Teslimin yeri ve zamanı, paketleme tipi somut olayda esas unsur olarak kabul edilebilir. Örneğin bir yazılım teklifinde lisanslama koşulları temel unsur olabilmektedir. Eğer daha önce yapılan müzakereler veya aralarındaki önceki satımlarda icabın belirli bir unsuru ihtiva etmesi gerektiği belirtiliyorsa ve bu ek unsurlar icapta bulunmuyorsa icap olarak kabul edilemez. Ancak bağlanma iradesi olmadan yapılan bir icaba davet sayılabilir. Kural olarak, taraflar ek unsurları sözleşme için, m. 8 ve Anlaşmanın ek kurallarını uygulayarak, esas unsur olarak kabul edilebilirler.²⁴⁶

İcabın yeterince kesin sayılması için malların, açık veya örtülü olarak miktar ve semenin belirlenmiş veya belirlenebilir olması gerekmektedir.²⁴⁷

Muhatabın aynı koşullarda makul bir insanın icabın gerekli esaslı unsurlarının yeterince kesin olarak ifade edildiğini anlayabileceği şekilde yaptığı teklifler de kabule uygundur.²⁴⁸ Beyanda bulunan taraf niyetini

belirtmişlerdir. Ayrıca tarafların açıkça bu niyetlerini etkileyecek herhangi bir CISG hükmü ile (m. 6) bağlı olmadıklarını belirttiklerini varsayıyoruz.

Anlaşmadaki icap ve kabul kavramlarının sözleşmenin kurulup kurulmadığı konusunda belirleyici olduğunu belirtmiştik. Ancak Anlaşma sözleşmelerin bu iki aşamalı yöntem haricinde de kurulabilmesine imkân tanımaktadır. CISG m. 18/3 sözleşmenin fiili davranışla ve m. 8/3 taraflar arasındaki yerleşmiş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dikkate alınarak yorumlanması yoluyla kurulabileceğini düzenlemiştir. HONNOLD, s. 152-153; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 188.

²⁴⁶ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 189; ZEYTİN, s. 89.

²⁴⁷ HONNOLD, s. 147; SCHWENZER/MOHS, s. 86.

²⁴⁸ Örnek olayımızda, Almanya'daki Alıcı, Hindistan'daki S. Ltd adındaki bir şirketten tekstil ürünleri almıştır. 1998 Mart ayının başlarında S. Ltd'nin İsviçre'deki hukukî olarak bağımsız olan şubesi (Davacı), Alıcıya "27 Şubat'ta S. Ltd'den size bir konteyner mal satışı için fatura hazırlamamızı isteyen bir faks aldık. Bize lütfen adresinizi gönderebilir misiniz? ..." faksını çekmiştir. Alıcı bildirim faks ile 11 Mart tarihinde almıştır. Bu faksta "bütün işlemler ve satımlar İsviçre hukukuna tabidir" şeklinde bir hüküm bulunmaktaydı. Mart ayının ortalarında Davacı Alıcıdan emre yazılı bir senet talep etmiştir ve davacıya hemen yollanmıştır. Alıcı, alacaklı kısmına "S. Ltd. – Salem 6363007" yazmıştır. Birkaç gün sonra Davacı başka bir emre yazılı senet istedi bu sefer Alıcı bunu göndermedi. Ancak, Mart ayının sonunda mallar gönderilmiştir fakat Alıcı ücreti ödememiştir. Bunun üzerine, Davacı malın bedelini tahsil için Alıcıya dava açmıştır. İlk derece mahkemesi davayı reddetmiştir.

Temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesinin verdiği kararı onamıştır. Tarafların sözleşmenin kuruluşu anındaki iş yerlerinin Anlaşmaya taraf olan ülkelerde olduğunu (Almanya ve İsviçre) ve

istemediği bir şekilde ifade etmişse yetkili hukukun hata ile ilgili kuralları uygulanır. Öte yandan, esas unsurla ilgili bir konunun birden fazla anlama gelmesi ve bu konunun m. 8 anlamında bir yorumla açıklanamaması halinde, bu icap kabule uygun değildir. Burada icap kabul edilebilmesi için gerekli koşulları sağlamadığından ilgili iç hukuka gitmeye gerek yoktur.²⁴⁹

CISG m. 6, taraflara m. 14/1 ikinci cümlesine istisna getirebileceklerini belirtmiştir. Bu maddeye göre taraflar, bu maddenin uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak kaydıyla, Anlaşmanın hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilir. İcapta bulunanın semeni muğlak bırakarak yapacağı bir teklif geçerli bir icap olarak kabul edilecektir. Buradaki boşluk CISG m. 55 anlamında doldurulacaktır. Bu konuda ispat yükü, icabın geçerliliğini ileri süren tarafa aittir.²⁵⁰

davada CISG'in uygulanacağına karar vermiştir (CISG m. 1/1-a). Bildirimdeki “bütün işlemler ve satımlar İsviçre hukukuna tabidir” kaydı CISG'in sözleşmeye uygulanmasını engellememektedir. Çünkü İsviçre CISG'i kabul etmiştir. CISG'i uygulama dışında bırakmak için tarafların açıkça İsviçre iç hukuk kuralları uygulanır demeleri gerekmektedir.

Mahkeme, Alman Alıcı ile İsviçreli Davacı arasında satım sözleşmesinin kurulmadığını çünkü Davacının CISG m. 14 anlamında bir icapta bulunmadığını belirtmiştir. 2 Mart tarihli, faks icap olarak kabul edilemez çünkü CISG m. 14 anlamındaki belirliliği sağlamamaktadır. Malların ne olduğu ve bunun miktarı ve fiyatının belli olmaması nedeniyle bu koşulu yerine getirememektedir. 11 Mart'ta Alıcıya gönderilen fatura gerekli unsurları taşımasına ve davacının bunun bir icap olarak algılanmasını istemesine rağmen Alıcının Davacının niyetini bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması nedeniyle bir icap olarak kabul edilemez. CISG m. 8'e göre bu, beyanın içeriğinin Alıcı tarafından kesin olarak icap şeklinde nitelendirilip nitelendirilmediğine bağlıdır. Bu durumda Alıcı bu beyanı bir icap olarak nitelendiremez. Çünkü faks çekilen faturadan açıkça davacının S. Ltd'nin talebiyle hareket ettiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca, 2 Mart tarihli faksta S. Ltd'nin davacının fatura hazırlamasını istediği belirtilmektedir. Davacının Alıcıdan talep ettiği emre yazılı senet de icap olarak nitelendirilemez. Çünkü S. Ltd'nin Davacının bunu istemesini talep ettiği belirtilmektedir.

11 Mart tarihli fatura icap olarak kabul edilse bile zaten Alıcı bu teklifi kabul etmemiştir. Mart'ın ortalarında Davacıya faks ile gönderilen emre yazılı senet de, icaba onay verme anlamına gelen bir davranış ile kabul yapılabilmesine (CISG m. 18) rağmen kabul olarak değerlendirilemez. Davamızda, Alıcı Davacıya faksla gönderdiği emre yazılı senette S. Ltd'nin adresini yazmıştır. Bu nedenle Alıcı bu beyanı da kabul olarak nitelendiremez. Germany, 30.08.2000, Oberlandesgericht Frankfurt, 9 U 13/00, [http://www.unilex.info/case.cfm?id=511], (E.T. 10.01.2013).

²⁴⁹ HONNOLD, s. 150; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 190.

²⁵⁰ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 189.

İcap açıklayıcı bir işlemdir ve bu nedenle sadece m. 14 ile değil aynı zamanda bu işlemin geçerliliğine uygulanacak ülke hukukunun maddi hükümleri ile de uyumlu olmalıdır.²⁵¹

İcap yapılırken esas unsurların belirlenebilmesi için gerekli veriler teklif sırasında bulunmaktaysa, başka bir zamanda yapılmış beyanların yorumlanması veya icaba dahil edilmesi yoluyla yeterince kesin olma koşulu yerine getirilir (icapta bulunanın fiyat listesi²⁵² veya bunun gibi icaba davetler buna örnek olarak gösterilebilir). Bazı durumlarda da icabın esas unsuru sonradan meydana gelecek veya üretilecek bir şey olabilir, bunlar da belirlenebilir olarak kabul edilir (gelecek senenin bütün hasadı veya teslim tarihindeki en yeni model gibi). Avusturya üst mahkemesi OGH kürklerin kalitesinin farklılığı fiyatın belirlenmesini etkileyeceğinden fiyat aralığının 35 – 65 DM olduğu bir davada fiyatın belirlenebilir olduğunu kabul etmiştir.²⁵³

Belirleme yetkisi, üçüncü bir kişiye veya taraflardan birine veya her ikisine bırakılması üzerine anlaşılabilir veya icapla birlikte teklif edilebilir. Bu şekilde esas unsurlar belirlenebilir olacağından m. 14/1 ikinci cümlesine uygun olarak yeterince kesin sayılır. Ancak bazı iç hukuk düzenlemeleri bu yetkinin sözleşmenin bir tarafına verilmesini engelleyebilir. Bu durumda sözleşmenin o hükmü geçersiz olur ve teklifin icap olarak kabul edilmesini engeller. Fiyatın açık olması ve fiyatın satıcı tarafından belirlenebilmesi, Viyana Konferansında ve müzakere aşamasında tartışmalara sebep olmuştur. Bazı devletler belirli veya belirlenebilir olmasının zorunlu olmasını isterken diğer bazıları ise sözleşmenin yine de kurulabilir olmasını teklif etmişlerdir. En son olarak şu anki şekli kabul edilmiştir. Yani kabul etmeyen devletlere çekince koyma imkânı tanınmıştır. Böylece sözleşmenin yine de

²⁵¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 188.

²⁵² 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda fiyat gösterilerek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadığı takdirde icap sayılacağı düzenlenmiştir.

²⁵³ HONNOLD, s. 152-153; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 191; Avusturya OGH, 10 Kasım 1994, 2 Ob 547/93, (ciscg-online.ch/ciscg/urteile/117.htm), (E.T. 30.12.2012).

kurulabilmesini savunan taraf devletler bakımından sözleşmenin kurulmasına iç hukuklarının uygulanabilmesinin yolu açılacaktır.²⁵⁴

CISG m. 14/1 ikinci cümlesi bir teklifin fiyatın belirli olmaması veya fiyatı belirlemek için bir hüküm içermemesi halinde icap oluşturmayacağını düzenlemektedir. Taraflardan birinin satıma konu olacak malın miktarını belirlemesi halinde (tek satıcı sözleşmelerinde de böyledir) parça veya miktar başına fiyat belirlenmesi yeterlidir. Ancak karşı teklif fiyatın belirlenmesi için bir hüküm içermiyorsa, kabul edilebilir bir icap olarak nitelendirilemez. Belirli olmayan fiyat m. 14 vd. anlamında sözleşmenin kurulmamış olduğunun göstergesidir.²⁵⁵

Ancak, Anlaşmanın 55. maddesinde “*Sözleşme, açıkça veya örtülü olarak semen belirlenmeksizin veya semenin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme içermeksizin geçerli olarak kurulmuşsa, aksine herhangi bir emare bulunmadıkça, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata örtülü olarak gönderme yapmış oldukları varsayılır*” hükmü yer almaktadır.²⁵⁶

²⁵⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 191-194.

²⁵⁵ HONNOLD, s. 153; SCHWENZER/MOHS, s. 87.

²⁵⁶ Ukraynalı Satıcı ve Avusturyalı Alıcı arasında müzakereler Satıcının fiyatın “yeni yılın on gün öncesinden” belirleneceği beyanı haricinde tamamlanmıştır. Alıcı bu hükmü kabul etmiştir ancak fiyat üzerinde anlaşamamışlardır. Satıcı malları göndermeyi reddetmiştir bunun üzerine Alıcı zararının tazmini için dava açmıştır. Hakem Heyeti Alıcının iddiasını CISG m. 14 ve 55’e dayanarak reddetmiştir. CISG m. 55’in uygulanması mümkün görmemiştir. Çünkü sözleşme tarafların fiyat üzerinde anlaşacakları beklentisiyle hazırlanmıştır. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce, 309/1993, 16 Mart 1995, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html>), (E.T. 10.01.2013).

Satıcı Alıcıya uçak motoru satımı için iki modelin fiyat aralığını belirten bir teklif sunmuştur. Alıcı bu teklifteki motorlardan birini kabul etmiştir, ancak sonra sözleşmeyi reddetmiştir. Motorlar teslim edilmemiştir ve Satıcı zararının tazmini için dava açmıştır. Temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını bozarak, uçak motorları için “piyasa fiyatı bulunmaması nedeniyle” icabın yeterince kesin olmadığı, fiyattaki belirsizliğin giderilemediği ve bu nedenle sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varılmıştır. Hungary Supreme Court, Gf.I.31 349/1992/9, 25 Eylül 1992, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920925h1.html>), (E.T. 10.01.2013).

Manganez satışında taraflar Alıcının bunu tekrar satması karşılığında alacağı fiyata göre belirlenmek üzere şarta bağlı olarak fiyat üzerinde anlaşmışlardır. Alıcı burada belirlenen ücreti ödemiştir. Taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklara bakılarak Alıcının ek ücret ödemesine karar verilmiştir. Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, Paris, 8324/1995, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>), (E.T. 10.01.2013).

İsviçreli Alıcı Alman Satıcıdan çatal bıçak takımı sipariş etmiştir. Satıcı malları Alıcıya göndermiştir. Alıcı malları reddetmiştir. Taraflar fiyat üzerinde anlaşamamışlardır. Mahkeme sözleşmenin yeterince kesin olduğuna karar vermiş ve Satıcı lehine zararın tazminine hükmetmiştir. Switzerland Commercial

CISG m. 14 ile m. 55 arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi için doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar m. 55'in öncelikli uygulanacağı ve m. 14/1 ikinci cümlesinin gereksiz olduğunu savunmaktadır.²⁵⁷ Diğer görüşe göre ise kural olarak bağlayıcı bir sözleşme m. 14/1-2 anlamında geçerli bir icabın unsurlarını içermeyen kurulabilir. Bu durumlarda m. 55'in tamamlayıcı bir fonksiyonu olduğundan maddeler arasında bir uyumsuzluk yoktur.²⁵⁸ Bunun bir benzeri görüşte ise m. 14/1-2'nin icap ile icaba davet arasındaki sınırı belirlediğini savunmaktadır.²⁵⁹ Diğer bir görüş ise bu maddeler arasında kesinlikle bir uyumsuzluk olduğunu ve bunun sadece Anlaşmanın uygulandığı durumlara atıf yapılarak ve çeşitli yöntemler kullanarak çözümlenmesi gerektiğini savunmaktadır.²⁶⁰ Başka bir görüşe ise m. 14/1-2 kesinlikle öncelikli uygulanması gerekmektedir.^{261 262}

SCHLECHTRIEM/SCHWENZER'e göre, somut olaya ve ihtimallere göre bunu ayırt etmek gerekmektedir. Tabi ki m. 55 Anlaşmanın İkinci Bölümünün uygulanmaması halinde ve iç hukukun sözleşmenin fiyat belirlenmeksizin kurulmasına izin verdiği hallerde önem kazanmaktadır. Fiyatın belirlenmediği çoğu durumda, yorumlama kuralları uygulanarak, zımnen fiyatın belirlenmesiyle sözleşmeyi ayakta tutmak mümkündür. Yorumlamanın gerekli olduğu ve başka bir belirtinin bulunmadığı durumlarda, genellikle m. 55'te belirtilen bedel, yani sözleşmenin kurulduğu anda ilgili

Court Aargau, 26 September 1997, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970926s1.html>), (E.T. 10.01.2013). HONNOLD, s. 156.

²⁵⁷ HONNOLD, s. 149 vd.; FARNSWORTH, E. Allan, **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Galston & Smit Baskısı, New York 1984, 3.04 sub 3-9 [naklen; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 194]; ZEYTİN, s. 89.

²⁵⁸ BIANCA/BONELL/EÖRSİ, BIANCA, Cesare Massimo/ BONELL, Michael Joachim/ EÖRSİ, Gyula, **Commentary on the International Sales Law**, Milan 1987, s. 406-407; HONSELL/SCHNYDER/STRAUB, HONSELL, Heinrich/ SCHNYDER, Anton K./ STRAUB, Ralf Michael, **Kommentar zum UN Kaufrecht**, Berlin 1997, art 14, para 54 [naklen; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 194].

²⁵⁹ ROTH/KUNZ, ROTH Wulf-Henning/ KUNZ, Christian, **Zur Bestimmbarkeit des Preises im UN-Kaufrecht**, 43 RIW, Heidelberg 1999; NEUMAYER/MING, NEUMAYER, Karl Heinz/ MING Catherine, **Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: Commentaire**, Lausanne 1993, art 14 para 11 [naklen; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 194].

²⁶⁰ BYDLINKSI, Franz, **Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht**, Wien 1985, s. 63 [naklen; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 194].

²⁶¹ GHESTIN, Jacques, "Les Obligations Du Vendeur selon la Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises", IJL, Paris 1988, s. 6.

²⁶² SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 194; SCHLECHTRIEM/BUTLER, s. 71.

ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata örtülü olarak gönderme yapıldığı anlamında kullanıldığı kabul edilir. Örneğin acilen yedek parçaya ihtiyaç duyulması durumunda, icapta bulunanın sözleşme kurulduğunda önceki fiyat üzerinden gidecektir. Burada m. 55 doğrudan uygulanmayacak, zımnen neyin kastedildiği hakkında yol gösterici olacaktır. Sözleşmenin ekonomik olarak güçlü tarafı olan satıcının yetkisini haksız kullanacağı da düşünülebilir. Ancak 1978 New York taslağının²⁶³ aksine burada objektif belirleme esas alınacaktır. Bazı durumlarda m. 14/1'e uygun olarak yapılamayan bir icap, tarafların zımnen m. 14/1-2'yi uygulamamaya karar vermeleri veya sözleşmenin icap kabul anlamından farklı şekilde geçerli olarak kurulması hallerinde, geçerli bir sözleşme olarak kabul edilebilir. Taraflar arasında önceden var olan alışkanlıklar ve uluslararası kullanımlar (örf, adet vb.) fiyatı belirleyebilir veya zımnî belirleme anlamına gelebilir.²⁶⁴

Fiyatın belirli olmaması nedeniyle milletlerarası özel hukuk kuralları yoluyla sözleşmenin kurulmasına imkân tanınsa bile iç hukuka başvurulmayacaktır. Çünkü aksi düşünülürse CISG'in ikinci bölümü göz ardı edilmiş olacaktır. Sadece devletlerin bu bölüme çekince koymaları halinde iç hukuklarında kabul edilen sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümleri uygulanabilir.²⁶⁵

3. Bağlanma Niyeti

İcapta bulunanın bağlanma niyeti icabın kurucu unsurlarından bir diğeridir. Bağlanma niyeti, bağlayıcı olmayan ön görüşmeler ve ön bağlanma arasındaki sınırı oluşturur. Bağlanma niyeti icapta bulunanın icabının kabulü

²⁶³ Bu taslağa göre bedel satıcı tarafından sözleşmenin kurulması anında ücretlendirilmektedir.

²⁶⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 195-196.

²⁶⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 196.

halinde icapla bağı olma niyetidir, icabın bağlayıcılığıyla karıştırılmamalıdır.²⁶⁶

İcapta bulunma ile icaba davet arasındaki farkı bağlanma niyeti oluşturur. İcapta bulunan “sözleşmenin kurulması şartıyla”, “herhangi bir yükümlülük altına girmeden” gibi ifadelerle bağlanma niyetinin olmadığını gösterebilir. Burada yorum kurallarına başvurularak bağlanma niyetinin olup olmadığı incelenecektir.²⁶⁷

4. İcabın Bağlayıcılığı

İcap kural olarak icapta bulunanı bağlamaktadır. İcap sahibinin bağlılığı iki şekilde olmaktadır. Birincisi, icapta bulunan icabını değiştiremez, icap kesindir. Diğeri ise, muhatap icabı kabul etmek suretiyle sözleşmenin kurulmasını sağlar. Kurulan sözleşme ile istenilen hukukî sonuç doğmaktadır.²⁶⁸

İcap ile ne kadar süre bağı kalınacağı ise icabın süreli ve süresiz olmasına göre değişmektedir.

İcapta bulunan taraf bağlanma süresini açıkça belirtmiş olabilir, bu durumda süreli icap söz konusu olmaktadır. TBK m. 3’te süreli icap, kabul için süre belirleyerek bir sözleşme yapılmasını öneren kişinin, belirlediği sürenin sona ermesine kadar icabıyla bağı olduğu şeklinde düzenlenmiştir. Süre kural olarak icapla birlikte, onun bir unsuru şeklinde konulur ancak icapta bulunan tarafından daha sonra da bir süre belirlenebilir. Süre, belirli bir takvim gününe bağlanabileceği gibi belirli bir olaya da bağlanabilmektedir.²⁶⁹

İcapta bulunan verilen süre içinde kural olarak icabından dönemez. Ancak dönme hakkını saklı tutabilir veya dönmeyi belirli koşullara bağlayabilir. TBK m. 3/II’de kabulün belirlenen sürede kendisine ulaşmaması

²⁶⁶ HONNOLD, s. 147; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 196; ZEYTİN, s. 89.

²⁶⁷ SCHWENZER/MOHS, s. 87-88.

²⁶⁸ EREN, s. 250; KILIÇOĞLU, s. 62-66.

²⁶⁹ EREN, s. 250-251; KILIÇOĞLU, s. 63.

halinde icapta bulunanın, icabıyla bağılı olmaktan kurtulacağı belirtilmiştir. Bu maddeden varma teorisinin kabul edildiği görülmektedir. Yani sözleşme, kabulün icapta bulunanın hâkimiyet alanına ulaştığı anda kurulmuş olacaktır.²⁷⁰

İcapta bulunanın herhangi bir bağılılık süresi belirtmemiş olduğu icaplara ise süresiz icap denilmektedir.²⁷¹ Süresiz icap TBK'da hazır olanlar ve hazır olmayanlar arasında olmasına göre iki şekilde düzenlenmektedir.

Hazırlar arasındaki icapta, icapta bulunan ile muhatap arasında bir aracı yoktur. Burada birbirleriyle doğrudan doğruya bir iletişim vardır. Hazır olanlar arasında kabul için süre belirtilmeksizin, yapılan bir icap hemen kabul edilmez ise, icapta bulunan icabına bağılılıktan kurtulmaktadır (TBK m. 4). Tarafların kanuni veya iradi temsilcileri tarafından doğrudan doğruya yapılan bir icap da hazırlar arası icap sayılmaktadır. Burada hemen kabul edilme, tarafların hazır olduğu, beyanların değiştirildiği doğrudan doğruya temas ve iletişimin kesilmeden devam ettiği süreyi ifade etmektedir.²⁷² Aynı maddenin ikinci fıkrasında, telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan icabın hazır olanlar arasında yapılmış sayılacağı da belirtilmiştir.

Hazır olmayanlar arasındaki icap, TBK m. 5'teki düzenlemeye göre; zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar icapta bulunanı bağlayacağı şeklinde hükme bağlanmıştır. Burada bekleme süresinin hesaplanması için üç süre göz önüne alınmalıdır. Bunlar, icabın muhataba varması için geçecek süre, muhatapın bu icap hakkında düşünebilmesi için geçecek süre ve kabul haberinin normal bir iletim aracıyla icapta bulunana varması için geçecek süredir.²⁷³

Zamanında gönderilen kabulün icapta bulunana geç ulaşması ve icapta bulunanın onunla bağılı olmak istememesi halinde durumun hemen

²⁷⁰ EREN, s. 250-251.

²⁷¹ EREN, s. 252; KILIÇOĞLU, s. 63; OĞUZMAN/ÖZ, s. 65.

²⁷² AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 28; EREN, s. 252; KILIÇOĞLU, s. 63.

²⁷³ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 28; EREN, s. 252-253; KILIÇOĞLU, s. 64-65.

kabul edene bildirilmesi gereklidir (TBK m. 5/3). Burada muhatabın kabul haberini zamanında göndermesi, kabul beyanı icapta bulunana normal süreden daha geç ulaşması ve icapta bulunanın artık icabıyla bağlı olmak istememesi gerekmektedir. İcapta bulunanın hemen bildirmemesi halinde sözleşme kurulmuş olur.²⁷⁴

CISG’de icabın bağlayıcılığı konusu çalışmamızda icabın geri alınması bahsinde incelenecektir.

5. İcaba Davet

İcap ile icaba davet farklı kavramlardır. İcapta, icapta bulunan sözleşmenin yapılması için gerekli bütün noktaları irade beyanı olarak açıklamıştır. Muhatap bu beyanı kabul ettiğinde sözleşme meydana gelmektedir. Halbuki, icaba davette beyan sahibi nihai ve kesin işlem (sözleşme) iradesini açıklamamakta, sadece belirli bir sözleşmeyi kurmak üzere müzakerede bulunmayı istediğini beyan etmektedir. Bu nedenle, icaba daveti beyan sahibinin muhatabı icapta bulunmaya sevk etmesi olarak tanımlayabiliriz.²⁷⁵

İcabın, icapta bulunanın bir sözleşme yapma konusunda iradesini “ciddi surette” açıklaması yani bağlanma niyetini belli etmesi gerekmektedir.²⁷⁶ TBK m. 8’de, icapta bulunanın icabı ile bağlı olmama hakkını saklı tuttuğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, icabının kendisini bağlamayacağını belirtmektedir.

İcap ile icaba daveti ayırt etmek zor olabilir, bu durumda yoruma gerek duyulur. Eğer icap sahibi ile muhatap birbirlerini fiilen doğru olarak anlamışlar ise, sözleşme bu fiili anlaşmaya göre kurulmuş olur.²⁷⁷

²⁷⁴ EREN, s. 253; KILIÇOĞLU, s. 65; OĞUZMAN/ÖZ, s. 64.

²⁷⁵ EREN, s. 246-247; KILIÇOĞLU, s. 57; REİSOĞLU, s. 63; OĞUZMAN/ÖZ, s. 54.

²⁷⁶ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 26.

²⁷⁷ EREN, s. 247.

İcap ile güdülen amaç, muhatabın kabul beyanıyla sözleşmenin kurulmasıdır. İcaba davette ise amaç karşı tarafın icapta bulunmasını yani onun kendisine teklifte bulunmasını sağlamaktır. İcaba davette, beyan sahibi, sözleşme kurma iradesini kesin olarak bildirmemekte, sadece buna hazır olduğunu açıklamaktadır. Ayrıca icaba davette beyanın içeriği tam olarak belirlenmediği için esasen icap sayılmamaktadır.²⁷⁸

CISG'e baktığımız zaman m. 14/2'de belirli olmayan kişilere yöneltilmiş teklifin, teklifte bulunanın aksini açıkça belirtmesi hali dışında, sadece icaba davet sayılacağı belirtilmiştir.

Sözleşme görüşmelerine başlamak için yapılan teklif bağlanma niyetini içermemektedir. Doktrinde bir görüşe göre gazete, televizyon, internetteki reklamlar, fiyat listeleri, belirli bir grup müşteriye dahi yöneltilse icaba davet sayılır. İstisna olarak büyük, belirli veya sınırsız bir grup kişiye bildirim, halka açık teklif yani tam anlamıyla icap olur.²⁷⁹ Belirli bir zaman sınırlaması olan detaylı bildirimler, icap olarak anlaşılabilir, satıcının temsilcisi tarafından alıcıya verilen bir sipariş formu sadece bir davet değil aynı zamanda bir icaptır, alıcının imzasıyla sözleşme kurulmuş olur. Kural olarak, fiyatı belirtilerek gönderilen mallar hem icabın esas unsurlarını zımnî olarak içermektedir hem de bağlanma niyetini barındırmaktadır.²⁸⁰

İcaba davetin geri alınması veya değiştirilmesi, tarafların bunu bağlayıcı olarak kabul etmeleri hali dışında, mümkün olmalıdır. Dönen taraf icabından döndüğünü haber vermelidir ve zararlardan sorumlu tutulması gerekir. Eğer bildirimde bulunmazsa bu sorun iç hukuk yoluyla sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) kuralları veya haksız fiil kurallarınca çözümlenecektir.²⁸¹

²⁷⁸ EREN, s. 247; KILIÇOĞLU, s. 57-58.

²⁷⁹ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda fiyat gösterilerek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadığı takdirde icap sayılacağı düzenlenmiştir.

²⁸⁰ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 197-198; SCHWENZER/MOHS, s. 88.

²⁸¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 198.

Bağlanma niyetinin mevcut olmadığı icaba davetin, icapta bulunanın tekliften hatta sonuçlanan sözleşmeden vazgeçme hakkının bulunduğu kural olarak icaba davet olarak isimlendirilen bir şekli de bulunmaktadır.²⁸² Bu kavram reklamlar ve ürün tanıtımlarını, resmi icaba (sözleşmeye) davetten ayırmaktadır. Bu şekilde bağlanma niyeti olmaksızın yapılan icabın söz konusu olduğu bu tarz hükümleri yorumlarken CISG m. 8'e göre objektif yorum yapılması gerekmektedir.²⁸³ Bu yoruma göre genellikle teklifin bir bağlanma niyeti içermediği sonucuna varılır fakat taraflar arasında yapılan görüşmeler ve teamüller bu hükme farklı anlamlar yüklenilmesini gerektirebilir^{284 285}.

6. Belirli Olmayan Sayıda Kişiye İcap

CISG m. 14/2 belirli olmayan kişilere yöneltilmiş teklifleri düzenlemektedir. Bu maddeye göre belirli olmayan kişilere yapılan teklifin, teklifte bulunan aksini belirtmediği sürece icaba davet sayılacağı belirtilmiştir.

Sınırsız sayıda yani belirlenmemiş sayıda kişiye yapılan teklifler icaba davettir. Buna fiyat listeleri, broşürler, gazete, televizyon, radyo reklamları (fiyat ve malın özellikleri m. 14/1-2 anlamında açıkça belirtilse bile), internet vasıtasıyla sınırsız sayıda kişiye yapılan icaplar, mağazanın camı önünde teşhir vb. haller de dahildir. Ancak, Anlaşma m. 14 belirli olmayan sayıda kişiye yapılan teklifi, icapta bulunanın bunu açıkça belirtmesi ve icabın m. 14/1-2'deki esas unsurlarını taşıması halinde, icap olarak kabul etmektedir. Düzenli müşterilere yapılan teklifler veya stok sona erene kadar yapılan

²⁸² “Invitation to treat” kavramı için bkz. (<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/I/InvitationtoTreat.aspx>), (E.T. 26.12.2012).

²⁸³ Türk hukukunda kavram olarak bulunmamakla birlikte teklifte belirtilen koşulların sağlanmasına ve anlaşmaya varılmasına rağmen “bağlanma niyeti olmaksızın” (without obligation) kaydıyla teklifte bulunan taraf teklifinden hatta sözleşmeden geri dönebilmektedir.

²⁸⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 198-199.

²⁸⁵ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri madde 2:102 “Niyet” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddede; bir tarafın beyanlarından veya tutumundan sözleşme ile hukukî olarak bağlı olma niyeti, diğer tarafça makul olarak anlaşılabilir olmalıdır, denilmektedir bkz. DAYINLARLI, PECL, s. 20.

indirimler, kabul için belirli bir süre öngören teklifler, belirli bir teklife karşılık ödeme yapılmasını öngören teklifler buna örnek olarak gösterilebilir.²⁸⁶

Unutulmamalıdır ki²⁸⁷ teklifin, gönderildiği belirli olan birden fazla kişiye yönelik olması halinde, bu icap olarak kabul edilir.²⁸⁸

7. İcabın Geri Alınması

Geri alma bozucu yenilik doğuran bir haktır. Geri alma beyanı, varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır. Bu beyanla beyanda bulunan, daha önceki irade beyanının hukukî sonuçlarını doğurmasını engellemektedir. Geri alınan icap veya kabul beyanı hiç yapılmamış sayılmaktadır.²⁸⁹

TBK m. 10'da icap ve kabulün geri alınması konusu düzenlenmektedir. Geri alma beyanı, sözleşmenin diğer tarafına icaptan önce veya aynı anda ulaşılmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça icaptan önce öğrenilmiş ise icap yapılmamış sayılacaktır. Sözleşmenin diğer tarafına icaptan önce veya aynı anda ulaşılmış olan geri alma beyanı düzenlemesi TBK'nın bu bölümde varma teorisinin kabul edildiğini, daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öğrenilmesi düzenlemesi ise bu kısmında öğrenme teorisinin kabul edildiğini göstermektedir.²⁹⁰

Geri alma beyanı doğrudan doğruya bir irade beyanı veya dolaylı bir irade beyanı şeklinde yapılabilmektedir. Geri alma beyanının tâbi olduğu şekil hakkında herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle geçerliliği özel bir şekil şartına bağlı değildir.²⁹¹

²⁸⁶ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 199.

²⁸⁷ HUBER/MULLIS, s.71-72.

²⁸⁸ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde m. 2:201 maddesinde icabın belirli bir veya daha çok kişiye veya halka yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, halka açık bir ilan veya bir katalog veya bir mal sergisiyle profesyonel bir tedarikçi tarafından beyan edilen fiyatlarla yapılmış mal ve hizmet temini teklifi, mal stoku veya tedarikçinin hizmet temin kapasitesi tükeninceye kadar bu fiyatla satma veya temin etme için bir icap olarak algılanacaktır bkz. DAYINLARLI, PECL, s. 26-27.

²⁸⁹ EREN, s. 259; OĞUZMAN/ÖZ, s. 62.

²⁹⁰ EREN, s. 259-260; OĞUZMAN/ÖZ, s. 62.

²⁹¹ EREN, s. 260; OĞUZMAN/ÖZ, s. 62; REİSOĞLU, s. 65.

CISG'e baktığımızda geri almanın m. 15 ve 16'da düzenlendiğini görmekteyiz. Türk hukukunda hazırlar arasında ve hazır olmayanlar arasında yapılan ayırım, CISG'de icabın muhataba varmasından önce icabın geri alınması (CISG m. 15 withdrawal) ve icabın muhataba ulaşmasından sonra ancak sözleşmenin kurulmasından önce geri alınması (CISG m. 16 revocation) şeklinde düzenlenmiştir.²⁹²

a. İcabın Muhataba Varmasından Önce İcabın Geri Alınması

İcap, icapta bulunanın rızası ile gönderilmesi halinde varmış sayılır. Bu nedenle, yetkili bir organ tarafından hazırlanmış ve karar verilmiş bir icap, gönderilmemesine rağmen, gönderilecek kişinin eline istenilmeyen bir şekilde geçmişse, icap varmış sayılmaz ve hüküm doğurmaz. Hüküm doğurmayan bir icap, muhatap bu icabın farkında olsa bile kabul edilemez. Ancak, sözleşmenin Anlaşmanın öngördüğü sıra (icabın beyan edilmesi, icabın muhataba varması, kabul) takip edilmeksizin karşılıklı tekliflerle (cross-offers)²⁹³ kurulmayacağı anlamına gelmez.²⁹⁴

Bir icap sadece muhataba varmasıyla hüküm doğurmaktadır (CISG m.15/1). İcabın geri alınması konusunda icabın varma anı hangi maddenin kapsamına gireceğini belirlemek bakımından büyük önem taşımaktadır. Burada m. 15/1 hükmü ile anlatılmak istenen icabın muhataba varmasından önce veya aynı anda geri alınabileceğidir.²⁹⁵ CISG m. 15/2'den ise bu geri

²⁹² CISG m. 15 (withdrawal), icabın geri alınması; CISG m. 16 (revocation) icaptan cayma şeklinde de kullanılabilir. bkz. SCHWENZER/MOHS, s. 90 vd..

²⁹³ Her iki tarafın birbirlerine karşılıklı olarak aynı teklifi yapması anlamına gelmektedir.

²⁹⁴ HONNOLD, s. 158; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 203-204.

²⁹⁵ 1 Haziran tarihinde Satıcı Alıcıya bir mektup göndererek belirli malları belirli fiyatlarda Alıcıya satmayı teklif etmiştir. Ayrıca icapta "Bu teklif bağlayıcıdır ve 1 Temmuz'a kadar geri alınamaz" kaydı bulunmaktadır. Satıcıdan Alıcıya mektubun gitmesi 1 hafta sürmektedir. 6 Haziran'da Alıcı Satıcının 1 Haziran tarihli mektubunu almadan önce; Satıcı, Alıcıyı arayarak size gönderdiğimiz 1 Haziran tarihli mektubu dikkate almayın, mektupta yer alan tekliften vazgeçtim demiştir. Alıcı mektubu aldıktan sonra teklifi kabul ettiğini beyan etmiştir.

Bu olaydaki sorun yani tarafların bu sözleşme ile bağlı olup olmadıkları CISG m. 15'e göre belirlenecektir. Örneğimizde 6 Haziran'da mektup Alıcıya ulaşmadan icap geri alınmıştır, bu nedenle icap geçerli değildir. 1 Temmuz'a kadar geri alınamaz hükmü icap Alıcıya ulaşmadığından geçerli değildir. İcap muhataba ulaştığı anda hükümleri doğurur. HONNOLD, s. 158.

almanın muhataba varması gerektiği sonucunu çıkarabiliriz. Anlaşmanın 24. maddesi ise geri almanın geçerli olup olmadığı ve ne zaman hüküm doğuracağını göstermektedir. Geri alma beyanı, sözleşmenin yapılması için belirli bir şekil öngörülmüş olsa bile, bu şekle uygun olarak yapılmak zorunda değildir. İkinci kısma çekince koyan ülkelerde şekil konusu milletlerarası özel hukuk kurallarına göre belirlenir. Çünkü geri alma beyanı CISG m. 12'ye göre diğer herhangi bir irade beyanı kavramına girmektedir.²⁹⁶

Geri alma beyanının ispatı icabın hükümsüzlüğünü iddia eden tarafa, genellikle icapta bulunana, aittir.²⁹⁷

b. Halka Açık İcabın Geri Alınması

Halka açık icabın nasıl geri alınabildiği konusu ise varma anının tespitinin zor olması nedeniyle tartışmalıdır. Sorun icabın ne zaman hüküm doğurduğu ve bunun geri alınıp alınamayacağı hususundadır. Eğer icapta bulunan tekliflerini çok geniş fakat adresleri belli bir grup kişiye katalog veya fiyat listesi şeklinde gönderiyor ve teklifinin belirli bir kısım kişiye yönelik olması niyetindeyse, m. 15/1'e göre sadece o kişilere vardığında hüküm doğurur. Belli olmayan kişilere teklifin hüküm doğurma zamanı ve halka açık icap olup olmadıkları bu teklifi yapan kişinin niyetine bağlı olarak tespit edilecektir. İcabın hüküm doğurması için belirli bir tarih, örneğin 1 Ocaktan itibaren cep telefonu 1.000 TL şeklinde, belirlenebilir. Böyle bir belirti yoksa potansiyel muhatapların bunu öğrenme tarihleri değil, icabın yayımı tarihinde hüküm doğurması kabul edilmelidir.²⁹⁸

²⁹⁶ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 204-205; SCHWENZER/MOHS, s. 90-91; ZEYTİN, s. 90.

²⁹⁷ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 205.

²⁹⁸ Örnek olayda, Satıcı mallarını (fiyatlarını da yazarak) tanıtan katalogları dağıtmıştır. Alıcı Satıcıya telex göndererek katalogdaki numarasından belirli model malı sipariş etmiştir. Satıcının cevap telexinde fiyat belirtilmemiştir.

Alıcının Satıcının kataloğuna dayanarak verdiği sipariş ile bağlayıcı bir sözleşme kurulmamaktadır. CISG m. 14 kapsamında Satıcının kataloğu belirli kişiler için yapılmamıştır ve icap olarak kabul edilemez. Ancak icaba davet olarak kabul edilebilir. HONNOLD, s. 151; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 204.

Halka açık icabın geri alınması, icabın geçerliliği ile aynı koşullara tâbidir. Halka açık teklif sadece muhataba varmasıyla hüküm doğuruyorsa, bu durumda icabını geri almak isteyen icapta bulunanın geri alma beyanını gerekçelendirmesi ve bunun muhataba ulaşması beklenir. Kişisel beyan ile geri alma da mümkündür ancak bu beyanın da CISG m. 24 anlamında muhataba varması gerekmektedir.²⁹⁹

c. İcabın Geri Alınmasının Sonuçları

Geri alma beyanı ile icap sona erer (hükmünü yitirir). Geri alma beyanı ise geri alınamaz, bunun yerine yeni bir icap yapılabilir. Ancak bazı durumlarda kabul beyanı ile zamanında geri alınan icap, icap olarak hüküm doğurabilir ve yeni bir sürecin başlamasına neden olur.³⁰⁰

d. İcabın Muhataba Varmasından Sonra Ancak Sözleşmenin Kurulmasından Önce Geri Alınması

CISG m. 16'da sözleşmenin bağlayıcı olup olmadığı ve bunun icabın muhataba varmasından sonra ancak sözleşmenin kurulmasından önce geri alınıp alınamayacağı konusu düzenlenmektedir.

Bu konu sözleşmenin kuruluşunun yeknesaklaştırılmasında karşılaşılan en sıkıntılı konulardan birisidir. İcapta bulunanın icabıyla bağlı olduğu hususu Alman ve İskandinav hukuk sisteminde benimsenmekteyken, Roma ve Common Law hukuk sistemlerinde tam tersi kabul edilmiştir. Bunun yanında icabın belirli bir süre bağlayıcı olacağı ve icabın geri alınması halinde ödenecek zarar tazminatı konularında da farklılıklar mevcuttur.³⁰¹

²⁹⁹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 205.

³⁰⁰ HONNOLD, s. 158; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 205.

³⁰¹ HONNOLD, s. 159-160; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 208; SCHWENZER/MOHS, s. 91.

CISG m. 16/1'de düzenlenen kurala göre icap geri alınabilir. İcapta bulunan kişi geri alma beyanını muhatabın kabul beyanını göndermesinden önce muhataba ulaşması koşuluyla, sözleşme kuruluncaya kadar geri alabilir. Ancak CISG bu kuralı, sözleşmenin kurulmasını ve kabulün gönderilmesi kurallarını icabın geri alınması dışında bırakarak sınırlamaktadır. Buna göre, eğer icapta bulunan kabul için belirli bir süre belirlemişse veya başka bir şekilde icabın geri alınamaz olduğunu belirtmişse CISG m.16/2-a anlamında icapta bulunanın icabıyla bağlı olma niyetini içerdiği şeklinde anlaşılmalıdır. Muhatabın icabın geri alınamaz olduğuna güvenerek hareket etmesi halinde icap geri alınamaz. İcapta bulunan bu icabıyla bağlıdır (CISG 16/2-b).³⁰²

CISG, bu konuda icabın muhataba varmasından sonra ancak sözleşmenin kurulmasından önce geri alınabileceğini kural olarak kabul etmiştir. Burada geri alma beyanının hem sözleşmenin kurulmasından önce olması hem de kabul beyanının gönderilmesinden önce yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Geri alma işlemi nasıl yapılacaktır? Burada da icabın muhataba varmasından önce geri alınmasında olduğu gibi muhataba varması gereken bir açıklayıcı beyan ile yapılması gerekmektedir. Muhatabın icapta bulunanın icabını geri alma niyetinin bilgisini alması (bu genellikle üçüncü bir kişi tarafından söylenmesi şeklinde olabilir) geri almanın sonuçlarını doğurmaz. Geri alınma beyanının ispat külfeti geri alma beyanını ileri süren tarafa aittir. Ehliyet, temsilcinin icabı geri alma yetkisi ve icabın geri alınmasının diğer şartları hakkında iç hukuk kuralları uygulanır. Halka açık icabın muhataba varmasından sonra ancak sözleşmenin kurulmasından önce geri alınmasına, icabın muhataba varmasından önce icabın geri alınması kuralları uygulanmalıdır. Eğer yayımıyla geçerli olan bir icap varsa, aynı vasıta ile geri almak mümkün olmalıdır.³⁰³

İcapta bulunanın geri alma beyanı ile bağlı olması, beyanının muhataba varmasıyla gerçekleşmektedir. Ancak, muhataba ulaşmamış ve

³⁰² HONNOLD, s. 160; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 208; ZEYTİN, s. 92-93.

³⁰³ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 209.

dolayısıyla o beyan ile harekete geçmemiş olan muhataba karşı, geri almanın geri alınması mümkün olmalıdır.³⁰⁴

Geri alma iradesi muhatabın kabul beyanını göndermesiyle³⁰⁵ birlikte imkânsız hale gelmektedir. Muhataba varmayan bir kabul beyanı sadece m. 18/3 anlamında geçerlidir. Kural olarak geri alma beyanının kullanılması sadece sözleşmenin kurulmasıyla sona ermektedir. CISG m. 16/1'e göre geri alma hakkı sözleşmenin kurulmasıyla sona ermektedir. Sözleşme kurulduğu andan itibaren taraflar kuruluş için yaptıkları beyanları değiştiremezler, bu beyanlar sözleşme içinde birleşmiştir. Eğer taraflardan biri geri alma hakkını sözleşme kurulduktan sonra devam ettirmek istiyorsa bu sözleşmeyi feshetme hakkı olarak ya açıkça belirtilmelidir veya yorum yoluyla yaptığı beyanlardan çıkarılabilmelidir.³⁰⁶

Kabulün gönderilme zamanının ispatı kabul beyanını gönderen kişiye aittir. Halka açık icabın geri alınma hakkının sona ermesi de kabul beyanının gönderilmesiyle sona erer. Bunun yanında icapta bulunan da geri alma beyanının muhataba ne zaman ulaştığını ispatlamalıdır.³⁰⁷

Özet olarak, muhatabın kabul beyanını göndermesinden önce muhataba ulaşması koşuluyla, geri alma beyanı sözleşme kuruluncaya kadar yapılabilir. Bunun istisnası m. 18/3'e göre taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar, teamüller veya icap nedeniyle, muhatabın icapta bulunana haber vermeksizin malın gönderilmesi veya semenin ödenmesi gibi bir eylem icra etmek suretiyle muvafakatini ifade etmesi halidir.

Kural olarak kabul beyanı icapta bulunana ulaşmadıkça sözleşme kurulmamasına rağmen, kabul beyanı gönderildikten sonra yapılan geri alma

³⁰⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 209.

³⁰⁵ Kabul beyanının gönderilmesiyle geri alma hakkının sona ermesi Common Law hukukunda kabul edilmektedir. CISG m. 16/1 anlamındaki geri alma hakkı Common Law posta kutusu kuralından (mailbox rule) daha geniş kapsamlıdır. Kabul beyanının posta, telegram dışında teleks, faks, e-mail ve benzeri şekillerde gönderilmesi de yeterlidir. Kapsamlı bilgi için; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 209; Brigde, Michael, **International Sale of Goods**; SCHWENZER/MOHS, s. 97.

³⁰⁶ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 209.

³⁰⁷ İcapçı, riski azaltmak için önerisine bir kayıt (şart) koyabilir. Ancak bu durumda genelde bağlanma niyeti olmaması nedeniyle, teklif bir icap olmayacaktır. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 209-210.

beyanı geçersiz olacaktır. Burada kabul beyanı ulaşana kadar bir askıda olma durumu mevcuttur. Kabul beyanı icapta bulunana ulaşmazsa, sözleşme kurulmamış olacaktır. Burada da m. 18/3 hariç tutulacaktır. Bu icapta bulunanın icabıyla sonsuza kadar bağlı olması anlamında değildir. Eğer icapta, kabul için belli bir süre öngörülmüşse, bu süre m. 8 kullanılarak yorum yoluyla, gerekli olması durumunda da m. 18/2-2'ye göre belirlenecektir.³⁰⁸

Geri alma hakkının kullanılmasının kabul beyanının gönderilmesine bağlanması, zorunlu bir kural değildir. Taraflar bu hakkın kullanımını genişletebilir. Örneğin “cevabınızın ulaşmasına kadar” gibi bir süre belirleyebilir.³⁰⁹

Peki hangi icaplardan geri dönülemez? İcapta bulunan icabını geri dönülemez şekilde yapabilir. İcapta bulunanın, icabının geri dönülemez olduğu niyetinde olması ve icabının bu hususu içermesi gerekmektedir. Bağlanma niyeti açık bir biçimde (firm offer, will be held open³¹⁰ vb.)

³⁰⁸ HONNOLD, s. 165; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 210.

³⁰⁹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 210.

³¹⁰ Satıcı Alıcıya, Alıcının gösterdiği şekilde özel olarak tasarlanacak ve üretilecek makine satımı için teklif yapmıştır. İcapta fiyat belirlenmiş ve Satıcının makineyi bu fiyata yapıp yapamayacağına göre 2 ay süre ile kabul edilebilir (held open) olduğu yer almıştır. Satıcı derhal üretimin maliyetini hesaplamaya başlamıştır. İki hafta sonra Satıcı üretim maliyetinin hesaplanması için ciddi miktarda harcama yaptıktan sonra Alıcı Satıcıya makineye ihtiyacı olmayacağını ve icabını geri aldığını bildirir. Bunun üzerine Satıcı Alıcının satın almayacağı bir makine için maliyet hesabını yapmanın gereksiz olacağını düşünerek projeyi bırakmıştır.

Burada Satıcının Anlaşmaya dayarak ileri sürebileceği bir hakkı mevcut mudur? Alıcı CISG m. 16/2 anlamında geri alınamaz bir icabı geri almıştır. Ancak, Anlaşmanın ikinci bölümde açıkça ifade edilen tek yol; icabın muhatap tarafından kabul edilebilir bırakılması ve böylece muhatap icabı kabul etmesi ve sözleşmenin kurulmasıdır. Anlaşmanın üçüncü bölümünü incelediğimizde ise buradaki çözüm yollarının sadece sözleşmenin ihlalinde uygulanacağını görmekteyiz. Burada Alıcının haksız geri alması sözleşmenin kurulmasını amaçsız bırakmaktadır. Çünkü Kabul kararı daha fazla masrafi gerektirecek ve sadece hukukî yollara başvurarak telafi edilebilecek sonuçlar doğuracaktır.

Burada Anlaşmanın icabın geri alınmasını yasakladığını ancak buna karşılık geçerli bir çözüm yolu getirmediğini görmekteyiz yani bir boşluk söz konusudur. CISG m. 7/2'de “Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir” denilmektedir. Bu kural ile mahkemeler önlerine gelen davada icapta bulunanın haksız geri almasına bir çözüm getirebilecek midir?

Sadece Anlaşma icabın geri alınmasının mümkün olup olmadığına karar verebilir. Anlaşma tek bir çözüm yolu öngörmektedir. Buna göre haksız olarak icabın geri alınmasına karşın muhatap icabı kabul edebilecektir. Fakat örneğimizdeki gibi durumlarda bu yol mantıklı gözükmemektedir çünkü Satıcı öngörülemeyen bir masrafın altına girmek zorunda kalacaktır. Burada mahkemenin boşluğu doldurması gerekmektedir. Haksız geri alma beyanının yol açtığı zararlar için çözüm yolu ihtiyacı iç hukuklarca desteklenmektedir. Bu ihtiyaca binaen Anlaşmadaki boşlukları doldurma maddi hukuku bütünleştirme çabalarına katkı sağlayacaktır. Çünkü bulunacak çözüm yolları diğer mahkemeler

belirtilebileceği gibi ticaret alanında bağlanma anlamına gelen kelimelerle (open offer, option, guarantee vb.) de ifade edilebilir. Bunların yorumlanmasında da CISG m. 8 hükmü uygulanır.³¹¹

CISG m. 16/2-a'ya baktığımızda kabul için kesin bir süre öngörülmesi halinde bağlanma niyetinin açıklanabileceğini görmekteyiz.³¹² Kesin sürenin belirlenmesi Viyana Konferansındaki anlaşmazlığa düşülen konulardan birisiydi. Çünkü Common Law hukukunun uygulandığı ülkelerde kabul için bir sürenin belirlenmesi demek sürenin geçmesiyle icabın düşmesi anlamına gelmektedir. Viyana'daki taslaklarda ise icapta bulunanın icabıyla bağlı olmasına bakılmaksızın belirli bir sürenin belirtilmesi o zaman kadar icabın geri alınamaz olduğu şeklinde anlaşılmaktaydı. Ancak karşı görüş üstün geldi ve kesin sürenin sadece bağlanma niyeti anlamına geldiği şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edildi.³¹³

CISG m. 16/2-b fıkrasında muhatap açısından icabın geri alınamaz olduğuna güvenmesinin makul sayılması halinde ve muhatap buna güvenerek hareket ediyorsa icabın geri alınamayacağı kabul edilmiştir.³¹⁴

tarafından dikkate alınacaktır ve CISG'in amaçlarına uygun olarak ortak bir içtihat hukuku oluşacaktır.

Eğer mahkeme yukarıda belirtilen tavsiye yönünde karar vermez ve CISG m. 7/2 anlamında bir çözüm yolu bulmazsa Anlaşmanın emriyle geri almanın haksız olduğunu ve bu tarz bir haksızlığa karşı uygulanacak olan iç hukuktaki çözüm yolunu kullanmalıdır. HONNOLD, s. 167-168.

³¹¹ HONNOLD, s. 162; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 210-211.

³¹² 1 Haziran tarihinde Satıcı Alıcıya "Bu icap 15 Haziran'a kadar kabul edilebilir" hükmü içeren bir icapta bulunmuştur. 2 Haziran'da Satıcı Alıcıya "1 Haziran tarihli icabımı geri alıyorum" şeklinde bir beyanda bulunmuştur. 14 Haziran'da Alıcı Satıcıya 1 Haziran tarihli icabı kabul ettiğini bildirmiştir. Bu olayda Satıcının icaptan geri dönmesi geçerli değildir (CISG m. 16). Alıcı Satıcının belirlediği süre içerisinde kabul beyanını iletmiştir. Taraflar sözleşme ile bağlıdır. HONNOLD, s. 160.

³¹³ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 211.

³¹⁴ 1 Mayıs'ta Alıcı Satıcıdan kendisine belirli sayıda tuğla satması için icaba davet etmiştir. Alıcı Satıcıya bu teklifin bir yapım ihalesine teklif vermesi için gerekli olduğunu bildirmiştir. Ayrıca yapım ihalesine teklifi 1 Haziran'da göndermesi gerektiğini ve tekliflerin 15 Haziran'da açılacağı ve sözleşmenin bu tarihte yapılacağını bildirmiştir. 7 Mayıs tarihinde Satıcı Alıcıya tuğlalar için teklif vermiştir ve Satıcı 1 Hazirandaki ihaleye hazırlanmak için bu teklifi kullanmıştır. 10 Haziran'da Satıcı Alıcıya teklifini geri aldığını bildirmiştir. 15 Haziranda teklifler açılmış ve Alıcı sözleşmeyi akdetmeye hak kazanmıştır. Bunun üzerine Alıcı Satıcıyı bilgilendirmiş ve teklifini kabul ettiğini bildirmiştir.

Bu örnekte, Alıcının icabın geri alınamaz olduğuna güvenerek hareket etmesi makul karşılanmalıdır. Çünkü Satıcı Alıcının bu icabı vereceği teklifte kullanacağını bilmektedir. Ayrıca, Alıcı yapım ihalesi için bağlayıcı sözleşmeye teklifini verirken icaba uygun olarak hareket etmiştir. Burada CISG m. 16/2-b,'nin bütün koşulları yerine gelmiştir. Satıcının teklifini geri alma beyanı geçerli değildir. Bu

Burada iki koşulun meydana gelmesi gerekmektedir. Bir güven duyma olmalıdır ve icaba güvenerek yapılmış bir işlem olmalıdır. Güven duyma makul seviyede olmalıdır ve muhatap icapta bulunanın icabıyla bağlı olmasına güvenerek hareket etmiş olmalıdır. Güven duyarak yapılabilecek işlemler arasında üretime başlamak, gerekli girdi maddelerini satın almak veya diğer sözleşmeler yapmak sayılabilir. Buradaki işlem sadece olumlu değil başka teklifleri göz önüne almamak gibi olumsuz işlem şeklinde de gerçekleşebilir. İcapta bulunanın icabıyla bağlı olduğu süreyi belirlemek bazen kolay olmayabilir. Bu durumda m. 7/2'deki boşluk doldurma, m. 35/1 ve m. 49/2-a,b'deki genel kural uygulanarak ve icapta bulunanın durumu da dikkate alınarak makul süre tespit edilecektir. Geri alınamamanın ön koşullarının ispatı, icabın bağlayıcı olduğunu ileri süren tarafa aittir.³¹⁵

e. Geri Almanın Engellenmesi

Geri almanın engellendiği durumlarda icapta bulunan icabıyla bağlıdır ve muhatap bu durumda icabı kabul edip sözleşmeyi kurma hakkına sahiptir. Eğer icapta bulunanın geri alma beyanı geçersiz ise muhatap onun sözüne güvenerek geçersiz geri alma beyanını geçerli kabul edemez ve zararını isteyebilir. İç hukuktan sözleşme öncesi sorumluluktan veya haksız fiilden doğan iddialar bunun dışında tutulmalıdır. Bunun yerine muhatap icabı kabul ederek sözleşmeyi kurar ve geri alma beyanını ifa etmeyi red şeklinde anlayarak, CISG m. 72 anlamında hareket etme yetisi kazanır.³¹⁶

İcapta bulunan icabıyla bağlı değilse, bu durumda muhataba varmadan önce geri alma (CISG m. 15/1) veya vardıktan sonra geri alma, iç hukuk kullanılarak zararın tazminine hak kazandırmaz. Eğer geri almaya CISG tarafından izin verilmişse, zararın ödenmesiyle sorumlu tutulmamalı ve bu nedenle, bundan başka bir *de facto* sınırlamaya konu edilmemelidir.

Muhatabın icaba güvenerek hareket etmesi nedeniyle, geri almanın geçersiz olduğunu gösteren bir örnektir. HONNOLD, s. 164.

³¹⁵ HONNOLD, s. 168; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 212-213.

³¹⁶ HONNOLD, s. 164-166; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 213.

Zararın tazmininin iç hukuk yoluyla elde edilmesiyle tehdit edilirse CISG m. 16'da sağlanan uzlaşma riske girer, bunun yerine icapta bulunan CISG'e göre geri alınabilir bir icabı sağlamaya zorlanabilir. Ancak bu karşı tarafın hilesiyle ortaya çıkan zararın ileri sürülmesine uygulanamaz. Çünkü haksız fiil ve kanunun ihlalinden doğan bu tarz talepler kural olarak CISG kapsamı dışındadır.³¹⁷

8. İcabın Reddi

Muhatap icabı reddedebilir. Bu durumda icap geçerliliğini ve bağlayıcılığını kaybeder. Muhatap icabı, açık olarak reddetmiş, genişletmiş, sınırlama veya değiştirme gibi nedenlerle reddetmiş ise sonradan kabul edemez. Red beyanı icabı ortadan kaldırır. Muhatap icabı reddettikten sonra kabulü yeni bir icap sayılmaktadır.³¹⁸

CISG'de icabın reddi m. 17'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, icap geri alınamaz olsa bile, red beyanı icapta bulunana vardığı anda sona erer. Kesin süreli bir icapta süre sona ermesine bile red beyanı ile icap hükmünü yitirir.³¹⁹ Red beyanından sonra ancak yeni bir icap ile sözleşme kurulabilir.³²⁰

Burada önemli nokta icapta bulunanın bir süre verip bu süre içerisinde icabından geri dönmeyeceğini belirtmesine rağmen, muhatabın bu icabı reddi

³¹⁷ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 213-214.

³¹⁸ EREN, s. 254; OĞUZMAN/ÖZ, s. 63-64.

³¹⁹ 1 Mayıs tarihinde Satıcı Alıcıya "1 Haziran'a kadar bu icap kabul edilebilir" şeklinde bir icap gönderiyor. 7 Mayıs'ta Alıcı Satıcıya "Fiyat çok yüksek olduğundan icabınızı kabul edemem" diyor fakat 10 Mayıs'ta "1 Mayıs tarihli teklifinizi kabul ettim" diyor. Satıcı derhal Alıcıya icabın reddi nedeniyle kabul beyanının geçerli olmadığını bildiriyor. Alıcı ise bunun doğru olmadığını Alıcının teklifinin belirli tarihe kadar kabul edilebilir olduğunu belirtiyor.

Burada çözüm yolu CISG m. 17'dir. Buna göre; "İcap geri alınamaz olsa bile, red beyanı icapta bulunana vardığı anda hükmünü yitirir". HONNOLD, s. 169.

1 Mayısta Satıcı Alıcıya "1 Haziran'a kadar bu icap kabul edilebilir" şeklinde bir icap gönderiyor. 7 Mayıs tarihinde Alıcı red beyanını mektupla yolluyor ancak 8 Mayıs'ta mektup Satıcıya varmadan telefon ediyor ve "7 Mayıs tarihli mektubumu göz ardı edin, teklifinizi kabul ediyorum" diyor. Satıcı Alıcının 7 Mayıs tarihli mektubu ile icabının hükmünü yitirdiğini iddia ediyor.

CISG m. 17'e baktığımızda icabın hükmünü yitirmesinin red beyanının muhataba varmasıyla olacağını belirtmektedir. Benzer olarak CISG m. 18/2 de kabul açıklamasının icapta bulunana vardığı anda hüküm doğracak şekilde düzenlenmektedir. Burada kabul beyanı red beyanından önce varmıştır böylece sözleşme kurulmuştur. HONNOLD, s. 171.

³²⁰ HONNOLD, s. 169; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 215.

halinde, icap sona erer (icapta bulunanın 3 aylık bir kabul süresi öngörmesine rağmen sürenin 1. ayında reddedilmesi gibi). Bundan sonra süre içerisinde muhatap icabı kabul edemez. İcapta bulunanın icabın sona ermesi için yapması gereken bir işlem yoktur.³²¹

Red beyanı açıkça veya zımnen ifade edilebilir. CISG m. 8 muhatabın beyanının ne şekilde anlaşılması gerektiğini, icabın reddi olarak anlaşılıp anlaşılmayacağını belirlemek için kullanılır. Ancak her durumda red beyanı icapta bulunana varmalıdır (Örneğin mal satın almak için yapılan icapta malların başkasına satılması red anlamına gelmez). İcabın kabulüne yönelik olan ve fakat eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler içeren cevap³²², icabın reddi sayılır ve karşı icap oluşturur.³²³

İcabın reddi, kabulün gönderilmesinden sonra da yapılabilir ancak bu durumda kabulden önce veya aynı anda varması gerekmektedir. Geri alma beyanının, icapta bulunana, kabulün hüküm doğurma anından önce veya aynı anda varması halinde kabul beyanının geri alınabileceği düzenlenmiştir (CISG m. 22). Bu konuyu m. 22 doğrudan düzenlememektedir. Ancak, m. 7/2'den hareketle icabın reddini, kabulün geri alınmasıyla aynı şekilde değerlendirebiliriz. Eğer red beyanı kabulden önce icapta bulunana varmışsa sözleşme kurulmamıştır ve CISG m. 21 hükmü uygulanarak korunamaz.³²⁴

³²¹ SMITH, Stephan E., **Rejection Of Offer Followed By Acceptance: Comparison Between The Provisions Of CISG Article 17 And The Counterpart Provisions Of UNIDROIT Principles Article 2.5**, (Editor: FELEMEGAS, John, **An International Approach To The Interpretation Of The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (1980) As Uniform Sales Law**), New York 2007, s. 76-83.

³²² 1 Mayıs tarihinde Satıcı Alıcıya "1 Haziran'a kadar bu icap kabul edilebilir" şeklinde bir icap gönderiyor. Alıcı 7 Mayıs'ta "teklifinizi kabul ediyorum ve kanıtı olarak sipariş formunu gönderiyorum" diyor. Sipariş formunda tarafların uyuşmazlık halinde zorunlu tahkime gitmeye karar verdiği belirtiliyor. Satıcının icabında ise tahkim şartı yer almamaktadır. 8 Mayıs'ta Satıcı Alıcının teklifini kabul edemeyeceğini ve teklifinin geçerliliğini kaybettiğini belirtiyor. 10 Mayıs tarihinde Alıcı Satıcıya "1 Mayıs tarihli teklifinizi ekleme yapmaksızın kabul ediyorum" diyor. Satıcı derhal "8 Mayısta belirttiğim gibi teklifim geçerli değildir" diyor.

Alıcının 7 Mayıs tarihli bildirimini kabul olarak yapılırsa bile, CISG m. 19 anlamında değişiklik nedeniyle red anlamına gelmektedir. Bu sebeple Satıcının icabını sona erdirmeye hakkı bulunmaktadır. HONNOLD, s. 170-171.

³²³ HONNOLD, s. 169-170; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 215; ZEYTİN, s. 94.

³²⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 215.

9. İcabın Hüküm Ve Sonuçlarını Doğurduğu An

İcabın hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an konusunda CISG m. 15/1’de hüküm bulunmaktadır. Buna göre icabın muhataba vardığı anda hükümlerini doğuracaktır. Görüldüğü üzere Türk hukukunda olduğu gibi burada da varma teorisi benimsenmiştir.

İcap muhataba vardığı anda neleri içeriyorsa, o andaki haliyle hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Burada risk icapta bulunandadır. İcabın yanlışlıkla başka birine gönderilmesi halinde irade sakatlığı halleri öne sürülebilir. Ancak irade sakatlığı halleri Anlaşmada düzenlenmediği için bu konuda milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tespit edilecek hukuk kuralları uygulanacaktır. İrade beyanının kişinin iradesi dışında gönderilmesi halinde ise bağlanma niyetinin bulunamaması nedeniyle icabın unsurlarını sağlamamaktadır.³²⁵

Varmış olmanın nasıl anlaşılacağı konusunda ise CISG m. 24’te Anlaşmanın ikinci kısmının tümüne uygulanacak şekilde, icap ve kabul beyanları ve diğer irade açıklamalarının hepsinin, muhataba sözlü olarak veya başka bir yöntemle kendisine veya işyerine veya posta adresine; bunlar da olmadığı takdirde mutad meskenine teslim edilmiş ise irade beyanının varmış olduğunun kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

B. Kabul

1. Kavram ve Tanımı

Kabulden maksat *“icaba uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesine kesin olarak imkân sağlayan, varması gereken, tek taraflı bir irade açıklamasıdır”*.³²⁶ İcaba uygun olan bir kabul, sözleşmeyi doğrudan doğruya

³²⁵ ZEYTİN, s. 90.

³²⁶ EREN, s. 254-255.

meydana getirir. Kabulün hukukî niteliği, tek taraflı, kurucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılmasına yönelik bir hukukî işlemdir. Kabul beyanı sözleşmenin kurulması için gereken ikinci irade beyanıdır ve karşılıklı olması nedeniyle icapta bulunana yöneltilmesi gerekir. Kabul beyanı icaba uygun olmalıdır, icabın içerdiği esaslı unsurları genişletiyor, daraltıyor veya değiştiriyorsa, bu beyan ya icabın reddi ya da yeni bir icap anlamına gelmektedir. İcabın kabul süresi içinde icapta bulunana varması gerekmektedir.³²⁷

İcapta bulunanın yan unsurlarda farklılık bulunması halinde (esaslı noktalarda uyumuş olmaları şartıyla), TBK m. 2 kıyas yoluyla uygulanacaktır ve sözleşme kurulmuş sayılmaktadır.³²⁸

Kabul beyanının nasıl olması gerektiği de değinilmesi gereken bir başka konudur. Muhatap, kabul iradesini beyan yoluyla veya irade faaliyeti yoluyla açıklayabilir. Kabul beyanının açık veya örtülü olarak yapılması da mümkündür. Açık kabul, kabul iradesinin tereddüt ve yoruma yer vermeyecek şekilde açık bir beyan ile yapılmasıdır. Açık kabul yazılı, sözlü veya taraflarca kararlaştırılmış bir işaret ile veya susma ile yapılabilir.³²⁹ Örtülü kabulde ise irade beyanı açık bir şekilde belirtilmez, kabul beyanı ya kabul iradesini gösteren irade faaliyeti ve davranışlarla ya da pasif bir susma fiili ile yapılmaktadır. Ancak, her iki halde de, muhatap kabul iradesini icapta bulunana beyan etmektedir.³³⁰ İcapta bulunanın, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda olmadığı hallerde, icap uygun bir sürede reddedilmezse sözleşmenin kurulmuş olacağı kabul edilmektedir (TBK m. 6).

Örtülü kabul beyanı susma fiiliyle de yapılabilir. EREN'e göre m.6'da söz konusu olan örtülü kabul, kural olarak susmadır.³³¹ Susma fiili kural

³²⁷ EREN, s. 254-255; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 203; OĞUZMAN/ÖZ, s. 69,72.

³²⁸ EREN, s. 255; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 204-205.

³²⁹ EREN, s. 255-256; OĞUZMAN/ÖZ, s. 71-72.

³³⁰ EREN, s. 255-256; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 205; OĞUZMAN/ÖZ, s. 71-72.

³³¹ EREN, s. 256

olarak kabul şeklinde yorumlanamaz. Ancak taraflar önceden susmanın kabul sayılacağına karar vermişler ise, bu açık bir kabul olarak değerlendirilir.

Türk Borçlar Kanununda, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmiş olması halinde bunun icap sayılmayacağı, bu şeyi alan kişinin de onu geri göndermek veya saklamak ile yükümlü olmayacağını düzenlemiştir (TBK m. 7). Burada da görüldüğü gibi susma kabul sayılmamaktadır. Sahiplenme hallerinde ise muhatabın kabul iradesini irade faaliyeti yoluyla açıkladığı kabul edilerek, şeyin kullanılması, satılması veya alıkonulması gibi hallerde bir kabulün söz konusu olduğu savunulmaktaydı. Ancak maddenin ihdas edilmesinden itibaren ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi icap sayılmamaktadır.³³² Maddenin gerekçesinde ise ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesinin icap sayılmadığı ve bu şeyi alan kişinin, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü olmadığı ifade edilmiştir. Bu tür taşınırları posta kutusunda veya kapısının önünde bulan ya da başka bir yolla alan kişilerin, bunları göndermemesi, saklamaması hatta kullanması sebebiyle, taraflar arasında örtülü irade açıklaması sonucunda bir sözleşme ilişkisinin doğmasının mümkün olmadığı belirtilerek daha önce bu konuda yaşanan sorunlara açıklık getirilmiştir.³³³

Susma ve eylemsizlik halleri tek başına CISG’de de kabul anlamına gelmemektedir (CISG 18/2-2). Ancak taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar veya teamüller nedeniyle susma veya eylemsizlik kabul anlamına gelebilir.³³⁴

Kabul beyanı da kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Kanunumuz bu konuda herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu nedenle şekil serbestisi geçerlidir. Ancak kanunda veya taraflarca bir şekil şartı ön

³³² EREN, s. 257.

³³³ DİNÇ, Mutlu, **Türk Borçlar Kanunu**, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 71.

³³⁴ 1 Haziranda Satıcı Alıcıya belirli tipte ve miktarda malı belirli fiyata satmak için teklifte bulunuyor ve “Bu büyük bir fırsat eğer 15 Haziran’a kadar sizden haber almazsam teklifi kabul ettiğinizi varsayacağım” diyor. Alıcı cevap vermiyor. Satıcı malları 16 Haziran’da gönderiyor.

CISG m. 18/1 anlamında sözleşme kurulmamıştır ve Alıcı malları reddetme hakkına sahiptir. Bu hüküm susmanın veya eylemde bulunmamanın kabul anlamına gelmediğini ancak belirli koşullar altında susmanın kabul sayılacağını göstermektedir. HONNOLD, s. 173; SCHWENZER/MOHS, s. 93.

görülmüş olması halinde, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşmeler tarafları bağlamaz (TBK m. 13,17).³³⁵

Kabul beyanı, kurucu sonuç doğurmaktadır. Kabul beyanı ile icapta bulunanın kurmayı teklif ettiği sözleşme meydana gelir. Bu şekilde sözleşmenin kurucu ve bağlayıcı sonuçları her iki taraf için de kesin olarak doğmaktadır.³³⁶

CISG'e göre, sözleşmeler birbiriyle uyumlu olan icap ve kabul ile kurulur. Ancak, kabul genelde zımnî olmaktadır. CISG m. 18 birinci cümlesi bu nedenle muhatabın kabul beyanının bunu belirten cümleler veya zımnî davranışıyla yapabilmesini uygun görmüştür. Geçerli bir kabul beyanı için muhatabın icabı kabulünün icapta bulunana zamanında varmış olması gerekmektedir (m. 18/2).³³⁷ CISG m. 18/3 kabul beyanının (muafakatinin) başka bir şekilde yapılması³³⁸ halinde de geçerli olacağını göz önünde bulundurmıştır.³³⁹

Genel olarak baktığımızda kabulün 3 farklı şekilde yapılabileceğini görüyoruz. Bunlar;

³³⁵ EREN, s. 258.

³³⁶ EREN, s. 258.

³³⁷ 1 Haziran'da Satıcı Alıcıya "Size belirli malları (miktar, fiyat vs. belli) teklif ediyorum, acilen cevap vermeniz gerekmektedir" diyor. Satıcı ile Alıcı arasında mektupların ulaşması normalde 1 hafta sürüyor ve Satıcının teklifi 8 Haziran'da Alıcıya ulaşıyor. 9 Haziran'da Alıcı Satıcıya teklifini kabul ettiğini belirtiyor. Mektup her şeyi eksiksiz şekilde postalanıyor ancak yolda kayboluyor. Satıcının mektuptan 1 ay sonra Alıcı malların gelmemesinden şikayet etmesi üzerine haberi oluyor.

CISG m. 18/2 kabul açıklamasının icapta bulunana, tespit ettiği süre içinde varmaması halinde kabul beyanının geçerli olmayacağını belirtiyor. CISG m. 18/2 gecikmede yaşanabilecek riskleri kabul beyanında bulunana bırakıyor. Burada kabul beyanı belirlenen süre içinde geçerli hale gelmemiştir (Ancak, mektup yolda kaybolup 1 ay sonra gecikerek eline ulaşsaydı CISG m. 21 hükümleri uygulanacaktı). HONNOLD, s. 177.

³³⁸ 1 Haziran'da Alıcı Satıcıya "Belirtilen mallar (miktar ve kalitesi belirli) hakkında fiyat bildiriminizi lütfen çabuk yapın. Eğer fiyatlarınızı gönderdikten sonra benden 3 gün içinde haber alamazsanız teklifinizi kabul ettiğimi varsayın" diyor. Satıcı Alıcıya 3 Haziran'da fiyatları gönderiyor, Alıcı 10 Haziranda belirtilen fiyatları reddedinceye kadar cevap vermiyor.

Bu durumda, Alıcının susması Satıcının teklifinin kabulüdür. Burada icapta bulunan karşı tarafın susmasına değil muhatap kendi susma beyanına anlam yüklemektedir. CISG m. 18/1 hükmü susma hakkında bir engel oluşturmamaktadır. CISG m. 6 tarafların Anlaşmanın herhangi bir hükmüne istisna getirebileceği veya hükümlerinin doğuracağı etkileri değiştirebileceğini düzenlemiştir. Alıcı, Satıcının fiyat göndermesinden itibaren 3 gün içinde cevap vermemesi halinde sözleşme ile bağlı olacağını kabul etmektedir ve Satıcı da bu şekilde anlayarak fiyatları göndermiştir (Eğer Satıcı malları Alıcı fiyatı reddetmeden gönderseydi bu sefer sorun CISG m. 18/3 kapsamında eylem icra etmek suretiyle kabul olarak değerlendirilirdi). HONNOLD, s. 174.

³³⁹ HONNOLD, s. 173; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 218.

1. İcapta bulunana varması gereken açıkça beyan ile kabul (açık kabul),
2. İcapta bulunana varması gereken zımnen açıklanan kabul,
3. Kabulü ifade eden davranış ile açıklanan zımnî kabuldür.³⁴⁰

Kabul, açıklayıcı bir beyan veya bu anlama gelen bir davranış sonucunda meydana gelir. Kabulün icapta bulunana ulaşması veya ulaşmaması ve beyanın açıkça veya zımnen yapılmış olmasına bakılmaksızın, uygulanacak iç hukuka göre geçerli bir açıklayıcı beyan veya bu anlama gelen davranışın koşullarının yerine getirilmesi gerekmektedir. CISG sadece hangi şekillerde kabul beyanının ifade edilebileceğini ve kabulün icapta bulunana varması veya kabul anlamına gelen davranış halinde ne zaman geçerli olacağını düzenlemektedir.³⁴¹

Hem sözleşmenin kurulması hem de kurulma anı (CISG m. 23) kabulün hükümlerini doğurduğu ân ile belirlenir. Kabul beyanının icapta bulunana varmasının gerekip gerekmemesine göre (CISG m. 18/2) veya istisnaî olarak icabın kabulü anında geçerlidir (CISG m. 18/3).³⁴² Sözleşme sadece kabul icapta bulunana vardığında veya kabule rıza gösterildiğinde tamamlanmış olur.³⁴³

³⁴⁰ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 218; Türk hukukunda genellikle açık kabul ve zımnî kabul olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır.

³⁴¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 218-219; ZEYTİN, s. 95-97.

³⁴² SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 224.

³⁴³ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde kabul konusunda madde 2:204 “Kabul” başlığı altında bu maddenin birinci fıkrasında; muhatabın herhangi bir beyan tarzı veya tutumu, icaba muvafakati işaret ediyorsa, kabul anlamına gelmektedir ifadelerine yer vermiştir. İkinci fıkrada ise sessiz veya cevap verilmemesi halinin tek başına kabul anlamına gelmeyeceği düzenlenmiştir.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri madde 2:206 ise kabul süresini düzenlenmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre; kabulün geçerli olabilmesi için, icapta bulunan tarafından belirlenen sürede icapta bulunana ulaşması gerektiği belirtilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise icapta bulunanın süre belirlememiş olması halinde kabulün makul bir süre içinde kendisine ulaşması gerektiği düzenlenmiştir. Son fıkrada ise kabulün taraflar arasında oluşan bir kullanım veya teamülden kaynaklanan bir işlem ile (m. 2:205/3 hükmüne göre) kurulacağı hallerde, o işlem icapta bulunan tarafından kabul için tespit edilmiş süre içinde veya böyle bir süre belirlenmemişse makul bir süre içinde yapılması gerektiği belirtilmiştir, bkz. DAYINLARLI, **PECL**, s. 32.

2. Kabul Beyanının Geçerliliği

İcapta bulunanın teklifinde belirtilen kayıtlarda izin verilmesi halinde kabul beyanının icapta bulunana varmadan kabul anlamına gelmesi mümkündür. “Hemen gönderin”, “hızlı bir şekilde teslim edin” gibi kayıtlar buna örnek olarak gösterilebilir. CISG m. 6’da taraflara verilen serbesti sayesinde, sözleşme kuruluş usulü kurallarından ve böylece beyanın muhataba varması kuralından farklı kurallar belirleyebilir. Kabul beyanının gönderilmesi de icapta öngörülmesi halinde kabul anlamına gelmektedir.³⁴⁴

Taraflar arasındaki uygulamalar, yerleşmiş alışkanlıklar, çerçeve anlaşmaların bulunması da kabul beyanının geçerliliğinde etkili olabilmektedir. Kabul anlamı taşıyan davranışlar, eğer bu davranışlar taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklarla, teamüllerle uyuyorsa CISG m. 9/1 veya 2 anlamında yaptıkları anda hüküm doğururlar. Taraflar arasında uzun zamandır süregelen iş ilişkileri genellikle sadece kabul anlamına gelen belirli bir davranışı değil aynı zamanda rızanın icapta bulunana ulaşması zorunluluğunun da kaldırıldığını gösterir. Taraflar arasında bir çerçeve anlaşma bulunduğu hallerde kabul anlamına gelen davranışlara bu anlamı yüklemek daha kolay olmaktadır.³⁴⁵

Susmaya kabul beyanı olarak bakılması da bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Taraflar istisnâî olarak susma ve herhangi bir davranışta bulunmamanın kabul anlamına geleceğini kararlaştırmışlarsa, icabın muhataba ulaşmasından sonraki susma, muhatap başka bir şey belirtmedikçe, sözleşmeyi kurulmasını sağlar. Susmanın kabul anlamına geldiği durumlar farklı sonuçlar içerebilir. Örneğin uygulamalar, yerleşmiş alışkanlıklar veya çerçeve anlaşmalar sadece belirli bir dönem boyunca susmanın kabul anlamına geldiğini gösterebilir. Bu gibi durumlarda susma sadece o sürenin geçmesiyle kabul anlamına gelecektir.³⁴⁶

³⁴⁴ HONNOLD, s. 180-181; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 229-230.

³⁴⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 230.

³⁴⁶ HONNOLD, s. 173-174; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 230.

Kabul anlamına gelen davranış veya susma sözleşmeyi kurduğu için geri alınamaz ve değiştirilemez. Sadece, muhatabın belirli bir süre düşünmesi ve icapta bulunanın kabul anlamına gelen davranıştan haberi olmaması veya icapta bulunanın sürenin geçmesinden önce geri alma hakkını saklı tuttuğu durumlarda, o davranışın etkisi sonraki bir beyan (gönderilen malların geri gönderilmesi) ile CISG m. 17 icabın reddi veya CISG m. 22 kabulün geri alınması anlamında, geri alınabilir. Ancak bazı durumlarda, CISG m.7/2 ile bağlantılı olarak m. 16/2-b, m. 29/2-2’de yer alan düzenleme ile (muhatabın gönderilen ürünleri, icapta bulunanın bilgisi dışında, teklifin sona erme tarihinden önce kullanıp sonradan kabulünü geri almayı istemesi gibi) geri alma aksi davranışın yasaklanmasıyla engellenebilmektedir. Kural olarak, sözleşme kurulduktan sonra geri almanın mümkün olmaması, hukukî kesinlik bakımından incelenmelidir.³⁴⁷

CISG m. 18/3 anlamında kabul anlamına gelen bir davranışla kurulan sözleşme icapta bulunanla iletişime geçilmese dahi kurulmuştur. Burada icapta bulunan farkında olmadan sözleşmeyle bağlı olmuştur. Bu konu eleştirilmiştir. HONNOLD’a göre, kabul beyanı CISG m. 18/3 anlamında olsa da sözleşmenin kurulması için icapta bulunan ile iletişime geçilmesi gerekmektedir. Bu görüş (Amerikan görüşü) Viyana’da reddedilmiştir.³⁴⁸

³⁴⁷ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 230-231.

³⁴⁸ 1 Haziran’da Alıcı Satıcıya “Bu malları hemen gönderin (malların özellikleri yazıyor)” diye bildiriyor. 2 Haziran’da Satıcı malları Alıcıya gönderiyor. 3 Haziran sabahında Satıcı malların yolda olduğu hakkında teleksi hazırlıyor. Satıcı bunu göndermeden önce Alıcı arıyor ve “1 Haziran tarihinde istenen malları göndermeyin” diyor. Satıcı artık çok geç olduğunu malların yola çıktığını belirtiyor. Satıcının malların gönderilmesi hakkındaki teleksi 3 Haziran’da ve gönderilen mallar 20 Haziran’da Alıcıya ulaşıyor. Alıcı malları sözleşmenin kurulmadığını ileri sürerek reddediyor. Anlaşma kapsamında sözleşmenin kurulduğu ve Alıcının Satıcıya karşı sözleşmeyi ihlalden ötürü sorumlu olduğu açıkça gözükmektedir. “Hemen gönderin” cümlesi “icapta bulunana haber vermeksizin malın gönderilmesi veya semenin ödenmesi gibi bir eylem icra etmek suretiyle muvafakatini ifade etmişse, kabul, fıkra 2’de öngörülen müddet içinde yapılmak kaydıyla eylem anından itibaren hüküm doğurur” CISG m. 18/3 hükmünü harekete geçirmektedir. HONNOLD, s.177-178.

1 Haziran’da Satıcı Alıcıdan, 28 Mayıs tarihli Satıcının gönderdiği katalogtaki belirli malları, katalogta belirtilen fiyattan talep eden bir mektup alıyor. Satıcı Alıcının bu teklifine cevap vermiyor fakat 2 Haziran tarihinde malları yolluyor. Normal ulaşım süresi 2 hafta alıyor ve mallar Alıcının şehrine 16 Haziran’da varıyor. O gün taşıyıcı Alıcıya malların geldiğini haber veriyor. Alıcı hem Satıcıya hem de taşıyıcıya malları kabul etmeyeceğini çünkü Satıcının teklifini kabul etmediğini, benzer ürünleri tedarik ettiğini de belirterek bildiriyor.

Bu şekilde sözleşmenin kurulması halinde muhatabın icapta bulunana bilgilendirme yükümlülüğü doğurup doğurmayacağı belirsiz olabilir. Bilgilendirme yükümlülüğü CISG m. 8/3 anlamında tarafların aralarında oluşan teamüller veya alışkanlıklar ışığında veya istisnaî kullanım nedeniyle olsun, her iki halde de sözleşmeden doğan yan yükümlülük olarak ele alınmalıdır. Bu nedenle sözleşme ilişkisine girmekten doğan bir yükümlülük şeklinde değil de, sözleşmenin yorumlanması konusu şeklinde incelenmelidir. Bunun ihlali zararın tazmini sorumluluğuna neden olabilir. Bu durumda CISG m. 74 vd. maddeleri zararın tazminine uygulanacaktır. Bu konuda culpa in contrahendo sorumluluğu ve zarardan sorumluluğun kapsamının belirlenmesi için iç hukuk kurallarına gitmek reddedilmelidir.³⁴⁹

Muhatabın susması halinde, istisnaî olarak kabul anlamı taşımayan susması ve icapta bulunanın yanlışlıkla bu susmaya dayanarak sözleşmenin kurulduğunu zannetmesi halinde, iç hukuktan kaynaklanan yollara gidilmesi yanlıştır. Sözleşmenin kurulması anlamında susma ve bunun belirliliği özel olarak CISG tarafından düzenlenmiş konulardandır.³⁵⁰

Satıcı CISG m. 18/3'e dayanarak sözleşmeyi kurduğuna güveniyor. Alıcı 18/3'ün 18/2'deki genel kuralla birlikte yorumlanması gerektiğini burada da kabulün sadece kabul açıklamasının icapta bulunana varmasıyla hüküm doğuracağını belirttiğini ve bunun "makul bir süre" içerisinde yapılması gerektiğini ileri sürüyor. Ayrıca, CISG m. 18/3'e göre eylem icra etmek suretiyle ve icapta bulunana bildirilmeden yapılan kabul beyanı, icap nedeniyle (icapta izin verilmesi halinde), "eylem yapıldığı anda geçerli olur" hükmü bulunmaktadır.

Kabul beyanının bildirim yapılmadan eylemle yapılması, kabul beyanının süre sınırlamalarına bakılarak incelenmelidir. CISG m. 18/2 "Bir kabul, kabul açıklamasının icapta bulunana, tespit ettiği süre içinde veya süre tespit edilmemesi halinde, icapta bulunan tarafından kullanılan iletişim araçlarının hızı da dahil olmak üzere işlemin koşulları dikkate alındığında, makul bir süre içinde ulaşmazsa, hüküm doğurmaz" demektedir. Örneğimizde Alıcının "Kabulünüz bana 18 Haziran'da varmalıdır" dediğini veya işlemin koşulları dikkate alındığında makul sürenin 18 Haziran olduğunu varsayalım. Her iki halde de Satıcının kabulü Alıcıya 16 Haziran'da taşıyıcının malların geldiğini bildirmesiyle varmıştır.

Alıcının teklifinde veya CISG m. 18/2 anlamında kabul beyanının geçerli olması için "makul sürenin" 8 Haziran olduğunu varsayalım. Mektup ile yapılacak bir kabul Alıcıya 16 Haziran'da vardığında geçerli olmayacaktır. Alıcının teklifi 8 Haziran tarihinde hükümsüz olmuştur. Aynı varsayımı CISG m. 18/2 anlamında "makul süre" 8 Haziran olduğunu düşünerek yaparsak, CISG m. 18/3'e göre 2 Haziran'da Satıcının malları göndermesi "eylem icra etmek suretiyle muvafakatin bildirilmesi" anlamına gelmekte midir? Bunun cevabı olumsuzdur. Çünkü Alıcı, gönderinin bildirimi veya kabulün diğer şekillerde beyanı 8 Haziran'a kadar kendisine ulaşırsa sözleşme ile bağlı olacaktır. Eğer taraflar arasında farklı bir alışkanlık veya uygulama varsa o zaman sonuç bu alışkanlık veya uygulamaya göre belirlenecektir. HONNOLD, s.177-178.

³⁴⁹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 231.

³⁵⁰ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 231.

3. İcabın Değiştirilerek Kabul Edilmesi

CISG m. 19 icabın içeriğini esaslı değiştiren cevap ile icabı esaslı olarak değiştirmeyen cevabın farklarını ve sonuçlarını düzenlemektedir. Tabi ki bu ayrımı yapmak pek kolay değildir ve uygulaması zordur. Bu nedenle Viyana Konferansında pek çok tartışmalar yaşanmıştır. Çalışma grubu sonuç olarak esaslı değişikliklerin neler olduğunu saymak suretiyle bu ayrımın yapılmasını kolay hale getirmişlerdir.³⁵¹

a. Esaslı Değişiklikler

İcabın şartlarında kabul ile yapılan değişiklikler, CISG m. 8 uyarınca yorumlanmak suretiyle icabın anlamını etkilemelidir. Eğer taraflar icabın özünde anlaşmışlarsa, yazımdaki farklılıklar (uluslararası işlemlerde tam anlamıyla tercümenin yapılamaması, yabancı dile hakim olunmaması veya yazım hataları nedeniyle meydana gelebilir) CISG m. 19 anlamında değişiklik olarak nitelendirilmemektedir. İrade beyanının yanlış ifade edilmesine rağmen sözleşmeyle ilgili beyanlar ile özünde anlaşma sağlanmıştır. Bu CISG m. 19/2 anlamında esaslı olmayan değişiklik³⁵² anlamına da gelmemektedir.³⁵³

CISG m. 19/1'in lafzından da anlaşılacağı üzere kabulde yapılan eklemeler, icapta yer almayan hususları içermesi anlamına gelmektedir.

³⁵¹ HONNOLD, s. 183-184; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 232-234.

³⁵² 1 Haziran tarihinde Satıcı Alıcıya 1. Kalite şekeri belirlenen şartlarda 1 Temmuzda teslimi edilmek suretiyle 1000\$'lık satım teklifi formu yollamıştır. Formun arka tarafında "malların sağlam paketlerde gönderileceği" hükmü yer almaktadır. 5 Haziran'da Alıcı Satıcıya icabını kabul ettiğini belirten sipariş talebi göndermiştir. Ancak bu talebin arka tarafında Satıcının formundaki hükümlere uyan hükümler ve "gönderi yeni paketlerde veya torbalarda yapılacaktır" hükmü yer almaktadır. Satıcı Alıcının alım talebine itiraz etmemiştir ve 1 Temmuz'da yeni paketlerde şekeri teslim edeceğini tahmin etmektedir. 25 Haziran'da şeker fiyatlarında büyük bir düşüş meydana gelmiştir. Alıcı avukatıyla bu sözleşme ile bağlı olup olmadığını konuşmuştur. İki formu karşılaştırınca "yeni torbalar" farklılığı ortaya çıkmıştır ve 27 Haziran'da Alıcı siparişini 5 Hazirandaki teklifini kabul etmediği gerekçesiyle iptal etmiştir.

CISG m. 19'a göre siparişin iptali muhtemelen geçerli olmayacaktır. Mahkeme var olan değişikliğin esaslı değişiklik olmadığına karar verebilir (m. 19/2). Satıcı değişikliğe itiraz etmediği için taraflar kabul beyanında belirtilen hükümlerle sözleşme ile bağlıdır. Alıcı Satıcıya karşı sözleşmenin ihlalden dolayı sorumludur. HONNOLD, s. 184.

³⁵³ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 234.

Ancak bazı durumlarda icabın yorumu yapılarak, taraflar arasındaki görüşmeler ve m. 8(3) anlamında taraflar arasındaki yerleşmiş alışkanlıklar ışığında, bu konuların icapta zaten bulunduğu sonucu çıkarılıyorsa, icap ile kabul arasında farklılık yoktur.³⁵⁴

Kullanılış biçimi de bazen icaba ekleme gibi gözükebilir. Kabulde bulunan tarafından yapılan her ekleme farklı bir koşul getirilmesi anlamına gelmemektedir. Satın alma teklifinde, malların zilyetliğinin teslimi hakkında bir hüküm içermemesi, icabın taraflar arasındaki görüşmeler ışığında yorumlanması, teamüller veya çerçeve sözleşme, bazen de taraflar arasında kabul edilen teamüller ve yerleşmiş alışkanlıklar anlamında kullanımı (CISG m. 9), satıcının kabul beyanında konuyla ilgili hükümleri saklı tutan bir kaydın olması ekleme yapıldığı anlamına gelmeyebilir. Ancak, yorum yoluyla teklifin kabulde yer alan ek hususları kapsamaması halinde m. 19 uygulanır.³⁵⁵

Bir hususta icabın sessiz kalması, icapta bulunanın CISG’te yer alan hükümlerin teklifi için de geçerli olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Bu durumda kabulde yer alan hususlar CISG kurallarıyla karşılaştırılmalıdır. CISG’de o hususta bir hüküm varsa buna bakılmalıdır.³⁵⁶

Örnek vermek gerekirse, alıcının kabul beyanındaki herhangi bir eksikliğin sözleşmenin ortadan kalkmasına neden olacağı şeklinde bir hüküm içeriyorsa, bu konuyla ilgili icapta hüküm bulunmaması halinde CISG m. 49 uyarınca satıcının teklifi ile çelişmektedir. İcapta CISG’e göre sözleşmenin sadece hatanın sözleşmenin esaslı ihlali halinde ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Başka bir örnekte ise satıcının kabulü alıcının malları kısa sürede incelemesi gerektiğini içeriyorsa, bu CISG m. 38 ve 39 hükümleriyle uyumludur ve bu konuda kabulde başka bir kayıt bulunmaması halinde, teklifin bir parçası olarak kabul edilecektir. Bu nedenle bu hüküm ne icaptaki hükümlerden farklıdır ne de bir ek getirmektedir şeklinde yorumlanacaktır.³⁵⁷

³⁵⁴ HONNOLD, s. 187; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 234-235.

³⁵⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 235; ZEYTİN, s. 99.

³⁵⁶ HONNOLD, s. 184-185; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 235.

³⁵⁷ HONNOLD, s. 187; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 235

Kabulden ayrı bağımsız bir icabın kabulle birlikte gönderilmesiyle, kabulün başka hükümler içermesi farklı durumlardır. İlk durumda ilk icap kabul edilmiştir, kabulcünün yaptığı icap ise ilk icapta bulunan tarafından cevap beklemektedir. Bağımsız bir icabın yapıldığının anlaşılması zordur. Örneğin, alıcının 100 adet bilgisayar almak için yapılan icaba karşılık, satıcının 200 adet bilgisayar teslim etme niyetinde olması, icabın reddi ve karşı icap olarak veya icabın kabulü ve ayrı bir icap olarak değerlendirilebilir.³⁵⁸

Sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan sözleşmeyi değiştiren teklifler ile kabulde yapılan değişiklikler de birbirinden farklıdır. Örneğin satıcı faturasında yetkili mahkeme kaydı düşerse bu durum CISG m. 29 kapsamına girmektedir. Yani kabulün icabı değiştirmesi değildir. CISG m. 29 hükmüne göre bir sözleşme, tarafların salt anlaşması ile değiştirilebilir veya sona erdirilebilir.³⁵⁹

CISG m. 19/1 sadece esaslı değişikliklere uygulanır. CISG m. 19/3' te belirtilen durumlar esaslı eklemeler veya değişiklikler olarak kabul edilir. Bu uygulamada kullanılan sözleşme hükümlerinin çoğu hakkında kesin sınırları belirlemeyi mümkün kılar. Semene, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler icabın şartlarını esaslı şekilde değiştirdikleri kabul edilir. Esaslı değişiklikler bu maddede yer alan konularda yapılacak değişikliklerle sınırlı değildir, somut olaya göre farklı konularda yapılacak değişikliklerde esaslı değişiklik sayılabilir.³⁶⁰ Ayrıca bu maddede yer alan karinenin aksinin ispatlanması da mümkündür.³⁶¹

³⁵⁸ BIANCA/BONELL/FARNWORTH, BIANCA, Cesare Massimo/ BONELL, Michael Joachim/ FARNWORTH, E. Allan, **Commentary on the International Sales Law**, Milan 1987, s. 176; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 235-236.

³⁵⁹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 236.

³⁶⁰ HONNOLD, s. 187; SCHWENZER/MOHS, s. 96; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 236.

³⁶¹ SCHWENZER/MOHS, s. 96; Burada sıralanmış olan karinelerin kesin karine olduğunu, aksinin ispatının mümkün olmadığı hakkındaki görüş için bkz. ZEYTİN, s. 99.

CISG m. 19/3 tarafların sözleşme serbestisini ve icapta bulunanın teklifinin koşullarını belirleme yetkisini, muhatabın alternatif teklifler yapma imkânını kısıtlamamalıdır. İcabın CISG m. 8 uyarınca yorumlanması bu gibi sonuçları ortaya çıkarabilir.³⁶²

Sözlü anlaşmaları geçersiz kılan veya yazılı sözleşmeyi sözlü olarak değiştirilmesini saklı tutan sözleşme hükümleri de esaslı değişiklik olarak kabul edilmelidir. CISG m. 19/3 sıralanan “uyuşmazlıkların çözümü” tabiri kapsamına giren bir konu olmaması halinde, farklı bir hukuk seçimi hükmü her zaman esaslı değişiklik olarak kabul edilir. CISG m. 19/3’te yer alan konulardan olup olmamasına bakılmaksızın standart ticari terimlere yapılan atıf esaslı değişiklik olarak kabul edilir.³⁶³

Sözleşmenin kurulma usulünü değiştirmeye yönelik teklifler icabın koşullarını esaslı veya esaslı olmayan şekilde değiştirebilir. Eğer icapta bulunan, teklifinin kabulü için belirli bir iletişim şekli belirtirse veya kabul belirli bir terimi içermesini gerektiriyorsa, bu tarz teklifler CISG m. 19 anlamında değişiklik olarak kabul edilir. Kabul edenin kabulün geçerliliğini, kabulün ulaştığının bildirilmesine bağlaması veya CISG m. 22 koşullarının da ötesinde geri alma hakkının olmasını istemesi de bu şekilde değerlendirilecektir.³⁶⁴

Esaslı değişikliğin niteliği icabın reddidir (CISG m. 19/1). CISG m. 17’de olduğu gibi red beyanı icabı sona erdirir.³⁶⁵

Taraflar kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dahil etmek istediklerinde genellikle esaslı noktalar birbiriyle çelişmektedir. Bu çatışmanın meydana gelmesi durumunda nasıl bir yol izleneceği hakkında Viyana Konferansında ortak bir çözüm bulunamamıştır. Bu konuda iki farklı yöntem belirlenmiştir.³⁶⁶ İlk yöntem, “son vuruş” doktrini. Bu yöntemde CISG m.

³⁶² SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 237.

³⁶³ HONNOLD, s. 187; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 237.

³⁶⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 238.

³⁶⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 238.

³⁶⁶ Genel işlem şartlarının birbiriyle çatışması haline “battle of forms” denilmektedir bkz. SCHWENZER/MOHS, s. 97.

19'un lafzından hareket edilmektedir. Genel işlem şartlarına en son hangi taraf atıf yapmışsa onun genel işlem şartları sözleşmeye dahil olur.³⁶⁷ Diğer görüş ise "nakavt kuralı"dır. Buna göre, sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olduğu kabul edilir ve taraflar buna göre yükümlülüklerini yerine getirirler. Taraflar sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaya varmışlarsa sözleşme kurulmuş olur. Tarafların genel işlem şartlarından birbirine uyumlu olanlar taraflar açısından bağlayıcı hale gelir. Çatışan hükümlerde ise bir birinci yani üstün gelen belirlenmeyecek, bu hükümler birbirini nakavt edecektir. Nakavt olan hükümlerin yerine düzenleme bulunması halinde CISG, CISG'de de düzenleme bulunmaması halinde ise uygulanması gereken iç hukuk düzenlemeleri uygulama alanı bulacaktır.³⁶⁸

CISG m. 14 - 17 karşı icap hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle bir karşı icap sadece muhataba varmasından önce veya aynı anda geri alınabilir. Muhataba vardıktan sonra, karşı icap CISG m. 16/1 uyarınca geri alınabilir. CISG m. 19/1 bağlanma niyetini kabul etmesine rağmen, m. 14/1 karşı icaba da uygulanır. Eğer bu kabul beyanında bulunan tarafından reddediliyorsa, o zaman kabul beyanının değişikliği söz konusu değildir, icabın reddi ile birlikte tekrar görüşme teklifini de içermektedir.³⁶⁹

Eğer karşı icap sadece değişiklikleri içeriyorsa, bu değişiklikler tek başına CISG m. 14/1 uyarınca icabın zorunlu unsurlarını karşılamıyordur. Ancak, CISG m. 8 uyarınca yorum yapılır ve CISG m. 19/1'in amacı göz önüne alınırsa, sözleşme sürecinin devam etmesi için, beyanda bulunanın değişikliklerin yapılmadığı haliyle ilk icaptaki bütün hükümlerin, değiştirilen hükümler hariç olmak üzere, karşı icabın bünyesine alınması yoluyla sözleşmenin kurulmasına imkân tanınabilir.³⁷⁰

³⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. BAUMGARTNER, Stefanie, **Contract Formation under the CISG and under the Unidroit Principles – Special Focus on the Issue of the Battle of the Forms**, Saarbrücken 2008; SCHWENZER/MOHS, s. 97.

³⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHWENZER/MOHS, s. 97-98; MAGNUS, Ulrich, **Commercial Law Challenges in the 21st Century; Jan Hellner in memoriam**, (Editörler: Ross CRANSTON, Jan RAMBERG, Jacob ZIEGEL), Stockholm Centre for Commercial Law Juridiska Institutionen 2007, s. 188-194.

³⁶⁹ HONNOLD, s. 184; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 238.

³⁷⁰ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 238.

Sözleşme kurulması isteniyorsa karşı icap kabul edilmelidir. Bu nedenle ilk icapta bulunan, m. 18 uyarınca karşı icabı kabul etmelidir. CISG m. 19/1'in uygulandığı durumlarda, karşı icaba verilen onay genelde kabul anlamına gelen bir davranışla yapılır. Bazı durumlarda kabul anlamına gelen davranış yapıldığı an sonuç doğurur (CISG m. 18/3). İlk icabı yapan karşı icaba herhangi bir cevap vermezse, sözleşme kurulamaz.³⁷¹

b. Esaslı Olmayan Değişiklikler

Öncelikle sözleşmede yer alan şartlar birbirinden tamamen farklı mı yoksa yazımdaki farklılıklara rağmen, özünde bir anlaşma söz konusu mu buna bakılması gerekmektedir. Buna bakıldıktan sonra icapta yapılan değişikliğin esaslı olup olmadığına³⁷² karar verilecektir.³⁷³

³⁷¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 238-239.

³⁷² 1 Haziran'da Alıcı Satıcıya belirli bir makine için Sipariş formu göndermiştir. Formda makinenin özellikleri, fiyatı 20,000\$, makinenin tesliminden 1 ay sonra ödeneceği ve 1 Ağustos'a kadar gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir. Formun arka tarafında;

1. Satıcının makinedeki bozukluklardan sorumlu olduğu,
2. Uyuşmazlıkların tahkimle çözüleceği hükümleri yer almaktadır.

15 Haziran'da Satıcı Alıcıya siparişin alındığıyla ilgili belge göndermiştir. Bu belgede makineyi 1 Ağustos'a kadar gönderileceği, fiyatın 20,000\$ olduğu teslimden 1 ay sonra ödeneceği, alıcının siparişiyle uygun olacağı belirtilmiştir. Formun arka tarafında;

1. Satıcının bozuk parçaları değiştireceği veya tamir edeceği fakat çalışmamasından kaynaklanan zarar ve buna bağlı diğer zararlardan sorumlu olmayacağı,

2. Alıcının formunda bulunanla paralel bir tahkim şartı bulunmaktadır.

İki tarafta arkadaki hükümlerden bahsetmemiştir. Satıcı malları 15 Temmuz'da yollamıştır ve 1 Ağustos'ta teslim alınmış ve kullanıma girmiştir. Ancak Alıcı malın bedelini ödememiştir.

Satıcının ödeme talebine karşılık Alıcı, Satıcının aldığı belgesinde arka tarafında yer alan birinci hükmün Satıcının yükümlülüğünü belirten CISG m. 19/3 anlamında esaslı değişiklik olduğunu iddia etmiştir. CISG m. 19/1'e göre Satıcının sözde kabulü icabın reddi ve bir karşı icap oluşturmaktadır. Alıcı Satıcının karşı icabını kabul etmediğinden Satıcının bedel için hukukî yollara başvurabileceği bir sözleşme ortada yoktur.

Mahkeme bu tip bir itiraz karşısında nasıl bir karar vermelidir? Uygulamada işlemler bir bütün olarak ele alınmaktadır, burada formların değiştirilmesi, malların gönderilmesi ve kabulü Alıcı ve Satıcı arasında bir sözleşmenin kurulduğu gözükmektedir. Taraflar değiştirdikleri belgelerle sözleşmenin temel koşullarında anlaşmaya varmışlardır. HONNOLD, s. 189-190.

Diğer benzer bir örnekte ise, 1 Haziran'da Alıcı Satıcıya belirli bir makine için Sipariş formu göndermiştir. Formda makinenin özellikleri, fiyatı 20,000\$, makinenin tesliminden 1 ay sonra ödeneceği ve 1 Ağustos'a kadar gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir. Formun arka tarafında;

1. Satıcının makinedeki bozukluklardan sorumlu olduğu,
2. Uyuşmazlıkların tahkimle çözüleceği hükümleri yer almaktadır.

Baden birinci derece mahkemesine göre, şikâyetlerin bildiriminin fatura tarihinden itibaren 30 gün içerisinde gönderilmesi gerektiğini belirten bir kaydın esaslı olmayan değişiklik olduğuna karar vermiştir. Bazı yazarlar, paketleme ve malların nakliyesi metotlarının esaslı olmayan değişiklik olarak kabul edilmesi görüşündedirler (somut olaya göre esaslı değişiklik de olabilir).³⁷⁴

Peki sözleşmeye yapılan eklemeler nasıl değerlendirilecektir? Teklife verilen cevapta icabın şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler kabul sayılır. Ancak icapta bulunan bu değişikliklere sözlü olarak itiraz ederse veya bir bildirim gönderirse bu kabul sayılmaz. Böyle bir itirazın olmaması halinde icabın şartları kabul beyanındaki eklemelerle birlikte sözleşmenin içeriğini

15 Haziran'da Satıcı Alıcıya siparişin alındığıyla ilgili belge göndermiştir. Bu belgede makineyi 1 Ağustos'a kadar gönderileceği, fiyatın 20,000\$ olduğu teslimden 1 ay sonra ödeneceği, alıcının siparişiyle uygun olacağı belirtilmiştir. Formun arka tarafında;

1. Satıcının bozuk parçaları değiştireceği veya tamir edeceği fakat çalışmamasından kaynaklanan zarar ve buna bağlı diğer zararlardan sorumlu olmayacağı,

2. Alıcının formunda bulunanla paralel bir tahkim şartı bulunmaktadır.

İki tarafta arkadaki hükümlerden bahsetmemiştir. Satıcı malları 15 Temmuz'da yollamıştır ve 1 Ağustos'ta teslim alınmış ve kullanıma girmiştir. Ancak Alıcı makineyi kullanıma soktukten hemen sonra, makinedeki hatalar Alıcının montaj fabrikasının durmasına ve ciddi zarara yol açmıştır. Satıcı alındı belgesinin birinci hükmüne göre makinenin değişimini veya tamirini teklif etmiştir. Alıcı bunun yanında sipariş belgesinin birinci hükmüne göre Satıcının fabrikanın kapanması ve diğer dolaylı zararı talep etmiştir.

Burada CISG m. 19 hükmü sorunu çözmekte midir? Belgelerin değiştirilmesinden hemen sonra cevap açıktır, Alıcının teklifi ve Satıcının cevabı arasındaki esaslı değişiklik nedeniyle sözleşme kurulmamıştır ve herhangi bir taraf ifa etmeyi reddedebilir.

Ancak burada belgelerin değiştirilmesinden fazlası mevcuttur. Tarafların eylemlerinden (icap ve sözde kabulün değiştirilmesi, malın gönderilmesi ve malın kabul edilmesi) anlaşılan taraflar arasında sözleşmenin kurulduğudur. Peki hangi kural zararın tazminine uygulanacaktır? Burada "last shot" (son vuruş) teorisinin uygulanması adaletli olmayan sonuçlara yol açabilir.

Bu örnek şu sonuçları ortaya çıkarmıştır: 1. Tarafların davranışları sözleşmenin kurulmasını sağlamıştır. 2. Uyuşmazlığın konusu sözleşme ile çözümlenememiştir.

Bu sonuçlar doğruysa, ticaret hukukunun en yaygın problemlerinden biriyle karşılaşmaktayız. Bu sorun sözleşmenin taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın çözümü için yeterli olmamasıdır. Aslında ticari sözleşmelere uygulanacak hukukun temel amacı sözleşmelerde bulunan bu boşlukları çözüme kavuşturmasıdır. Buradaki boşluğa sözleşmenin ihlaline ve zararın tazminine uygulanacak kuralları Anlaşma sağlamaktadır. CISG m. 74 burada uygulanacaktır. Tabi ki tarafların CISG m. 6 anlamında "taraflar Anlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler" hükmüne dayanarak sözleşmelerinde başka hükümler getirebilmeleri de mümkündür. HONNOLD, s. 190.

³⁷³ HONNOLD, s. 186-187; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 239.

³⁷⁴ LG Baden-Baden, 14 August 2001, CISG-online 24, RIW 1992 (http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/24.htm), (E.T. 27.12.2012); SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 239.

oluşturur. Esaslı olmayan değişiklik bulunduğunu ispat yükü sözleşmenin kurulduğunu savunan tarafa aittir.³⁷⁵

İcapta bulunanın itirazı, sözleşmenin eklemelerle birlikte kurulmasına engel olur. Burada sözlü itirazda yapılabilir. Ancak önemli olan husus gecikme olmaksızın³⁷⁶ bu itirazın yapılmasıdır. Haklı bir gecikme olmaksızın tabirinin değerlendirilmesi somut olayda mahkeme tarafından yapılacaktır. Yazılı yapılacak itiraz beyanı gönderilmek zorundadır. Kabul beyanında bulunan taraf, icabın şartlarını değiştirip risklerin ortaya çıkmasına neden olduğu için icapta bulunan tarafın itirazının kaybı veya geç ulaşması riskini ve sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına güvenmesi nedeniyle karşı karşıya kalınabilecek yükümlülüklerin riskini taşımalıdır.³⁷⁷

Zamanında yapılan itiraz sözleşmenin kurulmasını önler. Bu çok ağır bir sonuçtur. Viyana’da Hollanda’nın, itiraz durumunda, kabul edenin ekleme ve değişikliklerini sözleşmenin ayakta tutulması için geri çekebilmesine imkân tanınması önerisi kabul edilmemiştir. Ancak icapta bulunanın değişiklikleri reddi ile birlikte ilk icabını tekrar etmesi anlamına geliyorsa o zaman muhatap bu icabı kabul ederse sözleşme kurulabilir.³⁷⁸ Kabul eden tarafın değişikliklerini icapta bulunan tarafın reddetmesi halinde geri çekeceği gibi bir şartlı teklifte bulunursa yine sözleşmenin kurulması mümkün olabilir.³⁷⁹

³⁷⁵ HONNOLD, s. 186; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 239-240.

³⁷⁶ 1 Haziran tarihinde Satıcı Alıcıya 1. Kalite şekeri belirlenen şartlarda 1 Temmuzda teslimi edilmek suretiyle 1000\$’lık satım teklifi formu yollamıştır. Formun arka tarafında “malların sağlam paketlerde gönderileceği” hükmü yer almaktadır. 5 Haziran’da Alıcı Satıcıya icabını kabul ettiğini belirten sipariş talebi göndermiştir. Ancak bu talebin arka tarafında Satıcının formundaki hükümlere uyan hükümler ve “gönderi yeni paketlerde veya torbalarda yapılacaktır” hükmü yer almaktadır. Bu olayda ise 6 Haziran’da Satıcı Alıcıya “yeni paketlerde yeterince stoğumuz yok; şekeri sağlam ikinci el paketlerde teslim edebiliriz” beyanını göndermiştir. 7 Haziran’da Alıcı “yeni paketlerde ısrar ettiğini” belirtmiştir. 8 Haziran’da Satıcı “talebinizi karşılayamayız” demiştir. Alıcı cevap vermemiştir, Satıcı da malları göndermemiştir. 1 Temmuz’da şeker fiyatları yükselmiştir ve Alıcı sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat davası açmıştır.

Anlaşmaya göre sözleşme kurulmamıştır. Satıcı değişikliğe “gecikmeksizin” itiraz etmiştir (CISG m. 19/2). Alıcının cevabı değişiklik dolayısıyla icabın reddidir (CISG m. 19/1). Karşı icap da kabul edilmemiştir ve sözleşme kurulmamıştır. HONNOLD, s. 186.

³⁷⁷ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 240.

³⁷⁸ HONNOLD, s. 186; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 240.

³⁷⁹ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri madde 2:208 “Değiştirilmiş kabul” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre; muhatapın icabın şartlarını esaslı şekilde değiştiren ek veya farklı şartları içeren cevabı icabın reddini ve yeni bir icabı oluşturur. İkinci fıkrada ise icaba kesin bir mutabakat veren bir cevap, ek veya farklı şartları içerse bile, bunlar icabın şartlarını

4. Kabul Beyanının Gönderilmesi

Kural olarak kabul beyanının icapta bulunana varması gerekmektedir. İcabın kabulü, kabul açıklamasının icapta bulunana varması anında hüküm doğurur (CISG m. 18/2-1). Bu kural hem açık (sözlü) hem de zımnî (örtülü) kabul için uygulanır. Bu kabulün sözleşme yapma niyeti veya m. 8/2'deki anlamında uygun bir niyeti göstermesi gerekir. Örtülü şekilde yapılan beyanların icapta bulunana varabileceği varsayılır. Bunun olmadığı hallerde (teklif ile birlikte gönderilen malların muhatap tarafından tüketilmesi hali gibi) sözleşme sadece CISG m. 18/3 anlamında yani yerleşmiş alışkanlıklar, teamüller nedeniyle kabulün süresi içinde yapılması halinde kurulabilir. Ancak, bazı durumlarda icapta bulunanla kurulan iletişim ona varan bir beyan gibi hüküm doğurur. Örnek vermek gerekirse, yola çıkan malların ulaşmasından önce icapta bulunan ile iletişime geçilmesi sözleşmenin kurulmasını sağlar.³⁸⁰

Sözlü veya diğer bir şekilde yapılan kabulün icapta bulunana zamanında varması gerekmektedir. CISG m. 18/2 üç farklı durumu ele almaktadır.³⁸¹

Bunların ilki kabul için belirli bir zamanın belirlenmesidir. İcapta bulunan bir süre belirlemiş ise, kabul bu belirlenen zaman içinde icapta bulunana ulaşmalıdır. Kabul beyanının hüküm doğurması belirli koşullara bağlanmışsa, ilk olarak bu koşulların geçerlilik koşullarından mı olduğu (iç hukuk hükümlerince değerlendirilir) (CISG m. 4/a) yoksa CISG tarafından tam anlamıyla düzenlenmeyen konulardan mı olduğuna bakılmalıdır. Kabul üçüncü bir kişinin rızasını gerektiriyorsa (temsilci, üst organ veya müdür gibi) sözleşmeye uygulanacak iç hukuk kuralları bu şekilde verilecek bir onayın

esastan değiştirmemek kaydıyla kabul olarak nitelendirilir. Böylece, ek ve farklı şartlar sözleşmenin bir parçası haline gelmiş olur. Son fıkrada ise değiştirilmiş kabulün hangi hallerde red anlamına geleceği düzenlenmiştir. Buna göre; icabın açıkça kabulün şartlarını sınırlaması, icapta bulunanın gecikmeksizin ek ve farklı şartlara itiraz etmesi, muhatabın ek veya farklı şartları icapta bulunan tarafından verilecek onaya bağlı kılması ve bu onayın muhataba makul bir süre içerisinde ulaşmaması halinde değiştirilmiş kabul red anlamına gelir bkz. DAYINLARLI, PECL, s. 34-35.

³⁸⁰ HONNOLD, s. 179; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 225.

³⁸¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 225.

geriye dönük bir etkisi olup olmadığını ve buna göre kabulün belirlenen zamanda yapılıp yapılmadığını belirlemek için kullanılır. Ancak istisnaî olarak icapta bulunana varan geç kabul CISG m. 21/1 ve 21/2 hükümleri kullanılarak halen geçerli bir kabul beyanı sayılabilir. Belirlenen zamanın hesaplanması ve bunun ne zaman başlayacağını hesaplanması için CISG m. 20 hükümleri nazara alınır. Zaman sınırı belirli bir olaya da bağlanabilir. Örneğin, Ankara İnşaat Fuarının ilk günü, St. Petersburg limanının buzdan kurtulduğu zaman veya belirli bir yerdeki hasat zamanı gibi. Belirli olmayan terimlerle belirtilen zaman yorumla açıklığa kavuşturulur. Bu CISG m. 8 hükmü kullanılarak olayın ve sözleşmenin karakteristiği de göz önüne alınarak yapılır. Zamanında kabul beyanının yapıldığını ispat yükü, sözleşmenin kurulduğunu ileri süren tarafın, sürenin geçtiğini ispat yükü ise, gecikmeden doğan hukukî sonuçları ileri süren tarafın üzerindedir.³⁸²

İkinci olarak kabul beyanının makul sürede yapılması gerekmektedir. Eğer kabul için bir süre belirtilmemişse veya yorumla süre belirlenemiyorsa, makul (uygun) süre kavramı devreye girer (CISG m. 18/2-2). Makul süre üç unsurdan oluşmaktadır. İcabın muhataba ulaşma süresi, kabulün icapta bulunana ulaşması ve düşünme süresi. İcap ve kabulün varması için geçen süre belirlenirken kullanılan iletişim aracı da dikkate alınmalıdır (CISG m. 18/2-2). Örneğin, elektronik ortamda kurulan anlık bir iletişimde bu süre sözlü iletişimde olduğu gibi hemen kabul edilmelidir (CISG m. 18/2-3).³⁸³

Düşünme için geçen süre hesaplanırken sözleşmenin kapsamı, konusu ve meblağı dikkate alınır (ör. malların sağlamlığı, dayanıksızlığı, piyasa fiyatlarındaki dalgalanmalar, bilgi edinme gereksinimleri, tedarikçilerle, finans kurumlarıyla vb. yapılan görüşmeler...). Büyük çaplı şirketlerde veya kamu tüzel kişilerinin iç yazışmaların uzun sürmesi ve görüş alınma gereksinimi bu makul süre belirlenirken hesaba katılmalıdır. Makul sürenin belirlenmesinde icabın geri alınabilir veya geri alınamaz olması da dikkate alınmalıdır. Kısacası, makul sürenin hesaplanabilmesi için hızlı ve kesin bir

³⁸² SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 225.

³⁸³ HONNOLD, s. 183-184; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 226.

formül oluşturmak mümkün değildir. Bu sürenin hesabının somut olaya göre yapılması gerekmektedir.³⁸⁴

Son olarak sözlü icabın kabulü için süre düzenlenmiştir. Sözlü icap beyanı bir süre belirtmekteyse, belirtilen süre içinde kabul edilmelidir. Eğer böyle bir belirti yoksa CISG m. 18/2-3 hükmü gereğince durumdan farklı bir sonuç çıkarmak mümkün değilse hemen kabul edilmelidir.³⁸⁵

Sözlü beyan hazırlar arasında (*inter praesentes*) konuşulan kelimeleri kapsar. Telefonla yapılan görüşmeler yüz yüze yapılmış sayılır. Telefona benzer diğer elektronik iletişim araçları da sözlü iletişim sayılır. E-posta ile iletişime geçilmesi sözlü olarak nitelendirilemez. Ancak iletişim anlamında uygun süreyi kısaltıcı etki yapar. Temsilcinin temsilciyle yüz yüze yaptığı ve ikisinin de gerekli yetkileri haiz oldukları durumda ise yüz yüze teklif söz konusudur.³⁸⁶

CISG m. 18/3 hükmü bazı özel durumlarda uygulanmak üzere geçerli bir icaba onay verildiğini (kabul edildiğini) ifade eden beyan veya davranışın icapta bulunana varması gerekmeden ve davranışın gerçekleştiği anda sözleşmenin kurulmasına izin vermektedir. İç hukukta geçerliliği için gereken şartlara da (hukukî işlem ehliyeti, temsil yetkisi, kabulcünün sözleşme yapma niyeti vb.) sahip olması gerekmektedir. CISG m. 8 hükmü kabul anlamına gelen davranışın niteliğinin yorumlanması için kullanılacaktır.³⁸⁷

Peki icapta bulunana varması gerekmeyen beyanlar nelerdir? Bu konuda icapta bulunana varması gerekmeyen icaba onay vermeyi ifade eden bir beyan veya davranışın sadece kabul anlamına gelen davranışlar için mi uygulanacağı yoksa yazılı beyanları da mı içereceği tartışma konusudur. Yazılı beyanların da icapta bulunana varması gerekmeyen beyanlardan olduğu görüşü eleştirilmektedir. Çünkü yazılı beyanın icapta bulunana ulaşma gereğinin kaldırılması, kaybolma riskini icapta bulunana yükleyecektir. Kabul beyanı zamanında gönderilmiş ancak icapta bulunana

³⁸⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 227.

³⁸⁵ HONNOLD, s. 186; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 227.

³⁸⁶ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 228.

³⁸⁷ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 228-229.

geç ulaşmışsa, CISG m. 21/2 hükmü kullanılmadan sözleşmenin kurulması sağlanmış olacaktır. Onay ifade eden “beyan veya davranış” kavramının lafzı ve CISG m. 18/3’te gösterilen örnekler bakılarak, icapta bulunana haber vermeksizin kabulün sadece belirli durumlar için (malın gönderilmesi veya semenin ödenmesi gibi) konulduğu belirtilmiştir. Ancak yazara göre, bazı özel durumlarda³⁸⁸ kabul beyanının gönderilmesinin de yeterli olabilmesi kabul edilebilmelidir.³⁸⁹

5. Kabul Süresinin İşlemeye Başlaması, Genel Kural ve İstisnaları

İcapta bulunan, kabul süresi konusunda bir tarih belirlemek yerine belirli bir süre belirtilmişse bu sürenin işlemeye başlamasının tespiti için CISG m. 20/1 hükmü kullanılır. Bu maddeye göre; bir telgraf veya mektupta icapta bulunan kimse tarafından belirlenmiş olan kabul süresi, telgrafın gönderilmek üzere verildiği tarihten veya mektupta gösterilen tarihten veya bu yoksa zarf üzerindeki tarihten itibaren işlemeye başlar. Telefon, teleks veya eşzamanlı diğer haberleşme araçları yoluyla icapta bulunan tarafından belirtilen kabul süresi icabın muhataba vardığı andan itibaren işlemeye başlar, denilmektedir.³⁹⁰

Telefon ve internet üzerinden yapılan anlık iletişim araçları gibi karşı tarafla doğrudan iletişim kurulabilen araçlar CISG m. 24 anlamında sözlü olarak yapılmış sayılırlar. Bu hüküm bir personel veya temsilci tarafından yapılan veya alınan beyanlar için de aynı şekilde uygulanmalıdır.³⁹¹

Elektronik iletişim araçlarından, e-postalar her zaman CISG m. 20/1 anlamında anlık değildir. Gönderilme zamanları her zaman gösterilir, bu nedenle mektup gibi değerlendirilebilir ve süre bu andan itibaren işlemeye

³⁸⁸ Örnek vermek gerekirse, icapta “hemen gönderilsin”, “acilen yola çıksın” gibi ifadelerin bulunduğu ve kabul beyanında sözleşmenin tali unsurlarında muhatabın yaptığı değişikliklerin yer aldığı cevaplarda, kabul beyanının gönderilmesi yeterli görülebilir.

³⁸⁹ HONNOLD, s. 177-178; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 229

³⁹⁰ HONNOLD, s. 193; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 246-247; ZEYTİN, s. 100.

³⁹¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 247.

başlar. Belirli bir süre içinde karşılık verilmesi gereken internet sitelerindeki teklifler CISG m. 8 uyarınca bu sürenin başlama tarihi göz önüne alınarak yorumlanmalıdır. Gerçek zamanlı iletişimin yapılabildiği örneğin yazışma programları sözlü beyanla aynı sayılır ve CISG m. 20/1 kapsamına girer.³⁹²

İcaptan sonra yapılacak bir beyanla süre belirlenebilir. Bu beyan süreyi mektubun tarihinden itibaren işlemeye başlatsa bile muhataba varmalıdır.³⁹³

Sürenin hesaplanması CISG m. 20/2 düzenlemiştir. Buna göre genel kural (CISG m. 20/1-1) kabul süresi içindeki resmi tatil ve iş günü dışındaki günler sürenin hesabına dahil edilirler. İcapta bulunanın veya muhatabın resmi tatil günleri ve iş günü dışındaki günler dikkate alındığında uluslararası işlemlerde sürenin hesaplanmasında sıkıntılar ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle her gün iş günü gibi sayılır. Ancak, CISG m. 20/2 sadece sürenin hesaplanması için konulmuş bir yorum kuralıdır ve taraflar başkaca bir hesaplama yöntemi belirleyebilirler.³⁹⁴

CISG m. 20/2-2'ye baktığımızda ise kabul bildiriminin süresinin son gününün icapta bulunanın işyerinin bulunduğu yerde resmi tatil gününe veya iş günü dışındaki günlerden birine rastlaması ve bu nedenle icapta bulunanın adresine teslim edilememesi halinde sürenin takip eden ilk iş gününe uzayacağı kabul edilmiştir. İcapta bulunanın iş yerinin olduğu yerde veya kabulün icapta bulunana vardığı yerde (CISG m. 24 anlamında) uygulanacak hukuk o günün iş günü olmayan bir gün olup olmadığını belirleyecektir. Tatil veya iş günü olmayan günün ispat yükü, gecikmeye rağmen zamanında kabul olduğunu iddia eden tarafa aittir. Ancak tatil günü olmasına veya iş günü olmamasına rağmen muhatabın iş yerinde bulunması dolayısıyla bildiriminden haberi olsa bile takip eden iş gününde ulaşmış sayılacaktır. Bunun nedeni CISG m. 20/2, ikinci cümlede getirilen kesinliğin objektif durumların dikkate alınması nedeniyle tehlikeye atılmak istenmemesidir.³⁹⁵

³⁹² HONNOLD, s. 141-142; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 247-248.

³⁹³ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 248.

³⁹⁴ HONNOLD, s. 193-194; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 248; ZEYTİN, s. 100.

³⁹⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 248-249.

6. Geç Kabul

Geç kabul konusunu geç kabul, geç kabule rağmen sözleşmenin kurulması ve iletimde yaşanan gecikme başlıkları altında inceleyeceğiz.

a. Geç Kabul

Geç kabul konusunda önemli olan nokta icabın süresi geçtikten sonra yapılacak kabulün karşı icap olarak mı nitelendirileceği yoksa CISG m. 21/1 anlamında gecikmiş kabul olarak mı nitelendirileceğidir. Süresi geçmiş icabı alan kişinin cevabının karşı icap olarak nitelendirileceği tartışmasızdır. Ancak, icabın muhataba ulaşmadan mı süresinin geçtiği yoksa kabul beyanından önce mi süresinin geçtiği genellikle belirli değildir. CISG m. 21/1 hükmü bu gibi durumlarda uygulama alanı bulur.³⁹⁶ Eğer icapta bulunan onay beyanını gönderirse “makul süre”nin geçip geçmediğini ve kabule şayan olup olmadığını veya geç kabulle ilgili bir durum olup olmadığını araştırmak anlamsız olur. Ancak icabın süresi gecikme dışında başka bir nedenle

³⁹⁶ Örnek olayımızda, Avusturya’da telsiz haberleşme sistemi modernizasyon projesinde yüklenici olan Avusturyalı şirket, muhtemel bir alt-yüklenicilik anlaşması için yine Avusturyadan bir şirket ile iletişime geçmiştir. Alt-yüklenicilik için iletişime geçilen şirket, İsviçreli bir şirketle telsiz haberleşme sistemleri için sözleşme yapmak üzere pazarlığa başlamıştır. Taraflar, yüklenici ile muhtemel alt-yüklenicinin anlaşması halinde, yüklenicinin de onayı ile, bütün siparişlerin muhtemel alt-yükleniciden onay olarak verilmesi gerektiği üzerine anlaşmışlardır. Ancak yüklenici bu muhtemel alt-yüklenici ile anlaşma yapmamış ve direkt olarak İsviçreli şirketten telsiz haberleşme sistemleri sipariş etmiştir. Muhtemel alt-yüklenici münhasırlık anlaşmasını ihlal ettiğini iddia ederek İsviçreli şirket aleyhine tahkime başvurmuştur.

Tek hakem Avusturyalı muhtemel alt-yüklenici ile İsviçreli satıcı arasındaki sözleşmeye, tarafların uygulanacak hukuk olarak Avusturya hukukunu seçmeleri ve Avusturya’da CISG’in yürürlüğe girdiğini göz önüne alarak CISG’nin uygulanacağına karar vermiştir. Bu anlaşmayı CISG m. 3/1 anlamında imal edilmesi veya üretilmesi için mal temini olarak kabul etmiştir.

Taraflar aralarındaki anlaşmanın geçerliliğini davacının alt-yüklenicilik sözleşmesine bağlamışlardır. Her ne kadar CISG’de gelecekte olabilecek veya belirli olmayan bir olaya sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasının bağlanması düzenlenmemesine rağmen CISG m. 6 kapsamında taraflar böyle bir şartı sözleşmelerine koyabilirler. Meydana gelecek olan olayın hangi zaman dilimi içinde olması gerektiği uygulanacak olan iç hukuk kuralına göre tespit edilecektir.

Meydana gelecek olan olayın halen meydana gelip gelemeyeceğinin tespiti için tek hakem muhtemel alt-yüklenici ile yüklenici arasındaki ilişkiyi göz önüne almıştır. Alt-yüklenici yükleniciye kabul süresini belirlemek için icapta bulunmuştur ve bu süre kabul edilmeden sona ermiştir. Hakem Avusturya hukukuna ve CISG m. 18/2’ye atıf yaparak kabul süresinin geçmesinden sonra icap kabul edilemeyeceğini ancak icapta bulunanın, muhatabını sözlü olarak bildirmesi halinde geç kabulün geçerli olarak nitelendirileceği (CISG m. 21/2) kararını vermiştir, France, 1994, 7844/1994, ICC Court of Arbitration – Paris, [http://www.unilex.info/case.cfm?id=123], (E.T. 10.01.2013).

geçtiyse, örneğin red ile, CISG m. 21/1 hükmü kullanılamaz. Geç kabul, yeni bir icap oluştursa bile, mutlaka yorumlanarak nitelendirilmelidir.³⁹⁷

Bir kabulün geç yapılması CISG m. 21/1 anlamında kabul süresinin geçmesinden sonra kabulün varması veya kabul anlamına gelen davranışın yapılması demektir. CISG m. 21/2 hükmü ise sadece iletimde yaşanan gecikmeye uygulanır. Geç kalmanın sebebi ise önemli değildir.³⁹⁸

b. Geç Kabule Rağmen Sözleşmenin Kurulması

Gecikmiş bir kabul olmasına rağmen sözleşmenin kurulabilmesi için bazı koşulların yerine gelmesi gerekmektedir.

Öncelikle kabul icapta bulunana ulaşmalıdır. Geç kabulün sözleşmenin kurulmasına olanak sağlaması için ön koşullardan birisi icapta bulunana ulaşmasıdır. İcapta bulunan geç kabulü kabul gibi değerlendirebilir. Ancak icapta bulunulan kişinin beyanı ile kabul ettiğini kastetmelidir. Eğer verdiği cevap karşı icap ise bu halde ilk icapta bulunan karşı icap süresinde kabul ederek sözleşmenin kurulmasını sağlayabilir. Eğer geç kabul CISG m. 18/1 anlamında davranış ile yapıldıysa bu mutlaka icapta bulunana varmalıdır.³⁹⁹

İkinci olarak geç kabule onay verilmelidir. Eğer sözleşme geç kabule rağmen kurulduysa, icapta bulunanın kabulcüye kabulünü onayladığını bildirmesi gerekmektedir. Onay beyanı kabulcüye varmak zorunda olmayıp, gönderilmesi yeterlidir. İcapta bulunanın onayı, beyan geç ulaşsa hatta kaybolursa bile, geç kabulün kabul olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır. Bu beyan açıklayıcı bir beyandır.⁴⁰⁰

³⁹⁷ BIANCA/BONELL/FARNWORTH, s. 189-190; HONNOLD, s. 195-196; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 251; ZEYİN, s. 101.

³⁹⁸ HONNOLD, s. 196; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 252.

³⁹⁹ BIANCA/BONELL/FARNWORTH, s. 190; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 252-253.

⁴⁰⁰ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 253-254.

Üçüncü koşul onayın gecikmeksizin verilmesidir.⁴⁰¹ Gecikmeksizin onay verme karşılıklı anlaşmaya bağlıdır. Geç kabulü yapan tarafın onay veren tarafa onayın yapılması için bir süre tanınması mümkündür. Bu durumda yorum yoluna başvurulursa bir karşı icabın yapıldığı görülebilir. Eğer kabul bir davranışla gerçekleştiyse CISG m. 18/1 hükmü uygulanır (davranış muhataba ulaşmalıdır). Bu durumda icapta bulunanın geç kalmaksızın onay vermesi bu davranışın ona ulaşması (ödemeyi veya malları alması vb.) sonrasında yapılabilir. Kabul anlamına gelen davranışın CISG m. 18/3 kapsamına girmesi halinde, icapta bulunan o davranıştan haberdar olduktan sonra geç kalmaksızın onayını bildirmesi gerekmektedir.⁴⁰²

Bir diğer koşul onayın sözlü veya yazılı olarak verilmesidir. Yani CISG m. 21 bildirimin yazılı olmasını zorunlu tutulmamaktadır. Bildirim sözlü şekilde (telefon veya elektronik olarak sesin iletilmesi halleri de sözlü sayılır) de yapılabilir.⁴⁰³

Geç kabulde sözleşme, sözleşmenin icapta bulunanın yazılı veya sözlü olarak onayını kabulcüyeye bildirmesi ile değil, geçmişe dönük olarak geç kabulün icapta bulunana varması anında, kabul anlamına gelen davranış ile yapılması halinde (CISG m. 18/3) davranışın gerçekleştiği anda kurulmuş olur.⁴⁰⁴

İcapta bulunan kişinin geç kabule verdiği onayın eklemelerle birlikte gönderilmesi halinde bunun geç kabulün reddi mi, yeni bir icap mı, yoksa açık bir onay olup da yeni şartların sadece sözleşmenin bazı şartlarının

⁴⁰¹ 1 Haziran tarihinde Satıcı Alıcıya “Kabulünüz 30 Haziran tarihine kadar bana ulaşmalıdır” beyanını içeren bir icabı posta ile göndermiştir. Satıcı ile Alıcı arasında postanın ulaşması 5 gün sürmektedir. 29 Haziran’da Alıcı icabın kabulü beyanını göndermiştir ve beyan 4 Temmuz’da Alıcıya varmıştır. 4 Temmuz’da Satıcı “29 Haziran tarihli postanız bana icabımda belirttiğim 30 Haziran tarihinden daha geç ulaştı ancak ben beyanınızı kabul beyanı olarak değerlendiriyorum” beyanını göndermiştir.

Alıcı sözleşmenin kurulmasını hemen reddetmiş ve Alıcının mektubunu 30 Haziran’da kabulü geri aldığı beyanını göndermiş olsa bile taraflar sözleşme ile bağlıdır. Alıcının sözleşmeden beklediği faydanın mektubun yolda olduğu süre içerisinde değişmesi muhtemeldir. Ancak, Alıcı bu değişiklikleri ispat etmek zorundadır. Alıcı 5 gün süren bir iletişim aracını seçmekle CISG m. 22 anlamındaki fırsatı kaybetmiştir. HONNOLD, s. 195.

⁴⁰² HONNOLD, s. 195-196; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 254.

⁴⁰³ HONNOLD, s. 196; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 254.

⁴⁰⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 254-255.

değişmesi için teklif mi olduğuna bakılmalıdır. Eğer icapta bulunan geç kabule verdiği onayını eklemelerinin kabul edilmesine bağladıysa bu kabulün reddi anlamına gelecektir. Geç kabulün eklemeler içermesi durumunda CISG m. 19 hükmü uygulanacaktır.⁴⁰⁵

Anlaşma, CISG m. 21’de sadece geç kabulden sonra verilen onay ile sözleşmenin kurulması düzenlenmiştir. Ancak bir görüşe göre, onayın geç kabulden önce muhataba gönderilmesi veya beyan edilmesi de geç kabulü kabul olarak nitelendirmemizi sağlar. Bazı durumlarda icapta bulunanın gecikmesi muhtemel kabul için verdiği onay sürenin uzatılması anlamına da gelebilmektedir.⁴⁰⁶

c. İletimde Yaşanan Gecikme

CISG m. 21/2 hükmü kabulcünün sözleşmeyi kurma imkânının iletimde yaşanabilecek sorunlar nedeniyle elinden alınmamasını amaçlamaktadır. İletim olması gerektiği gibi olsaydı kabul zamanında varacağı ve sözleşmenin kurulmuş olacağı varsayılır.⁴⁰⁷ Kabulcü sözleşmenin kurulacağına güven duymaktadır ve bu güven korunmalıdır. İcapta bulunan tarafından baktığımızda ise sürenin geçmesiyle farklı bir sözleşme ilişkisine girebilir veya o konuya artık eskisi gibi sıcak bakmayabilir. Bu durumda da icapta bulunan geç kabulü reddedebilir ve sözleşmenin kurulmasına engel olur. Gecikmiş bir kabul ancak icapta bulunanın gecikmeksizin muhatabı bu yönde sözlü olarak haberdar etmesi veya bu

⁴⁰⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 255.

⁴⁰⁶ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 255.

⁴⁰⁷ 1 Haziran tarihinde Satıcı “Kabul beyanınız bana 30 Haziran’da ulaşmalıdır” beyanını içeren icabını posta ile göndermiştir. 15 Haziran’da Alıcı “1 Haziran tarihli icabınızı kabul ediyorum” cevabını göndermiştir. Bu beyanın ulaşması gecikiyor ve Satıcıya 20 Temmuz’da varıyor. Satıcı Alıcının beyanına cevap vermiyor. Alıcı gecikmeyi 1 Ağustos’ta malların neden ulaşmadığını sormak için aradığında öğreniyor. Satıcı kabul beyanını zamanında eline ulaşmadığı için dikkate almadığını söylüyor. Alıcı beyanının zamanında vardığını zannettiğini ve malların gelmesini beklediği cevabını veriyor.

Alıcının cevabı 15 Temmuz tarihlidir ve iletimdeki gecikme açıkça görülmektedir. Sonuç olarak, CISG m. 21/2’ye göre, Satıcının Alıcıya icabın gecikmesini bildirmemesi, geç kabulü “geçerli bir kabul haline getirir”. Taraflar sözleşme ile bağlıdır ve Satıcı Alıcıya karşı sözleşmenin ihlali nedeniyle sorumludur. HONNOLD, s. 198.

içerikli bir bildirim göndermesi halinde kabul gibi hüküm doğurur (CISG m. 21/1).⁴⁰⁸ CISG m. 21/2 hükmü sadece yazılı olarak yapılan kabul beyanları için geçerlidir.⁴⁰⁹

İcapta bulunan sözleşmenin kurulmasını istemiyorsa, gecikmeksizin bir bildirim göndererek veya sözlü olarak bildirerek bunu reddetmelidir. Burada da CISG m. 21/1'deki gibi bildirim yazılı olmak zorunda değildir sadece gönderilmesi yeterli olacaktır. CISG m. 21/2'deki reddin, CISG m. 21/1'deki onay beyanı gibi bir kurucu fonksiyonu bulunmamaktadır. Sadece açıklayıcı bir beyandan ibarettir.⁴¹⁰

Bu konuya karşı önlem olarak kabulcü, icapta bulunanın her durumda, kabulün iletiminde yaşanacak gecikmeyi de içerecek şekilde, cevap vermesi gerektiğini şart koşabilir. İcapta bulunan da kabul süresini belirleyip, geç kabulün her koşulda geçersiz olacağı veya sadece karşı icap anlamına geleceğini şart koşabilir.⁴¹¹

Kabulün gecikmesi halinde, icapta bulunana verilen seçim hakkı kabulcü adına risk oluşturabilir. Bu belirsizlik her zaman, örneğin kabulün zamanında gönderilmesinde, kabulcüyü yüklenemez. Kabulcü özellikle beyanını geç yaptığında ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerini önceden yerine getirdiğinde risk altındadır. Bu icapta bulunanın, kabulcünün borcunun ifası hakkında seçimlik hakkı var gibi bir sonucu ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, iletimde yaşanan uzun süreli bir gecikmede, icapta bulunan geç kabul beyanını kabul olarak nitelendirirse, icapta bulunanın iyi niyetli

⁴⁰⁸ 1 Haziran'da Satıcı "Kabul beyanınız bana 30 Haziran'da ulaşmalıdır" beyanını içeren icabını posta ile göndermiştir. 15 Haziran'da Alıcı "1 Haziran tarihli icabınızı kabul ediyorum" cevabını göndermiştir. Bu mektup normalde 20 Haziran'da ulaşması gerekirken postadaki gecikme nedeniyle 20 Temmuz'da varmıştır. Temmuz'un ortalarında fiyatlarda önemli derecede düşüş olmuştur ve Satıcı mallarını böyle yüksek bir fiyattan sattığı için çok memnun kalmıştır. 20 Temmuz'da Satıcı Alıcıya "Geç varmasına rağmen 15 Haziran tarihli mektubunuzu kabul beyanı olarak değerlendiriyorum" demiştir. Alıcı durumun mektubun varmadığı bir ay içinde değiştiğini beyan ederek bunu reddetmiştir. CISG m. 21/1 hükmü sözleşmenin kurulduğunu göstermektedir. Bu kısa süreli gecikmelerde uygun düşmektedir ancak uzun süreli gecikmelerde ve piyasa koşullarının önemli ölçüde değişmesi halinde bu hüküm Anlaşmanın diğer hükümleriyle birlikte değerlendirilmelidir. HONNOLD, s. 196.

⁴⁰⁹ BIANCA/BONELL/FARNSTWORTH, s. 192; HONNOLD, s. 196-197; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 256.

⁴¹⁰ HONNOLD, s. 198; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 257.

⁴¹¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 258.

davranmadığını veya uzun süre geç kalmış kabul beyanının geçerli bir kabul gibi hüküm doğurmayacağını⁴¹² ileri sürmüşlerdir.⁴¹³

İcapta bulunan geç kalmanın nedenini açıkça bilemiyorsa, belirsiz bir durumla karşılaşabilir. Burada belirsizliğin yükü tamamen icapta bulunana bırakılamaz, durumu öğrenmek için kabulcüyeye sorabilir, sessiz kalması halinde risk kendi üstünde kalacaktır.⁴¹⁴

Muhatap bildirim için belirli bir süre koyarak kendini koruyabilir, sürenin geçmesi halinde beyanının geçerliliği kalmayacaktır (düşmüş olacaktır). CISG m. 21/1 onay ve CISG m. 21/2 düşme beyanının zamanında (gecikmeksizin) ve geçerli gönderildiğinin ispat yükü icapta bulunandadır^{415 416}.

7. Kabul Beyanının Geri Alınması

Kabul beyanının geri alınmasının geçerliliği kabulün hüküm doğurduğu ana bağlıdır. CISG m. 22 anlamında kabulün geri alınması beyanının kabulün icapta bulunana varmasından önce veya kabulün hüküm doğurmasıyla aynı anda icapta bulunana varması gerekir. Eğer kabulcü CISG m. 22'den farklı bir geri alma hakkı belirttiyse, genelde kabul beyanı ile sözleşmeyle bağlı olma niyetinin olmadığı anlaşılır. Ancak, bu tip bir geri alma hakkı değişikliklere konu olan kabul, kabulcünün sözleşmeyi geri alma ile sona erdirmeye hakkını saklı tutmayı istemesi olarak da yorumlanabilir. Bu durumda

⁴¹² BIANCA/BONELL/FARNSWORTH, s. 194; HONNOLD, s. 195-197.

⁴¹³ HONNOLD, s. 197; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 258.

⁴¹⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 259.

⁴¹⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 259.

⁴¹⁶ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri madde 2:207 "Gecikmiş kabul" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre; gecikmiş kabulün, icapta bulunanın derhal onu geçerli saydığını muhataba bildirirse yine de hüküm doğurur. İkinci fıkrada ise gecikmiş bir kabulü içeren bir mektup veya başka bir yazının gönderilmesi normal koşullarda zamanında teklif sahibine ulaşmış olacağına işaret eden hal ve şartlarda gönderildiği anlaşılıyorsa, icapta bulunan derhal muhataba teklifin sona erdiğini bildirmediği, geçerli olur şeklinde düzenlenmiştir bkz. DAYINLARLI, PECL, s. 33.

CISG m. 19 hükmü sözleşmenin kurulup kurulmadığını belirlemek için kullanılır.⁴¹⁷

CISG icabın geri alınması durumunu iki şekilde düzenlemiştir. İlki CISG m. 15/2 icaptan önce veya icapla aynı anda, geri alma beyanının muhataba varması ve diğeri CISG m. 16'da muhatabın kabul beyanını göndermesinden önce muhataba ulaşmış olması kaydıyla sözleşme kuruluncaya kadar geri alınabileceği şeklindedir. CISG m. 22 ise kabul beyanının geri alınmasını sadece kabulün hüküm doğurmasından önce veya aynı anda varması halinde yapılabileceğini öngörmüştür. Kabulün hüküm doğurması CISG m. 18'de düzenlenmektedir. Kabul beyanı hüküm doğurduğu anda sözleşme kurulmuştur ve taraflar sözleşme ile bağlıdır. Tarafların sözleşmeyi feshetme hakları açıkça belirtilmelidir, aksi takdirde bunu yapmak CISG'in ifa engelleri hükümlerince mümkündür.⁴¹⁸

CISG m. 22 hükmü kabul beyanının icapta bulunana ulaşmasının belirli bir süre aldığı durumları da göz önüne almaktadır. CISG m. 18/3 ise susmanın belirli bir süre devam etmesinin kabul anlamına geldiği durum haricinde, geri alma imkânının olmadığı kabulü konu almaktadır. Kabul beyanı telefonla veya sözlü olarak yapılması halinde, beyanın tamamen ulaşmaması yani icapta bulunana tamamı varmadan geri alınabileceği düşünülebilir.⁴¹⁹

Geri alma beyanı açıklayıcı bir beyandır. Geri alma beyanı kabul beyanı ile aynı şekilde yapılmak zorunda değildir ancak icapta bulunana varmalıdır. İcapta bulunana varana kadar geri alma beyanı geri alınabilir, bu durumda sözleşme kurulmuş olur. Zamanında yapılan kabulün geri alınması beyanını ispat yükü, sözleşmenin kurulmadığını iddia eden tarafa aittir.⁴²⁰

⁴¹⁷ HONNOLD, s. 199; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 224.

⁴¹⁸ BIANCA/BONELL/FARNSWORTH, s. 195; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 260.

⁴¹⁹ BIANCA/BONELL/FARNSWORTH, s. 195; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 261.

⁴²⁰ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 261.

Kabulcü, kabul beyanına yaptığı eklemeleri de geri alabilir bu durumda icabı olduğu gibi kabul etmiş sayılır ve CISG m. 19 hükmünün uygulanmasına gerek kalmaz.⁴²¹

Kabul beyanının geri alınmak istendiği yorum yoluyla belirlenmelidir. Yapılan beyan kabulün içeriğinin değiştirilmesi veya bazı durumlarda kabul beyanının geri alınması ve başka koşullarda bir kabul beyanıyla değiştirilmesi şeklinde olabilir. Bu beyanların sözleşmenin kurulmasını sağlayıp sağlamayacağı konusunda kabul süresi içinde icapta bulunana varıp varmadığına ve icapla bağdaşıp bağdaşmadığına bakılarak karar verilir. Kabul beyanının ikinci bir beyanla içeriğinin değiştirilmesi veya bazı durumlarda kabul beyanının geri alınması ve başka koşullarda bir kabul beyanıyla değiştirilmesi halinde CISG m. 19 hükmü uygulama alanı bulur.⁴²²

8. Kabul Sayılan İrade Açıklamaları

CISG'e göre kabulün, muhatabın m. 18/1'e göre "diğer bir davranışıyla" yapılması mümkündür. Kural olarak davranış şeklinde yapılan kabul de muhataba ulaşmalıdır (İstisna CISG m. 18/3 eylem anından itibaren). Davranış beyanlarına, ürünlerin hepsinin olmasa bile bir kısmının gönderilmesi, alıcıya veya sözleşmeye göre varacağı yere göndermek için ürünlerin paketlenmesi, sipariş üzerine ürünlerin üretilmeye başlanması, alıcı tarafından ürünlerin kabulü, ödeme, alış fiyatı için akreditif açılması, ifa için ürünlerin üretim hazırlıklarına başlanması örnek olarak gösterilebilir. Faturanın gönderilmesi veya alıcı tarafından imzalanması, icap ile birlikte gönderilen çekin keşide edilmesi, otomatik ödeme hakkının kullanılması da kabul şeklinde anlaşılabilir.⁴²³

Davranışla ifade edilen rızanın icapta bulunana ulaşması CISG m.18/3 hükmü kapsamına girmiyorsa sözleşmenin kurulmasının ertelenmesine

⁴²¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 261.

⁴²² SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 262.

⁴²³ BIANCA/BONELL/FARNWORTH, s. 165-166; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 221.

sebeptir. Malları yola çıkan satıcı malları geri çağırarak veya taşınmasını durdurarak sözleşmeyi ihlal etmeden kabulünden geri dönebilir.⁴²⁴

Kusurlu malların gönderilmesi de kabul sayılabilir. Kabul, malların sözleşmeye uygun olmasına bağlanamaz. Aliud ifa konusunda ise bir ayırım yapmak gerekmektedir, hata sonucu gönderildiyse gönderim kabul sayılır, ancak başka bir icap yerine isteyerek gönderildiyse (substitute offer), satıcının niyeti karşı icapta bulunmaktır ve muhataba varmak zorundadır, buna rağmen CISG m. 8/2 uyarınca kabul olarak da nitelendirilebilir.⁴²⁵

Bazı durumlarda da Türk hukukunda olduğu gibi, onay içeren davranışla yapılan kabul, CISG m. 19/1 uyarınca tarafların sıfatlarının değişmesine sıkça yol açmaktadır. İcabın karşı teklif oluşturacak şekilde değiştirilmesi, asıl icapta bulunanın kabulcü sıfatıyla hizmet sunarak veya kabul anlamına gelen diğer davranışlarıyla veya benzer durumlarla kabulcü olarak cevap vermesi şeklinde olabilir.⁴²⁶

Susma veya eylemsizlik kuralı olarak kabul etme niyetini ifade edebilir. Bu durumda muhataba varmasından söz edemeyiz. Ancak, bu davranışın onay içermesi için susma veya eylemsizlik yanında bazı koşullara da sahip olması gerekir. Tabi ki susmanın onay içerebilmesi durumu, icapta bulunanın teklifine susma veya eylemsizliğin muhatabını bağlayacağı gibi bir cümle yerleştirebileceği anlamına gelmez. CISG m. 18/1-2 susma veya eylemsizliğin tek başına kabul sayılmayacağını kabul etmektedir. Bu icapta bulunanın, muhataba istenmeden gönderilen malların teslimiyle birlikte ürünlerin geri yollanmaması halinde kabul sayılacağı gibi bir ifade içeren teklif yapmasına engel olur. Ancak hükmün lafzı susmanın diğer durumlarla birlikte değerlendirilmesi halinde beyan anlamına geleceği ve CISG m. 8/3 anlamında icapta bulunana varmadan kabul olarak anlaşılabileceğini göstermektedir. Bu durumlar önceden taraflar arasında uygulanmasını kabul ettikleri (CISG m. 9/2) veya yerleşmiş alışkanlıklar, teamüllerin varlığından

⁴²⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 222

⁴²⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 222.

⁴²⁶ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 222.

(CISG m. 8/3) kaynaklanabilir. Tabi ki çerçeve sözleşmeler veya Anlaşmanın hükümlerini değiştiren (CISG m. 6 hükmüne dayanarak) taraflar aralarında yapacakları anlaşmalarla, susmanın kabul anlamına gelebileceğini ve belirli durumlarda muhatapın teklifi kabul etmeyeceği hallerde reddetmesini gerektiğini kararlaştırabilirler.⁴²⁷

Karşı icap sözleşme kurma niyetini ifade edebilir ve dolayısıyla kabul anlamına gelebilmektedir. Sözleşmenin kurulması kuralları karşılıklı anlaşmaya bağlıdır (CISG m. 6). Bu yüzden CISG'nin sözleşmenin kurulmasında temel aldığı sözleşme beyanlarının sözleşme usulünü takip etmeyecek şekilde anlaşmaları mümkündür^{428 429}.

IV. SÖZLEŞMENİN KURULMA ANI

Sözleşmenin kurulma anını açıklayan dört teori vardır. Bunlar; açıklama teorisi, gönderme teorisi, varma teorisi ve öğrenme teorisidir.⁴³⁰

Açıklama teorisinde muhatap, kabul beyanını açıklamakla sözleşme meydana gelir, beyanın icap sahibine gönderilmesi şart değildir. Gönderme teorisinde, muhatap, kabul beyanını icapta bulunana gönderdiği anda sözleşme kurulmuş olur. Varma teorisine göre sözleşme, kabul beyanının icapta bulunanın hâkimiyet alanına ulaştığı anda kurulmuş olur. Öğrenme teorisinde ise sözleşmenin kurulması için, icapta bulunanın kabul beyanını öğrenmiş olması gerekir.⁴³¹

Türk Borçlar Kanunu, sözleşmenin kurulmasını hazırlar arasında ve hazır olmayanlar arasında kurulma olarak iki şekilde düzenlemektedir.

⁴²⁷ BIANCA/BONELL/FARNSWORTH, s. 166-167; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 223.

⁴²⁸ BIANCA/BONELL/FARNSWORTH, s. 167; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 223-224.

⁴²⁹ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerine baktığımızda madde 2:107 “Kabul aranmaksızın bağlayıcı olan vaatler” başlığı altında düzenlendiğini görmekteyiz. Bu maddeye göre; kabul aranmaksızın hukukî olarak bağlayıcı olması arzulanan bir vaadin, vaad edeni bağlayacağı, belirtilmektedir bkz. DAYINLARLI, PECL, s. 26.

⁴³⁰ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 31; EREN, s. 261; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 210.

⁴³¹ EREN, s. 261; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 210.

Hazırlar arasında icaba hemen kabul cevabı vermesi halinde, muhatabın kabul beyanında bulunduğu anda sözleşme kurulmuş olmaktadır. Hazır olmayanlar arasında ise varma teorisi kabul edilmiştir. Kabul beyanı, açık bir kabule ihtiyaç duyulması halinde icapta bulunanın hâkimiyet alanına ulaştığı anda sözleşme kurulmuş olur. İcapta bulunanın kabul beyanını öğrenmesi zorunlu değildir. Sözleşmenin kurulması için açık bir kabul beyanına gerek duyulmuyorsa ve icap uygun bir süre içinde reddedilmezse, icabın muhatabın hâkimiyet alanına ulaştığı anda sözleşme kurulmuş olur (TBK m. 6).⁴³²

CISG’de ise, kabul beyanının Anlaşmaya uygun olarak hüküm doğurduğu anda sözleşmenin kurulmuş sayılacağı düzenlenmiştir (CISG m. 23). Kabul beyanı icapta bulunan kişiye ulaştığında sözleşme kurulmuş olmaktadır. Burada CISG’in hem Türk Borçlar hukukundan hem de Common Law ülkelerinde (kabul beyanının gönderildiği anda sözleşme kurulmuş olur) farklılaştığı görülmektedir.⁴³³ CISG’de kabulün gönderilmesi sadece icaptan geri dönme (CISG m. 16/1) imkânını sona erdirmektedir. Sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan iletişimleri sözleşmeyi değiştirme amacıyla yapılan teklifler olarak yorumlayabiliriz.⁴³⁴

CISG m. 24 bir beyanın ne zaman muhataba varmış sayılacağını düzenlemiştir. Bu konu CISG m. 7/1 hükmü göz önüne alınarak, iç hukukların bu konudaki yaklaşımlarını dikkate almaksızın bağımsız olarak ele almak gerekmektedir.⁴³⁵

Peki bu varması gereken beyanlar (irade açıklamaları) nelerdir? CISG m. 24 Anlaşmanın ikinci kısmı olan “Sözleşmenin Kurulması” kısmına ilişkin bir kural koymaktadır. Burada bir kural konulması nedeniyle “Malların Satımı” kısmında varması gereken beyanlar hakkında da Anlaşmanın temelinde yatan genel ilkelerden olmasına dayanarak (CISG m. 7/2) uygulanabilecektir.

⁴³² EREN, s. 262; KILIÇOĞLU, s. 71-72; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 211; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 78-79.

⁴³³ ERDEM, H. Ercüment, “CISG”, s. 55-56; SCHWENZER/MOHS, s. 95.

⁴³⁴ HONNOLD, s. 200; SCHWENZER/MOHS, s. 95.

⁴³⁵ HONNOLD, s. 201; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 266-267.

Tarafların aksini kararlaştırmadıkları sürece sözleşmenin kurulması için yapılan diğer irade açıklamaları için de uygulanması mümkündür.

CISG'in 24. maddesi açıkça belirtilen icap ve kabul beyanları dışında, diğer tüm irade açıklamalarına yani, icabın geri alınması (CISG m. 15/2, 16/1), icabın reddi (CISG m. 17), kabul için süre belirleme (CISG m. 20/1) ve kabulün geri alınması (CISG m. 22) uygulanır. Ancak, icapta yer alan koşulları esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler veya değişiklikler içeren cevaba itiraz anlamında yapılacak bir bildirim (CISG m. 19/2) veya gecikmiş bir kabulün icapta bulunan tarafından bunu gecikmeksizin geçerli bir kabul saydığı bildirimi (CISG m. 21/1) veya gereğince iletilmiş olması halinde zamanında varacak olan gecikmiş bir kabule karşı gecikmeksizin icabın düşmüş addettiğini açıklayan bir bildirim (CISG m. 21/2) yapılması durumlarında bu madde uygulanmayacaktır. Bu beyanların gönderilmiş olması yeterli kabul edilecektir.⁴³⁶

İrade beyanlarının sözlü yapılması halinde muhatabın bu beyanı duymuş olması gerektiği konusu tartışmalıdır. ULF'nin⁴³⁷ yorumunda irade beyanının duyulması gerektiği kural olarak kabul edilmiştir. Ancak, UNCITRAL bu anlama gelen bir teklifi reddetmiştir. Bu durum, başka bir çözüm yolunun mu düşünüldüğü yoksa durumun açık olmasından dolayı bunun eklenmesine gerek duyulmadığı şeklinde mi anlaşılması gerektiği belli değildir. Bu konuyu CISG'in m. 7/1 ve 8 ışığında yorumlayacak olursak, yüz yüze olan kişiler açısından sözlü beyanda bulunan taraf karşı tarafın anladığından emin olmalıdır, diğer durumlarda ise muhatabın beyanı anlaması imkânı olmalıdır. Yani makul bir kişi anlayabilir olmalıdır.⁴³⁸

Milletlerarası sözleşmelerde genellikle taraflar farklı ana dillere sahip olduklarından bazen yanlış anlaşılmalara meydana gelebilmektedir. Bu da milletlerarası işlemlerde iyi niyet ilkesinin uygulanmasını gerektirmektedir. Bir

⁴³⁶ HONNOLD, s. 201; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 267.

⁴³⁷ Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, The Hague, ULF, Lahey, 01.07.1964, (<http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulf.htm>), (E.T. 07.08.2012).

⁴³⁸ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 189.

beyan en azından anlaşılabilir olmalıdır.⁴³⁹ Özellikle taraflar arasında telefon veya benzeri araçlarla yapılan, tarafların aynı mekânda bulunmadıkları, sözlü beyanlarda beyanda bulunan karşı tarafın dinliyor ve anlayabilecek olduğundan emin olmalıdır. Telefon veya benzeri araçlarla yapılan beyanlarda bağlantının kalitesi ve kullanılan dilin muhatap tarafından anlaşılabilirliği dikkate alınmalıdır. Muhatabın ilgisi, anlamaya yönelik isteği ve bunun gibi kişisel koşullar dikkate alınmaz. CISG m. 8/2'ye göre burada beyanda bulunan makul bir kişinin anlama kabiliyetini göz önüne almalıdır.⁴⁴⁰

Beyanda bulunan, beyanın objektif olarak bakıldığında muhatabın yerinde olan makul bir kişinin duyabileceği şekilde yaptığını ispat yüküne sahiptir.⁴⁴¹

CISG m. 24 uyarınca sözlü olmayan irade açıklamaları muhatabın şahsen kendisine veya işyerine veya posta adresine, bunlar da yoksa mutat meskenine teslim edildiklerinde varmış sayılırlar. Buradan irade açıklamaları muhatabın kendisine veya işyerine veya posta adresine teslim edilmesi öncelikli olduğu ve bulunmaması halinde mutat meskenine teslimin kabul edilebileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Birden fazla işyeri veya posta adresi varsa CISG m. 10(a) uyarınca sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde taraflarca bilinen veya dikkate alınan koşullar değerlendirilerek sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en yakın irtibatlı işyeri esas alınır.⁴⁴²

CISG m. 24'teki işyeri veya posta adresi ve mutat meskeni kavramı alıcının alanı, kontrolünde olan alan şeklinde anlaşılmalıdır. Bu konuda bütün görüşler irade açıklamasının alıcının posta kutusuna atmak veya yetkili birine teslim etmenin yeterli olacağı görüşündedir. E-postanın alıcının server'ına ulaşması da bu anlamda varma sayılır. Muhatabın irade açıklamasından haberdar olması gerekli değildir. Örneğin faks makinesine düşen beyanın

⁴³⁹ BIANCA/BONELL/FARNSWORTH, s. 202; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 308-309.

⁴⁴⁰ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 270-271.

⁴⁴¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 271.

⁴⁴² BIANCA/BONELL/FARNSWORTH, s. 202-203; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 272.

sonradan okunması durumu değiştirmes veya alıcının faks makinesinde veya yazıcısındaki bozukluk varmış sayılmasını engellemez.⁴⁴³

Taraflar CISG m. 24'ten farklı bir şekilde varmış olmayı kararlaştırabilirler. Taraflar aralarında uygulanmasını kararlaştırdıkları teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla da bağlıdır (CISG m. 9/1), bu nedenle farklı durumlarda da varmış sayılabilir.⁴⁴⁴

CISG alıcının davranışlarıyla iletimin gecikmesi veya ulaşmasının engellenmesi konusuyla ilgili düzenlemeler içermemektedir. Ancak, CISG m. 24 ve m. 7 ışığında incelendiğinde muhatabın beyanın varmasını hileli olarak engellemesi veya geç ulaşmasına neden olması halinde normal koşullarda engel olmasaydı ne zaman iletilecektiye o anda varmış sayılır.⁴⁴⁵

Eğer taraflardan biri beyanının karşı tarafa ulaştığını iddia ediyorsa bunu ispat yükü ona düşer. Varmış olmayı ispat eden taraf, beyanın hangi anda varmış olduğunun ispat yüküne de sahiptir. Delillerin ispat değeri davayı görecek olan mahkemenin usul hukukuna tabidir.^{446 447}

V. SÖZLEşMENİN HÜKÜM VE SONUÇLARINI MEYDANA GETİRDİğİ AN

Hazırlar arasında yapılan bir sözleşmede, hüküm ve sonuçlar kabul iradesinin açıklandığı yani sözleşmenin kurulmuş olduğu anda doğar. Hazır olmayanlar arasında yapılan bir sözleşmede ise kabul haberinin muhatap tarafından icapta bulunana gönderildiği anda sözleşme hükümlerini doğurmaya başlamaktadır (TBK m. 11). Açık bir kabule ihtiyaç duyulmayan

⁴⁴³ HONNOLD, s. 202; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 273-274.

⁴⁴⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 274.

⁴⁴⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 278-279.

⁴⁴⁶ BIANCA/BONELL/FARNSWORTH, s. 204; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 279-280.

⁴⁴⁷ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde sözleşmenin kuruluş anı madde 2:205'de düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, muhatap kabulünü göndermiş ise kabulün icapta bulunana ulaşmasıyla sözleşme kurulmuş olur. İkinci fıkrada ise kabulün bir tutumdan anlaşılması halinde, bu tutumun teklif sahibine ulaşmasıyla sözleşmenin kurulacağı düzenlenmiştir. Son fıkrasına göre taraflar icap gereğince, aralarında oluşan bir kullanım veya teamül bulunuyorsa, muhatap icapta bulunana ihbarda bulunmaksızın bir işlemi yerine getirerek icabı kabul edebilir, bu durumda sözleşme işlemin ifasının başladığı anda kurulmuş olur bkz. DAYINLARLI, PECL, s. 31.

hallerde ise icabın muhataba vardığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını meydana getirir.⁴⁴⁸

Görüldüğü üzere hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerin kuruldukları an ile hükümlerini doğurdıkları an farklıdır. Sözleşmenin kurulma anı kabul haberinin icapta bulunana varması anı, hüküm doğurması ise kabul haberinin icapta bulunana gönderildiği an, hatta açık bir kabule gerek duyulmuyorsa icabın muhataba varmış olduğu andır.⁴⁴⁹ Türk Borçlar hukukunda hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulmasında varma teorisi, sözleşmenin hükümlerini meydana getirmesinde ise gönderme teorisi kabul edilmektedir.⁴⁵⁰

CISG'e göre normal yollarla sözleşmenin hüküm doğurması CISG m. 18/2 ilk cümlesi ve 18/3'te düzenlenmiştir. Sözleşme, kabul beyanı veya bu anlama gelen bir onayın icapta bulunana varmasıyla veya istisnaî olarak kabul anlamına gelen davranışlar üzerine kurulur.⁴⁵¹

A. Kuralın Uygulanmadığı Durumlar

1. Şarta Bağlı Kurulan Sözleşmeler

Bazı özel durumlar hakkında düzenleme yapılması için verilen teklifi CISG Çalışma Grubu reddetmiştir. Sözleşmenin koşullarının geçerliliği hakkında uygulanacak kuralları belirlemek ve CISG m. 23'ten bu anlamda ayrılmak (CISG m. 6 uyarınca) tarafların serbestçe karar verebilecekleri bir konudur. Bu nedenle Anlaşmada düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir.⁴⁵²

⁴⁴⁸ EREN, s. 262-263; KILIÇOĞLU, s. 71-72; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 80.

⁴⁴⁹ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 31.

⁴⁵⁰ EREN, s. 262-263.

⁴⁵¹ CISG'de m. 1/2, 10-a, 16/1, 31-b,c, 35/2-b, 35/3, 42/1, 55, 68, 71/1, 73/3, 74, 79/1 ve 100/2 sözleşmenin kurulma zamanına atıf yapılan maddelerdir. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 263.

⁴⁵² HONNOLD, s. 200; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 264.

2. Onay

Eğer bir sözleşmenin geçerliliği üçüncü bir kişinin onayına bağlıysa, bu koşulun geçmişe dönük veya yapıldığı andan itibaren geçerli olacağı belirlenmelidir. Bu onay bir hukukî gereklilik nedeniyle yapıldığında (yönetim kurulu onayı vb.), bunu gerekli kılan hukuk onayın hangi andan itibaren geçerli olduğunu belirlemelidir. Onayın verilememesi durumunda iç hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır. Çünkü bu CISG m. 4-a kapsamına giren bir geçerlilik sorunudur.⁴⁵³

3. Şarta Bağlı İfa

Şarta bağlı ifa durumunda tarafların bağlanma iradeleri icap ve kabul beyanlarının yapılmasıyla mı yoksa şartın yerine getirilmesi anında mı gerçekleştiği belirlenmelidir. Açıkça belirtilmeyen durumlarda, koşulların yerine getirilme anı sözleşmenin kurulma anıdır. Burada durumun halen CISG m. 23 kapsamında olduğu da unutulmamalıdır, sözleşmenin kurulması için gereken koşullara ilişkin bir şart sözleşmenin kuruluşu ve kurulma anı bakımından geriye dönük bir etki yaratabilir.⁴⁵⁴

4. İcap ve Kabul Olmadan Yapılan Anlaşmalar

İcap ve kabul olmadan yapılan anlaşmalar konusunda CISG m. 23 sessiz kalmaktadır. Taraflar icap kabul dışında bir yolla anlaşmaya vardılarsa, anlaşmalarının ne zaman bağlayıcı olacağını belirlemeleri gerekmektedir. Bu an sözleşmenin hükmünü doğurma anı olarak kabul edilecektir.⁴⁵⁵

⁴⁵³ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 264.

⁴⁵⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 264.

⁴⁵⁵ BIANCA/BONELL/FARNSWORTH, s. 199; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 264.

B. Sözleşmenin Kurulduğu Yer

CISG’de sözleşmenin kurulma yerini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda verilen teklif CISG Çalışma Grubunda reddedilmiştir. Sözleşmenin kurulma yeri kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması için gerekli olabilir. Bir görüşe göre, bu Anlaşmadaki bir boşluk değildir, CISG m. 7/2 ve CISG’in temel ilkeleri göz önüne alınarak doldurulabilir. Sözleşmenin kurulduğu yerin, sözleşmenin kurulması için gereken beyanın muhataba ulaştığı yer veya kabul anlamına gelen davranışın yapıldığı yer olduğu kabul edilebiliriz (CISG m. 18/3).⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ BIANCA/BONELL/FARNSWORTH, s. 200; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, s. 265.

SONUÇ

2 Nisan 2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan ve 1 Ağustos 2011 tarihinde ülkemizde yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) akit statüsü kapsamında uygulanmasının gerektiği hallerde, sözleşmenin kurulması konusunu ele alırken dünyada maddi özel hukuku bütünleştirme çalışmalarının seyrini ve bu alanda çalışmalar yapan UNIDROIT, UNCITRAL, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nı ve Avrupa Birliği'ni inceledik.

Sonrasında CISG'in tarihçesini, düzenlediği konuları, uygulama alanını ve Anlaşmada izin verilen çekinceleri ele aldık. CISG'te düzenlenmeyen konularda milletlerarası özel hukuk kurallarıyla oluşan boşlukların doldurulmasını inceledik. Ardından 5718 sayılı 12 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin sözleşmelerden doğacak borç ilişkilerine uygulanacak hukuk kurallarını düzenleyen m. 24 vd. maddelerini ele aldık. MÖHUK m. 24'te yer alan düzenlemede sözleşmelere uygulanacak hukuk için irade muhtariyeti ilkesi kabul etmiştir. Açık irade beyanı ile birlikte zımnî irade beyanı ile hukuk seçimi de kabul edilmiştir. Farazi hukuk seçimi ise kabul edilmemiştir. Objektif bağlama kurallarında ise sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk yetkili hukuk olarak kabul edilmiştir. Hukukumuzdaki düzenlemelerin Roma I Tüzüğü ile ve karşılaştırmalı hukuktaki pozitif düzenlemeler ile de uyum içinde olduğu sonucuna ulaştık.

İkinci bölümde, akit statüsünün uygulama alanı dışında kalan taşınır satımına uygulanacak hukuk, hukukî işlem ehliyetine uygulanacak hukuk, temsil yetkisine uygulanacak hukuk, sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğine uygulanacak hukuk ve MÖHUK'a göre doğrudan uygulanan kuralların uygulanması konularını ele aldık.

Ardından çalışmamızın temelini oluşturan CISG'in yürürlükte olduğu ülkelerden birisinin sözleşme statüsü olması halinde, sözleşmenin kurulmasını konusunu değerlendirdik. CISG'in sözleşmenin kuruluşu için

İsviçre ve Türk borçlar hukuku sistemlerinin de temelini oluşturan icap ve kabul yaklaşımını kabul ettiği sonucuna vardık.

İcabın geri alınması konusunda; TBK'ya göre geri alma beyanı, sözleşmenin diğer tarafına icaptan önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça icaptan önce öğrenilmiş ise icap yapılmamış sayılacaktır.

CISG'e baktığımızda ise geri almanın m. 15 ve 16'da düzenlendiğini görmekteyiz. CISG'de icabın muhataba varmasından önce icabın geri alınması (CISG m. 15 withdrawal) ve icabın muhataba ulaşmasından sonra ancak sözleşmenin kurulmasından önce geri alınması (CISG m. 16 revocation) şeklinde düzenlenmiştir.

Kabul konusunda ise CISG, muhatabın icaba onay verdiğini ifade eden herhangi bir beyanı veya diğer davranışının kabul olarak nitelendirileceğini belirtmiştir. Kabul açıklaması icapta bulunana varması anında hüküm doğuracaktır.

Kabul beyanında icapta yapılan değişiklikler, esaslı ve esaslı olmayan değişiklikler şeklinde iki grupta incelenmektedir. Esaslı değişiklik mevcut ise bu icabın reddi ve bir karşı icap olarak nitelendirilmektedir.

Genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil edilmesi konusunda ise “son vuruş doktrini (last shot doctrine)” ve “nakavt kuralı” arasında somut olayın özelliklerine bakılarak hangi yöntemin uygulanacağına karar verilmesi gerekse de, nakavt kuralı taraflar arasında daha adil ve dengeli bir çözüm sunmaktadır.

İcapta bulunana geç ulaşan bir kabul beyanı, geçerli bir kabul olarak nitelendirdiğini muhataba gecikmeksizin haber vermesi veya bu anlamda bir bildirim göndermesi halinde kabul gibi hüküm doğurmaktadır.

CISG'de kabul beyanının Anlaşmaya uygun olarak hüküm doğurduğu anda sözleşmenin kurulmuş sayılacağı düzenlenmiştir. Kabul beyanı icapta bulunan kişiye ulaştığında sözleşme kurulmuş olmaktadır. Burada CISG'in hem Türk Borçlar hukukundan hem de Common Law ülkelerinde (kabul beyanının gönderildiği anda sözleşme kurulmuş olur) farklılaştığı görülmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'na göre hazırlar arasında yapılan bir sözleşmede, hüküm ve sonuçlar kabul iradesinin açıklandığı yani sözleşmenin kurulmuş olduğu anda doğmaktadır. Hazır olmayanlar arasında yapılan bir sözleşmede ise kabul haberinin muhatap tarafından icapta bulunana gönderildiği anda sözleşme hükümlerini doğurmaya başlamaktadır.

Özetleyecek olursak, CISG'de yer alan sözleşmenin kurulmasıyla ilgili hükümlerin mevzuatımızla genel olarak paralel şekilde düzenlendiği sonuca vardık.

KAYNAKLAR

AKINCI, Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 3. Baskı, Konya 2006.

AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, **Borçlar Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul 2012.

AKINTÜRK/AKİPEK/ATEŞ KARAMAN, AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, **Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 1. Cilt, 8. Baskı, İstanbul 2011.

ALBÀN, Jorge Oviedo, **Criteria For An Offer: Editorial Remarks On The Manner In Which The UNIDROIT Principles May Be Used To Interpret Or Supplement CISG Article 14**, New York 2007.

ATAMER, Yeşim M., **Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 69, Sayı 10-11-12, 1995. (Uygulama Alanı)

ATAMER, Yeşim M., **Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı**, 1. Baskı, İstanbul 2008. (Satım Hukuku)

ATAMER, Yeşim, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul 2005. (Satıcının Yükümlülükleri)

BAUMGARTNER, Stefanie, **Contract Formation under the CISG and under the Unidroit Principles – Special Focus on the Issue of the Battle of the Forms**, Saarbrücken 2008.

BEHR, Volker, “Rome I Regulation: A –Mostly- Unified Private International Law of Contractual Relationships within – Most – of the European Union”, Journal of Law and Commerce, Vol. 29, No. 2, Spring 2011.

BIANCA/BONELL/EÖRSİ, BIANCA, Cesare Massimo/ BONELL, Michael Joachim/ EÖRSİ, Gyula, **Commentary on the International Sales Law**, Milan 1987.

BIANCA/BONELL/FARNSWORTH, BIANCA, Cesare Massimo/ BONELL, Michael Joachim/ FARNSWORTH, E. Allan, **Commentary on the International Sales Law**, Milan 1987.

BOUGEN, Christopher D, "Time to Revisit Forum Non Conveniens in the UK? Group Josi Reinsurance Co v UGIC", Victoria University of Wellington Law Review, 32, 2001.

BYDLINKSI, Franz, **Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht**, Wien 1985.

CARR/STONE, CARR, Indira/ STONE, Peter, **International Trade Law**, 4. Edition, New York 2010.

COLLINS, Lawrence, **Dicey & Morris on Conflict of Laws**, 13. Edition, London 2000.

ÇELİKEL/ERDEM, ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 10. Baskı, İstanbul 2010.

ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema, "Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk", GÜHFD, C. XI, Sa.1-2, Y.2007.

DAYINLARLI, Kemal, **Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri**, 1. Baskı, Ankara 2005. (PECL)

DAYINLARLI, Kemal, **UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim**, 2. Baskı, Ankara 2007. (UNCITRAL)

DİNÇ, Mutlu, **Türk Borçlar Kanunu**, 4. Baskı, Ankara 2012.

DOĞAN, Vahit, “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, GÜHFD. C. XI, Sa.1-2, Y.2007. (Uygulanacak Hukukun Tespiti)

DOĞAN, Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, 1. Baskı, Ankara 1996. (Bağlama Kuralı)

DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Baskı, Ankara 2013. (MÖH)

EKŞİ, Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul 2010.

EPSTEIN, Adam, **Contract Law Fundamentals**, 1. Baskı, New Jersey 2008.

ERDEM, H. Ercüment, “ICC Tahkiminde Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşmasının Önemi”, **Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler**, 1. Baskı, İstanbul 2008. (ICC Tahkiminde CISG)

ERDEM, H. Ercüment, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, **Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler**, 1. Baskı, İstanbul 2008. (CISG)

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2012.

FARNSWORTH, E. Allan, **Amerikan Hususi Hukukuna Giriş**, İstanbul 1961, (Çeviren: Dr. Ergun ÖZSUNAY). (Amerikan)

FARNSWORTH, E. Allan, “The Vienna Convention: History and Scope”, *International Lawyer* (ABA) 18, 1984. (The Vienna Convention)

FARNSWORTH, E. Allan, **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Galston & Smit Baskısı, New York 1984. (CISG)

FARNSWORTH/YOUNG, FARNSWORTH, E. Allan/ YOUNG, William F., **Selection For Contracts; Uniform Commercial Code, Restatement Second, Un Sales Convention, Unidroit Principles, Forms**, New York 2001.

FELEMEGAS, John, **An International Approach To The Interpretation Of The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (1980) As Uniform Sales Law**), New York 2007.

GHESTIN, Jacques, “Les Obligations Du Vendeur selon la Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises”, RDAI/IBJL, Paris 1988.

GÜNGÖR, Gülin, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, 1. Baskı, Ankara 2007.

HILL, Jennifer E., “The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Vol. 2, Issue 1, Fall 2003.

HONNOLD, John O., **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**, 3rd ed., The Hague 1999.

HONSELL/SCHNYDER/STRAUB, HONSELL, Heinrich/ SCHNYDER, Anton K./ STRAUB, Ralf Michael, **Kommentar zum UN Kaufrecht**, Berlin 1997.

HUBER/MULLIS, HUBER, Peter/ MULLIS, Alastair, **The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners**, München 2007.

JANSSEN/MEYER, JANSSEN, André/ MEYER, Olaf, **CISG Methodology**, Munich 2009.

KAPLAN, Yavuz, **1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, Yıl 22, Sayı 2, İstanbul 2002.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2011.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 1. Cilt, 5. Baskı, İstanbul 2010.

KÖTZ, Hein, "Contract Law in Europe and the United States: Legal Unification in the Civil Law and Common Law", Tulane European and Civil Law Forum, Vol. 27, 2012.

LANDO, Ole, "How the Principles of European Contract Law (PECL) Were Prepared", European Journal of Law Reform, Vol. VIII, No. 4, 2006.

LOOKOFSKY, Joseph, **Understanding the CISG, A Compact Guide To The 1980 United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods**, Third (Worldwide) Edition, Alphen aan den Rijn 2008.

MAGNUS, Ulrich, **Commercial Law Challenges in the 21st Century; Jan Hellner in memorium**, (Editörler: Ross CRANSTON, Jan RAMBERG, Jacob ZIEGEL), Stockholm Centre for Commercial Law Juridiska Institutionen 2007.

Ministry of Justice of United Kingdom, **Guidance on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)**, Şubat 2010.

NOMER/ŞANLI, NOMER, Ergin/ ŞANLI, Cemal, **Devletler Hususi Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul 2010.

NEUMAYER/MING, NEUMAYER, Karl Heinz/ MING, Catherine, **Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: Commentaire**, Lausanne 1993.

OĞUZ, Arzu, “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, AÜHFD, 49, 2000.

OĞUZMAN/ÖZ, OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul 2011.

PFUND, Peter H., “Federalism and U.S. Participation in Intergovernmental Efforts to Unify Private Law”, Villanova Law Review, Vol. 56, No. 3, 2011.

RABEL, Ernst, “A Draft of an International Law of Sales, University of Chicago Law Review”, Vol. 5, 1937-1938.

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, İstanbul 2011.

Rome I, Regulation (EC) No 593/2008 of The European Parliament and of The Council of 17 June 2008 on The Law Applicable to Contractual Obligations.

ROTH/KUNZ, ROTH, Wulf-Henning/ KUNZ, Christian, **Zur Bestimmbarkeit des Preises im UN-Kaufrecht**, 43 RIW, Heidelberg 1999.

SARGIN, Fügen, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, AÜHFD, 2001, s.77-90.

SCHLECHTRIEM/BUTLER, SCHLECHTRIEM, Peter/ BUTLER, Petra, **UN Law on International Sales – The UN Convention on the International Sale of Goods**, Heidelberg 2009.

SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, SCHLECHTRIEM, Peter/ SCHWENZER, Ingeborg, **Commentary on the UN Convention on the International**

Sale of Goods (CISG), 2nd (English) Ed., Oxford University Press, New York 2005.

SCHWENZER/MOHS, SCHWENZER, Ingeborg/ MOHS, Florian, **Sözleşmenin Kurulması, Milletlerarası Satım Hukuku** (Editör: Yeşim M. ATAMER), 1. Baskı, İstanbul 2008.

SMITH, Stephan E., **Rejection Of Offer Followed By Acceptance: Comparison Between The Provisions Of CISG Article 17 And The Counterpart Provisions Of UNIDROIT Principles Article 2.5**, NewYork 2007.

SÜRAL, Ceyda, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri**, 1. Baskı, İzmir 2008.

TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Baskı, İstanbul 2011. (MÖH)

TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 6. Baskı, İstanbul 1999. (MÖH '99)

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi**, AÜHFD, 1989-1990. (CISG)

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Baskı, Ankara 1996. (Uygulanacak Hukuk)

TOKER, Ali Gümrah, **11 Nisan 1980 Tarihli Uluslar arası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı**, 1. Baskı, Ankara 2005.

TURHAN, Turgut, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, AÜHFD, Cilt 41, Sayı 1-4, Yıl 1989-90.

UNCITRAL, **Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Vienna, Edition 2012.

VISCASILLAS, Pilar Perales, **The Role of the UNIDROIT Principles and the PECL in the Interpretation and Gap-filling of CISG, CISG Methodology** (Editörler: JANSSEN/MEYER, JANSSEN, André/MEYER, Olaf), Munich 2009.

Von CAEMMERER, Ernst, “The Problem of the Unification of Private Law in Europe”, University of Colorado Law Review 36, 1963-1964.

ZELLER, Bruno, **CISG and the Unification of International Trade Law**, New York 2007.

ZEYTİN, Zafer, **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku**, 1. Baskı, Ankara 2011.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

abgs.gov.tr

cisg.law.pace.edu

curia.europa.eu

ec.europa.eu

ecb.int

eur-lex.europa.eu

europarl.europa.eu

globalsaleslaw.org

hcch.net

heinonline.org

sgecc.net

un.org

uncitral.org

unidroit.org

unilex.info

wto.org