

KANUNLAR İHTİLÂFİ ALANINDA "INCORPORATION"

Doç. Dr. NURAY EKŞİ*

I. "Incorporation" Kavramı

Incorporation, her hangi bir belgenin, diğer bir belgenin eki veya parçası haline getirilmesi metodudur. Böylece taraflar, yollamada buldukları metnin (incorporation by reference) kendilerinin düzenledikleri metin gibi dikkate alınacağı ve uygulanacağını beyan etmiş olmaktadır. Metnin tamamının sözleşmenin eki veya parçası haline getirilmesine "actual incorporation" adı verilmektedir¹.

"Incorporation" kavramı, kullanıldığı hukuk alanına göre farklı anlamlara gelmektedir. Örneğin, ticaret hukuku alanında, şirketin kurulması anlamında kullanılmaktadır. Devletler hukuku alanında incorporation, milletlerarası örf ve adet hukukunu ülke hukukunun bir parçası olarak tanımlayan İngiliz uygulamasına özgü bir teori olarak ortaya çıkmış; daha sonra anlamı ve kapsamı konusunda çeşitli fikirleri ileri sürülmüştür².

Kanunlar ihtilâfı alanında ise, "incorporation" sözleşmeye dahil etme, sözleşmenin bir hükmü veya bir parçası haline getirme anlamlarında kullanılmaktadır. Bu alanda incorporate edilecek düzenlemelerin çeşitliliği ve çokluğu dikkat çekecek boyutlardadır. Önceleri sadece yabancı hukukta yer alan hükümlerin sözleşmeye dahil edilmesi ve bunun hukuk seçiminden farkı üzerinde durulmaktaydı. Ancak zamanla "incorporate" edilecek düzenlemelerin kapsamı oldukça genişlemiştir.

* MÜ Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Black's Law Dictionary, 6th ed., St. Paul Minn. 1990.

² Devletler Hukuku açısından incorporation doktrini ve değerlendirmesi için bkz. Sevin TOLUNER, Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler, İstanbul 1973, s.603-620.

tir. Özellikle de standart sözleşmelerin, genel işlem şartlarının yaygın bir şekilde kullanılması "incorporation"ın kanunlar ihtilâfı alanındaki önemini daha da artırmıştır. Bunlara ek olarak, taraflar, bağlayıcılık kazanmamış veya onaylanmamış olmasına rağmen, milletlerarası andlaşmalara atıfta bulunmaktadırlar. Bu tür milletlerarası andlaşmaların hangi şartlar altında sözleşmenin eki veya sözleşmenin hükmü haline geleceği hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Sözleşme hükmü haline getirilen yabancı hukuk kurallarının, standart sözleşmelerin, genel işlem şartlarının ve onaylanmamış milletlerarası andlaşmaların kanunlar ihtilâfı alanındaki etkisini açıklayan "incorporation" müessesini Türkçe'de karşılayan bir kavram bulunmadığı için açıklamalarımızda bu kavram aynen kullanılacaktır.

II. Incorporation ve Hukuk Seçimi

1. Sözleşmeler Alanında Hukuk Seçimi Esası

Tarafların aralarındaki hukukî ilişkileri düzenleme serbestisinin özel hukukun temel bir ilkesi olduğu şüphesizdir³. Özel hukuktaki bu ilke kanunlar ihtilâfı alanına da yansımıştır. Bu alanda irade serbestisi, yabancılık unsuru taşıyan akti ilişkiye uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda tarafların sahip oldukları özgürlüğü ifade eder⁴.

Bu hukuk alanında irade serbestisi, maddî hukuka ait irade serbestisinden farklıdır. Maddî hukukta irade serbestisi, kişiye, özel hukuk ilişkilerinde kendi kendine kural koyma, kendi kanununu yapma yetkisini verir⁵. Oysa devletler özel hukukunda tarafların iradesi, ka-

³ Frank VISHNER, General Course on Private International Law, 232(1992)1 Recueil des Cours, s. 125.

⁴ R. Vedat SEVİĞ, İrade İstiklali Esası Hakkında Muhtelif Temayüller, AS GÖNENSAY'a Armağan, İstanbul 1955, s.353; Erdoğan GÖĞER, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), 4. bası, Ankara 1977, s.304; Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, İstanbul 1978, s.165; Nuray EKŞİ, Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında AET Konvansiyonu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1989, s.34.

⁵ EKŞİ, AET Konvansiyonu, 34.

nunlar ihtilâfı kuralının bağlama noktası görevini görmektedir. Sadece borçlar hukuku ve ticaret hukukuna ilişkin sözleşmeler alanında değil son zamanlarda yeni kanun ve tasarılar da aile, miras, eşya hukuku ve haksız filler alanlarında irade serbestisi prensibine yer verilmesi⁶ bu prensibin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir⁷.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre, taraflar sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku seçebilirler (MÖ-HUK md. 24/1.c). Seçtikleri hukuk, Türk hukuku olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilir. Fakat seçimin açıkça yapılması gerekmektedir. Seçilen hukuk, yetkili hukuk veya sözleşme statüsü (lex obligationis) olarak da adlandırılmakta, sözleşmeden doğan bütün ihtilâflara⁸ uygulanmaktadır⁹.

Hukuk seçimi, sözleşmede yer alan bir hükümlerle yapılabileceği gibi bağımsız bir sözleşme olarak da yapılabilir¹⁰. Taraflar, hukuk seçimine ilişkin ortak iradelerini basit bir ifadeyle açıklayabilirler. Örneğin, Alman firması ile Türk firması arasında yapılan satış sözleşmesinin 15. maddesinde, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların İsviçre hukukuna göre çözümleneceğinin kararlaştırılmış olması yeterlidir. Burada olduğu gibi, eğer hukuk seçimi sözleşmenin bir hükmü ile yapılmışsa, bu hüküm bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmelidir¹¹. Hukuk seçiminin mutlaka esas sözleşmeye konulacak bir klozla yapılması zorunlu değildir. Esas sözleşmeden ayrı olarak sadece hukuk seçimine ilişkin bir sözleşme de yapılabilir. Bu durumda hukuk seçimine ilişkin sözleşme, esas sözleşmenin bir parçası haline gelir.

⁶ Gülören TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukukta Yeni Kanun ve Tasarılar da Hukuk Seçimine İlişkin Gelişmeler (1981)1 MHB, s.19.

⁷ EKŞİ, AET Konvnsiyonu, 35.

⁸ Zamanaşımı, ehliyet ve şekle uygulanacak kanunun tespiti için bkz. MÖ-HUK md. 6- 8.

⁹ Aysel ÇELİKEL, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. bası, İstanbul 2000, s.259; Ergin NOMER, Devletler Hususî Hukuku, 10. bası, İstanbul 2000, s.261; Gülören TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. bası, İstanbul 1999, s. 270.

¹⁰ Cemal ŞANLI, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 107; EKŞİ, AET Konvnsiyonu, 35.

¹¹ ŞANLI, Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, 107.

2. Incorporation'ın Hukuk Seçiminden Farkı¹²

Yabancı bir hukukun seçilmesi (party reference or choice of law) ile bu hukukta yer alan kuralların sözleşmeye, sözleşme hükmü olarak konulması (incorporation) arasında fark vardır. Bu farkın varlığı ilk defa Almanya'da ortaya atılmıştır. Daha sonra diğer ülkelerde de kabul edilmiştir¹³.

Hukuk seçimi yapıldığında taraflar özel, belirli kurallara değil, genel olarak belirli bir ülkenin hukukuna yollamada bulunurlar. Tarafların, sözleşmelerine koyacakları bir klozla belirli bir hukukun sözleşmelerini idare edeceğini kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi, bu hukukun belirli hükümlerini sözleşmelerine dahil etmeleri de mümkündür¹⁴.

Taraflarca yabancı hukuka yapılan yollama yani hukuk seçimi bir bağlama noktası oluşturur. Böyle bir seçim yapıldığında sözleşme, bir bütün olarak bu hukuka tâbi olur. Bu seçim, yabancı hukuk kurallarının sözleşme hükmü olarak ele alınmasından farklıdır. Diğer bir ifadeyle, yabancı hukukun kısmen¹⁵ veya tamamen seçimi ile yabancı hukukun belirli hükümlerinin sözleşmeye "sözleşme hükmü" olarak dahil edilmesi (incorporation by reference) arasında fark vardır¹⁶.

Yabancı hukukun belirli hükümleri sözleşmeye konulduğunda bu hükümlerin geçerli ve etkili olup olmayacakları sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre tayin edilecektir¹⁷. Taraflarca seçilen hukuk

¹² EKŞİ, AET Konvansiyonu, 22-23; Nuray EKŞİ, Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı, (1992)1-2 MHB, s.9-10.

¹³ Ole LANDO, The Conflict of Laws of Contract 189(1984)VI Recueil des Cours, s. 255.

¹⁴ Erik SIESBY, Party Autonomy and the EC Draft Convention, European Private International Law of Obligations, Edt.LANDO/VON HOFFMANN/SI-EHR, Tübingen 1975, s.209.

¹⁵ Kısmî hukuk seçimi hakkında bkz. s. 6-7.

¹⁶ DICEY/MORRIS, The Conflict of Laws, 12th ed., Vol.2, London 1993, s.1222; A. Malcom CLARKE, The Law of Insurance Contracts with 1991 Supplement, London 1989, s.18-19.

¹⁷ CHESHIRE/NORTH, Private International Law, Edt.PM North/JJ Fawcett, 12th ed., London 1992, s. 484; LANDO, 305.

örneğin İsviçre hukuku olduğu halde, taraflar İngiliz hukukunda yer alan mala gelen zarardan kaynaklanan sorumlulukları sınırlandıran hükümleri sözleşmeye koymuşsa, bu hükümlerin geçerli olup olmadığını İsviçre hukuku belirleyecektir. Diğer bir ifade ile, hâkim, sorumluluğu sınırlandıran hükümleri İngiliz hukukuna ilişkin kurallar olarak değil, sözleşmenin hükümleri olarak uygulayacaktır.

Hukuk seçimi (choice of law) ile incorporation arasındaki ayırımın önemi şu noktalarda kendisini gösterir:

-Taraflarca seçilen hukuk kural olarak sözleşmeye bir bütün olarak yani emredici ve tamamlayıcı kurallarıyla uygulanır. Buna karşılık yabancı hukukun belirli hükümleri sözleşme hükmü olarak ele alınmışsa bu hükümler esasa ilişkin hukukun emredici kurallarına aykırı olamaz¹⁸.

-Incorporation ile hukuk seçimi arasındaki ayırımın diğer bir önemi, sözleşmenin yapıldığı an ile uyuşmazlığın karara bağlanacağı an arasındaki süreçte hükümlerde değişiklik olması halinde ortaya çıkmaktadır¹⁹. Bir başka ifadeyle, yabancı hukukun belirli kuralları sözleşme hükmü olarak sözleşmede yer aldığı anda, bu hukuk sonradan değişse bile bu değişiklik sözleşme hükümlerini etkilemez²⁰. Sözleşmenin yapıldığı an esas alınır ve bu andan sonraki değişiklikler göz ardı edilir²¹. Fakat taraflar arasında hukuk seçimi yapılmış olsaydı, yabancı hukukta seçimden sonra yapılan her değişiklik tarafları bağlayacaktır²². Çünkü taraflarca bir hukuk seçimi yapılmışsa sözleşme yapıldığı andan itibaren taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi bu hukuk idare edecektir. Bu sebeple eğer sözleşme ortaya çıktığı andan itibaren söz konusu hukukta bir değişiklik olursa, taraflar arasındaki hukukî ilişki de bundan etkilenerek ve uyuşmazlık yapılan değişiklik doğrultusunda çözümlenecektir. Örneğin altın değeri kaydına izin verilmişken yapılan deği-

18 LANDO, 255-256.

19 SMITH's Conflict of Laws, 2nd ed., Edt. John O'BRIEN, London 1999, s.333.

20 CHESHIRE/NORTH, 484.

21 L. Aubrey DIAMOND Harmonisation of Private International Law Relating to Contractual Obligations, 199(1986)IV Recueil des Cours, s. 265.

22 DIAMOND, 265; CHESHIRE/NORTH, 11. bası, 457.

şiklikle bu kaydın geçersiz olduğu kabul edilmişse veya faiz oranları geçmişe etkili olarak indirilmişse hukuk seçiminin yapıldığı andaki yasal düzenlemeye dayanılarak altın değeri kaydının geçerli olduğu veya faiz oranının indirilemeyeceği iddiası ileri sürülemez²³.

Yabancı hukukun incorporation'ı iki şekilde gerçekleştirilebilir: Taraflar yabancı hukukta yer alan belirli hükümleri kelime kelime kendi sözleşmelerine yazabilirler²⁴. Örneğin, taraflar, satım sözleşmesinin ifasına ilişkin yükümlülüklerle ilgili İsviçre Borçlar Kanununun hükümlerini sözleşmelerine aynen yazabilirler. Veya belirli bir konuya ilişkin hak ve yükümlülüklerde yabancı hukukun ilgili maddelerinin uygulanacağını belirtmekle yetinebilirler²⁵. Yukarıdaki örneğin tarafları ifa yükümlülüğü konusunda İsviçre Borçlar Kanununun ilgili maddelerini sadece rakam olarak yazmışlarsa bu son durum, yabancı hukukun belirli hükümlerinin kelime kelime yazılması yerine daha kısa bir metod olup birincisinden farklı bir sonuç meydana getirmez. Başka bir anlatımla, her iki durumda da yabancı kanun hükümleri sözleşmenin birer şartı olarak uygulama alanı bulurlar.

3. *Incorporation ve Kısmî Hukuk Seçimi*

Aynı sözleşme için birden fazla hukukun seçilmesi mümkün olduğu gibi sözleşmenin yalnızca bir kısmı için belirli bir hukukun seçilmesi de mümkündür. Buna "kısmî hukuk seçimi" denilmektedir. Taraflar sözleşmeden doğan hak ve borçlarını parçalayarak farklı hukuk sistemlerine tabi kılabilirler. Böylece uyumsuzluk çıkması halinde, sözleşmenin çeşitli kısımlarına farklı hukukların uygulanması mümkün olabilecektir. Örneğin, sözleşmenin meydana gelmesine ilişkin sorunlar sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna; sonuçları ifa yeri hukukuna tabi kılınabilir²⁶. Veya satıcının hak ve yükümlülüklerine, edimini ifa edeceği yer hukukunun; alıcının hak ve yükümlülüklerine ödemenin

²³ DICEY/MORRIS, 1223.

²⁴ CHESHIRE/NORTH, 12. bası, 483.

²⁵ CHESHIRE/NORTH, 12. bası, 483-484.

²⁶ Ziya AKINCI, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1992, s. 15.

yapılacağı ülke hukukunun uygulanacağı kararlaştırılabilir²⁷.

Farklı ülkelerde ifalar içeren sözleşmelerde, şemsiye sözleşmelerde veya ifası uzun bir zaman dilimine yayılan inşaat sözleşmeleri gibi ev sahibi ülke hukuku ile sıkı sıkıya ilişkili olan sözleşmelerde kısmî hukuk seçimi ihtiyaca uygun düşebilir²⁸. Bununla beraber, birden fazla hukukun seçimi sözleşmenin parçalanmasına sebep olmakta ve seçilen hukuk sistemleri arasında uyumun sağlanmasını zorlaştırmaktadır. Sözleşmenin sadece bir kısmı için hukuk seçimi, bu kısım için seçilen hukukun uygulanması, kalan kısmı için de objektif olarak tayin edilen hukukun²⁹ uygulanması sonucunu doğurmaktadır³⁰, bu durum ise az önce sözü edilen sorunu gündeme getirmektedir. Bunun için zorunlu olmadıkça kısmî hukuk seçimini tercih etmemek gerekir.

Türk hukukunda yapılmasını mümkün kılan bir hüküm olmamakla beraber kısmî hukuk seçimini engelleyen bir sebep de yoktur. Taraflar kısmî hukuk seçimi imkânına sahiptir³¹. Kısmî hukuk seçimi, "incorporation"dan farklıdır. Çünkü kısmî seçimde aynı sözleşmenin kısımları için farklı hukuk sistemleri seçilmekte veya sadece sözleşmedeki bir husus hakkında uygulanacak hukuk belirlenmektedir. Oysa "incorporation"da yabancı hukuk kuralları kanun hükmü olmaktan çıkarılıp sözleşmenin şartı haline getirilmektedir.

²⁷ Cemal ŞANLI, Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 1996, s.73.

²⁸ ŞANLI, Uluslararası Ticarî Akitler, 74.

²⁹ Uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemiş olması halinde, hangi hukukun esas alınacağı MÖHUK'un 24. maddesinde belirtilmiştir. 24. maddeye göre, tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde, borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır.

³⁰ Bilgin TIRYAKIOĞLU, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s.25; ŞANLI, Uluslararası Ticarî akitler, 74.

³¹ NOMER, 263.

4. Incorporation ve İstikrar Klozları (Stabilisation Clauses)

Hâkimin kanunlar ihtilâfı kuralları yabancı hukuku gösteriyorsa, yabancı hukuk dava anındaki içeriğiyle uygulanacaktır. Hâkim, kararını vermeden önceki dönemde yabancı hukukta değişiklikler olursa bunları dikkate almak zorundadır³². Bu açıdan, uygulanması kararlaştırılan hukuk düzeninin, sözleşmenin yapıldığı an ile sabitleşeceğini ve bu hukukta sonradan meydana gelecek değişiklikleri tarafların bertaraf ettiğini iddia etmek imkânsızdır. NOMER'in ifadesiyle, genel olarak söylemek gerekirse, seçilen maddî hukukta zaman içerisinde meydana gelebilecek değişikliklerin, bu maddî hukuku seçmiş olan sözleşmelere intikal edeceğinden şüphe etmemek gerekir³³. Sözleşmenin yapıldığı tarihte taraflar arasındaki ekonomik dengenin ve sözleşmenin hukukî rejiminin seçilen hukukta yapılması muhtemel değişikliklerden etkilenmemesi için uygulamada istikrar klozlarına (stabilisation clauses) yer verilmektedir. Bu klozlar sayesinde uyuşmazlık halinde sözleşmenin yapıldığı andaki hukuk uygulanmakta ve bu hukukta sonradan meydana gelen değişiklikler hesaba katılmamaktadır³⁴. Özellikle de devlet veya devlet kurumlarının özel kişilerle yaptıkları sözleşmelerde sözleşmenin tarafı olan devletin hukuku seçilmekte, bu ülke hukuku hükümleri sözleşmenin yapıldığı an esas alınarak dondurulmakta, bu sabitleştirme sonucunda devletin tek tarafı olarak hukuku değiştirmesi karşısında özel şahıslar korunmaktadır. Çünkü devlet sözleşmeyi yaptıktan ve kendi hukukunu seçtirdikten sonra, hukukunda kendi lehine ve sözleşmenin karşı tarafı aleyhine düzenlemeler yapabilir. Eğer sabitleştirme yoksa sözleşmenin yapılmasından sonraki değişiklikler tarafları bağlayacak ve karşı taraf için katlanılması zor bir durum ortaya çıkacaktır. İşte bu risk dolayısıyla devletin taraf olduğu uluslararası ticarî sözleşmelere stabilizasyon kayıtları konulmaktadır. Devlet ile yapılan sözleşmeler dışında da taraflar seçilen hukukta zaman içerisinde meydana gelecek değişikliklerle bağlı olmak istemeyebilirler³⁵. Eğer taraflar hukukî ilişkilerini münhasıran sözleşmenin yapımı sırasında yürürlükte bulu-

³² O. KAHN-FREUND, General Problems of Private International Law, 143(1974)III Recueil des Cours, s.441.

³³ NOMER, 264.

³⁴ ŞANLI, Uluslararası Ticarî Akitler, 74 dn. 52.

³⁵ NOMER, 264.

nan hukuka tâbi kılmak isterse, bunu sözleşmelerinde açıkça belirtmelidirler. Aksi halde seçilen hukukta ileride gerçekleşecek olan değişikliklerden kurtulamazlar.

Sabitleştirme veya istikrar klozları ile sözleşmenin yapıldığı tarihteki mevcut olan hukukun uygulanacağını kararlaştırılması sonucunda söz konusu olan hukuk kuralları sözleşme hükmü haline gelmektedirler. Basel Resolution'da da aynı yaklaşım kabul edilmiştir³⁶. Basel Resolution'ın 8. maddesine göre:

"Eğer taraflar seçilen hukukun sözleşme yapıldığı anda yürürlükte bulunan hükümlerinin uygulanması hususunda anlaşmışlarsa, seçilen hukukun hükümleri sözleşme hükmü haline getirilen maddî kurallar olarak uygulanacaktır"³⁷.

Stabilizasyon klozları, tarafların uygulanacak hukuku belirli bir tarih ile dondurmalarını sağlamaktadır. Böylece taraflar uygulanacak hukukta gelecekte gerçekleşecek muhtemel değişikliklere karşı önlem almış olmaktadır. Sonuçta seçilen hukukun sabitleştirilmesiyle bu hukuktaki hükümler sözleşmeye "incorporate" edilmiş olmaktadır³⁸.

5. Geçersiz Hukuk Seçimi Klozları Incorporation Olarak Yorumlanabilir mi?

Geçerli olmayan hukuk seçimi klozlarının yabancı hukukun incorporation edilmesi klozu şeklinde dikkate alınabileceği ifade edilmektedir³⁹. Bu görüşe göre, geçersiz hukuk seçimi klozu ile belirlenen hukuk kuralları sözleşme hükmü haline gelirler⁴⁰. Örneğin MÖHUK'un 24. maddesine göre, hukuk seçiminin geçerli olması için açıkça yapılmış olması gerekir. Açıkça yapılmamış olan hukuk seçimi geçersizdir. Açıkça yapılmamış olmakla beraber taraflar yabancı bir hukuka yollamada bulunabilirler. Bu durumda 24. madde anlamında geçersiz bir seçim olmakla beraber, bahsi geçen yabancı hukukta yer alan hüküm-

³⁶ PE NYGH, The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort, 251(1995) Recueil des Cours, s.322.

³⁷ NYGH, 322.

³⁸ NYGH, 322.

³⁹ LANDO, 306 Haudek'e atfen.

⁴⁰ LANDO, 306 Haudek'e atfen.

ler sözleşmeye incorporate edilmiş sayılabilir. Sözleşme hükmü haline gelen bu hükümlerin geçerliliği sözleşmenin diğer şartlarında olduğu gibi, lex obligationis'e tabidir. Bununla beraber geçersiz hukuk seçimi klozlarının akibetinin akde objektif olarak uygulanması gerekli hukuksal bırakılması gerektiği ifade edilmektedir⁴¹. Sözleşmeye objektif olarak uygulanacak hukuk, geçersiz hukuk seçimi klozunun tamamen bertaraf edilmesi gerekip gerekmediğini veya geçersiz seçimin incorporation olarak dikkate alınıp alınmayacağını belirleyecektir⁴².

6. Incorporation ve Elektronik Ticarî Sözleşmeler

Geleneksel yazışma usullerinin yanı sıra bilgisayarlar vasıtasıyla bilgi aktarımı da giderek artan bir şekilde kullanılmaktadır. Elektronik ortamda hazırlanan sözleşmeler farklı hukuk dallarını ilgilendiren sorunlara yol açmaktadır. Örneğin,

- Sanal ortamda işlenen suçlar açısından ceza hukuku,
- Elektronik ticarete vergilendirme açısından vergi hukuku,
- Elektronik veri aktarımı yoluyla hazırlanan belgeler ve elektronik imzalarda ispat açısından usul hukuku,
- Sınır ötesi elektronik ticaretten doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme açısından devletler özel hukuku

devreye girmektedir.

Farklı hukuk dallarına ilişkin sorunları çözümlenmek ve hukukî belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla ulusal yasal düzenlemelerin yanında uluslararası düzeyde, özellikle UNCITRAL, OECD, ICC ve AB tarafından çalışmalar yapılmaktadır. Bu kuruluşlar tarafından yapılan çalışmalar kapsamında, UNCITRAL, inceleme konumuz olan "incorporation by reference"a yer vermiştir. Bilgisayar ortamında hazırlanan sözleşmelerde, yine bilgisayar ortamında muhafaza edilen dokümanlara referans yapılması halinde elektronik yolla yapılan incorporation'dan (incorporation made by electronic means) söz edilecektir.

⁴¹ LANDO, 306.

⁴² LANDO, 306.

UNCITRAL'in Elektronik Ticarete İlişkin Model Kanunu'nun 5 (bis). maddesinde "incorporation by reference" düzenlenmiştir. Bu maddede, elektronik ortamda muhafaza edilen belgelerin bazı şartlarla sözleşmeye incorporate edilebileceği ifade edilmiştir. Bu maddeye göre, elektronik sözleşme metninde elektronik ortamda kayıtlı bilgilere atıf yapılmış olması, atıf yapılan metnin hukukî etkisine, geçerliliğine veya uygulanabilirliğine hâlel getirmez.

Bunun yanı sıra, İngiltere ve Kuzey İrlanda, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu'na (UNCITRAL'a) elektronik veri aktarımı yoluyla (EDI=Electronic Data Interchange) yapılan sözleşmelerde dahi incorporation metoduna başvurulması halinde bunun geleneksel sözleşme yapma metodları (conventional paper communications) ile aynı sonuçları doğurmasını sağlayacak bir teklifte bulunmuştur⁴³. Bu teklife göre, elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde, başka bir yerde kaydedilmiş olan verilere yollamada bulunulabilir. Bu durumda yollama yapılan veriler elektronik ortamda hazırlanan sözleşmenin bir parçasını veya ekini teşkil ederler. Ancak bu sonucun ortaya çıkması için aşağıdaki şartların gerçekleşmiş olması gerekir:

-Elektronik ortamda muhafaza edilen hangi kaydın/verinin incorporate edildiğinin (örneğin, kaydın adı, tanımı veya kodunun) açıklanması,

-Kaydın nereden ve nasıl elde edileceği, bu kayda giriş açık değilse veya sınırlıysa hangi yöntemle bu kayda ulaşılabileceğinin belirtilmesi,

-Kaydın, elektronik sözleşmeye incorporate edildiğine ilişkin iradenin açık olması

gerekir.

Elektronik ortamda hazırlanan sözleşme ile buna incorporate edilen metin arasında bir uyumsuzluk olursa, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk (lex obligationis) hangisine öncelik verileceğini belirle-

⁴³ Incorporation by Reference: Proposal by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, UNITED NATIONS, A/CN.9/WG. IV/WP.74 31 December 1997 UN Commission on International Trade Law, Working Group on Electronic Commerce.

yecektir⁴⁴.

III. Genel İşlem Şartları ve Standart Sözleşmelerin Incorporantın'ı

Uluslararası ticaret alanında farklı yorum ve uygulamaları önlemek amacıyla ulusal veya uluslararası ticarî kuruluşlarla meslek birlikleri tarafından çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalar başlıca üç gruba ayrılabilir⁴⁵:

- Genel nitelikli yeknesak kurallar (uniform rules of general character)
- Standart sözleşmeler (standard contract forms)
- Ticaret hayatına ilişkin genel uygulamalar (general terms of business)

Özel nitelikteki millî veya milletlerarası kuruluşlar (UNCITRAL⁴⁶, GAFTA⁴⁷, FOSFA⁴⁸, UNIDROIT⁴⁹, ICC⁵⁰, FIDIC⁵¹) uluslararası ticarete ilişkin kodlar, model kanunlar, broşürler, standart sözleşmeler ve genel işlem şartları hazırlamaktadırlar. Bu kuruluşlar belirli bir devlete ait değildirler. Bir çok devletin taraf olduğu kuruluşlardır. Bu kuruluşların belirli bir devletin topraklarında kurulmuş olması, bunlara ulusal nitelik vermez. ICC gibi kuruluşlar uluslararası ticarete ilişkin uygulama ile gelişen normları yazılı hale getirmektedirler. Ulus-

⁴⁴ Elektronik veri aktarımı yoluyla yapılan sözleşmelere uygulanacak hukukun (lex obligationis'in) nasıl tayin edileceği kanunlar ihtilâfı alanında son zamanlarda tartışılan en önemli konulardan birini teşkil etmektedir. İnceleme konumuz "incorpotaion" olduğu için elektronik sözleşmelere uygulanacak hukukun nasıl tayin edileceği üzerinde durulmayacaktır.

⁴⁵ M. Clive SCHMITTHOFF, The Law & Practice of International Trade Law, 9th ed., London 1990, s.63.

⁴⁶ United Nations Commission on International Trade.

⁴⁷ Grain and Feed Trade Association.

⁴⁸ Federation of Oil Seed and Fats Associations.

⁴⁹ Institut Internationale pour L'unification du Droit Privé.

⁵⁰ International Chamber of Commerce.

⁵¹ Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils.

lararası ticaretin aktörlerine yardımcı olmak, farklı yorumlardan kaynaklanan sorunları bertaraf ederek uygulamada yeknesaklığı sağlamak amacıyla yazılı hale getirilen bu kurallar, devletin yasama organı tarafından yapılan yasal düzenlemeler niteliğine sahip değildir. Bununla beraber, ICC başta olmak üzere diğer bir çok meslek örgütü veya birliğinin yazılı hale getirdiği kurallar mahkemeler tarafından yaygın olarak uygulanmaktadır. Bu kuralların uygulanmasını kararlaştıran taraflar arasındaki uyuşmazlıklar bunlara göre çözümlenmekte ve çoğu kez devletlere ait hukuk normlarının uygulanmasına gerek kalmamaktadır. Çünkü ticarî ilişkiler alanında kanunlar ihtilâfî kuralları büyük ölçüde ikinci derecede fonksiyona sahiptirler. Ticarî hayattaki ihtiyaçları daha iyi şekilde karşılayan yeknesak (uniform) kurallar uyuşmazlığın çözümü için gerekli hükümleri içerdiğinden bu alandaki kanunlar ihtilâfî kurallarına başvurmaya çoğunlukla ihtiyaç kalmamaktadır⁵². Bununla beraber standart sözleşmelerin veya genel işlemlerin tarafları genellikle muhtemel sorunları karşılayacak hukuk sistemleri ile desteklenme ihtiyacını duymaktadırlar⁵³. Bu ihtiyacı gidermek amacıyla taraflar, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş sözleşmelerine rağmen her ihtimale karşı hukuk seçimine ilişkin bir klozu da sözleşmelerine koymaktadırlar. Uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olarak genel işlem şartlarını veya standart kuralları içeren sözleşmede bir boşluk bulunması durumunda, bu boşluk, seçilen millî hukuk kuralları ile doldurulmaktadır.

Uluslararası ticarî kuruluşlar tarafından yazılı hale getirilen kurallar gelişen ve değişen ticarî hayatın ihtiyaçlarına göre yine bu kuruluşlar tarafından yeniden şekillendirilmektedirler.

Genel işlem şartlarının sözleşmenin kurulmasından önce tek taraflı olarak hazırlanması, genel ve soyut niteliklerinin olması, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılması, karşı tarafın bunları değiştirme imkânının bulunmaması özelliklerine sahip olmaları⁵⁴ bunların dev-

⁵² VISCHER, 134.

⁵³ John HONNOLD, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 2nd ed., Boston 1991, s.77; F. Fox WILLIAM, International Commercial Agreements, 3rd ed., Hague 1998, s.151.

⁵⁴ M. Yeşim ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s.77.

letin yarattığı hukuka eşdeğer sayılmaları⁵⁵ sonucunu doğurmaz. Uluslararası özel kuruluşlar tarafından hazırlanan ve genelde ticaret hayatının içinde olan, onu yönlendiren kuralların yazılı hale getirilmesi tek başına bunlara hukukî norm niteliğini kazandırmaz. Bu kuralların uygulanması hususunda tarafların iradelerini beyan etmeleriyle⁵⁶ birlikte bunlar sözleşme içeriği haline gelirler. Diğer bir ifadeyle bunlar, "sözleşme hükmü" niteliği kazanırlar. Bu andan itibaren, sözleşmede yer alan her hüküm gibi tarafları bağlarlar. TEKİNALP'in de ifade ettiği gibi⁵⁷, genel işlem şartları geçerliliğini tarafların anlaşmalarından alır. Taraflar arasında uyuşma varsa, metnin önceden hazırlanmış bulunması, bu metnin tip sözleşme niteliği taşıması ve hâttâ diğer tarafın pazarlık şansının yokluğu genel işlem şartlarının bağlayıcılığını ne ortadan kaldırır ne de onu etkiler.

Sözleşmede bunlara yer verilmesi sadece uluslararası ticarete kullanılan söz konusu düzenlemenin sözleşme hükmü haline gelmesini sağlar. Mahkeme veya hakemler de bu kuralları sözleşme klozu olarak uygular. Ancak bunların sözleşme hükmü olarak uygulanabilmesi için, sözleşmede yer alan diğer hükümlerde olduğu gibi, bunların da *lex obligationis*'e göre geçerli olmaları gerekir⁵⁸. Diğer bir ifadeyle, genel işlem şartlarının veya tip sözleşmelerin geçerliliği esasa uygulanacak hukuka (*lex causae*) tabidir. Eğer standart sözleşmede veya genel işlem şartında yer alan bir hüküm esasa uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı ise bu hüküm geçersiz olacaktır. Buna karşın, *lex causae*'nin yedek hukuk kurallarına ters düşen genel işlem şartı veya standart sözleşme hükmü aynen uygulanacaktır. O halde,

⁵⁵ Alman hukukunda konuyla ilgili olarak ileri sürülen görüşler için bkz. ATAMER, 77-78.

⁵⁶ Genellikle, genel işlem şartlarını kullanan taraf sözleşme beyanında bulunurken karşı tarafa şartlarda yer alan hususlar hakkında açıklamada bulunmaksızın sadece yapacağı bir atıfla veya şartların içinde yer aldığı sözleşme metnini imzalatmakla yetinir (Cemal OĞUZ, Tüketicilerin Korunması Açısından Genel İşlem Şartları, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 4, 12-16 Ocak 2000 Ankara, s. 511).

⁵⁷ Ünal TEKİNALP, Türk Malî Kurumlar Hukuku C.I Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 271.

⁵⁸ Antonio BOGGIANO, International Standard Contracts A Comparative Study, 170(1981) Recueil des Cours, s.38.

lex causae'nın emredici kurallarına aykırı olmadığı sürece bunların uygulanmaları bertaraf edilmeyecektir.

Nitekim Yargıtay da bir kararında⁵⁹ aynı sonuca varmıştır. Karara konu olan olayda taşıyıcı Alman şirket (Militzen Und Münch-GmbH) otomobil yedek parçalarını Rotaş Rot Ticaret ve Sanayi AŞ'ye eksik teslim etmişti. Bunun üzerine alıcı malları sigorta ettirdiği Aksigorta AŞ'ye başvurarak eksik çıkan sigortalı yedek parçaların bedellerini tazmin ettirmişti. Aksigorta tazmin talebini yerine getirdikten sonra alıcının halefi olarak taşıyıcı Alman şirketine karşı rücu davası açmıştı. Yargıtay'a göre:

"...Akdin ifa yeri (eşyanın teslim yeri) Türkiye olduğuna göre, devletler hususî hukuku kuralları gereğince olaya ifa yeri...yasalarının yani Türk yasalarının uygulanması gerekmektedir. Esasen bu konularda taraflar arasında da bir uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, taşıma senedinde taşıyıcı davalı firmanın koymuş olduğu "biz münhasıran Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesi Hükümlerine (ADSP) göre çalışmaktayız" kayıt ve şartından doğmaktadır. Davalı taşıyıcı, Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesinin 52/2. maddesi hükmü gereğince, eksik çıkan eşyalardan dolayı azamî 1500 Alman Markı değerini aşmamak üzere kilo başına 1,5 Alman Markı ile ve sınırlı olarak sorumlu olduğunu savunmaktadır. Oysa yukarıda belirtildiği gibi, ifa yeri...olan TTK'nın 766. maddesi hükmüne göre, taşıma akdinde kanunun taşıyıcıya ve hususiyle faaliyetleri Devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mesuliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür. Bu kayıt ve şartların işletme nizamnamelerine, umumî şartnamelere, tarifelere veya bunlara benzer diğer vesikalara konulmuş olması halinde de hüküm aynıdır...O halde olaya ifa yeri...yasaları uygulanacağına ve ifa yeri kanunu olan TTK'nın 766. maddesi taşıma sözleşmelerindeki sorumluluğu hafifleten veya kaldıran hükümlerin geçersiz olduğunu belirtmiş bulunmasına ve bu hükmün yorumlayıcı değil uyulması gereken emredici hüküm niteliğinde olmasına göre, TTK'nın bu hükmü karşısında davalı taşıyıcının dayandığı Alman Taşıyıcı Genel Şartname-

⁵⁹ HGK, E.1979/11-1775, K.1981/563, T.3.7.1981: Atâ SAKMAR/Nuray EKŞİ/İlhan YILMAZ, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, 3. bası, İstanbul 2001, s.131-138.

sindeki sorumluluğu sınırlandıran hükümler geçersiz ve olaya uygulama olanağı yoktur"⁶⁰.

Genel işlem şartları veya standart sözleşmelerin geçerliliğinin yanı sıra yorumu da esasa uygulanacak hukuka tabidir⁶¹. Bununla beraber, standart sözleşmelerde, içlerinde kullanılan kavramlara ilişkin tanımlara veya açıklamalara yer verilmektedir. Böylece standart sözleşme, mümkün olduğunca açık ve net bir hale getirilmekte, müphem bir durumun ortaya çıkması engellenmektedir. Bu husus standart sözleşmelerin en önemli avantajlarından biridir⁶².

Genel işlem şartlarına ve standart sözleşmelere sigortacılık, bankacılık, taşımacılık, mühendislik ve mimarlık hizmetleri alanlarında yaygın olarak rastlanmaktadır⁶³. Aşağıda genel işlem şartlarından veya standart sözleşmelerden uygulamada en çok kullanılanlarına bazı örnekler verilecektir.

Teslim şekilleri (INCOTERMS- International Commercial Terms) tarafların, uluslararası satımlarda malların sevk ve teslimine ilişkin yükümlülüklerinin yorumuna dair bir dizi kuralları ifade eder. Taraflar sözleşmelerinde incoterm'lerden birine atıf yapmak suretiyle satım konusu malın teslim şeklini, şartlarını, malla ilgili risk ve masrafların hangi tarafa ait olacağını, maldaki hasar, risk ve masrafların hangi andan itibaren bir taraftan diğerine geçeceğini belirlemiş olurlar. ICC tarafından 2000 yılında⁶⁴ yeniden gözden geçirilerek düzenlenen incoterm'ler 560 sayılı broşürde toplanmıştır⁶⁵. ICC'nin temsil-

⁶⁰ Karar, 1330 tarihli Muvakkat Kanununun yürürlükte olduğu dönemde verilmiştir. Diğer bir ifadeyle, kararın verildiği tarihte 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun yürürlükte değildi. Bununla beraber, konuyla ilgili özgün bir karar olması ve 2675 sayılı Kanun açısından değerlendirildiğinde de bu Kanunun esaslarına uygun bulunması nedeniyle incelenmiştir.

⁶¹ BOGGIANO, 67.

⁶² BOGGIANO, 67.

⁶³ TEKİNALP, 265.

⁶⁴ Incoterm'ler ilk defa 1936 yılında Milletlerarası Ticaret Odası-ICC tarafından yayımlandı. Bu tarihten itibaren sistematik bir şekilde güncelleştirildiler. Incoterm'lerde en önemli değişiklikler 1953 ve 1990 yıllarında yapıldı [A. John SPANOGLE, Incoterms and UCC Article 2 Conflicts and Confusions, 31(1997)1 International Lawyer, s.112].

⁶⁵ Cemal ŞANLI/Nuray EKŞİ, Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2000, s.133.

ciliklerinin bulunduğu bir çok ülkedeki uzmanların, tacirlerin ve ticarî kuruluşların görüşü alınarak hazırlanan 560 sayılı broşür ile izlenen amaç, konuyla ilgili uluslararası ticaretteki gelişmeleri yansıtmaktır⁶⁶.

ICC tarafından derlenmiş olan teslim şekilleri uyulması zorunlu olmayan yeknesak kurallardır. Yeknesaklaştırma çabalarının amacı, millî hukukların farklı düzenleme ve yorumlarının hukukî güvenlik açısından oluşturacağı sakıncaları kaldırarak⁶⁷ bu alanda tacirler için ortak bir hukuk oluşturmaktır.

ICC bir devlet kuruluşu olmadığından, incoterm'lere ilişkin broşür ne bir ulusal yasal metin ne de milletlerarası andlaşma niteliğine sahiptir. Bu nedenle incoterm'ler MÖHUK'un 24. maddesi anlamında "sözleşmeyi idare eden hukuk" (the governing law of the contract) değildirler. Bunlar uluslararası ticarî uygulamalar ile ortaya çıkan ve geliştirilen kurallar olup genellikle taraflar sözleşmelerine teslim şekillerinden birini "incorporate" ederler⁶⁸. Bu nedenle incoterm'ler hukukî yönden "sözleşme hükmü" niteliğindedirler. Gerek mahkemeler gerekse hakemler tarafından, tarafların aralarında anlaştıkları sözleşme hükümleri olarak uygulanırlar⁶⁹. Daha önce ifade edildiği gibi incoterm'lerde zaman zaman değişiklikler yapılmaktadır. Bunun için incoterm'leri sözleşmelerine aktarmak isteyen taraflar ICC'nin hangi tarihli broşürünü esas aldıklarını açıklamalıdır. Örneğin, "teslim şekline ilişkin uyuşmazlıklarda ICC- incoterms 2000 broşüründe yer alan kurallar esas alınacaktır" şeklindeki bir kloz sözleşmeye konulabilir. Önceden düzenlenmiş standart sözleşmelerde veya genel işlem şartlarında eski tarihli incoterm'lere referans yapılmış olabilir. Bu nedenle güncelleştirilmiş incoterm broşürünü kullanmak isteyen tacir-

⁶⁶ ICC Official Rules for the Interpretation of Trade Terms, INCOTERMS 2000, ICC Publication N.560, Paris 1999, s.6-7.

⁶⁷ Ercüment ERDEM, SİF Satışlar CIF Sales, İstanbul 1999, s.51; Didier MATRAY, The New ICC Model Sales Contract, Seminar on International Contracts, İstanbul 10-11 Nisan 1995.

⁶⁸ SPANOGLE, 113.

⁶⁹ B. Bahadır ERDEM, Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği, (1990)1-2 MHB (Özer ESKİYURT'un Anısına Özel Sayı), s.70.

lerin, eski tarihi silip yerine yenisini yazmaları faydalı olacaktır⁷⁰. Aksi halde teslim şekillerine ilişkin en son tarihli broşürdeki açıklamalara itibar edilecektir.

ICC tarafından 500 sayılı broşür ile uygulamaya konulan akreditiflere ilişkin kuralların (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits) uygulanabilmesi de tarafların iradesine bağlıdır. Akreditif metninde, ICC'nin yeknesak kurallarına yollamada bulunulması halinde bu kurallar taraflar arasındaki sözleşme haline dönüşmektedirler⁷¹. 500 sayılı broşüre aynen atıf yapılabileceği gibi bunların değiştirilmesi veya bazılarının uygulama alanı dışına bırakılması da mümkündür. Örneğin, taraflar, 500 sayılı kuralların 13/e maddesinde öngörülen azamî inceleme süresini akreditif metninde azaltabilir veya uzatabilirler⁷².

Uluslararası nitelikli inşaat sözleşmelerinin düzenlenmesinde FIDIC'in standart sözleşmelerinden önemli ölçüde yararlanılmaktadır. Taraflar, FIDIC standart sözleşmelerini esas alarak bu sözleşmedeki şartları kendi ilişkileri açısından kabul etmekle, uluslararası yetkin bir meslekî kurumun bilgi ve tecrübesinden yararlanmaktadırlar⁷³. Böylece taraflar önceden bilinen ve inşaat sözleşmeleri alanında yaygın olarak uygulanan kurallarla hukukî ilişkilerini düzenlemektedirler.

FIDIC kuralları, gelişimi ve kaynakları açısından milletlerarası inşaat hukuku uygulaması içerisinde mevcut olan, herhangi bir millî hukuk sistemine dahil olmayan kurallardır⁷⁴. Bu nitelikleri itibariyle söz konusu kurallar, ancak taraflarca bunlara referans yapılması veya sözleşmenin hükmü veya eki haline getirilmesiyle bağlayıcılık vasfı kazanacaklardır. FIDIC kuralları esas alınmakla birlikte hukuk seçimi de yapılmış olabilir. Yani tarafların aralarındaki ilişkiyi esas iti-

⁷⁰ ICC INCOTERMS Report of the Secretary General UNITED NATIONS A/CN.9/479 10 April 2000, s.6.

⁷¹ Seza REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, s.21; TEKİNALP, 430.

⁷² REİSOĞLU, 21.

⁷³ ŞANLI, Uluslararası Ticarî Akitler, 355-356.

⁷⁴ Ziya AKINCI, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, s.12.

barıyla FIDIC kuralları çerçevesinde düzenlediği, ancak ortaya çıkması muhtemel boşluklar için millî bir hukukun uygulanmasını kararlaştırdığı durumlar da olabilir. Bu durumda, FIDIC kurallarının herhangi bir hükmünün seçilen millî hukukun emredici kurallarına aykırı olması halinde, FIDIC kurallarının söz konusu hükmü geçersiz olacaktır⁷⁵.

Standart formların yaygın olarak kullanıldığı diğer bir alan konişmentolar ve çarter sözleşmeleridir. Çarter partinin türüne ve taşınan yükün niteliğine göre formlar kaleme alınmaktadır. Bunların önemli bir kısmı United Kingdom Chamber of Shipping, Baltic and International Maritime Conference (BIMCO) tarafından düzenlenmektedir⁷⁶. BIMCO tarafından hazırlanan çarter parti ve konişmento metinleri dünya çapında kullanılmaktadır. Bunların yanı sıra Baltimore Berth Grain Charter Party Form C, Amerika Birleşik Devletleri ile Kanada'dan dünyanın bütün bölgelerine taşınan tam yük hububat için kullanılmaktadır⁷⁷. Konişmento ve çarter sözleşmelerine ilişkin standart formların kullanılmasıyla taraflar sözleşmenin ayrıntılarını belirlemek için zaman kaybetmeden kısa sürede anlaşmaktadırlar. Ayrıca belirli bir temele oturmuş bu formlar sayesinde aynı tür taşımalar arasında denge kurulmuş olmaktadır. Üstelik, standart çarter sözleşmelerin ve konişmentoların yaygın olarak kullanılması tarafların hakları ve borçları açısından yeknesaklık sağlamaktadır⁷⁸. Taraflar mevcut standart formlardan hiç birini kullanmaksızın çarter sözleşmesini düzenleyebilirler. Bununla beraber uygulamada mevcut standart formlardan biri seçilmekte ve bu form üzerinde taraflar kendi aralarındaki hukukî ilişkinin özelliklerine göre gerekli değişiklikleri yapmaktadırlar⁷⁹.

Yabancı unsurun katıldığı deniz sigortalarında poliçeye İngiliz sigorta uygulamasında oluşmuş özel şartlar eklenmektedir. Bu şartları Londra Sigortacılar Enstitüsünün hazırladığı klozlar teşkil etmekte-

⁷⁵ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, 25-26.

⁷⁶ John WILSON, Carriage of Goods by Sea, 2nd ed., London 1993, s.3.

⁷⁷ Fahiman TEKİL, Deniz Hukuku, 6. bası, İstanbul 2001, s.241; Fehmi ÜLGNER, Çarter Sözleşmeleri I Genel Hükümler Sefer Çarter Sözleşmesi, İstanbul 2000, s.144-150.

⁷⁸ ÜLGNER, 143-144.

⁷⁹ WILSON, 3.

dir⁸⁰. Sigortacılık uygulamasında ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla hazırlanan bu klozlar tekne ve yük sigortalarına ilişkindirler. Deniz sigortaları konusunda hâkim durumda olan İngiltere'de Deniz Sigorta Kanununun eski olması ve konuyu her yönüyle düzenlememesi nedeniyle deniz sigorta sözleşmelerine eklenen şartlar Londra Sigortacılar Enstitüsü tarafından düzenlenerek değişen ihtiyaçlara göre devamlı suretle geliştirilmiştir. Bu klozlar diğer ülkelerde olduğu gibi bizim ülkemizde de deniz sigorta hukukunda etkili olmaktadır⁸¹. Çünkü söz konusu klozlar Türkiye'de düzenlenen poliçelere de özel şart olarak eklenmektedir. Bu klozlara atıf yapılmasıyla bunlar sözleşmenin birer şartı haline gelmektedir. Ancak bunların sigorta sözleşmesinin hükümleri olarak uygulanabilmesi için her iki tarafın iradesinin bu sonuca yönelik olması gerekir.

III. Türkiye'nin Katılmadığı veya Onaylamadığı Milletlerarası Andlaşmaların Incorporation'ı

1. Anayasa ve 244 sayılı Kanuna Göre Milletlerarası Andlaşmaların Bağlayıcılığı

"Milletlerarası bir sözleşme, birbirinden farklı safhalardan geçerek bir âkit devlette hukukî etkinlik kazanır. Üzerinde anlaşmaya varılan sözleşme metni, sözleşme çalışmalarına katılmış devletlerce imzalanmakla, kesin ve belgelenmiş olarak tespit edilmiş ve böylece milletlerarası sözleşmenin tarihi de ortaya çıkmış olur. Ancak sözleşme, imzacı devletler için henüz bağlayıcılık kazanmamıştır. Sözleşmenin bağlayıcı olabilmesi için, öncelikle imzacı ilgili devletin bu konuda yetkili kılınmış organı tarafından kabulü gerekir"⁸². Türk hukukunda, Anayasanın 90/V. maddesi ile 244 sayılı Milletlerarası Andlaşma-

⁸⁰ Londra Sigortacılar Enstitüsü tarafından hazırlanan klozlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Robert SMET, Deniz Sigortaları (İngiliz Hukuku) Çeviren Fahiman TEKİL, İstanbul 1971; SCHMITTHOFF, 512 vd.; RJ LAMBETH, Templeman on Marine Insurance Its Principles and Practice, London 1986, s.537 vd..

⁸¹ Rayegan KENDER/Ergon ÇETİNGİL, Deniz Ticareti Hukuku (Deniz Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte), Temel Bilgiler, Genişletilmiş 6.bası, İstanbul 1998, s.210 vd..

⁸² NOMER, 62 dn.107a.

ların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun'a uygun olarak gerekli işlemler yapıldıktan sonra milletlerarası sözleşme, Türkiye açısından, bağlayıcılık kazanacaktır.

Anayasasının 90/V. maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. 244 sayılı Kanunun 2. maddesinde ise, milletlerarası andlaşmaları onaylama veya bu andlaşmalara katılma, onaylama ve katılmanın bir kanunla uygun bulunmasına bağlı⁸³ olduğu ifade edilmiştir⁸⁴.

Demek ki prensip olarak, milletlerarası andlaşmalar onay kanunu ile iç hukuka aktarılırlar ve iç hukukun bir parçasını teşkil ederler. Diğer bir ifadeyle, Anayasasının 90. maddesi ve 244 sayılı Kanunun 2. maddesinde öngörülen prosedüre uyularak iç hukukla bütünleştirilen milletlerarası andlaşmalar TC için bağlayıcılık kazanırlar⁸⁵. Söz ko-

⁸³ Onaylamanın veya katılmanın uygun bulunmasına dair bir kanun yapılması zorunluluğu olmayan haller için bkz. 244 sayılı Kanun md. 2/II-III-IV.

⁸⁴ 10. HD, E.12170, K., T. 6.12.1994: "...bir andlaşmanın bağlayıcı ve Türk mahkemelerinde dikkate alınabilmesi için Anayasasının 90 ve 244 sayılı Yasanın 2. maddesindeki koşulları içermesi zorunludur. Bu alanda ana kural, Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı devletle ve milletlerarası kuruluşlarla yapacağı andlaşmaların hüküm ifade edebilmesi veya kanun gücü taşıyabilmesi için TBMM ...(tarafından) ..bir kanunla onaylanma zorunluluğunu kabul eden kuraldır. Bu tür bir onaylamanın olmadığı veya yöntemince andlaşma yürürlüğe konmadığı sürece bağlayıcı durumdan söz edilemez...Anayasasının 90 ve 244 sayılı Yasanın 2. maddesinin kabulüne göre, bir andlaşmanın TBMM onayına gerek kalmaksızın hüküm ifade edebilmesi için, bu andlaşmanın milletlerarası bir andlaşmayı uygulama andlaşması olması veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartı ile yayınlanma ile yürürlüğe konulabilirse de bu durumda dahi bu andlaşmaların iki aylık süre içinde TBMM'nin bilgisine sunulması zorunluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte, hangi koşullarda olursa olsun, Türk kanunlarında değişiklik getiren her türlü andlaşmanın hüküm ifade edebilmesi için mutlaka TBMM tarafından onaylanması ve bu onaylamanın kanunla yapılması zorunluluğu bulunmaktadır...." Aslan GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 3. Bası, İstanbul 1998, s.155-158.

⁸⁵ 4.HD, E.8217, K.6585, T.11.7.1994: 21(1995)1 YKD, s. 24-26.

nusu prosedüre uygun olarak iç hukuka aktarılmayan milletlerarası andlaşmalar iç hukukun bir parçasını teşkil etmezler. Dolayısıyla Türk mahkemeleri tarafından dikkate alınmazlar.

Milletlerarası sözleşmelerin, bazı istisnalar dışında, bir kanunla uygun bulunması ve buna bağlı olarak Bakanlar Kurulu kararnamesi ile Resmî Gazete'de yayımlanması andlaşmanın milletlerarası hukuk bakımından yürürlüğe girebilmesi ile ilgili değildir⁸⁶. "Sözleşmenin milletlerarası alanda yürürlüğe girmesi ve dolayısıyla etkinlik kazanması, kaide olarak, sözleşmenin genellikle son maddelerinde tesbit edilmiş bulunan onay veya katılma belgesinin depozitere tevdiini takiben belirli bir sürenin geçmesiyle olmaktadır"⁸⁷.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir (Anayasa md. 90/V). Milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olmaları, kanunlar kadar bağlayıcı olmaları anlamına gelmektedir⁸⁸. Milletlerarası andlaşmalar kanunlara nazaran öncelikle uygulanır⁸⁹. Milletlerarası andlaşmalar hakkında Anayasaya ay-

⁸⁶ NOMER, 62 dn.107a.

⁸⁷ NOMER, 62 dn.107a.

⁸⁸ Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Birinci Daire E.1997/555, K.1997/528: GÜNDÜZ, 172.

⁸⁹ Örneğin, Sinaî Mülkiyetinin Korunmasına İlişkin Paris Andlaşmasınının 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye nazaran öncelikle uygulanacağı hakkında bkz. 11.HD, E.1988/1918, K.1988/3940, T.14.6.1988: 15(1988)5 YKD, s.680.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 1. maddesine göre:

"Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır".

Bu düzenleme nedeniyle, her somut olayda kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasından önce konuyla ilgili bir milletlerarası andlaşmanın mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır. Eğer varsa, milletlerarası andlaşma öncelikle uygulanmalıdır. Buna rağmen, özellikle Türk mahkemelerinin uygulamasında milletlerarası sözleşmelerin gözden kaçırıldığı görülmektedir (NOMER, 62).

kırlık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz⁹⁰.

2. Bağlayıcılık Kazanmamış veya Onaylanmamış Milletlerarası Andlaşmaların Incorporation'ı

Milletlerarası andlaşmaların incorporation'ında iki hususu birbirinden ayırmak gerekir:

-Andlaşmanın yürürlükte olmadığı bir devlette dava açılmış ve taraflar arasındaki sözleşmede yürürlükte olmayan milletlerarası andlaşmaya referans yapılmış olabilir, veya

-Milletlerarası andlaşmanın kapsamına girmeyen konularda uygulanması taraflarca kararlaştırılmış olabilir.

⁹⁰ İslâm Ülkeleriarası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanması Hakkında 3.8.1999 tarihli ve 4163 sayılı Kanunun iptâli istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi şu sonuca vermiştir:

"...Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz denilmektedir. Uluslararası ilişkilerde sürekliliği sağlama amacı gözeterek getirilen andlaşmaların yargı denetimi dışında tutulmasına ilişkin bu kuralla anayasal denetimin dışında tutulmak istenen, yöntemince yürürlüğe konulmuş olan uluslararası andlaşmalardır. Bu nedenle andlaşmadan bağımsız olarak onay yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir...Bir uluslararası anlaşma TBMM'nin bir yasayla uluslararası anlaşmayı uygun bulmasıyla yürürlüğe girmez. Bu, yalnızca bir yasa olarak Resmî Gazete'de yayımlanır ve ekinde uluslararası anlaşma yoktur. Çünkü, uluslararası anlaşma, Anayasanın 104. maddesine göre, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanır ve yayımlanır. Bu da bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yapılır. Cumhurbaşkanı onaylı ve Bakanlar Kurulu Kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra, uluslararası anlaşma "yürürlüğe girmiş" olur ve Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasındaki güvenceye kavuşur. Artık bundan sonra o uluslararası anlaşma yasa hükmündedir ve hakkında Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamaz. Dava konusu yasa ise sadece bir "uygun bulma" yasasıdır. Henüz usuller tamamlanmamış olduğu için yürürlüğe girmemiştir ve bu nedenle Anayasa'da belirlenen çerçeve içinde Anayasal denetime tabidir..." Anayasa Mahkemesi, E.1996/55, K.1997/33, T.27.2.1997: RG 24.3.2001/24352, s.35-56.

Türkiye'de usulüne uygun olarak yürürlüğe girmemiş bir andlaşma Türkiye açısından bağlayıcılık kazanmamıştır. Bu nedenle Türk mahkemesinde dava konusu yapılan bir sözleşme (örneğin, deniz yolu ile eşya taşıma sözleşmesi), Türkiye bakımından henüz yürürlüğe girmemiş bir andlaşma ile düzenlenmiş olsa bile mahkeme tarafından andlaşma hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Fakat sözleşmenin tarafları milletlerarası andlaşmaya referans yapmış olabilirler. Türk mahkemesi, taraflarca sözleşmede belirtilen, fakat Türkiye açısından henüz bağlayıcılık kazanmamış olan milletlerarası andlaşmayı "seçilen hukuk" olarak uygulayamaz. Bununla beraber, bir milletlerarası andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce bu andlaşmanın uygulanmasını taraflar kabul edebilirler. Bu durumda tarafların yollamada bulunduğu metin hukukî açıdan Anayasanın 90. maddesi anlamında bir milletlerarası andlaşma metni olarak uygulanmayacaktır. Söz konusu metin tarafların yollamada bulunması ile sözleşmelerinin bir parçası haline gelmiştir. Diğer bir ifadeyle, metinde yer alan bütün kurallar adeta sözleşmeye tek tek yazılmış gibi sonuç doğuracak, sözleşmenin birer hükmü haline gelecektir. Mahkeme de bunları sözleşmenin hükümleri olarak uygulayacaktır. Örneğin, Türkiye Uluslararası Leasinge İlişkin Konvansiyona⁹¹ ve Uluslararası Factoringe İlişkin Konvansiyona⁹² taraf değildir. Bununla beraber, taraflar yapmış oldukları leasing veya factoring sözleşmesine bir hüküm koyarak Konvansiyonun uygulanacağını kararlaştırabilirler veya Konvansiyonlarda yer alan hükümleri aynen kendi sözleşmelerine yazabilirler. Her iki durumda da Konvansiyonlarda yer alan kurallar sözleşmenin birer hükmü haline gelir. Nitekim, Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı Hakkında Konvansiyonun (CMR⁹³), Türkiye tarafından onaylanmasından önce⁹⁴ taraflar, aralarında çıkacak uyuşmazlıklara Konvansiyonun uygulanacağını kararlaştırmaktaydılar. Yargıtay bir kararında⁹⁵:

⁹¹ Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. EKŞİ, Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, 329-341.

⁹² Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. EKŞİ, Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, 309-310.

⁹³ Convention Relativ au Contrat de Transport international de Marchandise par Route.

⁹⁴ Onay Kanunu için bkz. RG 14.12.1993/21788; Konvansiyonun metni için bkz. RG 4.1.1995/22161.

"CMR andlaşmasına Türkiye katılmamış olsa bile taraflar sözleşme ile anılan andlaşmanın uygulanmasını kabul etmiş iseler, CMR andlaşması tarafları bağlar ve taraflar arasında uygulanır"

sonucuna varmıştır.

Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Konvansiyonu⁹⁶ veya diğer adıyla Hamburg Kuralları⁹⁷, geniş bir katılım olacağı beklentisi ile hazırlanmış, ancak kabul edildiği tarihten bu yana gelişmiş denizci devletler tarafından henüz onaylanmamıştır. Buna rağmen deniz yoluyla eşya taşımaya ilişkin sözleşmelerde, tarafların hak ve yükümlülüklerinin Hamburg Kurallarına göre tayin edileceği belirtilmektedir. Hamburg Kuralları, Türkiye tarafından da onaylanmamıştır. Bu sebeple Hamburg Kuralları, Türk mahkemeleri tarafından milletlerarası andlaşma hükümleri olarak uygulanma gücüne sahip değildir. Eğer taraflar aralarındaki eşya taşıma sözleşmesinde Hamburg Kurallarına referans yapmışlarsa bu kurallar sözleşme hükümleri olarak dikkate alınacaklardır. Nitekim, İngiltere de henüz Hamburg Kurallarına katılmamıştır. Buna rağmen Hamburg Kuralları İngiliz mahkemeleri tarafından uygulanmaktadır. Ancak İngiliz mahkemeleri bu kurallara milletlerarası andlaşma hükümleri olarak değil sözleşme hükümleri olarak etki tanımaktadırlar⁹⁸.

Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin 1980 Viyana Konvansiyonu⁹⁹ Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır¹⁰⁰. Bununla beraber,

⁹⁵ 11. HD, E.1340, K.3332, T.2.6.1987: Gönen ERİŞ, Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1996, s.36; Gönen ERİŞ, Açıklamalı İçtihatlı Kıymetli Evrak ve Taşıma, Ankara 1988, s.963.

⁹⁶ Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. EKŞİ, Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, 622-648.

⁹⁷ Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emine YAZICIOĞLU, Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak, İstanbul 2000.

⁹⁸ Jason CHUAN, International Trade Law, 2nd. ed., London 1999, s.74.

⁹⁹ Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. Nuray EKŞİ, Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, İstanbul 1999, s.3-35.

¹⁰⁰ 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren Konvansiyon, milletlerarası satım sözleşmelerinin inikadına, alıcı ve satıcının haklarına ve yükümlülüklerine, riskin geçişine ilişkin maddî kurallar içermektedir (Ümit HERGÜNER, Applicability of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Go-

satım sözleşmesinin tarafları Konvansiyonda yer alan hükümleri sözleşmelerine "incorporate" edebilirler. Taraflar, ya Konvansiyonun hükümlerinin bir kısmını veya tamamını aralarındaki satım sözleşmesine yazabilirler ya da Konvansiyonun satım sözleşmesinin bir eki olduğunu ifade edebilirler^{101,102}.

Milletlerarası andlaşmalar, uygulanma gücünü ve etkinliğini prensip olarak kişilerin iradeleri dışında kazanırlar. Ancak bazı milletlerarası andlaşmalarda tarafların iradesiyle bunların kısmen veya tamamen uygulanmasının bertaraf edilebileceği ifade edilmiştir. Örneğin Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin 1980 Viyana Konvansiyonu, kural olarak iş yerleri farklı âkit ülkelerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine uygulanır. Ancak Konvansiyonun 6. maddesine göre, taraflar Konvansiyonun uygulanmasını bertaraf edebilirler. Ayrıca 12. madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, hükümlerini kısmen veya tamamen değiştirebilir veya uygulanmasından kaçınabilirler. Eğer taraflar sözleşmelerine söz konusu Konvansiyon hükümlerinin kısmen veya tamamen uygulanmasını istemiyorlar ise, bunu sözleşmelerine açıkça yazmalıdırlar¹⁰³. Tarafların, sadece Konvansiyonun uygulanmaması hususunda anlaşmış olmaları yeterlidir¹⁰⁴. Tarafların Konvansiyonun uygulanmasını bertaraf etmeye yönelik iradeleri açık veya zımnî olabilir. Konvansiyonun kısmen veya tamamen uygulanmaması yönündeki zımnî iradenin varlığı yorum kurallarına göre tespit edilecektir¹⁰⁵. Bununla beraber taraflar arasındaki sözleşmede ICC incoterm'lere, standart sözleşmelere veya genel işlem şartlarına yer verilmesi Konvansiyonun hükümlerinin bertaraf edildiği anlamına gelmez¹⁰⁶.

ods to Sales Contracts Concluded by Turkish Companies and Their Affiliates Abroad, Murat SARICA Armağanı, İstanbul 1988, s. 95-96.

¹⁰¹ BOGGIANO, 19.

¹⁰² Konvansiyonun uygulama alanına ilişkin hükümlerin dikkatli bir şekilde okunması halinde, Konvansiyona taraf devletlerden birinde iş yeri bulunan Türk şirketleri, şubeleri veya yan kuruluşları açısından, bazı şartların yerine gelmesi kaydıyla, Konvansiyonun uygulanabileceği hakkında bkz. HERGÜNER, 96, 100.

¹⁰³ ŞANLI/EKŞİ, 44-45.

¹⁰⁴ HONNOLD, § 75, 126.

¹⁰⁵ HONNOLD, § 75, 126.

¹⁰⁶ HONNOLD, § 75, 126.

Ayrıca, ticarî ilişkiye giren taraflar milletlerarası andlaşmanın, andlaşma kapsamına girmemesine rağmen aralarındaki hukukî ilişkilere uygulanmasını kararlaştırılabilir. Bu yönde bir anlaşmayı yasaklayan bir kural olmadığı gibi bazı milletlerarası andlaşmalarda açıkça bunların kapsamına girmeyen konularda bile uygulanmalarının tarafların iradesine bağlı olarak mümkün olduğu açıklanmıştır.

Örneğin CMR, tarafların ikametgâhı ve milliyetine bakılmaksızın, yükleme ve teslim yerlerinin iki ayrı ülkede olduğu; bu yerlerden en az birinin âkit ülkede bulunduğu ücret karşılığında yüklerin taşıt ile karadan taşınmasına ilişkin her sözleşmeye uygulanacaktır. CMR'ın 6/1-k. maddesine göre, CMR'ın kapsamı dışında kalan bir taşıma ilişkisine CMR hükümlerinin uygulanması isteniyorsa, tarafların buna dair iradelerini sevk mektubunda yazmaları gerekir¹⁰⁷. Taraflar arasındaki taşıma sözleşmesi CMR'ın 1. maddesinin kapsamına girmemesine rağmen taşımanın CMR hükümlerine göre yapılacağı kararlaştırılmışsa bunun hukukî sonucunun ne olacağının belirlenmesi önem taşımaktadır. Doktrinde AKINCI'nın haklı olarak ifade ettiği gibi¹⁰⁸ bu durumda CMR Anayasanın 90 ve 244 sayılı Kanununun 2. maddesi anlamında bir milletlerarası andlaşma olarak uygulama alanı bulmayacaktır. CMR, taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinin şartı veya bunun bir eki olarak uyuşmazlığa uygulanacaktır.

IV. Sonuç

Çalışmamızda, öncelikle incorporation ile uygulanacak hukukun taraflarca seçimi arasındaki ilişkiler ve farklılıklar üzerinde durulmuştur. Daha sonra, genel işlem şartlarının ve standart sözleşmelerin incorporation'ı incelenmiştir. Bu başlık altında en sık kullanılan ve mahkeme kararlarına konu olan genel işlem şartları ile standart sözleşmelerden örnekler verilmiştir.

Çalışmamızda, son olarak, Türkiye açısından bağlayıcılık kazanmamış olmakla birlikte tarafların sözleşmelerine uygulanmasını kararlaştırdıkları milletlerarası andlaşmaların mahkemeler tarafından in-

¹⁰⁷ Ziya AKINCI, Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara 1999, s.33.

¹⁰⁸ AKINCI, CMR, 34.

corporation müessesesi uygulanarak dikkate alınması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Yabancı hukukta yer alan hükümlerin sözleşmeye dahil edilmesine nadir olarak rastlanmaktadır. Buna karşın, incorporation müessesesine en fazla milletlerarası kuruluşların ve meslek birliklerinin hazırladığı metinleri sözleşmeye dahil etmek için başvurulmaktadır. Son zamanlarda yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerin kanunlar ihtilâfi kurallarının hâkimiyetinden çıktığı ve bu alanda milletlerarası kuruluşların hazırladığı standart kuralların, kodların, genel işlem şartlarının, model kanunların ve maddî hükümleri içeren milletlerarası andlaşmaların hâkim olmaya başladığı görülmektedir. Klasik kanunlar ihtilâfi kuralları daha çok şahsın hukuku ve aile hukuku alanında etkili olmakta, buna karşın uluslararası nitelikli ticarî ilişkiler tarafların iradesine göre şekil almaktadırlar. Tarafların iradesi hem ticarî ilişkilerin maddî içeriğinin oluşturulmasında hem de uyuşmazlık halinde bu uyuşmazlığın çözümlenmesinde kullanılacak hukukî rejimin tayininde belirleyici rol oynamaktadır. Millî mevzuatların, çoğu zaman uluslararası ticarî hayattaki gelişmeleri tam anlamıyla takip edememeleri, diğer bir ifadeyle yeni gelişmeler karşısında millî hukukların suskun kalması veya yetersiz olması uluslararası ticaretin aktörlerini yeni arayışlara yöneltmiştir. Bu bağlamda ICC, UNCITRAL, UNIDROIT başta olmak üzere bir çok uluslararası kuruluşun yanı sıra çeşitli meslek birliklerinin ticarî hayattaki en son gelişmeleri dikkate alarak hazırladığı genel işlem şartları, standart sözleşmeler ve model kanunlar sıkça başvuru alan metinler olmuştur.

Bu metinler taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi ayrıntılı bir şekilde düzenlemekte ve genellikle millî bir kanuna başvurulmasına gerek kalmamaktadır. Uluslararası ticarî ilişkilerdeki hâkimiyetlerine ve önemlerine rağmen genel işlem şartları, standart sözleşmeler, broşürler ve model kanunlar devletin yarattığı hukuka eşdeğer sonuç doğurmazlar. Ticarî hayattaki ihtiyaçları daha iyi şekilde karşılayan bu metinlerin uygulanması hususunda tarafların iradelerini beyan etmeleriyle bunlar sözleşmeye incorporate edilirler, yani sözleşmenin bir parçası veya eki haline gelirler. Sözleşme hükmü olarak tarafları bağlarlar. Mahkemeler veya hakemler de bunları sözleşme hükmü olarak dikkate alırlar. Aynı sonuç, henüz bağlayıcılık kazanmamış milletlerarası andlaşmalar açısından da geçerlidir. Başka bir anlatımla, Anayasanın 90 ve 244 sayılı Kanununun 2. maddesi anlamında Türkiye aç-

sından yürürlüğe girmemiş bir milletlerarası andlaşmaya yapılan yol-
lama, söz konusu andlaşmada yer alan hükümlerin sözleşmeye incor-
porate edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Yabancı hukukta yer alan hükümlerin, model kanunların, standart
sözleşmelerin, genel işlem şartlarının ve bağlayıcılık kazanmamış
milletlerarası andlaşmaların kanunlar ihtilâfî alanındaki etkisini
açıklayan incorporation müessesesi, sıkça kullanılmasına rağmen bu
isimle bilinmemektedir. Bununla birlikte, mahkeme kararlarında ve
doktrinde, söz konusu metinlerin veya düzenlemelerin sözleşme hük-
mü olarak uygulanması gerektiği doğrultusunda bir bilincin varlığı
da inkâr edilemez. Çalışmamızda, Türk mahkeme kararlarına dolay-
lı bir şekilde yansıyan ancak, doktrin ve uygulamada müessese olarak
bilinmeyen incorporation ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. İnceleme-
mizde, incorporation müessesine oldukça yaygın bir şekilde başvurul-
masının yanı sıra incorporate edilecek düzenleme veya metinlerin
çokluğu ve çeşitliliğinin bu müesseseye kanunlar ihtilâfî alanında
vazgeçilmez bir yer sağladığı soncuna varılmıştır.