

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

**ULUSLARARASI TİCARETTE SÖZLEŞMELERİN
HAZIRLANMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Sezercan BEKTAŞ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

Ankara-2010

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

**ULUSLARARASI TİCARETTE SÖZLEŞMELERİN
HAZIRLANMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Sezercan BEKTAŞ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

Ankara-2010

ONAY

Sezercan Bektaş tarafından hazırlanan “Uluslararası Ticaretle Sözleşmelerin Hazırlanması” başlıklı bu çalışma 19.01.2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

.....

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (Başkan)

.....

Doç. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR

.....

Yrd. Doç. Dr. Rıfat ERTEN

ÖNSÖZ

Bu yüksek lisans tezinde uluslararası ticarette sözleşmelerin hazırlanması konusu incelenmeye çalışılmıştır. Konunun kapsamının geniş olması nedeniyle incelememizde bazı sınırlamalar yapılmış olup, özellikle uluslararası sözleşmelerin müzakere edilmesi ve düzenlenmesi aşamaları devletler özel hukuku kapsamında değerlendirilmiştir.

Uluslararası ticaret uygulamasında, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğunun, sözleşmenin müzakere ve düzenleme aşamasındaki hatalardan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bu tezde, uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerin müzakere ve düzenlenmesi aşamaları ve doğması muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesine yönelik bazı hukuki tedbirlerin incelenmesi amaçlanmıştır.

Uluslararası ticarette sözleşmelerin hazırlanması konulu tez çalışmam boyunca değerli yardım ve katkılarıyla beni yönlendiren hocam Prof. Dr. Vahit DOĞAN'a, tezimin düzenlenmesinde desteklerini esirgemeyen hocalarım Doç. Dr. F.Bilge TANRIBİLİR ve Yrd. Doç. Dr. Banu ŞİT'e, tez çalışmam boyunca büyük bir sabırla bana destek olan değerli eşim Pelin BEKTAŞ'a teşekkürü bir borç bilirim.

Ankara 2009

Sezercan BEKTAŞ

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	I
İÇİNDEKİLER.....	II
KISALTMALAR CETVELİ	IX
GİRİŞ	1
I. ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU KAVRAMI VE TARİHÇESİ.....	2
A) ULUSLARARASI TİCARET KAVRAMI	2
B) ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNUN TARİHÇESİ	5
II. ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNUN KAYNAKLARI	9
A) GENEL OLARAK	9
B) ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI.....	10
1. Hukukun Genel İlkeleri	10
2. Ticari Teamüller	10
3. Uluslararası Düzenlemeler	11
4. Uluslararası Kuruluşlarca Hazırlanan Model Kanunlar	12
5. Standart Sözleşme Şekilleri.....	12
6. Birörnek Kurallar	14
7. Uluslararası Kamu Hukuku Kuralları	14
8. Hakem Kararlarının Yayınlanan Metinleri	15

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN DÜZENLENMESİ

I. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞME KAVRAMI	16
A) ULUSLARARASI UNSURUN İRTİBAT NOKTALARI İLE TESPİTİ.....	21

B) ULUSLARARASI UNSURUN SÖZLEŞMENİN EKONOMİ YÖNÜ VE ULUSLARARASI TİCARETTEKİ YERİNE GÖRE TESPİT EDİLMESİ.....	27
II. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN HAZIRLANMASINDA MÜZAKERELER.....	30
A) GENEL OLARAK.....	30
B) SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNİN BAŞLAMASI VE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	31
C) SÖZLEŞME MÜZAKERELERİ SIRASINDA DÜZENLENEN BELGELER.....	33
1. İşin Yürütülmesine İlişkin Talimat (<i>Instruction to Proceed</i>)	33
2. Niyet Mektubu (Letter of Intent)	34
3. Sözleşme Taslağı (<i>Memorandum of Understanding</i>)	35
4. Müzakere Anlaşması	36
5. Sır Saklama Yükümlülüğüne İlişkin Anlaşma	37
6. Masrafların Paylaşımına İlişkin Anlaşma.....	37
7. Diğer Anlaşmalar	37
D) MÜZAKERELERİN YAPILMASI	38
III. ULUSLARARASI ALANDA YAYGIN OLARAK KULLANILAN TİCARİ SÖZLEŞMELERİN DÜZENLENMESİ	40
A) TİP SÖZLEŞMELER KULLANILARAK SÖZLEŞMELERİN DÜZENLENMESİ	42
B) SÖZLEŞMENİN TARAFLARCA DÜZENLENMESİ.....	43
1. Sözleşmenin Başlangıç Hükümleri	44
a) Sözleşmenin Tarafları.....	44
b) Sözleşmenin Başlangıç Maddesi(Preamble)	48

c) Sözleşmenin Tanımlar Maddesi	48
d) Sözleşmede Geçerli Lisanın Düzenlenmesi.....	49
e) Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Düzenlenmesi.....	50
2. Sözleşmenin Konusu ve Kapsamına İlişkin Hükümler	61
a) Sözleşmenin Konusu	62
b) Sözleşmenin Taraflarının Hak ve Borçları	63
c) Sözleşmede Teslim Şekilleri.....	64
aa) Teslim Şekillerinin Belirlenmesi	64
bb) Incoterms	65
aaa) Hukuki Niteliği	66
bbb) Sözleşmede Kullanım Şekli	67
cc) Incoterms'deki Teslim Şekilleri.....	68
aaa) "E" Grubu	68
bbb) "F" Grubu.....	69
ccc) "C" Grubu	70
ddd) "D" Grubu	71
d) Sözleşmede Ödeme Şeklinin Düzenlenmesi	73
aa) Peşin Ödeme.....	74
bb) Alıcı Firma Prefinansmanı	75
cc) Kabul Kredili Ödeme	75
dd) Mal Mukabili Ödeme.....	75
ee) Vesaik Mukabili Ödeme.....	76
ff) Akreditif	76
3. Sözleşmenin Genel Hükümlerinin Düzenlenmesi	81
a) Sözleşmenin Yürürlük Maddesi.....	81

b) Sözleşmenin Yorum Maddesi	81
c) Mücbir Sebep	84
4. Sözleşmenin Sona Erme Hükümlerinin Düzenlenmesi	86
a) Sözleşmenin Geçerlilik Süresi Maddesi	86
b) Süreli Fesih Maddesi	86
c) Sözleşmede Fesih Maddesi	86
5. Sözleşmede Uyuşmazlıkların Çözümü	87
a) Uyuşmazlıkların Milli Mahkemelerde Çözümü	87
b) Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü	90
c) Uyuşmazlıkların Dostane Yollarla Çözümü	92
IV. SÖZLEŞMELERİN MÜZAKERELERİNDEN DOĞAN HUKUKİ	
SORUMLULUK	92
A) Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Sorumluluk	92
1. Sözleşme Müzakerelerinde Tarafların Hukukî	
Yükümlülükleri	94
2. Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Sorumluluğun Hukukî	
Niteliği	96
a) Haksız Fiil Görüşü	98
b) Sözleşme Görüşü	99
c) Diğer Görüşler	101
3. Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Hukukî Sorumluluğun	
Şartları	103
a) Sözleşme Müzakerelerinin Başlaması	103
b) Özel Davranış Yükümlerinin İhlali	104
c) Zarar	104

d) İliyet Bağı	106
e) Kusur.....	107
B) ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK	107
C) ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞA UYGULANACAK HUKUK	109

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE UYUŞMAZLIKLARIN ÖNLENMESİNE YÖNELİK ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR VE ULUSLARARASI TİCARETTE YAYGIN KULLANILAN SÖZLEŞMELER

I. GENEL OLARAK	113
II. MADDİ HUKUKA İLİŞKİN 11 NİSAN 1980 TARİHLİ ULUSLARARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANLAŞMASI.....	115
A) VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN UYGULAMA ALANI	116
B) VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN YAPISI	119
III. ULUSLARARASI KURULUŞLARCA HAZIRLANAN MODEL KANUNLAR.....	120
A) SÖZLEŞMELER HUKUKU ALANINDA ULUSLARARASI KURULUŞLARCA HAZIRLANAN MODEL KANUNLAR	122
1. Model Kanun Kavramı	122
2. Sözleşmeler Hukuku Alanında Model Kanunlar	124
a) Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri (The Principles of European Contract Law) – Lando Komisyonu	125
aa) Genel Olarak	125

bb) Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkelerinin Biçimi ve Planı	126
cc) Avrupa Sözleşmeleri Hukuku Genel İlkelerinin İçeriği ..	131
dd) Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkelerinin Uygulaması	132
b) UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin İlkeler(<i>Principles for International Commercial Contracts</i>)	133
aa) Genel Olarak.....	133
bb) UNIDROIT İlkelerinin Önsözü(Preamble) ve Amacı ...	136
cc) UNIDROIT İlkelerinin Biçimi ve Planı	137
dd) UNIDROIT İlkelerinin İçeriği.....	139
ee) UNIDROIT İlkelerinin Hazırlanma Metodolojisi ve Prensiplerin Genel Nitelikleri	140
ff) UNIDROIT İlkelerine Hakim Olan Temel Düşünceler	142
gg) UNIDROIT İlkelerinin Uygulaması	144
B) AVRUPA SÖZLEŞMELER HUKUKU GENEL İLKELERİ İLE UNIDROIT İLKELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI	146
IV. ULUSLARARASI TİCARİ KURULUŞLARCA HAZIRLANAN STANDART SÖZLEŞMELER VE GENEL İŞLEM ŞARTLARI	148
V. ULUSLARARASI TİCARET UYGULAMASINDA SIKLIKLA GÖRÜLEN SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ.....	151
A) GENEL OLARAK.....	151
B) ULUSLARARASI TİCARETTE YAYGIN ŞEKİLDE KULLANILAN TİCARİ SÖZLEŞME TÜRLERİ	153
1. Uluslararası Nitelikli Ticari Satım Sözleşmeleri	153
2. Uluslararası Nitelikli Eşya Taşıma Sözleşmeleri.....	156

3. Uluslararası Nitelikli İnşaat Sözleşmeleri	160
4. Uluslararası Nitelikli Joint Venture (Ortak Girişim) ve Konsorsiyum Sözleşmeleri.....	161
5. Uluslararası Nitelikli Acentelik Sözleşmesi	163
6. Uluslararası Nitelikli Franchise Sözleşmesi	164
7. Uluslararası Nitelikli Leasing Sözleşmesi	165
8. Uluslararası Nitelikli Factoring Sözleşmesi	166
9. Uluslararası Nitelikli Forfaiting Sözleşmesi	167
10.Uluslararası Nitelikli Barter Sözleşmesi	167
SONUÇ	168
KAYNAKÇA	172
ÖZET	189
ABSTRACT	190

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EHVK	: Memâlik-i Osmaniyede Bulunan Tebaayı Ecnebiyenin Hukuk ve Zeaifi Hakkında Muvakkat Kanun
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
ITP	: Instruction to Proceed
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
m.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
No.	: Numara
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı

s.	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: Institut International pour L'Unification du Droit Privé
UTO	: Uluslararası Ticaret Odası
Vol.	: Volume
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
Yrgty	: Yargıtay
Y.	: Yıl

GİRİŞ

Uluslararası ticaret genel anlamda, farklı devletlerin tâbiyetinde olan şahıslar arasında veya bu şahısların kendi tâbiyeti dışında olan devletlerin teşebbüsleriyle veyahut farklı devlet teşebbüslerinin birbirleri arasındaki ekonomik ilişkiler bütününü ifade etmektedir. Bu hukuki ilişki türü genellikle sözleşmesel ilişki ile örtüşmektedir.

Uluslararası ticaretin temelini oluşturan sözleşmelerin uluslararası bir niteliğe sahip olmaları, bu sözleşmelerin konusunu oluşturan mal ve hizmetlerin yüksek değerlerde olması ve doğması muhtemel uyuşmazlıkların karmaşıklığı, bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların sonuçlarının büyük ekonomik etkiler doğurmasına neden olmaktadır.

Uyuşmazlıkların doğması ardından ortaya çıkan yargılama mekanizmalarının uzun ve masraflı bir süreç olması nedeniyle sözleşmelerin hazırlanması aşamasında bu muhtemel uyuşmazlıkları en aza indireyecek düzenlemelerin yapılması gereklidir.

“Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması” konulu tez çalışmamızda, uluslararası ticari sözleşme kavramı, sözleşme müzakereleri ve müzakerelerin hukuki niteliği, sözleşmenin hazırlanması ve sözleşmeler konusunda yapılan uluslararası çalışmalara değinilmiştir.

Uluslararası ticari sözleşmelerin hazırlanması konulu tez çalışmamızda, konu incelenirken öncelikle Türk hukukuna göre değerlendirmelere yer verilmiş; ardından uluslararası hukuki düzenlemelere değinilmiştir. Çalışmamızda, Türk hukukunda konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı takdirde sadece konuya ilişkin uluslararası düzenlemelerden bahsedilmiştir.

Tez çalışmamızın ilk bölümünde, uluslararası ticari sözleşme kavramı ve bu sözleşmelerin müzakere aşaması incelenmiş; bunun ardından, sözleşmelerin düzenlenmesine değinilmiştir.

Tez çalışmamızın ikinci bölümünde, sözleşmeler konusundaki uluslararası düzenlemelerden bahsedilmiş, son olarak uluslararası ticarete yaygın kullanılan ticari sözleşme türleri incelenmiştir.

I. ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU KAVRAMI VE TARİHÇESİ

A) ULUSLARARASI TİCARET KAVRAMI

Ticaret, iktisadi ve hukuki açıdan farklı anlamlara gelen bir kavramdır. Ticaretin iktisadi anlamı, üretim ile tüketim arasındaki mal mübadelesini ifade ederken; hukuki anlamı, mal değişiminin yanı sıra üretim ve tüketim faaliyetlerini de kapsamaktadır¹. Görüldüğü gibi, ticaretin hukuki anlamı iktisadi anlamından daha geniştir.

Ticaret, insanlık tarihi kadar eski zamanlarda ortaya çıkmış ve mal mübadelesi kavramı ile özdeşleşmiştir. İlk çağlarda çoğunlukla yazılı olmayan kurallara sahip ticaret hukuku, deniz ticaretine mahsus kurallar gibi örf – âdet hukuku tarzında doğmuştur. Yazılı olmayan bu ticari kurallar kısmen Yunan ve Roma Hukukuna geçmiştir². Ticaret hukukunun en eski yazılı kurallarına ise, Hamurabbi kodunda (M.Ö. 2000) rastlanılmaktadır³.

Roma devleti zamanında ticaret, esasen dış ticaret ilişkilerini ifade etmekteydi⁴. Çünkü bir tarım devleti olan eski Roma toplumu tarlalarında yetiştirdikleri ürünleri Roma şehirleri arasındaki halkın “forum” adını verdiği pazarlarda satmaktaydılar. Bu nedenle, eski Roma’da asıl ticaret yabancı tacirlerle yapılan ticaretti. Bu dönemde tacirler, zenginler tarafından istenilen malları uzak ülkelerden getirdiğinden⁵, eski Roma’da ticaret için, “*uzak*

¹ Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, (Ticari İşletme) 6. Baskı, Ankara 2001, s.1; Berzek, A.N.: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 7. Baskı, İstanbul 2004, s.2.

² Çağa, T.: Deniz Ticareti Hukuku – I, 10. Baskı, İstanbul 1995, s.8.

³ Berzek, s.4.

⁴ Koschaker, P.: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977, s.9.

⁵ Koschaker, s. 9.

ticareti" kavramı kullanılırdı⁶. Bu nedenle, uluslararası ticaretin izlerini *uzak ticareti* kavramında bulmak mümkündür.

Ticaret kavramı, devletler açısından ise iç ve dış ticaret olarak ayrılmaktadır. Günümüzde, ulusal ve uluslararası ticaret ayrımı yapılmaktadır⁷. Uluslararası ticari ilişkiler, devletlerin ekonomi politikaları çerçevesinde, malların ve ticari hizmetlerin değişimine yönelik ilişkiler olarak nitelendirilebilir⁸. Uluslararası bir ticari ilişkinin varlığı için, ticari ilişkiye taraf devletlerden birinin ekonomik açıdan belirli mal ve hizmetlere ihtiyaç duyması gerekmektedir. İlişkinin diğer tarafı ürettiği mal ve hizmetleri, kendi ihtiyacından fazla üretir ve ürettiği ihtiyaç fazlası mal ve hizmetleri belli bir bedel karşılığında satmaktadır. Ancak bu durumda, uluslararası ticari ilişkinin varlığından bahsedilebilir⁹.

Uluslararası ticari ilişkilerin temel şartları; ekonomik, sosyal ve siyasal şartlar olarak belirtilebilir. Ekonomik şartlar, ülkenin üretiminin yetersiz olması ile duyulan ihtiyaçların uluslararası alandan giderilmesini ifade eder. Taşımacılık ve güvenlik sorunları da ekonomik şartların içinde değerlendirilir¹⁰. Sosyal ve siyasal şartlar ise, ülkelerin kalkınma ve büyüme ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Uluslararası ticari ilişkilerin bu temel şartları, devletler için uluslararası ticaretin bir zorunluluk olduğunu göstermektedir¹¹.

Uluslararası ticaret, farklı ülkelerde yerleşim yeri, iş merkezi veya mutad meskeni olan ya da farklı devletlerin vatandaşlığına sahip olan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki mal ve hizmet değişimini ifade etmektedir¹². Uluslararası ticaretin, uluslararası olma karakterine vurgu yapan bu tanım, günümüzde yeterli görülmemektedir. Günümüzde ticari ilişkilerin uluslararası

⁶ Telli, S.: Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Ankara 1991, s.21.

⁷ Telli, s.13.

⁸ Telli, s.13.

⁹ Şanlı,C./Ekşi, N.: Uluslararası Ticaret Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2005, s.32.

¹⁰ Telli, s.18.

¹¹ Şanlı/Ekşi, s.3.

¹² Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Akitlerin Hazırlanması), 3. Baskı, İstanbul 2005, s. 3.

karakteri sadece uluslararası ticari ilişkide bulunanlar arasındaki ülkesel farklılıklardan doğmamakta, bu tür farklılıkların olmadığı bazı ilişkiler de uluslararası nitelikte¹³ sayılmaktadır.

Uluslararası ticaret kavramının tam olarak tanımlanabilmesi için “dış ticaret” kavramı ile arasındaki farkın da açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Dış ticaret (*foreign trade*), bir devletin diğer devletle olan sınır ötesi ticari etkinliklerini ifade eder¹⁴. Dış ticaret kavramının içeriği konusundaki tartışmalar, 19. yüzyılın başından günümüze kadar devam etmektedir. Dış ticaret kavramı konusunda ileri sürülen görüşler genel olarak iki başlık altında toplanabilir. Bunlardan ilki, dış ticaret ile iç ticaret arasında herhangi bir fark olmadığını savunan “serbestçi” görüştür. Bu görüşe göre, dış ticarete mübadele edilen iki eşyanın siyasi bir sınırı aşmasından başka özel bir anlamı bulunmamaktadır. Bu sebeple serbestçi görüş, iç ticaret kavramı ile dış ticaret kavramı arasında farkın olmadığını savunmaktadır. Bu görüş, iki farklı devlet tâbiyetindeki şahısların yaptıkları ticareti zorlaştıracak her müdahaleyi milli menfaat aleyhine yapılmış kabul etmektedir.¹⁵ Bu konudaki diğer bir görüş ise, “müdahaleci” görüş olarak isimlendirilmektedir. Müdahaleci görüş, ülke dışında yapılan ticari ilişkilerde devlet müdahalesinin zaruri olduğunu iddia etmiş; iç ve dış ticareti birbirinden ayırmıştır. Dış ticaretin önemi karşısında devletin müsbet ve reel noktalarda müdahalesi gerektiğini ortaya koymuştur¹⁶.

Uluslararası ticaret, başlı başına uluslararası ekonomik ve ticari ilişkileri etkileyen ve/veya farklı ülkelerde yerleşim yeri, iş merkezi veya mutad meskeni olan ya da farklı devletlerin vatandaşlığına sahip olan gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılan ticaret olarak tanımlanabilir. Dış ticaret

¹³Bu konuda bkz. Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.6: “Uluslararası nitelik konusundaki yeni anlayış ve uygulamalara göre, ise akdın maddi/ekonomik karakteri ön planda tutulmalı ve uluslararası ticareti ilgilendiren ya da uluslararası ticaretin yararına giren akitler uluslararası sayılmalıdır”.

¹⁴Doğu, H.: Uluslararası Ticaret, İzmir 2003, s.19; Telli, s.13.

¹⁵Çarıklı, T. H.: Milletlerarası Ticaret, İstanbul 1947, s.51.

¹⁶Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çarıklı, s.51.

kavramı ise, bir devletin diğer bir devletle olan ticari ilişkilerle ilgili yapmış olduğu düzenlemeleri içeren, bir takım etkinlikleri ifade etmektedir.

B) ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNUN TARİHÇESİ

Uluslararası ticaret hukukunun tarihsel gelişimi üç aşamada ele alınabilir¹⁷. İlk aşama, “*Ortaçağ tacir hukuku*”dur. Bu hukuk, Ortaçağda, 11. yüzyıldan sonra, canlanan ticari hayatın etkisi ve Avrupa’daki ticari pratikle oluşmaya başlayan ve zamanla örf ve âdet hukuku haline gelen bağımsız hukuk kuralları olarak ortaya çıkmış ve aynı zamanda tacir hukuku olarak da adlandırılmıştır¹⁸.

Ortaçağ tacirleri, coğrafi açıdan dinamik yapıları gereği birbirinden farklı hukuk sistemleri ve birbiriyle çelişen hukuk kuralları ile karşılaşmışlardır. Farklı otoritelerin koydukları bu kurallar, çoğu zaman uluslararası ticaretle uğraşanların ihtiyaçlarına cevap vermekte yetersiz kalmıştır¹⁹. Bu da tacir hukukunun doğumunda önemli bir etken olmuştur.

Ortaçağın başlarında, uluslararası ticareti etkileyen önemli bir faktör, hukukun bölünmüşlüğü ve Kilise hukukunun yasaklarıydı. Bölgeden bölgeye farklı hukukların varlığı ve bunların topluca değerlendirmeye imkân vermemesi ile Ortaçağın evrensel niteliğe sahip Kilise hukukunun, yasakçı, “ticaret düşmanı” hükümleri, uluslararası ticareti engellemiştir²⁰. Bu olumsuzluklar nedeniyle, Ortaçağ tacirleri, malların ve paranın değiş-tokuşu, deniz taşımacılığı ve sigorta konularında hızlı, güvenli ve milli hukuklardan bağımsız bazı kurallara ihtiyaç duymuşlardır²¹. Tacirlerin ihtiyaçlarına cevap veren kurallar, ticari teamül olarak, pazarlarda, borsalarda ve uluslararası

¹⁷Schmitthoff, C.M.:“The Unification of the Law of International Trade”, (International Trade), The Journal of Business Law”, Vol. 33, 1968, s.105.

¹⁸Oğuz,A.: Hukuk Tarihi ve Karşılatırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Uluslararası Ticaret Hukuku), AÜHFD, 2001, C.50, S.3, s. 20; Telli, s.21.

¹⁹ Özdemir,D.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria, GÜHFD, 2003, C.7, S.1-2, s.13..

²⁰ Oğuz, A.: Lex Mercatoria, (Lex Mercatoria), Ankara 2004, s. 62-63.

²¹ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.20.

fuarlarda doğup gelişmiştir²². Ortaçağ tacirlerinin yüksek gelir grubunda olması ve uluslararası ticari ihtiyaçlar nedeniyle Avrupa'daki devlet otoriteleri mahalli hukuk düzenlerini ihlal etmemek kaydıyla, tacirlerin aralarındaki ihtilâfları, kendi aralarında tacir hukukuna göre çözmeleri hususunda onları serbest bırakmışlardır²³.

Ortaçağ Avrupası'nda tacir hukuku, hızlı muhakeme usulü ve basitleştirilmiş delil sistemi ile yaygın olarak uygulama kabiliyeti bulmuştur²⁴. Tacir hukuku, öncelikle İtalya'nın şehirlerinde uygulanmış, daha sonra Fransa ve İspanya dâhil olmak üzere tüm Avrupa'ya yayılmıştır. Yaygın olarak Avrupa'da uygulanan tacir hukuku, esnek kurallar içermesi, hızlı ve pratik çözümleri nedeniyle uygulama alanını genişletmiştir²⁵.

Ortaçağ Kıta Avrupa'sında gelişen, “*tacir hukuku*” farklı olarak İngiltere'de de, “*Law Merchant*” doğmuştur. *Law merchant*'in, doğmasının nedeni, Ortaçağ Ortak Hukukunun (Common Law), gereğinden fazla biçimselci olması ve esneklikten uzak yapısıdır.

Uluslararası ticaret hukukunun gelişiminde ikinci aşama, 17. yüzyıldan, 19. yüzyıla kadar devam eden Ortaçağ tacir hukukunun milli hukuk sistemleri ile bütünleştirilmesidir²⁶. Ortaçağ'da, papalık, krallık gibi bazı evrensel güçlerin yıkılmasıyla egemen gücü eline alanlar, bağımsız bir hukuk olarak uluslararası ticaret hukukunu, bağımsızlıklarına karşı dış bir tehdit olarak algılamaya başlamışlardır²⁷. Böylelikle bu dönemde, tacirlere sağlanan imtiyazlar kaldırılmış, tacir mahkemeleri milli mahkemeler sistemi ile birleştirilmiştir. Ortaçağ döneminde egemen olan evrensellik düşüncesi ise yerini milliyetçi ve merkantilist²⁸ bir düşünce yapısına bırakmıştır. Bu hâkim

²² Oğuz, *Lex Mercatoria*, s.63.

²³ Özdemir, s.14.

²⁴ Oğuz, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, s.20.

²⁵ Özdemir, s.13.

²⁶ Telli, s.21.

²⁷ Özdemir, s.14; Oğuz, *Lex Mercatoria*, s.67.

²⁸ Smith, A.: *Milletlerin Zenginliği*, Çev. Haldun Derin, İstanbul 2006: “*Merkantilizm, ithalatı kısıtlayıp ihracatı teşvik ederek güçlü ve zengin bir devlet inşa etmeyi amaçlayan iktisadî milliyetçiliktir. Millî zenginlik ve gücün, ihracatı yükselterek bunun karşılığında değerli madenler elde*

düşünce, uluslararası ilişkilerin sadece milli hukuklarla düzenlenebileceğini kabul etmiş ve böylelikle, uluslararası ticari kurallar devlet politikalarına ve milli menfaatlere uygun düştüğü ölçüde milli hukuk sistemlerine dâhil edilmiştir²⁹.

Bu dönemde, uluslararası ticari meselelere milli hukukların uygulanması ve bu meseleleri milli hukuklar içerisinde çözme çabaları ortaya çıkmış, uluslararası ticari meseleler kanunlar ihtilâfı kuralları ile milli hale getirilmiştir. Yani, 20. yüzyıla kadar iç hukukun üstünlüğü kabul edilmiş ve milli hukuk düzeninin bağlama kuralları dâhil, uluslararası unsur taşıyan tüm ilişkilere uygulanması isteği, hâkim bir görüş haline gelmiştir. Yerinde olmamakla birlikte milliyetçi kuram olarak adlandırılan bu görüşe göre, devlet kendi çıkarlarına göre bağlama kuralları getirir. Bu kurallara göre verilen hükümlerin uluslararası alanda uygulanıp uygulanmaması milli devleti ilgilendirmemektedir³⁰. Bu anlayışın etkisi altında ortaya çıkan kodifikasyon hareketleri sonucu, uluslararası nitelikli ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar, milli usul kurallarını ve maddi hukukunu uygulayan ve uluslararası ticaretin teknik özelliklerinden anlamayan hâkimlerin oluşturduğu milli mahkemelerin yargılama yetkileri kapsamına girmiştir³¹.

Uluslararası ticaret hukukunun gelişiminde üçüncü aşama ise, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemi ifade etmektedir. Bu dönemde hâkim görüş, tacirlerin gereksinimi olan hızlı, esnek ve güvenilir hukuka ulaşabilmek için milli hukukların, uluslararası alanda birleştirilmesi ve yeni bir tacir

etmeye paralel olduğunu iddia eder. Devleti, bir takım iktisadî düzenlemelerle refah içinde tutmayı amaçlayan politikalar bütünüdür. İktisadî bütünlüğü ve politik kontrolü hedefler.”

²⁹ Özdemir, s.14; Oğuz, Lex Mercatoria, s.67: “Bunun örnekleri, Fransa’da 16. yüzyılın ikinci yarısında, ticaret hukuku ile ilgili yapılan kodifikasyonlardır. Bunlar, 1673 tarihli *Ordonnance du Commerce*, 1681 tarihli *Ordonnance de la Marine* ve son olarak 1807 tarihli *Code de Commerce*’tir. Almanya’da 1861 yılında yürürlüğe giren “*Allgemeine Handelsgesetzbuch*”, bu amaçla Avrupa’da çıkarılan kanunlara örnek olarak gösterilebilir. İngiltere’de ise milletlerarası nitelikli ilişkilerin milli hukuk düzenlerince çözülebileceği düşüncesi, Sir John Holt ve Lord Mansfield gibi ünlü yargıçların verdikleri kararlara yansımıştır.”

³⁰ Göger, E.: “Kanunlar İhtilafını Etkileyen Kuramsal Akımlar”, Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s.399.

³¹ Özdemir, s.14.

hukukunun doğmasını amaçlamaktadır³². Uluslararası ticaretin gelişimi, uluslararası ilişkilerin şeklini de değiştirmiştir. Günümüze kadar uzanan, ekonomi ve politik koşullardaki değişim uluslararası ticaret hukukunda, yeni hukuki müesseselerin doğumuna da neden olmuştur. Özellikle, uluslararası ticaretin hızlı gelişimi karşısında tacirlerin farklı ülke hukukları ile karşı karşıya kalmaları, milli hukuk sistemlerinin bütün ticari işlemlere uygulanması uluslararası ticaretin gelişimini engellediği ve tüm ticari işlemlere uygulanacak yeknesak kuralların oluşması gerektiği görüşünü ortaya çıkarmıştır³³.

Uluslararası ticaret hukukunda yeknesak kurallara duyulan gereksinim, 1950'li ve 1960'lı yıllarda yapılan, uluslararası konferanslarda da kendini göstermiştir³⁴. Uluslararası ticari uyuşmazlıkların birbirlerine benzer oldukları³⁵ bu sebeple, uluslararası ticaret hukukunun tüm dünyada kabul gören ortak kurallara dayanan ve bütün ülkelerde benimsenen yeknesak kurallar şeklinde inşasının gerektiği ifade edilmiştir³⁶.

20. yüzyılda, uluslararası ticaret hukuku, milli hukukların birleştirilmesi yönünde ilerlemiştir. Bu dönemde uluslararası hukuk, uluslararası kuruluşların çalışmaları ile bir araya getirilen ve pek çok yetkin metinde ifadesini bulan kural, uygulama ve örflerden oluşmaktadır³⁷. Bu dönemde ifadesini bulan, uluslararası ticaret hukuku, "Yeni Tacir Hukuku" olarak isimlendirilmektedir. Yeni tacir hukukunun ortaçağ tacir hukuku ile arasındaki fark; Ortaçağ tacir hukukunun, piyasalarda, borsalarda ve pazarlarda kendiliğinden gelişen kurallar olarak ortaya çıkmış olmasına rağmen, yeni tacir hukukunun planlı ve uluslararası kuruluşlar tarafından önceden hazırlanmış olan, uluslararası sözleşmeler ve model kanunlar ile

³² Telli, s.22.

³³ Telli, s.23.

³⁴ Bkz. Schmitthoff, C.M.: "Internationales Business Law: A New Law Merchant, Current Law and Social Problems", (Merchant Law), University Western Ontario, Toronto 1961, s. 129-153; Özdemir, s.15.

³⁵ Oğuz, Lex Mercatoria, s.74.

³⁶ Schmitthoff, Merchant Law, s. 130; Özdemir, s.14.

³⁷ Telli, s.34.

ifade edilmesidir³⁸.

II. ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNUN KAYNAKLARI

A) GENEL OLARAK

Uluslararası ticaret hukukunun kaynakları hususunda doktrinde bir fikir birliği yoktur³⁹. Uluslararası ticaret hukukunun kaynakları, *Lando*'ya göre uluslararası kamu hukuku kuralları; maddi hukuk nitelikli kuralları içeren uluslararası anlaşmalar, hukukun genel ilkeleri, uluslararası organizasyonlar tarafından hazırlanan model kanunlar, örf ve adet hukuku, standart sözleşme şekilleri ve hakem kararlarının raporlarıdır⁴⁰. *Dasser*'e göre uluslararası ticaret hukukunun kaynakları sadece, ticari örfler ve hukukun genel ilkeleridir⁴¹. *Schmitthoff*'a göre uluslararası ticaretin kaynaklarını, uluslararası mevzuat, uluslararası örf, adet ve uygulamalar ile Uluslararası Ticaret Odası (UTO) ve diğer uluslararası kuruluşlar tarafından oluşturulan kurallar bütünüdür⁴². Uluslararası ticaret hukukunun temel kaynakları, hukukun genel ilkeleri ve ticari teamüller olmasına rağmen; uluslararası ticaret hukuku üzerine yapılan çalışmalar sonucunda bu yazısız temel kaynakların, uluslararası mevzuat, model kanunlar, standart sözleşmeler ve hakem kurulu kararları ile yazılı hale getirildiği görülmektedir⁴³. Son olarak bu kaynaklara eklenmesi gereken bir diğer kaynak ise, uluslararası kamu hukuku kurallarıdır⁴⁴.

³⁸ Özdemir, s.14.

³⁹ Bkz. aşağı, s.10.

⁴⁰ Lando,O.: "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", (Lex Mercatoria), ICLQ, 1985, C.XXXIV, S.4, s. 749-752.

⁴¹ De Ly, F.: Internationales Business Law and Lex Mercatoria, Amsterdam 1992, s.647.

⁴² Schmitthoff, C.M.: The Law of International Trade, Commercial Law in a Changing Economic Climate, (International Law), 2.Baskı, London 1981, s.22.

⁴³ Lando, Lex Mercatoria, s.749.

⁴⁴ Lando, Lex Mercatoria, s.750.

B) ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI

1. Hukukun Genel İlkeleri

Uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılan, hukukun genel ilkeleri, Birleşmiş Milletler Statüsünün 38 (c) maddesinde, “*medeni milletlerce kabul edilmiş genel hukuk prensipleri*” olarak belirtilmiştir⁴⁵. Hukukun genel ilkeleri, milli hukukların tamamında veya büyük çoğunluğunda genel kabul görmüş ilkeler bütünüdür. Bu ilkelerin milli hukuklarda kabul görmesi, bu kuralların evrensel niteliğini de oluşturmaktadır⁴⁶. Hukukun genel ilkeleri, uygulama alanı bulduklarında somutlaşan, bu anlamda herhangi bir vakıanın altlanabileceği kurallar bütünü değildir⁴⁷. Bu bakımdan, hukukun genel ilkelerinin bütün hukuk sistemlerince tanınmış olması gerekir. Hukukun genel ilkelerine örnek olarak, “*pacta sunt servanda (ahde vefa)* ilkesi”, “*irade muhtariyeti* ilkesi”, “*iyiniyet* ilkesi”, “*vis major*” (mücbir sebep) ve “*clausula rebus sic stantibus*” (sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması) örnek olarak verilebilir⁴⁸.

2. Ticari Teamüller

Ticari teamüller, belirli bir yerde, meslekte veya ticaret alanında söz konusu işlem bakımından kendisine tabi olunacağına yönelik bir beklentiyi haklı çıkaracak kadar düzenli biçimde uygulanan, herhangi bir davranış tarzı veya biçimi, olarak tanımlanır⁴⁹. Bu durumda, uluslararası ticari teamül, ticari toplumda, uygulanması gereken, bağlayıcı olduğu yolunda bir inancın (*opinio juris*) yerleşmiş olduğu kurallardır⁵⁰.

Ticari teamüllerin varlığından bahsetmek için, teamül kurallarının uzun

⁴⁵ Gündüz, A.: Milletlerarası Hukuk, 4. Baskı, İstanbul 2000, s.29.

⁴⁶ Özdemir, s.14.

⁴⁷ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.29; Gündüz, s.30: “*Bu özelliği ile hukukun genel ilkeleri, ticari teamüllerden ayrılmaktadırlar*”.

⁴⁸ Lando, Lex Mercatoria, s. 749; Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.31.

⁴⁹ Oğuz, Lex Mercatoria, s.105.

⁵⁰ Tiryakioğlu, B.: Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, (Yabancı Yatırım), Ankara 2003, s.56.

zaman devam etmesi ve düzenli olarak uygulaması ile bu uygulamanın ticari toplum içerisinde bir alışkanlık haline gelmesi gerekmektedir. Alışkanlık haline gelmiş bu kuralların, oluşumunda, gelenek hukuku yanında, gelenek hukuku dışında uygulanan, bilinçli yahut bilinçsiz olarak ortaya çıkan kurallar etkilidir⁵¹.

Ticari teamüllerin büyük kısmı yazılı değildir. Ancak, bazı sektörlerde ticari teamüllerin toplandığı ve bir kodifikasyon şeklinde yayınlandığı görülmektedir. Kodifikasyonun amacı, ticari teamülleri belirgin ve kesin hale getirmektir. Yazılı hale gelen teamüllerin hukuki niteliği ve bağlayıcılığı değişmemektedir. Bu teamüllerin uygulanabilmesi için, tarafların talepte bulunmaları gerekmektedir. Böylelikle, uluslararası ticari teamüllerin uygulanabilmesi için ticari teamüllerin, uluslararası tacir toplumunda da tanınması gerekmektedir. Eğer ki, teamül uluslararası özelliği haiz değilse, ancak bölgesel bir teamülden söz edilebilir⁵².

3. Uluslararası Düzenlemeler

Uluslararası düzenlemeler, uluslararası alanda, devletlerin veya hükümet dışı uluslararası organizasyonların yaptığı anlaşmaları ifade etmektedir⁵³.

Uluslararası anlaşmalar, iki veya daha çok devletin ya da uluslararası teşkilatın, kendi aralarında bir hukuki ilişkiyi kurmak, mevcut hukuki ilişkiyi değiştirmek veya sona erdirmek ya da ileriye dönük davranış kuralları koymak amacıyla uluslararası hukuka uygun olarak yaptıkları anlaşmaları ifade etmektedir⁵⁴. Maddi özel hukuk niteliği taşıyan anlaşmalar uluslararası ticaret hukukunun kaynağını oluşturmaktadır⁵⁵. Örneğin, 11 Nisan 1980 tarihli Menkul Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

⁵¹ Oğuz, Lex Mercatoria, s.105.

⁵² Oğuz, Lex Mercatoria, s.106.

⁵³ Özdemir, s.14; Oğuz, Lex Mercatoria, s.108.

⁵⁴ Gündüz, s.16.

⁵⁵ Oğuz, Lex Mercatoria, s.108.

(Vienna Sözleşmesi), uluslararası ticaret hukukunun kaynakları arasında kabul edilmektedir⁵⁶.

4. Uluslararası Kuruluşlarca Hazırlanan Model Kanunlar

Uluslararası maddi özel hukuka ilişkin anlaşmalar yanında, ayrıca, hukukların birleştirilmesi amacıyla uluslararası kuruluşların⁵⁷ hazırladıkları bazı model kanunlar da uluslararası ticaret hukukunun kaynaklarından. Bu model kanunlar, uluslararası ticaret hukukunun yeknesak kurallara (*uniform law*) sahip olması amacıyla hazırlanmaktadır. Bunların en önemli iki örneği yirmi yıllık bir çalışma sonunda, Avrupa Komisyonu ve bazı sponsorların desteği ile Danimarkalı hukukçu Ole Lando başkanlığında kurulan Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonunun oluşturduğu, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri ile UNIDROIT'nin uluslararası ticari sözleşmeler için oluşturduğu, 1994 yılının sonunda Roma'da yayınlanan, Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri'dir⁵⁸. Bu iki model kanun, çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.

5. Standart Sözleşme Şekilleri

Standart sözleşmeler, sözleşmenin esaslı unsurlarının önceden düzenlendiği sözleşme metinleridir. Standart sözleşme metinleri, ya bir form şeklinde ya da genel işlem şartı biçiminde düzenlenmiş olabilirler. Standart sözleşme şeklinde önceden düzenlenmiş olan bu tür sözleşme metinlerinde genel şartlar dışında sözleşmenin konusunu oluşturan, mal ve/veya hizmeti, bu mal ve/veya hizmetin fiyatı, ifa yeri, ifa zamanı gibi özel şartlar sözleşmede boşluklar halinde yer almaktadır. Sözleşmenin tarafları metinde yer alan bu boşlukları doldurmak suretiyle sözleşmeyi düzenleyebilirler⁵⁹.

Standart sözleşmelerin içinde genel işlem şartları da

⁵⁶ Oğuz, Lex Mercatoria, s.108.

⁵⁷Örnek olarak, Özel Hukukun Birleştirilmesine Dair Milletlerarası Hukuk Enstitüsü (Institut International pour L'Unification du Droit Privé, UNIDROIT), verebiliriz.

⁵⁸ Oğuz, Lex Mercatoria, s.108.

⁵⁹ Oğuz, Lex Mercatoria, s.97.

kullanılabilmektedir. Uluslararası ticaretle uğraşanlar için hazırlanmış olan standart sözleşme formları, tarafları milli hukuklardan olabildiğince özgür ve bağımsız bırakabilmek amacıyla hazırlanmışlardır.

Standart sözleşmeler, ilgili oldukları ticari alan ile sıkı sıkıya bağlantılı olup; bu nedenle, standart sözleşme şeklinin yorumu konusundaki uyuşmazlıklar halinde, bu uyuşmazlığın çözümü için o sözleşmenin yer aldığı ticari alanda varolan diğer standart sözleşme formlarına ve genel işlem şartlarına hâkim olan ilkelerden yararlanılabilir.

Standart sözleşme şekilleri son zamanlarda, uluslararası ticaret uygulamasında yaygınlık kazanmıştır. Bunlara örnek olarak; Hububat ve Gıda Birliği (*Grain and Feed Trade Association*)'nin sözleşmeleri, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (*United Nations Economic Commission for Europe*)'nun Makineler ve Mallar Hakkında Genel Teslim ve Montaj Koşulları ile bugün çok yaygın kullanıma sahip olan Uluslararası Müşavir Mühendisler Birliği (*International Federation of Consulting Engineers*)'nin standart sözleşmeleri sayılabilir. Ancak bazı yazarlara göre, *FIDIC (Federation Internationale des Ingenieurs Conseils)* standart sözleşmelerinin uluslararası inşaat sektöründeki uygulamasının yaygınlık derecesi, henüz bu kuralları inşaat alanında faaliyet gösteren tacirler arasında benimsenmiş ve kabul edilmiş hale getirecek düzeyde değildir⁶⁰.

Bir ticari alanda birden fazla standart sözleşmenin var olması, bu standart sözleşmelerdeki ortak noktaların bulunmasını zorlaştırmaktadır. Bunun dışında, standart sözleşmelerin varlığı, zayıf tarafın korunması fikrini de ortaya çıkarmıştır. Uluslararası ticaret hukukunun temelinde, iyi niyet ilkesi gereği, bu gibi standart sözleşmelerin de denetimi mümkün kılınmaktadır⁶¹.

⁶⁰ Akıncı, Z.: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri,(İnşaat Sözleşmeleri), İzmir 1996, s.31.

⁶¹ Oğuz, Lex Mercatoria, s.100.

6. Birörnek Kurallar

Birörnek kurallar, sözleşmesel bir takım belirlemeler olarak tanımlanır. Bunlar cümle kalıpları olarak sözleşmelere eklenebildikleri gibi, ayrıca sözleşme taraflarınca bu kurallara atıf da yapılabilir. En yaygın kullanılan birörnek kurallar, Uluslararası Ticari Terimler (*Incoterms*)’dir. Uluslararası ticari terimlerin her ülkede farklı yorumlanması, uluslararası ticari sözleşmelerde karışıklık ve güvensizlik doğurması muhtemel olduğundan Uluslararası Ticaret Odası (UTO), ilki 1936 yılında olmak üzere ticari terimleri yorumlayan ve satıcı ile alıcının sorumluluklarını belirleyen uluslararası ticari klovlar oluşturmuştur. “Incoterms 1936” olarak bilinen klovlar, 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 ve 2000 Incoterms kurallarını oluşturmuştur. Bu birörnek kurallar, sözleşmeye bağlı yan koşulları, anlamları ticari örf tarafından belirlenen ya da açıkça belli bir tanım ifade edilerek belirlenmiş bir takım kısaltmalara tabi kılmayı mümkün hale getirmiştir⁶². Örneğin; *free on board* (FOB), *free alongside ship* (FAS) gibi ticari terimler teslim şartı olarak sözleşmelere derç edilebilirler⁶³.

Bunun dışında birörnek kurallara örnek olarak, Belgeli Akreditif Hakkında Yeknesak Kurallar (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*) gösterilebilir. Uluslararası birörnek kurallara bir başka örnek ise, Uluslararası Ticaret Odası tarafından dokuz madde halinde yayımlanan “*Force Majeure*” birörnek kuralıdır⁶⁴.

7. Uluslararası Kamu Hukuku Kuralları

Uluslararası kamu hukuku kuralları, devlet girişimleri ile özel şahıs girişimlerinin taraf oldukları sözleşmelere uygulanan kuralları ifade eder. Bu kurallar ayrıca, özel şahıs girişimleri arasında da uygulama kabiliyeti bulabilir. 18 Mart 1965 tarihli Dünya Bankası Sözleşmesi’nde, bir devlet ile diğer devlet vatandaşları arasında çıkacak yatırım uyuşmazlıklarına uluslararası kamu

⁶² Oğuz, Lex Mercatoria, s.101.

⁶³ Ayrıntılı açıklama için bkz. aşağı, s.68.

⁶⁴ Oğuz, Lex Mercatoria, s.103.

hukukunun uygulanabilineceği belirtilmiştir. Bu sözleşmenin 42. maddesine göre, bir hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda taraflar, uluslararası hukukun bu tip kurallarını uygulamaya koyabilirler⁶⁵. Bu madde de göstermektedir ki, uluslararası kamu hukuku da uluslararası ticaret hukukunun kaynakları arasındadır.

8. Hakem Kararlarının Yayınlanan Metinleri

Milli hukuk sistemleri, uluslararası ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle tacirler, uluslararası ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların büyük bir kısmını hakem kararlarıyla çözmeye eğilimi içerisindeyler. Ancak, uluslararası ticarete her uyuşmazlığın rekabet amaçlı kullanımı yaygın olduğundan, tahkim kurumuna ilişkin çoğu tüzük, hakem kararlarının yayımına engel olmaktadır. Bu hakem kararlarının yayınlanması hususunda, günümüzde artarak devam eden bir talep mevcuttur. Zira hakem mahkemesi kararları hem tahkim müessesesinin ilerlemesini sağlayacak, hem de uluslararası ticaret hukukuna kaynaklık edecektir⁶⁶.

⁶⁵ Lando, Lex Mercatoria, s.749.

⁶⁶ Lando, Lex Mercatoria, s.749.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN DÜZENLENMESİ

I. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞME KAVRAMI

Sözleşme, iki şahsın karşılıklı anlaşması sonucunda bir tarafı borçlu, diğer tarafı alacaklı veya her iki tarafı hem borçlu, hem de alacaklı kılan bir hukuki muameledir⁶⁷. Türk Borçlar Kanunu (BK)'nın 1. maddesi uyarınca, “*iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur*”. Buna göre, sözleşmenin meydana gelmesi için tarafların, sözleşmenin esaslı sayılan unsurları⁶⁸ konusunda, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları gerekmektedir⁶⁹. Böylelikle, sözleşmenin kuruluşu, tarafların doğrudan doğruya iradeleriyle meydana gelecektir⁷⁰. Tarafların bağlayıcı bir sözleşme yapmaları için, birbirine uygun irade beyanları şarttır. Başka bir söyleyişle, sözleşmenin kuruluş aşamasında, tarafların iradelerinin içeriği, şekli ve tarafların iradelerinin birbirine uygunluğu gereklidir. Taraflar, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmamak şartıyla, sözleşmenin konusunu, türünü, şeklini ve içeriğini; birbirlerine uygun irade beyanlarıyla belirleyebilirler⁷¹. Bu irade serbestisi, sözleşmenin taraflarına, birbirlerine uygun irade beyanları ile sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebilme imkanı da tanımakta mıdır? Bir görüşe göre, sözleşme taraflarının hukuk seçimi serbestisi, “uluslararası unsurlu sözleşme” kavramı ile sınırlanmaktadır. Bir başka söyleyişle, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme serbestisi için, sözleşmenin uluslararası unsur içermesi

⁶⁷ Velidedeoğlu, H.V.: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1957, s.26; Gönensay, A.S.: Borçlar Hukuku, Cilt I, İstanbul 1943, s.23; Berki, Ş.: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Ankara 1958, s.5; Oğuzoğlu, H.C.: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Ankara 1941, s. 47; İnan, A.N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1971, s.124.

⁶⁸ Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2001, s.16.

⁶⁹ Akipek, Ş. / Küçükgüngör, E.: Sözleşmeler Rehberi, Ankara 2000, s.16.

⁷⁰ Esener, T.: İrade Muhtariyeti Prensibi, AÜHFD, 1954, C.11, s.478 ; aynı yönde görüş için bkz. Tekinalp, G.: Milletlerarası Özel Hukuk, (MÖH), İstanbul 1992, s.245.

⁷¹ Oğuzman, M.K./Öz, M.T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s.46; Eren, s.; Velidedeoğlu, s. 34.

gerekmektedir⁷². Diğer bir görüşe göre, yabancı unsur içermeyen sözleşmelerde sözleşmenin tarafları, iç hukuktaki emredici düzenlemeler dışında tam bir düzenleme serbestisine sahiptirler. Bu nedenle taraflar arzu ederlerse, yabancı unsur içermeyen sözleşmelerine, yabancı bir maddi hukuk atfı yapmak suretiyle, iç hukuktaki emredici hükümler dışında kalan bütün hususlarda yabancı bir hukukun uygulanmasını sağlayabilirler. Başka bir söyleyişle, yabancı unsur içermeyen sözleşmelerde tarafların yapmış oldukları yabancı hukuk seçimi tamamen geçersiz olmayacak, iç hukuk alanındaki irade serbestisi çerçevesi içerisinde geçerli olmaya devam edecektir⁷³.

Bu konudaki diğer bir görüşe göre, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilmek için, sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması şart değildir. Sözleşme taraflarının yabancı hukuk seçimi yapmalarıyla, o sözleşme

⁷² Tekinalp, G.: Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları, 7.Baskı (Bağlama Kuralları), İstanbul 2002, s.281-282; aynı yönde görüş için bkz. Uluocak, N.: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989: “ *Türk MÖHUK’unda sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi gerektiği kanısında oldukları, zira MÖHUK’un 1. maddesinde, yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun bu kanunla düzenlendiği ifade edildiğini, sözleşmenin taraflarının vatandaşlığı, ikametgahı, sözleşmenin yapıldığı veya ifa edildiği ya da malın bulunduğu yer, hizmetin yapıldığı yer itibarıyla davanın görüldüğü ülke açısından yabancılık unsuru içermesi aranmaktadır. Bu nedenle tarafların hukuk seçiminin tek başına sözleşmeye yabancılık unsuru katması mümkün değildir.*”; aynı yönde görüş için bkz. Akıncı, Z.: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, (Yetkili Hukuk), Ankara 1992, s.12.

⁷³ Doğan, V.: İş Aktinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kurallarının ve Sınırlarının Tespiti, (İş Akdi), Ankara 1996, s.33: “ *İsviçre ve Avusturya hukuklarında, tarafların aralarındaki akdi ilişkiye uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçebilmeleri için, bu akdi ilişkinin mutlaka bir yabancı unsur içermesi gerektiği kabul edilmektedir. Tarafların saf dâhili akitlerine yabancı bir hukukun uygulanması yönündeki iradeleri, milletlerarası unsurun varlığı için yeterli değildir. Alman hukukunda ise konu tartışmalıdır. Tartışmaların kaynağını EGBGB m. 27/3 (EVÜ m. 3/3)’de yer alan hüküm teşkil etmektedir. Bu hükme göre, seçim yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesine ilişkin anlaşma ile birlikte olup olmadığına bakılmaksızın, bu devletin hukukuna göre sözleşme ile bertaraf edilemeyecek olan ve emredici hükümler olarak adlandırılan hükümlerine dokunulamaz. Bu hükümden hareketle iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, akitler bakımından yabancı bir hukukun seçilmesi durumunda, bu seçim sözleşmesi dâhili hukukun emredici hükümlerinin uygulanmasına hâlel getirmez; bu hükümler yine bu akdi ilişki için geçerli kalmaya devam eder. Diğer bir görüşe göre ise, EGBGB (EVÜ)’de yer alan bu hüküm karşısında artık saf dâhili akitler bakımından da taraflara kanunlar ihtilafı manasında hukuk seçimi serbestisi tanınmıştır.*”; aynı yönde görüş için bkz. Esener, s. 482: “ *Bir sözleşme milletlerarası unsur içerdiği zaman, yani iki veya daha fazla hukuk sistemini ilgilendirdiği zaman milletlerarası özel hukukun konusuna girer ve irade muhtariyeti prensibine tabi olur.*”; Seviğ, R.V.: “İrade İstiklali Esası Hakkında Muhtelif Temayüller” (İrade İstiklali), AS Gönensay’a Armağan, İstanbul 1955, s.353; Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, s.70-71.

yabancı unsur içeren bir sözleşme haline gelecektir⁷⁴. Diğer bir ifadeyle, tarafların hukuk seçimi konusundaki iradeleri, sözleşmenin yabancılık unsurunu oluşturacaktır. Böylece hukuk seçimi ile yabancı unsur taşıyacak olan bu sözleşme, 12.12.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁷⁵’un 1. maddesinin uygulama alanına girecektir. MÖHUK madde 24’te sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması gerektiği konusunda bir sınırlama da getirilmemiştir.

Yargıtay’a göre hukuk seçimi yapılabilmesi için borç ilişkisi, yabancılık unsuru taşınmalıdır. Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya sözleşme konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması gibi, bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir⁷⁶. Tarafların yabancı unsur içermeyen sözleşmelerine, yabancı hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları, sözleşmeyi de yabancı unsurlu bir hukuki ilişki haline getirmektedir.

1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu⁷⁷ (Roma Konvansiyonu)⁷⁸’nun 3/3 maddesi⁷⁹ esas alındığında, hukuk seçimi ile tarafların sözleşmeye yabancılık unsuru verebileceği sonucuna varılabilir. Konvansiyona göre taraflar yabancı hukuku

⁷⁴ Nomer, E./Şanlı, C.: Devletler Hususi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2008, s. 307; Çelikel, MÖH, s.252.

⁷⁵ RG. 12.12.2007, S.26728.

⁷⁶ Yrgty HGK, 06.05.1998 T., 1998/12-287 E., 1998/325 K., <www.kazanci.com.tr>(04.03.2008).

⁷⁷ <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33109_en.htm>(06.06.2009): “80/934/EC: Konvansiyon 19 Nisan 1980 yılında Roma’da yayımlanmasından sonra 9 Avrupa Birliği üyesi ülke tarafından Konvansiyon onaylandı ve 1 Nisan 1991’de yürürlüğe girdi. Bu Konvansiyon Avrupa Birliği’ne katılan yeni üyeler tarafından da imzalandı. 1998 yılında Avusturya, Finlanda ve İsveç Konvansiyonu imzaladığı zaman Konvansiyonun yeni düzenlenmiş şekli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlandı ve en son şekli 2005 yılında düzenlendi”.

⁷⁸ Sözleşmenin İngilizce ve Türkçe metni için bkz. Ekşi, N.: Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, (RomaSözleşmesi), İstanbul 2004, s.189-259.

⁷⁹ Roma Konvansiyonu m. 3/3: “Taraflarca yabancı bir hukukun seçilmesi gerçeği, bu seçim yabancı bir mahkemenin seçimi ile tamamlansın veya tamamlanmasın, seçim zamanında akdi ilişkiyle ilgili diğer bütün unsurların bağlantılı olduğu ülkenin anlaşmasıyla kendilerinden kaçınılamayacak hukuk kurallarının ki bunlar bundan sonra “müdahaleci kurallar” olarak adlandırılacaklardır uygulanması bertaraf edilemez”.

seçmişlerse, bu seçim yabancı bir mahkemenin seçimi ile tamamlansın veya tamamlanmasın sözleşmenin diğer bütün unsurları bağlı olduğu ülkenin müdahaleci kurallarını ihlal edemez. Başka bir ifade ile Konvansiyon, seçilen hukuk ile tamamen iç hukuka ilişkin sözleşmenin yabancı unsurlu sözleşme haline gelebileceğini kabul etmiştir. Ancak, bu seçimin iç hukukun emredici kurallarını bertaraf edemeyeceğini kabul etmiştir. Böylelikle, konvansiyon, hukuk seçimi ile iç hukukun müdahaleci kurallarından kaçmayı önlemiş ve “*forum shopping*”⁸⁰, e engel olmuştur⁸¹.

Bize göre, yabancı unsur içermeyen sözleşmelerde tarafların serbest iradeleri ile seçtikleri hukuk, sözleşmeyi yabancı unsurlu bir sözleşme haline getirecektir.

Yabancı unsur içeren sözleşmelerde, taraflar serbestçe sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebilirler. Belirli bir olay veya ilişki yabancı bir veya birden çok hukuk düzeni ile temas halinde bulunuyor ise yabancı unsur taşımaktadır⁸². Yabancı unsurun şu şekillerde ortaya çıkması mümkündür: “Sözleşmenin tarafları aynı ülkede ikamet ediyor olmalarına rağmen farklı vatandaşlığa sahip olabilirler, sözleşmenin tarafları aynı ülke vatandaşlığına sahip olmalarına rağmen farklı ülkelerde ikamet ediyor olabilirler, sözleşmenin taraflarının vatandaşlığı ve ikamet ettikleri ülke aynı olmasına rağmen, sözleşmenin konusunu teşkil eden şey yabancı bir ülkede bulunuyor olabilir; sözleşmenin taraflarının vatandaşlığı, ikamet ettikleri ülke ve sözleşmenin konusunu teşkil eden şey aynı ülkede bulunmasına rağmen, ifa yeri yabancı bir ülkede olabilir.”⁸³ Uluslararası özel hukuktaki yeni eğilimler, yabancı unsur ile uluslararası unsuru da birbirinden ayırmaktadır⁸⁴. Yabancı unsur taşımayan ancak uluslararası ticaretin menfaatini ilgilendiren

⁸⁰Nomer/Şanlı, s.12,456 “Davacının bilinçli olarak milletlerarası yetkiye sahip birden fazla ülke mahkemesinden kendisi için en elverişli olan ülke mahkemesinde dava açmasına, “*forum shopping*”, denir. Genellikle, belirli bir hukukun emredici kurallarından kaçmak için gidilen bir yoldur.”.

⁸¹ Ekşi, Roma Sözleşmesi, s.72.

⁸² Nomer/Şanlı, s.5.

⁸³ Doğan, İş Akdi, s.31.

⁸⁴ Şanlı/Ekşi, s.5.

sözleşmelerin uluslararası sözleşme olarak nitelendirildiği görülmektedir⁸⁵. Her ne kadar, yabancı unsur ve uluslararası unsur arasında ayırım yapmak zor olsa da⁸⁶, uluslararası unsur daha dar bir anlamda kullanılmaktadır. Bunun nedeni, uluslararası unsurun objektif kriterlerle belirlenmesinden kaynaklanmaktadır. Fakat yabancı unsur objektif kriterlerin yanında, subjektif kriterlerle de belirlenmektedir. Örneğin, tamamen yabancı unsur içermeyen bir sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak yabancı hukuk seçilirse taraf iradeleri sözleşmede subjektif yabancı unsuru oluşturmuştur. Uluslararası unsur objektif kriterlerle belirlense de yabancı unsur objektif kriterlerin yanında, subjektif kriterle de oluşabilmektedir. Ayrıca, her uluslararası unsurlu sözleşme yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olsa da, her yabancı unsurlu sözleşme uluslararası unsurlu sözleşme değildir⁸⁷. Her ne kadar uluslararası unsurlu sözleşme, yabancı unsurlu sözleşmeden daha dar bir kavram olarak görünse de, tezimizde uluslararası unsurlu sözleşme daha geniş kapsamlı olarak kabul edilecek ve açıklamalarımız buna göre yapılacaktır.

Bir sözleşmenin uluslararası unsurlu olmasından ne anlamak gerekmektedir? Uluslararası unsur kavramının tam anlamı ile tanımlanması mümkün olmamakla beraber, bu kavramın açıklanmasındaki kriterler, hal ve şartlar her hukuk sistemine göre farklılıklar göstermektedir⁸⁸. Ayrıca, bazı uluslararası konvansiyonlarda⁸⁹, konvansiyonun kapsamı içerisine

⁸⁵ Çelikel, MÖH, s.252.

⁸⁶ Nomer, E./Ekşi, N./Gelgel, G.: Milletlerarası Tahkim, 1. Baskı, İstanbul 2000, s.5; Aygül, M.: “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, SÜHFD, 2001, C.9, S.3-4, s.234; Özdemir, H.: MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları, İBD, 1999, C.73, S.10-11-12, s.930.

⁸⁷ Ekşi, N.: Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı, (Yabancılık Unsuru), MHB, 1992, C. 1-2, s.4; Ekşi, (Roma), s.62.

⁸⁸ Doğan, İ.Ş. Akdi, s.30; Şanlı/Ekşi, s.5; Delaume, G.R.: “What is an International Contract? An American and Gallic Dilemma”, ICLQ, Vol.28(1979), s.259; Şanlı, C.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, (Tahkime Uygulanacak Hukuk), Ankara 1986, s.32.

⁸⁹ Ekşi, Roma Sözleşmesi, s.60: “1955 tarihli Milletlerarası Satışlara Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Konvansiyonu, 1958 tarihli Acentalık Hakkında Konvansiyon Tasarısı, 1985 tarihli Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon”.

uluslararası unsurlu sözleşmelerin dâhil olduğu belirtilmesine rağmen, uluslararası unsurlu sözleşme kavramı açıklanmamıştır⁹⁰.

Uluslararası unsurlu sözleşme kavramını açıklayan klasik görüşe göre, sözleşmenin tarafları farklı vatandaşlığa veya farklı ülkelerde ikametgaha veya mutad meskene sahipse veya sözleşme konusu “şey”, “hizmet” veya “ödemeler” bir ülkenin sınırlarını aşıyorsa, sözleşme uluslararası niteliğe sahiptir⁹¹. Ancak, gelişen uluslararası ticari ilişkiler nedeniyle, klasik görüş yetersiz kalmıştır. Bu konudaki yeni eğilimler, sözleşmenin ekonomik yanını ön plana çıkarmakta ve uluslararası ticaretin yarar alanına giren sözleşmeleri, yabancılık unsuru taşımaları da, uluslararası unsurlu sözleşme kabul etmektedir⁹². Böylelikle, uluslararası unsurlu sözleşmelerin tespiti konusundaki kriterlerin bir kısmı, sözleşmedeki yabancı irtibat noktalarından hareket etmekteyken, diğer bir kısmı ise sözleşmenin ekonomik niteliğini ve uluslararası ticaretteki yerinden yola çıkmaktadır.

A) ULUSLARARASI UNSURUN İRTİBAT NOKTALARI İLE TESPİTİ

Uluslararası unsurlu sözleşmeleri irtibat noktalarına göre yabancı, uluslararası ve milli olarak üçe ayıran bir görüşe göre yabancı sözleşme, yabancı bir ülkenin hukukuna tabi olan sözleşme olarak tanımlamıştır. Bu görüş, sözleşmenin ifa edildiği yer tek ülke olsa bile bu ifa birden fazla devletin ekonomisini etkiliyorsa sözleşme, uluslararası sözleşme olarak tanımlamıştır. Milli sözleşme ise, sözleşmenin konusu olan edimlerin aynı ülkede ifa edildiği ancak tek bir devletin ekonomisini etkileyen sözleşme olarak açıklanmıştır⁹³.

⁹⁰ Şanlı, Tahkime Uygulanacak Hukuk, s.29; Ekşi, Roma Sözleşmesi, s.61.

⁹¹ Şanlı, Tahkime Uygulanacak Hukuk, s.30; Turhan, T. : Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları,(Para Kayıtları), Ankara 1997, s.6.

⁹² Şanlı, Tahkime Uygulanacak Hukuk, s.30.

⁹³ Seviğ, V.R.: “Borçlanma Ehliyetini Yöneten Kanun(Türkiye ile Almanya, Çekoslavya, Fransa, İngiltere ve İsviçre’de Borçlanma Ehliyeti”, MHAD, 1976, C.13, s.97-98.

Uluslararası unsurlu sözleşmeyi tanımlayan Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Scherk*⁹⁴ davası kararında uluslararası bir sözleşmeden bahsedebilmek için, tarafların arasındaki görüşmelerin birden fazla ülkede yapılmış olması ve bu ülkelerin hukuk ve ticaret konularındaki uzmanlarının görüşlerinin sözleşmeye dâhil edilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Böylece mahkeme, klasik irtibat noktalarının yanında, sözleşmelerin görüşmelerinde yer alan uzman görüşlerini de, irtibat noktası olarak görmüştür. Başka bir deyişle, sözleşmenin görüşme prosedürü uluslararası unsurun tespitinde bir irtibat noktası kabul edilmiştir.

Sözleşmelerde uluslararası unsur, sözleşme ile ilgili şahsi ve coğrafi unsurlardan hareket etmek suretiyle belirlenebilir⁹⁵. Güncel sözleşmeler hukuku uluslararası sözleşmeleri, "objektif bakımdan" ve "subjektif bakımdan" uluslararası sözleşmeler olarak iki görüş kapsamında toplamaktadır⁹⁶. Bu görüşlerin temel dayanağı, sözleşmelerin önce uluslararası olup olmamasıdır. Buna göre sözleşmenin, içerdiği irtibat noktaları itibariyle, henüz herhangi bir devlet mahkemesine başvurmadan bir veya birden fazla hukuk düzeniyle ilişki içinde bulunduğunun kabul edilmesi, o sözleşmenin objektif bakımdan uluslararası sözleşme olduğu anlamına gelmektedir. Böylelikle, sözleşmeye uluslararası karakter kazandıran husus, sözleşmede bulunan yabancı irtibat noktalarının, sözleşmeye "*a priori*" olarak uluslararası karakter kazandırdığı yolundaki inançtır⁹⁷.

"Subjektif bakımdan" uluslararası sözleşme, yetkili mahkeme tarafından, sözleşmenin irtibat noktalarının değerlendirilmesinden sonra, sözleşmenin o devlet hukuku bakımından bir veya birden fazla yabancı hukuk düzeniyle ilişkili olduğunun ortaya çıkmasıdır. Başka bir ifade ile, sözleşmenin uluslararası karakteri, sözleşmenin belli bir yer ve zaman

⁹⁴ Alibaba, A.: Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2005, s.9.

⁹⁵ Şanlı, Tahkime Uygulanacak Hukuk, s.30.

⁹⁶ Lalive, P.: Cours général de droit international privé, 59. Rec. Cours (1977/II), s. 18; Turhan, T.: Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara 1997, s.6'dan naklen.

⁹⁷ Turhan, Para Kayıtları, s.6.

açısından içerdiği irtibat noktalarının hâkim tarafından değerlendirilmesi sonunda tespit edilir⁹⁸. Hâkim sözleşmede bulunan irtibat noktalarını ve bu irtibat noktalarının ağırlıklarını tespit ederken, mensubu bulunduğu devlet hukukuna (*lex fori*) göre hareket edecektir. Bu bakımdan, uluslararası unsurlu sözleşmelerin, her hukuk sisteminde farklılık göstermesi muhtemeldir. Ayrıca hâkim, tek bir irtibat noktasına önem verebileceği gibi, birden fazla irtibat noktasından da hareket edebilir⁹⁹. Bu unsurlar, bazen ayrı ayrı, bazen de birlikte değerlendirilmek suretiyle uluslararası unsur tespit edilecektir¹⁰⁰.

Uluslararası unsurun yabancı irtibat noktaları vasıtasıyla tesbiti, objektif ve subjektif yöntemlerle mümkündür. Objektif yöntem, objektif irtibat noktaları vasıtasıyla uluslararası unsuru tespit etmeyi amaçlamaktadır. Objektif yabancı irtibat noktaları, tarafların iradelerinden bağımsız olarak, sözleşmeye uluslararası nitelik veren unsurdur. Dar anlamda yabancılık unsurunu ifade etmektedir¹⁰¹. Bu yabancı irtibat, şahsi ve coğrafi unsurlardan hareket etmektedir. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin taraflarının farklı vatandaşlıkta olması, farklı ülkelerde ikametgâh veya mutad mesken yahut iş yerlerine sahip olmaları; sözleşmenin konusu olan şey veya hizmetin ya da ödemelerin bir ülkenin sınırlarını aşıyor olması halinde, o sözleşmenin objektif yabancı irtibata sahip olduğu anlamına gelebilmektedir¹⁰².

Uluslararası unsurlu sözleşme niteliğinin tespitinde tarafların farklı tâbiyyette olması, şahsi anlamda objektif bir yabancı unsur olarak kabul

⁹⁸ Turhan, Para Kayıtları, s.6: “Belirtmek gerekir ki, kanunlar ihtilaflı hukukunun işin içine girmesi ve dolayısıyla hâkimin uygulanacak hukuku araştırma yükümlülüğünün oraya çıkması için, yabancı para kaydı içeren sözleşmenin “subjektif bakımdan” milletlerarası olması yeterlidir. Başka bir ifade ile, yabancı para kaydı içeren sözleşmenin önüne gittiği hâkim, eğer irtibat noktalarını inceleyip değerlendirdikten sonra, sözleşmenin bir veya birden fazla yabancı hukuk düzeniyle ilişkili olduğu sonucuna varıyor ve bu nedenle uygulanacak hukuku araştırma zorunda kalıyorsa, bu sözleşme bir milletlerarası sözleşme sayılacaktır”.

⁹⁹ Turhan, Para Kayıtları, s.7: “Belirtmek gerekir ki, ifa yeri ve in’ikat yeri hâkimlerin sözleşmelerin milletlerarası karakterini tayin sırasında en fazla önem verdikleri irtibat noktalarıdır. Buna karşın, “tarafların tabiyeti” ve “tarafların ikametgahları” gibi irtibat noktaları, diğer bazı irtibat noktaları ile birleşmedikçe, sözleşmelerin milletlerarası karakterinin tayininde ikinci planda kalmaktadır”.

¹⁰⁰ Tiryakioğlu, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk (Taşınır Mallar), Ankara 1996, s.6.

¹⁰¹ Ekşi, Roma Sözleşmesi, s. 65.

¹⁰² Şanlı, Tahkime Uygulanacak Hukuk, s.30.

edilebilir. Ancak, bazı durumlarda farklı tâbiyet ölçütü, uluslararası unsurun tespitinde kullanılmamaktadır. Örneğin, *Compagnie des Bauxites de Guinée*¹⁰³ kararında, farklı tâbiyet ölçütü dikkate alınmamıştır. Bu davada ana şirket ve onun farklı tâbiyetteki yavru şirketi arasında bir bağımlılığının bulunması göz önünde tutularak diğer yersel irtibatlarla ağırlık verilmiş ve sözleşmenin uluslararası nitelikte bir akit olduğu sonucuna varılmıştır. Bu davaya benzer olarak, Fransız Yüksek Mahkemesinin verdiği bir kararda¹⁰⁴, Fransa'da bir Fransız vatandaşıyla bir yabancı arasındaki sözleşme, diğer faktörler Fransa ile ilgili olduğundan iç hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Bu davalarda verilen kararlar da doğrulamaktadır ki, farklı tâbiyet ölçütü, tek başına uluslararası niteliğin tespitinde yeterli bir objektif yabancı irtibat olarak karşımıza çıkmamaktadır. Ancak, daha önce de belirttiğimiz üzere, uluslararası unsurun tespiti her hal, şart ve hukuk düzeni içinde farklılıklar göstermekte olup, yabancı irtibatın değerlendirilmesi de tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Tarafların ikametgâh veya mutad meskenleri de diğer objektif yabancı irtibat noktası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kriterlerin de tek başlarına sözleşmeye uluslararası unsur niteliği kazandırmadığı¹⁰⁵; ancak, bu irtibat noktalarının tâbiyetten farklı olarak diğer bir ülke ile sürekli bir bağ oluşturduğu ve bu faktöre ne kadar ağırlık verileceğine hâkim yerine tarafların karar vermeleri gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁶.

Sözleşmenin kuruluş yeri ise bir diğer objektif yabancı irtibat noktasıdır. Hâkimlerin sözleşmenin uluslararası unsurunu tayin sırasında önem verdikleri irtibat noktalarından birisi de, sözleşmenin kuruluş yeridir¹⁰⁷. Ancak, sözleşmenin kuruluş yeri artık eski önemini kaybetmiştir. Örneğin, iki Fransız iş adamının, İtalya'da yaptığı ve Fransa'da ifa edecekleri bir

¹⁰³ Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s.7.

¹⁰⁴ Alibaba, s.12.

¹⁰⁵ Turhan, Para Kayıtları, s.7.

¹⁰⁶ Alibaba, s.13.

¹⁰⁷ Turhan, Para Kayıtları, s.7.

sözleşmede, sözleşmenin yapıldığı yer bağlama noktası çok büyük bir önem taşımaz¹⁰⁸.

Sözleşmenin konusu olan edimin ifa yeri, hâkimlerin uluslararası unsuru tespitinde kullandıkları en önemli yabancı irtibat noktasıdır. Çünkü, sözleşme ile amaçlanan, sözleşmenin konusu olan edimin ifa edilmesidir. Sözleşmenin ifası, tarafların menfaatlerine yöneliktir. Bu nedenle, ifa yeri, önemli bir objektif bir irtibat noktasıdır. Bu noktada, yabancı bir para kaydı içeren bir sözleşmenin, uluslararası sözleşme olarak nitelenedirilmesi konusunda, bir görüşe göre, salt tarafların sözleşmeden doğan borç miktarını yabancı para ile ifade etmiş olmaları veya bu miktarın yabancı para ile ödeneceği hususunda anlaşmış olmaları nedeniyle sözleşme, uluslararası sözleşme haline gelmeyecektir¹⁰⁹. Çünkü bu uluslararası ilişkide, büyük olasılıkla taraflar farklı tâbiyetten olduğu için, yabancı para kaydı işin içine girecektir. Bu nedenle, yabancı para kaydı, diğer irtibat noktaları ile birleşmedikçe, bu sözleşme uluslararası sözleşme haline gelmeyecektir¹¹⁰.

Bir başka objektif yabancı irtibat noktası ise, sözleşmenin konusu olan şeyin yurt dışında olmasıdır. Sözleşmenin konusu, taşınmaz mülkiyetinin devri tescile tabi olan mal vb. gibi şeylerin yabancı ülkede bulunması sözleşmeyi uluslararası unsurlu hale getirecektir.

Önemli bir diğer objektif yabancı irtibat noktası ise, sözleşme taraflarının farklı ülkelerde iş yerine sahip olmalarıdır. Bu objektif irtibat noktası bazı uluslararası sözleşmelerde de düzenlenmiştir. 11 Nisan 1980 tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması¹¹¹ (Viyana Sözleşmesi)'nin 1. maddesinin I. fıkrasının (a) bendinde yer alan, “*Tarafların iş yerlerinin farklı akit devletlerde bulunması*”

¹⁰⁸ Alibaba, s.13: “Sözleşmenin yurt dışında yapılmış olması, sözleşmenin şekli konusundaki rolünü sürdürmeye devam etmiştir”.

¹⁰⁹ Turhan, Para Kayıtları, s.193.

¹¹⁰ Turhan, Para Kayıtları, s.193; Alibaba, s.14.

¹¹¹ İngilizce metin için bkz. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980, Online Internet, <www.uncitral.org> (12.10.2008).

şartı, objektif bir yabancı irtibat olarak kabul edilmiştir¹¹². Eğer taraflardan biri, birden fazla iş yerine sahip ise, Sözleşmenin 10(a) maddesi uyarınca kabul edilecek iş yeri, sözleşmenin kuruluşu anında veya daha önceki bir anda taraflarca bilinen veya düşünülen şartlar göz önüne alınmak suretiyle, akit ve onun ifası ile en sıkı ilişkisi bulunan yerdir. Şu halde, iş yerleri farklı ülkelerde olan taraflar arasındaki satım sözleşmesi uluslararası unsurlu satım sözleşmesidir¹¹³.

Uluslararası unsurun tespitinde kullanılan, objektif yabancı irtibat noktaları, sözleşmenin yapıldığı anda bulunması gerekli noktalardır. Ancak, söz konusu yabancı irtibat noktalarının çoğu, sözleşme yapıldıktan sonra değişebilecek niteliktedir. Örneğin, iş yerleri aynı ülkede bulunan iki tacir arasında bir sözleşme yapıldıktan sonra tacirlerden birinin iş yerini başka bir ülkeye taşıması sonucunda, iki tacir arasındaki bu sözleşme, uluslararası unsurlu hale gelebilecek midir? Bu konuda, dava tarihinin esas alınması gerektiğini ileri süren görüşlerin yanında sözleşmenin yürürlük tarihinin esas alınması gerektiğini ileri süren görüşler mevcuttur. Ancak, kesinlik ve öngörülebilirlik gerekçesi ile sözleşmenin yürürlük tarihinin esas alınmasının daha doğru olduğunu kabul etmek mümkündür¹¹⁴.

Uluslararası unsurun tespit edilmesinde subjektif yöntem, sözleşmeye uygulanacak yabancı bir hukukun seçimi ile sözleşmenin uluslararası unsurlu sözleşme haline gelmesini ifade etmektedir. Önce de ifade ettiğimiz gibi, sözleşme için tarafların yaptığı hukuk seçimi, başlı başına subjektif bir yabancı irtibat oluşturmaktadır. 15 Haziran 1955 tarihli Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi¹¹⁵(1955 La Haye Sözleşmesi) nin 1. maddesine göre, taraflarca hukuk seçimine veya yetki anlaşmasına ya da tahkime ilişkin

¹¹² Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s.108.

¹¹³ Alibaba, s.11: “ 22 Aralık 1986 tarihli Taşınır Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi(1986 La Haye Sözleşmesi)’nde de, iş yeri farklı ülkelerde olan sözleşme taraflarının, sözleşmeleri milletlerarası unsurlu sözleşme kabul edilmiştir”.

¹¹⁴ Alibaba, s.15.

¹¹⁵ İngilizce metin için bkz. Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods, The Hague 1955, Online Internet, <www.uncitral.org>, (03.09.2008).

olarak yapılmış irade beyanı tek başına satıma uluslararası unsur kazandırmaz. Buna benzer bir hüküm, 22 Aralık 1986 tarihli Taşınır Malların Uluslararası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi¹¹⁶ (1986 La Haye Sözleşmesi)'nde de bulunmaktadır. Buna karşın, Haziran 1980 tarihli Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AET Konvansiyonu'na bakıldığında ise, Konvansiyonun 3/3 maddesi uyarınca, kanun seçimi ile tarafların sözleşmeye uluslararası unsur verebileceği sonucuna varılabilir¹¹⁷. Önce de ifade ettiğimiz üzere taraflar, tamamen iç hukuka dâhil bir sözleşme için, yabancı hukuk seçimi yaptıkları takdirde, o hukuk seçimi subjektif bir yabancı irtibat noktası oluşturur ve sözleşme uluslararası unsurlu hale gelir.

Sonuç olarak, sözleşmede uluslararası unsurun tespiti konusunda, sözleşme ile ilgili objektif ve subjektif irtibat noktalarından hareket eden yöntemde, hâkim bu irtibat noktalarını tek başına yeterli kabul edebileceği gibi, sözleşmede bulunan irtibat noktalarını birlikte değerlendirmek suretiyle, sözleşmeye uluslararası karakter verebilir.

B) ULUSLARARASI UNSURUN SÖZLEŞMENİN EKONOMİK YÖNÜ VE ULUSLARARASI TİCARETTEKİ YERİNE GÖRE TESPİT EDİLMESİ

Uluslararası unsurun tesbit edilmesinde sözleşmenin ekonomik yönünü esas alan yöntem, sözleşmenin uluslararası karakterli olmasında, yabancı irtibat noktalarının mutlaka bulunmasının zorunlu olmadığını, sözleşmenin ekonomik karakterinin, birden fazla devleti ilgilendirmesinin o sözleşmeyi uluslararası unsurlu hale getireceğini ifade etmektedir¹¹⁸. Sözleşme, para ve mal gibi ekonomik değerlerin ülkeler arasında karşılıklı transferini içeriyorsa, bu sözleşmenin ekonomik yönden uluslararası unsurlu olduğu söylenebilir¹¹⁹. Fransız hukukunda, eşya, hizmet ve mal gibi ekonomik

¹¹⁶ İngilizce metin için bkz. Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, The Hague 1986, Online Internet, (03.09.2008).

¹¹⁷ Ekşi, Roma Sözleşmesi, s.72.

¹¹⁸ Şanlı, Tahkim Uygulanacak Hukuk, s.31; Çelikel, MÖH, s.252.

¹¹⁹ Alibaba, s.16.

değerlerin sınır ötesine transferini içeren sözleşmelerin, uluslararası unsurlu sözleşme olduğu düzenlenmiştir¹²⁰. Bu yönü ile temel olarak, uluslararası ticareti ilgilendiren sözleşmeler, yabancı irtibat noktalarından bağımsız olarak sözleşmeyi, uluslararası unsurlu sözleşme haline getirebilecektir. Uluslararası ticareti ilgilendiren sözleşme kavramından ne anlaşılmalıdır? Uluslararası ticaret, sınırlar ötesi mal ve hizmet transferi olarak tanımlanmaktadır¹²¹. Uluslararası ticaretin geniş kapsamlı anlamı, farklı devlet tâbiyetindeki kişilerden ziyade, ekonomi açısından söz konusu devletlerin menfaatini ilgilendirmektedir. Bu göstermektedir ki, bir sözleşme, devletlerarası ticari ilişkileri etkilemekte ise, o sözleşme uluslararası unsurlu sözleşme olarak nitelendirilecektir.

Bir sözleşmenin uluslararası unsurlu olması için, o sözleşme hangi anda uluslararası ticareti ilgilendirmelidir? Akıncı'ya göre, bir sözleşmenin uluslararası unsurlu olması için, doğurduğu sonuçlar itibariyle, uluslararası ticareti ilgilendirmesi gerekir¹²². Ancak, Fransız Yüksek Mahkemesine göre uluslararası unsurlu sözleşme, *“in’ikadı anından itibaren, hükümleri itibariyle hudutlardan önce emtia sevkini ve mukabilinde dışarıdan para celbini öngören mukaveledir”*¹²³. Sözleşme kurulmasından itibaren, uluslararası ticareti ilgilendirebileceği gibi, sadece sonuçları itibariyle de, uluslararası ticareti ilgilendirebilir. Örneğin, Fransız Yüksek Mahkemesinin önüne gelen bir olayda, iki Fransız tacir arasında akdedilen ve buğday satışını düzenleyen sözleşmenin ifa yeri olarak Fransa kararlaştırılmış; ancak taraflar, uluslararası hububat ticaretindeki yeknesak uygulamaya uygun olarak aralarındaki sözleşmede, *“London Corn Trade Association”*ın standart sözleşmesini kullanmışlardır. Bu şartlarda, uygulanacak hukuk olarak, İngiliz hukuku seçilmiştir. Yüksek Mahkeme, bu sözleşmeden doğan uyumsuzluk hakkında verdiği kararında, sözleşmeyi, konu itibariyle uluslararası karakterli

¹²⁰ Turhan, T.: “Fransız Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, (Milletlerarası Tahkim), Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi ? Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (BTHAE) Yayınları, Nisan 1997, s.80; Delaume, s.269.

¹²¹ Uluocak, N.: Kanunlar İhtilafı (Kanunlar İhtilafı), İstanbul 1971, s.138.

¹²² Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, s.9.

¹²³ Uluocak, s.138.

saymıştır¹²⁴. Bu sözleşme, kurulduğu anda uluslararası hububat uygulamasını içermekte ve uluslararası unsurlu sayılmaktadır. Aynı sözleşme, farklı devlet vatandaşları arasında akdedilmiş olsaydı, sözleşme sonuçları itibarıyla o iki devletin ekonomisini ilgilendireceği için, uluslararası unsurlu sayılacaktı. Bize göre, sözleşmenin uluslararası ticareti etkilemesi, sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi ile mümkün olacaktır.

Sözleşmenin uluslararası karakterini belirlerken, açıkladığımız yöntemler dikkate alınmalıdır. Bu yöntemlerden birine göre, sözleşmenin uluslararası karakterli sayılması yeterlidir. Ancak, sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı konusunda bir tereddüt varsa, o sözleşme uluslararası unsurlu sözleşme olarak nitelendirilmelidir¹²⁵.

Uluslararası ticari sözleşme kavramından ne anlamak gerekir? Türk hukukuna göre, ticari sözleşme kavramı açıklanırken, “ticari iş karinesi”nden hareket edilmektedir. Türk Ticaret Kanunu¹²⁶ (TTK) m. 21 uyarınca, “bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır”. Başka bir ifade ile tacirin işletmesi ile ilgili olan işler ticari iş sayılır¹²⁷. Bu durumda, tacirin işletmesini ilgilendiren bir konuda yapılan sözleşme, ticari sözleşmedir¹²⁸. Ancak, Türk ticaret hukuku anlamında, sözleşmenin ticari iş olarak sayılması, o sözleşmeye, TTK’nın uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Uluslararası anlamda, sözleşmenin ticari sözleşme olarak tanımlanması ile Türk hukukundaki tanım birbirinden farklıdır. Uluslararası unsurlu sözleşmeye uygulanacak hukuk, Türk hukuku olarak tespit edilmişse; Türk hukuku kapsamında uluslararası unsurlu sözleşmenin, ticari sözleşme olarak tanımlanması önem arz edecektir. Bu da göstermektedir ki, uluslararası ticari sözleşme kavramı her devlet hukuku için farklı anlamlar taşıyabilmektedir. Bu nedenlerle, tezimizin geri kalan kısmında, uluslararası unsur tespit eden yöntemlere göre, uluslararası

¹²⁴ Şanlı, Tahkime Uygulanacak Hukuk, s.31.

¹²⁵ Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s.5.

¹²⁶ RG. 09.07.1956 – 9353, 6762 Türk Ticaret Kanunu.

¹²⁷ Arkan, Ticari İşletme, s.60; Berzek, s.26; Saka, s.77.

¹²⁸ Serozan,R.: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, s.11.

karakter taşıyan ve uluslararası ticaretin ilgi alanına giren sözleşmeler, “uluslararası ticari sözleşme” olarak isimlendirilecektir.

II. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN HAZIRLANMASINDA MÜZAKERELER

A) GENEL OLARAK

Sözleşme, ancak taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Karşılıklı irade beyanı, sözleşmenin taraflarından her birinin hem beyan sahibi hem de diğer tarafın beyanının muhatabı olması demektir. Karşılıklı teati edilen bu irade beyanları, yapıldıkları zamana ve taraflara göre, teklif (icap) ve kabul adını alırlar. Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin İlkeler (UNIDROIT İlkeleri)¹²⁹ m. 2.2'ye göre teklif: “*Bir sözleşmenin meydana getirilmesi için sunulan teklif, yeterince belirli ise ve kabulü halinde teklif sahibinin bağlanma iradesini gösteriyorsa bir teklif sayılır*”¹³⁰ şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda, zaman bakımından, daha önce yapılan, karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı nitelik taşıyan ve muhatabın kabulü ile birlikte sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade açıklamasına teklif denir¹³¹.

Sözleşme müzakeresi, bir ticari sözleşmeyle ilgili uzlaşma ya da anlaşmayı getiren, taraflar için bağlayıcılık taşımayan, karşılıklı etkinlikler (görüşmeler, bilgi aktarımı, taahhütler vs.) olarak tanımlanmaktadır¹³². Ancak, sözleşme görüşmesi (*debate*), pazarlık (*bargaining*) ve müzakere (*negotiation*) kavramları çoğunlukla birbirine karıştırılmaktadır. Bu kapsamda,

¹²⁹ İngilizce metin için bkz. Text of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UNIDROIT, Rome, Online Internet, 1994 (09.03.2008).

¹³⁰ Dayınlarlı, K.: “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri,(UNIDROIT İlkeleri), MHB, 2003, Yıl: 23, S. 1-2, Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan, İstanbul 2003, s.220.

¹³¹ Eren, s.225.

¹³² Curry, J.E.: Internaional Negotiating, San Francisco 1998, s.246.

müzakere kavramının, görüşme ve pazarlık kavramını içeren bir üst kavram olduğu kabul edilmektedir¹³³.

Sözleşme müzakeresi ile teklif kavramı da birbirinden farklıdır. Teklif, mutlaka bir tarafın kesin bağlanma iradesini içermekte iken, sözleşme müzakerelerinde kesin bağlanma iradesi yoktur¹³⁴. Sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşme kurmak amacıyla ve bağlanma niyeti olmaksızın, yapılan sözleşme müzakereleri, sözleşme benzeri güven ilişkisi gereği, her iki taraf için de özen yükümlülüğü doğurmaktadır. Ayrıca, TMK m.2 uyarınca taraflar sözleşme müzakereleri sırasında iyiniyetli davranma yükümü altındadırlar. UNIDROIT İlkelerinin m. 1.7 ile “Taraflar uluslararası ticarete iyi niyet kurallarına uymak zorundadırlar”¹³⁵ şeklinde getirdiği, genel anlamdaki iyi niyet kuralı, sözleşme müzakereleri sırasında da uygulanma kabiliyeti bulacaktır¹³⁶.

B) SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNİN BAŞLAMASI VE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Uluslararası ticari sözleşmelerin hazırlanmasında müzakereler, sözleşme taraflarının pazara giriş çalışmaları, müşteri araştırması gibi çalışmalar sonucunda, belirlenen bir konuda sözleşme yapmak için, bağlayıcı iradeleri olmaksızın, yaptıkları karşılıklı etkinlikleri ifade eder. Müzakereler, tarafların muhtemel sözleşme konusunda, bağlayıcı olmayan fikir teatilerini içerir. Sözleşme müzakerelerinde henüz sözleşme kurulmadığı için, tarafların hukuki olarak sözleşme nedeniyle sorumlulukları da olmayacaktır¹³⁷. Ancak, sözleşme müzakereleri sırasında, sözleşme tarafları bazı yükümlülükler altındadır. Türk hukukuna göre, sözleşme müzakereleri aşamasında taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdür. Benzer bir kural, UNIDROIT İlkeleri m. 1.7’de de ifade edilmiştir. Ayrıca, UNIDROIT İlkeleri m.

¹³³ Dış Ticaret Sözleşmeleri, İGEME(İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi) yayınları, Ankara 2007, s.40.

¹³⁴ Ayrancı, H.: Ön Sözleşme, Ankara 2006, s.87; Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s.56.

¹³⁵ Dayınları, UNIDROIT İlkeleri, s.218.

¹³⁶ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s. 38.

¹³⁷ Ayrancı, s.88.

2.15’de “Müzakerelerde kötü niyet” şu şekilde ifade edilmiştir: “ (1) *Taraflar müzakere yapmakta serbestirler ve bir mutabakata varmadıkları takdirde sorumlu tutulamazlar. (2) Fakat kötü niyetle müzakere yapan veya yapılan müzakereyi kesen taraf, diğer tarafa verdiği zararı tazmin etmekle yükümlüdür. (3) Özellikle anlaşmaya varmama niyetinde olduğunu bilerek müzakereye giren veya devam eden taraf kötü niyetlidir*”¹³⁸. Buna paralel bir hüküm, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m.2:301’de “İyi niyete aykırı müzakereler” başlığı altında, şu şekilde ifade edilmiştir: “(1) *Taraflar müzakere etme konusunda serbesttir ve bir anlaşmaya varamamalarından dolayı sorumlu değildirler. (2) Bununla birlikte, müzakere eden veya iyiniyet kurallarına aykırı olarak müzakereyi kesen taraf, diğer tarafa verdiği zararlardan sorumludur. (3) Taraflardan birinin diğer tarafla bir anlaşmaya varma konusunda gerçek bir niyeti olmadan müzakerelerde bulunması ve müzakerelere devam etmesi iyiniyet kurallarına aykırıdır*”¹³⁹.

Bu hükümlerden hareketle, müzakere eden tarafların sözleşmenin yapılması hususunda ciddi bir niyet ile müzakerelere katılmakla yükümlü oldukları sonucuna varılabilir. Ayrıca, müzakere sırasında dürüst davranma yükümlülüğü, sözleşmenin yapılması veya şartlarının tespiti hususundaki kararlara tesir edecek hususlarda aldatıcı davranışta bulunmamayı, gerekli bilgileri karşı tarafa vermeyi kapsadığı gibi, karşı tarafın hataya düştüğünü fark etme halinde onu ikaz etmeyi de gerektirebilir¹⁴⁰.

Sözleşmelerin müzakerelerinde tarafların diğer yükümlülüğü ise, karşı tarafı aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğüdür. Bazı teknik, karmaşık konulu sözleşmelerde özellikle sözleşmenin konusunda, taraflar birbirlerini aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü altındadırlar. Bu

¹³⁸ Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.223.

¹³⁹ Dayınlarlı, K.: Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri, (Avrupa Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2005, s.40.

¹⁴⁰ Oğuzman/ Öz, s.70.

yükümlülük, sözleşme müzakerelerinde, dürüst davranma yükümlülüğünü dayanak almaktadır¹⁴¹.

Sözleşmelerin müzakere aşamasında, tarafların bir diğer yükümlülüğü ise, koruma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, karşı tarafın şahsını ve malını, müzakere aşamasında zararlardan koruyacak tedbirleri alma yükümlülüğüdür¹⁴².

Sonuç olarak, sözleşme müzakereleri sözleşmenin kurulması veya var olan bir sözleşmenin değiştirilmesi amacıyla tarafların, sözleşme kuruluncaya kadar veya sözleşmenin uygun bir süre içerisinde kurulamayacağını açıkça anlaşılacağı ana kadar, ciddi olarak görüşmelere başlama ve sürdürme yükümlülüğü yükleyen ancak, sözleşmeyi kurma zorunluluğu yüklemeyen etkinliklerin tamamıdır¹⁴³.

C) SÖZLEŞME MÜZAKERELERİ SIRASINDA DÜZENLENEN BELGELER

Uluslararası ticari sözleşmelerde müzakere aşaması, uzun süren karmaşık bir süreci ifade etmektedir. Bu aşamada, taraflar sözleşmeye ilişkin yapılan müzakereleri yazılı hale getirmek ve bu belgelerle sözleşmenin istenilen şekle uygun hazırlanmasını sağlamak isteyeceklerdir. Sözleşmenin müzakeresinde düzenlenen belgeler tarafları bağlamayan belgelerdir.

1. İşin Yürütülmesine İlişkin Talimat (*Instruction to Proceed*)

Uluslararası ticari sözleşme müzakereleri, tarafların muhtemel sözleşme ile amaçlarını ortaya koymaları ile başlar. Sözleşme müzakerelerinin başlangıcında müzakere edecek taraflar, müzakere esnasında uyulması gereken noktalar, müzakerelerin şekli, süresi ve müzakere sürecinin koordinasyonu konularında bağlayıcı bir sözleşme

¹⁴¹ Oğuzman/Öz, s.70.

¹⁴² Oğuzman/Öz, s.70.

¹⁴³ Doğan,G., s.72; Oğuzman/Öz, s. 70.

yapabilirler. Bu sözleşmeler, “İşin Yürütülmesine İlişkin Talimat” *Instruction to Proceed (ITP)* olarak adlandırılmaktadır. Bu bağlayıcı sözleşme ile taraflar, müzakere aşamasında usul ve esasa ilişkin hususlar belirlemektedir. UNIDROIT İlkeleri m. 2.13 uyarınca, “Müzakereler esnasında, taraflardan biri sözleşmenin yapılması için, esasa veya şekle ilişkin bazı sorunlar üzerinde anlaşmaya varılmasını zorunlu kılarsa, sözleşme ancak tarafların bu sorunlar üzerinde mutabık kalmaları ile yapılmış olur”¹⁴⁴. Bu madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, müzakerelerin usul ve esasının tespitine ilişkin anlaşmalar bağlayıcıdır. *ITP*, asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin teklif barındırmıyorsa, asıl sözleşmenin şekline tabi değildir¹⁴⁵.

2. Niyet Mektubu (*Letter of Intent*)

Müzakerelerin başlangıcını, taraflardan birinin diğer tarafa belirli şartlar altında sözleşmeyi kurmaya hazır olduğunu bildiren bir irade beyanı oluşturur. Uygulamada özellikle, uzun ve karmaşık olan uluslararası ticari sözleşme müzakerelerinde ilk irade beyanı yazılı olarak sunulur. Bu yazılı irade beyanı, “Niyet Mektubu (*Letter of Intent*)” olarak isimlendirilir¹⁴⁶. Niyet mektubu, içeriği tam ya da yeterince belirlenmemiş bir sözleşmenin kurulmasını sağlama niyetini açığa vuran ve bu sonuca ilişkin olarak, görüşmelerin ciddi bir şekilde sürdürülmesini ifade eden bir kavramdır¹⁴⁷. Niyet mektubu, sadece müzakerelerin başlangıcında değil, ayrıca müzakere devam ederken de verilebilir. Bu durumda, niyet mektubu ile müzakerelerde o aşamaya kadar gelip, üzerinde mutabakat sağlanan hususlarda bir taraf tek taraflı olarak bilgilendirici nitelikte niyet mektubu ile mutabakat sağlanan hususları karşı tarafa bildirebilir. Niyet mektubu, bir mektup niteliğinde tek taraflı olarak hazırlanıp, karşı tarafa gönderilen bir belge olup; sözleşme kurma yükümlülüğü doğurmamaktadır. Niyet mektubu, özellikle, ticari şirket satımında, şirket birleşmelerinde, fabrika ya da diğer endüstri tesislerinin

¹⁴⁴ Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.223.

¹⁴⁵ Ayrancı, s.83; Doğan, G., s.94.

¹⁴⁶ Ayrancı, s.91; Kocayusufpaşaoğlu: Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, 2. Baskı, İstanbul 1985, s.105.

¹⁴⁷ Ayrancı, s.91;Doğan, G., s.78.

inşasında ya da lisans sözleşmesinde ve bu faaliyetlere girişmek isteyen sözleşme tarafına gönderilmek üzere hazırlanmaktadır¹⁴⁸. Niyet mektupları üzerine uygulamada genellikle, “bağlayıcı değildir” (*no binding clause*) ibaresi eklenir. Niyet mektubu, bir teklif niteliğinde olmayıp, teklife davet niteliğinde değerlendirilmesi mümkün olan bir irade beyanıdır.

3. Sözleşme Taslağı (*Memorandum of Understanding*)

Uzun süre devam eden sözleşme müzakerelerinde iki veya daha çok taraflı niyet açıklamaları içeren ve niyet mektubuna benzeyen belgeler de hazırlanabilir¹⁴⁹. Bunlardan en önemlisi “sözleşme taslağıdır” (*Memorandum of Understanding*). Sözleşme taslağı, uzun süre devam eden sözleşme müzakerelerinde üzerinde mutabakata varılan noktaların yazılı hale getirilmesidir¹⁵⁰. Sözleşme taslağı da, sözleşme yapma zorunluluğu doğurmayan, hukuken bağlayıcı olmayan metinlerdir. Uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinde, müzakere başlangıcında taraflardan biri, tarafların anlaşması şartıyla, sözleşme taslağını hazırlamayı üstlenebilir. Taslağı hazırlamayı üstlenen taraf, müzakerelere başlamadan önce hazırladığı sözleşme taslağını müzakere masasına getirebilir. Böylelikle, tarafların sözleşme müzakerelerinde somut bir metin üzerinde çalışma yapabilmesi sağlanabilir. Bağlayıcı olmayan bu metinler üzerinde tarafların kendilerine yönelik değişiklik yapması mümkün olup, bu sözleşme taslaklarının taraflar arasında teatisi ile de müzakereler sürdürülebilir. Taraflar arasında teati edilen sözleşme taslaklarının üzerine, “bağlayıcı değildir” (*no binding clause*) klozu mutlaka eklenmektedir. Sözleşme taslaklarının teati edilmesi ile devam eden müzakerelerde, bazı konularda mutabakat sağlanamazsa, taraflar müzakereleri yüz yüze devam ettirerek mutabakata varmaya çalışabilirler¹⁵¹. Uzun süren sözleşme müzakerelerinde taraflar, sözleşme müzakeresi aşamasında anlaşmaya vardıkları bölümler

¹⁴⁸ Doğan, G., s.79; Kocayusufpaşaoğlu, s.105.

¹⁴⁹ Doğan, G., s.83: “*Principles/Heads of Agreement/ Understanding, Memorandum of Understanding ve Basic Agreement, olarak isimlendirilen belgelerde hazırlanması mümkündür*”.

¹⁵⁰ Ayrancı, s.89.

¹⁵¹ Curry, s.120.

için bağlanma niyetlerini belirtebilirler. Mutabakata varılan bu bölümlerin, asıl sözleşme ile bütünlük arz etmemeleri ve asıl sözleşmenin unsuru olmamaları halinde sözleşmenin kurulduğu söylenemez. Ancak, mutabakata varılmış noktalar, kendi başlarına hüküm ifade edebilecek durumda ise ve durumdan tarafların bütün sözleşmeyi kurmak istemedikleri anlaşılıyorsa, bu bölümler bakımından sözleşmenin kurulduğu ve bağlayıcılık kazandığı söylenebilmektedir¹⁵². UNIDROIT İlkeleri m. 2.14 uyarınca, “(1) Taraflar bir sözleşme yapma hususunda anlaşılırsa, bir hükmün ileride varılacak bir mutabakatla tayin edilmesi veya bir üçüncü şahsın kararına gönderme yapmaları durumu sözleşmenin yapılmasına engel olmaz. (2) Sonuçta bu olayla, a) Daha sonra tarafların hüküm üzerinde mutabakata varmaması ya da b) üçüncü kişinin hükmü belirlemesi durumunda, bu hükmü tayin etmek için mevcut hal ve şartlarda tarafların niyetini hesaba katarak başka bir seçeneğin makul görülmesi halinde, sözleşmenin varlığı sonradan etkilenmez”¹⁵³. Bu madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, tespiti sonraya bırakılan bir hüküm, sözleşmenin yapılmasına engel olmayacaktır.

4. Müzakere Anlaşması

Sözleşme müzakerelerinde, taraflar yükümlülük yükleyen ve bağlayıcılık içeren, bazı sözleşmeler de yapabilmektedir. Bu ön anlaşmalardan ilki, müzakerelerde bulunma yükümlülüğü yükleyen anlaşmadır. Müzakere anlaşması ile taraflar, ciddi olarak sözleşme müzakerelerinde bulunma yükümlülüğü altına girmektedir. Ancak, bu yükümlülük asıl sözleşmeyi yapma zorunluluğu yüklemeyen, sadece taraflara müzakerelerde bulunma yükümlülüğü yükleyen bir anlaşmadır. Bu anlaşmanın ihlali durumunda, sözleşmenin karşı tarafı müzakere masraflarını talep etme hakkına sahiptir¹⁵⁴.

¹⁵² Ayrancı, s.90.

¹⁵³ Dayınlı, UNIDROIT İlkeleri, s.223.

¹⁵⁴ Doğan, G., s.87.

5. Sır Saklama Yükümlülüğüne İlişkin Anlaşma

Sözleşme müzakereleri konusundaki diğer bir sözleşme ise, sır saklama yükümlülüğü yükleyen anlaşmalardır. Müzakere sırasında, tarafların paylaştıkları bilgileri üçüncü şahıslara açıklamaması hususunda bir anlaşma yapmaları mümkündür. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m. 2:302 uyarınca, “Müzakerelerin devamı esnasında, bir tarafa gizli bilgi verilmiş ise, diğer taraf sözleşme yapılmış olsun veya olmasın bu bilgiyi açığa vurmama veya onu kendi çıkarları için kullanmama yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün ihlali, doğan zararın tazminine ve diğer tarafın bundan elde ettiği menfaatin iadesine yol açabilir”¹⁵⁵. Bu madde hükmünden anlaşılacağı üzere sır saklama anlaşması yapılmamış olsa dahi, tarafların müzakereler sırasında gizli olarak belirttikleri bilgilerin açığa vurulmaması yükümlülüğü, sözleşme müzakerelerinde kendini göstermektedir. Ancak, uygulama açısından mutlaka sır saklama anlaşmasının yapılması, sır yükümlülüğünün yeterli derecede somut ve ayrıntılı olarak belirtilmesi ve sır saklama yükümlülüğünün süresinin ve istisnalarının belirtilmesi gerekmektedir¹⁵⁶.

6. Masrafların Paylaşımına İlişkin Anlaşma

Sözleşme müzakereleri kapsamında bir diğer sözleşme ise, masrafların paylaşılmasına ilişkin anlaşmalardır. Uluslararası ticari sözleşmeler gibi müzakereleri uzun ve karmaşık süren sözleşmelerin, müzakere sürecinde yapılan toplantıların düzenlenmesi, tercüman, avukat masrafları gibi giderlerin paylaştırılması hususundaki anlaşmalar, tarafların menfaatini içermektedir¹⁵⁷.

7. Diğer Anlaşmalar

Sözleşme müzakereleri kapsamında, taraflar bu sözleşme müzakeresi sırasında, üçüncü bir şahısla herhangi bir sözleşme

¹⁵⁵ Dayınlarlı, Avrupa Sözleşmeler Hukuku, s.41.

¹⁵⁶ Ayrancı, s. 90; Doğan, G., s.88.

¹⁵⁷ Doğan, G., s.88.

görüşmesinde bulunmayacaklarına ilişkin anlaşmalar yapabilirler. Bu sözleşmenin ihlali halinde cezai şart ödenmesini de kararlaştırabilirler¹⁵⁸.

Sözleşme müzakereleri esnasında taraflar, kurulması muhtemel sözleşmenin şeklini de belirleyebilirler. Böylelikle taraflar, sözleşme kurulmadan önce, sözleşmenin kararlaştırılan şekilde yapılmasını ve yalnız bu şekle uyulması halinde sözleşmenin geçerli olabileceğini kararlaştırabilirler. Bu şekil sözleşmesi de, sözleşme kurma zorunluluğu doğurmadığı gibi, taraflara asıl sözleşmenin belirlenen şekle göre kurulmasını talep etme hakkı sağlamaktadır¹⁵⁹.

Sözleşme müzakereleri aşamasında, sözleşme taraflarından birinin henüz sözleşme kurmaya karar veremediği, uzun bir düşünme süresine ihtiyacı olduğu, söz konusu muhtemel sözleşmenin bu düşünme süresi içerisinde başka bir kişi ile kurulmasını önlemek istediği durumlarda, opsiyon sözleşmesi yapılması mümkündür. Bu sözleşme ile taraflar, sözleşme ile daha önce şartlarını belirledikleri bir borç ilişkisini tek taraflı irade beyanı ile kurma, değiştirme ve süresini uzatma hakkı tanımışlarsa, opsiyon hakkından bahsedilir¹⁶⁰. Opsiyon, alım – satım, kira, nakliye opsiyonu gibi çeşitli opsiyonlar olarak verilebilir. Türk hukukunda, Medeni Kanun'da belirtilen alım, önalım ve gerialım hakları opsiyon hakkı içerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla opsiyon hakkı, niteliği itibarıyla yenilik doğurucu bir hak olarak nitelendirilmektedir¹⁶¹. Böylece, opsiyon sözleşmesi, opsiyon süresi içerisinde bağlayıcı niteliğe sahip bir anlaşma olarak karşımıza çıkmaktadır.

D) MÜZAKERELERİN YAPILMASI

Sözleşme müzakeresi sırasında taraflar, sözleşmenin temelinde oluşan bazı değişikliklere karşı yeniden müzakere anlaşması yapabilirler. Bu

¹⁵⁸ Doğan, G., s.90.

¹⁵⁹ Doğan, G., s.91.

¹⁶⁰ Kırca, İ.: Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000, s.36; Ayrancı, s.96; Doğan, G., s.92.

¹⁶¹ Özsunay, E.: Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 1986, s.76.

anlaşma ile müzakereci taraflar, önceden mutabık kaldıkları hükümlerin, değişen koşullara uygun olarak yeniden müzakere edilmesi imkanı sağlayabilirler. Ancak bu anlaşmada özellikle işlem temelini değiştiren durumların somut ve ayrıntılı olarak belirtilmesi tarafların menfaatine olacaktır. Bu değişime ilişkin anlaşma sayesinde, müzakereci taraflar sözleşmenin belirli kısımlarını yeniden müzakere etmeyi talep imkanına sahip olacaklardır¹⁶².

Uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerine, müzakereci olarak katılacak kişiler, müzakere öncesinde sözleşmenin karşı tarafına bildirilmelidir. Müzakerelere, sözleşme taraflarının yetkilileri dışında müzakerelere yardımcı olacak, avukat, tercüman gibi kişilerin de katılması mümkündür. Müzakerelerde, müzakere yardımcılarının rolleri müzakereden önce ve açıkça tespit edilmelidir¹⁶³. Uygulama da genellikle müzakerelere yardımcı olan tercümanın dil becerisi dışında sözleşme konusunda teknik bilgiye de sahip olması aranmaktadır. Bu nedenle, tercümanların çoğunlukla tarafların şirketleri içerisinde çalışanlardan seçilmesi mutattır¹⁶⁴. Ayrıca tercümanlar, müzakerelerde kullanılmak üzere yazılı materyalin çevrilmesi konusunda da müzakerelere yardımcı olmakla yükümlüdürler¹⁶⁵.

Sözleşme müzakereleri için toplantı tutanaklarının tutulması önemli bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplantı tutanakları, sadece bilgilendirme amacı yanında, tarafların hazırlayacağı sözleşme maddeleri hususunda kaynak da teşkil edebilir. Toplantı tutanakları, hukuki olarak bilgilendirme amacı dışında herhangi bir bağlayıcılık özelliğine sahip olmayan belgelerdir. Uygulamada genellikle, bu bilgilendirme belgeleri üzerine, “bağlayıcı değildir” (no binding clause) klozu da eklenmektedir. Toplantı tutanakları, ayrıntılı olarak tutulmalı ve bu ayrıntılar müzakereciler tarafından

¹⁶² Doğan, G., s.113.

¹⁶³ Curry, s.34.

¹⁶⁴ İğeme, s.42; Curry, s.89.

¹⁶⁵ Curry, s.91.

net bir şekilde değerlendirilmelidir¹⁶⁶. Toplantı sonunda, tutulan tutanakların mutlaka toplantıya katılanlar tarafından imzalanması da gereklidir.

III. ULUSLARARASI ALANDA YAYGIN OLARAK KULLANILAN TİCARİ SÖZLEŞMELERİN DÜZENLENMESİ

Uluslararası ticari nitelikli sözleşmeler geçerlilik bakımından, kural olarak özel bir şekle tabi değildir¹⁶⁷. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m.2:101 göre, “(2) Sözleşmenin ne yapılması ne de kanıtlanması için yazılı olma zorunluluğu olmadığı gibi, sözleşme herhangi bir şekle de tabi değildir”¹⁶⁸. UNIDROIT İlkeleri m.1.2 uyarınca, “Bu ilkeler sözleşmenin yazılı olarak akdedilmesini ve tespitini zorunlu kılmaz. Sözleşme, tanık dâhil, herhangi bir vasıta ile ispat edilebilir”¹⁶⁹. Viyana Satım Sözleşmesi m. 11 uyarınca, “Satım sözleşmesinin kurulması ve ispatı için yazılı şekil gerekmediği gibi bu sözleşme başka herhangi bir şekle de bağlanmamıştır. Bu sözleşmenin şahit dâhil her türlü delil ile ispatı mümkündür”¹⁷⁰. Belirttiğimiz uluslararası düzenlemeler göstermektedir ki, sözleşmelerde şekil serbestisi, uluslararası ticaret hukukunda da benimsenen bir anlayıştır. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, sözleşmelerin yazılı ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi sözleşme taraflarının menfaatleri gereğidir. Zira, uluslararası ticari nitelikli sözleşmelerin yazılı ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi kanunlar ihtilâfı problemlerini de asgariye indirecektir. Sözleşmelerin yazılı ve ayrıntılı düzenlenmemesi durumunda, sözleşmede eksik düzenlenen hususlar konusunda kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği hukuk sistemlerine başvurulacaktır. İlerde doğması muhtemel uyuşmazlıkların çözümü aşamasında kanunlar ihtilâfının giderilmesi, uzun zaman ve çok yüklü

¹⁶⁶ İgme, s.44.

¹⁶⁷ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.19; Dayınlarlı, K.: İnşaat Sektöründe Mühendislik Müşavirlik Sözleşmesi (Mühendislik), Ankara 1998, s.12.

¹⁶⁸ Dayınlarlı, Avrupa Sözleşmeler Hukuku, s.19.

¹⁶⁹ Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.217.

¹⁷⁰ Erdem, H.E.: Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı (Uygulama Alanı), İzmir Barosu Dergisi, 1989, S.1 , s.126.

masraflara mal olacaktır. Bu durumun, tarafların menfaatlerine ters düşeceği de açıkça ortadadır¹⁷¹.

Uluslararası ticari sözleşmeler, çoğunlukla müzakere aşaması sırasında sözleşme taslağı olarak taraflarca teati edilen metinlerin, müzakere aşaması sonrasında sözleşme metni haline gelmesi ile oluşmaktadır¹⁷². Sözleşmenin müzakere aşamasında taraflarca belirlenen şartlar çoğunlukla sözleşmenin konusu olan edimleri içeren şartlardır¹⁷³. Bunların dışında, genel şartların düzenlenmesi konusunda bazı şekillerin bulunduğunu söylemek mümkündür.

Bu düzenleme şekillerinden birisi, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini ve sözleşmenin genel hükümlerini ayrıntılı olarak yaptıkları müzakereler ile düzenlenmeleridir. Bu durumda taraflar, sözleşmenin bütün şartlarını uzun bir müzakere aşaması çerçevesinde ayrıntılı olarak düzenleyeceklerdir¹⁷⁴. Sözleşmenin bütün şartlarının ayrıntılı olarak taraflarca düzenlenmesi için bir uzun müzakere aşaması gerekmektedir. Uluslararası ticaretin hızlı işleyişi karşısında, uzun müzakereler büyük kayıplara neden olmaktadır. Bundan dolayı, sözleşme müzakerelerinin sadece sözleşmenin konusu kapsamında kalması ve sözleşmenin genel hükümlerinin uluslararası bazı düzenlemelere yapılacak atıflar veya uluslararası düzenlemelerin¹⁷⁵ sözleşme metnine alınması şeklinde düzenlemelerle zaman kaybının önlenmesi sağlanabilir¹⁷⁶. Böylece, uluslararası ticari sözleşme için yapılan

¹⁷¹ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.18.

¹⁷² Berg, A.G.J.: Drafting Commercial Agreements, London 1991, s.23.

¹⁷³ Mousseron, J.M.: Technique Contractuelle, Paris 2005, s. 147-239: “Eser – mal – hizmet, değer – fiyat, ülke, süreç vb.”.

¹⁷⁴ Dayınlarlı, K.: İnşaat Sektöründe Mühendislik Müşavirlik Sözleşmesi, (Mühendislik Sözleşmeleri), Ankara 1998, s.14; Berg, s.25.

¹⁷⁵ Dayınlarlı, Mühendislik Sözleşmeleri, s.14: “Müşavir mühendislik sözleşmelerine ilişkin, İsviçre’de Mimar ve Mühendisler Odası’nın yaptığı düzenleme, Fransa’da Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu’nun şartları(FIDIC), Fransa’da Etüt ve Müşavirlik Şirketlerinin yaptığı düzenleme(SYNTEC)”

¹⁷⁶ Ekşi, N.: Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation” (Incorporation), Aysel Çelikel’e Armağan, MHB, 2000, 19-20, S. 1-2, s.263; Dayınlarlı, Mühendislik Sözleşmeleri, s.14.

müzakerelerde sözleşmenin genel şartları üzerinde görüşmeler daha kısa sürecektir¹⁷⁷.

A) TİP SÖZLEŞMELER KULLANILARAK SÖZLEŞMELERİN DÜZENLENMESİ

Uluslararası ticari sözleşmelerin düzenlenmesinin bir diğer şekli de, müzakereler yapılmadan bir bağımsız kuruluşun önceden hazırlamış olduğu tip sözleşmelerin kullanılmasıdır. Uluslararası ticaretin yaygınlaşması ve hızlı yapısı gereği sürekli tekrarlanan birden çok tekil sözleşmenin düzenlenmesi yerine belirleyici özelliklere göre hazırlanmış tip sözleşmelerin kullanılması, tarafların karşılıklı pazarlıklarına ve uzun müzakerelere gerek kalmadan sözleşmelerin düzenlenmesini sağlamaktadır¹⁷⁸.

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmeler tip sözleşme şeklinde hazırlanabileceği gibi; bu sözleşmelere, bazı uluslararası düzenlemeler, eski kanun maddeleri, genel işlem şartları sözleşme içerisine dâhil edilebilir. Herhangi bir belgenin, diğer bir belgenin eki veya parçası haline getirilmesine, *incorporation* adı verilmektedir. *Incorporation*, bazı belgelerin ve/veya kuralların sözleşmenin bir hükmü veya bir parçası haline getirilmesi anlamı taşımaktadır¹⁷⁹.

Hukuk seçimi ile *incorporation* birbirinden farklıdır. Hukuk seçimi, sözleşmenin emredici kurallar da dâhil olmak üzere bir bütün olarak belirli bir hukuk düzenine tabi tutulmasıdır. Hukuk seçiminde, seçilen hukuk kural olarak sözleşmeye bir bütün olarak uygulanır. *Incorporation*'da ise sadece sözleşmeye dâhil edilen yabancı hukuk kuralları uygulama kabiliyeti bulur. Hukuk seçiminde, seçimin yapıldığı andaki hukuk kuralları sonradan değişse de, seçilen hukuk uyumsuzlığa değişen hali ile uygulanacaktır. Ancak,

¹⁷⁷Fox, W.F.: International Commercial Agreements, 2. Baskı, Washington 1998, s. 136.

¹⁷⁸Erdem, E.H.: “Dış Ticarete Uyuşmazlıkların Azaltılması Açısından Tip Sözleşmeler Bir Çare Olabilir mi?”, (Tip Sözleşmeler), İGEME’den Bakış Dergisi, 2003, 7, S.24, s.58; Dayınlarlı, Mühendislik Sözleşmeleri, s.15; Berg, s.26.

¹⁷⁹Tekinalp, G.: “Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation”, (Incorporation), MHB, 1999, S.1-2, 19-20, s.264.

incorporation'da sözleşmeye dâhil edilen kurallar sonradan değişse bile, değişen bu kurallar uyumsuzlığa uygulanmayacaktır¹⁸⁰.

Incorporation, belirli hukuk kurallarının sözleşme metnine kelime kelimesine dâhil edilmesi şeklinde düzenlenebileceği gibi, sözleşmede bu kurallarını ilgili madde numaraları atıf yapılarak *incorporation* yapılabilir.

Belirli kanun maddeleri, uluslararası sözleşme maddeleri, genel nitelikli yeknesak kurallar, standart sözleşmeler, ticaret hayatına özgü genel uygulamalar, sözleşmeye dâhil edilebilir. Özellikle, uygulamada uluslararası kuruluşların hazırladıkları model kanunlar, broşürler, standart sözleşmeler ve genel işlem şartları, sözleşmelere dâhil edilmektedir. Sözleşmeye dâhil edilen bu metinler, sözleşmenin bir hükmü haline gelmektedirler. Ayrıca bu metinler, sözleşmeye uygulanacak ilgili hukukun emredici kurallarına aykırı iseler geçersiz olacaklardır¹⁸¹. Sözleşmeye dâhil edilen metinlerin geçerliliğinin yanı sıra yorumu da esasa uygulanacak hukuka tabidir¹⁸².

Usulüne uygun olarak onaylanmamış uluslararası anlaşmalar, bağlayıcılık kazanmamış metinlerdir. Bu sebeplerle, milli mahkemeler bu anlaşmayı hukuki dayanak yaparak uyumsuzluğu çözmezler. Ancak, sözleşmenin tarafları uluslararası anlaşmaya sözleşmede atıf yapmış olabilirler. Bu şekildeki yapılan atıflar, uluslararası anlaşmayı sözleşme hükmü haline getirir¹⁸³.

B) SÖZLEŞMENİN TARAFLARCA DÜZENLENMESİ

Uluslararası nitelikli sözleşmenin ayrıntılı düzenlenmesi ilerde doğması muhtemel uyumsuzlukların önlenmesinde önemli bir adımdır. Sözleşme tarafları için ileride doğması muhtemel uyumsuzluklar, o sözleşme ile tarafların amaçladıkları ticari kazanım için büyük bir risk oluşturacaktır.

¹⁸⁰Tekinalp, Incorporation, s.267.

¹⁸¹Ekşi,N.: Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, (Tahkim), İstanbul 2004, s.53.

¹⁸² Tekinalp, Incorporation, s.282.

¹⁸³Tekinalp, Incorporation, s.286.

İlerde doğması muhtemel bu risklere karşı sözleşmenin düzenlenmesi aşamasında alınacak tedbirler, ihtilâfın etkin ve kolay çözümüne hizmet etmelidir¹⁸⁴. Ancak, sözleşme ne şekilde hazırlanırsa hazırlansın ilerde uyuşmazlıkların çıkması tamamen önlenemez. Sözleşmenin hazırlanması aşamasında sözleşmeden doğması muhtemel uyuşmazlığın en aza indirgenmesi amaçlanmaktadır¹⁸⁵. Bu bakımdan, uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerin maddelerinin hazırlanması hassas bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Tezimizin bu aşamasında uluslararası ticari sözleşmelerin bazı hükümlerinin düzenlenmesine değinilecektir. Aşağıda, sözleşmenin başlangıç hükümleri, sözleşmenin konusuna ilişkin hükümler, sözleşmenin genel hükümleri, sözleşmenin sona erme halleri, sözleşmede uyuşmazlığın çözümü hükümlerine değinilecektir¹⁸⁶.

1. Sözleşmenin Başlangıç Hükümleri

a) Sözleşmenin Tarafları

Sözleşmeler, taraflarının hak ve borçlarını düzenleyen metinlerdir. Sözleşmelerin, taraflarının hak ve borçlarına kaynaklık edebilmesi için ait olduğu hukuk sistemine göre geçerli ve tarafları bağlayıcı bir nitelikte olması gerekir. Bu aşamada, sözleşmenin tarafları sözleşme yapabilme ehliyetine sahip olmalıdır¹⁸⁷. Uluslararası ticaret hukuku uygulamasında, genellikle taraflar sözleşme müzakerelerinin başında karşı tarafın sözleşme ehliyetinin bulunup bulunmadığını incelemekle yükümlüdür.

Türk hukukuna göre, uluslararası nitelikli sözleşmelerde gerçek kişilerin sözleşme yapabilme ehliyeti MÖHUK m. 9/1, “*Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir*” hükmü gereğince, ilgili şahsın vatandaşlığında bulunduğu ülke hukukuna tabi kılınmıştır. Milli hukuklarına göre ehliyetsiz

¹⁸⁴ Shippey, K.C.: “International Contracts”, San Francisco 2009, s.43; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.9; Şanlı/Ekşi, s.5.

¹⁸⁵ Shippey, s.113; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.10.

¹⁸⁶ Mousseron, s.15.

¹⁸⁷ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.10.

ancak Türk hukukuna göre ehil olan yabancı gerçek kişiler işlem güvenliğinin temini amacıyla, MÖHUK m. 9/2 uyarınca, Türkiye’de yaptıkları işlemlerle bağlı olacaklardır¹⁸⁸.

Türk hukukuna göre, tüzel kişilerin sözleşme yapma ehliyetleri, MÖHUK m. 9/4, “*Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir*” hükmü gereğince, tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak, tüzel kişinin fiili (gerçek) idare merkezi Türkiye’de ise, Türk hukuku uygulanabilir¹⁸⁹.

Ticari şirketlerin idare merkezi, şirketin hukuki ve iktisadi faaliyetlerinin merkezini ifade etmektedir. Şirketin bütün çalışmalarının idare edildiği yer, yani şirket organlarının idare edildiği yer, şirketin idare merkezidir. İdare merkezi, istikrarlı bir şekilde süreklilik gösterdiği için, işletme merkezinden de üstün tutulmuştur¹⁹⁰.

Ticari şirketlerin idare merkezleri, şirketin statülerinde belirtilen yerdir. Ancak, sadece statülerinde yazılı yeri dikkate almak yanlış sonuçlar doğurabilir. Statüdeki idare merkezi ile şirketin gerçek idare merkezinin örtüşmediği durumlarda hemen her hukuk sisteminde gerçek idare merkezi dikkate alınmaktadır¹⁹¹. Türk hukukunda da, MÖHUK m.9/4 uyarınca, gerçek idare merkezi ancak, gerçek idare merkezinin Türkiye’de bulunması durumunda dikkate alınmaktadır¹⁹².

Ticari şirketlerin gerçek idare merkezlerinin bazı hallerde tespiti kolay olmamaktadır. Şirketin organları bazen farklı ülkelerde bulunabilmektedir. Bu halde, şirketin gerçek idare merkezinin tespitinde hangi

¹⁸⁸ Nomer, DÖH, s.220; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.11.

¹⁸⁹ Nomer, DÖH, s.229.

¹⁹⁰ Arat,T.: Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Ankara 1970, s.81; Nomer,DÖH,s.229; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.11.

¹⁹¹ Arat, s.82.

¹⁹² Nomer, DÖH,s.229.

organı dikkate almak gerekecektir? Bir görüş, şirketin en yetkili organı olarak genel kurulu görmekte ve genel kurulun bulunduğu yeri gerçek idare merkezi olarak kabul etmektedir. Diğer bir görüş ise şirketin yönetim kurulunun bulunduğu yeri gerçek idare merkezi olarak görmektir. Katıldığımız bir başka görüş ise bu konuda kesin bir kural koymamak gerektiğini, her somut olayda fiili durumu inceleyerek ona göre bir karar verilmesini ve takdirin hâkime ait olduğunu belirtmiştir¹⁹³.

Sözleşmelerin müzakere aşamasında tarafların, muhataplarının temsil ve ilzam yetkilerinin bulunup bulunmadığını konusunda muhataplarının tabi olduğu hukuk sistemine göre değerlendirme yapması gerekmektedir. Temsil ve ilzama yetkili olmayan muhatap ile yapılan sözleşmelerden doğan muhtemel ihtilâflar, büyük zararlara yol açacaktır¹⁹⁴. Uluslararası ticaret uygulamasında bunu önlemek için sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaya varılır varılmaz, taraflar arasında taraf şirketleri temsil ve ilzama yetkili şahısların imzalarını içeren bir “teyit mektubu” teati edilmektedir¹⁹⁵.

Sözleşmenin bir tarafının, muhatabının yetkisi hususunda kuşkusu varsa, bunu gidermek için Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri bir teyit mekanizması öngörmüştür. İlkelerin 3:208 maddesi hükmüne göre, “*Temsil edilenin beyanları veya tutumu üçüncü kişiye temsilcinin yaptığı işin yetkili bir temsilci tarafından yapıldığı inancını veriyorsa fakat üçüncü kişinin yetkilendirmesi hususunda kuşkusu varsa, temsil edilene yazılı bir teyit gönderebilir veya onun onayını isteyebilir. Temsil edilen kişi itiraz etmezse veya gecikmeksizin cevap vermezse, temsilcinin yaptığı işleme icazet verilmiş olarak kabul edilir*”¹⁹⁶. Bu hükme göre, taraflara muhatabının yetkisini teyit etme imkanı sağlanmıştır.

Sözleşmenin tarafları arasında düzenlenen sözleşme türüne göre tarafların sözleşmede belirtilen isimleri değişmektedir. Örneğin, satım

¹⁹³ Görüşler için bkz. Arat, s.83.

¹⁹⁴ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.14; Doğu, s.37.

¹⁹⁵ Doğu, s.38; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.14.

¹⁹⁶ Dayınlarlı, Avrupa Sözleşmeler Hukuku, s.53.

sözleşmesinde satıcı ve alıcı olarak isimlendirilen taraflar yapım sözleşmesinde iş sahibi ve müteahhit olarak isimlendirilmektedirler. Sözleşmenin düzenlenmesi aşamasında sözleşmenin hak ve borçlarını yükümlenen tarafların isimleri sözleşmenin başlangıç hükümlerinde ayrıntılı olarak yazılmalıdır¹⁹⁷. Özellikle, tüzel kişi tacirlerin ticaret unvanları açık bir şekilde, kısaltma yapılmaksızın ve tâbiyetinde olduğu ülke ticari sicilinde kayıtlı ismi ile sözleşmeye yazılmalıdır¹⁹⁸. Eğer aynı taraflar arasında birden fazla sözleşme yapılmışsa bu sözleşmelerin numaralandırılması faydalı olacaktır¹⁹⁹. Sözleşmenin taraflarından başka, sözleşme görüşmelerini yapan ve sözleşmeyi imzalayan yetkili temsilcilerin adları da sözleşmede açıkça belirtilmelidir²⁰⁰.

Sözleşmenin taraflarının isimlerinin yanı sıra tarafların açık adresleri de sözleşmeye yazılmalıdır. Sözleşme taraflarının birden fazla adresi bulunabileceği gibi adreslerin kolaylıkla değişmesi göz gönüne alındığında tarafların posta adresleri dışında ülkelerinde kayıtlı oldukları resmi sicillerdeki adresleri ve bilfiil kullandıkları adresleri²⁰¹ sözleşme metnine alınmalıdır. Gerçek kişi tacirlerin resmi sicillerde kayıtlı işyeri adresi, bu adresi yoksa ikametgah adresi veya mutad meskenin adresi sözleşmeye yazılmalıdır²⁰². Ayrıca, sözleşme taraflarına ait yetkili temsilcilerin adreslerinin de sözleşmeye yazılması ilerde doğacak muhtemel tebligat problemlerini önleyecektir²⁰³. Tarafların sonradan yapmış oldukları adres değişiklikleri mutlaka, makul bir süre içerisinde muhataba yazılı olarak bildirilmelidir²⁰⁴.

¹⁹⁷ Calleros,C.R.: Legal Method and Writing, 2. Baskı, Canada 1994, s.440; Shippey, s.27; Mousseron,s.108; Berg, s.34.

¹⁹⁸ Calleros, s.28.

¹⁹⁹ Şanlı/Ekşi, s.9.

²⁰⁰ Shippey, s.28.

²⁰¹ Calleros, s.441: “Resmi sicillerdeki adresler, şirketlerin idare merkezlerini tevsik eden adreslerdir”

²⁰² Dayınlarlı, Avrupa Sözleşmeler Hukuku, s.13 : “Madde 1:303 – (3) Bir ihbar muhataba veya onun işyerine veya yazışma adresine, eğer işyeri veya yazışma adresi yoksa mutad meskenine teslim edilince muhataba ulaşmış sayılır”.

²⁰³ Calleros, s.441; Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.219: “(1) Tebligat talep edildiği zaman, hal ve şartlara uygun olan her vasıta ile yapılabilir. (2) Tebligat gönderilene ulaştığı zaman sonuç doğurur. (3) Bir önceki paragrafın amacı bakımından, bir tebligat gönderilene sözlü olarak yapılınca veya onun işyerine veya posta adresine teslim edilince gönderilene ulaşmış olur. (4) Bu maddenin amacı

b) Sözleşmenin Başlangıç Maddesi(*Preamble*)

Sözleşmenin başlangıç maddesi sözleşmenin geçireceği safhaları sırasıyla gösteren, ileride tarafların öne sürebileceği iradeyi güvence altına alan ve irade feshadının ileri sürülmesini önleyen önemli bir maddedir²⁰⁵. Sözleşmenin başlangıç maddesi sözleşmenin amacını belirtmekle beraber sözleşmenin yorumlanmasında gözönüne alınacak maddelerden birisidir. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m.5:102 uyarınca sözleşmenin yorumlanmasında özellikle şu hususlara dikkat edilir: “(a) İlk müzakereler dâhil, sözleşmenin yapıldığı hal ve şartlar; (b)sözleşmenin yapılmasından sonra bile tarafların tutumu; (c) sözleşmenin niteliği ve amacı; (d) tarafların benzer maddelere dair daha önce yaptığı yorum ve kendi aralarında tespit ettikleri uygulamalar; (e) ilgili faaliyet dalında terimlere ve ifadelere müştereken verilen anlam ve daha önceden kabul edilmiş olabilen benzer maddelerin yorumu; (f) gelenekler ve; (g) iyiniyet kuralları”²⁰⁶. Bu hükme göre, sözleşmenin başlangıç maddesi yorumda dikkate alınacak bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

c) Sözleşmenin Tanımlar Maddesi

Düzenlenen sözleşmede kullanılan teknik terimler, her iki taraf için de aynı anlama gelmelidir. Sözleşmenin tarafları için farklı anlamlara gelen terimler, ileride muhtemel yorum uyuşmazlıkları çıkmasına yol açabilir. Bu nedenle, sözleşmenin henüz başlangıç kısmında taraflar sözleşmede kullanılan terimlerin ne anlama geldiğini, liste halinde sözleşme maddesinde düzenlemeli ve sözleşmede terminoloji birliği sağlanmalıdır²⁰⁷. Terminoloji birliği sağlayan sözleşme hükmü ayrıca yorumda esas alınacak hükümler arasında yer almaktadır. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri 5:102

bakımından tebligat deyimi bir beyana, isteme, dava dilekçesine veya diğer bir niyet bildirimine de uygulanır”.

²⁰⁴ Calleros, s.441.

²⁰⁵ Dayınlarlı, Mühendislik Sözleşmeleri, s.12.

²⁰⁶ Dayınlarlı, Avrupa Sözleşmeler Hukuku, s.89; ayrıca benzer bir madde için Bkz. Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s. 231: “*Madde 4.3 – Uygun hal ve şartlar*”

²⁰⁷ Mousseron, s.137; Dayınlarlı, Mühendislik Sözleşmeleri, s.13; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.56.

maddesinde, sözleşmenin yorumlanmasında dikkate alınacak husus olarak (e) fıkrasında, “*ilgili faaliyet dalında terimlere ve ifadelere müştereken verilen anlam*”²⁰⁸ kabul edilmiştir. Benzer bir düzenleme, UNIDROIT İlkelerinin 4.3 maddesinin (e) fıkrasında “*İlgili ticari alanda maddelere ve deyimlere verilen genel anlamı dikkate alınır*” şeklinde düzenlenmiştir²⁰⁹. Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde terminoloji birliği sağlayan bu madde, hassas kaleme alınması gereken ve tarafların terimler üzerinde müşterek anlayışlarını ortaya koyan bir maddedir.

d) Sözleşmede Geçerli Lisanın Düzenlenmesi

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerin düzenlenmesi aşamasında tarafların, teknik terimlerde anlam birliği sağlamalarının yanında, mutlaka sözleşmenin kaleme alındığı lisanda da maddeleri karşılıklı olarak müşterek bir anlamda kullanmaları gerekmektedir. Aksi durum, bir lisan ve yorum ihtilâfı doğuracaktır²¹⁰. Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde lisan ihtilâflarını önlemek için karşımıza ilk çıkan metod sözleşme metninin tarafların aşına oldukları tek bir lisanda kalem alınması ve bu lisanın hâkim lisan olduğu şeklinde bir sözleşme maddesinin düzenlenmesidir. Ancak, tarafların, sözleşmenin kendi lisanlarında düzenlenmesi konusunda ısrarcı olmaları durumlarında, sözleşmenin iki tarafın kendi lisanında hazırlanması fakat bu sözleşmelerden birinin geçerli ve bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi gereklidir. Bu halde, çıkması muhtemel bir uyuşmazlıkta bağlayıcı metin dikkate alınacak diğer metin ise yorum aracı olarak kullanılabilir.

Taraflar, sözleşmenin muhtelif lisanslarda hazırlanmasını isteyebilirler. Tarafların sözleşmeyi muhtelif lisanslarda düzenlemeleri halinde, sözleşmelerden bazıları eşit düzeyde bağlayıcı ve geçerli olarak kabul edilecek; diğer lisanslardaki sözleşmeler ise çıkması muhtemel uyuşmazlıkta yorum aracı olarak kullanılacaktır. Bu son haldeki gibi birden fazla lisandaki

²⁰⁸ Dayınlarlı, Avrupa Sözleşmeler Hukuku, s.89.

²⁰⁹ Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.231.

²¹⁰ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.57.

metnin eşit düzeyde bağlayıcı kabul edilmesi, güç yorum problemleri oluşturabilecektir. Sözleşmelerde bağlayıcı tek lisan kullanılması doğması muhtemel uyuşmazlıkları önlemektedir²¹¹. Ancak sözleşme iki veya daha fazla lisanda kaleme alınmış ancak hâkim lisan belirlenmemişse, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m.5:107 uyarınca, farklı lisanlarda hazırlanan sözleşmelerde anlam farklılıkları varsa, sözleşmenin orijinalinin yazıldığı dile göre yapılan yorum tercih edilecektir²¹². Buna paralel olarak UNIDROIT İlkelerinin 4.7 maddesi uyarınca, aynı şekilde geçerli olan iki veya daha çok dildeki metinler arasında aykırılık halinde ilk kaleme alınan metne dayalı yorum tercih edileceği hükmü getirilmiştir²¹³.

e) Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Düzenlenmesi

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerin tarafları, bu sözleşmeyi emredici kurallar da dâhil olmak üzere bir bütün olarak belirli bir hukuk düzenine tabi tutabilirler²¹⁴. Tarafların sözleşmeyi bir hukuk sistemine tabi kılmaları, sözleşmenin genel çerçevesini ve meşruiyetini belirler²¹⁵. Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilmeleri uluslararası özel hukukta, “*irade muhtariyeti*”nin varlığını göstermektedir²¹⁶. Türk hukukunda MÖHUK m. 24/I uyarınca, “*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir*”. Bu hükme göre, sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit ederken taraf menfaatlerine öncelik verilmiştir²¹⁷. Sözleşmenin tarafları, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak menfaatlerine en uygun hukuku tespit edeceklerdir. Sözleşmeler alanında taraf menfaatine hizmet eden, başka bir deyişle taraflar arasında hukuki güvenlik ve açıklık

²¹¹ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.59; Dayınlarlı, Mühendislik Sözleşmeleri, s.16.

²¹² Dayınlarlı, Avrupa Sözleşmeler Hukuku, s.92.

²¹³ Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.232.

²¹⁴ Doğan, V.: Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, (Akreditif), Ankara 2005, s.140.

²¹⁵ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.41.

²¹⁶ Schönerberger, W.: Devletler Hususi Hukukunda Akit Taraflarca Yetkili Hukukun Seçilmesi, Çev.: Göger, E.: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966, s. 303.

²¹⁷ Doğan, V., Akreditif, s.141: “*Günümüzde milletlerarası unsuru havi sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde, hem milli hukuklarda, hemde yetkili hukukun tespitini konu alan sözleşmelerde, taraf iradelerine göre yetkili hukukun tespitine öncelik verilmiştir*”.

sağlayan en uygun hukuku yine taraflarlar kendileri belirleyeceklerdir²¹⁸. Ayrıca, uluslararası ticari sözleşmelerde sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşmenin taraflarınca önceden öngörülebilir olması tarafların belirlenen hukuka uygun olarak borçlarını ifa etmelerini sağlayacak ve sözleşme ilişkisinde beklenmeyen durumlarla karşılaşma riskini azaltacaktır²¹⁹.

Taraflarca seçilen hukuk, sözleşmede düzenlenmeyen hususlarda sözleşmede oluşan boşlukları dolduracaktır. Bu haliyle hukuk seçimi, taraflar arasında güven ve istikrarı sağlayacak ve ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde esasa uygulanacak kuralları belirleyecektir²²⁰.

Sözleşmenin taraflarınca seçilen hukuk ile sözleşmenin hükümleri arasında bir uyum olmalıdır. Çünkü, sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi sözleşmeyi emredici kuralları dâhil olmak üzere bir hukuk düzenine tabi kılmaktadır. Böylelikle, sözleşme metni ile seçilen hukukun emredici kuralları arasında oluşacak uyumsuzluk durumunda seçilen hukukun emredici kurallarına aykırı sözleşme maddeleri geçersiz olacaktır. Tarafların herhangi bir hukuk sistemini ön görmeden sözleşmeyi kaleme almaları ve hukuk seçimi yapmaları bu sorunun doğmasına neden olmaktadır²²¹. Bu halde, sözleşmenin henüz başlangıç kısmında, sözleşmeye hâkim olacak hukuk taraflarca belirlenmeli ve buna uygun olarak sözleşme hükümleri düzenlenmelidir²²².

Türk hukuku, hukuk seçiminin MÖHUK m. 24/1 uyarınca açık veya örtülü şekilde yapılacağını kabul etmiştir²²³. Bunun dışında taraf iradelerinden

²¹⁸ Nomer, s.306; Tekinalp, Bağlama Kuralları, s.21; Akıncı, Uygulanacak Hukuk, s.5; Doğan, V.,Akreditif, s.141.

²¹⁹ Doğan, V.,Akreditif,s.142.

²²⁰ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.41.

²²¹ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.42; Şanlı/Ekşi, s.29.

²²² Mousseron, s.139; Fox, s.131.

²²³ Nomer/Şanlı, s.309.

bağımsız bir hukuk seçimi türü olarak, farazi taraf iradelerince hukuk seçiminin yapılabileceği doktrinde kabul edilmemektedir²²⁴.

Sözleşmeye uygulanacak hukuku taraflar, asıl sözleşmede veya sözleşmeden bağımsız bir başka sözleşmede veya mahkeme önünde açıkça belirterek yapabilirler²²⁵. Başka bir deyişle taraflar hukuk seçimlerini düzenlenen uluslararası ticari sözleşmeye bir hüküm olarak koyabilirler veya taraflar hukuk seçimlerini bağımsız bir başka sözleşme olarak düzenleyebilirler. Bunların dışında, hukuk seçimi, taraflardan birinin sözleşmeden doğan bir meseleyi belli bir mahkemeye götürmesi ve diğer tarafın buna itiraz etmemesi şeklinde ortaya çıkabilir²²⁶.

Sözleşmenin tarafları, açık iradeleri ile hukuk seçimi yapmaları için, iradeleri açık ve tereddüte yer vermeyecek bir şekilde olmalıdır. Roma Sözleşmesi m.3/l'e göre, yapılan hukuk seçimi açık ve makul kesinlikte anlaşılacak şekilde sözleşmede düzenlenmiş olmalıdır. Yani, tarafların hukuk seçimi şartı üzerinde uzlaştıkları açık bir şekilde anlaşılmalıdır²²⁷.

Türk hukukunda da açık irade beyanı ile hukuk seçimi, MÖHUK m.24/l'de kabul edilmiştir. Uluslararası nitelikli sözleşmenin düzenlenmesinde taraflar yapacakları hukuk seçimi konusunda bilinçli olmalı, ilerde çıkacak muhtemel uyuşmazlıkların seçtikleri hukukla çözülmesi iradesine sahip olmaları gerekmektedir. Ayrıca, taraflar bu iradelerini tereddütlere ve yoruma ihtiyaç bırakmadan açıklamalıdır²²⁸.

Açık irade beyanı ile hukuk seçimi yanında, zımni irade beyanı ile hukuk seçimi yapılabileceği, hem Türk hukukunda, hemde muhtelif bazı

²²⁴ Doğan,V., Akreditif, s.142; Doğan, V., İş Akdi, s.18.

²²⁵ North, P.; Fawcett, J.: Cheshire and North's Private International Law, 3. Baskı, 2004, s.449-450

²²⁶ Schönnenberger, s.307; Doğan,V.,Akreditif,s.142.

²²⁷ Doğan,V.: Avrupa Birliği Bünyesinde Akti Borç ilişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku, (Roma Sözleşmesi), Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s.467; Cheshire/North, s.476.

²²⁸ Nomer/Şanlı, s.309; Fox, s.131.

uluslararası anlaşmalarda kabul edilmektedir²²⁹. Sözleşmenin taraflarının, sözleşme için seçtikleri hukuk açık olarak anlaşılmıyorsa dahi, bir hukuk seçimi yapma iradeleri sözleşmede tespit edilebiliyorsa, hukuk seçimi zımni olarak yapılmış sonucuna varılabilir²³⁰. Zımni irade beyanı ile hukuk seçiminde, sözleşmeye uygulanacak hukuk hakkında tarafların iradeleri vardır. Ancak, tarafların iradesi açık bir şekilde karşımıza çıkmamaktadır. Bir görüşe göre zımni irade beyanı ile hukuk seçiminden, *“tarafların belli bir hukuku akdi ilişkiye uygulamak istedikleri, bu konuda şuurlu oldukları, sadece iradelerini açıkça beyan etmedikleri”* anlaşılmalıdır²³¹.

Zımni iradenin varlığı için, sözleşmede kullanılan deyimlerin ve hukuki müesseselerin belli bir hukuka ait olması, hep aynı hukuktaki örf ve adetlerin esas alınmış olması ve tarafların bu konuda bilinçli olmaları gerekmektedir²³². Zımni irade beyanı ile hukuk seçimi yapıldığının tespiti bakımından, objektif ve subjektif iki şartın bulunması gerekmektedir. Objektif şart, tarafların zımni iradeleri ile yetkili hukuku seçtiklerinin “yeterli güvenlikte” anlaşılmasıdır. Subjektif şart ise, tarafların hukukun uygulanması hususunda iradelerinin bulunması gerekmektedir²³³. Zımni irade beyanı ile hukuk seçiminin varlığı için bazı emarelerin bulunması gerekmektedir. Örneğin, belli bir hukuk sistemi tarafından idare edildiği bilinen standart bir şeklin kullanılması²³⁴, Taraflar arasındaki sözleşmeden doğan ve açıkça hukuk seçimi içeren başka bir sözleşmenin varlığı ya da taraflar arasındaki sözleşmeden doğan ve açıkça hukuk seçimi içeren bir işlemin varlığı, yetki anlaşmasının varlığı, belli bir tahkim yerinin varlığı, belli bir yerde ikamet

²²⁹ Doğan,V., İş Akdi, s.18.

²³⁰ Aybay,R./Dardağan E.: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul 2004, s.230; Nomer/Şanlı, s.309; Doğan V., Akreditif, s.18; Seviğ,s.492;Tekinalp, MÖH, s.284;Tekinalp,G.:”Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu”, (Akdi Borç Statüsü), MHB, 1988, C. 8, S.1, s.60.

²³¹ Tekinalp, Akdi Borç Statüsü, s.60

²³² Tekinalp, MÖH, s.284; Doğan,V.,Akreditif, s.143: *“Zımni iradenin varlığının tespiti bakımından aranan emareler, genellikle objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tespitinde esas alınan, sözleşmenin en sıkı irtibat halinde bulunduğu ülke hukukunun tespiti bakımından aranan emarelerle uyumludur”*.

²³³ Doğan,V., Akreditif,s.143.

²³⁴ Doğan,V.,Roma Sözleşmesi, s.467.

eden hakemlerin seçimi, sözleşmede yer alan yabancı para birimi²³⁵, sözleşmede belirli bir hukuk sisteminin spesifik hükümlerine yapılmış atıfların bulunması, tarafların müşterek ikametgah veya mutad meskene sahip olması, sözleşmeden doğan işlemlerini belli bir hukuk sisteminin hükümlerine göre yapmaları, sözleşmenin ifası için belli bir yerin belirlenmesi, zımni irade beyanı ile hukuk seçimi yapıldığının emareleri olabilir²³⁶. Bu emareler, tek başlarına belli bir ülke hukukunu yetkilendirmek için yeterli olmamakla beraber tamamının veya bir kısmının bir arada bulunması örtülü hukuk seçimini işaret edebilir. Ancak, bu emarelerin birden fazla hukuku işaret etmesi mümkündür. Bu halde de, en güçlü emarenin dikkate alınması gerekir²³⁷.

Türk hukukunda, zımni irade beyanı ile yapılan hukuk seçimi, MÖHUK m. 24/1 hükmüne göre, kabul edilmiştir. Bu hüküm uyarınca, *“Sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir”*²³⁸.

Farazi hukuk seçimi, hukuk seçimi hususunda, varsayımsal bir iradeye dayanmakadır. Bu farazi iradeye göre, sözleşmenin tarafı olarak, akıllı, makul ve dürüst bir kişi olarak, bu sözleşmeye uygulanması için hangi hukuku seçeceklerdi ise, sözleşme o hukuka tabi olacaktır. Bu varsayımsal yaklaşımda, tarafların açık veya zımni iradeleri bulunmamaktadır. Bu yaklaşımda hâkim veya hakem, kendisini sözleşme taraflarının yerine koyarak karar vermektedir²³⁹.

Günümüzde Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukukta, tarafların hukuk seçimi konusunda açık veya zımni iradelerinin bulunmaması durumunda,

²³⁵Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s.30: *“İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, borcun İsviçre Frangı üzerinden İsviçre’de ödeneceğine dair hüküm tek başına örtülü hukuk seçiminin kesin bir kanıtı değildir. Ancak bir satım akdinde tarafların 1893 tarihli İngiliz Sale of Good Act adlı kanuna gönderme yapması, İngiliz hukukunun seçimi anlamına gelebilir”*.

²³⁶Tekinalp, Bağlama Kuralları, s.262; Cheshire/North, s.484; Nomer/Şanlı, s.310; Doğan, V., Akreditif, s.143.

²³⁷ Doğan, V., İş Akdi, s.23.

²³⁸ Nomer/Şanlı, s.309.

²³⁹ Doğan, V., Akreditif, s.146.

objektif bağlama kurallarından hareketle yetkili hukukun tespiti yoluna gidilmektedir.

Uluslararası nitelikli sözleşmelerde hukuk seçiminin açık irade beyanı ile yapılması ilerde doğması muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesini ayrıca ilerde doğan uyuşmazlıkların çözümünde daha az masraf yapılmasını ve muhakemenin kısa sürmesini sağlayacaktır.

Uluslararası nitelikli sözleşmede hukuk seçiminin varlığından söz edebilmek için, taraflar arasında hukuk seçimi konusunda bir anlaşma olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu noktada, hukuk seçimi sözleşmesi asıl sözleşmeden bağımsızdır. Prensip olarak asıl sözleşmeden bağımsız olan hukuk seçimi sözleşmesinin şekli geçerliliği, hukuki işlemlerin şekli geçerliliği hususunda kabul edilen *locus regit actum* veya *lex causae*'ye tabi olacaktır²⁴⁰. Yani, hukuk seçimi sözleşmesinin şekli, yapıldığı yer hukuku veya sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre geçerli olacaktır.

Hukuk seçimi sözleşmesi, *ad hoc* yani bağımsız bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, asıl sözleşmenin bir maddesi olarak da kaleme alınabilir. Ayrıca, hukuk seçimi sözleşmesi, taraflardan birinin meseleyi belli bir mahkemeye taşıması, karşı tarafından buna itiraz etmemesi şeklinde de ortaya çıkabilir²⁴¹. Hukuk seçimi sözleşmesi nasıl hazırlanmış olursa olsun, asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşmedir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması, hukuk seçimi sözleşmesini etkilemeyecektir²⁴².

Hukuk seçiminin maddi geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda bir görüş²⁴³, *lex fori*'nin uygulanmasının mantıklı olduğunu belirtmektedir. Bunun sebebi ise, en azından hâkimin kendi hukukunu uygulama kolaylığıdır.

²⁴⁰ Doğan,V., Akreditif, s.145: “Aynı kural Türk hukukunda da geçerlidir. Dolayısıyla, hukuk seçimi sözleşmesi, yapıldığı yer hukukuna veya esasa uygulanacak hukuka uygun olarak yapılmış ise şekli bakımından geçerli bir sözleşme olarak kabul edilecektir.”

²⁴¹ Schönerberger, s.307.

²⁴² Turhan,T.: “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk), AÜHFD, 1988-1989, C.41, S.1-4, s.124.

²⁴³ Doğan,V., İş Akdi, s.28.

Tekinalp ise, hukuk seçimi sözleşmesinin maddi geçerliliğinin, hukuk seçimi sözleşmesi ile seçilen hukuka tabi olması gerektiğini belirtmektedir²⁴⁴. Ancak, Doğan'a göre²⁴⁵, hukuk seçimi sözleşmesi asıl sözleşme statüsüne göre geçerli değil ise, bu geçersizlikten dolayı ortaya çıkacak boşluğun doldurulmasında *lex fori*'nin objektif kuralları dikkate alınacak ve sözleşmenin esası ile ilgili hüküm objektif bağlama kurallarına göre verilecektir. Bu durum ise, taraf iradelerinin dikkate alınmaması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, Doğan'a göre, hukuk seçimi sözleşmesi asıl sözleşme statüsüne veya tarafların sahip oldukları müşterek bir hukuk bulunduğu takdirde bu hukuka göre geçerli ise, hukuk seçimi sözleşmesinin maddi olarak geçerli olduğu kabul edilmelidir²⁴⁶.

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde taraflara serbestçe, kendi menfaatlerine uygun ülke hukukunu seçebilme serbestisine, Türk hukukunda herhangi bir sınırlama getirilmemektedir (MÖHUK m.24/I). Bir başka ifade ile taraflar sözleşmelerinde, kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyacağını düşündükleri hukuku, uygulanacak hukuk olarak seçebilirler²⁴⁷. Ancak, uluslararası ticaretin yaygınlaşması ve kendine özgü milli olmayan kaynakları ortaya çıktıktan sonra, tacirler sözleşmelerinde bazı pratik gerekçelerle milli hukuk sistemlerinden kaçınmaya başlamışlardır. Örneğin, iki devlet arasında yapılan bir uluslararası nitelikli sözleşmede yapılan herhangi bir ülke hukukunun seçimi devletlerin prestijleri açısından uygun olmayabilir. Bu gibi durumlarda milli hukuk sistemlerinin dışına çıkmak uygun bir çözüm olarak karşımıza çıkabilir²⁴⁸. Hukuk seçimi konusunda sözleşmenin taraflarına tanınan irade muhtariyeti, ülke hukukları dışındaki hukukları da kapsamakta mıdır? Milli olmayan hukuktan ne anlamak gerekir? Bu sorunun cevabını vermeden önce, milli karaktere sahip hukuk sistemlerinin hukuk seçimine konu olması işlenecektir.

²⁴⁴ Tekinalp, MÖH, s. 259.

²⁴⁵ Doğan, V., İş Akdi, s.29.

²⁴⁶ Doğan, V., İş Akdi, s.30.

²⁴⁷ Doğan, V., İş Akdi, s.35.

²⁴⁸ Doğan, V., Akreditif, s.150.

Sözleşmenin tarafları, hukuk seçimi zamanında yürürlükte olan bir hukuku, uygulanacak hukuk olarak belirleyebilirler. Tiryakioğlu'na göre, taraflar yürürlükte olmayan bir hukuku, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçemezler²⁴⁹. Hukuk seçimi sırasında, yürürlükte olan bir hukuk, sonradan yürürlükten kalkarsa, Çilingiroğlu'na göre, iki ihtimal ortaya çıkacaktır. Bir defa eğer taraflar sözleşmeye uygulanacak hukukun ilgili kanun maddelerini teker teker yazmışlarsa veya ilgili kanun maddelerinin numaraları ile belirtmişlerse, bu durumda ortada *incorporation* durumu mevcuttur. Sözleşmeye alınan bu ilgili maddeler artık sözleşme hükmü haline gelmiştir ve seçilen hukuk değişse bile bu kurallar değişmeyecektir. Eğer sözleşmede yapılan hukuk seçimi, o ülke hukukunu gösteriyorsa, değişen hukuk kuralları ile sözleşme bağlıdır. Ancak, bu değişiklik eski kanun ile taban tabana zıt hükümler içeriyorsa, taraflara eski kanun ile yeni kanun arasında bir seçim hakkı tanımak gerekmektedir²⁵⁰.

Sözleşmenin taraflarınca, hukuk seçimi olarak ilgili devletlerce onaylanmış ve iç hukuk haline getirilmiş uluslararası sözleşmeler de hukuk seçimi sözleşmesine konu olabilir.

Uluslararası ticaret hukukunun kendine öz kaynaklarının olduğu, bunların uluslararası anlaşmalar, uluslararası kuruluşların çıkardıkları model kanunlar ve birörnek kurallar, hukukun genel prensipleri, uluslararası teammüller ve örf ve adet hukuku, uluslararası kuruluşların çıkardıkları standart sözleşme metinleri olarak sayılabilir²⁵¹. Saydığımız bu kurallar topluluğunun tamamı, *lex mercatoria* olarak kabul edilmektedir²⁵². Başka bir ifade ile *lex mercatoria*, uluslararası ekonomik ilişkiye girmiş taraflarca yaratılan ve hukuk sistemlerinden bağımsız olarak varlığını sürdüren bir

²⁴⁹Tiryakioğlu, Taşınır Mallar,s.24; aynı yönde görüş için Bkz. Çilingiroğlu, C.: “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”,1989, MHB, C.2, S.3, s.108.

²⁵⁰ Çilingiroğlu, s.109.

²⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarı, Milletlerarası Ticaret Hukukunun Kaynakları.

²⁵² Oğuz, Lex Mercatoria, s.214: “ *Lex mercatoria*, milletlerarası ticaretin kendine özgü ve bağımsız hukuk düzenini ifade eder”.

hukuk sistemidir²⁵³. Sözleşmenin tarafları hukuk seçimi olarak, hakkaniyeti de seçebilirler. Bu da milli olmayan karakterli bir hukuk seçimi olacaktır.

Milli olmayan karakterli hukuk seçiminin, devlet mahkemelerinde ve hakem mahkemelerinde uygulanması ayrı ayrı incelenmelidir. Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerin tarafları, hukuk seçimi olarak herhangi bir milli hukuk düzeni ile bağlantı kurmaksızın, milli olmayan karakterli hukuk sistemi veya prensiplerini örneğin *lex mercatoria*'yı seçmiş olabilirler. Taraflarca yapılan bu hukuk seçimi, ilerde doğması muhtemel uyuşmazlığın çözümü için kabul edilecek midir? Bu sorunun cevabı *lex mercatoria*'nın niteliği konusunda bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. *lex mercatoria*, bir hukuk sistemi olarak nitelendirilebilir mi? Bir görüşe, *lex mercatoria*, herhangi bir uluslararası otorite tarafından oluşturulmamış bir kurallar bütünüdür. Bu haliyle hukuk sistemi olarak kabul edilemez²⁵⁴. Diğer bir görüş ise, *lex mercatoria*'nın bağlayıcılığını devlet otoritesinden almadığını, onun bağlayıcılığını iş çevreleri aldığını, bu nedenle onun bir hukuk sistemi olduğunu kabul etmek gerektiğini savunmaktadır²⁵⁵. Bu nedenle, tacirlerin *lex mercatoria*'yı hukuk seçimine konu etmeleri mümkün olmalıdır.

Taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak, milli olmayan bir hukuku seçmişlerse, bu seçim, milli mahkemelerde görüşülecek davalarda uygulama kabiliyeti bulabilecek midir? Hukuk seçimi olarak yapılan, *Lex Mercatoria* seçimi, milli mahkemelerde uygulama kabiliyeti bulamayacaktır. Çünkü milli mahkemeler, uluslararası nitelikli sözleşmelerde ihtilâfın maddi çözümü bakımından hangi ülkenin hukukunun uygulanacağı problemi ile ilgilenir²⁵⁶. Milli mahkemeler, *lex mercatoria*'yı kararlarında hukuki dayanak olarak gösteremezler. Ancak, yapılmış olan *lex mercatoria* seçimi, objektif

²⁵³ Fox, s.131.

²⁵⁴ Lando, *Lex Mercatoria*, s.752.

²⁵⁵ Lando, *Lex Mercatoria*, s.752.

²⁵⁶ Şanlı, *Tahkime Uygulanacak Hukuk*, s.143.

bağlama kurallarına göre sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici kuralları çerçevesinde sözleşme hükmü olarak değerlendirilebilir²⁵⁷.

Taraflarca, hukuk seçimi olarak, milli olmayan hukuk seçilmişse ve uyuşmazlığın çözümünde hakem heyetleri yetkili kılınmış ise, *lex mercatoria*'nın niteliği yeniden gündeme gelecektir. *lex mercatoria*, hukuk düzeni olarak kabul edilmediği sürece, mahkeme veya hakem kararına hukuki dayanak olamayacaktır. Ancak, hakem mahkemeleri, milli mahkemelerin aksine, hakkaniyete göre karar verme yetkisine sahiptirler²⁵⁸. Bu nedenle, hakem mahkemeleri, hakkaniyet kapsamında *lex mercatoria*'yı uygulayabilirler²⁵⁹.

Taraflarca yapılan hukuk seçimi, sözleşmenin bazı kısımlarına bir ülke hukuku, bazı kısımlarına ise bir başka ülke hukukunun uygulanması şeklinde yapılabilir mi? Türk hukukuna göre, taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanabileceğini kararlaştırabilirler (MÖHUK m.24/2)²⁶⁰. Ancak, bunun tek sınırı, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinde karışıklık yaratacak bir durumun ortaya çıkmamasıdır²⁶¹.

Türk hukukuna göre taraflar, hukuk seçimini her zaman yapabilir veya değiştirebilir. (MÖHUK m.24/3, c.1)²⁶². Böylelikle, taraflar sözleşmenin düzenlenmesi aşamasında hukuk seçimi yapabilecekleri gibi, muhakeme aşamasında da hukuk seçimi yapabileceklerdir. Ancak, sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, aksi kararlaştırılmamışsa, geriye etkili

²⁵⁷ Doğan,V., Akreditif,s.158.

²⁵⁸ Dayınlarlı, K.: Uncitral Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim,(Uncitral Kuralları), Ankara 2000, s.60: "Uncitral Tahkim Kuralları m.33 uyarınca, ihtilafın esasına uygulanacak hukuk üzerinde dururken tahkim mahkemesinin sözleşmede yazılı olan hukuka göre karar vermesini hükme bağlamıştır. Ayrıca, tahkim mahkemesi örf ve adet kurallarını da dikkate alacaktır. Diğer yandan taraflar tahkim mahkemesine yetki verdikleri ve uygulanacak hukuk buna izin verdiği takdirde tahkim mahkemesi, uzlaştırıcı hakem veya hak ve nesafet kurallarına göre de karar verebilir".

²⁵⁹ Şanlı, Tahkime Uygulanacak Hukuk, s.144.

²⁶⁰ Nomer, s.312.

²⁶¹ Doğan,V., Akreditif,s.164.

²⁶² Nomer, s.312.

olarak geçerli olur. Ancak, üçüncü şahısların hakları saklıdır (MÖHUK m. 24/3,c.2)²⁶³

Sonuç olarak uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde hukuk seçimi konusunda şunlara dikkat edilmelidir: Hukuk seçimi açık olarak yoruma ve tereddüte imkan vermeyecek şekilde düzenlenmelidir. Hukuk seçimi yapılırken, hukuk seçimi yapılan ülke federe devletlerden oluşuyorsa, hangi federe devletin hukukuna atıf yapıldığı açıkça belirtilmelidir²⁶⁴.

Hukuk seçimi yapılırken, kısmi hukuk seçiminden zorunlu olmadıkça yararlanılmamalıdır. Ancak, örneğin, akreditif gibi birden fazla sözleşmeden oluşan hukuki ilişkilerde, her bir ilişki için ayrı ülke hukukunun uygulanması konusunda kısmi hukuk seçimi yoluna gidilmesi yararlı olur²⁶⁵.

Hukuk seçimi yapılırken, seçilen hukuk ile mutlaka uyumsuzluk halinde başvurulacak yargı mercii arasında uyum sağlanmalıdır. Aksi takdirde, uygulanacak hukuk olarak *Lex Mercatoria* tercihi yanında, uyumsuzluk halinde başvurulacak yargı mercii milli bir mahkeme tercih edilirse, mahkeme milli olmayan *Lex Mercatoria* kararında uygulamayacak, uygulanacak hukuk olarak objektif bağlama kurallarına başvuracaktır. Bu durum, taraf menfaatlerine aykırı sonuçlar ortaya çıkaracaktır.

Hukuk seçimi olarak milli olmayan karakterli bir hukuk seçimi yapılıyorsa, sözleşmede tahkim mahkemesine gidilmesi, milli olmayan hukukun uygulanması bakımından taraf menfaatlerine uygun düşecektir.

Sözleşmede milli bir yargı uyumsuzluğu çözmeye yetkili kılınmış ise mutlaka hukuk seçiminde yürürlükte olan bir ülke hukuku seçilmeli veya bir uluslararası anlaşma seçilecekse mutlaka yargı yetkisine sahip devletin o uluslararası anlaşmayı usulüne göre onaylamış ve iç hukuku haline getirmiş olması dikkate alınmalıdır.

²⁶³ Nomer, s.312.

²⁶⁴ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.49.

²⁶⁵ Doğan,V., Akreditif ,s.164; Şanlı/Ekşi, s.34.

Sözleşmeye, uluslararası kuruluşların hazırladıkları model kanunlar, yeknesak kurallar, standart sözleşmeler, genel işlem şartları sözleşmeye dâhil edilecekse (incorporate), mutlaka sözleşmeye dâhil edilen metinlerin, sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırılık taşımamasına dikkat edilmelidir. Sözleşmeye dâhil edilen bu metinler, uygulanacak hukuk seçimi ile birlikte yapılmalıdır.

2. Sözleşmenin Konusu ve Kapsamına İlişkin Hükümler

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmeler, türüne göre farklı konuları içerirler. Bu farklılıklar tarafların hak ve borçlarını da değiştirir. Sözleşmenin konusu, sözleşmenin taraflarınca müzakere edilen ve bunun sonucu olarak sözleşmenin özünü oluşturan bölümdür. Başka bir ifadeyle, bu bölüm taraflar arasında müzakere edilen, sözleşmenin objektif ve subjektif bakımdan esaslı unsurunu oluşturmaktadır. Milli hukuka göre, sözleşmenin, mana ve niteliğinden anlaşılan zorunlu noktalarına, objektif esaslı unsurlar denir²⁶⁶. Örneğin, satım sözleşmesinde, satılan şey ve semen, satım sözleşmesinin asgari içeriğini oluşturur. Sözleşmenin, objektif esaslı noktaları dışında kalan noktaları, objektif yönden ikinci derecedeki yan noktalardır. Bu ikinci derecedeki noktalar üzerinde tarafların anlaşması durumunda, subjektif noktaları esaslı unsur haline geleceklerdir²⁶⁷. Örneğin, satım sözleşmelerinde, satılan şeyin teslim şekli sözleşmenin subjektif esaslı noktasıdır. Tarafların, sözleşmenin objektif ve subjektif yönden bütün esaslı noktalarında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yoksa, sözleşme kurulmuş sayılmayacaktır²⁶⁸.

Sözleşmenin esaslı noktaları dışında, ikinci derecedeki yan noktalar da sözleşmenin konusu dâhilinde değerlendirilmelidir²⁶⁹. Sözleşmenin esaslı olmayan noktalarındaki eksiklik, sözleşmeye uygulanacak hukukta var olan, tamamlayıcı (düzenleyici) hukuk kuralları ile doldurulabilmektedir.

²⁶⁶ Eren,s.217;Oğuzman/Öz,s.66.

²⁶⁷ Eren,s.217;Oğuzman/Öz,s.66.

²⁶⁸ Oğuzman/Öz,s.67; Eren,s.217.

²⁶⁹ Oğuzman/Öz,s.67.

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerin esaslı noktaları ile yan noktaları büyük bir özenle düzenlenmelidir. Sözleşmenin esaslı noktalarda tarafların iradeleri dışındaki bir düzenleme sözleşmenin kurulmamasına, yan noktalarda yapılan eksiklikler ise tarafların iradelerine göre değil, uygulanacak hukuka göre doldurulacaktır.

a) Sözleşmenin Konusu

Sözleşmelerin türünü içerdikleri asli edim yükümleri belirler. Asli edim yükümü, sözleşmenin taraflara yüklediği temel edimlerin ifadesidir. Örneğin, hizmet sözleşmesinde işçinin hizmeti, işverenin hizmet karşılığı verdiği ücret, sözleşmenin asli edim yükümünü ifade eder²⁷⁰. Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde, tarafların sözleşme ile amaçladıkları temel edimleri, sözleşmenin asli edim yükümünü oluşturmaktadır. Sözleşmede asli edim yükümleri açık ve ayrıntılı şekilde düzenlenmelidir.

Uluslararası nitelikli satım sözleşmelerinde, tarafların asli edim yükümü olan satılan mal ve semen hususunda, satılan malın tanımı ve miktarı tarafların anlaşmasına uygun olarak dikkatlice düzenlenmeli; semen hususunda ise, malların mukabilindeki fiyat açıkça belirlenmelidir²⁷¹. Eğer mallar ile ilgili tanım eksikse veya belirli değilse, malların tanımlanamaması nedeniyle sözleşmenin ifası zorlaşacaktır. Uluslararası ticari satım sözleşmesi uygulamasında genellikle, mallar model numaralarıyla tarif edilmekte, planlarla ve çizimlerle gösterilmekte veya diğer talimatlarla tanımlanmaktadır²⁷². Ayrıca satılan malların miktarı ayrıntılı açıklanmalı, metreküp veya ton üzerinden yapılan satışlarda satış anından, ifa anına kadar olan tolerans farkının²⁷³, sözleşmede düzenlenmesi gereklidir²⁷⁴. Satım sözleşmelerinde ayrıca, malın bedelinin miktarı ve hangi para birimi ile

²⁷⁰ Eren, s.31.

²⁷¹ Shippey, s.44.

²⁷² Shippey, s.46.

²⁷³ Tolerans farkı ile fire arasındaki ayırım için ayrıca bkz. Şanlı/Ekşi, s.9.

²⁷⁴ Şanlı/Ekşi, s.9.

ödeneyeğinin açıkça kararlaştırılması gerekmektedir²⁷⁵. Bazı satım sözleşmelerinde fiyat belirlemesi yerine, fiyat belirleme yöntemi kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda, fiyat belirleme yöntemi mutlaka ayrıntılı olarak düzenlenmelidir²⁷⁶. Satım sözleşmelerinde kararlaştırılan para biriminin açıkça belirtilmesi ilerde doğacak karışıklıkları önleyecektir.

Uluslararası nitelikli mühendislik – müşavirlik sözleşmesinde, müşavir mühedisin asli edimi olan teknik hizmet edimleri ve/veya belgeler ile iş sahibinin ödeyeceği ücret temini açıkça tanımlanmalıdır²⁷⁷.

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerin tamamında, asli edim yükümleri, sözleşmenin kapsamı ve konusu bakımından açık ve ayrıntılı olarak tanımlanmalıdır.

b) Sözleşmenin Taraflarının Hak ve Borçları

Milletlararası nitelikli ticari sözleşmelerin türüne göre, sözleşmenin konusu değişmektedir. Her bir sözleşmenin asli edim yükümleri ile tarafların belirledikleri edim yükümlerinin birbirinden olması doğaldır. Sözleşmelerin müzakere aşaması sonunda, tarafların hak ve borçları şekillenmektedir. Örneğin, uluslararası nitelikli bir ticari satım sözleşmesinde taraflar, sözleşmede satılan malların niteliğini, miktarını, fiyatını, ödeme yöntemini, ödemede döviz kurunu, gümrük vergisini ve diğer vergi masraflarını, sigorta masraflarını, yükleme ve taşıma masraflarını, ambalaj düzenlemelerini, teslimat tarihini, teslimat yerini, teslimat şekillerini, taşıyıcıyı, depolama ve ihbar maddelerini, sevkıyat zamanını, ithalat/ihracat belgelerini, fatura hazırlanmasını, denetim hakkını düzenlerler²⁷⁸. Örneğin, uluslararası nitelikli bir distribütörlük sözleşmesinde taraflar, sözleşmenin içerdiği mallar ve kullanım alanları, sözleşmenin hangi ülke veya bölgeleri kapsadığı (*territorial*), distribütörün tek satıcılık yetkisi, siparişlerin kabulü, enformasyon,

²⁷⁵ Şanlı/Ekşi, s.9.

²⁷⁶ Shippey, s.47.

²⁷⁷ Dayınlarlı, Mühendislik Sözleşmeleri, s.5.

²⁷⁸ Shippey, s.44.

sözleşme alanı içerisinde imalat lisansı, numune, modeller ve reklam materyali, seyahat ve diğer harcamalar, sergi ve fuarlar, minimum devir, konsiye stoklar, komisyon gibi konuları düzenleyebilirler²⁷⁹.

Sözleşmenin tarafları, esaslı noktalar dışındaki bütün şartları müzakere etmek yerine, uluslararası kurumların hazırladıkları model kanunlar, genel işlem şartları, standart sözleşmelerden yararlanıp, bu belgeleri sözleşmelerine dâhil (*incorporate*) edebilirler²⁸⁰. Böylelikle, gereksiz şekilde uzayan müzakerelerden kurtulacaklardır. Ancak, sözleşmeye dâhil edilen standart şartlar ile sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici kuralları arasında uyumun sağlanmasına dikkat edilmelidir.

c) Sözleşmede Teslim Şekilleri

aa) Teslim Şekillerinin Belirlenmesi

Uluslararası ticaretin büyük kısmı, millerarası nitelikli ticari satım sözleşmeleri ile gerçekleşmektedir. Bu tür satım sözleşmesi taraflarının çoğunlukla farklı ülkelerde bulunmaları ilerde bazı uyuşmazlık ve yorum farklılıklarına neden olmaktadır. Bunları önlemek amacıyla, uluslararası Ticaret Odası (UTO), 1936 yılında *Incoterms* adı altında bir dizi terimin yorumunu içeren bir düzenleme yapmıştır²⁸¹. Uluslararası ticari terimler anlamına gelen, *Incoterms (International Commercial Terms)* uluslararası ticari satışlarda malların sevk ve teslim şekillerini ifade eden terimlerin yorumu için kullanılan kurallar dizisi olarak tanımlanmaktadır²⁸². Bu terimlerin, amacı, güvenli ve hızlı bir uluslararası ticarete katkıda bulunmaktır.

²⁷⁹ Erüreten, B.M.: Dış Ticaret Hukuku İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı, İstanbul 1991, s.75-77.

²⁸⁰ Erdem, Tıp Sözleşme, s.59.

²⁸¹ Erdem, E.H.: “Incoterms 2000”, (Incoterms), Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 2001, s.179.

²⁸² Erdem, E.H.: Sif Satışlar (SİF Satışlar), İstanbul 1999, s.14

bb) Incoterms

Incoterms'in tarihi, 1860 yılında kurulan Uluslararası Hukuk Derneği'nin 1924 yılında CIF satışlarda hasarın geçişine ilişkin esasları belirlemesi ile başlar. Derneğin Denizcilik ve Ticaret Şubesi'nin genel olarak, tarafların aralarındaki ilişkiye uygulayabilecekleri ortak kurallar oluşturulması amacıyla, CIF satışlarla ilgili konuların incelenmesini istemesi üzerine hazırlanan kurallar 1928 yılında "CIF Sözleşmelere İlişkin Uluslararası Kurallar 1928" adı altında kabul edilmiştir²⁸³. Bu kurallar 1932'de yenilenmiş olmasına rağmen beklentileri karşılayamamıştır. Bunun üzerine UTO, Uluslararası Hukuk Derneği' nin çalışmaları paralelinde Uluslararası ticarete en çok kullanılan teslimat ilişkin terimleri 1936 yılında "*Incoterms 1936*" adı altında yayımlamıştır. Böylelikle *Incoterms* kavramı, ilk defa 1936 yılında UTO tarafından yapılan düzenleme ile uygulanmaya başlanmıştır. "*Incoterms 1936*", 1953 yılında yapılan Viyana Kongresi'nde güncellenmiş; diğer güncellemeler ise, 1967, 1976, 1980, 1990 ve 2000 yıllarında UTO tarafından yayımlanmıştır. En son güncelleme olan, *Incoterms 2000*²⁸⁴ 13.9.1999 tarihinde, 560 Sayılı broşür olarak yayımlanmıştır.

Incoterms, on üç terim ve her bir terimi ifade eden üçer harfli kısaltmalardan oluşmaktadır. Örneğin, *FOB* terimi, "*Free On Board*" ifadesindeki sözcüklerin ilk harfleri kullanılmak suretiyle oluşturulmuştur. Ayrıca, *Incoterms 2000*, bu on üç ticari terimi birbirinden temelde farklılık gösteren *E*, *F*, *C* ve *D* şeklinde dört gruba ayırmıştır²⁸⁵.

²⁸³ Erdem, *Incoterms*, s. 181-182.

²⁸⁴ Terimlerin İngilizce metni için bkz.: ICC Official Rules for the Interpretation of Trade Terms, *Incoterms 2000*, ICC Publication N.560, Online Internet, s.6-8.

²⁸⁵ Ekşi/Şanlı, *Uluslararası Ticaret*, s.10.

aaa) Hukuki Niteliği

Incoterms, hukuki niteliği itibariyle, ihtiyari kurallardır²⁸⁶. Ancak, bu kurallar sözleşmenin taraflarınca sözleşmeye dâhil edildiği zaman, sözleşmenin bir parçası haline gelmektedir.

Sözleşmenin tarafları, sözleşmeye *Incoterms*'leri dâhil etmemelerine durumunda bu kuralların uygulama kabiliyeti kazanıp kazanmayacağı hususunda çeşitli görüşler vardır. Bir görüşe göre, *Incoterms*'ler sözleşmede atıf bulunmasa dahi, nitelikleri itibariyle uluslararası ticari teamül veya örf adet hukuku kuralları olması nedeniyle uygulama alanı bulabilirler²⁸⁷. *Incoterms*'in hukuki niteliği konusundaki bir diğer görüş ise, *Incoterms*'in bir hukuk düzeni olmadığını ve tarafların iradesi dışında sözleşmeye doğrudan uygulanamayacağını ileri sürmektedir²⁸⁸. Kanaatimizce, sözleşmenin tarafları, sözleşmelerinde teslim şekli olarak *Incoterms*'leri seçebilirler. Taraflar, *Incoterms* tercihi yapmamaları durumunda sözleşmede oluşan boşluk ise sözleşmeye uygulanacak hukuk ile doldurulacaktır. Taraflar sözleşmede *Incoterms* tercihi yapmamaları durumunda bu terimlerin uygulanabilmesi için tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria* tercihi yapması ve yargı yeri olarak tahkim mahkemesini seçilmeleri gerekmektedir. Böylece, tahkim mahkemesi *lex mercatoria*'ya göre karar verme yetkisi içerisinde ancak *Incoterms*'i uygulayabilecektir. Ayrıca *Incoterms*, taraflarca kararlaştırılmamış olsa da bu terimler hâkim tarafından hükümleri yorumlama aracı olarak kullanılabilecektir²⁸⁹.

Incoterms'in kişi bakımından uygulama alanı sadece satıcı ve alıcı arasındaki ilişkilerle sınırlıdır. Bu terimlerin taşıma sözleşmesinde

²⁸⁶ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.40.

²⁸⁷ Doğan, F.: *Incoterms 2000*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt:I, İstanbul 2002, s.343.

²⁸⁸ Diğer görüş hakkında bilgi için bkz. Doğan, F., s.343.

²⁸⁹ Doğan, F., s.346.

düzenlenen, taşıyıcı ile gönderen arasındaki ilişkiler bakımından uygulama alanı yoktur²⁹⁰.

bbb) Sözleşmede Kullanım Şekli

Sözleşmenin tarafları, *Incoterms*'in uygulanması için sözleşmelerine mutlaka kullanmak istedikleri, *Incoterms* kurallarının tarihini yazmalıdırlar. Örneğin taraflar, *Incoterms 2000* veya *Incoterms 1990* gibi hangi kuralları kullanmak istiyorlarsa sözleşmelerinde bunu belirtmelidirler. Çünkü, *Incoterms 2000* kuralları ile *Incoterms 1990* kurallarının hükümleri birbirinden farklıdır. Ayrıca, uygulamada her *Incoterms* değişikliğine sözleşmeyi uydurmak isteyen taraflar sözleşmelerine “her defasında geçerli yazıma göre *Incoterms*” gibi klotlar eklemektedirler. Kanaatimizce, bu şekilde yapılan klotlar, *Incoterms*'i sözleşmeye dâhil etme (*incorporate*) kapsamında değil, kısmi bir hukuk seçimi olarak değerlendirilebilir. Çünkü, *Incorporation*'da sözleşmeye dâhil edilen metinde sözleşmenin yapıldığı an esas alınır ve bundan sonraki değişiklikler gözardı edilir. Ancak, hukuk seçimi yapıldığında, seçilen hukukta sonradan yapılan her değişiklik sözleşmede tarafları bağlayacaktır²⁹¹. Sözleşmesinde “her defasında geçerli yazıma göre *Incoterms*” klotu kullanan taraflar, uyuşmalıkların çözümünde tahkim yolu seçmişlerse, hakem kurulu sözleşmede teslim ilişkine bu kısmi hukuk seçimini kararına dayanak yapabilir. Ancak, sözleşmede milli bir mahkeme yargılama yetkisine sahip ise, mahkeme yapılan bu kısmi hukuk seçimini kararına dayanak yapamayacağı gibi sözleşmeye dâhil edilen bu klot *Incorporation* olarak da kabul edilmeyecek ve uygulama kabiliyeti bulamayacaktır.

Sözleşmenin tarafları, “*Incoterms 2000*” kurallarından örneğin FOB klotunun uygulanmasını istiyorlarsa, sözleşmelerinde “*FOB/MERSİN Incoterms 2000*” şeklinde bir ifadeye yer vermelidirler.

²⁹⁰ Doğan, F., s. 346.

²⁹¹ Ekşi, *Incorporation*, s.267.

Incoterms, uluslararası nitelikli satım sözleşmesinin taraflarının satılan malların teslimine ilişkin hak ve yükümlülükleriyle sınırlıdır. *Incoterms*, gayri maddi varlıkların (örneğin elektrik) satımını konu alan uluslararası nitelikli sözleşmeleri kapsamamaktadır. *Incoterms*'in "mal" ile kastettiği maddi taşınır mallardır²⁹².

"Malların teslimi", "hasarın geçişi", "masrafların paylaşılması" "belgelere ilişkin yükümler" *incoterms*'de düzenlenmiş olmasına rağmen; "ödeme yöntemleri", "mülkiyetin geçişi", "taşıma", "sigorta"²⁹³, "varyantlar"²⁹⁴, "uyuşmazlıkların çözümü", "sözleşmenin ifası"na ilişkin diğer hususlar, *Incoterms* kapsamında düzenlenmemiştir²⁹⁵.

cc) Incoterms'deki Teslim Şekilleri

aaa) E Grubu

Incoterms, önce de belirttiğimiz üzere E,C,F,D şeklinde dört gruba ayrılmıştır²⁹⁶. Bunlardan, E Grubu teslim şekli, malların alıcıya, satıcının iş yerinde teslim edilmesini ifade etmektedir. E grubu teslim şeklinde satıcının yükümlülüğü en asgari seviyededir. E grubu teslim şeklinde satıcı malları kararlaştırılan yerde alıcının tasarrufuna bırakır. Bu yer genelde satıcının kendi iş yeridir. E grubunda, taşıma ve ihraç işlemleri ise alıcı tarafından yerine getirilmektedir. EXW bu gruptaki tek klotur.

EXW (*Ex Works/Ex Warehouse - Çıkışında Teslim, İşyerinde Teslim*), satıcının malları kendi kuruluşunda veya ona ait başka bir yerde

²⁹² Erdem, *Incoterms*, s.186.

²⁹³ *Incoterms*'te, sadece CIF ve CIP terimleri bakımından satıcıya sigorta sözleşmesi yapma borcu yüklenmiş; bu halde de sadece sigortanın kapsamı ve sigorta bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümler getirilmiştir. Diğer klotlar bakımından sigorta konusu düzenlenmemiş, taraf iradelerine bırakılmıştır.

²⁹⁴ Taraflar bazen ticari terimlere çeşitli eklemeler yaparak bunları kendi kullanımlarına daha uygun hale getirmek isteyebilirler. Ancak *Incoterms* bu tür türetilmiş terimler için hiçbir şekilde yol göstermez.

²⁹⁵ Erdem, *Incoterms 2000*, s. 195.

²⁹⁶ *Incoterms*'ün Türkçe metni için bkz. Çalış, A.: İhracatta Teslim Şekilleri ve Nakliyat, İgeme yay., Ankara 2007, s.58-84.

(fabrika, depo v.s.) alıcı için hazır halde tutması ile teslim yükümlülüğünü yerine getireceği anlamına gelmektedir. Satıcı, aksi kararlaştırılmadıkça malın alıcı tarafından sağlanan bir araca yüklenmesinden ya da malların ihraç gümrüğünden geçirilmesinden sorumlu değildir. Alıcı bu noktadan itibaren varış yerine değin, malın taşınması ile ilgili tüm gider ve risklerin yükümlülüğünü taşır. EXW, tüm teslim şekilleri içinde satıcı için en asgari yükümlülüğünün bulunduğu teslim şeklidir. Bu teslim şeklinde sözleşmede belirtilen satış bedeline yalnızca ambalajlanmış mal bedeli dâhildir. Yani, teslim tarihinden itibaren her türlü nakliye, yükleme, boşaltma ve sigorta masrafları alıcıya aittir²⁹⁷.

bbb) “F” Grubu

“F” Grubu teslim şekillerinde, satıcı malları, alıcı tarafından tespit edilen taşıyıcıya teslim etmekle yükümlüdür. F grubunda, mallar satıcı tarafından, alıcının talimatı doğrultusunda taşınmaya hazır olarak teslim edilecektir. Bu gruptaki klotlar; FCA, FAS, FOB’ dur.

FCA (*Free Carrier – Ana Taşıma Ödenmemiş Olarak Taşıyıcıya Teslim*)’da, satıcının teslim yükümlülüğü, malların ihraç gümrüğünden geçirilip alıcı tarafından belirlenen taşıyıcıya, belirlenen yer ya da noktada teslimi ile son bulur. Eğer alıcı tarafından kesin bir teslim yeri belirtilmemişse, satıcı taşıyanın malları teslim alacağı yer civarında bir yer belirleyebilir²⁹⁸.

FAS (*Free Alongside Ship – Gemi Doğrultusunda Teslim*)’de belirtilen yükleme limanında ve mallar geminin yanına (doğrultusuna), rıhtıma ya da mavnaya yerleştirmesi ile satıcının malları teslim etmesi demektir. Bu durum, bu andan itibaren artık alıcının mallara ilişkin bütün masrafları, zıya ve hasar risklerini üstlendiğini ifade etmektedir. FAS terimi, ihraç için malların satıcı tarafından gümrüklenmesini gereğini doğurur. Fakat taraflar malların ihracat için alıcı tarafından gümrüklenmesini isterlerse, bu durum satım

²⁹⁷ Şanlı/Ekşi, s.115.

²⁹⁸ Erdem, Incoterms, s.237.

sözleşmesinde açıkça belirtilmelidir. FAS sadece, deniz ve iç su taşımacılığında kullanılabilir²⁹⁹.

FOB (*Free on Board – Gemi Bordasında Teslim*) ile satıcının teslim yükümlülüğü belirlenen yükleme limanında mallar gemi küpeştesini açtığı andan itibaren yerine getirilmiş olur. Mallarla ilgili tüm gider, zıyaı veya hasar rizikoları bu noktadan itibaren alıcı tarafından üstlenilir. Eğer gemi küpeştesi pratikte birşey ifade etmiyorsa, (*örneğin, roll-on/roll-off veya konteyner taşımacılığında olduğu gibi*) FCA teriminin kullanılması daha doğru olacaktır³⁰⁰.

ccc) C Grubu

C Grubu, grup teslim şekillerinde satıcı, taşıma sözleşmesi yapmak zorunda olmasına rağmen, satıcı ne kayıp ne hasar rizikosunu, ne de yüklemeden sonra doğabilecek ek harcamaları üstlenmektedir. Bu grup teslim şekillerinde, satıcı taşıma işlemi için sözleşme yaptığı taşıyıcıya, teslim ile borcundan kurtulur. Taşıma masrafları ve taşımanın yapılması söz konusu ise sigorta masrafları satıcı tarafından karşılanır. CFR, CIF, CPT ve CIP klotları bu gruba dâhildir. CIF ve CIP satışlarda satıcı malların sigortasını yaptırmak zorundadır³⁰¹.

CFR (*Cost and Freight – Masraflar ve Navlun Ödenmemiş Olarak Teslim*) ile satıcı belirlenen varış limanına malı gönderebilmek için gerekli tüm giderleri ve navlunu ödemek zorundadır. Ancak mal ile ilgili zıyaı ve hasar rizikoları ile giderlerde görülebilecek artış, yükleme limanında malların gemi küpeştesini geçmesi anından itibaren satıcıdan, alıcıya devredilmiş olacaktır. CFR terimi satıcının ihraç için mallarını gümrükten geçirmesi gerektiğini de belirtmektedir.

²⁹⁹ Erdem, Incoterms, s.238; Şanlı/Ekşi, s.116.

³⁰⁰ Şanlı/Ekşi, s.117.

³⁰¹ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.33.

CIF (*Cost Insurance and Freight – Masraflar, Sigorta ve Navlun Ödenmiş Olarak Teslim*) ile satıcı CFR 'deki yükümlülüklerine aynen sahiptir. Ancak ek olarak, malların taşınması sırasında yitik veya hasar rizikosuna karşı deniz sigortası temin etmek durumundadır. Satıcı sigorta sözleşmesini yapar ve sigorta primini öder. Alıcı bu terim ile satıcının sigortada sadece minimum kuvertür temin etme yükümlülüğü bulunduğunu bilmelidir. Bu terim satıcının ihraç için malları gümrükten geçirmesi gerektiğini belirtir. Bu terim sadece deniz ve iç su taşımacılığında kullanılır. Eğer gemi küpeştesi pratikte birşey ifade etmiyorsa CIP terimini kullanmak daha uygun olur.

CPT (*Carriage Paid To – Taşıma Ücreti Ödenmiş Olarak Teslim*), malın kararlaştırılan varış yerine kadar taşınması için gerekli navlunun ödediği anlamına gelmektedir. Malın ziya ve hasarına ait rizikolarla birlikte taşıyıcıya teslimden itibaren doğabilecek ek masraflar, malların taşıyıcının nezaretine verilmesinden itibaren satıcıdan alıcıya geçer. Taşıyıcı bir taşıma sözleşmesinde demiryolu, karayolu, denizyolu, havayolu, içsu taşımacılığı ya da bunların birleşmesi sonucu ortaya çıkan herhangi bir taşımacılık işlemini üstlenen kimsedir.

CIP (*Carriage and Insurance Paid To – Taşıma ve Sigorta Bedeli Ödenmiş Olarak Teslim*) ile satıcı CPT 'deki yükümlülüklerine aynen sahiptir. Ancak ek olarak malların taşınması sırasında ziya veya hasar rizikosuna karşı kargo sigortası temin etmek durumundadır. Satıcı sigorta sözleşmesini yapar ve sigorta primini öder³⁰².

ddd) D Grubu

D Grubu teslim şekilleri satıcı için en fazla yükümlülük getiren teslim şeklidir. Satıcı malların varış ülkesine kadar taşınması ile ilgili bütün masraf ve risklerden sorumludur. Varma klozları olarak da adlandırılan D grubu klozları, E grubunun karşı kutbunu oluşturmaktadır. D grubu klozlarda satıcı malların sınırda ya da ithal ülkesi içinde kararlaştırılan yere ya da rıhtımdaki

³⁰² Shippey, s.68.

veya limandaki kararlaştırılan yere ulaşmasından sorumludur. D grubu klotları; DAF, DES, DEQ, DDU, DDP' den oluşmaktadır. DES ve DEQ sadece deniz yolu ile taşımacılığın yapılması durumunda kullanılmaktadır. DAF, DDU ve DDP ise her türlü taşıma için kullanılabilir³⁰³.

DAF (*Delivered at Frontier – Sınırdaki Teslim*) satıcının teslim yükümlülüğünün, malların ihraç için gümrükten geçirilip sınırda belirlenen yer ya da noktada ancak bitişik ülkenin gümrük sınırından önce emre hazır tutulmasıyla sona ermesini ifade eder. Sınır terimi, ihraç ülkesinin sınırı da dâhil olmak üzere herhangi bir sınır için kullanılabilir. Dolayısıyla, terimin içinde söz konusu sınırın her zaman nokta ya da yer belirtilerek kesin şekilde tanımlanmış olması hayati olarak önem taşımaktadır.

DES (*Delivered Ex Ship – Gemide Teslim*) ile satıcının teslim yükümlülüğü, malı belirlenen varış limanında, gemi bordasında, ithal gümrüğünden geçirmeden alıcının emrine hazır tutmasıyla sona erer. Satıcı, malların belirlenen varış limanına getirilmesi için gereken tüm gider ve rizikoları üstlenir³⁰⁴.

DEQ (*Delivered Ex Quay – Rıhtımda Teslim*), satıcının malları, belirlenen varış limanındaki rıhtımda (iskelede), ithalat için gerekli gümrükleme işlemleri yerine getirilmemiş olarak alıcının tasarrufuna bırakarak teslim ettiğini ifade eder. Satıcı, malların belirlenen varış limanına taşınması ve rıhtıma (iskeleye) boşaltılmasına ilişkin bütün hasar ve masrafları üstlenmelidir. DEQ terimi, malların ithalat için gümrüklenmesi ve bununla ilgili tüm işlemlerin, vergilerin, resim ve diğer harçların ödenmesi yükümlülüğü alıcının üstlenmesi anlamındadır. Fakat taraflar malların ithalinde ödenen masrafları kısmen veya tamamen satıcının yükümlülükleri arasına katmak isterlerse, oluşan bu yeni durum satış sözleşmesine bu amaçla eklenecek açık bir ifade ile aydınlığa kavuşturulmalıdır. Bu terim sadece malların, denizyolu veya içsu veya çok vasıtalı taşıma ile varma

³⁰³ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.33.

³⁰⁴ Shippey, s.69.

limanında gemiden rıhtıma (iskeleyle) boşaltılmakla teslim edilmesi hallerinde kullanılabilir. Bununla beraber taraflar malların rıhtımdan limanın içinde veya dışında başka bir yere aktarılmasına ilişkin hasar ve masrafları satıcının yükümlülükleri arasına katmak isterlerse, DDU veya DDP terimlerini kullanmalıdırlar.

DDU (*Delivered Duty Unpaid – Gümrük Vergileri Ödenmeksizin Teslim*) ile satıcının teslim yükümlülüğü, malların ithal ülkesinde belirlenen yerde emre hazır tutulması ile sona erer. Satıcı, malların o noktaya kadar taşınması ve gümrük formalitelerinin yerine getirilmesi ile ilgili riziko ve giderleri üstlenmek durumundadır. (ithalat için ödenmesi gereken vergi resim ve harçlar hariç). Alıcı malların zamanında ithal için gümrükten çekilmemesinden kaynaklanan ek gider ve rizikoları üstlenmek durumundadır. Taraflar, satıcının gümrük formalitelerini yerine getirip bundan doğabilecek gider ve rizikoları üstlenmesini istiyorlarsa, bu isteklerini sözleşmelerinde belirtmelidirler. Eğer taraflar satıcının yükümlülüklerine, malların ithali için gerekli bazı giderleri eklemek istiyorlarsa (KDV gibi) bunu da sözleşmede açıkça belirtmelidirler. DDU, taşıma şeklinden bağımsız olarak kullanılabilir.

DDP (*Delivered Duty Paid – Gümrük Vergileri Ödenmiş Olarak Teslim*) ile satıcının teslim yükümlülüğü, malların ithal ülkesinde belirlenen yerde emre hazır tutulması ile sona erer. Satıcı, malların o noktaya kadar taşınması, ithal gümrüğünden geçirilmesi için gerekli vergi, resim ve diğer harçlar dâhil olmak üzere tüm riziko ve giderleri üstlenmek durumundadır. EXW terimi satıcı için ne kadar az yükümlülük ifade ediyorsa, DDP terimi de o kadar çok yükümlülük ifade etmektedir.

d) Sözleşmede Ödeme Şeklinin Düzenlenmesi

Uluslararası ticarete mal bedellerini ödeme şekli ve usulleri, iç mevzuat açısından doğrudan doğruya ülkenin kambiyo ve banka mevzuatı ve

bu mevzuatın emredici hükümlerine uygun olarak cereyan eder³⁰⁵. Türk hukukunda, 20.02.1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunun verdiği yetkiye uygun olarak Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan 32 sayılı Karar, ekleri ve tadilleri ile 99-32/24 sayılı Tebliğ³⁰⁶ hükümlerine göre, *ihracat bedelleri, peşin ödeme, akreditifli ödeme, vesaik mukabili ödeme ve kabul kredili ödeme şekillerinden birine göre yurda getirilerek bir bankaya veya özel finans kurumuna satılır. Alıcıdan temin edilen prefinansman peşin döviz hükmünde olup, döviz akışı peşin döviz olarak yapılır*. Bununla beraber, ihracatta ödeme şekillerine ilişkin usul ve esaslar, Merkez Bankası tarafından belirlenir³⁰⁷.

aa) Peşin Ödeme

Peşin ödeme, alıcı olan ithalatçı firmanın, henüz malların sevkinden önce aradaki mevcut anlaşmaya göre mal bedellerini peşin döviz olarak ödemesi şeklinde düzenlenebilir³⁰⁸. Başka bir ifade ile alıcı sözleşme konusu malın bedelini tesliminden önce göndermektedir. Peşin ödemede, mal bedeli banka havalesi ile gönderilebileceği gibi, ilgili veya temsilci tarafından nakit olarak da verilebilir³⁰⁹. Mal bedelinin nakit olarak verileceği durumlarda, ilgili veya temsilci tarafından getirilen döviz, gümrük kapısında “Döviz Beyan Tutanağı” ile belgelenir³¹⁰. Peşin ödeme, mal bedelinin malın tesliminden önce ödenmesi şeklinde olması nedeniyle sözleşmenin taraflarının birbirlerine güvenmeleri gerekmektedir. Peşin ödemede, risk ithalatçıda yani malların alıcısına aittir³¹¹. Uluslararası ticaret uygulaması için büyük risk taşıyan bu ödeme şekli genellikle tercih edilmemektedir.

³⁰⁵ Erüreten, s.320.

³⁰⁶ RG. 04.12.1999 – 23896 “Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin 91-32/5 Sayılı Tebliğde Değişiklik Yapılması Hakkında Tebliğ (Tebliğ No.99-32/24)”.

³⁰⁷ Şanlı/Ekşi, s.75.

³⁰⁸ Erüreten, s.338.

³⁰⁹ Şanlı/Ekşi, s.76.

³¹⁰ Şanlı/Ekşi, s.76: “Döviz Tanzim Tutanağı sebebi, ihracat bedelinin belirli bir süre içerisinde yurda getirilmesi gereğidir. Aksi takdirde, ihracatçının sorumluluğu doğacaktır.”

³¹¹ Erüreten, s.338.

bb) Alıcı Firma Prefinansmanı

Bu ödeme şekli, mal ve hizmet alımının finansmanında kullanılmak üzere, yurt dışındaki alıcıdan bedelin tamamen veya kısmen alınmasını ifade etmektedir. Bu halde, satıcı/üretici malların üretim aşaması için önceden aldığı para ile finansman sağlayacaktır. Bu tür ödeme şekli, alıcı firma prefinansmanı olarak isimlendirilmektedir. Peşin ödemeye benzeyen bu ödeme şekli, peşin ödeme içerisinde de değerlendirilmektedir³¹².

cc) Kabul Kredili Ödeme

Kabul kredili ödemelerde, ithalatçı/alıcı ödeme taahhüdünde bulunarak ve keşide edilen poliçeyi kabul ederek malların mülkiyetine hak kazanır. Aralarındaki anlaşma uyarınca ihracatçı/satıcı, poliçenin kabulü halinde malları sevk etmek üzere nakliyeciyeye teslim eder ve tüm belgeleri temin eder. Alıcı, kendisine gelen malları almak ve bundan sonra malları gümrükten çekebilmek için bu poliçeyi kabul etmek zorundadır. Alıcı, poliçeyi kabul ettikten sonra diğer belgeler de ona verilir. Poliçeli satış olarak adlandırılan bu tür ödeme şeklinde, taraflara bankalar aracılık edebilir ve karşılığında komisyon alırlar. Böylelikle, malların karşılığında, kabul edilmiş poliçe satıcının eline geçmiş olacaktır³¹³.

dd) Mal Mukabili Ödeme

Mal mukabili ödemede, aradaki sözleşmeye göre alıcı malları teslim aldıktan sonra ödemeyi yapar. Açık hesap olarak adlandırılan bu ödeme şeklinde, satıcı sözleşmeye uygun olarak malları sevk edip bedeli karşılığında ve belirli vadelerde daha sonra tahsil etmeyi kabul eder³¹⁴. Bu durumda da, satıcı, bedelini almadan malları gönderdiği için risk altındadır. Bu ödeme şeklinde, uluslararası ticaret uygulamasında tercih edilmemektedir.

³¹² Şanlı/Ekşi, s.77.

³¹³ Erüreten, s.339; Şanlı/Ekşi, s.78.

³¹⁴ Erüreten, s.339; Şanlı/Ekşi, s.78.

ee) Vesaik Mukabili Ödeme

Vesaik mukabili ödemede, aralarındaki anlaşmaya göre, satıcı, sattığı mallarla ilgili belgeleri alıcıya iletmek üzere kendi bankasına verir; satıcı bu belgeleri, tahsil emri ekinde alıcının bankasına gönderir. Bu emirde, belgelerin bedel tahsil edildikten sonra alıcıya verileceği talimatı yer alır. Böylelikle alıcı, orijinal belgeleri bankadan alamayacağı için gümrükten malları çekemeyecektir³¹⁵.

ff) Akreditif

Uluslararası ticarete en geniş uygulama kabiliyetine sahip ödeme şekli, akreditiftir. Uluslararası ticarete güven unsurunu temin etmek amacıyla akreditif, 13. yüzyılda İngiliz Krallığı tarafından ödeme yöntemi olarak kullanılmaya başlanmıştır. Sözleşmenin taraflarının sözleşmeyi ifa aşamasında, karşılıklı üstlendikleri edimleri güven içinde ifa etmeleri her sözleşmenin temel amacı olarak karşımıza çıkmaktadır. Farklı ülkelerde bulunan ve birbirini hiç görmeyen tacirler arasındaki uluslararası ticari nitelikli sözleşmenin edimlerinin aynı anda ifası güçtür. Bu güç durum, taraflar açısından edimlerin ifa edilmeme riskini ortaya çıkarmaktadır. Akreditif, uluslararası ticaretin bu sorununu ortadan kaldırmayı hedeflemektedir³¹⁶.

Birinci Dünya Savaşından sonra, uluslararası ticaretin gelişimi ile akreditifin kullanımı yaygınlaşmaya başlamıştır. 1923 yılında Berlin’de ve 1924 yılında Paris’te akreditife ilişkin düzenlemeler yapılmış, bu tarihlerde başlayan akreditif kurallarını yeknesaklaştırma çalışmaları, UTO tarafından 1933 yılında kabul edilen “Belgeli Akreditife İlişkin Birörnek Kurallar” düzenlenmesi ile devam etmiştir. Bu kurallar, 1933 yılından itibaren altı defa revize edilmiştir. Günümüzde bankacılık uygulamasında da kullanılan bu

³¹⁵Şanlı/Ekşi, s.78: “Vesaik mukabili ödeme şeklinde kullanılan belgelerden biri konişmentodur. Bununla ilgili unutulmaması gereken husus, konişmentonun ithalatçının bankası adına kesilmesidir”.

³¹⁶Reisoğlu, S.:“Hukuki Açıdan Akreditif ve Uygulama Sorunları”,(Akreditif), Bankacılar Dergisi, 2005, S.52, s.39; Erdoğan,İ.: Akreditif Sözleşmeleri, Ankara 2000, s.7, Doğan, V., s244; Tekinalp,Ü.: Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s.414.

kurallardaki, en son revizyon 1 Temmuz 2007 yılında yürürlüğe girmiştir³¹⁷. Dünya’da, ABD hariç, akreditif ilişkisinin ayrıntılı bir yasal düzenlemesi olmadığı gibi bu konuda bir milletlerarası anlaşma da mevcut değildir. Bu nedenle, bütün dünyada UTO tarafından yürürlüğe sokulan “Akreditife İlişkin Birörnek Kurallar” geçerlidir³¹⁸.

UTO akreditife ilişkin 500 Sayılı Birörnek Kurallarında akreditif, “*bir müşterinin talep ve talimatı üzerine veya bizzat kendi adına işlem yapan bir bankanın akreditif şartlarına uyulması kaydıyla ve akreditifte şarta bağlanan vesaikin ibrazı karşılığında, (a) üçüncü bir tarafa veya onun emrine ödeme yapacağı veya lehdarın çekeceği poliçe(leri) kabul edeceği ve ödeyeceği, veya (b) böyle bir ödemeyi yapması veya çekilen poliçe(leri) kabul etmesi ve ödemesi için diğer bankayı yetkili kıldığı veya (c) diğer bir bankayı iştirak işlemi yapmaya yetkili kıldığı, adı ve tanımlaması ne olursa olsun, herhangi bir düzenleme*” şeklinde tanımlamıştır.

Akreditif, asıl sözleşmenin taraflarınca belirlenmiş belgelerin, yine taraflarca belirlenen süreye ve şartlara uygun olacak şekilde, lehtar tarafından muhataba (bankaya) ibrazı mukabilinde ödenmesi talimatı üzerine, lehtarın belgeleri ibrazı ile asıl sözleşme bedelinin muhatap tarafından lehtara ödenmesini sağlayan hukuki ilişkinin adıdır³¹⁹.

Akreditif bankası, akreditif amirinden aldığı talimatlara göre akreditifi açan bankadır. Aldığı talimatlar uyarınca akreditif metnini hazırlar. Akreditif şartlarının yerine getirilmesi halinde de ödeme, iştirak, poliçe kabul yetkisi verebilir ve bu yetkiler sonucu muhabirine (veya doğrudan lehdara) karşı ödeme taahhüdüne girer. Akreditif bankası, amirin talimatlarını muhabirine ya

³¹⁷ Reisoğlu, s.34: “600 Sayılı Kuralları hazırlayan Çalışma Grubunun, bu “Kuralların Yorumu” adlı yayının Giriş bölümünde, 600 Sayılı Kuralların uygulamada önemli değişiklikler içermediği; ancak bu kuralların yeni bir stiline ve yapısının olduğu ifade edilmiştir. Tanım(md.2) ve yorumlarla(md.3) ilgili maddeler, 500 Sayılı Kuralların çeşitli maddelerinde bulunan kuralları bir araya getirmiştir. Ayrıca örneğin 500 Sayılı Kuralların, 9,10 ve 42. maddeleri 6. maddede düzenlenmiştir. 14. madde ise 500 Sayılı Kuralların 13,14,21,22,30,31,37 ve 43. maddelerini bir araya getirmiştir”.

³¹⁸ Reisoğlu, 600 Sayılı Kurallar, s.35.

³¹⁹ Hinkelman, E.G.: International Payments, California 1999, s.67-68; Doğan,V., Akreditif, s.44.

da lehdara iletirken, hem iç mevzuatı ve hem de UTO kurallarını göz önünde bulundurmak zorundadır³²⁰.

Uluslararası ticari nitelikli sözleşmede, taraflar sözleşmenin ödeme şeklini serbestçe kararlaştırabilirler. Akreditif sözleşmeleri, doğaları gereği temel sözleşmeden bağımsızdırlar³²¹. Taraflar ilerde doğması muhtemel uyuşmazlıkları önlemek için, akreditif anlaşmasının şartlarını, akreditif sözleşmesiyle çelişmeyecek şekilde, temel sözleşme maddesinde açıkça ifade etmelidirler³²². Temel sözleşme hükümleri ile akreditif hükümleri arasında oluşan çelişkilerde, ödeme usulüne ilişkin konularda, akreditif hükümlerinin dikkate alınacağı, bunun dışındaki konularda sözleşme hükümlerinin dikkate alınacağı ifade edilebilir.³²³

Temel sözleşmede alıcı konumunda bulunan akreditif amiri, bankaya vereceği talimatta lehdarın kimliğini açık ve kesin olarak belirtmelidir³²⁴. Lehdarın, açık ve kesin kimliği ile adresi temel sözleşme metnine yazılmalıdır.

Temel sözleşmede yer alan akreditif hükmünde, temel sözleşmenin konusu olan malın cinsi, miktarı ve kalitesine ilişkin değerler açıkça ifade edilmelidir. Bu hükmün ayrıntılı olarak kaleme alınmaması durumunda, sözleşmenin ifası konusunda, sözleşmenin tam olarak ifa edilip, edilmediği akreditif şartlarına uyulmuş olup, olmadığı anlaşılamayacaktır³²⁵. UTO'nun Birörnek Kurallarına göre, malın miktarının akreditif sözleşmesinde;

³²⁰ Doğan,V., Akreditif, s.44; Hinkelman,s.69.

³²¹ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.26: *"UTO'nun 500 Sayılı Yeknesak Kuralları'nın 3(a) maddesinde, "akreditifler doğaları itibariyle dayandırılacakları satış sözleşmelerinden veya diğer sözleşmelerden bağımsız işlemlerdir ve akreditifte her ne şekilde olursa olsun bu sözleşmelere değinilmiş olsa dahi, bunlar bankaları ilgilendirmez ve bağlamaz."*

³²² Şahin, A.: İhracatta Ödeme Şekilleri, Ankara 2008, s.13; Hinkelman, s.68; Doğan,V., Akreditif, s.96.

³²³ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.27.

³²⁴ Doğan,V.,Akreditif, s.97: *"Lehdarın kimliğinin ve adresinin açık olarak tespit edilmemesi sebebiyle akreditifin zamanında açılmamasından, bankanın herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir."*

³²⁵ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.27; Doğan, V., Akreditif, s.98.

“yaklaşık”, “takriben” ve “civarında” şeklinde belirlenmesi halinde, malın miktarında $\pm\%10$ 'luk bir farkın olabileceği kabul edilmektedir³²⁶.

Akreditif talebinde, temel sözleşmede belirlenen sözleşme bedeli, akreditif bedeli olarak eksiksiz bir şekilde düzenlenmelidir. Çünkü, banka, satış bedelini ve diğer masrafları değil, akreditif talimatında tespit edilecek bedeli ödemeyi üstlenecektir. Ayrıca bu hükümde, akreditif bedelinin hangi ülkenin parası ile ödeneceği de kararlaştırılmalıdır. Uzun süreli ticari sözleşmelerde taraflar kur rizikosunu bertaraf etmek için, kendi ülkelerinin para birimi dışında bağımsız bir ülke para birimini tespit etmektedirler. Bu konuda diğer bir yol olarak ise, uzun süreli ticari ilişkilerde, ödemede kullanılan para biriminin kısa aralıklarla tespit edilmesidir. Kısa aralıklarla ödemede kullanılan para biriminin belirlenmesi, zor ve uyuşmazlık doğurabilecek bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kur rizikosundan kurtulmak için kullanılan diğer bir yol ise, ödemede kullanılan para biriminin, üçüncü bir ülke para birimi olarak tespit edilmesi ve bu ülke para biriminin taraflardan birinin ülke para biriminin anlaşma günündeki değerine sabitlenerek nazara alınmasıdır. Bu halde de, tespit edilen iki para cinsi arasındaki dengenin bariz şekilde farklılaşması halinde uyuşmazlıklar çıkmaktadır³²⁷.

Tüm akreditifler belgeye dayalıdır ve uygun belge ibrazı karşılığında ödeme yükümlülüğü doğar. Akreditif bankası, görevli banka makul bir özenle ve makul bir süre içinde belgelerin akreditife uygun olup olmadığını inceleyecek ve uygun olmadığı takdirde rezerv koyup iade edecektir. Bu nedenle, akreditif bankası, talepte bulunan tarafça, gerekli belgelerin, bu belgelerin niteliklerinin ve belgeleri düzenleyecek olan makamları kesin

³²⁶ Doğan, V., Akreditif, s.98: “Malın yaklaşık olarak tespit edilmesi ile malda meydana gelecek tolerans farkı birbirinden farklıdır. Tolerans farkı malın niteliği gereği tam olarak miktar tespitinin yapılmasında karşılaşılabilecek zorunluluklar sebebi ile ortaya çıkmaktadır. Tolerans farkının $\pm\%5$ olabileceği kabul edilmiştir”.

³²⁷ Doğan, V., Akreditif, s.100.

olarak tespit etmesini talep edecektir. Ayrıca akreditifte belgelerin ibrazı, poliçe kabulü ve işıra için belli bir yer tespit edilmesi gereklidir³²⁸.

Akreditifte, lehtar tarafından bankaya sunulan, taşıma belgeleri akreditif amirinin talimatına uygun olmalıdır. Taşıma şekilleri genellikle, Incoterms'e göre tespit edilir. Taşımaya ilişkin şartta, taşımanın başlama yeri, takip edilen güzargah ve teslim yeri tespit edilmelidir. Ayrıca, sözleşmede, taşımanın şekli ve satım konusu malların niteliklerine uygun bir ambalajlamanın yapılması açık olarak tespit edilmelidir³²⁹.

Akreditif talebinde, akreditifin geçerlilik süresi, yükleme süresi ve belgelerin ibraz süresi açıkça belirlenmelidir. Akreditifte, vade tarihi ve ibraz yerinin bulunması, akreditifin geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Akreditif, süresi aksi bir hüküm yoksa altı aydan uzun bir vadede kabul edilmemektedir. Akreditifin geçerlilik süresinin başlangıcı belirlenmemişse, akreditifin bankada açıldığı tarih, sürenin başlangıç tarihi olarak kabul edilecektir. Akreditifin vadesi, işin niteliğine ve yüklemenin yapılacağı ülkede ortaya çıkması muhtemel şartlar dikkate alınarak düzenlenmelidir³³⁰.

Akreditif talebinde akreditif amiri, akreditifin devredilebilir olarak açılmasını talep edebilir. Bu talebin bulunmaması durumunda, UTO'nun Birörnek Kurallarına göre, akreditif devredilemez karakterde kabul edilmektedir.

Akreditif talebinde, yükleme yeri ve süresi de açıkça belirtilmelidir. Böylelikle, yükleme süresinin tespiti bankaya sunulacak belgeler bakımından önem arz etmektedir. Yükleme süresinin akreditifin süresinden daha kısa olması gereklidir.

Akreditif talebinde mutlaka bir ödeme şekline yer verilmelidir. Ödeme şekilleri, lehtarın küşat mektubunda belirtilen belgeleri ibraz ettiği anda banka

³²⁸ Doğan, V., Akreditif, s.102.

³²⁹ Doğan, V., Akreditif, s.103.

³³⁰ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.28.

tarafından kendisine ödeme yapılan, “Görüldüğünde Ödemeli Akreditifler” (*Sight Payment*); küşat mektubunda belirtilen bir tarihte yapılan, “Ertelemeli Ödemeli Akreditifler” (*Deferred Payment*); akreditif bankasının belgelerin uygunluğunu gördüğü takdirde, poliçeyi kabul etmesi ve vadesinde poliçe bedelini satıcıya ödemesi şeklinde yapılan, “Poliçe Kabulü Yoluyla İfa Edilen Akreditifler” (*Acceptance*); lehdarın, istenilen belgeleri ve düzenlenen poliçeyi bankaya ibraz etmesinin ardından, banka da poliçeyi veya belgeleri iskonto ederek vadesinden önce alması şeklinde yapılan, “İştira Yoluyla İfa Edilen Akreditifler” (*Negotiation*) şeklinde karşımıza çıkar³³¹.

3. Sözleşmenin Genel Hükümlerinin Düzenlenmesi

a) Sözleşmenin Yürürlük Maddesi

Uluslararası ticari nitelikli sözleşmelerin yürürlüğe girdikleri tarih, aksi şart koşulmadıkça sözleşmenin imzalandığı tarih olarak kabul edilmektedir. Zira, tarafların sözleşmenin yürürlüğü konusundaki karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının ispatı olan bu hüküm ile sözleşme, taraflar veya tarafların yetkili temsilcilerinin imzaları ile kurulmuş ve yürürlüğe girmiş olacaktır³³². Ancak, uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde genellikle imza tarihi ile yürürlük tarihi farklı olarak düzenlenmektedir. Sözleşmenin yürürlük tarihi sözleşmeden doğan hak ve borçların ifa tarihi, sözleşmenin geçerlilik süresi, zamanaşımı süresi gibi süreleri etkilemektedir.

b) Sözleşmenin Yorum Maddesi

Sözleşmelerin yorumlanması konusunda hangi metodlara başvurulacağı, sözleşmedeki boşlukların ve belirsizliklerin nasıl doldurulacağı, sözleşme maddeleri arasındaki çelişkilerin nasıl giderileceği, sözleşmelerin yorum maddesinde düzenlenmelidir³³³.

³³¹ Reisoğlu, Akreditif, s.43.

³³² Shippey, s.45.

³³³ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.61.

Yorum uyuşmazlığı hususunda, yoruma ilişkin kuralı sözleşmeye uygulanacak hukuk belirleyecektir. Bu sebeplerle, tarafların sözleşmelerinde yorum maddesini düzenlerken, yorum ihtilâflarının esasa uygulanacak hukuka bağlı olarak çözümlenebileceğini dikkate almaları gerekmektedir³³⁴.

Taraf iradelerinin yorumlanması hususunda Kara Avrupası hukukunda, tarafların asıl iradelerinin belirlenmesi gerektiğine yönelik niyet teorisi ile sözleşmede yer alan ifadelerin objektif yorumuna değer veren irade açıklaması teorisinden hangisine itibar edilmesi gerektiği konusunda görüş birliği yoktur³³⁵. Türk – İsviçre hukukunda muhatabın hal ve şartlara göre irade açıklamasından çıkarmakta haklı olduğu anlamı araştıran ve bu anlamı esas alan güven teorisinin geçerli olması kabul edilmiştir³³⁶. Uluslararası nitelikli ticari sözleşmeler açısından milli hukukların belirlediği yorum kuralları bazen yetersiz kalabilmektedir. Bu nedenle, uluslararası ticari sözleşmelerin yorumlanması hususunda uluslararası düzenlemelerdeki kurallar dikkate alınmalıdır. UNIDROIT İlkeleri m.4.1 uyarınca sözleşme, tarafların müşterek niyetlerine göre yorumlanır. Tarafların böyle bir müşterek niyeti tespit edilemez ise, sözleşme aynı durumda bulunan, aynı nitelikteki makul bir kişinin ona vereceği anlama göre yorumlanır. Bu hüküm de göstermektedir ki, UNIDROIT İlkeleri, sözleşmenin yorumunda tarafların asıl iradelerine öncelik tanımış, tarafların müşterek iradesinin bulunmadığı noktada, iyiniyet kurallarına göre uyuşmazlığın çözümü gereğini ifade etmiştir. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m.5:101 uyarınca ise, kelimelerin anlamları farklı olsa bile bir sözleşme, tarafların müşterek niyetlerine göre yorumlanmalıdır. Eğer bir tarafça sözleşmenin özel bir anlama geldiği ispat edilmiş ise diğer tarafın sözleşmenin yapıldığı sırada ilk tarafın bu niyetinden haberdar olmaması mümkün değilse, sözleşme ilk tarafın anladığı gibi yorumlanmalıdır. Eğer tarafın niyeti tespit edilemiyorsa sözleşme aynı şartlarda bulunan makul kişilerin taraf olarak ona verebileceği anlama göre

³³⁴ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.61.

³³⁵ Sürat,C.: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT İlkeleri, İstanbul 2008, s.101.

³³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.72.

yorumlanmalıdır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri de, müşterek taraf iradelerine öncelik tanımıştır.

UNIDROIT İlkeleri, sözleşmenin yorumunda dikkate alınacak şartları m.4.3'de şu şekilde sıralamaktadır: *“a.Taraflar arasındaki ön müzakereler; b. Taraflar arasındaki uygulamalar; c.Sözleşmenin yapılmasından sonra tarafların tutumu; d. Sözleşmenin niteliği ve amacı; e.ilgili ticari alanda maddelere ve deyimlere verilen genel anlam; f.örf ve adetler”*. Buna benzer bir kural Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m.5:102'de de düzenlenmiştir.

Uluslararası ticari sözleşmelerin bir tarafça düzenlenmesi hususunda, UNIDROIT İlkeleri'nin 4.6 maddesi, *“bir tarafça temin edilen sözleşme hükümleri açık değilse, tercihen onları teklif edenin aleyhine yorumlanır”*, hükmünü getirilmiştir. Bu hüküm gereğince, taraflardan birinin hazırladığı ve diğer tarafa empoze ettiği sözleşmelerde, sözleşmeyi düzenleyen aleyhine yorum ilkesi kabul edilmiştir. Buna benzer bir hüküm Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m.5:103'de de düzenlenmiştir.

Sözleşme maddeleri arasında oluşacak çelişkiler hususunda, UNIDROIT İlkeleri 4.7 maddesi hükmü gereğince, *“ilk kaleme alınan metine dayalı yorum kuralı”* kabul edilmiştir. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m. 5:104 uyarınca ise, ayrı ayrı müzakere edilmemiş madde metni ile müzakere edilmiş madde metni arasındaki çelişkilerde, müzakere edilen madde tercih edilecektir. Sözleşme maddelerinin yorumunda, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m.5:105 ise, sözleşmenin tümü gözönünde bulundurularak yorum yapılması ilkesini kabul etmiştir.

Sözleşmede bulunan boşluklar ve belirsizlikler konusunda da, UNIDROIT İlkeleri 4.8.1 maddesi, hal ve şartlara uygun hüküm getirilmesini kabul etmiş; uygun hüküm teşkilini tayin için bazı özellikler ise m.4.8.2'de *“a.Tarafların niyeti; b. Sözleşmenin niteliği ve amacı; c. İyiniyet; d. Makul olma”* şeklinde saymıştır.

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde yorum maddesi düzenlenirken, mutlaka bu sözleşmeye uygulanacak hukukun yorum kuralları dikkate alınmalıdır.

c) Mücbir Sebep

Uluslararası ticaret hukukunun genel ilkelerinden birisi olan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi ile sözleşmenin tarafları kural olarak sözleşmenin içerdiği hükümlere uymak zorundadırlar. Ancak, tarafların iradesi dışında ortaya çıkan bazı haller, sözleşmenin ifa edilmesini imkansızlaştırabilir veya olağanüstü zorlaştırabilir. Sözleşme adaleti gereğince, tarafların iradelerinden bağımsız ortaya çıkan ve sözleşmenin ifasını imkansız hale getiren veya olağanüstü zorlaştıran şartlarda, sözleşme ya fesh edilir veyahut sözleşme yeni şartlara uyarlanır³³⁷.

Ticari sözleşmelerin kurulmasından sonra geçen süre zarfında, tarafların iradelerinden bağımsız olarak hal ve şartlardaki değişikliklere karşı, sözleşmelerde mücbir sebep veya beklenmeyen hal klorları düzenlenmelidir. Özellikle, uzun dönemli sözleşmeler kuruldukları andaki şartların olağanüstü değişimine açıktır. Bu sebeple, uzun dönemli sözleşmelerde bu klorların mutlaka bulunması ilerde doğması muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesi için önem arz etmektedir.

UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.2 uyarınca mücbir sebep (öngörülemeyen hal), edimler dengesini temelinden değiştiren olayların meydana gelmesi hali olarak tanımlanmıştır. Bu halde; ya borçların ifasının maliyeti artmıştır ya da karşı edimin değeri azalmıştır. Bu hükme göre, öngörülemeyen olaylar sözleşmenin yapılışından sonra meydana gelmiş olmalıdır. Mağdur olan taraf sözleşmenin yapılması esnasında, böyle olayları makul biçimde dikkate alamamış; bu olaylar mağdur tarafın kontrolü dışında gerçekleşmiş ve mağdur taraf zarar riskini üstlenmemiş olmalıdır.

³³⁷ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.36; Shippey, s.114.

Sözleşmede düzenlenen mücbir sebep klozu ile taraflar mücbir sebep sayılan olayları sınırlayabildikleri gibi, mücbir sebebin sonuçlarını da düzenleyebileceklerdir. Ayrıca, mücbir sebep klozu ile taraflar mücbir sebep hallerinin ihbar süresi ve şeklini, mücbir sebep ve beklenmeyen hallerin sözleşmeye ve tarafların sorumluluklarına olan etkilerini düzenleyebilirler³³⁸. Böylelikle, açıkça ve ayrıntılı düzenlenen mücbir sebep maddesiyle tarafların keyfi olarak mücbir sebep hükümlerine dayanmaları önlenmiş olduğu gibi, mücbir sebep halinde sözleşmenin akibeti konusuna da açıklık getirmiş olmaktadır.

Mücbir sebep klorlarının önemi karşısında, uluslararası ticari kuruluşlar, standart mücbir sebep klorları çıkarmaktadırlar. Özellikle, UTO'nun "*Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal*" klozu yaygın olarak kullanılan bir klotur³³⁹.

Mücbir sebep halleri hususundaki bir hakem kararı, "*Özellikle ticari alanda değişken şartlar, sözleşmelerin yapılmasında en büyük etkenlerden biridir. Taraflardan her biri fiyat değişikliklerinden bir kâr ümit ederken; aynı zamanda da böyle bir değişikliğin kendi zararlarına olması riskini de kabul etmektedirler. Bu riski sınıflandırmak amacıyla taraflar anlaşmalarına, ödemelerinin fiyat değişikliklerine göre ayarlanmasına ilişkin "echelle mobil" hükümleri veya taraflardan biri için çok yıkıcı bir hale gelmesi durumunda sözleşmenin otomatik olarak feshini öngören hükümler koymakta serbesttirler. Bu meselede, taraflar arasında akdedilen satış sözleşmelerinin hiç birine bu tür bir hüküm konulmamıştır. Bu nedenle, ekonomik şartlar ve bunların gelişimi ne olursa olsun sözleşme hükümlerinin zorunlu kabul edilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır*"³⁴⁰. Bahse konu olan hakem kararı, mücbir sebep şartının önemini ortaya koymaktadır.

³³⁸ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.37.

³³⁹ İngilizce metin için bkz.: "Force Majeure and Hard Ship", ICC Publication No:421, Online İnternet, (08.01.2009).

³⁴⁰ Karar için bkz. Şanlı, Tahkime Uygulanacak Hukuk, s.356-357.

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde mücbir sebep klotuna yer verilmemesi halinde mücbir sebep durumuna, sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında çözüm aranacaktır.

4. Sözleşmenin Sona Erme Hükümlerinin Düzenlenmesi

a) Sözleşmenin Geçerlilik Süresi Maddesi

Sürekli edim içeren sözleşmelerde sözleşmenin geçerlilik süresi mutlaka düzenlenmelidir. Çünkü bu tür sözleşmeler, sözleşmede belirlenen geçerlilik süresi bitiminde sona ereceklerdir. Ancak, taraflar sözleşmenin bitiminden önce belirli bir ihbar şartı ile sözleşmenin belirli bir dönem daha uzaması konusunda anlaşabilirler. Sözleşmeye uygulanacak hukuka göre, sürenin otomatik uzadığı bazı kanun hükümleri de mevcuttur. Örneğin, Türk hukukunda 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanuna³⁴¹ göre kiracı, kira sözleşmesinin bitiminden (15) gün önce yazılı olarak taşınmazı tahliye edeceğini kiralayana bildirmediği takdirde sözleşme bir dönem daha uzamış olacaktır. Taraflar sözleşmenin geçerlilik süresini düzenlerken mutlaka sözleşmeye uygulanacak hukuku dikkate almalıdırlar.

b) Süreli Fesih Maddesi

Bazı belirsiz süreli sözleşmelerde, UNIDROIT İlkeleri m.5.1.8 uyarınca, taraflardan her biri önceden makul bir ihbar süresi vermek suretiyle sözleşmeyi fesedebilirler. Bu makul süre belirlenirken, sözleşmenin ne kadar devam ettiği, bu iş için taraflarca harcanan sermayenin miktarı gibi konularda dikkate alınmalıdır³⁴².

c) Sözleşmede Fesih Maddesi

Uluslararası nitelikli sözleşmelere uygulanacak hukuk kuralları, sözleşmenin genel sona erme hallerini düzenleyebilir. Örneğin, taraflardan

³⁴¹ RG. 18.05.1955-9013-6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun

³⁴²Süral, s.106.

birinin ölümü, iflası gibi. Genel sona erme halleri dışında taraflar sözleşmede özel fesih halleri düzenleyebilirler. Bu özel fesih halleri düzenlenirken, sözleşmeye uygulanacak hukukta bulunan fesih hallerinin mutlaka bilinmesi gerekmektedir.

Sözleşmenin ifa edilmemesi, gereği gibi ifa edilmemesi gibi nedenlerden doğan fesih halleri sözleşmede açıkça düzenlenmelidir. Ayrıca, fesih hallerinin yanı sıra, fesih bildirimi, sözleşmenin feshedilmesinden doğan sonuçlar ayrıntılı olarak yine fesih maddesinde açıkça belirlenmelidir.

5. Sözleşmede Uyuşmazlıkların Çözümü

Uluslararası sözleşmelerden doğması muhtemel uyuşmazlıkların çözümü konusunda yetkili merci yine sözleşmede taraflarca belirlenebilir. Taraflar sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarının çözümü konusunda, yetki anlaşması yaparak bir devlet mahkemesinin yetkisini kabul edebilecekleri gibi, tahkim anlaşması da yapabilirler. Ayrıca, taraflar sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde devlet yargısı ve tahkim yollarından önce dostane çözüm yolları da getirebilirler.

a) Uyuşmazlıkların Milli Mahkemelerde Çözümü

Yabancı bir unsur ihtiva eden hukuki münasebetten doğan davaya hangi devlet mahkemesinin bakacağı hususundaki sorun, uluslararası yetki kavramını ortaya çıkarmıştır. Uluslararası yetki, bir görüşe göre, *“yabancı unsurlu bir olay karşısında devletin kendi mahkemelerinin faaliyette bulunma yetkisine sahip olup olmadıkları veya hangi şartlar altında bu yetkiye sahip olduklarını belirtir.”*³⁴³ Diğer bir görüşe göre ise, *“uluslararası yetki kavramı devlet ile bağlantılı olan ve yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin nizalı-nizasız kaza işlem ve ilişkilerinden doğan davaların aynı nitelik ve derecedeki mahkemeler arasında coğrafi dağılımını ifade etmektedir. Bu tür ilişkilerden kaynaklanan ihtilâfların, davanın tarafları veya konusu esas*

³⁴³ Nomer/Şanlı, s. 367.

*alınarak, mahkemenin maddi olay ve ilişkiyle veya taraflarla yakınlığını tesis eden kriterlere göre belirli yer mahkemesinde görülmesini sağlayan kurallara da uluslararası yetki kuralları denir.*³⁴⁴ Yargıtay'a göre, "uluslararası yetki denildiğinde, yargı yetkisinin mevcut olması koşulu ile davaya hangi devlet mahkemesinin bakabileceği anlaşılmalıdır."³⁴⁵ Uluslararası nitelikli ilişkilerin, hangi devlet mahkemesinde görülmesini belirlemeye çalışan uluslararası yetki kuralları, kaynağını milli hukuklardan alır ve sınırları ise devletler hukukunca çizilir.³⁴⁶ Bu durumda, uluslararası yetki ile yargı yetkisinin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Devletin yargı yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki yargısal hâkimiyetinin görüntüsüdür. Devlet, hâkimiyeti altındakileri yargılama yetkisine sahiptir. Bunun sınırlarını, devletler hukuku çizmektedir³⁴⁷. Devletler hukukunun çizdiği bu alan içerisinde her devlet kendi uluslararası yetki kurallarını düzenlemekte serbesttir.

Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi, yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenir. Diğer yandan, bu yetki kurallarının yeterli olmadığı veya düzenleme getirmediği durumlarda uluslararası yetkiyi düzenleyen kurallara MÖHUK'ta yer verilmiştir³⁴⁸.

MÖHUK m. 40'a göre, "Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder." Türk hukukunda iç yetki kuralları Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu³⁴⁹nda ve diğer bazı kanunlarda düzenlenmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan ilgili uluslararası anlaşmalar da, Anayasa³⁵⁰ m. 90/V hükmü gereğince

³⁴⁴ Ekşi, N.: "Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", (Milletlerarası Yetki), 2.Baskı, İstanbul 2000, s.22.

³⁴⁵ Yrgty. 11.HD, E.2000/8775, K.2001/727, T.2.2.2001, Karar metni için bkz. Ekşi, N.: "Kanunlar İhtilafı Kurallarına; Milletlerarası Usul Hukukuna, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları", (Kararlar), İstanbul 2006, s. 43.

³⁴⁶ Nomer, s.370.

³⁴⁷ Nomer, s.371: "Devletin yargılama yetkisine getirilen sınırlama esas itibariyle bazı şahısları bir devletin karar verme- hükmetme hâkimiyeti dışında bırakmak şeklinde olmuştur. Örneğin, bir devletin başka bir devleti, diplomatını, devlete ait hava ve deniz gemilerinin özel hukuk ilişkileri dışında, yargılayamaması yargı yetkisini göstermektedir."

³⁴⁸ Ekşi, Milletlerarası Yetki, s.45; Nomer/Şanlı, s. 392.

³⁴⁹ RG. 18.06.1927 – 622-623-624, 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

³⁵⁰ RG. 09.11.1982 – 17863 Mükerrer, 2709 Sayılı T.C. Anayasası

kanun hükmünde oldukları için, MÖHUK m. 40'da yapılan atıf bunları da kapsamaktadır.³⁵¹

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerin taraflarının yetki sözleşmesi ile uluslararası yetkiyi düzenlemesi de mümkündür. MÖHUK m. 47 uyarınca, *“(1) Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görülür. (2) 44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez.”*

MÖHUK m. 47 uyarınca, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisinin bulunduğu sözleşmelerde, taraflar aralarında anlaşarak yabancı bir mahkemeyi yetkili kılabilirler. Böylelikle, taraflara yabancı mahkemeye yetki verme konusunda bir serbesti sağlamıştır. Ancak bunun için bazı şartların varlığı gerekmektedir. Bu şartlardan ilki, uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisinin kesin yetki esasına uygun olarak tayin edilmemiş olmasıdır. Yetki anlaşması için gerekli olan diğer şart, uyuşmazlık konusu ilişkinin yabancılık unsuru taşıması ve bir borç ilişkisi doğurması şartıdır. Burada üzerinde durulması gereken nokta, borç ilişkisinin nasıl vasıflandırılması gerektiğidir. Bu konuda, hâkim görüş *lex fori*'ye göre vasıflandırma yapılması yönündedir³⁵². Özetle, sözleşmenin tarafları ihtilâfların halli için, belirli bir yabancı mahkemeyi yetkili kılacak bir yetki anlaşması yapabilirler.³⁵³ Bu anlaşmanın sonucunda, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi bertaraf edilmiş olmaktadır. Yargıtay 1998 tarihli bir HGK kararında, MÖHUK 47. maddeye uygun olarak düzenlenmiş bir yetki

³⁵¹ Çelikel, MÖH, s.345; Ekşi, Yetki, s.46.

³⁵² Ekşi, Milletlerarası Yetki, s.180; Nomer/Şanlı, s. 419.

³⁵³ Ekşi, Milletlerarası Yetki, s.181.

anlaşmasının Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisini kaldıracağı sonucuna varmıştır³⁵⁴.

b) Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü

Aralarında hukuki uyuşmazlık olan veya olabilecek iki tarafın kendi iradeleri ile anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü, devlet mahkemelerine giden yolun kapanması şartı ile özel kişilere bırakmalarına ihtiyari tahkim denir³⁵⁵. Günümüzde taraflar uyuşmazlığın devlet mahkemesi yerine, daha çok tahkimde çözülmesini istemektedirler. Çünkü, tahkimde uyuşmazlıkların hakem adı verilen ve uyuşmazlık konusunda uzman kişiler tarafından çözümleneceğinin bilinmesi bu hususta taraflara bir güven sağlamakta ve bu sebeple tahkim yolu, devlet yargısı yerine tercih edilebilir bir hale gelmektedir.

Tarafların tahkim yoluna başvurmalarının ön şartı, tahkim sözleşmesidir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu³⁵⁶,nın 4. maddesi uyarınca tahkim sözleşmesi, “tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünü veya bazılarını tahkim yolu ile çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma”, olarak tanımlanmaktadır.

Tahkim sözleşmesi, uyuşmazlığın hakem kararıyla çözülmesi amacıyla yapılan bir sözleşme olmasına rağmen, hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin tarafları ile hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin ve hakem yargılamasının esas ve usullerini düzenleyen bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır³⁵⁷.

³⁵⁴“Yrgty HGK, E. 1998/12-287, K. 1998/325, T. 6.5.1998”, Ekşi, Milletlerarası Yetki, s.188.

³⁵⁵ Alangoya, Y.: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.4.

³⁵⁶ RG. 05.07.2001 – 24453, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu.

³⁵⁷ Taşkın, A.: Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005, s.8.

Tahkim sözleşmesi, asıl sözleşmeye bir tahkim şartı olarak eklenebileceği gibi, bağımsız bir sözleşme şeklinde de yapılabilir³⁵⁸. Tahkim sözleşmesi veya şartı, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4/II maddesi gereğince, yazılı şekle tabidir. Tahkim sözleşmesi veya şartının yazılı şekilde yapılması için taraflarca imzalanmış yazılı bir belge ile veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, fax gibi bir iletişim aracı ile yapılması veya tahkim sözleşmesinin elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine, davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz etmemiş olması gereklidir³⁵⁹.

Kanun, ayrıca tahkim sözleşmesinin tahkim kaydı içeren muayyen belge, kural, kod, genel işlem şartları veya standart sözleşmelerin asıl sözleşmenin eki yapılmak suretiyle düzenlenmesine izin vermiştir. Böylelikle uluslararası ticareti bazı kuruluşların hazırlamış oldukları tahkim klozlarının sözleşmeye dâhil edilmesi yolu ile tahkim sözleşmesi veya şartı yapılması mümkün kılınmıştır. Özellikle, UTO tahkimi için UTO uluslararası nitelikli ticari sözleşmelere dâhil edilmek üzere tahkim şartı olarak, *"İş bu sözleşmeden doğacak veya bu sözleşme ile ilgili bütün anlaşmazlıklar UTO Tahkim Kuralları uygulanarak, bu Kurallar dairesinde tayin edilen bir veya birden fazla hakem tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır"*, klozunu önermektedir³⁶⁰.

Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, tahkim sözleşmesi veya şartının içeriğinde bazı ayrıntılara da yer verilmesi taraflar için olumlu olacaktır. Örneğin, tahkim yeri, hangi tahkim merkezinin usul kurallarının uygulanacağı, tahkim lisanı, hakem sayısı, hakemlerin nasıl belirleneceği ve uyuşmazlığa uygulanacak kurallar gibi şartlar taraflarca kararlaştırılabilir. Ancak, bu şartlar tahkim sözleşmesi veya şartının zorunlu unsurlarından değildir. Tahkim şartının zorunlu unsurları ise, tahkim iradesi, taraflar

³⁵⁸ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.243.

³⁵⁹ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.244: *"Milletlerarası tahkim kanunu tahkim sözleşmelerinin şekli konusunda Türkiye'nin de taraf olduğu 1958 tarihli Newyork Konvansiyonu ile 1961 Tarihli Avrupa(Cenevre) Anlaşmasındaki düzenlemeye bağlı kalmıştır."*

³⁶⁰ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.261.

arasında bir hukuki ilişkinin bulunması ve nihayet taraflar arasında hukuki bir uyuşmazlığın varlığıdır³⁶¹.

c) Uyuşmalıkların Dostane Yollarla Çözümü

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde taraflar aralarındaki uyuşmazlıkları, doğrudan müzakereler, uzlaştırma, teknik bilirkişilik, ön hakemlik, üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi ve alternatif uyuşmazlık çözüm teknikleri gibi dostane çözüm yolları ile çözebilirler³⁶². Uluslararası ticari uyuşmazlıkların milli mahkemelerde ve tahkimde çözülmesinin pahalı olması ve buralarda davaların uzun sürmesi, dostane çözüm yollarını daha cazip hale getirmiştir³⁶³. Taraflar sözleşmelerinde, öncelikle dostane çözüm yollarına gidileceğini, ancak dostane çözüm yollarının sonuç vermemesi durumunda, tahkim yoluna gidilebileceğini düzenleyebilirler. Böylece, taraflar doğacak en küçük uyuşmazlıkta, mahkeme veya tahkim gitmekten de kurtulacaklardır.

IV. SÖZLEŞMELERİN MÜZAKERELERİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

A) Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Sorumluluk

Sözleşme ilişkisi çoğunlukla bir anda kurulan bir hukuki işlem değildir. Özellikle sözleşmeler kurulmadan önce sözleşme tarafları sözleşmenin konusu, içeriği, şartları konusunda bazı müzakereler sonucunda sözleşmeleri oluştururlar. Taraflar, sözleşme kurulup kendilerini bağlamadan önce, serbestçe görüşüp hiçbir bağlanma zorunluluğuna tabi olmadan özgürce sözleşme kurabilirler³⁶⁴. Bu özgürlük, taraflara istedikleri şekilde müzakere edebilme ve istedikleri zaman müzakerelerden çekilme gibi özgürlükler sağlamaktadır.

³⁶¹ Shippey, s.153.

³⁶² Bu dostane çözüm yolları için bkz. Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.371-407.

³⁶³ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.372.

³⁶⁴ Saatçioğlu, O.C.: Anglo – Amerikan Hukukunda Quasi Contractus Kurumu, AÜHFD, 2007, C.56, S.1, s.273.

Sözleşme müzakereleri, sözleşme benzeri bir ilişkinin doğumuna neden olan sözleşme kurma niyeti ile başlar. Tarafların sözleşme kurma niyeti bağlayıcı bir niteliğe sahip olmadığı gibi, taraflar arasında belirli bir güven ilişkisinin doğumuna da yol açmaktadır.

Sözleşme müzakereleri aşamasında, henüz sözleşme kurulmadığı için tarafların hukuki olarak sözleşme nedeniyle sorumlulukları olmayacaktır³⁶⁵. Ancak, hukukun genel ilkelerinden birisi olan, “Dürüstlük İlkesi” sebebiyle, sözleşme kurmak maksadı ile müzakerelere başlayan kişiler arasında doğan güven ilişkisi, taraflar arasında bazı hukuki yükümlülüklerin doğmasına da neden olmaktadır. Taraflar bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranışları halinde, doğacak zarardan da sorumlu olacaklardır. Bu hukuki sorumluluk latince, “*culpa in contrahendo*” sorumluluğu olarak adlandırılmaktadır³⁶⁶.

Sözleşme öncesi hukuki sorumluluk ilk olarak Alman hukukçu Von Jhering tarafından incelenmiştir³⁶⁷. Jhering’in görüşleri, Alman ve Türk – İsviçre hukuklarını etkilemiştir. Bu ülke kanunlarında, sözleşme öncesi hukuki sorumluluk konusunda münferit düzenlemelere rastlanmamakla beraber, bu sorumluluğun hukuki kaynağı konusunda da tartışmalar mevcuttur³⁶⁸.

³⁶⁵ Ayrancı, s.88.

³⁶⁶ Eren, s.1116,1117; Oğuzman/Öz, s.68; Kocayusufpaşaoğlu, s.22,23; Tunçomağ K.: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 6. Baskı, İstanbul 1976, s.211,212; Yılmaz, H: Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa In Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, C.11, S.3, Temmuz 1985, s.234; Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C.1-2, (Çev. Cevat Edege), 2. Baskı, Ankara 1983, s.187,188; Reisoğlu,S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul 1999, s.271; Ulusan, İ.: Culpa In Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan 1, İstanbul 1982, s.287.

³⁶⁷ Novoa, R.: Culpa in Contrahendo: Comparative Law Study: Chilean Law and The United Nations Convention on Contract for the International Sales of Goods(CISG), Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol.22, No:23, 2005, s.584.

³⁶⁸ Yalman, S.: Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s.15,16.

1. Sözleşme Müzakerelerinde Tarafların Hukuki Yükümlülükleri

Sözleşme müzakerelerinde tarafların, sözleşmenin yapılması hususunda en önemli yükümlülükleri sözleşme kurulması yönünde ciddi bir niyet ile müzakerelere katılmalarıdır. Bu yükümlülüğe bağlı olarak sözleşme müzakereleri aşamasında birçok yükümlülük doğacaktır.

Sözleşme müzakereleri ilgili sözleşmenin niteliğine, şartlarına ve içeriğine göre uzun veya kısa sürebilir. Sözleşme müzakerelerine katılan taraflar, özgürce istedikleri zaman, herhangi bir yükümlülük altına girmeksizin sözleşme müzakerelerinden çekilebilirler. Ancak, dürüstlük kuralı gereğince taraflar sözleşme yapma niyetleri bulunmaksızın, kötü niyet veya aldatıcı hareketler ile müzakereleri yarıda kesmemesi gereği önemli bir yükümlülüktür. Söz konusu yükümlülüğün ihlali taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldırmakla beraber, sözleşmenin yapılmaması nedeniyle uğranılan zararların tazmini gerekecektir³⁶⁹. Zira bu sözleşme için müzakere aşamasında yapılan masraflar, geçen zaman kaçırılan fırsatlar gibi ticari yaşam için önemli zararlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme kurma niyeti olmaksızın, kötü niyetli veya aldatıcı davranışlar içinde bulunarak sözleşme müzakerelerinden çekilen taraf, *culpa in contrahendo* sorumluluğu gereği karşı tarafın menfi zararını tazminle yükümlü olacaktır³⁷⁰.

Sözleşme özgürlüğü gereğince, taraflar sözleşme müzakerelerinden istedikleri zaman ve hatta sebep belirtmeksizin çekilebilirler. Ancak, sözleşme müzakerelerinin geldiği aşamada sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir güven oluşmuşsa, oluşan bu güven nedeniyle bir tarafın “makul neden” olmaksızın sözleşme müzakerelerinden çekilmesi sonucu oluşan zararın da tazmini gerekecektir³⁷¹.

³⁶⁹ Yalman, s.48.

³⁷⁰ Yrgty 3.HD. 15.9.1997, E.6603, K.8864, YKD. 5.12.1997, s.1856.

³⁷¹ Yalman, s.91.

Sözleşme müzakereleri sırasında tarafların diğer yükümlülükleri ise, karşı tarafı aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğüdür. Aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmenin konusu olan teknik bilginin eksiksiz ve açıkça karşı tarafa açıklanmasıdır. Aydınlatma yükümlülüğü, her somut sözleşmenin teknik kapasitesi ve karmaşık yapısı ile doğru orantılı olarak artmaktadır³⁷². Genellikle uzun müzakere gerektiren karmaşık sözleşmelerde, tarafların bilhassa aydınlatma yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmeleri gerekmektedir. Zira, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucu doğan zararın tazmini gerekecektir. Bilgilendirme yükümlülüğü sözleşmenin niteliğine göre, tarafların sözleşmenin şartları konusunda ortaya çıkması muhtemel sonuçları karşılıklı açıklamalarını ifade eder. Bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından sonra da ortaya çıkmaktadır. Özellikle, sürekli edim içeren sözleşmelerde, sözleşmenin devamlılığı konusunda tarafların birbirlerini bilgilendirme yükümü de devam etmektedir³⁷³. Genellikle, vekalet sözleşmesi temelinde kurulan sözleşmelerde sıkı bir bilgilendirme yükümü ile karşılaşılır. Kanaatimizce, aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülükleri, karşı tarafın bilmediği veya bilecek durumda olmadığı konular ile sınırlı olmalıdır. Bu yükümlülüklerin amacı, karşı tarafın ileride doğması muhtemel zararlarını önlemektir. Tarafların, sözleşme kurmak yönünde ciddi niyet ile katıldıkları müzakerelere özen gösterme yükümlülükleri de mevcuttur. Müzakerelere özen gösteren tarafın, mutlaka sözleşme ile ilgili bir bilgi düzeyinin olması gereklidir. Kaldı ki, sözleşme taraflarının tacir olmaları durumunda, tacirden beklenen basiret bu özen yükümünün ağırlaştırılmış bir halini ifade etmektedir.

Sözleşme müzakereleri aşamasında ortaya çıkan özel davranış yükümlülükleri yanında bazı koruma yükümlülükleri de doğmaktadır. Koruma yükümlülükleri, borç ilişkisi kurmaya yönelik olarak birbirleriyle sosyal temas haline girmiş olan kişilerin, karşı tarafı uyarmak, karşı tarafın canını ve malını

³⁷² Oğuzman/Öz, s.70.

³⁷³ Novoa, s.587.

zarardan koruyacak tedbirleri almak şeklindeki yükümlülüklerini ifade eder³⁷⁴. Temeli dürüstlük kuralından doğan koruma yükümleri, sözleşmenin yapılması veya şartlarının tesbiti hususundaki kararlara tesir edecek hususlarda, karşı tarafın hataya düştüğünü fark etme halinde onu uyarmayı gerektirir³⁷⁵. Ayrıca, bu yükümlülüklerin bir gereği olarak, karşı tarafın şahsını ve malını, müzakere aşamasında zararlardan koruyacak tedbirleri alma yükümlülüğü ve karşı tarafta esas olmayan bir güven oluşturmaktan kaçınma yükümlülükleri, koruma yükümlülükleri arasında yer almaktadır³⁷⁶. Çoğunlukla, sözleşme müzakerelerinde öğrenilen ticari sırların saklanması, koruma yükümlülükleri kapsamındadır. Sözleşmenin karşı tarafının yanısıra, onun koruma alanındaki üçüncü kişileri zarardan uzak tutma yükümlülüğü de koruma yükümlülüğü kapsamındadır. Müzakere tarafları, bu yükümlülükler kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde, bu ihlalden doğan zararlardan sorumlu olacaklardır.

2. Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği tartışmalıdır. Türk ve İsviçre borçlar kanununda, sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğu, koşullarını ve sonuçlarını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır³⁷⁷. Bu konuda genel bir hüküm bulunmaması nedeniyle bazı özel hükümler kıyas yolu ile sözleşme müzakerelerine uygulanmaktadır. Sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk konusunda, Türk Borçlar Kanunu'nun satım sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi ve vedia sözleşmesini düzenleyen hükümleri içerisinde bazı düzenlemeler bulunmaktadır. BK m. 192/III, 205/III, 243 ve 464/II hükümleri sözleşmenin kurulmasından önce

³⁷⁴ Akyol Ş.: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 42; Oğuzman/Öz, s.70.

³⁷⁵ Oğuzman/Öz, s.70.

³⁷⁶ Oğuzman/Öz, s.70.

³⁷⁷ Arıdemir, A.: Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, s.235.

veya sözleşmenin kurulması anındaki kusurlu bir davranıştan kaynaklanan yüküm ihlalden bahsetmektedir. Yani, bu hükümlerde ayıplı bir şeyin kasten veya ihmalen satılması, bağışlanması ve tevdi edilmesi söz konusu olmaktadır. BK bu kusurlu davranıştan doğan sorumluluğu sözleşme ihlali olarak değerlendirmiştir³⁷⁸.

BK'nda düzenlenen bir diğer sözleşme öncesi sorumluluk düzenlemesi, BK m. 26'ya göre, kendi kusuru ile hataya düşen tarafın sözleşmeyi iptal etmesi sonucu oluşan zararı tazmin sorumluluğudur. Böylelikle, sözleşme müzakereleri aşamasında kendi kusurlu hatası ile sözleşmenin iptali sonucu doğuran taraf, diğer tarafın menfi zararını tazmine sorumlu olmaktadır. Hâkim görüşe göre bu sorumluluk, sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk olarak kabul edilmektedir³⁷⁹.

BK'nda düzenlenen hile veya tehdit sebebiyle iradesi sakatlanan tarafın sözleşmenin iptali veya iptalinden vazgeçtiği durumlarda aldatan ve korkutanın karşı tarafa BK m.31/II hükmü uyarınca ödediği tazminat da sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk olarak nitelendirilmektedir³⁸⁰.

Sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk konusundaki bir başka örnek ise, BK m. 36/II uyarınca, temsilci aracılığı ile yapılan müzakerede temsilciye temsil belgesi verilmiş olup da, temsil yetkisi sona erdiğinde temsil olunan veya halefleri temsilciyi temsil belgesini geri vermeye zorlamada ihmal gösterirlerse, bundan dolayı iyi niyetli üçüncü şahısların zararlarını tazminle yükümlü olacakları düzenlenebilir. Bu sorumluluk da niteliği itibariyle, sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk olarak nitelendirilmektedir³⁸¹.

Sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk konusundaki bir başka özel örnek ise, BK m. 39 uyarınca, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu

³⁷⁸ Yalman, s.42.

³⁷⁹ Yalman, s.42; Eren, s. 1088.

³⁸⁰ Eren, s.1088.

³⁸¹ Yalman, s.43.

halidir. Yetkisiz temsilde, temsil olunanın yetkisiz temsile icazet vermediği durumlarda sözleşme hükümsüz olacaktır. Hükümsüz sözleşme gereği üçüncü kişinin uğradığı menfi zararın, yetkisiz temsilci tarafından tazminini gerektiren sorumluluk da sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk olarak niteledirilmektedir³⁸².

Bir başka özel örnek ise, Türk Medeni Kanunu³⁸³, nun 452/II maddesi uyarınca, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda karşı tarafa yanlış kanaat veren vesayet altındaki şahıs yüzünden karşı tarafın uğradığı zararların tazmin sorumluluğudur. Bu sorumluluk da, sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk olarak nitelendirilmektedir³⁸⁴.

Sözleşme müzakereleri sırasındaki bu sorumluluğun hukuki niteliği konusunda, sözleşme müzakereleri sırasında henüz sözleşme kurulmadığı için haksız fiil sorumluluğu olarak niteleyen bir görüşün³⁸⁵ yanında, müzakere aşamasında taraflar arasında hukuki bir ilişkinin varlığını kabul eden ve bu sorumluluğu sözleşmeden doğan sorumluluk olarak nitelendiren görüşler de mevcuttur³⁸⁶. Bu görüşlerin yanı sıra sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk konusunda, karma görüş ve yeni bazı görüşler de bulunmaktadır³⁸⁷.

a) Haksız Fiil Görüşü

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğun, niteliği itibariyle bir haksız fiil sorumluluğu olduğunu savunan bu görüş taraftarları, müzakere ilişkisinin başlamasıyla müzakereye katılan taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin meydana gelmediğini; bu sorumlulukta sözleşme öncesi

³⁸² Yalman, s.43.

³⁸³ RG.08.12.2001 – 24607 – 4724 sayılı Türk Medeni Kanunu.

³⁸⁴ Kılıçoğlu, s. 58; Yalman, s.43.

³⁸⁵ Kılıçoğlu, s.59.

³⁸⁶ Yalman, s.69; Eren, s. 1086; Oğuzman/Öz, s. 324.

³⁸⁷ Yalman, s.69.

dürüstlük kuralının ihlal edildiğini bu ihlal sonucu oluşan zararın tazmininin haksız fiil sorumluluğunu doğuracağını ileri süremektedirler³⁸⁸.

Bu görüşe göre, sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk, dürüstlük kuralı kaynaklı olan özel davranış yükümlülüklerinin ihlali biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu özel davranış yükümlülüklerinin kasten veya ihmalen ihlal edilmesi ancak bir haksız fiil sorumluluğunu oluşturacaktır³⁸⁹. Ancak, bu görüş taraftarları, sözleşme müzakerelerine herhangi bir hukuki değer atfetmeksizin, dürüstlük kuralı temelindeki davranış yükümlerine yönelmişler, genel haksız fiil sorumluluğu ile durumu değerlendirmişlerdir. Ancak, sözleşme müzakerelerinin, özel bir hukuki ilişki olması nedeniyle daha ağır davranış yükümleri getiren bir düzenlemeye ihtiyaç duyduğu açıktır³⁹⁰.

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirildiğinde; tazminat talebi BK m.60'a göre, kural olarak (1) yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Sözleşme müzakereleri sırasında doğan zarar yardımcı kişinin davranışından dolayı meydana gelmişse, bu görüşe göre henüz sözleşme kurulmadığı için müzakereci BK m.100'e göre değil, BK m.55'e göre sorumlu tutulabilecektir.

Sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirildiği zaman ayrıca, müzakere sırasında işlenen kusur nedeniyle zarar gören şahıs, karşı tarafın kusurlu olduğunu ispat etmek durumunda kalacaktır. Böylelikle bu durum, zarar gören taraf için zorluklara neden olacaktır³⁹¹.

b) Sözleşme Görüşü

Sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluluk olarak nitelendiren bu görüş, sözleşme kurulmadan önce

³⁸⁸İnan, A.N.: "Culpa In Contrahendo"- Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma,(Culpa in Contrahendo), Adalet Dergisi, Y.45, Sa.7, Temmuz 1954, s.884; Ulusan, s.302; Eren, s.1118; Salman, s.50.

³⁸⁹ İnan,Culpa in Contrahendo, s.885.

³⁹⁰ İnan, Culpa in Contrahendo, s.884.

³⁹¹Eren, s.1119; Salman, s.50.

taraflar arasındaki hukuki ilişkiye somut bir nitelik tanımak suretiyle sorumluluğu kurulacak olan sözleşme ilkeleri içerisinde değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Böylelikle, sözleşme müzakereleri sırasında doğan özel davranış yükümlülükleri de kurulacak olan sözleşmenin ilkelerinden kaynaklanacaktır. Böylelikle, sözleşme müzakereleri sırasında ortaya çıkan davranış yükümlülüklerinin bağımsız bir niteliği olmamaktadır³⁹². Bu görüş, doğacak sözleşme kuramı olarak da isimlendirilmektedir³⁹³. Doğacak sözleşme kuramına göre, sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğun var olabilmesi için mutlaka geçerli bir sözleşmeden bahsetmek gerekmektedir. Bu yönü ile doğacak sözleşme kuramı eleştirilmektedir³⁹⁴.

Doğacak sözleşme kuramının aksine, sözleşme müzakerelerinde ortaya çıkan özel davranış yükümlerini bağımsız, özel bir hukuki işlem olarak nitelendiren ve “bağımsız işlem kuramı” olarak isimlendirilen diğer bir görüş ise, sözleşme müzakerelerini iki taraflı ilişkiler ve tek taraflı ilişkiler diye ikiye ayırmıştır. Bu görüşlerden, sözleşme müzakerelerini iki taraflı ilişki olarak nitelendiren görüşe göre, sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluk, müzakere aşamasında tarafların ihbar ve haber yükümlülükleri ile bağlı kıldıkları bir örtülü sözleşmeye dayanmaktadır. Böylelikle, bu görüş taraflar arasında varsayımsal bir sözleşmenin varlığını kabul etmiş ve bu nedenle eleştirilmiştir³⁹⁵. Diğer görüşe göre ise, sözleşme müzakeresi aşamasındaki hukuki işlemler birbirinden bağımsız ve ayrı olarak nitelendirilmektedir. Örneğin, icap aracılığı ile sözleşme kurulması söz konusu olunca, önceden dürüstlük kuralı gereği imkânsızlıkları bildirme yükümlülüğü doğmaktadır³⁹⁶.

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğu sözleşme sorumluluğuna dayandıran bir diğer görüş ise, bu sorumluluğu, sözleşme müzakereleri sırasında kurulan sözleşme benzeri bir ilişkiye aykırı

³⁹²İnan, Culpa in Contrahendo, s.999.

³⁹³Yalman, s.51.

³⁹⁴Serozan, R.: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi,(Edim), MHAD., 1968, 2, S.3, s.111.

³⁹⁵Uluslan, s.307.

³⁹⁶İnan, s.1008.

davranmaktan doğan zararın tazmini olarak ifade eder. Sözleşme müzakeresini sözleşme benzeri bir ilişki olarak tanımlayan bu görüş, sözleşmenin kurulup, kurulmadığına veya geçerli olup, olmadığına bakmaksızın müzakere taraflarının bu ilişki gereğince, birbirlerine özen gösterme, birbirlerini aydınlatma ve koruma yükümleri olduğunu belirtmektedir.

Bu sebeple, sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluk nedeniyle tazminat talebi, BK m.125'e göre on yıllık zamanaşımına tabidir. Görüşmecilerin yardımcılarında dolayı doğan sorumluluk da, borçlunun yardımcılarının sorumluluğunda olduğu gibi, BK m.100 uygulanır. Kusuru ispat yükü ise, BK m.41'de olduğu gibi zarar gören tarafa düşmez. Tam aksine, zarar veren taraf BK m.96'ya göre kusursuz olduğunu ispatlamak zorundadır³⁹⁷.

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğu sözleşme sorumluluğuna dayandıran diğer bir görüş ise sorumluluğun, taraflar arasındaki edim ilişkisinden bağımsız olarak, tarafların birbirlerine karşı uymakla yükümlü bulundukları özel davranış yükümlerinin ihlalinden doğduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş, sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğu, icap ve kabul beyanlarından tamamen ayrı tutarak, müzakereleri, hukuken korunmaya değer amaca yönelmiş bir sosyal temas olarak tanımlamakta ve sözleşme müzakeresinde ortaya çıkan özel davranış yükümlerini bu hukuki ilişkiye dayandırmaktadır. Bu görüşe göre, bahse konu özel davranış yükümleri sadece sözleşme öncesinde değil, sözleşme kurulduktan ve hatta sözleşme sona erdikten sonra da devam eder³⁹⁸.

c) Diğer Görüşler

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluk, bir görüşe göre hukuki dayanağını dürüstlük kuralından alan kendine özgü bir

³⁹⁷Eren, s.1119: “Yargıtay’da bu görüşü benimsemektedir(Yarg. 13. HD.’nin 13.11.1995 T., E.9375 / K.9860 sayılı kararı (YKD., C.22, Sa.4, Nisan 1996, sh.569-571)”.

³⁹⁸Serozan, s.108

sorumluluk türüdür. Bu sorumluluk, ne haksız fiil sorumluluğuna, ne de sözleşme sorumluluğuna benzememektedir. Bu görüş, sözleşme görüşmelerindeki kusur sorumluluğunu, esas itibarıyla, zamanaşımı ve yardımcı kişilerden doğan sorumluluk kapsamında incelemişlerdir. Bu görüş taraftarları haksız fiilden doğan tazminat taleplerine ilişkin TBK m.60'ın, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça bütün alacak haklarının 10 yılda zamanaşımına uğrayacağını belirten BK.m.125'e nazaran özel bir zamanaşımı süresi olduğunu kabul etmişlerdir. Bu görüş taraftarlarına göre, özel bir zamanaşımı süresinin açık olarak öngörülmediği durumlarda, kesin bir haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilemeyen sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğa, 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Ayrıca bu görüş taraftarları, yardımcı kişilerden sorumluluk bakımından, BK.m.100'ün tatbikinin uygun olduğu görüşündedir³⁹⁹.

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluk konusunda bir başka görüşe göre, bu sorumluluğun hukuki niteliğinin araştırılmasına gerek yoktur. Önemli olan, müzakere ilişkisinden doğan tazminat alacağının, koşulları ve içeriği ile ilgili olarak hangi biçimlere bağlı olduğudur. Yani, sorumluluktan doğan tazminat alacağının tabi olduğu zamanaşımı, yardımcı kişilerin sorumluluğu, ispat külfeti gibi biçimlere bağlıdır. Bu görüşe göre, sözleşme müzakerelerinden doğan bu sorumluluğa haksız fiil sorumluluğu veya sözleşmeden doğan sorumluluğun hangisinin uygulanacağı olayların niteliklerine göre değişecektir. Kısaca, bu görüşe göre sorumluluğun niteliğinden ziyade, zamanaşımı, ispat külfeti, yardımcı şahısların sorumluluğu gibi konular bakımından sorumluluğa yaklaşmak gerektiği ifade edilmiş ve hem haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, hem de sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin beraber uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak, haksız fiil hükümleri ile sözleşmeden doğan

³⁹⁹ Eren, s.1120.

sorumluluğa ilişkin hükümlerin kısmen bir arada uygulanması, bu görüşün eleştirilmesine yol açmıştır⁴⁰⁰.

Kanaatimizce, sözleşme müzakerelerinin başlaması ile taraflar arasında sözleşme benzeri hukuki ilişki kurulmuştur. Bu nedenle, sözleşmenin kurulup, kurulmadığına veya geçerli olup, olmadığına bakılmamalıdır. Sözleşme benzeri bu ilişki, sıkılaştırılmış güven ilişkisini de doğurmaktadır. Güven ilişkisi, dürüstlük kuralına dayanmakta ve bazı özel davranış yükümlülüklerinin beraberinde getirmektedir. Taraflar, dürüstlük kuralı gereği doğan bu özel davranış yükümlerini kusurlu şekilde ihlal ettiklerinde ortaya çıkan zararın sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde çözümlenebileceğini kabul etmek doğru olacaktır.

3. Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Hukuki Sorumluluğun Şartları

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğun doğması için bazı şartların varlığı gereklidir. Sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk tayin olunurken, haksız fiilde geçerli olan kurallar, bu sorumlulukta da uygulanır⁴⁰¹. Böylelikle, sözleşmenin müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğun oluşabilmesi için aşağıdaki şartlar aranacaktır.

a) Sözleşme Müzakerelerinin Başlaması

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluk, taraflar arasında sözleşme benzeri bir ilişki olan müzakereler nedeniyle oluşur. Sözleşme müzakereleri, tarafların sözleşmeyi kurma konusundaki ciddi niyetleri ile başlamaktadır. Bu nedenle sözleşme müzakerelerinin başlaması, bu sorumluluk için gereklidir. Sözleşme müzakerelerinden doğan bu

⁴⁰⁰Oğuzman/Öz, s.311.

⁴⁰¹Kuntalp, E. / Barlas, N.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s.70: *BKT 119/II mad. "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır. Bu maddede yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun ilgili düzenlemesine nazaran dilde sadeleştirme dışında bir hüküm değişikliği yoktur; bir düzeltme veya ilave yapılmasına da gerek bulunmamaktadır".*

sorumluluk için ayrıca, sözleşmenin kurulup, kurulmadığı veya geçerli olup olmadığına bakılmamalıdır. Çünkü bu sorumluluk sözleşme müzakerelerinden kaynaklanmaktadır⁴⁰².

b) Özel Davranış Yükümlerinin İhlali

Sözleşme müzakerelerinde dürüstlük kuralı gereği bazı özel davranış yükümlülükleri doğmaktadır. Sözleşme müzakeresinin tarafları, müzakereler esnasında haklarını kullanırken ve görevlerini yerine getirirken sadakat ve güvene dayalı bazı davranış yükümlerini ihlal etmemekle yükümlüdürler⁴⁰³. Bu yükümlülüklerin olumlu veya olumsuz davranışlarla ihlal edilmesi, sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğun bir şartıdır.

Sözleşme müzakerelerinde tarafların, sözleşme kurma niyetine sahip olmadan müzakerelere başlaması ve yürütmesi, sözleşme müzakerelerinden makul sebep olmaksızın ve kötü niyetli olarak çekilmeleri, aydınlatma ve bilgilendirme yükümlerinin ihlal edilmesi, müzakerelerden doğan uyarma, tavsiyelerde bulunma gibi koruma yükümlerinin ihlali, imkânsız bir edime söz verme gibi özel davranış yükümlerinin ihlali, sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğun bir şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.

c) Zarar

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluk için mutlaka zararın doğması gerekmektedir. Zarar, maddi ve manevi zarar olarak ikiye ayrılmaktadır.

Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında onun rızası dışında oluşan eksilmelerdir. Bu eksilmeler ya aktifte gerçek bir azalma şeklinde oluşur

⁴⁰²Yalman, s.84: “ *Jhering, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu, kusur veya batıl ya da kurulmamış sözleşmelerde öngörüyordu. Buna karşılık Böhler gibi, doktrinde bazı yazarlar ise sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu yalnızca geçerli sözleşmelerde söz konusu olduğunu belirtmekteydiler.* ”; Novoa, s. 589.

⁴⁰³ Yalman, s.88.

(damnum emergens) ya da aktive girecek bir kıymetin girmesinin önlenmesi şeklinde (lucrum cessans) oluşmaktadır⁴⁰⁴.

Müsbet (olumlu) zarar, sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı uğranılan zararı⁴⁰⁵; menfi (olumsuz) zarar ise, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı kişinin malvarlığının bulunduğu durum ile, sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle malvarlığının almış olduğu durum arasındaki farkı ifade eder⁴⁰⁶.

Tazminat talebine konu olan zararın, belirlilik, şahsilik ve doğrudan doğrualık niteliklerine sahip olması gerekmektedir. Bundan dolayı ancak belli veya belirlenebilir zararların tazmini talep edilebilir. Ayrıca, hiçbir zaman ve hiçbir şekilde hem müspet zarar hem de menfi zarar bir arada istenemez. Fakat Türk hukukunda, kanun bazı hükümsüzlük hallerinde, menfi zararı aşan müspet zararın tazmini için hâkime yetki vermiş olabilir⁴⁰⁷.

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluk sonucu, manevi zararın oluşması konusunda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, manevi zararın tazmini haksız fiil hukukuna dâhildir. Bu nedenle sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğa dayanarak manevi zarar tazmin edilemez⁴⁰⁸. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, sözleşme müzakereleri sırasında, özel davranış yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle sadece maddi zarar değil ayrıca manevi zarar da doğabilmektedir. Bu nedenle sözleşme müzakerelerinde tarafları korumak için bu sorumluluk manevi zararı kapsayacak şekilde genişletilmelidir⁴⁰⁹. Katıldığımız hâkim görüşe göre, TBK m. 98/II hükmünün atıf yaptığı hükümler arasında TBK m.

⁴⁰⁴ Kılıçoğlu, s.466.

⁴⁰⁵ Oser/ Schöenberger; s.726 “müsbet zararda şu zararlar tazmin olunmalıdır: a.Edanın vukubulmaması sonunda mamelekin pasifindeki çoğalma veya aktifindeki azalma şeklindeki zararlar; b. Aynı sebepten dolayı kaybedilen kazanç “.

⁴⁰⁶ Oğuzman/Öz; s.328 ; “ menfi zarar, hüküm ifade ettiğine güvenilen bir akdin hüküm ifade etmemesi veya in’ikad edeceğine güvenilen bir akdin in’ikad etmemesi yüzünden uğranılan zarardır”.

⁴⁰⁷ Oğuzman/Öz; s. 330 “ örneğin, teslim edilen hasta hayvanın alacaklına diğer havanlarına da hastalık bulaştırmasından doğan zarar, ister müspet, isterse de menfi zararın talep edilebileceği durumlarda da tazmin edilebilecektir”.

⁴⁰⁸ Bu görüş için bkz.: Arıdemir, s.239.

⁴⁰⁹ Yalman, 86.

47 ve m. 49 bulunmaktadır. Bu nedenle, sözleşme müzakerelerinden doğan sorumlulukta manevi tazminat istenemeyeceği görüşü kabul edilemez⁴¹⁰. Böylelikle, sözleşme müzakereleri taraflarından birinin kusurlu davranışı, diğer tarafın kişilik haklarına ya da ölüm veya cismani zarar gibi vücut tamliğini ihlal etmiş bulunuyorsa, zarar gören taraf diğer taraftan manevi zararlarının da tazminini isteyebilir.

d) İlliyet Bağı

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğun bir diğer şartı ise, sebep olunan zarar ile sorumluluğun dayandığı özel davranış yükümü ihlali arasındaki illiyet bağıdır. Başka bir söyleyişle, olay ve davranış arasındaki sebep – sonuç ilişkisinin mevcut olup olmadığıdır.

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğun oluşabilmesi için, sözleşme müzakerelerindeki yüküm ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir⁴¹¹. Yani, sözleşme müzakereleri esnasında özel davranış yükümlerinin ihlali, hal ve keyfiyete ve genel hayat tecrübelerine göre niteliği itibarıyla oluşan zararı meydana getirmeye elverişli ise davranış yükümü ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağı mevcuttur. Haksız fiillerde olduğu gibi burada da illiyet bağını kesen sebepler bulunmaktadır. Bunlar, mücbir sebep (vis major), üçüncü kişinin ağır kusuru, zarar görenin kusurudur. Bunların varlığı halinde illiyet bağı kesilmiş olacaktır ve sorumluluk doğmayacaktır⁴¹².

⁴¹⁰ Hatemi,H.: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 1998, s.14.

⁴¹¹ Eren, s.490; Yalman, s.99: “Şart teorisine göre, bir zararın meydana gelmesi için zaruri olan, bulunmaması halinde zararın oluşmayacağı her şart o zararın sebebini oluşturur. Bundan dolayı fail, oluşmasında davranışının zaruri şart özelliğini gösterdiği bütün sonuçlardan mesuldür. Uygun illiyet teorisine göre, davranış olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre, zararlı sonucun uygun sebebini oluşturuyorsa, bu davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağı vardır ve fail davranışından dolayı sorumlu tutulacaktır. Uygun illiyet teorisi, Türk – İsviçre ve Alman hukuklarında hâkim görüşü oluşturmaktadır.”

⁴¹² Feyzioğlu, s.185.

e) Kusur

Sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğun bir diğer şartı ise kusurdur. Sözleşme müzakerelerinde özel davranış yükümlerine aykırı davranan taraf, eyleminin sonucunu öngörerek ve isteyerek ya da bunun sonucunu göze alarak veya borca aykırı sonucu önlemek için gerekli özeni göstermeyerek davranmışsa kusurludur. Sözleşme müzakerelerinin başlaması ile sona ermesi arasında oluşan kusurlu davranış ancak sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğun şartıdır⁴¹³.

Sözleşme müzakerelerinde taraflardan birisi, özel davranış yükümlerini bilerek ve isteyerek ihlal etmişse, taraf kasıtlıdır. Ancak, müzakereler sırasında özel davranış yükümlerini sonucu istememekle beraber, sonucun meydana gelmemesi için gerekli özeni göstermeyerek ihlal eden taraf ihmalkârdır⁴¹⁴. İhmal de kendi içinde ağır ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Ağır ihmal, her anlayışlı ve normal dikkatteki kişinin göstermesi icap eden özenin gösterilmemiş olmasıdır. Hafif ihmal ise herkesin değil, ancak dikkatli kimselerin gösterebileceği veya alabileceği tedbirlerin alınmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Türk hukukunda, kast ve ağır ihmal borçlunun ağır kusurunu, hafif ihmal ise hafif kusurunu ifade etmektedir⁴¹⁵.

B) ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Uluslararası ticari sözleşmelerde müzakere, tarafların pazara giriş çalışmaları (*market access*), müşteri araştırması gibi bazı çalışmalarla elde ettikleri veriler doğrultusunda ve belirledikleri bir konu kapsamında mutabakata varmak için yaptıkları, bağlayıcı iradeleri olmaksızın, karşılıklı etkinlikleri ifade eder. Yani, müzakere tarafların muhtemel sözleşme konusunda, bağlayıcı olmayan fikir teatilerini içerir.

⁴¹³ Yalman, s.102.

⁴¹⁴ Yalman, 102.

⁴¹⁵ Oser/ Schöenberger, s.727.

Uluslararası ticari nitelikli sözleşmelerin müzakerelerinde de taraflar hukukun genel ilkesi olan dürüstlük kuralı gereği bazı özel davranış yükümlülüklerini ihlal etmemekle yükümlüdürler. UNIDROIT İlkeleri m. 1.7 gereği taraflar sözleşmede veya kanunda açıkça düzenlenmemiş bazı özel davranış yükümlülükleri ile bağlı olabilirler. Uluslararası ticaret bakımından iyiniyet kavramı, milli kanunlardaki iyiniyet kavramından farklıdır. Uluslararası ticarete iyiniyetin kriterleri, uluslararası kuruluşların aktif olduğu pazarın sosyo – ekonomik şartları göz önünde bulundurularak ve uluslararası ticarete aktif iş adamları arasında geçerli olan daha objektif bir “pazarda dürüst hareket etme” kriteri dikkate alınarak belirlenecektir⁴¹⁶.

Uluslararası ticari sözleşmelerin müzakerelerinde kötüniet, UNIDROIT İlkeleri m. 2.15’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “(1) Taraflar müzakere yapmakta serbesttiler ve bir mutabakata varmadıkları takdirde sorumlu tutulamazlar. (2) Fakat, kötü niyetle müzakere yapan veya yapılan müzakereyi kesen taraf, diğer tarafa verdiği zararı tazmin etmekle yükümlüdür. (3) Özellikle anlaşmaya varmama niyetinde olduğunu bilerek müzakereye giren veya devam eden taraf kötü niyetlidir”⁴¹⁷. Hükümden de anlaşılacağı üzere, sözleşme özgürlüğü gereği taraflar, serbestçe müzakereye başlayabilecekleri gibi sorumlu olmaksızın istedikleri zaman müzakereden çekilebileceklerdir. Ancak, bu özgürlüğün sınırı kötüniettir.

Buna paralel bir hüküm, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m.2:301’de “İyi niyete aykırı müzakereler” başlığı altında, şu şekilde ifade edilmiştir: “(1) Taraflar müzakere etme konusunda serbesttir ve bir anlaşmaya varamamalarından dolayı sorumlu değildirler. (2) Bununla birlikte, müzakere eden veya iyiniyet kurallarına aykırı olarak müzakereyi kesen taraf, diğer tarafa verdiği zararlardan sorumludur. (3) Taraflardan birinin diğer tarafa bir anlaşmaya varma konusunda gerçek bir niyeti olmadan müzakerelerde bulunması ve müzakerelere devam etmesi iyiniyet kurallarına

⁴¹⁶ Süral, s.70.

⁴¹⁷ Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.223.

aykırıdır”⁴¹⁸. Her iki hükümde de, sözleşme müzakerelerinde tarafların kötüniyetli davranışı, sorumluluğun şartı olarak belirtilmiştir. Bu ilkelere göre, kötü niyet, sözleşme müzakerelerine sözleşme yapma niyeti olmaksızın katılma ve müzakereleri yürütme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi müzakereleri haklı ve uygun bir sebep olmaksızın veya aldatıcı hareketlerle kesmek şeklinde de ortaya çıkabilir. Burda kötüniyeti, sözleşme müzakerelerine devam etmek isteyen taraf ispat etmelidir. Bunun dışında, taraflar müzakereler esnasında belli bir süre, üçüncü kişilerle müzakere edilmeyeceğini kararlaştırmalarına rağmen, taraflardan birinin üçüncü kişi ile müzakereye girişmesi yine sözleşme öncesi sorumluluğu doğuracaktır⁴¹⁹.

UNIDROIT İlkeleri m. 2.1.16 uyarınca, müzakereler sırasında öğrenilen karşı tarafa ait sırlar konusunda, tarafların sır saklama yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerin ihlali yine tazminat sorumluluğunu doğuracaktır⁴²⁰. Buna paralel bir hüküm olan, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m.2.302, müzakerelerin devamı esnasında öğrenilen gizli bilginin açığa vurulmaması veya o bilginin kendi çıkarları için kullanılmaması yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu yükümlülüğe aykırılık nedeniyle, doğan zararın tazminine ve diğer tarafın bu bilgiden elde ettiği menfaatin iadesine yol açacaktır.

C) ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞA UYGULANACAK HUKUK

Uluslararası ticari sözleşme müzakerelerinden doğan hukuki sorumluluğa hangi hukuk uygulanacaktır? Uluslararası nitelikli sözleşmelerin müzakeresi hususunda sorunu çözecek hâkim veya hakemin, hangi bağlama kuralını uygulayacağını belirleyebilmesi için sözleşme müzakeresinin yani bağlama konusunun hukuki niteliğinin tespit edilmesi yani vasıflandırılması gerekmektedir. Bağlama konusu olan sözleşme müzakerelerinin

⁴¹⁸ Dayınlarlı, Avrupa Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2005, s.40.

⁴¹⁹ Süral, s.80.

⁴²⁰ Süral, s.81.

vasıflandırılması, *lex fori*, *lex causae*, kademeli vasıflandırma, karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandırma şeklinde farklı metotlarla yapılabilir⁴²¹.

Yaygın olan metod, bağlama konusu olan sözleşme müzakeresini hâkimin kendi hukukuna göre yani, *lex fori* uyarınca vasıflandırmasıdır⁴²². Metod olarak *lex fori*'nin seçildiği durumlarda, Türk hâkiminin önüne gelen sözleşme müzakereleri, Türk hukukuna göre vasıflandırılacaktır. Bu halde, sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk önce de ifade ettiğimiz üzere, kabul edilen görüşe göre sözleşmenin kurulup kurulmaması veya geçerli olup olmamasına bakılmaksızın, sözleşmeye dayanan sorumluluk olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda, sözleşmenin müzakeresinden doğan sorumluluk, sözleşmeye dayanan sorumluluk olarak vasıflandırılacaktır. Böylelikle, bu hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kuralı ile tespit edilecektir. Bir sözleşme ilişkisinin, *culpa in contrahendo*'dan, ifaya (veya sözleşmenin feshine) kadar bütün aşamaları sözleşme statüsüne tabi olacaktır. Bu fikrin temelinde yatan, maddi hukuk ahenginin temin edilmesidir⁴²³. Ancak, kullanılan bu metod birçok açıdan eleştirilmektedir. Şöyle ki, *lex fori*'ye göre vasıflandırmada mahkemenin kendi iç hukuku içinde vardığı sonuç, davanın diğer devlet mahkemesinde açılması halinde varılacak sonuçtan farklıdır. Başka bir ifade ile dış karar ahengi bozulacaktır. Diğer bir açıdan bakıldığında, aslında yabancı hukuka tabi bir olaya, hâkimin kendi iç hukukuna göre hukuki nitelik tanıması, hukuk tekniği açısından da doğru değildir⁴²⁴.

Vasıflandırmada bir başka metod ise, *lex causae*'ya göre vasıflandırmadır. Buna göre, sözleşme müzakeresinin vasıflandırması bağlama kuralının yetkili kıldığı hukuka göre yapılacaktır. Ancak, bu metot

⁴²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel, MÖH, s.70; Nomer/Şanlı, s. 88.

⁴²² Tekinalp, Bağlama Kuralları, s.75.

⁴²³ Nomer/Şanlı, s.321.

⁴²⁴ Çelikel, MÖH, s.70.

hâkimin uygulanacak hukuku henüz belirlemeden, *lex causae*'yı uygulamasının yanlış olacağı yönünde eleştirilmektedir⁴²⁵.

Kademeli vasıflandırma metoduna göre sözleşme müzakerelerinin vasıflandırılmasında hâkim öncelikle bağlama konusunu *lex fori*'ye göre vasıflandıracaktır. İkinci kademedede ise vasıflandırma *lex causae*'ya göre yapılacaktır. Başka bir deyişle, ilk kademedede sözleşme müzakerelerinin niteliği *lex fori*'ye göre tayin edilir. İkinci kademedede ise, yetkili kanunun ne ölçüde olaya uygulanacağı tesbit edilir⁴²⁶. Bu metot da, hangi konuların ikinci derece vasıflandırma içine gireceği konusundaki belirsizlik nedeniyle eleştirilmiştir.

Karşılaştırmalı vasıflandırma metodunda, sözleşme müzakerelerinin vasıflandırmasının karşılaştırmalı hukuka göre yapılması gerektiği belirtilmektedir. Böylelikle, karşılaştırmalı hukuk açısından sözleşme müzakerelerinin sözleşmeye dayanan bir sorumluluk olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle müzakerelerin sözleşmeye dayanan sorumluluk olarak vasıflandırılması gerekmektedir. Ancak, bu görüşte karşılaştırmalı hukuk ilkelerinin belirsiz olması nedeniyle bunun bir idealden öteye gidemeyeceği şeklinde eleştirilmiştir⁴²⁷.

Sözleşmenin müzakereleri konusunda vasıflandırma sorunu açısından kanaatimizce, kural olarak *lex fori* geçerli olmalıdır. İstisnai durumlarda ise örneğin, *lex fori*'ye göre yapılan vasıflandırma uluslararası özel hukuk adaletine ve taraf menfaatlerin uygun düşmüyorsa, *lex causae*'ya göre vasıflandırma kabul edilmelidir.

Türk hukukuna göre sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk konusunda *lex fori*'ye göre yapılacak vasıflandırmaya göre bu sorumluluk *sözleşmeye* dayanan sorumluluk olarak kabul edilecektir. Bu sebeple uygulanacak hukuk olarak sözleşme statüsü kabul edilmelidir. MÖHUK m.

⁴²⁵ Tekinalp, Bağlama Kuralı, s.28.

⁴²⁶ Çelikel, MÖH, s.79.

⁴²⁷ Çelikel, MÖH, s.78.

32/l'e göre, *sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabidir*. Bu madde hükmünde, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin unsurların, sözleşme statüsüne tabi tutulduğu belirtilmiştir⁴²⁸.

⁴²⁸ Nomer/Şanlı, s.321.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE UYUŞMAZLIKLARIN ÖNLENMESİNE YÖNELİK ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR VE ULUSLARARASI TİCARETTE YAYGIN KULLANILAN SÖZLEŞMELER

I. GENEL OLARAK

Uluslararası ticari ilişkilerin temelinde, mutlaka bir ticari sözleşme mevcuttur. Uluslararası ticari ilişkiler, bu tarafların serbestçe düzenledikleri ticari sözleşmeler temeline bina edilmektedir⁴²⁹. Günümüzde yürürlükte bulunan ülke hukuklarının çoğu, tarafların sözleşme özgürlüğünü kabul etmektedir. Türk – İsviçre hukukunda sözleşme özgürlüğü, kişilere sözleşme yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve nihayet kurulmuş olan bir sözleşmeyi ortadan kaldırma yetkisi tanımlanmaktadır⁴³⁰. Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerin düzenlenmesinde taraflar, sözleşme kapsamını ve hükümlerini, sözleşmenin tabi olacağı hukuku, emredici kurallar çerçevesinde serbestçe belirleyebilirler.

Uluslararası ticari sözleşmelerin, uluslararası niteliğe sahip olması, sözleşmenin taraflarının, tanımadığı bir hukuk sistemine bağlı muhatabı ile sözleşme ilişkisine girmesini sağlamaktadır. Milletlerarası nitelik, ilk çağda, “*uzak ticareti*” olarak isimlendirilmiştir. İkinci dünya savaşından sonra, gelişen ticari ilişkiler ile uluslararası ticaretin bu niteliği, sadece birbirlerinden uzak iki sözleşme tarafının sözleşme yapması şeklinde algılanmamış, sözleşmelerin hangilerinin mahalli ve hangilerinin ise uluslararası karakterde sayılacakları hususunda da bazı kriterler oluşmuştur⁴³¹. Bu nitelikteki sözleşmeler, birden fazla ülke hukukunu, ekonomisini, ülkeler arası ilişkilerini, ülkelerin dış ticaret politikalarını ilgilendirmektedir. Ayrıca, bu nitelikteki sözleşmelere konu olan mal ve hizmet ederinin yüksek olması, ülkeleri bu sözleşmelere güven tesis

⁴²⁹ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.10.

⁴³⁰ Eren, s.16.

⁴³¹ Seviğ, (Borçlanma Ehliyeti), s. 97-98.

etmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmaya yönelmektedir.

Sözleşmenin tarafları ile devletlerin menfaatleri için bu tür sözleşmelerin düzgün bir biçimde ifa edilmesi ile ifa sonrasında sözleşmenin düzenli bir şekilde tasfiyesi, çok önemlidir. Bunun yanında, bu tür sözleşmelerden doğması muhtemel uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın etkin, hızlı ve masrafsız çözümlenmesi, ilgili menfaatler açısından önemli olan bir diğer noktadır. Sözleşmelerden doğması muhtemel uyuşmazlıkların, sözleşmenin hazırlanması aşamasında, tamamen önlenbilmesi mümkün değildir. Ancak, sözleşmenin hazırlanması sırasında alınacak hukuki tedbirler, uyuşmazlığın çıkma ihtimalini düşürecek ve uyuşmazlığın doğması halinde, uyuşmazlığın kolay ve etkili çözümüne hizmet edecektir⁴³².

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde, sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıkların doğmasındaki önemli sebepler, ticari uygulamalardaki ülkesel farklılıklar, lisan ve sözleşmenin yorumunda oluşan farklılıklar, sözleşme hükümlerinin ayrıntılı düzenlenmemesi ve eksik düzenlenmesi, sözleşme hükümlerinin birbiriyle ve uygulanacak hukuk ile çelişmesi gibi, sözleşmenin hazırlanması aşamasındaki yetersizlikler olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmelerin hazırlanması aşamasında kaynaklanan bu yetersizlikler, genellikle tarafların ticaret hayatının gereksinim duyduğu sürat karşısında, sözleşme için kısa müzakere aşamaları geçirmeleri, tarafların hukuki konularda yetkin bilgiye sahip olmamaları, tarafların sözleşmenin hazırlanması aşamasında yeterli lisan becerisine sahip bulunmayışı gibi nedenlerden doğmaktadır⁴³³. Bu yetersizliklerin azaltılması için yapılan uluslararası çalışmalar, bu yetersizlikleri gidermek adına, maddi hukukun birleştirilmesi amacıyla, maddi hukuku birleştiren bazı uluslararası anlaşmalara⁴³⁴ yönelmiş, bazı uluslararası kuruluşlar maddi hukuku

⁴³² Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s.9.

⁴³³ Ercüment, E.H.,Tip Sözleşme, s.58.

⁴³⁴ Süral, s.29: “Bu konuda akdedilmiş milletlerarası sözleşmelerden olan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for International Sales of Goods – CIGS) ile Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyatı

birleştirmek ve sözleşmelerde kullanılmak üzere model kanunlar çıkartmıştır. Yine uluslararası kuruluşlar, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların önlenmesi için, model sözleşme metinleri ve genel işlem şartları, çıkarmışlardır⁴³⁵.

Maddi hukukun birleştirilmesi konusunda çeşitli Uluslararası anlaşmalarla karşılaşmak mümkündür. Satım sözleşmelerine ilişkin uluslararası maddi hukuk sözleşmesi, 11 Nisan 1980 tarihli “*Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması*”dır. Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle 1980 tarihli Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması incelenecektir. Bunun ardından, uluslararası kuruluşların, sözleşmeler konusunda hazırlamış oldukları model kanunlardan Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri ve UNDRIT İlkeleri ile yine uluslararası kuruluşların hazırladıkları, “*standart sözleşme*”lere değinilecektir.

II. MADDİ HUKUKA İLİŞKİN 11 NİSAN 1980 TARİHLİ ULUSLARARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANLAŞMASI

Sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların önlenmesi amacıyla, maddi hukukun birleştirilmesi konusunda hazırlanan birçok uluslararası anlaşma bulunmaktadır. Maddi hukukun birleştirilmesi, sözleşme taraflarının menfaatlerine hizmet edecek, sözleşmelerinin hazırlık aşamasının hukuki bir güven içerisinde olmasını sağlayacaktır⁴³⁶.

Uluslararası nitelikli sözleşmelerde, tarafların farklılıklarından kaynaklanan yetersizliklerin önlenmesi açısından maddi hukuk birliğinin sağlanması önemlidir. Bu amaçla, maddi hukuk birliğinin sağlanması açısından bir uluslararası anlaşmaya ihtiyaç doğmuştur. Uluslararası ticari ilişkilerde sıklıkla kullanılan satım sözleşmelerine ilişkin olarak, 11 Nisan

*için Mukavele (Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Roads – CMR), örnek olarak sayılabilir”;*Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s.95.

⁴³⁵ Sürat, s.29.

⁴³⁶ Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s.95.

1980 tarihinde, Birleşmiş Milletler himayesinde toplanan Viyana Konferansı sonucunda, “Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması” (Viyana Sözleşmesi) kabul edilmiştir⁴³⁷.

Viyana Sözleşmesinin giriş kısmında sözleşmenin amacı, *“Konferansa katılan ülkeler eşitlik ve karşılıklı çıkar esasının devletlerarasındaki dostane ilişkilerin gelişmesinde önemli bir etken olduğunu ve uluslararası mal satışı hakkında değişik sosyal, ekonomik ve hukuki sistemlere uyum sağlayacak yeknesak kuralların kabulünün uluslararası ticari ilişkilerin gelişmesine ve var olan hukuki, zorlukların aşılmasına faydalı olacağını belirtirler”* şeklinde belirtilmiştir.

Viyana Sözleşmesi, Amerika Birleşik Devletleri, Çin Halk Cumhuriyeti, Fransa, İtalya gibi uluslararası ticarete etkin olan devletler tarafından onaylanmış olması, bu kuralların yaygın kullanımının yolunu açacaktır⁴³⁸. Türkiye, Viyana Sözleşmesi görüşmelerine katılmış ve bu sözleşme onaylanmıştır⁴³⁹.

A) VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN UYGULAMA ALANI

Viyana Sözleşmesinin uygulama alanı, dört ana başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar, kişisel, yersel, maddi ve zaman bakımından uygulama alanlarıdır⁴⁴⁰.

Kişisel uygulama alanı, Sözleşmenin 1. maddesine göre, *“Sözleşme işyerleri farklı devletlerde olan taraflar arasında uygulanır”*. Sözleşme, iş yerleri farklı ülkelerde olan taraflar arasında yapılan sözleşmeleri,

⁴³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Erdem, H. E.: Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, (Makaleler), İstanbul 2008, s.101 vd..

⁴³⁸ Erdem, E.H.: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, (Viyana Sözleşmesi), İzmir Barosu Dergisi, Yıl:54, S.1, (1989), s.90.

⁴³⁹ RG. 14.04.2009 – 27200 – 5870 sayılı Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.

⁴⁴⁰ Erdem, Viyana Sözleşmesi, s.95.

“uluslararası nitelikli” kabul etmektedir⁴⁴¹. Viyana Sözleşmesinin uluslararası satım sözleşmesine uygulanması için, alıcı veya satıcının iş yerlerinin bulunduğu ülkeler Viyana Sözleşmesine taraf olmalıdır veya uluslararası özel hukuk kuralları, Viyana Sözleşmesine taraf olan bir devletin hukukunu göstermelidir (m.1/I). Sözleşmenin uygulama kapsamı belirlenirken, tarafların “iş yerleri” esas alınmıştır. Sözleşmenin 10. maddesine göre iş yeri, “Sözleşmenin kuruluşundan önce veya kuruluşu sırasında tarafların bildikleri veya bilebilecekleri durumlara göre sözleşmeyle ve ifasıyla en sıkı ilişki içinde bulunan iş yeri” olarak tanımlanmıştır. Taraflardan birinin iş yeri olmaması durumunda, yine Sözleşmenin 10/b hükmünde, “ Eğer taraflardan birini iş yeri yoksa mutad meskeni bunun yerini tutar”, ifadesine yer verilmiştir. Sözleşmenin 1/III maddesi, “ İş bu sözleşmenin uygulanması açısından ne tarafların tâbiyeti, ne akdin ve tarafların ticari veya adi nitelikleri dikkate alınmaz” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince, Viyana Sözleşmesinin, sadece ticari satım sözleşmelerini kapsamadığı, alelade satım sözleşmelerini de kapsadığı anlaşılmaktadır⁴⁴².

Sözleşmenin yersel uygulama alanı, tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde olma koşuluna ek olarak, ilk olarak bu iş yerlerinin bulunduğu ülkelerin devletlerinin Viyana Sözleşmesine taraf olmaları gereğidir. İkinci ek koşul ise, eğer ülkelerden birisi veya her ikisi taraf değillerse, uluslararası özel hukuk kurallarının, satım sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak gösterdiği devletin, Viyana Sözleşmesine taraf olması gerekmektedir. Sözleşmenin bu hükmü ile, satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa bakan milli mahkeme ve hakem kurulu, eğer tarafların işyerinin bulunduğu devletler Viyana Sözleşmesine taraflarsa veya sözleşmeye uygulanacak hukuk kendi ülkesindeki kanunlar ihtilâfı kurallarına göre hangi devlet hukukunu gösteriyorsa, o devlet eğer Viyana Sözleşmesine tarafsız, mahkeme Viyana

⁴⁴¹ Tiryakioğlu, B.: 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi, (Viyana Sözleşmesi), AÜHFD, 1989-1990, C.41, S.1-4, s.194.

⁴⁴² Erdem, Viyana Sözleşmesi, s.9.

Sözleşmesini uygulamak zorunda kalacaktır⁴⁴³.

Sözleşmenin maddi uygulama alanı, uluslararası mal satım sözleşmeleri ile sınırlandırılmıştır (m.1/l). Sözleşmenin 2. maddesi, üç tür satım sözleşmesini uygulama alanı dışında tutmuştur. Bunlar kişisel, ailesel ve eve ilişkin kullanımlar için yapılan satımlar (m.2/a)⁴⁴⁴, arttırma ile yapılan satımlar (m.2/b) ve mahcuz malların satımı veya adli makamların diğer herhangi bir kararına göre yapılan satımlar (m.2/c.) olarak sayılmıştır.

Sözleşmenin 2. maddesinde bazı mal gruplarının satımı da, uygulama kapsamı dışında çıkarılmıştır. Kapsam dışında olan bu mallar, menkul kıymetler, ticari senetler ve para (m.2/e), her türlü gemi, tekne, hava taşıt aracı ve hava yastıklı taşıt araçları (m.2/f) ve elektrik (m.2/g) olarak sayılmıştır.

Sözleşmenin 3. maddesinde satım sözleşmesine benzeyen sözleşmeler de kapsam dışına çıkarılmıştır. Bu sözleşmeler, üretilecek veya yapılacak malların temini ve taahhüdünü içeren sözleşmeler (m.3/l) ile malları temin edecek tarafın edim ağırlığını bir işçilik veya diğer herhangi bir hizmet temininin oluşturduğu sözleşmeler (m.3/II) olarak belirlenmiştir.

Sözleşmenin 4. maddesinde de, satım sözleşmesinin bazı aşamaları, kapsam dışında bırakılmıştır. Bu madde hükmüne göre Sözleşme, yalnız satım sözleşmesinin kurulmasına ve böyle bir sözleşmenin taraflar arasında doğurduğu hak ve borçlara uygulanacaktır. Böylelikle, Viyana Sözleşmesinde, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin, irade fesadı, hata, hile, ikrah, hükmün geçerliliği, örf ve âdete ve sözleşmenin satılan malın mülkiyeti üzerindeki etkilerine ilişkin konuları düzenlememiştir⁴⁴⁵. Viyana Sözleşmesi m. 5 uyarınca, satım sözleşmelerinde satıcının sattığı malın neden olduğu

⁴⁴³Erdem, Viyana Sözleşmesi, s.12; Tiryakioğlu, Viyana Sözleşmesi, s.197.

⁴⁴⁴Erdem, Viyana Sözleşmesi, “Bu sözleşmeler, tüketici sözleşmeleridir. Tüketici sözleşmelerinin kapsam dışında bırakılmasının nedeni, bu sözleşmelerin birçok ülkede kamu düzeni sayılan kanunlar ile düzenlenmesidir.”

⁴⁴⁵ Erdem, Viyana Sözleşmesi, s.20: “Sözleşme, icap-kabul ve tarafların hakları ve borçları ile satım akdinin ifa edilmemesi ile ilgili konuları kapsamı içerisinde almıştır.”

cismani zararlardan veya ölümden doğan sorumluluğuna, Viyana Sözleşmesi uygulanmayacaktır. Son olarak, Sözleşmenin uygulanması, taraflar aralarındaki sözleşme ile hariç tutabilir.

Sözleşmenin zamansal uygulama alanı ise, m.99 uyarınca, Viyana Sözleşmesini yürürlüğe gireceği tarih; m.100 uyarınca, Viyana sözleşmesinin bir satım sözleşmesi için geçerli olacağı tarih ve m. 101 uyarınca, Viyana Sözleşmesinden çekilme usulünü düzenleyen tarih olarak düzenlenmiştir.

B) VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN YAPISI

Viyana Sözleşmesi, 101 maddeden ve dört kısımdan oluşmaktadır. Sözleşmenin birinci kısmında, “Viyana Sözleşmesinin Uygulama Alanı ve Genel Hükümler” yer almaktadır. Birinci kısmı, “Genel Hükümler” bölümünde, “iyiniyet”, “iradelerin yorumu”, teammülerin bağlayıcılığı”, “iş yeri” , “şekil serbestisi” ve “yazılı bildirim” olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin ikinci kısmında, “Satım Sözleşmelerinin Kuruluşu” yer almaktadır. Sözleşmenin üçüncü kısmında, satım sözleşmesine ilişkin maddi hukuk kuralları getirilmiştir. Bu kısım kendi içerisinde beş bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, alıcı ve satıcı için ortak bazı hükümlere yer verilmiştir. İkinci bölümde, satıcının borçları düzenlenmiş, bu bölümde, malların teslimi ve belgelerin verilmesi, malların uygunluğu, üçüncü kişilerin hak veya iddiaları ve satıcının sözleşmeye aykırılık halinde alıcının sahip olduğu imkanlar konularına yer verilmiştir. Üçüncü bölümde, alıcının borçları düzenlenmiştir. Bu bölümde de, semenin ödenmesine, teslimin kabulüne, alıcının sözleşmeye aykırılığı halinde satıcının sahip olduğu imkanlara yer verilmiştir. Dördüncü bölümde, hasarın geçisine ilişkin hükümler vardır. Beşinci bölümde, alıcı ve satıcının borçlarına ilişkin ortak hükümlere yer verilmiştir. Bu bölümde, vadeden önce sözleşmeye aykırılık ve ard arda teslimli satımlara, tazminata, faize, sorumluluktan kurtulmaya, sözleşmeden dönmenin hükümlerine, malların saklanması yer verilmiştir. Sözleşmenin son hükümleri olan dördüncü kısımda, sözleşmenin zaman bakımından

uygulamasına ve akit devletlerin çekincelerine yer verilmiştir⁴⁴⁶.

III. ULUSLARARASI KURULUŞLARCA HAZIRLANAN MODEL KANUNLAR

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelere ilişkin maddi hukuk kurallarının birleştirilmesi amacıyla bazı uluslararası kuruluşlarca yapılan çalışmalar sonucunda sözleşmeler hukuku alanında model kanunlar ortaya çıkmıştır. Avrupa Paramentosu'nun 26.05.1989 tarihli ve 06.05.1994 tarihli kararları gereği, Avrupa Özel Hukuku konusunda bir kanun yapılması için gerekli bazı çalışmalar başlatılmıştır. Bu bağlamda, Avrupa Komisyonu'nun ve bazı özel sponsorların desteği ile Danimarkalı hukukçu Ole Lando başkanlığında oluşturulan Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu (*Commission on European Contract Law*), 14 yıllık bir çalışma sonucunda, Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun İlkeleri⁴⁴⁷ (*The Principles of European Contract Law*)'ni yayınlamıştır⁴⁴⁸. Buna benzer bir çalışma ise, UNIDROIT tarafından yapılmıştır. UNIDROIT, 1926 yılında yalnızca özel hukukun birleştirilmesi amacıyla kurulan, merkezi Roma'da bulunan bir enstitüdür. Bu enstitü, 1994 yılının sonlarında, "Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkelerini" (*Principles for International Commercial Contracts*) yayımlamıştır⁴⁴⁹.

Hukukun birleştirilmesi amacı taşıyan bu çalışmalarda, sözleşmelere ilişkin maddi kurallar tespit edilmiştir. Tespit edilen bu kurallar aslında, uluslararası ticaretin kendiliğinden oluşan kuralları olan, hukukun genel ilkeleri, ticari teamüller, ticari uygulamalar sonucu doğan kurallardır. Bir görüş sözleşmeler hukukuna ilişkin bulunması gereken kuralların bazılarını şöyle sıralamıştır:

⁴⁴⁶ Erdem, Viyana Sözleşmesi, s.36-38.

⁴⁴⁷ İngilizce metin için bkz. The Principles of European Contract Law, Online Internet, (03.09.2008).

⁴⁴⁸ Oğuz, A.: Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, (Hukukun Birleştirilmesi), AÜHFD, C.49, S.1-4, (2000), s.34.

⁴⁴⁹ Bonell, M.J.: An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Restatement of Contract Law), New York 1994, s.22.

“1.Genel bir prensip olarak sözleşme koşulları yerine getirilmelidir. (pacta sunt servanda – ahde vefa). 2. İlk genel prensibin istisnası olan, *rebus sic stantibus* – sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ve *abus de droit* – hakkın kötüye kullanılmaması, hileli ve adil olmayan sözleşme ve şartların uygulanamayacağı kuralı. 3. *culpa in contrahendo* - sözleşme öncesi sorumluluk ilkesi. 4. Bir sözleşme iyiniyetle yerine getirilmelidir, ilkesi. 5. Rüşvetle ya da başkaca dürüst olmayan yolla kurulan sözleşmeler hükümsüzdür ya da en azından ifa edilemez. Aynı şekilde, sözleşme yasal olmayan bir amaca ulaşmak için düzenlenmiş hayali işlemler içeriyorsa, bu sözleşme de geçersizdir ve ifa edilemez. 6. Bir devlete, tahkime gitmek için bağlayıcı bir sözleşme yapma yetkisinin olduğunu inkâr ederek ya da devletin varlığı söz konusu olduğunda prosedürün gerektirdiği formaliteler nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olduğunu iddia ederek, borçlarını yerine getirmekten kaçınmak için izin verilmez. 7. Eğer bir sözleşmenin yerine getirilmesinde önceden görülemeyen güçlükler ortaya çıkarsa, taraflar sözleşmede yeniden uyarlama şartı bulunmasa bile aralarında müzakere ederek iyi niyetli çözüm bulmaya çalışmalıdırlar. 8. Sözleşmeye cezai şart derç edilebilir. 9. Eğer taraflardan biri sözleşmeyi ihlal ederse ve bu ihlal esaslı ise diğer taraf borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. 10. Hiçbir tarafa, kendi fiili ile kendi borcuna emsal oluşturacak âdem-i ifaya (ödememe) sebep olmasına izin verilmez. 11. Mahkeme sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde tarafların sözleşmeye atfettikleriyle bağlı değildir. 12. Sözleşmenin ihlalinin doğan zararlar ihlalin önceden görülebilir sonuçlarıyla sınırlıdır. 13. Sözleşmenin ihlalinin zarar gören taraf, bu zararını azaltıcı tedbirler almalıdır. 14. Gönderilmemeden doğan zararlar malların piyasa değerlerine ve alıcının bu mallar yerine satın almak zorunda kaldığı malların fiyatlarına göre hesaplanır. 15. Taraflar, haklarından feragat etmiş sayılmamak için, derhal harekete geçerek haklarını kullanmalıdırlar. Bu, bütün tarafların kendi haklarını korumak için gayretli ve pratik şekilde hareket etmelerine dair çok genel bir kuralın örneği olabilir. 16. Borçlu özel alacaklıya borçluya karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmak ya da azaltmak için kendi iddialarını takas edebilir. 17. Taraflardan birinin yazılı mektubuna cevap verilmemesi diğer

tarafın mektuptaki şartlara muvafakati anlamına gelir. Sözleşmeler hukuku için yazar tarafından sıralanan bu kurallar, sözleşmeler hukukunun maddi kurallarının tamamı olarak değerlendirilemez⁴⁵⁰.

Sözleşmeler hukukunun maddi kurallarının birleştirilmesi çalışmaları, farklılıklardan doğan uyuşmazlıkların önlenmesi için yeterli değildir. Bunun en önemli nedeni, bu kuralların her devlette farklı yorumlanmasıdır. Örneğin, Kıta Avrupası ile İngiliz mahkemelerinin kuralları yorum yöntemleri birbirinden tamamen farklıdır. Hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların aşılması amacıyla, ortak bir hukuk bilimi ve hukuk eğitime ihtiyaç olduğu düşüncesi hâkim bir görüş olarak ortaya çıkmıştır⁴⁵¹.

Çalışmamızın bu bölümünde, sözleşmeler hukuku alanında, maddi hukuk kurallarının birleştirilmesi çalışmalarının sonucu olarak ortaya çıkan, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri ve UNIDROIT İlkeleri incelenecektir.

A) SÖZLEŞMELER HUKUKU ALANINDA ULUSLARARASI KURULUŞLARCA HAZIRLANAN MODEL KANUNLAR

1. Model Kanun Kavramı

Model kanun çalışmaları, ortak bir Avrupa hukuku oluşturma amacına hizmet etmektedir. Ticaret hukukunun birleştirilmesi, modern bir “*ius commune*” yaratmak için öngörülen yöntemlerin içinde en akla yatkını olarak değerlendirilir⁴⁵². Model kanunlar, Amerikan “*Restatement*”ları örnek alınarak hazırlanmıştır. “*Restatement*”, ortak bir hukuk sisteminde gelenek olarak bilinen ve var olan hukuk kurallarının, uygulanması için bu yazısız kuralların

⁴⁵⁰Mustill, Michael: The New Lex Mercatoria: The First Twenty- five Years, Liber Amicorum For The Rt. Hon. Lord Wilberforce, s. 149-151.

⁴⁵¹ Bu görüş için bkz. Oğuz, Hukukun Birleştirilmesi, s.43.

⁴⁵² Oğuz, Hukukun Birleştirilmesi, s.51.

bildirimini ifade eder. Bu ifade için, “*Restatement*” (bildirim) terimi kullanılmıştır⁴⁵³.

Model kanunların bir fonksiyonu da, ülkelerin özel hukuk kanunlarının yenilenmesi ve birbirine uyumu için çıkarılan ve yön gösteren kurallar bütünü olmalarıdır. Birçok Avrupa ülkesi, kendi ticaret kanunu ve ilgili mevzuatını yenileştirme ve uyumlaştırma çabasına girmişler ve model kanunların yol göstericiliği ile kanunlaştırma yapmışlardır. Böylelikle, uluslararası ticaretin gerekleri milli kanunlarda, dikkate alınmakla beraber, uluslararası ayrılıkların ticaret hayatındaki olumsuz etkileri de azaltılmaya çalışılmıştır.

Model kanunların, ulusal kanunların yenileştirilmesinde ve uyumlaştırılmasındaki etkilerini, Türk hukukunda da görmek mümkündür. Özellikle Borçlar Kanunu Tasarısının genel gerekçesinde günümüzde, borçlar hukukunun “uluslararası ve/veya uluslararası” kılınması çalışmalarının olduğundan bahsedilmiş ve örnek olarak, Türkiye’nin de üyesi bulunduğu UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) ve Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulmuş olan UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) gibi kuruluşların, bu alanda yaptıkları önemli çalışmalara yer verilmiştir.

Ayrıca yine Borçlar Kanunu Tasarısının gerekçesinde, uzun yıllardan beri Avrupa Birliği içinde de ortak bir borçlar kanunu yaratma düşüncesinin varlığını sürdürdüğünü ve bu amaçla, bütün Avrupa Birliği ülkelerinden bilim adamlarının, Avrupa borçlar hukukunun ortak mirasını tespit etmek için çalışmakta oldukları ve teklifler yayınladıkları belirtilmiştir.

Borçlar Kanunu gerekçesinde anılan bütün bu faaliyetlerin en önemli ürünleri olarak, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (*Principles of International Commercial Contracts*), Uluslararası Mal Satımına İlişkin

⁴⁵³ Lando, O.: “The Harmonization of European Contract Law Through a Restatement of Principles, Centre for The Advanced Study of European and Comparative Law, (Harmonization), Oxford, 1997, s.22.

Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri (*Principles of European Contract Law*) ve Avrupa Haksız Fiil Hukukunun Temel İlkeleri (*Principles of European Tort Law*)⁴⁵⁴ isimli metinler sayılmıştır. Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlığında da, bu metinlerin esas alınması değil, bu metinlerden yararlanılması söz konusu olduğu gerekçede belirtilmiştir⁴⁵⁵.

Model kanunların bir diğer amacı, uluslararası ticari uygulamaların yeknesak hale getirilmesidir. Uluslararası ticaret uygulamasında, ticari bir adetin varlığını iddia etmek, tek başına yeterli değildir. Yazısız olan, ticari örf ve adetin, model kanunlar vasıtasıyla yazılı hale gelmesi, o ticari örf ve adetin genel bir kabul gördüğü anlamına gelmektedir⁴⁵⁶. Model kanunların bir diğer pratik önemi, uluslararası ticaret hukukunda ortak problemleri çözecek hâkimlere, hakemlere ve tüm yasal metinleri yorumlayacak olanlara yol gösterici bir kurallar bütünü olmasıdır⁴⁵⁷.

2. Sözleşmeler Hukuku Alanında Model Kanunlar

Sözleşmeler hukuku ile ilgili olarak model kanunların oluşturulması, Avrupa'nın ortak bir sözleşmeler hukuku oluşturma amacına dayanmaktadır. Bu amaçla oluşturulan ilk komisyon, Prof. Lando başkanlığında toplanmıştır. Komisyon tarafından, "Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun İlkeleri" (*The Principles of European Contract Law*)'ni yayınlamıştır⁴⁵⁸.

Sözleşmeler hukukuyla ilgili bir diğer model kanun çalışması ise, *UNIDROIT (Institut International pour L' unification du droit Privé)* adını

⁴⁵⁴ İngilizce metni için bkz. Principles of European Tort Law, Online Internet, (05.06.2008).

⁴⁵⁵ Tasarının metni için bkz., Türk Borçlar Kanun Tasarısı, Online Internet, (01.05.2009).

⁴⁵⁶ Bonell, M.J. : "An International Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts,(Contract Law), (1994), s.446

⁴⁵⁷ Bonell, Contract Law, s.446.

⁴⁵⁸ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.27.

taşıyan uluslararası enstitünün yaptığı çalışmalar sonucu olarak, 1994 yılında yayınlanan "Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri"dir⁴⁵⁹.

a) Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri (The Principles of European Contract Law) – Lando Komisyonu

aa) Genel Olarak

Prof. Ole Lando başkanlığında kurulan, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonu (Lando Komisyonu) Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun genel prensiplerini oluşturmak ve bunu kodifikasyona benzer bir biçimde yayınlamak amacıyla çalışmalarına başlamıştır⁴⁶⁰. Bunun nedeni de, "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanması Gereken Hukuk Hakkındaki Roma Antlaşmasının"⁴⁶¹yetersiz oluşuydu⁴⁶². Bu komisyon çalışmaları sonucunda, önce Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkelerinin, 1 – 9 başlıklarını taşıyan I. ve II. kısımları 1995 yılında yayımlanmıştır. Bu ilkelerin, 10 – 17 başlıklarını taşıyan III. kısmı açıklamalı olarak muhtelif sözleşme türlerini de içine alarak düzenlemiş ve 2003 yılında yayımlamıştır⁴⁶³.

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri aslında, "*Restatement*"ler gibi, doğrudan doğruya uygulanmak üzere hazırlanmamıştır. Bu ilkeler, ilerde oluşturulacak olan Avrupa Özel Hukuk Kanununa temel teşkil etmesi ve sözleşme taraflarının yaptıkları sözleşmelere, milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak uygulanacak, bir hukuki araç sunmak amacıyla hazırlanmıştır. Böylelikle, bu ilkeler, Avrupa içerisindeki sınırlar ötesi hukuki işlemleri kolaylaştırmak, Avrupa Birliği organlarına ve üye devletlerde oluşturulacak sözleşmelere ilişkin düzenlemelerde uyumlaştırmanın

⁴⁵⁹ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.27.

⁴⁶⁰ Dayınlarlı, Kemal: Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri,(Lando İlkeleri)), Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.335.

⁴⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, N.: Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanması Gereken Hukuk Hakkındaki Roma Konvansiyonu, (Roma Konvansiyonu), İstanbul 2004, s.41.

⁴⁶² Oğuz, Hukukun Birleştirilmesi, s. 52.

⁴⁶³ Dayınlarlı, Lando İlkeleri, s.335.

gerçekleşmesi için temel kriterler ihdas etmek, Kıta Avrupası ülkeleri ile *Common Law* sistemi arasında bir köprü oluşturmak, milli hukuklar açısından milli mahkemeler ve kanun koyuculara yol göstermek, sözleşmeler alanında modern anlamda bir *lex mercatoria* oluşturmak, amacıyla kaleme alınmıştır⁴⁶⁴.

Lando Komisyonu, bu ilkeleri hazırlarken, Avrupa Birliği ülkeleri içinde sınırlar arası ticareti kolaylaştırmak gerekçesi ile Avrupa Sözleşmeler Hukukunun yeknesak olmasının bir ihtiyaç olduğu üzerinde açık seçim yapmıştır⁴⁶⁵. Uluslararası anlamda, bu model kanun ile beraber, Avrupa Birliği dışında da ticaret hukukunun yeknesaklaşması ihtiyacı dile getirilmeye başlanmıştır.

Önceden de bahsettiğimiz üzere Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri sözleşme müzakereleri konusunda bazı düzenlemelere sahiptir⁴⁶⁶. Bu düzenlemeler sözleşme müzakereleri konusunda iyiniyet esasını benimsemektedir.

bb) Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkelerinin Biçimi ve Planı

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri, 198 maddeden oluşmaktadır. Bu ilkeler 17 bölüm altında düzenlenmiştir.

Birinci bölüm üç kısım halinde düzenlenmiştir. İlk kısımda(md.1:101 – 1:107), genel hükümler işlenmiştir. Bu bölümde ilkelerin uygulanması, sözleşme özgürlüğü, emredici kurallar, muvafakat sorunlarında uygulama, teamül ve uygulamalar, yorum ve boşlukların doldurulması, kıyas yolu ile ilkelerin uygulanması düzenlenmiştir. Birinci bölümün ikinci kısmında (md.1:201 – 202) ise genel yükümlülükler düzenlenmiştir. Bu bölümde, iyi niyet kuralları ve işbirliği yükümü işlenmiştir. Birinci bölümün üçüncü kısmında (md. 1:301 – 1:305) ise, terimler ve diğer hükümler düzenlenmiştir.

⁴⁶⁴ Oğuz, Sözleşme, s.53; Güçer, s.155.

⁴⁶⁵ Dayınlarlı, Lando İlkeleri, s.335.

⁴⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarda s. 117 vd.

Bu bölümde, terimlerin anlamı, makul olma, ihbar, sürelerin hesaplanması, bilginin ve kastın isnadı işlenmiştir.

Kuruluş başlıklı ikinci bölüm üç kısım halinde düzenlenmiştir. İkinci bölümün ilk kısmında (m. 2:101 – 2:107), bir sözleşmenin yapılması için şartlar, niyet, yeterli anlaşma, ayrı ayrı müzakere edilmeyen koşullar, birleştirme şartı, değişikliğin yazılı olması, kabul aranmaksızın bağlayıcı olan vaatler işlenmiştir. Bu bölümün ikinci kısmında (m.2:201 – 2:211) ise, icap, icaptan dönme, icabın reddi, kabul, sözleşmenin yapılış zamanı, kabul süresi, gecikmiş kabul, değiştirilmiş kabul, genel şartlar arasında çelişki, meslek sahibinin yazılı teyidi, icap ve kabul yolu ile yapılmayan sözleşmeler düzenlenmiştir. Bu bölümün üçüncü kısmında(m. 2:301 – 2:302) da, iyi niyete aykırı müzakereler ve gizliliğin ihlali düzenleme konusu yapılmıştır.

Temsilcilerin yetkisi başlıklı üçüncü bölüm üç kısım halinde düzenlenmiştir. Bu bölümün ilk kısmında (m. 3:101 – 3:102), bölümün kapsamı, temsil çeşitleri işlenmiş; ikinci kısımda (m.3:201 – 209), açık, örtülü görünen yetki, kendi yetkisi dâhilinde hareket eden temsilci, kimliği bilinmeyen temsil edilen kişi, yetkisiz veya yetkisi dışında hareket eden temsilci, menfaat çatışması, alt temsilcilik, temsil edilen kişinin onayı, yetki teyidi hususunda üçüncü kişinin hakkı, yetkinin süresi işlenmiştir. Bölümün üçüncü kısmında (m.3:301 – 3:304) dolaylı temsil düzenlenmiştir. Bu kısımda, temsilcinin adına hareket etmeyen aracılar, aracı kişinin acze düşmesi veya temsil edilene karşı esaslı adem-i ifa, aracı kişinin aczi veya üçüncü kişiye karşı esaslı ademi ifa, ihbar zorunluluğu, işlenmiştir.

Geçerlilik başlıklı dördüncü bölümde (m.4:101 – 4:119), ele alınmayan hususlar, başlangıçtaki imkansızlık, olay ve kanun bakımından esaslı hata, illetmenin doğru olmaması, sözleşmenin uyarlanması, doğru olmayan bilgi, hile, aşırı faydalanma veya haksız menfaat, ayrıca müzakere edilmemiş haksız şartlar, üçüncü şahıslar, iptal ihbarı, süreler, teyit, iptalin hükmü, kısmi iptal, zararlar, müracaat yollarının hariç tutulması veya sınırlandırılması, adem-i ifa halinde açık olan başvuru yolları, işlenmiştir.

Yorum başlıklı beşinci bölümde (m.5:101 – 5.107), yorumun genel kuralları, ilgili hal ve şartlar, aleyhe yorum kuralı, müzakere edilmiş madde tercihi, sözleşmenin tümüne ilgide bulunma, faydalı yorum, dil farklılıkları, düzenlenmiştir.

Kapsamlar ve hükümler başlıklı altıncı bölümde(m. 6:101 – 6:111), akdi yükümlülük doğuran beyanlar, örtülü borçlar, muvazaa, fiyat tespiti, taraflardan birinin tek yanlı tespiti, üçüncü kişi tarafından tespit, mevcut olmayan bir etkene atıfta bulunma, ifa kalitesi, belirsiz süreli sözleşme, üçüncü kişi lehine şart, hal ve şartların değişmesi, düzenlenmiştir.

İfa başlıklı yedinci bölümde(m.7:101 – 7:112), ifa yeri, ifa zamanı, erken ifa, ifa emri, seçimlik ifa, üçüncü bir kişi tarafından ifa, ödeme şekli, ödeme parası, ifanın mahsup sırası, malın kabulünün reddi, bir miktar paranın kabul edilmemesi, ifa masrafları, düzenlenmiştir.

Adem-i ifa ve genel olarak başvuru yolları başlıklı sekizinci bölümde(m.8:101 – 8:109), alacaklının yararlandığı yollar, çözümlerin bir araya getirilmesi, esaslı ademi ifa, borçlu tarafından düzeltme, ifa teminatı, ifa için ilave süre tespit bildirimi, başkasına yaptırılan ifa, bir engele bağlı mazeret, başvuru yollarını hariç tutan veya sınırlandıran şart, düzenlenmiştir.

Ademi ifa halinde çeşitli yollar, başlıklı dokuzuncu bölüm beş kısımdan oluşmaktadır. İfa hakkının düzenlenmiş olduğu ilk kısımda (m.9:101 – 9:103), parasal borçlar, parasal olmayan borçlar, tazminat hakkının muhafaza edilmesi müesseseleri düzenlenmiştir. Bölümün ikinci kısmında(m.9:201) ifanın askıya alınması ve bölümün üçüncü kısmında(m.9:301-9:309) ise sözleşmenin feshi düzenlenmiştir. Bölümün üçüncü kısmında, sözleşmeyi feshetme hakkı, kısımlar halinde ifa edilecek sözleşme, fesih ihbarı, önceden belli olan adem-i ifa, genel olarak feshin sonuçları, bir malın değer kaybı, ödenen paranın geri alınması, malın geri alınması, geri alınamayan ifa karşılığı, işlenmiştir. Bölümün dördüncü bölümünde(m.9:401) ise, fiyat indirme hakkı düzenlenmiştir. Bölümün beşinci

kısımında (m. 9:501 – 9:510), maddi tazminat hakkı, genel olarak maddi tazminatın miktarı, tazminatın öngörülebilirliği, mağdur tarafa atfedilen zarar, zararın azaltılması, ikame sözleşmesi, cari fiyat, paranın ödenmesinde gecikme, adem-i ifanın parasal sonuçlarına ilişkin şartlar, zararın değerlendirileceği para birimi, işlenmiştir.

Tarafların birden fazla olması başlıklı onuncu bölüm iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda (m. 10:101 – 10:111), borçluların birden fazla olması düzenlenmiştir. Bu kısımda, dayanışmalı, ayrı ve müşterek borçlar, dayanışmalı borçların kaynakları, ayrı borçlardan sorumluluk, müşterek borçlar: ademi ifa nedeniyle tazminat talep edilmesi halinde özel kural, dayanışmalı borçlular arasında hisse paylaşımı, dayanışmalı borçlular arasında rücu, ifa, takas ve dayanışmalı borçların birleşmesi, dayanışmalı borçlar: borcun nakli, uzlaşma, dayanışmalı borçlarda yargı kararı, dayanışmalı borçlarda zamanaşımı, dayanışmalı borçlarda diğer savunma itirazları, işlenmiştir. Bölümün ikinci kısmında (m.10:201 – 10:205), alacaklıların birden fazla olması düzenlenmiştir. Bu bölümde, dayanışmalı, ayrı ve müşterek alacaklar, ayrı alacakların dağılımı, müşterek bir alacağın ifasının güçlükleri, dayanışmalı alacakların dağılımı, dayanışmalı alacakların idaresi işlenmiştir.

Alacakların temlik başlıklı on birinci bölüm, dört kısımdan oluşmaktadır. Genel ilkeler başlıklı ilk kısımda (m.11:101 – 11:104), bölümün kapsamı, temlik edilebilen akdi alacaklar, kısmi temlik, temlikin şekli, düzenlemiştir. Temlik eden ile temellük eden arasında temlikin sonuçları başlıklı ikinci kısımda (m.11:201 – 11:204), temellük edene geçen haklar, temlikin sonuç doğurması, temlik edene karşı temellük edenin haklarının saklı tutulması, temlik edenin taahhütleri düzenlenmiştir. Temellük eden ile borçlu arasında temlikin sonuçları başlıklı üçüncü kısımda (m.11:301 – 11:308), temlikin akdi olarak yasaklanması, diğer geçersiz temlikler, borçlunun yükümü olmasının hükmü, borçlunun korunması, yarışan talepler, ifa yeri, savunma vasıtaları ve takas hakları, temellük eden için bağlayıcı

olmayan izinsiz değişiklik düzenlenmiştir. Temellük eden ve yarışma halinde olan talep sahipleri arasındaki öncelik sırası başlıklı dördüncü bölümde (m.11:401) öncelik sırası düzenlenmiştir.

Yeni borçlunun ikamesi: sözleşme devri başlıklı on ikinci bölüm iki kısımdan oluşmaktadır. Yeni borçlunun ikamesi başlıklı ilk kısımda (m.12:101 – 12:102) ikame: genel kurallar, savunma vasıtaları ve garantiler üzerinde ikamenin etkileri işlenmiştir. Sözleşmenin devri başlıklı ikinci kısımda (m.12:201), sözleşmenin devri düzenlenmiştir.

Takas başlıklı on üçüncü bölümde (m.13:101 – 13:107) takasın şartları, belirsiz alacaklar, yabancı para takası, takas ihbarı, alacak ve borçların birden fazla oluşu, takasın hükmü, takas yapılamayacak haller, düzenlenmiştir.

Zamanaşımı başlıklı on dördüncü bölüm, altı kısımdan oluşmaktadır. Genel hüküm başlıklı ilk kısımda (m.14:101) zamanaşımına tabi alacaklar düzenlenmiştir. Zamanaşımı süreleri ve başlangıcı başlıklı ikinci kısımda (m.14:201 – 14:203) genel zamanaşımı süresi, mahkemede tespit edilen alacaklara uygulanan süre, bu sürenin başlangıcı işlenmiştir. Sürenin uzaması başlıklı üçüncü kısımda (m.14:301 – 14:307) bilmeme durumunda askıya alma, mahkeme ve mahkeme dışı usuller durumunda askıya alma, alacaklının kontrolü dışındaki engel halinde askıya alma, müzakere halinde sürenin ertelenmesi, ehliyetsizlik halinde bitiş süresinin ertelenmesi, veraset halinde sürenin ertelenmesi, sürenin azami uzunluğu, düzenlenmiştir. Sürelerin yenilenmesi başlıklı dördüncü kısımda (m.14:401 – 14:402), borcun kabulünden sonra yeni zamanaşımı, ifaya teşebbüs ile zamanaşımının yenilenmesi, düzenlenmiştir. Zamanaşımının hükümleri başlıklı beşinci kısımda(m.14:501 – 14:503), genel hüküm, fer'i alacaklar üzerindeki etkisi, takas üzerindeki etkisi, işlenmiştir. Tarafların anlaşması ile yapılan değişiklik başlıklı altıncı ve son kısımda(m.14:601), zamanaşımına ilişkin anlaşmalar, düzenlenmiştir.

Kanuna aykırılık başlıklı on beşinci bölümde (m.15:101 – 15:105), temel ilkelere aykırı sözleşmeler, emredici kuralları ihlal eden sözleşmeler, sözleşmenin kısmi geçersizliği, iade, tazminat, düzenlenmiştir.

Şartlar başlıklı on altıncı bölümde (m.16:101 – 16:103), şart tipleri, şartlara müdahale, şartları hükmü, işlenmiştir.

İlkelerin son bölümü olan, faizlerin ana paraya katılması başlıklı on yedinci bölümde(17:101), faizlerin ana paraya katılması işlemiştir⁴⁶⁷.

cc) Avrupa Sözleşmeleri Hukuku Genel İlkelerinin İçeriği

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri, Avrupa’da yürürlükte olan hukuku değil, olması gereken hukuku belirlemeye çalışmıştır⁴⁶⁸. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri, Avrupa Topluluğunun, sözleşme hukukuna ilişki genel ilkelerini belirlemektedir. Bu ilkeler ayrıca, sözleşmelere uygulanabilecek nitelikteki hükümler içermektedir.

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkelerine hâkim olan temel düşüncelerden birisi, “sözleşme özgürlüğü” ilkesidir. Sözleşme özgürlüğü, ilkelerin ilk bölümünde düzenlenmiştir⁴⁶⁹. Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, taraflar, sözleşmenin içeriğini, taraflarını ve şeklini⁴⁷⁰ serbestçe belirleyebileceklerdir. Bu kurallara hâkim olan diğer ilke, “iyiniyet” ilkesi olarak

⁴⁶⁷ Dayınlarlı, Lando İlkeleri, s. 346-350.

⁴⁶⁸ Güçer,S.: UNIDROIT İlkeleri, Batider, C.XXIII, Yıl: 2005, S. 21, s.156.

⁴⁶⁹ Madde 1 : 102 : “ (1) Taraflar sözleşme yapmada ve sözleşmenin içeriğini belirlemede, iyiniyet kurallarının ve bu ilkelerle düzenlenmiş olan emredici kuralların icaplarına uymak kaydıyla, serbesttirler.

(2) Taraflar bu ilkelerde aksine hüküm olmadıkça, ilkelerin herhangi birinin uygulanmasını hariç tutabilir veya onlardan ayrılabilir veya onların hükümlerini değiştirebilirler.”

⁴⁷⁰ Madde 2 : 101/2 : “ Sözleşmenin ne yapılması ne de kanıtlanması için yazılı olma zorunluluğu olmadığı gibi, sözleşme herhangi bir şekle de tabi değildir. Sözleşme tanıklar dâhil tüm vasıtalarla ispat edilebilir.”

karşımıza çıkmaktadır⁴⁷¹. Bu ilkelere göre taraflar kabul ettikleri veya tespit ettikleri teamül ve uygulamalarla tarafların birbirlerine bağılırlar⁴⁷².

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri, sözleşmenin kurulması, sözleşmenin hükümleri, ifası ve sona erme hallerini düzenlemiştir. İlkelerin bu kuralları düzenleme yaklaşımı, Avrupa'da yürürlükte bulunan borçlar kanunlarının düzenlemeleri ile örtüşmektedir. Bu durum, ilkelerin ileride çıkması muhtemel bir Avrupa Sözleşmeler Kanunu için kaleme alındığının da göstergesidir.

dd) Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkelerinin Uygulaması

Uluslararası nitelikli ticari sözleşme tarafları, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerini sözleşmelerinin bir parçası haline (*incorporate*) getirebilirler.⁴⁷³. Bunun yanında, tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak, "*hukukun genel ilkeleri*", "*lex mercatoria*" veya benzeri yazısız, milli olmayan karakterli hukuk kurallarını seçmeleri durumunda; bu ilkelerin uygulanabilirliğe sahip olup olmadığı bu ilkelere belirtilmiştir⁴⁷⁴. *Dayınlarlı*'ya göre, taraflar uluslararası ticari sözleşmelerde sözleşmeye uygulanacak maddi hukuk kurallarını tayin etmediklerinde de, hakemler bu ilkeleri uygulayabileceklerdir⁴⁷⁵. Bu ilkelerin uluslararası ticari sözleşmelerde, maddi hukuk olarak seçilmesinin yanında ayrıca, bu ilkelerin uluslararası ticari sözleşmelere uygulanacak hukuk sisteminin veya kurallarının ortaya çıkartabileceği bir soruna çözüm bulmada yetersiz kalması halinde, soruna bir çözüm getirebilecek yedek kurallar

⁴⁷¹ Madde 1: 201: "(1) Taraflardan her biri iyiniyet kurallarına göre hareket etmek zorundadır.

(2) Taraflar bu yükümlülüğü hariç tutamaz veya sınırlayamazlar."

⁴⁷² Madde 1: 105: "(1) Taraflar kabul ettikleri herhangi bir teamül ve kendi aralarında tespit ettikleri herhangi bir uygulama ile bağılırlar.

(2) Taraflar, aynı durumdaki kişiler tarafından genel olarak uygulanabilir kabul edilen bütün teamüllerle, bu teamüllerin uygulanması mantıksız olmadıkça bağılırlar."

⁴⁷³ Dayınlarlı, Lando İlkeleri, s.336.

⁴⁷⁴ Bkz. Avrupa Sözleşmeler Hukuk Genel İlkeleri m. 1: 101.

⁴⁷⁵ Dayınlarlı, Lando İlkeleri, s.337: " ticari acentelik yapan bir Türk firması ile iş sahibi bir Fransız firması arasındaki sözleşmeden doğan ihtilafta hakemler sözleşmeye uygulanacak maddi hukuk kuralları olmadığı için *lex mercatoria* 'yı uygulamış ve Fransız iş sahibini komisyon ödemeye mahkum etmiştir."

olarak da kullanılabilirler⁴⁷⁶. Bu durum, ilkelerin yedek kural olma özelliğini de ortaya koymaktadır. Yani, uluslararası ticari bir sözleşmenin, kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca belli bir hukuk düzenine tabi olması durumunda bile, bu ilkeler yedek kurallar olarak uygulama alanı bulabileceklerdir.

b) UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin İlkeler (*Principles for International Commercial Contracts*)

aa) Genel Olarak

1926 yılında özel hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla kurulan *UNIDROIT (Institut international pour l'unification du droit privé)* ⁴⁷⁷ isimli uluslararası bağımsız bir statüye sahip olan enstitü⁴⁷⁸ 1994 yılının sonlarına doğru, “Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin İlkeler”ini (*Principles of International Commercial Contracts*) yayımlamıştır.

UNIDROIT İlkelerinin önsözünde, ilkelerin amacının uluslararası ticari sözleşmeler için “genel kurallar” oluşturmak olduğu belirtilmiştir. Uluslararası ticari sözleşmeler için genel kurallar ihdas edilmesi de, mevcut uluslararası ticaret hukukunun ihtiyaçlara cevap veremediğinin bir kanıtıdır⁴⁷⁹. Ticaretin hızlı gelişimi ve uluslararası niteliği, doğması muhtemel uyuşmazlıkların hızlı ve etkin çözümünü gerektirmektedir. Uyuşmazlıkların çözümü için yapılan maddi hukuka ilişkin uluslararası anlaşmalar genelde

⁴⁷⁶ Bkz. Avrupa Sözleşmeler Hukuk Genel İlkeleri m. 1: 101/4

⁴⁷⁷ Oğuz, Hukukun Birleştirilmesi, s.56; Güçer, s. 149.

⁴⁷⁸ <<<http://www.UNIDROIT.org/english/presentation/main.htm>>>, (17.05.2008): Bu enstitü üyeleri şu hukukçulardan oluşmaktadır: “Berardino LIBONATI(Başkan), Martin ADENSAMER (Austria), Tugrul ARAT (Turkey), Antonio BOGGIANO (Argentina), Hans-Georg BOLLWEG (Germany), Sergio CARBONE (Italy), Nabil ELARABY (Egypt), Michael Bendik ELMER (Denmark), Henry Deeb GABRIEL (United States of America), Ian GOVEY (Australia) , Attila HARMATHY (Hungary), Arthur S. HARTKAMP (Netherlands), Gerard W. HOGAN (Ireland), Kiyoshi HOSOKAWA (Japan) , Anthony INGLESE (United Kingdom), Alexander KOMAROV (Russian Federation), Byung-Hwa LYOU (Republic of Korea), Didier OPERTTI BADÁN (Uruguay), Jorge SÁNCHEZ CORDERO DAVILA (Mexico),Biswanath B. SEN (India), Stanislaw J. SOLTYSINSKI (Poland), Bruno STURLESE (France), Anne-Marie TRAHAN (Canada), Evelio VERDERA y TUELLS (Spain), Ioannis VOULGARIS (Greece), Pierre WIDMER (Switzerland), Yuqing ZHANG (People’s Republic of China)”

⁴⁷⁹ Bonell, M.J.: “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Nature, Purposes and First Experiences in Practice”(Commercial Contracts) <<<http://www.UNIDROIT.org/english/principles/pe-exper.htm>>> (16.05.2008), s.1-2.

devletlerin menfaatleri ile çelişmiştir. Bu nedenle, uyuşmazlıklarda belli bir noktada uzlaşmak mümkün olmamış ve ortaya genelde muğlak ifadelerle dolu, soyut ve hatta bazen yüzeysel veya karışık ifadeler içeren uluslararası anlaşmalar çıkmıştır⁴⁸⁰. Bunun yanı sıra bazı durumlarda sözleşmenin taraflarının sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi konusundaki özgürlükleri kısıtlanabilmektedir. Özellikle, sözleşmenin taraflarından birisi devlet ise, sözleşmeye uygulanacak hukuk o devletin hukuku olarak ortaya çıkmakta, devlet karşısında zayıf kalan taraf ise, bilmediği o devlet hukukunun kendisine uygulanmasına razı olmaktadır⁴⁸¹.

Bütün bu nedenlerle, Enstitü, 1971 yılında faaliyet alanları arasında ticari sözleşmelerin genel ilkelerini belirleyecek bir çalışmanın yapılması kararını almıştır⁴⁸². Bu nedenle, Kıta Avrupası Hukuku'nu (Continental Law), Anglo-Sakson Hukukunu (Common Law) ve Sosyalist Devletler Hukukunu temsil eden üç hukukçudan oluşan bir grup, bu konuda çalışmalara başlamıştır⁴⁸³. Bu çalışma grubu, Enstitünün diğer çalışmaları nedeniyle öncelik alamamış, ancak 1980 yılında yeniden çalışma grubu oluşturulmuş ve çalışmalar devam etmiş, 1994 yılında bu ilkeler yayımlanmıştır⁴⁸⁴. UNIDROIT İlkeleri, çalışma grubunun kullandığı dil olan İngilizce olarak hazırlanmıştır. Bugün ilkelerin Çin, Çek, Hollanda, Slovak, Vietnam dillerinde ve Fransızca, Almanca, İtalyanca, Rusça, İspanyolca, Arapça, Portekizce çevirileri bulunmaktadır⁴⁸⁵.

Bu ilkeler oluşturulurken, ilkelerin hukuku şekillendirmesi değil, belirlemesi amacı hedef alınmıştır. Nitekim çoğu ülkenin hukuk sisteminin

⁴⁸⁰ Güçer, s.150.

⁴⁸¹ Güçer, s.150.

⁴⁸² Bonell, M.J.: "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", (European Contract Law), Uniform Law Review, Vol.26, (1996), s.229.

⁴⁸³ Dayınlarlı, K.: Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, Gülören Tekinalp'e armağan,(UNIDROIT), MHB, Yıl:23, Sayı:1-2, İstanbul 2003, s.203: Bu hukukçular: "René DAVID, Clive M. SCHMITTHOFF ve Tudor POPECU'dur."

⁴⁸⁴ Oğuz, Hukukun Birleştirilmesi, s.57; Güçer,s.151.

⁴⁸⁵ Bonell, European Contract Law, s.156.

temel yapı taşları bu ilkelerde yer almıştır⁴⁸⁶. Dolayısıyla ilkeler sadece Avrupa Birliği ülkelerine değil, tüm dünya ülkelerine yönelik bir çalışma olup, bu özelliği ile Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkelerinden ayrılmaktadır. UNIDROIT İlkeleri, ne bir kodifikasyon, ne de uluslararası bir anlaşma niteliğindedir. Bu ilkeler daha çok, uluslararası ticari sözleşmeler hukukunun, “*Restatement*”leri gibi anlaşılmalıdır⁴⁸⁷.

UNIDROIT İlkeleri, uluslararası ticaretin uygulayıcıları, sözleşmenin tarafları, hakemler ve mahkemeler uyguladıkça, *lex mercatoria* haline gelecektir. Kaldı ki, Enstitü sekreteryası tarafından yapılan açıklamada, bu ilkelerin dünyanın farklı coğrafyalarında, yılda yüzün üzerinde sözleşme görüşmelerinde, uyuşmazlık çözümünde ve tahkimde kullanıldığı belirtilmiştir. Bu durum, modern anlamda bir “*ius commune*” ya da “*lex mercatoria*”nın oluşumunu ispatlamaktadır.

Uluslararası ticaret, genel niteliği bakımından, milli hukuk sistemlerinin etkisinden kaçma eğilimindedir. Bu nedenle, UNIDROIT İlkeleri, hiçbir milli hukuk sistemine bağlı olmayan yapısı nedeniyle, bu gereksinimi karşılamaktadır. Hatta bu ilkelerin uluslararası ticaret yaşamında uygulanabilir kalitede kurallar olmalarından dolayı, ilkeler daha yaygın şekilde kullanılır hale gelmektedirler⁴⁸⁸.

Uluslararası ticari sözleşme taraflarınca, UNIDROIT İlkeleri, o sözleşmenin şartları halinde sözleşmeye dâhil edilebilir kurallar olması yanında⁴⁸⁹, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak da seçilebilir. Genelde uluslararası ticari sözleşmelerde, uygulanacak hukuk seçimi olarak yapılan “hukukun genel ilkeleri” ya da “uluslararası ticari örf ve adet” veya “*lex mercatoria*” gibi seçimler, bu kavramların içerdikleri belirsizlikler nedeniyle de

⁴⁸⁶ Basedow,J.: “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts from a new *lex mercatoria*?”, <<<http://www.cisg.pace.law.edu/cisg/biblio/baron.html>>>, (04.04.2008), s.2, naklen, Güçer,s.151.

⁴⁸⁷ Oğuz, Hukukun Birleştirilmesi, s.57.

⁴⁸⁸ Oğuz, Hukukun Birleştirilmesi, s.58.

⁴⁸⁹ Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin UNIDROIT İlkelerinin Önsözü için bkz.:<<<http://www.UNIDROIT.org/english/principles/chapter-0.htm>>>(16.05.2008), s.2.

eleştiriye uğramıştır. *Bonell*, UNIDROIT ilkelerini iyi tanımlanmış kurallar bütünü olarak kabul etmektedir. Hatta bu ilkelere başvurmak suretiyle hakemlerin şimdiye kadar verdiği kararlarda, belirsizlik ve önceden tahmin edilememe önemli ölçüde azaltmakta olduklarını ifade etmektedir⁴⁹⁰. UNIDROIT ilkeleri, bu eleştirileri önlemek amacıyla, sistematik ve iyi tanımlanmış kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır.

UNIDROIT ilkelerinin ayrıca, milli yasa koyucularına, sözleşme hukuku kuralları koyarken dikkate almaları gereken bir model oluşturmalarının yanı sıra, bu ilkeler uluslararası sözleşmelerin yapılmasında da model oluşturur.

UNIDROIT İlkeleri, yorum uyuşmazlıklarını çözmeye yönelik hükümler içermekte olup, ayrıca çeşitli belgelerde aynı kavram için farklı terimlerin kullanılmasından doğan yanlış anlamaları da önlemekte, bir terim birliği sağlamaktadır.

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri gibi, UNIDROIT ilkeleri de, uluslararası ticaretin gelişimi için bir başlangıç noktasıdır. Her ne kadar bu iki model kanun, *lex ferenda* (olması gereken)'yı göstermekte olsalar da, uygulamaya bağlı olarak zamanla, uluslararası ticari sözleşmeler hukukunun ana kaynakları haline geleceklerdir.

bb) UNIDROIT İlkelerinin Önsözü(Preamble) ve Amacı

UNIDROIT İlkelerinin amacı önsözünde ifade edilmiştir. İlkeler, bağımsız bir uluslararası ticaret hukuku düşüncesini ortaya koymakta ve uygulama alanlarını ayrıntıya girmeden belirlemektedir. UNIDROIT ilkeleri, milli hukuk sistemlerindeki ayrılıklardan dolayı oluşacak engelleri, sözleşme hukukunun genel hükümlerini ortaya koymak suretiyle aşma amacını gütmektedir⁴⁹¹. UNIDROIT ilkeleri, ancak sözleşme taraflarının

⁴⁹⁰ Bonell, M.J.: “An International Restatement Of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2 nd Edition,(Restatement Of Contract Law),(1997), s.211.

⁴⁹¹ Oğuz, Hukukun Birleştirilmesi, s.58.

sözleşmelerinin bu ilkelere tabi olacağını kararlaştırmaları durumunda uygulama kabiliyeti bulacaktır (Önsöz m.I/II). Fakat taraflar, sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak, “genel hukuk ilkeleri” veya “*lex mercatoria*” gibi hukukları belirledikleri takdirde, yine UNIDROIT ilkeleri uygulama kabiliyeti bulacaktır (Önsöz II). Uygulanacak hukukun ilgili kurallarını bulmanın mümkün olmadığı anlaşılırsa, ilkeler doğan soruna çözüm getirebilecektir (Önsöz III).

UNIDROIT ilkeleri, uluslararası tek tip hukuk belgelerinin yorumlanmasında ya da tamamlanmasında kullanılabilir (Önsöz IV). Ayrıca bu ilkeler, milli ve uluslararası kanun koyucular için model işlevi görebilir (Önsöz V).

cc) UNIDROIT İlkelerinin Biçimi ve Planı

Bu ilkeler, 7 bölüm ve önsöz dâhil 119 maddeden oluşmaktadır. Bu bölümler şu şekilde sıralanabilir:

Birinci bölüm(m.1.1 – 1.10): Başlangıç maddesi olup, genel hükümler ihtiva etmektedir. Bu bölümde sözleşme ve şekil özgürlüğü, sözleşmenin bağlayıcı gücü, emredici kurallar, taraflarca bu kurallardan ayrılma ve bu kurallarda değişiklik yapma, ilkelerin yorumu ve boşlukların doldurulması, iyiniyet, teamüller ve uygulamalar, tebliğ ve tanımlar hükme bağlanmıştır.

İkinci bölüm(m. 2.1 – 2.22) sözleşmenin kurulması ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir. Özellikle; sözleşmenin kuruluşu, icabın tanımı, icabın geri alınması, icaptan dönme, icabın reddi, kabulün şekli, kabulün süresi, gecikmiş kabul, kabulün geri çekilmesi, kabulün değiştirilmesi, yazılı teyit, esas veya şekli mutabakata tabi sözleşme, tespiti daha sonraya bırakılan hüküm, kötü niyetle yapılan müzakereler, sözleşmenin gizli tutulması, tip maddeler, standart olmayan hükümler arasında çelişki, tip maddeler üzerinde uyumsuzluk gibi konular görülmektedir.

Üçüncü bölümde (m. 3.1 – 3.20) sözleşmenin geçerliliği ele alınmıştır. Bu bölümde, sözleşmede ele alınmayan hususlar, başlangıçtaki imkansızlık, hatanın tanımı, hata nedeniyle iptal, ifade etme ve iletişimde hata, hile, tehdit, aşırı yararlanma, süreler, kısmi iptal, iptalin geriye etkili hükmü, tazminat, hükümlerin emredici niteliği, tek taraflı beyanlar işlenmiştir.

Dördüncü bölümde(m. 4.1 – 4.8) sözleşmenin yorumlanması düzenlenmiştir. Bu bölümde, sözleşme yapılırken tarafların niyeti, beyanları ve davranışlarının yorumu, yoruma uygun hal ve şartlar, sözleşmeye atıf, faydalı yorum, aleyhe yorum kuralı, dil aykırılıkları, mevcut olmayan terimin yerine ikame yapılması işlenmiştir.

Beşinci bölümde (m. 5.1 – 5.8) sözleşmenin içeriğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Burada, sözleşmedeki açık ve örtülü yükümlülükler, taraflar arasında işbirliği görevi, sonuç borcu veya vasıta borcu, borç tipinin belirlenmesi edimin kalitesinin tayini, fiyat tespiti, süresi belli olmayan sözleşmeye ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Altıncı bölüm iki kısımdan oluşmakta olup, birinci kısımda (m. 6.1.1 – 6.1.17) genel olarak ifa konusu ele alınmış, ikinci kısımda (m. 6.2.1 – 6.2.3) işlem temelinin çökmesi ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Bu bölümde şu başlıklar işlenmiştir: ifa zamanı, bir defada ifa, kısmi ifa, ifa emri, erken ifa, ifa yeri, çekle veya başka vasıtalarla ödeme, para transfer ederek ödeme, ödeme parası, sözleşmede belirlenmeyen para, ifa maliyeti, ödemelerin mahsubu, parasal olmayan borçlarda mahsuplaşma, kamu izni için başvuru, izni elde etme usulü, izin talebinin reddedilmesi gibi hükümler yer almaktadır.

Yedinci bölüm ise ademi ifaya ayrılmıştır. Bu bölüm dört kısımda incelenmiş olup, birinci kısımda (m.7.1.1 – 7.1.7) ifa etmeme genel olarak işlenmiştir. Bu bölümde, ifanın tanımı, ifanın ertelenmesi, ifa için ek süre, muafiyet hükümleri, *force majeure* durumuna ait düzenlemeler işlenmiştir. İkinci kısımda (m.7.2.1 – 7.2.5) ifa alt başlığı altında, para borcunda ifa, parasal olmayan borçlarda ifa, ayıplı ifayı düzeltme ve ikame etme, yasal

ceza, çözüm yolu değişikliği gibi hükümlere yer verilmiştir. Üçüncü kısımda(m. 7.3.1 – 7.3.6) sözleşmenin ortadan kaldırılması işlenmiştir. Bu bölümde, fesih hakkı, fesih ihbar, erken ademi ifa, yeterli iyi ifa güvencesi, feshin hükümleri, iade koşulları işlenmiştir. Dördüncü kısımda(m.7.4.1 – 7.4.13) tazminat hükme bağlanmıştır. Maddi tazminat alt başlığında, tazminat hakkı, tam tazminat, zararın kesinliği, zararın öngörülebilirliği, ikame anında zararın kanıtlanması, cari fiyata ilgide bulunarak zararın kanıtlanması, alacaklıya atfı kabil kısmi zarar, zararın azaltılması, para borçlarının ödenmemesi halinde uygulanacak gecikme faizleri, tazminatı hesaplama parası, sözleşme ile tespit edilen tazminat hükümleri işlenmiştir⁴⁹².

Her madde sonunda, kuralın amacı ve çeşitli kullanım şekillerini belirlemeye yönelik bir açıklama yapılmıştır. Bu ilkeler hazırlanırken, milli mevzuatlardan bağımsız olması amaçlanması nedeniyle, milli hukuklarda kullanılan teknik terimlerden olabildiğince kaçınılmış, genelde Uluslararası sözleşmeler uygulamasında tercih edilen terimler kullanılmıştır⁴⁹³.

dd) UNIDROIT İlkelerinin İçeriği

UNIDROIT ilkeleri, Amerikan “*Restatement*”lerinde izlenen yapı dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Bunun anlamı, ana kurala ya da genel bir yasal ilkeye yer verildikten sonra, kısa bir açıklama yapılmış ve açıklayıcı örneklerle yer verilmiştir. Bu tür açıklamalar sadece kuralların esaslarını meşrulaştırarak yetkisini arttırmakla kalmamakta, aynı zamanda ilkelere varolan gelişim potansiyeli için müessese oluşturmaktadır⁴⁹⁴. UNIDROIT ilkelerinin, uluslararası ticarete, uygulama çevresini genişletme eğilimi vardır. Bu eğilim, Uluslararası ticari sözleşmelerin uygulamasının pratik ve güvenilebilir hale getirilmesi amacıyla çeşitli kurallar içermektedir. İlkelerde,

⁴⁹² Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.206.

⁴⁹³ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.36.

⁴⁹⁴ Berger, K. P.: “ The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts” in Law and Policy in International Business, 1996, Vol.28, No.4, s.946.

sözleşmelerin yorumu, uzun dönem sözleşmelerinde mücbir sebep ve zor durum şartlarının kabulü gibi, düzenlemeler bu amacı göstermektedir⁴⁹⁵.

UNIDROIT ilkeleri hazırlanırken, bütün hukuk düzenleri dikkate alınmamıştır. Ancak, İlkeler daha çok, Kara Avrupası kanunlarının tarzına daha yakın şekilde hazırlanmıştır⁴⁹⁶. İlkeler hazırlanırken, milli hukuk düzenlerinden esinlenilmemesine rağmen, *Uluslararası Mal Satışlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*'ne (Vienna Sözleşmesi) kaynak olarak açıkça atıf yapılmış, *Incoterms*, Belgeli Akreditif Hakkında Yeknesak Kurallar⁴⁹⁷ gibi kaynaklar da dikkate alınmıştır⁴⁹⁸.

UNIDROIT ilkeleri, her devletin kendi milli hukukuna model hukuk olarak ya da onaylanarak dâhil etmeyi kabul edeceği bir sözleşme olarak hazırlanmamıştır. Bu ilkeler, milletler üstü ticarete yasal düzen, bir *ratio scripta* (yazılı anlam), oluşturmayı amaçlamıştır. Doğal olarak ilkelerin yasal bir bağlayıcı gücü olmaması nedeniyle, ilkelerin bağlayıcılığı rasyonel ikna (*imperio rationis*) gücü ile sağlanacaktır⁴⁹⁹.

ee) UNIDROIT İlkelerinin Hazırlanma Metodolojisi ve Prensiplerin Genel Nitelikleri

Uluslararası ticaret hukukunun bir metodolojik temele dayanması önem taşır. Metodolojik bir temeli olmayan bir ilkeler bütünü, rasyonel ikna (*imperio rationis*) gücünden yoksun kalırlar. *Lex mercatoria* teorisine yönelen en büyük haklı eleştiri de, bu teorinin bir metodolojik temele dayanmamasıdır. Bu da, *lex mercatoria*'nın bağlayıcılığını azaltmaktadır⁵⁰⁰.

UNIDROIT İlkelerinde kullanılan metodoloji olarak karşımıza, “fonksiyonel yasal karşılaştırma” (işlevsel denklik) metodu çıkmaktadır. Bu

⁴⁹⁵ Berger, s.947.

⁴⁹⁶ Bonell, Commercial Contracts, s.5.

⁴⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özel, S.: Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği, İstanbul,1991, s.103-106.

⁴⁹⁸ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.37.

⁴⁹⁹ Berger, s.949.

⁵⁰⁰ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.45.

metodoloji, 1990 yılında Paris'te yapılan ilk Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi'nden tanımlanmıştır. Bu metod, karşılaştırmalı hukuk sistemi ile evrensel hukuk ilkelerinin bulunmasını ifade eder. Böylece, birbiriyle karşılaştırılması imkânı olmayan kurumların karşılaştırılması mümkün değildir. Sadece, aynı ödevi, aynı işlevi yerine getiren kurumlar birbiriyle karşılaştırılabilir. Her toplumun hukukunda aynı sorunları çözen kurumlara rastlanması doğaldır. Bu kurumların getirdikleri çözüm yolları farklı olabilir. Bu nedenle, farklı hukuk sistemlerindeki benzer kurumları, milli hukuk düzenindeki kavramlardan bağımsız olarak ele alınmalıdır. Bu metod, farklı kurumların, bir sorun hakkındaki ortak çözüm noktalarını incelenmekte ve bu ortak noktaları, ortak bir ad altında toplamaktadır⁵⁰¹. Bu çalışma yapılırken, teolojik veya yapısal olarak ortak noktalara ulaşıldığında, söz konusu sorunun temelinde yatan ve hukuk düzeni tarafından tanımlanmış olan vakıya yani geçerli bir genel hukuk ilkesine ulaşılmış olunacaktır.

UNIDROIT ilkeleri de, işlevsel denklik yaklaşımı ile hazırlanmış ilkelerdir. Bu ilkeleri hazırlayanlar, karşılaştırılacak hukukları seçerken yalnızca, Kıta Avrupası ve Common Law gibi klasik sistemlerin hukuklarını değil, melez hukuk sistemlerini de seçmişlerdir. Mesela, bu yaklaşım içerisinde Sovyet Rusya hukukunu da dikkate almışlardır⁵⁰².

UNIDROIT ilkeleri, hukukların karşılaştırılması sonucunda birçok ortak nokta tespit etmiş ve uluslararası ticarete en uygun çözüm yollarını bulmaya çalışmış⁵⁰³; aynı zamanda medeni hukukun klasik konularını da içine almıştır⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.44.

⁵⁰² Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.46.

⁵⁰³ İşlem temelinin çökmesi(hardship), mücbir sebep(vis major) vb. gibi.

⁵⁰⁴ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.48.

ff) UNIDROIT İlkelerine Hâkim Olan Temel Düşünceler

UNIDROIT ilkelerine temel olan düşüncelerden birisi, sözleşme özgürlüğü düşüncesidir. UNIDROIT ilkeleri md. 1.1’de sözleşme özgürlüğü, “Taraflar, sözleşme yapmak ve onun içeriğini belirlemekte özgürdürler” şeklinde tanımlanmıştır. Böylelikle, hemen hemen bütün ülke kanunlarında temel olan ve genel bir sözleşmeler hukuku ilkesi haline gelen, sözleşme özgürlüğü ilkesi, UNIDROIT ilkelerinde de benimsenmiştir. Dolayısıyla, Uluslararası ticarete tacirler, malını ve emeğini kime sunacağını veya mal ve emeği kimden alacağını, sözleşmesinin içeriğini belirlemek hakkına sahip olacaktır.

UNIDROIT ilkelerine hâkim bir diğer düşünce ise, ticari teamüllerin dikkate alınması gerekliliğidir. Böylelikle, ilkeler uluslararası ticaretin hızlı gelişimi karşısında, esnek ve uygulanabilir hale gelecektir. Bu temel düşünce, ilkelerin md. 1.8’de düzenlenmiştir⁵⁰⁵. Bu maddeye göre, taraflar kendi aralarında kararlaştırdıkları teamüllerle ve kendi aralarında oluşturdukları uygulamalarla bağlı oldukları gibi, uluslararası ticarete yaygın kullanılan ve uygulaması hakkaniyete uygun olan teamüllerle de bağlıdırlar⁵⁰⁶.

UNIDROIT ilkelerinde hâkim olan düşüncelerden birisi de, sözleşme lehine harekettir (*favor contractus*). Uluslararası ticari sözleşmelerin konusunu oluşturan meblağın fazlalığı ve bu sözleşmeyi ayakta tutmanın yararlı olacağı düşüncesi bu ilkelere hâkim olan düşüncedir⁵⁰⁷.

UNIDROIT ilkelerine ilişkin bir diğer hâkim düşünce ise, iyiniyet ilkesidir. UNIDROIT ilkeleri md. 1.7’ye göre iyiniyet, “Taraflardan her biri,

⁵⁰⁵ Madde 1.8: “(1) Taraflar üzerinde mutabık kaldıkları teamüllerle, aralarında tespit ettikleri uygulamalarla bağlıdırlar. (2) Taraflar, milletlerarası ticarete geniş çapta tanınan ve ilgili ticari dalda sözleşmelerde taraflarca düzenli olarak görülen, uygulaması mantıksız olmayan tüm teamüllerle bağlıdır.”

⁵⁰⁶ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s. 37.

⁵⁰⁷ Sözleşme lehine yorum düşüncesi hakkında bkz. UNIDROIT ilkeleri md. 2.11 (değiştirerek kabul), md. 2.14(bilinçli olarak düzenlenmeyen koşullar), md.2.22 (birbiriyle çelişen genel işlem şartları), md. 3.2 (sözleşmenin geçerliliği), md. 6.21 – 6.23 (işlem temelindeki değişiklikler), md. 7.3.1 – 7.3.6 (sözleşmenin feshi), md.7.1.4 (temerrüde düşen tarafın sonradan ifas)

uluslararası ticarete iyiniyet ve dürüstlük ilkesine göre davranmak zorundadır” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, sözleşme tarafları, sözleşme görüşmeleri ve sözleşme devam ederken bu ilkeye uymakla yükümlüdür. UNIDROIT ilkeleri, iyiniyeti bir genel ilke olarak benimsemiştir. Böylelikle, *Common Law* sisteminden ayrılmıştır. Zira Common Law sistemi, söz konusu ilkeyi, sadece sözleşmenin ifa edilmemesi durumu ile sınırlamıştır⁵⁰⁸.

UNIDROIT ilkelerinde kabul edilen düşüncelerden bir diğeri ise zayıf tarafın korunmasını temel alan haksız şartların denetimidir. Bunun için, ilkelerin m.3.8 ve 3.9’da⁵⁰⁹ düzenlenen, hile ve tehdit düzenlemeleri; beklenmeyen koşul hakkında m. 2.20⁵¹⁰ ve taraflardan birinin genel işlem şartını kullanması durumunda diğer tarafı bu şartlardan koruyan md.4.6⁵¹¹ gibi hükümlerin yanında ayrıca, m. 7.1.6⁵¹² muafiyet yasağı hükmü ile m.7.4.13⁵¹³’te düzenlenen sözleşmede tespit edilen tazminat hükümleri, bu denetimi sağlamaktadır. Bunun dışında, m.3.10’da düzenlenen gabin düzenlemesine göre, bir sözleşme veya sözleşmenin somut koşulu, şu durumların ortaya çıkması ile feshedilir: Birincisi, sözleşme taraflarının

⁵⁰⁸ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.38.

⁵⁰⁹ Hata ve hileye ilişkin UNIDROIT ilkelerinin maddeleri: md. 3.8 (Hile): “ Bir tarafın taahhüdü diğer tarafın hileli davranışlarıyla özellikle onun sözü veya hareketleri ile belirlemiş veya bu taraf ticari işlerde iyiniyet kurallarına aykırı olarak, diğer tarafa bildirmesi gerekli olan özel şartları hileli biçimde bildirmemiş ise, buna maruz kalan taraf hile sebebiyle sözleşmenin iptalini ileri sürebilir.”; md.3.9(Tehdit): “ Bir taraf diğer tarafın tehdidi ile sözleşme yapmaya sevk edildiği zaman hal ve şartlar dikkate alındığında, tehdidin ciddiliği ve yakınlığı tehdide maruz kalan tarafa makul herhangi bir çıkış yolu bırakmaz ise, tehdit nedeniyle sözleşmenin butlanı ileri sürülebilir. Bir tarafın tehdit edildiği fiil veya ihmalin kendisinin haksız olması veya sözleşmenin yapılmasını temin için böyle tehdide müracaat edilmiş olması durumunda özellikle tehdit haklı olmaz”.

⁵¹⁰ UNIDROIT İlkeleri m. 2.20 (alışık olunmayan hükümler): “(1) Tip-madde oluşturan bir madde, karşı tarafın açık mutabakat vermesi durumu hariç, diğer tarafın onu sözleşmede görmesini makul olarak beklemediği nitelikte ise geçersizdir. (2) Bir maddenin bu nitelikte olup olmadığını belirlemek için onun içeriği, kullanılan dili veya takdim edilişi dikkate alınır”.

⁵¹¹ UNIDROIT İlkeleri m.4.6(Aleyhe yorum kuralı): “Bir tarafça temin edilen sözleşme hükümleri açık değilse, tercihen onları teklif edenin aleyhine yorumlanır”.

⁵¹² UNIDROIT İlkeleri m.7.1.6(Muafiyet hükümleri): “Bir taraf, ademi ifa sorumluluğunu sınırlayan veya hariç tutan veya diğer tarafın makul olarak beklediği ifadan esaslı olarak farklı bir ifaya izin veren bir hükmü, sözleşmenin amacına göre açıkça onu yapmak hakkaniyete uygun değil ise ileri süremez”.

⁵¹³ UNIDROIT İlkeleri m.7.4.13(Sözleşmede tespit edilen tazminat): “(1) Sözleşme ifayı yerine getirmeyenin ademi ifa nedeniyle belli bir miktarın ödeneceğini öngörmüş ise, gerçekten katlanılan zarardan bağımsız olarak bu meblağ alacaklıya verilir. (2) Her halükarda, aksine tüm şartlara rağmen, belirtilen tazminat, ademi ifadan ve diğer hal ve şartlardan meydana gelen zararlar mukayese edildiğinde açıkça aşırı ise makul bir meblağa indirilebilir”.

karşılıklı hak ve yükümlülüklerinde, tek bir tarafı önemli derecede zarara uğratacak kadar büyük bir farklılık olması ve ikincisi, bu zararın haksız olmasıdır⁵¹⁴. Bu maddelerden de anlaşılacağı üzere, UNIDROIT ilkeleri, haksız şart denetimi ilkesini benimsemiştir.

gg) UNIDROIT İlkelerinin Uygulaması

UNIDROIT ilkelerinin uygulama alanları, önsözde tespit edilmiştir. Ancak, bu ilkelerin uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin kurallar olması nedeniyle, öncelikle uluslararası olma niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu hususta, başvuru kriterleri arasında, birden fazla devletle önemli bağın olması (*significant connections with more than one state*), çeşitli devletlerin hukukları arasında bir seçim yapılmasını içermesi (*involving a choice between the laws of different states*) veya uluslararası ticaretin menfaatlerine etkisi (*affecting the interests of international trade*) bulunmaktadır⁵¹⁵.

Uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin UNIDROIT İlkeleri, milli ve uluslararası kanunlaştırmalarda, model işlevi görebilir. Zaten, ilkelerin içerik ve yapısı, sözleşmeler hukukunun genel müesseselerini ve ilkelerini belirlediği için, milli ve uluslararası kanunlaştırmalarda kaynak haline gelir. UNIDROIT ilkelerinin ulusal ve uluslararası kanunlaştırmalarda dikkate alınması ve bu ilkelere kullanılan terimlerin ulusal kanunlarda kullanılması, uluslararası sözleşmeler hukukunda terim birliği oluşturacaktır.

UNIDROIT ilkeleri, Rusya'nın yeni Medeni Kanunu'nun Genel Hükümleri kısmının oluşturulmasında, Estonya, Endonezya, Kamboçya, Litvanya, Çin Halk Cumhuriyeti ve Slovenya'nın kanunlaştırmalarında dikkate alınmıştır. Bunun dışında, Amerika Birleşik Devletleri'nde UCC(*Uniform Commercial Code*)'nin 2. maddesi değiştirilirken, Alman Borçlar Kanunu'nun

⁵¹⁴ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.39.

⁵¹⁵ Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.210.

yeniden gözden geçirilmesi için kurulan komisyonda ve nihayet Türk Borçlar Kanunu Tasarısında, UNIDROIT ilkelerinden yararlanılmıştır⁵¹⁶.

UNIDROIT ilkeleri, model kanun işlevinin dışında, sözleşme taraflarınca bu ilkelere yer alan kavram ve cümlelerin, sözleşmede kullanılmak suretiyle, milli mevzuatlardan bağımsız sözleşme yapılmasına da yardım eder. Bunun dışında, ilkeler bir kontrol listesi (*check list*) olarak da kullanılabilir⁵¹⁷.

UNIDROIT ilkeleri kapsamında sözleşmenin tarafları, esasen uluslararası maddi hukuku temsil eden bu ilkelere, sözleşmelerinin tabi olacağını kararlaştırabilirler. Bunun yanı sıra, sözleşme tarafları, UNIDROIT ilkelerini sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri gibi, sözleşmelerinde, “hukukun genel ilkelerin”, “*lex mercatoria*” vb. gibi formülleri uygulanacak hukuk olarak seçmeleri veya hiçbir hukuk seçimi yapmamaları da mümkün olabilir. Bu durumda da, UNIDROIT ilkelerinin uygulanabileceği, ilkelerin önsözünde belirtilmiştir.

Uluslararası sözleşmeye uygulanacak hukukun, ihtilâfa ilişkin özel bir hükmünün bulunmasının mümkün olmaması halinde, UNIDROIT ilkelerinin yardımcı kural olarak uygulanması da mümkündür⁵¹⁸.

UNIDROIT İlkelerinin bir diğer özelliği de, yorum aracı olarak kullanılabilir olmasıdır. Buna göre, ilkeler milli ve uluslararası kurallar uygulanırken çıkması muhtemel ihtilâflarda yorum aracı olabilir. UNIDROIT ilkeleri ile yapılan yorum, uluslararası ticaret uygulamasına yönelik bir yorum olacağı için, ihtiyaçlara önemli ölçüde cevap verir nitelikte sonuçlar doğuracaktır. UNIDROIT ilkeleri ayrıca, ulusal ve uluslararası kurallarda

⁵¹⁶ Bkz. yukarıda s. 13 vd.; Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.40.

⁵¹⁷ Oğuz, Uluslararası Ticaret Hukuku, s.41.

⁵¹⁸ Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.209: “ *Bazen tarafların seçtikleri hukukun özel hükümlerinin uygulanması halinde aşırı bir maliyetle karşılanabilir veya aşırı derecede gayret sarf edilmesi gerekebilir. Bazen de tarafların seçtiği hukuk, taraflardan birine çok daha yakın olabilir veya ona beklenenin üstünde ve gerektiğinde fazla avantaj sağlayabilir. Bu durumda milletlerüstü(supranational) veya (transnational) nitelikli UNIDROIT ilkelerinin uygulanması, tahkimde eşit davranma ilkesine daha uygun düşer.*”

oluşan boşlukları doldurmaya yarayan bir yedek kurallar bütünü olarak da karşımıza çıkmaktadır⁵¹⁹.

B) AVRUPA SÖZLEŞMELER HUKUKU GENEL İLKELERİ İLE UNIDROIT İLKELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri gibi UNIDROIT İlkeleri de, otonom bir dünya ticaret hukukunun varlığı için sözleşmeler hukukun genel ilkelerinin belirlenebilmesi yaklaşımı içinde hazırlanmış ilkelerdir. Bu ilkelerin temelindeki amaçlar aynı olmakla beraber, ilkelerin hazırlanmasında da benzer metotların varlığını görmek mümkündür.

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri, Avrupa’da yürürlükte bulunan kuralları değil, olması gereken kuralları belirlemiştir. Bu bağlamda, UNIDROIT ilkeleri ile Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkelerini birebir karşılaştırmak kolay değildir. Ancak, karşılaştırmalı hukuk açısından benzer müesseselerin düzenlendiği bu iki model kanun, benzer sorunları farklı maddelerde düzenlemiştir⁵²⁰.

Her iki model kanun, uygulamada *lex mercatoria*’nın pratik olarak uygulanmasını kolaylaştırmakla beraber, model kanun işlevi görmeleri nedeniyle, ulusal hukukların yeknesaklaşmasına da yardım etmektedir.

Her iki model kanunun benzerlikleri yanında, aynı müesseselere getirdikleri farklı çözüm yolları da mevcuttur. Bu farklılıkların bir bölümü teknik olmakla beraber, diğer bölümü ise politiktir⁵²¹.

UNIDROIT İlkeleri, düzenlemenin giriş bölümünde belirtildiği üzere, uluslararası ticari sözleşmelere uygulanabilirirken, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri, her türlü sözleşmeye uygulanma kabiliyetindedir⁵²².

⁵¹⁹ Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.210.

⁵²⁰ Bonell, Commercial Contracts, s.232.

⁵²¹ Güçer, s.156.

⁵²² Bonell, Commercial Contracts ,s.232.

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkelerinin madde metinleri dışında, hükümlerin hangi ülkenin kanunlarından alındığını gösteren açıklamalara yer verilmesi nedeniyle, UNIDROIT İlkelerinden ayrılmaktadır⁵²³.

Her iki düzenleme bugün için yürürlükte bulunmaktadır. Bu durumda, bu iki düzenlemenin birbiri ile yarışıp yarışmadığı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkelerinin 1:101/I maddesine göre, bu ilkeler, Avrupa Birliğinde sözleşmeler hukukunun genel kuralları olarak uygulanmak üzere hazırlanmıştır. Bu hüküm gereğince, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri genellikle Avrupa ülkeleri arasında gelişen ticari sözleşmeler için hazırlanmış ilkelerdir. Ancak, Avrupa ülkeleri dışında yapılan bir uluslararası ticari sözleşmede de bu ilkelerin uygulanacak hukuk olarak seçimi mümkündür⁵²⁴.

UNIDROIT İlkelerinin daha evrensel nitelikli ilkeler olmaları nedeniyle, Avrupa dışında yapılan uluslararası ticari sözleşmelerde uygulanacak hukuk olarak bu ilkelerin belirlenmesi normaldir. Elbetteki, Avrupa sınırları dâhilinde yapılan sözleşmeler içinde UNIDROIT İlkelerinin seçimi mümkün olabilir. Uluslararası ticari sözleşmelere uygulanacak hukuk seçimi konusunda ticari sözleşmenin taraflar “*lex mercatoria*” veya “hukukun genel ilkeleri” gibi hukuk seçimleri yapmışlarsa veya herhangi bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, hakem mahkemesi *lex mercatoria* olarak bu iki model kanundan hangisini dikkate alacaktır, sorusu karşımıza çıkacaktır.

Avrupa ülkeleri dışında yapılan uluslararası ticari sözleşmelerde, bu sorunun cevabı kolaylıkla “UNIDROIT İlkeleri dikkate alınacaktır”, şeklinde verilebilirken; Avrupa içerisinde yapılan uluslararası ticari sözleşmelerde, Bonell’e göre, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri, Avrupa sınırları dâhilinde tatbik edilmelidir şeklinde görülebilir. Böylelikle, UNIDROIT ilkeleri ile Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri, birbiriyle çatışmayacak ve bu

⁵²³ Güçer, s.156.

⁵²⁴ Bonell, Commercial Contracts,s.232.

iki düzenleme ayrı ayrı varlığını sürdürebileceklerdir⁵²⁵. Ancak, kanaatimizce, bu çözüm yolu, Avrupa sınırları içerisinde bulunan ve büyük bir kapasiteye sahip uluslararası ticari sözleşmeleri, UNIDROIT düzenlemelerinden mahrum bırakmak anlamına gelecektir. Bu nedenle, Avrupa içerisinde de UNIDROIT ilkelerinin uygulamasını sağlayacak ve her iki hükmü göz önünde tutacak geniş bir yorum metodunun geliştirilmesi gerekmektedir. Böylelikle, uluslararası ticari yaşamın ihtiyaç duyduğu esnek ve güvenli hukuk isteği, sağlanmış olunacaktır.

Sonuç olarak, benzer yaklaşımlarla hazırlanan her iki model kanun çalışması, uluslararası ticari sözleşmelerin genel ilkelerini tespit edilmesinde önemli metinler haline gelmiştir. Bu ilkelerin, genel bir sözleşme hukuku metodu oluşturması ve uluslararası ticari sözleşmeler hukukuna kaynaklık etmesi, sözleşmelerin hazırlanmasında önemli bir aşama olan temel kuralların belirlenmesi aşamasını kolaylaştırmakta, tacirlerin sözleşmenin kurulmasından önce bildikleri, risklerini değerlendirdikleri ve her hangi bir uyuşmazlık halinde uygulanmasını istedikleri kuralları tespit eden bir aşama olarak karşımıza çıkmaktadır.

IV. ULUSLARARASI TİCARİ KURULUŞLARCA HAZIRLANAN STANDART SÖZLEŞMELER VE GENEL İŞLEM ŞARTLARI

Uluslararası ticaret hayatının hızı karşısında, sözleşme taraflarının her seferinde sözleşmenin her bir maddesini tartışmaları ve karara bağlamalarını beklemek mümkün değildir⁵²⁶. Ayrıca, sözleşmenin uluslararası niteliği nedeniyle, sözleşmedeki lisan ve yorum farkı, tarafların bağlı oldukları hukuki sistemlerinin farkları gibi sözleşmeden kaynaklı ihtilâfların doğmasına olanak veren durumları azaltmak için, önceden

⁵²⁵ Bonell., Commercial Contracts,s.232.

⁵²⁶ Erdem, E.H.: Dış Ticarete Uyuşmazlıkların Azaltılması Açısından Tip Sözleşmeler Bir Çare Olabilir mi?,(Tip Sözleşme), İgeme'den Bakış Dergisi, Yıl:7, S.24,(2003), s.58.

hazırlanmış sözleşme metinleri uluslararası ticaret uygulamasında kullanılmaktadır.

Genel işlem şartları, bir sözleşme yapılırken, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden hazırlanan metinleri ifade eder⁵²⁷. Genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler, standart veya tip sözleşmeler olarak anılmaktadır. Ayrıca, ileride aynı türden birden fazla sözleşme yapmaya niyetli taraflar arasında, her bir sözleşmenin kuruluşu esnasında ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, belirli şartların bu sözleşmelerinde yer alması konusunda anlaşmaları, çerçeve sözleşme olarak isimlendirilmektedir⁵²⁸. Standart sözleşme, çerçeve sözleşme, genel işlem şartları kavramları, uluslararası ticaret uygulamasında kullanılması için uluslararası kuruluşlarca önceden hazırlanan metinler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Standart sözleşmeler, yatay standart sözleşmeler ve dikey standart sözleşmeler olarak ikiye ayrılabilir. Yatay standart sözleşmeler, belli bir ticaret alanının tarafları arasında ve bu ticaret alanının özellikleri dikkate alınarak oluşturulan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde, sözleşme konusu ön plana çıkmaktadır. Bu sözleşmelerin en iyi örnekleri meslek kuruluşlarınca hazırlananlardır⁵²⁹. Dikey standart sözleşmelerde ise, sözleşmenin konusu değil, taraflar ön plandadır. Örneğin, *franchise* veren ile *franchise* alan arasındaki ilişkileri düzenleyen sözleşmeler bu kapsamda sayılabilir. Bu tür

⁵²⁷ Atamer, Y.M.: Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s.62.

⁵²⁸ Barlas, N.:Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s.808.

⁵²⁹ Erdem,Tip Sözleşme, s.60: “ 1877 yılında kurulan London Corn Trade Association tarafından sadece cıf satışlar için hazırlanan altmışın üzerinde tip sözleşme vardır. Aynı şekilde, Anglo-Sakson ticaret alanında “the British Wool Confederation”, “the Cocoa Association of London Ltd.”, “the Federation of Oil,Seed and Fats Association”(Fosfa), “ the Grain and Feed Trade Association” (Gafta), “the International Wool Textile Organisation”, “the Liverpool Cotton Association”, “the General Produce Brokers’ Association of London”, “the London Jute Association”, “the London Metal Exchange”, “the London Rubber Trade Association”, “the Timber Trade Federation of the United Kingdom” tarafından hazırlanan çok sayıda tip sözleşme bulunmaktadır”; “İnşaat sektöründe en çok kullanılan tip sözleşme FIDIC(Fédération internationale des Ingénieurs- Conseils) tarafından hazırlanandır”.

standart sözleşmeler, muhtelif sözleşme konularına göre uyarlanabilmektedir⁵³⁰.

Uluslararası Ticaret Odası Tarafından Hazırlanan, ICC Model Aracılık Sözleşmesi, ICC Model Uluslararası Franchise Sözleşmesi, ICC Model Uluslararası Satış Sözleşmesi, ICC Uluslararası Acentelik Sözleşmesi, ICC Model Dağıtım – Tek Satıcı Sözleşmesi, ICC Model Sanayi Tesisi Anahtar Teslimi Sözleşmesi, ICC Model Birleşme Ve Devralma, Standart Sözleşmeleri, Sözleşmelerden Kaynaklanan Muhtemel Uyuşmazlıkları Önlemeye Yönelik Hazırlanmış Standart Sözleşmelere Örnektir⁵³¹.

Uluslararası nitelikli standart sözleşmeler, sözleşmeyi hazırlayan meslek kuruluşlarının düzenledikleri özel hükümler dışında, bazı genel standart kayıtlar içermektedirler. Bunlar, teslim ve ödeme şekilleri, yükleme ve ambalaj koşulları, kalite kontrolü, muayyene külfeti, uygulanacak hukuk, yetkili mahkeme ve tahkim kaydı, hak düşümü süresi, mülkiyeti muhafaza kayıtları, sözleşmeden dönme, sorumluluğun sınırlandırılması, ispat yükü, tazminatın hesaplanması gibi hükümleri içermektedirler⁵³².

Uluslararası nitelikli sözleşmelerden kaynaklanan ihtilâfların önlenmesi için tarafların önceden sözleşmenin hükümlerini ayrıntılı düzenleyen standart sözleşmeleri kullanmaları, uluslararası ticaret uygulamasında yaygınlaşmaktadır. Ancak, müzakere edilmeden imzalanan bu standart sözleşmeler, taraflardan birinin zararına neden olacak bir hükmü içeriyorsa, Avrupa Sözleşmeler Hukuk ilkeleri m. 4:110⁵³³ uyarınca, “(1)Ayrıca müzakere edilmeyen bir şart, iyiniyet kurallarının icaplarına aykırı olarak, o tarafın zararına tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarında önemli ölçüde dengesizliğe sebebiyet veriyorsa, sözleşmede ifa edilecek işin niteliğini, sözleşmenin diğer tüm koşullarını ve sözleşmenin yapıldığı

⁵³⁰ Erdem, Tip Sözleşmeler, s.60.

⁵³¹ Erdem,E.H.: ICC Model Contracts, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi, No:5, (ICC), s.837.

⁵³² Erdem, Tip Sözleşmeler, s.61.

⁵³³ Dayınlarlı,Avrupa Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2005, s.75.

esnadaki hal ve şartları dikkate alarak taraflardan biri onu iptal edebilir” denmektedir. UNIDROIT İlkelerinde ise, standart sözleşmeler içerisinde, alışık olunmayan bir hüküm var ise, m.2.20/I⁵³⁴ uyarınca, “Tip- madde oluşturan bir madde, karşı tarafın açık mutabakat vermesi durumu hariç, diğer tarafın onu sözleşmede görmesini makul olarak beklemediği nitelikte ise geçersizdir” denmektedir. Bu hükümden hareketle, standart sözleşme içerisinde sözleşmeye yabancı bir hüküm, aleyhine olan tarafça sözleşmede makul olarak beklenmediği nitelikte ise haksız şart sayılmakta ve geçersiz olmaktadır. UNIDROIT İlkelerine göre, bir sözleşmede, standart hükümler ile standart olmayan hükümler var ve birbiri ile çelişiyorsa, m.2.21 uyarınca, standart olmayan maddenin diğerine üstünlüğü vardır. Sonuç olarak, standart sözleşmelerdeki haksız şart durumunda, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri, iyiniyete aykırı, bir tarafın zararına ve sözleşmede dengesizliğe neden olan şartları haksız şart saymıştır. Bu şartlar için niteliğine ve halin icabına göre tarafca iptal edilebilecektir. UNIDROIT İlkelerine göre ise, tarafın sözleşmede görmesinin makul karşılamayacağı yabancı bir şartı, haksız şart saymıştır.

Sonuç olarak, uluslararası nitelikli sözleşmelerde doğması muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesi amacıyla, uluslararası kuruluşlarca, uluslararası maddi hukuk sözleşmeleri, model kanunlar ve standart sözleşmeler hazırlanmıştır.

V. ULUSLARARASI TİCARET UYGULAMASINDA SIKLIKLA GÖRÜLEN SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ

A) GENEL OLARAK

Sözleşmenin taraflarının, sözleşmenin içeriğini, şeklini ve sözleşmenin türünü belirleme özgürlükleri vardır. Bu özgürlük, sözleşme hukukunun en temel ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır⁵³⁵.

⁵³⁴ Dayınlarlı, UNIDROIT İlkeleri, s.225.

⁵³⁵ Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I, Ankara 1974, s.9; Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s.9; Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çeviren: Cevat

Roma hukukunda, sözleşmelerin tipleri, sınırlı sayıda (*numerus clauses*) olduğundan taraflar, bu belirli sayıdaki sözleşmeleri yapabilmekteydiler⁵³⁶. Ancak, günümüzde ülke hukuklarının çoğu, sözleşme özgürlüğü prensibini kabul etmektedirler. Uluslararası birçok düzenlemede de sözleşme özgürlüğü kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile sözleşme özgürlüğü, hukukun genel bir ilkesi⁵³⁷ haline gelmiştir. Bu genel ilke, uluslararası ticaret hukukunda da geçerli bir ilkedir⁵³⁸. Böylelikle, uluslararası ticari sözleşme yapan tacirler, sözleşmelerini düzenlerken, sözleşmelerinin içeriğini ve türünü serbestçe belirleyebileceklerdir.

Sözleşmenin kurulabilmesi için, önceden de belirtildiği üzere, tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşmış olmaları gerekmektedir. Başka bir ifade ile taraflar, sözleşme ile amaçladıkları faydaya ulaşmak için, olmazsa olmaz unsurlar üzerinde anlaşmalıdırlar. Sözleşmenin kanunda yer alan zorunlu noktaları, yani esaslı unsurlar, o sözleşmenin türünü de belirlemektedir⁵³⁹. Uluslararası ticari sözleşmelerde de, esaslı unsurlar, sözleşmenin türünü belirleyecektir. Örneğin, İngiliz tacir ile İsveçli tacir arasında yapılan ve buğday satışına ilişkin sözleşmede, buğdayın mülkiyetini devrine karşılık, para ödenmesi, sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturmaktadır. Bu esaslı unsurlar, sözleşmenin uluslararası ticari satım sözleşmesi olduğunu göstermektedir.

Türk Borçlar Hukukunda sözleşme türleri, sözleşmenin kanunla düzenlemiş olup olmamasına göre, tipik – atipik sözleşme; edim ilişkilerine göre, bir tarafa borç yükleyen ve iki tarafa borç yükleyen sözleşme; zaman yönünden, yalın, dönemli, sürekli sözleşme; amaçlarına göre, temlik borcu doğuran, kullandırma borcu doğuran, iş görme borcu doğuran, muhafaza borcu doğuran, teminat borcu doğuran, sonuçları az çok talih ve tesadüfe

Edege), Cilt: 1-2, Ankara 1983, s.242; Kılıçdaroğlu, A.M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s.52; Becker,H.: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi(Çeviren:A.Suat Dura), Ankara 1993, s.23; Velidedeoğlu, 24; Eren,16; Akipek/Küçükgüngör, s.30.

⁵³⁶ Koschaker, s.205.

⁵³⁷ Lando, Lex Mercatoria, s. 749.

⁵³⁸ Lando, Lex Mercatoria,s.750.

⁵³⁹ İnan, s.124; Eren, s.215.

bağlı olan, birleşme (örgütlenme) amacı güden sözleşme, olarak sınıflandırılmaktadır⁵⁴⁰. Türk hukukunda yapılan sözleşme sınıflandırması, daha çok Türk Borçlar Kanununda düzenlenen sözleşme tipleri baz alınarak yapılmaktadır. Ancak, uluslararası ticaretin tabi olduğu bir kanun niteliğinde bir kaynak yoktur. Bu nedenle, iç hukukta kullanılan bir sınıflandırmanın uluslararası ticari sözleşmelerin sınıflandırmasında kullanılması, uygun bir yöntem olmayacaktır. Çalışmamızın bu bölümünde, uluslararası ticarete sıklıkla kullanılan sözleşmelere değinilecektir.

B) ULUSLARARASI TİCARETTE YAYGIN ŞEKİLDE KULLANILAN TİCARİ SÖZLEŞME TÜRLERİ

1. Uluslararası Nitelikli Ticari Satım Sözleşmeleri

Satım sözleşmeleri, uluslararası ticari işlemleri gerçekleştirirken en çok başvurulanan araçlardan birisidir. Uluslararası ticarete satım sözleşmelerinin yaygın kullanımı, uluslararası satıma ilişkin ihtilâf kuralları ve maddi hukuk kurallarının birleştirilmesi amacına yönelik birçok uluslararası sözleşmenin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁵⁴¹. Bu uluslararası sözleşmelerden, maddi hukuka ilişkin, 1 Temmuz 1964 tarihli Maddi Taşınır Malların Satımına İlişkin Yeknesak Hukuk Hakkında Sözleşme (Yeknesak Satım Hukuku Sözleşmesi) ve Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına İlişkin Akitlerin Kuruluşuna Dair Sözleşme(Kuruluşa İlişkin Yeknesak Hukuk Sözleşmesi)⁵⁴²,nin 1. maddelerine göre, “uluslararası ticari satım sözleşmesi, farklı devlet ülkelerinde iş yerleri, iş yerleri yoksa mutad meskenleri farklı ülkelerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmeleri olarak kabul edilmiştir”⁵⁴³.

14 Haziran 1974 tarihli Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımı Konusunda Zamanaşımına İlişkin New York Sözleşmesi (New York

⁵⁴⁰ Eren, s.32; Tandoğan, s.1-7; Serozan, s.7-14.

⁵⁴¹ Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s.96.

⁵⁴² Sözleşmenin İngilizce metinleri ve ekleri için bkz.:

<www.legislation.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1967/cukpga_19670045_en_4> ,(05.10.2008).

⁵⁴³ Bu sözleşmeler için bkz.:Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s.98.

Sözleşmesi)'nin⁵⁴⁴, 2. maddesinin (a) bendine göre ise, alıcı ve satıcı farklı devletlerde iş yerine sahip bulunuyor ise, uluslararası nitelikte bir satım sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilmiştir. 11 Nisan 1980 tarihli Taşınır Malların Uluslararası Satışına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Sözleşmesi)⁵⁴⁵, ne göre uluslararası satım sözleşmesi, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşme taraflarının işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması kriteri ile tespit edilmektedir⁵⁴⁶. Bir görüşe göre⁵⁴⁷, işyeri, ticari işlemler için sürekli ve düzenli bir yerdir ve “*ad hoc*” ilişkiler için geçici olarak bulunan yerleri kapsamaz. Diğer bir görüş ise, iş yeri düzenli ve devamlı bir organizasyonun bulunduğu yerdir, işyeri, münferit bir sözleşmenin hazırlık çalışmalarının yapıldığı yeri kapsamaz. Erdem'e göre⁵⁴⁸ iş yeri, sözleşme taraflarından birinin milli veya uluslararası planda muamelelerde bulunmak amacıyla oluşturduğu devamlı ve düzenli bir organizasyonun bulunduğu yerdir⁵⁴⁹. Bu noktadan hareketle, uluslararası ticari satım sözleşmesi, farklı ülkelerde işyeri yahut işyeri yoksa mutad meskene sahip sözleşme tarafları arasında kurulan ve satış parası karşılığında, satıcının taahhüt ettiği malvarlığı değerlerinin mülkiyet hakkını devretmeyi yüklediği sözleşme olarak tanımlanabilir.

Taşınmaz malların satımına ilişkin sözleşmeler, Türk hukukuna göre MÖHUK 25. maddesine göre, taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülkenin hukukuna tabidir. Bu kural göstermektedir ki, taşınmazın satımına ilişkin sözleşme her ne kadar uluslararası niteliği haiz olsa da, sözleşme bir tek ülke hukukunu

⁵⁴⁴ Sözleşmenin İngilizce metinleri ve ekleri için bkz.:

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitation_period.html>, (12.10.2008).

⁵⁴⁵ Sözleşmenin İngilizce metinleri ve ekleri için bkz.:

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html>, (12.10.2008); Sözleşmenin Türkçe metni ve ekleri için bkz.: Erdem, H. E.: Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, (Makaleler), İstanbul 2008, s.101 vd..

⁵⁴⁶ Viyana Sözleşmesi md. 1: “İş bu sözleşme farklı devletlerde iş yeri bulunan taraflar arasındaki emtia satışına(...) uygulanacaktır.”

⁵⁴⁷ Görüşler için bkz.: Erdem, Viyana Sözleşmesi, s.38.

⁵⁴⁸ Erdem, Viyana Sözleşmesi, s.39.

⁵⁴⁹ Erdem, Viyana Sözleşmesi, s.39: “Tarafların birden fazla işyeri bulunması durumunda, Viyana Sözleşmesinin 10. maddesine göre, iş yeri, satım sözleşmesinin kuruluşundan önce veya kuruluşu sırasında tarafların bildikleri veya bilebilecekleri durumlara göre sözleşmeyle ve ifasıyla en sıkı ilişki içinde bulunan iş yeridir”.

ilgilendirmektedir, o da taşınmazın bulunduğu yerin hukukudur. Taşınmaz malların satımına ilişkin sözleşmeler, bir ülke hukukuna tabi olması nedeniyle, uluslararası ticari satım sözleşmelerine konu oluşturmamaktadır.

Uluslararası ticari satım sözleşmesinin konusunu taşınır malların satımı sözleşmeleri oluşturmaktadır. Türk hukukuna göre, bir yerden bir yere taşınabilen maddi eşya, mülk edinmeye elverişli doğal kuvvetler (hava gazı, elektrik, buhar vb...), gemi, tekne, uçak gibi maddi şeylerin yanında; alacak hakkı, kıymetli evrak, şirketlerdeki ortaklıklar, fikri ve sınai haklar, opsiyon (tek tarafa borç yükleyen sözleşme yapma vaadinden doğan hak ve devri mümkün olan ruhsatnamelerden doğan haklar ile taşınmaza bağlı sınırlı aynı haklar taşınır satımının konusu teşkil eder⁵⁵⁰.

Uluslararası ticari sözleşmelerin konusunu da, taşınır satımı konusunu teşkil eden taşınır eşya ve haklar oluşturmaktadır. Ancak, bazı taşınır eşya ve haklar uluslararası ticari satımın konusunu teşkil etmezler. Menkul kıymetler, ticari senetler ve paranın satımı, birçok devlette emredici hukuk kuralı ile düzenlenmektedir. Keza, gemi siciline kayıtlı gemiler, sicillere kayıtlı hava araçları, satım sırasında tescile bağlı olduklarından, tescil devleti hukukuna tabi olacaklardır.⁵⁵¹ Bu nedenle, menkul kıymetler, ticari senetler ve paranın satımı ile sicile tabi gemi ve hava araçlarının satımı, tek bir ülke hukukuna tabi olmaları nedeniyle, uluslararası nitelik taşımamaktadır.

Taşınır eşya ve hakların sürekli hareket edebilir olması, bunların mülkiyetinin devri konusunda olumsuzluklar oluşmasına neden olmaktadır. Bu olumsuzlukları engellemek amacıyla, “yeknesak kanun” (*loi uniforme*) biçiminde sözleşmeler yapılmaktadır. Doğrudan doğruya taşınır malların satımına ilişkin 1958 tarihli Menkullerin Uluslararası Satışında Mülkiyetin İntikaline Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme (La Haye) akdedilmiştir. Hava ulaşım araçlarının üzerindeki haklara ilişkin, 1948 tarihli Hava Ulaşım Araçları Üzerindeki Hakların Tanınması Hakkında Cenevre Sözleşmesi

⁵⁵⁰ Tandoğan, s.58.

⁵⁵¹ Erdem, Viyana Sözleşmesi, s.46.

akdedilmiştir. Gayrimaddi mallar üzerindeki haklara ilişkin, 1986 tarihli Edebi ve Artistik Eserler Üzerindeki Hakların Korunmasına Hakkında Bern Sözleşmesi akdedilmiştir⁵⁵².

Bazı uluslararası nitelik içeren satım sözleşmeleri de, uluslararası ticari satım sözleşmesi olarak değerlendirilmemektedir. Özellikle, tüketici satışları, açık artırma yolu ile yapılan satışlar, cebri icra yolu ile kamu otoriteleri tarafından yapılan satışlar, uluslararası ticari satım sözleşmesi olarak nitelendirilmezler. 1980 tarihli Viyana Sözleşmesinin 2. maddesinde de, bu sözleşmeler, Viyana Sözleşmesi uygulama alanı dışına çıkarılmıştır. Viyana Sözleşmesi'nin 2'inci maddesinin (a) bendinde tüketici satışı şu şekilde tanımlanmıştır: "Kişisel kullanım, aile veya ev ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla malların satışı tüketici satışlarıdır. Ancak, satıcı, akdin kuruluşu anında veya daha önceki bir anda, malların böyle bir kullanım için satın alındığını bilmiyor ise ya da bilmek zorunda değil ise, tüketici satışı söz konusu değildir". Bu hüküm ile amaç, tüketici satışlarının, çeşitli ülkelerde yürürlükte bulunan ve tüketicileri korumaya yönelik mahalli kanunlarla düzenlenmesini sağlamaya çalışılmaktadır. Tüketici sözleşmelerinin sadece bir ülke hukukunu ilgilendirmesi ve amacının gayri ticari olması nedeniyle, bu sözleşmeler Uluslararası ticari sözleşme kapsamına girmemektedir. Bunu gibi, açık artırma yolu ile satım ve cebri icra yoluyla satım sözleşmesi de, satışların yapıldığı devlet hukukuna tabi olduğu için uluslararası ticari sözleşme olarak değerlendirilmemektedir⁵⁵³.

2. Uluslararası Nitelikli Eşya Taşıma Sözleşmeleri

Eşya taşıma, bir taşıyıcının ücret karşılığında taşıma işlemini taşıtana karşı üstlenmesidir⁵⁵⁴. Uluslararası eşya taşıma sözleşmeleri ise, taşıyıcı ile taşıtan arasında akdedilen ve taşıyıcının ücret karşılığında, bir eşyayı bir ülkeden, diğer bir ülkeye taşınmayı üstlendiği sözleşme olarak

⁵⁵² Tekinalp, MÖH, s.250.

⁵⁵³ Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s.113; Erdem, Viyana Sözleşmesi, s.45.

⁵⁵⁴ Erüreten, s.88.

tanımlanabilir⁵⁵⁵. Uluslararası eşya taşıma sözleşmesinin unsurları, taşıma, taşınacak eşya, taşıma yolu ve uluslararası bir taşımadır. Taşıma işi, sözleşmeye konu olan taşınabilir eşyanın, bir yerden bir başka yere, gerekli araçlarla taşınmasını ifade etmektedir. Taşınacak eşya (cargo) ile kastedilen, taşınabilir mallardır. Taşınacak eşyanın, hangi yol ile taşınacağı taşıma yolunu ifade etmektedir. Taşıma işi, karayolu, demiryolu, deniz ve hava yolu taşımacılığı olarak kendini göstermektedir. Taşıma sözleşmesine konu olan eşyanın, bir ülkeden diğer bir ülkeye taşınması, uluslararası bir eşya taşıma sözleşmesini ifade etmektedir⁵⁵⁶.

Uluslararası eşya taşıma sözleşmelerinde, taşıyıcı, taşıtan ile yapmış olduğu sözleşmeye göre taşıma işini şahsen üstlenebileceği gibi, taşıma işini üçüncü bir kişiye de yaptırabilir⁵⁵⁷. Bu durumda taşımayı ilk üstlenen kişiye asıl taşıyan (carrier), taşıma işini icra eden ikinci kişi ise, alt taşıyan (performing carrier) olarak isimlendirilir⁵⁵⁸.

Uluslararası eşya taşıma sözleşmeleri, taşıma yoluna göre birbirinden ayrılmaktadır. Deniz yolu ile taşıma sözleşmesi (navlun sözleşmesi) ile taşıyan, bir ücret karşılığında eşyayı deniz yoluyla bir ülkeden, diğer bir ülkeye taşımayı üstlenir. Bu tanıma göre, taşıma işinin denizde yapılması gerekmektedir. Nehir ve göl taşımacılığı navlun sözleşmesine konu olamaz. Ayrıca, taşıma işinin mutlaka, bir gemi vasıtasıyla yapılması da gerekmektedir. Gemi niteliği taşımayan araçlar ile yapılan taşıma, navlun sözleşmesine konu edilemez⁵⁵⁹. Türk Ticaret Kanunu'na göre, navlun sözleşmeleri ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, charter sözleşmesidir. TTK m. 1016/ 1. bendine göre, charter sözleşmesi ile geminin tamamı veya bir kısmı belli bir taşıtana tahsis edilerek denizde eşya taşınması üstlenilir. Charter sözleşmesi, geminin tamamı veya bir kısmının

⁵⁵⁵ Karan, H.: Law on International Carriage of Goods, Ankara 2006, s.20.

⁵⁵⁶ Karan, s.24.

⁵⁵⁷ Erüreten, s.88.

⁵⁵⁸ Can, M.: Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Ankara 2001, s.23.

⁵⁵⁹ İzveren, A., Franko, N., Çalık, A.: Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1994, s.162.

tahsis edilmesine göre, tam veya kısmi charter olarak ayrıldığı gibi, charter sözleşmesi, belirli bir sefer veya kombine sefer için, yolculuk charteri ile tahsis edilebilir. Gemi, belirli bir süre için belirli bir hat veya bölgede kullanılmak üzere ya da belirli bir veya birkaç sefer için zaman charteri şeklinde de karşımıza çıkmaktadır⁵⁶⁰. Bunun yanında, bir gemi sahibinin gemisini, personelsiz çıplak olarak belirli bir ücret karşılığında başkasının kullanımına terkemesi uygulamada çıplak kiralama (*Bare-Boat Charter*) olarak isimlendirilmektedir. Deniz yolu ile taşıma sözleşmesinin bir diğer türü ise, kırkambar sözleşmesidir. Bu sözleşme, TTK m. 1016/ 2. bendine göre, parça mal olan belirli bir eşyanın ücret karşılığında denizde taşınmasının üstlenilmesidir.

Deniz yolu ile eşya taşıma sözleşmeleri (navlun sözleşmeleri) konusunda, bazı uluslararası sözleşmeler mevcuttur. Bunlardan bazıları, 1924 tarihli Konişmentoya Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında Brüksel Konvansiyonu⁵⁶¹, 1978 tarihli Denizde Mal Taşıma Sözleşmesi (Hamburg Kaideleri)⁵⁶², 1976 tarihli Deniz Alacaklarında Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında Londra Sözleşmesidir⁵⁶³.

Deniz yolu ile eşya taşıma sözleşmeleri alanında tip sözleşmeler kullanılmaktadır. Özellikle, çıplak kiralama sözleşmesi için BIMCO (*Baltic an International Maritime Conference*)⁵⁶⁴ tarafından, “Bimco Standart Bare-boat Charter Barecon A.” hazırlanmıştır. Zaman charteri için yine BIMCO tarafından “Baltime”⁵⁶⁵, sefer charteri üzerine ise “Gencon” tip sözleşmeleri hazırlanmıştır⁵⁶⁶.

⁵⁶⁰ İzveren/Franko/Çalık, s.166.

⁵⁶¹ Sözleşme metni için bkz. R.G. 22.02.1955 – 11082 – 6469 sayılı kanun.

⁵⁶² Sözleşme metni için bkz.: Karan,H., Karan, G.: Deniz Ticareti Mevzuatı, Ankara 2004, s.231.

⁵⁶³ Sözleşme metni için bkz.: R.G. 04.06.1980 - 17007 - 244 sayılı Kanun.

⁵⁶⁴ Bimco hakkında bilgi için bkz.:

<http://www.bimco.org/Corporate%20Area/About/BIMCO_a_centuryof_service.aspx>, (22.10.2008).

⁵⁶⁵ Sözleşme hakkında bilgi için bkz.:

<http://www.bimco.org/Corporate%20Area/Documents/Document_samples/Time_Charter_Parties/BALTIME1939.aspx>, (22.10.2008).

⁵⁶⁶ İzveren/Franko/Çalık, s.172.

Karayolu ile eşya taşımacılığı dar anlamda, karadan karaya taşımacılık sözleşmelerini kapsamaktadır. Gelişen Uluslararası ticari ilişkiler nedeniyle, özellikler kıtalar arası taşımacılık taşıma araç ve gereçlerindeki değişiklikler sebebiyle, taşıyıcıya teslim sözleşmeleri adı altında, kombine taşıma sözleşmeleri ortaya çıkmıştır⁵⁶⁷. Karayolu ile eşya taşıma sözleşmelerine ilişkin, Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşımalarına İlişkin Sözleşmesi (CMR), (*Convention Marchandise Routier*), nakliyat işlemlerinde yeknesak kurallar içeren bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁶⁸.

Demiryolu ile eşya taşıma sözleşmesi ise, eşyayı demir yolu ile taşımak isteyen kişi ile demir yolu işletmesi arasında yapılan bir sözleşmedir. Sözleşmenin, demiryolu işletmesi karşısındaki tarafına gönderen denir⁵⁶⁹. Bu konuda, 1980 tarihli Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Konvansiyon (COTIF)⁵⁷⁰ oluşturulmuştur.

Havayolu ile taşıma sözleşmesi, hava aracı ile eşyanın bir ülkeden diğer bir ülkeye taşınmasını konu alan sözleşmedir. Havayolu ile taşıma sözleşmesine ilişkin, Uluslararası Hava Taşımlarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmeesi Hakkında Sözleşme (Varşova Konvansiyonu)⁵⁷¹ akdedilmiştir. Bu sözleşme ile uluslararası alanda, hava araçları ile yolcu, yük ve eşya taşımacılığı düzenlenmiştir. Varşova Konvansiyonu ancak, taşıma bir sözleşmeye bağlı ise, taşıma ücret karşılığında yapılıyorsa, taşıma uçak ile yapılıyorsa ve taşıma uluslararası karakterli ise uygulama alanı bulur⁵⁷².

Kombine taşıma sözleşmeleri ise, eşyanın bir ülkeden diğerine birkaç taşıma biçiminin, birlikte kullanılması suretiyle yapılmasını ifade eder. Günümüzde, konteynır ve Ro-Ro taşımacılığı bu kapsamda mütalaa

⁵⁶⁷ Erüreten, s.88.

⁵⁶⁸ Erüreten, s.92.

⁵⁶⁹ Arkan, S.: Demiryolu ile Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları(Demiryolu Taşımaları), Ankara 1987, s.45.

⁵⁷⁰ İngilizce metni için bkz. Convention Concerning International Carriage by Rail:, Online Internet, (22.10.2008).

⁵⁷¹ İngilizce metni için bkz. Warsaw Convention, Online Internet,(22.10.2008).

⁵⁷² Şanlı, C.: Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk, (Havacılık), İstanbul 1992, s.14.

edilmektedir. Bu konuda, Uluslararası Ticaret Odası (UTO)'nın çıkarmış olduğu, Kombine Taşımalarla İlgili Yeknesak Kuralları (Bülten no: 298)⁵⁷³ mevcuttur.

3. Uluslararası Nitelikli İnşaat Sözleşmeleri

İnşaat sözleşmeleri, Türk hukukunda, BK m. 355 – 371 arasında düzenlenen, istisna (eser) sözleşmesi olarak düzenlenmiştir. BK m. 355'e göre eser sözleşmesi, "İstisna öyle bir akittir ki, onunla bir taraf, diğer tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder" şeklinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre, eser sözleşmesi, bir eserin, meydana getirilmesi, değiştirilmesi, onarılması, bakımı veya ortadan kaldırılmasını konu alan sözleşme olarak tanımlanabilir⁵⁷⁴. İnşaat sözleşmeleri, yalnızca inşa ederek meydana getirilen işlere ait bölümü oluşturur. Bu kapsamda, bina, köprü, havaalanı, baraj, köy yolu, karayolu, otoyol, demiryolu, tüneller, metro gibi inşaat işlerinin çoğu bu sözleşmeye konu olmaktadır⁵⁷⁵. Bu sözleşmeler çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, ihale şartnamesi hükümleri çerçevesinde açılan yarışma sonunda, iş sahibi idarelerle yabancı müteahhitler arasında yapılabileceği gibi, yerli – yabancı müteahhitlerin birlikte *konsorsiyum* veya *joint venture* gibi birlikteliklerle, inşaat işini üstlenmeleri mümkün olabilmektedir⁵⁷⁶.

İnşaat sözleşmelerinin uluslararası karakteri, hukuki ve ekonomik kriterlere göre belirlenebilmektedir. İnşaat sözleşmesinin birden fazla ülkenin hukuk sistemi dâhilinde irtibat noktaları taşıması ve sözleşmenin ilgili ülkelerin ekonomisini etkileyip etkilemediğinin analizi ile uluslararası karakteri tespit edilecektir.

⁵⁷³ "ICC Bülten no. 298" İngilizce metni için bkz.:

<<http://r0.unctad.org/en/subsites/multimod/mt3duic1.htm>>, (22.10.2008).

⁵⁷⁴ Aral, F.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003, s.325; Zevkliler, A.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002, s.319.

⁵⁷⁵ Dayınlarlı, K.: Yabancı Firmalar ile Yapılan İnşaat Sözleşmeleri, (İnşaat), İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer(İnşaat Sözleşmeleri) 18-29 Mart 1996, Ankara 1996, s. 221; Erüreten, s.86.

⁵⁷⁶ Dayınlarlı, İnşaat Sözleşmeleri, s.221: " Bu sözleşmeler Yap – İşlet – Devret şeklinde de ortaya çıkabilir."

Uluslararası niteliklik inşaat sözleşmeleri konusunda, mahalli görüş ve anlayışların, uluslararası münasebetlerde, iki bazen daha fazla devlet mensubu tarafların, hukuk, örf, adet yönünden görüş ve anlayış birliğini temin etmelerinin zorluğu karşısında, “Uluslararası Tip Sözleşmesi” oluşturmanın zarureti ortaya çıkmıştır⁵⁷⁷. Bu konu da, 1913 yılında İsviçre’nin Lozan kentinde kurulmuş olan, “Fédération International Des Ingénieurs – Conseils” (Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu)⁵⁷⁸, İngiltere’de bulunan “Institution of Civil Engineers (İnşaat Mühendisleri Odası) kurallarından⁵⁷⁹ esinlenerek, 1957 yılında FIDIC, standart sözleşme düzenlemeye başlamıştır. FIDIC, uygulamada kullanılmak üzere, bazı standart sözleşme formları hazırlamaktadır. En çok bilinen FIDIC formları, “Kırmızı Kitap” olarak isimlendirilen, standart formdur. FIDIC’in şu anda yürürlükte bulunan, “Conditions of Contracts for Works of Civil Engineering Contruction” (İnşaat İşlerine İlişkin Sözleşme Genel ve Özel Koşulları)’dır⁵⁸⁰.

4. Uluslararası Nitelikli Joint Venture (Ortak Girişim) ve Konsorsiyum Sözleşmeleri

Uluslararası ticari hayatın gelişimi yönünde ortaya çıkan ihtiyaçlar karşısında, kişilerin üretim ve finans güçlerini bir araya getirdikleri ortaklık girişimleri ile karşılaşmaktadır. Bu konudaki, şirket gruplaşmalarının en önemli iki türü *joint – venture* ve konsorsiyum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Joint Venture (Ortak Girişim) müessesesi ilk kez İskoç hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Bu müessese, iki veya daha çok ortağın kendi faaliyetlerini sürdürürken, belli bir işi görmek üzere sürekli veya geçici olarak bir şirket kurup, bu şirkete kendi işletmelerinden teknik, mali ve ticari destek

⁵⁷⁷ Türegün, N.: FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer 18-29 Mart 1996, Ankara 1996, s. 253.

⁵⁷⁸ <<http://www.fidic.org>>, (28.10.2008): “FIDIC’in üye sayısı dünyanın her yerinden olmak üzere 65 ülkeyi kapsamaktadır. Türk Müşavir – Mühendisler – Mimarlar Birliği 1987 yılında FIDIC’e üye olmuş ve ülkemizi temsil etmektedir”.

⁵⁷⁹ Şeremet, M.: İnşaat Sözleşmeleri ve “FIDIC” , İBD, Yıl:2006, C. 80, S.4, s.1550; Türegün, s.254; Akıncı,(İnşaat), s.9: “ICE, teknik incelikleri büyük olan inşaat sözleşmeleri için standart normlar tespit edilmesi alanında ilk çalışmayı 1945 yılında yapmıştır”.

⁵⁸⁰ Şeremet, s.1550; Türegün, s.254; Akıncı,(İnşaat), s.9.

sağlamaları üzerine yapılan bir sözleşmedir⁵⁸¹. Amerikan hukukunda ise *joint venture*, tarafların mal varlığını ve teknik bilgilerini koyarak kar elde etme ve elde edilen karı paylaşma amacıyla oluşturdukları ve genel olarak sınırlı bir sözleşme ilişkisidir⁵⁸². *Barlas*'a göre, joint venture sözleşmesi, “Yasal ve iktisadi açıdan bağımsız birden fazla gerçek ve tüzel kişinin, belli bir işi veya süreklilik arz eden faaliyeti, ticari ortaklık kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsil sorumluluk altına girerek üstlenmeleridir”⁵⁸³. Bu kapsamda, Joint – Venture sözleşmeleri, kar ve zararın tamamını birlikte paylaşmak üzere, tarafların sermaye ve teknik güçlerini birleştirmek suretiyle, kurulan özel ortaklık şeklidir⁵⁸⁴. Bu birliktelikte ortakların sorumlulukları, “ardarda tam sorumluluk” (müteselsil) olarak tanımlanmaktadır.

Konsorsiyum (*consortium*) sözleşmesi ise, üçüncü şahsa hizmet ifası için oluşturulan, statüsü olmayan bir ortak girişim mutabakatıdır⁵⁸⁵. Konsorsiyumda ortaklar, tüzel kişilik oluşturarak birliktelik sağlayabilecekleri gibi, çoğunlukla tüzel kişilik oluşturmadan, adi ortaklık niteliğinde de birliktelik sağlayabilirler. Konsorsiyumların, joint – venture'dan farkı ortakların sorumluluklarında kendini göstermektedir. Konsorsiyumlarda ortakların sorumlulukları, ortakların hissesi oranındadır.

Joint – venture ve konsorsiyum, uluslararası ticari hayatta, büyük inşaat işlerinde kullanılmakla beraber, petrol işletmeciliği, banka gruplaşmaları, müşterek imalat ve yatırım gibi konularda da, kullanılmaktadır⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ Dayınlarlı, K.: Joint Venture Sözleşmesi, (Joint Venture), Ankara 1999, s.51.

⁵⁸² Dayınlarlı, Joint Venture, s.49.

⁵⁸³ Barlas, N.: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, (Adi Ortaklık), İstanbul 2008, s.188.

⁵⁸⁴ Erüreten, s.84.

⁵⁸⁵ Dayınlarlı, Joint-Venture, s.61

⁵⁸⁶ Erüreten, s.84.

5. Uluslararası Nitelikli Acentelik Sözleşmesi

Acente, TTK m. 116 uyarınca, “*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi, tabi bir sıfatı olmaksızın bir mukaveleye dayanarak, muayyen bir yer ve bölge içinde, daimi surette bir ticari işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bunları işleme adına yapmayı meslek edinen kimse*” olarak tanımlanmıştır. Faaliyeti ve niteliği itibarıyla acenta olan kişiler veya işletmeler, “bayi”, “genel bayi”, “mümessil”, “ticaret ajansı”, “distribütör” olarak da anılmaktadır.

Acenta kavramı, ekonomik gelişimin icaplarına ve ihtiyaçlarına uygun olarak tatbikatta kendiliğinden oluşmuştur. Hemen hemen her milli hukukta yer alan acenta kavramının unsurları, bağımsızlık, devamlılık ve bir veya birkaç işletme için sözleşme yapmak veya onu ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmektir⁵⁸⁷.

Acentalık sözleşmesi, işverene bağımlı olmaksızın, sınırları sözleşmede belirtilen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık faaliyetini konu alan sözleşme olarak tanımlanabilir. Bu sözleşmeye ilişkin olarak, TTK m. 116/II uyarınca, TTK’nın acentayı düzenleyen faslında konu ile ilgili hüküm bulunmayan hallerde, aracılık eden acentalar hakkında tellalık; sözleşme yapanlar hakkında ise komisyon hükümlerinin uygulanacağı, bunlarda da hüküm bulunmayan hallerde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacağı belirtilmiştir. *Tekinalp*’e göre, bu hüküm nedeniyle, acentalık sözleşmesi, “vekâletin özel bir çeşiti”dir⁵⁸⁸. *Domanıç*’e göre ise, aracı acentalık, hizmet; temsilci acentalık ise vekâlet sözleşmesidir. Bize göre de, Türk hukukunda, acentalık sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesinin bir türü olduğu kabul edilmelidir.

⁵⁸⁷Tekinalp, G.: Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı,(Acenta Sözleşmesi), İstanbul 1972, s.21; Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku Dersleri, 1. Giriş – Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s.359.

⁵⁸⁸ Tekinalp, Acenta Sözleşmesi, s.27; Domanıç, H.: Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1970, s. 213.

Acentalık sözleşmesi, uluslararası ticarete yaygın kullanıma sahiptir. Özellikle, kara, deniz, hava taşımacılığı konularında acentalar aracı kurumlar olarak yaygın faaliyet göstermektedirler. Uluslararası ticarete çok yaygın olarak kullanılan bu sözleşme konusunda, Uluslararası Ticaret Odası, 410 sayılı bülteni ile dış ticaret alanında acentalık sözleşmelerini tek düze hale getirmek amacına yönelik yeknesak kurallar oluşturmuştur⁵⁸⁹.

6. Uluslararası Nitelikli *Franchise* Sözleşmesi

Franchising, sözleşmeye dayanan sürekli bir borç ilişkisi temelinde, hukuken bağımsız işletmelerin dikey işbirliği içinde organize oldukları bir sürüm sistemidir. Franchise sözleşmesi ise, sürekli bir borç ilişkisi niteliğinde, bağımsız taraflar arasında, franchise veren tarafından sürüm organizasyonunun kurulması amacıyla dikey işbirliği sisteminin öyle bir uygulanmasıdır ki; bununla franchise veren, franchise alana belli bir ücret karşılığında, başarıyla denenmiş ve sürekli uygulanmakta olan işletme idaresi ve pazarlama anlayışını kullandırarak kendi bilgilerini aktarır ve ona kendi unvanının, markasının ve diğer gayri maddi mallarının kullanılması yetkisini verir. Buna karşılık, franchise alan ise, kendisine verilen hakları kullanarak ve franchise veren tarafından geliştirilen işletme ve organizasyon programına bağlı kalarak, kendi ad ve hesabına sözleşmede belirlenmiş malların sürümünü yapmak ve desteklemekle yükümlüdür⁵⁹⁰.

Franchise sözleşmesi, Türk hukukunda, satım, kira, hizmet, vekalet, ortaklık gibi kanunda düzenlenmiş ve lisans, *know-how*, tek satıcılık gibi kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere ait unsurları içerisinde barındıran atipik ve karma sözleşmedir⁵⁹¹.

Uluslararası ticarete yaygın kullanıma sahip olan bu sözleşmenin amacı, markasını, lisansını, *know-how*'nı kullandıran büyük şirketlerce oluşturulan franchise organizasyonuna katılan, farklı ülkelerde işyeri bulunan,

⁵⁸⁹ Erüreten, s.77.

⁵⁹⁰ Kırca, Ç.: Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997, s.17.

⁵⁹¹ Kırca, s.61.

şirketlerin varlığına uluslararası nitelik kazanmaktadır.

7. Uluslararası Nitelikli *Leasing* Sözleşmesi

Leasing (finansal kiralama) sözleşmesi, ellerinde kullanılabilecekleri nakit fonları bulunan finans kurumları ile mal ve hizmet üreten ve üretim için yatırım malına gereksinim duyan kimseler arasında kurulan bir tür kredi işlemidir⁵⁹². Genel olarak leasing sistemi şu şekilde işlemektedir: İşletmesinde yeni yatırım malları isteyen veya işletmesine yeni bir teknoloji getirmeyi düşünen işletme sahibi, bu kararı doğrultusunda, satıcısının ve satım şartlarının araştırmasını önceden yapmış olduğu yatırım malını, satın alıp kullanımını kendisine terk etmesi isteği ile leasing veren finans kurumuna başvurur. Finans kurumu bu yatırım malını, mülkiyeti kendisine ait olmak koşuluyla alır ve kullanımını leasing alan şirkete terk eder. Bu yolla da leasing sistemi işlemeye başlar. Bu sözleşme, leasing süresi sonunda kiralanan malın, leasing veren finans kurumuna, iade edilip edilmemesine göre iki türe ayrılmaktadır⁵⁹³.

Türk hukukunda isimli bir sözleşme olan leasing (finansal kiralama) sözleşmesi, 28.06.1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu⁵⁹⁴ ile düzenlenmiştir.

Uluslararası leasing sisteminin işleyişi ise, “satıcı(yapımcı) yabancı ülkelerdeki işletmelere devretmek istediği malın leasing yoluyla finansmanını yerli leasing şirketlerinden talep etmekte ve bu şirket de yabancı ülkedeki leasing alanın kredi değerliliğini, malın leasinge yatkinliğini ve dış ülkelerdeki siyasal ve ekonomik durumu etraflıca araştırdıktan sonra olumlu sonuca varırsa, yabancı leasing alan ile leasing sözleşmesini kurarak, satıcıdan aldığı malı ona devretmek borcu altına girmektedir”⁵⁹⁵. Uluslararası leasing

⁵⁹² Köteli, M.A.: Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama, İstanbul 1991, s.5.

⁵⁹³ Köteli, s.11.

⁵⁹⁴ RG. 24.04.2003 tarih ve 4842 sayılı kanun ile değişik, 28.06.1985 tarih ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu.

⁵⁹⁵ Şanlı/Ekşi, s.133.

sözleşmesinin konusunu, uçaklar, gemiler, konteynırlar, petrol ve maden arama ve işletme faaliyetlerinde kullanılan ağır teçhizat oluşturmaktadır.

Uluslararası nitelikli leasing sözleşmesi konusunda, 1988 yılında UNIDROIT tarafından bir konvansiyon düzenlenmiştir⁵⁹⁶.

8. Uluslararası Nitelikli *Factoring* Sözleşmesi

Ticari bir iş nedeniyle, mal satışı veya hizmet arzı ile uğraşan ticari işletmelerin bu nevi işlerden doğan veya doğması muhtemel alacaklarını temellük etmek suretiyle, alacaklara karşı peşin ödemede bulunan kişiye *faktor* denir⁵⁹⁷. *Factoring* sözleşmesi, doğmuş ya da doğması muhtemel alacağın, faktore temlik edildiği ve *faktorün* bu işlem için belli bir alacağın toplam miktarından belli bir miktarı aldığı ve geriye kalan meblağı, peşin olarak ödediği sözleşmedir. *Factoring* sözleşmesinin türüne göre, faktor, alacaklının muhasebe işini, alacak tahsili için gerekli prosedürü yapmayı, alacak tahsilini ve müşterisi için piyasa araştırması yapmayı taahhüt edebilir.

Uluslararası faktoring sözleşmesi, iş yerleri farklı ülkelerde bulunan kişi veya kuruluşların yapmış oldukları uluslararası ticaretin ihracata yönelik finansmanını teminat altına aldığı; faktorun devralmış olduğu alacaklarla ilgili olarak muhasebe işlemlerini yaptığı, alacak tahsili için ihtar ve ihbarlarda bulunduğu, alacağı tahsil ettiği ve müşterisi için piyasa araştırması yaptığı sözleşmelerdir⁵⁹⁸.

Uluslararası faktoring sözleşmesine ilişkin, 1988 tarihli UNIDROIT tarafından hazırlanan bir konvansiyon vardır⁵⁹⁹. Bu konvansiyon ile faktoring sözleşmesinin uluslararası ticarete kullanımını önleyen engellerin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

⁵⁹⁶Sözleşmenin İngilizce metni için bkz.:

<www.UNIDROIT.org/english/conventions/1988leasing/main.htm>, (18.11.2008).

⁵⁹⁷ Şanlı/Ekşi, s.139; Doğu, S.: Uluslararası Ticaret, İzmir 2003, s.116.

⁵⁹⁸ Doğu, s.117.

⁵⁹⁹ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz.:

<www.UNIDROIT.org/english/conventions/1988factoring/1988factoring-e.htm>, (18.11.2008).

9. Uluslararası Nitelikli *Forfaiting* Sözleşmesi

Mal ve hizmetlerin ihracatından doğan ve ilerideki bir tarihte muaccel olacak alacakların satın alınması anlamına gelen forfaiting sistemi, ihracatın finansmanında kullanılan bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Forfaiting sözleşmesi, forfaiter'ın vadeli alacakları, tahsil edilememe riskini de üstlenmek suretiyle satın almasını; karşılığında, vadeli alacaktan forfaiter'ın iskonto faiz, komisyon ve masraf almasının ardından, geri kalan kısmı satıcıya ödemesini içermektedir⁶⁰⁰.

Uluslararası forfaiting sözleşmesi, mal ve hizmetlerin dış satımından doğan tahsili kabil alacakların bir finans kurumu veya banka tarafından, satana rücu edememek kaydıyla satın alınmasıdır.

10. Uluslararası Nitelikli Barter Sözleşmesi

Barter sözleşmesi, sözleşme taraflarından her birinin diğerinin ihtiyaç duyduğu bir mala ya da bir hizmete karşılık, mal veya hizmet sunmasıdır. Bu sözleşme, klasik anlamda “trampa sözleşmesi”ne benzemektedir. Özetle barter, mal, hizmet veya teknoloji karşılığında, ödemenin nakit esastan başka şekillerde yapıldığı ticaret usulünü ifade eder⁶⁰¹.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), barter sözleşmelerini karşılıklı ticaret tekniklerinden biri olarak değerlendirmiştir⁶⁰². Uluslararası ticarete barter sözleşmesinin gelişimi ve ticaret aracı olarak kullanımı yaygınlaşmaktadır.

⁶⁰⁰ Şanlı/Ekşi, s.145.

⁶⁰¹ Keskin, A.D.: Barter Sözleşmesi, Ankara 2004, s. 19.

⁶⁰² Keskin, s.20.

SONUÇ

Uluslararası ticaret, başlı başına uluslararası ekonomik ve ticari ilişkileri etkileyen ve/veya farklı ülkelerde yerleşim yeri, iş merkezi veya mutad meskeni olan ya da farklı devletlerin tâbiyetine sahip olan gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılan ticaret olarak tanımlanabilir. Uluslararası ticari ilişkilerin temelinde, mutlaka bir ticari sözleşme mevcuttur. Uluslararası ticari sözleşmelerin, uluslararası niteliğe sahip olması, sözleşmenin taraflarının, tanımadığı bir hukuk sistemine bağlı muhatabı ile sözleşme ilişkisine girmesini sağlamaktadır. Bu nitelikteki sözleşmeler, birden fazla ülke hukukunu, ekonomisini, ülkeler arası ilişkilerini, ülkelerin dış ticaret politikalarını ilgilendirmektedir. Ayrıca, bu nitelikteki sözleşmelere konu olan mal ve hizmet ederinin yüksek olması, ülkeleri bu sözleşmelere güven tesis etmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmaya yöneltmektedir.

Sözleşmenin tarafları ile devletlerin menfaatleri için bu tür sözleşmelerin düzgün bir biçimde ifa edilmesi ile ifa sonrasında sözleşmenin düzenli bir şekilde tasfiyesi, çok önemlidir. Bunun yanında, bu tür sözleşmelerden doğması muhtemel uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın etkin, hızlı ve masrafsız çözülmesi, ilgili menfaatler açısından önemli olan bir diğer noktadır.

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde, sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıkların doğmasındaki önemli sebepler, ticari uygulamalardaki ülkesel farklılıklar, lisan ve sözleşmenin yorumunda oluşan farklılıklar, sözleşme hükümlerinin ayrıntılı düzenlenmemesi ve eksik düzenlenmesi, sözleşme hükümlerinin birbiriyle ve uygulanacak hukuk ile çelişmesi gibi, sözleşmenin hazırlanması aşamasındaki yetersizlikler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşmelerin hazırlanması aşamasında kaynaklanan bu yetersizlikler, genellikle tarafların ticaret hayatının gereksinim duyduğu hız karşısında, sözleşme için kısa müzakere aşamaları geçirmeleri, tarafların

hukuki konularda yetkin bilgiye sahip olmamaları, tarafların sözleşmenin hazırlanması aşamasında yeterli lisan becerisine sahip bulunmayışı gibi nedenlerden doğmaktadır.

Sözleşmelerin hazırlanması aşamasında sözleşme müzakereleri, sözleşmenin kurulması veya var olan bir sözleşmenin değiştirilmesi amacıyla tarafların, sözleşme kuruluncaya kadar veya sözleşmenin uygun bir süre içerisinde kurulamayacağını açıkça anlaşılacağı ana kadar, taraflara ciddi olarak görüşmelere başlama ve sürdürme yükümlülüğü yükleyen ancak, sözleşmeyi kurma zorunluluğu yüklemeyen etkinlikleri ifade etmektedir. Sözleşmelerin müzakerelerinde, müzakerecilerin konuya uzman kişilerden seçilmesi, müzakere yönetiminin etkin olması, müzakere aşamasında bazı belgelerin düzenlenmesi ve bu belgelere göre sözleşme mutabakatı sağlanması ilerde doğması muhtemel uyuşmazlıkları engelleyecektir.

Uluslararası nitelikli sözleşmelerden doğan ihtilâfları önleme konusunda uluslararası kuruluşlar sözleşmelere uygulanan maddi hukukları birleştirme konusunda bazı çalışmalar yapmışlardır. Bu çalışmalar sonucunda, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri ve UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmeler için İlkeler ortaya çıkmıştır. Bu iki model kanunun yanında sözleşmeler alanında maddi hukukun birleştirilmesi konusunda bazı uluslararası sözleşmeler de devletlerce akdedilmiştir. Yine uluslararası kuruluşlar, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların önlenmesi için, standart sözleşme metinleri ve genel işlem şartları hazırlamışlardır. Günümüzde, uluslararası ticaretin yaygınlaşması ve hızlı yapısı gereği sürekli tekrarlanan birden çok tekil sözleşmenin, uzun müzakereler vasıtasıyla düzenlenmesi mümkün olmamaktadır. Bunun yerine belirleyici özelliklere göre önceden hazırlanmış tip sözleşmelerin kullanımı yaygınlaşmaktadır. Bu tip sözleşmeler, tarafların karşılıklı pazarlıklarına ve uzun müzakerelere gerek kalmadan sözleşmelerin düzenlenmesini sağlamaktadır. Bu şekildeki tip sözleşmelerin yanı sıra, taraflar sözleşmelerinde uzun müzakere aşamasını önlemek için bazı metinleri

sözleşmelerine dâhil etmektedirler. Bazı belgelerin ve/veya kuralların sözleşmenin bir hükmü veya bir parçası haline getirilmesine *incorporation* adı verilmektedir. Uluslararası kuruluşlarca düzenlenen model kanunlar, birörnek kurallar, genel işlem şartları taraflarca ya tamamen sözleşmeye alınarak ya da sözleşmede bu kurallara atıf yaparak, bu kuralları sözleşmelerine dâhil edebilirler. Böylelikle, bu kural ve metinler sözleşmenin bir hükmü haline gelmektedirler.

Sözleşmelerin hazırlanması aşamasında taraflar incorporation kullanmak yerine, sözleşmenin bütün şartlarını kendileri düzenleyebilirler. Bu halde, taraflar sözleşmenin genel hükümlerini ayrıntılı ve birbiriyle çelişmeyecek şekilde düzenlemelidirler. Sözleşme hükümleri düzenlenirken mutlaka sözleşmeye uygulanacak olan hukuk öncelikle dikkate alınmalıdır. Çünkü, taraflar sözleşmeye hâkim olacak hukukun emredici kurallarına aykırı düzenleme yapamazlar. Sözleşmeye hâkim olacak lisanın düzenlenmesi, sözleşmenin başlangıç maddesi ve yorum hükümlerinin birbirlerine uygun şekilde düzenlenmesi, sözleşme konusunda doğması muhtemel yorum uyuşmazlıklarını engelleyecektir. Yorum hükümlerinin düzenlenmediği durumlarda yorum uyuşmazlığı, sözleşmenin tabi olacağı hukukun kurallar tarafından çözümlenecektir.

Sözleşme hükümlerinin taraflarca düzenlendiği durumlarda, sözleşmede mücbir sebep halleri açıkça düzenlenmelidir. Ayrıca, mücbir sebep hallerinin meydana gelmesi halinde mücbir sebebin sonuçları da ayrıntılı şekilde kaleme alınmalıdır.

Sözleşme hükümleri düzenlenirken, sözleşmenin sona erme halleri de ayrıntılı şekilde düzenlenmelidir. Özellikle, sözleşmenin feshi hükmü düzenlenirken, tarafların bu maddeyi suiistimal etmesini önleyecek tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Sözleşmenin hükümleri düzenlenirken, sözleşmede uyuşmazlıkların çözüm yeri ve sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi, sözleşmenin

en önemli hükmünü teşkil eder. Sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar için çözüm yolu olarak taraflar, devlet yargısı dışında tahkim mahkemesini seçebilirler. Bu seçim yapılırken mutlaka sözleşmeye uygulanacak hukukun da seçimi yapılmalıdır.

Sözleşmelerden doğması muhtemel uyuşmazlıkların, sözleşmelerin hazırlanması aşamasında tamamen önlenmesi mümkün değildir. Ancak, taraflar sözleşmelerini hazırlarken uyuşmazlığın önlenmesi yönünde bazı hukuki tedbirleri getirmeleri ilerde doğması muhtemel uyuşmazlıkların olumsuz etkilerini önleyecektir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- Akıncı, Z.** :Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri (İnşaat Sözleşmeleri), İzmir 1996.
- Akıncı, Z.** :Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, (Yetkili Hukuk), Ankara 1992.
- Akyol Ş.** :Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995.
- Akıpek, Ş./ Küçükgüngör, E.** :Sözleşmeler Rehberi, Ankara 2000.
- Aral, F.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003.
- Arat, T.** :Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Ankara 1970.
- Arkan, S.** :Demiryolu ile Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları(Demiryolu Taşımaları), Ankara 1987.
- Arkan, S.** :Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı(Ticari İşletme), Ankara 2001.
- Atamer, Y.M.** : Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001.
- Aybay, R./Dardağan E.** :Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, İstanbul 2004.
- Ayrancı, H.** : Ön Sözleşme, Ankara 2006.

- Barlas, N.** :Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri,(Adi Ortaklık), İstanbul 2008.
- Barlas, N.** :Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri(Çerçeve Sözleşme), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999.
- Becker, H.** :İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi(Çeviren:A.Suat Dura), Ankara 1993.
- Berg, A.G.J.** : Drafting Commercial Agreements, London 1991.
- Berki, Ş.** : Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Ankara 1958.
- Berzek, A.N.** : Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 7. Baskı, İstanbul 2004.
- Bonell, M.J.** :An International Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts(Contract Law), 1994.
- Bonell, M.J.** : “An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2nd Edition(Restatement of Contract Law),1997.
- Calleros, C.R.** : Legal Method and Writing, 2nd. Ed., Canada 1994.
- Can, M.** : Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Ankara 2001.
- Curry, J.E.** : Internaional Negotiating, San Francisco 1998.

- Çağa, T.** :Deniz Ticareti Hukuku – I, 10. Baskı, İstanbul 1995.
- Çalış, A.** :İhracatta Teslim Şekilleri ve Nakliyat (Incoterms), Ankara 2007.
- Çarıklı, T.H.** : Uluslararası Ticaret, İstanbul 1947.
- Çelikel, A.** :Milletlerarası Özel Hukuk, (MÖH), 7. Baskı, İstanbul 2004.
- Dayınlarlı, K** :Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri, (Avrupa Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2005.
- Dayınlarlı, K.** : Joint Venture Sözleşmesi, (Joint Venture), Ankara 1999.
- Dayınlarlı, K.** :İnşaat Sektöründe Mühendislik Müşavirlik Sözleşmesi, (Mühendislik Sözleşmesi), Ankara 1998.
- De Ly, F.** :Internationales Business Law and Lex Mercatoria, Amsterdam 1992.
- Doğan, G.** : Ön Sözleşme, İstanbul 2006.
- Doğan, V.** :İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kurallarının ve Sınırlarının Tespiti, (İş Akdi), Ankara 1996.
- Doğan, V.** :Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, (Akreditif), Ankara 2005.
- Doğu, H.** : Uluslararası Ticaret, İzmir 2003.

- Domaniç, H.** :Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1970.
- Ekşi, N.** :Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, (Roma Konvansiyonu), İstanbul 2004.
- Ekşi, N.** :Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, (Milletlerarası Yetki), 2.Baskı, İstanbul 2000.
- Erdem, E.H.** : Sif Satışlar, (Sif Satışlar), İstanbul 1999.
- Erdem, E.H.** :Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, (Makaleler), İstanbul 2008.
- Eren, F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2001.
- Erüreten, B.M.** :Dış Ticaret Hukuku İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı, İstanbul 1991.
- Fox, W.F.** : International Commercial Agreements, 2.Baskı, Washington 1998.
- Gönensay, A.S.** : Borçlar Hukuku, Cilt I, İstanbul 1943.
- Gündüz, A.** : Milletlerarası Hukuk, 4. Baskı, İstanbul 2000.
- Hatemi, H.** :Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 1998.
- Hinkelman, E.G.** : International Payments, California 1999.
- İnan, A.N.** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler(Borçlar Hukuku) Ankara 1971.

İzveren, A./ Franko, N.

/ Çalık, A. : Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1994.

Karan, H. : Law on International Carriage of Goods, Ankara 2006.

Karan, H./Karan, G. : Deniz Ticareti Mevzuatı, Ankara 2004.

Karayağcın, Y. : Ticaret Hukuku Dersleri, 1. Giriş – Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968.

Keskin, A.D. : Barter Sözleşmesi, Ankara 2004.

Kılıçoğlu, A. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

Kırca, Ç. : Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997.

Kırca, İ. : Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000.

Kocayusufpaşaoğlu, N. : Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, 2. Baskı, İstanbul 1985.

Koschaker, P. : Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977.

Köteli, M.A. : Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama, İstanbul 1991.

Kuntalp, E. : Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.

Kuntalp, E. / Barlas, N. : Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.

- Lando, O.** :“The Harmonization of European Contract Law Through a Restatement of Principles, Centre for The Advanced Study of European and Comparative Law,(Harmonization), Oxford, 1997.
- Mousseron, J.M.** : Technique Contractuelle, Paris 2005.
- Nomer, E./Ekşi, N.**
- /Gelgel, G.** : Uluslararası Tahkim, 1. Baskı, İstanbul 2000.
- Nomer, E./Şanlı, C.** : Devletler Hususi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2008.
- North, P./Fawcett, J.** : Cheshire and North’s Private International Law, 3. Baskı, 2004.
- Oğuz, A.** :Lex Mercatoria, (Lex Mercatoria), Ankara 2004.
- Oğuzman, M.K. /**
- Öz, M.T.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- Oğuzoğlu, H.C.** : Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Ankara 1941.
- Özel, S.** : Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1991.
- Özsunay, E.** : Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 1986.
- Reisoğlu, S.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul 1999.
- Saka, Z.** : Ticaret Hukuku Ticari İşletme, İstanbul 1998.

- Schmitthoff, C.M.** : The Law of International Trade, Commercial Law in a Changing Economic Climate, (International Law), 2. Baskı, London 1981.
- Shippey, K.C.** : "International Contracts", San Francisco 2009.
- Serozan, R.** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm,(Özel Hükümler), İstanbul 2002.
- Smith, A.** : Milletlerin Zenginliği, Çev.: Haldun Derin, İstanbul 2006.
- Süral, C.** : Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT İlkeleri, İstanbul 2008.
- Şanlı, C./Ekşi, N.** : Uluslararası Ticaret Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2005.
- Şanlı, C.** :Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, (Tahkime Uygulanacak Hukuk), Ankara 1986.
- Şanlı, C.** :Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk, (Sivil Havacılık), İstanbul 1992.
- Şanlı, C.** :Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları(Akitlerin Hazırlanması), 3. Baskı, İstanbul 2005.
- Tandoğan, H.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I, Ankara 1974.
- Taşkın, A.** : Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005

- Tekinalp, G.** :Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı, (Acenta Sözleşmesi), İstanbul 1972.
- Tekinalp, G.** : Milletlerarası Özel Hukuk, (MÖH), İstanbul 1992.
- Tekinalp, G.** :Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, (Tahkim Anlaşmaları) İstanbul 2004.
- Tekinalp, G.** :Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları,(Bağlama Kuralları), 9.Baskı, İstanbul 2006.
- Tekinay, S.S. / Akman, S. /**
- Burcuoğlu, H. / Altop, A.** :Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Telli, S.** :Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Ankara 1991.
- Tiryakioğlu, B.** : Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, (Yabancı Yatırımlar), Ankara 2003.
- Tiryakioğlu, B.** :Taşınır Mallara İlişkin Uluslararası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, (Taşınır Mallar), Ankara 1996.
- Tuhr,A.** : Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, (Çev.: Cevat Edege), Cilt: 1-2, Ankara 1983.
- Tunçomağ K.** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 6. Baskı, İstanbul 1976.

- Turhan, T.** : Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, (Para Kayıtları), Ankara 1997.
- Uluocak, N.** : Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları), (Kanunlar İhtilafı), İstanbul 1971.
- Uluocak, N.** : Uluslararası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989.
- Velidedeoğlu, H.V.** : Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1957.
- Yalman, S.** : Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006
- Zevkliler, A.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002.

MAKALELER

- Aygül, M.** : “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, SÜHFD, 2001, C.9, S.3-4, s. 229 – 270.
- Berger, K. P.** : “The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Law and Policy in International Business”, 1996, C. 28, S.4, s.943-990.

- Bonell, M. J.** :“The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice”,(Commercial Contracts), s.3-22.
<<<http://www.UNIDROIT.org/english/principles/pr-exper.htm>>>(09.09.2008).
- Bonell, M.J.** :“The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”(European Contract Law), Uniform Law Review, 1996,Vol.26, s.229-246.
- Çilingiroğlu, C.** :“Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, MHB, 1989, C.2, s.103-120.
- Dayınlarlı, K.** :“Yabancı Firmalar ile Yapılan İnşaat Sözleşmeleri, (İnşaat Sözleşmeleri), İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer”, (İnşaat Sözleşmeleri), 18-29 Mart 1996, Ankara 1996.
- Dayınlarlı, K.** :“Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri”,(Lando İlkeleri), Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006.
- Dayınlarlı, K.** :“Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri”, Gülören Tekinalp’e armağan,(UNIDROIT İlkeleri), MHB, 1989, Yıl:23, Sayı:1-2, s.323-334.

- Delaume, G.R.** : “What is an International Contract? An American an a Gallic Dilemma”, ICLQ, Vol.28,(1979), s.258-279.
- Doğan, F.** :“Incoterms 2000, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı”, 2002, C:1, s.255-263.
- Doğan, V.** :“Avrupa Birliği Bünyesinde Akti Borç ilişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, (Roma Sözleşmesi), Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10.Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995,s.463-494.
- Ekşi, N.** :“Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation” ,(Incorporation), Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB, 1999-2000, 19-20, S. 1-2, s.263-291.
- Ekşi, N.** :“Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”(Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler), MHB 1992, C. 1-2, S.1-2, s.1-10.
- Erdem, H.E.** :”Dış Ticarete Uyuşmazlıkların Azaltılması Açısından Tip Sözleşmeler Çare Olabilir mi?(Tip Sözleşmeler)”,İgeme’den Bakış Dergisi,2003 Yıl:7, S.24, s.14-19.
- Erdem, H.E.** :“Incoterms 2000”, (Incoterms), Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, 2001, s.179-218.
- Erdem, H.E.** :“Uluslararası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”(Viyana Sözleşmesi), Batider, 1992, C.17,S.3, s.34-39.

- Erdem, H.E.** :“Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı(Uygulama Alanı)”,İzmir Barosu Dergisi, 1989, Yıl:54, S.1, s.90- 123.
- Erdem, H.E.** :“11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı (Viyana Sözleşmesi)”, İzmir Barosu Dergisi, 1989, 54, S.1, s.30 - 45.
- Erdem, H.E** : “ICC Model Contracts”, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniveristesi Yayınları Armağan Serisi, 2008, No:5, (ICC Model Contracts), s.835 – 858.
- Esener, T.** :”İrade Muhtariyeti Prensibi”, AÜHFD, 1954, C.11, s. 479 - 509.
- Göger, E.** :“Kanunlar İhtilafını Etkileyen Kuramsal Akımlar”, Osman F. Berki’ye Armağan, 1977, s.397-413.
- Güçer, S.** :“UNIDROIT İlkeleri”, Batider, 2005,C.23, S. 21, s.147 - 174.
- İnan, A.N.** :“Culpa In Contrahendo - Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma”,(Culpa in Contrahendo), Adalet Dergisi, 1954, C.45, S.7, s.3-18.
- Lando, O.** : “The Lex Mercatoria *in* International Commercial Arbitration”, (Lex Mercatoria), ICLQ, 1985, C.34, S.4, s.747-760.

- Mustill, M.** : “The New Lex Mercatoria”, The First Twenty- five Years, Liber Amicorum For The Rt. Hon. Lord Wilberforce, s.174-177.
- Novoa, R.** :”Culpa in Contrahendo: Comparative Law Study: Chilean Law and The United Nations Convention on Contract for the International Sales of Goods(CISG)”, Arizona Journal of International & Comparative Law, 2005, Vol. 22, No: 23, s.583 - 612.
- Oğuz, A.** :”Hukuk Tarihi ve Karşılatırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku”, (Uluslararası Ticaret Hukuku), AÜHFD, C.50, S.3, 2001, s.11-53.
- Oğuz, A.** :”Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, (Hukukun Birleştirilmesi), AÜHFD, C.49, S.1-4, 2000, s.31-65.
- Özdemir, D.** :“Uluslararası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria”, GÜHFD, 2003, C.VII, S.1-2,s.1-12.
- Özdemir, H.** :“MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları”, İBD, 1999, C.73, S.10-11-12, s.926 – 938.
- Reisoğlu, S.** :“*Hukuki Açıdan Akreditif ve Uygulama Sorunları*”,(Akreditif), Bankacılar Dergisi, 2005, S.52, s.31-44.
- Saatçioğlu, O.C.** : “Anglo – Amerikan Hukukunda Quasi Contractus Kurumu”, AÜHFD,2007, C.56, S.1, s.255-277.

- Schmitthoff, C.M.** :“The Unification of the Law of International Trade”,(International Trade), The Journal of Business Law”,1968, Vol.33, s.21-35.
- Schmitthoff, C.M.** :”Intenationales Business Law: A New Law Merchant, Current Law and Social Problems”, (Merchant Law), University Western Ontario, Toronto 1961,s.101-133.
- Schönenberger, W.** :“Devletler Hususi Hukukunda Akit Taraflarca Yetkili Hukukun Seçilmesi”, Çev.: Göğer, E.:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966, s.299 - 315.
- Serozan, R.** :Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi,(Edim), MHAD., 1968, 2, S.3, s.111
- Seviğ, V.R.** :“İrade İstiklali Esası Hakkında Muhtelif Temayüller”, (İrade İstiklali), A.S. Gönensay’a Armağan, İstanbul 1955, s.33 - 56.
- Seviğ, V.R.** :”Borçlanma Ehliyetini Yöneten Kanun(Türkiye ile Almanya, Çekoslavya, Fransa, İngiltere ve İsviçre’de)” (Borçlanma Ehliyeti), MHAD, Yıl:1976, C.13, s.97 – 125.
- Şeremet, M.** : “İnşaat Sözleşmeleri ve “FIDIC” , İBD, 2006, C.80, S.4, s.1549- 1581.
- Tekinalp, G.** :“Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation”, (Incorporation), MHB, S.1-2, Yıl: 19-20, İstanbul 1999, s.290 – 305.

- Tekinalp, G.** : “Yeni Alman ve İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu”,(Akdi Borç Statüsü), MHB, 1988, C. 8, S.1, s.34 – 76.
- Tiryakioğlu, B.** : “11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Uluslararası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi”, (Viyana Sözleşmesi), AÜHFD, 1989-1990, C.41, S.1-4, s.191 - 205.
- Turhan, T.** :“Fransız Hukukunda Uluslararası Tahkim, (Uluslararası Tahkim), Uluslararası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyumu” BTHAE Yayınları, Nisan 1997, s.69 - 103.
- Turhan, T.** :“İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunuda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk) AÜHFD, Yıl:1988-1989, C.41, S.1-4, s.119-151.
- Türegün, N.** :“FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer”, 18-29 Mart 1996, Ankara 1996, s. 5 – 37.
- Ulusan, İ.** :“Culpa In Contrahendo Üstüne”, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.35 – 44.

Yılmaz, H : “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa In Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, Yargıtay Dergisi, 1985 C.11, S.3.

TEZLER

Alibaba, A. :Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2005.

Arıdemir, A. :Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008.

DİĞER METİNLER

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980), Online, Internet, 04.05.2008.

<http://www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.html>

EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Rome, 1980, Online, Internet, 02.04.2008.

<http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html>

Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods, The Hague, 1955, Online, Internet, 03.03.2008.

<http://www.lexmercatoria.org>

Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, The Hague, Online, Internet, 08.06.2008.

<http://www.lexmercatoria.org>

Principles for International Commercial Contracts, Online Internet, 17.05.2008.

<http://www.unidroit.org/english/presentation/main.htm>

“Force Majeure and Hard Ship”, ICC Publication No:421, Online Internet, 08.01.2009.

<http://www.iccwbo.org/id1072/index.html>

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Online Internet, 05.04.2009.

www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1075.doc

Convention Concerning International Carriage of Goods by Rail, Online Internet, 22.10.2008.

http://www.otif.ch/html/e/pub_cotif_03_06_1999.php

Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Varşova Konvansiyonu, İngilizce metni, Online Internet, 22.10.2008.

<http://iata.org/NR/ContentConnector/CS2000/Siteinterface/sites/legal/file/warsaw.pdf>

ÖZET

BEKTAŞ Sezercan, Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması,
Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların niteliği karmaşık ve çözümü masraflıdır. Bu tür uyuşmazlıkların önlenmesi için sözleşmenin müzakere ve düzenlenmesi aşamalarında taraflarca bazı hukuki tedbirler alınabilir.

Bu yüksek lisans tezi, uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerin müzakere ve düzenlenmesi aşamalarının, doğması muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesine yönelik bazı hukuki tedbirlerin incelenmesini amaçlamaktadır.

Bu tezde ayrıca uluslararası nitelikli ticari sözleşmeler konusunda uluslararası kuruluşlarca hazırlanan düzenlemelerde incelenmiş ve bu düzenlemelerin sözleşmelere dâhil edilmesi ve uygulanması inceleme konusu yapılmıştır.

Sonuç itibariyle, uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tamamen önlenmesi mümkün değildir. Ancak, bu tür sözleşmelerin müzakere ve düzenlenmesi aşamasında yapılacak düzenlemeler ile uyuşmazlıklar büyük ölçüde önenebilir.

Anahtar Kelimeler

1. Uluslararası ticari sözleşme
2. Sözleşme müzakeresi
3. Sözleşmenin düzenlenmesi
4. Sözleşmeye dâhil etme
5. Model Kanun

ABSTRACT

BEKTAŞ, Sezercan: "Preparation of the Contracts in International Commercial", Master Thesis, Ankara 2009.

The quality of the disagreements due to the international commercial contracts is complicated and the solution is also expensive. To prevent these disagreements someone can take measures during the stage of the arrangement and the stage of the negotiation of the contracts.

The aim of this master thesis is the examination of some legal precautions about the disagreements which are possible to be made up and besides it analyses the stages of the organization and the negotiation of the international commercial contracts.

In this thesis, the arrangements, prepared by the other international institutions, are examined. On the other hand the incorporation and the application of these arrangements to the contracts are become an object of the thesis.

Consequently, it is not possible to prevent the disagreements which are the results of the international commercial contracts. But, we may largely prevent these disagreements by the help of the arrangements that will be made at the beginning of the negotiations.

Key Words

1. International Commercial Contracts
2. Contract Negotiations
3. Arrangement of the contract
4. Incorporation
5. Modal rules