

SATIM HUKUKU ÖZELİNDE
ULUSLARARASI SÖZLEŞME HUKUKUNUN
BİRLEŞTİRİLMESİ ÇALIŞMALARININ KRONOLOJİSİ
The Chronicles of Unification of International Contract Law,
Particularly Sales Law

*Yrd. Doç. Dr. Eylem APAYDIN**

I. Giriş

Bir İngiliz mahkemesi kararında Lord Mansfield "Ticaret hukuku tek bir ülkenin hukuku değil ve fakat bütün ulusların hukukudur."¹ der. Trakman'a göre de "kökleri ortaçağa uzanan tacirin hukuku her zaman yapısı itibariyle kozmopolit, sahası itibariyle uluslararası ve uygulaması itibariyle seridir." ve "...kendilerine ve topluma yönelik ekonomik ve politik değerlerinden ötürü yerel yöneticiler, yerel mahkemelerden ve yerel hukuktan bağımsız evrensel bir ticaret hukukunun gelişmesine taraftar olmuşlardır."² Bir zamanlar, tacirin hukukunun, dünya üzerinde tek olduğu dönemlerin varlığının bilinmesi ve bu hukukun, ulusların ortaya çıkması ve kendi hukuklarını yaratması karşısında erimiş olduğu görüşü bu alanda, yeni bir *tek hukuk* yaratma arzusunu tetiklemiştir. Buna da tacirlerin bizzat kendilerinden ziyade Trakman'ın görüşünü destekler nitelikte, ülke yöneticileri ön ayak olmuşlardır.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ *Luke v. Lyde*, (1759) 97 Eng. Rep. 614, 618 (K.B.); 2 Burr. 882, 887.

² TRAKMAN, Leon E. "The Twenty-First-Century Law Merchant" (Winter 2011) 48 American Business Law Journal 775, s.775-777.

1869 yılında kurulan Société de législation comparée tarafından 1900 yılında Paris'te toplanan 1. Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Konferansı'ndan³ bu yana birleşmiş hukuk tartışmaları yapılmış ve o konferansta birleştirilmiş bir hukuk sistemine, tüm dünyada geçerli olabilecek bir adalet düşüncesine ulaşılabileceği öngörülmüştür.⁴ 1935 yılında, Ernst Rabel öncülüğünde, uluslararası mal satım hukukunun birleştirilmesine ilişkin hazırlanan taslak, Milletler Cemiyeti tarafından tartışılması için hükümetlere gönderilmiş, 1939 yılında gözden geçirilen taslak II. Dünya Savaşı sebebi ile görüşülememiştir. Taslak, hazırlandıktan yirmi üç yıl sonra, 1951 Kasım'ında Hollanda Hükümetinin himayesinde 7. Hague Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'na takiben toplanan bir konferansta görüşülmüştür. Konferansa yirmi devlet delegasyonla beş devlet ise gözlemci olarak katılmış, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu ve Uluslararası Ticaret Odası da davet edilmiştir.⁵ İşte bu konferansla başlayan süreç tüm hızı ile devam etmektedir.

Bu çalışmanın amacı hukukun birleştirilmesi çalışmalarını kapsamında sözleşme hukukunun özel olarak da uluslararası (sınır aşan) satım hukukunun birleştirilmesine⁶ yönelik yapılmış çalışmalarını kronolojik olarak anmak ve ortaya konan tekbiçim⁷ yasaları genel

³ HO, Jean, "Comparative Law and the Claim of Causation" (2011) Comparative Law Review V.2, No.2.

⁴ OĞUZ, Arzu, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) -Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği " (2001) AUHFD C.50, S.3, s.11-52, (ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU). OĞUZ, Arzu, "Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi" (2000) AUHFD C.49 S.1-4, s.31-65, s.31 (HUKUKUN BİRLEŞTİRİLMESİ) ve dipnot 2'deki atıf ZWEIGERT, K./ KÖTZ. H.: Einführung indie Rechtsvergleichung, 3. Aufl.. Tübingen 1996, s.2 vd.

⁵ RABEL, Ernst, "The Hague Conference on the Unification of Sales Law" (1952) 1 Am.J.Comp. L. 1/2, 58-69, s.58.

⁶ Bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılan, hukukun önce ayrışması sonra birleştirilmesi ile ilgili geniş tarihi hakkında bilgi ve sorunların tespiti için OĞUZ, HUKUKUN BİRLEŞTİRİLMESİ'ne bakınız.

⁷ Birleştirilmiş hukuk kavramı yerine literatürde, yeksenak, tekbiçim ve birörnek terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Bu çalışmada yapılan faaliyete hukukun birleştirilmesi, bu faaliyet sonunda ortaya çıkan metne

hatları ile incelemektir. Bu itibarla, çalışmada günümüz açısından değer taşıyan, satım hukuku özelinde uluslararası sözleşmeler hukukunun birleştirilmesine yönelik olarak hazırlanmış hukuk metninin tarih, amaç, işlev ve içerik bakımından teknik bir değerlendirilmesi yapılacaktır.⁸

Hukukun birleştirilmesi ve özellikle UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)⁹ üzerine eşsiz eserler veren Honnold, bu çalışmalarını yürütürken realistlerin kendilerine “hukuku birleştirseniz bile bu hukuktan doğacak birleşmiş sonuçlara erişemezsiniz” dediğinden bahseder ve onların bu konudaki haklılığını kabul eder. Ancak bu haklılığın, müzmin bekarların gerçekte mükemmel eş yoktur şeklindeki *gerçekçi* görüşlerinin haklılığı kadar olduğunu söyler.¹⁰ Bu ifadeden, bizim de katıldığımız şu görüş çıkarılabilir: Hukukun birleştirilmesi çabalarının mükemmel bir sonuca erişmesinin imkansız olduğunun kabulü, bu yönde yapılacak çalışmaların değersiz olduğu anlamına gelmez. Hukukun özellikle sözleşme hukukunun birleştirilmesi çabalarının yaklaşık bir

de tekbiçim terimleri tercih edilecektir. Hukukun birleştirilmesinden Andersen’in birleştirme tanımı anlaşılmalıdır. Şöyle ki birleştirme, belli bir formda spesifik ortak kurallar yaratma yönündeki planlı çabaların uygulanması sonucu ortaya çıkan, bir hukuki fenomen üzerindeki, farklı hukuk sistemlerinin sınırlarını aşan nitelikte, değişen derecelerde benzer hukuki sonuçlardır. Bakınız ANDERSEN, C. B., “Defining Uniformity in Law” (2007) XIIUniform Law Review 5. Bu tanım itibarıyla birleştirme ve uygulamada birlik kavramları ayrıştırılmalıdır. ANDERSEN, Camilla, “The Global Jurisconsultorium of the CISG Revisited” (Bundan sonra CISG) (2009) 13 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration 43.

- ⁸ Bu çalışmada hukuki metinler ve kaynaklar 28 Ekim 2012 tarihi itibarıyla dir.
- ⁹ Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması
- ¹⁰ HONNOLD, John, “The Sales Convention In Action-Uniform International Words: Uniform Application?” (1988) 8 Journal of Law and Commerce 207-212, s.207 (WORDS) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold-sales.html> adresinden erişilebilir (En son 2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.).

yüzyıldır sürmesi, bu sürecin ne kadar zorlu olduğunu göstermektedir. Ancak hukukun birleştirilmesinin alternatifi olarak uluslararası özel hukuk kurallarının uygulanacak olması, bu kuralların zamandan zamana, *forumdan foruma* değişir nitelikte olması ile bu kuralların çokluğu ve karmaşıklığı hukukçuları, hukukun birleştirilmesi yönünde çalışmalara itmiştir.¹¹ Şüphesiz birleşmiş hukuk, mükemmel sonuçlar sağlayamayabilir ancak bunlar uluslararası özel hukuk kurallarının uygulanmasına tercih edilmelidir.

Bu değerlendirmede, sözleşme özellikle satım sözleşmesi hukukunun birleştirilmesi çabalarının sebebini ve tarihi gelişimini ortaya koymak amacı ile sözleşme hukukunun birleştirilmesi yönündeki gerekçelere değindikten sonra uluslararası ticaret hukukunun ticari örf ve teamüllerinden oluşan *lex mercatoria* hakkında temel bilgiler sağlanacaktır. *Lex mercatoria*, her ne kadar bir kodifikasyon veya uluslararası anlaşma niteliği taşımasa da, bir yönüyle, bir zamanlar var olan sözleşme hukuku birliğinin özü olarak kabul edilmelidir.

Satım hukukunun birleştirilmesine yönelik çabalar 1964 tarihli Convention Relating to a Uniform Law on International Sales of Goods¹² ve yine aynı tarihli Convention Relating to a Uniform Law on the Formations of Contracts for the International Sales of Goods¹³ adlı belgelerle somutlanmıştır. Her ne kadar bu anlaşmalar yürürlüğe girse de, birazdan açıklanacağı üzere, dünya üzerinde yaygın bir konsensüs sağlayamadığı için bu çaba başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bu anlaşmalarda yaşanan hayal kırıklığı UN Commission on

¹¹ HONNOLD, WORDS, s.207, Honnold bu bağlamda Amerikan Deniz Kuvvetleri'nde bir birlik olan Sea Bees'e ait olan "İmkansız biraz daha fazla zaman alır." sözünü anmaktadır. s. 208.

¹² Uluslararası Mal Satımı Hakkında Tekbiçim Hukuka İlişkin Konvansiyon olarak Türkçe'ye çevrilebilir. Antlaşma metnine <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm> adresinden erişilebilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹³ Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerinin Kuruluşu Hakkında Tekbiçim Hukuka İlişkin Konvansiyon olarak Türkçe'ye çevrilebilir. Antlaşma metnine <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulf.htm> adresinden erişilebilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

International Trade Law'un (UNCITRAL)¹⁴ satım hukukunun birleştirilmesi işini üstlenmesine yol açmıştır. UNCITRAL'ın hazırlattığı tasarılarından biri, 1980 tarihli UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods¹⁵ (CISG) adıyla uluslararası bir anlaşma olarak imzalanmıştır. Ekim 2012 itibarıyla 78 ülkenin taraf olduğu anlaşma, bugün uluslararası sözleşme hukukunun birleştirilmesi çabalarının en gözde meyvesi ve umulan nihai amacı sağlayabilecek en önemli çalışma olarak değerlendirilmelidir. Antlaşma, Türkiye Cumhuriyeti'nin katılımının uygun bulunduğu ilişkin 2 Nisan 2009 tarihli, 5870 sayılı yasanın 14 Nisan 2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımından sonra Bakanlar Kurulu kararnamesinin 7 Nisan 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanması ile 11 Ağustos 2011'de Türkiye'de yürürlüğe girmiştir. Kanunlar ihtilafı kuralları gereği Türk hukukunun uygulanması gereken yabancı unsur içeren uluslararası satım sözleşmelerine bu tarihten itibaren CISG uygulanacaktır.

Diğer yandan Avrupa'ya özgü bir sözleşme hukuku yaratma özlemlerinin sonucu olan, Lando önderliğindeki bir grup hukukçunun çalışmaları, bir model kanun olarak Principles of European Contract Law¹⁶ adıyla birinci ve ikinci kısımları 1998'de üçüncü kısmı ise 2002'de yayımlanmıştır.

Çalışmaları yukarıdaki uluslararası antlaşmalara nazaran çok önceden başlayan, ticari örf ve teamüllerin bir derlemesi olan model kanun niteliğindeki UNIDROIT İlkeleri, 1926 yılında Milletler Cemiyeti'nin ikincil bir organı olarak Roma'da kurulan The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)¹⁷ tarafından ilk olarak 1994'te yayımlanmış, 2004'te revize edilmiş ve 2010'da da son halini almıştır.

¹⁴ Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu

¹⁵ Antlaşma metnine, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html ve <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm> adreslerinden erişilebilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁶ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri olarak Türkçe'ye çevrilebilir.

¹⁷ Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü olarak Türkçe'ye çevrilebilir.

Avrupa Birliği ortak bir medeni hukuk ve borçlar hukuku yaratma çalışmalarını desteklemiştir. Lando Komisyonunun çalışmaları da bu bağlamda değerlendirilebilir. Avrupa Birliği Komisyonu 2001 Temmuz'unda yayımladığı Tebliğle¹⁸ Birlik içinde sözleşme hukukunun uyumlaştırılması gereğini ortaya koymuştur. 2003 Şubat'ında yayımladığı Eylem Planı¹⁹ ile de bu süreci somut bir yasa yapma ön çalışması sürecine çevirmiştir. Komisyon 2004 Ekim tarihli Tebliğ ile Common Frame of Reference (Ortak Referans Çerçevesi) ile ne amaçlandığını ve bunun nasıl yapılması gerektiğini ortaya koymuştur.²⁰ Common Frame of Reference metnine politik bir taslak hazırlama görevini üstlenen Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu ve AB Özel Hukuku Araştırma Grubu²¹ tarafından hazırlanan, Avrupa Medeni Hukuku kitabı olarak nitelenebilecek olan Draft Common Frame of Reference (Ortak Referans Çerçevesi Taslağı) 2008 ve 2009 yıllarında yayımlanmıştır.²² Bu çalışmada ele alınan konuların

¹⁸ Communication From The Commission To The Council And The European Parliament On European Contract Law Brussels, 11.07.2001 COM(2001) 398 Final http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_en.pdf (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁹ A More Coherent European Contract Law: an Action Plan Brussels, 12.2.2003 COM(2003) 68 Final http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_en.pdf (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

²⁰ Communication From The Commission To The European Parliament And The Council:

European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward Brussels, 11.10.2004 COM(2004) 651 Final http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com2004_en.pdf (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

²¹ Study Group on a European Civil Code ve the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)

²² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll

genişliği yüzünden, bu metnin Birlik içerisinde yasalaşamayacağı düşüncesi ile sadece satım hukukunu ilgilendiren bölümlerinden oluşan bir Tüzük önerisi Ekim 2011'de Parlamento'ya sunulmuştur. Common European Sales Law²³ (Avrupa Ortak Satım Yasası) (CESL) adını taşıyan metin yasalaşırsa AB içerisinde satım hukuku tekbiçimleşecektir. Böylece CESL uygulanarak, Ortak Pazar içerisinde sınır aşan tüketici satımı ve diğer satım türlerinde, üye devletler arasında sözleşme hukukundaki farklılıklardan kaynaklanan engellerin ortadan kalkması umulmaktadır. Böylece bu farklılıkların, özellikle etkilediği küçük ve orta ölçekte işletmelerin sınır aşan faaliyetlerde bulunması imkanı sağlanacaktır.²⁴

Öte yandan, Afrika'da hukukunun birleştirilmesi çabalarına bakıldığında ilk karşılaşılan olgu, Afrika hukukunun dünya üzerinde diğer hukuklarla karşılaştırıldığında en az çalışılmış ve kullanılmış hukuk olduğudur.²⁵ Bu durumun Türkiye açısından da kuşku götürmez bir gerçek olduğu ortadadır. Diğeri ise, adı OHADA olarak kısaltılan Organization Pour L'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (Afrika Ticaret Hukukunun Uyumlaştırılması Organizasyonu) varlığıdır. 1993 yılında imzalanan ve 2008'de revize edilen uluslararası bir antlaşma ile kurulan ve an itibariyle 17 üye devleti olan Organizasyon, Afrika'da özel hukukun birleştirilmesi yönünde faaliyet göstermektedir.²⁶ OHADA hazırladığı dokuz Tekbiçim

(Sellier, Munich: 2009) Metne http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf adresinden ulaşılabilir. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

²³ Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Common European Sales Law {SEC(2011) 1165 final} {SEC(2011) 1166 final} Brussels, 11.10.2011 COM(2011) 635 Final 2011/0284 (COD) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF> (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

²⁴ COM(2011) 635 Final s.2-3.

²⁵ OKEKE, Chris Nwachukwu, "African Law In Comparative Law: Does Comparativism Have Worth?" (2011) 16 Roger Williams U. L. Rev. 1-51, s.1.

²⁶ Üye devletlere <http://www.ohada.com/etats-membres.html> adresinden bakılabilir. (En son 7.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

Yasası²⁷ ile Afrika'da üye ülkeler için ticaret ve borçlar hukuku alanını birleştirmiştir. Son olarak Sözleşme Hukukuna Dair Tekbiçim Yasa tasarısı hazırlanmıştır.²⁸ Bu çalışmada OHADA ile ilgili kısmında bu Tekbiçim yasa tasarısı incelenecektir.

Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce-ICC) uluslararası ticaret sözleşmelerinde uygulanmak üzere ilkinin 1936 yılında yayımladığı, belli aralıklarla yenilediği ve en son halini 2010'da alan INCOTERMS terimleri ile ortak bir terminoloji yaratarak uluslararası ticari sözleşmeler hukukunun birleşmesine katkı yapmaktadır. Schmitthoff tarafından da savunulduğu üzere bu standart terimler ve geniş anlamıyla standart sözleşmeler uluslararası ticaretin birleştirilmesine ve uyumlaştırılmasına katkı sağlayabilmektedir.²⁹

II. Sözleşme Hukukun Birleştirilmesi Gereği

Burada, bu çalışmanın amacına uygun olarak hazırlanan uluslararası hukukun birleştirilmesi metinlerinin temel itibarıyla hangi gerekçelerle yapıldığından bahsedilecektir. Yoksa hukukun birleştirilmesinin eleştirisi veya hangi metotla yapılması gerektiği gibi derin meselelere girilmeyecektir. Onlar başka bir çalışmanın konusu olabilecektir.³⁰

²⁷ Bunlardan belki de en önemlisi Genel Ticaret Hukukuna Dair Tekbiçim Yasa'dır ve bu metne <http://www.jurisint.org/ohada/index/index.02.en.html> adresinden ulaşılabilir. (En son 7.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir)

²⁸ Tasarı metnine <http://www.unidroit.org/english/legalcooperation/OHADA%20act-e.pdf> adresinden ulaşılabilir. (En son 7.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir)

²⁹ SCHMITTHOFF, Clive M., "The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions" (Jul., 1968), *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 17, No. 3 s. 551-570.

³⁰ Bu konuda örnek bir çalışma için bakınız FARIA, José Angelo Estrella, "Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform : Stormy Seas or Prosperous Voyage ?" (2009) *Rev. dr. unif.* 5 Ayrıca bakınız GILLETTE, Clayton P. & SCOTT, Robert E., "The Political Economy of International Sales Law" (September 2005) *25 International Review of Law and*

Çok sık biçimde dile getirildiği üzere, “tekbiçim sözleri yazmak bir şey, onların tekbiçimliliğini sağlamak ise başka bir şey” çünkü “görünüşte tekbiçimlilik başarsa bile bu kararlaştırılan kuralların tekbiçim uygulanması garanti edilemez; zira pratikte farklı ülkeler kaçınılmaz olarak aynı sözlerle yasalaşmış kuralları farklı yorumlayacaktır.”³¹ Bu dilemma bile hukukçuları uluslararası sözleşme hukukunun birleştirilmesi yönünde çalışmaktan alıkoymamıştır. Zira hukukun birleştirilmesinin alternatifi, karmaşık ve uygulaması zor uluslararası özel hukuk kurallarının uygulanmasıdır ki gerçekte “uluslararası özel hukuk kuralları, kendisini çözüm olarak addettiği problemlerin kaynağıdır.”³² Soruna uygulanacak uluslararası özel hukuk kuralları bulunsa bile bu kurallar, her halükarda belli bir ülke hukukunun uygulanması sonucunu getirir ki bu da uluslararası ticaret aktörlerince çok da tercih edilir bir durum değildir. Uluslararası satışların ulusal sınırların ötesine geçebilen ve uluslararası özel hukuk kurallarına başvurmayı gerektirmeden işlev gören bir hukuk sistemine gereksinim duyduğu açıktır.³³

Yukarıda anıldığı gibi uluslararası sözleşme hukukunun birleştirilmesi çabaları 1920’li yıllarda Ernst Rabel’in, uluslararası taşınır mal satımı hukukunu düzenlemek üzere bir tekbiçim hukuk

Economics 446-486, İzlenilecek farklı metotlar için bakınız BERGER, Klaus Peter, “Harmonisation of European Contract Law the Influence of Comparative Law” The (Oct., 2001) International and Comparative Law Quarterly, Vol. 50, No. 4 s. 877-900.

³¹ FERRARI, Franco, “Homeward Trend and Lex Forism Despite Uniform Sales Law” (2009) 13 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration 15 ve orda dipnot 2 ve 3’teki yazarlar.

³² SCHMIDTCHEN, Dieter, “Lex Mercatoria und die Evolution des Rechts”, “Vereinheitlichung Und Diversität Des Zivilrechts In Transnationalen Wirtschaftsräumen” içinde 1, 9 (Claus Ott & Hans-Bernd Schäfer eds., 2002) (Graf-Peter Calliess tarafından tercüme edilmiştir) CALLIESS, Graf-Peter, “The Making of Transnational Contract Law” (2007) 14 Indiana Journal of Global Legal Studies 469, s.473.

³³ COETZEE, Juana & de GAMA Mustaqeem, “Harmonisation of Sales Law: An International and Regional Perspective” (2006) 10 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration 15, s.16.

yaratılması önerisi ile başlamıştır. Rabel'in bu önerisini hayata geçirmek üzere UNIDROIT kurulmuş ve 1935-1939 yılları arasında uluslararası mal satımına ilişkin ilk tekbiçim hukuk tasarıları yapılmıştır.³⁴ Bu başlangıçtan sonra satım sözleşmesi özelinde uluslararası sözleşme hukukunun birleştirilmesi çabaları durmaksızın devam etmiştir.

Barnes'in da açıkça ifade ettiği gibi dünya, uluslararası ticareti düzenlemek için uluslararası hatta global bir hukukun ihtiyacı içindedir.³⁵ Bu süreç karşı konulamaz ve görünüşe göre geri dönülemezdir.³⁶ Barnes bu gereği ortaya koyarken, dünyada yıllar içinde artan ticaret hacmine ilişkin bazı rakamlar verir³⁷ ve son yıllarda bu rakamların artmasındaki en önemli iki sebebin de çok uluslu şirketlerin artması ve Internet olduğunu söyler.³⁸ Bu iki olgunun yaygınlaşmasının, ekonomik entegrasyonu arttırdığını ve bunun da dünya üzerinde bölgesel ekonomik işbirliklerinin arttırmasına yol açtığını belirtir.³⁹ Barnes'in bu yaklaşımının doğruluğunu paylaşıyoruz. Dünya üzerinde ulaşımın artması ve ucuzlaması, Internet aracılığı ile fiziki uzaklığın getirdiği birtakım dezavantajların üstesinden gelinmesi ile artan ticaret hacmi ve uluslararası ticaret aktörlerinin tek bir ulusal hukuk sistemini tercih etmekteki çekinceleri, uluslararası ticaretin birleştirilmesi veya uyumlaştırılması gereğini doğurmuştur.⁴⁰

³⁴ LANDO Ole, *Comparative Law and Lawmaking*, (2001)75 Tul. L. Rev. 1015, s. 1017, RABEL, s.58.

³⁵ BARNES, Wayne R., "Contemplating A Civil Law Paradigm For A Future International Commercial Code" (2005) Louisiana Law Review 6, 677 s.731-732.

³⁶ BARNES, s.772.

³⁷ Rakamlar için bakınız BARNES, s.732.

³⁸ BARNES, s.732 Çok uluslu şirketler ticari faaliyetlerinde tek bir ulusal hukukun uygulanmasını tercih etmemektedirler. s.732.

³⁹ BARNES, s.732-733. Örnek olarak AB, ASIAN, NAFTA ve MERCOSUR sayılabilir.

⁴⁰ BASEDOW, J., 'Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Integration - General Report' (2003) (1/2) Uniform Law Review 31, s. 33.

Uluslararası sözleşme hukukunun birleştirilmesi çalışmalarının en etkin isimlerinden biri olan Honnold da yukarıda andığımız üzere, hukukun mükemmel bir şekilde birleştirilmesinin imkansızlığını kabul eder. Ancak bu yolla uluslararası ticaret hukukunun daha yardımcı ve sonuçları tahmin edilebilir bir nitelik kazanacağını ve aynı kuralların uluslararası kabulünün, deneyimlerin ve fikirlerin uluslararası değişimi için bir iletişim aracı sağlayacağını ileri sürer.⁴¹

Evet, hukukun birleştirilmesine yönelik tekbiçim kurallarının varlığı, onların uygulanmasının da tekbiçim olmasını garanti etmediği için, yeterli değildir.⁴² Tekbiçim hukukun, tekbiçim sonuçlar doğurmasının önündeki en büyük engelin, her ulusal hukukun tekbiçim metinlerde yer alan hükümleri, kendi terminolojileriyle ve kendi anlayışlarıyla yorumlaması olduğu ileri sürülmüştür.⁴³ Her tekbiçim metnin, CISG m.7'nin öngördüğü gibi, ancak kendi metni ile yorumlanması gerektiğine dair hükümler, tekbiçim metinler hakkında yazılan makaleler ve mahkeme kararlarının yayımlanmasıyla oluşturulabilecek emsal karar sistemleri ile bu handikabın üzerinden gelinebilir⁴⁴ ancak bunun ne derecede gerçekleşeceği kestirilemez.

Tekbiçim yasalar lehine görüşlerde, sonuçlar açısından ön plana çıkan argümanlardan ikisi, bu tür yasaların işleri basitleştireceği ve işlem masraflarını önemli bir ölçüde azaltacağıdır. Wagner bu konuda şunları söyler: "İmzacı devletlerin birinin mahkemesi aynı hükümleri uygulayacak, hukukçular aynı dile atıf yapacak, teorisyenler aynı hükümler hakkında teoriler ortaya atacak, taraflar aynı

⁴¹ HONNOLD, Words, 212.

⁴² AMISSAH, Ralph, "The Autonomous Contract: Reflecting the Borderless Electronic-Commercial Environment in Contracting" <http://www.jus.uio.no/lm/the.autonomous.contract.07.10.1997.amissah/doc.html> (En son 2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

⁴³ Ayrıntılı bilgi ve derin tartışmalara için bkz. ROGERS, Vikki M. Ve KRITZER, Albert H. " A Uniform International Sales Law Terminology" Ingeborg SCHWENZER/Günter HAGER ed., Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck (2003) s.223-253.

⁴⁴ ROGERS & KRITZER, s.228-236.

hukuk kuralının öngördüğü masraflara katlanacak ve yararlılardan faydalanacak, değişik hukuk sistemlerinin yatırımcılar üzerine öngördüğü masraflar teke indirilecek, hukuk farklılığının getirdiği işlem masrafları azaltılacaktır.”⁴⁵ Amerika’da ve Avrupa’da hukukun birleştirilmesi çalışmalarının ekonomik motivlerini inceleyen Linarelli de çalışmasında, Avrupa’da farklı hukuk sistemlerinin varlığının yüksek miktarda işlem masrafına yol açtığını, daha da ötesi Avrupa’da tarafların seçtiği hukuk kurallarının uygulanmasının pratik sonuçlar sağlamaktan uzak olduğunu yazar.⁴⁶ Linarelli tekbiçim yasaların etkinliğinin artırılması için (i) etkinlik odaklı şerhlerin yazımının (ii) hükümetlerin, baroların ve diğer enstitülerin bu kuralların uygulamasının takibini yapmasının (iii) son olarak bu yasaların yapımında söz sahibi olan uluslararası kuruluşların geliştirilmesinin gerekli olduğunu savunur.⁴⁷

Stephan uluslararası ticari ilişkilerde, hamiyetli yasa yapıcının ilk amacının öngörülebilirlik ve tutarlılık olması gerektiğini söyler.⁴⁸ Benzer şekilde UNIDROIT Genel Sekreteri Faria da “Hukuki kesinliği ve öngörülebilirliği artırmak amacı halen uluslararası uyumlaş-

⁴⁵ WAGNER, Gerhard, “Transaction Costs, Choice of Law and Uniform Contract Law” Modern Law for Global Commerce Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL Vienna, 9-12 July 2007 <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/WagnerG.pdf> adresinden erişilebilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) Wagner hukuk uyumunun hukuk farklılığına nazaran daha faydalı sonuçlar doğurduğu argümanı Alman Medeni Kanunu ile elde edilen yararları atf yaparak savunur.

⁴⁶ LINARELLI, John, “The Economics Of Uniform Laws And Uniform Lawmaking” (Winter 2003) 48 Wayne Law Review 1387, s.1392-1394 Linarelli Avrupa’daki hukuk farklılıklarına örnek olarak tüketici hukukunu gösterir ve tüketici taleplerine aynı usul hükümlerini uygulamanın imkansız olduğunu söyler. s.1402.

⁴⁷ LINARELLI, s.1445-1448.

⁴⁸ STEPHAN, Paul B., “The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law” (Spring 1999) 39 Virginia Journal of International Law 743-797, s.745.

tırma çabalarının ana itici gücüdür” der.⁴⁹ Bu sözler, ünlü İngiliz hukukçu Goode’nin şu sözlerini anımsatır: “Bir davanın sonucunun öngörülebilir olması mutlak adaletten daha önemlidir.”⁵⁰ Bu ifadeler ışığında, denebilir ki, bir uyumsuzluğa hangi ülke hukukunun uygulanacağını muğlak olduğu veya uygulanacak kuralların belli olmasına rağmen bunlara yabancı olunan durumlar, uluslararası ticaret aktörleri tarafından tercih edilir bir durum değildir. Bu sakıncaları ortadan kaldıracak mekanizma hukukun birleştirilmesidir. Örneğin; ABD’de yerleşik bir şirketin Arjantin’deki fabrikası için Çin’den çelik almak için Paris’te yaptığı sözleşmeye her iki tarafça malum olan CISG uygulanacaktır. Örnekten de anlaşılacağı gibi tekbiçim yasa sayesinde hem uygulanacak hukukun ne olduğu, bu hukuk sistemi içinde uygulanacak kuralın ne olduğu açıktır; hem de bu konularda alınacak hukuki destekte hiç bilinmeyen bir ülke hukuku için alınacak destekten göreceli olarak ucuz olacaktır.

Hukukun birleştirilmesinin bu ana amacının yanında, ikincil olarak Stephan’ın iddia ettiği gibi, hukukun birleştirilmesinin daha iyi kurallar yapılmasına da hizmet edecektir.⁵¹ Zira dünya üzerinde yürürlükte olabilecek bir tekbiçim yasa, değişik hukuk kültürlerinin etkileşimi ile daha arzulanan sonuçlar doğurabilecek şekilde yapılandırılacaktır.

Bugün dünya hukukçuları çeşitli organizasyonlar çatısı altında hukukun birleştirilmesi çalışmalarını yürütmektedirler. Bu kuruluşları tekrar anmak gerekirse,⁵² en önemlilerinden biri 1966 yılında kurulan

⁴⁹ FARIA, José Angelo Estrella, “Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage ?” (2009) Rev. dr. unif. 5.

⁵⁰ GOODE, Roy, ‘The Concept of “Good Faith” in English Law’ Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero *diretto da M.J. Bonell* SAGGI, CONFERENZE E SEMINARI 2.

w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/02goode.htm - 20k

⁵¹ STEPHAN, s.747.

⁵² Bu konuda çalışan, burada anılanların dışında da birçok kuruluş vardır. Bir kısmını anarsak: APEC, ASEAN, COMESA, MERCOSUR, NAFTA, ve SADCC vb.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonudur (UNCITRAL). CISG'nin yapılmasını üstelenen bu organizasyonun temel amacı haddizatında dünya üzerinde ticaretin önündeki hukuki engellerin kaldırılmasıdır. Bir diğer organizasyon merkezi Roma'da olan, kuruluşu 1926'ya uzanan hükümetlerarası bağımsız bir kuruluş olan The International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT İlkelerini hazırlayarak hukukun birleştirilmesine katkıda bulunmuştur. Bir diğer kuruluş ise Afrika hukukunun birleşmesi üzerine çalışan OHADA'dır. Uluslararası Ticaret Odası da uluslararası ticarete uygulanan bir örnek kurallar yayımlayarak hukukun birleştirilmesi amacına yönelik hizmet etmektedir. Burada anılması gereken bir diğer organizasyon ise Avrupa'da üye ülkeleri arasında hukukun birleştirilmesi çalışmalarını yürüten Avrupa Birliği'dir. AB en son CESL'i teklif ederek kendi içerisinde hukukun birleştirilmesi faaliyetlerinin zirvesine ulaşmıştır. CESL'in kabulü ile AB içerisinde sınır aşan ticaret daha kolay ve daha güvenli olacaktır. Bu ciddi kuruluşlar ve büyük hukukçular, emeklerini ve paralarını hukukun birleştirilmesine ayırmaktadır. Kuşkusuz ki bekledikleri fayda harcadıklarından fazladır.

III. Lex mercatoria

1) Tarih

Lex mercatoria şöyle tanımlanabilir: "Herhangi bir devletin özel bir yasal düzenlemesine referans yapmadan, kendiliğinden uluslararası ticarete yer alan veya ona atfedilen genel ilkeler ve teamüller bütünüdür."⁵³

⁵³ GOLDMAN, B., "The applicable Law: General Principles of the Law - Lex Mercatoria", Contemporary Problems in International Arbitration Law içinde (ed.), (London 1986), s.125 Daha fazla tanım için bakınız JARAMILLO-VARGAS, Jorge, "Lex Mercatoria - A Flexible Tool To Meet Transnational Trade Law Needs Today" (2002) REVIST@ e - Mercatoria Volumen 1, Número 2, dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3628766 (en son 18.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) Bu konuda yazılmış bir yüksek lisans tezi için bakınız BADDACK, Frank, "Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration"

*Lex mercatoria*⁵⁴ araştırmaları bazı yazarlarca MS 3. yüzyıla kadar götürülmekte ve *lex mercatorianın* köklerinin *ius gentium*da olduğu söylenmektedir.⁵⁵ Roma yabancılar hukuku olarak da bilinen *ius gentium* yabancılar ile Romalılar arasındaki hukuku düzenlemekte ve muhtevasında birtakım ticaret hukuku hükümleri de içermektedir. Ancak genel olarak bugün, her ne kadar içerdii ticari hükümler olsa da *lex mercatoria* ile kastedilenin *ius gentium* olmadığı kabul edilmektedir.⁵⁶

Batı Roma Devletinin yıkılmasından MS 12. yy başına kadar Avrupa'da ortak bir hukuktan bahsetmek mümkün değildi.⁵⁷ Bu tarihte, Avrupa ortak hukuku olarak tanımlanabilecek, Justinian'ın hazırlattığı *Corpus Juris Civilis'in* tekrar doğuşuna tanıklık edilmiştir. Bu yüzyılda önce Bologna Üniversitesi'nde, sonra aynı model üzerine kurulmuş diğer üniversitelerde hukukçular Roma hukuku

(2005) The University Of The Western Cape Faculty of Law Yüksek Lisans Tezi etd.uwc.ac.za/usrfiles/modules/etd/.../etd_init_3939_1174049802.pdf adresinden erişilebilir. (En son 22.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) Değişik *lex mercatoria* tanımları için bakınız HATZIMIHAIL, Nikitas E., "The Many Lives--And Faces--Of Lex Mercatoria: History As Genealogy In International Business Law" (2008) 71 Law And Contemporary Problems 169, s.169-172. Yazar onun üzerinde tanımı makalesinde anmıştır.

⁵⁴ *Lex mercatorianın* tarihi gelişimine benzer şekilde İngiltere'de *law merchant* gelişmiştir. Konumuz itibariyle *law merchanta* değinemeyeceğiz.

⁵⁵ OĞUZ, ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU, s.13 ve orada dipnot 8'deki yazarlar. OĞUZ, Arzu, *Lex Mercatoria*, (Ankara, Yetkin, 2004) s.38 ve s.53 (LEX MERCATORIA) AYOĞLU, Tolga, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet- Teamüller Olarak Lex Mercatoria*; (Vedat Yayınları, İstanbul, 2011, s.7 vd.

⁵⁶ Ayoğlu, ek olarak *ius gentiumun* milli bir hukuk olduğunu, ...milli hukuk sistemlerinin dışında kalan ve onlardan bağımsız bir nitelik taşıyan ...*lex mercatoriaya* kaynaklık edemeyeceğini söyler. AYOĞLU, s.8. Ayrıca bakınız DE LY, Filip, *International Business Law and Lex Mercatoria* (North Holland, 1992) s.10-14 .

⁵⁷ BERMAN, Harold J. & REID Charles J.Jr., *Roman Law in Europe and the Jus Commune: A Historical Overview with Emphasis on the New Legal Science of the Sixteenth Century*" (1994) 20 Syracuse J. Int'l L. & Com. 1, s.4-5 .

ilkelerini öğreniyor ve henüz yeni keşfedilmiş Digest şerhlerine nüfuz ediyorlardı. Bu durum Roma hukukunun Avrupa tarafından iktibas edilmesi anlamına gelmektedir.⁵⁸ Berman ve Reid bu süreci örnekler: “Avrupa üniversitelerinden, Roma hukuku tahsili yaparak mezun olmuş binlerce hukukçu, değişik Avrupa ülkelerinde resmi görevlerin hemen her seviyesinde danışman ve memur olarak çalışmaya başladılar. Bu kişiler karşılaştıkları hukuki problemlere Roma hukuku öğrenimleri ile buldukları çözümlerini getirdiler. Bunlardan ünlü birini anmak gerekirse, 1158’de İmparator I. Frederick Kuzey İtalya şehirlerinde imparatorun yetkisini ve hukuki gücünü tanımlayan Roncaglia diyetinin taslağını hazırlaması için Bologna Üniversitesinin en iyi hocalarını işe aldı: -dört doktor- ‘Martinus, Bulgarus, Jacobus ve Hugo’. Onların hazırladığı bu yasa Justinian’ın Roma hukuku değildi ancak onların üniversitede derslerinde ve Digest şerhlerinde sıkça karşılaştıkları ağırlıklı olarak Roma hukuku kavramları ve doktrinlerine dayanıyordu.”⁵⁹ Bu paragrafın anlattığı üzere İtalya’da okutulan Roma hukuku bu okullarda öğrenim görüp memleketlerine dönen hukukçular tarafından Roma hukuku temelli bir ortak Avrupa hukukunun doğmasına sebep olmuştur ki bu hukuk *ius commune*dir. *Ius commune* Canon hukuku, ortaçağ ahlak anlayışı, ticari örf ve teamüller ile doğal hukuk teorisinden unsurlar içermektedir.⁶⁰ İşte bu zemin üzerinde de *ius commune*nin bir görünüşü olan tacirin hukuku yani *lex mercatoria*

⁵⁸ ZIMMERMANN, Reinhard, “*Ius Commune* and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea1” (PECL) European Contract Law: Scots and South African Perspectives Editörler: Hector L MacQueen ve Reinhard Zimmermann (Edinburgh University Press: Edinburgh, 2006) s.1-43, s.9 ve orada dipnot 25’teki yazarlar.

⁵⁹ BERMAN & REID, s.6.

⁶⁰ ZIMMERMANN, Reinhard, “*Ius Commune* and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea1” (PECL) European Contract Law: Scots and South African Perspectives Editörler: Hector L MacQueen ve Reinhard Zimmermann (Edinburgh University Press: Edinburgh, 2006) s.1-43, s.10.

doğmuştur.⁶¹ Şöyle ki, bu yüzyılda Avrupa'da ciddi bir ekonomik büyüme ve ticari yeniden doğuş yaşanırken, bu hukuktan beslenen tacirler kendileri arasındaki ilişkilerde, pazarlarda, limanlarda, fuarlarda yerel hukuktan bağımsız, uluslararası nitelikli bir ortak hukuk uygulamakta ve ihtilafları kendi özel mahkemelerinde çözmekteydiler.⁶² Bu hukuku, Teubner "devletsiz global hukukun en başarılı örneği" olarak niteler.⁶³

Bu arada Kadens 2012 Nisan'ın da yayımladığı, ezber bozan makalesi ile *lex mercatoria* hakkında bilinenleri, yanlışlarla inşa edilmiş bir mit olarak nitelemiş ve *lex mercatorianın* bilenin aksine evrensel ve tekbiçim bir hukuk yaratmadığını ve gerçekte ortaçağ tacirinin uluslararası bir tekbiçim hukuka ihtiyaç duymadığını yazmıştır.⁶⁴ Yazarın görüşlerini kısaca anmak gerekirse, tacirler bir noktaya kadar tüm Avrupa'da geçerli bir ortak hukuk yaratmışlardır ancak bunun kaynağı kesinlikle ticari örf ve teamüller değil bilakis sözleşmeler ve yasalardır; ticari örf ve adetler vardır ancak bunlar asıl olarak yereldir; ticari örf ve teamül yoluyla kural koyma,

-
- ⁶¹ YVES, Fortier, "The New, New Lex Mercatoria, or Back to the Future", (2001)17 *Arbitration International* s.125, Güçer, *lex mercatoria, ius commune ve law merchant* aynı anlama gelmektedir der. Bakınız GÜÇER, Sülün, "Lex Mercatoria in International Arbitration" (2009) *Ankara Bar Review* Vol.2. Issue.1, 30-39, s.31.
- ⁶² BARON, Gesa, "Do the UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* form a New Lex Mercatoria?" <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html> (En son 10.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)
- ⁶³ TEUBNER Gunther, " 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society", *Global Law Without a State* içinde (Dartmouth Pub Co, 1997) s.3-31, s.3.
- ⁶⁴ KADENS, Emily, "The Myth of the Customary Law Merchant" (2012) 90 *Tex. L. Rev.* 1153 Benzer şekilde Highet makalesinde *lex mercatorianın* varlığında veya ne kadar var olduğundan şüphe duyduğunu "Lex mercatoria gerçekte paradoksun yarattığı bir enigmadır." "Lex mercatoria olsa olsa en fazla *principia mercatoriadır.*" sözleri ile ifade eder. Bakınız HIGHET, Keith, "The Enigma of *Lex Mercatoria*" (1989) 63 *Tulane Law Review*, s.613.

yasaların kesinliği ilkesini yerine getiremez; ticari örf ve teamüller sınırları tam belli olmayan ve kesinlik taşımayan niteliktedir; bu sebeple ortaçağ tacirinin yarattığı, birbirine aktardığı ve koruduğu ticari örf ve teamüller bütününe bir ortak tekbiçim hukuk olarak ortaya konulması pek mümkün değildir.⁶⁵ Bu çalışmanın amacı ve sınırları itibariyle *lex mercatorianın* ticari örf ve teamüllerden mi yoksa sözleşmeler ve hukuktan mı kaynaklandığını tartışmayacağız. Sözleşme hukukunun birleştirilmesi ile son gelişmeleri andığımız bu çalışmada *lex mercatorianın* kaynağının da tartışılmaya başlandığını belirtmekle yetineceğiz.

Asırlar boyunca Avrupa'da bir ortak hukuk yaratan, feodal güçlerin yerini güçlü krallıklara bırakması ile zayıflayan *lex mercatoria*,⁶⁶ yasa yapmada tekil güç olarak yalnızca kendisi kabul eden ulusal devletlerin ortaya çıkışı ve yükselişi ile ortadan kaybolmaya başlamıştır.⁶⁷ Örnek olarak, genel kabule göre, 1804 Napolyon Kanununun yürürlüğe girmesi *lex mercatoria'nın* uygulamasına son vermiştir.⁶⁸

2) Amaç ve İşlev

Lex mercatoria tacirin ihtiyacından doğmuş, tacir tarafından yaratılmış, denetimi tacirlerden oluşan mahkemelerce yapılmış uluslararası nitelik taşıyan bir kurallar bütünüydü.

⁶⁵ KADENS, s.1153-1155 Kadens makalesinde ticari örf ve teamül kavramını tartışmış, sözleşmeden ve hukuktan doğan ortaçağ ticaret hukukunu incelemiş, ticari örf ve teamülün hukuku birleştirici bir nitelik taşıyamayacağını ileri sürmüş ve *lex mercatorinin* ticari örf ve teamüllerin yanı sıra sözleşmeden, yasalardan ve mahkeme kararlarından doğduğunu savunmuştur.

⁶⁶ AYOĞLU, s.11.

⁶⁷ FERRARI, Franco, "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law" (1994) 24 Ga. J. Int'l & Comp. L. 183, s.184-185 (Bundan sonra UNIFORM INTERPRETATION) Ferrari 18.yy ve 19yy.'da yapılan büyük ulusal kanunların gerçek anlamda evrensel tek hukuk olan *lex mercatorianın* uluslararası karakterini yok ettiğini belirtir. Oğuz, 19.yy'daki merkantilist düşüncenin münferit ulusların karşılıklı alışverişinin hor görülmesinin ve *lex mercatoriaya* dayanan uluslararası ticaretin gerilemesinin yegane nedeni olduğunu savunur. Bakınız OĞUZ, LEX MERCATORIA, s.67.

⁶⁸ BARNES, s.738.

Lex mercatoria Schmittoff'un sözleri ile "Ortaçağ *lex mercatoriası* ve *ius communesi* gerçek anlamda global hukuk kurallarıydılar."⁶⁹ Yazar, *lex mercatorainın* en önemli özelliklerinden birini vurgulamaktadır; uluslararası nitelik; Venedik'te, Cenova'da, Amsterdam'da, Barcelona'da ve Marsilya'da pazarlarda, limanlarda ve fuarlarda bu hukuk uygulanmaktaydı.⁷⁰ Yerel hukuktan ziyade kendi özel ihtiyaçlarına uygun hukuk kurallarını yaratan tacirler bunları bütün ticari merkezlerde uygulanan kurallar haline getirmiştir. Daha da ötesi, bu kuralların uygulanmasından doğan ihtilafları da yine kendilerinin yargıç olarak yer aldığı mahkemelerde çözmüşlerdir.

Bu noktada anılması gereken bir tartışma vardır: Modern *lex mercatoria* tartışması. Bu tartışmalar Ayoğlu'nun eserinde etraflıca açıklanmıştır.⁷¹ Ayrıntıya girmeden ve geniş bilgi için Ayoğlu'nu

⁶⁹ SCHMITTHOFF, Clive M., "The Law of International Trade" in Commercial Law in a Changing Economic Climate (2d ed. 1981) BARNES, s.735'ten alınma.

⁷⁰ BARON, Gesa, "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a New Lex Mercatoria?" <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html> (En son 10.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) ve oradan atıfla TRAKMAN, L., The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law (1983), s. 7.

⁷¹ AYOĞLU, Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet- Teamüller Olarak Lex Mercatoria; (Vedat Yayınları, İstanbul, 2011) s.29-85 Benzer tartışma OĞUZ, LEX MERCATORIA, s.71-76, ve JARAMILLO-VARGAS, Jorge, "Lex Mercatoria - A Flexible Tool To Meet Transnational Trade Law Needs Today" (2002) REVIST@ e - Mercatoria Volumen 1, Número 2, ve BARON Gesa Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria? <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html> (En son 10.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) Ayrıca HATZIMIHAL, s.172-190, MERTENS, Hans-Joachim, "Lex Mercatoria: A Self-Appling System Beyond National Law?", in Global Law Without a State (Gunther Tuebner ed., 1997) s.31 Özdemir bu konuda şöyle der "Lex mercatoria'nın bir hukuk sistemi olarak tanımlanmasını reddeden görüşler, milletlerarası ticaret uygulaması incelendiğinde temelsiz kalacaktır." ÖZDEMİR, Didem, "Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria (Haziran-Aralık 2003) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 7, Sayı 1-2, s.130 vd.

referans göstererek ifade edersek, modern *lex mercatoria* tartışması *lex mercatoria* kurallarının bugün için anlamı, etkinliği ve mahiyeti etrafında yapılmaktadır. Bu konuda yer alan iki teoriden birinin sahibi Goldman'a göre *lex mercatoria* milli hukuk sistemlerinin dışında ve onlardan bağımsız, müstakil bir hukuk sistemidir. Schmittoff ise *lex mercatoriayı* uluslararası ticarete özgü maddi kurallar bütünü olarak niteler ve onu oluşturan kuralların milli hukuk sistemlerinin destekleri ile bu sistemlerin bir parçası sıfatı ile ihtilaflara uygulanması gerektiğini ileri sürer.⁷²

Genel olarak kabul edildiği üzere dürüstlük kuralının, temel kural olduğu *lex mercatoria*'nın beş temel özelliği vardır: i. Uluslararasıdır ii. İlkeleri ticari örf ve teamüle dayanır iii. Profesyonel yargıçlar tarafından değil bizzat tacirler tarafından yönetilir iv. Usulü hızlı ve informaldır v. Temel ilke olarak hakkaniyeti vurgular.⁷³

Günümüzde modern *lex mercatoria* tahkim kararlarında esasa uygulanan maddi hukuk olarak kullanılmaktadır. Öte yandan hakem kararlarında modern *lex mercatorianın* geliştirilmesi yönünde çabalar da gözlemlenmektedir.⁷⁴

3) İçerik

Yukarıda dediğimiz gibi, burada modern bir *Lex mercatoria* varlığından söz edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmanın ayrıntılarına girmeyeceğiz. Ancak *lex mercatoria*'nın modern hukukun birleştirilmesi çabalarına öncülük yaptığı açıktır. Peki *lex mercatoriadan* anlaşılması gereken nedir? Bu noktada dar ve geniş yaklaşımdan söz edebiliriz.⁷⁵ Doktrinde geniş yaklaşımda (i) hukukun genel ilkeleri

⁷² AYOĞLU, s.30vd ve oradaki yazarlar.

⁷³ BERMAN, Harold J. & KAUFMAN, Colin, "The Law of International Transactions (Lex Mercatoria)" (1978)19 Harv. Int'l L.J. 221, s. 225.

⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için MANRIRUZZAMAN, Abul F.M. "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?" (1999) American University International Law Review 14, 3, 657-734 s.694-706.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız AYOĞLU, s.121 vd. Kaynaklar Goldman ve Schmittoff'un *lex mercatoria* anlayışına göre değişmektedir.

(ii) UNIDROIT İlkeleri ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri gibi restatement tarzında yapılan uluslararası tekbiçim ticaret kuralları (iii) Uluslararası ticaret hukukunda kullanılan standart sözleşmeler ve genel işlem şartları⁷⁶ (iv) uluslararası ticari örf ve teamüller (v) emsal hakem kararları⁷⁷ *lex mercatorianın* kaynağı olarak sayılabilir.⁷⁸ Dar yaklaşımda ise uluslararası konvansiyonlar ile model kanunlar ve ticari örf ve teamüller *lex mercatorianın* kaynağı olarak kabul edilmektedir. Geniş yaklaşımına göre *lex mercatorianın* kaynaklarından biri olarak sayılan hukukun genel ilkeleri ile genel olarak sözleşme özgürlüğü, ahde vefa (*pacta sunt servanda*), iyiniyet (*bona fide*), hakkın kötüye kullanımı yasağı, çelişkili davranış yasağı, sözleşmenin uyarlanması (*clausula rebus sic stantibus*) mucbir sebep (*vis maior*) ve benzer nitelikteki birçok ilke kastedilir.⁷⁹ Uluslararası ticari örf ve teamüllerden belli bir ticaret dalında belirli bir süredir yerleşik olarak uygulanan adet ya da itiyat haline gelmiş uygulama, alışkanlık ve davranış kalıpları anlaşılmalıdır.⁸⁰ UNIDROIT İlkeleri ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri gibi restatement tarzında yapılan uluslararası tekbiçim ticaret kuralları çalışmanın ilerleyen kısımlarında incelenecektir. Şunu belirtmek gerekir ki dar anlamda UNIDROIT İlkeleri⁸¹ ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri de ticari

⁷⁶ *Lex mercatoria* kaynağı olarak standart sözleşmelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız OĞUZ, LEX MERCATORIA, s.97-101, AYOĞLU, s.339-345.

⁷⁷ Hakem kararlarının *lex mercatoria* kaynağı olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız AYOĞLU, s.346-350.

⁷⁸ ÖZDEMİR, s.140-143, Benzer şekilde DURGUT, Ramazan, "Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu'na Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması" (2005-2006) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni C.25 S.1-2, s.105-127 Ayrıca bakınız GÜÇER, Sülün, "Lex Mercatoria in International Arbitration" (2009) Ankara Bar Review Vol.2. Issue.1, 30-39, s.35-36 Yazarların tamamına göre *lex mercatorianın* Türk hukukuna göre de tahkimde esasa uygulanacak hukuk olarak seçilebilir.

⁷⁹ OĞUZ, LEX MERCATORIA, s.135-153, AYOĞLU, s.122-162.

⁸⁰ *Lex mercatoria* kaynağı olarak ticari örf ve teamüllerle ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız OĞUZ, LEX MERCATORIA, s.105-107, AYOĞLU, s.165-174.

⁸¹ Bu konudaki görüşler ve yazarlar için bakınız BARON, Gesa, "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a New Lex Mercatoria?" <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html> (En

örf ve teamülleri esas aldığı için modern *lex mercatoria* olarak da nitelenmiştir.

İşte yukarıda anılan kaynakların oluşturduğu *lex mercatoria* uluslararası sözleşme hukukunun birleştirilmesinde bir araç olarak kullanılmaktadır. Bağımsız bir hukuk sistemi olarak görülen ve global olarak uygulanmaya çalışılan *lex mercatoria*'nın birçok tahkim şartında, hukuki sorunun esasına uygulanacak maddi hukuk olarak seçilmekte olduğunu görüyoruz.⁸²

IV. 1964 Hague Konvansiyonları

1) Tarih

Bu bölümde kısaca 1964 yılında La Haye'de imzalanan *Convention Relating to a Uniform Law on International Sales of Goods* (ULIS-Uluslararası Mal Satımı Hakkında Tekbiçim Hukuka İlişkin Konvansiyon)⁸³ ve *Convention Relating to a Uniform Law on the Formations of Contracts for the International Sales of Goods* (ULFC-Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerinin Kuruluşu Hakkında Tekbiçim Hukuka İlişkin Konvansiyon)⁸⁴ antlaşmalarına değineceğiz. II. Dünya Savaşının sona ermesinden sonra Hollanda öncülüğünde 1951 yılında 20 ülke sözleşme hukukunun birleştirilmesini görüşmek amacı ile bir araya geldiğinden bahsetmiştik. O toplantıda bu amaçla

son 10.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) Ayrıca LU, Frank, "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts:A New Lex Mercatoria?" http://www.luyulei.net/writings/En002_Unidroit_New_Lex_Mercatoria.html (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) UNIDROIT İlkeleri ile *lex mercatoria* arasındaki ilişki için bakınız OĞUZ, ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU, s.32-34.

⁸² ÖZDEMİR, s.137-139. Uluslararası tahkim uygulamasında ve tahkim kararlarında *lex mercatoria* için bakınız OĞUZ, LEX MERCATORIA, s.164-203.

⁸³ Antlaşma metnine <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm> adresinden erişilebilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

⁸⁴ Antlaşma metnine <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulf.htm> adresinden erişilebilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

özel bir komisyon kurulması kararlaştırılmıştır. Bu komisyon her yıl düzenli toplantılarına devam etmiş, bu çalışmalar sonucu 1956 yılında üzerinde anlaşılan taslak bir raporla birlikte yayımlanmış, bu taslağa gelen cevaplarla 1962 yılında değiştirilmiş yeni bir metin hazırlanmış ve bu metin 1963 yılında diplomatik konferansa sunulmuştur.⁸⁵ Devamla, 1964 yılında La Haye’de yapılan bir uluslararası konferansta bu iki antlaşma kabul edilmiştir. Antlaşmalar 1972 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu iki antlaşmanın güttüğü amacı sağlamada çok başarılı söylenemez. Buna sebep olarak da; antlaşmaların hazırlık aşamasına çok az sayıda ülkenin katılması, antlaşmalara yalnızca dokuz ülkenin taraf olması, bu ülkelerin genelde gelişmiş ülkeler olması ve antlaşmaların ülkelere bazı konularda verdiği çekince koymak yetkisinin antlaşmaların bir örnek uygulamasını güçleştirecek olmasıdır.⁸⁶

Bu antlaşmalar yapıldığı zaman itibariyle, daha uyumlu ve kardeşçe bir dünyanın yaratılması için, hukukçuların özel hukuk alanında yapabileceği en önemli katkının bu antlaşmalar olduğu, şüpheye yer vermeden, kabul edilmişti.⁸⁷

⁸⁵ TUNC, André, “Commentary on the Hague Conventions of the 1st of July 1964 on International Sale of Goods and the Formation of the Contract of Sale” (1964) Rev. int. dr. comp. s. 551 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tunc.html> adresinden makaleye erişilebilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

⁸⁶ ZEYTİN, Zafer, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme” (2008) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.24.S.3.s.217-264, s.233 Erdem de benzer şekilde Kahn’a atıf yaparak benzer üç sebep anar. Bakınız ERDEM, H. Ercüment, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)” (1992) 16 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.16, S.3 s.29-105, s.39 dipnot 13’te KAHN, P., “La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises” (1981)33 REV. INT. DR. COMP. s.951, s.952.

⁸⁷ TUNC, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tunc.html>

2) Amaç ve İşlev

Tunc bu antlaşmaların büyük efor harcanarak yapıldığını belirtir ve bu antlaşmaları hazırlayan komisyon üyelerinin hukukun birleştirilmesi ülküsünden herhangi bir ülke kuralı adına ödün vermediklerini yazar.⁸⁸ Bu ifadeler, bu antlaşmaların güttüğü hukukun birleştirilmesi amacını net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Ancak yukarıda anılan sebeplerle bu antlaşmaların öngörülen amaca ulaşmaktan uzak olduğunu tespit ediyoruz. Her ne kadar bu antlaşmalar hukukun birleştirilmesini sağlamamışsa da hukukun birleştirilmesi çabalarının devamına hizmet etmiş ve Birleşmiş Milletlerin devreye girerek CISG'nin hazırlanmasına ön ayak olmuştur.

3) İçerik

İki antlaşmanın ilki 101 maddeden oluşan ve uluslararası satım sözleşmeleri için tekbiçim yasa niteliği taşıyan ULIS'tir. Antlaşma hangi sözleşmelerin uluslararası satım olarak niteleneceğini belirledikten ve taraflar isterlerse bu antlaşmanın tamamının veya bir kısmının aralarında kararlaştırabilmesine olanak tanıdıktan sonra, 8.madde ile ULIS'in yalnızca satış sözleşmelerinde satıcının ve alıcının borçlarına uygulanacağını ifade ederek antlaşmanın uygulama alanını sınırlamıştır. Devamla, antlaşma öncelikle satıcının borçlarını düzenlemiş ve mülkiyetin devrine özel bir önem vermiştir. Daha sonra alıcının borçlarının düzenlenmesini yapan antlaşma, bedelin ödenmesini ve malın teslim alınmasını alıcının borçlarından en önemlileri olarak saymıştır. ULIS son olarak hasarın geçişini düzenlemiştir.

ULFC ise ULIS'e ek olarak yapılmış ve uluslararası satım sözleşmelerinin kuruluşuna ilişkin 13 maddeden oluşmaktadır. Antlaşma gayet sade bir biçimde öneri ve kabulü açıklamış ve sözleşmenin kurulmasında tipik bir borçlar kanunu gibi öneri ve kabulle ilgili meseleleri hükme bağlamıştır.

⁸⁸ TUNC, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tunc.html>

V. UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)

1) Tarih

UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG veya Antlaşma veya Konvansiyon) (Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması), uygulama alanı içerisinde yer alan her konuyu düzenleyen kapsamlı bir kodifikasyon ürünü olmasa da,⁸⁹ hiç şüphesiz ki antlaşma, dünya üzerinde egemen olan iki hukuk sisteminin (common law ve civil law) ilginç bir karışımı,⁹⁰ dünya çapında kabul görmüş,⁹¹ hukukunun birleştirilmesi çabalarının zirve noktası⁹² ve en başarılı ürünüdür.⁹³ Zira dünya üzerinde bu kadar çok ülkenin taraf olduğu ve uluslararası bir antlaşma olarak hazırlanıp usulüne göre onanmakla iç hukuk kaynağı haline gelen başka bir metin yoktur. Ayrıca hakkında yapılan akademik çalışmaların sayısı ile mahkeme ve tahkim kararlarında uygulanması açısından da eşsizdir.

1964 tarihli Hague Konvansiyonlarının beklenen yararları sağlayamaması üzerine Birleşmiş Milletler'in önemli bir kuruluşu

⁸⁹ KRÖLL, Stefan, "Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application" (2005-06) *Journal of Law and Commerce* Vol. 25, s.39-57, s.39.

⁹⁰ DIMATTEO, A.& OSTAS, Daniel T., "Comparative Efficiency in International Sales Law" (2011) 26 *American University International Law Review* 371, s.372. CISG common law ve civil law benzer kurallar öngördüğü hallerde onlara benzer bir kural, farklı kurallar öngördüğü hallerde iki kuraldan biri kabul etmiştir. s.372-373.

⁹¹ SCHLECHTRIEM, Peter, Introduction sub. I, in Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (2d ed., 2005).

⁹² KRONKE, Herbert, "The Un Sales Convention, THE UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond" (2005-06) 25 *Journal of Law and Commerce* 451, s.452.

⁹³ Genel bir değerlendirme için bakınız HUBER, Peter, "Some introductory remarks on the CISG" (6/2006) *Internationales Handelsrecht* 228-238 Hatta umulanın üzerinde bir başarı SCHWENZER, Ingeborg & HACHEM Pascal, "The CISG--Successes And Pitfalls" (Spring 2009) 57 *Am. J. Comp. L.* 457, s.458.

olan UNCITRAL⁹⁴ tüm dünya üzerinde uluslararası taşınır mal satımını birleştirecek bir tekbiçim yasa üzerinde çalışmaya başlamıştır. 5-16 Ocak 1979 tarihinde 1964 tarihli Konvansiyonlar hakkında raporları inceleyerek çalışmaya başlayan 2 no'lu Çalışma grubu her yıl düzenli toplanarak çalışmış ve 19-30 Eylül 1977 tarihinde Konvansiyon taslağını tamamlamıştır. Viyana'da 62 ülkenin katılımı ile toplanan uluslararası diplomatik konferansta çok yoğun tartışmalar ve çok da önemsiz olmayan değişiklikler ile taslak kabul edilmiş⁹⁵ ve 11 Nisan 1980 tarihinde CISG adıyla uluslararası bir antlaşma olarak imzaya açılmıştır. 1986 yılı sonunda gerekli sayıda ülke antlaşmayı onamış ve Konvansiyon 1 Ocak 1988 tarihinde 11 ülkede yürürlüğe girmiştir. 11 Ağustos 2011 tarihinde Türkiye'de de yürürlüğe giren antlaşmaya, Ekim 2012 itibariyle 78 ülke taraftır.

Dünyanın en büyük ticaret hacmine sahip devletleri ABD, Çin, Rusya, Arjantin ve Japonya,⁹⁶ dört ülke hariç (Birleşik Krallık, İrlanda, Portekiz ve Malta) Avrupa Birliği'ne üye bütün ülkeler, uzak Asya'dan Güney Kore, birçok Afrika ülkesi bu antlaşmaya taraftır. Bu ülkelerde bulunan işyerleri arasında yapılan uluslararası satım

⁹⁴ UNCITRAL hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/06-50941_Ebook.pdf (En son 28.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) COHEN, Edward S., "Normative Modeling For Global Economic Governance: The Case Of The United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL)" (2011) Brooklyn Journal of International Law 36, s.567.

⁹⁵ Bonnell, konferansta yaşanan tartışmalardan, özellikle batı ülkeleri ile sosyalist ülkeler arasında yaşananlardan bahseden makalesinde, konferansın olumlu sonuçlanmasını bile tek başına büyük bir başarı olarak kabul eder. BONELL, Joachim, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law" (Bundan sonra CISG) (Winter, 2008), The American Journal of Comparative Law, Vol. 56, No. 1 s.1-28, s.2.

⁹⁶ Schwenzler & Hachem'in verdiği figürlere göre dünya ticaretinde önde gelen ilk 10 ülkenin 9'u CISG'ye taraftır ve dünya ticaret hacminin %78'i CISG'ye taraf ülkeler tarafından yapılmaktadır. SCHWENZLER, Ingeborg & HACHEM Pascal, "The CISG--Successes And Pitfalls" (Spring 2009) 57 Am. J. Comp. L. 457, s.457.

sözleşmelerine CISG uygulanmaktadır. Son verilere göre dünya ticaretinin dörtte üçünden ziyadesi⁹⁷ CISG'ye taraf ülkeler tarafından yapılmaktadır. Bu rakamlar CISG'nin etkinliğini ortaya koymaktadır.

Birleşik Krallık CISG'ye taraf olmayan ülkelerden en önemlilerinden biridir. Doktrinde Birleşik Krallık'ın CISG'ye taraf olma konusundaki çekingenliğine CISG madde 7'de yer verilen dürüstlük kuralının sebep olduğunu ileri sürülmektedir.⁹⁸ Ayrıca CISG'nin, common law hukuk sistemini takip etmemesi ve civil law hukuk sisteminden yoğun bir şekilde etkilenmesi de bir diğer nedendir.⁹⁹

Birleşik Krallık tarafından CISG'nin ilk tartışılması 1989 yılında Ticaret ve Endüstri Bakanlığı'nın CISG'nin kabulü ile ilgili bir anket çalışması yapmasıyla gerçekleşmiştir. Çalışma 1997 yılında yenilenmiş ve her ne kadar katılım azlığı sebebi ile temsil tartışmasına neden olsa da katılanların çoğunluğu CISG lehine görüş bildirmiştir. Bu tarihe kadar CISG'ye taraf olma konusunu tartışmayan İngiliz hükümetleri, bu tarihte CISG'yi imzalamak istediğini deklare etmiş ancak o tarihten bu yana herhangi bir yasama faaliyetinde bulunulmamıştır. Yazarlar bu durumu yasama faaliyetinin gecikmesi olarak görmekte ve er ya da geç CISG'nin Birleşik Krallık tarafından imzalanacağını öngörmekte ve hatta halihazır ders kitaplarında CISG kısmına da yer vermektedirler.¹⁰⁰

⁹⁷ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/cisgintro.html> (En son 28.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) CISG Dünya ticareti hakkında sayısız istatistik ve araştırma sonucu için bakınız SCHWENZER, Ingeborg & KEE, Christopher, "International Sales Law--The Actual Practice" (2011) 29 Penn State International Law Review s.425. Çalışmada anılan sonuçlar dünya ticareti için CISG'nin önemini ortaya koymakla beraber dünya ticaretinin de hukuku etkileyici bir özellik taşıdığı saptanmaktadır.

⁹⁸ HOFFMAN, Nathalie, "Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe" (Winter 2010) 22 Pace International Law Review, s.145-181, s.151 vd, LINARELLI, s.1426 vd.

⁹⁹ SCHWENZER, Ingeborg & HACHEM Pascal, s.467-468.

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız HOFMANN, Nathalie, "Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe" (Winter 2010) 22 Pace

Ulusal hukuklarda yer alan terminoloji ve kavramları göz ardı edip yeni bir sistem kuran CISG uluslararası alanda kendisinden sonra yapılan UNIDROIT İlkeleri, PECL ve DCFR gibi sözleşme hukukunun birleştirilmesine dair metinleri etkilemiştir. Bunun yanı sıra Finlandiya, İsveç ve Norveç CISG'ye katılmayı bir fırsata dönüştürerek kendi iç hukuklarındaki satım sözleşmesi düzenlemelerini yenilemiş ve bu yenilemede CISG'den etkilenmişlerdir. Sovyet Rusya'nın yıkılmasından sonra hukuk sistemlerini yenileyen Doğu Bloku ülkeleri de CISG'yi bir kılavuz olarak kabul etmiştir. Son olarak 2002 yılında yürürlüğe giren Alman Borçlar Kanununu da CISG'den etkilenmiştir.¹⁰¹ Ancak itiraf etmek gerekir ki 1.7.2012'de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanununda bu yenileme bir fırsata dönüştürülemedi. CISG artık bir iç hukuk malzemesi haline gelmesine rağmen, 6098 sayılı yasanın, CISG ile uyumlaştırılmasına çalışılmamıştır.¹⁰²

2) Amaç ve İşlev

CISG resmi sitesine göre CISG'nin amacı uluslararası taşınır mal satımı sözleşmeleri için modern, tekbiçim ve adil bir rejim sağlamaktır. MS 20. yy başında başlayan çabaların bir sonucu olan CISG alıcı ve satıcının çıkarları arasında özenli bir denge

International Law Review, s.145-181, MOSS, Sally, Why The United Kingdom Has Not Ratified The CISG (2005-2006) Journal Of Law And Commerce Vol. 25, s.483.

¹⁰¹ SCHWENZER, Ingeborg & HACHEM Pascal, s.462-463.

¹⁰² ERDEM, Ercüment, "Vienna Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı" Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'ye Göre Satış Sözleşmeleri/Sales Contracts Under The New Turkish Code Of Obligations And The CISG ed. Şükran Şıpka & Ahmet Cemil Yıldırım (BETA, İstanbul, 2012) s.117-156, s.150. Yazar CISG'nin Türk iç hukuk malzemesi haline gelmesinden sonra taşınır satımına uygulanacak hukuk konusunda şunları söylemektedir: " Antlaşmanın Türkiye tarafından kabulüyle, Türk satım hukuku çok başlı hale geldi. Milletlerarası satımlara Viyana Satım Antlaşması uygulanırken, iç satımlara BK ve ticari satımlar açısından Türk Ticaret Kanunu hükümleri, tüketici satımları açısından 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır oldu.", s.150.

sağlamaktadır. Burada vurgulanması gereken bir husus da CISG'nin sözleşmelerde zayıf taraf olarak nitelediği küçük ve orta boy işletmelere ayrı bir önem verdiğidir. İhtilaflara uygulanacak yabancı hukuk hakkında hukuki destek alması kendisi için çok zor olacak bu işletmelerin, yaptıkları sözleşmeye, CISG'nin uygulanması koşulunu ekleyerek sözleşmede çıkarlar arası dengeyi sağlayabilecekleri öngörülmektedir.¹⁰³

Antlaşma kısaca uluslararası taşınır mal satım sözleşmelerini düzenlemektedir. Bu bağlamda antlaşma ile ilgili en önemli konulardan biri şüphesiz antlaşmanın uygulama alanıdır. Bu konuda ayrıntıya girmeden¹⁰⁴ değinirsek antlaşmanın 1. maddesine göre antlaşma yalnızca taşınır mal satımı sözleşmelerine uygulanır; kira,

¹⁰³ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/980CISG.html (En son 28.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁰⁴ Çalışmamızın amacı doğrultusunda maddi hukuk tartışmasına girmeyeceğiz. Ayrıntılı bilgi için bakınız. ATAMER, Yeşim Milletlerarası Satım Hukuku ed. 2.Baskı (XII. Levha, İstanbul, 2012) ZEYTİN, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku (Seçkin, Ankara, 2011) ZEYTİN, Zafer, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme" (2008) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.24, S.3, s.217-264, ERDEM, H. Ercüment, "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)" (1992) 16 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.16, S.3, s. 29-105. OZSUNAY, Ergun "1980 tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları" (2004) İstanbul Barosu Dergisi S.78, s. 906-959. TOKER, Ali Gümrah, 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı (Seçkin, Ankara, 2005) TİRYAKİOĞLU, Bilgin, "11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi" (1989-1990) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191-205, TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk (Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No. 503, 1996) Zeliha DERELİ "Uluslararası Taşınır Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu" Tuğrul Arat'a Armağan (Yetkin: Ankara, 2012) s.347-383.

leasing, 3(2) maddesi gereği hizmet, eser sözleşmeleri gibi sözleşmelere uygulanmaz. Yani hukuki işlem bir sözleşme veya en azından sözleşme olduğu iddia edilen bir işlem olmalı ve sözleşmenin konusu bir taşınır malın satımı olmalıdır. Nelerin taşınır olduğu antlaşmada sayılmamıştır. Ancak antlaşmanın uygulanmasında taşınır maldan, taşımaya elverişli cismani mallar anlaşılmalıdır. Antlaşma, nelerin taşınır mal olmadığını ve taşınır mal olmasına rağmen antlaşmanın hangi satımlara uygulanamayacağını da belirtmiştir. Bunlar kişisel veya ailevî ihtiyaç veya ev ihtiyaçları için yapılan sözleşmeleri (yani tüketici satımları), açık artırma yoluyla yapılan satımları, cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımları, menkul kıymet, kambiyo senedi ve para, gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı ve elektrik satımıdır. Antlaşmanın 3. maddesi bir malın üretiminin sipariş edildiğinde imal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin bu sözleşmelerin satım sözleşmesi sayılacağını belirtmiştir. Ancak bunları sipariş eden taraf, imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olursa, bu tür sözleşmeler antlaşmanın kapsamı dışında kalacaktır.

Antlaşmanın uygulama alanında ikinci unsur uluslararasılıktır. Satım sözleşmesi uluslararası olmalıdır. Antlaşma, 1(1) maddesine göre, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine uygulanır. Her iki tarafın da aynı ülke sınırları içinde bulunduğu hallerde CISG uygulanmaz. Bu bağlamda antlaşmanın uygulanmasında tarafların vatandaşlığı, tacir olup olmadıkları ve sözleşmenin adı veya ticarî nitelikte olması dikkate alınmayacaktır. (CISG m.1(3))

Son olarak antlaşmanın uygulanabilmesi için iki alternatiften birisinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi m.1(1)a gereği taraflardan her birinin işyeri antlaşmaya taraf devletlerden birinde olmalıdır. İkincisi ise m.1(1)b gereği söz konusu sözleşmeye kanunlar ihtilafı gereği uygulanacak hukukun antlaşmaya taraf ülkelerden birinin hukuku olmalıdır. Bu iki halden birinin varlığı durumunda daha önce sayılan iki koşulun da yerine getirilmesi halinde söz konusu satım sözleşmesine CISG uygulanacaktır.

CISG niteliği itibari ile bir uluslararası antlaşmadır. Bunun iki sonucu vardır. Birincisi metnin değiştirilmesindeki zorluktur. Eğer ileride CISG metninde değişiklik yapılması arzulanırsa, bu ancak yeni bir uluslararası antlaşma ile mümkün olacaktır. Bu zorluk sebebi ile yani değişen durumlara uyum sağlama becerisinin sınırlı olmasından ötürü, CISG'nin, gelecekte daha uygun yeni bir uluslararası satım hukuku hakkında tekbiçim yasa ortaya çıktığında daha az tercih edilir bir seçenek olacağı öngörülmüştür.¹⁰⁵ Bu durumu bir nebze olsun engellemek ve CISG'nin daha uzun ömürlü olmasını sağlamak için, CISG'de yoruma açık maddeler konması tercih edilmiştir.¹⁰⁶ Uluslararası antlaşma olmasının bir diğer sonucu ise, antlaşmaya taraf ülkelerin antlaşmayı usulüne göre onaylamalarıyla birlikte antlaşmanın iç hukuk düzenlemesi haline gelmesidir.¹⁰⁷ Bu sebeple CISG'nin uygulanması gereken yargulamalar ulusal mahkemeler tarafından yapılmaktadır. Yani, CISG'ye uygunluk denetimi ulusal mahkemelerde yapılmaktadır. CISG ayrıca tahkim kararlarında da sıkça uygulanmaktadır. İşte bu iki sonuç birleştiğinde CISG'de yorum ve uygulamada birlik sorunu ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁸ Şöyle ki, antlaşma ile CISG'nin uygulandığı davaların görüleceği bir üst mahkeme kurulmadığı¹⁰⁹ için değişik ulusal mahkeme kararla-

¹⁰⁵ GILLETTE, Clayton, P., & SCOTT, Robert E., "The Political Economy of International Sales Law" (September 2005) 25 International Review of Law and Economics, 446-486, s.480-481.

¹⁰⁶ SCHWENZER, Ingeborg & HACHEM Pascal, s.469.

¹⁰⁷ Ancak antlaşmanın 6. Maddesi uyarınca sözleşmenin tarafları antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler. Tarafların antlaşmanın uygulanması kararları üzerinde ABD, Çin ve Almanya'da yapılan bir araştırma sonuçları için bakınız KOEHLER, Martin F. & YUJUN, Guo, "The Acceptance Of The Unified Sales Law (CISG) In Different Legal Systems" (Spring 2008) 20 Pace International Law Review, 45.

¹⁰⁸ Uygulamada birliğe ve CISG'nin yorumlanmasına dair çeşitli ülkelerin tutumları için bakınız SCHWENZER, Ingeborg, "National Preconceptions That Endanger Uniformity" (Spring 2007) 19 Pace International Law Review, s.103

¹⁰⁹ Aslında bu durum çok büyük bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Bakınız SCHWENZER, Ingeborg & HACHEM Pascal, s.468 Diğer yandan

rının nasıl uyumlaştırılacağı meselesi sürekli tartışılmıştır. Bu bağlamda UNCITRAL sitesi (CLOUT),¹¹⁰ Pace Üniversitesi sitesi,¹¹¹ UNILEX sitesi¹¹² uygulamada birliği sağlamak amacı ile CISG'ye göre karar verilen çok sayıda mahkeme kararını emsal olarak yayımlamaktadır.¹¹³ Son olarak CISG Danışma Konseyi uygulamada birliği sağlamak üzere değişik yaklaşımların ortaya çıktığı önemli meselelerde yorum ilkeleri ve rehberler yayımlamaktadır.¹¹⁴ Tüm bu çabalara rağmen, Schwenzler & Hachem'e göre bu amaç, yani CISG'de yorum birliğinin sağlanması ve tekbiçim uygulama henüz başarılammıştır.¹¹⁵

Bu noktada Sheaffer'in iddialı makalesini anmak gerekir. Sheaffer CISG'nin başarısızlıkla sonuçlandığı iddia eder ve yeni bir global tekbiçim yasa yapılması gerektiğini ileri sürer. Yazar, yoruma ilişkin 7(2) maddenin varlığı, CISG'nin altı değişik dilde yayımlanması, CISG'nin bazı kısımlarına devletlerin çekince koyabilmesi ve

bazı yazarlar da çok yüksek miktarlar tutan finansal yük ve büyük bir idari yapı gerektirmesi sebebi ile böyle bir mahkemenin kurulmasını uygulanabilir bulmamaktadır. Bakınız SPAIC, Aneta, "Approaching Uniformity in International Sales Lawthrough Autonomous Interpretation" (2007) Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration 11, s.237, s.239.

¹¹⁰ Linkte 2012 yılında ait kararlar vardır. <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf> (En son 28.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹¹¹ Sitede 2500'ün üzerinde mahkeme kararının tam metni vardır. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caseschedule.html> (En son 28.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹¹² <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13352> (En son 28.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹¹³ CISG'ye göre verilen mahkeme kararlarının çelişkili olduğu konular için bakınız KRÖLL, Stefan, "Selected Problems Concerning The CISG's Scope of Application" (2005-06) Journal Of Law And Commerce Vol. 25, s.39-57, Yayımlanan bu emsal kararların kesinlikle bağlayıcı etkisi yoktur. Bu kararların etkisi hakkında bakınız ANDERSEN, CISG, s.56-60.

¹¹⁴ <http://www.cisgac.com/> (En son 1.9.2012'de ziyaret edilmiştir.)

¹¹⁵ SCHWENZLER, Ingeborg & HACHEM Pascal, s.458.

CISG'nin mahkemeler tarafından yanlış uygulanması sebepleri ile CISG'yi başarısız olarak niteler. Sheaffer'in yapılmasını önerdiği yeni tekbiçim yasa ise şu unsurları içermelidir. Yeni global tek biçim yasa, Amerikan Tekbiçim Ticari Yasası'nı örnek almalıdır. Kuralların nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin resmi görüşler yayımlayan ve boşlukları dolduran bir Uluslararası Danışma Konseyi adı altında bir kurul kurulmalıdır. Yorum yapılırken yalnızca bir dilde metin, İngilizce metin kullanılmalıdır. Son olarak da uygulama da birliği sağlayacak Avrupa Adalet Divanına benzer, uluslararası bir üst mahkeme kurulmalıdır.¹¹⁶ Bu eleştirileri ve önerileri tartışmak, bu çalışmanın sınırları dışındadır. Ancak şu ifade edilmelidir ki, Sheaffer'in önerilerinin gerçekleştirilmesi ve ulusal devletler tarafından kabul edilmesi, günümüz koşullarında zor gözükmektedir. Diğer yandan da bu önerilerin hayata geçirilmesi de tekbiçim bir uygulamayı, maalesef, garanti edemeyecektir.

3) İçerik

Antlaşma dört ana kısımdan oluşmaktadır. İki bölümden oluşan ilk kısmın 1. bölümünde antlaşmanın uygulama alanı belirlenmiştir. 1. Kısımın 2. Bölümünde ise antlaşmanın tamamında uyulması gereken genel hükümler vazedilmiştir. Dürüstlük kuralı, antlaşmanın temelinde yatan ilkelere göre yorumlanması prensibi, tarafların beyanlarının yorumu meselesi, şekil konusu bu bölümde hükme bağlanmıştır.

Koneru'nun antlaşmanın gelecekteki başarısını sağlayacak en önemli madde olarak nitelediği¹¹⁷ 7(1) maddesi en tartışmalı hükümlerden biridir. Maddeye göre, antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının

¹¹⁶ SHEAFFER, Christopher, "The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law" 15 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 461, s.461-484.

¹¹⁷ KONERU, Phanesh, 'The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles' (1997) 6 *MINN. J. GLOBAL TRADE* s.105.

teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir. Madde, antlaşmanın yorumu ilkelerini ortaya koymaktadır. Bunlardan ilki, antlaşmanın kendi özünde yatan uluslararası olma niteliğine göre yorum yapılmasıdır. Ayrıca yorum yapılırken uygulamada birliği sağlayacak şekilde yorum yapılmalıdır. Son olarak antlaşma maddeleri dürüstlük kuralına uygun olarak yorumlanmalıdır. Antlaşma kapsamında dürüstlük kuralının ne olduğu tartışmasına, ulusal hukuklarda yer alan anlamından öte CISG'nin kendi özünde ve uluslararası ticari ilişkilerde söz konusu olabilecek bir dürüstlük kuralı anlaşılmalıdır. Dürüstlük kuralının temel işlevi, antlaşmanın yorumlanması için bir araç olmasıdır.¹¹⁸ Neticede CISG'nin nihai amacı olarak da uluslararası satış işlemleri ile ilgili hukukun mümkün olan en yüksek derecede birleştirilmesini sağlamak olduğu söylenebilir.¹¹⁹ Ancak CISG'nin yorumlanmasında ulusal ilkelere veya kavramlara izin verilirse bu hedef gerçekleştirilemez.¹²⁰

Antlaşmanın 2. kısmı ise tamamen sözleşmenin kurulmasına özgülenmiştir.¹²¹ Bu bölümde öneri, önerinin hüküm ve sonuçlarını doğurması, önerinin geri alınması, kabul, kabul beyanının hüküm ve sonuçları, öneriye davet ve karşı öneri düzenlenmiştir.

Antlaşmanın 'Taşınır Mal Satımı' başlığını taşıyan 3. kısmı ise beş bölümden oluşmaktadır. Bölümler sırası ile genel hükümler, satıcının borçları, alıcının borçları, hasarın geçişi ve satıcının ve alıcının borçlarına ilişkin ortak hükümler başlıklı bölümlerdir.

¹¹⁸ CISG'de dürüstlük kuralının tartışılması için bakınız APAYDIN, Eylem, *Good Faith in International Contracts in the Uniform Laws CISG, UNIDROIT Principles and PECL* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, University of Kent, 2003).

¹¹⁹ COOK, V.S., 'The Need for Uniform Interpretation of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' (1988) 50 U. Pitt. L. Rev. 197, s.261.

¹²⁰ FERRARI, Franco, UNIFORM INTERPRETATION,

¹²¹ Bilgi için bakınız APAYDIN, Eylem, "1980 Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşmasında (CISG) Sözleşmenin Kurulması" (2011) Kocaeli Barosu Dergisi, 2011/1, s.15-34.

Antlaşmanın 3. Kısımının ilk bölümü genel hükümler başlığını taşır ve esaslı ihlal, sözleşmeden dönme, aynen ifa ve sözleşmenin değiştirilmesi düzenlenmiştir. 2. Bölümde ise satıcının borçları düzenlenmiştir. Buna göre satıcı, malların teslimi ve belgelerin verilmesi (1. Ayrım) ve malların sözleşmeye uygun olması (2. Ayrım) yükümlülüğündedir. Sözleşmenin satıcı tarafından ihlali halinde alıcının sahip olduğu hukuki imkanlar 3. Ayrım'da yazılmıştır.

Antlaşmanın 3. Kısımının 3. Bölümünde ise alıcının borçları sayılmıştır. Buna göre alıcı semenin ödenmesi (1. Ayrım) ve malları teslim alma (2. Ayrım) yükümlülüğü altındadır.

3. Ayrımda ise sözleşmenin alıcı tarafından ihlali halinde satıcının sahip olduğu hukuki imkanlar sayılmıştır.

Antlaşmanın 3. Kısımının 4. Bölümünde ise hasarın intikali konusu düzenlenmiştir. Hasarın geçiş anı 67(1) maddesi ile şöyle düzenlenmiştir: Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar; malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa, malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez. Böylece mülkiyetin geçmesinden bağımsız bir hasar geçiş anı öngörülmüştür.

Antlaşmanın 3. Kısımının 5. Bölümünde ise satıcının ve alıcının borçlarına ilişkin ortak hükümler başlığı taşır ve yedi Ayrımdan oluşur.

İlk Ayrımda öne alınmış sözleşmeye aykırılıklar ve art arda teslimli sözleşmeler başlığı altında taraflardan birinin borçlarını ifa etmezse diğer tarafa tanınan haklar sayılmıştır. 2. Ayrımda tazminat, 3. Ayrımda faiz, 4. Ayrımda ise beklenmedik hal ve sorumluluktan kurtulma meseleleri hükme bağlanmıştır. 5. Ayrımda sözleşmeden dönmenin sonuçları belirtilmiştir. 6. Ayrımda alıcının temerrüdü halinde satıcının ve malları reddetmek hakkını kullanmak isteyen alıcı malları teslim almışsa, malların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri almaları gerekir.

Antlaşmanın 4. yani son kısmında ise son hükümler başlığı altında antlaşmanın yürürlüğü ile ilgili hükümler yer almaktadır.

Antlaşmanın içeriği ile ilgili olarak bu noktada altı çizilmesi gereken noktalardan biri, antlaşmanın 4. maddesinde açıkça anıldığı üzere antlaşma, sözleşmelerin geçerliliğini ve satım sözleşmesinin satılan mallar üzerindeki etkilerini, yani mülkiyetin geçişini düzenlememiştir. Bu düzenleme gayet yerindedir. Çünkü çoğu ulusal hukukta sözleşmelerin geçerliliği kamu düzenindedir. Antlaşmanın bu hükümlere aykırı kurallar öngörmesi antlaşmanın uygulanmaması sonucunu doğurabilirdi.¹²² Ulusal hukuklarda mülkiyetin geçişi çok değişik hükümlerle düzenlenmiştir. Örneğin; Fransız hukukunda taşınır mülkiyeti doğrudan yalnızca tarafların anlaşması ile geçerken, Alman hukukunda ve benzer şekilde Türk-İsviçre hukukunda mülkiyet zilyetliğin devri ile geçirilir. CISG bu çetrefilli meseleyi düzenlemeye girişmemiştir. Dolayısı ile sözleşmelerin geçerliliği ve mülkiyetin geçişi, kanunlar ihtilafı gereği uygulanması gereken hukuka göre belirlenecektir.

Bir bütün olarak bakıldığında CISG hiç kuşkusuz ki uluslararası satım sözleşmeleri için çok değerli ve gayet yenilikçi bir normatif rejim sağlamaktadır.¹²³ CISG konusunda son sözleri Schwenzer ve Hachem'e bırakıyoruz: "Her şey hesaba katıldığında CISG'nin hikayesi dünya çapında bir başarıdır. İleri sürülen eleştiriler ya temelsizdir ya da antlaşmanın doğru yorumlanması ile giderilebilir. En önemlisi, CISG'nin başarısı, hukukun birleştirilmesi yönünde çalışmanın, doğru yolda ilerlemek olduğunu göstermiştir."¹²⁴

¹²² Kröll de antlaşmanın maksimum desteği sağlayabilmesi için bu konuların bilinçli bir tercih olarak CISG dışında bırakıldığını söyler (s.39). Bunların dışında açıkça dışarıda bırakılmayan ancak CISG'de düzenlenmemiş bazı meseleler de vardır ki bunlara takas örnek gösterilebilir. KRÖLL, Stefan, s.50 Bir diğeri zamanaşımı meselesi bakınız WILLIAMS Adam, "Limitations on Uniformity in International Sales Law: A Reasoned Argument for the Application of a Standard Limitation Period under the Provisions of the CISG" (2006) Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration 10, s.229.

¹²³ BONNELL, CISG, s.4.

¹²⁴ SCHWENZER, Ingeborg & HACHEM Pascal, s.478. Bu sözler Sheaffer'in yukarıda anılan eleştirilerine de cevap sayılabilir.

VI. European Principles of Contract Law (PECL)

1) Tarih

Her ne kadar bugün eski değerini muhafaza edemese de European Principles of Contract Law (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri- PECL) sözleşme hukukunu birleştirme çabalarını anlattığımız bu eserde yer alması gereken önemli bir çalışmadır. Zira sözleşme hukukunun birleştirilmesi alanında birçok değerli eser veren Zimmermann, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerini, *ius commune* olarak adlandırılan gerçek bir Avrupa geleneğinin modern bir dışavurumu olarak nitelemekte¹²⁵ ve bu ilkelerin *ius communen*in *regula iuris*inin modern bir versiyonu olduğunu söylemektedir.¹²⁶

Amerikan Hukukunda yer alan restatementlerden etkilenen Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, resmi bir statüsü olmayan ve yazında Lando Komisyonu olarak bilinen yirmi üç seçkin hukukçunun oluşturduğu Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanmıştır.¹²⁷ Herhangi bir resmi görevi olmayan bu Komisyon'un hazırladığı metnin bir yürürlük gücü yoktur,¹²⁸ hiç olma-

¹²⁵ ZIMMERMANN, Reinhard, "Ius Commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea1" (PECL) European Contract Law: Scots and South African Perspectives Editörler: Hector L MacQueen ve Reinhard Zimmermann (Edinburgh University Press: Edinburgh, 2006), s.1-43, s.2.

¹²⁶ ZIMMERMANN, Reinhard, (PECL), s.15.

¹²⁷ LANDO, O., & BEALE, H, (eds), Principles of European Contract Law, Parts I and II (2000) (Bundan sonra PECL-I&II); LANDO, O., CLIVE, E., PRÜM, A, & ZIMMERMANN, R., (eds), Principles of European Contract Law, Part III, (2003) Bu Komisyonun nasıl çalışacağını Lando 1977 yılında yazdığı makale ile öngörmüştür. Bakınız LANDO, Ole, "The Contribution of Comparative Law to Law Reform by International Organizations" (Autumn, 1977), The American Journal of Comparative Law, Vol. 25, No. 4 s. 641-657.

¹²⁸ Bu çalışmaların başlangıcındaki fikir Avrupa'da sözleşme hukukunun seçimlik hukuk olarak birleştirilmesidir. Bu konuda bakınız LANDO, Ole, "Optional or Mandatory Europeanisation" (2000) 1 EUR. REV. PRIVATE L. s.59 Ancak bazı yazarlar buna karşı çıkmış ve seçimlik hukuk aracılığı ile

mıştır. Bir grup hukukçu tarafından hazırlanan, ileride kodifiye edilmesi umulan ve Avrupa sözleşme hukuku için temel teşkil etmesi istenen bir çalışmadır. Yani aslında, bu çalışmanın Avrupa Birliği içerisinde, Avrupa Sözleşmeler Hukukuna Dair tüzük veya yönerge olarak yasalaşması umulurdu.¹²⁹ Bu durum gerçekleşmemiştir. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri her ne kadar bir yürürlük gücüne sahip olamamışsa da, Avrupa borçlar hukukunun yapılması projesinin başlangıç noktasını teşkil etmiş ve 2008 ve 2009'da yayımlanan Draft Common Frame of Reference'in (Ortak Referans Çerçevesi Taslağı) I. ve II. kitabı bu ilkeler üzerine bina edilmiştir.¹³⁰

Bu arada belirtmek gerekir ki Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin yayımlandığı sırada benzer amaçla hazırlanmış European Contract Code¹³¹ (Avrupa Sözleşme Kanunu) adını taşıyan bir çalışma da yayımlandı. Merkezi Pavia, İtalya'da olan Avrupa Özel

değil zorunlu uygulanacak hukuk yolu ile Europeanization (Avrupalaştırma)'nın mümkün olduğunu söylemiştir. Bakınız DIMATTEO, Larry A., "Contract Talk: Reviewing the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law" (Summer, 2002) 43 Harvard International Law Journal 569-581, s.579 (Bundan sonra CONTRACT TALK) ve dipnot 47'deki yazarlar. Dimatteo PECL'in Avrupa Sözleşme Hukuku metni olarak yasalaşamayacağını görmüştür.

¹²⁹ AB içerisinde hukukun birleştirilmesinin avantajları ve dezavantajları ve bu konudaki görüşlerin genel bir değerlendirmesi için bakınız Ole Lando, "Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code", European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN (June 1999), Chapter III, 127-136 http://www.jus.uio.no/pace/the_rules_of_european_contract_law.ole_lando/doc.html (En son 12.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹³⁰ JANSEN, Nils & ZIMMERMANN, Reinhard, "Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules" (2011) 31 Oxford Journal of Legal Studies 625, s.627.

¹³¹ Çalışmanın İngilizce metnine <http://www.eurcontrats.eu/site2/docs/EuropeanContr.pdf> adresinden ulaşılabilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

Hukukçular Akademisinde¹³² Giuseppe Gandolfi başkanlığında, İtalya Medeni Kanunu ve İngiltere için hazırlanmış ancak hiçbir zaman yürürlüğe girmemiş Contract Code (Sözleşmeler Kanunu) adlı çalışmanın harmanlanmasından oluşan metin, 2000 yılında yayımlanmıştır. Ancak çalışmadaki bazı hususlar sebebi ile bu metnin yankısı, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri kadar olmamıştır.¹³³

İlkelerin tarihçesini, İlkelerin mimarının kaleminden çıkanlarla özetleyeceğiz: “1974 yılında Kopenhag Business Okulu’nda “AET Sözleşmeden ve Sözleşme Dışı Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Antlaşma Taslağı” konulu bir sempozyum düzenlendi. Bu toplantıda Antlaşma Taslağını hazırlayan grupta çalışanlara yardım eden Dr. Winfred Hauschild’in yanına oturdum. Teklif edilen seçimlik hukuk kurallarının yeterli olmayacağı hususunda hemfikir olduk. Bunlar Avrupa pazarı için gerekli olan hukuk birliğini asla inşa edemezdi. Birleştirici maddi hukuk kuralları gerekliydi. Dr. Hauschild ‘Bir Avrupa Borçlar Kanununa ihtiyacımız var.’ dedi”¹³⁴ Bunlar Avrupa’da sözleşme hukukunun birleştirilmesi gereğinin ilk defa yüksek sesle dile getirilmesi idi. 1976’da toplanan bir başka sempozyumda Lando Avrupa Tekbiçim Ticaret Yasası adını verdiği, hukukun birleştirilmesi çalışması tartışmasını başlattı. Dr.Hauschild’in destekleri ile Avrupa Birliğine üye birçok ülke temsilcinin katılımı ile 1980’den 1995 yılına kadar düzenli olarak tam 22 toplantı yapıldı. Nihayetinde İlkelerin ilk kısmı, ilk olarak 1995 yılında basıldı. İngilizce yapılan ilk baskıyı Fransızca ve Almanca basılar izledi. Bu süreçte Komisyon çalışmalarına devam etti ve 1. kısmın değişiklikleri ve 2. Kısmın İngilizce basımı 1999 yılında

¹³² Akademi resmi websitesi <http://www.academiaiusprivatistieuropei.it/> (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹³³ Bu konuda ayrıntılı karşılaştırma için bakınız ZIMMERMANN, Reinhard, “*Ius Commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea*1” (PECL) European Contract Law: Scots and South African Perspectives Editörler: Hector L MacQueen ve Reinhard Zimmermann (Edinburgh University Press: Edinburgh, 2006) s.1-43, s.2.

¹³⁴ LANDO, O., & BEALE, H, PECL-I&II, s.xi.

başarıldı. Çalışmaları 1997 yılında başlayan 3. Kısımın basılması ise 2003 yılında mümkün oldu.

Bu açıklamalardan görüldüğü gibi PECL kendisine gönül vermiş bilim adamlarının özverili 23 yıllık çalışmasının ürünü, değerli bir metindir.¹³⁵

Lando, PECL gibi bir çalışmayı gerektiren sebepleri eserinde ifade etmektedir. Avrupa içinde sınır aşan ticareti geliştirmek, Avrupa Ortak Pazarını güçlendirmek, sözleşme hukukuna yönelik olarak yapılan Avrupa Birliği yasalarına altyapı oluşturmak, ulusal mahkemeler ve yasa koyucular için bir rehber teşkil etmek ve son olarak common law ve civil law arasında bir köprü inşa etmek gibi gerekler PECL'i ortaya çıkarmıştır.¹³⁶

2) Amaç ve İşlev

PECL'in amaçlarını yine Lando'nun eserinde bulmak mümkündür.¹³⁷ Bunlardan ilki ve belki de en önemlisi gelecekte yapılabilecek bir Avrupa Sözleşme Yasasına¹³⁸ temel teşkil etmektir. Bu amaç PECL çalışmalarının başlamasında en önemli motiftir. Ancak zaman göstermiştir ki PECL Avrupa Birliği tarafından bir tüzük veya yönerge olarak AB müktesebatına dahil edilmeyecektir.

Bunun yanı sıra ikincil bir amaç olarak, farklı ülkelerde yaşayan tarafların sözleşmelerinin tek bir ülke hukukuna tabi olmasındansa, bağımsız ve tarafsız bir hukuk tarafından yönetilmesini istedikle-

¹³⁵ Bu konuda farklı bir yaklaşım ve Hollanda hukuku ile karşılaştırma için bakınız HESSELINK M.W.& de VRIES, G.J.P., Principles of European Contract Law (Kluwer,2001).

¹³⁶ LANDO, O., & BEALE, H, PECL-I&II, s.xxi-xxiii.

¹³⁷ LANDO, O., & BEALE, H, PECL-I&II, s.xxiii-xxiv.

¹³⁸ Lando bir başka makalesinde Avrupa Medeni Yasası terimini kullanmıştır. Bakınız LANDO, Ole, "The Structure and the Salient Features of the Principles of European Contract Law" (2001) *Juridica International* VI, 4-15, s.4 (Bundan sonra FEATURES OF PECL) Lando nitekim aynı makalede başkanlığı C.v.Bar tarafından yürütülen Avrupa Medeni Hukuku Çalışma Grubunun çalışmalarının da PECL çalışmalarının devamı niteliğinde olduğunu belirtmiştir. s.5.

rinde PECL'i uygulanacak hukuk olarak seçip sözleşmelerinin PECL'e tabi olmasını sağlayabilecek olmalarıdır. Böylece aslında yasama metni olarak uygulama gücü bulunmayan PECL, sözleşme özgürlüğünün taraflara tanıdığı yetki ile seçimlik hukuk olarak belirlenip ihtilaflara uygulanabilecektir.

PECL'in bir diğer fonksiyonunu Lando şöyle açıklar: "Taraflar, sözleşmelerinin uluslararası kabul görmüş ilkelere veya hukukun genel ilkelerine tabi tuttıkları zaman, hakemler, Avrupa içerisinde PECL'i bu ilkeler olarak kabul edip uygulayabilir. Yani bir nevi modern *lex mercatoria*."¹³⁹ Böylece tarafların açık irade beyanları ile seçimlik hukuk olarak PECL'i tayin etmeseler de sözleşmelerinden doğan ihtilafların yukarıda sayılan ilkeler çerçevesinde çözülmesini arzu ettiklerinde hakemler PECL'i uygulayabilecektir.

PECL'in bir diğer amacı ise hukukun gelişmesinde bir model teşkil etmesidir. Şöyle ki, hakimler ve hakemler ulusal hukuklarının yetersiz kaldığı noktada PECL'e başvurarak onun önerdiği çözümü somut ihtilaflara uygulayabilir.¹⁴⁰ Ayrıca PECL sözleşme hukukunu reforme etmek isteyen yasa koyucular için de bir modeldir. PECL'in bu işlevini, DCFR ve CESL için ifa ettiğini söylemek mümkündür.

3) İçerik

PECL üç kısımdan oluşmaktadır. 1 ve 2. Kısım toplam dokuz bölümden oluşmaktadır. 1. Bölümde, genel hükümler başlığı altında,

¹³⁹ Bu arada hatırlatmak gerekir ki Lando aynı zamanda UNIDROIT İlkelerini de hazırlayan komisyonda görev yapmıştır. UNIDROIT İlkelerinin de modern *lex mercatoria* olduğu genel kabul görmüş ve tarafların sözleşmelerini hukukun genel ilkelerine tabi tuttıklarında UNIDROIT İlkelerinin bu amaçla kullanılması mümkün kılınmıştır. Lando bir makalesinde CISG, PECL ve UNIDROIT İlkelerini bir troyka olarak nitelemiş ve bu üçlünün modern *lex mercatoriayı* teşkil ettiğini yazmıştır. Bakınız LANDO, Ole, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law" (Spring 2005) 53 American Journal of Comparative Law, 379-401, s.381.

¹⁴⁰ Bu amaca uygun bir tahkim kararı için bakınız *Andersen vs. Andersen*, (1999) 10 AM. REV INT'L ARB. 451.

PECL'in uygulanmasına, emredici nitelik taşımadığına, yorum ilkelerine, temel yükümlükler olarak nitelenen dürüstlük kuralına¹⁴¹ ve işbirliği yapma yükümlülüğüne yer verilmiştir. 2. Bölümde sözleşmenin kurulmasına, öneri ve kabule ilişkin hükümler vardır. 3. Bölümde ise temsil yetkisi düzenlenmiştir. 4. Bölümde ise sözleşmelerin geçerliliği mevzu ve hata, hile, tehdit kavramları hükme bağlanmıştır. 5. Bölümde ise sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin kurallar vaz edilmiştir. 6. ve 7. Bölümlerde akdin muhteviyatı, hükümleri ve ifa konuları düzenlenmiştir. Son olarak 8. ve 9. Bölümlerde ademi ifa, borca aykırılığın sonuçları ve özel olarak borca aykırılıktan doğan haklar yer almaktadır. Toplam sekiz bölümden PECL 3. Kısım ise 1. ve 2. Kısımın devamı niteliğindedir ve bölüm numaraları 10 ile başlamaktadır. 10. Bölümde tarafların çokluğu, 11. Bölümde hakların ve taleplerin devri 12. Bölümde sözleşmenin devri, borcun nakli, 13. Bölümde takas, 14. Bölümde zamanaşımı, 15. Bölümde hukuka aykırılık, 16. Bölümde şart ve son bölümde faizin kapitilize edilmesi konuları düzenlenmiştir.

PECL'in her bir maddesi için kuralın kaynağını nereden aldığı yazılmasının yanı sıra yorumlar ve kuralın nasıl anlaşılması gerektiğine dair açıklamalar hazırlanmıştır. Bu yorumlarda uygulama söz konusu kuralın nasıl uygulanacağını gösteren örnekler ve kısa olaylar yer almaktadır. Kurallar kısa olarak yazılmaya çalışılmış ve ayrıntıya girmekten ziyade genel ilkeleri koymuştur.¹⁴² Görüldüğü üzere PECL klasik bir borçlar hukuku kodifikasyonu gibi sözleşme hukuku ile ilgili bütün konuları içermektedir.

VII. UNIDROIT Principles (PICC)

1) Tarih

Ernst Rabel tarafından 1926'da başlatılan hukukun birleştirilmesi çabalarının en önemli ayaklarından biri olan ve Bonnell

¹⁴¹ Lando, her onurlu kadın ve erkeğin kabul ettiği dürüst davranma ilkesinin PECL'in en önemli özelliklerinden biri olduğu vurgular. Bakınız LANDO, FEATURES OF PECL, s.7-8.

¹⁴² LANDO, FEATURES OF PECL, s.5.

tarafından uluslararası ticaretin özgün bir ürünü olarak nitelendirilen¹⁴³ UNIDROIT Principles (PICC-UNIDROIT İlkeleri)¹⁴⁴ 1926 yılında Milletler Cemiyeti'nin ikincil bir organı olarak kurulmuş; Cemiyet'in feshinden sonra 1940 yılında çok taraflı bir uluslararası antlaşma ile şu anki statüsünü elde etmiş ve an itibarıyla Türkiye'nin de dahil olduğu 63 ülkenin üye olduğu Roma merkezli hükümetlerarası bağımsız bir kuruluş olan The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) tarafından hazırlanmıştır. Rabel'in fikirlerini takip ederek yapılan organizasyon, 1964 Konvansiyonlarının başarısızlığına uğraması sonucu yeni bir tekbiçim yasa yapma çalışmalarına öncülük etmiştir. Bu çalışmanın girişinde bahsedilen UNIDROIT Enstitüsünün tarihi, bir bakıma UNIDROIT İlkelerinin de tarihidir.

İlkeleri hazırlamaya yönelik çalışmalar fiilen 1970 yılında başlamış ve uzun zaman ve emek sonucunda İlkeler ilk olarak 1994 yılında yayımlanmıştır.¹⁴⁵ Bir süre İlkelerin revize edilmesi çalışmalarına başlanmış; 1998'de başlayan bu çalışmalar ise 2004'te yayımlanmıştır.¹⁴⁶ 2006 yılında başlayan çalışmalar da 2010 yılında İlkelerin 3. Edisyon olarak yayımlanmıştır.¹⁴⁷

¹⁴³ BONELL, J. M., "Die UNIDROIT-Prinzipien der internationalen Handelsverträge: Eine neue Lex Mercatoria?", (1996) *ZfRV*, s.152.

¹⁴⁴ İlkelerle ilgili Türkçe referans için bakınız SÜRAL, Ceyda, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri (Güncel, İzmir, 2008) TUZCU, Burcu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkelerinin Uygulama Alanı Ve Özellikle Uluslararası Ticari Tahkimdeki Yeri İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamış Tez, 2006).

¹⁴⁵ İlkelerin 1994 versiyonuna <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf> adresinden erişilebilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁴⁶ İlkelerin 2004 versiyonuna <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf> adresinden erişilebilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) 1994 versiyonu ile 2004 versiyonunun karşılaştırması için bakınız ZIMMERMANN, Reinhard, "THE UNIDROIT Principles Of International Commercial

2) Amaç ve İşlev

UNIDROIT İlkeleri, hükümetlerin doğrudan katılımı olmadan hükümetler arası bağımsız bir kuruluş himayesinde bağımsız hareket eden bir grup hukukçu tarafından hazırlanmıştır. Genel itibariyle UNIDROIT İlkeleri *restatement* tarzında hazırlanmış doğrudan bağlayıcılığı olmayan ilkelere aittir.¹⁴⁸

UNIDROIT İlkelerin amaç ve işlevi İlkelerin Başlangıç kısmında açıkça yazılmıştır: “Bu İlkeler uluslararası ticari sözleşmeler için genel kurallar koymaktadır. Bu İlkeler tarafların sözleşmelerinin bu İlkeler tarafından yönetilmesi hususunda anlaştıkları zaman uygulanacaktır. Bu İlkeler tarafların sözleşmelerinin hukukun genel ilkeleri, *lex mercatoria* veya benzerleri tarafından yönetilmesi hususunda anlaştıkları zaman uygulanabilir. Bu İlkeler taraflar sözleşmelerini yönetmek için herhangi bir hukuk seçmediklerinde de uygulanabilir. Bu İlkeler uluslararası tekbiçim hukuk metinlerinin yorumlanmasında veya tamamlanmasında kullanılabilir. Bu İlkeler ulusal ve uluslararası yasa yapıcılar için bir model teşkil edebilir.”¹⁴⁹

Başlangıç kısmından da açıkça anlaşılacağı üzere UNIDROIT İlkeleri, uluslararası ticari sözleşmelere uygulanacak kurallar öngörmektedir. İlkeler, bu anlamda hangi sözleşmelerin uluslararası nitelik taşıdığını tespit etmeye yönelik kriterler öngörmemiştir. Ancak herhangi bir uluslararasılık unsuru içermeyen yani sözleşmenin bütün unsurlarının yalnızca bir ülke ile sınırlı olduğu sözleşmeler dışında kalan

Contracts 2004 In Comparative Perspective” (UNIDROIT) (2006) 21 Tul. Eur. & Civ. L.F. 1.

¹⁴⁷ İlkelerin 2010 versiyonuna <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> adresinden erişilebilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁴⁸ Bonnel bu iki özelliği avantaj olarak sayar. Bakınız BONELL, Michael Joachim, “Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles ?” (2007) *Uniform Law Review*, 233-245, s.236.

¹⁴⁹ UNIDROIT İlkeleri 2010 s.1.

bütün sözleşmelerin uluslararası olduğu şeklinde çok geniş bir varsayım öngörmüştür.¹⁵⁰

Benzer şekilde İlkeler hangi sözleşmelerin ticari olduğu tartışmasına da girmemiştir. Ancak ticari sözleşme kavramının geniş yorumlanmasını istemiş ve bunun mal ve hizmetlerin değişimine ve arzına yönelik ticari sözleşmelerin yanı sıra yatırım anlaşmaları, imtiyaz sözleşmeleri ve profesyonel hizmet sözleşmeleri gibi diğer ekonomik ilişkilerin de İlkelerin uygulanması bağlamında ticari olduğu varsayımını getirmiştir.¹⁵¹

Taraflar açık iradeleri ile sözleşmelerine yalnızca UNIDROIT İlkelerinin uygulanacağını veya UNIDROIT İlkelerinin kapsamadığı alanlarda bir ülke hukukunun uygulanması ile birlikte UNIDROIT İlkelerinin uygulanacağına karar verebilirler. Buna karar veren tarafların ayrıca tahkim şartına da yer vermeleri UNIDROIT İlkeleri tarafından önerilmektedir.¹⁵² Böylece doğacak ihtilaf, hakem tarafından çözümlenirken UNIDROIT İlkeleri uygulanacaktır.

Tarafların aralarındaki sözleşmeden doğacak ihtilaflara hukukun genel ilkeleri, *lex mercatoria* veya benzer kuralların uygulanmasını öngörmüşlerse meseleye yine UNIDROIT İlkeleri uygulanabilecektir. Hatta tarafların, uygulanacak hukukun tespiti yönündeki susmaları da UNIDROIT İlkelerinin uygulanması sonucunu doğurabilir. Şöyle ki, 1998 ICC Tahkim Kuralları m.17(1) hakem heyetine meselenin çözümünde en uygun gördükleri hukukun uygulanmasına karar vermesine izin vermiştir.¹⁵³ İşte tarafların uygulanacak hukuku seçmedikleri noktada, hakemler isterlerse meseleyi UNIDROIT İlkelerini uygulayarak çözümlenebileceklerdir.¹⁵⁴

¹⁵⁰ UNIDROIT İlkeleri 2010 s.2.

¹⁵¹ UNIDROIT İlkeleri 2010 s.2.

¹⁵² UNIDROIT İlkeleri 2010 s.3.

¹⁵³ Ağustos 2012 itibariyle unilex datadankında UNIDROIT İlkelerinin uygulandığı 294 dava vardır. <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13618&x=1> (En son 28.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁵⁴ UNIDROIT İlkeleri 2010 s.4.

UNIDROIT İlkeleri, uluslararası tekbiçim yasaların ve ulusal yasaların yorumlanmasında ve tamamlanmasında da kullanılabilir. Bu yasaların yorumlanması meselesinde değişik hukuk sistemlerinin tanıdığı çözümlenmeleri araştırmak zorunda kalan hukukçular, UNIDROIT İlkeleri metni ile bu durumu kolaylaştırabilirler.

Zimmerman UNIDROIT İlkelerinin özelliklerini kısaca şöyle açıklar: “İlkelerin yayımlanma şekli hiç şüphesiz Amerikan Restatementlerinden etkilenmiştir. (...) Metnin elden geldiğince anlaşılır olmasının istendiği açıktır. (...) İlkeler taraflara dürüstlük kuralına uygun olarak hareket etmek yükümlülüğü yüklemiş ve bu bağlamda defalarca makul insan ve makullük kavramlarına atıf yapılmıştır. Yayımından itibaren İlkeler ciddi biçimde uluslararası ilgiye mazhar olmuştur. (...) Bu bağlamda ulusal hukuk reformlarını etkilemiştir ve tahkimde artan, ulusal mahkemelerde ise nadiren, bir kullanıma sahiptir. Ancak 1994 İlkeleri sözleşme hukukunun bütün meselelerini kapsamamaktadır. Birçok önemli soru yanıtlanmadan bırakılmıştır ki bu durum bazen İlkelerin pratikte uygulanmasına engel olmuştur.”¹⁵⁵

3) İçerik

UNIDROIT İlkeleri 2010, onbir bölümden oluşmaktadır. Bu bölümlerden ilki genel hükümlerdir. Sözleşme serbestisi, şekil serbestisi, dürüstlük kuralı gibi sözleşme hukukunun temel ilkeleri bu bölümde anılmıştır. İkinci bölümün ilk kısmında sözleşmenin kurulması, öneri, kabul gibi meseleler düzenlenmiştir. İkinci kısmında ise temsil kurumu düzenlenmiştir. Üçüncü bölümde ise geçerlilik, sözleşmenin iptali, hata ve hukuka aykırılık düzenlenmiştir. Dördüncü bölümde sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin ilkeler öngörülmüştür. Beşinci bölümde ise sözleşmenin içeriği, üçüncü kişilerin hakları ve sözleşmelerde koşullar düzenlenmiştir. Altıncı bölüm ise ifa ve ifa gücüne adanmıştır. Yedinci bölümde ise genel olarak borca aykırılıkla ifa etmeme, sözleşmen dönme (bazı

¹⁵⁵ ZIMMERMANN, Reinhard, (UNIDROIT) s.4-5.

durumlarda fesih) ve bunlardan dolayı doğan zararın hesaplaması ve karşılanması düzenlenmiştir. Sekizinci bölümde takas kurumu düzenlenmiş dokuzuncu bölümde ise hakların temlik, borçların nakli ve sözleşmenin devri kurumları hükme bağlanmıştır. Onuncu bölümde ise zamanaşımı düzenlenmiştir. Son bölümde ise borçluların ve alacaklıların birden fazla olması yani müteselsil ve müşterek borçluluk ve alacaklılık ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere UNIDROIT İlkeleri bir ulusal borçlar kanununun genel hükümler¹⁵⁶ olarak adlandırılabilir. Kısımca düzenlemesi beklenen hukuki sorunları hükme bağlamıştır. UNIDROIT İlkeleri Başlangıç kısmında da belirtildiği üzere UNIDROIT İlkeleri CISG'den¹⁵⁷ ve CESL'dan daha geniş olarak sadece uluslararası mal satım sözleşmelerine değil; uluslararası nitelik taşıyan bütün ticari sözleşmelere uygulanacak hükümler ihtiva etmektedir.

Ancak UNIDROIT İlkeleri herhangi bir uluslararası antlaşma niteliği veya model kanun özelliği taşımadığı için ancak tarafların uygulanacak hukuk olarak seçmeleri durumunda, uygulanacak kurallar bütünüdür. Bir uluslararası antlaşma olmadığı için belirli aralıklarla gözden geçirilip nispeten kolayca yenilenme şansına sahiptir.¹⁵⁸ Belki de bu özelliği sebebi ile UNIDROIT İlkeleri uluslararası tahkimde giderek artan bir uygulamaya sahiptir.¹⁵⁹ Hatta

¹⁵⁶ Bonnell İlkeleri tanımlarken "uluslararası sözleşmeler hukukunun genel kısmının yasama yolu ile yapılmayan kodifikasyonu" der. BONELL, Michael Joachim, "Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?" (2007) *Uniform Law Review*, 233-245, s.233.

¹⁵⁷ CISG ve UNIDROIT İlkelerinin genel bir karşılaştırması için bakınız KRONKE, Herbert, "The Un Sales Convention, THE UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond" (2005-06) 25 *Journal of Law and Commerce* 451.

¹⁵⁸ Bonnell UNIDROIT İlkelerinin uygulamada çok yoğun derecede tercih edilir olduğunu yazar. Bakınız BONELL, M.J., *An International Restatement of Contract Law*, 3. Baskı (2005), s.305.

¹⁵⁹ Genel bir değerlendirme için MANIRRUZZAMAN, Abul F.M. "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International

Bonnell, 1994 versiyonunu hazırlayan komisyon başkanı, UNIDROIT İlkelerinin gelecekte Global Ticaret Kanunu olarak kabul edilmesi gerektiğini yazar.¹⁶⁰ Lando bunu bir adım daha ileriye götürür ve "Bazı makalelerimde¹⁶¹ UNIDROIT İlkelerinin şu anki statüsünü bağlayıcı olmayan yumuşak yasa olmaktan çıkarıp mahkemeler üzerinde bağlayıcı olan hukuk kuralları haline getirilmesini önermişim. Böylece onları, özel bir bölümle spesifik sözleşmeleri de düzenleyen, Dünya Uluslararası Ticari Sözleşmeler Kanununa dahil edebileceğiz. Bu özel bölümde taşınır mal satımında CISG kuralları önemli bir unsur olacaktır. Birtakım değişikliklerle, UNIDROIT İlkeleri bu sözleşmelere uygulanmalıdır." diye yazmaktadır. Zaman bize öngörülerin, isteklerin ne kadarının gerçekleşeceğini gösterecektir.

Commercial Arbitration?" (1999) American University International Law Review 14, 3, s.657-734. BERGER, Klaus Peter, "International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" (Winter, 1998) The American Journal of Comparative Law 46, s.129. Ve O'Malley, Nathan & NIEUWVELD, Lisa Bench, "The UNIDROIT Principles: Are They Law?" (2/2007) 11 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration s.299-304 Rusya örneği için KOMAROV, Alexander S., "Reference to the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration Practice in the Russian Federation <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2011-3/657-667-komarov.pdf> (En son 28.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) Almanya örneği için BRÖDERMANN, Eckart, "The Impact of the UNIDROIT Principles on International Contract and Arbitration Practice – the Experience of a German Lawyer"

<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2011-3/589-612-broedermann.pdf> (En son 28.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁶⁰ BONELL, Michael Joachim, "Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles ?" (2007) Uniform Law Review, 233-245, s.244.

¹⁶¹ Bahsi geçen makaleler LANDO, Ole, "A Vision of a Future World Contract Law" (2005) 37 Ucc L.J. Vol. 2, s. 3-46, LANDO Ole, "A Merger of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts" Melanges offerts a Marcel Fontaine içinde, (Essays in Honour of Marcel Fontaine) s.451-472.

VIII. Draft Common Frame of Reference

1) Tarih

Avrupa Birliği içerisinde uzun bir zamandır genel anlamda ortak bir medeni hukuk ve borçlar hukuku yaratma gereği tartışılmıştır. Ancak böyle bir alanda tekbiçim yasa yapma güçlüğü bu zamana kadar ortak bir hukuk yaratılmasına engel olmuştur. Gerçi AB içerisinde tüketici hukukunda yönergelerle bir birlik sağlanmışsa da bunun bütün bir sözleşmeler hukukunu hatta yalnızca satım hukukunu içerdiğini söylemek imkansızdır. Daha önce de belirtildiği gibi 27 AB ülkesinden dört tanesi dışında hepsi CISG'ye taraftır. Eğer AB ülkelerinin hepsi CISG'ye taraf olsa idi, belki de sınır aşan ticari satım hukukunun AB müktesebatı ile birleştirilmesi gereği olmayacaktı.¹⁶² Ancak örneğin, bir Fransız firmasının ihtiyaç duyduğu mallar için bir İngiliz ve bir Alman firması öneride bulunduğu anda hangi ülke hukuku uygulanacaktır? Bu meselede Fransız firması ile Alman firması arasındaki ilişkiye CISG uygulanacaktır. Ancak İngiliz firmasının önerisine Roma Tüzüğü I gereği uygulanacak hukuk, İngiliz hukukudur. İngiliz hukukunda hüküm ve sonuçlarını doğurmuş öneri, kabul beyanı gönderilene kadar geri alınabilmektedir daha doğru bir ifade ile öneriden vazgeçilebilir. Bu durumda diyelim ki Fransız firması, İngiliz firmasının önerisini kabul etmek amacı ile Alman firmasının önerisi reddeder. Bu durumda kabul beyanını gönderilmeden İngiliz firması önerisinden vazgeçebilir. Uygulanacak hukuk, İngiliz hukuku buna cevaz vermektedir. Bu durumda yani bu öneriden vazgeçildiğinde önceden elinde iki tane öneri olan Fransız firmasının elinde kabul edilebilecek hiçbir öneri kalmamıştır.

Avrupa Birliği içerisinde sözleşme hukukunun birleştirilmesi çalışmaları uzun süredir gündemdedir. Öncelikle, Lando Komisyonunun çalışmaları yani PECL bu bağlamda değerlendirilebilir. Yukarıda belirtildiği gibi Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri her ne kadar bir yürürlük gücüne sahip olamamış ise de Avrupa borçlar

¹⁶² Gerçi bu konuda bir diğer çekince de CISG'nin akdin geçerliliği gibi bazı konuları düzenleme dışı bırakması olarak değerlendirilebilir.

hukukunun yapılması projesinin başlangıç noktasını teşkil etmiştir. Giriş kısmında özetlediğimiz üzere, Avrupa Birliği Komisyonu 2001 Temmuz’unda yayımladığı Tebliğle¹⁶³ Birlik içinde sözleşme hukukunun uyumlaştırılması gereğini ortaya koymuştur.¹⁶⁴ 2003 Şubat’ında yayımladığı Eylem Planı¹⁶⁵ ile de bu süreci somut bir yasa yapma ön çalışması sürecine çevirmiştir. Komisyon 2004 Ekim tarihli Tebliğ ile Common Frame of Reference ile ne amaçladığı ve bunun nasıl yapılması gerektiğini ortaya koymuştur.¹⁶⁶ Common Frame of Reference (Ortak Referans Çerçevesi) metnine politik bir taslak hazırlama görevini üstlenen Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu ve AB Özel Hukuku Araştırma Grubu¹⁶⁷ tarafından hazırlanan

¹⁶³ Communication From The Commission To The Council And The European Parliament On European Contract Law Brussels, 11.07.2001 COM(2001) 398 Final http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_en.pdf (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁶⁴ Alpa’nın ortak bir Avrupa sözleşme hukukuna ihtiyaç var mıdır sorusuna yanıtı, uzun bir avantajlar-dezavantajlar listesinden sonra ‘evet vardır’ olmuştur. ALPA, Guido, “The Future of European Contract Law: Some Questions and Some Answers” (2003) Ius Commune Lectures on European Private Law 8 (Maastricht, METRO) Bu uyumlaştırmada masada olan seçenekler ve bunların olası ekonomik sonuçlarının ayrıntılı değerlendirilmesi için bakınız GOMEZ, Fernando & GANUZA, Juan Jose, “How To Build European Private Law: An Economic Analysis Of The Lawmaking And Harmonization Dimensions In European Private Law” (2012) 33 European Journal of Law & Economics 3, s.481-503.

¹⁶⁵ A More Coherent European Contract Law: an Action Plan Brussels, 12.2.2003 COM(2003) 68 Final http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_en.pdf (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁶⁶ Communication From The Commission To The European Parliament And The Council:

European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward Brussels, 11.10.2004 COM(2004) 651 Final http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com2004_en.pdf (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁶⁷ Study Group on a European Civil Code ve the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) DCFR metninde de, DCFR’nin Avrupa Birliği’ne üye ülkelerden hukukçuların 25 yıldan fazla bir ortak emeğinin

Avrupa Medeni Hukuku kitabı olarak nitelenebilecek olan¹⁶⁸ Draft Common Frame of Reference (Ortak Referans Çerçevesi Taslağı) 2008 ve 2009 yıllarında yayımlanmıştır. Bu arada şunu vurgulamak gerekir ki Avrupa sözleşme hukukunu birleştirme çalışmalarının ortaya koyacağı regülasyon Common Frame of Reference adını alacak idi. Bu ilk defa 2003 tarihli eylem planında anılmıştı. DCFR ise CFR olarak yasalaşabilecek olan çalışma metninin, taslağın adıdır.

2) Amaç ve İşlev

DCFR kitabında DCFR'nin üç amacı olduğu belirtilmiştir.¹⁶⁹ Bunlardan birinci ve doğal olarak en önemlisi CFR olarak AB içinde yasalaşacak bir metne modellik teşkil etmektir.¹⁷⁰ Yani politik olarak

sonucu olduğu yazar. Çalışma Grubunu oluşturan hukukçular, tecrübeli bir hukukçu liderliğinde küçük takımlara ayrılmış ve çalışmalarını öyle sürdürmüşlerdir. Çalışma Grubunun çalışma metodu ve üye hukukçular için bakınız DCFR, s.47-53 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁶⁸ DCFR'yi hazırlayan komisyonun başkanı Von Bar DCFR'nin kesinlik Avrupa Medeni Kanunu olmadığını, ne komisyonunun ne de kendisinin böyle bir fikri olduğunu belirtmektedir. von BAR, Christian, "A Common Frame Of Reference For European Private Law--Academic Efforts And Political Realities" (2008) 23 Tul. Eur. & Civ. L.F. 37, s.40, Ancak DCFR'nin düzenlediği konular, özellikle bir takım eşya hukuku konuları da içermesi onun bir Avrupa Medeni Kanunu taslağı olduğu düşüncesini desteklemektedir. Bakınız ZIMMERMANN, Reinhard, "The Present State of European Private Law" (2009) 57 American Journal of Comparative Law, 2, s.479-512.

¹⁶⁹ Bu amaçlardan ilki bu kadar spesifik ifade edilmese de PECL'in amaçlarına özdeştir. DCFR-PECL ilişkisi için bakınız MACQUEEN, Hector L., "The Common Frame of Reference in Europe" (2010) 25 Tulane European and Civil Law Forum s.177 DCFR-UNIDROIT İlkeleri karşılaştırması için bakınız BONELL, Michael Joachim & PELEGGI, Roberta, "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table" (2009) Uniform Law Review Vol. XIV, s.437-554.

¹⁷⁰ DCFR, s.7 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

kabul edilecek CFR, DCFR üzerinde şekillenecek ancak politik gerek ve tercihler sebebi ile farklılaşabilecektir.

Çalışma grubu üyeleri DCFR'nin yalnızca CFR için temel teşkil edecek bir metin değil; bunun da ötesinde bir akademik araştırma çalışması olduğunu vurgulamaktalar ve DCFR'nin CFR ile olan ilişkisinde ne olursa olsun, DCFR'nin tek başına bir çalışma olarak varlığını ve önemini sürdüreceğini belirtirler. İşte bu noktada DCFR'nin ikinci amacı ortaya çıkmakta ki bu da DCFR'nin AB içerisinde özel hukuk bilgisine önemli katkı yapacak olmasıdır. Bu anlamda AB'de değişik hukuk sistemlerinin özel hukuk yaklaşımlarının derlenmesi ile bir karşılaştırmalı hukuk metni olarak hukuk eğitim ve araştırmasına kaynak sağlayacaktır.¹⁷¹

Son olarak, akademik bir metnin de ötesinde ulusal hukuk sistemlerinde karşılaşılan bir özel hukuk meselesinde DCFR'nin sağladığı çözümler bir esinleme teşkil edebilir. Bu yöntemle DCFR Birlik içerisinde bir yasama metni gücü kazanmasa da informal olarak AB ülkelerinin özel hukukunun uyumlaştırılmasına hizmet edebilecektir.¹⁷²

DCFR'nin, esas itibariyle küçük ve orta boy işletmelerin ticari faaliyetlerine destek olacağı belirtilmiştir. Bu, üretilen mallara tüketici güveninin artırılması¹⁷³ ve böylece ortak pazarın daha etkin çalışması ile gerçekleşecektir.¹⁷⁴

¹⁷¹ DCFR, s.7 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁷² DCFR, s.7-9 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁷³ AB Tüketici politikaları genel olarak ortak pazarın etkinliğinin artırılması yaklaşımı ile düzenlenmektedir. Bu bağlamda tüketici güveninin artırılması konusunda bakınız APAYDIN, Deniz Tekin, "Intra-Community Cross-Border E-Commerce: A Consumer Confidence Enhancing Package" (University of Leicester, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2010) Ki ortak Pazar AB'nin en büyük başarılarından biri olarak nitelenmektedir. Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions Brussels, 11.10.2011 COM(2011) 636 final

¹⁷⁴ von BAR, Christian, s.38-39.

DCFR metninin temelinde yatan dört ilke vardır.¹⁷⁵ Bunlar özgürlük, güvenlik, adalet ve etkinlik'tir. Özgürlük, gayet açık olduğu üzere, sözleşmelerle ve tek taraflı borç üstlenmeleri ile ve bunlardan doğan yükümlülüklerle yakından ilgilidir. Güvenlik, adalet ve etkinlik ise tüm alanlarda eşit önemdedir.¹⁷⁶ Şimdi bu ilkelerle ne ifade edilmeye çalışılmaktadır kısaca ondan bahsedelim.

Öncelikle özgürlükle kastedilen kavramlardan birincisi sözleşme özgürlüğüdür. Kişiler, sözleşme yapıp yapmamakta, bu sözleşmenin içeriğinin ne olacağına ve kimle sözleşme yapıp yapmayacağı hususunda özgürdürler. Bu temel ilke DCFR tarafından da tanınmıştır.¹⁷⁷ Bu özgürlük tarafların yapacakları sözleşme ile yalnızca kendilerini borç altına sokabilmesini de ifade eder. DCFR'yi hazırlayan komisyonun başkanı Von Bar bu ilkeyi, sözleşmenin taraflarının, ülke içi veya sınır aşan sözleşmelerde, sözleşme içeriğini kendilerinin belirlenmesine izin verilmiştir sözleri ile teyit eder.¹⁷⁸ DCFR burada iki istisna belirtmiştir ki bunlar temsil kurumu ve üçüncü kişi lehine sözleşmelerdir.¹⁷⁹ Özgürlük ile ilgili bir diğer husus da kamu düzenine ve hukuka aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğudur. Sözleşme özgürlüğü kamu düzeni ve hukuka uygun olmakla sınırlandırılmıştır.¹⁸⁰

Güvenlik kavramı ile de hukuki güvenliğin sağlanması, kişilerin girdiği hukuki ilişkinin muhtemel sonuçları hakkında bilgi sahibi olmaları kastedilmektedir. Sözleşmelerin bağlayıcılığı, çelişkili

¹⁷⁵ Bir borçlar hukuku yasasının temelinde yatmasına inandığım bu ilkeleri burada anmak gereğini duyuyorum.

¹⁷⁶ DCFR, s.60-61 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁷⁷ DCFR, s.62 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁷⁸ von BAR, Christian, s.38.

¹⁷⁹ DCFR, s.64 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁸⁰ DCFR, s.65 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) Sözleşme özgürlüğüne DCFR'ni bakışı için aynı eserin 65-71 sayfalarına bakınız.

davranış yasağı, dürüstlük kuralı ve adil davranma yükümlülüğü bu bağlamda değerlendirilmektedir.¹⁸¹

DCFR adalet ilkesine yaklaşımını şöyle ortaya koyar. “Adalet kavramı tüm DCFR’yi kuşatıp kavrayan ilkedir. Bu ilkenin tanımlanması zor, ölçülmesi imkansız ve sınırları subjektiftir ancak adaletsiz olduğu açık durumlar evrensel olarak hemen ayırt edilir ve yine evrensel olarak nefret edilir.”¹⁸² DCFR’de adaletten şu anlaşılmalıdır: “tehditlerden alıkoyma, kişilerin kendi hukuksuz, dürüst olmayan veya makul olmayan davranışlarından pay çıkarılmasına izin vermeme, kişilerin başkalarının zayıflığından, bahtsızlığından veya saflığından yararlanmasına izin vermeme, çok aşırı isteklerde bulunmama, kişileri kendi davranışlarından ve yarattıkları risklerden dolayı sorumlu tutma.”¹⁸³

DCFR’de etkinlik ilkesinde, iki tür etkinlikten bahsedilmektedir. Bunlardan birincisi, minimum formalite ve usule ilişkin sınırlama anlamına gelen tarafların amaçları için etkinlik ilkesidir. İkincisi ise, daha geniş kamusal amaçlar için etkinlik ilkesi olarak adlandırılan ekonomik zenginliğin artırılması ve bunun için yasal müdahale edilmesine olanak sağlanması ilkesidir.¹⁸⁴

İşte DCFR maddeleri kaleme alınırken bu dört temel ilke ile uyumlu olmasına bakılmıştır. Dolayısı ile temel felsefe olarak DCFR bu dört temel ilkenin yansıttığı liberal, çağdaş ve adil bir yasa metni olma iddiasındadır. Bu ilkelerin izlerini CESL’de de bulmak mümkündür.

¹⁸¹ Geniş bilgi için bakınız DCFR, s.71-84 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁸² DCFR, s.84 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁸³ DCFR, s.84 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız aynı eser, s.84-94.

¹⁸⁴ DCFR, s.94-96 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. (2.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) Pazar etkinliğinin artmasının DFRC’nin olumlu sonuçlarından biri olacağı öngörülmüştür. s.96.

DCFR, literatürde yoğun biçimde eleştirilmiştir.¹⁸⁵ DCFR'nin birçok noktada eksiklik içerdiğini de açıklıkla ifade edilmiştir. Ancak yapılan işin kapsamı nedeni ile de birtakım eksikliklerin olmasının kaçınılmaz olduğu da kabul edilmelidir. DCFR'yi eleştiren yazarlar, görüşlerinin daha iyi bir DCFR için dikkate alınmasını beklemişler¹⁸⁶ fakat bu mümkün olmamıştır. DCFR'ye yapılan eleştirileri Smits'in görüşleri ile kısaca ifade edelim. Birinci eleştiri DCFR'nin halihazırdaki AB müktesebatı ile özellikle tüketici hukuku hakkındaki yasa metinleri ile bağdaşmaz bir nitelik taşımasıdır. İkinci olarak, DCFR'nin açık ve net bir metodolojisinin olmamasıdır. Her ne kadar DCFR'yi yapanlar üye ülkelerin ve yürürlükteki AB hukukunun karşılaştırmalı analizi metodunu seçtiklerini söyleseler de bunun nasıl uygulandığı açıklanmadığı için çok da ikna edici değildir. Son olarak, CFR'nin temel olarak Avrupa ülke hukuklarının ne kadar birbirine benzediğini ve ortak bir Avrupa mirasını ortaya koyacağı şeklindeki yaklaşım yanlıştır. Zira ortak metin değişik ülkelerde değişik yorumlanacaktır.¹⁸⁷ Yazarın itirazlarını, her ne kadar anmak gerekli ise de, tartışmak şu aşamada yani DCFR'nin rafa kalkmasından sonra çok anlamlı değildir.

3) İçerik

DCFR tam on kitaptan oluşan büyük bir borçlar kanunu, hatta bizce daha doğru bir ifade ile, bir medeni kanun gibidir. Metin, yasal

¹⁸⁵ DCFR hakkında eleştirel bir değerlendirme için bakınız ANTONIOLLI, Luisa, & FIORENTINI, Francesca, "A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference by the Common Core Evaluating Group-Draft -" http://www.sellier.de/pages/en/buecher_s_elp/europarecht/702.cc.htm adresinden erişilebilir. (En son 12.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) Ayrıca ZIMMERMANN, Reinhard, "The Present State of European Private Law" (2009) 57 American Journal of Comparative Law, 2, s.479-512,

¹⁸⁶ ANTONIOLLI, Luisa & FIORENTINI, Francesca & GORDLEY, James, "A Case-Based Assessment Of The Draft Common Frame Of Reference" (Spring 2010) 58 American Journal of Comparative Law 343.

¹⁸⁷ SMITS, Jan M., "The Draft Common Frame of Reference (DCFR) for a European Private Law: Fit for Purpose?" (2008) Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJECL) s.145-148.

uygulama gücünden mahrum olduğu için bu kitaplarda yer alan düzenlemeleri ayrıntılı olarak değil kısaca bahsederek geçeceğiz.

Toplam on maddeden ibaret, Genel Hükümler başlıklı 1. Kitap; uygulama alanı, dürüstlük kuralı, makullük kavramlarından ve bazı tanımlamalardan oluşur.

Sözleşmeler ve Diğer Hukuki İşlemler başlığını taşıyan 2. Kitap, toplam dokuz bölümden oluşur. Burada bölüm başlıklarını yazmakla yetineceğiz: 1. Bölüm Genel Hükümler, 2. Bölüm Ayrımcılık Yapılmaması, 3. Bölüm Pazarlama ve Sözleşme Öncesi Yükümlülükler, 4. Bölüm sözleşmenin kurulması, 5. Bölüm Geri Alma Hakkı, 6. Bölüm Temsil, 7. Bölüm Geçersizlik Sebepleri, 8. Bölüm Yorum, 9. Bölüm Sözleşmenin Muhteviyatı ve Hükümleri.

Borçlar ve Karşılık Gelen Haklar başlığını taşıyan 3. Kitap ise toplam yedi bölümden oluşmaktadır. Bu kitapta genel hükümlerin yer aldığı 1. Bölümü, İfa başlığını taşıyan 2. Bölüm takip eder. Sonra sırası ile, ademi ifa durumunda haklar, borçluların ve alacaklıların birden fazla olması, taraf değişikliği, takas ve birleşme ve son olarak zamanaşımı başlığını taşıyan bölümler gelir.

Spesifik Sözleşmeler ve Onlardan Doğan Haklar ve Borçlar başlıklı 4. Kitap önce kısımlara, sonra bölümlere ayrılarak önceki kitaplardan metot olarak ayrılmıştır. Bölüm ayrıntıların girmeden belirtelim ki bu kitap, her biri bir sözleşmeye ayrılmış sekiz kısımdan oluşmaktadır. Bu sözleşmeler Kısım A Satış, Kısım B Kiralama, Kısım C Hizmetler, Kısım D Vekalet Sözleşmesi, Kısım E Ticari Acentelik, Franchising ve Distribütörlük, Kısım F Ödünç Sözleşmeleri, Kısım G Kişisel Garantiler ve son olarak Kısım H Bağış'tır.

Başkasının İşlerine Yardımsever Müdahale başlığını taşıyan 5. Kitapta esas itibarıyla üçüncü kişi yararına sözleşme ve üçüncü kişinin fiilini ifa kurumlarını düzenlemiştir.

Başkasına Zarar Vermekten Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluk başlıklı 6. Kitap, DCFR'de haksız fiilin düzenlendiği kitaptır. Bu kitapta haksız fiilin unsurları, hukuken bağlantılı zarar, sorumlu tutulabilme, illiyet, defiler ve haksız fiilden doğan haklar yer almaktadır.

Toplam yedi bölümden oluşan 7. Kitap, Sebepsiz Zenginleşme kurumunu düzenlemektedir.

Yine toplam yedi bölümden oluşan 8. Kitap, Malların Mülkiyetinin Kazanılması ve Kaybedilmesi başlığını taşır. Bu kitap ile birlikte DCFR klasik bir borçlar kanununun sınırlarını aşmış ve eşya hukukunda dair meseleleri de düzenleyerek bir medeni kanun vasfını kazanmıştır. DCFR bu kitap ile önce mülkiyetin devri konusunu, sonra sırası ile iyiniyetle mülkiyetin kazanılmasını, zamanaşımı (devam eden zilyetlikle) ile mülkiyetin kazanılması, birleşme ve karışma ile mülkiyetin kazanılması ve mülkiyetin ve zilyetliğin korunması meseleleri düzenlenmiştir.

DCFR 9. Kitapta taşınır mallar üzerindeki rehin hakları düzenlenmiştir. Son kitap olan 10. Kitapta ise common law'un en kendine has hukuki ürünü olan ve Kıta Avrupası'nda bu anlamı ile tanınmayan ve inançlı işlem ile tanınmaya çalışan ve bu yönü ile Türk hukukuna da yabancı olan trust kurumu düzenlenmiştir.¹⁸⁸ DCFR'de de İngiliz hukukundaki trust model olarak alınmış ancak İngiliz hukukunda yer almayan bazı unsurlara da yer vererek kendine özgü bir trust yaratılmıştır.¹⁸⁹

Yazarlarca, DCFR hakkında verilen kesin hüküm olumsuzdur. Metin birçok yapısal eksiklik ve yanlışlık içermektedir. Bu taslağın CFR olarak yasalaşması mümkün görülmemiştir.¹⁹⁰ Açıkça konuş-

¹⁸⁸ İngiliz hukukunda birlikte mülkiyete uygulanan trust ile bunun Türk hukukunda uygulanabilir olup olmadığının tartışması için bakınız Bu konuda bakınız APAYDIN, Eylem, *The Problematic Structure of Management of Co-Owned Properties in Turkish Law and Pursuance of Solutions*, (Cambridge Scholars Publishing: Newcastle, 2011).

¹⁸⁹ Braun böyle bir trustın başarılı olamayacağını ifade etmiştir. Braun'a göre 10. Kitap baştan sona yeniden yazılmalıdır. BRAUN, Alexandra, "Trusts In The Draft Common Frame Of Reference: The "Best Solution" For Europe?" (2011) 70 *Cambridge Law Journal* 2, s.327-352.

¹⁹⁰ Bu ifadeleler DCFR'nin sert bir eleştirisi için bakınız EIDENMULLER, Horst & FAUST, Florian & GRIGOLEIT, Hans Christoph & JANSEN, Nils & WAGNER, Gerhard & ZIMMERMANN, Reinhard, "The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems" (2008) *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 28, No. 4 s.659-708.

mak gerekirse, bütün bu konuları düzenleyen bir taslağın neredeyse tam bir medeni kanunun bu hali ile AB içerisinde yasalaşmasını ummak tatlı bir hayalden öteye geçemezdi. Özellikle mülkiyet konusuna girişmesi ve halen yoğun biçimde tartışılan trust konusunu düzenlemesi bu tatlı hayalden çabuk uyanılmasını sağlamıştır. AB, ortak bir medeni kanunun tüm üye ülkelerde meri olması arzusunu ötelemiş;¹⁹¹ bu zamana kadar tüketici sözleşmelerinde yaptıklarını bir nebze genişleterek AB içerisinde satış sözleşmesini tekbiçim yasa ile düzenlemeye karar vermiştir. İşte bu amaçla, Ekim 2011’de, köklerini DCFR’de bulan CESL AB Parlamentosu’na sunulmuştur.¹⁹²

IX. Common European Sales Law

1) Tarih

DCFR tarihini görevini yapmış, Common European Sales Law’a (Ortak Avrupa Satım Hukuku-CESL)¹⁹³ kaynaklık etmiş ve meraklı araştırmacıları oyalamak için kütüphanelerdeki yerini almıştır.

AB Komisyonu 11 Ekim 2011’de yayımladığı basın duyurusu ile AB içerisinde yeni bir ortak satım hukukunun müjdesini vermiş-

¹⁹¹ “DCFR akademik tartışmalar için yararlı olabilir ancak Avrupa sözleşme hukuku kurallarının işlevini görmesi mümkün değildir. Sözleşme hukukundan ziyade borçlar hukukuna dair kısımlar içermesi, hukuk politikası, kültür politikası ve politik sebeplerle, DCFR’yi daha az kabul edilebilir kılmıştır. Gelecekte yapılacak iş, eldeki malzemeyi ve taslağı kullanarak Avrupa sözleşme hukuku kuralları taslağını hazırlamayı amaçlamalıdır.” SCHULZE, Reiner & WILHELMSSON, Thomas “From the Draft of Common Frame of Reference towards European Contract Law” (2008) 4 European Review of Contract Law 2, 154-168, s.154.

¹⁹² Mátyás DCFR’yi değerlendirdiği makalesinde DCFR’nin eksikleri ve yanlışlıkları olmasına rağmen ona temellenen bir tekbiçim hukukun, bu hatalar düzeltildikten sonra mümkün olacağına inandığını ve bunun Avrupa ekonomisinde yer alan her aktöre, dolayısıyla tüketicilere ve ortak pazara yarar sağlayacağını öngörür. Bakınız MÁTYÁS, Imre, “Current Issues In The Unification Of European Contract Law” (2008) European Integration Studies, Miskolc Volume 6. Number 1. s.63-73.

¹⁹³ COM(2011) 635 final. 2011/0284 (COD) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>

tir. “AB Komisyonu tüketici seçeneklerini arttırmak ve ticareti geliştirmek için seçimlik Ortak Avrupa Satım Hukukunu teklif eder” başlıklı bülten, Ortak Pazar başarısına rağmen sınır aşan ticaret önündeki engellerin devam ettiğini, bu engellerin çoğunun üye 27 ülkenin farklı satım hukuku olmasından kaynaklandığını, bu hukukların yurtdışına satışları, özellikle küçük firmalar için, karmaşık ve masraflı hale getirdiğini, AB içerisinde, tacirlerin sözleşme hukukundan kaynaklanan engeller yüzünden vazgeçtiği, sınır aşan işlemlerin 26 milyon Euro tuttuğunu ve bu arada 500 milyon tüketicinin daha fazla seçenekten ve daha düşük fiyatlardan mahrum kaldığını vurgulamaktadır.¹⁹⁴ İşte bu bariyerlerin kaldırılması ve tüketicilere daha fazla seçenek sunmak ve daha fazla koruma sağlayabilmek amacı ile seçimlik hukuk olarak CESL hazırlanmıştır. CESL tüm 27 AB ülkesi içerisinde uygulanacak tekçim bir yasa olarak ticareti kolaylaştıracaktır.

Basın duyurusu CESL’in avantajlarını şöyle sıralar: Şirketler için avantajları (i) CESL seçimlik olmasına rağmen tüm 27 ülke için aynı nitelikte tek ortak bir sözleşme hukuku rejimi sağlamaktadır. Bu sebeple tacirler birden fazla ulusal hukuk ile uğraşmaktan kurtulacaklardır. Eurometer rakamlarına göre Avrupa şirketlerinin %71’nin, diğer AB ülkelerinde yaşayan tüketicilerle akdedecekleri sınır aşan satış sözleşmelerinde tekbiçim Avrupa sözleşme yasasını kullanmayı tercih edecekleri saptanmıştır. (ii) sınır aşan ticaret yapmak isteyen şirketler için masrafların azalmasını sağlayacaktır.¹⁹⁵ Basın duyuru-

¹⁹⁴ “European Commission proposes an optional Common European Sales Law to boost trade and expand consumer choice” Brussels, 11 October 2011 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF> (En son 19.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) Bu duyuru Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions Brussels, 11.10.2011 COM(2011) 636 final tebliğinden özetlenmiştir.

¹⁹⁵ Uyumlaştırma ile masraflar arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi için bakınız SMITS, Jan M. “Introduction to Special Issue: Harmonisation Of

suna göre başka bir ülke hukuku ile ilgili bir hukuki sorunda avukata danışma masrafları ortalama yaklaşık 10000 Euro tutmaktadır. (iii) küçük ve orta boy şirketlerin yeni pazarlara açılmasına yardım edecektir. An itibariyle AB şirketlerinin yalnızca %9.3'ü sınır aşan ticaret faaliyetlerinde bulunmaktadır.

Basın duyurusu tüketici için avantajları ise şöyle sıralar: (i) tüm üye ülkeler için geçerli daha yüksek dereceli tüketici korunması sağlayacaktır. (ii) tüketicilere daha fazla ürün seçeneği ve düşük fiyatlar sunulacaktır. (iii) tüketicilerin hakları konusunda hukuki güvenlik sağlayacaktır. (iv) CESL şeffaflığı ve tüketici güvenini artıracaktır.

Peki CISG varken CESL'e gerek var mıdır? Bu soruya aslında DCFR'yi anlatırken kısmen değinmiştik. Ancak bu noktada CESL özelinde Korne'tin bu soruya yanıt verirken öne sürdüğü üç gerekçe ile 'evet gerek vardır' diyeceğiz. Kısaca açıklarsak, öncelikle 27 AB ülkesinden 23 tanesi CISG'ye taraftır ki bu durumda CISG'nin AB ülkeleri için ortak bir metin olduğundan bahsedemeyiz. İkinci olarak CISG sözleşme hukuku ile ilgili akdin geçerliliği, irade sakatlıkları, akdin mülkiyete etkisi gibi önemli bazı konuları düzenleme dışı bırakmıştır ki bu durum hukukunu birleştirmek isteyen AB için pek cazip görülmemiştir. Korne'tin ileri sürdüğü son husus ise CISG'nin halen uygulamada birliği sağlayamamış olmasıdır.¹⁹⁶ Bu sebepler AB için yeni bir tekbiçim yasayı zorunlu kılmıştır. Bu noktalara şu da eklenebilir. CISG yalnızca ticari satımlara uygulanan tüketici satımlarını kapsam dışı bırakan bir düzenlemeyken, AB'nin ihtiyacı olan temelde tüketici satımlarını birleştiren bir tekbiçim yasadır. Tüketici satımlarının CESL'in odak noktası olduğu birçok yerde vurgulanmıştır.

Contract Law: An Economic and Behavioural Perspective" (2012) European Journal of Law & Economics 33(3), s.473-480.

¹⁹⁶ KORNET, Nicole, "The Common European Sales Law And The CISG Complicating Or Simplifying The Legal Environment?" Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/4 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2012310 (En son 15.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) s.10-14.

2) Amaç ve İşlev

CESL teklifinde genel amacın sınır aşan ticaretin ve tüketiciler için sınır aşan alımların genişletilmesi yolu ile ortak pazarın kuruluşunu ve işleyişini geliştirmek olduğu açıklanmıştır. Bu amaç ise ancak tek başına meseleleri halledecek bir ortak tekbiçim sözleşme hukuku yaratmakla mümkün olacaktır.¹⁹⁷ Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere CESL her ne kadar tüketici veya ticari iş ayrımı yapmadan tüm sınır aşan satış sözleşmelerine uygulanacak biçimde dizayn edilmişse de metnin asıl odak noktasını tüketici satışları oluşturmaktadır. AB'nin AB müktesebatında tüketici satışlarına gösterdiği önem açıktır. Ayrıntıya girmenin mümkün olmadığını ifade ederek belirtelim ki AB müktesebatında tüketici hukukunu düzenleyen 14 yasama belgesi mevcuttur. Bunlar AB içerisinde tüketici mevzuatını uyumlaştırma adına yapılan faaliyetlerdir. Uzun süreden beri tartışılan, tüm tüketici hukuku mevzuatını tek bir tüzük veya yönerge ile düzenleme fikri CESL ile hayata geçmiş olacaktır. Hatta daha da öteye giderek bütün satış sözleşmelerine uygulanacak ortak bir hukuk yaratılmış olacaktır. Teklifin Açıklayıcı Notları incelendiğinde metnin tüketiciye verdiği önem açıkça fark edilecektir. Artık her bir üye ülke hukukunda tüketicinin korunması için öngörülen emredici kuralları aramaya gerek kalmamıştır. Zira CESL tüm AB içerisinde tüketicilere yüksek seviyede koruma öngördüğü iddiasındadır.¹⁹⁸ Açıklayıcı Notlar'da dikkat çeken bir diğer husus ise küçük ve orta boy işletmelere verilen önemdir. Bir bakışla, CESL küçük ve orta boy işletmeleri, sınır aşan ticari işlere teşvik ederek ortak pazarın etkinliğinin artırılması arzulanmaktadır. Böylece iki taraflı işleyen ancak ortak pazarın gelişmesini sağlayan ortak tekbiçim bir satım hukuku yaratılmış olacaktır.

CESL teklifi bir seçimlik hukuk olarak ve tüzük olarak teklif edilmiştir. Bunun iki temel sonucu vardır. Birinci CESL'in yasalaşması ile birlikte üye ülkelerin herhangi bir yasama faaliyeti yapma-

¹⁹⁷ COM(2011) 635 final. 2011/0284 (COD) Açıklayıcı Notlar s.4.

¹⁹⁸ COM(2011) 635 final. 2011/0284 (COD) Açıklayıcı Notlar s.4.

dan iç hukuklarında doğrudan etki gösterecek olmasıdır.¹⁹⁹ İkincisi ise CESL ancak tarafların iradeleri ve açıkça anlaşmaları üzerine uygulanacaktır. Ancak uygulama gücü yaratmaması, tarafların hakları ve borçları arasındaki dengeyi bozmaması ve tüketicinin korunmasını olumsuz etkilememesi için CESL'in kısmen uygulanması kararlaştırılmayacak, ya tamamen uygulanacak ya da hiç uygulanamayacaktır.²⁰⁰ Böylece AB üyesi her ülkenin kendi iç hukuklarında var olan satım hukuku ve CESL olmak üzere satım hukukunu düzenleyen iki temel belgesi olacaktır. İşte bu noktada bir öngörü gözlemlenmektedir. Eğer, CESL başarılı sonuçlar doğurursa ve popüler olursa üye ülkeler iç hukuklarını CESL'e göre yeniden yapılandırabilir ki böylece CESL'in birleştirici etkisinden de bahsedilebilir.²⁰¹

CESL'in uygulanmasında bazı hususlar dikkati çekmektedir. Özetle bunları anmamız gerekir. CESL esas itibariyle ancak sınır aşan sözleşmelere uygulanacaktır. Ancak üye ülkeler dilerlerse CESL'in ülke içi sözleşmelere uygulanmasına karar verebilecektir. CESL yalnızca satış sözleşmelerine ve dijital içerik sağlamaya ilişkin sözleşmelere uygulanacaktır. Başka tip sözleşmelere uygulanamayacaktır. CESL tüketici satımlarında olduğu gibi tacirler arasında akdedilecek satış sözleşmelerine de uygulanabilecektir. AB ülkelerinde yerleşik kişiler, AB dışında kişilerle yapacakları sözleşmelerde de CESL'i kullanabileceklerdir. Tabii burada uygulanacak hukuk olarak CESL'in seçimi gerekmektedir.

CESL'e yöneltilebilecek en büyük eleştiri, hukuku birleştirmek iddiasındaki bu metnin, her ne kadar tüzük ile yapılması planlansa

¹⁹⁹ Bu durumun değerlendirilmesi için bakınız SMITS, Jan M., "The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice" (CESL) Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/11 April 2012 [Http://Ssrn.Com/Abstract=2039345](http://Ssrn.Com/Abstract=2039345) (En son 15.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) s.5.

²⁰⁰ COM(2011) 635 final. 2011/0284 (COD) Açıklayıcı Notlar s.19.

²⁰¹ KORNET, s.10. Aynı fikirde olan Smits küçük meblağlı taleplere uygulanan usulün Almanya ve Polonya usul kanunlarına eklendiğini ve bunun CESL için de umulabileceğini ifade eder. SMITS, CESL, s.7.

da, seçimlik hukuk olarak vazedilmesidir. Bu durum metnin anılan amacı gerçekleştirmede başarıya ulaşması hususunda tereddütler yaratmıştır.

CESL Açıklayıcı Notlar, DCFR'ye benzer şekilde CESL'e egemen birtakım ilkeler belirlemiştir. Bunlardan birincisi ve en önemlisi CESL'in temelinde yatan ana ilke sözleşme özgürlüğüdür. Tarafların özgürlüğü ancak tüketicinin korunmasının elzem kıldığı durumlarda sınırlanabilecektir. Tarafların haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralı ve adil davranma yükümlülüğüne uygun davranması gerektiği CESL'e egemen ilkelerden bir diğeridir. Ayrıca CESL tarafların meşru çıkarlarına uygun olduğu sürece sözleşmenin ayakta kalmasına taraftardır. AB Adalet Divanı ve ulusal mahkemelerin CESL'e göre verdiği kararların da düzenli olarak yayınlaması sağlanarak hukuki güvenliğin artırılması sağlanacaktır. Tüm bu ilkeler bir yüce amaca yöneliktir ki o da ortak pazarın düzgün işleyişine hizmet etmektir.²⁰²

CESL'in eleştiri oklarına hedef olması da gecikmemiştir.²⁰³

Hertzell & Macqueen bu eleştirileri kısaca listelemiştir. Görüşlerine göre, öncelikle 186 madde içeren CESL gereğinden çok fazla uzun ve karmaşıktır. CESL'i kullanması beklenen tacirlerin, küçük ve orta boy işletmelerin ve tüketicilerin ihtiyacına uygun değildir. İkinci olarak CESL tüketiciye bilgi sağlamak ile sözleşmelerin ulusal dilde

²⁰² COM(2011) 635 final. 2011/0284 (COD) Açıklayıcı Notlar s.19-21.

²⁰³ Bu noktada anmak gerekir ki İngiltere Adalet Bakanlığı 10 Şubat 2011'de yayımladığı bildiri ile AB Komisyonu'nun sözleşme hukukunun birleştirilmesine ilişkin teklifini uygunsuz ve gereksiz olarak nitelemiş ve AB'nin bunu yapmaya yetkisinin olup olmadığını bile şüpheli olduğunu ifade etmiştir. Bildiri özetine <http://www.out-law.com/page-11774> adresinden erişilebilir. (En son 19.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.) İngiliz hukukunda CESL'e ilişkin kaygılar için bakınız SMITH, Leigh "The European Commission's Draft Common Europeansales Law" (February, 2012) 15 Journal of Internet Law 8, s.16. Smith'e göre CESL'e her AB üyesinden destek gelmeyecektir. s.18. Ayrıca bakınız THOMAS, David&CHAMBERS, Keating, "Proposals for a Harmonised European Sales Contract Law: The EU's 'Optional Instrument" (March, 2012) 7 Construction Law International 1, s.35 CESL'in yasalaşma sürecinin sancılı geçeceği aşikardır.

yapılmasına ilişkin ulusal kanunlar arasındaki çelişkiyi çözümlenmemiştir. Bu durum sözleşmelerin ilgili dile çevrilmesi masrafını doğurmaktadır. Üçüncüsü, tüketiciye tanınan sözleşmeden dönme hakkı çok uzun zaman içermektedir. İş çevreleri bu hükmün kabul edilmesine karşı çıkacaktır. Dördüncü unsur, metnin kesinlikten uzak, farklı yorumlara yol açacak nitelikte olmasıdır. Nihayet sonuncusu CESL ve iç hukukun aynı anda yürürlükte olmasının hukuki güvenliği etkileyebilecek nitelikte olmasıdır.²⁰⁴ Öne sürülen gerekçelerin CESL'in uygulanmasını çok ciddi biçimde olumsuz olarak nitelenecek için kafi gelmeyeceğini düşünüyoruz. Gerçi tüm çalışma boyunca görüldüğü üzere herkesi tatmin edebilmiş bir tekbiçim yasa henüz var değildir. Her metin gibi CESL de bu eleştirilere muhatap olacaktır. CESL, yasalaşabilirse, uygulaması ile bu eleştirilerin haklılığını veya haksızlığını ortaya koyacaktır.

3) İçerik

CESL 186 maddeden oluşan bir borçlar kanununun satım sözleşmesini kapsayan (diğer sözleşme tiplerini dışlayan) sözleşme hukuku kısmı gibidir. CESL tam on sekiz bölüm içeren sekiz kısımdan oluşmaktadır. Her bir bölümün neyi düzenlediğinden bahsetmek bu çalışmanın sınırlarının üstündedir. Sadece bölüm başlıklarını anacak genel hatları ile CESL'in neyi düzenlediğini anlatmak istiyoruz.

CESL, Başlangıç Hükümleri başlıklı 1.Kısımda yer alan Genel İlkeler ve Uygulama bölümünde sözleşme özgürlüğünün, dürüstlük kuralı ve adil davranma yükümlülüğünün, işbirliği yapma yükümlülüğü, makullük ilkesinin, şekil serbestisi gibi bir borçlar kanununun felsefesini ortaya koyan genel hükümleri içermektedir.

2. Kısım 'Bağlayıcı Sözleşmenin Yapılması' başlığını taşır ve dört bölümden oluşur. CESL, 2. Bölüm Sözleşme Öncesi Bilgisi

²⁰⁴ HERTZELL, David & MACQUEEN, "Hector The proposal for a Common European Sales Law: some fundamental questions" <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201203/20120307ATT40131/20120307ATT40131EN.pdf> (En son 15.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

başlığını taşır ve sözleşme öncesi tarafların birbirlerine bilgi verme yükümlüğünü öngörür. 3. Bölüm sözleşmenin kurulmasını düzenlemiştir. 4. Bölüm tüketicilere tanınan uzaktan satışlarda ve kapıdan satışlarda sözleşmeden dönme hakkını düzenler. 5. Bölüm ise hata, hile, tehdit gibi irade beyanı sakatlıklarına hasredilmiştir.

3. Kısım Sözleşme İçeriğinin Tespiti başlığını taşır ve üç bölümden oluşur. 6. Bölüm sözleşmenin yorumlanması ilkeleri, 7. Bölüm sözleşmenin muhteviyatı ve sonuçları, 8. Bölüm ise adil olmayan sözleşme hükümlerini içerir.

Tarafların Bir Satış Sözleşmesinden veya Dijital İçerik Sağlamaya İlişkin Sözleşmeden Doğan Borçları ve Hakları başlıklı 4.Kısım CESL'in kapsamlı kısmıdır. Toplam altı bölümden oluşmaktadır. Genel Hükümler başlıklı 9. Bölüm, genel hatları ile borçları ifa etmemeyi düzenler. 10. Bölüm satıcının borçlarını, 11. Bölüm alıcının haklarını içermektedir. 12. Bölüm alıcının borçlarını, 13. Bölüm ise satıcının haklarını düzenler. 14. Bölüm ise tüketici satımını ve ticari işi birbirinden ayırarak hasarın geçişini hükme bağlamaktadır.

5. Kısım Bağlı Hizmet Sözleşmesinde Tarafların Hakları ve Borçları başlığını taşır ve içerdiği tek bölüm olan 15. Bölümde bir hizmet sunulmasını içeren tüketici sözleşmelerinde tarafların hakları ve borçları düzenlenmiştir.

Yine tek bölümden oluşan Zarar ve Faiz başlıklı 6. Kısım, zarar kavramını ve faiz meselesini düzenlemiştir. Bir başka tek bölümlü 7. Kısım, Alınanların Geri Verilmesi başlığını taşır ve sözleşmeden dönülmesi veya sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda tarafların aldıklarının nasıl iade edileceği düzenler.

CESL'in son kısmı olan, Zamanaşımı başlıklı 8. Kısım da yine tek bölümlüdür. 18. Bölüm de Zamanaşımı başlığını taşır ve adından da anlaşılacağı üzere zamanaşımı meselesini düzenler.

X. OHADA

1) Tarih

1993 yılında Port Louis'de imzalanan ve 2008'de Quebec'te revize edilen uluslararası bir antlaşma ile kurulan Organization Pour

L'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (Afrika Ticaret Hukukunun Uyumlaştırılması Organizasyonu-The Organization for the Harmonization of Business Laws in Africa -OHADA) ²⁰⁵ üye devletler arasındaki hukuki ve yargısal güvensizliği ele almak amacını gütmektedir. An itibarıyla, genellikle Orta Afrika'da yer alan 17 devletin üye olduğu Organizasyon, Afrika'da özel hukukun birleştirilmesi yönünde faaliyet göstermektedir.²⁰⁶ OHADA hazırladığı dokuz Tekbiçim Yasa ile Afrika'da üye ülkeler için ticaret ve borçlar hukuku alanını birleştirmiştir.²⁰⁷ Yapılan tekbiçim yasalar ulusal yasaların yerini almış ve gerçek anlamda bir hukukun birleştirilmesi sağlanmıştır. Bu bağlamda, 1.Adalet ve Tahkim Ortak Mahkemeleri Muhakemeleri Tekbiçim Yasası 2. Genel Ticaret Hukuku Tekbiçim Yasası 3.Ticari Şirketler ve Ekonomik Çıkar Grupları Tekbiçim Yasası 4. Teminatlar Hukuku Tekbiçim Yasası 5. Basitleştirilmiş Usuller ve İcra Araçları Tekbiçim Yasası 6. Borç Silmek İçin Toplu İşlemler Tekbiçim Yasası 7. Tahkim Hukuku Tekbiçim Yasası, 8. Ticari Muhasebe Tekbiçim Yasası, 9.Karayolu Taşıma Sözleşmeleri Tekbiçim Yasası yapılmıştır. Son olarak, Sözleşme Hukukuna Dair Tekbiçim Yasa tasarısı hazırlanmıştır.

Bu çalışmada kısaca Genel Ticaret Hukuku Tekbiçim Yasası'nın 8. Kitabı olan Ticari Satışlar başlıklı kısmı ve esas olarak Sözleşme Hukukuna Dair Tekbiçim Yasa tasarısı ele alınacaktır.

Genel Ticaret Hukuku Tekbiçim Yasası 17 Nisan 1997 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ocak 1998'de yürürlüğe girmiş ve ulusal hukuk düzenlemelerinin yerini alarak uygulanmaya başlamıştır. Söz konusu tekbiçim yasa 15 Aralık 2010 tarihinde revize edilerek son halini almıştır. Ticaret hukukunun belli başlı bütün konularını düzenleyen

²⁰⁵ OHADA ile ilgili birçok bilgiye resmi web sitesinden erişilebilir. <http://www.ohada.org/> (En son 29.8.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

²⁰⁶ Bu 17 ülkeden yalnızca Gine ve Benin CISG'ye taraftır.

²⁰⁷ OHADA ve faaliyetleri hakkında genel bir değerlendirme için bakınız DICKERSON, Claire Moore "Harmonizing Business Laws In Africa: OHADA Calls The Tune" (2005) Columbia Journal of Transnational Law 44, s.1.

tekbiçim yasanın orijinalinde 5. Kitap, revize halinde ise 8. Kitabında ticari satışlar düzenlenmiştir.

2001 Mart'ında Bangui'de toplanılmış ve OHADA Bakanlar Konseyi kurucu antlaşmanın hukuki meselelerin uyumlaştırılması ile ilgili 2. maddesinin sözleşmeler hukuku ve ispat hukuku ile ilgili konuları da kapsamına karar verilmiştir. Şubat 2002'de Bakanlar Konseyi, OHADA Daimi Sekterliği'ne, Sözleşme Hukukuna Dair Tekbiçim Yasanın hazırlanması için, UNIDROIT ile irtibata geçmesi talimatını vermiştir. UNIDROIT, bu çağrıya olumlu yanıt vermiş ve Profesör Marcel Fontaine ilk taslağın hazırlanması için bir rapor hazırlamıştır. 2003 ve 2004 yıllarında dokuz üye ülkede yaptığı toplantılar ve çalışmaları takiben Fontaine, 2004 UNIDROIT İlkeleri doğrultusunda,²⁰⁸ Sözleşme Hukukuna Dair Tekbiçim Yasa taslağını hazırlamaya karar verdi.²⁰⁹ Fontaine, taslağı hazırlama sürecini anlattığı makalesinde, taslağı hazırlarken esas itibarıyla iki ilkeyi göz önünde tuttuğunu ifade etmiştir. Bunlardan ilki, elden geldiğince model yasa olarak seçilen UNIDROIT İlkelerine sadık kalma, ikincisi de Afrika hukukunun kendine özgü kurallarını dikkate almaktır.²¹⁰ Profesör çalışmasını yaparken bazı noktalarda seçimlerde bulunmak zorunda kalmıştır. Bunlardan birincisi Tekbiçim yasanın sadece ticari sözleşmelere mi uygulanacağı, yoksa bütün sözleşmeleri kapsayan tek bir sözleşme yasası mı olacağıdır? Burada konunun çok hassas olduğu vurgusu ile tercih tek bir sözleşme yasasından yana konulmuştur.²¹¹ İkincisi şekil meselesidir. Bu konuda da değişik

²⁰⁸ Tekbiçim yasanın UNIDROIT İlkeleri dikkate alınarak hazırlanması olumlu tepki almıştır. Ancak bu durum, birçok eski İngiliz sömürgesi içeren Afrika'da yaygın olarak hukukun birleştirilmesinde çekinceler yaratmıştır. Bakınız DATE-BAH, S.K., "The Preliminary Draft OHADA Uniform Act on Contract Law as Seen by a Common Law Lawyer" (2008) Rev. dr. unif. 217.

²⁰⁹ MEYER, Pierre, " The preliminary draft OHBLA Uniform Act on Law of Contracts: Innovations And Debates" (2008) 3 International Business Law Journal 291-317, s.291-292.

²¹⁰ FONTAINE, Marcel, "The Draft OHADA Uniform Act on Contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" (2004-3) Uniform Law Review Vol. IX, 573-584, s.577.

²¹¹ FONTAINE, s.580.

fikirlerle ve tartışmalara makalesinde yer veren Fontaine, şekil meselesini klasik olarak geçerlilik ve ispat şekli olarak ikiye ayırmış, sözleşmelerin geçerliliğini herhangi bir şekle bağlamamış, ispat şekli konusunda ise Tekbiçim yasasının sustuğunu belirtmiştir.²¹² Bunların dışında Fontaine dürüstlük kuralını, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ilkesini ve sözleşmeden tek taraflı irade beyanı ile dönme kurallarını hazırladığı²¹³ Tekbiçim yasaya dahil etmiştir.

Sözleşme Hukukuna Dair Tekbiçim Yasa taslağı 2005 yılında OHADA Ulusal Komisyonlarına sevk edildi. Taslak hala yasalaşmayı beklemektedir.²¹⁴

2) Amaç ve İşlev

OHADA düzenlemeleri ile ilgili üç temel özellik dikkat çekmektedir. Birincisi, OHADA tekbiçim yasaları supranasyonal yani ulusüstü bir özellik göstermekte, uluslararası niteliğini koruyarak üye devletin iç hukuk düzenlemesi haline gelmektedir. İkincisi, kısmen de olsa OHADA tekbiçim yasaları Fransız hukukundan etkilenmiş ve dolayısı ile genelde bir civil law metinleri halini almışlardır. Son olarak yeri sebebi ile Avrupa ile yerel örf ve adet hukukunun bir birleşimi niteliğindedir.²¹⁵

Genel Ticaret Hukuku Tekbiçim Yasası 8. Kitabında ticari satışları düzenlemişken, Sözleşme Hukukuna Dair Tekbiçim Yasa daha kapsamlı olarak tüm sözleşme hukukunu kapsamaktadır.

²¹² FONTAINE, s.581.

²¹³ FONTAINE, s.581-583.

²¹⁴ Her ne kadar taslak olumlu karşılanmışsa da bazı noktalarda taslağın son halinin Afrika gibi kayıt dışı ekonominin yaygın olduğu bir bölgede başarılı olamayabileceği savunulmuştur. Bakınız DICKERSON, Claire Moore, "OHADA's Proposed Uniform Act on Contract Law Formal Law for the Informal Sector" (2011) 462 European Journal of Law Reform (13) s.3-4.

²¹⁵ DICKERSON, Claire Moore, "OHADA On The Ground: Harmonizing Business Laws In Three Dimensions" (2010) 25 Tulane European and Civil Law Forum 103, s.104.

Sözleşme Hukukuna Dair Tekbiçim Yasa taslağı bazı noktalarda tartışılmaktadır. Bunlardan en önceliklisi, taslağın OHADA ülkeleri için tamamen yabancı olan kurallar ve yargısal uygulamalar getirmesidir. Örnek olarak da emprevizyon kuralı, borcun nakli, hakime sözleşmeyi tamamlama yetkisini verilmesi sayılabilir.²¹⁶

3) İçerik

Genel Ticaret Hukuku Tekbiçim Yasası 8. Kitabı, ticari satışları düzenlemektedir. Kitap beş kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım kapsam ve genel hükümler başlığını taşımakta ve her bir başlığa bir bölüm özgülenmektedir. İkinci kısım sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. Tarafların borçları başlığını taşıyan üçüncü kısım iki bölümden oluşmakta; birinci bölümde satıcının, ikinci bölümde ise alıcının borçları yer almaktadır. Dördüncü kısım, 'Akdin Hükümleri' başlığını taşımakta ve birinci bölümde mülkiyetin geçirilmesi, ikinci bölümde ise hasarın geçirilmesi düzenlenmiştir. Son kısımda ise akde aykırılık ve sorumluk konuları hükme bağlanmıştır.

Sözleşme Hukukuna Dair Tekbiçim Yasa taslağı ise giriş hariç toplam on üç bölümden oluşmaktadır. Genel hükümler başlığını taşıyan bölümü, sözleşmenin kurulması ve temsilci yetkilendirilmesi başlıklı ikinci bölüm izlemektedir. Üçüncü bölümde akdin geçerliliği, dördüncü bölümde ise sözleşmenin yorumlanması konuları düzenlenmiştir. Beşinci bölüm muhteviyat ve üçüncü kişilerin haklarını başlıklarını taşıyan iki ayrımdan oluşur. Altıncı bölüm ifaya, yedinci bölüm ise ademi ifaya özgülenmiştir. Sekizinci bölümde takas konusu hükme bağlanmıştır. Dokuzuncu bölümde borçların birleşmesi konusu işlenmiştir. Onuncu bölüm koşula bağlı, müşterek ve müteselsil ve seçimlik borçları içermektedir. On birinci bölüm alacağın temliki, borcun nakli ve sözleşmenin devri hakkındadır. On ikinci bölüm zamanaşımı konusunu düzenlemektedir. Nihayet, son bölüm alacaklıların ve üçüncü kişilerin korunması hakkındadır.

²¹⁶ MEYER, s.312-316.

XI. INCOTERMS

1) Tarih

Çalışmamızın bu kısmında çalışmanın özüne sadık olarak ve amacı ile sınırlı olarak International Commercial Terms'den (Uluslararası Ticaret Terimleri-INCOTERMS) bahsedeceğiz. Daha önce dile getirdiğimiz gibi küreselleşmenin hızla ilerlemesi, teknolojinin ve ulaşımın artması uluslararası ticareti arttırmıştır. Ticaretin artması da, INCOTERMS'in Başlangıç kısmında açıklandığı üzere, sözleşmelerin ve kuralların yanlış anlaşılması veya yorumlanması riskini arttırmaktadır.²¹⁷ İşte bu riskleri azaltmak için uluslararası sözleşmelerde sıkça kullanılan kural ve terminolojiyi tekleştirme gereği duyulmuştur.

INCOTERMS, uluslararası ticarete sıkça kullanılan terimlerin, belirli *tek* bir anlam ifade etmesi amacı ile International Chamber of Commerce²¹⁸ (Uluslararası Ticaret Odası) tarafından hazırlanıp yayımlanan terimler bütünüdür. Aslında bu terimler kodifiye edilmiş ticari teamüllerdir.²¹⁹ Büyük harflerle ardı ardına yazılmış üç harf, uluslararası ticarete gündeme gelen taşıma, masraf ve teslimat gibi konularda tüm dünya üzerine yaygın olarak ne anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu anlamda belki uluslararası sözleşme hukukunun birleştirilmesinde dolayısıyla bu çalışma için çok etkin bir işlevi olmasa da bu tür sözleşmelerde yer alabilecek ortak ifadelerle yer vermesi sebebi ile INCOTERMS önemlidir. Ardı ardına yazılmış üç harf tüm dünyada aynı anlama gelmektedir ki bu çok değerlidir.

İlk olarak 1936 yılında basılan INCOTERMS zaman geçtikçe ve ihtiyaçlar gerektirdikçe değiştirilmiştir. Daha sonra sırası ile 1953,

²¹⁷ ICC, Incoterms 2000, s. 4.

²¹⁸ Resmi sitesi <http://www.iccwbo.org/> (En son 5.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

²¹⁹ GRAFFI, Leonardo, "Remarks On Trade Usages And Business Practices In International Sales Law" (Spring 2011) 29 Journal of Law and Commerce 273, s.283.

1967,1976, 1980, 1990, 2000²²⁰ ve son olarak 1 Ocak 2011’de yürürlüğe girmiş ve halen yürürlükte olan INCOTERMS 2010 yayımlanmıştır.²²¹ Görüldüğü üzere her on yılda bir yenilenen terminoloji, zamanın gereklerine ve hızla değişen teknoloji ve ticaret gereklerine uyum sağlamayı mümkün kılmaktadır. INCOTERMS 2010, 2000 kurallarından dört tanesinin yerine iki tane yeni terim getirmiş; diğer terimleri ise korumuştur. Yeni iki kural DAT (Delivered at Terminal - Terminalde Teslim) ve DAP (Delivered at Place - Yerinde Teslim)’dir. Yeni kurallar, eski kuralların yanlış kullanılmalarının görülmesi üzerine daha açık ve eğitici bir dille kaleme alınmıştır. Ayrıca her bir terim için özelliklerini belirleyen notlar yazılmıştır.²²²

2) Amaç ve İşlev

INCOTERMS kuralları, birçok ortak ticari terim için global olarak kabul edilmiş tanımlar ve yorum kuralları getirmektedir. Böylece uluslararası ticarete bir standart oluşturmaktadır. Kurallar, satıcının malları alıcıya teslim etmesiyle ilgili yükümlülükleri, masrafları ve riskleri açıklayarak tacirleri yüksek masraflar tutabilecek yanlış anlaşılmalardan kurtarmaktadır.²²³

Kuralların yeni versiyonu açık ifadelerle ve doğru olarak bugünün ticari uygulamalarını yansıtacak şekilde değiştirilmiştir. INCOTERMS rehberinin yazarı Jan Ramberg globalleşmenin uluslararası iş yapmayı kolaylaştırdığı böyle bir zamanda teknolojik

²²⁰ INCOTERMS’te yapılan değişikliklerin kronolojisi için bakınız <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/history-of-the-incoterms-rules/> (En son 5.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

²²¹ 2000 ve 2010 kurallarının kapsamlı karşılaştırması için bakınız ANDERSSON, Ann, “Incoterms 2010An Essential Revision or a Pointless Custom?” (Jönköping University, Jönköping, December 2010) Yüksek lisans tezi <http://www.incoterms.se/incoweb/uppsats.pdf> (En son 5.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

²²² ANDERSSON, Ann, s.1.

²²³ <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/> (En son 5.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

ve politik değişmeler, bu işlemlere uygulanan kuralları daha kompleks hale getirmiştir, demektir. Ayrıca rehberi hazırlarken, kullanıcıların sözleşmelerine doğru kuralları uygulayabilmesi için kolaylık sağlamak amacı ile global iş toplumunun görüşlerinden de faydalandığını ifade etmiştir.²²⁴ Ramberg'in sözlerinden de anlaşılacağı üzere 2010 kurallarıyla, tamamen pratik amaçlarla, ticari sözleşmeler akdederken sözleşmede yer alacak kuralların taraflarca daha anlaşılır ve kolay biçimde konulması sağlanmak istenmiştir. INCOTERMS'in yaygın kullanımı da kuralların vaat ettiği kolaylığın kullanıcılar tarafından da kabul edildiğini göstermektedir.

INCOTERMS sözleşme metinlerinde yer alarak taşıma, sigorta, masraf ve teslimatla ilgili akdi kuralları belirlemektedir. Sözleşmeler yapılırken hangi INCOTERMS'in kullanıldığı açıkça yazılmalıdır.

3) İçerik

INCOTERMS 2010 önceki kurallar gibi esas itibarıyla uluslararası ticaret sözleşmeleri için dizayn edilmiştir. Ancak önceki kurallardan farklı olarak 2010 kurallarının bir ülke içinde yapılacak ticari sözleşmeler için de uygulanabileceği ifade edilmiştir.²²⁵ Böylece INCOTERMS 2010'un ithalat/ihracattan bahsettiği kurallar yalnızca bu faaliyetlerin söz konusu olduğu sözleşmeler için uygulanacaktır.

INCOTERMS 2010 kuralları şöyledir:

I. Herhangi bir taşıma biçimine ilişkin kurallar

EXW - Ex Works (Fabrikada teslim)

FCA - Free Carrier (Taşıyıcıya masrafsız)

CPT - Carriage Paid To (Taşıma ödenmiş olarak)

CIP - Carriage And Insurance Paid To (Taşıma ve sigorta ödenmiş olarak)

²²⁴ <http://www.iccwbo.org/news/articles/2011/icc-guide-to-incoterms-2010-offers-valuable-tips-and-tricks/> (En son 5.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

²²⁵ INCOTERMS 2010 <http://www.iccwbo.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=2147497569> (En son 5.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

DAT - Delivered At Terminal (Terminalde teslim)

DAP - Delivered At Place (Yerinde teslim)

DDP - Delivered Duty Paid (Gümrük vergisi ödenmiş olarak)

II. Deniz ve iç karasuları taşımacılığına ilişkin kurallar

FAS - Free Alongside Ship (Gemi doğrultusunda masrafsız)

FOB - Free on Board (Gemide masrafsız)

CFR - Cost and Freight (Mal bedeli ve navlun)

CIF - Cost, Insurance and Freight (Mal bedeli, sigorta ve navlun)²²⁶

Bu terimler yer aldıkları bütün sözleşmelerde aynı manayı ifade etmektedir.

Bu terimler dünyanın her yerinde aynı anlama gelmekte ve sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında yaşanacak tartışmalara belli ölçüde son vermektedir.

XII. Sonuç

Bu çalışmada, dünya üzerinde sözleşme hukukunun özelde de satım hukukunun birleştirilmesine yönelik çabalar kronolojik olarak listelenmek istenmiştir. Her bir çabanın derinlemesine incelemesinden öte, üç ana noktada temel özellikleri anılmıştır. Sözleşme hukukunun birleştirilmesine ilişkin her bir metin yapılış tarihçesi, amaç ve işlevi ile içeriği açısından özetlenmiştir. Bu kapsamda *lex mercatoria*, 1964 Hague Konansiyonları, CISG, PECL, UNIDROIT İlkeleri, DCFR, CESL, OHADA ve INCOTERMS ele alınmıştır.

Uluslararası sözleşmelerin, ulusal hukuka tabi tutulmasından kaynaklanan sakıncalara değinmiştik. Uygulanacak yabancı hukukun bilinmemesinin kişileri sınır aşan hukuki işlemler yapmakta tereddüde sevk etmesi gerçeği, bunun da ötesinde bu hukuku tespit edecek milletlerarası özel hukuk kurallarının karmaşıklığı, bunun yol açtığı hukuki destek masrafları ve benzeri sebepler karşısında,

²²⁶ Türkçe metin ve açıklamalar <http://www.siriusgumruk.com/INCOTERMS 2011.pdf> (En son 5.9.2012 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

hukukçuların 1900'lerde somutlaşan sözleşme hukukunun birleştirilmesi yönündeki çabaları, tüm eleştirilere rağmen hızla devam etmektedir. Her ne kadar, bu uğurda çalışan hukukçular da gerçek anlamda tüm dünya üzerinde uygulanabilecek bir tekbiçim sözleşme yasasının yapılmasının ve bunun her yerde aynı şekilde tekbiçim uygulanmasının zor olduğunu kabul etse de, hukukun birleştirilmesinin sayısız yararları, kendisini bu sınırlı uygulama ile bile göstermektedir. An itibariyle dünya uluslararası ticaretinin yaklaşık %75'inin CISG'ye tabi olması, yakın bir gelecekte de Afrika'da (OHADA) ve AB ülkelerinde (CESL) ²²⁷ ortak bir satım hukukunun uygulanmaya başlayacak olması hukukun birleştirilmesinin bir ütopya değil, geliştirilmesine çalışılması gereken bir proje olduğunu ortaya koymaktadır. Bir zamanlar tüm Avrupa'da geçerli bir ortak hukukunun varlığının tespiti, modern dünyada da uluslararası satıma uygulanacak tek bir satım hukukunun var olmasını gerçekleştirilebilecek bir hayal olarak ortaya koymaktadır.

Hukukun birleştirilmesi çalışmalarının bir büyük katkısı da hukukun bizzat kendisine olmuştur. Tekbiçim yasa yapmak için ortaya konan çalışmalar hukukun gelişmesine de hizmet etmektedir. Çalışmada anıldığı üzere çağdaş ulusal yasaların yapılmasında bu tekbiçim yasalar örnek teşkil etmektedir.

Türkiye de geç de olsa hukukun birleştirilmesi noktasında yerini almış ve CISG'ye katılarak, Türk hukukunun uygulanacağı uluslararası satım sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilafları CISG'ye tabi kılmıştır. AB müktesabıtında yer alabilecek sözleşme hukukunu düzenleyen tekbiçim yasaların, AB'ye adaylık sürecini devam ettiren Türkiye üzerindeki etkilerini de zaman gösterecektir.

²²⁷ En son AB Parlamentosu Ekonomik İşler Komitesi CESL'i desteklediklerini açıkladılar. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-777_en.htm (En son 31.12.2012'de ziyaret edilmiştir.)