



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**DOKTORA
TEZİ**

**MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN
MÜZAKERESİ VE HAZIRLANMASI**

HİLAL LALE AYHAN İZMİRLİ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

KASIM 2016



MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN MÜZAKERESİ VE HAZIRLANMASI

Hilal Lale AYHAN İZMİRLİ

DOKTORA TEZİ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

GAZİ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KASIM 2016

Hilal Lale AYHAN İZMİRLİ tarafından hazırlanan “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Sözleşmenin Hazırlanması” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile Gazi Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Prof. Dr. Vahit DOĞAN

Özel Hukuk, Gazi Üniversitesi

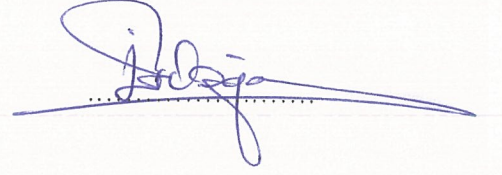
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Başkan : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Özel Hukuk, Gazi Üniversitesi

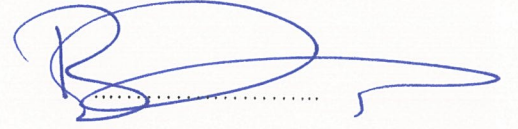
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Prof. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR

Özel Hukuk, Çankaya Üniversitesi

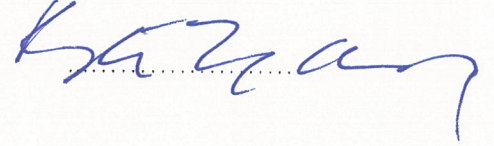
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU

Özel Hukuk, Ankara Üniversitesi

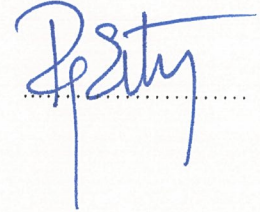
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Doç. Dr. Rifat ERTEN

Özel Hukuk, Ankara Üniversitesi

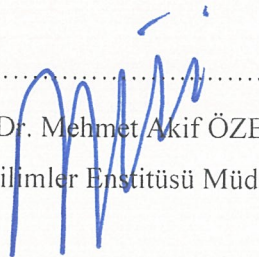
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Tez Savunma Tarihi: 03/11/2016

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Prof. Dr. Mehmet Akif ÖZER
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür V.



ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Hilal Lale AYHAN İZMİRLİ

03.11.2016

MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN MÜZAKERESİ VE HAZIRLANMASI
(Doktora Tezi)

Hilal Lale AYHAN İZMİRLİ

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Kasım 2016

ÖZET

Milletlerarası ticari sözleşmelerin müzakeresi, tek bir ülkeyi ilgilendiren sözleşmelere kıyasla uzun, karmaşık ve masraflı bir süreçtir. Tarafların kültürleri gibi hukuki olmayan unsurlar müzakere sürecinde ve devamında hayati derecede önem taşıdığı gibi, müzakerelerin hukuki niteliği, tarafların bu süreçteki yükümlülükleri, müzakere sürecinde hazırlanan belgeler gibi bazı konuların da incelenmesi gerekmektedir. Benzer şekilde bir milletlerarası bir ticari sözleşmenin hazırlanmasında da iç hukuktan farklı bir takım unsurlar dikkate alınmalıdır. Çalışmada ilk iki bölümünde, müzakere süreci ve bu süreci etkileyen faktörler, tarafların müzakere sürecinde hazırladıkları belgeler, bu belgelerin hukuki nitelikleri, tarafların sözleşme öncesi süreçteki yükümlülükleri ile sözleşme öncesi sorumluluk konuları incelenmiştir. Son bölümde ise bir milletlerarası sözleşmede ağırlıklı olarak bulunan hükümler ele alınmıştır.

Bilim Kodu : 501

Anahtar Kelimeler : Milletlerarası ticari sözleşme, sözleşme müzakeresi, sözleşme öncesi belgeler, sözleşme öncesi sorumluluk, sözleşme hükümleri.

Sayfa Adedi : 403

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Vahit DOĞAN

NEGOTIATING AND DRAFTING INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

(Ph. D. Thesis)

Hilal Lale AYHAN İZMİRLİ

GAZİ UNIVERSITY

INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES

November 2016

ABSTRACT

International contract negotiations are long, complicated and costly period of time comparing with the contracts which deals only one country. While extrajudicial factors, such as culture, have a vital importance on the negotiation period, some issues -such as legal character of the negotiations, parties' duties during the negotiations, negotiation documents etc.- are also ought to be examined. In similar manner, different factors are taken into consideration during the preparation of a international commercial contract. In the first two chapters of this study, negotiation period and the factors which effects this period, documents which are prepared by the parties during the negotiations, legal character of those documents, parties' duties during the precontractual process and precontractual liability issues were examined. In the last chapter, the study deals with the clauses which are mainly located in international commercial contracts.

Science Code : 501

Key Words : International commercial contract, contract negotiation, precontractual documents, precontractual liability, contract clauses.

Page Number : 403

Supervisor : Prof. Dr. Vahit DOĞAN

TEŞEKKÜR

Çalışmanın ortaya çıkmasında her şeyden önce tezimi defalarca ve titizlikle okuyan, düzelten, çalışmanın daha iyiye doğru ilerlemesi için beni yönlendiren ve teşvik eden, kendisiyle çalışmaktan her zaman onur ve gurur duyduğum doktora babam, değerli hocam Prof.Dr. Vahit DOĞAN'a en derin minnet ve şükranlarımı sunarım.

Bu süreçte gerek Türkiye'deki çalışmalarımda gerek yurtdışındaki araştırmalarımda beni destekleyen, her anlamda arkamda olduğunu hissettiren ve varlığıyla bana güç veren biricik eşim Mustafa Kağan İZMİRLİ, sevgili annelerim Şerife AYHAN ve Yedigâr İZMİRLİ ile elimde büyüyen ve artık bir meslektaşım olan Nilüfer AYHAN'a duyduğum minneti ise kelimelerle ifade etmem mümkün değil. İyi ki varsınız, iyi ki ailemsiniz! Sizin desteğiniz olmaksızın bu çalışmanın ortaya çıkması mümkün olmazdı.

Sevgili kuzenim Arda AYDEMİR'e de tezin teslimi aşamasında sunduğu teknik destek ve yardım için kocaman bir teşekkür borçluyum. Çalışmanın ortaya çıkmasında ilgili kaynaklara ulaşma imkanı bulduğum Londra Üniversitesi *Institute of Advanced Legal Studies* (İngiltere) çalışanlarına ve İngiltere'de geçirdiğim bir yıl içinde bana moral veren arkadaşım Umitgul GUBASHEVA'ya, süreç içerisinde beni motive eden can arkadaşım Duygu USLU KAHRAMAN'a, savunmaya hazırlanırken birlikte çalıştığım yol arkadaşlarım, kader ortaklarım Arş.Gör. Gülden ÇAMURCUOĞLU ve Arş.Gör. Seher DEMİR' sonsuz teşekkürler.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xix
GİRİŞ	1
1. Milletlerarası Ticaretin Kısa Tarihçesi	3
2. Milletlerarası Ticaret ve Milletlerarası Ticaret Hukuku Kavramları	4
3. Milletlerarası Ticarete Uyumlaştırma Çalışmaları	5
4. Milletlerarası Ticaret Hukukunun Kaynakları	7
4.1. Genel Çerçeve	8
4.1.1. Bağlayıcılığı Bulunan Kaynaklar	8
4.1.2. İhtiyari Kaynaklar	9
4.2. <i>Lex Mercatoria</i>	11
4.2.1. <i>Lex Mercatoria</i> 'nın Niteliğine İlişkin Tartışmalar	12
4.2.2. Günümüz <i>Lex Mercatoriası</i> nın Özellikleri	14
4.2.3. <i>Lex Mercatoria</i> 'nın Kaynakları Ve Kapsamı	15
4.2.3.1. Hukukun Genel İlkeleri	17
4.2.3.2. Ticari Teamüller	18
4.3. Milletlerarası Anlaşmalar	22
4.4. Birörnek Kurallar Ve Model Kanunlar (Milletlerarası Prensipler)	24
4.4.1. Milletlerarası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT Prensipleri	27
4.4.2. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (ASHP)	28
4.4.3. AB Müktesebatı Prensipleri	29

Sayfa

4.5. Model Sözleşmeler.....	30
4.6. Yargılama Sonucunda Verilen Kararlar	32
4.7. İç Hukuk Kuralları	33

BİRİNCİ BÖLÜM**MİLLETLERARASI SÖZLEŞME MÜZAKERELERİ**

1.1. GENEL OLARAK MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞME	35
1.1.1. Milletlerarası Ticari Sözleşme Kavramı ve Özellikleri.....	36
1.1.2. Sözleşmenin Milletlerarası Vasfının Tespiti	38
1.1.2.1. Terminoloji: Yabancı - Milletlerarası Unsur	39
1.1.2.2. Milletlerarası Niteliğinin Yabancı Unsur İle Tespiti	41
1.1.2.3. Milletlerarası Niteliğinin Milletlerarası Ticari Hayattaki Yerine Göre Tespiti	45
1.2. MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN MÜZAKERESİ	46
1.2.1. Milletlerarası Ticari Sözleşmeler İçin ‘Müzakere’ Kavramı	47
1.2.1.1. Müzakerenin Tanımı.....	47
1.2.1.2. Müzakere Ortamı ve Müzakere Ortamını Şekillendiren Faktörler	50
1.2.1.2.1. Kültür	51
1.2.1.2.2. Dil	54
1.2.1.2.3. Güven.....	55
1.2.1.2.4. Müzakerenin Yapıldığı Yer	57
1.2.1.2.5. Müzakere Zamanı	58
1.2.1.2.6. İki Ülke Arasındaki İlişki	58
1.2.1.2.7. Davranış Biçimleri, Üslup ve Psikolojik Unsurlar	59
1.2.1.2.8. Tarafların İhtiyaçları ve Beklentileri.....	61
1.2.1.2.9. Hukuk Sistemleri	62

Sayfa

1.2.2. Müzakere Öncesi Hazırlıklar	62
1.2.2.1. Müzakere Amacının Belirlenmesi	63
1.2.2.2. Müzakere Ekibinin Oluşturulması ve Müzakeredeki Rollerinin Belirlenmesi	64
1.2.2.3. Müzakere Ekibinin Bilgilendirilmesi	65
1.2.2.4. Karşı Taraf ve Müzakere Ortamı Hakkında Bilgi Edinilmesi	66
1.2.2.5. Müzakere Görüşmelerinin Gerçekleşeceği Mekana İlişkin Fiziksel Ayarlamalar	67
1.2.2.6. Risk Faktörlerinin Araştırılması	67
1.2.2.6.1. Fizibilite Çalışması	68
1.2.2.6.2. Siyasi Riskler	69
1.2.2.6.3. Mali Riskler	69
1.2.2.6.4. İşletme Riskleri	70
1.2.2.6.5. Proje Riskleri	70
1.2.2.6.6. Üretim ve Satış Riski	71
1.2.2.6.7. Çevresel Riskler	71
1.2.2.6.8. Uzmanlara Bağlı Riskler	72
1.2.2.6.9. Afet Riskleri	72
1.2.2.7. Müzakere Gündeminin Oluşturulması	72
1.2.3. Müzakerelerin Başlaması ve Geçerli Bir Sözleşme Yapılabilmesi için Önem Arz Eden Hususlar	73
1.2.3.1. Tarafların Ehil Olması	74
1.2.3.2. Yetkili Hukuka Göre Şekli Geçerlilik Şartlarını Taşımaları	79
1.2.3.2.1. Genel Olarak Şekil Kuralları	79
1.2.3.2.2. Sözleşmenin Yazılı Yapılmasının Zorunlu Olup Olmadığı	80
1.2.3.2.3. Sözleşmenin Şekline Uygulanacak Hukuk	81
1.2.3.3. Yetkili Hukuka Göre Maddi Geçerlilik Şartlarını Taşımaları	82

Sayfa

1.2.3.3.1. Genel Olarak Maddi Geçerliliğe İlişkin Hususlar	82
1.2.3.3.2. Tarafların Sözleşme Yapma Yönünde İradelerinin Bulunması.....	84
1.2.3.3.3. Sözleşmenin Kurulduğu An	90

İKİNCİ BÖLÜM**MÜZAKERE SÜRECİNDE HAZIRLANAN BELGELER, TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE
MÜZAKERE SÜRECİNDE SORUMLULUK**

2.1. MÜZAKERE SÜRECİNDE HAZIRLANAN BELGELER	93
2.1.1. Müzakere Sürecinde Hazırlanan Belgelere Genel Bakış	97
2.1.1.1. Müzakere Öncesi Belgeleri Hazırlama Nedenleri	97
2.1.1.2. Müzakere Sürecinde Hazırlanan Belgelerin Çeşitleri	99
2.1.1.2.1. Müzakere Aşamasını Düzenleyen Belgeler.....	100
2.1.1.2.2. Hedeflenen Sözleşmeye İlişkin Belgeler	100
2.1.1.2.3. Karma Belgeler.....	101
2.1.1.3. Müzakere Sürecinde Hazırlanan Belgelerin Hukuki Değeri.....	101
2.1.1.3.1. Hukuk Sistemlerinin Müzakere Sürecinde Hazırlanan Belgelere Yaklaşımları.....	102
2.1.1.3.2. Müzakerenin Sözleşmenin Yapılması ile Sonuçlanması Halinde Belgelerin Hukuki Değeri	105
2.1.1.3.3. Müzakerelerin Başarısızlıkla Sonuçlanması Halinde Belgelerin Hukuki Değeri	106
2.1.1.3.4. Milletlerarası Düzenlemelerde Sözleşme Öncesi Belgeler ve Değerlendirmemiz	108
2.1.2. Niyet Mektubu (<i>Letter of Intent</i>)	109
2.1.2.1. Kavram.....	110
2.1.2.2. Şekli.....	112
2.1.2.3. Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı	114

Sayfa

2.1.2.4. Sonuçları	120
2.1.3. Mutabakat Zaptı ve Sözleşme İlkeleri (Memorandum Of Understanding, Heads Of Agreement, Principles Of Agreement)	122
2.1.4. Centilmenlik Sözleşmesi (<i>Gentlemen's Agreement</i>)	125
2.1.5. Teklifler (<i>Tenders</i>).....	126
2.1.6. Açık Hükümler İçeren Sözleşme (<i>Agreement With Open Terms</i>)	126
2.1.7. Opsiyon Hakkı Veren Sözleşme	130
2.1.8. Gizlilik Sözleşmesi.....	131
2.1.9. Masrafların Paylaşımına İlişkin Sözleşme.....	134
2.1.10. Üçüncü Şahıslarla Müzakere Yapılmamasına İlişkin Sözleşme	135
2.1.11. Sözleşme Taslağı.....	136
2.1.12. Toplantı Tutanaqları	137
2.1.13. Müzakere Sözleşmesi (Contract To Negotiate, Agreement To Negotiate, Contract To Enter Into A Contract, Agreement To Agree)	138
2.2. MÜZAKERE SÜRECİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	140
2.2.1. Müzakereleri İyiniyetle Yürütme Yükümlülüğü.....	143
2.2.1.1. İyiniyet Kavramı	143
2.2.1.2. Hukuk Sistemlerinin 'Müzakereyi İyiniyetle Yürütme Yükümlülüğü'ne Yaklaşımı.....	146
2.2.1.3. Yükümlülüğün Kapsamı	150
2.2.1.4. Milletlerarası Metinlere Göre Müzakere Aşamasında İyiniyetin Rolü	151
2.2.1.5. Yükümlülüğün İhlali Olarak Kabul Edilen Haller	154
2.2.1.5.1. Sözleşme Kurma Niyeti Olmaksızın Müzakereye Girişmek veya Müzakereyi Sürdürmek	154
2.2.1.5.2. Müzakereyi Geri Çevirmek	155
2.2.1.5.3. Uygun Olmayan Müzakere Taktikleri Kullanmak	156
2.2.1.5.4. Mantıksız Öneriler Sunmak.....	156

Sayfa

2.2.1.5.5. Paralel Müzakerelere Girişmek	156
2.2.1.5.6. Müzakereyi Terk Etmek veya Yarıda Kesmek	157
2.2.2. Karşı Tarafı Aydınlatma ve Bilgilendirme Yükümlülüğü	159
2.2.3. Gizlilik Yükümlülüğü	163
2.2.4. Koruma / Özen Yükümlülüğü	164
2.3. SÖZLEŞME ÖNCESİ SORUMLULUK	167
2.3.1. Genel Olarak Hukuk Sistemlerinin Sözleşme Öncesi Sorumluluğa Yaklaşımı	168
2.3.2. Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği	173
2.3.2.1. Sözleşme Görüşü	175
2.3.2.2. Haksız Fiil Görüşü.....	177
2.3.2.3. Diğer Görüşler	179
2.3.3. Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Sorumluluğun Şartları	182
2.3.3.1. Taraflar Arasında Sözleşme Müzakereleri Sebebiyle Oluşan Bir İlişkinin Varlığı	183
2.3.3.2. Korunmaya Değer Bir Güvenin Varlığı.....	184
2.3.3.3. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Bir Yükümlülüğün İhlali.....	187
2.3.3.4. Zarar.....	188
2.3.3.4.1. Maddi Zarar	189
2.3.3.4.2. Manevi Zarar.....	190
2.3.3.4.3. Üçüncü Kişinin Zararı	191
2.3.3.5. Kusur.....	193
2.3.3.6. İliyet Bağı	195
2.3.4. Sorumluluğun Kapsamı	196
2.4. SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNE UYGULANACAK HUKUK	197
2.4.1. Müzakere Aşamasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Karşılaşılan Başlıca Güçlükler.....	197

Sayfa

2.4.1.1. Uygulanacak Hukukun Tespitinde Müzakere İlişkisinin Vasıflandırılması...	199
2.4.1.1.1. ‘Sözleşme’ Olarak Nitelenmesi Halinde Uygulanacak Hukuk	201
2.4.1.1.2. ‘Haksız Fiil’ Olarak Nitelenmesi Halinde Uygulanacak Hukuk	203
2.4.1.2. Milletlerarası Metinlerde Müzakerelere Uygulanacak Hukuk	206

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN ŞEKLİ VE SÖZLEŞME İÇERİĞİNİN
HAZIRLANMASI**

3.1. MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN HAZIRLANMASINDA UYGULANAN YÖNTEMLER	211
3.1.1. Aktarım: Önceden Hazırlanmış Kuralların Sözleşmeye Dahil Edilmesi (<i>Incorporation</i>).....	212
3.1.2. Standart Sözleşme Metinlerinin Kullanılması	213
3.2. SÖZLEŞME METNİNDE ÜSLUP VE DİL.....	214
3.3. MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE GENEL OLARAK YER ALAN MADDELER....	216
3.3.1. Sözleşmenin Giriş Bölümü (<i>Preamble/Recital</i>).....	219
3.3.1.1. Şekli ve Kapsamı	220
3.3.1.2. Hukuki Değeri	221
3.3.1.3. Etkisi.....	222
3.3.2. Sözleşmenin Başlangıç Bölümü (<i>Introduction</i>).....	224
3.3.2.1. Sözleşmenin Başlığı.....	224
3.3.2.2. Yer ve Zaman	224
3.3.2.3. Sözleşmenin Tarafları	226
3.3.2.3.1. Tarafların Kimlikleri.....	226
3.3.2.3.2. Tarafların Adres ve İletişim Bilgileri	227
3.3.2.4. Sözleşmenin Süresi	227
3.3.3. Tanımlar Maddesi.....	228

Sayfa

3.3.3.1. Şekli.....	230
3.3.3.2. İçeriği	231
3.3.4. Sözleşmenin Dili Maddesi	233
3.3.5. Yorum Maddesi	237
3.3.5.1. Yorum Kavramı ve Yorum Metodları.....	237
3.3.5.2. İçeriği	241
3.3.5.3. Diğer Sözleşme Hükümleri ile Bağlantısı	243
3.3.6. Sözleşmenin Amacı ve Konusu	245
3.3.6.1. Yapılacak İş veya Hizmetin Tanımlanması	246
3.3.6.2. İfanın Yerine Getirilmesinde Öngörülen Bazı Kriterler	247
3.3.7. Ödeme Şekli ve Zamanına İlişkin Madde	249
3.3.7.1. Peşin Ödeme (Advance Payment/Prepayment).....	250
3.3.7.2. Prefinansman (<i>Prefinancing</i>)	251
3.3.7.3. Mal Mukabili Ödeme (Cash Against Goods, Open Account).....	252
3.3.7.4. Vesaik Mukabili Ödeme (Cash Against Documents, Documentary Collection)	253
3.3.7.5. Kabul Kredili/Poliçeli Ödeme (<i>Documents Against Acceptance</i>)	255
3.3.7.6. Konsinye Hesap (<i>Consignment Account</i>)	255
3.3.7.7. Karşılıklı Ticaret (<i>Counter Trade</i>)	256
3.3.7.8. Akreditifli Ödeme (<i>Letter Of Credit</i>)	256
3.3.7.8.1. Tanımı ve Tarafları	257
3.3.7.8.2. İşleyişi.....	258
3.3.7.9. Ödeme Maddesinin Düzenlenmesi	259
3.3.8. Taşıma ve Teslim Şekli ve Zamanına İlişkin Madde.....	260
3.3.8.1. Taşıma ve Teslimle Bağlantılı Bazı Hususlar	260
3.3.8.2. Teslim Zamanı.....	262

Sayfa

3.3.8.3. Incoterms.....	263
3.3.8.3.1. Incoterms'in Özellikleri	264
3.3.8.3.2. Incoterms'de Teslim Şekilleri.....	265
3.3.8.3.3. Incoterms'in Uygulanması	268
3.3.9. Gözetim ve Denetime İlişkin Madde	269
3.3.9.1. Gözetimin Amacı	270
3.3.9.2. Gözetim Şirketinin Seçimi ve Sorumluluğu	271
3.3.9.3. Gözetimin Kapsamı.....	272
3.3.10. Gizlilik Maddesi	274
3.3.10.1. Gizliliğin Konusu ve Kapsamı	275
3.3.10.2. Gizlilik Yükümlülüğünün Sınırlanması	277
3.3.10.3. Gizlilik Yükümlülüğünün Derecesi/Yoğunluğu	279
3.3.10.4. Gizlilik Yükümlülüğünün Süresi	279
3.3.10.5. Gizlilik Yükümlülüğü Maddesinin Düzenlenmesi.....	280
3.3.11. Mücbir Sebep Maddesi (<i>Force Majeure</i>).....	281
3.3.11.1. Tanımı ve Unsurları	283
3.3.11.2. Bildirim ve İhbar	286
3.3.11.3. Sonuçları	287
3.3.11.3.1. Sorumluluğun Ortadan Kalkması	288
3.3.11.3.2. İfanın Ertelenmesi.....	289
3.3.11.3.3. Sözleşmenin Sona Ermesi	289
3.3.11.3.4. Sözleşmenin Yeniden Müzakere Edilmesi ve/veya Sözleşmenin Uyarlanması.....	290
3.3.11.3.5. Masrafların Karşılanması	291
3.3.11.3.6. Mücbir Sebebin Üstesinden Gelmek İçin Çaba Harcanması.....	292
3.3.11.4. Mücbir Sebep Maddesinin Düzenlenmesi.....	292

Sayfa

3.3.12. Aşırı İfa Güçlüğü Maddesi (<i>Hardship</i>).....	294
3.3.12.1. Tanımı ve Unsurları	294
3.3.12.2. Bildirim ve İhbar	295
3.3.12.3. Sonuçları	296
3.3.12.4. Aşırı İfa Güçlüğü Maddesinin Düzenlenmesi	297
3.3.13. Cezai Şart	300
3.3.13.1. Tanımı ve Fonksiyonları	300
3.3.13.2. Cezai Şartın Uygulanabileceği Haller	303
3.3.13.3. Sonuçları	304
3.3.13.4. Cezai Şartın Geçersiz Olması	304
3.3.13.5. Cezai Şart Maddesinin Düzenlenmesi	306
3.3.14. Diğer Maddeler	308
3.3.14.1. Fikri Haklar	308
3.3.14.2. Sözleşmede Yapılacak Değişiklikler (<i>Modification / Adaption</i>)	308
3.3.14.3. Rekabet Etmeme	310
3.3.14.4. Satıcı / Üretici Garantisi	311
3.3.14.5. Bölünebilirlik / Kısmi Geçersizlik Maddesi (<i>Severability / Partial Nullity Clause</i>)	312
3.3.14.6. Sözleşmenin Bütünlüğü Maddesi (<i>Entire Agreement Clause</i>)	314
3.3.14.7. Değişmezlik Maddesi (<i>Non-Waiver Clause</i>)	315
3.3.14.8. Sigorta Maddesi	316
3.3.14.9. Devir Yasağı Maddesi (<i>Anti-Assignment Clause</i>)	317
3.3.14.10. Zamanın Hayati Önem Taşıdığına Dair Madde (<i>Time Is of Essence Clause</i>)	317
3.3.14.11. Sözleşmenin Uzatılmasına İlişkin Madde	317
3.3.15. Sözleşmenin Sona Ermesine İlişkin Madde	318

3.3.16. Uyuşmazlıkların Çözümü Maddesi	320
3.3.16.1. Esasa Uygulanacak Hukuk	321
3.3.16.1.1. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Muhtariyeti (Hukuk Seçimi) Serbestisi	322
3.3.16.1.2. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli	324
3.3.16.1.3. Hukuk Seçiminin Sınırları	326
3.3.16.1.4. Seçilen Hukukun Bir Devletin Hukuku Olması	332
3.3.16.1.5. Kısmi Hukuk Seçimi	338
3.3.16.1.6. Hukuk Seçiminde Atıf	339
3.3.16.1.7. Hukuk Seçiminin Zamanı	340
3.3.16.1.8. Hukuk Seçiminin Geçerliliği	342
3.3.16.1.9. Hukuk Seçiminin Yapılmamış Olması – Objektif Bağlanma	345
3.3.16.1.10. Hukuk Seçimi ve Başvurulacak Yargı Mercii İlişkisi	348
3.3.16.2. Yetkili Mahkeme	350
3.3.16.2.1. Genel Olarak Mahkeme Yolu İle Uyuşmazlıkların Çözümü	350
3.3.16.2.2. Yetki Anlaşması	351
3.3.16.2.3. Yetkili Mahkeme Maddesinin Düzenlenmesi	353
3.3.16.3. Mahkeme Dışı Yollarla Uyuşmazlıkların Çözümlemesi	355
3.3.16.3.1. (Tekrar) Müzakere ((<i>Re-negotiation</i>))	357
3.3.16.3.2. Arabulucuk (<i>Mediation</i>)	358
3.3.16.3.3. Uzlaştırma (<i>Conciliation</i>)	361
3.3.16.3.4. Tahkim (<i>Arbitration</i>)	362
3.3.16.4. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Maddesinin Düzenlenmesi	365
3.3.16.4.1. Hibrit Sistemi Öngören Uyuşmazlık Çözüm Maddesinin Düzenlenmesi	366
3.3.16.4.2. Tahkim Maddesinin Düzenlenmesi	367

Sayfa

SONUÇ.....	371
KAYNAKLAR.....	373
ÖZGEÇMİŞ	403



KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
a.g.e.	Adı geçen eser
AB	Avrupa Birliği
AŞ.	Anonim şirket
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations (Güneydoğu Asya Uluslar Birliği)
ASHP	Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri
ATA	Admission temporaire/temporary admission (Milletlerarası geçici giriş gümrük belgesi)
ATR	Admission temporaire roulette
BK	Borçlar Kanunu (818 sayılı Borçlar Kanunu)
bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması)
CMR	Convention Merchandise Routier (Uluslararası Karayolu Nakliyesine İlişkin Konvansiyon)
DCFR	Draft Common Frame Reference (Ortak REferans Çerçevesi Taslağı)
Dn.	Dipnot
EC	European Commission (Avrupa Komisyonu)
ECC	European Code of Contract (Avrupa Sözleşmeler Yasası)
ECE	Economic Commission for Europe (Avrupa Ekonomik Komisyonu)
EFTA	European Free Trade Association (Avrupa Serbest Ticaret Birliği)
ESCAP	Economic and Social Commission for Asia and the Pasific (Asya Pasifik Ekonomik ve Sosyal Komisyonu)
FIDIC	Federation Internationale des Ingenieures Conseils (Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu)
HD.	Hukuk Dairesi

Kısaltmalar	Açıklamalar
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
ILA	International Law Association (Uluslararası Hukuk Birliği)
INCOTERMS	International Commercial Terms (Milletlerarası Ticari Terimler)
ISO	International Standards Organisation (Milletlerarası Standart Teşkilatı)
LRA	Locus regit actum
m.	Madde
MERCOSUR	Mercado Comun del Sur (Güney Amerika Ortak Pazarı)
MK	Medeni Kanun
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası
NAFTA	The North American Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Bölgeleri Serbest Ticaret Anlaşması)
No	Numara
S.	Sayı
TBK	Türk Borçlar Kanunu (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu)
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UCC	Uniform Commercial Code (Birleştirilmiş Ticaret Kanunu)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Milletlerarası Enstitü)
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
vol.	Volume
vs	Ve saire
VSS	Viyana Satım Sözleşmesi

GİRİŞ

Ticari hayatın bir gereği olarak sözleşme tarafları uzun veya kısa vadeli, az veya çok kazanç elde etmek isterler. Bir ticari sözleşme hazırlanırken, taraflar elbette beklentilerini karşılayan bir sözleşme hazırlamak için gayret sarf edecektir. Bu sonucun gerçekleşebilmesi için sözleşmenin iyi planlanması gerekir. Bir sözleşmenin ortaya çıkması, taraflar arasında o sözleşmeye ilişkin müzakere sürecinin akabinde gerçekleşir. Başka bir ifadeyle, taraflar önce muhtemel veya potansiyel sözleşme ile ilgili kendilerince önemli hususları müzakere etmek amacıyla masaya otururlar. Müzakere sürecinin ardından sözleşmeyi imzalarlar ve aralarında bir sözleşme ilişkisi meydana gelir. Milletlerarası ticari sözleşmelerde bu süreç, salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelere göre birtakım farklılıklar içerir. Örneğin milletlerarası ticarete farklı ülkelerde bulunan birçok kişi sözleşme ilişkisine dahil olmakta, taraflar arasındaki ticari ilişki genellikle tek bir hukuki işlemle gerçekleşmemekte, daha karmaşık ve uzun bir süreci gerektirmektedir.¹ Bu tür bir ilişkinin hukuki boyutu, salt iç hukuku ilgilendiren ticari işlemlerden daha karmaşıktır. Bu uzun ve karmaşık süreci mümkün olduğu kadar netleştirmek, kolaylaştırmak ve henüz uyuşmazlık çıkmadan önce önlem almak amacıyla sözleşmenin dikkatli biçimde hazırlanması gerekir.

Milletlerarası sözleşmeler söz konusu olduğunda, hazırlık süreci daha uzun bir zamana yayılmaktadır. Bunun yanında milletlerarası sözleşme müzakereleri genellikle daha masraflı olmaktadır. Nihayet milletlerarası sözleşmelerde müzakere aşaması iç hukukta olduğundan daha karmaşık bir yapıda gerçekleşir. Müzakere aşamasının hukuki niteliği, tarafların bu süreçteki hak ve yükümlülükleri, müzakere sürecinde hazırlanan belgeler, bu aşamada ortaya çıkan sorumluluk gibi konular salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelere nazaran farklı bir yapıda olduğu gibi; hukuk sistemleri, bu süreci farklı şekilde nitelediğinden ortaya çıkan sonuçlar da yargı merciinin nitelendirmesine ve uygulanacak hukuka bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Tüm bu sayılan nedenlerle müzakere sürecinin özellikleri ve hukuki niteliğinin belirlenmesi ve bunun sonuçları üzerinde durulması gerekir.

¹ MILENKOVIC-KERKOVIC, Tamara: "Origin, Development and Main Features of the New Lex Mercatoria", *Economics and Organisation*, Vol.1, No:5, 1997, 87-91, 88; BERMAN, Harold J. / KAUFMAN, Colin: "The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)", *Harvard International Law Journal*, Vol. 19, No:1, Winter 1978, 221-277, 221-222.

Bu çalışma bir hukuk tezi olmasına karşın tezin ilk kısmında salt hukukçuların alanına girmeyen bazı konuların da incelenmesi ihtiyacı hasıl olmuştur. Şöyle ki; Öncelikle çalışma konusunun belirlenmesi aşamasında, uygulamadaki ihtiyaçlar dikkate alınmıştır. Ülkemizde milletlerarası ticaretle ilgilenen şirketlerin sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Buna karşılık ülkemizde milletlerarası ticari sözleşmelerin hazırlanmasına ilişkin kapsamlı bir eser bulunmamaktadır. İkinci olarak, milletlerarası ticari sözleşmelerin hazırlanmasına ilişkin olarak hukukçular tarafından hazırlanan sınırlı sayıdaki eserde konu, büyük ölçüde salt hukuk perspektifinden bakılarak incelenmiştir. Oysa bu bilgilerin gerçek hayatta kullanılabilmesi, müstakbel sözleşmenin taraflarının kültürleri, dili, ülkeler arasındaki ilişkiler, psikolojik unsurlar gibi birçok faktörün göz önünde bulundurulması ve konunun aslında çok disiplinli bir şekilde ele alınmasını gerektirir. Zira müzakere sürecinin salt hukuki açıdan ele alınması durumunda, uygulamada karşılaşıldığı gibi bir hukukçu gözlüğüyle eksiksiz bir sözleşme hazırlansa bile diğer faktörler sebebiyle sözleşme imzalanmayabilir. Milletlerarası ticaret uygulamasında bu ve benzeri sebeplerle müzakerelerin yarıda kesilmesi sık rastlanan bir durumdur. Dolayısıyla hukuki bilgilerin olumlu sonuca ulaşacak biçimde kullanılabilmesi için diğer faktörler de çalışmanın ilk bölümünde detaya girilmemeye çalışarak ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde, milletlerarası ticarete yer alan sözleşmelerin hemen hepsinde karşımıza çıkan sözleşme maddeleri incelenmiştir. Çalışmanın bu bölümünde, özellikle iki temel hukuk sistemi –Anglo-Amerikan hukuku ve Kara Avrupası hukuku- arasındaki farklılıklar nedeniyle oldukça sıkıntılı bir süreç yaşadığımı belirtmem gerekir. İki hukuk sistemi, bazı kavramların geçerliliğini, içeriğini ve hukuki sonuçlarını oldukça farklı biçimde ele almıştır. Çalışmada belirli bir hukuk sistemine dahil kavramlara yer vermek yerine, milletlerarası ticari sözleşmelerde karşımıza çıkan kavramlar genel olarak incelenmiş ve yeri geldikçe Anglo-Amerikan ve Kara Avrupası hukuk sisteminin ilgili hükme bakışı kısaca açıklanmış veya değerlendirilmiştir.

1. Milletlerarası Ticaretin Kısa Tarihçesi

Mal ve hizmetlerin kişiler arasında takas edilmesi insanlık tarihi kadar eskidir.² 16. yüzyıla kadar ticaret, esasen ülke sınırlarını aşmamakla birlikte, sınırlı biçimde Asya, Avrupa ve Afrika kıtaları arasında ticaret yapılmıştır.³ Ortaçağda 10. yüzyıldan itibaren milletlerarası ticarete öne çıkan ülke Çin olmuş, dünyanın birçok ülkesi Çin ile ticaret yapmıştır.⁴ 11. yüzyılda Avrupa ve Afrika arasında düzenli biçimde ticaret yapılmış, bu süreden sonra Avrupa'da ticaret canlanmıştır.⁵ 14. yüzyıla kadar Asya ve Avrupa arasında ticaret ise genellikle İpek yolu üzerinden gerçekleşmiştir. İpek yolu üzerinden yapılan ticaretin çöküşü geçmesi ile birlikte Hindistan ve Ortadoğu arasında deniz ticareti yükselişe geçmeye başlamıştır.⁶ Farklı milletlerden kişiler arasında mal ve hizmetlerin değişimi, orta çağda ulus devletlerin yükselişi ile başlamış, 16. ve 17. yüzyıllarda önemli bir ivme kazanmıştır.⁷ Orta çağda ticaretin kademeli olarak gelişmesine ve genişlemesine paralel şekilde doğu ve batı ülkeleri de ticari anlamda yakınlaşmış ve bugün dahi etkinliği kabul edilen bir kısım ticari teamüller ortaya çıkmıştır.⁸ 18. yüzyılda milletlerarası ticaret özellikle sanayi devrimiyle tam anlamıyla bir dönüşüm geçirmiştir.⁹ Sanayi devriminden sonra da yükseliş devam etmiş, ancak Birinci ve İkinci Dünya Savaşları sırasında duraklamıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra dünyada meydana gelen ekonomik gerileme ile 1945'ten sonra kurulan uluslararası organizasyonlar, ekonomik istikrar tedbirleri ortaya koymaya başlamışlar ve dünya ticaretini etkilemişlerdir.¹⁰ Bu noktadan sonra 19. yüzyılda, milletlerarası ticaret tekrar hızlı

² ODEKE, Ademuni, *Law of International Trade*, Blackstone Press Ltd, 1999, 3; MELEMEN Mehmet: *Uygulamalı Uluslararası Ticaret İşlemleri*, 2. Baskı, Türkmen Kitapevi, İstanbul, 2012, 1.

³ BUCKMAN, Greg: *Global Trade, Past Mistakes, Future Choices*, Fernwood Publishing, 2005, 2, 10.

⁴ BUCKMAN, 4.

⁵ OĞUZ, Arzu: "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku, (*Lex Mercatoria*)-Unidroit İlkelerinin *Lex Mercatoria* Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2001, C.50, 11-53, 20; BUCKMAN, 4.

⁶ BUCKMAN, 3.

⁷ ODEKE, 3; BUCKMAN, 2, 7.

⁸ KERR, Charles: "The Origin and Development of The Law Merchant", *Virginia Law Review*, Vol. 15, 1928-1929, 350-367, 353.

⁹ BUCKMAN, 11.

¹⁰ REUVID, Jonathan / SHERLOCK, Jim: *An Essential Guide to The Principles and Practice of Export*, ICC, UK, 2011, 4; WINHAM, Gilbert R.: "The Evolution of the World Trading System – The Economic and Policy Context", *International Trade Law*, Ed: Daniel BETHLEHEM / Donald MCRAE / Rodney NEUFELD / Isabelle VAN DAMME, Oxford University Press, 2009, 5-29, 12.

bir şekilde yükselişe geçmiş ve halen yükselişine devam etmektedir. Günümüzün artan teknolojik imkanlarıyla gün geçtikçe daha da kolaylaşmakta ve yaygınlaşmaktadır.

Tarihi süreçte herhangi bir malı üretmek için hammadde gibi doğal kaynaklara sahip olmayan veya herhangi bir malın üretilmesi veya hizmetin sunulmasında gerekli uzmanlık ya da teknik bilgi ve beceriye sahip beşeri kaynağı bulunmayan ülkeler bu ihtiyaçlarını diğer ülkelerden temin etmişlerdir. Aynı şekilde günümüzde de ülkelerin milletlerarası ticaret yapmaksızın vatandaşlarının ihtiyaçlarını karşılamaları mümkün olmadığından, her ülke farklı oranlarda diğerlerine bağımlıdır.¹¹ Bu nedenle ticaret, milletlerarası niteliğini hızla artırarak devam ettirmektedir. Günümüz teknolojilerinin mal ve hizmetlerin dolaşımını kolaylaştırması ile milletlerarası ve bölgelerarası organizasyonların sayısının artması, milletlerarası ticareti kolaylaştırmış ve bunun sonucu olarak milletlerarası ticari işlemlerin sayısının her gün biraz daha artmasını sağlamıştır.

2. Milletlerarası Ticaret ve Milletlerarası Ticaret Hukuku Kavramları

Dünyadaki kaynakların coğrafi olarak dağılımının farklılaşması, kaynakların her ülkede eşit biçimde bulunmaması, milletlerin kendilerinde bulunmayan doğal ve beşeri kaynakları veya zenginlikleri temin etme isteği, aralarında ticaret yapmalarını zorunlu kılmıştır.¹² Milletlerarası ticaret risklerin fazlalığı, fiziki, ekonomik ve sosyo-kültürel farklılıklar mevzuatın milletlerarası nitelikte olabilmesi, belgelerin sayı, tür ve nitelik olarak fazlalığı gibi konularda yurtiçi ticaretten keskin bir şekilde ayrılır. Zira ticaretin milletlerarası nitelik taşıması halinde süreç ciddi biçimde farklılaşmaktadır.¹³ Milletlerarası ticaret söz konusu olduğunda, ülke içi ticaretten farklı olarak ödeme cinsi ve türleri farklılaşmakta, ülke içinde mal ve hizmetlerin dolaşımında söz konusu olmayan kısıtlama ve sınırlamalar ortaya çıkmakta, sosyo-kültürel ve siyasal faktörlerin etkisi daha yoğun biçimde hissedilmektedir.¹⁴ Bütün bunlara ek olarak ticaretin milletlerarasılaşması halinde ülkeler, sadece mal ve

¹¹ ROOT, Franklin R. / KRAMER, Roland L. / D'ARLIN, Maurice Y.: *International Trade and Finance, Theory, Policy, Practice*, 2. Edition, South-Western Publishing Company, Ohio, 1966, 5; KEMER, Osman Barbaros: *Pratik Dış Ticaret Teknikleri Teori-Uygulama*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2003, 2; MELEMEN, 3.

¹² FREEMAN, A. Myrick: *International Trade: An Introduction to Method and Theory*, Harper&Row Publishers, New York, 1971, 2-4; KEMER, 4; MELEMEN, 1; ROOT/KRAMER/D'ARLIN, 47 vd.; WINHAM, 6-7.

¹³ KEMER, 6-7.

¹⁴ FREEMAN, 4-5; ROOT/KRAMER/D'ARLIN, 15.

hizmetleri takas etmemektedir. Milletlerarası ticaretin özü bu olmakla birlikte ticaret yoluyla birbirlerinin tüketim alışkanlıklarını, eğlence, örf-adet ve kültürlerini de etkilerler.¹⁵

'Milletlerarası ticaret' en geniş anlamıyla, ülke sınırlarını aşan ekonomik ve ticari faaliyetleri ifade etmektedir.¹⁶ Başka bir ifadeyle farklı ülkeler arasında gerçekleşen mal ve hizmet hareketlerini ifade etmektedir.¹⁷ Günümüzde milletlerarası ticaret; malların ve hizmetlerin ticareti, teknoloji transferi ve doğrudan yabancı yatırım olmak üzere dört ana alana ayrılmaktadır.¹⁸

Milletlerarası ticaret hukuku kavramı ise bazı yazarlara göre milletlerarası ticari işlemlere ilişkin özel hukuku ifade etmektedir. Bazı yazarlar ise, kamu hukukuna ilişkin milletlerarası anlaşmaları ve çok taraflı bir ticaret sistemini kuran ve kamu hukukuna ilişkin bu düzenlemelerin ülkelerin iç hukuklarının da uygulanmasını sağlayan milletlerarası organizasyonları içine alacak şekilde tanım yapılması gerektiğini belirtmektedirler.¹⁹ Genellikle hukuk sistemlerinin birçoğunda benzer biçimde düzenlenen, kaynağı ne olursa olsun, milletlerarası ticari ilişkileri düzenleyen özel hukuka ait prensipler veya kurallar olarak tanımlanmaktadır.²⁰ Buna göre milletlerarası ticaret hukuku kavramı, milletlerarası ticari muamelelere ilişkin hukuki rejimi, milletlerarası ticari muamelelerde kullanılan sözleşmelere ilişkin hukukun fiili yeknesaklığı veya benzerliği ile ticaret hukukunun milletlerarası kaynaklarını belirtmek için kullanılmaktadır.²¹

3. Milletlerarası Ticarete Uyumlaştırma Çalışmaları

17. yüzyıldan itibaren millî hukuk sistemlerindeki farklılıklar, milletlerarası ticarete hukuki güvenliğin sağlanmasını zorlaştırmış²² ve milletlerarası ticaretin ilerlemesinin

¹⁵ KERR, 353; MELEMEN, 3. Benzer yönde bkz. WINHAM, 7.

¹⁶ CHOW, Daniel C.K. / SCHOENBAUM, Thomas J.: *International Trade Law, Problems, Cases, Materials*, Aspen Publishers, 2008, 2; AKIN, Hakan: *Yeni İşimiz Dış Ticaret*, Elma Yayınevi, 8. Basım, 2010, 5; WINHAM, 6.

¹⁷ MELEMEN, 2.

¹⁸ CHOW/SCHOENBAUM, 2.

¹⁹ Geniş bilgi için bkz. CHOW/SCHOENBAUM, 1.

²⁰ GOODE, Roy / KRONKE, Herbert / MCKENDRICK, Ewan: *Transnational Commercial Law: Text, Cases, Materials*, Oxford University Press, 2007, 4. Bu noktada milletlerarası ticaretin kamu hukuku veçhesini ifade etmek için uygulamada genellikle 'dış ticaret' teriminin kullanıldığını da belirtmek gerekir.

²¹ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 5.

²² TOKER, Ali Gümrah: *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Vienna Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, 19.

önünde bir engel olarak görülmeye başlanmıştır. Zira milletlerarası ticaretin özel hukuk boyutunu düzenleyen milletlerarası özel hukuk kuralları, her ne kadar adında 'milletlerarası' ibaresi bulunsa da, kaynakları itibariyle millî bir hukuk dalını ifade etmektedir.²³ Millî hukuk sistemlerindeki farklılıkların, milletlerarası ticaretin işleyişini zorlaştırması sebebiyle, milletlerarası ticari ilişkilere farklı kuralların uygulanması gerekliliğinden söz edilmeye başlanmış, bu yaklaşım ise zaman içinde ülke hukuklarının uyumlaştırılması çalışmalarını tetiklemiştir.

Özellikle son yüzyılda, gerek milletlerarası, gerek bölgelerarası organizasyonlar tarafından milletlerarası ticarete ilişkin düzenlemelerin uyumlaştırılmasına ilişkin çalışmalar yapılmaktadır.²⁴ Bu uyumlaştırma çalışmaları, yalnızca milletlerarası ticarete ilişkin olmayıp, eş zamanlı olarak sözleşmeler hukuku alanında da gözlemlenmektedir. Bu çalışmaların nihai ve idealdeki hedefi elbette yeknesak bir sözleşmeler hukuku veya yeknesak bir ticaret hukuku yaratmaktır. Ancak bunun mümkün olmayacağı herkesin malumudur. Zira böyle bir idealin önündeki en büyük problem hukuk sistemleri arasındaki derin farklılıklardır. Yapılan uyumlaştırma çalışmalarında karşılaşılan en büyük sorunlar da hukuki veya ekonomik problemler olmayıp, hukuk sistemlerinin farklılığıdır.²⁵ Bununla birlikte yapılan çalışmalar, mahkemeler ve kanunkoyuculara yol gösterici olmakta ve hukukun uyumlaştırılmasında ciddi bir görev ifa etmektedir.

Uyumlaştırma çalışmalarının en önemli meyvelerinden birisi, bugün 83 devletin taraf olduğu²⁶ Viyana Satım Sözleşmesi (VSS) olarak bilinen Milletlerarası Ticari Mal Satımına İlişkin BM Anlaşması'dır. Bunun dışında her ne kadar bağlayıcılığı bulunmasa da, UNIDROIT Prensipleri, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri gibi kaynaklar da, milletlerarası ticarete oldukça sık başvurulmuş metinler olmaları sebebiyle uyumlaştırma çalışmalarının

²³ MORRIS, J.H.C. / McCLEAN, David / BEEVERS, Kish: *The Conflict of Laws*, Sweet&Maxwell, 2005, London, 4; DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, 9-10; NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, 11; TOKER, 19.

²⁴ Son yıllarda yapılan uyumlaştırma çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GOPALAN, Sandeep: *Transnational Commercial Law*, William S.Hein&Co.Inc., Buffalo, New York, 2004, 1-76, 113-152; HEIDEMANN, Maren: *Methodology of Uniform Contract Law, The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*, Springer, 2007, 35-55.

²⁵ EÖRSİ, Gyula: "Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.27, 1979, 311-323, 315.

²⁶ Kasım 2015 itibariyle sözleşmeye taraf ülkeler için bkz. CISG Database, Erişim adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>, Erişim tarihi: 16.11.2015.

önemli sonuçlarındandır. ICC'nin hazırladığı *INCOTERMS* de milletlerarası satım hukukunda oldukça etkinlik kazanmış ve milletlerarası satımlara ilişkin terimlerin yeknesaklaştırılmasında önemli bir aşama kaydetmiştir. AB bünyesinde ise ortak bir kanun çıkarmak amacıyla Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (*Draft Common Frame of Reference*) hazırlanmış, ancak metin yasalaşamamıştır. Bununla birlikte bu taslak, birlik bazında düzenlemelerin uyumlaştırılmasına dair önemli bir aşama kaydetmiştir.

4. Milletlerarası Ticaret Hukukunun Kaynakları

Milletlerarası ticari sözleşmeler, kaynağını milletlerarası ticaret hukukunda bulmaktadır. Milletlerarası ticaret hukuku ise, genel olarak tacirlerin pratik ve hukuki ihtiyaçlarının sonucu olarak ortaya çıkmıştır.²⁷ Hukukun genel ilkeleri, ticari teamüller, milletlerarası anlaşmalar, model kanunlar, tip sözleşmeler, yeknesak kurallar, bilinçli veya bilinçsiz olarak benzer olaylarda birbirine paralel şekilde verilen yargı kararları veya devletlerin çıkardıkları kanunlar ile doktrin görüşleri bu hukuk dalının kaynakları arasındadır. Milletlerarası hukukun genel prensipleri de milletlerarası ticaretin kaynakları arasında kabul edilmekle birlikte, kavramın anlam ve içeriğinin belirsizliği sebebiyle bu kavrama nadiren başvurulmaktadır.²⁸ Hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilen sözleşme serbestisi, *pacta sunt servanda* gibi herkesçe kabul edilen ilkeler ve tarafların ilişkili oldukları ülke hukukları, milletlerarası ticaretin, dolayısıyla milletlerarası ticari sözleşmelerin kaynakları arasında görülmektedir.²⁹ Bu kaynakların bir kısmı, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38.maddesinde de milletlerarası hukukun asli kaynakları arasında sayılmıştır.³⁰ Bu maddeye göre; uluslararası anlaşmalar, yargı kararları, uygar uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri ve yapılageliş kuralları ile en yetkin yazarların öğretileri

²⁷ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 6-7.

²⁸ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 36, 38.

²⁹ FOX, William F.: *International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, 4th Edition, Wolters&Kluwer, 2009, 11.

³⁰ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38/1;

“Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:

- Uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası anlaşmaları;
- Hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılageliş kurallarını;
- Uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;
- 59.madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular.”

milletlerarası hukukun kaynakları arasında kabul edilmiştir. Milletlerarası hukukun bir parçası olan milletlerarası ticaret hukukuna da bu sayılanlar elbette kaynaklık edecektir.

Yukarıda belirttiklerimiz dışında münferit sözleşmeler de milletlerarası ticaret hukukunun kaynakları arasında yer almaktadır. Sözleşmelerin bir kısmında taraflar, sözleşmede kendi kurallarını belirlediği için bu kuralların bizzat kendisi milletlerarası ticari sözleşmenin kaynağıdır.³¹

4.1. Genel Çerçeve

Kaynaklar hakkında teker teker bilgi vermeden önce, milletlerarası ticaret hukukuna kaynaklık eden milletlerarası düzenlemelerin, bağlayıcılığı olan düzenlemeler ve bağlayıcılığı olmayan ihtiyari düzenlemeler şeklinde ikiye ayrıldığını belirtmemiz gerekir.

4.1.1. Bağlayıcılığı Bulunan Kaynaklar

Bağlayıcılığı bulunan kaynakları milletlerarası anlaşmalar ve yeknesak kanunlar (*uniform laws*) oluşturmaktadır. Bu metinlerin, ilgili ülkenin anayasasına uygun olarak kabul edilip onaylanmadığı müddetçe hukuki olarak etkinliği yoktur.³² Ancak bir ülke tarafından kabul edilip onaylandıktan sonra artık hukuken bağlayıcı hale gelecektir.

Bu kategoriye giren kuralların en bilinen örneği Milletlerarası Ticari Malların Satımına ilişkin BM Anlaşmasıdır. Daha önceki anlaşmalardan farklı olarak Viyana Anlaşması'nın uygulama alanı oldukça geniş tutulmuştur. Devlet, bir kere sözleşmeyi onayladıktan sonra sözleşme, (taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa) uygulama alanına giren tüm uyuşmazlıklara kendiliğinden uygulanacaktır. Yeknesaklaştırma çalışmalarında önemli bir adım olan bu anlaşma birçok açıdan eleştiriye maruz kalmaktadır. Öncelikle anlaşmanın, hukuk sistemlerindeki derin farklılıklar sebebiyle, bazı konuları hiç düzenlemediğini,

³¹ Benzer yönde bkz. DALHUISEN, Jan. H.: *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume I: Introduction – The New Lex Mercatoria and its Sources*, Hart Publishing, 2013, 170. Bununla birlikte sözleşmenin bizzat kendisi, kendi geçerliliği hakkında karar verecek konumda bulunmadığından, taraflar aralarındaki hukuki ilişkiyi diğer bir takım kriterlere göre şekillendirmek zorundadırlar. Bkz. GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 35.

³² GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 36.

dolayısıyla yüzeysel kaldığı belirtilmektedir.³³ İkinci olarak, ulusal düzenlemelerde farklılıklar bulunduğu sürece, milletlerarası anlaşmalarla yeknesaklığı sağlamanın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.³⁴ Kaldı ki, ulusal düzenlemeler farklılık arz etmese dahi, anlaşmanın ülkeden ülkeye farklı yorumlanması ve uygulayıcıların farklı uygulamaları sebebiyle yeknesaklığın sağlanması zor olacaktır.³⁵ Bazı yazarlar ise, evrensel olarak uzlaşma sağlanmış milletlerarası standartların önemli olduğunu, ancak bu standartların zorunlu hale getirilerek dayatılmasından ziyade, ikna edici olacak biçimde tasarlanmaları gerektiğini belirtmiştir.³⁶

4.1.2. İhtiyari Kaynaklar

Bağlayıcılığı olmayan kaynaklar prensipler, model kurallar veya model kanunlar ya da *restatementlar* gibi ihtiyari (fakültatif) araçlar oluşturmaktadır.³⁷ Bu çalışmalar genellikle yeni tacirler hukuku veya modern *lex mercatoria* olarak anılmaktadır.³⁸ Bu metinlerin hukuki olarak zorunluluk noktasında etkinliği bulunmamaktadır.³⁹ Buna rağmen modern ticari hayatın ihtiyaçlarını karşılama amacı ile geliştirildiği için milletlerarası ticaretin düzenlenmesinde önem taşımaktadır.⁴⁰ Bu kategorideki kuralların ihtiyari olması sebebiyle milletlerarası ticaretteki yeknesaklaştırma çalışmalarına önemli katkılarının olmadığı, bağlayıcı olmamasının bunların zayıf noktası olduğunu belirtenlere karşılık bazı yazarlar, yeknesak kuralların zorunlu hale getirilmesini bir dayatma olarak adlandırarak eleştirmektedir.⁴¹ Bağlayıcı olmama özelliğine karşılık, milletlerarası ticarete uygulanan

³³ BIRENBAUM, David F. / MORLEY, Matt T.: “Drafting Contracts for International Sales”, 3 *International Financial Law Review*, May 1984, 17-19, 18.

³⁴ MCKENDRICK, Evan: *Contract Law*, Tenth Edition, Palgrave Macmillan Law Masters Series, 2013, 10.

³⁵ Viyana sözleşmesinin uzlaşılması, hazırlanması yıllar sürmüş ve imzalandıktan 30 yıl sonra bile bugün halen birçok ulusal hukuka aktarılmamıştır. Daha da ötesi, anlaşmanın ne şekilde tadilat edileceği halen belirsizdir. Ticaret dünyası halihazırda devinim halindedir ve piyasanın değişen ihtiyaçlarına hukukun adapte edilmesi zorunludur. Değiştirilmesi zor olan milletlerarası bir kanun, tacirlerin ihtiyaçlarına cevap veremez gibi görünmektedir. Ayrıca bu tür sözleşmelerin, sağlam ve güvenilir bir sözleşme hazırlamak amacıyla çok kültürlü bir uzlaşma sonucu ortaya konmaları nedeniyle açıklığı sağlamakta yetersiz kaldığı da tartışılmaktadır, ki bu durum ticari topluluğun ihtiyaç duyduğu şeffaflığın yetersiz olmasına neden olmaktadır. Bkz. MCKENDRICK, (Contract), 10.

³⁶ Bkz. MCKENDRICK, (Contract), 10 vd.

³⁷ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 36; MCKENDRICK, (Contract), 8.

³⁸ DALHUISEN, Jan. H.: *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume II: Contract and Movable Property Law*, Hart Publishing, 2013, 5.

³⁹ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 36.

⁴⁰ HOUTTE, Hans van: *The Law of International Trade*, Second Edition, Sweet&Maxwell, London, 2002, 25.

⁴¹ Bkz. MCKENDRICK, (Contract), 8.

kurallarda yeknesaklığın sağlanması amacıyla, zorunlu kuralların daha yoğun olarak uygulanması gerekliliği tartışılmaya başlanmış ve bu doğrultuda da bazı adımlar atılmıştır.⁴²

Bu grupta yer alan metinlerin en önemli örneği milletlerarası ticari sözleşmelerde kullanılan UNIDROIT prensipleridir. Bunlar kendiliğinden bağlayıcı olmayıp, tarafların bunları sözleşme hükmü haline getirmesi veya aralarındaki ilişkiye uygulanacak kurallar olarak belirlemesi için oluşturulmuştur. Ulusal mahkemeler halihazırda bunları uygulanacak hukuk olarak tanımakta isteksiz davranmakta veya mahkemelerin bu kuralları uygulanacak hukuk olarak tanınması mümkün olmasa da, aynı husus hakem heyetleri için geçerli değildir. Bu nedenle UNIDROIT prensipleri şu anda milletlerarası ticari tahkimde önemli rol oynamaktadır. Özellikle tarafların farklı ülkelerden olduğu ve uygulanacak hukuk konusunda anlaşmazlığa düşmeleri halinde, UNIDROIT prensipleri nötral kurallar dizisi sunması açısından oldukça kullanışlıdır.⁴³ Milletlerarası ticarete ve milletlerarası inşaatla yaygın olarak kabul gören kurallardan oluşan diğer önemli örnekler ise INCOTERMS ve FIDIC'tir.

Milletlerarası alanda kullanılan ve genel kabul gören prensipler, kurallar, model sözleşmeler gibi kaynaklar bazı yazarlarca milletlerarası ticaret hukukunun fiilen yeknesaklaştırılması olarak adlandırılmakta ve milletlerarası ticaretin esasen *lex mercatoria* olarak anılan bu kaynaklarca yönetildiğini belirtmektedirler.⁴⁴ Sözleşmeler hukukunun yakın gelecekte hepten uluslararasılaşacağını öngören görüşler⁴⁵ dikkate alındığında, bu yaklaşımın doğruluk payı taşıdığı söylenebilir. Bununla birlikte *lex mercatoria*nın hangi tür kuralları kapsadığı konusunda bir uzlaşma bulunmamaktadır. Ancak kavramın milletlerarası ticaret açısından oynadığı rolün önemi sebebiyle diğer kaynaklardan önce incelenecektir.

⁴² MCKENDRICK, (Contract), 9. Örneğin AB bünyesinde yeknesak bir kanun hazırlanması gibi öneriler ortaya çıkarken, AB dışında da bu tür kuralların milletlerarası anlaşma olarak hazırlanması yönünde öneriler ortaya çıkmıştır.

⁴³ MCKENDRICK, (Contract), 9; GOPALAN, 26.

⁴⁴ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 5. Benzer yönde bkz. DALHUISEN (V.I), 195 vd.

⁴⁵ Bkz. MCKENDRICK, (Contract), 8.

4.2. Lex Mercatoria

Yukarıda belirttiğimiz gibi milletlerarası ticaretin tüm kaynakları veya yalnızca belirli bir kısım kaynakları *lex mercatoria* olarak adlandırılmaktadır. Bu nedenle münferit olarak kaynaklardan bahsetmeden önce *lex mercatorianın* hukuki niteliği ve kaynaklarına değinmek yerinde olacaktır.

Lex mercatoria olarak adlandırılan kurallar, İngiliz ve Kara Avrupası hukuklarındaki gelişimi biraz farklı olsa da,⁴⁶ milletlerarası ticaretin gelişmesine paralel olarak 11-12. yüzyıllarda millî hukuklardan bağımsız, tacirlerin kendi arasında uyguladığı kurallar olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁷ Orta çağda ise ticaretin gelişmesiyle Doğu ve Batı ülkeleri arasındaki ticaret artmış ve günümüzde dahi bazıları kabul edilen bir kısım ticari teamüller ortaya çıkmış ve bu teamüller daha geniş bir alana yayılmıştır.⁴⁸ Günümüzde ise modern *lex mercatoria* veya yeni *lex mercatoria* olarak adlandırılan kurallardan bahsedilmekte ve millî hukuklardan bağımsız olarak uygulanan bu kurallar, milletlerarası ticarete halen etkinliğini sürdürmektedir. Zira milletlerarası ticarete uyumsuzluklar pratik, hızlı, esnek ve ticari açıdan hassas bir şekilde çözülmeyi gerektirmektedir.⁴⁹

⁴⁶ TRAKMAN, Leon E.: "The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage – Part II: The Modern Law Merchant", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol.12 No. 2, January, 1981, 153-182, 153; TRAKMAN, Leon E.: *The Law Merchant: Evolution of Commercial Law*, Fred B. Rothman&Co., Littleton, Colorado, 1983, 23.

⁴⁷ DE SILVA, Janak: "The New Law Merchant: Fact or Fiction?", *Sri Lanka Journal of International Law*, Vol.17, 2005, 167-182, 170-171; HATZIMIHAL, Nikitas: "The Many Lives – And Faces – of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law", Ağustos 2008, Erişim adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1222865, Erişim tarihi: 25.06.2015, 172-173; WINDBICHLER, C.: "Lex Mercatoria", 8740-8743, *International Encyclopedia of the Social&Behavioral Sciences*, Ed: Neil J. SMELSER / Paul B. BALTES, Elsevier, Oxford, 2001, 8740-8741; OĞUZ, (Lex Mercatoria), 20; TRAKMAN, Leon E.: "From The Medieval Law Merchant to E-Merchant Law", *University of Toronto Law Journal*, Vol.53, 2003, 265-304, 271 vd.; GOLDMAN, Berthold: (Lecture Prof.Dr. Berthold Goldman) Lex Mercatoria, *Forum Internationale*, No:3, November 1983, 3; FASSBERG, Celia Wasserstein: "Lex Mercatoria – Hoist with Its Own Petard?", *Chicago Journal of International Law*, Vol.5, No.1, Summer 2004, 67-82, 67; DOUGLAS, Michael: "The Lex Mercatoria and The Culture of Transnational Industry", *University of Miami International & Comparative Law Review*, Vol.13, Spring 2006, 367-400, 369; GÜÇER, Sülün: "Lex Mercatoria in International Arbitration", *Ankara Bar Review*, 30-39, 30-31; KERR, 253 vd.; TRAKMAN, (Law Merchant), 8-12; MILENKOVIC-KERKOVIC, 88. Ayrıca *lex mercatorianın* milattan öncesinden itibaren tarihi süreçteki gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. WETHMAR-LEMMER, Marlene: "The Development of The Modern Lex Mercatoria: A Historical Perspective", *Fundamina*, 11, 2005, 183-199, 183 vd.

⁴⁸ KERR, 353; AYĞÜL, Musa: "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması", Konya, 2004, *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, Erişim adresi: www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 26.02.2016.

⁴⁹ FORTIER, L.Yves: "The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future", *Arbitration International*, Vol.17, No:2, 121-128, 127; GÜÇER, 34.

Milletlerarası ticari sözleşmeler, salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelerden farklı bir içeriğe sahip olduğu halde, iç hukuk kuralları milletlerarası ticari sözleşmeleri göz önünde bulundurarak düzenlenmediğinden problemlerin çözümüne her zaman cevap verememektedir.⁵⁰ Zira milletlerarası ticarette, iç hukuklarda karşılaşılmayan birtakım işlemler yapılmakta, bazı millî hukuklarda düzenlenmeyen özel sözleşme tipleri karşımıza çıkmakta, daha karmaşık yapıda sözleşme ve işlemler yer almakta ve bütün bunlar iç hukuklarda kolayca sınıflandırılmamakta ve yine iç hukuklarda her zaman uygun nitelikte kurallar bulunmamaktadır.⁵¹ *Lex mercatoria* olarak adlandırılan kuralların ise tacirlerin gerçek ihtiyaçlarına cevap verdiği kabul edilmektedir.⁵² Günümüzde *lex mercatoria* olarak adlandırılan kurallar, özellikle tahkim şartı içeren sözleşmelerin yaklaşık %80'inde kabul edilmektedir.⁵³ Yine bu kurallar, milletlerarası anlaşmalarla veya millî kanunkoyuculara yön vererek bir anlamda kodifiye edilmektedir.⁵⁴ Hukuk sistemleri arasındaki derin ve ciddi farklılıklara rağmen tacirler, milletlerarası ticari sözleşme uygulamasında önemli derecede yeknesaklık sağlamışlardır.⁵⁵ Bu durum, *lex mercatorianın* genel kabul gören kurallar bütünü olduğu tezini de doğrulamaktadır.

4.2.1. *Lex Mercatoria'nın Niteliğine İlişkin Tartışmalar*

Lex mercatorianın niteliği konusunda bir uzlaşma bulunmamaktadır. Bir hukuk sistemi olduğunu belirten görüşler bulunduğu gibi,⁵⁶ kurallar bütünü veya bir fenomen olduğunu

⁵⁰ HEIDEMANN, Maren: *Does International Trade Need A Doctrine of Transnational Law?, Some Thoughts at the Launch of a European Contract Law*, Springer, UK, 2012, 10.

⁵¹ GOLSTAJN, Alexandar: "Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention", *International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures*, Ed: Paul VOLKEN / Petar SARKEVIC, Oceana Publications, Yugoslavia, 1989, 55-110, 59, 66.

⁵² DALHUISEN (V.I.), 205.

⁵³ MARRELLA, Fabrizio: "Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: A Shock or A New Chapter of Contemporary Private International Law?", *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed: Ahmet Cemil YILDIRIM / Serhat ESKİYÖRÜK, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 76-87, 76.

⁵⁴ WINDBICHLER, 8741. Bununla birlikte bu kurallar 'uyumlaştırma'nın bir görünümü değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DOUGLAS, 373.

⁵⁵ MILENKOVIC-KERKOVIC, 87; BERMAN/KAUFMAN, 221.

⁵⁶ Bkz. GOLDMAN, 22; DALHUISEN (V.I.), 182; SCHMITTHOFF, Clive M.: *International Trade Usages*, ICC, Publication II 440/4, France, 1987, 43-44; YILDIRIM, Ahmet Cemil: "Solid, Liquid and Gas Forms of the New Lex Mercatoria: How Do They Operate in Practice?", *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed: Ahmet Cemil YILDIRIM / Serhat ESKİYÖRÜK, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 5-26, 26. Hukuk sistemi olarak nitelendirilmesi durumunda ise bazı yazarlar, millî hukuk ve milletlerarası hukuk dışında üçüncü bir hukuk sistemi olarak kategorize edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. WINDBICHLER, 8742; GOLDMAN, 22. SCHMITTHOFF'da benzer şekilde millî ve milletlerarası hukuk düzenleri arasında bulunduğunu belirtmiştir. Bkz. SCHMITTHOFF, (Usages), 44. Buna karşılık GOLDMAN bir hukuk sistemi olduğunu belirtirken, bu hukuk

belirtenler, ya da kaynakları millî ve milletlerarası hukukta bulunan hibrit bir sistem olarak tanımlayanlar da bulunmaktadır.⁵⁷ Niteliği konusunda uzlaşma olmaması sebebiyle *lex mercatoriya* ilişkin olarak yapılan tanımlar da farklılaşmaktadır. Bir yazara göre *lex mercatoria*, belirli bir millî hukuka atıfta bulunmaksızın milletlerarası ticareti düzenleyen milletlerarası genel prensipler ve teamüllerden oluşmaktadır.⁵⁸ Başka bir tanıma göre ise, milletlerarası ticari hayatın aktörleri tarafından yaratılmış olan yeknesak otonom kurallar bütünüdür.⁵⁹ Başka bir tanımda ise *lex mercatorianın* milletlerarası ticarete yer alan bütün ülkelerde veya birçok ülkede ortak olarak kabul edilen ve milletlerarası ticari uyumsuzluklarda uygulanması uygun ve adil olan kurallar olduğu belirtilmektedir.⁶⁰ Bir başka yazar ise *lex mercatorianın*, tacirlerin milletlerarası ticaret uygulaması ve adetlerinden oluşan bir teamül hukuku olduğunu belirtmektedir.⁶¹ Tanımı ne şekilde yapılırsa yapılsın *lex*

sisteminin tamamlanmamış ve mükemmel olmayan bir sistem olduğunu ve ayrıca bu sistemdeki kuralların uygulanmasının, millî hukuk sistemlerine bağlı olduğunu belirtmektedir. BERTHOLD ise *lex mercatorianın* oluşturduğu bu hukuk düzenin 'milletlerarası hukuk düzeni' (*international legal order*) ile karıştırılmasının önüne geçmek için de 'uluslararası hukuk düzeni' (*transnational legal order*) olarak adlandırılmasını önermektedir. Sistemin 'otonom' nitelikte olduğunu belirtirken de, buradaki 'otonom' özelliğinin bütünüyle bağımsız bir nitelik gibi algılanmaması gerektiğine işaret etmektedir. Yazara göre millî ve milletlerarası hukuk düzenleri ile uluslararası hukuk düzeni birbirlerine katkıda bulundukları gibi aynı zamanda birbirlerini geliştirmektedir. Bkz. GOLDMAN 22-23. Milletlerarası hukuk (*international law*) ve uluslararası hukuk (*transnational law*) ayırımına ilişkin bilgi için ayrıca bkz. GOODE, (Usage), 2-3.

⁵⁷ Görüşler hakkında bkz. HATZIMIHAL, 171; GOLDMAN, 4; GOODE, (Usage), 32-35; FASSBERG, 69 vd.; AYĞÜL, (Lex Mercatoria); MANIRUZZAMAN, Abul F.M.: "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration", *American University International Law Review* Vol.14, 1999, 657-736, 658-669; DOĞAN, Vahit: *Banka Teminat Mektupları*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, 173-178; DOĞAN, Vahit: *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, 37-38.

⁵⁸ GOLDMAN, B.: "The Applicable Law: General Principles of the Law – Lex Mercatoria", *Contemporary Problems in International Arbitration Law* (Ed.), London, 1986, 125'ten aktaran JARAMILLO-VARGAS, 3 ve HATZIMIHAL, 170; DE SILVA, 168. Benzer yönde bkz. WINDBICHLER, 8740.

⁵⁹ CREMADES, Bernardo / PLEHN, Steven: "The New Lex Mercatoria and the Harmonisation of the Laws of the International Commercial Transactions", *Boston University International Law Journal*, Vol.2, 1984, 317-348, 324; GOLDSTAJN, (Usages), 69. Benzer yönde BERMAN/KAUFMAN, 272; GOLDMAN, 13; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 177. *Lex mercatorianın* otonom kurallar olarak nitelenmeyeceğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. MANIRUZZAMAN, 670-672.

⁶⁰ LANDO, Ole: "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", *International Comparative Law Quarterly*, Vol.34, October 1985, 747- 768, 747.

⁶¹ JARAMILLO-VARGAS, 4; KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: "Milletlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXIV, Sayı 1, 2006, 259-290, 264. GOLDSTAJN, ise otonom bir hukuk olduğunu belirtirken, ticari örf-adet ve teamüllerin, *lex mercatorianın* en önemli unsuru olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. GOLDSTAJN, (Usages), 71. Yukarıda verilen tanımların birçoğu *lex mercatorianın* milletlerarası ticarete genellikle herkesçe kabul gören kurallardan oluştuğunu belirtirken, bunun aksini savunan ve *lex mercatorianın* Avrupanın tüm ülkelerinde aynı biçimde olmadığını, yani yeknesaklıktan söz edilemeyeceğini ve salt tacirler tarafından oluşturulmadığını belirten yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. KADENS, Emily: "Order within Law, Variety within Custom: The Character of the Medieval Merchant Law", *Chicago Journal of International Law*, Vol.5, No.1, Article 6, 2004, 38-65, 40.

mercatorianın amacı, millî hukukların belirsizliklerinden kaçınarak, mümkün olduğu kadar tacirlerin gerçek ihtiyaç ve gerekliliklerine uygun olarak yorum yaparak milletlerarası ticari işlemleri düzenlemektir.⁶²

Kanaatimizce *lex mercatorianın* bir hukuk düzeni olarak tanımlanması yerinde değildir. Zira bir hukuk düzeninden bahsedebilmek için bu düzenin arkasında devlet desteğinin olması ve kurala uyulmadığı takdirde uygulanabilecek bir yaptırım usulünün bulunması gerekir. Ayrıca hukuk düzeninden bahsedebilmek için bu düzen içinde yer alan kuralların önemli ölçüde belirli ve kesin olması da aranmalıdır. Oysa *lex mercatoria* olarak adlandırılan kurallar bölgeden bölgeye ülkeden ülkeye değişebildiği gibi, bu kuralların içeriğini kesin ve her yerde geçerli olacak şekilde belirleyecek bir otoritenin varlığından da söz edilemez. Bu nedenle bize göre *lex mercatoria* müstakil bir hukuk düzeni olmayıp, milletlerarası ticaretin aktörleri tarafın pratik ihtiyaçlar neticesinde oluşturulan ve temelinde milletlerarası ticari örf-adetin bulunduğu kuralları ihtiva eden bir hukuk kaynağıdır.

4.2.2. Günümüz *Lex Mercatoriasının* Özellikleri

Lex mercatoria, doktrin ve uygulamadaki hakim görüşe göre milletlerarası ticari ilişkilere özgü bir huktur.⁶³ Kavramın tanımı, kaynakları ve kapsamı hususunda farklı görüşler olsa da, milletlerarası ticaretin bağımsız bir kaynağı olduğu konusunda ihtilaf bulunmamakta⁶⁴ ve milletlerarası ticaret uygulamasındaki fiili etkisi Roma hukukundan beri tartışmasız kabul edilmektedir.⁶⁵ Hukuki niteliği ve kaynakları konusunda uzlaşma olmamasına rağmen, *lex mercatorianın* bazı özellikleri hakkında genel olarak uzlaşmadan bahsetmek mümkündür.

Öncelikle milletlerarası ticari teamüllerin ve hukukun genel ilkelerinin *lex mercatorianın* kaynağı olduğu konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bu husus modern

⁶² JARAMILLO-VARGAS, Jorge: "Lex Mercatoria –A Flexible Tool to Meet Transnational Trade Law Needs Today", Revist@ e-Mercatoria Volumen 1, Numero 2, 2002, 4; HEIDEMANN, (Transnational), 9; AYGÜL, (Lex Mercatoria).

⁶³ Bkz. DOĞAN, (İş Akdi), 38.

⁶⁴ DOĞAN, Vahit: *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, 18.

⁶⁵ WINDBICHLER, 8740; WETHMAR-LEMMER, 184 vd.

lex mercatoria olarak anılan günümüz *lex mercatoriası* için de geçerlidir. Benzer şekilde sınıraşan bir karaktere sahip olması, millî hukuklardan bağımsız kurallar bütünü olması, milletlerarası düzenlemeler veya MTO gibi hükümet dışı milletlerarası organizasyonlar aracılığıyla kodifiye edilmekte olması, devamlı gelişme olan bir süreci barındırması gibi unsurlar günümüz *lex mercatoriasının* özellikleri arasında sayılmaktadır.⁶⁶ Buna karşılık *lex mercatoria*, ortaya çıkabilecek tüm sorunlara tek başına çözüm getirmeye yeterli olmadığından, milletlerarası ticari ilişkilerin belirli bir ülkenin hukuk düzenine tabi tutulması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmelidir.⁶⁷

4.2.3. *Lex Mercatoria*'nın Kaynakları Ve Kapsamı

Lex mercatorianın tanımına ilişkin bir uzlaşma bulunmadığı gibi, kaynakları ve kapsamı hususunda da uzlaşma bulunmamaktadır. Günümüzde artık *lex mercatorianın* varlığından ziyade, kapsamının nasıl olacağı tartışılmaktadır.⁶⁸

Lex mercatorianın özünü milletlerarası ticari gelenek oluşturmakta ve ticari sözleşmeleri konu almaktadır⁶⁹. Bu hususta görüş birliği olsa da, kapsamın nereye kadar genişleyeceği konusunda farklı görüşler vardır. Bazı yazarlar *lex mercatoriayı* oluşturan kuralları hukukun genel ilkeleri ve ticari teamüller ile sınırlarken,⁷⁰ bazı yazarlar ise milletlerarası ve devlet dışı organizasyonlar tarafından oluşturulan standard hükümler, milletlerarası anlaşmalar, model kanunları da *lex mercatorianın* kaynakları arasında mütalaa etmekte,⁷¹ diğer bir kısım yazar ise bu sayılanlara millî kaynakları da eklemektedir.⁷² Bir kısım yazar milletlerarası sözleşmeler, model kanunlar, iç hukuk kuralları, milletlerarası ticari organizasyonlar tarafından oluşturulan kurallar, hakem heyetlerinin uyguladığı kurallar ve prensipler olmak üzere *lex mercatorianın* kaynaklarını çok geniş bir yelpazede değerlendirmektedir.⁷³ Diğer bir kısım yazar ise, *lex mercatorianın*

⁶⁶ MILENKOVIC-KERKOVIC, 89-90.

⁶⁷ DOĞAN, (Teminat Mektubu), 178.

⁶⁸ OĞUZ, (Lex Mercatoria), 33.

⁶⁹ DOĞAN, (Akreditif), 17-19; AYĞÜL, (Lex Mercatoria).

⁷⁰ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 35.

⁷¹ WINDBICHLER, 8741; WETHMAR-LEMMER, 194; AYOĞLU, 28 vd.; DALHUISEN (V.I), 301; HOUTTE, 25; GÜÇER, 35-36.

⁷² HATZIMIHAL, 170; SCHMITHOFF, (Usages), 10 vd.

⁷³ YILDIRIM, 20 vd. Yazar, bu kaynakları *lex mercatorianın* katı, sıvı ve gaz hali olarak ayırmakta, milletlerarası sözleşmeler ve model kanunları katı; milletlerarası ticari organizasyonlar tarafından yazılı hale getirilmiş

milletlerarası ticaret alanında geliştirilen teamüller, standard sözleşmeler, yeknesak kurallar, hukukun genel ilkeleri ve taraflarca müzakere edilen sözleşmelerin de bulunduğunu⁷⁴ belirtmektedir. Bazı yazarlara göre ise ahde vefa (*pacta sunt servanda*), değişen koşullara uyumlaştırma (*rebus sic stantibus*), hakkın kötüye kullanılması yasağı (*abus de droit*), iyi niyet ve hatta *culpa in contrahendo* doktrininin de *lex mercatoria* kuralları arasında sayılması gerekir.⁷⁵

Görüldüğü gibi *lex mercatorianın* kapsamına ilişkin değerlendirmeler de oldukça farklılık göstermektedir. Bir yazarın da haklı olarak belirttiği şekilde, *lex mercatoria* birçok farklı kaynaktan beslenmektedir ve *lex mercatorianın* unsurlarını belirlemek veya sınırlamak mümkün değildir.⁷⁶ *Lex mercatoriayı* kabul edenler, hangi görüşü benimserse benimsesin, geleneksel devlet hukukundan ayrı olarak genel kabul gören belirli normların (ve uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının) varlığı konusunda hemfikirdir.⁷⁷

Kapsamına ilişkin bütün bu tartışmalara rağmen, temelde millî hukuklardan bağımsız olarak,⁷⁸ milletlerarası ticari hayatın ihtiyaçlarından doğan ve milletlerarası ticaret alanında kabul edilen teamüllerden oluşmaktadır. Bazı yazarlara göre taraflar, aralarındaki sözleşmeye *lex mercatorianın* uygulanmasını kararlaştırarak, milletlerarası sözleşmelere uygun olmayan iç hukuklarca oluşturulan kurallardan ve diğer zorluktan, millî hukuklardaki prosedürlerden kaçınma imkanına sahip olmaktadır.⁷⁹ Ancak milletlerarası ticarete herkes tarafından ittifakla kabul edilen prensiplerin bulunmadığı veya herhangi bir uyuşmazlık durumunda rehberlik edemeyecek derecede muğlak olduğu belirtilerek bu yaklaşıma karşı çıkılmaktadır.⁸⁰ Bu eleştiri, belirli ve öngörülebilir kuralların yokluğu halinde

teamülleri veya model sözleşmeleri sıvı ve temel prensipleri ve hukukun genel ilkeleri gibi kodifiye edilmemiş ancak milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda hakem heyetleri tarafından uygulanan kuralları *lex mercatorianın* gaz formu olarak adlandırmıştır. Ve nihayetinde tüm bu kaynakların milletlerarası ticaret uygulamasında karma şekilde karşımıza çıktığını vurgulamıştır. Benzer yönde bkz. FASSBERG, 69-70.

⁷⁴ DE SILVA, 168-169; HOUTTE, 25; LANDO, (Lex Mercatoria), 749 vd.; DALHUISEN (V.I), 301.

⁷⁵ DE SILVA, 179-180. Benzer yönde bkz. SCHMITHOFF, (Usages), 47.

⁷⁶ MANIRUZZAMAN, 673. Bununla birlikte çalışmanın inceleme planını sınırlamak amacıyla *lex mercatoria* başlığı altında incelenecek olan kaynaklar yalnızca hukukun genel ilkeleri ve ticari teamüller ile sınırlı tutulmuştur.

⁷⁷ HATZIMIHAL, 171.

⁷⁸ DE SILVA, 168; WINDBICHLER, 8740; OĞUZ, (Lex Mercatoria), 12; TRAKMAN, (E-Merchant Law), 300.

⁷⁹ LANDO, (Lex Mercatoria), 748. Benzer yönde TRAKMAN, (E-Merchant Law), 300.

⁸⁰ BORTOLOTTI, Fabio: *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts*, A Practical Guide, ICC Publications, 2008, 212.

belirli bir dereceye kadar doğru olmakla birlikte, sözleşmenin kendisi önemli hususları kapsayacak nitelikte detaylı olarak hazırlanmışsa, geriye kalan tali hususlara ilişkin kural boşluğu bulunmasının, bu hususların (genellikle en azından bir tarafın beklentilerine uygun olmayan) belirli bir ülkenin hukukuna göre çözülmesinden daha riskli olmayacaktır.⁸¹ Buna rağmen bu riski de bertaraf etmek isteyen taraflar, aktarım (*incorporation*) yoluyla UNIDROIT veya benzeri prensipleri sözleşmeye dahil ederek belirsizliği en aza indirebilirler.

Tarihi sürece baktığımızda *lex mercatorian*ın geleneksel çıkış noktasının ticari teamüller ve genel hukuk prensipleri olduğunu görmekteyiz. Günümüzde de *lex mercatorian*ın özünü bu ikisi oluşturmaktadır.

4.2.3.1. Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri en genel tanımıyla, “çeşitli ulusal hukuk düzenlerinde ortak yönlendirici olan düşüncelerdir”⁸². Toplum hayatında belirli bir düzen içinde birlikte yaşama arzusunun bir ürünü olarak ortaya çıkan, hukukun gelişmesinde bir motor fonksiyonu icra eden, genel, sürekli, yazılı olsun olmasın tüm insanlığın kabul edebileceği, reddedilmesi veya itiraz edilmesi mümkün olmayan, varlığının kabulü aklın gereği olan, ortak adalet duygusunu temsil eden ve ortak vicdana uygun olan, ortak üst normları teşkil eden evrensel kurallardır.⁸³ Hukukun genel ilkeleri belirli bir hukuk sistemine ait kavramlar olmayıp,⁸⁴ hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde hukukun en üst düzeydeki kaynağı olarak kabul edilmektedir.⁸⁵ Ancak nelerin hukukun genel ilkeleri arasında olduğu konusunda bir uzlaş

⁸¹ Bkz. BORTOLOTTI, 121.

⁸² OĞUZ, (Lex Mercatoria), 28. Benzer yönde bkz. CORDERO-MOSS, Giuditta: *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press, UK, 2014, 31. CORDERO-MOSS farklı hukuk sistemlerinde, içtihatlarda ve bilimsel çalışmalarda ele alınarak kendisine bir değer atfedilen ve genellikle kabul edilen prensipler olarak tanımlamıştır.

⁸³ AKIL, Abdülkadir: “Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi”, 385-424, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VII, S:3-4 (Aralık 2003), Erişim adresi: http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_2_14.pdf, Erişim tarihi: 01.08.2014, 394, 418-419; KABOĞLU, İbrahim: “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 8, 1991, 291-322, Erişim adresi: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/kaboglu.pdf, Erişim tarihi: 01.08.2014, 292.

⁸⁴ HAFEZ, Karim: “The General Principles of Law Applicable to International Disputes”, *Arbitration*, 1998, 64(1) Sup (Supplement), S1-15, S2.

⁸⁵ LANGEN, Eugen: *Transnational Commercial Law*, Sijthoff International Publishing, 1973, 225; AKIL, 396 vd.

olmadığı gibi,⁸⁶ bu ilkelerinin tümünü belirleyecek bir otoritenin varlığından da söz edilemez⁸⁷.

Hukukun genel ilkeleri, birçok yazarca *lex mercatorian*ın bir parçası olarak görülmektedir.⁸⁸ Bu görüşü savunan yazarların bir kısmı milletlerarası ticari teamüllerin *lex mercatorian*ın çatısı altında bulunduğunu kabul etmekle birlikte, bir teamülün genel kabul gören bir prensip haline gelmesi durumunda *lex mercatorian*ın kaynakları arasına dahil edilemeyeceğini belirtmektedirler.⁸⁹ Bazı yazarlar ise hukukun genel ilkelerinin *lex mercatoriayı* tamamladığını savunmaktadır.⁹⁰

Ahde vefa, hakkın kötüye kullanılmaması, iyi niyet, kazanılmış haklara saygı, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, sözleşmeye bağlılık, kimsenin sahip olduğu haklardan fazlasını devredemeyeceği gibi ilkeler hukukun genel ilkeleri arasında kabul edilmektedir. Bu ilkelerin önemli bir kısmı ülkelerin pozitif düzenlemelerinde yer bulmaktadır. Benzer şekilde milletlerarası anlaşmaların birçoğunda da bu ilkelere yer verildiği gibi, bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan veya bağlayıcılığı olmayan prensipler veya yeknesak kurallarda da yer verilmektedir.⁹¹

4.2.3.2. Ticari Teamüller

Milletlerarası teamül hukuku, genel kabul gören ve devamlı olarak tekrarlanan belirli bir uygulamanın, birçok devlet tarafından doğru veya zorunlu görülmesi ile ortaya çıkar.⁹² Ticari örf ve adetler veya teamüller,⁹³ ticari hayatta tacirlerce uzun zamandır uygulanagelen

⁸⁶ CORDERO-MOSS, 31. Benzer yönde bkz. HAFEZ, 55.

⁸⁷ AYOĞLU, Tolga: "Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria", *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed: Ahmet Cemil YILDIRIM / Serhat ESKİYÖRÜK, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 27-36, 29.

⁸⁸ Bkz. GOODE vd., 35; OĞUZ, (Lex Mercatoria), 22, 28; AYOĞLU, 28; DALHUISEN (V.I), 301; HOUTTE, 25; OĞUZ, Arzu: "Lex Mercatoria Kurallarında İyiniyetin Rolü", *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed: Ahmet Cemil YILDIRIM / Serhat ESKİYÖRÜK, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 179-188, 182.

⁸⁹ GOODE vd., 35. Benzer yönde bkz. GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 50.

⁹⁰ HOUTTE, 25.

⁹¹ Örneğin UNIDROIT Prensipleri ve ASHP'de iyi niyet ilkesine o kadar merkezi bir rol verilmiştir ki, bu ilkenin ağırlığı, uygulayıcıya oldukça geniş bir yorum alanı bırakılmasına sebep olmuştur. Bkz. CORDERO-MOSS, 29.

⁹² HOUTTE, 6; GAL, Imre: "The Commercial Law of Nations and the Law of International Trade", *Cornell International Law Journal*, Vol.6, 1972, 55-75, 59.

⁹³ Bazı yazarlara göre teamül ve örf-adet aynı kavramlar değildir. Şöyle ki, kural, teşkilatlı bir otorite tarafından benimsenmiş, gerekirse zorla uygulanmakta ise ve ihlale ilişkin bir müeyyide varsa örf-adet kuralıdır; bu hususlar mevcut değilse teamül kuralıdır. Bkz. BOZKURT, Enver: *Hukukun Temel Kavramları*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, 78; BİRSEL, Mahmut T.: "Ticari Örf ve Adet", *Ankara Barosu Dergisi*, 1968, Sayı 2, 205-

gelenekler ve davranış biçimleri⁹⁴ veya yalnızca belli bir ticaret veya iş alanında faaliyet gösteren kişilerce anlaşılabilen bilgiyi ifade eder.⁹⁵ Bununla birlikte, belirli bir tanım vermek kolay değildir. Birçok hukuk sisteminde ticari teamüllere atıfta bulunulmasına rağmen, tanımlamaktan kaçınılmıştır.⁹⁶ Ticari teamülün işaret ettiği anlamları; bağımsız bir hukuk kaynağı olan teamüller, bağımsızlığı söz konusu olmayıp bir kodifikasyonda atıf yapılan bir unsur veya tarafların aralarında oluşturdukları alışkanlıklar şeklinde üçe ayırabiliriz.⁹⁷ Ticari gelenek veya teamül tabiri pozitif düzenlemeye konu olan kuralları da içerebilir.⁹⁸ Başka bir deyişle ticari teamüller, millî düzenlemeleri içerebileceği gibi, *lex mercatoria*dan ortaya çıkan evrensel kuralları da içerebilir.⁹⁹ Ne şekilde karşımıza çıkarsa çıksın, milletlerarası ticari teamüllerin modern *lex mercatorian*ın bir parçası olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁰

Milletlerarası ticarete teamüllerin, taraflar arasındaki ilişkiyi düzenlemesi millî hukuklarda ve milletlerarası düzenlemelerde çok uzun zamandır kabul edilegelmiştir. Öyle ki, takasın ortaya çıkmasından itibaren ticari teamüller ticari hayatta yer almaya başlamıştır.¹⁰¹ Ticaret hukukunun birçok kurumu öncelikle bireyler arasındaki alışkanlıklarla ortaya çıkmış, zamanla yaygınlaşarak ticari teamül halini almış ve önemli bir kısmı nihayetinde pozitif düzenlemelere konu olarak bir hukuk kuralı niteliği kazanmıştır.¹⁰²

210, 207. Bu iki kavramı birbirinden ayıran bir başka yazar ise, teamülün, belirli iki taraf arasında oluşan ve subjektif nitelik taşıyan bir kavram olduğunu; buna karşılık örf-adetin belirli bir ticaret dalında veya sektörde yerleşmiş bulunan kurallara işaret eden objektif bir kavram olduğunu belirtmektedir. Bkz. SCHWENZER, Ingeborg / HACHEM, Pascal / KEE, Christopher: *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, 310-311. Bununla birlikte BOZKURT, teamül ve örf-adet kuralı ayrımının genellikle iç hukukta yapıldığını belirtmektedir. Teamül ve örf-adete ilişkin bu terminolojik ayrım hakkında ayrıca bkz. GOODE, Roy M.: "Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, January 1997, 1-46, 7 dn.20; GOLDSTAJN, (Usages), 78.

⁹⁴ OĞUZ, (Lex Mercatoria), 25; ERDEM, Ercüment: "Lex Mercatoria ve Uluslararası Ticarete Örf ve Adetin Önemi", *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed: Ahmet Cemil YILDIRIM / Serhat ESKİYÖRÜK, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 37-73, 42. Benzer yönde bkz. SCHMITTHOFF, (Usages), 9; GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 40.

⁹⁵ DIMATTEO Larry A.: *International Contracting: Law and Practice*, Third Edition, Kluwer Law International, Netherlands, 2013, 33.

⁹⁶ SCHMITTHOFF, (Usages), 11.

⁹⁷ DALHUISEN (V.I), 162.

⁹⁸ SCHMITTHOFF, (Usages), 9-10. SCHMITTHOFF 'ticari teamül' ve 'hukuk kuralı' arasındaki farkı belirtirken, hukuk kurallarının ileri derecede soyutluk özelliği bulunduğunu ve bu nedenle de kuralın orijininden ayrılmış olduğunu belirtirken, ticari teamüllerin yalnızca özel uygulama alanı bulunduğunu ve orijini ile göbek bağının henüz kopmadığını belirtmektedir. Bu nedenle yazara göre hukuk kuralı ve ticari teamül arasında ayrım yapılırken, bunların pozitif geçerliliğini değil, tabiatını dikkate almak gerekir.

⁹⁹ SCHMITTHOFF, (Usages), 20.

¹⁰⁰ SCHMITTHOFF, (Usages), 43.

¹⁰¹ TRAKMAN, (Law Merchant), 7.

¹⁰² SCHMITTHOFF, (Usages), 9.

Tacirlerin uyguladığı bu kurallar coğrafi, hukuki, ticari, ekonomik ve siyasi olarak farklılaşabilmektedir.¹⁰³ Milletlerarası alanda teamüllerin ortaya çıkması iç hukuktaki örf-adet veya teamüllerin ortaya çıkışından farklı değildir.¹⁰⁴ Başka bir deyişle, bir davranış biçiminin örf-adet veya teamül kuralı olarak kabul edilebilmesi için; davranışın uzun süredir tekrarlanıyor olması (maddi unsur-objektif şart), toplum içinde o şekilde hareket etmenin mecburi olduğu yönünde bir inanç bulunması (subjektif şart-manevi unsur) uyulmadığı takdirde müeyyide uygulanması (müeyyide şartı-hukuki unsur) şeklindeki üç şartın gerçekleşmesi gerekir.¹⁰⁵ Bu nedenle milletlerarası alanda örf-adet kuralının ortaya çıkması iç hukuka nazaran çok daha zor olup, kuralın bütün devletlerce kabul edilebilmesi için çok genel ve soyut olması gerekmektedir.¹⁰⁶ Milletlerarası ticaret hukukunun kaynakları arasında sayılan unsurların bir kısmı ticari teamül haline gelmiş kuralları içermekte, bir kısmı ise henüz ticari teamül haline gelmeyip, ancak tarafların atıfta bulunmasıyla uygulamaya gelebilecek niteliktedir.¹⁰⁷

Ticari teamülleri, milletlerarası ticari teamüller ve millî ticari teamüller olarak ikiye ayırabiliriz.¹⁰⁸ Burada *lex mercatoria* kapsamında incelediğimiz ticari teamüller elbette milletlerarası ticari teamüllerdir. Milletlerarası ticarete uygulanan teamülleri ise yazılı ve yazısız¹⁰⁹ teamüller şeklinde ayırabileceğimiz gibi, genel ve özel teamüller olarak da ikiye ayırabiliriz. Şöyle ki, ticari hayatta her sektör kendi ihtiyaçları doğrultusunda kendi örf-adet ve teamüllerini geliştirmiştir.¹¹⁰ Ticari teamüller genellikle belirli bir sektöre veya belirli bir bölgeye özgü olup, genel anlamda evrensel olarak kabul edilen az sayıda teamül bulunmaktadır. Hatta bu sebeple aslında genel anlamda tek bir *lex mercatoria* olmayıp, her sektörün kendi *lex mercatoriası* olduğu belirtilmektedir.¹¹¹ Bunları özel ticari teamüller

¹⁰³ Belirli bir ülkede veya bölgede, belirli bir ekonomi grubu içinde, belirli hukuk sistemleri içinde, belirli siyasi gruplar veya siyasi görüşler arasında, belirli bir ticaret dalı veya sektörde ortaya çıkabilmektedir. Bkz. GOODE, (Usage), 11.

¹⁰⁴ DOĞAN, (Milletlerarası), 14.

¹⁰⁵ DİNÇKOL, Abdullah: *Hukuka Giriş*, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2012, 74-78; GÜRİZ, Adnan: *Hukuk Başlangıcı*, 15. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2013, 11-12; AKI, Erol: *Hukukun Temel Kavramları*, 5. Baskı, İzmir, 1999, 115-116; BOZKURT, 78-79; BİRSEL, 205.

¹⁰⁶ DOĞAN, (Milletlerarası), 14.

¹⁰⁷ CORDERO-MOSS, 32.

¹⁰⁸ SCHMITHOFF, (Usages), 10.

¹⁰⁹ Yazısız teamüller belirli bir derecede normatif gücü olan ve tacirler arasında tekrarlanarak yerleşmiş bulunan uygulama veya yöntemlerdir. Bkz. GOODE, (Usage), 7.

¹¹⁰ HOUTTE, 25. Benzer yönde bkz. AYOĞLU, 31.

¹¹¹ HOUTTE, 25; TRAKMAN, (Part II), 179; GOODE, (Usage), 16-17. Benzer yönde bkz. BERMAN/KAUFMAN, 274-275.

olarak kabul edersek, ticari hayatın her alanında uygulanan teamülleri de genel ticari teamüller olarak adlandırabiliriz.

Ticari teamüller milletlerarası ticaretin gelişmesinde önemli rol oynamakta ve milletlerarası ticaretin kaynakları arasında önemli yer tutmaktadır.¹¹² Bununla birlikte bazı yazarlara göre bir ticari teamül, milletlerarası ticari faaliyetlerin belirli bir şekli için genel kabul gördükten sonra artık teamül değil, milletlerarası ticaret hukukunun bağımsız bir kaynağı olan genel ilkeler arasına dahil olacaktır.¹¹³ Bazı yazarlar ise milletlerarası ticari sözleşmelerde bulunan ve milletlerarası ticari teamüller içerisinde kabul edilen sözleşme hükümlerinin, milletlerüstü bir yapı içerisinde ele alınması gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁴

Ticari teamülleri tanımlamak zor olmasına rağmen, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde hayati öneme sahip olabilmektedir. Zira çok iyi hazırlanmış sözleşmelerde bile muğlaklık bulunabilir.¹¹⁵ Bazı durumlarda ise sözleşmenin hazırlandığı zamanda sözleşmede muğlaklık veya boşluk bulunmazken, uzun süreli bir ilişki söz konusu olduğunda sonraki dönemde ortaya çıkan sebeplerle sözleşmede boşluklar bulunabilir.¹¹⁶ Özellikle bu gibi durumlarda tarafların aralarında kararlaştırmadıkları hususlarda veya aksini belirtmemişlerse o sektöre özgü ticari teamüllerin uygulanacağı kabul edilir.¹¹⁷ Taraflar arasında hazırlanan sözleşmede boşluk bulunmasa dahi, aradaki ilişkiye veya ortaya çıkan uyuşmazlığa ticari teamüllerin uygulanması milletlerarası ticarete daha pratik olduğu gibi, herhangi bir problem karşısında çözümün, (kanuna dayanan düzenlemeler yerine) milletlerarası ticari teamüllerde bulunması daha kolay olacaktır.¹¹⁸ Bununla birlikte, hangi hususların 'milletlerarası ticari teamül' olarak kabul edileceğini belirlemek veya bir hususun 'ticari teamül' olup olmadığının kanıtlanması noktasında zorluklarla karşılaşılabilir.¹¹⁹ Bu noktada, özellikle ticari bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, genellikle bir hususun ticari teamül olduğunu iddia eden tarafın bunu ispatlaması

¹¹² GAL, 60.

¹¹³ Bkz. GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 35, 50.

¹¹⁴ BERMAN/KAUFMAN, 274.

¹¹⁵ FOX, 16. Aynı yönde bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 310.

¹¹⁶ FOX, 16.

¹¹⁷ ERDEM, (Lex Mercatoria), 42-43; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 316.

¹¹⁸ FORTIER, 127.

¹¹⁹ BERMAN/KAUFMAN, 275. Benzer yönde bkz. SCHMITHOFF, (Usages), 20-22.

gerektiği¹²⁰ kabul edilir. Kanıtlandığı takdirde ise, genellikle bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir.¹²¹ Ticari teamüller, taraflar için genellikle karmaşık olan kanunlar ihtilafı kurallarından ve iç hukuklardaki 'belirsizliklerden' kaçınma imkanı sağlamaktadır.¹²² Bununla birlikte tüm hukuk sistemlerinin ticari teamüllerin uygulanmasını kabul etmediğini veya uygulanmasında farklı kriterlerin esas alınabildiğini de ifade etmek gerekir.¹²³

4.3. Milletlerarası Anlaşmalar

Milletlerarası anlaşmalar, milletlerarası ticarete önemli rol oynamakta ve milletlerarası ticaret hukukunun önemli bir kaynağını oluşturmaktadır.¹²⁴ Buna ek olarak bağlayıcı olması sebebiyle, milletlerarası ticarete ilişkin düzenlemelerin uyumlaştırılmasında en önemli araçtır.¹²⁵ Zira, halihazırda uygulanagelen teamüller, milletlerarası anlaşmalar yoluyla bir anlamda kodifiye edilmektedir.¹²⁶

Milletlerarası anlaşmalar ikili veya çok taraflı anlaşmalar şeklinde karşımıza çıkabilir. Milletlerarası ticari ilişkileri düzenleyen anlaşmaların birçoğunda tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde olması halinde anlaşmanın uygulanacağı kabul edilmekte ve kişisel mal ve hizmet alımı dışlanmaktadır.¹²⁷ Milletlerarası ticareti ilgilendiren milletlerarası anlaşmaların en önemlileri ikili yatırım anlaşmaları veya dostluk, işbirliği ve seyrüsefer anlaşmaları olup, bunlar iki ülke arasındaki ticari ilişkileri ayrıntılı olarak düzenlerler.¹²⁸ Viyana Satım

¹²⁰ AYOĞLU, 31.

¹²¹ CORDERO-MOSS, 31.

¹²² FORTIER, 127. Ancak bazı yazarlar milletlerarası ticari teamüllerin millî hukukların uygulanmasından kaçınmak anlamına gelmediğini, aksine bazı sözleşme türlerinde veya belirli durumlarda millî hukuklardaki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını desteklediklerini belirtmektedir. Bkz. BERMAN/KAUFMAN, 275.

¹²³ FOX, 16-17. Örneğin İngiliz hukukunda ticari teamüllerin uygulanabilmesi için belirli, hukuka uygun, ticari olarak makul olması ve açık biçimde kanıtlanabilir olması gerekmektedir. Bkz. TRAKMAN, (Part II), 162-164. Türk hukukunda ise hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde ticari örf-adet ve teamüllerin uygulanmasına cevaz verilmekte, hatta ticari teamüller, genel teamüllere üstün tutulmaktadır. UNIDROIT Prensiplerinde ise, tarafların aralarında üzerinde anlaştıkları veya kendi aralarında oluşturdukları teamüllerin uygulanması kabul edildiği gibi, prensipler aynı zamanda milletlerarası ticarete kabul gören ve düzenli olarak dikkate alınan teamüllerle de tarafların bağlı olduğunu kabul etmiştir. Bkz. UNIDROIT Prensipleri m. 1.9.

¹²⁴ HOUTTE, 1; OĞUZ, (Lex Mercatoria), 26. Bununla birlikte milletlerarası anlaşmaların yalnızca taraf ülkeler açısından bir kaynak olabilmesi nedeniyle, aslında gerçek anlamda milletlerarası ticaretin bağımsız bir kaynağı olmadığını belirten görüşler de bulunmaktadır. Bkz. DALHUISEN (V.I), 171.

¹²⁵ GOPALAN, 78.

¹²⁶ DE LY, Filip: "Non-Compete Clauses in International Contracts", *International Business Law Journal*, Vol. 4, 2006, 441-494, 60.

¹²⁷ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 112.

¹²⁸ FOX, 13; HOUTTE, 2.

Sözleşmesi (VSS), Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Anlaşması, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması, Milletlerarası Finansal Kiralama Hakkında UNIDROIT Anlaşması (1988) (*UNIDROIT Convention on International Financial Leasing*), Mobil Ekipmana İlişkin Milletlerarası Anlaşma (*Convention on International Interests in Mobile Equipment*) (2001), Milletlerarası Faktöring Hakkında UNIDROIT Anlaşması (*UNIDROIT Convention on International Factoring*) (1988), GATT gibi çok taraflı anlaşmalar ise gidererek artan şekilde milletlerarası ticareti etkilemektedir.¹²⁹

Bunlar içerisinde özellikle VSS, yürürlüğe girmesi ile birlikte dünya satım hukukunu dikkate değer biçimde etkilemiş ve halen dünya ticaretinde önemli bir rol oynamaktadır.¹³⁰ Hukuk sistemleri arasındaki derin farklılıklara rağmen VSS, dünyadaki temel sistemlerden Sosyalist sistemler, Anglo-Amerikan ve Kara Avrupası hukuklarının bir sentezi olarak yaratılmıştır.¹³¹ Anlaşma, belirli bir ülkenin pozitif hukuku dikkate alınarak oluşturulmayıp, iç hukuklardan bağımsız olarak milletlerarası alanda geçerli olan ortak anlayışı yansıtmaktadır.¹³² Öyle ki, VSS'yi, *lex mercatorian*ın kodifiye edilmesi olarak gören yazarlar dahi bulunmaktadır.¹³³ Sözleşmenin doğrudan düzenleme getirmediği konularda bunların temelini oluşturan genel prensiplere uygun olarak, böyle bir prensip bulunmadığı halde ise milletlerarası özel hukuk kuralları doğrultusunda belirlenen uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir.¹³⁴ Dolayısıyla VSS, ticari hayatta kendiliğinden ortaya çıkan kuralların taraf ülkelerce tanınması ve bağlayıcılığının kabul edilmesini sağlamıştır.¹³⁵

¹²⁹ FOX, 13.

¹³⁰ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 256.

¹³¹ DIMATTEO, Larry A. / DHOOGHE, Lucien J. / GREENE, Stephanie / MAURER, Virginia G. / PAGNATTARO, Marisa Anne: *International Sales Law, A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005, 13.

¹³² FOX, 33; DIMATTEO/DHOOGHE/GREENE/MAURER/PAGNATTARO, 15-17; GABRIEL, Henry: *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, New York, 2004, 10; KONERU, Phanesh: "The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles", *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol.6, 1997, 105-152, 151-152.

¹³³ DIMATTEO/DHOOGHE/GREENE/MAURER/PAGNATTARO, 16-17.

¹³⁴ GABRIEL, 11.

¹³⁵ CORDERO-MOSS, 33-34.

4.4. Birörnek Kurallar Ve Model Kanunlar (Milletlerarası Prensipler)

Esnek hukuk (*soft law*) şeklinde milletlerarası sözleşmeler hukukunu konu alan kaynaklar yaratılarak, sözleşmeler hukuku alanındaki düzenlemelerin uyumlaştırılması yeni bir akım olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³⁶ Bu tür kuralların kendiliğinden bağlayıcılık ve yaptırım gücü bulunmamaktadır.¹³⁷ Milletlerarası ticarete bu düzenlemeler yeknesak kurallar, model kanunlar ve milletlerarası prensipler şeklinde düzenlenebilmektedir.

Birörnek kurallar, milletlerarası ticarete belirli konularda uzmanlaşmış olduğu kabul edilen organizasyonlar tarafından yayınlanan kurallar olup, sözleşmelere ilişkin bazı belirlemeleri içermektedir. Bir örnek kurallar, tip sözleşmelerden farklı olarak tarafların yapacakları tüm sözleşmenin detaylarını düzenlemez, ancak belirli bir kısmını düzenler. Taraflar, bu kurallardaki belirlemeleri aralarındaki sözleşmeye ekleyebileceği gibi, aralarındaki sözleşmede bu türden kurallara atıfta da bulunabilirler.¹³⁸ Ayrıca bu tür yeknesak kurallar veya standart terimler, taraflar arasında bu yönde oluşmuş bir teamül bulunduğu takdirde veya belirli bir ticaret dalında yeknesak kurallar veya terimlerin uygulanmasına ilişkin bir teamül bulunduğu takdirde uygulanabilir.¹³⁹ Taraflar, bu tür standart kurallar veya terimlerin aralarındaki ilişkiye uygulanacağını kararlaştırmalarına rağmen, bir veya birkaçı üzerinde değişiklik yapmış olabilirler. Yahut bazı hususlarda, doğrudan bu tür kuralları uygulamak yerine, konuyu müzakere ederek farklı şekilde düzenlemiş olabilirler. Bu halde, tarafların yaptığı değişiklik veya düzenlemeler, ilgili kurallara göre öncelikli olarak uygulanır.¹⁴⁰

MTO, BM Avrupa Ekonomik Komisyonu (*Economic Commission for Europa - ECE*), BM Asya Pasifik Ekonomik Komisyonu (*Economic and Social Commission for Asia and the Pasific - ESCAP*), Uluslararası Hukuk Birliği (*International Law Association - ILA*) gibi organizasyonlar

¹³⁶ CORDERO-MOSS, 34.

¹³⁷ EKŞİ, Nuray: *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, 2.

¹³⁸ OĞUZ, (Lex Mercatoria), 23; WETHMAR-LEMMER, 194; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 166; AYOĞLU, 33-34; SÜRAL, Ceyda: *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, 38.

¹³⁹ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 167-168.

¹⁴⁰ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 170.

tarafından bu tür kural derlemeleri yapıldığı görülmektedir.¹⁴¹ Yeknesak kuralların en çok öne çıkan örnekleri MTO'nun hazırladığı UCP 600 sayılı kurallar ve *Incoterms*'dir.¹⁴²

*Restatement*lar veya model kanunlar olarak anılan düzenlemeler ise, Amerikan hukukunda '*restatement*' adıyla yapılan hukuki derlemelerden esinlenerek hazırlanan kurallardır.¹⁴³

Bu düzenlemeler, hazırlandığı konunun hukuki anlamda belirsizliği ve karmaşıklığı karşısında, konuya hukuki anlamda açıklık getirir. *Restatement*ların amacı, olabilecek en iyi düzenlemeyi sunarak uyumlaştırmayı sağlamak ve hukukun gelişimine katkıda bulunmaktır. Bu özellikleri nedeniyle, milletlerarası ticaretteki uyumlaştırma çalışmalarında da önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴⁴ Bunlar genellikle herkesçe kabul edilen prensipleri yansıtmaktadır. Bununla birlikte, salt halihazırda kabul edilen teamüllerden oluşmamakta, ortaya çıkabilecek problemler için yeni çözümler de getirmektedir.¹⁴⁵ Ayrıca, milletlerarası anlaşmalara nazaran değişiklik yapılması çok daha kolay olduğundan esneklik sağlamaktadır.¹⁴⁶ Esnek hukuk (*soft law*) olarak da adlandırılan bu prensipler hukuki anlamda bağlayıcı olmamakla birlikte, mahkemeler karar verirken *restatement*'lerden yararlanmakta, ilgili oldukları alandaki içtihatlar da oldukça etkili olmaktadır.¹⁴⁷ Bir anlamda uygulayıcılara ve millî hukuklardaki kanun koyuculara yol göstermekte ve hatta iç hukuk düzenlemelerinin öncüsü olabilmektedir.¹⁴⁸ Ayrıca bu tür metinlerin devletler açısından bağlayıcılığının olmaması, bunların uygulanmasında tarafların rolünü artırmaktadır. Tarafların hazırlayacakları sözleşmede de bu kaynakları model olarak

¹⁴¹ OĞUZ, (Lex Mercatoria), 24.

¹⁴² GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 37; OĞUZ, (Lex Mercatoria), 23-24.

¹⁴³ Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün hazırladığı *Restatement*'lar Amerikan hukukunda ikincil kaynak olarak kabul edilen ve başta sözleşmeler hukuku olmak üzere çeşitli alanlardaki federal ve eyalet hukuku kurallarını özetleyen derlemelerdir. Bkz. ÇALIŞKAN, Yusuf: "Yabancı Mahkeme Kararlarının Amerikan Hukuku'nda Tanınması ve Tenfizi", *E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Mart 2006, S. 49, Erişim

adresi:

<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=YABANCI%20MAHKEME%20KARARLARININ%20AMER%DDKAN%20HUKUKU%92NDA%20TANINMASI%20VE%20TENF%DDZ%DD&kimlik=1141989059&url=makaleler/ycaliskan-1.htm>,

Erişim tarihi: 01.08.2014, dn. 13. Ayrıca bkz. DALHUISEN (V.I), 195.

¹⁴⁴ GOPALAN, 85-86; GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 37; OĞUZ, (Lex Mercatoria), 27

¹⁴⁵ CORDERO-MOSS, 32, 35.

¹⁴⁶ GOPALAN, 87.

¹⁴⁷ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 37; CORDERO-MOSS, 35; DALHUISEN (V.I), 195; ÇALIŞKAN, 49 vd.

¹⁴⁸ GOPALAN, 87.

sözleşmeyi hazırlamaları mümkündür.¹⁴⁹ Milletlerarası alanda geçerli olan prensiplerin yanında, bölgesel düzeyde de Avrupa Birliği, NAFTA (Kuzey Amerika Bölgeleri Serbest Ticaret Anlaşması), Latin Amerika'da MERCOSUR (Güney Amerika Ortak Pazarı), ASEAN (Güneydoğu Asya Uluslar Birliği) gibi oluşumlar da kendi içlerinde ticari prensipler oluşturmaya başlamışlardır.¹⁵⁰

Milletlerarası sözleşmeler hukuku alanında 'Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri' (ASHP) ve 'Milletlerarası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT Prensipleri' olmak üzere iki önemli *restatement* hazırlanmıştır.¹⁵¹ Her ikisi de milletlerarası sözleşmeler için tasarlanmış kurallar bütünüdür.¹⁵² Temelde benzer amaçlarla hazırlanan bu prensipler doğal olarak benzerlikler içeriyor olmakla birlikte,¹⁵³ UNIDROIT Prensipleri ticari sözleşmeler için genel ilkeleri ortaya koyarken, ASHP sözleşme hukukunun genel prensipleri olarak tasarlanmıştır.¹⁵⁴ Bu ikisi yanında yakın zamanda aynı teknikle hazırlanan sözleşmeler hukukuna ilişkin 'AB Müktesebatı Prensipleri'ni de bu kapsamda zikredebiliriz. Bu kuralların çoğunun amacı, farklı ülkelerdeki tacirlerin arasındaki sözleşmeleri düzenlemek ve iç hukuklardan bağımsız olarak yeknesak bir kaynak sağlamaktır.¹⁵⁵ Bu tür kural veya prensiplere atıfta bulunulmasının avantajları olduğu gibi dezavantajları da bulunmaktadır. En önemli avantajı, bu prensiplerin belirli bir grup veya zümrenin lehine hazırlanmış tek tarafı koruyucu nitelikte kurallar olmayıp, farklı dile ve kültüre mensup tacirler arasında ortak bir şekilde anlaşılmasını sağlamak ve bu şekilde muhtemel karışıklıkların önüne geçmektir.¹⁵⁶ Yine bu durumun bir sonucu olarak, prensipler, her iki tarafa da eşit mesafede duran, adil ve dengeli hükümler içerecek şekilde tasarlanmıştır.¹⁵⁷ Bir diğer avantajı ise,

¹⁴⁹ CORDERO-MOSS, 35.

¹⁵⁰ FOX, 15-16.

¹⁵¹ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 37; OĞUZ, (Lex Mercatoria), 27; BEALE, Hugh / FAUVARQUE-COSSON, Benedicte / RUTGERS Jacobien / TALLON, Denis / VOGENAUER, Stefan: *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, 2010, 5-6.

¹⁵² CORDERO-MOSS, 27; LANDO, Ole: "Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification?", *Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration Review*, Vol. 8, 2003, 123-135, 123.

¹⁵³ LANDO, (Principles), 124.

¹⁵⁴ ZIMMERMAN, Reinhard: "Ius Commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea", 1-42, *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Eds: Hector L. MacQueen, Reinhard Zimmerman, Edinburg Studies in Law, Vol.2, Edinburg University Press, 2005, 7; GOPALAN, 101.

¹⁵⁵ HEIDEMANN, (Transnational), 22; GOPALAN, 88-89.

¹⁵⁶ SÜRAL, 39.

¹⁵⁷ Benzer yönde bkz. GOPALAN, 88-89.

tarafklar arasındaki sözleşmenin, bir tarafın daha iyi bildiği bir hukuka tabi kılınarak, sözleşmenin diğer tarafına nazaran daha avantajlı konuma geçmesinin bir ölçüde önüne geçilmektedir. Bununla birlikte, tarafların millî hukukların belirsizliklerinden kaçınmak amacıyla milletlerarası sözleşmeler için tasarlanan bu tür prensiplere veya kurallara başvurulması, iç hukukların karışımı olan ve kısmen uyumlaştırılmış kuralların sözleşmeye dahil edilmesi anlamına gelebilir, ki bunların bir kısmı uygulanacak hukukta uygulanabilir nitelikte kabul edilmeyebilir veya çok farklı şekillerde yorumlanmasıyla beklenmeyen sonuçlar ortaya çıkarabilir.¹⁵⁸ Zira milletlerarası sözleşmelere ilişkin olarak yapılan uyumlaştırma çalışmaları önemli yol katetmiş olsa da, bu çalışmalar ülke hukuklarının sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin kurallarını uyumlaştırdığı sonucuna götürmez.¹⁵⁹

Çalışmamız açısından taşıdıkları öneme binaen, UNIDROIT Prensipleri, ASHP ve AB Müktesebatı Prensipleri hakkında kısaca bilgi vermek yerinde olacaktır.

4.4.1. Milletlerarası Ticari Sözleşmeler için UNIDROIT Prensipleri

UNIDROIT prensipleri, milletlerarası ticari sözleşmeler için genel kurallar ortaya koymuştur. Prensipler, bu alanda geçerli olan milletlerarası ortak anlayış ve uygulamaları yansıtmaktadır.¹⁶⁰ Prensiplerde yer alan kurallar, belirli bir ülkenin iç hukuku baz alınarak oluşturulmamış, özellikle Kara Avrupa hukukları ile Anglo-Amerikan hukuklarının bir sentezi olarak hazırlanmıştır.¹⁶¹ Bu yaklaşım prensiplerin diline de yansımış ve prensiplerin kaleme alınmasında mevcut hukuk sistemlerindeki terimlerin kullanılmasından kaçınılmış, hemen

¹⁵⁸ CORDERO-MOSS, 29. Benzer yönde bkz. GOPALAN, 89; HEIDEMANN, (Transnational), 22. HEIDEMANN, ticari sözleşmelere bu tür kuralların uygulanabileceğini belirtmekle birlikte, aslında iç hukuk kurallarına rağmen bu tür kuralların uygulanmasının tartışmalı olduğunu da eklemektedir. Zira bu kurallar birçok yazarca ifade edildiği üzere milletlerarası nitelikte kabul edilmekle birlikte, *lex contractus* olarak uygulanması konusunda problem yaşanması kaçınılmazdır. ‘Uygulanacak Hukuk’ başlığı altında detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, klasik kanunlar ihtilafı kuralları, sözleşmeye uygulanmak üzere seçilecek hukukun, bir devletin hukuku olmasını öngörmektedir. Bu sebeple, HEIDEMANN’ın da vurguladığı gibi, bu türden kuralların uygulanacak hukuk olarak seçilmesi halinde bu tür bir seçim, büyük ihtimalle kanunlar ihtilafı anlamında bir hukuk seçimi olarak kabul edilmeyecektir. Bu nedenle birçok ülke mahkemesi, bu kuralların bizatihi kendisinin seçilen hukuk olmadığına karar verecektir. Dolayısıyla kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuk tespit edilecek, bu tür kurallar ise, uygulanacak hukukun emredici hükümleriyle çelişmediği ölçüde, sözleşme hükmü olarak dikkate alınabilmektedir. Ancak bu sonucun ortaya çıkması da yine millî mahkemelerin vasıflandırma ve yorum kurallarına bağlı olarak değişiklik gösterebilecektir.

¹⁵⁹ CORDERO-MOSS, 78.

¹⁶⁰ FOX, 34; WETHMAR-LEMMER, 195-196.

¹⁶¹ GABRIEL, 10; GOPALAN, 91; BOELE-WOELKI, Katharina: “Principles and Private International Law”, 1 *Uniform Law Review* 1996-4, 652-678, 656.

hemen tüm hukuk sistemlerinde kabul gören sözleşme hukukuna ilişkin prensipler ele alınmıştır.¹⁶² UNIDROIT prensipleri, tarafların bu prensiplere tabi olmayı kararlaştırmaları halinde uygulanacaktır (Preamble 4/a). Tarafların, aralarındaki sözleşmeye *lex mercatorian*ın veya genel hukuk prensiplerinin uygulanmasını kararlaştırmaları halinde de uygulanacaktır (Preamble 4/b). İlkelerde 'milletlerarası' ve 'ticari' kavramları tanımlanmamakla birlikte, bu kavramların kullanılması milletlerarası ticari hukuk düzenine (*international commercial legal order*) yapılan bir atıf olarak kabul edilmektedir. UNIDROIT prensipleri hukukun diğer kaynaklarını dikkate almamakta ve bu nedenle modern *lex mercatorian*ın tanınması olarak kabul edilmemektedir.¹⁶³

Prensip, belirli bir sözleşme türüne yönelik olmayıp, (satım, ödünç, inşaat gibi) birçok milletlerarası ticari sözleşmeye uygulanabilir niteliktedir.¹⁶⁴ İlkelerde sözleşme özgürlüğü, ticari teamüller, sözleşme lehine hareket (*favor contractus*), iyi niyet, adaletsizliğe karşı denetim gibi düşüncelerden hareket edilmiştir.¹⁶⁵ Özellikle iyi niyet ilkesine oldukça merkezi bir rol verilerek uygulayıcının yorum alanı genişletilmiştir. Bu durum, tarafların hazırladıkları sözleşmenin, tarafların beklentileri ile çelişen sonuçlara gidilmesi ihtimalini ortaya çıkardığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁶⁶

Prensipin doğrudan düzenleme getirmediği konularda bunların temelini oluşturan genel prensiplere uygun olarak, böyle bir prensip bulunmadığı halde ise milletlerarası özel hukuk kuralları doğrultusunda belirlenen uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir.¹⁶⁷

4.4.2. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensip,leri (ASHP)

ASHP, özellikle Avrupa Birliği bünyesinde sözleşmelere ilişkin yeknesak bir kanun oluşturmak amacıyla yola çıkılmasının bir ürünü olarak karşımıza çıkmıştır.¹⁶⁸ Birlik içerisinde Kara Avrupası ve *Common Law* hukuk sistemine sahip ülkeler bulunması ve bu sistemlerin temel hukuk yapısının önemli derecede farklı olması, birlik üyesi ülkeleri

¹⁶² GOPALAN, 92; BOELE-WOELKI, 656; OĞUZ, (Lex Mercatoria), 36; WETHMAR-LEMMER, 196.

¹⁶³ DALHUISEN (V.II), 129.

¹⁶⁴ SÜRAL, 56.

¹⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, (Lex Mercatoria), 37-39.

¹⁶⁶ Bkz. CORDERO-MOSS, 29.

¹⁶⁷ GABRIEL, 11.

¹⁶⁸ ASHP'nin altyapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAMATH, 2-4.

bağlayıcı yeknesak bir kanun hazırlanmasının önüne kaçınılmaz bir engel oluşturmuştur.¹⁶⁹ Nihayetinde yeknesak bir kanun yerine, 'esnek hukuk' olarak adlandırılabilcek Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ortaya çıkmıştır. İki hukuk sisteminde temel ve derin farklılıklar sebebiyle, Anglo-Amerikan veya Kara Avrupası hukuk sistemlerindeki en uygun kurallar ile her iki sistemde yer alan ortak kuralların derlenmesi ile ASHP oluşturulmuştur.¹⁷⁰ Metnin kaleme alınış süreci de UNIDROIT'e benzer şekilde gelişmiştir. Belirli bir ülkenin iç hukuk kuralları baz alınarak hazırlanmadığı gibi, belirli bir hukuk sistemindeki terimlerin kullanılmasından da kaçınılmıştır.¹⁷¹

ASHP detaylarında farklılık bulunmakla birlikte genel anlamda VSS'ye paralel şekilde hazırlanmıştır.¹⁷² Yalnızca sözleşmelere uygulanacak kurallara yer vermekle kalmamış, milletlerarası ticari teamüllerden doğan kurallara da yer vermiştir.¹⁷³ Özellikle iyi niyet ilkesine merkezi bir rol verilmiş ve uygulayıcının yorum alanı genişletilmiştir.¹⁷⁴ Milletlerarası ticari teamüllere bu denli geniş bir uygulama alanı vermesi sebebiyle prensiplerin müstakil bir *lex mercatoria* olup olmadığı dahi tartışılmıştır.¹⁷⁵

4.4.3. AB Müktesebatı Prensipleri

AB Müktesebatı Prensipleri, Avrupa Birliği bünyesinde yaşayan özel hukuka ilişkin prensipleri bünyesinde toplayan ve restatement tekniği ile akademisyenler tarafından hazırlanan bir çalışmadır.¹⁷⁶ Müktesebat Prensipleri'nin kanaatimizce çalışmamız açısından taşıdığı en önemli özelliklerden birisi, diğer milletlerarası kaynaklardan farklı olarak geniş

¹⁶⁹ KAMATH, Vijay: "Analysis of Principles of European Contract Law as an Autonomous Lex Mercatoria", Nisan 2010, Erişim Adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1613142, Erişim Tarihi: 30.07.2015, 3. ASHP'nin hazırlık sürecinde karşılaşılan zorluklar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. LANDO, Ole: "How The Principles of European Contract Law (PECL) Were Prepared", 8 *European Journal of Law Reform*, 2006, 478-483, 478 vd.

¹⁷⁰ VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales: "The Formation of Contracts & The Principles of European Contract Law", *Pace International Law Review*, Vol.13, 2001, 371- 397, 371 vd.

¹⁷¹ LANDO, (PECL), 482-483. Benzer yönde bk GOPALAN, 101-102.

¹⁷² ZIMMERMAN (2005), 28.

¹⁷³ KAMATH, 1.

¹⁷⁴ Bkz. CORDERO-MOSS, 29.

¹⁷⁵ Tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAMATH, 1 vd.

¹⁷⁶ ACQUIS GROUP (Research Group on Existing EC Private Law): *Principles of the Existing Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier European Law Publishers, 2007, ix.

biçimde sözleşme öncesi yükümlülükleri belirtmesi ve sözleşme öncesi sorumluluğa yer vermesidir.¹⁷⁷

Bununla birlikte müktesebat prensiplerinde sözleşme öncesi aşama, genel sözleşme hukuku ve ticari teamül hukukuna ilişkin kurallar olmak üzere iki farklı kaynak tarafından yönetilmesine rağmen, birlik düzenlemelerinde bu iki alanı birbirinden ayıran çizgi net olarak belirlenmemiştir.¹⁷⁸

4.5. Model Sözleşmeler

Model sözleşmeler veya tip sözleşmeler, milletlerarası ticaretin uyumlaştırılmasında önemli bir araç olarak karşımıza çıkan, bir sözleşmenin esaslı unsurlarının önceden hazırlandığı sözleşme metinleridir.¹⁷⁹ Model sözleşmeler, genellikle ticari teamüllerin kodifiye edilmesi ile ortaya konulmakta ve milletlerarası ticarete özgü hususları içerecek şekilde düzenlenen, milletlerarası ticari organizasyonlar tarafından oluşturulan ve ilgili olduğu alanda, bir milletlerarası ticari işlemin özel nitelikleri gözönünde bulundurularak hazırlanan hazır sözleşme şablonlarıdır.¹⁸⁰

Taraflar doğrudan model sözleşmeleri kullanabileceği gibi, bir model sözleşme üzerinde değişiklik yaparak da kendi sözleşmelerini oluşturabilirler. Bu sözleşmeler, sonuçların önceden öngörülebilirliği sebebiyle riski azaltması, müzakere ve sözleşme hazırlama sürecini kısaltması nedeniyle hem masraf, hem de zamandan tasarruf edilmesi gibi avantajlar sağlamaktadır.¹⁸¹ Bununla birlikte bazı dezavantajları da bulunmaktadır.

¹⁷⁷ AB müktesebatı prensiplerinde de sözleşme öncesi sorumluluğa yer verilmiştir. Topluluk ilkeleri ikinci kısım, birinci bölümde 'Sözleşme öncesi yükümlülükler' başlığı altında yer alan düzenlemelerde müzakerelerde iyi niyetle hareket etme zorunluluğu, müzakerelerde haklı beklentiler gibi konulara yer verilmiş, aynı kısmın ikinci bölümünde ise müzakere aşamasında aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü gibi konulara ilişkin prensipler belirtilmiştir. Bkz. AB Müktesebatı Prensipleri m.2:101, 2:102, 2:103, 2:201 vd. maddeler ile ACQUIS GROUP, (Contract I), 66 vd.; ACQUIS GROUP (Research Group on Existing EC Private Law): *Principles of the Existing Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II: *General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier European Law Publishers, 2009, ACQUIS GROUP (Research Group on Existing EC Private Law): *Principles of the Existing Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II: *General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier European Law Publishers, 2009, 104 vd.

¹⁷⁸ ACQUIS GROUP, (Contract I), 62; ACQUIS GROUP, (Contract II), 100.

¹⁷⁹ OĞUZ, (Lex Mercatoria), 23; WETHMAR-LEMMER, 193; GOPALAN, 105.

¹⁸⁰ HOUTTE, 25. Benzer yönde bkz. HEIDEMANN, (Transnational), 9.

¹⁸¹ CHUAH, Jason: *Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions*, 5th Edition, Sweet&Maxwell, 2013, 4. Benzer yönde bkz. FOX, 135.

Birçoğu genellikle karmaşık hukuk terimleri ile hazırlanmakta ve genel şekilde hazırlandığı için eksiklikler barındırmaktadır. Model sözleşmeler, bir işlemin genel yapısı ve genel özellikleri dikkate alınarak hazırlandığı için, tarafların hak ve yükümlülüklerini detaylı olarak düzenlememekte, daha da önemlisi tarafların asıl niyetleri ile uyuşmayabilmektedir. Ayrıca model sözleşmede bulunan hükümlerin bir kısmı, tarafların yapmak istedikleri işlemle ilgili olmayabilir veya amaçladıklarının aksine daha masraflı bir süreç ortaya koyabilir.¹⁸² Özellikle tarafların model sözleşme üzerinde değişiklikler yapmak istemeleri durumunda birbiriyle çelişen hükümlerin ortaya çıkması ihtimal dahilindedir. Bu nedenle model sözleşmelerin alternatifli maddeleri dikkatli bir şekilde okunmalı ve istenmeyen maddeler çıkarılmalıdır.¹⁸³

Milletlerarası ticarete, ICC gibi organizasyonlar tarafından oluşturulmuş model formların veya tip sözleşmelerin kullanımına sıklıkla rastlanmaktadır. Milletlerarası ticarete en sık kullanılan model sözleşmelerin ICC'nin hazırladığı modeller olduğunu söylemek sanırım yanlış olmayacaktır. ICC, milletlerarası ticaret için kurallar ve standartların oluşturulmasında önemli bir görev ifa ettiği gibi,¹⁸⁴ hazırladığı basit ve iyi dengelenmiş model sözleşmeler ile, tarafların bunlardan yararlanarak kendi sözleşmelerini müzakere etmelerini ve hazırlamalarını kolaylaştırmaktadır.¹⁸⁵ ICC'nin hazırladığı sözleşmeler genellikle sözleşmenin her iki tarafına da eşit mesafede duran ve bu şekilde her iki tarafça da kabul edilebilir olan, tarafsız ve adil model sözleşmelerdir.¹⁸⁶ Model Ticari Acenta Sözleşmesi (ICC Yayınları No: 496), Model Distribütörlük Sözleşmesi (ICC Yayınları No: 518), Model Milletlerarası Satım Sözleşmesi (ICC Yayınları No: 556), Model Milletlerarası Franchise Sözleşmesi (ICC Yayınları No: 557), Model Gizlilik Sözleşmesi (ICC Yayınları No: 664) gibi model sözleşmeler ICC'nin hazırladığı model sözleşmelerin bazılarıdır.

ICC'nin hazırladığı tip sözleşmelerin karakteristik özellikleri şu şekilde özetlenebilir:

¹⁸² CHESLER, Susan M.: "Drafting Effective Contracts, How to Revise, Edit and Use Form Agreements", *Business Law Today*, November/December 2009, 35-38, 35-36; BAUMGARTNER, Stefanie: *Contract Formation Under CISG and Under the UNIDROIT Principles: Special Focus on the Issue of the Battle of the Forms*, VDM Verlag Dr. Mueller, 2008, 46.

¹⁸³ DIMATTEO, 39.

¹⁸⁴ BORTOLOTTI, 25.

¹⁸⁵ BORTOLOTTI, 207.

¹⁸⁶ DIMATTEO, 38; BORTOLOTTI, 208; SÜRAL, 45.

Öncelikle ICC tarafından hazırlanan model sözleşmeler, belirli sektörlerde faaliyet gösteren kuruluşların hazırladığı ve doğası gereği ilgili sektördeki kişileri koruyucu olma eğilimi içeren diğer modeller gibi olmayıp, her iki tarafın menfaatlerini adil biçimde dengeleyen sözleşmelerdir. Modellerde yer alan hükümler milletlerarası ticaret alanında faaliyet gösteren kişilerin çoğunluğu tarafından kabul görmektedir. Bu durum sözleşmelerin adil ve dengeli olmasının sonuçlarından birisidir. ICC model sözleşmelerinin taşıdığı bu özelliğin en önemli avantajı, tarafların birçok hususu teker teker müzakere etmek yerine, her iki tarafın da güvendiği adil ve dengeli bir model sözleşmeyi kullanarak çok daha kısa sürede sözleşmeyi hazırlayıp imzalamalarıdır. Böylece her iki taraf da zaman, para ve emekten tasarruf etmiş olacaktır. Bir diğer avantajı ise, bir tarafın pazarlık gücünün azaldığı durumlarda, model sözleşmelerin kullanılarak dengenin sağlanmasının diğer tarafa nazaran pazarlık gücü zayıf olan tarafın lehine olmasıdır.¹⁸⁷

ICC model sözleşmelerinin ayırıcı bir diğer özelliği ise, millî hukuklardan bağımsızlık bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmeler herhangi bir millî hukuka dayanmamakta veya herhangi bir millî hukuka gönderme yapmamakta, sözleşmeye ilişkin hususlar sözleşmenin kendisi ve (taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece) genellikle milletlerarası ticarete kabul edilen prensipler (*lex mercatoria*) çerçevesinde çözümlenmektedir. Bu yöntem taraflara, millî hukuklardan kaçınma olanağı tanır. Şayet taraflar uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası tahkimi tercih ederlerse, tahkim, sözleşmenin yorumlanması ve yürütülmesine milletlerarası hayatın gereklilikleri doğrultusunda yaklaşılmasını sağlayacaktır.¹⁸⁸ Zira sınır aşan bir sözleşmenin müzakeresinde karşılaşılan en önemli problemlerden birisinin, milletlerarası yeknesak kuralların bulunmaması olduğu dikkate alınırsa, milletlerarası ticaretin gereklilikleri göz önüne alınarak karar verilmesi her halükarda taraflar için daha uygun olacaktır.¹⁸⁹

4.6. Yargılama Sonucunda Verilen Kararlar

Milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı belirli bir ülke mahkemesinde çözmesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Ancak mahkemelerin

¹⁸⁷ BORTOLOTTI, 208-209.

¹⁸⁸ DIMATTEO, 39; BORTOLOTTI, 208-211.

¹⁸⁹ BORTOLOTTI, 210.

verdikleri kararların emsal teşkil etmesi milletlerarası ticarette nadir olarak ortaya çıkabilecek bir durumdur. Milletlerarası unsurlu ticari uyuşmazlıklarda millî mahkemelerden verilen kararlar, genellikle karşılaştırmalı hukuk çalışmalarıyla incelenmektedir. Uygulamada genellikle belirli bir ülke mahkemesi yerine hakemler marifetiyle uyuşmazlığın çözülmesi tercih edilmektedir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde millî mahkemelere nazaran, hukukun uygulanmasında daha özgür bir yapı olduğu için milletlerarası ticaret hukukunun uygulanmasında millî mahkemelerden daha fazla önem taşıdığı kabul edilmektedir. Milletlerarası tahkim sonucunda hakem mahkemelerinden verilen kararlar, benzer uyuşmazlıklar açısından emsal teşkil edebilmekte ve milletlerarası ticaretin gelişmesine ciddi katkı sağlamaktadır. Hatta milletlerarası ticaretin kendine özgü kuralları olarak gördüğümüz *lex mercatoria*nın milletlerarası hakem kararları ile ayakta durduğu dahi belirtilmektedir.¹⁹⁰

4.7. İç Hukuk Kuralları

Milletlerarası unsurlu ticari ilişkilere belirli bir ülke hukukunun uygulanması sebebiyle, olay veya ilişkiye uygulanacak olan hukukta yer alan kurallar taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyecektir. İç hukuklardaki kurallardan ise, prensip olarak ticaret hukuku kuralları ilk etapta ilişkiye uygulanır. Tarihi süreçte de, gerçek veya tüzel kişi olan tacirlere, genellikle diğer kişilere uygulanan kurallardan farklı kuralların uygulanması gerektiği kabul edilegelmiştir. Ticari ilişkileri düzenleyen kurallar veya tacirlere uygulanan kurallar, bazı ülkelerde medeni kanun altında toplanmış, bazı ülkelerde ise ayrı bir ticaret kanunu ile özel olarak düzenlenmiştir.¹⁹¹ Ticaret kanunları yanında, gümrük ve tarifelere ilişkin hükümetlerin ticareti düzenleyen diğer düzenlemeler de bu kapsamda milletlerarası ticaretin kaynakları arasında zikredilebilir.

¹⁹⁰ OĞUZ, (Lex Mercatoria), 31; GAL, 72.

¹⁹¹ HEIDEMANN, (Transnational), 12-13. Örneğin Türk hukukunda Türk Ticaret Kanunu, ABD’de UCC (Uniform Commercial Code) adı altında toplanmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI SÖZLEŞME MÜZAKERELERİ

1.1. GENEL OLARAK MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞME

Sözleşme kavramı, her ne kadar tüm hukuk sistemlerinde aynı anlama sahip olmasa da,¹⁹² en basit tanımıyla, hukukun icra edilebilir kıldığı işlemlerdir¹⁹³. Daha geniş anlamda ise, iki kişinin hukuki bir sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan bir hukuki işlem ve/veya bu hukuki işlem ile kurulan hukuki ilişkiyi belirten bir kavramdır.¹⁹⁴ Bir başka tanımda ise mal ve hizmetlerin serbest dolaşımını sağlayan hukuki bir enstrüman olarak tanımlanmıştır.¹⁹⁵ Kanaatimizce son tanım, konumuz açısından ‘sözleşme’ kavramını daha iyi tanımlamaktadır. Çünkü ‘sözleşme’ kavramının klasik tanımlarında ‘iki kişi’den bahsedilmektedir. Oysa bir yazarın da haklı olarak belirttiği gibi, bir sözleşmeyi akdeden taraflar ikiden fazla da olabilir.¹⁹⁶ Özellikle milletlerarası ticari ilişkilerde birden fazla tarafın bulunduğu sözleşme ilişkileriyle karşılaşılabilir.¹⁹⁷ TBK m. 1’e göre, “sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur”. Buna göre Türk hukuku bakımından sözleşmenin esaslı unsurları konusunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile sözleşme meydana gelir.¹⁹⁸ Sözleşme kavramı Alman, İsviçre, Avustralya, İtalyan ve Japon hukuklarında da Türk hukukundaki ile hemen hemen aynı şekilde anlaşılmaktadır.¹⁹⁹ Taraflar kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, genel

¹⁹² SILVA, Antonio: “The Role of Consent in the Formation of Contract in Comparative Private Law”, *International Journal of Baltic Law*, Vol.1, No. 2, February 2004, 117-127, 122; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 39. ‘Sözleşme’nin tanımı, kavramın ele alındığı hukuk sistemi çerçevesinde farklılık göstermektedir. SILVA özellikle Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ‘sözleşme’ kavramının, Kara Avrupası hukuk sistemlerine kıyasla daha sınırlı bir içeriği olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca İtalyan, Hollanda, İngiliz ve Alman hukuklarında ‘sözleşme’ kavramının hukuki metinlerdeki tanımı için bkz. BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 40-42.

¹⁹³ BROWNSWORD, Roger: *Contract Law, Themes for the Twenty-First Century*, Butterworths, 2000, 3.

¹⁹⁴ OĞUZMAN, Kemal M. / ÖZ, Turgut M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, 42; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, 52.

¹⁹⁵ BROWNSWORD, 23.

¹⁹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, 42-43.

¹⁹⁷ Örneğin akreditif ilişkisi, üç tarafın bulunduğu bir ilişkidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm 2.7.8. Akreditifli Ödeme.

¹⁹⁸ KILIÇOĞLU, 52-55; OĞUZMAN/ÖZ, 42 vd.

¹⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. HEIDEMANN, (Transnational), 15.

ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmamak kaydıyla sözleşmenin içeriğini istedikleri biçimde düzenleyebilirler. Bu serbestlik, sözleşme serbestisi olarak adlandırılmaktadır. Sözleşme serbestisi milletlerarası ticari sözleşmeler açısından da geçerlidir.

1.1.1. Milletlerarası Ticari Sözleşme Kavramı ve Özellikleri

Ticari sözleşme, tüketici sözleşmelerini dışlayan biçimde, tarafların (tacirlerin) ticari faaliyetleri sebebiyle kurulan sözleşmeleri ifade etmektedir.²⁰⁰ Başka bir deyişle ticari sözleşmeler, “iki veya daha fazla kişi arasında ticari bir iş yapmak için kurulmuş bir anlaşmadır.”²⁰¹ Milletlerarası alanda bir işe ‘ticari’ sıfatı verilebilmesi için ya tarafların (tacir) sıfatından hareket edilmekte, ya da yapılan işin (ticari iş/işlem) niteliğinden hareket edilmektedir.²⁰² Türk hukukunda da bir sözleşmenin ‘ticari sözleşme’ olarak kabul edilebilmesi için sözleşme, TTK’da düzenlenen sözleşmelerden olmalı veya yapılan iş ticari işletme ile ilgili olmalıdır.²⁰³

VSS’de, pozitif bir tanımla ticari sözleşme kavramını açıklamak yerine kişisel kullanım dışında kalan sözleşmelerden bahsederek negatif olarak tanımlanmıştır. UNIDROIT Prensipleri’nin dibacesinde ‘ticari’ kavramı, (tüketici sözleşmeleri hariç olmak üzere) tarafların tacir olduğu ve işin doğası gereği ticari olarak kabul edilen işler olarak tanımlanmıştır.²⁰⁴ Bu tanım herhangi bir hukuk sistemindeki anlama dayanmamaktadır.²⁰⁵ ASHP’de ise ticari sözleşmelere ilişkin bir tespitte bulunulmamıştır.²⁰⁶ Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanun’a göre ise ‘ticari’ kavramı, sözleşmeye dayansın veya dayanmasın, ticari nitelikteki her tür ilişkiden doğacak hususları içerisine almaktadır.

²⁰⁰ CORDERO-MOSS, 2; ÖZEL, Sibel: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008, 19.

²⁰¹ ÖZKAN, Ömer: “Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar”, *Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi*, Sayı:4, Ekim 2004, 1-49, 3.

²⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. BİNGÖL, F.İtir: *Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep (Türk Borçlar Hukuku’nda ve Viyana Satım Antlaşması’nda Mücbir Sebep)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, 67-68.

²⁰³ BİNGÖL, 69.

²⁰⁴ UNIDROIT Prensipleri İngilizce metni s.2, Erişim adresi: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, Erişim tarihi: 20.11.2015.

²⁰⁵ PERILLO, Joseph M.: “Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol.5, 1997, 5-28, 6.

²⁰⁶ Prensipler adi ve ticari sözleşme ayrımı yapmaksızın, barındırdığı ilkelerin tüm sözleşme ilişkilerine uygulanmasını amaçlamıştır.

UNCITRAL metninde, sınırlı sayıda olmamak üzere örnek kabilinden bazı ticari sözleşmeler belirtilmiştir.²⁰⁷ Sayılan sözleşmeler anlaşıldığı kadarıyla özel hukuka ilişkin sözleşmeleri içermekle birlikte, özel hukuk-kamu hukuku ayrımı tüm hukuk sistemlerinde (özellikle *common law* geleneğinde) belirgin biçimde yer almadığından bu tanım, açık bir tanımlama olarak görülemez.²⁰⁸

Milletlerarası ticari sözleşme ise, içerisinde yabancılik unsuru barındıran ticari sözleşmeler olarak tanımlanabilir.²⁰⁹ ‘Milletlerarası sözleşme’, millî sınırları aşan sözleşmelerdir.²¹⁰ Ancak buradaki ‘milletlerarası’ndan kasıt, devletlerin taraf olduğu sözleşmeleri ifade etmemektedir.²¹¹ Buna göre ‘milletlerarası sözleşme’; bir ülkedeki gerçek veya tüzel kişinin, diğer bir ülkedeki gerçek veya tüzel kişi ile yaptığı, ya da bazı durumlarda bir gerçek kişi veya özel bir şirket ile yabancı bir ülke veya yabancı ülkenin devlet teşekkülü olan ticaret şirketi gibi bir kurum ile yaptığı yazılı veya sözlü (ticari) sözleşmelerdir. Bu tanım geniş olmasına rağmen, bağımsız ülkelerin hükümetlerarası işlemleri gibi devletler genel hukukunun alanına giren konuları milletlerarası ticari sözleşme kavramı dışında bırakmaktadır.²¹² Ayrıca tarafların farklı ülkelerde bulunmaları dışında ödeme yeri, ifa yeri, imal yeri gibi ‘yabancı’ unsur veya ‘milletlerarası’ unsur içeren sözleşmeleri de kapsam dışında bırakmış gibi görünmektedir. Bu sebeple, milletlerarası ticareti ilgilendiren özel hukuk kişileri arasında veya bir özel hukuk kişisi ile bir devlet arasında yapılan sözleşmeler şeklinde daha kapsayıcı bir tanım vermek daha uygun olacaktır.

²⁰⁷ Buna göre ticari nitelikteki ilişkiler, mal veya hizmetlerin tedariki veya değişimi, distribütörlük sözleşmesi, ticari temsilci veya ajan, faktöring, leasing, bir işin yapılması, danışma, mühendislik lisansı, yatırım, finansman, bankacılık, sigortacılık, joint venture veya endüstriyel veya ticari diğer işbirliği, hava, deniz, raylı veya kara yoluyla malların veya yolcuların taşınmasına ilişkin işlemleri kapsamakla birlikte, bunlarla sınırlı değildir. Bkz. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1, dn.2. Tam metin için bkz. UNCITRAL: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985 with amendments as adopted in 2006, Viyana, 2008, Erişim adresi: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, Erişim tarihi: 27.07.2015.

²⁰⁸ CORDERO-MOSS, 2-3.

²⁰⁹ ÖZKAN, Ö., 3.

²¹⁰ FOX, 43.

²¹¹ PERROTT, D.L.: “International Sales Agreements”, *International Trade: Law and Practice, Vol.I*, Eds: Julian D.M. LEW, Clive Stanbrook QC, Euromoney Publications, London, 1990, 1-23, 3-4.

²¹² FOX, 43-44.

Milletlerarası sözleşmelerin özellikleriyle ilgili bir genelleme yapmak pek mümkün değildir. Zira sözleşmenin türüne ve konusuna göre, sözleşmeler farklı özellikler gösterirler. Buna rağmen milletlerarası ticari sözleşmelere ilişkin herkesin uzlaştığı özelliklerden birisi, salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelerde bulunmayan belirsizlikler ve güçlüklerle karşılaşma riskidir. Örneğin ülke içindeki ticari ilişkilerde genellikle kabul gören ödeme yöntemleri milletlerarası ticarete kabul edilmeyebilir veya uyuşmazlık çıkması halinde avantajlı bir yargı sistemine erişim her zaman mümkün olmayabilir.²¹³ Taraflar arasındaki ilişkinin hangi ülke hukukuna tabi olacağı, salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelerde tarafların düşünmesi ve zaman harcamasını bile gerektirmeyen bir konudur. Ancak milletlerarası sözleşmelerde sözleşmenin yorumlanmasından, ihtilafların çözümüne kadar hemen her aşamada uygulanacak hukuk dikkate alınmaktadır. Bu örnekler, milletlerarası sözleşmeleri, salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelerden ayıran en belirgin hususlardır.

1.1.2. Sözleşmenin Milletlerarası Vasfının Tespiti

Milletlerarası sözleşme, en geniş anlamıyla iki veya daha fazla devlete ait unsurları içeren sözleşmelerdir.²¹⁴ Bu sözleşmeler özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin aralarında yaptıkları ve iki veya daha fazla hukuk sistemini ilgilendiren, başka bir deyişle ‘yabancı unsur’ içeren sözleşmelerdir.²¹⁵

Milletlerarası ticari sözleşme müzakerelerini incelemeye başlamadan önce hangi sözleşmelerin ‘milletlerarası ticari sözleşme’ olarak kabul edileceğini belirlemek ve ‘milletlerarası ticari sözleşme’ kavramının sınırlarını çizmek gerekir. Başka bir deyişle bir ticari sözleşmeye ‘milletlerarası’ unsur kazandıran kriterlerin neler olduğuna değinmek gerekir.

Bir sözleşmenin hangi hallerde milletlerarası nitelik kazanacağına ilişkin farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu konudaki klasik yaklaşımlar, sözleşmedeki yabancı irtibat

²¹³ FOX, 43.

²¹⁴ REESE, Willis L.M.: “The Law Governing International Contracts”, *International Contracts*, Eds.: Hans SMIT / Nina M. GALSTON / Serge L. LEVITSKY, Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Matthew Bender, 1981, 3-23, 4.

²¹⁵ CHESHIRE, Geoffrey Chevalier: *International Contracts, Being the Fifteenth Lecture on the David Murray Foundation in the University of Glasgow*, 4 Mart 1948, Jackson, Son & Company Publishers, Glasgow, 1948, 7.

noktalarının sözleşmeye ‘milletlerarası sözleşme’ vasfı verdiğini belirtirken, yeni eğilimler sözleşmenin ekonomik vasfı ve milletlerarası ticaretteki yerinden hareket etmektedir.²¹⁶ Üçüncü bir görüş ise sözleşmenin ‘milletlerarası’ nitelik kazanabilmesini milletlerarası kaynaklardan doğması veya kuraldaki amacının milletlerarası düzeyde düzenleme amacını içermesi şeklindeki ikili ayrıma dayandırmaktadır.²¹⁷ ‘Milletlerarası’ niteliğe ilişkin tanımlar, bu görüşlerden hangisinin kabul edildiğine bağlı olarak değişecektir. Bunlardan sonuncusu, yani sözleşmenin milletlerarası nitelik kazanabilmesi için milletlerarası düzeyde düzenleme amacı içeren kurallara tabi olması yönündeki yaklaşım, aslında bir anlamda milletlerarası ticaretin yarar alanına girme yaklaşımı ile benzerlik taşımaktadır. Zira milletlerarası ticaretin yarar alanına girip girmediğinin tespitinde de, hukuki işlemin amacı ile tabi olduğu kuralların amacının tespit edilmesi gerekecektir. Bu iki unsurun tespiti yapılmadan bir sözleşmenin milletlerarası ticaretin yarar alanına girip girmediğinin tespit edilmesi imkansızdır. Bu nedenle aşağıda yalnızca yabancılık unsuruna bağlı klasik yaklaşım ile milletlerarası ticaretin yarar alanına girme şeklindeki yaklaşım incelenecek, akabinde milletlerarası metinlerde ‘milletlerarası’ niteliğin ne şekilde tanımlandığı konusunda bilgi verilecektir. Fakat bu hususlar incelenmeden önce, konuya ilişkin terminolojik tartışmalar hakkında da kısaca bilgi vermek yerinde olacaktır.

1.1.2.1. Terminoloji: Yabancı - Milletlerarası Unsur

‘Milletlerarası’ niteliği incelemeye geçmeden önce değinilmesi gereken bir konu, yabancı unsur ile milletlerarası unsurun (veya uluslararası unsurun) aynı kavramı ifade edip etmediğine ilişkin tartışmalardır. Bir sözleşmenin ‘milletlerarası sözleşme’ olarak kabul edilebilmesi için ‘yabancı unsur’ veya ‘milletlerarası unsur’ içermesi gerektiği kabul edilir. Milletlerarası niteliğin tespitinde, özellikle klasik yaklaşımı benimseyen tanımlar bu doğrultudadır. Ancak bu iki kavramın aynı hususu işaret edip etmediğine ilişkin tartışmalar bulunmaktadır. Bazı yazarlar ‘yabancı unsur’ ile ‘milletlerarası unsur’ kavramlarını birbirinin

²¹⁶ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Yayınları, No. 503, Ankara, 1996, 7; ŞANLI, Cemal: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, No.181, Ankara, 1986, 30-31; BEKTAŞ, Sezercan: *Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, 33-34; SÜRAL, 5-6; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 160-161.

²¹⁷ CORDERO-MOSS, 3.

yerine kullanarak ikisi arasında ayırım yapmazken,²¹⁸ bazı yazarlar bu ikisine farklı anlamlar yüklemektedir.²¹⁹ Milletlerarası sözleşmelere bakıldığında ise, milletlerarası sözleşmelerde ‘yabancı unsur’ veya ‘milletlerarası unsur’a ilişkin herhangi bir ayırım yapılmadığı gibi, kavramın genel ve objektif tanımının verilmediği görülmektedir.²²⁰

Özellikle son dönemde milletlerarası özel hukukta yabancı unsur ve milletlerarası unsur kavramları arasında ayırım yapan yeni eğilimler ortaya çıkmaya başlamıştır.²²¹ Aslında yabancı unsur ve milletlerarası unsur arasında ayırım yapmak oldukça güçtür.²²² Yukarıda belirttiğimiz şekilde milletlerarası ticaretin yarar alanına giren tüm sözleşmeleri ‘milletlerarası sözleşme’ olarak niteleyen yaklaşım, ‘milletlerarası sözleşme’ nitelemesi için yabancı unsur bulunması gerekmediğini belirtmektedir.²²³ Başka bir deyişle ‘milletlerarası’

²¹⁸ NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, 5. Örneğin bkz. ULUOCAK, Nihal: *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (Uygulama Kuralları)*, Filiz Kitapevi, İstanbul 1989, 2; ÖZEL, (Tahkim), 21. Yargıtay’ın da bu iki terimi eşanlamlı olarak kullandığı görülen kararları bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 9.HD.18.2.2011 tarihli ve E.2009/42000 K.2011/3964 sayılı kararında “.... devletler özel hukuku kuralları, yabancılık unsuru taşıyan (milletlerarası unsur) belirli olay ve ilişkilere hangi devletin maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağını gösterir.” ifadesine yer vermiştir.

²¹⁹ Örneğin bkz. DOĞAN, (Teminat Mektubu), 160-161; ÖZDEMİR, Hatice: “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme’ ve ‘Uluslararası Sözleşme’ Kavramları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 73, Sayı 10-11-12, 1999, 926-941, 930; SEVİĞ, Vedat R.: “Borçlanma Ehliyetini Yöneten Kanun (Türkiye ile Almanya, Çekoslovakya, Fransa, İngiltere ve İsviçre’de)”, *M.H.A. Dergisi*, 5, 79-103, 97; SÜRAL, 6 vd.; BİNGÖL, 72-73.

²²⁰ Milletlerarası sözleşmelerde, bu unsurlar yalnızca ilgili düzenlemenin uygulama alanını belirtmek üzere tanımlanmıştır. Örneğin VSS’de sözleşmenin, millerarası nitelikteki satımlara uygulanacağı belirtildikten sonra, bir sözleşmenin ‘milletlerarası’ nitelik taşıması için tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde bulunması gerektiği kabul edilmiştir (m.1). Burada ‘tarafların iş yerlerinin farklı taraf ülkelerde bulunması’ objektif anlamda yabancı unsuru sağlayan bir irtibat olarak kabul edilmiştir. Bkz. TİRYAKIOĞLU, 107-108. Akdi Borç ilişkilerinde Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü ve Akdi Borç ilişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu’nda ise salt tarafların farklı bir ülke hukukunun sözleşmeye uygulanacağı kararlaştırmış olması durumunda sözleşmenin yabancı unsur taşıyacağını kabul etmiştir. Metinlerin dilinden hareketle doktrinde, sözleşme bütünüyle tek bir ülke hukuku ilgilendirmesine rağmen, taraflar yabancı bir hukukun uygulanmasını seçmişler veya yabancı bir ülke mahkemesinde dava açılmışsa, konvansiyonun uygulama alanına gireceği belirtilmiştir. Bkz. CORDERO-MOSS, 4; ÖZDEMİR, (Yabancılık Unsuru), 929 ve 929 dn.12; TİRYAKIOĞU, 6 dn.4. UNIDROIT Prensipleri’nde de, ‘milletlerarası sözleşme’ kavramının hukuk sistemlerinde farklı anlam ve içeriğe sahip olması nedeniyle, tanım yapılmasının hazırlık çalışmalarını uzatacağı gerekçesiyle tanım vermekten kaçınılmıştır. Bkz. BERGER, Michel: “Damages and International Contract Law”, *International Business Law Journal*, 2004, Vol.4, 427-443, 156. Bu nedenle prensipler, ‘yabancı’ unsurun geniş şekilde anlaşılması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. SÜRAL, 58. Görüldüğü gibi, milletlerarası düzenlemelerde ‘milletlerarası sözleşme’nin tanımını yapmak yerine, ilgili düzenleme açısından uygulama alanı çizilmiş, düzenlemenin hangi sözleşmeleri kapsadığı ve hangi hallerde ilgili düzenleme açısından ‘milletlerarası sözleşme’ olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Buna karşılık metinlerin hemen hepsinde ‘milletlerarası sözleşme’ kavramı tercih edilmiştir.

²²¹ DEMİRKOL, Berk: *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24.Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, 96; BEKTAŞ, 32.

²²² NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, 7.

²²³ DEMİRKOL, 96; SÜRAL, 6.

nitelik taşıması için sözleşmenin yabancı unsur içermesi gerekmeyp, sınır aşan nitelikte olması yeterlidir. Bu görüşe göre yabancı unsurdan farklı olarak sözleşmenin milletlerarası vasfından söz edebilmek için for ülkesi dışında bir ülkeyle bağlantılı olması yeterli olmamakta, hakimin sübjektif değerlendirme yapması gerekmemekle birlikte, objektif unsurları itibariyle birden çok ülke ile bağlantılı olması gerekir.²²⁴ Oysa yabancılık unsuru sübjektif olarak belirlenmekte, bu nedenle bir ülkeye göre yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme başka bir ülkeye göre yabancılık unsuru taşımayabilmektedir.²²⁵ Benzer yöndeki başka bir görüş ise sözleşmeleri millî, yabancı ve milletlerarası sözleşme olarak üçe ayırmaktadır. Millî sözleşme, edim konusu tek bir ülkede gerçekleşen ve yalnızca bu ülke ekonomisini ilgilendiren sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Buna karşılık yabancı bir ülkenin hukukuna tabi sözleşmeler ‘yabancı sözleşme’, sözleşmenin ifasının birden çok ülkede gerçekleştiği sözleşmeler ise ‘milletlerarası sözleşme’ olarak tanımlanmıştır.²²⁶

Bu çalışmada ‘milletlerarası ticari sözleşme’ kavramı, hem klasik anlamda yabancı unsur içeren sözleşmeleri, hem de yeni eğilimlere uygun biçimde milletlerarası ticaretin yarar alanına giren sözleşmeleri ifade eder biçimde kullanılmıştır.

1.1.2.2. Milletlerarası Niteliğinin Yabancı Unsur İle Tespiti

Klasik yaklaşıma göre bir sözleşmenin yabancı unsur taşıması halinde milletlerarası nitelikte olduğu kabul edilecektir.²²⁷ Yabancı unsur, bir olay veya ilişkiyi birden çok hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren unsurdur.²²⁸ Buna göre sözleşmenin milletlerarası nitelik taşıması, sözleşmenin birden çok ülke ile bağlantılı olması halinde söz konusudur.²²⁹ Bir sözleşme ilişkisinin, yersel ağırlık noktaları tek bir ülkede toplanıyorsa, bu sözleşme ilişkisinde yabancı unsur bulunmayacağından milletlerarası nitelikten bahsedilemez.²³⁰ Bir unsurun ‘yabancı’ olarak vasıflandırılmasında, fiil veya olayın sosyal gerçeklikteki yeri ile

²²⁴ ÖZDEMİR, (Yabancılık Unsuru), 930; NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, 6.

²²⁵ NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, 6.

²²⁶ SEVİĞ, 97-99.

²²⁷ CHESHIRE, 7.

²²⁸ MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, 2; TROCAN, 70; SADROLEŞRAFI, 6; ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2014, 8.

²²⁹ REESE, 4; NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, 6; DOĞAN, (Milletlerarası), 6-7; DOĞAN, (İş Akdi), 30.

²³⁰ DOĞAN,

(İş

Akdi),

30

DOĞAN, (Akreditif), 129.

ilgilienilmez.²³¹ Yabancı unsorda aslolan, birbirine yabancı olan hukuk düzenleri arasında bir köprü vazifesi görmesidir.²³² Hukuki ilişkinin herhangi bir unsuruna atfedilen ‘yabancılık’ vasfının bizatihi kendisini tanımlamak mümkün değildir. Çünkü ‘yabancılık’ vasfı, bir unsurun belirli bir hukuk sistemi içerisinde bu şekilde tanımlanması ile ortaya çıkar.²³³ Dolayısıyla yabancı unsurun belirlenmesi ve bunun etkisi hukuk sistemlerinde farklılaşmaktadır. Çünkü yabancı unsur hakkında bir genelleme yapmak mümkün olmamakta, ancak belirli bir hukuk sistemiyle irtibat kurması halinde dikkate alınmaktadır.²³⁴ Bir hukuk sisteminden bağımsız olarak ‘yabancılık’ özelliğinden bahsedilemez.²³⁵ Yabancı unsurun tespiti, uyuşmazlığa bakan mahkeme açısından yapılmakta ve bu nedenle göreceli olma özelliği taşımaktadır.²³⁶

Doktrinde ‘yabancı unsur’ ve ‘milletlerarası unsur’ kavramları arasında ayırım yapan yazarlara göre milletlerarası unsur objektif kriterlerle belirlenmekte iken, yabancı unsur hem objektif hem de subjektif kriterlerle tespit edildiği için yabancı unsur geniş anlamda kullanılırken, milletlerarası unsur daha dar bir kapsama sahiptir.²³⁷ Somutlaştırmak gerekirse, hakim, yabancı unsurun hukuki niteliğini tespit ederken, yabancı unsurun tanımını ve tespitini, kendi hukukundaki kavramları kullanarak yapar. İlişki ile bağlantılı hukuklardaki kavramlara en azından başlangıçta başvurmaz.²³⁸ Bu nedenle belirli bir ülkenin hukuk sistemi açısından yabancı unsur olarak nitelendirilen bir olgu, bir diğer

²³¹ HUSSERL, Gerhart: “The Foreign Fact Element in Conflict of Laws, Part II: Defining and Characterizing the Fact Element in Conflict Cases”, *Virginia Law Review*, Vol.26, 1940, 453-485, 468.

²³² SADROLEŞRAFI, 6.

²³³ HUSSERL, Gerhart: “The Foreign Fact Element in Conflict of Laws”, *Virginia Law Review*, Vol.26, No.3, 1940, 243-274, 269; HUSSERL (Part II), 468.

²³⁴ TROCAN, Laura Magdalena: “Foreign Element – Distinguishing Factor of Private International Law Rapports to Internal Law Legal Rapports”, *Annals of ‘Constantin Brancusi’ University of Targu Jiu*, Juridical Sciences Series, Issue 3/2014, 69-76, 71; ULUOCAK, 3.

²³⁵ HUSSERL (PART II), 468-469.

²³⁶ DOĞAN, (Akreditif), 130; AYGÜN, 8.

²³⁷ ÖZDEMİR, (Yabancılık Unsuru), 930; AYGÜN, Mesut: “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2014, C. XVI, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekanitez’e Armağan - C. I), s. 1025 – 1066, Erişim adresi: http://www.academia.edu/13416284/YABANCILIK_UNSURUNUN_MAHİYETİ_VE_YARGILAMADAKİ_ROLÜ, Erişim tarihi: 25.07.2015, 9; BEKTAŞ, 32-33.

²³⁸ HUSSERL (Part II), 469.

ülkenin hukuk sisteminde yer alan kurallar tarafından yabancılık unsuru barındırmayan bir ilişki olarak nitelenebilir.²³⁹

Yabancı unsur vatandaşlık veya tabiiyet,²⁴⁰ ikametgah, mutad mesken, taşınmazın bulunduğu yer, taşınır malın bulunduğu yer, hukuki işlemin yapıldığı veya ifa edildiği yer, hukuki fiilin sonuçlandığı yer, hukuki işlemin hukuki etkilerini doğurduğu yer, hukuka aykırı fiilin gerçekleştirildiği yer, zararın ortaya çıktığı yer, yargılamanın yapıldığı yer şeklinde karşımıza çıkabilir.²⁴¹ Bunlar yanında müzakerelerin niteliği de sözleşmenin ‘milletlerarası’ niteliğinin tespitinde dikkate alınabilir. Örneğin müzakerelerin birden fazla ülkede gerçekleştirilmesi ve müzakereye bu farklı ülkelerden hukuki ve ticari konularda danışmanların katılması gibi hallerde müzakerelerin milletlerarası nitelik taşıdığı kabul edilmektedir.²⁴² Yabancı unsurun hangi hallerde ortaya çıkacağını tek tek belirlemek mümkün olmadığından, sayılanlarla sınırlı değildir.

Milletlerarası niteliğin, yabancı unsur ile ilintirendirilerek tespit edilmesi gerektiğini savunanların bir kısmına göre sözleşmenin birden çok hukuk düzeni ile irtibatlı olması sözleşmeye milletlerarası özellik kazandırırken, diğer bir kısım ise sözleşmeyle ilgili kişilerin vatandaşlığı, ikametgahı, mutad meskeni, iş yeri, sözleşme konusu mal, hizmet veya ödeme gibi şahsi veya coğrafi unsurların bir ülke sınırlarını aşması halinde milletlerarası özellik kazanacağını belirtmektedirler.²⁴³ Örneğin, bir satım sözleşmesinin milletlerarası nitelikte kabul edilmesi için malların bir ülkeden diğerine gönderilmesi veya tarafların farklı

²³⁹ ÖZDEMİR'in de isabetli olarak belirttiği gibi, uyuşmazlıkla ilgili davanın açıldığı ülke açısından yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı değerlendirileceğinden, sözleşmeye, ‘yabancı unsurlu sözleşme’ vasfının verilmesi, sözleşmeden doğan bu uyuşmazlığın dava konusu olması ve davanın açıldığı mahkeme tarafından yapılacak değerlendirme neticesinde ortaya çıkacak bir durumdur. Bkz. ÖZDEMİR, (Yabancılık Unsuru), 927-928.

²⁴⁰ Tüzel kişilerin tabiiyetinin tek başına ilişkiye yabancılık unsuru kazandırmayacağına ilişkin farklı bir görüş için bkz. DEMİRKOL, 113-114

²⁴¹ MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, 2; TROCAN, 71-72; DOĞAN, (Milletlerarası), 7; DOĞAN, (Akreditif), 129; ÇELİKEL/ERDEM, 8-9; TEKİNALP, Gülören / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, 22; HARPER, Fowler V. / TAINTOR II, Charles W. / CARNAHAN, Charles Wendell / BROWN, Ralph S.: *Conflict of Laws, Cases and Materials*, The Bobbs-Merill Company Inc. Publishers, 1950, 3-4.; BERG, Alan G.J.: *Drafting Commercial Agreements*, Butterworths, 1991, 177; ÖZDEMİR, (Yabancılık Unsuru), 927 vd.; EKŞİ, Nuray: *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, 24. Benzer yönde TURHAN, (Para Kayıtları), 7-8.

²⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. DELAUME, G.R.: “What is an International Contract? An American and Gallic Dilemma”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 28, April 1979, 258-279, 261 vd.

²⁴³ Görüşler için bkz. ŞANLI, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması*, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, 5-6; ŞANLI, (Tahkim), 29-31. Benzer yönde bkz. GÖĞER, Erdoğan: *Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı)*, Üçüncü Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.356, Ankara, 1975, 3; TIRYAKIOĞLU, 6.

ülkelerde yerleşik olmaları ya da malların gönderileceği yerin tarafların bulunduğu ülkeden farklı bir ülke olması gerektiği belirtilmektedir.²⁴⁴

Yukarıda belirttiğimiz gibi klasik yaklaşıma göre, sözleşmenin konu, şahıs veya coğrafi bağlantılar sebebiyle birden çok ülkeyi ilgilendirmesi halinde, sözleşme ‘milletlerarası’ nitelik kazanmaktadır.²⁴⁵ Yabancı unsur, hukuki ilişkinin taraflarının iradesi ile ortaya çıkabileceği gibi, tarafların iradesi dışında da ortaya çıkabilir.²⁴⁶ Başka bir deyişle sözleşmeye ‘milletlerarası’ nitelik kazandıran şahsi veya coğrafi bağlantı, objektif veya subjektif yöntem ile tespit edilir. Subjektif yöntem, tarafların, yabancı unsur içeren bir sözleşmeye irade muhtariyeti çerçevesinde uygulanacak hukuku kendi iradeleri ile tespit etmeleridir. Yahut hukuki olay veya ilişki tamamen bağlı olduğu hukukun dışında, bir başka ülke mahkemesine götürüldüğünde, yetkili mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede o ülke mahkemesi açısından yabancı unsurun varlığından söz edilmesidir.²⁴⁷ Objektif yöntemde ise, herhangi bir ülke mahkemesine başvurmadan önce sözleşmenin birden çok hukuk düzeni ile irtibatlı olması sebebiyle sözleşmenin ‘milletlerarası’ nitelik taşıdığı kabul edilir.²⁴⁸ Başka bir deyişle olay veya ilişki, mahkemeye intikal etmeden önce, objektif olarak birden fazla ülkeyle ilgilidir.²⁴⁹ Bu nedenle objektif olarak yabancı unsur içeren bir olay veya

²⁴⁴ CHUAH, 25. Bununla birlikte yazar, tarafların aynı ülkede yerleşik olmaları halinde malların farklı bir ülkeden veya ülkeye gönderilmesi halinin milletlerarası özel hukuku fazla meşgul etmeyeceğini, muhtemelen tarafların bulunduğu ülke hukukunun ihtilafa uygulanacağını belirtmektedir.

²⁴⁵ ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 2, Yıl 9, 1989, 103-120, 104; ALTUĞ, Yılmaz: *Devletler Özel Hukuku*, İkinci Baskı, Çağlayan Kitabevi, İstanbul, 1995, 179; BERKİ, Osman Fazıl: *Devletler Hususi Hukuku Cilt II*, 4. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1961, 3; ŞANLI, (Tahkim), 30; TİRYAKİOĞLU, 6; DOĞAN, (Akreditif), 129. Benzer yönde ULUOCAK, 2-5; SÜRAL, 6.

²⁴⁶ AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra Gül: *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, 9-10; SCHMITTHOFF, Clive M.: “The Limits of Party Autonomy”, *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Ed: Chia-Jui CHENG, Martinuss Nijhoff Publishers, 1988, 584-597, 585. Benzer yönde TURHAN, Turgut: *Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, No.324, Ankara, 1997, 6.

²⁴⁷ TEKİNALP, Gülören: “Akdi ilişkide Uygulanacak Hukuk – MÖHUK m.24 ve Zimni Hukuk Seçimi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 1, Yıl 5, 1085, 28-31, 28 vd.; AYBAY/DARDAĞAN, 249-250; SCHMITTHOFF, (Party Autonomy), 585; ÇİLİNGİROĞLU, 103-104; TURHAN, (Para Kayıtları), 6; ULUOCAK, 3; EKŞİ, (Yetki), 25-26.

²⁴⁸ TURHAN, (Para Kayıtları), 6; ÖZDEMİR, (Yabancılik Unsuru), 929 vd.

²⁴⁹ EKŞİ, (Yetki), 25.

ilişkinin aynı zamanda subjektif olarak da yabancı unsurlu olduğu kabul edilmekte iken, aksi için aynı şey söylenemez.²⁵⁰

Tarafların aralarındaki sözleşmeye salt yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları sebebiyle ‘yabancı unsur’un varlığının kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır.²⁵¹ Bazı yazarlar, ilişki salt iç hukuku ilgilendirse dahi, yabancı bir hukukun uygulanmasının kararlaştırılması ile yabancılık unsuru kazanacağını belirtmektedir.²⁵² Bizim de katıldığımız şekilde aksi yönde görüş serdeden yazarlar ise salt yabancı bir hukukun uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılmasının ‘yabancılık’ vasfı kazandırmayacağını belirtmektedirler.²⁵³

1.1.2.3. Milletlerarası Niteliğinin Milletlerarası Ticari Hayattaki Yerine Göre Tespiti

Son dönemde ortaya çıkan yeni yaklaşımlarda adi borç ilişkileri ile ticari borç ilişkilerinin birbirinden ayrılması ve ticari borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde farklı bir yöntem kabul edilmesi gereği ifade edilmeye başlanmıştır.²⁵⁴

Klasik kanunlar ihtilafı kuralları bir ‘devlet’in hukuk düzenine işaret etmekte iken²⁵⁵, bu yöntemde sözleşmenin ‘milletlerarası ticari sözleşme’ vasfını taşıması için sözleşmenin klasik anlamda yabancı unsur barındırmasına gerek yoktur. Başka bir deyişle şahsi, coğrafi veya hukuki olarak birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olması gerekmeyip, sözleşmenin maddi ve ekonomik karakteri itibarıyla milletlerarası ticari hayatı ilgilendirmesi veya milletlerarası ticaretin yarar alanına girmesi ‘milletlerarası sözleşme’ vasfını taşıması için yeterlidir.²⁵⁶ Bu bağlamda ekonomik işlemin mal, hizmet, fon transferinin sınırlar ötesi nitelik taşıması yeterli kabul edilecektir.²⁵⁷ Diğer unsurları itibarıyla salt iç hukuku

²⁵⁰ ULUOCAK, 3; EKŞİ, (Yetki), 25-26. ULUOCAK, sübjektif olarak yabancı unsurlu bir ilişkinin tamamen bir iç hukuk ilişkisi olabileceğini belirtmektedir.

²⁵¹ Konuya ilişkin tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm 2.1.6.1. Esasa Uygulanacak Hukuk.

²⁵² NOMER, 315; BEKTAŞ, 32.

²⁵³ DOĞAN, (Milletlerarası), 7, dn.9.

²⁵⁴ DOĞAN, (Akreditif), 128-129.

²⁵⁵ DALHUISEN (V.I), 229.

²⁵⁶ DELAUME, 269 vd.; DOĞAN, (Milletlerarası), 6; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 161; DOĞAN, (Akreditif), 129-130; ŞANLI, (Tahkim), 31; ŞANLI, (Ticari Akitler), 6; TİRYAKİOĞLU, 7; ÖZDEMİR, (Yabancılık Unsuru), 935; ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, 261.

²⁵⁷ ÖZDEMİR, (Yabancılık Unsuru), 937.

ilgilendiren sözleşmeler dahi, ‘milletlerarası’ hukuk düzeninin bir parçası ise ‘milletlerarası’ unsur barındırdığı kabul edilir.²⁵⁸ Başka bir deyişle sözleşme, milletlerarası ticari hayatı ilgilendirdiği sürece sözleşmenin konusu, tarafları, ifa yeri, ödeme yeri, para birimi ve benzeri hususlar salt tek bir ülkeyi ilgilendiriyor olsa dahi sözleşme, milletlerarası nitelik kazanacaktır. Diğer unsurlar ise destekleyici nitelikte kabul edilebilir. Bununla birlikte diğer unsurlar, sözleşmenin milletlerarası nitelik taşıdığı iddiasını güçlendirebileceği gibi, bu tezin geçersiz kılınmasına da neden olabilir.²⁵⁹

1.2. MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN MÜZAKERESİ

Milletlerarası ticari sözleşmelerin müzakeresi normal şartlar altında nihai sözleşmenin hazırlanması ve yürürlüğe konması ile sonuçlanır.²⁶⁰ Sözleşmenin yürütülmesi sırasında ortaya çıkabilecek muhtemel ihtilafların önlenmesi veya ortaya çıkacak ihtilafların en hızlı şekilde çözümlenmesi, doğal olarak tarafların şekillendirecekleri sözleşmeye bağlıdır. Bu tür sözleşmelerin ekseriyetinde her ne kadar taraflar yükümlülüklerini yerine getiriyor olsa da, sözleşmenin ihlali, yükümlülüklerin tam olarak yerine getirilmemesi hallerinin de müzakere aşamasında göz önünde bulundurulması gerekir.²⁶¹

Milletlerarası sözleşmeler genellikle uzun bir metin olarak düzenlenmekte, birden fazla kopya olarak hazırlanmakta ve taraflarca imzalanıp hemen hemen aynı zamanda değiş tokuş edilmektedir. Sözleşmenin müzakere süreci genellikle uzun bir zaman almakta ve avukat, bankacı, mühendis, muhasebeci şirket yetkilileri gibi farklı alanlardan kişiler müzakerelerde yer almaktadır. Sözleşmelerin kurulması aşamasında klasik olarak karşımıza çıkan icap ve kabul gibi unsurlar milletlerarası sözleşmelerde genellikle belirgin şekilde bulunmamaktadır. Genellikle bilgi alışverişi ile başlamakta, tarafların belirlenmesi, menfaatleri, farklılıklarının tartışılması, ardından muhtemel sözleşmenin ana hatlarının

²⁵⁸ DALHUISEN (V.I), 229.

²⁵⁹ DELAUME, 270.

²⁶⁰ FOX, 6.

²⁶¹ FOX, 4.

görüşülmesi ve nihayet sözleşme maddelerinin düzenlenmesi şeklinde aşama aşama ilerleyen bir süreçte yayılmaktadır.²⁶²

1.2.1. Milletlerarası Ticari Sözleşmeler İçin ‘Müzakere’ Kavramı

Müzakere sürecini doğrudan sözleşmenin maddi içeriği ile ilgili hususlar ve sözleşme içeriği dışında kalan hususlar olmak üzere ikiye ayırabiliriz.

Sözleşmenin maddi içeriği ile ilgili hususlar doğrudan sözleşme maddelerinin düzenlenmesi ile ilgilidir. Taraflar arasındaki ilişkinin veya hukuki işlemin niteliğine göre sözleşmenin hazırlanması, maddelerin düzenlenmesi ve içeriği bu kapsamdadır. Genellikle milletlerarası ticari sözleşmelerde bulunan maddeler ve bunların içeriği üçüncü bölümde incelenecektir. Sözleşmenin maddi içeriği dışında kalan hususlar ise taraflar arasındaki kültür, dil farklılıkları gibi müzakere ortamını ve dolayısıyla sözleşmeyi şekillendiren faktörler, tarafların sözleşme yapma ehliyeti, sözleşmenin şekli geçerliliği gibi konuları kapsar.²⁶³ Müzakerelerde etkili hususlar müzakere ortamı başlığı altında incelenecek, diğer hususlar ise çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır.

1.2.1.1. Müzakerenin Tanımı

Milletlerarası sözleşme müzakereleri için genellikle sözleşme görüşmesi (*debate*), pazarlık (*bargaining*) ve müzakere (*negotiation*) kavramları kullanılmakla birlikte, müzakere (*negotiation*) kavramının sözleşme görüşmesi ve pazarlık kavramlarını da ihtiva eden bir üst kavram olduğu kabul edilmektedir.²⁶⁴ Bununla birlikte, müzakere ve pazarlık kavramlarının farklı anlamlara sahip olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır.²⁶⁵ Buna göre pazarlık

²⁶² FARNSWORTH, E.Allan: “General Report”, *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 15-35, 17. Benzer yönde bkz. BLANCHARD, Patrick: “Offer and Acceptance in International Contract Negotiation, A Comparative Study”, *International Business Law Journal*, No 1, 2008, 3-25, 3.

²⁶³ Bu konular hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, (Ticari Akitler), 10-22.

²⁶⁴ İGEME: Dış Ticarete Sözleşmeler ve Müzakereler, Hazırlayan: Asım ÇALIŞ, İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Kasım 2007, 49. Benzer yönde bkz. FOSTER, Dean Allen: *Bargaining Across Borders, How to Negotiate Business Successfully Anywhere in the World*, McGraw-Hill, 1992, 16. FOSTER, ‘pazarlık’ın, ‘müzakere’ kavramının yalnızca bir unsuru olduğunu belirtmektedir.

²⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. GHOURI Pervez N.: “A Framework for International Business Negotiations”, *International Business Negotiations*, 2nd Edition, Ed: Pervez N. GHOURI, Jean-Claude USUNIER, Elsevier Ltd., UK, 2003, 3-22, 3.

kavramı tek taraflı fayda sağlama amacını yansıtmakta iken,²⁶⁶ 'müzakere' kavramı her iki tarafın da sürece dahil olduğu, karşı tarafın ihtiyaçlarını da göz önünde bulunduran, problem çözme yaklaşımı barındıran ve her iki taraf için de cazip ve faydalı sonuçlar ortaya çıkaran, başka bir deyişle iki tarafın da kazandığı bir süreci ifade etmektedir.²⁶⁷

Bir tanıma göre müzakere, iki tarafın bir konu üzerinde anlaşmasını sağlamak amacıyla iletişim kurması anlamına gelebileceği gibi, uzlaşmak niyetiyle bir konu hakkında görüşmeleri anlamına da gelebilir. Buradaki 'uzlaşma' tabiri, bir ihtilafın, karşılıklı ödünler vererek çözülmesi anlamına gelmektedir.²⁶⁸ Başka bir tanımda ise müzakere, bir sözleşmenin kurulması veya var olan bir sözleşmenin değiştirilmesi amacıyla tarafların, sözleşme kuruluncaya kadar veya sözleşmenin uygun bir süre içinde kurulamayacağını açıkça anlaşılacağı ana kadar, -sözleşmeyi kurma yükümlülüğü yüklemeksizin- ciddi olarak görüşmelere başlama ve sürdürme yükümlülüğü altına sokan bir süreçtir.²⁶⁹ Başka bir tanıma göre ise müzakere, bir dizi stratejik hareket, alınacak kararları etkileyen kavramsal/bilişsel gerçeklikler veya bir etkileşim sürecinden oluşam bir karışımdır.²⁷⁰

²⁶⁶ GHAIURI'ye göre 'pazarlık' kavramı rekabetçi veya dağıtıcı pazarlığı işaret etmekte ve genellikle diğer tarafın zararına olacak şekilde, opportunist bir yaklaşımla kendi yararını maksimuma ulaştırma amacı taşımaktadır. Başka bir deyişle tipik bir kazan ya da kaybet müzakeresini ifade etmektedir. Oysa bu yaklaşım günümüzde kabul görmemektedir. 'Müzakere' kavramında ise bir tarafın kazanabilmesi için karşı tarafın kaybetmesi gerekmez, her iki taraf, ortak bir amaç doğrultusunda kazanırlar. Bkz. GHAIURI, (Framework), 3-4. Benzer yönde FOX da milletlerarası ticaretin kazan-kaybet yaklaşımındaki müzakerelerle yürütülmediğini, zira bu yaklaşımın ilişkilere zarar verdiğini ve milletlerarası ticarette tarafların ilişkiye zarar vermek yerine iyi ilişkiler kurmanın tercih edildiğini belirtmektedir. Bkz. FOX, 170.

²⁶⁷ GHAIURI, (Framework), 4. Benzer yönde bkz. CHATTERJEE C.: *Negotiating Techniques in International Commercial Contracts*, Ashgate Publishing, 2000, 2; CHOMSKY, Carol / LANDSMAN, Maury: "Introducing Negotiation and Drafting into the Contracts Classroom", *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 44, 2000, 1545-1560, 1552-1554.

²⁶⁸ CHATTERJEE, 1-2; FISHER, Roger/ URY, William: *Getting to Yes, Negotiating an Agreement Without Giving in*, Random House Business Books, 2012, 3. Bununla birlikte bazı yazarlar, birçok müzakerecinin ödün vermenin işbirliği yapmak anlamına geldiğini düşünmesine rağmen, aslında öyle olmadığını, her iki tarafın da hedeflediği sonucu elde edemediğini belirtmektedir. Buna göre ödün vererek karşılıklı beklentilerin tatmin edilmesi mümkün değildir. Bkz. COHEN, Herb: *You Can Negotiate Anything*, Citadel Press-Kensington Publishing, USA, 1984, 197. Yazarın belirttiği bu yaklaşım, genellikle Amerikalı işadamlarının müzakerelerde kullandığı baskı teknikleri doğrultusunda müzakereleri ele alan bir yaklaşımdır. Oysa bu tutum, bazı kültürlerde tamamıyla ters bir etki yaratmakta ve müzakerelerin başlangıcında dahi ilişkilerin kopmasına ve sözleşmenin imzalanamamasına yol açabilmektedir. Bu husus ilerleyen kısımda 'Müzakere Ortamı ve Müzakere Ortamını Şekillendiren Faktörler' başlığı altında incelenecektir.

²⁶⁹ DOĞAN, Gül: *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 6, İstanbul, 2006, 72.

²⁷⁰ GIROLAMO, Debbie De: "The Negotiation Process: Exploring Negotiator Moves Through a Processual Framework", *28 Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2013, 353, Erişim adresi: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=28+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+353&srctype=smi&srcid=3B15&key=0f5a361cf6cfa86c488c43847a703b06>, Erişim tarihi: 05.08.2015, 353-354.

Tanımlarda da belirtildiği üzere en geniş anlamda müzakere, bir anlaşma veya uzlaşma sağlamak amacıyla başkalarıyla görüşülmesini ifade etmektedir. Görüldüğü gibi ‘müzakere’ kavramı farklı noktalardan hareketle tanımlanabilmektedir. Bu nedenle, bir yazarın da haklı olarak belirttiği gibi ‘müzakere’ terimini belirli ve kesin şekilde tanımlamak mümkün olmadığından, kavramın karakteristik özelliklerini tespit etmek yerinde olacaktır.²⁷¹

Müzakerenin en temel özellikleri; Esneklik, karşılıklılık, ödün ve saldırgan olmamaktır. Müzakerelerde genellikle bir taraf, diğer taraf üzerinde otorite kurarak veya agresif tavırlarla şartlarını diğer tarafa kabul ettireceğini düşünebilmektedir. Oysa bu tür bir tutum, müzakere ilkeleriyle bağdaşmayacağı gibi, ortak iradeye dayanan ‘müzakere’ kavramı ile de çelişir. İhtilafların çözülmesini amaçlayan siyasi müzakerelerden farklı olarak milletlerarası ticari müzakerelerde, yapılacak olan ticari işle ilgili kayıt ve şartların kararlaştırılması söz konusudur. Tek taraflı kayıt ve şartların bulunduğu muameleler müzakere edilmeyi gerektirmez, buna karşılık gerçek bir sözleşmede karşılıklı fikirlerin uyuşması gerekir ki bu usul müzakereyi gerektirir. Bu nedenle müzakereci tarafların, müzakereler esnasında kendi koşul ve şartlarına katı şekilde bağlı kalmaktan kaçınması gerekir. Aksi yaklaşım müzakerenin temel amacını sekteye uğratabilir.²⁷²

Bir sözleşmenin ortaya çıkmasından önceki süreç, bir yazara göre; icap ve kabul aşaması, vaat etme (söz verme) aşaması²⁷³ ve pazarlık veya müzakere olmak üzere üç safhadan oluşur.²⁷⁴ Başka bir yazara göre ise sözleşme müzakereleri, müzakere öncesi aşama, yüzyüze müzakere aşaması ve müzakere sonrası aşama olmak üzere üç safhadan oluşmaktadır.²⁷⁵ Bir diğer görüş ise müzakere öncesi aşama, müzakere aşaması, imza aşaması ve yasal izinler olmak üzere dört safhadan oluştuğunu belirtmektedir.²⁷⁶

²⁷¹ HASSAN, Tariq: “The Principle of Good Faith in the Formation of Contracts”, 5 *Suffolk Transnational Law Journal*, Vol. 5:1, 1980-1981, 1-52, 15.

²⁷² CHATTERJEE, 2-3; CHUAH, 29; CHOMSKY/LANDSMAN, 1552-1553. Benzer yönde bkz. FISHER/URY, 42 vd.; CHOMSKY/LANDSMAN, 1552 vd.

²⁷³ Yazar söz verme/vaat etme olarak adlandırdığı bu aşamayı bir sözleşme olarak değil, ahlaki yükümlülük getiren bir olgu olarak tanımlamıştır. Buna göre söz verme veya vaat etme olgusunun *common law* hukuk sistemlerinde ivaz (*consideration*), Kara Avrupası hukuk sistemlerinde ise sebep (*causa*) ile tamamlanması gerekir ve ancak geçerli bir sözleşme kurulduğu takdirde icra edilebilir nitelikte olacaktır. Bkz. HASSAN 32-33.

²⁷⁴ HASSAN, 32.

²⁷⁵ GHOURI, (Framework), 8-13.

²⁷⁶ STIEFEL, E.C.: “As They See Us”, *Typische Rechtsprobleme bei amerikanischen Investitionen in Deutschland*, Festschrift für Reimer Schmidt, Karlsruhe, 1976, 242-248’dan aktaran DİNAR, Cem: *Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, 6 dn.15.

Müzakerenin kendi içindeki safhaları ise bir yazara göre; tarafların tek taraflı olarak durumlarını dile getirmeleri, bilgi alışverişi, tarafların (güçlü ve zayıf taraflarını) pozisyonlarını kontrol etmeleri, pozisyonların değişmesi, tekliflerin pazarlığı ve nihai sözleşme için ortak karar alınması olmak üzere altı aşamadan oluşmaktadır.²⁷⁷ Başka bir yazar ise müzakere aşamalarını ilk teklif, gayriresmi müzakere, son teklif, resmi müzakerenin planlanması, ilk resmi müzakere oturumu, iç toplantılar, ikinci resmi müzakere oturumu şeklinde sıralamaktadır.²⁷⁸ Hangi yaklaşım kabul edilirse edilsin, milletlerarası ticaret uygulamasında bu aşamaları kesin biçimde birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bu nedenle inceleme planı bu aşamalara paralel biçimde hazırlanmayıp, her tür milletlerarası müzakerede genel olarak önem taşıyan noktalar üzerinde durulmuştur.

1.2.1.2. Müzakere Ortamı ve Müzakere Ortamını Şekillendiren Faktörler

Milletlerarası ticarete sözleşmelerin müzakeresi özel bir teknik gerektirir. Geçmişte, müzakere yeteneği doğuştan ve içsel olarak bulunan bir yetenek olarak kabul ediliyorken, günümüzde sonradan öğrenilebilecek tekniklerden oluştuğu kabul edilmektedir.²⁷⁹ Taraflar müzakere tekniklerini kullanarak, bu ortamı şekillendiren faktörlerin önemli kısmını yönetebilirler. Elbette müzakereye yön verebilmek için bu unsurların neler olduğunu bilmek gerekir.

Sözleşme müzakerelerinde müzakere ortamını şekillendiren unsurların başında iletişimle ilgili unsurlar bulunduğunu öncelikle belirtmemiz gerekir. Çünkü diğer unsurlar bu iletişim üzerine bina edilecektir. Başka bir deyişle müzakere, iletişime dayanmaktadır ve tarafların birbirleriyle açık, samimi ve etkili bir iletişim kurmaları, başarılı bir müzakerenin temel taşı olacaktır.²⁸⁰ İletişim dışında, her iki tarafın içinde bulunduğu çevresel, sosyal, siyasal ve yapısal faktörler müzakereleri doğrudan veya dolaylı biçimde etkilemektedir.²⁸¹

²⁷⁷ GIROLAMO, 359.

²⁷⁸ GHAURI, Pervez N.: "The Role of Atmosphere in Negotiations", *International Business Negotiations*, 2nd Edition, Ed: Pervez N. GHAURI, Jean-Claude USUNIER, Elsevier Ltd., UK, 2003, 206-219, 214.

²⁷⁹ GHAURI, (Framework), 16; CHATTERJEE, 1, 117 vd.

²⁸⁰ CHUAH, 28; NIERENBERG, Gerard I.: *Fundamentals of Negotiating*, Harper&Row Publishers, 1973, 4; FOSTER, 18. Benzer yönde bkz. MACNEIL, Ian R.: "A Primer of Contract Planning", *Southern California Law Review*, Vol.48, 1975, 627-704, 635.

²⁸¹ GHAURI, (Framework), 6; FISHER/URY, 165.

Bu unsurlar müzakerelerleri olumlu yönde etkileyebileceği gibi, olumsuz yönde etkilemesi de mümkündür.²⁸²

1.2.1.2.1. Kültür

Milletlerarası sözleşmelerin tarafları genellikle farklı ülkelerde bulunan, farklı kültür çevrelerindeki kişilerdir. Kültürün en göze çarpan unsurları dil ve iletişim, kurumsal ve hukuki sistem, değerler sistemi, zaman yönetimi, zihniyet şeklindeki beşeri münasebetlerdir.²⁸³ Dolayısıyla bunlar ve bunlarla bağlantılı diğer unsurlar, kültür temelinde şekillenir ve farklı kültürlerde farklı şekilde somutlaşırlar. Bu nedenle başlangıçta belirttiğimiz gibi kültürel farklılıklar, farklı müzakere tekniklerinin kullanılmasını gerektirir.²⁸⁴ Kültür, müzakereler üzerinde oldukça etkili olmakla birlikte, kültürün müzakere edilmesi söz konusu değildir.²⁸⁵ Bazı hallerde sözleşmenin maddi içeriği değil, salt kültür, dil gibi farklılıklar bile sözleşmenin yapılmasını engelleyebilmektedir.²⁸⁶ Şayet uzun süreli bir sözleşme ilişkisi amaçlanıyorsa, sözleşmenin diğer tarafının kültürü ve müzakere tarzı hakkında bilgi sahibi olmak gerekir.²⁸⁷ Çünkü kişilerin düşünme biçimleri ile olaylara veya davranışlara verecekleri tepkiler bulundukları kültüre göre şekillenir.²⁸⁸ Aynı milletlerden kişiler genellikle müzakerelerde belirli bir tarzda davranma eğiliminde olurlar

²⁸² GHURI, (Framework), 5.

²⁸³ USUNIER, Jean Claude: "Cultural Aspects of International Business Negotiations", *International Business Negotiations*, 2nd Edition, Ed: Pervez N. GHURI, Jean-Claude USUNIER, Elsevier Ltd., UK, 2003, 97-135, 100-102. Benzer yönde bkz. SALACUSE, Jeswald W.: *Making Global Deals, Negotiating in the International Marketplace*, Houghton Muffin Company, Boston, 1991, 45.

²⁸⁴ FOX, 5; NIERENBERG, 108; MASTELLONE, Carlo: "Choice of Law and Jurisdiction Clauses in Cross-Border Agency and Distribution Agreements From an EU Perspective", *UIA Seminar: The Issues Which Really Count for Clients in International Agency, Distribution and Franchising Agreements – An Update for Some, An Eye Opener*, Atlanta 1-2 May 2009, Erişim adresi: http://www.studiomastellone.it/pdf/Choice%20of%20law%20and%20jurisdiction%20clauses_REPORT.pdf, Erişim tarihi: 05.12.2015, 2.

²⁸⁵ FOSTER, 18.

²⁸⁶ CHUAH, 29.

²⁸⁷ DIMATTEO, 10. Benzer yönde bkz. FISHER/URY, 168-169.

²⁸⁸ Müzakerelerde, yalnızca müzakereci karşı tarafın kültürü hakkında bilgi sahibi olunması yetmez. Şayet müzakereler tarafsız üçüncü bir ülkede yürütülecekse, o ülkenin kültürü hakkında da ön araştırma yapılması gerekir. Zira müzakerelerin yürütüldüğü ülkede hoş karşılanmayan, o ülkenin kültürüne ters düşen birtakım davranışlar sergilenirse, çevreden tepki gösterilmesi muhtemeldir. Söz konusu tepki, sessiz bir tepki dahi olabilir. Ne şekilde olursa olsun, diğer taraf üzerinde oluşturacağı imaj olumlu olmayacaktır. Böyle bir durumun yaratacağı olumsuzluk bir anlık olmayıp müzakereler üzerinde gergin ve olumsuz bir hava yaratabilir. Bu nedenle karşı tarafın kültürü dışında, müzakerenin yürütüldüğü ülkenin kültürü hakkında da bilgi edinilmeli ve buna bağlı bir sorunun müzakereleri gölgeleme ihtimali mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldırılmalıdır. Ancak tarafların kültürleri hakkında bilgi edinirken, yapılan tespitlerin önyargı oluşturmamasına da dikkat edilmelidir.

ve genellikle aynı veya benzer davranış biçimlerini tekrarlarlar.²⁸⁹ Müzakereyi yürütecek kişilerin kültürü ve müzakere tarzı hakkında başlangıçta bilgi edinilmesi ilerleyen aşamalarda müzakerenin yürütülmesini kolaylaştırır ve ortaya çıkabilecek yanlış anlamaların kısmen önüne geçebilir. Yalnızca kültürel farklılıklar, bile müzakere süreci üzerinde ve sözleşmenin şekillenmesinde hayati önem taşır.²⁹⁰ Örneğin başta Çinliler ve Japonlar olmak üzere bazı kültürlerde yazılı sözleşme, yalnızca tarafların bir iş ilişkisi kurma konusundaki iradelerinin delili olarak görülmekte ve bu ilişkinin esnetilebileceği, yazılı sözleşmeye rağmen değişiklik yapılabileceği düşüncesi hakimdir. Bu kültürlerde bireysellikten ziyade topluluk ruhu hakim olmakta, taraflar arasındaki sözleşmeden ziyade taraflar arasında kurulacak ilişkiye önem atfedilmekte, müzakereler genellikle çok katı ahlaki ve hiyerarşik kurallar çerçevesinde seyretmektedir.²⁹¹ Yine Çin ve Japon iş adamları yazılı metinde belirtilen hususları tekrar etmek gereği duymazlarken, Amerikalılar tekrar tekrar vurgulama eğilimindedirler.²⁹² Benzer şekilde, Konfüçyüsçü yaklaşıma sahip Japonlar, Çinliler ve Singapurlular müzakerenin harmonisini bozmamayı ve mümkün olduğu kadar çatışmadan kaçınmayı tercih ederken, Amerikalı iş adamları baskı teknikleri kullanırlar. Yine Japonlar endirek ve resmi şekilde iletişim kurarken, Amerikalılar direk iletişim kurarlar.²⁹³ Bu iki farklı kültürden iş adamlarının müzakere esnasında sıkı pazarlık ve baskı yöntemini kullanmaları büyük ihtimalle müzakereyi başarısızlığa sürükleyecektir. Rus ve Arap iş adamları ise müzakerelerde kazan ya da kaybet şeklinde yaklaşmakta ve bundan dolayı karşı tarafın, kendi avantajlarına olacak rekabet eden teklifler sunmasını beklemektedir. Yahut günümüzün gelişmiş teknolojileri sayesinde taraflar fiziksel olarak

²⁸⁹ BRETT, Jeanne M.: *Negotiating Globally*, 2nd Edition, John Wiley&Sons Inc., USA, 2007, 51; NIERENBERG, 108; FOSTER, 38 vd.; SALACUSE, 5.

²⁹⁰ CHUAH, 29; DIMATTEO, 148; FOSTER, 40; SALACUSE, 5. Benzer yönde bkz. FISHER/URY, 168-169.

²⁹¹ CIRICILLO, Robert C./FREMANTLE, Adam/HAMBURG, Jeanne M.: "International Negotiations: A Cultural Perspective", *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M. ARESTY, ABA Publishing, USA, 2000, 37-56, 40; GUITTARD, Stephen W.: "Negotiating and Administering an International Sales Contract with the Japanese", *International Lawyer*, Vol. 8, No. 4, 1974, 822-831, 823, 827. Milletlerarası sözleşmelerin müzakerelerinde Çin kültürünün müzakereye etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. ROUGIER-BRIERRE, Guillaume: "The Particularities of Contractual Negotiation and Practice in China", *International Business Law Journal*, 2007, 151-170, 155. Ayrıca bkz. CHU, Victor Lap-Lik / THYS, Patrice J.: "Negotiation of Business Contracts in China", *International Business Law Journal*, Vol. 5, 1988, 583-594, 583 vd. Japonlarla milletlerarası müzakereler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GUITTARD, 823 vd.

²⁹² CIRICILLO/FREMANTLE/HAMBURG, 37.

²⁹³ DIMATTEO, 148-149; FOSTER, 49, 274, 165-166; GUITTARD, 823; FISHER/URY, 169; BAKAN, İsmail: "Bölüm 14: Dış Ticarete İletişim", *Dış Ticaret İşlemler ve Uygulamalar*, 5. Baskı, Editörler: Çetin BEDESTENCİ / Murat CANİTEZ, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007, 485. Benzer yönde bkz. FOX, 7; NIERENBERG, 145; ROUGIER-BRIERRE, 156.

biraraya gelmek yerine internet, online buluşmalarla görüşebilmektedirler. Ancak protokol ve resmiyete önem veren Rus kültüründe, fiziksel olarak biraraya gelmemek samimiyetsizlik veya saygısızlık olarak yorumlanabilmektedir.²⁹⁴

Tarafların müzakere stratejisi ve beklentileri de kültüre bağlı olarak şekillenir.²⁹⁵ Örneğin, Amerikalıların müzakerelerden temel beklentisi, spesifik bir amacın mümkün olduğunca kısa sürede gerçekleştirilmesi ve maksimum kazanç sağlanması iken, Japonlar bilgi paylaşımı ve uzun vadeli ilişki kurmayı beklerler.²⁹⁶

Kültür konusu tarafların kullandıkları dil ile de yakından bağlantılıdır. Tarafların farklı kültürlere sahip olması veya farklı hukuk sistemlerinde bulunması, müzakerede konuşulan konuların aynı şekilde algılanmasını engelleyebilir aynı kavram veya mesaj farklı şekillerde yorumlanabilir.²⁹⁷

Kültürün etkisi bir yazara göre müzakereleri esas olarak on noktada etkilemektedir; Müzakere amacı (sözleşme veya ilişki), müzakere yaklaşımı (kazan-kaybet veya kazan-kazan), kişisel üslup (resmi veya gayriresmi), iletişim (direk veya endirek, yahut açık veya kapalı),²⁹⁸ zaman hassasiyeti (yüksek veya düşük),²⁹⁹ duygusallık (yüksek veya düşük), sözleşmenin oluşturulması (genel veya detaylı), sözleşmenin düzenlenmesi (tümevarımlı

²⁹⁴ CIRICILLO/FREMANTLE/HAMBURG 37, 39.

²⁹⁵ BRETT, 37-38, 48-51; GRAHAM, John L.: "Vis a Vis: International Business Negotiations", *International Business Negotiations*, 2nd Edition, Ed: Pervez N. GHOURI, Jean-Claude USUNIER, Elsevier Ltd., UK, 2003, 23-50, 30-31. Benzer yönde bkz. FOSTER, 272-273.

²⁹⁶ FOSTER, 272-273; GUITTARD, 823, 828; BAKAN, 482, 485.

²⁹⁷ DURUKANOĞLU, Nihayet: *Dış Ticaret Dünyası*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, 10; VICTOR, David A.: "Cross Cultural Awareness", *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M. ARESTY, ABA Publishing, USA, 2000, 97-112, 100; GHOURI, (Framework), 19; FOSTER, 54. Benzer yönde bkz. GREENBERG, Marcia E.: "International Contracts: Problems of Drafting and Interpreting, and the Need for Uniform Judicial Approaches", *Boston University International Law Journal*, Vol.5, 1987, 363-387, 363; BAKAN, 477.

²⁹⁸ Örneğin bazı kültürlerde 'belki', 'zor' gibi kelimeler aslında 'mümkün değil' anlamına gelebildiği gibi, 'belki', 'evet', 'bir ihtimal' gibi kelimeler aslında 'hayır' anlamında kullanılabilir. Sözlü iletişim yanında sözsüz iletişim de kültüre göre şekillenmektedir. Örneğin el sıkışma, kişisel alan/kişisel mesafe, tebrik etme, rahatsızlık belirtileri, kadın-erkek arasındaki iletişim gibi konular kültürden kültüre çok farklı hassasiyetlere yol açabilmekte, kültüre göre kendine özgü özellikleri bulunabilmektedir. GHOURI, (Framework), 13-14.

²⁹⁹ Örneğin batı kültürlerinde 'vakit nakittir' yaklaşımı hakim olduğu için zaman, bir baskı sebebi olarak ortaya çıkmaktayken, birçok Asya, Latin Amerika ve Afrika kültüründe bu tür bir zaman hassasiyeti bulunmamaktadır. Bkz. GHOURI, (Framework), 13.

veya tümdengelimli), takım organizasyonu (tek lider veya grup bilinci), risk alma (yüksek veya d      ) noktalarında tarafların kültürleri belirleyici olmaktadır.³⁰⁰

1.2.1.2.2. Dil

Milletlerarası ticari sözleşmelerin tarafları genellikle aynı dile sahip değildir. Bu nedenle tarafların hangi dili kullanacaklarını kararla tırmaları gerekir. Bu konu üç noktada önem taşımaktadır:

Taraflar öncelikle *müzakerenin yürütülmesi sırasında* hangi dilin kullanılacağını, daha sonra *müzakere sürecinde hazırlanacak olan belgelerin dili* ve yapılacak yazışmalarda kullanılacak dili ve nihayet hazırlanacak *sözleşmenin dilini* belirlemelidirler. Pratikte taraflar arasındaki iletişim çoğunlukla İngilizce olarak yürütülmekte ve hazırlanan sözleşme de genellikle İngilizce kaleme alınmaktadır.³⁰¹ Fakat elbette başka bir dilin müzakere dili olarak belirlendiği ve sözleşmenin başka bir dil veya dillerde hazırlandığı da görülmektedir.

Müzakereler sırasında kullanılacak dilin belirlenmesi çok önemlidir. Zira tarafların kavramları algılamaları veya belirli kavram ya da ifadelerle yükledikleri anlam, dile göre de i ebilece i gibi,³⁰² seçilen dil uygulanacak hukuku ve yargı yetkisini de etkileyebilir³⁰³. Aynı şekilde hukuk sistemlerinin kavramlara atfettikleri kapsam farklıla abilir. Bu sebeplerle özellikle yazılı sözleşmede kullanılan dil, uygulanacak hukuk ve seçilen mahkeme arasında mümkünse uyum olması gerekir.³⁰⁴

³⁰⁰ SALACUSE, 58-71. Benzer yönde bkz. GHARI, (Framework), 13-14; USUNIER, 100-102; FISHER/URY, 168-169; FOSTER, 40 vd. Başka bir yazar ise kültürün milletlerarası ticari müzakereler üzerindeki etkisinin dil, sözsüz iletişim, düşünme ve karar verme süreci olmak üzere dört noktada toplandığını belirtmektedir. Bkz. GRAHAM, 31-32. Bir başka yazara göre ise kültürün etkisinin yedi farklı de i kenle ortaya çıkmaktadır. Buna göre tarafların kültürleri dil,  evre ve teknoloji, sosyal organizasyon, genel durum (contexting), otorite kavramı, sözsüz iletişim, zaman kavramı de i kenlerini etkilemekte ve dolayısıyla bu unsurlar müzakerelerde etkili olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. VICTOR, 98 vd.

³⁰¹ CORDERO-MOSS, 10; ROZOVICS, Michelle J.: "Drafting Multiple-Language Contracts", *Gpsolo*, Vol.28, April/May 2011, 14-18, 15.

³⁰² VICTOR, 99. Benzer yönde bkz. FOSTER, 61-62; GREENBERG, 363; BAKAN, 474 vd.

³⁰³ Bkz.    nc  Bölüm 2.16.1.2 Hukuk Seçiminin Yapılı   ekli.

³⁰⁴ TAYLOR, Charles M.: "Understanding the Game and the Playing Field", *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M.ARETY, ABA Publishing, USA, 2000, 173-188, 177; CORDERO-MOSS, 8.

Tarafların aynı dili konuşmaması halinde, müzakerede, her iki tarafın da ana dili olmayan, fakat iki tarafın da bildiği bir dil kullanılmasında fayda vardır. Taraflar müzakereleri ortak bildikleri bir dilde yürütmelerine rağmen, taraflardan birisinin sözleşmenin kendi dilinde hazırlanması konusunda ısrar edebildiği görülmektedir. Bu halde, sözleşmede kullanılan dil anadili olmayan taraf, mutlaka konunun uzmanı bir çevirmenle hazırlık aşamasında yer almalıdır.³⁰⁵

Her iki tarafın ülkesinde aynı dil konuşuluyor olsa dahi, genellikle bu dilin kullanılmasında nüans bulunur. Örneğin Kanada, ABD, İngiltere ve Yeni Zelanda'da ana dil İngilizce olmasına rağmen, bu ülkelerin kültürleri aynı dilde farklılıklar yaratmıştır.³⁰⁶ Şayet tarafların dili ortak değilse, müzakerelerde ve hazırlanacak sözleşmede mümkün olduğunca sade bir dil kullanılmalıdır.³⁰⁷ Sözleşmenin birden fazla dilde hazırlanması halinde ise hangi dildeki metnin esas olacağı belirlenmelidir.³⁰⁸

1.2.1.2.3. Güven

Bir sözleşmenin müzakeresinde taraflar arasındaki güven bir anda oluşmayıp, zaman içinde aşama aşama ortaya çıkar.³⁰⁹ Güven, taraflar arasındaki ihtilafların tatmin edici sonuçlara dönüşmesini sağlayan bir unsurdur.³¹⁰ Taraflar birbirlerini tanıyorlarsa ve/veya birbirleriyle daha önce bir iş veya ticaret ilişkisinde bulunmuşlarsa aralarında zaman içinde bir güven ilişkisi oluşur. Milletlerarası sözleşmelerin önemli kısmında taraflar birbirlerini tanımamadığından, salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelerde bulunan belirli bir derecede güven unsuru milletlerarası sözleşmelerde bulunmaz.³¹¹

³⁰⁵ CIRICILLO, FREMANTLE, HAMBURG, 41. Benzer yönde bkz. FOSTER, 59-61.

³⁰⁶ MACNAUGHTON, Ann L. / FAGAN, Wayne I.: "A Checklist for Negotiators Representing Small to Medium-Sized Companies in the Global Marketplace", *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M. ARESTY, ABA Publishing, USA, 2000, 203-209, 205; FOSTER, 54-56.

³⁰⁷ BUTT, Peter: *Modern Legal Drafting, A Guide to Using Clearer Language*, Third Edition, Cambridge University Press, 2013, 102 vd.; FREY, Martin A.: "Tips for Contract Drafting", *Journal of Paralegal Education and Practice*, Vol.5, 1998, 55-66, 59; FOSTER, 61.

³⁰⁸ FOX, 4-5. Milletlerarası ticari sözleşmelerin müzakeresinde dil konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm 2.4. Sözleşmenin Dili Maddesi.

³⁰⁹ USUNIER, 130.

³¹⁰ COHEN, 164.

³¹¹ FOX, 5.

Tarafların daha önce problemsiz şekilde iş yapmış olmaları, (mezun oldukları üniversiteler vb.) eğitim durumu, çalıştıkları organizasyonlar, organizasyondaki kişilerin cinsiyeti gibi hususlar güven unsurunu etkileyecektir.³¹² Güven unsurunu belirleyen bir diğer faktör de nepotizmdir. Nepotizmin³¹³ doğal karşılandığı bir organizasyonda yer alan kişiler arasında aile bağları veya diğer yakınlık ilişkilerinin varlığı, Amerika gibi aile bağlarının (göreceli olarak) daha zayıf olduğu bazı ülkelerde olumsuz bir intiba uyandırmaktayken,³¹⁴ bu tür ilişkilerin yoğun olduğu bazı kültürlerde karşı taraf için güven verici bir unsur haline gelebilmektedir. Ayrıca kişinin yaşı, cinsiyeti, sağlamlığı, yüzü, tonu, ses tınısı ve tonu gibi fiziksel özelliklerinin de, bilinçaltındaki kodlar sebebiyle, en azından müzakerelerin başlangıç aşamasında kişisel güvenin oluşmasında etkili olduğu belirtilmektedir.³¹⁵

Günümüz teknolojisinin sunduğu video konferans, eposta, internet gibi imkanlar, tarafların coğrafi olarak farklı yerlerde bulunması sebebiyle ortaya çıkan problemlerin önüne geçiyor olsa da, bazı yazarlar, tarafların yüzyüze görüşememelerinin kişisel güven eksikliğine neden olduğuna işaret etmektedir.³¹⁶ Kanaatimizce, iletişim teknolojilerinin bu denli gelişmiş olması taraflar arasındaki coğrafi engellerin olumsuz etkisini bertaraf etmekte ve yüzyüze görüşebilmelerine imkan sağlamaktadır. Dolayısıyla günümüz teknolojilerinin sağladığı imkanlar dikkate alınırsa, tarafların bu teknolojiyi yeterli düzeyde kullanması halinde coğrafi olarak farklı yerlerde bulunmaları ek bir sorun teşkil etmeyebilir.

Tarafların mümkün olan en erken zamanda karşılıklı güven geliştirmeleri, her iki tarafın da kazanacağı bir müzakere ilişkisi ve uzun süreli bir sözleşme ilişkisi geliştirmelerinin temel unsurudur.³¹⁷ Bu noktada kültürel özelliklerin de dikkate alınması gerekir. Zira bazı kültürlerde güvenin kaynağı sözleşme veya yazılı belgelerle ortaya çıkarken, bazı kültürlerde

³¹² VICTOR, 103-104. Benzer yönde bkz. DALY, Joseph L.: "International Commercial Negotiation and Arbitration", *Hamline Journal of Public Law & Policy*, Vol. 22, 2000-2001, 217-252, 233-234.

³¹³ Hısim, akraba ve arkadaşları kayırma, iltimas geçme.

³¹⁴ VICTOR, 102-103.

³¹⁵ USUNIER, 106. Örneğin müzakerecinin uzun boylu olması, bilinç dışı şekilde, o kişinin güç ve statü sahibi olduğu izlenimini vermektedir. Ya da kişinin şişman olmasının, iyi beslenme ve zenginlik imajı oluşturabileceği belirtilmektedir.

³¹⁶ FOX, 5.

³¹⁷ COHEN, 164; DIMATTEO, 148; FOX, 5. Benzer yönde bkz. ICC: "11 Principles to Facilitate Commercial Negotiation", Erişim adresi: <http://store.iccwbo.org/t/ICC-Principles-to-Facilitate-Commercial-Negotiation>, Erişim tarihi: 10.03.2016, 2.

yazılı metinlere güvenilmemekte, ancak taraflar arasında kurulan ilişki veya kişisel bağlantılar güveni oluşturmaktadır.³¹⁸

1.2.1.2.4. Müzakerenin Yapıldığı Yer

Müzakereler, taraflardan birisinin ülkesinde yapılabileceği gibi, tarafsız bir alan olarak üçüncü bir ülkede de yapılabilir. Her iki yerin de kendine göre avantajları ve dezavantajları vardır. Müzakerenin taraflardan birinin ülkesinde yapılması, ev sahibi açısından beklemediği problemleri çözmeye, müzakereyi yürütürken aynı zamanda kendi alanındaki diğer konularla ilgilenmesine ve karşı tarafı organizasyonu ve misafirperverliği ile etkilemesine olanak sağlar; karşı tarafın kendi alanında olsaydı müzakereyi kesmesi ihtimali olan hallerde müzakerenin zamansız biçimde kesmesi ve müzakere yerini terk etmesini engelleyebilir; müzakere ortamını şekillendiren ev sahibi taraf olur; karşı tarafın çalışma alanına gelmesi ev sahibine psikolojik bir faktör olarak avantaj sağlar ve nihayet seyahat sebebiyle oluşacak zaman ve para kaybının önüne geçildiği gibi, tamamen yabancı bir müzakere ortamına alışmak için harcanacak zaman ve emekten de tasarruf sağlar. Bununla birlikte müzakerenin karşı tarafın bulunduğu yerde yapılmasının avantajları ise, karşı tarafın organizasyonu, kültürü, iş çevresi ve iş kültürü gibi konuları öğrenme ve karşı tarafı tanıma imkanı yakalanması; ofiste zamanı sekteye uğratabilecek konularla karşılaşma ihtimalinin olmasına karşın, karşı tarafın alanında zamanın tamamının yalnızca müzakereye hasredilebilmesi; bizzat müzakere edilen kişinin üstü olan kişilerle iletişime geçme imkanı bulunabilmesi ve müzakere için gereken hazırlıkların yükünün ekseriyetle karşı tarafta olmasıdır.³¹⁹

Taraflardan birisinin ülkesinde yapılması halinde yabancı taraf, ev sahibi ülkenin kültürü hakkında önceden bilgi edinmeli ve bulunduğu ülkenin kültürüne saygı göstermeli; ev sahibi taraf ise yabancı müzakereciyi rencide edici davranışlardan kaçınmalıdır.³²⁰ Şayet her iki mekan da tatmin edici değilse, bu halde taraflar, belirledikleri tarafsız üçüncü bir

³¹⁸ VICTOR, 103.

³¹⁹ NIERENBERG, 52-53; SALACUSE, 11-14, 16.

³²⁰ CHATTERJEE, 3-6.

ülkede müzakereleri yürütebilirler.³²¹ Ancak her iki tarafın da yabancı olduğu bir ülkenin müzakere yeri olarak belirlenmesi özellikle lojistik ayarlamalar açısından sıkıntı yaratabilecektir. Son seçenek ise, günümüzün gelişen teknolojileri sayesinde, herhangi bir yere seyahat etmeden, her iki tarafın da kendi bulunduğu yerde video konferans gibi imkanları kullanarak müzakereleri yürütmesidir.³²²

1.2.1.2.5. Müzakere Zamanı

Müzakerenin yapılacağı zaman, müzakereyi doğrudan etkileyebilmektedir. Örneğin Ramazan ayı içerisinde Orta doğu ülkeleriyle, Ağustos ayında Fransızlarla, şükran günü ile yılbaşı arasındaki haftalarda Amerikalılarla müzakere edilmesi önerilmemektedir. Belirli kültürlerde veya ülkelerde özel olan belirli zamanlarda müzakere masasına oturulması, bir tarafın müzakereye tam olarak konsantre olamaması ve müzakereden verim alınamaması sonucunu ortaya çıkarabilir. Resmi tatiller, millî veya dini bayramlar, tatil periyodları ülkeden ülkeye ve kültürden kültüre farklılık gösterdiğinden, müzakere zamanı belirlenirken, karşı tarafın yerel takvimi dikkate alınmalıdır.³²³

1.2.1.2.6. İki Ülke Arasındaki İlişki

Tarafların vatandaşlık, iş ilişkisi ve benzeri şekillerde bağlantılı oldukları ülkelerin birbirleriyle olan siyasi veya ticari ilişkileri de müzakereleri etkileyebilir. Örneğin iki ülke arasında bir dostluk ilişkisi bulunması, bu ülkelerde bulunan müzakereci tarafların, dostane bir müzakere ortamı yaratmasına yardımcı olabilir. Esasen psikolojik unsurlar arasında bulunan bu faktörün, iş hayatına etkisi çok büyüktür. Bu nedenle diğer ülkenin siyasi ve ticari tarihi, iki ülke arasındaki siyasi ve ticari ilişkiler hakkında müzakere öncesinde bilgi sahibi olmak gerekir. Bu tür bir araştırma, iki ülke arasındaki ilişkilerin iyi olmaması veya daha önce siyasi veya ticari ilişki kurulmamış olması hallerinde de müzakereci tarafların

³²¹ SALACUSE bu seçeneği belirtmekle birlikte, her iki tarafa da yabancı olan üçüncü bir ülke seçeneğini önermemektedir. Tarafların müzakereleri üçüncü bir ülkede yapması halinde, her iki taraf da, diğer taraf hakkında bir şeyler öğrenme imkanına sahip olamayacaktır. Bununla birlikte, bazı durumlarda üçüncü ülke taraflar için hem para hem de zaman açısından daha uygun bir buluşma noktası olabilir. Bkz. SALACUSE, 18-19.

³²² SALACUSE, 19.

³²³ SALACUSE, 21-22.

ilişkilerini nasıl canlandıracakları veya nasıl bir ilişki yaratacakları hususunda yol gösterici olacaktır.³²⁴

1.2.1.2.7. Davranış Biçimleri, Üslup ve Psikolojik Unsurlar

Kollektif davranış biçimleri veya davranış eğilimleri kültürle yakından ilgili olduğundan ve yukarıda 'kültür' başlığı altında incelendiğinden, aşağıda yalnızca bireysel davranış biçimlerine değinilecektir.

Müzakerelerin iyi biçimde başlaması ve başarılı şekilde sürdürülmesi, müzakereci tarafın hem kendi davranışları hem de karşı tarafın bu davranışına gösterdiği tepkinin ölçülmesi ve buna göre davranmasıyla yönlendirilir.³²⁵ Müzakereciler bir konuda direktmek yerine, karşı tarafın davranışlarını izleyerek ve gerekirse bazı hususlardan fedakarlık ederek uzlaşmayı sağlayacak bir çözüm üretmeye yönelmelidir. Tarafların dostane bir tavırla, nezaket kuralları çerçevesinde görüşmeleri, diğer tarafa üstünlük taslamamaları, müzakere konularında esnek bir yaklaşım sergilemeleri, kendi şartlarını dayatmak yerine müzakere etmeye istekli olmaları, diğer tarafın söylediklerini dikkate almaları, karşı tarafın zor durumu karşısında anlayış gösterilmesi, birbirlerinin kültürlerine saygı göstermeleri, birbirlerine yönelttikleri soruların rencide edici veya dayatmacı olmaması, soru sorarken soruya ilişkin hazırlayıcı altyapının verilmesi, karşı tarafın ihtiyacına binaen belirli bir hususun çözümünün amaçlandığı, karşı tarafın düşüncesine ihtiyaç duyulduğunu belirten, karmaşık olmaktan ziyade aşamalı olarak ilerleyen basit ve net sorular sorulmalı ve bir çözüm ortaya konarken önerinin 'en iyi' veya 'tek' çözüm olarak sunulmasının, karşı tarafın üzerinde önerebileceği yaratıcı alternatifleri veya üzerinde çalışabileceği diğer alternatifleri ortadan kaldıracağı unutulmamalıdır.³²⁶

İletişim üslubu oldukça önemlidir. İfade edilmek istenen konuların açık ve anlaşılır olması, karşı tarafın bunları alabileceği bir zamanda verilmesi ve yanlış anlamaların önüne geçildiğinden emin olunması gerekir.³²⁷ Ayrıca müzakereci, tarafsız ve önyargıdan uzak

³²⁴ CHATTERJEE, 11.

³²⁵ NIERENBERG, 44; FISHER/URY, 46-50.

³²⁶ NIERENBERG, 187.

³²⁷ FISHER/URY, 35-39; FOSTER, 61-62.

biçimde, endişesiz olarak karşı tarafı dinlemelidir.³²⁸ Burada yalnızca karşı tarafın sözlü olarak belirttiklerine değil, iletişim diline de kulak verilmelidir.³²⁹ Sözlü iletişimden çok önce ortaya çıkan sözsüz iletişim,³³⁰ tüm kültürlerde iletişimin yaklaşık %70'ini oluşturmakla birlikte³³¹ hiçbir kültürde aynı değildir.³³² Sözsüz iletişimin davranışlara yansması ve algılanması genellikle bilinçli biçimde gerçekleşmemektedir. Örneğin kişi, karşısındaki müzakerecinin bacak bacak üzerine atması, masaya yaslanması, kollarını kenetlemesi, kendisiyle direk göz teması kurması ve benzeri durumlarda bir rahatsızlık hissetse bile bunun karşısındakinin beden dilinden kaynaklandığını fark etmeyebilir. Bununla birlikte, huzursuzluk veya gerginlik hissetmesi halinde bu durum kaçınılmaz olarak müzakerenin akışını etkileyecektir. Bu nedenle karşı tarafın kültüründe göze çarpan ve müzakerenin akışını etkileyebilecek sözsüz iletişim unsurlarını bilmek gerekir.³³³

Tarafların birbirlerine karşı anlayışlı bir tavır sergilemesi, yalnızca tek bir iş veya sözleşme için değil, gelecekte devamlı işbirliği için de altyapı oluşturacaktır. Bu halde, müzakerelerin başarısızlığa uğraması ihtimalinde dahi, tarafların gelecekteki işbirliği için altyapı yaratılmış olur. Ayrıca müzakere sürecindeki ilişkinin, yalnızca müzakereci taraflar arasındaki ilişkisiden ibaret olmadığını, iş dünyasında bu ilişkinin üçüncü kişi konumunda bulunan kişi veya organizasyonlarla olan ilişkiyi de etkileyebileceği dikkate alınmalıdır.³³⁴

Müzakerelerde iletişimle ilgili olan bir başka husus tarafların yüzyüze mi yoksa teknolojik araçlarla mı müzakereleri yürütmelerinin daha verimli olacağıdır. Yüzyüze

³²⁸ NIERENBERG, 139-141; FISHER/URY, 36-37.

³²⁹ Bu noktada kültürün etkisi de unutulmamalıdır. Örneğin Araplar'ın kişisel alanı Avrupalılara göre daha dardır. Dolayısıyla çok yakın mesafede bulunmaları onlar için problem yaratmazken, Avrupalılar için beden dilinin tehditkar olduğu biçiminde yorumlanabilir. Yahut Fransızlar doğrudan göz teması kurarken, bu durum Amerikalılar için rahatsız edici olabilmektedir. Bkz. FOSTER, 44-45. Yahut Japonya ve Tayland gibi Asya ülkelerinde hiyerarşik düzeyde alt sıralarda bulunanlar, üstleriyle doğrudan göz teması kurmazlar. Bkz. GHOURI, (Atmosphere), 212.

³³⁰ DALY, 236.

³³¹ FOSTER, 280.

³³² Bir çok kültürde vücut dili, jest ve mimikler, göz teması, tensel temas, ses tonu, gülümseme, yakınlık mesafesi, giyim-kuşam, kişisel bakım gibi unsurlar sözlü olmayan iletişimin unsurları arasındadır. Bkz. NIERENBERG, 142; FOSTER, 43-46; VICTOR, 109-110; GHOURI, (Atmosphere), 121, 212-213; DALY, 236; BAKAN, 462, 475. Buna rağmen bunlara yüklenen anlamlar kültürden kültüre değişebilmektedir.

³³³ GHOURI, (Atmosphere), 212-213.

³³⁴ CHUAH, 29; CHATTERJEE, 4; FISHER/URY, 154; FOSTER, 146-147. Benzer yönde bkz. SALACUSE, 166.

gerçekleştirilen müzakerelerin teknolojik araçlarla yapılan müzakerelerden daha etkili olduğunu kabul etmek gerekir.³³⁵

1.2.1.2.8. Tarafların İhtiyaçları ve Beklentileri

Tarafların bir konuda müzakereye girişmeleri bazı ihtiyaçlar sebebiyle ortaya çıkar. İhtiyacın veya beklentinin söz konusu olmaması halinde taraflar müzakereye girişmezler.³³⁶ Bundan dolayı her bir tarafın, karşı tarafın ihtiyaç ve beklentilerini anlamaya, görmeye çalışması gerekir. Bu tür bir davranış sergilenmediği takdirde, diğer taraf için müzakerenin bir anlamı kalmayacaktır. Bazı durumlarda taraflar kendi hedeflerine öylesine odaklanırlar ki, karşı tarafın hedeflerini göremezler. Ne var ki, karşı tarafın söz konusu sözleşmeyi yapabilmesi için, onun da kendi hedefini gerçekleştirmesi gerekir.³³⁷ Bu nedenle karşı tarafın ihtiyaçları ve mümkünse müzakere konularına ilişkin asgari ve azami limitleri hakkında fikir sahibi olunması ve iki taraflı kazanım yolları üzerinde durulması gerekir.³³⁸ Zira müzakere sonucunda ortaya çıkan durum, taraflardan birisinin beklentisinin asgari sınırının altında kalacaksa sözleşmeyi yapmayacaktır.³³⁹ Bu nedenle beklenmedik ve zor olsa dahi, kabul edilebilir yeni koşullara açık olunmalıdır.³⁴⁰

Milletlerarası müzakerelerde, müzakerelerin kişilerarası, organizasyonlararası ve milletlerarası olmak üzere üç aşaması bulunmaktadır. Burada göz önünde bulundurulması gereken önemli hususlardan birisi, organizasyonların kişiler aracılığıyla müzakereye katılmasıdır, zira organizasyonların müzakeresi, kişilerden bağımsız değildir. Bu nedenle müzakerelerin yürütülmesi sırasında bu kişilerin kişisel niteliklerinin, karakter özelliklerinin de göz önünde bulundurulması gerekir.³⁴¹ Yine aynı nedenle müzakerelerde hem belli bir organizasyonu temsil eden gerçek kişilerin kişisel ihtiyaçlarının, hem de bir tüzel kişi olarak

³³⁵ Örneğin, internet veya telefon gibi araçlarla yapılan bir müzakerede yanlış anlaşılmanın ortaya çıkma ihtimali daha yüksektir, uzlaşılabilecek konulara 'hayır' diyerek uzlaşma yolunu kapatmak daha kolaydır, daha hızlı ve daha rekabetçidir ve bu özellikleri sebebiyle çok daha risklidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. COHEN, 208-215.

³³⁶ BRETT, 10; NIERENBERG, 89; GHOURI, (Atmosphere), 210. Benzer yönde bkz. FISHER/URY, 21-22; FOX, 170.

³³⁷ MACNAUGHTON/FAGAN, 207-208; BRETT, 8.

³³⁸ GHOURI, (Atmosphere), 211; FISHER/URY, 12, 72; FOX, 161-162. Benzer yönde bkz. LEWICKI, Roy J. / SAUNDERS, David M. / BARRY, Bruce: *Negotiation, Readings, Exercises and Cases*, Sixth Edition, McGraw-Hill, 2010, 42-43; RIBEIRO, Robert: *Drafting Techniques and Precedents*, Thorogood, London, 2003, 7; SALACUSE, 167; ICC, (Principles), 2.

³³⁹ GHOURI, (Atmosphere), 211.

³⁴⁰ FOSTER, 254.

³⁴¹ FISHER/URY, 20-21; NIERENBERG, 90.

organizasyonun ihtiyaçları dikkate alınmalıdır.³⁴² Tarafların yalnızca karşı taraf değil, kendi ihtiyaçlarını ve beklentilerini de netleştirmesi de müzakerenin seyrini etkileyebilecek önemli unsurlardan birisidir.

1.2.1.2.9. Hukuk Sistemleri

Milletlerarası ticari müzakerelerin tarafları, genellikle farklı hukuk geleneklerinden gelmektedirler. Farklı hukuk sistemleri içinde bulunan hukukların kavramlara atfettiğı anlamlar, kavramları sınıflandırmaları, düşünme biçimleri ise farklı olacaktır.³⁴³ Özellikle Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde yer alan temel farklılıklar sebebiyle kavramların kullanılış şekli, kapsamı, hukuki sonuçları ve benzeri hususlar farklılaşmaktadır. Müzakereyi yürüten kişiler doğal olarak, kavramları içinde bulundukları hukuk sistemine göre anlamlandırma ve anlama eğiliminde olacaklardır. Bu nedenle müzakerelerde, üzerinde uzlaşılan hususların karşı tarafça hukuki açıdan doğru biçimde anlaşıldığından emin olunmalıdır.

1.2.2. Müzakere Öncesi Hazırlıklar

Müzakerelerin başarılı şekilde sonuçlanması, müzakere öncesinde yapılan hazırlıkların derecesi ile doğru orantılı olup, sözleşmenin arzu edilen şekilde yapılabilmesi, müzakere ekibinde yer alan kişilerin yapacağı hazırlıklara bağlı olduğu için, bazı yazarlara göre hazırlık aşaması müzakere aşamasından daha önemlidir.³⁴⁴ Yapılacak önhazırlıklar, hazırlanacak olan sözleşmenin niteliğine göre farklılık göstermekle birlikte, her tür müzakerede dikkate alınması gereken bazı hususlar bulunmaktadır.³⁴⁵ Örneğın, müzakere amacının kesin ve net biçimde belirlenmesi, müzakere öncesi belgelerin hazırlanması, müzakere ekibinin oluşturulması, müzakere ekibinin bilgilendirilmesi ve aralarında görev ve sorumluluk paylaşımı yapılması, müzakerelerde teknik bilgi desteğine ihtiyaç duyulması halinde bu kişilerin istenilen zamanda müzakerelere dahil edilebilecek şekilde ön bilgi verilmesi, karşı tarafın kültürü ve iş alışkanlıkları hakkında bilgi edinilmesi, müzakerenin

³⁴² NIERENBERG, 91; MACNAUGHTON, FAGAN, 207.

³⁴³ MACNAUGHTON/FAGAN, 205; SALACUSE, 116.

³⁴⁴ Bkz. CHATTERJEE, 8, 12; DALY, 223. Benzer yönde bkz. GHOURI, (Framework), 10, 16.

³⁴⁵ CHATTERJEE, 8.

yapılacağı ülke veya bölge hakkında bilgi edinilmesi, olası risk faktörlerinin değerlendirilmesi hemen her tür sözleşmede müzakerelerin başlamasından önce yapılacak temel hazırlıklardır.

1.2.2.1. Müzakere Amacının Belirlenmesi

Sözleşmenin türü ne olursa olsun, her tür müzakerede temel ve ortak amaç, tarafların beklentilerinin ve ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Bu nedenle hazırlanacak sözleşme, her iki tarafın da makul beklentilerini karşılayacak nitelikte şekillendirilmeli, bir taraf bazı hususlardan feragat etse de, müzakerelerin tümü ve hazırlanan sözleşmenin bütününe bakıldığında her iki tarafın da müzakere sonucunda bir şeyler kazandığı inancına ulaşılmalıdır.³⁴⁶ Tarafların müzakere öncesinde belirleyeceği amaçlar, bu hususlar göz önünde bulundurularak saptanmalıdır.

Müzakere sürecine ilişkin amaçlar açıkça belirlenmeli, kısa ve uzun vadeli beklentiler netleştirilmeli, belirlenen amaç doğrultusunda hangi konuların görüşüleceği tespit edilmeli, görüşülecek konularla ilgili limitler, yani asgari ve azami noktalar belirlenmeli, müzakere konuları pragmatik ve gerçekçi olmalıdır. Başka bir deyişle tarafların müzakerelerden temel beklentileri, bu beklentiye ilişkin konular, konuların her birinin taşıdığı önem belirlenmelidir.³⁴⁷ Bunun için taraflar, hazırlanması planlanan sözleşme hakkında genel bilgiye sahip olmalı ve önerilen sözleşme ile ilgili dökümanları önceden hazırlamalıdır.³⁴⁸ Son olarak müzakereci taraf, hazırlanacak olan sözleşmeyle ilgili önceden bir taslak hazırlarsa, bu hazırlık, müzakerelerin bu metin üzerinde tartışılarak yürütülmesi taraflara zaman kazandıracak gibi, hazırlayan taraf metne aşına olacağından bu tarafın müzakerede

³⁴⁶ NIERENBERG, 19, 21. Benzer yönde bkz. DALY, 226.

³⁴⁷ LEWICKI/SAUNDERS/BARRY, 34-40; CHUAH, 29; NIERENBERG, 50-51; DALY, 223-225; GHOURI, (Atmosphere), 210-211; BRETT, 9.

³⁴⁸ Örneğin taraflar milletlerarası bir satım sözleşmesi için görüşeceklerse satıcı, satacağı ürüne ilişkin gerekli bilgi ve belgeleri hazırlamalı, alıcı ise ürünün hangi nitelikleri taşıması gerektiğine ilişkin bilgileri elinde bulundurmalıdır. Bu husus, müzakerelerin hazırlık sürecinin başlaması için önemlidir. Zira satıcı en azından genel hatlarıyla belirlenmiş niteliklere sahip bir ürünü sağlayabileceğini onaylamadan müzakere öncesi aşamaya geçilemez. Bkz. CHATTERJEE, 8-9.

elini güçlendirmiş olacaktır.³⁴⁹ Uygulamada da milletlerarası ticari sözleşmelerin müzakeresi, genellikle bir tarafın hazırladığı taslak sözleşme üzerinden yürümektedir.

1.2.2.2. Müzakere Ekibinin Oluşturulması ve Müzakeredeki Rollerinin Belirlenmesi

Müzakerenin tek kişiyle mi yoksa takım olarak mı yapılacağı müzakerenin zorluğuna ve müzakere edilecek konunun önemine bağlıdır. Bunun dışında kültürel faktörler de etkili olabilmektedir. Örneğin, Rus iş adamları müzakereleri tek veya iki kişi ile yürütürken, Japon iş adamlarının müzakere ekibi 15 veya daha fazla kişiden oluşmaktadır. Bu sebeple karşı tarafın bu konudaki yerleşik davranışlarının dikkate alınması faydalı olacaktır.

Müzakereler, genellikle müzakereyi yürütecek kişinin yardıma ihtiyaç duyması sebebiyle ekip halinde yürütülür.³⁵⁰ Zira tek bir kişinin hukuki, ticari, teknik, finansal hususlar gibi birbirinden farklı birçok alana tam anlamıyla hakim olması mümkün değildir.³⁵¹ Müzakereci tarafların, müzakereleri bizzat yürütecek temsilcileri veya çalışanlarından oluşan müzakere ekibi, birbiriyle uyumlu biçimde çalışabilecek ve konuyla ilgili yeterliliğe sahip uzman kişilerden oluşturulmalıdır. Bununla birlikte yalnızca bir konuda uzman olmak müzakereci olarak belirlenmede esas alınmamalı, uzmanlık yanında iletişim becerisi de güçlü olan kişilerin seçilmesi gerekir. Başarılı bir müzakerenin temel anahtarının karşılıklılık olduğu dikkate alınarak, karşı tarafa kendi fikirlerini empoze etme eğilimindeki kişiler yerine, açık fikirli, diğer tarafı dinlemeye hazır kişilerden oluşturulmalıdır.³⁵²

Müzakere ekibinin kimlerden ve hangi niteliklere sahip kişilerden oluşacağı da sözleşme konusunun niteliğine göre belirlenmelidir.³⁵³ Sözleşme taraflarının yetkilendirdiği kişiler dışında muhasebeci, tercüman, avukat gibi kişilerin de müzakere ekibi içerisinde yer alması faydalı olabilir. Bu kişilerin hepsinin doğrudan hazırlanacak olan sözleşme konusunda bilgi sahibi olması her zaman gerekmez.³⁵⁴ Ancak müzakere yardımcılarının

³⁴⁹ BORTOLOTTI, 166. Benzer yönde bkz. LEWICKI/SAUNDERS/BARRY, 36-37.

³⁵⁰ NIERENBERG, 48.

³⁵¹ GHOURI, (Framework), 20.

³⁵² NIERENBERG, 57; CHATTERJEE 9, 12.

³⁵³ CHATTERJEE, 9.

³⁵⁴ Bununla birlikte sözleşme konusuna göre müzakere yardımcılarının da en azından sözleşme konusuna ilişkin genel bilgi sahibi olması gerekebilir. Örneğin milletlerarası bir inşaat sözleşmesi için yapılacak müzakerelerde tercüman olarak görev alacak bir müzakere yardımcısının en azından milletlerarası inşaat

müzakere sırasındaki rolleri, müzakerenin başlamasından önce açıkça tespit edilmelidir.³⁵⁵ Bununla birlikte sözleşmeyi hazırlayacak olan danışman, avukat veya hukukçuların, uygulanacak hukukla ilgili bilgi sahibi olmaları gerekir. Şayet uygulanacak hukuk, her iki tarafın dahil olduğu hukuk sistemlerinden birisi değilse, o hukukun uygulandığı ülkede bulunan bir hukukçuya danışılması yerinde olacaktır.³⁵⁶ Ancak burada da hukuk sistemlerinin veya ülkelerin farklılığı sebebiyle bu tür bir danışmanın sözleşmeyi müzakerecilerin gözünden görememesi, taraflara doğru tavsiyede bulunamaması, yanlış şekilde yönlendirmesi gibi durumlara rastlanabilmektedir.³⁵⁷ Bu nedenle hem uygulanacak hukuku iyi bilen, aynı zamanda ve özellikle milletlerarası ticaretle uzmanlaşmış bir hukukçuya danışılması riskleri en aza indirecektir.

Müzakere ekibinin liderinin ise uzman olması gerekmeyip konuyla ilgili genel bilgiye sahip olması, problem çözücü, güvenilir, müzakere sürecini yumuşak ve dostane biçimde yürütecek karakterde, yabancı kültür ve iş ortamı ile başa çıkabilecek yeterlilikte ve ekipte yer alan diğer kişilerce saygı duyulan bir şahsiyet olması önem taşımaktadır.³⁵⁸

1.2.2.3. Müzakere Ekibinin Bilgilendirilmesi

Hazırlık aşamasında, müzakere ekibinde yer alan kişiler kendi görev alanlarıyla ilgili bilgilendirilmeli, sorumluluk ve görev paylaşımı yapılmalıdır. Müzakereler başlamadan önce müzakere edilecek konular tanımlanmalı ve bunların ne şekilde müzakere edileceği, müzakere öncesindeki görüşmelerde kararlaştırılmalıdır.³⁵⁹ Müzakere ekibindeki her bir kişinin tam olarak bilgilendirildiğinden ve yeterince donanımlı olduğundan emin olunmalı, hangi hususların müzakere edileceği belirlenmeli, (alternatif stratejiler de dahil olmak üzere) müzakere stratejisi açık biçimde tanımlanmalı ve müzakere ekibindeki kişilerce özümsemiğinden emin olunmalı ve müzakerenin sınırları belirlenmelidir. Şayet karşı tarafı

sektörüne ilişkin genel terminolojiye vakıf olması gerektir. Aynı şekilde sözleşmenin hazırlığında yer alan tercümanların da ilgili ülkelerin hukuk terimleri hakkında ciddi bir bilgi birikimine sahip olması gerekir.

³⁵⁵ CURRY, J.E.: *International Negotiating*, San Francisco, 1998, s. 34'ten aktaran BEKTAŞ, 48.

³⁵⁶ KING JR, Henry T.: "Selecting and Dealing with Foreign Lawyers", *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M.ARETTY, ABA Publishing, USA, 2000, 147- 157, 148.

³⁵⁷ BORTOLOTTI, 166.

³⁵⁸ CHATTERJEE, 9, 12.

³⁵⁹ CHATTERJEE, 5.

müzakerede daha güçlü kılan bir durum varsa, müzakere ekibi bu konuda hazırlıklı olmalı ve hareket stratejilerini buna göre belirlemelidir.³⁶⁰

1.2.2.4. Karşı Taraf ve Müzakere Ortamı Hakkında Bilgi Edinilmesi

Hedeflenen sözleşmenin yapılabilmesi, başka bir deyişle müzakerenin başarıyla sonuçlanabilmesi için bir tarafın yalnızca kendi ihtiyaçları doğrultusunda yaptığı hazırlıklar yeterli olmayacaktır. Karşı tarafın sözleşmeden beklediği menfaat, sözleşmenin karşı taraf için önemi ve bunun altında yatan sebepler, karşı tarafın aldığı riskler, hedeflenen sözleşme dışında sahip olduğu alternatifler, sözleşmenin yapılması halinde kazanımlarının veya kayıplarının neler olacağı, karşı tarafın güçlü ve zayıf yanlarının karşılaştırılması, müzakere ekibinin bazı konularda karar verme yetkisinin olup olmadığı, müzakere ekibinin gerçek ve karar veren/kararları yönlendiren kişinin kim olduğu gibi hususların da değerlendirilmesi gerekir.³⁶¹ Aksi halde beklentilerin uyuşmaması sebebiyle sözleşme hiç yapılmayabilir ve tarafların müzakere için yaptığı yatırım, boşa gidebilir.³⁶² Bunun yanında genel olarak görüşme taraflardan birinin ülkesinde yapılacaksa, söz konusu ülke ve bu ülkenin kültürü, ülkenin ticari hayatı, ticari tarihi, karşı karşıya olunan endüstrinin genel yapısı, ülkenin ekonomik ve hukuki yapısı, mal türleri, ithalat-ihracat politikaları ve düzenlemeleri, finansal politikaları vb. konular hakkında da bilgi edinilmesi gerekir.³⁶³

Özelde ise karşı tarafın çalışma alanı, gerçekleştirdiği veya yürüttüğü projeler, önceki dönemde yaptığı işler, kurduğu iş ilişkileri gibi hususlar hakkında da mümkün olduğu kadar bilgi toplanmalıdır. Böyle bir altyapı hem müzakereler sırasındaki iletişimi güçlendirecektir, hem de karşı tarafın hareketlerini önceden kestirebilme imkanı sağlayarak müzakerelerin daha rahat biçimde yürütülmesini sağlayacaktır.

³⁶⁰ CHATTERJEE, 11-12.

³⁶¹ GHOURI, (Framework), 16-17; FISHER/URY, 26-29, 75-76; SALACUSE, 94-95. Benzer yönde bkz. ICC, (Principles), 2.

³⁶² KOSTRITSKY, Juliet P.: "Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Holdup Problem", *SMU Law Review*, Vol.61, 2008, 1377-1439, 1379-1380.

³⁶³ CHATTERJEE, 11-12; GHOURI, (Framework), 10; BURNSTEIN, Daniel: "Interest-Based International Business Negotiation", *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M. ARESTY, ABA Publishing, USA, 2000, 159-172, 169-170. Benzer yönde bkz. FISHER/URY, 75-76.

Müzakereleri yürüten gerçek kişilere ilişkin bilgi edinmek de faydalı olabilir. Örneğin, müzakereleri fiilen yürüten kişinin hobileri, geçmişteki ve halihazırda ilgilendiği güncel konular gibi hususlarda da bilgi sahibi olunmasında fayda vardır. Zira müzakereciler her şeyden önce insandır. İnsanların değerleri, yaklaşımları, bakış açıları ve duyguları ise temsil ettikleri organizasyonla ilgili unsurlardan bağımsız olarak karar ve davranışlarını etkileme gücüne sahiptir.³⁶⁴

1.2.2.5. Müzakere Görüşmelerinin Gerçekleşeceği Mekana İlişkin Fiziksel Ayarlamalar

Müzakereler bir tarafın ülkesinde yapılacaksa, ev sahibi olan tarafın öncelikle müzakerenin rahat bir ortamda gerçekleşmesini sağlayacak ve müzakerenin yürütüleceği mekana ilişkin fiziksel düzenlemeleri yapması, ikinci olarak karşı tarafı bazı hususlar hakkında bilgilendirmesi gerekir.

Ev sahibi konumunda olan müzakerecinin, dikkat dağıtıcı unsurların ortadan kaldırılması, müzakerenin yapılacağı mekanın ışığı, rengi, oturma düzeni, yiyecek-içecekler, görsel materyaller, bilgisayar ve telefon gibi iletişim ve sunum vasıtaları ile müzakere için gereken diğer araçları ayarlaması gerektiği gibi, karşı tarafı iklim, çevresel koşullar ve benzeri konularda bilgilendirmesi, seyahat planı için yönlendirmesi, seyahate ilişkin rezervasyon ve ilgili diğer hususları yerine getirmesi gerekir.³⁶⁵ Bu tür lojistik ayarlamalarda dahi karşı tarafın kültürel hassasiyetleri gözetilmelidir. Zira bu hususların karşı tarafça algılanış şekli kültürle yakından bağlantılıdır.³⁶⁶

1.2.2.6. Risk Faktörlerinin Araştırılması

Taraflar belirli bir karşılık vererek amaçlarına ulaşmak isterler. Tarafların amaçlarına ulaşmak için katlanacağı maliyetlerin tümü sözleşmenin başında dikkate alınmış olabileceği gibi, hesaba katılmamış da olabilir.³⁶⁷ Sözleşme sırasında ortaya çıkabilecek muhtemel

³⁶⁴ FISHER/URY, 20-21.

³⁶⁵ NIERENBERG, 53.

³⁶⁶ Aynı yönde bkz. VICTOR, 101-102.

³⁶⁷ MACNEIL, 639.

risklerin araştırılması, tarafların sözleşmeyi ve müzakereyi şekillendirmelerinde oldukça etkin bir unsurdur.

Milletlerarası ticari sözleşmelerle ilgili riskleri çok geniş biçimde müzakerelerin tamamlanmasından önceki riskler ve sonraki riskler olarak ikiye ayırmak mümkündür.³⁶⁸ Yapılabilecek bir diğer ayırım ise, öngörülebilir ve öngörülemez riskler ayırımıdır. Ticari hayatta 'risk' olarak ortaya çıkabilecek olan gerçek anlamdaki riskler, öngörülemez olanlardır. Zira basiretli bir ticaret erbabı milletlerarası ticari hayatta ortaya çıkabilecek, öngörülmesi mümkün olan riskleri zaten hesaba katacaktır.³⁶⁹

Ortaya çıkabilecek riskler, hazırlanacak olan sözleşmenin konusu, türü gibi unsurlara bağlı olarak değişir. Aşağıda ilk olarak ortaya çıkabilecek risklere ilişkin fizibilite çalışmasının nasıl yapılması gerektiği ve devamında genel olarak hemen hemen tüm milletlerarası ticari sözleşmelerde ortaya çıkabilecek risklere kısaca değinilmiştir.

1.2.2.6.1. Fizibilite Çalışması

Fizibilite çalışması, tarafların üzerinde müzakere edecekleri projenin şablonudur ve konu hakkında bilgi ve deneyim sahibi birisi tarafından hazırlanması gerekir. Gerçekleştirilmek istenen projenin uygulanabilirliğinin belirlenmesi için gereken tüm hususları belirtmek mümkün olmamakla birlikte, mali kaynaklar, malzeme ve ekipmanların uygunluğu, halihazırdaki işgücü, ürünün ihraç potansiyeli, lojistik, iklim özellikleri, siyasi durum, ülkelerin dış borçları gibi hususlar hakkında bilgi toplanması gerekir. Bu tür bir fizibilite çalışmasının müzakere aşamasında fonksiyon icra edebilmesi, dayandığı bilgilerin güvenilirliği, yani bilgilerin gerçekliği ve doğruluğuna bağlıdır. Taraflar arasında kurulması planlanan ilişkiyi etkileyebilecek birtakım bilgileri ilgili konuda çalışan devlet kurumları, millî veya milletlerarası organizasyonlar, sivil toplum kurumları gibi kaynaklardan elde edilebilir.³⁷⁰

³⁶⁸ CHATTERJEE, 16.

³⁶⁹ CHATTERJEE, 42-43.

³⁷⁰ CHATTERJEE, 14-15.

1.2.2.6.2. Siyasi Riskler

‘Ülke riskleri’ veya ‘politik riskler’ olarak da adlandırılan siyasi riskler, tüm risklerin önemli bir kısmını oluşturur. Taraflardan birinin ülkesinde ekonomik veya siyasi nedenlerle ortaya çıkan savaş, terör, grev ve halk hareketleri, döviz yetersizliği, ithalat ve ihracata getirilen kısıtlama ve yasaklamalar gibi haller bu riskler arasındadır.³⁷¹ Hükümetlerin istikrarı, önceden hiç bilgi verilmeksizin veya yetersiz bilgi verilerek yeni yasaların çıkarılması, yatırım politikalarının değişmesi, ihracat-ithalata ilişkin kuralların değişmesi, ülke içine veya ülke içinden yurtdışına para akışına ilişkin düzenlemeler yapılması gibi konular siyasi risklerin en bilinenleridir. Bunları her zaman öngörmek mümkün olmaz. Her ne kadar bazı yazarlar siyasi risklerin öngörülebilir olduğu kanaatinde ise de,³⁷² özellikle Türkiye’nin bulunduğu coğrafi konum itibarıyla siyasi risklerin ağırlıklı kısmını önceden kestirmenin imkansız olduğunu söylemek sanırım yanlış olmayacaktır. Siyasi risklerin bir kısmı, diğer risk türleri ile içiçe geçmiş haldedir.

1.2.2.6.3. Mali Riskler

Taraflar arasındaki sözleşmede parasal hususlar sözleşmenin türüne ve konusuna göre farklılaşabilir, zira milletlerarası ticarete birbirinden oldukça farklı yapıda finans teknikleri kullanılabilmektedir. Örneğin, yapılacak ödemeler kredi gibi araçlarla karşılanabilir, yerel, bölgesel veya milletlerarası organizasyonların sağladığı desteklerden yararlanılabilir. Bu tür organizasyonların finansman sağlayacak olması halinde buna ilişkin bilgi ve belgelerin karşı tarafa sunulması, ilgili organizasyonun hangi koşullarda bu mali kaynağı aktaracağını ve bunun usulünün bilinmesi gerekir. Ayrıca mali kaynak yetersizliğinin taraflar arasındaki sözleşmenin yürütülmesini sekteye uğratmayacağını garanti altına almaları veya bu tür bir durumla karşılaştıklarında diğer tarafın zararının tazmin edilmesine ilişkin hususların müzakere aşamasında karara bağlanması gerekir.³⁷³

³⁷¹ BAĞRIAÇIK, Atila: *Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri*, 5.Baskı, Bilim Teknik Yayınevi, Eskişehir, 1998, 17; ÇINAR, Hakan: *Pratik İthalat ve İhracat İşlemleri ve Dış Ticarete Finansman Teknikleri*, ARC Eğitim Danışmanlık ve Organizasyon Hizmetleri A.Ş., Ankara, 2000, 2; CHATTERJEE, 16.

³⁷² Bkz. CHATTERJEE, 16.

³⁷³ CHATTERJEE, 40.

Mali risklerin bir kısmı siyasi risklerle bağlantılıdır. Örneğin kur dalgalanmaları, ülkelerin para transferine ilişkin farklı düzenlemeler yapması, para akışının durdurulması veya sınırlandırılması,³⁷⁴ başka türden sınırlama ve kısıtlamalar getirilmesi, ülkelerin ticaret dengesi, borç durumları gibi hususlar hem siyasi hem mali risklerdendir. Bu tür risklere karşı ülkelerin ticaret dengesi, dış borç durumları, kur dalgalanmaları gibi konularda milletlerarası organizasyonlardan genel bilgi elde edilebilir, kur dalgalanmalarına karşı korunmak için kur değerini sabitleme gibi önlemler alınabilir³⁷⁵.

1.2.2.6.4. İşletme Riskleri

İşletme riskleri; işin yürütümünü sekteye uğratan grev, lokavt veya diğer iş uyuşmazlıkları, önemli mal ve araç-gerecin tedarikinin sekteye uğraması gibi dahili sebeplerle ortaya çıkabileceği gibi, ihracat veya ithalata ilişkin kısıtlama ve yasaklamalar gibi harici sebeplerle de ortaya çıkabilir.³⁷⁶ Müzakere aşamasında bu tür risklerin ortaya çıkması halinde nasıl bir yol izleneceği genel hatlarıyla kararlaştırılmalıdır. Örneğin, taşıma sırasında malın hasara uğraması halinde buna hangi tarafın katlanacağı, malın tedarik veya üretiminin sekteye uğraması halinde nereden ve hangi şekilde temin edileceğini veya herhangi bir şekilde kararlaştırılan mal veya hizmetin tesliminin geciktirilmesi halinde bir miktar para ödenmesi veya bu tür risklere karşı sigorta yaptırılması yahut başka türden alternatif çözümler kararlaştırılabilir.

1.2.2.6.5. Proje Riskleri

İşletme riskleri, tarafların müzakere edecekleri sözleşmenin konusu olan mal ve hizmetin yerine getirilmesinden önce ortaya çıkabilecek bir risk olmasına karşın proje riskleri, tarafların taahhüt ettikleri işin yürütülmesi sırasında ortaya çıkabilecek ve yine harici veya dahili sebeplerden kaynaklanabilen risklerdir.³⁷⁷ Bu riskler, siyasi risklerle veya afet riskleriyle iç içe geçmiş şekilde ortaya çıkabilir. Proje risklerini tek tek belirtmek güçtür. Taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğine ve sözleşme konusu olan mal ve hizmetin türüne

³⁷⁴ BAĞRIAÇIK, 17.

³⁷⁵ CHATTERJEE, 17.

³⁷⁶ CHATTERJEE, 18.

³⁷⁷ CHATTERJEE, 19.

göre sözleşmenin yürütülmesi esnasında ortaya çıkabilecek riskler, çok geniş bir yelpazede ele alınabilir. Müzakere aşamasında taraflar, sözleşmenin yürütülmesi sırasında ortaya çıkması ihtimal dahilinde olan riskleri listeleterek, bunların mümkünse her biri, en azından en önemli olanlarına ilişkin alternatif çözümler üretebilirler. Böyle bir durumun ortaya çıkması halinde tarafların sözleşmedeki yükümlülüklerini farklı şekilde yerine getirmeleri kabul edilebilir.

1.2.2.6.6. Üretim ve Satış Riski

Bu risk, bazı durumlarda taraflar arasındaki sözleşmenin yerine getirilmesinden sonra ortaya çıkabileceği gibi, devamlılık arz eden üretim veya tedarik sözleşmelerinde yahut bir tarafın belirli bir miktarda satış yapma yükümlülüğünü içeren sözleşmelerde, tek satıcılık, franchising gibi sözleşmelerde önem arz eder. Satış riskleri; üretim yetersizliği, üretim fazlalığı, satışların ani olarak düşmesi, farklı ülkelerde farklı satış stratejileri bulunması, ülke ve kültür farklılığı gibi sebeplerle ürünün üretim veya paketlemesinin farklı yapılması gibi gereklilikler, müşteri seçiminin karşılanamaması gibi sebeplerle ortaya çıkabilir.³⁷⁸

1.2.2.6.7. Çevresel Riskler³⁷⁹

Uygun teknolojinin kullanılmaması, aşırı kimyasal veya toksik madde kullanımı, gaz emisyonu gibi sebeplere bağlı olarak ortaya çıkabilen çevresel risklerden taraflardan hangisi sorumlu tutulacaktır. Dolayısıyla yapılacak işin doğasına uygun olarak çevresel etkileri, alınacak önlemler, hangi hususlarda hangi tarafın sorumlu olacağı gibi konuları tarafların müzakere aşamasında detaylı olarak konuşmaları yerinde olacaktır. Çevresel zararların ortaya çıkması halinde uygulanacak hukuk, genellikle, zararın ortaya çıktığı veya zarar gören ülkenin hukukudur.³⁸⁰

³⁷⁸ CHATTERJEE, 21.

³⁷⁹ 'Çevre' tabiri, fiziksel muhit ve şartları, özellikle insanların yaşamını, bitki ve hayvanların çoğalmasını etkileyen koşullar ve durumlara ilişkin dış şartları belirtmektedir. Bkz. CHATTERJEE, 25. Çevresel etki dendiğinde de ekolojiye bağlı olan muhit ve şartların etkilenmesi anlaşılmaktadır.

³⁸⁰ CHATTERJEE, 22-23.

1.2.2.6.8. Uzmanlara Bağlı Riskler

Taraflar arasındaki sözleşmenin yürütülmesi sonrasında veya sözleşmenin etkili ve tam anlamıyla yürütülebilmesi için gereken uzmanlar sebebiyle ortaya çıkabilen riskler de bulunmaktadır.³⁸¹ Örneğin milletlerarası satım sözleşmelerinde malların sözleşmeye uygunluğunun denetlenmesi amacıyla gözetim şirketleri kullanılmaktadır. Bu türden bir sözleşme yapılması halinde gözetim şirketinin yükümlülüğünü, gözetim şirketi ile yapılan sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemesi halinde problemler ortaya çıkabilmektedir. Yahut bazı milletlerarası sözleşmelerde, sözleşmenin belirli aşamalarında uzman raporlarına ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu tür problemlerin önüne geçebilmek için, sözleşmenin hazırlanması ve yürütülmesi sırasında görev alacak uzmanların seçiminin ne şekilde yapılacağı, hangi kriterlerin dikkate alınacağı müzakere aşamasında belirlenmelidir.

1.2.2.6.9. Afet Riskleri

Sözleşmenin hazırlanması veya yürütülmesi aşamasında afet risklerinin ortaya çıkma ihtimali de incelenmelidir. Bunun için, sözleşmenin karşı tarafının bulunduğu ülkede daha önce bu türden risklerin var olup olmadığı araştırılabilir. Özellikle doğal afetler açısından ilgili ülkede bu tür bir riskin varlığı öngörülebilir niteliktedir. Dolayısıyla her zaman olmasa da, bazı hallerde bu tür bir riske karşı gerekli ve yeterli önlem alınması mümkündür. Bu tür riskler göz önünde bulundurulurken, riskin gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak ek masraflara hangi tarafın katlanması gerektiği, hangi tarafın ne tür önlemler alacağı, riskin dönemsel olması durumunda sözleşmenin ifasının dönemsel olarak uzatılmasına ilişkin esnek zaman planlaması gibi hususlar da müzakere aşamasında kararlaştırılmalıdır.³⁸²

1.2.2.7. Müzakere Gündeminin Oluşturulması

Müzakere gündemini her bir taraf kendisi hazırlayabileceği gibi, taraflar birlikte de hazırlayabilirler. Bir tarafın hazırlaması durumunda, hem genel gündem, hem de detaylı gündem olmak üzere iki şekilde hazırlanması faydalı olacaktır. Ancak müzakere gündemini

³⁸¹ CHATTERJEE, 36.

³⁸² CHATTERJEE, 37-38.

bir tarafın hazırlamış olmasının bazı dezavantajları olabilir. Örneğin, karşı taraf savunma pozisyonuna geçebilir ve gündemde yer alan kavramları hazırlayan tarafın yüklediği anlama göre yorumlanmayabilir.³⁸³ Bu nedenle tarafların gündemde yer almasını istedikleri konulardan karşı tarafın önceden haberdar edilmesi uygun olacaktır.³⁸⁴

Bunun yanında tarafların salt kendi kullanımına mahsus bir müzakere planı daha hazırlanması yararlı olur. Her bir tarafın kendi kullanımına mahsus olmak üzere hazırladığı planda ne şekilde ve hangi konudan müzakereye başlanacağı, nasıl bir yol izleneceği, görüşülecek asli ve tali hususlar, müzakere sürecinde elde edilebilecek maksimum ve minimum pozisyonlar, karşı tarafın elde edebileceği maksimum netice, amaçlar ve ihtimallere göre davranış biçimleri gibi hususların belirlenmesi gerekir.³⁸⁵

1.2.3. Müzakerelerin Başlaması ve Geçerli Bir Sözleşme Yapılabilmesi için Önem Arz Eden Hususlar

Hukuk sistemlerinde sözleşmelerin kurulmasına ilişkin kurallar farklılık göstermektedir. Bu nedenle milletlerarası unsur barındıran sözleşmelerin kuruluşu ve geçerliliğinin hangi ülke hukukuna tabi tutulacağının belirlenmesi gerekir. Taraflar, sözleşmenin kuruluşunun hangi hukuka tabi olduğunu belirledikten sonra, yaptıkları sözleşmenin ilgili hukuk sistemlerine göre geçerli olmasını temin etmelidir.³⁸⁶

Hukuk sistemlerinde sözleşmelerin geçerli biçimde kurulabilmesi bazı şartlara bağlanmıştır. Hemen tüm hukuk sistemlerinde bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşme yapma ehliyetinin bulunması, sözleşmenin bir takım şekli ve maddi geçerlilik unsurlarını karşılaması gerekir. Sözleşmeler hukuku alanındaki uyumlaştırma çalışmalarına rağmen, sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği konularında özellikle Kara Avrupası hukukları

³⁸³ NIERENBERG, 54.

³⁸⁴ LEWICKI/SAUNDERS/BARRY, 46.

³⁸⁵ NIERENBERG, 54.

³⁸⁶ MASTELLONE, 2. Hemen tüm hukuk sistemlerinde geçerli ve bağlayıcı bir sözleşme yapılması; tarafların sözleşme yapma ehliyetinin bulunması, icap ve kabul şeklindeki irade açıklamalarının bulunması, sözleşmenin ilgili hukuklara göre maddi ve şekli şartları yerine getirmesine bağlıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ANDERSON, Mark / WARNER, Victor: *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, Third Edition, Bloomsbury Professional, London, 2012, 14-16; MEISELLES, Michala: *International Commercial Agreements*, Edinburg University Press, 2013, 3; FOX, 45-48; KONERU, 140 vd.

ile Anglo-Amerikan hukukları arasında halen ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Sözleşme yapma ehliyeti gibi bazı konularda bu hukuk sistemleri arasında kayda değer bir farklılık olmasa da, ivaz, sözleşme yapma iradesi, icap-kabule ilişkin kurallar veya kabul edilen teoriler gibi konularda dikkate değer farklılıklar bulunmaktadır.³⁸⁷ Aşağıda yalnızca genel hatlarıyla hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğine ilişkin olarak kabul edilen bazı kriterlere kısaca değinilecektir.

1.2.3.1. Tarafların Ehil Olması

Ehliyet, hakların kazanılması ve kullanılması kabiliyetidir.³⁸⁸ Sözleşmenin taraflar için bağlayıcılık kazanması, her şeyden önce tarafların sözleşme yapmaya ehil olmasına bağlıdır. Tüm hukuk sistemlerinde kişilerin sözleşme yapabilmesi, sözleşme yapmaya ehil olmalarını gerektirir.³⁸⁹ Hukuk sistemlerinde genellikle kişilerin medeni durumları, ehliyetlerini belirlemektedir.³⁹⁰ Ehliyet, kişinin özelliği nazara alınarak tam ehliyetlilik, tam ehliyetsizlik, kısmi ehliyetlilik gibi farklı şekillerde tasnif edilmektedir.³⁹¹ Hemen tüm hukuk sistemlerinde rüşt yaşını doldurmamış küçüklerin tam ehliyetli olmadığı kabul edilir.³⁹² Burada farklı hukuklar arasında ortaya çıkabilecek en önemli problem, kimlerin ‘küçük’ olarak kabul edileceği noktasında olabilir.³⁹³ Bunun dışında birçok hukuk sisteminde akıl hastaları, evli kadınlar ve şirketlerin ehliyetsiz olduğu veya ehliyetinin sınırlı olduğu kabul edilmiştir.³⁹⁴ Kişilerin medeni durumunu ve dolayısıyla ehliyetini etkileyen (sınırlandıran veya ortadan kaldıran) diğer haller ise yabancılık sıfatı, cinsiyet, hısımlık, bekar veya evli olma hali, fiziksel engel, kast sistemi, resmi görev, ırk, kölelik, meslek, medeni ölüm, bir suçtan hüküm giymek, iflas etmiş olmak, geçici veya sürekli olarak temyiz kudretinden

³⁸⁷ EÖRSİ, 315-316.

³⁸⁸ ALLEN, Carleton Kemp: “Status and Capacity”, *The Law Quarterly Review*, Vol.46, July 1930, 277-310, 192; ULUOCAK, 23; SADROLEŞRAFİ, 238.

³⁸⁹ FOX, 47; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 203.

³⁹⁰ ALLEN, ‘medeni durum’u tanımlarken, genel olarak kişilerin ehliyetlerini etkileyen durumlar olduğunu belirtmiştir. Bkz. ALLEN, 290.

³⁹¹ ALLEN, 291; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 204. Türk hukukunda ehliyete ilişkin hükümler için bkz. MK m.8 vd.

³⁹² CLARKSON, C.M.V./HILL, Jonathan: *The Conflict of Laws*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2006, 210; FOX, 47; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 204.

³⁹³ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 204. Günümüzde birçok hukuk sistemi kural olarak 18 yaşın ikmali ile rüşt kazanılacağını kabul etse de, 12-15 gibi daha düşük bir yaşı ya da 20-21 daha yüksek bir yaşı rüşt yaşı olarak kabul eden ülkeler de bulunmaktadır.

³⁹⁴ CLARKSON/HILL, 210; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 204-205.

yoksun olmak, askerlik, belirli bir görevde bulunmak gibi durumlardır.³⁹⁵ Bunlara ek olarak tüzel kişilerde ve özellikle şirketlerde 'ultra vires' ilkesi olarak adlandırılan, şirketin, şirket konusu ve amacı çerçevesindeki işlemleri yapmaya ehil olduğuna ilişkin kural da ehliyeti sınırlayabilmektedir.³⁹⁶ Sözleşmenin tarafları gerçek kişi iseler sözleşme yapma ehliyeti bulunup bulunmadığına bakılmalı, tüzel kişilerde buna ek olarak şirketi temsilen sözleşmeyi imza edecek kişinin şirketi temsile yetkili olup olmadığı araştırılmalıdır.³⁹⁷

Milletlerarası ticari ilişkilerin taraflarının genellikle farklı ülkelerde olması ehliyeteye ilişkin farklı kuralların uygulanmasını gündeme getirebilir. Ancak ehliyeteye ilişkin bağlama kuralı konusunda yeknesak veya uyumlaştırılmış bir kanunlar ihtiafı kuralının varlığından bahsedilemez.³⁹⁸ Ehliyeteye uygulanacak hukuk olarak kişinin millî hukuku, yerleşim yeri hukuku, sakın olduğu yer hukuku, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk gibi farklı bağlama noktalarından hareket edilebilir. Günümüzde sözleşme yapma ehliyeti konusunda temelde iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. İlk halde ehliyet, kişi hallerine ilişkin bir mesele olarak kabul edilmekte ve genellikle kişinin millî hukukuna tabi tutulmaktadır.³⁹⁹ Başka bir deyişle, bir kişinin sözleşme yapmaya ehil olup olmadığına millî hukuku karar vermektedir. Bununla birlikte, hukuk sistemleri bu kurala işlem güvenliği sebebiyle istisna getirebilmektedir.⁴⁰⁰ Günümüz pozitif düzenlemelerinin birçoğunda gerçek kişilerin ehliyetini millî hukuka tabi kılan yaklaşım hakimdir. Bu sistem daha çok Kara Avrupası hukuk sistemlerinde kabul görmekte, ancak Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde bütünüyle kabul görmemektedir.⁴⁰¹ İkinci hali ise, sözleşme ehliyetine '*lex contractus*'⁴⁰² veya '*lex causae*'yi⁴⁰³ uygulama eğilimi gösteren hukuk sistemleri

³⁹⁵ ALLEN, 284; MEISELLES, 5; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 204-206.

³⁹⁶ DALHUISEN (V.II), 45; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 210; FAWCETT, James / HARRIS, Jonathan M. / BRIDGE, Michael: *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2005, 659.

³⁹⁷ KEMER, 127; FOX, 47; MEISELLES, 4.

³⁹⁸ CORDERO-MOSS, 185.

³⁹⁹ LORENZEN, Ernest G.: *Cases and Materials on Conflict of Laws*, 6th Edition, American Case Book Series, West Publishing Co., 1951, 444; ULUOCAK, 199; TİRYAKİOĞLU, 66. Gerçek ve tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerine uygulanacak hukukla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, (Milletlerarası), 247-266; ÇELİKEL/ERDEM, 188-190, 202-209; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 65-112.

⁴⁰⁰ ULUOCAK, 199; DOĞAN, (Milletlerarası), 257; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 53.

⁴⁰¹ TİRYAKİOĞLU, 66.

⁴⁰² *Lex contractus*, sözleşme kanunu, sözleşme yapanların sözleşmelerinde belirttikleri hukuk anlamına gelmektedir. Bkz. YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, 740.

⁴⁰³ *Lex causae* ise asıl soruna ilişkin hukuk, milletlerarası özel hukukta asıl meseleye uygulanan hukuk anlamına gelmektedir. Bkz. COLLIER, J.G.: *Conflict of Laws*, Third Edition, Cambridge University Press, 2001, 7; YILMAZ, 740.

oluşturmaktadır.⁴⁰⁴ Bunun yanında konumuz açısından tacir sıfatına bağlı olarak ehliyeteye uygulanacak hukukun farklılaşabildiğini de belirtmemiz gerekir. Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan bazı ülkelerde, kişinin ‘tacir’ sıfatına sahip olması halinde, farklı bir hukuk uygulanabilmektedir.⁴⁰⁵

Tüzel kişilerde de, tüzel kişinin bağlayıcı bir sözleşme yapma ehliyetinin bulunup bulunmadığı ve tüzel kişi adına işlem yapan kişilerin şirketi bağlayacak türden işlemleri yapma yetkisinin bulunması gerekir.⁴⁰⁶ Ancak tüzel kişilerin ehliyetine ilişkin kuralda, gerçek kişilerdekine benzer bir genelleme yapabilmek mümkün değildir. Çünkü dünyadaki hukuk sistemleri, tüzel kişiler ve bunların organizasyon yapısıyla ve kimlerin tüzel kişiliği bağlayıcı bir sözleşmeye imza koyabileceğiyle ilgili farklı düzenlemelere sahiplerdir.⁴⁰⁷ Gerçek kişilerin aksine, milletlerarası hukukta tüzel kişilerin tabiiyetinin ne şekilde tespit edileceğine ilişkin genel bir kural bulunmamakta, bu nedenle bu boşluk içtihatlar ve doktrin tarafından doldurulmaktadır.⁴⁰⁸ Tüzel kişiler ve özellikle şirketler söz konusu olduğunda dünyadaki hukuk sistemleri temelde ikiye ayrılabilir. Bazı hukuk sistemleri tüzel kişiliğin kurulduğu ülkeyi esas alırken, bazı hukuk sistemlerinde idare merkezinin bulunduğu ülke dikkate alınmaktadır.⁴⁰⁹ Hangi sistem tercih edilirse edilsin, işlem güvenliği istisnasını kabul eden ülkelerde, işlem güvenliği kuralının tüzel kişiler bakımından da uygulama alanı bulacağı genellikle kabul edilmektedir.

Tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişinin şirketi bağlayıcı imza koyma yetkisi olsa dahi, temsil yetkisinin kapsamı da araştırılmalıdır. Zira temsil eden kişi, şirketi bağlayıcı her türlü işlemi yapmaya yetkili olabileceği gibi, yalnızca belirli türdeki sözleşmeleri yapmak için yetkilendirilmiş de olabilir.⁴¹⁰ Bununla birlikte yetki belgesinin istenmesi yeterli görülmeyip, konsolosluk, ilgili ülkenin resmi kurumları gibi kanallardan yardım alınarak bu bilginin

⁴⁰⁴ TİRYAKİOĞLU, 66.

⁴⁰⁵ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 203.

⁴⁰⁶ SHELDRICK, Andrew W.: “Capacity, Sovereign Immunity and Act of State”, *International Trade: Law and Practice, Vol.II*, Eds: Julian D.M. LEW, Clive Stanbrook QC, Euromoney Publications, London, 1990, 27-34, 27.

⁴⁰⁷ FOX, 47; DEMİRKOL, 113.

⁴⁰⁸ DEMİRKOL, 113.

⁴⁰⁹ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 77; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 212; HOUTTE, 18; DOĞAN, (Milletlerarası), 257; ÇELİKEL/ERDEM, 208-209; ŞANLI, Cemal / EKŞİ, Nuray: *Uluslararası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, 20; AYGÜL, Musa: *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, 21 vd.

⁴¹⁰ MEISELLES, 4.

doğruluğu teyit edilmelidir.⁴¹¹ Bunun yanında, bazı ülkelerde, yabancı bir ülke hukukuna göre kurulan tüzel kişilerin faaliyette bulunabilmesi için tanınması gerekebilmektedir.⁴¹²

Türk hukukunda gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti, şahsın millî hukukuna tabiidir (MÖHUK m.9/1). Bununla birlikte, gerçek kişilerde işlem güvenliği sebebiyle millî hukuka istisna getirilebilecektir.⁴¹³ Tüzel kişilerde ise tüzel kişinin hak ve fiil ehliyeti statüsündeki idare merkezi hukukuna tabidir (MÖHUK m.9/4) ve kural olarak idare merkezi tüzel kişinin statüsünde belirtilen yerdir. MÖHUK'ta işlem güvenliğine ilişkin kuralda 'millî hukuk'tan bahsetmesine rağmen, işlem güvenliği kuralı, kuralın amacı dikkate alınarak yorumlandığında, işlem güvenliği istisnasının tüzel kişiler bakımından da uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır.⁴¹⁴ Yani ehliyetinin tabi olduğu hukuka göre ehil olmayan, ancak işlemi yaptığı yer hukukuna göre ehliyet şartlarını taşıyan tüzel kişiler, yaptıkları işlemin ehliyetsizlik sebebiyle geçersizliğini ileri süremeyecek ve yaptıkları işlemle bağlı olacaklardır. Bununla birlikte, tüzel kişinin gerçek veya fiili idare merkezinin Türkiye'de bulunması halinde hak ve fiil ehliyeti Türk hukukuna göre belirlenebilir (MÖHUK m.9/4).

Roma Sözleşmesi'nde hak ve fiil ehliyeti tüzel kişiler bakımından sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmış, gerçek kişiler bakımından ise sınırlı bir şekilde uygulanmaktadır.⁴¹⁵

⁴¹¹ ÖZKAN, Ö., 6.

⁴¹² Yabancı tüzel kişinin tanınması, idare merkezi yabancı ülkede olan ve/veya yabancı hukuka göre kurulan tüzel kişinin, bir başka ülkede hak süjesi olarak kabul edilmesidir. Bu gibi durumlarda, faaliyette bulunan ülkenin öngördüğü tanıma prosedürü yerine getirilmeden, yabancı şirketin o ülkede faaliyet göstermesinin fiilen mümkün olmayabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Tanıma idari bir tasarrufla, kanunla, milletlerarası bir anlaşmayla, zımnen veya otomatik (*ipso iure*) tanıma şeklinde olabilir. Günümüzde hakim olan anlayış şirketlerin otomatik tanınması esasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYGÜL, (Şirketler), 41 vd.; DOĞAN, (Akreditif), 61. Türk hukukunda da tüzel kişilerin Türkiye'de faaliyette bulunabilmesi için tanınması gerekir. Bununla birlikte Türk hukukunda tüzel kişilerin tanınmasında otomatik tanıma esası kabul edildiğinden yabancı tüzel kişiler statülerindeki idare merkezi hukukuna göre ehil ise Türkiye'de de ehil kabul edilecektir.

⁴¹³ İşlem güvenliği kuralına göre; millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlemle bağlıdır (MÖHUK m.9/2). Bu hükme göre, ehliyetsizlik sebebiyle işlemin geçersizliğini ileri süremeyecektir.

⁴¹⁴ DOĞAN, (Milletlerarası), 265-266.

⁴¹⁵ Roma Sözleşmesi m.1/2-a'da gerçek kişilerin ehliyetine ilişkin sorunlara sözleşmenin uygulanmayacağı belirtilmiş, sonrasında m.11'de ise bazı hallerde işlem güvenliğini sağlamak amacıyla ehliyetsizlik iddiasına uygulanacak hukuka ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı belirtilmiştir. 11. maddeye göre, sözleşmenin aynı ülkede bulunan kişiler arasında yapılması halinde, sözleşmenin yapıldığı ülke hukukuna göre ehliyetli olan tarafın, başka bir ülke hukukuna göre ehliyetsiz olduğunu ileri sürebilmesi için, karşı tarafın sözleşmenin yapıldığı anda kendisinin ehliyetsiz olduğunu bilmesi veya ihmali sonucunda anlamamış olması gerekir.

Hak ve fiil ehliyeti ile bağlantılı olarak aktif ve pasif dava ehliyeti olup olmadığı, tüzel kişi adına sözleşmeyi imzalayacak olan kişinin tüzel kişiyi temsil ve ilzama yetkili olup olmadığının da tabii bulunduğu hukuka göre tetkik edilmesi gerekir.⁴¹⁶ Müzakereler başladığı andan itibaren en kısa zamanda her bir taraf kendi yetki belgesini sunarak, karşı taraftan da kendi yetki belgesini ibraz etmesini istemelidir. Müzakerelerin başlangıcında veya en azından sözleşmenin imzalanmasından önce mutlaka imza sirküleri veya gerçek kişi ise yetki belgesi istenmelidir.⁴¹⁷ Şirketlerde yönetici sıfatına sahip kişiler genellikle şirket adına işlem yapmaya ehil kabul edilmekte veya ultra vires ilkesi⁴¹⁸ geçerli kabul edilmektedir.⁴¹⁹ Ultra vires ilkesini kabul eden ülkelerde bunun kapsamı konusunda farklılıklar bulunmaktadır.⁴²⁰ Türk hukukunda ultra vires ilkesi, 2012 yılında yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK ile kaldırılmıştır. Bununla birlikte bazı özel hallerde şirketlerin ehliyeti sınırlandırıldığı için kısmen muhafaza edildiği belirtilmektedir.⁴²¹

Tarafların ehliyetsiz olmaları halinde, sözleşme elbette geçersiz olacaktır. Ancak geçersizliğin türü ve sonuçları uygulanacak hukuka göre farklılık gösterecektir. Hukuk sistemleri sözleşmenin bir tarafının ehliyetsiz olması halinde yokluk, butlan, feshedilebilirlik, iptal edilebilirlik gibi farklı yaptırımlar öngörmüş olabilirler.⁴²²

⁴¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, (Ticari Akitler), 10-14; ANDERSON/WARNER, 14; SHELDRIK, 27 vd.; ÖZKAN, Ö., 4. Özellikle devlet veya devlet teşekküllerinin taraf olduğu sözleşmelerde, yargı muafiyeti sebebiyle pasif dava ehliyeti bulunmadığı itirazı ile karşılaşmaktadır. Bu gibi muhtemel itirazların önüne geçebilmek için yabancı bir devlet veya devlet kuruluşu ile yapılan sözleşmelerde, yapılan işin özel hukuk tasarrufu olduğu ve ilgilinin aktif ve pasif dava ehliyeti bulunduğu veya yargı muafiyetinden feragat ettiği yönünde hükümlere yer verilmesi isabetli olacaktır. Bkz. ŞANLI/EKŞİ, 21-22.

⁴¹⁷ ŞANLI/EKŞİ, 20; ÖZKAN, Ö., 4.

⁴¹⁸ *Ultra vires* ilkesi öncelikle Anglo-Amerikan hukukunda ortaya çıkmış, sonrasında bir çok ülkenin hukuk uygulamasında görülmeye başlamıştır. Bu kurala göre bir şirketin, esas sözleşmesinde yazılı olan konular dışında hak ehliyeti bulunmamaktadır. Böylece, şirketin malvarlığının yalnızca esas sözleşmede belirtilen konu ve amaca tahsis edilmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle şirket, yalnızca esas sözleşmede belirtilen ve kendisine yetki verilen konularda hukuki işlem yapma ehliyetine sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYGÜL, (Şirketler), 216-219.

⁴¹⁹ DALHUISEN (V.II), 45.

⁴²⁰ DOĞAN, (Milletlerarası), 264.

⁴²¹ Bkz. DOĞAN, (Milletlerarası), 264. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.125/2'de "Ticaret şirketleri, Türk Medeni Kanunu'nun 48'inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilir" denildikten sonra, "bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır" ifadesine yer verilerek bu konuda sınırlama yapılabileceği de belirtilmiştir.

⁴²² SCHWENZER/HACHEM/KEE, 206.

1.2.3.2. Yetkili Hukuka Göre Şekli Geçerlilik Şartlarını Taşımaları

1.2.3.2.1. Genel Olarak Şekil Kuralları

Şekil kuralları kişilerin, bağlanma iradelerini belirli bir biçimde açıklamadıkları takdirde hukuken icra edilebilir bir yükümlülük altına girmemelerini sağlar.⁴²³ Şöyle ki şekil kurallarının, tarafları hukuki işlemi yapmadan önce düşünme süresi tanınması, hukuki işleme kesinlik ve aleniyet sağlaması, hukuki işleme açıklık getirmesi, ispat kolaylığı sağlaması, işlemin yorumunu kolaylaştırması gibi avantajları bulunmaktadır. Bu kurallar aynı zamanda, özellikle müzakere safhasında ortaya çıkabilecek yanlış anlamaların önüne geçilmesine de hizmet eder. Bununla birlikte, hukuki işlemin yapılmasını zorlaştırması, şeklin geçerlilik şartı olarak öngörüldüğü durumlarda işlemin geçersizliğine sebep olması, sadece belli şekilde ispat edilebilen işlemlerde ispat imkanını ortadan kaldırması gibi dezavantajları da bulunabilir.⁴²⁴ Bazı yazarlar, yazılı şekil şartı gibi şekil kurallarının, belirsizliklerin ve ihtilafların önüne geçme amacı taşımaya rağmen aslında tam tersi bir etki yarattığını da belirtmektedir.⁴²⁵

Genel olarak millî hukuk sistemlerinde ve milletlerarası anlaşmalarda, borç sözleşmeleri konusunda şekil serbestisi esası benimsenmiştir.⁴²⁶ Milletlerarası ticarete de sözleşmelerin geçerliliği kural olarak şekle bağlı değildir. Bununla birlikte bazı durumlarda belirli bir şekilde yapılması gerekebilir. İlk olarak taraflar, yaptıkları hukuki işlem için kendileri şekil şartı öngörebilirler veya⁴²⁷ taraflar aralarında, bu yönde bir teamül oluşturmuş olabilirler⁴²⁸. İkinci olarak, şekle uygulanacak hukuktaki kurallar, tarafların

⁴²³ SHÚILLEABHÁIN, Máire Ní: "Formalities of Contracting: A Cost-Benefit Analysis of Requirements That Contracts be Evidenced in Writing", *Dublin University Law Journal*, Vol. 27, 2005, 113-150, 114.

⁴²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞANGÜN, Temel: *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, 38-40; SHÚILLEABHÁIN, 114.

⁴²⁵ SHÚILLEABHÁIN, 118.

⁴²⁶ FERRARI, Franco: "The Formal Validity of Contracts for the International Sale of Goods Governed by the CISG- An Overview of Case Law", *International Business Law Journal*, Vol.1, 2004, 85-90, 85; ŞANLI, (Ticari Akitler), 15.

⁴²⁷ DOĞANGÜN, 119; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 270. Taraflar öngördükleri şekil kuralına uymamanın sonuçlarını kararlaştırmışlarsa, şekle aykırılığın sonuçlarına, tarafların kararlaştırdıkları hükümler uygulanır. Taraflar şekli kararlaştırmışlar ve fakat şekle aykırılığın sonuçlarını düzenlememişlerse, öncelikle tarafların zımni iradelerine bakılır. Şayet zımni iradede bir sonuca ulaşılamıyorsa, işlem menfaati ve geçerli bir işlem yapma amacı dikkate alınarak *lex loci actus* veya *lex causae*den hangisinde daha yumuşak sonuçlar bağlanmışsa, o hükümler dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. DOĞANGÜN, 119.

⁴²⁸ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 270-271.

yapacakları işlemin belirli bir şekilde yapılmasını öngörmüş olabilir. Örneğin taraflardan birisinin ülkesindeki mevzuat gereği veya sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği gereği sözleşmenin yazılı olarak yapılma zorunluluğu söz konusu olabilir.⁴²⁹ Yahut sözleşmenin bir taşınmazın mülkiyetinin devrini içermesi halinde, hukuk sistemlerinin tümü taşınmaz mülkiyetinin intikalini şekil kurallarına bağladığından, şekle uygunluk gündeme gelecektir. Üçüncü olarak, bazı hukuki işlemlerde ispat şartı olarak belirli şekil kuralları getirilmiş olabilir.⁴³⁰ Bunlar söz konusu olmasa dahi, sözleşmeyi ilgilendiren ülkelerden birinin mevzuatında bu tür bir şarta yer verilmiş olabilir. Örneğin sözleşmeye uygulanacak hukuk olmasa dahi, ihracat-ithalatla ilgili düzenlemeler gereği, idari kontroller gibi sebeplerle yazılılık şartı aranabilir.⁴³¹

1.2.3.2.2. Sözleşmenin Yazılı Yapılmasının Zorunlu Olup Olmadığı

Kural olarak milletlerarası ticari sözleşmelerin geçerliliği için yazılı yapılması şart olmasa da, ispat kolaylığı, taraflar arasındaki ilişkiyi hukuki bir rejime bağlayarak kanunlar ihtilafı problemlerini asgariye indirmek, sözleşme ilişkisinin detaylarını belirleyerek ilişkiye kesinlik ve belirlilik kazandırmak gibi sebeplerle detaylı biçimde yazılı olarak hazırlanması gerekir.⁴³² En azından sözleşme şartlarının yazılı biçimde kayıt altına alınması elzemdir.

Milletlerarası ticarete ilişkin son dönemde en önemli kaynaklar arasında görülen VSS'de, ASPH, UNIDROIT Prensipleri, DCFR gibi metinlerde de sözleşmenin kurulması için yazılı yapılması öngörülmemiştir.

ASPH m.2:101(2) ve UNIDROIT Prensipleri m.1.2'de, sözleşmenin, yazılı ya da başka türlü bir şekilde yapılması veya kanıtlanması gerekmediğini, sözleşmenin varlığının, şahit de

⁴²⁹ KEMER, 118.

⁴³⁰ Örneğin birçok hukuk sisteminde, belirli bir değeri parasal aşan borçların yazılı olarak ispat edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 267. Benzer şekilde Polonya kanunlarına göre, taraflardan en az birinin Polonyalı olduğu ve sözleşmenin kısmen dahi olsa Polonya'da ifa edileceği hallerde, sözleşmenin Lehçe yapılması zorunludur. Bu hükme göre Lehçe dışındaki dillerde hazırlanan sözleşmeler geçerli kabul edilmemektedir. Bu şartı yerine getirmeyen sözleşmelerin Polonya mahkemelerinde ispatlanması mümkün olmayacaktır. Bkz. 8. The Act on the Polish Language (7 October 1999).

⁴³¹ SONO, Kazuaki: "Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A Shift Above the Comparative Law", *International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures*, Ed: Paul VOLKEN / Petar SARKEVIC, Oceana Publications, Yugoslavia, 1989, 111-132, 129.

⁴³² MEISELLES, 3; ŞANLI, (Ticari Akitler), 15-19; ŞANLI/EKŞİ, 25.

dahil her şekilde ispat edilebileceği belirtilmiştir. Buna göre ASPH’de sözleşmenin kurulması için şekil şartının aranmadığını söyleyebiliriz.

VSS m.11’de de sözleşmenin kurulması için, yazılı yapılması şart olmadığı gibi, başkaca bir şekil şartı da öngörülmemiştir. Buna göre sözlü olarak yapılmış olan sözleşmeler de VSS bağlamında geçerli olacaktır. Hatta yalnızca açık şekilde sözlü olarak yapılması gerekmeyip, hal ve şartlardan sözleşmenin kurulduğunun anlaşılması yeterli kabul edilmektedir.⁴³³ Bununla birlikte bazı yazarlar, taraflar sözleşmenin yazılı yapılmasını öngörmüşlerse veya yazılı yapılmasına ilişkin bir teamül varsa, VSSm.9/2’ye göre tarafların yazılılık şartını yerine getirmesi gerektiğini belirtmektedirler.⁴³⁴

VSS’ye göre anlaşmanın yazılı olarak yapılması mecburiyeti bulunmasa da, diğer milletlerarası anlaşmalarda yazılılık veya başkaca şekil şartları öngörülmüş olabilir.⁴³⁵ Örneğin, 1958 tarihli Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu’nda tahkim anlaşması veya sözleşmedeki tahkim maddesinin yazılı olması aranırken, Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Konvansiyonu’nda da yetki anlaşmasının yazılı olması aranmıştır.

Görüldüğü gibi milletlerarası ticari sözleşmelerde kural şekil serbestisidir. Bu genel kurala rağmen, milletlerarası ticaret uygulamasında sözleşmelerin yazılı yapılması neredeyse bir teamül halini almıştır.

1.2.3.2.3. Sözleşmenin Şekline Uygulanacak Hukuk

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir yönü, kişilerin diledikleri şekilde sözleşme yapma özgürlüğünü de içeren şekil serbestisidir. Hukuk sistemlerinde bu serbestinin oldukça fazla sayıda istisnası bulunmakla birlikte, kural olarak taraflar diledikleri şekilde sözleşme yapabilirler. Ancak uygulanacak hukuka göre veya tarafların normalde şekle tabi olmayan

⁴³³ FERRARI, 85; SONO, 122-123.

⁴³⁴ Görüşler için bkz. FERRARI, 85-86; SCHLECHTRIEM, Peter: *Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1986, 46.

⁴³⁵ DIMATTEO/DHOOGHE/GREENE/MAURER/PAGNATTARO, 38-39.

bir işlemi şekle tabi kılan bir sözleşme yapmış olması halinde şekil kuralları devreye girecektir.⁴³⁶

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, birden fazla hukuk düzeni ile bağlantılı hukuki işlemlerin şekline, *locus regit actum* (LRA) olarak ifade edilen işlemin yapıldığı yer hukuku ve/veya *lex causae* olarak ifade edilen, işlemin esasına uygulanacak hukukun uygulanması gerektiği hemen hemen tüm ülkelerce kabul edilmektedir.⁴³⁷

Türk hukukunda, MÖHUK m.7'ye göre hukuki işlemlerin şekli, işlemin yapıldığı yer hukuku veya işlemin esasına uygulanacak hukuka tabidir. Kural alternatifli olup, bu iki hukuktan birisine uygun olması yeterli ve gereklidir. Buna göre bir sözleşme, yapıldığı yerdeki şekil kurallarına veya işlemin esasına uygulanacak hukuktaki şekil kurallarına uygunsa, Türk hukuku bakımından şeklen geçerli kabul edilir.

1.2.3.3. Yetkili Hukuka Göre Maddi Geçerlilik Şartlarını Taşımaları

Tarafların hazırladıkları metnin hukuken 'sözleşme' vasfını taşıyabilmesi için, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre geçerli olması gerekir.⁴³⁸ Hukuk sistemlerinde borç sözleşmelerinin geçerliliği farklı esaslara tabi tutulduğundan, sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin kurallar yetkili hukuka göre değişecektir. Dolayısıyla bu başlık altında her hususu ayrı ayrı incelemek mümkün değildir. Aşağıda yalnızca genel hatlarıyla bir sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin önem taşıyan başlıca hususlar kısaca ele alınacaktır.

1.2.3.3.1. Genel Olarak Maddi Geçerliliğe İlişkin Hususlar

Milletlerarası düzenlemelerde ve Türk hukukunun da dahil olduğu bir çok ülke hukukunda, sözleşmenin kuruluş ve geçerliliğine uygulanacak hukuk, sözleşmeden doğan borç ilişkisi geçerli olsaydı hangi hukuka tabi olacak idiyse o hukuktur.⁴³⁹ Bu hukuk, tarafların seçtiği hukuk olabileceği gibi, objektif esaslara göre belirlenmiş bir hukuk da

⁴³⁶ Kanunen belirli bir şekle bağlı olmayan hukuki işlem, tarafların iradesi ile özel bir şekle tabi tutulmuşsa, sözleşme bu şekilde yapılmadıkça tarafları bağlamayacaktır. Bkz. DOĞAN, G., 91.

⁴³⁷ Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞANGÜN, 57 vd.

⁴³⁸ ŞANLI, (Ticari Akitler), 19-20; BORTOLOTTI, 204-205.

⁴³⁹ DOĞAN, (Teminat Mektubu), 205.

olabilir.⁴⁴⁰ Burada sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku, sözleşmenin kuruluşuna ve geçerliliğine uygulayabilmek için bir varsayımdan yola çıkılmakta ve sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğu kabul edilmektedir.⁴⁴¹ Bu kuralın temel gerekçesi, ilişkiyi mümkün olduğu kadar tek bir hukuka tabi kılarak maddi hukuk ahenginin sağlanmasıdır.⁴⁴² Buna karşılık bazı hukuklarda sözleşmenin kurulmamış olması halinde başka bir hukukun – ki genellikle *lex forin*- uygulanması söz konusu olabilmektedir.⁴⁴³

Türk hukukunda sözleşmenin varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukukun uygulanması gerekiyorsa o hukuka tabidir (MÖHUK m.32/1). Yani kural olarak sözleşmenin varlığı ve maddi geçerliliğine ilişkin tüm hususlar, sözleşmenin geçerli olması halinde sözleşmeye uygulanacak hukuktur. Roma Konvansiyonu (m.8/1) ve Roma I Tüzüğü'nde de neredeyse aynı şekilde düzenlenmiştir (m. 10/1).⁴⁴⁴ Bu kuralın gerekçesi, sözleşmenin geçerliliğinin doğrudan doğruya sözleşmenin esasına ilişkin bir husus olmasıdır.⁴⁴⁵ Avrupa ülkelerinin birçoğunda da, sözleşmenin geçerliliği, sözleşme kurulamasa dahi, sözleşme kurulmuş olsaydı hangi hukuk uygulanacak idiyse o hukuktur.

Maddi geçerliliğe ilişkin bir diğer husus sözleşmenin konusuna ilişkin sınırlamalardır. Sözleşmenin konusu hukuk sistemlerinde sınırlamalara tabi tutulabilmektedir.⁴⁴⁶ Konu bakımından yapılan sınırlamaların en başta geleni hukuka aykırı amaç içeren sözleşmelerdir. Sözleşme konusunun kanuna aykırılık yaratması halinde birçok ülke hukukunda sözleşmenin geçerli olamayacağı kabul edilmiştir.⁴⁴⁷ Örneğin, bazı hukuk sistemlerinde alkol, ateşli silah, patlayıcı ve diğer tehlikeli malların ticareti yasak olduğundan, bu tür malların satımını içeren sözleşmeler geçersiz kabul edilebileceği gibi, bazı ülkelerde franchise, joint venture gibi belirli tipteki hizmet sözleşmeleri dışında hizmet ilişkisini içeren

⁴⁴⁰ Hukuk seçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2.1.6.1. Esasa Uygulanacak Hukuk.

⁴⁴¹ ERSEN PERÇİN, 58.

⁴⁴² NOMER, 331.

⁴⁴³ BORTOLOTTI, 192.

⁴⁴⁴ Roma Konvansiyonu'nun İngilizce tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41980A0934&from=EN>, Erişim tarihi: 28.02.2016. Roma Tüzüğü'nün İngilizce metninin tamamı için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>, Erişim tarihi: 28.02.2016.

⁴⁴⁵ DEMİRKOL, 56.

⁴⁴⁶ MEISELLES, 4.

⁴⁴⁷ KONERU, 146.

ticari sözleşmeler kabul edilmiyor olabilir.⁴⁴⁸ Yine ahlaka, adaba aykırı sözleşmeler geçerli kabul edilmemektedir.⁴⁴⁹ Yine birçok ülke hukukunda hata, hile, tehdit gibi unsurlar bulunduğu takdirde sözleşmenin geçersizliğini sağlayacak mekanizmalar öngörmüştür.⁴⁵⁰

Bir sözleşmenin kurulması, tarafların sözleşme şartları üzerinde anlaşmalarını takiben sözlü olarak anlaşmaları veya sözleşmeyi imzalamaları ile ortaya çıkar.⁴⁵¹ Geleneksel olarak bir sözleşmenin kurulması için, tarafların, sözleşme kurma yönünde iradesinin bulunması⁴⁵² ve bu iradelerin uyuşması gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁵³ Bunun dışında hukuk sistemleri başka unsurlar da arayabilirler. Örneğin hukuki işlemin sebebe bağlılığını kabul eden hukuk sistemlerinde, işlemin geçerliliği için hukuken geçerli bir sebep bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Benzer şekilde hukuk sistemlerinin önemli kısmında 'ivaz' satım sözleşmelerinin esaslı unsurları arasında kabul edildiğinden, sözleşmenin kurulabilmesi için ivaz bulunması gerekmektedir.⁴⁵⁴ Sözleşmenin kuruluşu için gereken şartları hukuk sistemlerine göre tek tek incelememiz mümkün değildir. Bu nedenle yalnızca, -milletlerarası ticari müzakereler açısından taşıdığı özellikler dikkate alınarak- hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen klasik icap-kabul kuralı çerçevesinde tarafların sözleşme yapma yönündeki iradelerine ilişkin kısaca bilgi verilecek, ancak bu husus, taşıdığı önem sebebiyle sonraki başlıkta ayrıca incelenecektir.

1.2.3.3.2. Tarafların Sözleşme Yapma Yönünde İradelerinin Bulunması

Milletlerarası ticari sözleşmelerde müzakere sürecine paralel olarak ortaya çıkan hak ve yükümlülükler söz konusu olduğundan sözleşmenin kuruluşunun belirli bir anda sabitlenmesi her zaman mümkün olmamaktadır.⁴⁵⁵ Basit hukuki işlemlerde icap ve kabulü ve bunların zamanını tespit etmek problem yaratmaz. Ancak özellikle müzakerelerin çok

⁴⁴⁸ FOX, 50.

⁴⁴⁹ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 243.

⁴⁵⁰ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 235; KONERU, 146.

⁴⁵¹ BORTOLOTTI, 204.

⁴⁵² DALHUISEN (V.II), 27 SCHWENZER/HACHEM/KEE, 123-124; CHESHIRE, 51-52 ; MCCALL, J.B. / WARRINGTON, M.B.: *Marketing by Agreement, A Cross-Cultural Approach to Business Negotiations*, John Wiley and Sons, 1984, 92.

⁴⁵³ BLANCHARD, 4; BORTOLOTTI, 204; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 241.

⁴⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 124-129.

⁴⁵⁵ DALHUISEN (V.II), 15.

uzun sürdüğü ve karmaşık bir halde olduğu durumlarda, icap ve kabulün yapılma anı genellikle kolaylıkla tespit edilemez.⁴⁵⁶

Sözleşme kurma iradesi icap ve kabul ile ortaya çıkar. Hukuk sistemlerinin tümü aynı terimi kullanmamasına rağmen, bir sözleşmenin ortaya çıkabilmesi için icap ve kabul şeklindeki iki unsurun bulunması gerektiğini kabul etmektedir.⁴⁵⁷ Bir beyanın icap olarak kabul edilebilmesi için bazı asgari unsurlar aranmaktadır.⁴⁵⁸ İcap, birçok hukuk sisteminde, kesin ve belirli olup, sözleşmenin esaslı unsurlarını içeren irade beyanıdır.⁴⁵⁹ En önemli özelliği, bağlanma iradesi bulunması ve karşı tarafın kabulü ile bağlayıcı bir sözleşmenin kurulmasını sağlamasıdır.⁴⁶⁰ Bununla birlikte icap, bir kez yapıldıktan sonra elbette sonsuza kadar kabule açık bir teklif meydana getirmesi beklenemez. Hukuk sistemlerinde genellikle belirli bir süre geçerli olduğu kabul edilir.⁴⁶¹ Birçok hukuk sisteminde icabın, makul bir süre için geçerli olacağı kabul edilmektedir.⁴⁶² Makul süre, sözleşmenin niteliğine, olaydaki hal ve şartlar ile ticari teamüllere göre değerlendirilir. Bunun dışında açık olarak veya halden anlaşılabilecek şekilde zımni olarak süreli de yapılabilir. Yine icabın reddedilmesi, icapçının

⁴⁵⁶ VISCASILLAS, (Formation), 376; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 130; PHILIPPE, Julie M.: "French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol.12, 357-399, 365; RIGAUX, François: "Definition of The Applicable Law to Precontractual Relationship", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 147 vd., 161-162. Bununla birlikte bu tür zorlukların sözleşmenin ortaya çıkmasına engel olmayıp, sözleşmenin yapılma anı tam olarak belirlenemese dahi, sözleşme genellikle kurulmuş kabul edileceği belirtilmektedir. Bkz. VISCASILLAS, (Formation), 376-377.

⁴⁵⁷ FOX, 47; DALHUISEN (V.II), 29; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 130; CHESHIRE, 52. Benzer yönde bkz. VISCASILLAS, (Formation), 376.

⁴⁵⁸ BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 241.

⁴⁵⁹ Örneğin Fransız ve Amerikan hukuklarında icabın, sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi, kesin ve belirli olması gerektiği kabul edilmekte iken, İngiliz ve Alman hukuklarında icabın, bağlanma iradesini ve sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BLANCHARD, 8-9 BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 319 vd.

⁴⁶⁰ MCCALL/WARRINGTON, 93; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 131, 136. SCHWENZER, HACHEM ve KEE'ye göre icapta bulunan bağlanma iradesi, sözleşme öncesi müzakerelerle, sözleşme süreci arasındaki sınırı göstermektedir.

⁴⁶¹ Özellikle Germanik altyapıya sahip Doğu Avrupa ülkeleri, Orta Asya ülkeleri, Doğu Asya ülkeleri ve Nordik ülkeleri genellikle icabın, karşı tarafa ulaşır ulaşmaz bağlayıcı olduğunu kabul etmektedirler. Anglo-Amerikan hukuk sistemine dahil ülkelerin çoğunda ise, icabı geri alma özgürlüğü kabul edilmektedir. Bu ülkeler genellikle, icap karşı tarafa ulaşmadan önce icabın geri alınabileceğini kabul etmektedirler. Bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 138.

⁴⁶² Bu süre geçtikten sonra kabul beyanının yapılması halinde, artık 'kabul' değil, yeni bir icaptan bahsedilebilir. Bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 149.

ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi gibi hallerde de birçok hukuk sistemi, icabın sona ereceğini kabul etmiştir.⁴⁶³

Kabul ise icaba olumlu karşılık verilmesidir. Hukuk sistemlerinde kabul beyanı ile bir sözleşmenin kurulabilmesi için kural olarak 'kabul'ün, icabın içeriğini aynen yansıtan nitelikte olması gerektiği kabul edilir.⁴⁶⁴ Başka bir ifadeyle, kabul, sözleşmenin esaslı noktalarına yönelik olmalıdır.⁴⁶⁵ Aksi halde tarafların bu beyanlarından sözleşmenin kurulduğu sonucu çıkmaz ve müzakerelerin halen devam ettiği sonucuna ulaşılır.⁴⁶⁶ Ayrıca icapta, kabulün belirli bir şekilde yapılması öngörülmüşse, kabul bu şekilde yapılmadığı sürece geçerli bir kabulden bahsedilemez.⁴⁶⁷ Benzer şekilde kabul beyanı farklı şartlarda veya icapta belirtilen şartlarda değişiklik yapmak koşuluyla sözleşme kurma iradesini içeriyorsa artık hukuken 'kabul'den bahsedilmeyip, unsurları bulunduğu takdirde yeni bir icap veya karşı icaptan bahsedilebilir.⁴⁶⁸ Bununla birlikte koşulları esaslı biçimde etkilemeyen değişiklikler içeren beyan yeni bir icap değil, kabul olarak değerlendirilebilir.⁴⁶⁹ VSS'de de bu husus kabul edilmiş ve m.19'da, bir icabın kabulüne yönelik, fakat eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler içeren cevabın, icabın reddi olduğu ve bir karşı icap oluşturduğu belirtilmiştir.⁴⁷⁰ Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise kabul beyanı oluşturması

⁴⁶³ BLANCHARD, 15; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 143-146.

⁴⁶⁴ FOX, 47; MCCALL/WARRINGTON, 94; BORTOLOTTI, 190; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 151; VISCASILLAS, (Formation), 388; DANNEMANN, Gerhard: "The 'Battle of Forms' and the Conflict of Laws", *Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*, Ed: Francis D. ROSE, LLP Professional Publishing, 2000, 199-218, 198. Bu kural, 'ayna görüntüsü kuralı' (*mirror image rule*) olarak da bilinmektedir.

⁴⁶⁵ BLANCHARD, 18.

⁴⁶⁶ MCCALL/WARRINGTON, 93. Bununla birlikte bazı yazarlar, icap-kabule ilişkin ayna görüntüsü kuralının aşırı derecede kavramsal olduğunu ve çok katı uygulanmasının ticari açıdan uygun olmadığını belirtmektedirler. Bkz. DANNEMANN, 217.

⁴⁶⁷ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 146.

⁴⁶⁸ FOX, 47-48; MCCALL/WARRINGTON, 94; BLANCHARD, 18; BORTOLOTTI, 190-191; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 151; VISCASILLAS, (Formation), 388; DANNEMANN, 200. Bununla birlikte bazı hukuk sistemlerinde, tarafların davranışları ile bu değişiklikleri kabul ettikleri sonucu çıkarılabildiği takdirde, aksi sonuca da ulaşılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BLANCHARD, 18-19; BORTOLOTTI, 191.

⁴⁶⁹ VISCASILLAS, (Formation), 388.

⁴⁷⁰ VSS m.19;

"(1) Bir icabın kabulüne yönelik; fakat eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler içeren cevap, icabın reddi olup bir karşı icap oluşturur.

(2) Buna karşılık kabul beyanı oluşturması düşünülen, fakat icabın şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler veya sapmalar içeren icaba yönelik cevap, kabul sayılır; meğerki icapta bulunan, haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmiş veya bu yönde bir bildirim göndermiş olsun. Bunu yapmadığı takdirde icabın şartları kabul beyanındaki değişikliklerle birlikte sözleşmenin içeriğini oluştur.

(3) Özellikle, semene, ödemeye, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyumsuzlukların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler icabın şartlarını esaslı biçimde değiştirmiş sayılır."

düşünülen, fakat icabın şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler veya sapmalar içeren icaba yönelik cevabın, karşı taraf makul sürede yazılı veya sözlü olarak bu hususlara itiraz etmediği müddetçe kabul sayılacağı belirtilmiştir. ASPH’de ise, bir sözleşmenin kurulması için gerekli hususları içeren ve karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulması amacını taşıyan beyanlar icap olarak nitelendirilmiştir (m.2:201). DFCR m.II-4:103, VSS m.14, UNIDROIT Prensipleri m.2.1.1 ve devamındaki maddeler de, bu maddeye benzer şekilde düzenlenmiştir.

VSS’ye göre bir sözleşmenin kurulabilmesi için icabın malları, miktarını ve bedeli içermesi gerekir.⁴⁷¹ ASHP m. 2:101’e göre kural olarak sözleşmenin geçerli şekilde kurulması için herhangi bir şekil zorunluluğu bulunmamaktadır. Sözleşmenin geçerli biçimde kurulabilmesi için yalnızca tarafların bağlayıcı bir sözleşme yapma iradesinin varlığı yeterlidir.⁴⁷² ASHP m. 2:201’e göre, bir sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşme kurma şartlarının belirli olması; icapçının, karşı tarafın ‘kabul’ beyanı ile sözleşmeyi kurma niyetinin bulunması gerekmektedir.⁴⁷³ VSS’de icabın esaslı unsurları (*essentialia negotii*) barındırması gerektiği dikkate alınırsa, VSS ile kıyaslandığında ASHP’nin daha esnek bir yaklaşım sergilediği söylenebilir.⁴⁷⁴ Benzer şekilde UNIDROIT Prensipleri m. 2.1.2’de⁴⁷⁵ de icabın yeterli belirlilikte olması ve icapçının bağlanma iradesinin bulunması kafi görülmüş, icap ve

⁴⁷¹ UNCITRAL sekreterliği tarafından VSS m.14/1’e ilişkin olarak yapılan Açıklayıcı not 17, Erişim Adresi: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>, Erişim tarihi: 17.11.2015. ile VSS m.14/1;

“Bir veya birden çok belirli kişiye sözleşmenin kurulması için yöneltilen bir teklif, yeterince kesin olması ve teklifte bulunanın, kabul halinde bağlanma iradesini yansıtmaması durumunda icap sayılır. Malların saptandığı ve açık veya örtülü olarak miktar ve semenin belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapıldığı teklifler yeterince kesin sayılır”.

VSS’de m.14 ve devamında düzenlenen icap ve kabule ilişkin hükümler, özellikle milletlerarası ticarette icap ve kabulü kesin ve net şekilde belirlemenin mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. BAUMGARTNER, 31. Ancak kanaatimizce, VSS’nin icap-kabule ilişkin katı kuralları nedeniyle tarafların icap-kabul yönündeki iradesi tartışmalı olsa dahi, VSS m.7, 8 ve 9’da tarafların iradeleri, anlaşmanın temelinde yatan ilkeler, tarafların aralarında oluşturdukları teamüller ve milletlerarası ticari teamüllere geniş bir uygulama alanı bırakıldığından, yine de sözleşme kurulmuş sayılabilir. Benzer yönde bkz. BAUMGARTNER, 34.

⁴⁷² VISCASILLAS, (Formation), 374.

⁴⁷³ ASPH m.2:201(1);

“(1)(a) Karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu ortaya çıkaran,

(b) Sözleşmenin oluşması için yeterli ve belirli hükümleri içeren

teklif, icap sayılır.

⁴⁷⁴ VISCASILLAS, (Formation), 378.

⁴⁷⁵ UNIDROIT Prensipleri m. 2.1.2;

“Bir sözleşme kurma amacıyla yapılan icap, yeterli belirlilikte olmalı ve muhatabın kabulü halinde, icapçının icabı ile bağlanma iradesini taşımalıdır.”

kabulün ne şekilde yapılacağına ilişkin başkaca bir kıtas ortaya konulmadığından, bu metin de VSS'ye kıyasla daha esnek davranmıştır.⁴⁷⁶

Kabul beyanının şekli hukuk sistemlerinde farklı şekillerde düzenlenebilmekle birlikte genellikle üç türlü kabul ile karşılaşılır. İlk olarak açık şekilde kabul beyanı yapılabilir, ikinci olarak bir fiil ile kabul gerçekleştirilebilir veya susma yahut eylemsizlik⁴⁷⁷ şeklinde kabul gerçekleştirilebilir.⁴⁷⁸ Ancak susma veya eylemsizliğin kabul beyanı olabilmesi olaydaki diğer faktörlere bağlıdır. Örneğin ASHP, VSS, UNIDROIT Prensipleri gibi metinlerde susma ile kabulün gerçekleşmesi; bu yönde bir kanuni düzenleme bulunması, taraflar arasında bu yönde bir teamül bulunması, cevap verme yükümlülüğünün bulunması gibi bir kısım şartlara bağlanmıştır.⁴⁷⁹ Hukuk sistemlerinde kabule ilişkin en önemli ayrışma, susmanın kabul anlamına gelip gelmediği noktasında karşımıza çıkar. Özellikle Anglo-Amerikan hukuku ile Kara Avrupası hukuklarının zımni kabule ilişkin yaklaşımları farklılık göstermektedir. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde susma ile 'kabul'ün gerçekleşmesi mümkün olmazken,⁴⁸⁰ Kara Avrupası hukuk sistemlerinde zımni kabul olarak adlandırılan bu yöntem ile sözleşmenin kurulması mümkündür.⁴⁸¹ Özellikle belirli bir sektörde susma ile gerçekleşeceğine ilişkin bir ticari teamül varsa veya taraflar arasında bu yönde bir teamül oluşmuşsa susma ile 'kabulün' gerçekleştiği ve sözleşmenin kurulduğu kabul

⁴⁷⁶ BAUMGARTNER, 32.

⁴⁷⁷ Ancak susmanın, 'kabul' şeklinde bir irade beyanı olarak nitelenmesi tüm Kara Avrupası hukukları için geçerli olmayıp, istisnai olarak bazı ülkelerde kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz. SILVA, 124.

⁴⁷⁸ VISCASILLAS, (Formation), 386; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 285.

⁴⁷⁹ ASPH m.2:204'te susmanın veya eylemsizliğin tek başına kabul oluşturmayaacağına yer verilmiştir. Ancak maddenin yorumunda, belirli bir ticaret dalında veya taraflar arasında bu tür bir teamül varsa, susma ile kabulün gerçekleşebileceği belirtilmiştir. Prensiplerin resmi yorumu için bkz. The Commission on European Contract Law: Principles of European Contract Law Parts I and II, Ed: Ole LANDO / Hugh BEALE, Kluwer Law International, 2000, 169. UNIDROIT Prensipleri m.2.1.6'nın 3.fıkrasında da aynı şekilde susma veya eylemsizliğin tek başına kabulü gerçekleştirilmeyeceği hükmüne yer verilmiş, ancak maddenin yorumunda taraflar arasında bu yönde bir anlaşma bulunması veya bu yönde bir teamül bulunması halinde susma veya eylemsizlik ile kabul yapılabileceği belirtilmiştir. UNIDROIT Prensiplerinin resmi yorumu için bkz. UNIDROIT: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, Rome, 44, Erişim adresi: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, Erişim tarihi: 15.11.2015. VSS m.18/1'in son cümlesinde de ASPH ve UNIDROIT Prensiplerine paralel şekilde susma veya eylemsizliğin tek başına kabul sayılmayacağı belirtilmiştir. Ancak yine diğer iki metne paralel olarak, olaydaki diğer şartlarla birlikte değerlendirildiğinde, susmanın kabul olarak sonuç doğurması mümkün olabilecektir. Bkz. SCHLECHTRIEM, 54.

⁴⁸⁰ Bununla birlikte Amerikan hukukunda da bu kuralın da bir istisnası bulunmakta ve tekrar eden iş ilişkilerinde, susma ile kabulün gerçekleştirilmesi mümkün olmaktadır. Bkz. BLANCHARD, 20.

⁴⁸¹ MCCALL/WARRINGTON, 94. Buna karşılık bazı yazarlar, hiçbir hukuk sisteminde kural olarak susmanın kabul anlamına gelmeyeceğini de belirtmektedir. Bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 146.

edilebilmektedir.⁴⁸² Susma veya eylemsizlikle kabulün gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin hükümler özellikle hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerde önem taşımaktadır.

VSS, UNIDROIT Prensipleri ve ASHP de sözleşmenin kurulması için icap ve kabulün bulunması gerektiğini benimsenmekle birlikte, 'güven' de yeterli olabilmektedir.⁴⁸³ Başka bir deyişle, icaba makul ve haklı şekilde güvenilmesi halinde de sözleşmenin kurulması ile ortaya çıkan yükümlülüklerin bir kısmı ortaya çıkabilmektedir.⁴⁸⁴ Bu çıkarım bizi, müzakerenin belirli bir aşamaya gelmesinden sonra, artık karşı tarafta yaratılan güven ile sözleşmenin kurulduğu sonucuna götürebilecektir.

Bir önceki başlıkta belirttiğimiz gibi, Türk hukukunda kural olarak sözleşmenin varlığı ve maddi geçerliliğine ilişkin hususlar sözleşmeye uygulanacak hukuka tabidir. Taraflardan birisinin davranışına hüküm tanıyıp tanımama konusunda da kural olarak bu hukuk uygulanacaktır (MÖHUK m.32/1). Ancak kanun koyucu bu kurala bir istisna getirmiştir. MÖHUK m.32/2'ye göre, taraflardan birisinin davranışına hüküm tanımanın uygulanacak hukuka tabi olması hakkaniyete aykırı bir durum yaratıyorsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Bu hükme göre, örneğin susmanın kabul anlamına gelip gelmediği hususunda kural olarak sözleşme statüsü uygulanacak, ancak susan taraf itirazda bulunursa ve sözleşme statüsünün uygulanması hakkaniyete aykırı düşerse, bu halde artık susan tarafın mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Burada sözleşme statüsünün yetkili olmasının hangi hallerde hakkaniyete aykırı sayılacağını tespit edebilmek için somut olaydaki hal ve şartlar, özellikle tarafların hukuki ilişkileri ve o ana kadarki alışkanlıklarının değerlendirilmesi gerekir.⁴⁸⁵ Roma Konvansiyonu⁴⁸⁶ ve Roma I Tüzüğü'nde⁴⁸⁷ de ilgili hüküm neredeyse aynı şekilde kaleme

⁴⁸² SCHWENZER/HACHEM/KEE, 146-147.

⁴⁸³ DALHUISEN (V.II), 29.

⁴⁸⁴ Benzer yönde bkz. DALHUISEN (V.II), 35.

⁴⁸⁵ DOĞAN, (Milletlerarası), 379-380. Benzer yönde bkz. NOMER, 332. Buna karşılık bazı yazarlar sözleşme statüsünün uygulanmasının hangi hallerde hakkaniyete aykırı kabul edileceğinin belli olmadığı gerekçesiyle hükmü eleştirmektedir. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 286.

⁴⁸⁶ Rome Convention Art.8/2;

"Nevertheless a party may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence to establish that he did not consent if it appears from the circumstances that it would be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in the preceding paragraph."

⁴⁸⁷ Roma I Regulation Art.10/2;

alınarak bu istisnaya yer verilmiş, yalnızca ‘halin icabına göre hakkaniyete uygun olmayan’ ifadesi, ‘halin icabına göre makul olmayan’ ifadesi ile değiştirilmiştir. Böylece her iki metinde de sözleşmenin kuruluşuna uygulanacak hukukla ilgili genel kurala bir istisna getirilmiştir. Bu hüküm, özellikle susmanın kabul anlamına gelip gelmediği gibi konularda önem taşımaktadır. Hükümün amacı, sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia eden tarafı korumak ve onu sözleşme ile bağlamamaktır.⁴⁸⁸ Bu hükmün uygulanabilmesi için, sözleşmenin kuruluşunda rızası olmadığını iddia eden tarafın bu iddiasının, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk bakımından kabul edilmemesi gerekir. Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü’nde, bu istisna hükmünün uygulanabilmesi için rızası olmadığını iddia eden tarafın talebi gerekirken, Türk hukukunda uygulama alanı daha geniş olacak şekilde, MÖHUK 32/2’de yer alan istisna hükmün uygulanabilmesi için rızası olmadığını iddia eden tarafın talebi gerekmeyp, hakkaniyete uygun olmayan her şartta hakim tarafından uygulanacaktır.⁴⁸⁹ Ancak ayrıca talep gerekme dahi, hükmün uygulanabilmesi için, ilgilinin rızasının bulunmadığı iddiasını ileri sürmesi gerekir.

1.2.3.3.3. Sözleşmenin Kurulduğu An

Milletlerarası unsurlu sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu anın tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Sözleşmenin kuruluş anı tarafların hak ve yükümlülüklerinin hangi andan itibaren başlayacağı, olası bir tazminat veya benzeri talepte hesaplamaların hangi andan itibaren başlayacağını bilmesi, bir takım sürelerin ve tarihlerin hesaplanması gibi konularda önem taşır. Sözleşmenin hangi andan itibaren kurulmuş olacağı konusunda da akit statüsünün yetkisi kabul edilmektedir.⁴⁹⁰

“Nevertheless, a party, in order to establish that he did not consent, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in paragraph 1.”

⁴⁸⁸ AYBAY/DARDAĞAN, 270; ERSEN PERÇİN, 60. NOMER, hükmün uygulanabilmesi için, rızası olmadığını iddia eden tarafın suskunluğunun, sözleşme statüsünden bilgisi bulunmamasından kaynaklanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. NOMER, 332. TİRYAKİOĞLU ise satım sözleşmelerini ticari ve ticari olmayan şeklinde ayırarak, ticari olmayan satım sözleşmelerinde taraflardan birisinin daha zayıf konumda bulunduğu bahisle, bu istisnanın yalnızca ticari olmayan satım sözleşmeleri bakımından uygulanacağını belirtmiştir. Bkz. TİRYAKİOĞLU, 42-43. ERSEN PERÇİN de bu şekilde bir yorumunun istinaların dar yorumlanması ilkesi ile örtüşeceğini belirtmekte ve sözleşmenin birliği ilkesinin zedelenmesinin önüne geçeceğini belirtmektedir. Bkz. ERSEN PERÇİN, 61, 63.

⁴⁸⁹ ERSEN PERÇİN, 62.

⁴⁹⁰ DOĞAN, (Akreditif), 107.

Hazırlararasında yapılan sözleşmelerde, icap ve kabul ile ilgili bir problemle karşılaşılmazken, hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerde icap ve kabulün hangi hukuka tabi olacağının tespit edilmesi gerekir.⁴⁹¹ Zira hukuk sistemlerinin hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin kuruluş anına ilişkin düzenlemeleri farklılık göstermektedir. Hazırlar arasında yapılan sözleşmelerde tarafların biraraya gelerek karşılıklı iradelerini açıkladıkları yer sözleşmenin kurulduğu yerdir. Hazır olmayanlar arasında ise sözleşmenin ne zaman kurulduğu, hakimın kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen borç statüsünde yer alan kurallara göre belirlenecektir.⁴⁹²

Hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kuruluş anına ilişkin olarak açıklama, gönderme, varma, öğrenme olmak üzere dört temel teori bulunmaktadır. Başka bir deyişle kabul beyanının açıklandığı an, kabul beyanının kabulcü tarafından gönderildiği an, kabul beyanının karşı tarafın (posta kutusu gibi) hakimiyet alanına ulaştığı an ve karşı tarafın bu beyanı öğrendiği an sözleşme kurulmuş kabul edilebilir.⁴⁹³ Borç statüsünde bu teorilerden hangisi kabul ediliyorsa, sözleşmenin kuruluş anı ve geçerliliği buna göre belirlenecektir.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ DOĞAN, (Teminat Mektubu), 206.

⁴⁹² DOĞAN, (Akreditif), 107, 117-118.

⁴⁹³ Teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 210-213; OĞUZMAN/ÖZ, 74-77.

⁴⁹⁴ DOĞAN, (Teminat Mektubu), 208-209.



İKİNCİ BÖLÜM

MÜZAKERE SÜRECİNDE HAZIRLANAN BELGELER, TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE MÜZAKERE SÜRECİNDE SORUMLULUK

Milletlerarası ticari sözleşmelerin müzakeresinde karşımıza çıkan hukuki problemlerin en önemlileri; bu aşamada hazırlanan belgelere ne tür bir hukuki nitelik atfedileceği ve ne tür sonuçlar bağlanacağı, müzakere ilişkisinin ne tür bir hukuki ilişki doğurduğu, tarafların bu aşamadaki hak ve yükümlülüklerinin neler olduğu, müzakere aşamasında tarafların zarara uğraması halinde bu zarardan karşı tarafın sorumlu olup olmayacağı, sözleşme öncesi sorumluluğun kabul edilmesi durumunda bu sorumluluğun hangi esaslara tabi olabileceği gibi hususlardır. Bu bölümde öncelikle müzakere sırasında hazırlanan belgeler incelenecek, daha sonra tarafların müzakere sürecinde hak ve yükümlülükleri ile sözleşme öncesi sorumluluk gibi konular ele alınacaktır.

2.1. MÜZAKERE SÜRECİNDE HAZIRLANAN BELGELER

Milletlerarası ticari sözleşmelerin gerek hazırlanması, gerek sözleşmenin yürütülmesi aşamasında onlarca belge hazırlanmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde incelenecek olan belgeler, literatürde 'milletlerarası ticarete kullanılan belgeler' başlığı altında incelenen belgeler arasında sayılmamaktadır. Zira milletlerarası ticarete kullanılan belgeler sözleşmenin türü, konusu ve içeriğine göre farklılık göstermekle birlikte, genellikle

konşimento (*bill of lading*)⁴⁹⁵, havayolu taşıma belgesi (*airway bill*)⁴⁹⁶, karayolu taşıma senedi (*CMR-roadway bill*)⁴⁹⁷, demiryolu taşıma belgesi/demiryolu hamule senedi (*rail consignment note/CIM*)⁴⁹⁸, ciro edilemez deniz konişmentosu⁴⁹⁹, charter party konşimento⁵⁰⁰, karasal su yolu taşıma belgesi, FIATA belgeleri⁵⁰¹, karma taşıma belgesi (*FIATA combined transport document*)⁵⁰², nakliyecî makbuzları, kurye alındısı, posta alındısı

⁴⁹⁵ Konşimento, gemi şirketi tarafından düzenlenir ve konşimento sahibine, teslim yerinde malları nakliye firmasından teslim alma hakkını verir. Nakliye araçları yola çıkmadan önce ihracatçının vereceği yükleme rotasına göre nakliyecî tarafından düzenlenen malların teslim alındığını ve kararlaştırılan yere kadar taşınarak ithaatçıya teslim edileceğini gösteren belgedir. Aynı zamanda malların faturası, emtia senedi ve taşıma sözleşmesi fonksiyonunu da ifa eder. Milletlerarası ticarete en sık kullanılan konşimento türü deniz konişmentosudur (*marine/ocean bill of lading*). Ayrıntılı bilgi için bkz. CHUAH, 199-201; DIMATTEO, 113; ODEKE, 107 vd.; GERNİ, Cevat: *Dış Ticarete Ödeme Yöntemleri*, Türkiye Dış Ticaret Derneği, Araştırma Merkezi Dış Ticaret Araştırma Dizisi No: 8, 1989, Ankara, 7-8; BAKIR, Hasan: *İşletmelerde İhracatın Alternatif Finansman Aracı Olanakları*, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları No: 1111, Bozüyük Meslek Yüksek Okulu Yayınları No:1, Eskişehir, 1999, 43. Bununla birlikte malın sadece taşınmak üzere taşıyan tarafından teslim alındığını gösteren tesellüm konişmentosu, malın yüklendiğini gösteren yükleme konişmentosu, temiz konşimento, kirli konşimento, bayat konşimento, tek konşimento, üst üste taşıma konişmentosu, düzgün hat konişmentosu, uçak konişmentosu, konteynır konişmentosu, elektronik konişimento gibi farklı adlar altında farklı özellikleri bulunan konişmentolar da bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖLEK, Ali: *Mevzuat İşığında Dış Ticaret İşlemleri ve Piyasa Uygulamaları*, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, 106-108; CANİTEZ, Murat / İlker, ALAADDİN: “Bölüm 2: İhracat İşlemleri ve Dokümantasyon”, *Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulamalar*, 5. Baskı, Editörler: Çetin BEDESTENCİ / Murat CANİTEZ, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007, 71-73; CANİTEZ, Murat / İlker, ALAADDİN: “Bölüm 3: İhracat İşlemleri ve Dokümantasyon”, *Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulamalar*, 3. Baskı, Editör: Çetin Murat CANİTEZ, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011, 131-134; KÖKSAL, Tunay: *Uluslararası Ticarete Pratik Bilgiler ve Yaygın Kullanılan Belgeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, 45-50; BAĞRIAÇIK, 300-311; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 561-567; ÇINAR, 42 vd.; BABAYİĞİT, 203-212.

⁴⁹⁶ Havayolu taşıma şirketinin, varış noktasına taşınmak üzere malları teslim aldığını gösteren, ancak kıymetli evrak niteliğinde olmayıp, malların mülkiyetini temsil etmeyen, genellikle 12 nüsha olarak düzenlenen bir belgedir. Bkz. DÖLEK, 109; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 537-539; BAKIR, 49; CANİTEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 2), 125; ÇINAR, 45; KÖKSAL, 50-51; BABAYİĞİT, 213-214.

⁴⁹⁷ CMR Konvansiyonunu kabul eden ülkelerde kullanılan karayolu taşıma belgesidir. Malların, taşıyıcı tarafından istenilen yere taşınmak üzere teslim alındığını gösterir ve biri yükleten, biri taşıyıcıya verilmek, biri de mallara eşlik etmek üzere üç nüsha olarak düzenlenir. Kıymetli evrak niteliğinde olmayıp, mülkiyeti temsil etmez ve ciro edilemez. Yalnızca sevkiyatın yapıldığını ispata yarar. Bkz. BAĞRIAÇIK, 313; DÖLEK, 109; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 533-535, GERNİ, 8; ÇINAR, 41; KÖKSAL, 52-53; BABAYİĞİT, 212-213.

⁴⁹⁸ Milletlerarası anlaşmalara uygun şekilde düzenlenen ve malların trenle taşındığı durumlarda, malın demiryolu idaresi tarafından, taşınmak üzere teslim alındığını gösteren, kıymetli evrak niteliğinde olmayan, genellikle bir nüsha gönderene verilmek ve bir nüsha mallara eşlik etmek üzere iki nüsha olarak düzenlenen belgedir. Bkz. BAĞRIAÇIK, 316/1; DÖLEK, 109; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 536-537; BAKIR, 51; CANİTEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 2), 123; ÇINAR, 45; KÖKSAL, 53; BABAYİĞİT, 214-215.

⁴⁹⁹ Deniz yolu taşımacılığında kullanılır ve fonksiyon itibarıyla karayolu ve demiryolu taşıma senedi ile aynı özellikleri taşımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. CANİTEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 1), 67-71; CANİTEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 2), 128-131; KÖKSAL, 44-45.

⁵⁰⁰ Çarter parti konşimento, bir geminin ücret (navlun) karşılığında tamamının veya bir kısmının veya belirli bir yerinin deniz seferi için hizmete tahsisini doğrulayan belge olup, kaptan, gemi sahibi, kiralayan veya bunların acenteleri tarafından imzalanmış ve onaylanmış olması gerekir. Bkz. DOĞAN, (Akreditif), 254.

⁵⁰¹ Uluslararası Taşıma Acenteleri Birlikleri Federasyonu (FIATA)’na üye olan taşıma şirketlerinin düzenlediği ve malın teslim alındığını gösteren belgedir. Bkz. DÖLEK, 111; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 532-533.

⁵⁰² Malın birden fazla taşıma aracı ile taşındığı durumlarda, malların teslim alındığı yerden varış noktasına kadar taşınacağını gösteren ve taşıyan tarafından düzenlenerek yükletene verilen belgedir. Bkz. BAĞRIAÇIK, 316/1-318; BAKIR, 47; ÇINAR, 46; KÖKSAL, 44.

gibi taşıma belgeleri;⁵⁰³ proforma fatura (*proforma invoice*),⁵⁰⁴ ticari fatura (*commercial invoice*)⁵⁰⁵, tasdik edilmiş ticari fatura (*certifie/legalized invoice*), ağırlık sertifikası, gözetim sertifikası (*certificate of inspection*)⁵⁰⁶, kalite kontrol belgesi (*quality control certificate*)⁵⁰⁷, çeki listesi (*weight list*)⁵⁰⁸ ve koli/ambalaj listesi (*packing list*)⁵⁰⁹, analiz sertifikası/belgesi (*certificate of analysis*) veya ekspertiz raporu (*ekspertise report*)⁵¹⁰ gibi ticari belgeler ile

⁵⁰³ Taşıma belgeleri, 'sevk belgeleri' olarak da adlandırılmaktadır. Bu belgeler, sözleşmeye konu malların sevk edildiği, varış yerine gönderilmek amacıyla ilgili taşıma şirketine teslim edilip yola çıkarıldığını gösterir. Bu belgelerin bir kısmı kıymetli evrak niteliğinde olduğu gibi, taşımacı ile gönderici arasında yapılan bir sözleşme niteliği taşımakta ve herhangi bir ihtilaf halinde bu belgeler sözleşme hükümlerini ispata yaramaktadır. Bkz. DÖLEK, 103; DOĞAN, (Akreditif), 250 vd.

⁵⁰⁴ Satıcı tarafından, alıcıya gönderilen satış teklifi veya önatura niteliğinde olan, teklif edilen malın fiyatı, miktarı, markası, ödeme ve yükleme şekline ilişkin bilgileri içeren, hukuken icap veya icaba davet olarak nitelendirilebilecek bir belgedir. Bu faturadaki fiyatlar kesin değil, ancak taraflar arasındaki satış sözleşmesi tamamlandığında, kesinleşen fiyatlar çerçevesinde proforma fatura artık ticari faturaya dönüşür. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAĞRIAÇIK, 297; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 527; ODEKE, 127; DÖLEK, 99; GERNİ, 8; GÜRSOY, Yaser: *Dış Ticaret İşlemleri*, Ekin Yayınevi, 7. Baskı, Bursa, 2012, 102; ERYÜREK, Şenay: *Uluslararası Ticarete Ödeme Şekilleri ve Vesaik*, Anadolu Bankası Eğitim Yayınları 2, YY, 73; BAKIR, 38; CANITEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 1), 50 vd.; CANITEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 2), 106-108; ÇINAR, 40; KÖKSAL, 37; BABAYİĞİT, 220-221.

⁵⁰⁵ Ticari fatura, mallar alıcıya gönderilirken, malın çeşidi, miktarı, özellikleri, birim fiyatı, toplam satış fiyatı gibi bilgileri içeren, malın kimliğini gösteren belgedir. Akreditif metninde yer alan mallara ilişkin tanımın ticari faturada da aynen yer alması gerekir, aksi halde akreditif şartlarına uygun olmayan belge ibrazı sebebiyle, rezerv konması ve bankanın ödemeyi yapmaması söz konusu olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAĞRIAÇIK, 297-300; DÖLEK, 100; DOĞAN, (Akreditif), 246-247; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 527-528; ODEKE, 121; ERYÜREK, 73; BAKIR, 38-39; CANITEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 1), 52-54; CANITEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 2), 108-110; ÇINAR, 40-41; KÖKSAL, 37-38; BABAYİĞİT, 221-222. İhracatçı tarafından, ithalatçıya verilmek üzere düzenlenen ve tasdik edilen bu belge akreditifte en önemli belgelerden birisidir. Malın birim fiyatı, toplam fiyatı, miktarı, ağırlığı, özellikleri, satıcının adı ve adresi, borcun ne şekilde ödeneceği, satış şartları, yükleme ve boşaltma yerine ilişkin bilgiler bulunur. İhracatçı bu belgeyi hazırlarken ithalatçının ülkesinin mevzuatına uygun olarak hazırlamalıdır.

⁵⁰⁶ Gözetim sertifikası, ithalatçının malı aldıktan sonra, malın belirli standartlara uygun olup olmadığından emin olmak için istedikleri belgedir. Genellikle bağımsız ve tarafsız bir gözetim şirketi tarafından inceleme yapılır ve bu belge hazırlanır. Gözetim ve denetim işleminin hangi tarafça yaptırılacağı önceden kararlaştırılmalıdır.

⁵⁰⁷ Kalite belgesi, yükleme anında malların kalitesinin belirli veya belirtilen nitelikte olduğunu teyit eden bir belgedir. Bkz. ODEKE, 124.

⁵⁰⁸ Çeki listesi, sözleşme konusu malların ağırlığıyla ilgili detaylı dökümü için hazırlanır. Bazı durumlarda ithalatçı firma tarafından istenebilir. Çeki listesi hangi taşıta ne miktarda mal yüklendiğini, birim paket ve her bir paketin ağırlıklarını gösterir. Bkz. EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 531; DÖLEK, 114; ODEKE, 125; GÜRSOY, 116; ERYÜREK, 76; BAKIR, 39; CANITEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 1), 54-56; CANITEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 2), 110-112; ÇINAR, 95; KÖKSAL, 38; BABAYİĞİT, 225.

⁵⁰⁹ Koli/ambalaj listesinde koli adedi ve her bir kolinin içinde bulunan mallar tür ve miktar olarak belirtilir. Koli/ambalaj listesi, çeki listesi ile birlikte, hangi tür ve ne miktarda mal bulunduğunu gösterdiği için, malın sayımı, teslimi ve koliyi açmadan içindeki malın bilinmesini sağladığından, gümrük kontrolünde önemli kolaylık sağlamaktadır. Bkz. BAĞRIAÇIK, 338; DÖLEK, 114; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 531; GÜRSOY, 115; ERYÜREK, 76; BAKIR, 39; ÇINAR, 95; KÖKSAL, 38; BABAYİĞİT, 224-225.

⁵¹⁰ Boya, çimento, asit gibi kimyasal maddeler ile nem oranı, erime derecesi ve malların formüllerini oluşturan element ve bileşiklerin adları ve oranlarını gösteren belgeler analiz belgesi olarak bilinir. Bazı hallerde alıcı ve/veya satıcının ülkesinde, sözleşmeye konu malların özelliklerinin uzman bir kişi veya heyet tarafından tespiti talep edilebilmektedir. Bu tür durumlarda hazırlanan raporlara genel olarak ekspertiz raporu adı verilmektedir. Bkz. DÖLEK, 114; GÜRSOY, 115; ERYÜREK, 76; BAKIR, 40; ÇINAR, 95-96; KÖKSAL, 39.

sigorta belgeleri⁵¹¹; finansal belgeler⁵¹²; sağlık ve veteriner sertifikaları⁵¹³; ile menşe şahadetnamesi (*certificate of origin*)⁵¹⁴, konsolosluk faturası (*consular invoice*)⁵¹⁵, dolaşım belgeleri (*movement certificate*)⁵¹⁶ gibi belgelerdir.⁵¹⁷ Oysa çalışmanın bu bölümünde inceleyeceğimiz belgeler, henüz sözleşmenin yapılmadığı ve tarafların yükümlülüklerini yerine getirmeye başlamadığı aşamada karşımıza çıkan müzakere sözleşmesi, niyet mektubu, mutabakat zaptı, gizlilik sözleşmesi gibi, sözleşmenin imzalanmasından önceki süreci konu alan belgelerdir.

⁵¹¹ Sigorta belgeleri; sigorta şirketi, simsar, acente veya sigorta komisyoncusu tarafından düzenlenip, sigorta yaptırana verilen belgelerdir. Akreditifli ödemeye konu olan ticaret işleminde, malların taşıma süresince başına gelebilecek hasarlara karşı sigortalandığını gösteren belgelerdir. Bunlar genellikle sigorta poliçesi (*insurance policy*), sigorta şahadetnamesi (*insurance certificate*), açık küvertür/teminat (*open cover*) gibi adlarla karşımıza çıkmaktadır.

⁵¹² Hukuken alacağın varlığını kanıtlamaya yarayan belgelerdir. Akredifte genellikle poliçe (*bill of exchange/draft*) kullanılır, ancak bazen bono/emre yazılı senet (*promissory note*) de kullanılabilir.

⁵¹³ Sözleşme konusu malların bitkisel veya hayvansal ürünler olması durumunda bunların sağlık kontrolünden geçirilmesi gerekir. Bkz. DÖLEK, 115. Sağlık ve veteriner sertifikaları, malın cinsine göre sağlık koşullarına uygun olup olmadığını gösterir. Gıda maddeleri, canlı hayvan, et, deri, bitki, bitki parçaları gibi mallar söz konusu olduğundan bunların hastalısız, mikropsuz olduğu, tehlikeli hastalık ve haşereden korunmuş olduğu ve benzeri hususları gösterir. Helal belgesi (*halal certificate*), radyasyon belgesi (*radiation certificate*), bitki sağlık sertifikası (*phytosanitary certificate*) gibi belgelerdir.

⁵¹⁴ Menşe şahadetnamesi, malın menşei gösteren, yani imal edildiği veya üretildiği yeri gösteren belgedir. İhracatçı veya temsilcisi tarafından hazırlanır ve genellikle bunların bağlı bulunduğu ticaret odası tarafından tasdik edilir. Bkz. DIMATTEO, 114; ODEKE, 122-123; GÜRSOY, 145; ERYÜREK, 76; BAKIR, 42; CANİTEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 1), 56-58; CANİTEZ/ALAADDİN, (Dokümantasyon 2), 112-115; KÖKSAL, 42; BABAYİĞİT, 222-223. Genellikle ithalatçı ülke bu belgenin bulunmasını talep eder.

⁵¹⁵ Bazı ülkelerin ithalat mevzuatında, ithalatçı ülkenin konsolosluğundan alınan boş faturanın doldurulup, ilgili konsolosluk tarafından tasdik edilmesi istenir. İthalatçı ülkenin konsolosluğu tarafından düzenlenen ve genellikle gümrük memurlarınca malın miktar ve özelliklerini teyit eden bir belgedir. Bkz. DIMATTEO, 114; ODEKE, 126; BAĞRIAÇIK, 341; DÖLEK, 101; GÜRSOY, 147; BAKIR, 42; KÖKSAL, 41.

⁵¹⁶ Farklı türlerde dolaşım belgeleri bulunmaktadır. Örneğin ATR belgesi, AB üyesi ülkelere yapılan ihracatta istenmektedir. EFTA ülkeleri ve Türkiye arasında yapılan Serbest Ticaret anlaşması uyarınca bu ülkelere yapılan ihracatta ise EUROİ belgesi istenmektedir.

⁵¹⁷ Yukarıda sayılan belgeler dışında da akreditifin türü, taraflar arasındaki sözleşmenin ve malların niteliğine, alıcı ve satıcının ülkesi, taşıma türü ve özelliklerine bağlı olarak başka belgeler de karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin nakliyeciyeye, henüz elinde konşimento bulunmasa dahi alıcıya malları teslim etme imkanı veren tazminat mektubu (*letter of indemnity*); Belirli bir ülkeye belirli malların ihracına izin verildiğini gösteren hükümet tarafından düzenlenen ihracat izni (*export license*); Yükleme limanında malların taşıyıcıya teslim edildiğini gösteren liman makbuzu (*dock receipt*); Yalnızca fatura değil aynı zamanda emtia senedi niteliği taşıyan ambar makbuzu (*dock warrant*) (Bkz. DIMATTEO, 114); Depo işletmecisi tarafından mallara ilişkin düzenlenen depo makbuzu (*warehouse receipt*); İhracatçının Milletlerarası Kalite standartlarına göre belirlenen minimum standartları karşıladığını belirten ISO belgeleri (*International Standards Organisation (ISO) certificates*); Ülkeye teşhir, sergi, fuar, ticari numune vb. geçici amaçlar için gümrüksüz giren mallar için düzenlenen ve genellikle bir yıl boyunca geçerli olan milletlerarası geçici giriş gümrük belgesi (*admission temporaire/temporary admission (ATA) carnet*) gibi belgeler de akreditifte sıklıkla karşımıza çıkmaktadır.

2.1.1. Müzakere Sürecinde Hazırlanan Belgelere Genel Bakış

Milletlerarası sözleşmelerin kuruluşu bir anda gerçekleşmemekte, görece uzun bir süreç içinde tarafların aşama aşama anlaşmalarına bağlı olarak kısmi sözleşmeler veya diğer belgeler hazırlanmakta ve/veya teati edilmektedir.⁵¹⁸ Taraflar, aralarındaki esas sözleşmeyi destekleyen ve hukuki ilişkinin karmaşıklığı ile ilişkiye katılan tarafların sayısına paralel olarak hazırlanan bağlantılı sözleşmeleri⁵¹⁹ ve sözleşmenin yürütülmesine ilişkin sair belgeleri elbette hazırlayacaklardır. Ancak henüz hedeflenen sözleşmenin kurulmadığı aşamada asıl sözleşme ile asıl sözleşme ekleri dışında, salt sürecin gidişatını kolaylaştırmak amacıyla ihtiyari olarak birtakım belgeleri de hazırlamaları gündeme gelebilir. Müzakere sırasında farklı adlar altında farklı amaçlarla hazırlanan belgeleri incelemeye geçmeden önce belgelerin amaçları, çeşitleri ve hukuki değerine ilişkin genel bilgi verilmesi yerinde olacaktır.

2.1.1.1. Müzakere Öncesi Belgeleri Hazırlama Nedenleri

Uygulamada farklı isim ve nitelikte birçok belge karşımıza çıkmakta ve hukuki niteliğin tespiti noktasında bunların adlandırması yanıltıcı olabilmektedir.⁵²⁰ Belgelere bağlanan sonuçlar, belgenin niteliğine göre; belgenin niteliği ise başta tarafların niyeti olmak üzere, birtakım kriterlere göre belirlenmelidir. Tarafların niyetinin tespitinde de elbette belgeyi düzenlemelerindeki amaç unsuru etkili olacaktır. Bu nedenle tarafların sözleşme öncesinde birtakım belgeler hazırlamalarının nedenlerini de kısaca ele almak gerekir.

⁵¹⁸ SCHMIDT, Johanna: "Letters of Intent", *International Business Law Journal*, 2002, Vol.34, S: 257-270, 266; STEILLINGWERF, Frank / MANTESE, Gerard: "Letters of Intent", *Michigan Bar Journal*, November 2000, Business Law, Erişim Adresi: http://www.manteselaw.com/files/letters_of_intent.pdf, Erişim tarihi: 20.01.2015, 1; BONELL, Michael Joachim: "Formation of Contracts and Precontractual Liability Under the Vienna Convention on International Sale of Goods", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 157-178, 163; FONTAINE, Marcel / DE LY, Philip: *Drafting International Contracts*, Transnational Publishers Inc., New York, 2006, 134.

⁵¹⁹ BERMAN/KAUFMAN, 229; CHATTERJEE, 8.

⁵²⁰ Örneğin 'niyet mektubu' olarak başkıldandırılan bir belge aslında 'müzakere sözleşmesi' niteliği taşımakta veya 'mutabakat zaptı' olarak nitelenen bir belge 'niyet mektubu' olarak adlandırılabilir. Yahut ilerleyen kısımlar görüleceği gibi, mutabakat zaptı ve sözleşme ilkeleri bazı yazarlarca ayırma tabi tutulurken, bazı yazarlar bunların hepsini 'niyet mektubu' olarak nitelendirmektedir. Maalesef gerek uygulamada, gerekse doktrinde, sözleşme öncesi belgelere ilişkin terminolojide yeknesaklıktan bahsedebilmek mümkün değildir.

Tarafların sözleşme öncesi belgeleri hazırlamaları ilk olarak, tarafların hukuk sistemleri farklı ülkelerde, farklı kültürlerde bulunmaları sebebiyle, müzakere sürecinin etik ve hukuki etkilerine aşına olmamaları ve müzakere sürecinin en erken aşamasında tarafların hedeflerini yazılı hale getirerek bu belirsizliği azaltma arzusudur.⁵²¹

İkinci olarak, günümüzde milletlerarası ticarete ilişkin işlemlerin karmaşıklığı, yüzlerce, hatta binlerce sayfalık sözleşmelerden oluşması, müzakerelerin uzun bir sürece yayılması, finansal kuruluşların, resmi dairelerin, alt sözleşmecilerin, danışmanların ve diğer aktörlerin ilişkiye katılması gibi sebeplerle bazı hususların müzakere sürecinde çözülmesi zorunlu olduğundan bu belgeler hazırlanmakta ve bu karmaşık yapıya bir düzen getirmek amaçlanmaktadır. Böylece üzerinde uzlaşılan hususlarla ilgili karışıklıklar veya yanlış anlamaların önüne geçilmektedir.⁵²²

Son olarak, tarafların bu süreçte uzlaştıkları hususları kayda geçirmek istemeleri de müzakere sırasında bu belgeleri hazırlamalarının gerekçelerinden birisidir. Başka bir deyişle, taraflar detayları süreç içerisinde çözmek üzere, ilke olarak temel konularda anlaşmışlardır ve bu durumu kayıt altına almak amacıyla yazıya dökmüşlerdir.⁵²³

Bu belgeler, ne şekilde adlandırılırsa adlandırılırsın veya uygulanacak hukuka göre bağlayıcı olsun veya olmasın hepsinin amacı, yapılması planlanan asıl sözleşme için birtakım hususları sözleşme müzakeresinde belirtmek ve kayıt altına almaktır.

⁵²¹ LAKE Ralph B.: "Letters of Intent: A Comparative Examination Under English, U.S., French and West German Law", 18 *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1984-1985, 331-354, 332; GODERRE, Diane Madeline: "International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability Under the United Nations Sales Convention", 66 *University of Cincinnati Law Review*, 257 1997-1998, 279.

⁵²² LAKE, 332; DAMMONE, Lucci: "Letters of Intent and Heads of Terms – Binding or Not Binding", *Alert: Commercial&Dispute Resolution*, Kasım 2008, Erişim adresi: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5436baf1-6e41-4b30-a560-cb36f9f384a7>, Erişim tarihi: 05.08.2015, 1. Benzer yönde bkz. FARNSWORTH, E. Allan: "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", *Columbia Law Review*, Vol. 87, No:2, March 1987, 217-294, 219; SCHMIDT, (Preliminary), 53.

⁵²³ DAMMONE, 1; RIOUX, Catherine / VAILLANCOURT, Patrice: "Breakdown in Negotiations – The Binding Effect of a Letter of Intent", *Lavery Business*, No: 2, Eylül 2009, Canada, 2009, Erişim adresi: <http://www.worldservicesgroup.com/publications.asp?action=article&artid=3062>, Erişim tarihi: 05.08.2015, 1; LONCLE, Jean-Marc / TROCHON, Jean Yves: "The Negotiating Phase of International Contracts", *International Business Law Journal*, 1997, Vol.1, 3-37, 3.

2.1.1.2. Müzakere Sürecinde Hazırlanan Belgelerin Çeşitleri

Müzakereler sırasında hazırlanan belgeler; Niyet mektubu, mutabakat zaptı, sözleşme ilkeleri, teklifler, açık hükümlü sözleşme, müzakere sözleşmesi, gizlilik sözleşmesi, üçüncü kişilerle müzakere yapılmamasına ilişkin sözleşme, masrafların paylaşımına ilişkin sözleşme, sözleşme taslağı, toplantı tutanakları gibi anlaşma⁵²⁴ ve belgelerdir.⁵²⁵ Bu belgeler, birbirinden ayrı şekilde hazırlanabileceği gibi, karma/melez dökümanlar olarak da karşımıza çıkabilir.⁵²⁶ Örneğin, müzakere sözleşmesi ile gizlilik sözleşmesi ve masrafların paylaşımına ilişkin sözleşme ayrı ayrı hazırlanabileceği gibi, müzakere sözleşmesi içinde gizliliğe ve masrafların paylaşımına ilişkin maddelere yer verilebilir.

Müzakereler sırasında hazırlanan belgeleri sınıflandırmak veya tipleştirmek kolay değildir. Yapılan bir tasnife göre müzakere sırasında hazırlanan belgeler, hazırlayan taraf açısından tek taraflı–çok taraflı; taraflara borç yüklemesi açısından borç yükleyen–borç yüklemeyen; bağlayıcılıkları açısından bağlayıcı olan–bağlayıcı olmayan; doğurduğu sonuçların müzakere süreci ile sınırlı olması açısından müzakere sonrasında etkisini koruyan–yalnızca müzakere sürecinde geçerli olan; konu ve amaç bakımından hedeflenen sözleşmeyi kurmaya yönelik–yan esasları düzenleyen ve karma yapılı belgeler şeklinde

⁵²⁴ Burada ‘anlaşma’ (*agreement*) ve ‘sözleşme’ (*contract*) terimleri üzerinde de durmak gerekir. ‘Anlaşma’ ve ‘sözleşme’ genellikle birbiri yerine kullanılan kelimelerdir ve bu kavramlar genellikle yazılı ve hukuken bağlayıcı belgeleri belirtmek için kullanılır. Bununla birlikte bazı yazarlar bu kavramların farklı anlamda olduğu iddiasındadır. ‘Anlaşma’ teriminin bir belge adı, tarafların hukuken bağlayıcı olan veya olmayan bir mutabakata vardıklarını belirtilen olgu, tarafların hukuken bağlayıcı bir ilişkiye girmeleri olgusu olmak üzere üç anlamı bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre ‘anlaşma’ kelimesi bir belge türüne veya iki ya da daha fazla taraf arasındaki bir düzenlemeye atıf yapıyorsa aslında ‘sözleşme’ anlamına gelmektedir. Şayet taraflar mevzuat hükümlerine atıf yapılmasını veya konu olmayı gerektiren bir hukuki işlem, olay veya duruma dahil olmuşlarsa hangi anlama geldiği kontrol edilmelidir. Son olarak ‘anlaşma’, tarafların bağlayıcı olmayan bir mutabakata varmaları anlamında da kullanılabilir. Bkz. ANDERSON/WARNER, 21, 202-203.

⁵²⁵ ANDERSON/WARNER, 20-21; BEKTAŞ, 43 vd.; DAIGNEAULT, Edward W.: *Drafting International Agreements in Legal English*, Second Edition, Law Publishers in Europe, Wien, 2009, 56; FARNSWORTH, (General), 22-23; VRIES, Henry P. de: “International Pre-Contractual Obligations”, *International Contracts*, Eds.: Hans SMIT / Nina M. GALSTON / Serge L. LEVITSKY, Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Matthew Bender, 1981, 51-91, 54-55; LONCLE/TROCHON, 6-7; TARRANT, John: “Preliminary Agreements”, 3 *University of New England Law Journal*, 2006, 151-186, 154-155; STELLINGWERF/MANTESE, 1; CORDERO-MOSS, 20; SCHMIDT, Johanna: “Preliminary Agreements in International Contract Negotiation”, *Houston Journal of International Law*, Vol.6, 1983, 37-62, 37; MULLER, Christoph / RISKE, Oliver: “Arbitration Agreement by Letter of Intent Under Swiss and French Law”, *International Business Law Journal*, Vol.3, 2013, 191-215, 191; FONTAINE/DE LY, 134; VRIES, (Precontractual), 54-55.

⁵²⁶ FARNSWORTH, (General), 23; FARNSWORTH, (Preliminary), 250.

ayırımlara tabi tutulabilir.⁵²⁷ Biz bu tür ayrımlara girmeksizin, ifa ettikleri fonksiyona göre müzakere aşamasına ilişkin metinler, hedeflenen sözleşmeye ilişkin metinler ve karma metinler şeklinde üç temel gruba ayırarak genel özelliklerine değineceğiz.

2.1.1.2.1. Müzakere Aşamasını Düzenleyen Belgeler

İlk grubu oluşturan belgeler, müzakere aşamasını düzenleyen ve müzakere aşamasında taraflar için haklar ve yükümlülükler yaratan sözleşmelerdir.⁵²⁸ Bu tür sözleşmelerin genellikle müzakere süresince yürürlükte olması kararlaştırılır ve yürürlük süresi müzakerelerin başarıya ulaşip ulaşmamasına göre değişkenlik gösterir. Örneğin, müzakerenin başarısızlıkla sonuçlanması halinde tarafların birbirleri hakkında öğrendikleri ticari sırları saklama yükümlülüğü (gizlilik yükümlülüğü) müzakerelerin sona ermesinden sonra da bu sırlar ekonomik bir değer taşıdığı sürece devam ederken, müzakereleri yürütme yükümlülüğü sona erecektir.⁵²⁹ Müzakere sözleşmesi, üçüncü kişilerle müzakere yapılmamasına ilişkin sözleşme, masrafların paylaşımına ilişkin sözleşme, gizlilik sözleşmesi gibi belgeler bu gruba giren belgelerdir.

2.1.1.2.2. Hedeflenen Sözleşmeye İlişkin Belgeler

İkinci grubu oluşturan belgeler ise doğrudan tarafların yapmayı hedeflediği sözleşmeye ilişkin belgelerdir. Bu belgelerin içeriği, tarafların yapmayı hedeflediği sözleşmenin içeriği ile aynı niteliktedir.⁵³⁰ Örneğin, tarafların yapmak istedikleri hukuki

⁵²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. İŞINTAN, Pelin: *Sözleşme Müzakereleri*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009, 64-70.

⁵²⁸ LONCLE/TROCHON, 5; SCHMIDT, (Preliminary), 38, 48. Benzer yöndeki sınıflandırma için bkz. PHILIPPE, 363.

⁵²⁹ SCHMIDT, (Preliminary), 49-50.

⁵³⁰ LONCLE/TROCHON, 6; SCHMIDT, (Preliminary), 38, 48. Benzer yöndeki sınıflandırma için bkz. PHILIPPE, 363. LONCLE ve TROCHON ikinci gruptaki bu belgeleri de; hedeflenen sözleşmenin yapılmasını kolaylaştıran belgeler ve taraflardan biri veya her ikisinin de iradesini kayıt altına alan belgeler şeklinde bir alt ayırım daha yapmaktadırlar. Ancak bu tür bir ayırım yapmak kanaatimizce iki sebeple mümkün değildir. Öncelikle müzakere aşamasında hazırlanan ve bizzat müzakereyi değil, hedeflenen sözleşmeyi konu alan sözleşmeler yazarların belirttiği iki hususu da aynı anda içermektedir. Yani bu tür sözleşmeler hem hedeflenen sözleşmenin yapılmasını kolaylaştırmakta hem de tarafların iradelerini veya niyetlerini yansıtabilmektedir. Bu nedenle bu ikisini birbirinden ayırmak mümkün değildir. İkinci olarak, tarafların müzakereye girişmedeki niyeti karşı tarafla bir sözleşme yapmaktır. Dolayısıyla müzakere sırasında hazırlanan tüm belgelerde zaten bu niyetin bulunduğu kabul edilmelidir. Bunun dışında yazarların vurgu yapmak istedikleri husus bu belgelerin bağlayıcılığı ise, başka bir deyişle ikinci ayırmada tarafların bağlanma iradesinin bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapılmak isteniyorsa bile, genel anlamda bu tür bir ayırım yapmak da mümkün değildir. Zira

işlemin karmaşık olması halinde bunu parçalara bölerek sözleşmeyi hazırlamaları, hedeflenen sözleşmenin birden fazla sözleşmeyi içermesi halinde bu sözleşmelerin birbirinden ayrılarak hazırlanması veya hedeflenen sözleşmede yer alacak hususların madde madde veya bölüm bölüm görüşülerek uzlaşılan ve kayda geçirilen hükümlerin bir belgede toplanması halinde hazırlanan belgeler, doğrudan hedeflenen sözleşmeyi ilgilendirir. Bu kategorideki belgeler, taraflar arasındaki ilişkinin amacı ve çerçevesi, tarafların bir araya gelme sıklığı, toplantı zamanları gibi hususları içerir ve uygulanacak hukuk ile uyuşmazlık çözümlerine yönelik hükümler bulunur.⁵³¹ Sözleşme taslağı, açık hükümlü sözleşme gibi belgeler de ikinci gruba örnek olarak gösterilebilir.

2.1.1.2.3. Karma Belgeler

Yukarıda bahsettiğimiz ilk iki grubun karmaşı şeklinde ortaya çıkan belgeleri de üçüncü bir grup olarak belirtmemiz gerekir. Bunlar hem müzakere aşamasını, hem de hedeflenen sözleşmeyi düzenleyen karma nitelikteki belgelerdir. Zira tarafların hazırladıkları belgeler bazı durumlarda hem müzakere aşamasını, müzakerelere ilişkin ortaya koyulan kuralları, hem de yapılması planlanan sözleşmeye ilişkin hususları içerebilmektedir.

2.1.1.3. Müzakere Sürecinde Hazırlanan Belgelerin Hukuki Değeri

Müzakere sürecinde hazırlanan belgelerin birçok avantajı bulunmakla birlikte, müzakere esnasında tarafların hareket alanını daraltabilir veya sınırlandırabilir.⁵³² Sözleşme öncesinde hazırlanan belgeler çoğunlukla klasik icap-kabul kuralı çerçevesinde sorun yaratmaz.⁵³³ Bu tür belgeler genellikle belirsizlik sebebiyle icra edilebilir olup olmadığı, müzakerecilerin ehliyeti veya yetkisi ve en önemlisi tarafların bu metinlerle bağlanma iradesinin bulunup bulunmadığı hususlarında problem yaratmaktadır.⁵³⁴

müzakere sırasında hazırlanan belgelerde tarafların bağlanma iradesi olup olmadığı uygulanacak hukuk ve belgenin türü olmak üzere iki farklı hususa bağlıdır.

⁵³¹ LONCLE/TROCHON, 7.

⁵³² DAMMONE, 1.

⁵³³ FARNSWORTH, (Preliminary), 252. Bununla birlikte bazıları icapla benzer içeriğe sahip olduğundan, bu bağlamda karışıklığa yol açabileceği de belirtilmektedir. Bkz. BLANCHARD, 5.

⁵³⁴ FARNSWORTH, (Preliminary), 252-253; TARRANT, 151.

Müzakere sürecinde farklı isimlerle hazırlanan, benzer veya farklı içeriğe sahip belgelerin taraflar açısından bağlayıcı olup olmadığı uygulamada en sık rastlanılan sorunlardan birisidir. Hemen tüm hukuk sistemlerinde taraf iradelerine öncelik tanındığından, tarafların bağlanma iradesinin kesin olarak tespit edilebildiği hallerde –diğer bir kısım şartlar da mevcutsa- bağlayıcı bir belge olarak kabul edilmektedir. Bazı yazarlar, yapılan müzakereleri yazılı hale getirmek ve sözleşmenin istenilen biçimde hazırlanmasını temin etmek üzere hazırlanan bu belgelerin tarafları bağlamadığını belirtse de, bu belgelerin bir kısmı başlı başına ‘sözleşme’ niteliği taşıdığından bağlayıcılığı bulunmaktadır.⁵³⁵ Bazı yazarlar ise bunların hukuki etkisi olmasa bile ticari ilişki açısından güçlü bir ahlaki yükümlülük yaratması sebebiyle ahlaki etkisi olacağını belirtmektedir.⁵³⁶

2.1.1.3.1. Hukuk Sistemlerinin Müzakere Sürecinde Hazırlanan Belgelere Yaklaşımları

Hukuk sistemlerindeki temel farklılık Anglosakson hukukları ile Kara Avrupası hukuklarının konuya yaklaşımlarıdır.⁵³⁷ Özellikle müzakere sözleşmesi gibi belgelerin hukuki anlamda ‘sözleşme’ olarak nitelenip nitelenmeyeceği konusunda hukuk sistemleri ciddi farklılıklar sergilemektedir. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde daha objektif bir bakış açısıyla incelenmekte ve bir sözleşmenin ortaya çıkabilmesi için mutlaka ivaz (*consideration*) bulunması gerektiği kabul edilmekte iken, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde daha sübjektif faktörler dikkate alınarak tarafların karşılıklı anlaşmış olmaları (*consensus ad idem*) yeterli kabul edilmektedir.⁵³⁸ Amerikan hukukunda sözleşme öncesi belgelerin bağlayıcı olabilmesi için öncelikle tarafların bağlanma iradesinin bulunması gerektiği kabul edilir.⁵³⁹ Anglo-Amerikan hukuklarında bu tür belgelerin geçerli olabilmesi için bağlanma iradesi yanında içeriğinin belirli olması da aranmaktadır. Belgenin geçerliliği

⁵³⁵ Bkz. BEKTAŞ, 43.

⁵³⁶ Bkz. LAKE, 332; DAMMONE, 1. İŞINTAN da benzer şekilde, müzakere sırasında hazırlanan belgelerin taraflar üzerinde psikolojik bir etkisi olabileceğine dikkat çekmiştir. Bkz. İŞINTAN, 62.

⁵³⁷ FONTAINE, Marcel: “Concluding Report (Translation)”, *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 343-354, 350.

⁵³⁸ STEYN, Justice: “The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy?”, *Arbitration*, 1992, 58(1), 51-56, 51.

⁵³⁹ NEDZEL, Nadia E.: “A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability”, *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol.12, 1997, 97-158, 118. Yazar Amerikan hukukunda bağlayıcı olabilecek sözleşme öncesi dökümanları hukuki işlem yapma sözleşmesi, açık hükümlü sözleşme ve niyet mektubu olarak tasnif etmektedir.

için tarafların hazırladıkları belgenin, bir sözleşme için gereken asgari unsurları taşıması gerekir.⁵⁴⁰ Buna karşılık Kara Avrupası hukuklarında taraflardan birisinin açıkça aksi yöndeki irade açıklamasına rağmen, müzakere aşamasında hazırlanan belgenin varlığının kabul edilmesi mümkün olabilir.⁵⁴¹ Örneğin Alman hukukunda tarafların basit hususlar üzerinde anlaşmış olmaları ve esas sözleşmenin içeriğinin belirgin olması halinde asıl sözleşme gibi geçerli ve bağlayıcı kabul edilirken, Fransız hukukunda aksi belirtilmediği sürece müzakere sürecinde hazırlanan belgeler asıl sözleşme gibi dikkate alınmaz.⁵⁴²

Bu tür belgelerin bağlayıcılığının tespitinde birtakım kriterler ortaya çıkmıştır. Buna rağmen genelleme yapmak mümkün değildir. Çünkü ülke hukuklarında farklı kriterler kullanılabildiği gibi, aynı kriterin dahi kapsamı ülkeden ülkeye farklılaşmaktadır. Bununla birlikte, İngiliz, İtalyan ve Alman hukuklarında belgenin bağlayıcılığının tespitinde genel olarak tarafların sözleşme yapma veya yapmama konusundaki iradesinin dikkate alındığını söyleyebiliriz.⁵⁴³ Amerikan hukukunda da sözleşme öncesi belgelerin bağlayıcılığı, tarafların bu belge ile bağlanma iradesi veya bağlanma niyeti bulunmasına bağlıdır. İngiliz hukukunda ise müzakere belgelerinin icra edilebilir olarak kabul edilebilmesi için kilit nokta, tarafların gerçek niyetinin belge ile bağlanma iradesi taşımasıdır.⁵⁴⁴ Belgenin bağlayıcılığının değerlendirilmesinde tarafların iradesi dışında başkaca unsurlar da aranabilir. Anglo-Amerikan mahkemeleri bu tür belgelerin bağlayıcılığının belirlenmesinde müzakere sürecinde hazırlanan sözleşmenin dili (ve özellikle bağlayıcı olacağı yönünde açık ifadelerin bulunup bulunmadığı), müzakerenin genel koşulları (kapsamı ve karmaşıklığı), açık hükümlerin bulunup bulunmadığı, kısmi ifanın yapıp yapılmadığı, belgede (yetkili mahkeme, tahkim şartı gibi) uyuşmazlık çözümü ilişkin bir hükmün bulunup bulunmadığı,⁵⁴⁵ üzerinde uzlaşmayan hususların sayısı, kapsamı ve bunların sözleşmenin bütünü açısından

⁵⁴⁰ TARRANT, 151, 153.

⁵⁴¹ SCHMIDT, (Preliminary), 44.

⁵⁴² LONCLE/TROCHON, 9.

⁵⁴³ SCHMIDT, (Letters of Intent), 259-260; .

⁵⁴⁴ SCHMIDT, (Preliminary), 42; NEDZEL, 118. Benzer yönde bkz. LONCLE/TROCHON, 8-9; COLOMBO, Sylviane: "The Present Differences Between the Civil Law and Common Law Worlds With Regard to Culpa in Contrahendo", *Tilburg Foreign Law Review*, Vol.2, 1993, 341-375, 347; DIMATTEO/DHOOGHE/GREENE/MAURER/PAGNATTARO, 34-35.

⁵⁴⁵ Taraflar arasındaki belgede tahkim şartının bulunup bulunmadığı özellikle tarafların açıkça bağlanma niyetini belirtmedikleri durumlarda yorumlayıcı bir araç olarak kullanılabilmektedir. Tarafların hazırladıkları belgede tahkim şartına yer verilmişse, taraflar arasındaki ilişkide gelecekte bir uyuşmazlık çıkma ihtimalini gözeterek bunun çözümüne yönelik bir araç oluşturdukları için belge ile bağlanma iradesinin bulunduğu şeklinde yorumlanabilmektedir. Bkz. TARRANT, 176-177.

taşıdığı önem,⁵⁴⁶ sözleşmeye güvenen tarafın durumu, sözleşmenin konusu ve önemi, taraflar arasındaki önceki anlaşmalar ve taraflar arasındaki mutad uygulamalar, taraflar arasındaki ilişkinin niteliği gibi kriterleri dikkate almaktadırlar.⁵⁴⁷ Bu kriterler içerisinde en önemlisi, taraflar arasındaki belgenin dilidir. Zira açıkça ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde belgenin bağlayıcılığına ilişkin bir ifadeye yer verilmişse, diğer unsurları incelemeye gerek kalmayacaktır. Örneğin, bu kriterlerin değerlendirilmesinde; temenni kabilinden veya muğlak ifadelerle yer verilmesi, ilgili ticaret dalında benzer belgelerin bağlayıcı görülmemesi, sözleşmede (henüz nihai olarak kabul edilmemiş) açık hükümlerin dikkate değer sayıda bulunması gibi hususlar, bağlanma iradesi bulunmadığı şeklinde yorumlanmaktadır.⁵⁴⁸ Benzer şekilde Kara Avrupası hukuklarında da belgenin bağlayıcılığının değerlendirilmesinde öncelikle tarafların iradesi dikkate alınsa da, özellikle son dönemde tarafların iradesi tek kriter olarak görülmemektedir.⁵⁴⁹

Müzakere belgelerine atfedilen hukuki değeri tespit edebilmek için müzakerelerin başarıyla sonuçlanıp amaçlanan sözleşmenin yapılması ve müzakerelerin başarısızlığa uğramasıyla sözleşmenin yapılmamasını birbirinden ayırmak gerekir. Tarafların hedeflenen sözleşmeyi yapmaları halinde genellikle belgelerle ilgili bir problem ortaya çıkmazken, sözleşmenin yapılmaması halinde, belgelerin akıbetinin ne olacağı belirsizdir.⁵⁵⁰ Müzakere neticesinde ortaya çıkan sözleşmeyi tarafların imzalaması halinde, tarafların sözleşme ilişkisine girmeleri yönünde iradelerinin bulunup bulunmadığına ilişkin bir ihtilaf

⁵⁴⁶ Bazı yazarlar, tarafların üzerinde henüz uzlaşılmayan hususların sayısı, kapsamı ve öneminin, belgenin bağlayıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde fazla önem taşımayan faktörlerden birisi olduğunu belirtmekte ve sözleşmenin dili, kısmi ifanın yapıp yapılmadığı ve tarafların içinde bulunduğu durumun, bu unsurdan daha etkili olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. TARRANT 175. Ancak belgenin bir 'sözleşme' olarak kabul edilmesi herşeyden önce hukuken 'sözleşme' vasfını taşımasını, başka bir deyişle bir sözleşmenin ortaya çıkması için, ilgili hukuka göre gereken unsurları bünyesinde bulundurmasını gerektirir. Bu nedenle yazarın aksine, bu unsurun diğer faktörlerden önce incelenmesi gerekmektedir. Çünkü bir sözleşmenin ortaya çıkabilmesi için gereken esaslı noktaların yokluğu halinde diğer faktörlerin incelenmesinin bir anlamı kalmayacaktır.

⁵⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. KLEIN, John / BACHECHI, Carla: "Precontractual Liability and the Duty of Good Faith Negotiation in International Transactions", 17 *Houston Journal of International Law*, 1, 1994-1995, 10-15; TARRANT, 162-164; WOLFF, Norris D.: "Letters of Intent, Preliminary Agreements and Binding Acquisition Agreements", 111 *Banking Law Journal*, 1992, 292-301, 295.

⁵⁴⁸ KLEIN/BACHECHI, 11-13; TARRANT, 164.

⁵⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHMIDT, (Preliminary), 41-42.

⁵⁵⁰ BONELL, 164. Benzer şekilde FARNSWORTH da, tarafların, müzakere sonunda ortaya çıkan sözleşmeyi imzalamaları halinde sözleşme ilişkisine girmeleri hususunda bir tartışma bulunmayacağını, ancak imzalamamaları halinde klasik icap-kabul kuralının cevap veremeyeceği bir çok problem ortaya çıkacağını belirtmektedir. Bkz. FARNSWORTH, (Preliminary), 219-220.

olmayacaktır. Ancak müzakere edilen sözleşmenin imzalanmaması halinde, taraflar arasında bağlayıcı bir metin de bulunmaması durumunda klasik icap-kabul kuralının cevap veremeyeceği birçok sorun ortaya çıkacaktır.

2.1.1.3.2. Müzakerenin Sözleşmenin Yapılması ile Sonuçlanması Halinde Belgelerin Hukuki Değeri

Müzakerenin sözleşmenin yapılması ile nihayete ermesi halinde, belgelerin hukuki niteliğine ilişkin fazla problemle karşılaşılmamaktadır. Uygulamada hedeflenen sözleşmenin yapılması halinde, asıl sözleşmeden önce hazırlanmış olan belge ve sözleşmelerin geçersiz olacağı yönünde asıl sözleşmeye bir hüküm konulmaktadır.⁵⁵¹ Asıl sözleşmede bu tür bir düzenlemeye yer verilmemesi halinde belgelerin geçerlilikleri, tarafların niyeti dikkate alınarak yorumlanacaktır.⁵⁵² Bunun yanında, sözleşmeye ilişkin bir ihtilaf vukuunda sözleşmenin yorumlanmasında bu belgeler bir yorum aracı olarak kullanılabilir.⁵⁵³

Anglosakson hukukunda tarafların gerçek niyeti tespit edilir veya yorumlanırken, sözleşme öncesi görüşmeler kanıt olarak kullanılmamakta ve dikkate alınmamaktadır. Buna karşılık Singapur gibi bazı ülkeler, sözleşme öncesi görüşmeleri tarafların gerçek niyetini tespit edebilmek için kanıt olarak kabul etmekte ve sözleşmenin yorumlanmasında kullanmaktadır.⁵⁵⁴ Özellikle uyuşmazlık çıkması halinde yargı merciinin sözleşmenin yoruma ilişkin maddesini dikkate alarak yorumlayacağı hesaba katılmalı ve belgelerin dikkate alınmaması isteniyorsa yorum maddesinde, sözleşme müzakereleri sebebiyle hazırlanan belgelerin kapsam dışında bırakıldığı açıkça belirtilmelidir. Şayet taraflar, müzakereler esnasında hazırlanan belgelerin sözleşmenin hazırlanıp yürürlüğe girmesinden sonra geçerli olmasını istemiyorlarsa veya ileride bu dökümanların yorum aracı olarak kullanılmasının önüne geçilmek isteniyorsa, hazırlanan esas sözleşmeye, taraflar arasındaki ilişki bakımından imzalanan sözleşmenin tek geçerli kaynak olacağını belirten ve tarafların yükümlülüklerinin yalnızca imzalanan sözleşmeye dayanmasını sağlayan 'sözleşmenin

⁵⁵¹ SCHMIDT, (Preliminary), 50.

⁵⁵² SCHMIDT, (Preliminary), 51.

⁵⁵³ FONTAINE, (Report), 351.

⁵⁵⁴ BUTT, 75-76.

bütünlüğü maddesi'nin (*four corners clause / entire agreement clause*) eklenmesi yerinde olacaktır.⁵⁵⁵ Bununla birlikte bu türden sözleşme hükümleri Anglo-Amerikan hukukundan doğduğu için, Kara Avrupası ülke mahkemelerinde, bunların hukuki niteliği ve icra kabiliyeti konusunda tereddüt olabilir.⁵⁵⁶ Dolayısıyla sözleşmede böyle bir hükme yer verilmeden önce, esasa uygulanacak hukukta bu tür bir hükme atfedilen hukuki değerin tespit edilmesi gerekir.

2.1.1.3.3. Müzakerelerin Başarısızlıkla Sonuçlanması Halinde Belgelerin Hukuki Değeri

Müzakere sırasında hazırlanan belgelere atfedilen hukuki değer, özellikle müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması ve amaçlanan sözleşmenin imzalanmaması halinde problem yaratır. Hukuk sistemlerinin yaklaşımı esasen bu noktada ciddi biçimde farklılaşmaktadır. Bu tür belgeleri herhangi bir şekilde sözleşme olarak kabul eden ülke hukuklarında, sözleşme hukukuna ilişkin kurallar çerçevesinde çözülmekte iken, Anglosakson hukuk sisteminde (sözleşme olarak kabul edilmemesi halinde) haksız fiil sorumluluğunda iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğünün ihlali için kanıt olarak kullanılabilir.⁵⁵⁷ Bununla birlikte müzakere aşamasında müzakere sözleşmesi, niyet mektubu, mutabakat zaptı ve benzer şekilde farklı isimlerle hazırlanan sözleşmelerin taraflara, en azından müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğü yüklediği kabul edilmektedir.⁵⁵⁸ Müzakere sürecinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde üç ihtimal karşımıza çıkabilir:⁵⁵⁹

İlk halde taraflar bir araya gelerek önmüzakere (*preliminary negotiation*) yaparlar ve bu aşamada hiçbir hususta uzlaşma olmaksızın görüşme tamamlanır. Bu aşamada tarafların birbirlerine karşı herhangi bir talebi söz konusu olmaz. Müzakere başlar başlamaz tarafların birbirinden herhangi bir talepte bulunmasının kabul edilmesi hakkaniyete de uygun düşmeyecektir. Zira taraflar, bu aşamada henüz karşı tarafta bir beklenti oluşturacak

⁵⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm 2.5. Yorum Maddesi ile 2.14.6. Sözleşmenin Bütünlüğü Maddesi.

⁵⁵⁶ Bununla birlikte Kara Avrupası hukuku içerisinde bulunan Fransız, Belçika ve Alman hukuklarında bu tür bir hükmün uygulanabilir olabileceği de belirtilmektedir. Bkz. FONTAINE/DE LY, 137-140.

⁵⁵⁷ FONTAINE, (Report), 350-351.

⁵⁵⁸ KLEIN/BACHECHI, 9-10; SCHMIDT, (Preliminary), 39.

⁵⁵⁹ SCHWARTZ, Alan / SCOTT, Robert E.: "Precontractual Liability and Preliminary Agreements", *Harvard Law Review*, Vol.120, No.3, January 2007, 661-707, 664; SCOTT, Robert E.: "*Hoffman v. Red Owl Stores* and the Myth of Precontractual Reliance", *Ohio State Law Journal*, Vol.68, 2007, 71-101, 100.

derecede görüşmemişler, yazılı bir metin hazırlamamışlar ve hiçbir hususta uzlaşmamışlardır. İkinci halde ise taraflar, tüm maddi hususlar hakkında uzlaşmışlar ve uzlaştıkları hususları yazılı bir metin haline getirmiş olabilirler. Bu ihtimalde tarafların nihai sözleşme yapılana kadar fikir değiştirme imkanı bulunduğu kabul edilmelidir. Bazı hukuk sistemlerinde bu nitelikteki metinler, tarafların nihai sözleşmeyi yapmalarının önem taşımayacağı yönünde bir niyetleri bulunduğu kanıtlanabildiği takdirde taraflar için bağlayıcı bir sözleşme olarak kabul edilmektedir.⁵⁶⁰ Bu durumda ise mahkemeler, bağlayıcı nitelikteki sözleşmelerde olduğu gibi, zarar görenin, beklentisi sebebiyle ortaya çıkan zararının tazminine karar verebilmektedir. Üçüncü halde ise taraflar, hedeflenen sözleşmenin bazı noktaları üzerinde uzlaşmışlar, uzlaşmadıkları noktaları ise (ilerleyen aşamalarda müzakere edilmek üzere) açık uçlu düzenlemiş olabilirler. Bu durumda tarafların, bir hukuki işlem yapma amacıyla bağlayıcı bir taahhütte bulundukları kabul edilebilmektedir. Müzakereler sırasında hazırlanan belgeler ve müzakereler sebebiyle sorumluluk hali, esasen ikinci ve üçüncü durumda söz konusu olmaktadır.⁵⁶¹ Şayet müzakere aşamasında hazırlanan belgelerin bağlayıcı olmaması amaçlanıyorsa, uygulanacak hukuk ne olursa olsun, belgenin bağlayıcı olmadığına ilişkin bir ibarenin metinde yer alması isabetli olacaktır.⁵⁶²

⁵⁶⁰ Örneğin Avustralya hukukunda, belirli şartlar altında bu türden belgeler sözleşme olarak kabul edilebilmektedir.

⁵⁶¹ Bu ayrıma benzer şekilde, Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde görülmekte olan davalarda, sözleşme öncesi belgelerin söz konusu olduğu durumları 4 gruba ayırmıştır. Buna göre ilk olarak, taraflar nihai sözleşmeye ilişkin hususlarda anlaşmışlar ve yapacakları sözleşme ile bağlanmayı istemekte, ancak sonucu değiştirmeksizin, sözleşme şartlarını daha belirli hale getirmek üzere yeni hükümler önerme imkanını da saklı tutmayı amaçlamaktadır. İkinci olarak taraflar, tüm sözleşme hükümleri üzerinde anlaşmakla birlikte, resmi bir belgenin icrası üzerine bazı hükümlerin ifasını gerçekleştirmişlerdir. Üçüncü durumda nihai sözleşmenin hazırlanmasına kadar taraflar, kendilerini bağlamayı amaçlamamaktadır. Yahut taraflar, hazırladıkları belgenin hukuki sonuçlarının ortaya çıkmasını bir olayın gerçekleşmesine (genellikle asıl sözleşmenin imzalanmasına) bağlamakta ve böylece belgenin hukuki etkisi ertelenmiş olmaktadır. Son halde ise taraflar bir taraftan üzerinde uzlaştıkları hususlar hakkında bağlayıcı olmasını amaçlarken, öte yandan ilk sözleşmenin yerine geçmek üzere nihai sözleşmenin yapılmasını beklemektedirler. Mahkemeler, genellikle ilk iki durumda tarafların bağlanma iradesinin bulunduğu ve sözleşmenin taraflar için bağlayıcı olduğu yönünde kararlar vermektedirler. Bkz. TARRANT, 156-158; FURMSTON, Michael: "Letters of Intent", *Contract Formation and Parties, The Oxford-Norton Rose Law Colloquium*, Ed: Andrew BURROWS / Edwin PEEL, Oxford University Press, UK, 2010, 17-36, 18.

⁵⁶² Benzer yönde bkz. LONCLE/TROCHON, 8; SCHMIDT, (Letters of Intent), 260.

2.1.1.3.4. Milletlerarası Düzenlemelerde Sözleşme Öncesi Belgeler ve Değerlendirmemiz

Milletlerarası anlaşmaların hemen hiçbirinde müzakere sürecinde hazırlanan belgelerin hukuki değerine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bununla birlikte bazı yazarlar VSS’de sözleşme öncesinde hazırlanan belgelerin bağlayıcı olacağına ilişkin açık bir hüküm yer almasa da, anlaşmanın uygulandığı ülkeler açısından anlaşmanın yorumuyla müzakere sürecinde hazırlanan belgelerin taraflar için bağlayıcı olabileceğini belirtmektedirler.⁵⁶³ Bazı yazarlar ise tarafların açık veya zımni iradesinin tespitiyle bu belgelerin bağlayıcı olup olmadığına karar verileceğini belirtmektedirler.⁵⁶⁴ Şöyle ki, VSS m. 8’de sözleşmenin tarafların beyan ve davranışlarının, tarafların iradesi veya makul bir kişinin anlayışı dikkate alınarak yorumlanacağı belirtildikten sonra, üçüncü fıkra “taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, tarafların sübjektif olarak bağlanma iradesi bulunsun veya bulunmasın, sözleşme görüşmeleri ve teamüller dikkate alınarak bağlanma iradesi bulunduğu sonucuna varılabilir. Mahkemelerce, tarafların müzakere öncesinde hazırlanan belgelerle bağlı olduklarına karar verilmesi mümkündür.⁵⁶⁵ Ancak elbette tarafların iradesi tek başına belgenin hukuki değerini belirlemede dikkate alınmamakta, tarafların iradesi yanında yapılan işlemin doğası, üzerinde uzlaşılan ve uzlaşılmayan hükümlerin kapsamı ve sözleşme bakımından değeri, sözleşmenin belirliliği gibi birtakım unsurlarla birlikte değerlendirilecektir.⁵⁶⁶

Kanaatimizce müzakere öncesi belgelerin bağlayıcılığına ilişkin genel bir yargıya varılamaz. Hazırlanan belgenin niteliğine göre bağlayıcılığın değerlendirilmesi gerekir.⁵⁶⁷ Bu noktada, belgenin adı ile içeriği arasında uyumsuzluk bulunabileceğine dikkat çekmemiz gerekir. Tarafların belirli bir isim altında hazırladığı sözleşme öncesi belgedeki başlık veya

⁵⁶³ KLEIN/BACHECHI, 22.

⁵⁶⁴ BONELL, 164.

⁵⁶⁵ KLEIN/BACHECHI, 22; BONELL, 164.

⁵⁶⁶ BONELL, 164.

⁵⁶⁷ Benzer yönde bkz. LONCLE/TROCHON, 8-9. Müzakere sırasında hazırlanan ve fakat birbirinden oldukça farklı içerikte ve kapsamda olabilen belgeler birçok durumda ‘niyet mektubu’ yahut ‘mutabakat zaptı’ olarak adlandırılmaktadır. Oysa bu belgelerin içeriği ve kapsamı birbirinden büyük ölçüde farklı olabilmektedir. Bu nedenle LONCLE ve TROCHON, müzakere sırasında hazırlanan belgelerin çok çeşitli içerikte olmasından hareketle, tek bir niyet mektubu veya mutabakat zaptı modeli veya örneğinden bahsetmenin mümkün olmadığını vurgulamaktadır.

belgenin adı, belgenin içeriğini her zaman yansıtmayabilir. Örneğin tarafların hazırladığı müzakere sözleşmesini, niyet mektubu olarak başlıklandırmalarına, yahut bu durumun tersiyle uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu türden bir çatışma halinde, belgenin hukuki değeri ve etkisi, tarafların belgeyi adlandırmalarına göre değil, belgenin içeriğine göre belirlenmelidir.⁵⁶⁸ Her ne kadar bu tür belgelerin, nihai sözleşme yapılana kadar genellikle bağlanma iradesi olmaksızın hazırlandığı belirtilse de,⁵⁶⁹ hukuki değeri belgenin içeriği, tarafların niyeti ve uygulanacak hukuk olmak üzere üç değişkene bağlı olarak şekillenecektir. Özellikle uygulanacak hukukun bu tür bir belgeye bağladığı sonuçların bilinmesi gerekir. Zira hukuk sistemleri müzakere aşamasına ve müzakere sırasında hazırlanan belgelere farklı hüküm ve sonuçlar bağlamışlardır.⁵⁷⁰

2.1.2. Niyet Mektubu (*Letter of Intent*)⁵⁷¹

Niyet mektubu, sözleşmenin müzakeresinde karşımıza çıkan ve özellikle karmaşık ticari işlemleri içeren müzakerelerde kullanılan önemli bir araçtır.⁵⁷² Niyet mektubu, yukarıda bahsettiğimiz diğer belgelere kıyasla çalışmada daha geniş biçimde incelenmiştir. Bu durumun bazı sebepleri bulunmaktadır; Öncelikle niyet mektubu milletlerarası ticari sözleşmelerin müzakeresinde en sık kullanılan belgelerden birisidir. İkinci olarak, niyet mektubunun hukuki niteliği, kapsamı, bağlayıcı olup olmadığı gibi hususlarda uzlaşma olmayıp, farklı görüşler öne sürülmektedir. Oysa niyet mektubunun hukuki niteliği tespit edilmeden, bu belgenin özellikleri ve ortaya çıkaracağı sonuçlardan bahsetmek oldukça zordur. Üçüncü olarak, niyet mektubunun bazı diğer belgelerle karıştırılmasıdır. Mutabakat zaptı, sözleşme ilkeleri gibi bazı belgeleri niyet mektubu olarak kabul eden görüşler bulunduğu gibi, uygulamada da bu gibi belgelerle niyet mektuplarının zaman zaman birbiri yerine kullanıldığı görülmekte veya niyet mektubu tüm sözleşme öncesi belgeleri içine

⁵⁶⁸ SCHMIDT, (Preliminary), 37; RIOUX/VAILLANCOURT, 1; LONCLE/TROCHON, 8-9.

⁵⁶⁹ Bkz. STELLINGWERF/MANTESE, 1.

⁵⁷⁰ SCHMIDT, (Preliminary), 37; LONCLE/TROCHON, 9.

⁵⁷¹ Niyet mektubu, Anglo-Amerikan ülkelerinde hukuki bir düzenlemeye konu olmamakla birlikte, fiili sözleşme uygulamasıyla ortaya çıkmış ve zamanla yargı kararlarında ve içtihatlarda ele alınmaya başlanmıştır. Daha sonra ise Kara Avrupası hukuk sistemlerinde yer bulmuş ve incelenmeye başlanmıştır. Bkz. DİNAR, 3; EROĞLU, Orhan: “Niyet Mektuplarının Hukuki Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, 517-531, 518; DOĞAN, G., 78.

⁵⁷² HOMBURGER, Thomas C. / SCHUELLER, James R.: “Letters of Intent – A Trap for the Unwary”, 37 *Real Property, Probate and Trust Journal*, 2002-2003, 509-535, 510; CORDERO-MOSS, 20; MULLER/RISKE, 191; AYRANCI, Hasan: *Ön Sözleşme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, 91.

alacak şekilde çatı kavram olarak kullanılabilir. Bu sebeple, belgeler arasındaki ayrımın belirtilmesi ihtiyacı hasıl olmaktadır. Ancak bu ayrım, niyet mektupları başlığı altında ele alınmayıp, niyet mektubu ile karıştırılan veya niyet mektubu yerine kullanılan bu belgeler ele alınırken, ilgili başlık altında, söz konusu belgenin niyet mektubundan ayrılan özellikleri kısaca belirtilmiştir.

2.1.2.1. Kavram

Uygulamada genellikle tarafların müzakere için birbirleriyle ilk kez iletişim kurmaları niyet mektubu aracılığıyla gerçekleşmektedir.⁵⁷³ Kavramın tanımının yapılabilmesi için amacının, hukuki niteliğinin ve içeriğinin tespit edilmesi gerekir. Oysa niyet mektubunun amacı ve hukuki niteliği konusunda uzlaşma olmadığı gibi, tanımı da farklı şekillerde yapılmaktadır.

Genellikle niyet mektubu, mektubu düzenleyen tarafın, içeriği tüm detaylarıyla belirlenmemiş bir sözleşme yapma niyetini belirten ve/veya bu doğrultuda sözleşme müzakeresine başlama teklifi içeren bir irade beyanı olarak tanımlanmaktadır.⁵⁷⁴ Bir anlamda karşı tarafı bir sözleşmenin yapılması için müzakereye davet etmektedir. Başka bir tanımda ise, genellikle müzakere edilecek hususların çerçevesini çizen ve sözleşmeyi kurmaksızın taraflar için hak ve yükümlülük yaratacak şekilde müzakere konusunu, aşamalarını ve usulünü tanımlayan bir belge olduğu belirtilmektedir.⁵⁷⁵ Birçok sözleşme, bir tarafça hazırlanan ve müzakereye başlamadan önce bazı hususları belirten niyet mektubunun muhataba gönderilmesiyle başlamakta ve akabinde taraflar, yalnızca üzerinde hemfikir olunmayan hususları müzakere etmektedir.⁵⁷⁶

⁵⁷³ FOX, 109.

⁵⁷⁴ GOODE, (1990), 55; AYRANCI, 91-92; BEKTAŞ, 44. Benzer yönde bkz. İŞINTAN, 72. Bazı yazarlar niyet mektubunun, bu tanımda belirtildiği şekilde basit bir niyet beyanı olabileceği gibi, ayrıntıyla hazırlanmış bir sözleşme de olabileceğini belirtmektedirler. Bkz. LAKE, 331. Bu görüşü destekler şekilde bazı yazarlar niyet mektubunun bağlayıcı olduğunu belirtmektedirler. Bkz. DALHUISEN (V.II), 81

⁵⁷⁵ BLANCHARD, 7; HOMBURGER/SCHUELLER, 511; RIOUX/VAILLANCOURT, 1.

⁵⁷⁶ FOX, 5. FOX, bu yöntemin doğal olarak en etkin yöntem olduğunu, ancak ister istemez metni hazırlayanların etkisinin metne hakim olacağına işaret etmektedir.

Uygulamada salt niyet bildiren mektuplar için bu kavram kullanıldığı gibi, belirli bir süre için geçerli olan sözleşmeler için de ‘niyet mektubu’ tabiri kullanılmaktadır.⁵⁷⁷ Bu doğrultuda niyet mektubunun hukuki niteliğinin belirsizliğinden hareket edilerek yapılan bir tanıma göre niyet mektubu, icap, kabul veya asıl sözleşme olmayıp, muhtelif amaçlarla hazırlanan ve belirsiz bir fonksiyon ihtiva eden sözleşme öncesi bir belgedir.⁵⁷⁸ Belgenin amacı, her somut olaya göre farklılık göstermektedir.⁵⁷⁹ Bu nedenle niyet mektubunun genel anlamda hukuki bir tanımının yapılamayacağı, her somut olayda kaleme alınışı ve içeriği dikkate alınarak kapsamının belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır.⁵⁸⁰

Niyet mektubu, her zaman müzakereleri başlatan bir belge olarak karşımıza çıkmayabilir. Bazı durumlarda müzakereler sırasında hazırlanıp karşı tarafa gönderilmesi de mümkündür.⁵⁸¹ Bu durumda niyet mektubunun amacının müzakerelerin o ana kadarki kısmını sonuçlandırarak, üzerinde uzlaşılan ve uzlaşılmayan hususları birbirinden ayırarak tespit etme amacı taşımaktadır.⁵⁸² Ancak bu görüş kabul edilirse, niyet mektubunun gönderildiği taraf, belgenin hazırlanmasına katılmamasına rağmen, yani hukuki olarak bir irade açıklamamış olmasına rağmen, üzerine hukuki anlam yüklenecek bir irade söz konusu olacaktır. Dolayısıyla mektup, müzakere sırasında uzlaşılan ve uzlaşılmayan hususların tespitini yapacak şekilde hazırlansa dahi, bunu, yalnızca hazırlayan tarafın niyetini gösteren bir belge şeklinde kabul etmemiz gerekir. Zaten adından da anlaşılacağı gibi, mektup, tek taraflı olarak gönderilen bir beyandır. Kanaatimizce bu özelliği niyet mektubunu sözleşmeden ve diğer iki taraflı belgelerden ayırmaktadır.

Niyet mektubunun içeriği de çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Zira yapılması planlanan sözleşmenin türüne ve kapsamına göre niyet mektubunun da içeriği

⁵⁷⁷ DAVIS, Catherine: “Letters of Intent – Bound by Uncertainty?”, *Westlaw UK*, 2011, 2.

⁵⁷⁸ CORDERO-MOSS, 21; STELLINGWERF/MANTESE, 1. Benzer yönde BLANCHARD, 7. STELLINGWERF/MANTESE, farklı amaçlarla ve farklı içerikte hazırlanabileceğini belirtmekle birlikte, bu belgede bağlanma iradesinin yer almadığını belirtmektedir.

⁵⁷⁹ BORTOLOTTI, 156; STELLINGWERF/MANTESE 1 vd; CORDERO-MOSS, 21; AYRANCI, 91. Örneğin bazı durumlarda niyet mektubu, yapılması planlanan sözleşmenin doğrudan tarafı olmayan yatırımcı, banka gibi üçüncü kişilere, tarafların sözleşmeyi yapmak üzere süreci başlattıklarının yazılı olarak belgelenmesi amacıyla da yapılabilmektedir. Bkz. LAKE, 334.

⁵⁸⁰ DAVIS, 2.

⁵⁸¹ İŞINTAN, 70.

⁵⁸² DİNAR, 10, 12, 23; EROĞLU, 520; LAKE, 334. Benzer yönde bkz. DRAETTA, Ugo: “Pre-contractual Documents in Merger of Acquisitions: An Overview of the International Practice”, *International Business Law Journal*, 1991, 229-260, 230; DAMMONE, 1.

farklılık gösterecektir. Hedeflenen sözleşmenin milletlerarası satım sözleşmesi, milletlerarası franchising sözleşmesi, milletlerarası fortaiting sözleşmesi, milletlerarası inşaat sözleşmesi veya bir diğer sözleşme olması halinde sözleşme konusuna göre içeriği tespit edilecektir. Bir yazara göre niyet mektubu, yapılması planlanan sözleşmenin kristalize edilmiş hali olup, taraflar arasında gerçekleştirilmesi planlanan hukuki işlemin hedeflenen yapısını düzenlemeyi amaç edinmektedir.⁵⁸³ Bir başka yazar ise bir tarafın, diğer tarafa teminat verdiğini belirtmek amacıyla müzakerelerde kullanılan bir belge olduğunu belirtmektedir.⁵⁸⁴ Bu bağlamda en genel şekilde niyet mektuplarının, taşınırlar ve haklarla ilgili hukuki işlemlerde borçlar hukukuna ilişkin edim yükümlülüklerini kapsadığı kabul edilmektedir.⁵⁸⁵ Uygulamada tipik bir niyet mektubunda; yapılması planlanan sözleşmenin amacının tanımlanması, fiyat, teslim, ifa ve ödeme gibi unsurlar, şayet hukukçular tarafından hazırlanmışsa bunlara ek olarak, uyumsuzluk çözümü, fikri ve sınai haklara ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır.⁵⁸⁶

Niyet mektubunda bağlanma iradesi olup olmadığı, başka bir ifadeyle mektubu düzenleyen kişinin, mektupla bağlı olma amacını taşıyıp taşımadığı ilerleyen kısımda ele alınacaktır.⁵⁸⁷

2.1.2.2. Şekli

Niyet mektubunda şekil zorunluluğu bulunmamaktadır.⁵⁸⁸ Uygulamada yazılı olarak yapılmaktadır. Bu nedenle yazılı olarak yapılması artık bir teamül haline gelmiştir.⁵⁸⁹

Bazı yazarlar ‘mutabakat zaptı, sözleşme ilkeleri, centilmenlik anlaşması’ (*memorandum of understanding, agreements in principle, heads of agreement, letters of*

⁵⁸³ Bkz. DİNAR, 8.

⁵⁸⁴ ANDERSON/WARNER, 22.

⁵⁸⁵ DİNAR, 9. Taşınmazlarla ilgili hukuki işlemler, Türk hukuku da dahil olmak üzere genellikle belirli şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Örneğin Türk hukukunda taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, taşınmaz satışına ilişkin sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi şarttır (TBK m.237/1). Benzer şekilde taşınmaz satış vaadi, geri alım ve önalım sözleşmeleri resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz (TBK m. 237/2).

⁵⁸⁶ LAKE, 334.

⁵⁸⁷ Bkz. İkinci Bölüm 1.2.3. Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı.

⁵⁸⁸ EROĞLU, 518.

⁵⁸⁹ STIEFEL, E.C.: “As They See Us”, Typische Rechtsprobleme bei amerikanischen Investitionen in Deutschland, Festschrift für Reimer Schmidt, Karlsruhe, 1976, 242-248’den aktaran DİNAR, 6.

understanding, memorando of intent, gentlemen's agreement) gibi kavramlar yerine uygulamada niyet mektubu ifadesinin kullanılması sebebiyle, bu kavramların tümünü ifade etmek üzere niyet mektubu kavramını kullanmaktadırlar.⁵⁹⁰ Bu yaklaşıma sahip yazarlara göre niyet mektubu tek taraflı bir irade beyanını içerebileceği gibi, iki veya çok taraflı bir irade beyanı olarak da ortaya çıkabilmektedir.⁵⁹¹ Buna paralel şekilde bazı yazarlara göre niyet mektuplarının tek taraflı veya iki taraflı olmasına ilişkin genel bir nitelendirme yapmak mümkün olmayıp, uygulanacak hukukta niyet mektubu *lex fori*'ye göre vasıflandırıldıktan sonra bu nitelemenin yapılabileceğini belirtmektedirler.⁵⁹² Bize göre niyet mektubunu müzakere sürecinde hazırlanan iki taraflı belgelerden ayıran en temel özellik, diğer belgeler ekseriyetle iki taraflıyken, niyet mektubunun tek taraflı olarak ortaya konulmasıdır. Bazı durumlarda niyet mektubu her iki tarafça imzalanırsa da, mektup tek bir tarafın, muhataba yönelttiği irade beyanını içermektedir.⁵⁹³ Zira niyet mektubu, "bir tarafın (niyet mektubu göndericisinin), diğer tarafa (muhataba), tek taraflı bir irade beyanını içerecek şekilde yazılan bir metindir"⁵⁹⁴. Kanaatimizce niyet mektubunun tek taraflı olarak hazırlanması, belgeyi, sözleşme taslağı, mutabakat zaptı gibi belgelerden ayırt eden özelliğidir.⁵⁹⁵

Bununla birlikte yargı merciileri farklı değerlendirmeler yapabileceğinden, niyet mektubu hazırlanırken, niyet mektubunun geçerlilik veya yürürlükte olacağı sürenin belirlenmesi tavsiye edilmektedir. Zira asıl sözleşmenin imzalanmaması durumunda mahkemeler, taraflar arasındaki ilişkinin niyet mektubu çerçevesinde yönetileceğine karar verebildiğinden, uygulanacak hukuka ilişkin maddenin eklenmesi tavsiyeyi şayandır.⁵⁹⁶

⁵⁹⁰ Bkz. LAKE, 331, dn.2; FURMSTON, 18. Bazı yazarlar da sözleşme ilkeleri (heads of terms) ve mutabakat zaptının (*memorandum of understanding*) niyet mektubu ile eşanlamlı olduğunu belirtmektedir. Bkz. DAMMONE, 2.

⁵⁹¹ Bkz. DİNAR, 24.

⁵⁹² Bkz. DİNAR, 7-8.

⁵⁹³ LAKE, 331.

⁵⁹⁴ LUTTER, M.: "Der Letter of Intent", 3.Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1998, s.10 ve HOHLOCH, G.: "Der Letter of Intent. Zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen", NJW 82, s.2856'dan aktaran DİNAR, 6. Benzer yönde bkz. İŞINTAN, 72; DOĞAN, G., 78-79.

⁵⁹⁵ AYRANCI, 92.

⁵⁹⁶ Bkz. DAMMONE, 2.

2.1.2.3. Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı

Birçok hukuk sisteminde niyet mektubununun bağlayıcı olmadığı belirtilse de,⁵⁹⁷ hukuki niteliği hakkında özellikle mahkeme kararlarında farklı nitelendirmeler yapılmaktadır. Niyet mektubu, taraflar arasındaki ilişkiyi yöneten bağlayıcı bir sözleşme, niyet mektubunda çerçevesi çizilen şartlarda iyi niyetli olarak müzakere etme yükümlülüğü doğuran bir sözleşme, müzakere sözleşmesi, ara/geçici sözleşme (*interim agreement*) veya tarafların müzakeresinin ana hatlarını belirleyen ancak herhangi bir yükümlülük doğurmayan bir ön protokol (*term sheet*) olarak nitelenebilmektedir.⁵⁹⁸

Uygulamaya paralel biçimde doktrinde de niyet mektubunun hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. İcaba davet, icap, bilgi açıklaması, borçlanma sözleşmesi olarak nitelenebilmektedir.⁵⁹⁹ Bazı yazarlar, niyet mektubunun açık hükümlü sözleşme ile bir hukuki işlem yapma sözleşmesi arasındaki bir noktada yer aldığını belirtmektedirler.⁶⁰⁰ Bazı yazarlara göre ise, muhatap tarafından onaylanması halinde bağlayıcı bir icap, önsözleşme ve hatta asıl sözleşme olarak nitelenebilir.⁶⁰¹

Önsözleşme olarak kabul edilmesi durumunda, tarafların ileride bir sözleşme yapma borcunu doğuran bir sözleşme akdetmeleri söz konusudur.⁶⁰² Oysa bir sözleşmeden bahsedebilmek için en az iki tarafın katılması gereken bir hukuki işlemin bulunması gerekir. Ancak niyet mektubu taraflardan birisince hazırlanmakta ve gönderilmektedir. Bu yönüyle önsözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. İcap olarak kabul edilmesi durumunda ise karşı tarafça kabul edilmesi halinde sözleşmenin kurulması sonucunu doğuracaktır. Burada da bağlanma iradesinin irdelenmesi gerekir. İleride ele alınacağı gibi bu unsur niyet mektuplarında bulunabildiği gibi bulunmayabilir. Bizim de katıldığımız

⁵⁹⁷ FOX, 127.

⁵⁹⁸ Niyet mektubunun hukuki niteliğine ilişkin mahkemelerin değerlendirmeleri için bkz. DAVIS, 2-3; HOMBURGER/SCHUELLER, 513-517.

⁵⁹⁹ Örneğin Kara Avrupası hukuk sistemlerinde icap, icaba davet veya hukuki sonuç doğuran bilgi açıklaması olarak nitelenmektedir. Bkz. DİNAR, 7.

⁶⁰⁰ NEDZEL, 120.

⁶⁰¹ KRAMER, E.: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1.Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilend 1 a, Inhalt des Vertrags Kommentar zu Art. 19.22 OR, Bern, 1991, N. 57'den aktaran DİNAR, 1; HOMBURGER/SCHUELLER, 513-515.

⁶⁰² EROĞLU, 522.

görüŖe göre, icaba davet olarak niteleyen görüŖ, sözleşme kurma niyetini sergilediği için niyet mektuplarının niteliğine daha yakındır.⁶⁰³

Niyet mektubunun bağlayıcı olup olmadığı tartışmalıdır.⁶⁰⁴ Üzerinde durulması gereken soru, tarafların henüz sözleşmenin tüm detayları üzerinde uzlaşmadan veya bağlanma niyeti olmadan neden bu tür bir belge hazırladıklarıdır. Bu noktada niyet mektupları ile ilgili bir ayırım yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu yaklaşıma göre niyet mektupları bilgi sağlama amaçlı mektup, salt müzakere sürecine uygulanacak çerçeve sözleşme, müzakere sürecinde uzlaşılan noktaları belirten bir belge ve aslında hukuken icra edilebilir olan ancak hatalı biçimde niyet mektubu olarak isimlendirilen belgeler şeklinde dörde ayrılabilir.⁶⁰⁵ Kanaatimizce, salt müzakere sürecine uygulanmak üzere, hukuken ‘sözleşme’ niteliği taşıyan belgeler niyet mektubundan ayrılmalıdır. Zira bu türden belgeler, müzakere sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Diğer belgelerin hukuki niteliği ve bağlayıcılığı ise somut olaya göre tespit edilmelidir. Bu noktada milletlerarası ticarete sıklıkla ortaya çıkan durumları birbirinden ayırarak değerlendirmek gerekir.

İlk olarak taraflar, müzakere sırasında karşılıklı menfaatlerini teyit etmek amacıyla veya diğer tarafın fikrini deđiŖtirmesi ihtimaline karşı ahlaki bir baskı aracı olarak net bir sonuç belirtmeksizin niyet mektubunu oluŖtururlar. Elbette tarafların müzakere sürecinde, içinde bulundukları koŖulların deđiŖmesi veya görüŖülmesi ertelenmiŖ hususlarda anlaŖamamaları ihtimalini göz önünde bulundurarak bağlanmak istememeleri normaldir.⁶⁰⁶ Bu gibi durumlarda bu belgenin bağlayıcı olmadığı konusunda genellikle tereddüt doğmaz.⁶⁰⁷

İkinci durumda ise taraflar, halen müzakere edilen hususları belirgin biçimde ayırarak, müzakerenin belirli bir aŖamasında üzerinde uzlaşılan hususları içeren bir metin imzalarlar. Bu halde hazırlanan belge taraflara, üzerinde uzlaşılan hususların tekrar tartışmaya açılmaması ve müzakereleri iyi niyetle sürdürme yükümlölüğü yüklemektedir.⁶⁰⁸ Elbette

⁶⁰³ EROĞLU, 521. Benzer yönde bkz. AYRANCI, 92; DOĞAN, G., 79.

⁶⁰⁴ BORTOLOTTI, 156.

⁶⁰⁵ LAKE, 331-332.

⁶⁰⁶ CORDERO-MOSS, 21.

⁶⁰⁷ BORTOLOTTI, 156-157; CORDERO-MOSS, 22.

⁶⁰⁸ BORTOLOTTI, 157; MULLER/RISKE, 193.

müzakere öncesi bu yükümlülüğün ortaya çıkabilmesi, uygulanacak hukukun İngiliz hukuku gibi müzakere öncesi yükümlülükleri dikkate almayan bir hukuk sistemi içinde bulunmaması gerekir.⁶⁰⁹ Ayrıca bu türden bir belge de, özellikle iyi niyet kavramının muğlaklığı dikkate alındığında, taraflar için avantaj oluşturmaktan ziyade karışıklık yaratacaktır.⁶¹⁰ Bize göre bu tür bir belge, -uygulamada sıklıkla rastlandığı gibi 'niyet mektubu' olarak adlandırılrsa dahi- iki taraflı olması sebebiyle niyet mektubu niteliği taşımamaktadır.

Sıkça karşılaşılan bir diğer durum ise tarafların, birbirini takip eden müzakere aşamalarını tamamlayarak, aralarındaki ilişkiye dair temel ve esaslı noktaları belirleyerek niyet mektubunu imzalamaları, diğer hususları ise müzakere etmeye devam etmeleridir. Burada taraflar, asıl işleme ilişkin olarak genel hususlarda uzlaşmaya varmış ve bir metin imzalamıştır. Ancak imzalanan metinde özellik içeren hususların veya detayların ilerleyen zamanda karşılıklı olarak müzakere edilerek belirlenmesi kararlaştırılmıştır. Bu gibi durumlarda niyet mektubu, artık salt tarafların niyetini beyan eden bir belge olmanın ötesinde, tarafların sonradan kararlaştırmak üzere açık bıraktıkları bu aşamada belirtilmeyen hususlar dışında esaslı noktalara dair anlaşmış olduklarını içeren bir sözleşme fonksiyonu ifa etmeye başlar.⁶¹¹ Bazı hukuk sistemlerinde niyet mektubu veya mutabakat zaptı da müzakerenin ilerleyen aşamasında kararlaştırılacak hususların bağlayıcı olacağını kabul edebilir.⁶¹²

Doktrinde niyet mektubunun bağlayıcılığı konusunda görüş birliği yoktur. Bazı yazarlara göre niyet mektuplarında bağlanma iradesi bulunmamaktadır.⁶¹³ Bazı yazarlar ise genel bir değerlendirme yapılamayacağını ve somut olaya göre tarafların bağlanma iradesinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini savunmaktadır.⁶¹⁴ Sözleşme öncesi ilişkilerde tarafların dış dünyaya açıkladıkları iradeleri ile gerçek iradeleri birbiriyle uyumlu olmayabilir. Dış dünyaya açıklanan iradenin açık ve anlaşılır olması ve kişinin gerçek niyetini yansıtmaması halinde bu iradenin yorumlanmasında problem yaşanmaz. Ancak dış

⁶⁰⁹ MULLER/RISKE, 193-194.

⁶¹⁰ BORTOLOTTI, 157.

⁶¹¹ BORTOLOTTI, 157.

⁶¹² BORTOLOTTI, 159.

⁶¹³ Bkz. EROĞLU, 521; İŞINTAN, 74.

⁶¹⁴ GOODE, Roy M.: "England", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 51-58, 55.

dünyaya açıklanan irade belirsiz ise kişinin gerçek niyetini tespit edebilmek amacıyla yorumlanması gerekir. Gerçek iradenin yorumlanmasında ise hukuk sistemleri, kişinin dış dünyaya yansıyan davranışlarını dikkate aldığı gibi, bu davranışın muhatap tarafından ne şekilde anlaşıldığını da göz önünde bulundurmaktadır.⁶¹⁵ Örneğin niyet mektubunda bedel, ödeme şekli, teslim şekli ve benzeri unsurların sayısı ne kadar artarsa tarafların bağlanma iradesinin bulunduğu şekilde yorumlanma ihtimali de o kadar artacaktır.⁶¹⁶

Hukuk sistemleri de niyet mektubunun bağlayıcılığını farklı şekillerde düzenlemiştir. Bazı hukuk sistemleri niyet mektubuna hiçbir hukuki değer atfetmezken, bazı hukuk sistemlerinde ise belirli oranlarda hukuki değeri olduğu kabul edilir.⁶¹⁷ Örneğin, Alman hukukunda bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir.⁶¹⁸ Anglo-Amerikan hukukunda ise mahkemeler bağlayıcılığının kabul edilmesi noktasında isteksiz davranmakta,⁶¹⁹ salt ‘niyet mektubu’ ifadesinin kullanılmasıyla bağlayıcı olduğu kabul edilmemektedir.⁶²⁰

Niyet mektubunun bağlayıcı olup olmadığı genellikle tarafların niyetine göre belirlenmekte, daha doğru bir ifadeyle niyet mektubundan ve olaydaki diğer hal ve şartlardan tarafların bağlanma iradesinin bulunduğu anlaşılıyorsa, bağlayıcılığı bulunduğu kabul edilmektedir.⁶²¹ Buna karşılık sözleşmenin belirsizlikler barındırması halinde

⁶¹⁵ SCHMIDT, (Letters of Intent), 262-263.

⁶¹⁶ HOMBURGER/SCHUELLER, 530.

⁶¹⁷ BORTOLOTTI, 157; FURMSTON, 19 vd.

⁶¹⁸ EBKE, Werner F.: “Federal Republic of Germany”, *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 35-45, 41.

⁶¹⁹ STELLINGWERF/MANTESE, 1.

⁶²⁰ LAKE, 338.

⁶²¹ DİNAR, 4; GOODE, (Formation), 55; LAKE, 336; STELLINGWERF/MANTESE, 2-5; TARRANT, 151; KLEIN, Andrew R.: “Devil’s Advocate: Salvaging the Letter of Intent”, 37 *Emory Law Journal*, 1988, 139-169, 142. Ancak tarafların gerçek niyetinin tespit edilmesi her zaman kolay değildir. Bazı yazarlar, niyet mektubunun bağlayıcılığının muğlak olmasının tedbirsizlik, dikkatsizlik, ihmalkarlık gibi nedenlerle ortaya çıkmadığını, tarafların kasten bu muğlaklığı koruduğunu belirtmektedir. BORTOLOTTI ve DRAETTA’ya göre bu belirsizlik her zaman bilinçli biçimde yapılmamakla birlikte, tamamen kasıtsız bir şekilde de ortaya çıkmamakta, niyet mektubunda bahsi geçen hususların tekrar görüşülmemesi noktasında karşı tarafı bağlarken, sözlü olarak anlaşılan hususları tekrar görüşme özgürlüğünü de saklı tutmak amacıyla bu durum yaratılmaktadır. Bkz. BORTOLOTTI, 156; DRAETTA, (Pre-contractual), 157. Aynı yönde bkz. FURMSTON, 21. Başka bir yazar ise niyet mektuplarının özellikle Anglo-Amerikan hukuklarında belirsizlik sebebiyle bağlayıcı olmadığına ve icra edilebilir olmadığına karar verilmesinin aslında birbiriyle ilintili olduğunu belirterek bu yaklaşımı desteklemektedir. Yani tarafların niyeti ve belgenin içeriğindeki belirsizlik birbirinden bağımsız konular olmayıp, aslında birbiriyle doğrudan ilgilidir. Bkz. STELLINGWERF/MANTESE, 5. Benzer yönde bkz. HOMBURGER/SCHUELLER, 523. Bu yaklaşıma göre, biri diğerinin doğal sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

mahkemeler bu durumu, tarafların belirli bir niyetinin bulunmadığı yönünde yorumlayabilmektedir.⁶²²

Tarafların bağlanma iradesi bulunsa dahi, ikinci bir unsur olarak niyet mektubunun, bir sözleşmenin ortaya çıkması için, ilgili hukuka göre gereken asgari şartların tam ve belirli olması gerekmektedir.⁶²³ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Anglo-Amerikan hukuk sisteminde birçok mahkeme, bu tür bir belgeyi, 'sözleşme yapılmasına ilişkin önsözleşme' (*preliminary agreement to agree*) olarak değerlendirebilmektedir.⁶²⁴ Özellikle hedeflenen sözleşmeye ilişkin gerekli tüm unsurları taşıması halinde, başka bir deyişle belirsizlik bulunmaması durumunda sözleşme olarak nitelenmektedir.⁶²⁵ Sözleşme olarak değerlendirildiğinde ise sözleşmenin ihlali ve dolayısıyla sözleşme sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁶²⁶ Kara Avrupası hukuklarında ise tarafların gerçek niyeti tespit edilirken subjektif ve objektif kriterlerden hareket edilmekle birlikte, dış dünyaya açıklanan niyet daha baskın olarak dikkate alınmaktadır.⁶²⁷ Örneğin, niyet mektubunda 'sözleşmeye bağlı' (*subject to contract*) şeklinde bir ifadeye yer verilmesi halinde, objektif olarak dış dünyaya yansıyan iradelerinden bağlanma niyetinin bulunmadığı anlaşıldığından mahkemeler niyet mektubunun bağlayıcı olmadığına karar vermektedir.⁶²⁸

Türk-İsviçre hukukunda kural olarak bağlayıcı olmadığı kabul edilmekle birlikte, istisnai olarak, bir sözleşmenin meydana gelmesini sağlayacak objektif esaslı noktalar üzerinde tarafların anlaştıkları sonucuna ulaşılabiliriyorsa bağlayıcı olacağı ileri sürülmektedir.⁶²⁹ Kanaatimizce Türk hukukunda da bu istisnai sonuç tarafların bağlanma iradesinin bulunup bulunmamasına göre değerlendirilmelidir. Niyet mektubunda bağlanma iradesinin bulunması halinde icap olarak değerlendirilirken, bağlanma iradesinin

⁶²² STELLINGWERF/MANTESE, 5.

⁶²³ TARRANT, 151. Belçika hukukunda da benzer şekilde niyet mektuplarının bağlayıcı bir sözleşme olarak kabul edilmesi için bir sözleşmede bulunması gereken tüm esaslı noktaları barındırması gerektiği yönünde kararlar bulunmaktadır. Bkz. DE LY, (Letters of Intent), 566.

⁶²⁴ LAKE, 338.

⁶²⁵ STELLINGWERF/MANTESE, 6.

⁶²⁶ STELLINGWERF/MANTESE, 3.

⁶²⁷ SCHMIDT, (Letters of Intent), 264. Niyetin tespitinde kullanılan bu yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HOMBURGER/SCHUELLER, 519-525.

⁶²⁸ HOMBURGER/SCHUELLER, 524. Benzer yönde AITKEN, J.K.: *The Elements of Drafting*, 9th Edition, The Law Book Company Limited, 1995, 99.

⁶²⁹ DOĞAN, G., 81.

bulunmaması veya bağlanma iradesi bulunmasına rağmen sözleşmenin esaslı unsurlarını taşınamaması durumunda icaba davet olarak nitelenmelidir.⁶³⁰

Görüldüğü gibi, milletlerarası uygulama açısından niyet mektubunun bağlayıcı olup olmadığı konusunda bir genelleme yapmak mümkün değildir.⁶³¹ Bir yazarın haklı olarak belirttiği gibi niyet mektubunun bağlayıcı olup olmadığı, bağlayıcı olduğu kabul edilirse hukuki sonuçlarının neler olacağına ilişkin tek genel geçer kural, tek bir kuralın olmamasıdır.⁶³² Somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Milletlerarası ticaret uygulamasında bu tür bir belgenin bağlayıcılığı taraflar arasındaki sözleşmenin lafzı ve uygulanacak hukuka bağlı olarak varılacak bir sonuçtur.⁶³³ Türk hukuku bakımından ise gerek doktrinde, gerekse yargı kararlarında bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir.⁶³⁴ Bu sonuç, Türk hukukunda niyet mektuplarının icaba davet olarak nitelenmesi ile de uyum göstermektedir. Kural bu olmakla birlikte, yukarıda açıkladığımız gibi niyet mektuplarının uygulamada çok farklı amaçlar ve içeriklerle hazırlandığı dikkate alındığında somut olaya göre değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

Bu tür bir belgenin taraflar için bağlayıcı olmaması isteniyorsa, bağlayıcı olmadığının veya tersi biçimde bağlayıcı olması amaçlanıyorsa bağlayıcı olduğunun mutlaka belirtilmesi gerekir.⁶³⁵ Zira salt ‘niyet mektubu’ ifadesinin yer alması, her zaman bağlayıcı olmaması sonucunu doğurmaz.⁶³⁶ Uygulamada niyet mektubuna ‘bağlayıcı değildir’ ibaresi eklenmekte, bu yönüyle icaba davet niteliği taşıdığı belirtilmektedir.⁶³⁷ Bu türden bir ibare eklenmemişse bağlayıcı olup olmadığına uygulanacak hukuk karar verecektir.⁶³⁸ Tüm hukuk

⁶³⁰ DİNAR, 59.

⁶³¹ BORTOLOTTI, 156; DİNAR, 4; FURMSTON, 19.

⁶³² Bkz. FURMSTON, 19.

⁶³³ BORTOLOTTI, 156. Benzer yönde bkz. FURMSTON, 19.

⁶³⁴ AYRANCI, 92; İŞINTAN, 74. Danıştay 13. Daire’nin E. 2009/333, K. 2011/876 tarihli kararına göre; “.... niyet mektubu, sözleşme müzakerelerinin bir unsurudur ve bu tür mektuplarla, içeriği yeterince belirlenmemiş veya yerine göre tam olarak belirlenmiş, bir sözleşmenin kurulmasını sağlama niyeti ortaya konulur, bu sonuca ulaşmak için müzakerelerin ciddi olarak sürdürülmesi taahhüt edilir. Ancak karşı tarafça benimsenip kabul edildikten sonra bile, bu taahhüt bağlayıcı bir nitelik taşımayabilir ve tarafları sözleşme kurma yükümlülüğü altına da sokmayabilir. *Bağlayıcılık iradesini taşımayan niyet mektupları*, sözleşme görüşmelerini başlatma konusunda taraflara bir yükümlülük getirmeyeceği gibi, sözleşmenin kurulması konusunda da taraflara bir yükümlülük getirmeyecektir....”

⁶³⁵ BORTOLOTTI, 160; DAVIS, 3; DAMMONE, 1; RIOUX/VAILLANCOURT, 1; HOMBURGER/SCHUELLER, 526.

⁶³⁶ NEDZEL, 121. Benzer yönde bkz. DAMMONE, 1.

⁶³⁷ BEKTAŞ, 44.

⁶³⁸ DAIGNEAULT, 56.

sistemleri, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde açık ve kesin bir niyetin bulunduğu hallerde, bağlayıcı yükümlülükler ortaya çıkaran bir belge olduğunu kabul etmektedir.⁶³⁹ O nedenle bir sözleşmenin esaslı noktaları olarak kabul edilen (bedel, miktar, teslim zamanı gibi) hususların niyet mektubunda kesin biçimde yer alması durumunda, metnin bir sözleşme olarak kabul edilmesi sonucunu doğurabileceği dikkate alınmalıdır.⁶⁴⁰ Her halükarda metnin bağlayıcı olmaması isteniyorsa, yoruma yer bırakmayacak şekilde bağlayıcı olmadığı kesin bir dille ifade edilmeli, sözleşmenin dili de bağlayıcı olduğu anlamı çıkmayacak şekilde kaleme alınmalı ve özellikle ‘anlaşma’ yahut ‘sözleşme’ ibarelerinin kullanılmasından kaçınılmalıdır.⁶⁴¹ Türk hukuku bakımından da, bağlayıcı olmadığının belirtilmesi mümkün olup, bağlanma iradesinin olmadığına yönelik kayıt geçerli olacaktır.⁶⁴² Bununla birlikte yalnızca müzakere etme amacı taşıyan bir müzakere sözleşmesi olarak dikkate alınması isteniyorsa niyet mektubu yerine ‘müzakere sözleşmesi’ ifadesine yer verilmesi ve yalnızca tarafların iyi niyet kurallarına uygun olarak müzakere etme yükümlülüğü bulunduğu, ancak asıl sözleşmeye ilişkin yükümlülükler bakımından bağlayıcılığı bulunmadığının birbirinden ayırarak belirtilmesi gerekir. Niyet mektubuna belirli olayların gerçekleşmesi sonucunda bağlayıcılık kazanacağına ilişkin bir kayıt konması da mümkündür.⁶⁴³ Bu halde şartın gerçekleşmesi ile bağlayıcı olacaktır.⁶⁴⁴

2.1.2.4. Sonuçları

Milletlerarası ticaret uygulamasında niyet mektuplarına sıklıkla rastlanmakla birlikte, taraflar, genellikle niyet mektuplarının hukuki etkisi veya hukuki sonuçları hakkında yeterli bilgi sahibi değildirler.⁶⁴⁵ Niyet mektubunun içeriğine ve kapsamına göre ortaya çıkaracağı sonuçlar farklılaşacaktır.⁶⁴⁶ Başka bir deyişle, niyet mektubunun hukuki niteliği ve uygulanacak hukuk, mektubun sonuçları hakkında karar verecektir. Uyuşmazlığı çözmekle görevli mercii niyet mektubunu bağlayıcı bir sözleşme, iyi niyetle müzakere etme

⁶³⁹ SCHMIDT, (Letters of Intent), 270.

⁶⁴⁰ HOMBURGER/SCHUELLER, 528.

⁶⁴¹ DAVIS, 3; SCHMIDT, (Letters of Intent), 270; HOMBURGER/SCHUELLER, 526-530; MASTELLONE, 3.

⁶⁴² İŞINTAN, 76.

⁶⁴³ Örneğin kamu otoritelerinin bir takım izinleri vermesi, ilgili şirketin yönetim kurulunca onaylanması ya da finansal kuruluşların bazı işlemleri yapmaları gibi olayların gerçekleşmesi şartına bağlanabilir.

⁶⁴⁴ PERROTT, 13; MASTELLONE, 3. Ancak MASTELLONE, uygulamada bu belgeler niyet mektubu adını taşısa da, şarta bağlı bu tür belgelerin aslında niyet mektubu olmadığını belirtmektedir.

⁶⁴⁵ DAMMONE, 1. Benzer yönde bkz. KLEIN, 141.

⁶⁴⁶ MULLER/RISKE, 193.

yükümlülüğü yükleyen bir anlaşma veya sadece taraflar arasındaki durumun tespitini yazılı hale getiren ve herhangi bir etki doğurmayan bir belge olarak nitelendirebilir.⁶⁴⁷

Niyet mektubunun gereğini yerine getirmeyen tarafın sorumluluğu bazı hukuk sistemlerinde kabul edilmez iken, sorumluluğu kabul eden hukuk sistemlerinde bu sorumluluk farklı şekillerde ve farklı kapsamlarda düzenlenmiştir. Örneğin, Fransız mahkemeleri niyet mektubunu genellikle bir sözleşme olarak kabul etme eğiliminde iken, Alman mahkemeleri genellikle sözleşme olarak değerlendirmeme eğiliminde, Anglo-Amerikan ülkeleri ise bu iki sistemin ortasında bir yerde durmaktadır.⁶⁴⁸

Eğer tarafların bağlanma iradesi açık ve tereddüte yer vermeyecek şekilde anlaşılıyorsa imzalayan taraf için bağlayıcı yükümlülükler yaratacağı kabul edilebilir.⁶⁴⁹ Ancak asıl sözleşmeyi yapma yükümlülüğünü de doğurmayacaktır.⁶⁵⁰ Bağlanma iradesinin şüpheli olduğu hallerde herhangi bir yükümlülük doğmayacaktır.⁶⁵¹ Ülkelerin hukuk uygulamaları da bu eğilime uygundur.⁶⁵² Niyet mektubunun bağlayıcı kabul edilmesi halinde, sözleşme öncesi yükümlülükler ortaya çıkarması ve uygulanacak hukuka bağlı olarak, niyet mektubunun sözleşme öncesi sorumluluğa sebebiyet vermesi de gündeme gelebilir.⁶⁵³ En azından taraflara nihai sözleşmenin yapılması için iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğünün yüklendiğini kabul etmek gerekir.⁶⁵⁴ Dolayısıyla kötü niyetli olarak müzakereyi kesen tarafın, müzakerelerin kesilmesi sebebi ile ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulması gerekir.⁶⁵⁵ Niyet mektubunu gönderen taraf, karşı tarafı zarara uğratmak kastı ile hareket etmişse, muhatabın sözleşmenin yapılacağına güvenerek yaptığı bazı hazırlık masraflarını karşılamakla yükümlü olacaktır. Bu durumun tespiti somut olaya göre

⁶⁴⁷ HOMBURGER/SCHUELLER, 518.

⁶⁴⁸ LAKE, 353.

⁶⁴⁹ SCHMIDT, (Letters of Intent), 266.

⁶⁵⁰ RIOUX/VAILLANCOURT, 1.

⁶⁵¹ SCHMIDT, (Letters of Intent), 266.

⁶⁵² LAKE, 354.

⁶⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. LAKE, 354, 346 vd.; MULLER/RISKE, 193-194.

⁶⁵⁴ RIOUX/VAILLANCOURT, 1. Benzer yönde bkz. HOMBURGER/SCHUELLER, 531.

⁶⁵⁵ Amerikan mahkemeleri, taraflar arasında niyet mektubunun bulunması halinde, kötü niyetli olarak müzakereleri kesen tarafın, karşı tarafın zararlarını tazmin etmesine karar vermektedir. Bkz. NEDZEL, 121-122. Buna karşılık İngiliz hukuk uygulamasında ise niyet mektubuna müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle zararın giderilmesine cevaz verilmemektedir. Bkz. SCHMIDT, (Preliminary), 41. Ancak "Sözleşme Öncesi Sorumluluk" bölümünde belirteceğimiz gibi farklı esaslardan hareketle bazı hallerde zararın tazmin edilmesi mümkün olabilmektedir.

yapılacaktır. Yani niyet mektubunun içeriğinden, gönderen tarafın kesin sözleşme teklifi verdiği ve bağlayıcı olma iradesi taşıdığı anlaşılıyorsa sorumluluk gündeme gelebilecektir. Burada niyet mektubunu gönderen, muhatabın söz konusu işleri yapmasına farklı kapsamda izin vermişse, ortaya çıkan zarar, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre de tazmin edilebilir.⁶⁵⁶

Türk hukukunda, müzakereler sırasında 'niyet mektubu' adı altında hazırlanan belgelerin içeriğine ve bağlanma iradesi taşıyıp taşımadığına bakılarak icaba davet veya icap olarak nitelenebilir. Yine Türk hukukunda, müzakere sürecinde niyet mektubu muhatabının bir zarara uğraması halinde, niyet mektubunun içeriğine bağlı olarak ve şartları olduğu takdirde vekaletsiz iş görme hükümleri (BK m.526 vd.), sebepsiz zenginleşme (BK m.77 vd.) veya haksız fiil hükümlerine (BK m.49 vd.) göre talepte bulunulabilir.⁶⁵⁷ Bu hükümlere dayanma imkanı olmasa dahi, *culpa in contrahendo* sorumluluğun şartları varsa bu sorumluluk işletilebilir. Ancak Türk hukukunda bu sorumluluk açıkça düzenlenmediği ve yargı kararlarında 'sözleşme benzeri ilişki' olarak kabul edildiği için, *culpa in contrahendo* dayanan taleplerde muhtemelen sözleşme sorumluluğunun işletilmesi söz konusu olacaktır.

2.1.3. Mutabakat Zaptı ve Sözleşme İlkeleri (Memorandum Of Understanding, Heads Of Agreement, Principles Of Agreement)

Mutabakat zaptı, iki taraf arasında gelecekte yapılması planlanan bir sözleşmenin altyapısını hazırlayan, taraflar arasında bir ilişki oluşturan metindir. Genellikle müzakerelerin başarılı şekilde belirli bir aşamaya gelmesinden sonra yapılır.⁶⁵⁸

Bazı yazarlar mutabat zaptı, sözleşme ilkeleri ve niyet mektubunun aynı kavramı ifade ettiğini belirtmektedirler.⁶⁵⁹ Mutabakat zaptı (*memorandum of understanding*) veya sözleşme ilkeleri (*heads of agreement veya principles of agreements*) gibi belgeleri niyet

⁶⁵⁶ DİNAR, 27-28.

⁶⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. EROĞLU, 525-530; DİNAR, 91 vd.

⁶⁵⁸ BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 358.

⁶⁵⁹ DAMMNONE, 1; RIOUX/VAILLANCOURT, 1. Benzer yönde MULLER/RISKE, 196; FOX, 127.

mektubundan ayıran en önemli özellik, niyet mektubu tek taraflı bir belge iken, bu belgelerin en az iki taraflı olmasıdır.⁶⁶⁰

Mutabakat zaptının şekline ilişkin bir kural bulunduğunu söylemek güçtür. Ancak genellikle yazılı şekilde yapılmaktadır.⁶⁶¹ Bazı yazarlar mutabakat zaptının bağlayıcı olduğunu belirtmekte iken,⁶⁶² bazı yazarlar bağlayıcı olmadığını belirtmekte,⁶⁶³ bazı yazarlar ise bu gibi belgelerin bağlayıcılıkları açısından genel bir sınıflandırma yapılması yerine tarafların bağlanma iradesinin bulunup bulunmamasına göre bağlayıcılık atfedilmesi gerektiğini belirtmektedirler.⁶⁶⁴ Mutabakat zaptının sonunda genellikle müzakere aşamasında oluşturulan sözleşme taslaklarına da yer verilmektedir.⁶⁶⁵

Sözleşme ilkeleri (*heads of agreement, heads of terms, term sheet*), müzakerenin işleyişini kolaylaştırmak için hazırlanmakta, müzakere usulünü belirtmekte ve tarafların bu süreçte geçici olarak üstlendikleri yükümlülükleri konu almaktadır.⁶⁶⁶ Bu belgeler genellikle tarafların müzakere ettiği önemli ticari hükümleri tanımlamak için kullanılır. Bu belgenin imzalanmasından sonra taraflar sözleşmenin detaylarını müzakere etmeye başlar.⁶⁶⁷ Bu belgeler müzakere aşamasında hazırlanmakta ve taraflar bu metinlerde üzerinde anlaştıkları noktaları tespit etmektedirler.⁶⁶⁸ Yine bu metinlerde bazı notlara yer verilmekte ve bu notlarda hedeflenen sözleşmenin amacı belirtilmektedir.⁶⁶⁹

Genellikle mutabakat zaptı veya sözleşme ilkeleri, müzakere sürecinin uzamasına paralel olarak artmaktadır.⁶⁷⁰ Her iki metin de hem müzakerenin yürütülmesine ilişkin hususları hem de hedeflenen sözleşmeye ilişkin hususları içermektedir.⁶⁷¹ Bu tür belgeler esasen bir sözleşme niteliği taşımamakla birlikte, taraflar arasındaki ilişkinin artık yalnızca

⁶⁶⁰ DİNAR, 24-25.

⁶⁶¹ ANDERSON/WARNER, 21.

⁶⁶² Bkz. ANDERSON/WARNER, 21.

⁶⁶³ Bkz. AYRANCI, 90. Benzer şekilde BLANCHARD da, bu belgenin 'icap' olarak nitelenemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. BLANCHARD, 7.

⁶⁶⁴ GOODE, (Formation), 55.

⁶⁶⁵ DİNAR, 25.

⁶⁶⁶ BLANCHARD, 7.

⁶⁶⁷ ANDERSON/WARNER, 21; FARNSWORTH, (General), 22-23. Benzer yönde bkz. MULLER/RISKE, 196-197.

⁶⁶⁸ DİNAR, 25; MULLER/RISKE, 196; AYRANCI, 89.

⁶⁶⁹ DİNAR, 25.

⁶⁷⁰ MULLER/RISKE, 197.

⁶⁷¹ İŞINTAN, 69.

müzakereden ibaret olmadığına işaret etmektedir.⁶⁷² Bu belgelerin, asıl sözleşmede yer alması gereken belirli hususlar üzerinde müzakere etme niyeti ile tarafların yapmayı planladıkları sözleşmenin türü olmak üzere en az iki unsuru barındırması gerekir.⁶⁷³

Türk hukukunda, her iki tarafı da yükümlülük altına sokan bir belge olarak nitelendirilmesi için her iki tarafın da açık veya zımni olarak rızalarının bulunması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁷⁴ Birçok hukuk sisteminde bağlayıcı olmadığı belirtilse de,⁶⁷⁵ bu konuda bir genelleme yapabilmek bize göre mümkün değildir. Zira bağlayıcı olacağı kararlaştırılabileceği gibi, bağlayıcı olmaması da mümkündür.⁶⁷⁶ Fakat her halükarda taraflara, mutabakata varılamasa dahi, belirli hususları müzakere etme yükümlülüğü getirdiğini kabul etmek gerekir.⁶⁷⁷ Hazırlanan belgenin bir sözleşme veya önsözleşme için esaslı unsurları barındırması durumunda, belgenin sözleşme veya önsözleşme olarak nitelenmesi ve tarafların bağlanma iradesinin bulunduğu şeklinde yorumlanması ihtimali de gündeme gelebilir.⁶⁷⁸ Bu nedenle belgenin hukuki niteliği ile bağlayıcı olup olmadığı açık ve kesin bir dille ifade edilmelidir. Türk hukukunda da bu tür metinlerin kural olarak bağlayıcı olmadığı, ancak kaleme alınış tarzı sebebiyle bağlayıcı sayılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁶⁷⁹ Kanaatimizce bu belgelere ilişkin bir genelleme yapmak yanlış olacaktır. Belgenin bağlayıcılığı, somut olayda, tarafların bağlanma iradesinin bulunup bulunmadığı araştırılarak karar verilecek bir olgudur.

Yukarıda bahsettiğimiz iki belge dışında, bunlarla büyük ölçüde benzerlik gösteren bir belge daha karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada müzakere eden taraflar, herhangi bir şekilde hukuki bir ilişki yaratmaksızın müzakere etmek için 'sözleşmeye bağlı' (*subject to*

⁶⁷² BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 358. Benzer yönde bkz. İŞINTAN, 66.

⁶⁷³ MULLER/RISKE, 196-197.

⁶⁷⁴ İŞINTAN, 64.

⁶⁷⁵ Bkx. FOX, 127. Örneğin İngiliz hukukunda bu türden sözleşme ilkelerine dayanarak iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğünün ihlali sebebiyle uğranılan zararın giderilmesi kabul edilmemektedir. Bkz. SCHMIDT, (Preliminary), 41. Avustralya hukukunda ise genellikle kabul edilmese de, ivaz (consideration) bulunması halinde bu tür belgelerin geçerli olabileceği de belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GRAY, Peter / COOPER, Jim: "Promises to Negotiate in Good Faith: Are They Enforceable?", *International Company and Commercial Law Review*, 3(6), 1992, 227-229, 228.

⁶⁷⁶ ANDERSON/WARNER, 21; BORTOLOTTI, 156.

⁶⁷⁷ MULLER/RISKE, 197. Benzer yönde bkz. AYRANCI, 90.

⁶⁷⁸ MULLER/RISKE, 197.

⁶⁷⁹ Bkz. İŞINTAN, 66; DİNAR, 19.

contract) başlıklı bir belge düzenlemektedirler.⁶⁸⁰ Tarafların nihai bir sözleşme hazırlamak amacıyla yaptıkları bu gibi belgeler bazı hukuk sistemlerinde bağlayıcı olarak kabul edilmektedir.⁶⁸¹ Bazı hukuk sistemlerinde ise asıl sözleşme imzalanana kadar bağlayıcı olmadığı kabul edilir.⁶⁸² Sözleşme müzakereleri sırasında hazırlanan belgelerin bağlayıcılığına ilişkin problemlerle karşılaşmak istenmiyorsa tarafların bu belgelerin bağlayıcı olup olmadığını belirtmesi gerekir, aksi halde ileri bir aşamada uyuşmazlık çıkması durumunda uygulanacak hukukun yorumuna bağlı olarak bağlayıcılığı hakkında karar verilecektir.⁶⁸³

2.1.4. Centilmenlik Sözleşmesi (*Gentlemen's Agreement*)

Centilmenlik sözleşmesi, niteliği ve sınırları belirsiz bir sözleşme türüdür.⁶⁸⁴ Centilmenlik sözleşmesinin, hukuki olmaktan ziyade ahlaki yükümlülük taşıdığı kabul edilmektedir.⁶⁸⁵ Kural olarak hukuki bir sonuç doğurmamakla birlikte, tarafların sözleşme yapma amacıyla temas etmesinin delili olarak sözleşme öncesi sorumluluğa katkı sağlayabilir.⁶⁸⁶

Taraflar hukuken 'sözleşme' olarak kabul edilen bir belge ile bağlanmak istemedikleri hallerde, bir sözleşmenin yapılmasının külfetli veya masraflı olduğu hallerde veya özellikle rekabet hukuku alanında piyasa düzeninin korunması amacıyla gizli anlaşmaların yapılmasını önleme gibi amaçlarla centilmenlik anlaşmaları yapabilmektedir.⁶⁸⁷ Bu

⁶⁸⁰ ANDERSON/WARNER, 22; BONELL, 164.

⁶⁸¹ Örneğin Fransız ve Mısır hukuklarının sözleşme hukuku kurallarına göre tarafların nihai bir sözleşme kurmak amacıyla yaptıkları 'sözleşme vaadi' (*promise to contract*) veya 'sözleşme müzakeresi vaadi' (*promise to negotiate a contract*) gibi belgeler bağlayıcı kabul edilmektedir. Bkz. SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna: "France", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 89-97, 93; HAMZA, Samir M.: "Egypt", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 99-119, 110.

⁶⁸² FURMSTON, 17. Benzer yönde İŞINTAN, 75.

⁶⁸³ DAIGNEAULT, 56.

⁶⁸⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014, 112; DOĞAN, G., 85.

⁶⁸⁵ GROSHEIDE, F.Willem: "The Gentleman's Agreement in Legal Theory and In Modern Practice – The Dutch Civil Law Perspective", *Netherland's Reports to the XVth International Congress of Comparative Law*, Antwerp/ Groningen, Bristol 1998, 91-114, 113; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 111; İŞINTAN, 66; DOĞAN, G., 83-84.

⁶⁸⁶ GROSHEIDE, 96.

⁶⁸⁷ DOĞAN, G., 85.

anlaşmanın yapıldığı hallerde taraflar genellikle bir yapmama borcu altında olurlarken, bir yapma borcu veya verme borcu da söz konusu olabilir.⁶⁸⁸ Centilmenlik anlaşmalarında hukuki sebepten kaynaklanmayan bir edim yükümlülüğü öngörülmüştür. Ancak anlaşmaya aykırılık halinde, dava yoluyla takip edilmesi mümkün değildir.⁶⁸⁹ Bununla birlikte, centilmenlik sözleşmesi adı altında yapılan sözleşmelerin bazıları, bağlayıcı yükümlülükler içeren sözleşme olarak nitelenebilir. Bu nedenle bir belgenin centilmenlik sözleşmesi mi, yoksa hukuken bağlayıcı bir sözleşme mi olduğu somut olaya göre değerlendirilmelidir.⁶⁹⁰

2.1.5. Teklifler (*Tenders*)

Teklifler, teklif edenin sözleşme yapma ihtiyacını veya sözleşme yapma niyetini içeren icap veya icaba davet niteliğinde kabul edilmektedir. Teklifler, teklif edilenin belirli bir ihtiyacına yönelik spesifik bir teklifi içeren ve kabulü halinde bağlayıcı bir sözleşme kurulmasını sağlayan bir icap olabileceği gibi, muhatabın genel ihtiyaçlarına yönelik bir sözleşme yapma teklifi içeren icaba davet niteliğinde de olabilir.⁶⁹¹ Örneğin bir alım-satım sözleşmesinde, satıcı ilk etapta muhtemel alıcıya satım konusu mal ile ilgili temel bilgileri sağlar ya da alıcı halihazırda hangi özelliklere sahip malı almak istediğini belirlediye belirli satıcı veya üreticilerle temasa geçerek almak istediği ürüne ilişkin teklif sunar.⁶⁹²

Milletlerarası ticaret uygulamasında tarafların teklifleri genellikle niyet mektubunda belirttiği görülmektedir.

2.1.6. Açık Hükümler İçeren Sözleşme (*Agreement With Open Terms*)

Bazı hallerde taraflar yapmak istedikleri anlaşmanın en önemli noktalarında anlaşılır ve detayları müzakerenin ilerleyen aşamalarında tartışılmak üzere bırakırlar.⁶⁹³ Bu şekilde yapılan sözleşmeler, doktrinde kısmi sözleşme (*partial agreement*) olarak da anılmaktadır.⁶⁹⁴ Tarafların doğrudan bağlayıcı bir sözleşme yapmak yerine açık hükümler

⁶⁸⁸ İŞINTAN, 100.

⁶⁸⁹ AYRANCI, 94-95; İŞINTAN, 100-101. Benzer yönde bkz. DOĞAN, G., 85.

⁶⁹⁰ AYRANCI, 95-96.

⁶⁹¹ PERROTT, 13.

⁶⁹² CHATTERJEE, 8.

⁶⁹³ SCHMIDT, (Letters of Intent), 268.

⁶⁹⁴ Bkz. LONCLE/TROCHON, 11-12.

içeren sözleşme yapmaları her zaman karşımıza çıkmaz. Bazı hallerde doğrudan hedeflenen sözleşmenin yapılması yerine, açık hükümler içeren sözleşme yapılması taraflar için daha makul olabilir.

Açık hükümlü sözleşmenin yapılmasının amaçlarından ilki, uzlaşılan hususları kayıt altına alma arzusudur. Milletlerarası ticarete bir sözleşmenin hazırlanması daha önce de belirttiğimiz gibi hem uzun sürmekte, hem de sözleşme aşamalı olarak hazırlanmaktadır. Yani sözleşmenin hazırlanması bir veya birkaç gün içinde gerçekleşmemektedir. Taraflar müzakere sürecinde kademeli olarak sözleşme hükümleri üzerinde ilerleme kaydederler ve üzerinde uzlaşılan sözleşme hükümleri parça parça veya bölüm bölüm ortaya çıkar.⁶⁹⁵ Birçok durumda taraflar müzakerenin belirli aşamalarında, anlaştıkları noktaları kayıt altına almalarının müzakerelerin devamını kolaylaştıracağına inanmaktadırlar. Bu tür bir kayıt yanlış anlamaları önleyebilir, ilerideki anlaşma için formül üretebilir, belirli bir metin hazırlanmasına temel oluşturabilir, müzakerelere bizzat katılmayan (işveren, müdür, hisse sahipleri, ortaklar veya ilgili üçüncü kişiler) gibi kimseleri bilgilendirme gibi amaçlarla kullanılabilir.⁶⁹⁶ İkinci olarak taraflar bağlayıcı bir sözleşme yapmak için kendi kontrolleri dışında bulunan harici bir olayın gerçekleşmesini beklemek durumunda olabilirler.⁶⁹⁷ Üçüncü olarak, herhangi bir engelin ortaya çıkması ile tekrar müzakere yapılması öngörülmüş olabilir. Bu gibi durumlarda, genellikle taraflar açık hükümlü sözleşme yaparlar.⁶⁹⁸ Nihayet, müzakere ilişkisinin henüz başladığı aşamada tarafların sözleşmeyi hemen yapmalarının mümkün olmadığı diğer hallerde de açık hükümlü sözleşme yapılabilmektedir.⁶⁹⁹

⁶⁹⁵ FARNSWORTH, (General), 24; FARNSWORTH, (Preliminary), 257; LONCLE/TROCHON, 11; SCHMIDT, (Letters of Intent), 266.

⁶⁹⁶ FARNSWORTH, (General), 24; FARNSWORTH, (Preliminary), 258.

⁶⁹⁷ Örneğin kamu otoritelerinden bir takım izinlerin veya lisansların alınması, kamu kurumları veya özel kurumlarca bazı işlemlerin yapılması gibi kontrol alanları dışındaki bazı olayların gerçekleşmesi ile sözleşmenin bağlayıcı hale gelmesini istiyor olabilirler.

⁶⁹⁸ FARNSWORTH, (General), 23; FARNSWORTH, (Preliminary), 253.

⁶⁹⁹ SCHWARTZ/SCOTT, 665. Burada akla gelen en önemli soru, henüz taraflar arasındaki ilişkinin detayları netleşmemişken neden bu tür bir sözleşme yaptıklarıdır. Zira tarafların üzerinde anlaşmadıkları veya kendileri dışında gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi beklenen durum netleşene kadar beklemek yerine açık hükümlü sözleşme yapmaktadırlar. Başlangıçta bütüncül bir sözleşme yapmanın taraflar için mümkün olmadığı, durumun belirsizlik barındırdığı hallerde açık hükümlü sözleşme yapmak yerine, dış dünyaya bağlı durumun netleşmesini, başka bir ifadeyle belirsizliğin giderilmesini beklemelerinin daha makul olacağı düşünülebilir. Ancak bazı hallerde tarafların nihai sözleşmeyi yapması, ilk aşamada bazı çalışmalarını yapmalarına bağlı olabilir. Örneğin bir yatırımın nasıl yapılacağı, ne tür yatırım yapılacağı, hangi araçların kullanılacağı, hangi bölgeye

Açık hükümlü sözleşme, taraflar arasında yapılması hedeflenen sözleşmenin birçok maddesini içermekte, taraflar bu hükümlerle bağlanmayı ve aynı zamanda halen açık olan maddeleri de müzakere etmeyi taahhüt etmektedirler.⁷⁰⁰ Bununla birlikte buradaki taahhüt yalnızca iyi niyetle açık uçlu maddelerin müzakeresine ilişkin olup, taraflara nihai sözleşmeyi yapma zorunluluğu getirmemektedir.⁷⁰¹ Eğer uygulanacak hukukta bu tür bir sözleşme geçerli ve icra edilebilir kabul ediliyorsa, müzakere yapma yükümlülüğüne aykırı davranarak hedeflenen sözleşmenin yapılmamasına neden olan tarafın sorumluluğu söz konusu olabilir.⁷⁰² Buna karşılık taraflar, müzakereye devam etmiş, ancak açık hükümler üzerinde uzlaşamamaları sebebiyle hedeflenen sözleşme yapılmamışsa, bu durumda herhangi bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır.⁷⁰³ Başka bir ifadeyle, burada ancak kötü niyetli davranarak sözleşmenin yapılmamasına neden olan taraf, iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğüne aykırı davrandığı için sorumlu tutulabilecektir. Yoksa kötü niyet olmaksızın salt tarafların anlaşamaması sebebiyle müzakerelere son verilmesi bir tarafın sorumluluğunu doğurmayacaktır.⁷⁰⁴ Asıl problem, müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde bu tür bir belgeye ne şekilde değer atfedileceği ile ilgili olarak ortaya çıkar.

İngiliz ve Amerikan hukuklarında bu tür sözleşmeleri geçerli bir sözleşme olarak kabul etmeme eğilimi hakim iken, Fransız ve Alman hukuklarında iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğü getirdiği kabul edilmektedir.⁷⁰⁵ UNIDROIT Prensipleri m. 2.1.14'te taraflar arasındaki sözleşmede açık hükümler bulunmasının, sözleşmenin varlığına etki etmeyeceği belirtilmiştir.⁷⁰⁶

yapılacağına ilişkin belirsizlikler, ilk etapta açık hükümlü sözleşme ile belirlenen araştırmanın veya çalışmaların neticesinde kesinleşecek ve belirsizlik giderilecektir. Bu sebeplerle açık hükümlü sözleşmelerin aslında araştırma kabilinden/keşifçi bir nitelikte olduğu belirtilmektedir. Bkz. SCHWARTZ/SCOTT, 665-666.

⁷⁰⁰ FARNSWORTH, (General), 23; FARNSWORTH, (Preliminary), 250; SCHWARTZ/SCOTT, 664; NEDZEL, 118-119; LONCLE/TROCHON, 11; SCHMIDT, (Letters of Intent), 268.

⁷⁰¹ SCHWARTZ/SCOTT, 667.

⁷⁰² FARNSWORTH, (Preliminary), 250. Benzer yönde SCHWARTZ / SCOTT, 665 vd.

⁷⁰³ FARNSWORTH, (Preliminary), 251.

⁷⁰⁴ Benzer yönde NEDZEL, 119.

⁷⁰⁵ SCHMIDT, (Letters of Intent), 268.

⁷⁰⁶ UNIDROIT Prensipleri m.2.1.14;

“(1) Tarafların, daha sonra müzakerelerde veya üçüncü kişi tarafından karar verilmek üzere bir hükmü kasıtlı olarak açık bırakarak sözleşmeyi yapmak istemeleri, sözleşmenin varlığını etkilemez.

(2) Sözleşmenin varlığı, sonrasında

(a) tarafların ilgili hüküm üzerinde anlaşamamaları; veya

Açık hükümlü sözleşmenin geçerli kabul edilmesi halinde taraflar için iki tür yükümlülük ortaya çıkacaktır. Öncelikle taraflar, açık hükümler üzerinde uzlaşmasalar dahi, müzakereyi yürütmekle yükümlü olacaklar; ikinci olarak, ucu açık bırakılan hükümleri dürüstlük kuralına uygun olarak müzakere etme şeklindeki genel yükümlülük söz konusu olacaktır.⁷⁰⁷ UNIDROIT Prensipleri m.2.1.14'te daha sonra taraflarca veya üçüncü kişi tarafından belirlenmek üzere açık uçlu bırakılan hükümlerin sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak sonradan açık hükümler üzerinde anlaşamamaları veya üçüncü kişi tarafından belirlenememesi halinde, Prensiplerin 5.1.2. maddesine göre⁷⁰⁸ bu hükümler iyi niyet ve dürüstlük kuralı, hakkaniyet, örf-adet veya tarafların aralarında oluşturdukları teamüller ile sözleşmenin amacı ve doğası dikkate alınarak belirlenebilecektir.⁷⁰⁹

Bu tür bir sözleşme belirsizlik taşıyacağından uygulanmasında sıkıntılarla karşılaşılması kaçınılmazdır. Taraflardan birisinin müzakereye devam etmeyi reddettiği veya ortaya çıkan nihai sözleşmeyi imzalamaktan kaçındığı hallerde karşı tarafın, üzerinde uzlaşılan hükümlerin ifa edilmesini talep edip edemeyeceği hususu en önemli problemi oluşturur.⁷¹⁰ Bununla birlikte birçok ülke hukukunda, açık hükümlü sözleşmenin uygulanmasında belirsizlik problemiyle karşılaşmadığı, buna karşılık amaç/niyet unsuru ile ilgili ihtilaflarla karşılaşıldığı belirtilmektedir.⁷¹¹ Bazı hukuk sistemlerinde mahkemeler tarafların açık hükümlü sözleşme ile bağlanma iradesi bulunup bulunmadığına göre bir ayırım yapmakta ve tarafların açık hükümlü sözleşme ile kendilerini bağladıkları sonucuna

(b) üçüncü kişinin ilgili hüküm üzerinde karar vermemesi halinde, tarafların niyeti dikkate alınarak hal ve şartlara uygun başka bir şekilde hükmün belirlenmesinin mümkün olması şartıyla etkilenmez.”

⁷⁰⁷ FARNSWORTH, (Preliminary), 253; SCHWARTZ/SCOTT, 664-665; NEDZEL, 119.

⁷⁰⁸ UNIDROIT Prensipleri m.5.1.2;

“ Örtülü yükümlülükler,

(a) Sözleşmenin niteliği ve amacından

(b) Tarafların aralarında oluşturdukları uygulamalardan ve teamüllerden

(c) İyi niyet ve dürüstlükten

(d) Makullükten

ortaya çıkar.”

⁷⁰⁹ UNIDROIT Principles 2010, Official Commentary, s.58, Erişim adresi: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>,

Erişim tarihi: 29.02.2016.

⁷¹⁰ SCHMIDT, (Letters of Intent), 268.

⁷¹¹ FARNSWORTH, (General), 23-24.

ulaşıyorsa sözleşme, taraflar için bağlayıcı kabul edilmektedir.⁷¹² Taraflarının niyetinin tespitinde ise sözleşmenin dili, ucu açık bırakılan hükümlerin sayısı, niteliği, güvene dayalı olarak yapılan yatırımların kapsamı, kısmi ifanın yapılıp yapılmadığı, taraflar arasındaki ihtilafa ilişkin olarak bu yönde bir teamül bulunup bulunmadığı gibi birçok faktör dikkate alınmaktadır.⁷¹³

Uygulamada bu tür sözleşmelerde genellikle, nihai sözleşme imzalanana kadar bağlayıcı olmadığına ilişkin bir madde eklenmektedir. Bu şekilde bir ifadenin yer alması halinde bağlayıcılıkla ilgili bir problem ortaya çıkmayacaktır. Buna karşılık tarafların açıkça bu tür bir belirleme yapmadıkları hallerde, açık hükümler üzerinde anlaşamamaları halinde sözleşme ile bağlı olma niyeti bulunmadığını ileri sürmektedirler.⁷¹⁴ Ancak bu türden açık bir ifadenin yer almaması halinde uyuşmazlığı gören mahkeme, sözleşmenin bağlayıcı olduğuna karar verebilir.⁷¹⁵ Bu gibi sıkıntılarla karşılaşmamak için tarafların sözleşmeye, niyet mektuplarında da sıklıkla karşılaşılan ‘nihai anlaşma yapılana kadar bağlayıcı değildir’ ifadesinin eklenmesi yeterlidir.⁷¹⁶

2.1.7. Opsiyon Hakkı Veren Sözleşme

Opsiyon hakkı, tarafların daha önceden hüküm ve şartlarını belirlediği bir borç ilişkisini belirlenen süre içerisinde tek taraflı irade beyanı ile kurma ve değiştirme imkanı tanımaktadır.⁷¹⁷ Opsiyon hakkında, tarafların yapacakları sözleşmeye ilişkin tüm esaslı unsurlar bulunmaktadır. Opsiyon hakkı veren, opsiyon süresinde bununla bağlı olmasına rağmen, muhatabı bağlı olmayıp, sözleşmeyi kurup kurmamakta serbesttir. Bu yönüyle niyet mektuplarından ayrılmaktadır. Zira niyet mektubunun bağlayıcı niteliği somut olaya göre değişebildiği gibi, niyet mektubu opsiyon sözleşmesindeki gibi sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını taşımamakta, müzakere edilecek hususlar bulunmaktadır.

⁷¹² SCHWARTZ/SCOTT, 675.

⁷¹³ Bkz. SCHWARTZ/SCOTT, 675-676; NEDZEL, 120; WOLFF, 301.

⁷¹⁴ FARNSWORTH, (General), 24.

⁷¹⁵ FARNSWORTH, (Preliminary), 257.

⁷¹⁶ Uygulamada bazı sözleşmelerde ‘sözleşmeye bağlı’ (*subject to contract*) ifadesi kullanılmaktadır ki bu ifade yukarıda bahsedilen sıkıntıları engelleyecek türden ifade değildir. Bkz. FARNSWORTH, (General), 24.

⁷¹⁷ SCHMIDT, (Preliminary), 58-59; AYRANCI, 96; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 110; DOĞAN, G., 92.

Buna göre, opsiyon hakkında karşı tarafın, sözleşmenin kurulması için irade beyanında bulunması gerekmeyip, opsiyon hakkının kullanılmasıyla sözleşme kurulmaktadır.⁷¹⁸ Ancak muhatap, sözleşmeyi kurma veya kurmama yönünde iradesini belirlenen sürede açıklamazsa, bu sürenin geçmesi ile artık bağlayıcı olmayacaktır.⁷¹⁹ Opsiyon hakkı, taraflardan birisinin henüz sözleşme yapmaya karar vermediği ve uzun sürecek bir düşünme süresine ihtiyaç duyduğu hallerde, bu süre içinde sözleşmenin başka birisi ile kurulmasını önlemek amacını taşımaktadır.⁷²⁰

2.1.8. Gizlilik Sözleşmesi

Milletlerarası ticari sözleşmelerin müzakeresi sırasında taraflar birbirleri hakkında, herhangi birisinin edinemeyeceği bilgilere erişme imkanına sahip olabilirler. Örneğin ticari sır gibi gizli kalması gereken bilgilerin, asıl sözleşmenin müzakeresi sırasında karşı tarafa açıklanması gerekebilmektedir. Tarafların birbirlerine karşı en savunmasız oldukları zaman, müzakere aşamasıdır.⁷²¹ Bu bilgilerin başkaları tarafından öğrenilmesini engellemek için müzakerelere giren tarafların müzakereler sırasında edindikleri bilgileri üçüncü kişilere açıklamama yükümlülüğü yükleyen bir anlaşma yapılmaktadır. Zira müzakere esnasında elde edilen bilgilerin üçüncü kişilere aktarılması durumunda *culpa in contrahendo* sorumluluk yeterli koruma sağlamamaktadır.⁷²²

Bu tür anlaşmalar uygulamada genellikle müzakereler başlamadan önce veya müzakerenin erken dönemlerinde yapılmaktadır.⁷²³ Ancak müzakere aşamasında yapılmasına rağmen, gizlilik anlaşmaları sözleşme yapıldıktan sonra da genellikle varlığını devam ettirmekte,⁷²⁴ hatta sözleşmenin sona ermesinden sonra dahi belirli bir süre bu yükümlülük devam etmektedir. Uygulamada özellikle şirket birleşme ve satın almalarında (alıcının sözleşmenin uygunluğu ve fiyatın belirlenmesi için zorunlu olarak edinmesi

⁷¹⁸ EROĞLU, 523; SCHMIDT, (Preliminary), 58-59; AYRANCI, 97; DOĞAN, G., 93-94.

⁷¹⁹ SCHMIDT, (Preliminary), 59.

⁷²⁰ AYRANCI, 96; BEKTAŞ, 47.

⁷²¹ BUHLER, Michael: "Confidentiality Clauses in International Contracts", *International Business Law Journal*, 2002, 3/4, 359-387, 363.

⁷²² DOĞAN, G., 87.

⁷²³ BORTOLOTTI, 169; DRAETTA, (Pre-contractual), 231; FONTAINE, Marcel: "Confidentiality Clauses in International Contracts", *International Business Law Journal*, Vol.1, 1991, 3-94, 12.

⁷²⁴ BUHLER, 363 vd.; FONTAINE, (Confidentiality), 8; İŞINTAN, 67.

gereken bilgiler söz konusu olduğunda), teknoloji transferi sözleşmeleri ve know-how sözleşmelerinde (lisans sahibinin söz konusu know-how veya teknoloji hakkında belirli bir düzeyde bilgi sahibi olmaksızın yapamayacağı sözleşmelerde) bu tür anlaşmalar karşımıza çıkmaktadır.⁷²⁵

Gizlilik anlaşması müzakereci taraflara karşılıklı olarak sır saklama yükümlülüğü yükleyecek biçimde yapılabileceği gibi, taraflardan yalnızca birisi bakımından da bu yükümlülük kabul edilebilir.⁷²⁶ Kural olarak, taraflardan birisinin gizlilik yükümlülüğü bulunması, diğerinin de bu yükümlülük altında olmasını gerektirmediğinden diğer taraf elde ettiği bilgileri serbestçe kullanabilir.⁷²⁷ Tek taraflı olarak gizlilik yükümlülüğü getiren anlaşmalar, bazen yalnızca bilgiyi alan tarafa, bazen karşılıklı olarak gizliliği öngörebilir.⁷²⁸ Bu ikisi yanında, her iki tarafa da aynı bilgiyi koruma doğrultusunda paralel gizlilik yükümlülüğü yükleyen anlaşmalara da rastlanılmaktadır.⁷²⁹ Örneğin bir icadın piyasada kullanılmasına yönelik iş yapacak olan taraflar, bunu üçüncü kişilere açıklamama şeklinde aynı yönde bir gizlilik yükümlülüğü öngörebilirler.⁷³⁰

Gizlilik anlaşması aktif bir yükümlülükten ziyade pasif bir yükümlülük getirir.⁷³¹ Taraflar aralarındaki müzakere ilişkisinin gizli kalmasına yönelik bir anlaşma yapabilecekleri gibi, müzakereler sırasında elde edilen bilgilerin gizliliğine yönelik bir anlaşma da yapabilirler.⁷³² Esas olarak müzakereler esnasında karşı taraftan edinilen bilgilerin gizli tutulması ve bu bilgilerin müzakere amacı dışında kullanılmaması yükümlülüğü yüklenir.⁷³³ Burada bilgilerin yalnızca üçüncü kişilerle paylaşılması değil,⁷³⁴ müzakere amacı dışında herhangi bir şekilde kullanılması da yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilir. Bazı yazarlarca haklı olarak belirtildiği gibi, taraflar arasında bu tür bir anlaşma bulunmasa dahi,

⁷²⁵ BORTOLOTTI, 169; FONTAINE, (Confidentiality), 8.

⁷²⁶ BUHLER, 362; FONTAINE, (Confidentiality), 8; İŞINTAN, 130-131.

⁷²⁷ İŞINTAN, 130.

⁷²⁸ BUHLER, 362; FONTAINE, (Confidentiality), 13.

⁷²⁹ FONTAINE, (Confidentiality), 8.

⁷³⁰ FONTAINE, (Confidentiality), 13.

⁷³¹ CARTWRIGHT, John: "Liability in Tort for Pre-Contractual Non-Disclosure", *Contract Formation and Parties, The Oxford-Norton Rose Law Colloquium*, Ed: Andrew BURROWS / Edwin PEEL, Oxford University Press, UK, 2010, 136-158, 142.

⁷³² İŞINTAN, 126.

⁷³³ BORTOLOTTI, 169; DRAETTA, (Pre-contractual), 230-231.

⁷³⁴ Burada elbette söz konusu bilgilerin mahkeme emri ile hakime açıklanması gibi durumlar, sorumluluğa yol açmayacaktır. Bkz. DRAETTA, (Pre-contractual), 234.

tarafların genel olarak iyi niyetle davranma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁷³⁵ Dolayısıyla özel olarak bu tür bir yükümlülüğe yer verilme de gizlilik yükümlülüğünün ihlali olarak nitelenebilecek bir davranış, iyi niyetle davranma yükümlülüğünün ihlali olarak da değerlendirilebilir. Bununla birlikte gizlilik anlaşmasının yokluğunda dahi, hukuk sistemlerinin birçoğu belirli bir dereceye kadar veya belirli nitelikteki bilgiler için taraflara gizlilik yükümlülüğü yüklemektedir. Ancak hukuk sistemlerinde yer verilen yasal düzenlemeler, duruma göre gizli kalması gereken bilgileri her zaman koruma altına almayabilir.⁷³⁶ Dolayısıyla kanunların koruma sağladığı bilgiler dışında, tarafların önem atfettiği hususlar varsa bunları da kapsamına alacak şekilde gizlilik anlaşması yapılması veya hazırlanan diğer müzakere belgelerine gizliliğe yönelik bir hüküm konması yerinde olacaktır. Milletlerarası ticaret uygulamasında da taraflar, gizlilikle ilgili hak ve yükümlülüklerini detaylı şekilde düzenlemeyi tercih etmektedirler.

Birçok durumda bu genel gizlilik yükümlülüğüne ek olarak müzakerelerin devam ettiği süreçte üçüncü kişilerle paralel müzakereler yürütmeme, içeriden öğrenilenlerin ticaretinin engellenmesi, mevcut durumun korunması (*standstill clause*), müzakere sürecinde ve/veya sonrasında karşı tarafın kilit personeline iş teklifi yapılmaması, şirketin kendi iradesi dışında dışarıdan yönetme (*hostile takeover*) girişimlerinin başlatılmaması gibi taahhütler de içerebilmektedir.⁷³⁷ Bunun dışında gizlilik sözleşmesi cezai şart da içerebilmektedir.⁷³⁸

Müzakere aşamasında veya müzakereye başlamadan önce hazırlanacak gizlilik sözleşmesinde kilit noktalardan birisi, ne tür bilgilerin gizli bilgi olduğu veya gizlilik yükümlülüğünün kapsamına girdiğinin belirlenmesidir. Yükümlülüğün kapsamı, taraflar arasında yapılması planlanan sözleşmenin konusu, türü ve kapsamı doğrultusunda farklılık gösterir.⁷³⁹ Tarafların hem yazılı olarak karşı tarafa verdiği bilgiler hem de sözlü olarak açıklanan veya müzakere sebebiyle diğer şekillerde öğrenilen bilgiler bu kapsamda mütalaa edilmelidir. Genellikle karşı tarafın mali veya finansal yapısıyla ilgili bilgiler, ticari veya teknik sırlar, know-how bilgileri, pazar araştırmaları ve benzer şekilde üçüncü kişilere açıklandığı

⁷³⁵ DRAETTA , (Pre-contractual), 232.

⁷³⁶ FONTAINE, (Confidentiality), 5-6.

⁷³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. DRAETTA, (Pre-contractual), 237-249.

⁷³⁸ DOĞAN, G., 87-88.

⁷³⁹ FONTAINE, (Confidentiality), 11.

takdirde ilgili tarafın mağdur olmasına sebep olacak nitelikteki bilgiler bu yükümlülük kapsamında bulunur.⁷⁴⁰ Bazı yazarlar, müzakere kapsamında elde edilen her tür bilginin gizlilik yükümlülüğü altında kabul edilmesinin problemleri bir ölçüde önleyeceğini belirtse de,⁷⁴¹ biz bu yaklaşıma katılmamaktayız. Zira bu denli katı şekilde yaklaşılması, tarafların hareket serbestilerini aşırı şekilde sınırlandırmak anlamına gelecektir. Bu nedenle her iki tarafın menfaatlerini dengede tutacak bir düzenleme yapılmalıdır.

Gizlilik yükümlülüğüne ilişkin anlaşma süreli veya süresiz olarak yapılabilir.⁷⁴² Tarafların gizlilik yükümlülüğü, gerek müzakere sözleşmesinde veya başka bir belgede ele alınsın, gerekse ayrı bir sözleşme olarak düzenlensin süresinin belirlenmesi gerekir. Gizlilik anlaşmasının süresi, hedeflenen sözleşmenin süresinden ayrı olarak belirtilmelidir. Zira müzakere sonunda sözleşmenin yapılmaması da ihtimal dahilindedir. Ayrıca bu ilişki sebebiyle elde ettikleri bilgiler, taraflar arasındaki ilişki sona erse dahi önemini koruyabilmektedir.⁷⁴³

2.1.9. Masrafların Paylaşımına İlişkin Sözleşme

Milletlerarası ticari sözleşmelerin müzakeresi, salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelere göre genellikle daha masraflı olmaktadır.⁷⁴⁴ Örneğin hukuki danışmanlık ve denetleme ücretleri, fizibilite çalışmaları, tarafların yüzyüze görüşmek istemeleri halinde toplantıların düzenlenmesi, tercüme hizmetleri, seyahat, konaklama vb. masraf kalemleri söz konusu olur.⁷⁴⁵ Normal şartlar altında taraflardan her birisi, kural olarak kendi yaptığı masraflara kendisi katlanır, ortaklaşa masraflar ise eşit biçimde paylaşılır.⁷⁴⁶ Ancak tarafların bu durumun aksini kararlaştırması veya farklı şekilde masraf paylaşımı yapması da

⁷⁴⁰ İŞINTAN, 126. Gizlilik yükümlülüğünün kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2.10.1.Gizliliğin Konusu ve Kapsamı.

⁷⁴¹ Bkz. İŞINTAN, 127. Yazara göre bu tür bir metinde kural olarak karşı tarafla ilgili olan ve müzakere kapsamında elde edilen bilgilerin gizlilik şemsiyesi altında olduğu kabul edilirse, özellikle şirket devirleri gibi geniş kapsamlı işlemlerde herhangi bir noktanın gözden kaçırılması ve gizlilik anlaşması dışında bırakılması engellenmiş olacaktır.

⁷⁴² FONTAINE, (Confidentiality), 13.

⁷⁴³ Gizlilik anlaşmasının süresine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. 2.10.4.Gizlilik Yükümlülüğünün Süresi.

⁷⁴⁴ BRETT, 55.

⁷⁴⁵ İŞINTAN, 131.

⁷⁴⁶ FURMSTON, 35; GEZDER, Ümit: *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, 52.

mümkündür.⁷⁴⁷ Taraflar müzakerelere son veren veya müzakerelerin kesilmesine sebep olan tarafça karşılanması gibi düzenlemeler de yapabilirler.⁷⁴⁸ Özellikle müzakerenin başarısızlıkla sonuçlanması halinde veya müzakerenin yüksek meblağlarda masraf gerektirmesi gibi hallerde, müzakere giderlerinin ne şekilde paylaştırılacağına ilişkin sözleşme yapılması tarafların menfaati açısından önem taşımaktadır.⁷⁴⁹ Asıl sözleşmeden bağımsız olarak ayrı bir müzakere sözleşmesi hazırlanması halinde, masrafların paylaşımına ilişkin genellikle ayrıca bir anlaşma yapılmamakta, müzakere sözleşmesi içinde bu konu düzenlenmektedir.

2.1.10. Üçüncü Şahıslarla Müzakere Yapılmamasına İlişkin Sözleşme

Müzakere sırasında veya müzakereye girişmeden hemen önce hazırlanabilecek bir diğer sözleşme, tarafların üçüncü kişilerle paralel müzakereler yürütmemesine ilişkin anlaşmadır. Uygulamada sıkça karşılaşılan bu anlaşma ayrı bir sözleşme olarak hazırlanabileceği gibi, müzakere sözleşmesinde yer alan bir hüküm olarak da düzenlenebilir.⁷⁵⁰ Müzakere sırasında hazırlanan belgelerin önemli kısmında genellikle tek tarafa veya her iki tarafa aynı konuda üçüncü kişilerle müzakere yürütülmemesine yönelik münhasıran müzakere (*exclusivity*) yükümlülüğü ile gizlilik yükümlülüğü olmak üzere iki çeşit yükümlülük öngörülür.⁷⁵¹

Tarafların aynı konuda üçüncü kişilerle paralel müzakere yürütmeleri sıklıkla karşılaşılan ve rekabetin gelişmesi açısından makul bir durumdur.⁷⁵² Bu nedenle müzakere esnasında rakip firmalarla paralel müzakerelerde bulunmayacaklarını taahhüt edebilirler.⁷⁵³ Paralel müzakereyi yasaklayan bu tür bir sözleşme bulunmamasına rağmen, tarafların üçüncü kişilerle aynı konuda paralel müzakere yürütmeleri, müzakereleri iyi

⁷⁴⁷ FURMSTON, 36.

⁷⁴⁸ İŞINTAN, 131.

⁷⁴⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 170; DOĞAN, G., 88.

⁷⁵⁰ Milletlerarası ticaret uygulamasında bu tür hükümler veya sözleşmeler '*standstill clause*', '*no shop agreements*', '*lock-out agreements*' gibi adlarla kaleme alınmaktadır. Türk hukukunda ise AYRANCI, bu tür sözleşmeleri 'dışlayıcı sözleşme' olarak adlandırmakta ve negatif içerikli bir önsözleşme olarak nitelendirmektedir. Bkz. AYRANCI, 106.

⁷⁵¹ LONCLE/TROCHON, 7; STELLINGWERF/MANTESE, 1.

⁷⁵² SCHMIDT, (Preliminary), 50.

⁷⁵³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 170.

niyetle yürütme yükümlülüğüne de aykırılık teşkil edebilir.⁷⁵⁴ Ancak böyle bir sonucu kabul edebilmek için paralel müzakerelerin, aynı konuda, aynı işle ilgili olarak yapılması ve diğer müzakereyi olumsuz etkileyecek nitelikte olması gibi unsurlar dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte bu görüşün aksini belirten ve paralel müzakere yürütülmesini yasaklayan bir anlaşma olmadığı sürece, tarafların paralel müzakere yükümlülüğü bulunmayacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır.⁷⁵⁵ Tarafları paralel müzakereler yürütmeme yükümlülüğü altına sokan bu tür anlaşmalar, bu yükümlülüğün ihlali halinde, karşı tarafın müzakereler sebebiyle ortaya çıkan masraflarının tazmin edilmesi borcu altına sokmakta ve tarafların başkalarıyla müzakere özgürlüğüne sınırlama getirmektedir.⁷⁵⁶ Bunun dışında taraflar bu tür bir sözleşmenin ihlali halinde cezai şart ödenmesini de kararlaştırabilirler.⁷⁵⁷

2.1.11. Sözleşme Taslağı

Sözleşme taslağı müzakereler sırasında üzerinde anlaşılan noktaların yazılı hale getirildiği, sözleşmeyi yapma zorunluluğu doğurmayan ve kural olarak bağlayıcı niteliği olmayan bir belgedir.⁷⁵⁸ Taraflar üzerinde anlaştıkları noktaları yazılı hale getirmek amacıyla bu tür bir belge hazırlamış ve hatta imzalamış olsalar dahi, sözleşmeyi yapıp yapmama serbestilerinden vazgeçmiş sayılmazlar.⁷⁵⁹ Sözleşme taslağını taraflar beraberce hazırlayabilecekleri gibi, taraflardan yalnızca birisi de hazırlayabilir. Taraflardan birinin veya her ikisinin hazırladığı somut bir sözleşme taslağı üzerinde karşılıklı değişiklikler yaparak ve bu taslakları teati ederek sözleşme müzakerelerini yürütmeleri de mümkündür. Uygulamada müzakerelerin bu şekilde yürütülmesi halinde taraflar söz konusu metinlere 'bağlayıcı değildir' ibaresi eklemektedirler.⁷⁶⁰ Müzakereci taraflar anlaşmaya varılan

⁷⁵⁴ Aynı yönde bkz. BORTOLOTTI, 167.

⁷⁵⁵ Bkz. SCHMIDT, (Preliminary), 50; İŞINTAN, 132. İŞINTAN'a göre, müzakereler ilerlemiş olsa dahi, kendiliğinden paralel müzakere yapmama yükümlülüğünün doğmaz, tarafların ancak buna ilişkin bir anlaşma yapmış olmaları halinde yaptırıma bağlanabilir. Bununla birlikte yazar, paralel müzakerelerde bulunan tarafın, paralel müzakerelerde daha elverişli bir durumla karşılaşması halinde, artık diğer müzakerelere son vermesi gerekeceğini, aksi halde sorumluluğun doğacağını belirtmektedir. Bu yaklaşıma göre tek başına paralel müzakerede bulunmak sorumluluğu doğurmamaktadır. Ancak üçüncü kişiden gelen tekliflerden müzakereci tarafı haberdar etmemek ve rekabet edecek bir teklifte bulunma şansı tanımamak dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilebilecektir. Bkz. İŞINTAN, 132-133.

⁷⁵⁶ BORTOLOTTI, 170.

⁷⁵⁷ DOĞAN, G., 90.

⁷⁵⁸ AYRANCI, 90; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 110; İŞINTAN, 84-85; DOĞAN, G., 75-76.

⁷⁵⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 110-111; İŞINTAN, 85.

⁷⁶⁰ BEKTAŞ, 45.

noktalara ilişkin bağlanma iradelerini belirtebilirler. Ancak bağlanma iradesini yönelttikleri noktaların asıl sözleşme ile bütünlük göstermemesi halinde sözleşmenin kurulduğu kabul edilmemesine rağmen, bu noktaların tek başına hüküm ifade edebilecek durumda olması ve tarafların sözleşmenin tümünü kurmak istemedikleri anlaşılıyorsa, üzerinde uzlaşılan bu noktalar açısından asıl sözleşmenin kurulduğu ve bağlayıcılık kazanabileceği belirtilmektedir.⁷⁶¹ Bir başka yazara göre ise, tarafların bir sözleşmenin asgari kapsamı üzerinde, yani tüm objektif esaslı noktalar üzerinde uzlaşması halinde bağlayıcı bir sözleşme ortaya çıkabilecektir.⁷⁶² Kanaatimizce böyle bir durumda artık sözleşme tasarısından değil, bağlayıcı bir sözleşmeden bahsetmek gerekecektir. Zira adından da anlaşılacağı üzere, bir tasarının bağlayıcılığından bahsetmek mümkün değildir. Bağlayıcı olduğu kabul edildiği takdirde artık sözleşme olarak nitelenmesi gerekir.

2.1.12. Toplantı Tutanakları

Toplantı tutanakları, sözleşme müzakereleri esnasında yapılan her toplantıda tarafların görevlendireceği kişi veya kişilerce tutulan ve kural olarak bağlayıcılığı bulunmayan zabıtlardır.⁷⁶³ Buna rağmen uygulamada, yine de tutanaklar taraflarca imzalanmakta ve 'bağlayıcı değildir' ibaresi konulmaktadır.⁷⁶⁴

Bu tutanakların bilgilendirme, sözleşme maddelerine kaynak teşkil etme gibi fonksiyonları bulunmaktadır.⁷⁶⁵ Buna ek olarak, sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmenin uygulanması aşamasında bir sözleşme hükmünün anlamı ve içeriği konusunda uyuşmazlık çıktığı takdirde, ilgili hükmün yorumlanması amacıyla da toplantı tutanaklarına başvurulabilir.

⁷⁶¹ AYRANCI, 90. Benzer yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 111. Konuyla ilgili tartışmalar için ayrıca bkz. İŞINTAN, 84-91.

⁷⁶² GÜL DOĞAN, sözleşme tasarısının kural olarak bağlayıcı olmadığını belirttikten sonra, somut olaydaki koşulların değerlendirilmesi ve taraf iradelerinin araştırılmasıyla bağlayıcı olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. DOĞAN, G., 77.

⁷⁶³ İŞINTAN, 64, 68, 95.

⁷⁶⁴ BEKTAŞ, 48.

⁷⁶⁵ BEKTAŞ, 48.

2.1.13. Müzakere Sözleşmesi (Contract To Negotiate, Agreement To Negotiate, Contract To Enter Into A Contract, Agreement To Agree)

Müzakere sözleşmesi, asıl sözleşmeyi yapma yükümlülüğü doğurmayan, tarafların asıl sözleşmenin yapılması için müzakereye giriştiklerini belirten ve taraflara bir sözleşmenin kurulması veya değiştirilmesi için müzakereleri yürütme yükümlülüğü yükleyen bir sözleşmedir.⁷⁶⁶ Ancak bu taahhüt, mutlak olarak sözleşmeyi akdetme taahhüdü olmayıp, tarafları, sözleşme kuruluncaya veya uygun bir sürede sözleşmenin kurulmayacağı anlaşıncaya kadar ciddi olarak müzakereleri yürütme yükümlülüğü altına sokmaktadır.⁷⁶⁷ Uygulamada müzakere sözleşmesi genellikle müzakerelerin ilk başladığı anda değil, müzakerelerin belirli bir aşamaya gelmesinden sonra yapılmaktadır.⁷⁶⁸ Müzakereleri sürdürme yükümlülüğünün kapsamı belirsiz olduğundan, uyuşmazlık çıkması halinde bu yükümlülüğün ne şekilde yerine getirileceğini belirlemek zor olacaktır. Böyle bir durumda mahkeme, bu yükümlülüğün başkalarıyla müzakere etmeme yükümlülüğünü içerdiğine de karar verebilir.⁷⁶⁹

Müzakere sözleşmesi, hedeflenen sözleşme hükümlerini içermeyip, taraflar arasındaki müzakerenin ne şekilde yürütüleceğine ilişkindir.⁷⁷⁰ Müzakere sözleşmesi asıl anlaşmanın bazı maddelerini de içeriyor olabilir, ancak bu halde, açık hükümlü sözleşmede olduğu gibi taraflar bu hükümlerle bağlı olmayacaklardır.⁷⁷¹ Bununla birlikte tarafların müzakereler boyunca anlaştıkları noktalar kayıt altına alınmışken, bu hükümler taraflar için bağlayıcı olmasa dahi, bir tarafın hiçbir sebep olmaksızın taahhütlerinden vazgeçmesi müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilebilir. Çünkü müzakere sözleşmesi, taraflara, sözleşme öncesi yükümlülükler getirebilir.⁷⁷² Bu tür

⁷⁶⁶ DOĞAN, G., 72; FARNSWORTH (1990), 23; FARNSWORTH, (Preliminary), 263; NEDZEL, 122; MULLER/RISKE, 196.

⁷⁶⁷ DOĞAN, G., 72.

⁷⁶⁸ FARNSWORTH, (Preliminary), 268.

⁷⁶⁹ FARNSWORTH, (General), 25.

⁷⁷⁰ FURMSTON, 36; MULLER/RISKE, 196; FARNSWORTH, (Preliminary), 252.

⁷⁷¹ FARNSWORTH, (General), 23. Bununla birlikte Farnsworth 1987 tarihli makalesinde, açık hükümlü sözleşmede, tarafların üzerinde uzlaştıkları hükümlerin bağlayıcı kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bkz. FARNSWORTH, (Preliminary), 263.

⁷⁷² MULLER/RISKE, 196.

sözleşmelerin en başta dürüstlük kuralına uygun olarak müzakere etme yükümlülüğü yüklediği genellikle kabul edilmektedir.⁷⁷³

Müzakere sözleşmesi (*agreement to negotiate*) ve ‘sözleşme yapılmasına ilişkin sözleşme’ (*agreement to agree*) gibi isimler altında yapılan sözleşmeler bazı hukuk sistemlerinde geçerli kabul edilmemektedir. Salt müzakere etme yükümlülüğü içeren müzakere sözleşmelerinin hukuki bir içeriğe sahip olmadığı belirtilmektedir.⁷⁷⁴

Özellikle Anglo-Amerikan hukukunda, müzakerenin sonucunun belirli olmaması, bu nedenle zararın hesaplanamayacağı, bir sözleşmenin kurulmasında aranan ivaz unsurunun bulunmadığı veya belirsiz olduğu, içeriğinin net olmaması sebebiyle tarafların aralarında bir hukuki ilişki kurma niyetini yansıtmadığı, icra edilmesinin mümkün olmadığı gibi gerekçelerle bu isimler altında hazırlanan belgeler geçerli ve icra edilebilir bir sözleşme olarak görülmemektedir.⁷⁷⁵ İçeriği belli olmayan bir sözleşmenin bağlayıcılığından da söz edilemez. Bununla birlikte, taraflara hedeflenen sözleşmeyi yapma yükümlülüğü yüklemese de, hedeflenen sözleşmenin yapılması için iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğü yüklediğine ilişkin kararlara da rastlanmaktadır.⁷⁷⁶

Genellikle sözleşmelerin ihlal edilmesi halinde, zarara uğrayan müzakereci taraf tazminat istemektedir. Ancak bu durumda da tazminatın neye göre belirleneceği sorunu ortaya çıkacaktır. Bu halde bir tarafın müzakere etme yükümlülüğünü ihlali sebebiyle zarara uğrayan tarafın, müzakere sözleşmesini ihlal eden taraftan müzakere masraflarını talep edebileceği kabul edilmektir.⁷⁷⁷ Buna ek olarak müzakere anlaşmalarının ihlali halinde zararın hesaplanmasında güven unsuru da dikkate alınmakta ve böylelikle mağdur olan

⁷⁷³ FARNSWORTH, (Preliminary), 263.

⁷⁷⁴ GRAY/COOPER, 229.

⁷⁷⁵ HASSAN, 16-18; SCHMIDT, (Preliminary), 41; PEEL, Edwin: “Agreements to Negotiate in Good Faith”, *Contract Formation and Parties*, The Oxford-Norton Rose Law Colloquium, Ed: Andrew BURROWS / Edwin PEEL, Oxford University Press, UK, 2010, 37-60, 40-50; KLEIN, 148; HOSKINS, Henry: “Contractual Obligations to Negotiate in Good Faith: Faithfulness to the Agreed Common Purpose”, 130 (1) *Law Quarterly Review*, 2014, 131 vd., 132 vd.; BRIDGE, Michael G.: *The Sale of Goods*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2014, 28-29; MACNEIL, 662. Konuya ilişkin tartışmalar hakkında ayrıca bkz. HOSKINS, 134 vd.

⁷⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. NEDZEL, 122-125; PEEL, 40-42; LONCLE/TROCHON, 31-32; KLEIN, 148-150.

⁷⁷⁷ DOĞAN, G., 87.

taraf anlaşmanın yapılacağına ilişkin beklentinin boşa çıkması nedeniyle uğradığı zararı, kaçırılan fırsatlardan doğan zararın tazminini de isteyebilmektedir.⁷⁷⁸

Burada müzakere sözleşmesiyle karıştırılan bazı belgelere de değinmek gerekir. ‘Sözleşme yapılmasına ilişkin sözleşme’ (*contract to contract*), müzakere sözleşmesinden farklı olarak, taraflara esas sözleşmeyi yapma yükümlülüğü yüklemektedir.⁷⁷⁹ Taraflar bu tür sözleşmede icabın tek bir tarafça yapılacağı ya da her iki tarafça yapılabileceğini veya üçüncü bir kişinin yararına yapılabileceğini kararlaştırabilirler.⁷⁸⁰ Himaye beyanı (*letter of comfort*) ise genellikle yavru şirketin yapacağı ödeme veya alacağı kredi sebebiyle ana şirketin, yavru şirketin yükümlülüklerini yerine getireceğini teminat altına alındığını belirten bir belgedir.⁷⁸¹ Yavru şirkete verilen krediden haberdar olunduğu, yavru şirketteki katılma payının korunacağı, yavru şirket üzerinde nüfuzun kullanılacağı, ödeme için gerekli finansal araçların sağlanacağı, ödeme kabiliyetinin korunacağı gibi taahhütleri içerebileceği gibi, yalnızca ana şirket-yavru şirket ilişkisini belirten bilgi verilmesi amacıyla da hazırlanabilmektedir.⁷⁸² Himaye beyanının hukuki bir etkisinin olup olmayacağı tartışmalıdır.⁷⁸³ Bir kısım hukuk sisteminde bağlayıcı olmadığı ve herhangi bir hukuki etkisi bulunmadığı kabul edilmektedir.⁷⁸⁴

2.2. MÜZAKERE SÜRECİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Müzakerelere ilişkin önemli konulardan birisi, müzakereler sırasında tarafların ne tür yükümlülükleri bulunduğu ve bu yükümlülüklerin hangi derecede dikkate alınacağıdır. Hukuk sistemlerinin bu konuya yaklaşımları farklıdır.⁷⁸⁵ Anglosakson hukukunda müzakere sürecinin bağımsız bir hukuki ilişki meydana getirdiği kabul edilmediği için, tarafların

⁷⁷⁸ FARNSWORTH, (General), 25.

⁷⁷⁹ DAVIS, 2; EBKE, 41.

⁷⁸⁰ EBKE, 41.

⁷⁸¹ GOODE, (Formation), 55; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 351. Bununla birlikte himaye beyanının amacının yavru şirketin yükümlülüklerine ilişkin bir garanti verme amacı taşımadığı da belirtilmektedir. Bkz. ELLAND-GOLDSMITH, M.: “Comfort Letters in English Law and Practice”, *International Business Law Journal*, Vol.5, 1994, 527-541, 527.

⁷⁸² Himaye beyanının amacı ve içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, İsmail: “Kredi Teminat Aracı Olarak Himaye Beyanı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı:1-4, Ankara, 1995, 451-475, 455-459; ELLAND-GOLDSMITH, 527 vd.

⁷⁸³ KIRCA, İ., 463 vd. Ayrıca bkz. ELLAND-GOLDSMITH, 530 vd.

⁷⁸⁴ FURMSTON, 35.

⁷⁸⁵ BORTOLOTTI, 167; DALHUISEN (V.II), 78.

sözleşme öncesi müzakereler sebebiyle bazı yükümlülükleri doğacağı kabul edilmemektedir. Diğer hukuk sistemlerinde ise, müzakerelere girişmekle tarafların bazı yükümlülükler altına girdiği kabul edilmekle birlikte, sorumluluğu tetikleyen faktörlerin neler olduğu ve bunların kapsamı konusunda bir uzlaşısı bulunmamaktadır.⁷⁸⁶

Sözleşme öncesi yükümlülükler iyi niyet ve dürüstlük kurallarından doğmaktadır.⁷⁸⁷ Türk hukukunda, bazı yazarlar bu yükümlülüklerin ihlali halinde, taraflar arasında özel bir bağlantı meydana getiren temas sebebiyle, taraflar arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin meydana geldiğini kabul etmektedir.⁷⁸⁸ Bu yükümlülükler, asli edim ve yan edim yükümlülüklerinden fonksiyonel ve doğuştan bağımsız bir yapıdadır.⁷⁸⁹ Tarafların müzakere aşamasında ortaya çıkan ve güven sorumluluğuna dayanan bu yükümlülükleri için doktrinde koruma yükümlülükleri, yan yükümler, davranış yükümü gibi terimler kullanılmaktadır.⁷⁹⁰

Sözleşme öncesi yükümlülükler, hedeflenen sözleşme kurulsa da kurulmasa da, tarafların müzakereye girişiyle ortaya çıkar⁷⁹¹ ve sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkan yükümlülüklerden ayırdır⁷⁹². Burada belirtmek gerekir ki, tarafların sözleşme öncesi süreçte yer alan bu yükümlülükleri yalnızca bu sürece mahsus değildir. Sözleşme öncesi aşamada yer alan yükümlülükler büyük ölçüde sözleşmenin imzalanmasından sonra

⁷⁸⁶ CARTWRIGHT, John/HESSELINK, Martijn: *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, UK, 2008, 477.

⁷⁸⁷ OĞUZTÜRK, Burcu: *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, 84; OĞUZMAN/ÖZ, 78. Yargıtay'ın aynı yöndeki kararı için bkz. Yargıtay HGK 12.03.1997 tarihli ve E.1996/13-850 K.1997/186 sayılı kararı ile Yargıtay 19.HD.30.11.2004 tarihli ve E.2004/4912 K.2004/11803 sayılı karar ve Yargıtay 13.H.D. 13.11.1995 tarihli ve E.1995/9375 K.1995/9860 sayılı kararlarına göre; "..... Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK.md.2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır".

⁷⁸⁸ YALMAN, Süleyman: *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, 82; KIRCA, Çiğdem: *Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları No: 411, Ankara, 2004, 147, dn.790; OĞUZTÜRK, 81; KOCAYUSUFAŞAOĞLU, 169.

⁷⁸⁹ KIRCA, 154-155; OĞUZTÜRK, 81; SEROZAN, Rona: "'Culpa in Contrahendo', 'Akdin Müsbet İhlali' ve 'Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme' Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, No 18, 1968, 108-129, 119.

⁷⁹⁰ Terminoloji hakkında bkz. KIRCA, 155.

⁷⁹¹ OĞUZTÜRK, 95.

⁷⁹² GHESTIN, Jacques: "French Report: The Precontractual Obligation to Disclose Information", *Contract Law Today: Anglo-French Comparison*, Ed: Donald HARRIS / Denis TALLON, Oxford University Press, 1989, 151-165, 152; DALHUISEN (V.II), 78.

da devam etmektedir.⁷⁹³ Bununla birlikte hak ve borçları hem sözleşmenin müzakeresi aşamasında, hem de sözleşmenin yürütülmesi aşamasında tarafların katettiği yol ölçüsünde kademeli olarak artmaktadır. Sözleşmenin imzalanmasından sonra ise yeni hak ve borçlar da eklenmektedir.⁷⁹⁴

Türk hukukunda müzakere sürecine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte MK'daki iyi niyet ve dürüstlük kuralları, tarafların müzakere sürecindeki yükümlülüklerinin belirlenmesinde dayanak noktasını oluşturmaktadır. Zira her tür ilişkide geçerli olan iyi niyet ve dürüstlük kuralları, müzakere ilişkisinde de geçerli olacağından,

⁷⁹³ KIRCA, 155, 159; OĞUZTÜRK, 84. Yargıtay da Ankara 7. Tüketici Mahkemesi'nin E.2009/308 K.2009/573 sayılı kararında "koruma yükümlülükleri veya yan yükümlülükler olarak adlandırılan yükümlülüklerin sözleşme öncesi, sözleşme sırasında ve sözleşme sonrasında olmak üzere üç şekilde karşımıza çıkabileceğini" belirten kararını onamıştır. Bkz. Yargıtay 13.HD. 29.9.2010 tarih ve E.2010/2762 K.2010/12361 sayılı kararda şu şekilde ifade edilmiştir; "... Her akdi ilişkide tarafların ulaşmak istedikleri amaçlar esasen edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve dolayısı ile alacaklının ifa menfaatinin tatmin edilmesiyle gerçekleşir. Ancak taraflar edimin ifası ile elde edecekleri menfaatlerden başka mal ve kişi varlığı değerlerine de sahiptir. Edimin ifası, ifa hazırlıkları ve hatta akit görüşmeleri esnasında tarafların edim dışında kalan bu tür mal ve kişi varlığı menfaatlerinin tehlikeye maruz kalması, zarar görmesi her zaman mümkündür.

Bu sebeple sözleşme yapmak amacı ile sosyal temasa giren kişiler bu andan itibaren aralarında kurulan ilişkinin her safhasında birbirlerine zarar vermemek için her türlü özeni göstermek, gerekli çabayı sarf etmek zorundadırlar. Örneğin: Alışveriş yapmak üzere mağazaya gelen müşterinin hırsızlık olaylarına karşı korunması veya merdivenlerden düşme tehlikesinin önlenmesi ile ilgili gerekli koruma tedbirlerinin ilgili işyeri tarafından alınması zorunludur.

Koruma yükümlülükleri aslında nitelikleri itibarı ile yan yükümlülükler içinde yer alır. Bu sebeple koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde bunları ihlal eden tarafa karşı ancak tazminat davası açılabilir.

Koruma yükümlülükleri doğuş anları yönünden akit öncesi, akit esnası ve akit sonrası koruma yükümlülükleri olmak üzere ayrıma tabi tutulabilir. Akit öncesi koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde Akit görüşmelerinden doğan sorumluluk (Culpa in Contrahendo) söz konusu olur. Borç ilişkisi her zaman akitle ve borçlanılan edimin ifası ile sona ermez. Sosyal temas ve akitle taraflar arasında kurulan özel ilişki etkisini akitten önce ve akitten sonra da gösterebilir. Bu yükümlülüklerin ihlali halinde haksız fiile dair hükümler uygulanmaz. Bu halde hakkaniyet, güven ilişkisi, dürüstlük kuralları gibi Borçlar Hukukuna hakim olan temel prensipler de gözetilerek bu tür yükümlülüklerin ihlali akdi sorumluluk hükümlerinin uygulanması, menfaatler dengesi yönünden daha adil sonuç doğurur.

Yukarıda yapılan teorik açıklama ve bilimsel görüşler nazara alındığında, davacının davalıya ait park yeri olarak çevrili alana aracını park ettiği ve araç içerisinde dizüstü bilgisayarının araç camları kırılarak çalındığı anlaşılmıştır. Davacı taraf davalıya ait otoparka girdiği andan itibaren taraflar arasında sözleşmenin yan edimi yükümlülüklerinden olan koruma yükümlülüğünün başladığı kuşkusuzdur. Bu halde davalı taraf, gelen müşterinin güvenliğini korumakla yükümlü olup, gerekli güvenlik tedbirlerini almak zorundadır. Örneğin: Park alanının çok geniş ve büyük olması nedeni ile müşterinin aracını güvenliğin daha rahat sağlanabilecek noktalara park etmesi temin edilebilir. Aynı şekilde tesisin bulunduğu bölge itibarı ile yeteri kadar güvenlik elemanı bulundurulabilir veya güvenlik kamerası vb. önlemler alınabilir ya da park alanını çevreleyen tel veya çit benzeri şeyler daha güvenli korunaklı ve sağlam yapılabilir.

Bu olayda olduğu üzere davalı tarafın hırsızlık sebebiyle sorumluluk kabul edilmez vb. uyarılar yapması sonucu değiştirmez, davalı güvenliği sağlayamıyorsa gerektiğinde pak alanını tümüyle kapatmalıdır. Tacir olan davalı TTK. 20/2 md uyarınca bütün faaliyetlerinde basiretli davranmak zorundadır. Bu sebeple meydana gelen zarardan davalı taraf akdi sorumluluk hükümlerine göre (BK. m. 96 vd.) sorumludur. (13 HD. 31.3.2006, 15654/4848 Sayılı emsal karar).".

⁷⁹⁴ DALHUISEN (V.II), 15.

tarafklar iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun şekilde müzakereyi yürütmek durumundadırlar. Tarafların müzakere aşamasındaki yükümlülükleri esasen dürüstlük kuralı dikkate alınarak belirlenmektedir, bunun yanında taraflar, anlaşarak müzakere sürecindeki hak ve yükümlülüklerini kendileri de belirleyebilirler.⁷⁹⁵

Bazı yazarlar bu yükümlülükleri negatif yükümlülükler, pozitif yükümlülükler ve güvene dayanan yükümlülükler şeklinde bir ayrıma tabi tutmaktadır.⁷⁹⁶ Biz bu tür bir ayırım yapmaksızın, milletlerarası sözleşmelerin müzakeresinde birçok hukuk sisteminde kabul gören temel yükümlülükleri ayrı ayrı inceleyeceēiz.

2.2.1. Müzakereleri İyiniyetle Yürütme Ykmllē

İyiniyet prensibi, hemen tüm hukuk sistemlerinde pozitif olarak düzenlenmiş ve her tür sözleşmede geçerli olarak kabul edilen evrensel bir ilkedir.⁷⁹⁷ İyiniyetin sözleşmelere etkisi ise milletlerarası alanda ve özelde milletlerarası ticaret alanında gittikçe artmaktadır.⁷⁹⁸ Bu ilke müzakereler sırasında tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesinde sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Müzakereleri iyi niyetle yürütme ykmllē geniş anlamda diēer yükümlülüklerin de çıkış noktası olarak kabul edildiēinden, çalışmanın devamında incelenecek olan diēer yükümlülüklerden daha geniş biçimde ele alınmıştır.

2.2.1.1. İyiniyet Kavramı

İyiniyet modern ticarete temel varsayımlardan birisi olarak karşımıza çıkmasına raēmen, kavramsal olarak tanımlamak güçtür.⁷⁹⁹ çünkü bu kavramın çok yönlü bir karakteri vardır. Tanımlanmasındaki zorluk da kanaatimizce bu sebeple ortaya çıkmaktadır. Bir hukuk kuralı olarak karşımıza ıkabileceēi gibi, bir vakıa, bir hukuk prensibi, takdir yetkisi ve takdir

⁷⁹⁵ İINTAN, 123.

⁷⁹⁶ Bkz. SMITH, Stephen A.: *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6th Edition, Clarendon Law Series, Clarendon Press, Oxford, 2005, 85-92

⁷⁹⁷ HASSAN, 2-3; ROBIN, Guy: "The Principle of Good Faith in International Contracts", *International Business Law Journal*, Vol.6, 2005, 695-727, 695; LONCLE/TROCHON, 13.

⁷⁹⁸ MUGASHA, Agasha: "Good Faith Obligations in Commercial Contracts", *International Business Lawyer*, Vol.27, September 1999, 355-364, 355; HISCOCK, Mary E.: "The Keeper of the Flame: Good Faith and Fair Dealing in International Trade", *Loyola of Los Angeles Review*, Vol.29, April 1996, 1059-1070, 1061.

⁷⁹⁹ FOX, 16; CORDERO-MOSS, 77. Benzer yönde bkz. PALMIERI, Nicola W.: "Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations", *24 Seton Hall Law Review*, Vol.24, 1993, 70-209, 78-79.

yetkisinin sınırı, ahlaki veya sosyal baskı aracı, salt pratik bir kural olarak da karşımıza çıkabilir.⁸⁰⁰ Doktrinde iyi niyeti tanımlayan yazarlar; ahlaki kavramlar, beklenen fayda, kötü niyeti ortaya çıkaran durumlar gibi farklı noktalardan hareketle bu kavramı tanımlamaya çalışmışlardır.⁸⁰¹ Bir yazara göre iyi niyetin, ‘dürüst olmayacak şekilde hareket etmemek’ ve ‘bir diğeri üzerindeki hakimiyeti kasıtlı olarak suiistimal etmekten kaçınmak’ şeklinde iki temel boyutu bulunmaktadır.⁸⁰² İyi niyet ilkesi günümüzde artık salt kötü niyetin karşıtı olarak kullanılmamakta ve dinamik bir yapıya sahip, sürekli gelişmekte olan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁰³ Bir şeyden kaçınmak şeklinde pasif davranış biçimi olarak karşımıza çıkabileceği gibi, olumlu bir adım atılması şeklinde (örneğin bir diyalogu başlatmak, sözleşmenin yapılmasını kolaylaştıracak bir harekette bulunmak gibi) pozitif veya aktif davranış biçiminde de ortaya çıkabilir.⁸⁰⁴ Bu kavram aynı şekilde olmasa da tüm sözleşme ilişkilerini etkilemektedir.⁸⁰⁵ Sözleşme ilişkilerinde iyi niyetin rolü yalnızca sözleşmenin ifası ile sınırlı tutulmamakta, sözleşme öncesi müzakere süreci, sözleşmenin ifası, sona ermesi ve hatta sözleşme sonrası süreçte de söz konusu olabilmektedir.⁸⁰⁶ Zira sözleşme süreci ile müzakere süreci arasında öylesine ince bir çizgi bulunmaktadır ki,

⁸⁰⁰ DALHUISEN (V.II), 57.

⁸⁰¹ NEDZEL, 154. NEDZEL’in iyi niyet tanımında ise iyi niyet, ‘aslında kötü niyetin yokluğu’ olarak tanımlanmıştır.

⁸⁰² MUGASHA, 357.

⁸⁰³ DALHUISEN (V.II), 14, 54, 57; MUGASHA, 362; COHEN, Nili: “From the Common Law to the Civil Law: The Experience of Israel”, *Precontractual Liability in European Private Law*, Ed: John CARTWRIGHT / Martin HESSELINK, Cambridge University Press, 2008, 308-429, 424. Benzer yönde bkz. HOSKINS, 146; HASSAN, 12; MACQUEEN, Hector L.: “Good Faith”, *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Eds: Hector L. MacQueen, Reinhard Zimmerman, Edinburg Studies in Law, Vol.2, Edinburg University Press, 2005, 43-73, 47. HASSAN’ın haklı olarak belirttiği gibi, günümüzde modern hukuk sistemlerinin birçoğunda pozitif düzenlemelerde iyi niyet ilkesine yer verilmesi sebebiyle, yalnızca bir hakkın kötüye kullanılması olmayıp, pozitif geçerliliği olan bir hukuk kuralının ihlali olarak nitelendirilmektedir.

⁸⁰⁴ MUGASHA, 362.

⁸⁰⁵ DALHUISEN (V.II), 14. İyiniyet ilkesi hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde temel bir hukuk kuralı olarak kabul edildiğinden, her tür ilişkide geçerli bir kuraldır. Bkz. PALMIERI, 74-75. Türk hukukunda da iyi niyet ve dürüstlük kurallarının güven düşüncesinden doğduğu ve tarafların sözleşme ilişkisine girmekle ‘karşılıklı bir güven ilişkisi’nin ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bkz. EDİS, Seyfullah: “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, *Prof.Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 367, Ankara, 1975, 447-460, 447.

⁸⁰⁶ Örneğin Fransız hukukunda *culpa in contrahendo* sorumluluğu, başka bir deyişle sözleşme müzakerelerinden sorumluluk, ayrı bir sorumluluk türü olarak kabul edilmemesine rağmen, sözleşmenin ifasında iyi niyetle hareket edilmesine ilişkin kural, sözleşme öncesinden başlayıp, sözleşmenin ortadan kalkmasından sonraki sürece kadar işletilebilmektedir. Bu şekilde ulaşılan sonucun ise *culpa in contrahendo* sorumluluk ile ulaşılan sonuçla aynı olduğu belirtilmektedir. Bkz. HASSAN, 12-13; COLOMBO, 353. Bir kısım hukuk sisteminde ise iyi niyet prensibi, sözleşme öncesi yükümlülükler arasında kabul edilmekte ve buna aykırılık halinde, sözleşme öncesi sorumluluk gündeme gelebilmektedir. Japon ve İsviçre hukukları gibi bazı hukuk sistemlerinde ise iyi niyet prensibi her tür hukuki fiilde geçerli bir ilke olarak kabul edilmektedir. Bkz. ROBIN, (Goodfaith), 698. Benzer yönde bkz. PALMIERI, 74.

sözleşme sürecine uygulanan bazı kavramlar ve kurallar aynı zamanda sözleşme öncesindeki sürece de uygulanabilmektedir. Bu kurallardan birisi de iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğüdür.⁸⁰⁷ İleride detaylı olarak göreceğimiz gibi, *culpa in contrahendo* olarak ifade edilen sözleşme öncesi sorumluluk temelde iyi niyet ilkesine dayanmaktadır.⁸⁰⁸ Dürüstlük kuralı, makul standart gibi terimler de iyi niyet ilkesiyle aynı anlama işaret eder şekilde kullanılmaktadır.⁸⁰⁹ Bazı yazarlar ticari sözleşmeleri işaret etmek için, iyi niyet yerine ‘adil ticaret’ (*fair trading*) terimini kullanmakta, hatta ‘adil ticaret ilkesi’nin iyi niyet ilkesinden farklı olmadığını ve iyi niyet ilkesinden doğduğunu belirtmektedirler.⁸¹⁰ Sözleşmelerin müzakere aşamasına ilişkin olarak bazı yazarlar dürüstlük kuralı (*fair dealing*) ve ‘en iyi çaba’ (*best efforts*) kavramlarını kullanmaktadır.⁸¹¹ Uygulamada da iyi niyet yerine ‘en iyi çaba’ teriminin sıklıkla kullanıldığı görülmektedir.⁸¹² Çalışmada iyi niyet kavramı, adil ticaret, en iyi çaba gibi kavramları da içermek üzere, hem dürüstlük kuralını (objektif iyi niyet), hem de subjektif iyi niyet kavramını içine alacak şekilde kullanılmıştır.

Milletlerarası ticarete kullanılan iyi niyet kavramı, millî hukuklardaki iyi niyet kavramından farklı olup, milletlerarası ticarete taraf iradesine daha geniş yer verildiği için, kanaatimizce iyi niyet prensibinin müdahale alanı da iç hukuklara göre daha geniştir.⁸¹³ İyi niyet prensibi, iyi niyetli ve dürüst bir kişinin makul beklentisinin korunmasını, hukuki çıkarının dikkate alınmasını gerektirir.⁸¹⁴ Bu prensip kişinin kendi çıkarını kollamasına bir sınırlama getirmektedir. Ancak prensibin belirli bir referans noktasının olmaması da birçok

⁸⁰⁷ PHILIPPE, 362.

⁸⁰⁸ HASSAN, 3.

⁸⁰⁹ MUGASHA, 356.

⁸¹⁰ Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ACQUIS GROUP, (Contract I), 62-65; ACQUIS GROUP, (Contract II), 100-103.

⁸¹¹ Özellikle Anglo-Sakson hukukunda iyi niyet kavramını işaret edecek şekilde bu terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. LONCLE/TROCHON, 13. Bununla birlikte en iyi çaba (*best efforts*) kavramının iyi niyet veya dürüst kavramından daha ağır bir yükümlülüğü ifade ettiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. FARNSWORTH, (General), 26.

⁸¹² FARNSWORTH, (Preliminary), 272.

⁸¹³ Aksi yöndeki görüş için bkz. SÜRAL, 69. Yazar, milletlerarası alanda iyi niyetin müdahalesinin daha dar olduğunu belirtmiş ve bu durumu milletlerarası ticarete taraf iradesine geniş biçimde yer verilmesine bağlamıştır. Oysa kanaatimizce taraf iradesine geniş bir hareket alanı bırakılması, iyi niyetin rolünü azaltmayacağı gibi, aksine artıracaktır. Çünkü evrensel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilen bu ilkenin en önemli kullanım alanı –gerek iç hukuklarda, gerekse milletlerarası özel hukukta – tarafların hareket ve davranışlarının yorumlanmasıdır. Dolayısıyla tarafların hareket alanı genişlediği ölçüde iyi niyet prensibinin müdahale alanı da artacaktır.

⁸¹⁴ STEYN, 51; ZACCARIA, Elena Christine: “The Dilemma of Good Faith in International Commercial Trade”, *Macquaire Journal of Business Law*, 2004, Vol 1, 101-112, 102; BROWNSWORD, 100.

sorunun belirsiz kalmasına sebep olmaktadır.⁸¹⁵ Örneğin iyi niyet denildiğinde yalnızca subjektif iyi niyeti mi ifade edecek, yoksa objektif iyi niyet olarak adlandırılan bağımsız bir dürüstlük standartı mı anlaşılacak; sözleşme öncesi aşama da dahil olmak üzere sözleşmenin tüm aşamalarına uygulanacak mı; taraflara negatif veya pozitif yükümlülükler getirir mi; sadece tarafların hareketlerine mi uygulanır yoksa sözleşme içeriğine de uygulanacak mı gibi sorulara cevap vermek için bu kapsamı belirlemek gerekir. Bu noktada bazı yazarlar sözleşme müzakerelerinde iyi niyetin veya tarafların ortak amaçlarına uygun biçimde davranıp davranmadığının tespitinde, subjektif iyi niyet (*subjective honesty*) ve objektif mantıksallık (*objective rationality*) olmak üzere iki unsurun referans noktası olarak dikkate alınabileceğini belirtmektedirler.⁸¹⁶ Bu durum ise iyi niyet ilkesinin somut olaya göre yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğüne aykırılık bulunup bulunmadığı belirlenirken karşı tarafın haklı beklentileriyle ve dürüstlük kuralına ilişkin makul standartlara uyumlu davranıp davranılmadığı, tarafların hedeflenen sözleşmeyi yapmaları yönündeki ortak amaca uygun davranıp davranmadığı, tarafların niyeti gibi kriterler dikkate alınacaktır.⁸¹⁷

2.2.1.2. Hukuk Sistemlerinin ‘Müzakereyi İyiniyetle Yürütme Yükümlülüğü’ne Yaklaşımı

Sözleşme öncesi görüşmelerde tarafların yükümlülüklerine yaklaşım hukuk sistemlerine göre değişmektedir. Hukuk sistemleri, sözleşme öncesi süreçte iyi niyetle müzakere yükümlülüğünü kabul eden sistemler ve bu yükümlülüğü kabul etmeyen sistemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Kara Avrupası hukuk sistemlerinde sözleşmenin müzakeresi ve ifasında iyi niyetle hareket etme yükümlülüğü genel bir yükümlülük olarak kabul edilmekte iken, Anglo-Amerikan yaklaşımına sahip hukuk sistemlerinde bu denli kapsayıcı bir prensip olarak görülmemektedir.⁸¹⁸ Hukuk sistemleri arasındaki bu temel ayrılığın en önemli sebebi; Anglo-Amerikan hukukunda müzakere ilişkisinin ayrı bir borç

⁸¹⁵ BROWNSWORD, 101.

⁸¹⁶ HOSKINS, 146-147.

⁸¹⁷ HOSKINS, 145 vd.

⁸¹⁸ ZACCARIA, (Goodfaith), 102-103. Kara Avrupası ile Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin iyi niyet yükümlülüğüne yaklaşımları konusunda ayrıca bkz. COLOMBO, 343 vd.; CREMADES, Bernardo M.: “Good Faith in International Arbitration”, *American University International Law Review*, Vol. 27:4, 2012, 761-788, 776 vd.

ilişkisi olarak görülmemesidir.⁸¹⁹ Zira bu hukuk sistemlerinde sözleşme kurma iradesi ve sözleşmenin kurulmasına odaklanılmaktadır. Buna karşılık Kara Avrupası hukuk sistemleri ise tarafların irade açıklamalarından ziyade taraflar arasındaki ilişkiye odaklanmaktadır.⁸²⁰ Müzakerelerin bir hukuki ilişki meydana getirip getirmediği noktasında Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan hukukundaki bu temel farklılığa rağmen doktrinde, tarafların sözleşme müzakeresini iyi niyetle yürütme yönünde bir yükümlülüğünün bulunduğu fikri hakimdir.⁸²¹

Bazı hukuk sistemleri sözleşme öncesinde taraflara herhangi bir yükümlülük (ve özellikle müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğü) yüklememektedir.⁸²² Hukuk sistemlerinin bu tür bir yaklaşıma sahip olmasının temelinde, iyi niyet kavramının belirsizliğinin yer aldığı kanaatindeyiz. Müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğü muğlak olmasının yanında, farklı kişiler için farklı anlamlara da gelebilir.⁸²³ Milletlerarası ticarete her bir taraf doğal olarak kendi çıkarını koruyacak şekilde hareket edecektir.⁸²⁴ Bu nedenle bir taraf açısından makul bir hareket tarzının diğer tarafa yansması kötü niyeti ortaya çıkarabilir. Örneğin, bir tarafa göre kendi menfaati doğrultusunda makul olarak sözleşme görüşmelerini yarıda kesmesi, diğer taraf açısından iyi niyet yükümlülüğünün ihlali

⁸¹⁹ Bu görüşe göre müzakere aşaması hukuken korunan sözleşme ilişkisinin hazırlık aşaması olup, bizzat müzakere sürecinin hukuken korunması gerekmemektedir. Özellikle Anglosakson hukuk sistemlerinde, müzakere sürecinin hukuken korunan bir ilişki meydana getireceğine şiddetle itiraz edilmektedir. Bkz. CARTWRIGHT/HESSELINK, 450-451. Bu yaklaşımın gerekçelerinden birisi, müzakere sürecinde tarafların pozisyonlarının net olmaması ve müzakere halindeyken sürekli değişmesi sebebiyle kapsamının net ve kesin olarak belirlenememesidir. Bir diğer gerekçe ise tarafların aralarındaki ilişkinin objektif olarak yorumlanması gereğidir. Bkz. MCKENDRICK, Ewan: "Interpretation of Contracts and the Admissibility of Pre-Contractual Negotiations", *Singapore Academy Law Journal*, Vol.17, 2005, 248-276, 264-265, 267. Müzakere aşamasındaki fiil ve olguların sözleşme kurulsun veya kurulmasın, ileriki aşamada bazı hususları kanıtlamak üzere kullanılmak istenmesi halinde, tarafların birisi genellikle müzakere sürecindeki olay ve olgulara yüklediği subjektif anlamdan hareket etmektedir. Müzakere sürecinin kabul edilebilir hukuki bir ilişki yaratamayacağını belirtenler ise, olay ve olguların objektif olarak yorumlanması gerektiğini, bir tarafın subjektif olarak yüklediği anlama göre hareket edilemeyeceğini belirtmektedir.

⁸²⁰ NEDZEL, 112. Bu görüşe göre taraflar hukuken korunan bir sözleşme ilişkisi içinde bulunmasalar dahi, aynı amaca (sözleşme yapma amacına) yönelik işbirliği içinde bulunduklarından veya en azından karşı tarafta bu yönde bir intiba uyandırdıklarından, (sözleşme ilişkisindeki kadar sıkı biçimde olmasa da) müzakere aşamasının bizzat kendisi hukuken korunmaya değer bir ilişki meydana getirmektedir. Bu nedenle sözleşme yapısın veya yapılmasın, tarafların sözleşmeden bağımsız olarak birbirlerine karşı birtakım yükümlülükleri bulunduğunun kabul edilmesi gerekir. Bkz. CARTWRIGHT/HESSELINK, 450; OĞUZTÜRK, 82.

⁸²¹ Bkz. LONCLE/TROCHON, 13.

⁸²² Örneğin genellikle İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde ortada bir sözleşme bulunmaması sebebiyle taraflar müzakerelerden sorumlu tutulmamakta ve müzakereler sebebiyle sorumluluk bu hukuk sistemlerin sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması olarak algılanmaktadır. Bkz. FARNSWORTH, (Preliminary), 221; NEDZEL, 115.

⁸²³ KLEIN, 158

⁸²⁴ ZACCARIA, (Goodfaith), 101.

olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle müzakerelerde genel bir iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğünün bulunmaması gerekir.⁸²⁵ Amerikan hukuku gibi bazı hukuk sistemlerinde ‘alıcının dikkatli davranması’ (*caveat emptor*) ilkesine yer verildiğinden, iyi niyet ilkesinin müzakere sürecine uygulanamayacağı savunulmaktadır.⁸²⁶ Benzer yaklaşıma sahip hukuk sistemlerinde müzakerenin bizzat kendisi, hukuken sonuç bağlanan bir ilişki olarak görülmemektedir. Bununla birlikte günümüzde kişinin kendi menfaatini koruyacak şekilde hareket etmesi ticari teamüllerle şekillendirilmiş ve sosyal değerlerle dengelenmiştir.⁸²⁷ Başka bir deyişle her bir tarafın, kendi menfaatini koruyacak şekilde hareket ederken dahi, iyi niyetli ve dürüst davranması gerektiği kabul edilmektedir.⁸²⁸

Kara Avrupası hukuk sistemine dahil birçok ülkede ise genellikle tarafların müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilir.⁸²⁹ Ancak bu hukuk sistemlerinde iyi niyetin sözleşmelere etkisi ve kapsamı dikkate değer biçimde farklılık göstermektedir.⁸³⁰ Bu yaklaşıma sahip hukuk sistemlerinde, sözleşme öncesi görüşmelere işaret eden hiçbir yazılı belge bulunmasa dahi, tarafların görüşmelerini iyi niyetle yürütmelerine yönelik yükümlülükleri vardır.⁸³¹ Örneğin Hollanda, İtalyan ve Alman hukuklarında, sözleşme müzakeresi, hukuken korunan bir ilişki yaratmakta ve tarafların bu ilişki sebebiyle müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸³² Benzer şekilde Fransız hukukunda da iyi niyet ilkesi sözleşme öncesi bir yükümlülük olarak

⁸²⁵ CARTWRIGHT/HESSELINK, 467.

⁸²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. PALMIERI, 109 vd.

⁸²⁷ ZACCARIA, (Goodfaith), 101-102.

⁸²⁸ NEDZEL, 103.

⁸²⁹ BORTOLOTTI, 167; NEDZEL, 110; DIETRICH, Joachim: “Classifying Precontractual Liability: A Comparative Analysis”, *Legal Stud.* Vol: 21, No:2, 153-191, 175; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 372. Benzer yönde MASTELLONE, 4.

⁸³⁰ HISCOCK, 1069. Benzer yönde SCHWENZER/HACHEM/KEE, 278. Örneğin bir kısım ülke hukuklarında, müzakere sürecinin uzunluğunun tek başına taraflara bir yükümlülük getirmeyeceği kabul edilirken, bir kısım ülke hukuklarında ise müzakerenin çok uzun sürdüğü hallerde müzakereleri nedensiz olarak kesmeme yönünde bir yükümlülük bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. CARTWRIGHT/HESSELINK, 477-478. Bununla birlikte tüm hukuklar, tarafların başlangıçta müzakereden vazgeçme veya müzakereleri kesme hususunda bir özgürlükleri bulunduğu ve bunun sözleşme özgürlüğünün bir parçası olduğunu kabul etmektedir. Zira sözleşme özgürlüğü, aynı zamanda dilediği kişi ile sözleşme müzakerelerine girişme ve sözleşme yapmama özgürlüğünü de içermektedir.

⁸³¹ DALHUISEN (V.II), 78.

⁸³² CARTWRIGHT/HESSELINK, 468; COLOMBO, 356-357; GROVE, Kelda: “The Doctrine of Good Faith in Four Legal Systems”, *Construction Law Journal*, Vol.15, No.4, 1999, 265-287, 268; BRAGGION, Antonio: “Contract Proposals and Letters of Intent Under Italian Law”, *Structuring International Contracts*, Ed: Dennis CAMPBELL, Kluwer Law International, 1996, 179-191, 182.

görülmektedir.⁸³³ Çin hukukunda ise iyi niyet prensibi her tür hukuki ilişkiyi içerecek şekilde düzenlendiğinden sözleşmenin müzakeresi aşamasında da bu prensip etkilidir.⁸³⁴ Buna karşılık Anglo-Amerikan hukuku bu tür bir yükümlülüğü tanıma konusunda isteksizdir. Örneğin Amerikan hukukunda taraflar arasında önceki bölümde belirttiğimiz sözleşme öncesi belgelerden birisinin bulunmaması halinde, genellikle müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir.⁸³⁵ Amerikan hukukundaki bu yaklaşımın, iyi niyet kavramının muğlaklığından kaynaklandığı belirtilmektedir.⁸³⁶ Avustralya hukukunda da *culpa in contrahendo* gibi ayrı bir sorumluluk türü bulunmamakta, kural olarak tarafların diledikleri zaman müzakereleri kesebileceği kabul edilmekte, ancak bu kuralın birçok istinası bulunmaktadır.⁸³⁷ Türk hukukunda da Yargıtay'ın verdiği kararlarda, tarafların müzakereleri iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun biçimde yürütmeleri gerektiği belirtilmekte ve müzakere ilişkisi sebebiyle sözleşme öncesinde bir takım yükümlülükleri bulunduğu kabul edilmektedir.⁸³⁸

⁸³³ GROVE, 267.

⁸³⁴ Çin hukukunda müzakereler sebebiyle sorumluluk hakkında bilgi için bkz. ROUGIER-BRIERRE, 158-163.

⁸³⁵ NEDZEL, 124.

⁸³⁶ Taraflar arasında sözleşme öncesi bir belge bulunmaması halinde iyi niyetle yürütme yükümlülüğünün kapsamının nasıl tespit edileceği ve hangi hallerin bu yükümlülüğe aykırılık olarak niteleneceğinin tespit edilmesinin çok zor olduğu belirtilmektedir. Bkz. NEDZEL, 124-125; KLEIN, 158.

⁸³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. BASS, Naomi: "Eleventh Hour Collapse: An Elements-Based Comparison of the German Doctrine of Culpa in Contrahendo and Australian Principles of Pre-Contractual Liability", *Macquarie Journal of Business Law*, Vol.6, 2009, 217-238, 217 vd.

⁸³⁸ 19.HD.1.12.2005 tarihli ve E.2005/2865 K.2005/11959 sayılı kararına göre; "... Taraflar arasındaki uyuşmazlık, bayilik sözleşmesi imzalanacağı inanç ve düşüncesi ile yapılan harcamalara ilişkin tazminat isteminden kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla, talebin dayanağı "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (CULPA İN CONTRAHENDO) kuralıdır. Akit, bir süreçtir. Taraflar, akit kurulmadan önce akdin içeriği, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yapar. Bu görüşmelerin başlaması ile taraflar arasında hukuki ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir ve (MK 2/1) de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre, tarafların görüşmeler esnasında akdin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Taraflar bu yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması ile aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.

Bu durumda mahkemece, davacının bayilik sözleşmesi yapılacağına dair kendisinde güven oluşturulmasından dolayı yaptığı harcamalar nedeni ile zarara uğrayıp uğramadığının araştırılarak, tüm deliller birlikte değerlendirilip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırmaya dayalı yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir....."

2.2.1.3. Yükümlülüğün Kapsamı

İyi niyet prensibi birçok hukuk sisteminde kabul edilmekle birlikte, yukarıdaki örneklerde de görüldüğü gibi uygulanmasında farklılıklar barındırmaktadır.⁸³⁹

Taraflar müzakere sonucunda bir sözleşmenin kurulabilmesi için müzakere etmeyi ve müzakereleri bir anlaşma sağlayacak şekilde ciddiyetle sürdürme taahhüdünde bulunurlar.⁸⁴⁰ Müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğü hakkaniyet, dürüstlük ve doğruluk kuralları çerçevesinde şekillendirilen bir yükümlülüğe işaret etmektedir.⁸⁴¹ Söz konusu yükümlülük müzakereci taraflardan birisinin müzakerelerin başarıya ulaşmayacağını bildiği halde veya bilmesi gerekmesine rağmen, kasten veya ihmalen diğer tarafta sözleşmenin yapılacağına ilişkin haklı bir beklenti oluşturmaması sebebiyle ortaya çıkar.⁸⁴² Tarafların (bir sözleşme yapmak şeklindeki) ortak amaca sadakat göstermeleri müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğünün gerekliliklerindendir.⁸⁴³ Bu prensip, müzakereci veya sözleşmeci taraflara pozitif davranış yükümleri yüklemek yerine, 'kötü niyetin' veya 'mantıksızlığın' önüne geçilmesine hizmet eder.⁸⁴⁴ Örneğin ileride inceleyeceğimiz gibi müzakereyi geri çevirme, uygun olmayan taktikler kullanmak, mantıksız öneriler sunmak, açıklanması gereken hususları açıklamamak, başkalarıyla müzakereye girişmek, müzakereleri terk etmek veya kesmek gibi davranışlar müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilebilir.⁸⁴⁵ Buna karşılık bu yükümlülük, müzakereleri hedeflenen sözleşmenin imzalanması ile sonuçlandırma yükümlülüğü yüklememektedir.⁸⁴⁶ Aksinin kabulü sözleşme özgürlüğünü zedeleyeceğinden mümkün değildir.

⁸³⁹ STEYN, 51.

⁸⁴⁰ İŞINTAN, 124-125.

⁸⁴¹ LONCLE/TROCHON, 13. Bu tür bir kabul, ATEŞ'in tanımıyla, dürüstlük kurallarının, "bir toplumda kamusal vicdanın yarattığı değer yargıları olduğu ve bu yönüyle, hukuk düzeni içinde korunan genel etik ilkeler" olduğu şeklindeki tanımıyla da örtüşmektedir. Bkz. ATEŞ, Derya: "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, SAYI 72, 2007, 75-93, 91.

⁸⁴² EBKE, 42. Benzer yönde bkz. DIETRICH, 177-178.

⁸⁴³ HOSKINS, 143.

⁸⁴⁴ MACQUEEN (2005), 70. Benzer yönde COHEN, N., 423.

⁸⁴⁵ BORTOLOTTI, 167; FARNSWORTH, (General), 26; FARNSWORTH, (Preliminary), 273.

⁸⁴⁶ KLEIN/BACHECHI, 16; İŞINTAN, 124.

2.2.1.4. Milletlerarası Metinlere Göre Müzakere Aşamasında İyiniyetin Rolü

İyiniyet ilkesi VSS m.7/1’de belirtilmiştir.⁸⁴⁷ VSS 7/1’e göre “anlaşmanın yorumunda, anlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi, yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir”. Bu hüküm, iyi niyet prensibinin yalnızca sözleşmenin yorumunda mı dikkate alınacağı, yoksa sözleşme taraflarına iyi niyetle hareket etme yönünde genel bir yükümlülük mü getirdiği noktasında tartışma yaratmıştır.⁸⁴⁸ Ancak hakim görüş, bu hükmün sözleşme müzakereleri aşamasında ve önsözleşme gibi müzakere sözleşmelerinde de uygulanacağını kabul etmektedir.⁸⁴⁹ Zira VSS’de doğrudan ‘iyi niyet’ ifadesi kullanılmasa da, ‘makullük, dürüstlük’ gibi iyi niyetin farklı görünüm şekillerine işaret eden ifadeler de bulunmaktadır.⁸⁵⁰ Asıl tartışılması gereken husus iyi niyetin hangi kapsamda dikkate alınacağıdır. Bazı yazarlar, bu hükmün yalnızca sözleşmenin yorumlanmasında bir araç olarak kullanılacağını belirtirken,⁸⁵¹ diğer yazarlar ise sadece sözleşmenin yorumunda kullanılacak bir araç olduğu kabul edilse bile tarafların davranışlarını etkileyeceğini belirtmektedir.⁸⁵² Bizim de katıldığımız görüşe göre VSS’de iyi niyet prensibi hem taraflara iyi niyetle davranma yükümlülüğü yüklemekte, hem de yargı merciinin iyi niyet kurallarını dikkate alması gerektiğini belirterek iki yönlü bir fonksiyon ifa etmekte ve sözleşmenin ana prensiplerinden birisini oluşturmaktadır.⁸⁵³ Vardığımız bu yargının konumuz açısından önem taşıyan kısmı ise, bazı yazarlarca da belirtildiği üzere,

⁸⁴⁷ VSS’nin hazırlanması aşamasında anlaşmanın sözleşme öncesi görüşmelerde iyi niyet yükümlülüğü oldukça tartışılmıştır. Taslak anlaşmanın 5. maddesinde, “sözleşmenin oluşması sırasında taraflar dürüstlük kuralını gözetmek zorundadırlar.” ifadesine yer verilmiş, ancak anlaşmaya nihai şekli verilirken bu hüküm çıkarılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesi olarak; iyi niyet ve dürüstlüğün ahlaki prensipler olduğu, bu kavramların subjektif kavramlar olduğu ve hukuki bir yükümlülük statüsüne yükseltilmemesi gerektiğini, aksi durumda ülke mahkemelerinin anlaşma hükümlerini tahlil ederken her bir ülkenin kendi hukuki ve sosyal geleneklerine göre yorumlama eğilimi göstereceği ve bu kavramların yorumunun yeknesak şekilde ortaya çıkmayacağı belirtilmiştir. Değişikliğe karşı çıkanlar ise iyi niyet prensibinin evrensel düzeyde tanındığını ve milletlerarası ticarette önemli bir ilke olduğunu, dolayısıyla böyle bir sözleşmeye dahil edilmesinin önemine dikkat çekmişlerdir. Buna ek olarak, iyi niyet prensibine sözleşme öncesi aşamada açıkça yer verilmesinin zaman içinde mahkeme kararlarında yeknesaklığın sağlanacağını, ayrıca hem sözleşmenin tarafları, hem de ülke mahkemeleri açısından milletlerarası ticari işlemlerde yüksek derecede özen gerektiren bir davranış beklentisi bulunduğunu hatırlatacağını belirtmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KLEIN/BACHECHI, 19-20; GODERRE, 260-265; ZACCARIA, (Goodfaith), 104-106; KONERU, 138 vd.; BONELL, 166-167.

⁸⁴⁸ ZACCARIA, (Goodfaith), 106. Bener yönde bkz. KONERU, 139.

⁸⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KLEIN/BACHECHI, 20-21. Aynı yöndeki görüş için ayrıca bkz. ROBIN, (Goodfaith), 717.

⁸⁵⁰ KONERU, 140.

⁸⁵¹ Bkz. FARNSWORTH, E. Allan: “The Eason-Weinmann Colloquium on International and Comparative Law: Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws”, 3 *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 54-55, 55.

⁸⁵² KONERU, 120.

⁸⁵³ KONERU, 140-141.

hükümün taraflara, milletlerarası belirli standartta davranma yükümlülüğü getirmesi ve taraflara iyi niyetle davranma yükümlülüğü yüklediğinin kabul edilmesidir.⁸⁵⁴

UNIDROIT Prensipleri ve ASHP’de de iyi niyet tanımlanmasa da merkezi bir rol oynamaktadır.⁸⁵⁵ Kavramın bu metinler açısından taşıdığı önem nedeniyle bazı yazarlar metinlerin uygulanması açısından iyi niyet prensibinin tanımlanmasının uygun olacağını, aksi halde metinlerin ruhuna hakim olan bu ilkenin tarafların niyetleri veya iradeleri ile çelişen biçimde tarafların yükümlülüklerini sınırlayabileceği, değiştirebileceği veya yeni yükümlülükler yaratabileceğini ileri sürmektedir.⁸⁵⁶ Kanaatimizce prensibin tanımlanmaya çalışılması halinde, halihazırda her durumda dikkate alınabilen bu prensibin uygulama alanı daraltılmış olacaktır. Buna karşılık iyi niyetin değerlendirilmesinde sözleşmenin doğası ve amacı, durum ve teamüller gibi unsurlar dikkate alınabilir.⁸⁵⁷

VSS’de iyi niyet prensibinin genel bir yükümlülük olup olmadığı tartışmalı olmasına rağmen, UNIDROIT prensiplerinin iyi niyeti genel bir yükümlülük olarak kabul ettiği noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır.⁸⁵⁸ Prensiplerin 1.7. maddesinde her bir tarafın milletlerarası ticarete iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun hareket edeceğini ve tarafların bu yükümlülüğü sınırlamayacağı veya dışlayamayacağı kabul edilmiştir. Bu hükümle prensipler, tarafların sözleşme özgürlüğünü korurken, aynı zamanda bu özgürlüğü temel prensiplerin dışarıda bırakılmasını önlemek amacıyla sınırlama getirmektedir.⁸⁵⁹ Bu hüküm, milletlerarası ticari sözleşmelerin yürürlükte olduğu sürede uygulanacağı gibi, sözleşme müzakeresinde de uygulanacaktır.⁸⁶⁰

UNIDROIT m.1.7’de yorumlama konusunda iyi niyete değinilmemişken, ASHP 1:106’da bu ilkeye yer verilmiştir. Nitekim ne prensiplerde ne de sözleşmelerde iyi niyetin

⁸⁵⁴ ZACCARIA, (Goodfaith), 107-108.

⁸⁵⁵ CORDERO-MOSS, 29. Benzer yönde DALHUISEN (V.II), 74.

⁸⁵⁶ CORDERO-MOSS, 47.

⁸⁵⁷ DALHUISEN (V.II), 74.

⁸⁵⁸ ZACCARIA, (Goodfaith), 110. Benzer yönde bkz. HISCOCK, 1061.

⁸⁵⁹ NEDZEL, 152.

⁸⁶⁰ OĞUZ, (Lex Mercatoria), 38; ZACCARIA, (Goodfaith), 111.

tanımına yer verilmiştir. Bu durum yukarıda belirttiğimiz gibi sözleşmeler ve prensipler açısından maddelerin ne şekilde uygulanacağını belirsizleştirmektedir.⁸⁶¹

UNIDROIT prensiplerinde iyi niyet ve makuliyet kavramları sıkça kullanılmıştır. Bazı yazarlar, prensiplerin bu iki kavramı birbirinden ayırdığını, fakat aradaki ayırıcı çizgiyi belirlemediğini ifade etmektedir.⁸⁶² Bazı yazarlar ise bu iki kavramın birbirini tamamladığını, makuliyet standartının iyi niyeti de içine alacak şekilde prensiplerde yer aldığını, makuliyetin belirlenmesinde iyi niyet kavramından yararlanıldığını belirtmektedir.⁸⁶³ UNIDROIT m.2.15(2)'de yalnızca sözleşmenin ifası aşamasında değil, müzakere aşamasında da taraflara iyi niyetle hareket etme yükümlülüğü yüklenmiş ve kötü niyetli olarak müzakereyi kesen tarafın karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmesi öngörülmüştür.⁸⁶⁴ UNIDROIT m.2.14'te müzakerelerde kötü niyetli davranan müzakereci tarafı bu davranışı sebebiyle sorumlu tutmaktadır. Ancak maddede kötü niyetin tanımı yapılmamış ve subjektif bir unsur olarak sunulmuştur.⁸⁶⁵ Bu nedenle bazı yazarlar UNIDROIT prensiplerinde müzakereye devam etme ve diğer sözleşme öncesi yükümlülükler yer verilmediğini belirtmektedirler.⁸⁶⁶

ASPH'de sözleşme öncesi sorumluluk da dahil, birçok maddede karşımıza çıkması sebebiyle iyi niyet ilkesine dikkate değer biçimde yer verildiği söylenebilir.⁸⁶⁷ Bu metinde iyi niyet ilkesi subjektif iyi niyetten ziyade objektif iyi niyete işaret eder biçimde düzenlenen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁶⁸ Bazı yazarlar, genel bir iyi niyet yükümlülüğü düzenlenmesinin, ticari belirliliği kabul edilemez şekilde zayıflatabileceği ve bu nedenle genel bir etik zorunluluk düzenlemek yerine belirli problemlere yönelik çözüm üretilmesi

⁸⁶¹ DALHUISEN (V.II), 72.

⁸⁶² DALHUISEN (V.II), 73.

⁸⁶³ Bkz. SÜRAL, 68. SÜRAL'ın da belirttiği gibi, prensip metninde geçen, 'makul süre', 'makul kişi' gibi kavramlardan ne anlaşılması gerektiği belirlenirken iyi niyet kavramından yararlanılacaktır.

⁸⁶⁴ GODERRE, 273.

⁸⁶⁵ DALHUISEN (V.II), 133. Benzer yönde bkz. GODERRE, 273.

⁸⁶⁶ DALHUISEN (V.I), 311.

⁸⁶⁷ MACQUEEN (2005), 68.

⁸⁶⁸ MACQUEEN, 43.

gerektiğini belirtmektedirler.⁸⁶⁹ Bazı yazarlar ise iyi niyet ve dürüstlük kavramlarının ASHP’de çelişkili biçimde kullanıldığını belirterek eleştirmişlerdir.⁸⁷⁰

AB Düzenlemelerinde sözleşmeler alanında iyi niyetle davranma yükümlülüğüne ilişkin genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, sözleşme öncesi, sözleşme sırası ve sonrasına ilişkin ayrı ayrı düzenlemeler yapılmıştır.⁸⁷¹ İyi niyetle davranma yükümlülüğü özellikle sözleşme görüşmelerine ilişkin düzenlemelerde dikkate değer biçimde yer almıştır.⁸⁷² Sözleşmelere ilişkin AB Müktesebatı İlkeleri’nde, sözleşme öncesi görüşmelerde iyi niyet ilkesi ise özel olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında sözleşme öncesi görüşmelerde iyi niyet yükümlülüğü birliğin diğer düzenlemelerinde de yer almıştır;⁸⁷³

2.2.1.5. Yükümlülüğün İhlali Olarak Kabul Edilen Haller

2.2.1.5.1. Sözleşme Kurma Niyeti Olmaksızın Müzakereye Girişmek veya Müzakereyi Sürdürmek

Müzakerenin amacı, gelecekte bir sözleşmenin kurulması için görüşmektir. Dürüstlük kuralları, tarafların, bu amaç doğrultusunda ciddi bir niyetle müzakerelere katılmalarını gerekli kılar.⁸⁷⁴ Dolayısıyla bir tarafın, başından beri bir sözleşme yapma niyeti olmamasına rağmen müzakereye girişmesinin iyi niyet ve dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacağı hususunda tartışma yoktur. Zira diğer tarafta belirli bir derecede güven uyandırdıktan

⁸⁶⁹ BRIDGE, Michael: “Good Faith in Commercial Contracts”, *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Ed: Roger, BROWNSWORD, Norma J.HIRD, Geraint HOWELLS, Ashgate, 1999, 139-164, 143.

⁸⁷⁰ H.BEALE: “General Clauses and Specific Rules in The Principles of European Contract Law: The ‘Good Faith’ Clause”, *General Clauses and Standards in European Contract Law-Comparative Law, EC Law and Codification*, ch 12 Eds: S.Grundaman, D.Mazeaud’dan aktaran MACQUEEN, 47.

⁸⁷¹ ACQUIS GROUP, (Contract I), 65; ACQUIS GROUP, (Contract II), 103.

⁸⁷² ACQUIS GROUP, (Contract I), 62; ACQUIS GROUP, (Contract II), 100.

⁸⁷³ Örneğin 2005/29/EC sayılı Haksız Ticari Uygulamalar (Unfair Commercial Practices) Direktifi m. 8’de saldırgan ticari uygulamalardan kaçınma yükümlülüğü; aynı direktifin 6-7 maddeleri ve 2006/114 sayılı Direktifte tüketicileri ve tacirleri yanıltmama yükümlülüğü gibi düzenlemelerde sözleşme öncesi görüşmelerde iyi niyet ilkesine yer verilmiştir.

⁸⁷⁴ OĞUZMAN/ÖZ, 78; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 376-377; GEZDER, 165 vd. Yargıtay’ın da aynı yönde kararları bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 3.HD.15.09.1997 tarihli ve E.1997/6603 K.1997/8864 sayılı kararına göre; “.... bir akdin müzakeresi taraflar arasında bir hukuksal ilişki kurar ve sözleşmenin müzakeresine giren taraflar bu ilişkide dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdürler (MK. mad. 2). Bu yükümlülük, sözleşmenin yapılması hususunda ciddi bir niyetle müzakereye katılmayı gerekli kılar. Örneğin, uyumsuzluk konusu olayda olduğu gibi kira sözleşmesini kurmamaya kararlı olmak üzere müzakereye giren ve teklifte (öneride) bulunan davalı Abdullah’ın eylemi dürüstlük kuralına aykırı davranış olarak nitelendirilmelidir....”

sonra, tutumun değiştirilmesi veya öncekinden tamamen farklı şekilde davranılması halleri hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğinden hukuk düzeni tarafından korunmaması gerekir.⁸⁷⁵ Bu nedenle gerçekte sözleşme yapma niyeti olmaksızın müzakereye girişilmesi halinde, karşı tarafın zararları için sorumlu tutulması mümkün olabilecektir.⁸⁷⁶

Müzakere ilişkisi sebebiyle tarafların sorumlu tutulmasının sebebi bu ilişkinin güven esasına dayandırılmasıdır. Taraflardan birisinin gerçekte sözleşme yapma niyeti olmaksızın müzakereye girişmesi veya müzakereler sırasında sözleşme kurma iradesi ortadan kalkmasına rağmen müzakereye devam etmesi güven ilişkisine de aykırılık yaratacaktır.⁸⁷⁷ Elbette burada sözleşme kurma iradesinin hiç bulunmaması ile sözleşme kurma iradesinin şüpheli olmasını birbirinden ayırmak gerekir.⁸⁷⁸ Sözleşme kurma iradesinin şüpheli olması halinde bu yükümlülüğün ihlali söz konusu olmaz. Aksinin kabulü sözleşme özgürlüğüne aykırılık yaratacağı gibi, müzakerelerin amacı ile de bağdaşmaz. Zira tarafların müzakereye girişmesinin sebebi, potansiyel bir sözleşme için gerekli olan imkan ve şartları araştırmak, sözleşmeyle ilgili hususları değerlendirmek ve karşı tarafla bu hususları görüştüktten sonra sözleşmeyi yapıp yapmama konusunda nihai bir karara varmaktır.⁸⁷⁹ Elbette sözleşmeyi yapma veya yapmama ihtimalini ve tarafların sözleşme yapma niyetinin derecesini tespit etmek çok güçtür. Bununla birlikte, şüphenin derecesi nispetinde karşı tarafı aydınlatma, bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek gerekir.

2.2.1.5.2. Müzakereyi Geri Çevirmek

Özellikle müzakere anlaşmasının yapıldığı durumlarda müzakereyi geri çevirmek anlaşmanın ihlali anlamına geleceği gibi, bir müzakere sözleşmesi olmasa dahi, sebepsiz yere müzakereyi geri çevirmek iyi niyet ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bazı durumlarda

⁸⁷⁵ AKYOL, Şener: *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, 57.

⁸⁷⁶ Benzer yönde bkz. LONCLE/TROCHON, 35; GEZDER, 156 vd.

⁸⁷⁷ DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: *Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 192; YALMAN, 89; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 377.

⁸⁷⁸ YALMAN, 89.

⁸⁷⁹ DEMİRCİOĞLU, 192.

müzakerelerin yalnızca geciktirilmesi veya uygun olmayan şartların dayatılması dahi müzakerenin geri çevrilmesi ile aynı anlama gelebilir.⁸⁸⁰

2.2.1.5.3. Uygun Olmayan Müzakere Taktikleri Kullanmak

Sözleşme maddelerine ilişkin pazarlık yapılırken yanlış veya aldatıcı beyanda bulunma, zorlama, tehdit, baskı kurma gibi taktiklerin dürüstlük kuralına aykırı olacağı açıktır. Bununla birlikte sert pazarlık, katı ve uzlaşmacı olmayan pazarlık, ‘kabul et veya terk et’ yönteminin dayatılması gibi davranışlar ise tek başına kötü niyet olarak kabul edilmemekle birlikte, kötü niyete ilişkin bir karine olarak dikkate alınabilir.⁸⁸¹

2.2.1.5.4. Mantıksız Öneriler Sunmak

Müzakereleri makul olmayan şekilde sürdürmek veya makul olmayan öneriler sunmak iyi niyet yükümlülüğünün ihlaline sebep olur.⁸⁸² Bu kavramın içeriği muğlak olduğundan, müzakereler sırasında sunulan önerilerin mantıksız olup olmadığını belirlemek güçtür. Bununla birlikte, ilgili olduğu alanda belirli standartların oldukça altında olduğu aşık olan öneriler sunulması bu kapsamda değerlendirilebilir.⁸⁸³

2.2.1.5.5. Paralel Müzakerelere Girişmek

Ticari rekabet açısından önem taşıyan paralel müzakerelere uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Yine uygulamada, bu tür müzakereleri önlemek için tarafların hazırladığı sözleşme öncesi belgelerde ‘münhasıran müzakere’ maddesine yer verdiği de sıklıkla görülmektedir. ‘Münhasıran müzakere’ maddesi, bir tarafın veya tarafların belirli bir süre boyunca diğer kişilerle müzakereden kaçınması yükümlülüğü yüklemektedir.⁸⁸⁴

Taraflardan birisinin paralel müzakere yürütmesi halinde, bu durum elbette müzakereleri olumsuz yönde etkileyecektir.⁸⁸⁵ Bazı yazarlar karşı tarafın bilgisi olmaksızın

⁸⁸⁰ FARNSWORTH, (General), 26.

⁸⁸¹ FARNSWORTH, (General), 27; FARNSWORTH, (Preliminary), 275.

⁸⁸² KLEIN/BACHECHI, 9-10.

⁸⁸³ FARNSWORTH, (General), 27; FARNSWORTH, (Preliminary), 275-276.

⁸⁸⁴ FARNSWORTH, (General), 27; FARNSWORTH, (Preliminary), 279.

⁸⁸⁵ DRAETTA, (Pre-contractual), 243.

başkalarıyla müzakerelere girişmenin müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğüne aykırılık yaratabileceğini belirtirken,⁸⁸⁶ bazı yazarlar tarafların imzaladıkları müzakere anlaşmasında veya benzeri bir belgede 'münhasıran müzakere' hükmü olması durumunda, en azından belirli bir süre boyunca başkaları ile aynı konuda müzakere yapmama yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir.⁸⁸⁷ Bazı yazarlarsa, paralel müzakereler yürütmenin tek başına sorumluluğa yol açmayacağı, ancak somut olayın değerlendirilmesiyle, paralel müzakere yürütmenin iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırılığından bahsedilebiliyorsa, bu halde yükümlülüğün ihlalinin gündeme geleceği belirtilmektedir.⁸⁸⁸

Kanaatimizce tarafların imzaladıkları müzakere anlaşması veya benzeri bir belgede bu tür bir hükmün yer alması halinde bizzat bu yükümlülüğün ve dürüstlük kuralının ihlali söz konusu olacaktır. Diğer hallerde ise somut olayda yer alan unsurların incelenmesi ile dürüstlük kuralının ihlal edilip edilmediği tespit edilmelidir. Bizim değerlendirmemize göre, üçüncü kişilerle müzakereye girişmenin iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırılığından bahsedebilmek için, girişilen müzakerenin, halihazırda devam etmekte olan müzakereleri olumsuz yönde etkileyecek nitelikte olması ve aynı zamanda aynı veya benzer konuda bir müzakerenin söz konusu olması gerekir. Aksi halde başka bir konuda yapılan ve halihazırdaki müzakereyi olumsuz yönde etkilemesi söz konusu olmayan bir girişimin iyi niyet kurallarına aykırılığından bahsedilemeyeceği aşikardır.

2.2.1.5.6. Müzakereyi Terk Etmek veya Yarıda Kesmek

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, müzakerelere girişen taraflara sözleşmenin muhakkak yapılması yönünde bir yükümlülük getirmesine engeldir. Başka bir deyişle müzakere ilişkisi, taraflara, müzakere edilen sözleşmeyi kurma yükümlülüğü yüklemes.⁸⁸⁹

Bu nedenle tarafların anlaşamaması nedeniyle müzakerelerin tıkanması ve taraflardan birinin müzakereleri kesmesi her durumda iyi niyet ilkesine aykırılık yaratmaz.

⁸⁸⁶ Bkz. BORTOLOTTI, 167.

⁸⁸⁷ Bkz. FARNSWORTH, (General), 27.

⁸⁸⁸ BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 379.

⁸⁸⁹ GRAY/COOPER, 229; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 380; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 1130; GEZDER, 163.

Zira her müzakerenin mutlaka başarı ile sonuçlanması düşünölemeyeceği gibi, müzakerelerin başarılı şekilde sonuçlanma ihtimali ortadan kalkmışsa artık müzakereleri sona erdirmek gerekecektir. Böyle bir durumda müzakereleri kesen tarafın, kural olarak sebep belirtmesi de gerekmez.⁸⁹⁰ Taraflardan birisi sözleşmenin yapılacağına güvenerek bazı tasarruflar yapmışsa, sözleşmenin kurulmaması halinde bunun sonuçlarına kendisinin katlanması gerekir. Çünkü müzakereci taraflar, müzakerenin kesilebileceği ihtimalini de göz önünde bulundurmak zorundadır.⁸⁹¹ Ancak sözleşmenin yapılacağı yolunda ortaya çıkan güven, karşı tarafın davranışları sonucunda oluşan bir algı ise, yani karşı tarafın tutum ve davranışları sözleşmenin yapılacağı beklentisini yaratmış veya güçlendirmiş ise müzakerelerin kesilmesi iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırılık yaratabilir.⁸⁹²

Müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlölüğüne aykırılıktan bahsedebilmek için somut olaya göre değerlendirme yapılması⁸⁹³ ve müzakerelerin hangi sebeple kesildiğinin incelenmesi gerekir. İşte iyi niyet ve dürüstlük kuralları bu değerlendirmenin yapılması noktasında dikkate alınacaktır. Şayet kişinin müzakereyi terk etmesi veya yarıda kesmesi dürüstlük veya iyi niyet kurallarına aykırılık olarak değerlendiriliyorsa bu yükümlölüğün ihlali olarak görölmelidir. Başka bir deyişle, sözleşmeyi terk etmek veya yarıda kesmek tek başına sorumluluğu doğurmayacak, ancak bu davranış iyi niyet kurallarına aykırı olarak ortaya çıkmışsa sorumluluk gündeme gelebilecektir.⁸⁹⁴

Örneğın taraflardan birisinin, karşı tarafta, müzakerelerin başarılı biçimde sonuçlanacağına ilişkin bir kanaat yarattıktan sonra müzakereleri kesmesi iyi niyet yükümlölüğüne aykırılık oluşturabilir.⁸⁹⁵ Benzer şekilde müzakerelerin oldukça ilerlediğı bir aşamada makul bir sebep olmaksızın aniden ve beklenmeyen şekilde müzakerelerin kesilmesi bu yükümlölüğe aykırılık yaratabilir. Yahut taraflardan birisinin paralel müzakereler yürütüyor olması ve üçüncü kişi ile anlaşmaya varması sebebiyle müzakereleri kesmesi halinde müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlölüğünün ihlali gündeme

⁸⁹⁰ EREN, (Borçlar), 1130; GRAY/COOPER, 229.

⁸⁹¹ EREN, (Borçlar), 1130; DEMİRCİOĞLU, 195.

⁸⁹² DEMİRCİOĞLU, 195-196; DIETRICH, 177-178; GEZDER, 166-170.

⁸⁹³ DEMİRCİOĞLU, 196, 198.

⁸⁹⁴ DEMİRCİOĞLU, 194; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 380. Bazı yazarlar tarafların diledikleri şekilde müzakerelerden çekilme özgürlüğü bulunduğunu, herhangi bir 'uygun gerekçe' aranmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. GRAY/COOPER, 229.

⁸⁹⁵ BORTOLOTTI, 167; YALMAN, 90; GEZDER, 169.

gelebilir.⁸⁹⁶ Yine karşı taraf için ‘uygun olmayan bir zamanda’ müzakerenin kesilmesi de somut olguların incelenmesiyle bu yükümlülüğün ihlalini gündeme getirebilir.

2.2.2. Karşı Tarafı Aydınlatma ve Bilgilendirme Yükümlülüğü

Aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü, tarafların müzakereler esnasında, müzakerenin kaderiyle ilgili hususları birbirlerine tam ve doğru biçimde açıklamaları, ilgili hususlarda diğer tarafı bilgilendirmelerine ilişkin bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük çoğu zaman tarafların ekonomik çıkarlarını korumaya yöneliktir.⁸⁹⁷ Tarafların müzakereler sırasında birbirlerine karşı açıklamaları gereken hususları açıklamamaları, genellikle iyi niyet ve dürüstlük kurallarının ihlali olarak değerlendirilmektedir.⁸⁹⁸ Bu yükümlülük iyi niyet ilkesinin bir yansıması olmakla birlikte, bazı yazarlar bilgilendirme yükümlülüğünü, müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğünden bağımsız olarak ele aldığından,⁸⁹⁹ biz de çalışmamızda bu eğilime uygun olarak iyi niyet ilkesinden bağımsız biçimde incelemeyi uygun gördük.

Açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşme öncesi bir yükümlülük olarak milletlerarası ticarette kabul edilen evrensel bir kural olup, birçok ülke hukukunda pozitif düzenlemelerde yer almaktadır.⁹⁰⁰ Bu yükümlülük yalnızca sözleşme öncesi aşamada değil, sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamada da tarafların yükümlülükleri arasındadır.⁹⁰¹ Bununla birlikte sözleşme öncesi aşamada tarafların özel bir açıklama ve bilgilendirme

⁸⁹⁶ FARNSWORTH, (General), 28.

⁸⁹⁷ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 279.

⁸⁹⁸ PALMIERI, 120; NEDZEL 107; OĞUZMAN/ÖZ, 78; KILIÇOĞLU, 82; AKYOL, 47. Aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü, özellikle sözleşme müzakerelerini iyi niyetle yürütme yükümlülüğünü veya *culpa in contrahendo* sorumluluğu kabul etmeyen ülkeler açısından önemlidir. Çünkü çoğu Anglo-Amerikan hukuk sistemine mensup olan bu ülke hukuklarında her ne kadar *culpa in contrahendo* teorisi veya sözleşme öncesi sorumluluk kavramına yer verilme de, farklı isimler altında, tarafların aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğüne yer verdiği görülmektedir. Bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 279.

⁸⁹⁹ Bkz. DALHUISEN (V.II), 78. Bazı yazarlar karşı tarafı aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünü müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğü içerisinde değerlendirmişlerdir. Bu yükümlülüğün iyi niyet ve dürüstlük kuralından doğduğu kabul edilse dahi, milletlerarası ticarette taşıdığı öneme binaen ayrı bir başlık altından incelenmesinin uygun olduğu kanaatindeyiz.

⁹⁰⁰ LONCLE/TROCHON, 20. Örneğin Japon hukuku, Hollanda hukuku, Alman hukuku ve Alman hukukunun etkisi altındaki ülke hukukları ve Anglo-Sakson hukukunda bu yükümlülük kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. LONCLE/TROCHON, 20-21.

⁹⁰¹ Sözleşmeye dayanan ve sözleşme dışı yanlış bilgi vermeye dayanan sorumluluk ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRPINAR, Damla: *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, 33 vd.

yükümlülüğü vardır.⁹⁰² Bazı durumlarda bu yükümlülüğün sözleşme öncesindeki yükümlülüğün ihlali mi yoksa sözleşmenin ifası sırasındaki yükümlülüğün ihlali mi olduğu kesin biçimde birbirinden ayırlanamamaktadır.⁹⁰³

Müzakerelerin başlamasıyla taraflar arasında, temelini dürüstlük ilkesinden alan bir güven ilişkisi meydana gelmektedir.⁹⁰⁴ Bu güven ilişkisi nedeniyle, hedeflenen sözleşme kurulsun da kurulmasın da sözleşme konusuyla ilgili hususları açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğü ortaya çıkar.⁹⁰⁵ Taraflar müzakereler sırasında bulundukları durumla ve müzakerelerin kaderini ilgilendiren olayları açıklamakla yükümlüdürler. Ancak bu çizginin ötesinde, başka bir deyişle müzakereleri ve tarafların müzakereci olarak bulundukları konumu etkilemeyen olaylar bu yükümlülüğün dışındadır.⁹⁰⁶ Sözleşme müzakereleri sırasında bu yükümlülüğün ihlali bazı hallerde yanlış veya aldatıcı beyanda bulunma anlamına gelebilir.⁹⁰⁷ Açıklanması gereken bir takım hususların açıklanmaması veya yanıltıcı açıklamaların yapılmasının mutlaka sözleşmenin karşı tarafça yapılması sonucunu doğurması gerekmez.⁹⁰⁸ Yapılan açıklamanın, karşı tarafın iradesini yönlendirebilme yeteneğine sahip olması gerekli ve yeterlidir. Bu unsur, bizi, yükümlülüğün ortaya çıkabilmesi için gerekli olan başka bir unsura götürmektedir; Açıklama veya bilgilendirme yapan taraf, açıklama veya bilgilendirmenin, karşı tarafın davranışlarını yönlendirebileceğinin bilincinde olmalıdır.⁹⁰⁹ En azından böyle bir sonucun ortaya çıkabileceğini olağan hayat şartlarına göre bilmesi gerektiğinin kabul edildiği haller için bu yükümlülük söz konusu olabilir. Elbette bu unsurun değerlendirilmesinde, somut olaydaki koşullar dikkate alınacaktır. Örneğin tarafların aynı zamanda başkalarıyla da aynı türde sözleşme yapma amacıyla görüşmeleri halinde, bu durumu karşı tarafa bildirmemeleri açıklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilir.⁹¹⁰ Ancak aynı örnekte paralel

⁹⁰² DALHUISEN (V.II), 15; EBKE, 44; GOODE, (Formation), 57; SMITH, 86; GHESTIN, 152.

⁹⁰³ GHESTIN, 152. Elbette bu sorun, müzakerelerin başarıyla sonuçlanması ve sözleşmenin ortaya çıkması halinde karşımıza çıkar. Müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması ve hedeflenen sözleşmenin imzalanamaması durumunda sözleşme öncesindeki aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü ile sözleşme sonraki aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüklerinden hangisinin ihlal edildiği problemi doğmaz.

⁹⁰⁴ YALMAN, 82; DOĞAN, (Milletlerarası), 382; AKYOL, 46.

⁹⁰⁵ YALMAN, 82; DIETRICH, 176; LONCLE/TROCHON, 17-18; OĞUZMAN/ÖZ, 78. Bzner yönde bkz. GÜRPINAR, 162-163.

⁹⁰⁶ Benzer yönde bkz. GHESTIN, 156; GÜRPINAR, 163.

⁹⁰⁷ FARNSWORTH, (General), 27; GOODE, (Formation), 57.

⁹⁰⁸ CARTWRIGHT, 150.

⁹⁰⁹ GHESTIN, 156-157; CARTWRIGHT, 150-151.

⁹¹⁰ FARNSWORTH, (General), 27.

müzakerenin yürütülmesi, henüz müzakerenin çok erken bir aşamasında meydana gelmişse, bu yükümlülüğün ihlali sonucunu ortaya çıkarmayabilir.

Tarafların açıklanması zorunlu hususlar dışında yaptıkları açıklamalar da yükümlülüğün kapsamındadır. Başka bir deyişle, yapılan açıklama veya bilgilendirmenin içeriği (bilgilendirme zorunluluğu olsun veya olmasın) tam olmak ve gerçeği yansıtmak zorundadır. Kısmi ve muğlak açıklamalar da bu yükümlülüğün ihlalini gündeme getirir.⁹¹¹ Yanlış anlaşılmanın olduğu durumlarda karşı tarafın yanlış anlaşılmanın farkında olmasına rağmen kasıtlı olarak susması da bu yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilir.⁹¹²

Sözleşmenin tüm unsurlarıyla ilgili bir bilgi verme yükümlülüğü yoktur.⁹¹³ Tarafların müzakereler sırasında karşı tarafın bilmediği ve bilmekle yükümlü olmadığı sözleşmenin içeriğine, kapsamına veya bizzat kendilerine ilişkin hususlarda, karşılıklı olarak doğru ve gerekli açıklamaların yapılması bu yükümlülüğün kapsamındadır.⁹¹⁴ Maddi olguların açıklanması da bu kapsamda mütalaa edilir. Maddi olguların, taraflar arasındaki güvene dayanan bu ilişki kapsamında bulunması ve karşı tarafın makul olarak kendi başına öğrenemeyecek halde olması durumunda müzakerelerle ilgili maddi fiillerin açıklanması, önceki yanlış ifadelerin veya yanlış anlaşılmaların kasıtlı olarak düzeltilmemesi, karşı tarafın talebine rağmen bazı maddi olguların veya fiillerin açıklanmaması açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilir.⁹¹⁵ Karşı tarafın yönelttiği sorular üzerine yapılacak açıklamaların (karşı tarafça sorulmamış hususlar da dahil olmak üzere) tam ve doğru biçimde yapılması, karışık, belirsiz bir hukuki durum yaratan kişinin bu duruma ilişkin özel bir açıklama yapması zorunluluğu da bu kapsamda değerlendirilir. Burada aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı somut olaya göre değerlendirilmelidir.⁹¹⁶ Örneğin şahıs unsurunun önemli olduğu sözleşmelerde şahsi bilgilerin açıklanmaması açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali olarak

⁹¹¹ GHESTIN, 153; PALMIERI, 126.

⁹¹² CARTWRIGHT, 151-152; PALMIERI, 125.

⁹¹³ İŞINTAN, 143; GÜRPINAR, 164.

⁹¹⁴ YALMAN, 91; GÜRPINAR, 163-164; LONCLE/TROCHON, 20-21; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 279.

⁹¹⁵ PALMIERI, 120 vd.; CARTWRIGHT, 150-153. Benzer yönde bkz. LONCLE/TROCHON, 20. Ancak LONCLE/TROCHON bu yükümlülüğü iyi niyet prensibinden bağımsız olarak değerlendirirken, PALMIERI açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğünü, iyi niyet prensibi altında ele almış ve bu unsuları kötü niyetin ortaya çıkması için bulunması gereken şartlar olarak nitelemiştir.

⁹¹⁶ YALMAN, 91-92. Benzer yönde bkz. GÜRPINAR, 163-164.

değerlendirilebilecek iken, şahıs unsurunun önem taşımadığı sözleşmeler açısından bu tür bir ihlalin söz konusu olmaması gerekir. Benzer şekilde aynı bilgi birikimine veya teknik altyapıya sahip veya aynı işkolunda çalışan taraflar arasında bilgilendirme yükümlülüğü daha dar kapsamda değerlendirilir.⁹¹⁷ Somut olaya göre değerlendirme yaparken, karşı tarafın bilmesi veya bilmesinin gerekip gerekmediği, tarafların müzakere öncesindeki ilişkileri, tarafların bilgi düzeyi, müzakerenin amacı, müzakerenin yürütülüş şekli, genel veya yerel örf-adetler, teamüller gibi hususlar dikkate alınmalıdır.⁹¹⁸

Tarafların aralarındaki sözleşmede münhasıran müzakere şartı olmaması ve bir tarafın paralel müzakere yürütmesi halinde bilgilendirme yükümlülüğünün bir başka boyutu daha ortaya çıkar. Müzakereci tarafın, paralel müzakereleri yürüten taraftan, üçüncü kişiyle yürütülen müzakerede hangi aşamada oldukları, herhangi bir sonuca ulaşmış olup olmadıkları konusunda bilgilendirilmeyi beklemesi makuldür. Böyle bir durumda da bilgilendirme yükümlülüğünün varlığından söz edilebilir.

Sonuç olarak açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğü müzakere sürecinde en azından şu hallerde kabul edilmelidir:⁹¹⁹

Maddi olgulara ilişkin gizli bilgilerin açıklanması; olgulara ilişkin yanlış anlaşılmaların düzeltilmesi; sonradan yanlış hale gelen önceki açıklamaların düzeltilmesi; taraflar arasında güven veya gizliliğe dayanan bir ilişki bulunması halinde, tüm maddi olguların açıklanması; karşı tarafın makul olarak kendiliğinden öğrenmesinin mümkün olmadığı hallerde, işleme ilişkin olağanın ötesindeki maddi bilgilerin verilmesi gereken durumlarda; sözleşmelerin sigorta, garanti, kefalet gibi hükümlerine ilişkin tüm maddi olgular; kanun gereği açıklanması gereken maddi olgular söz konusu olduğunda açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir.

⁹¹⁷ İŞINTAN, 145.

⁹¹⁸ YALMAN, 92-94.

⁹¹⁹ PALMIERI, 120 vd.

Türk hukukunda genel bir aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmemiş olsa dahi, dürüstlük kuralları gereğince, sözleşme öncesi süreçte bu yükümlülüğün varlığı doktrinde ve çeşitli yargı kararlarında da kabul edilmektedir.⁹²⁰

2.2.3. Gizlilik Yükümlülüğü

Taraflar, müzakereler sırasında karşı tarafa, müzakere etmedikleri takdirde ulaşamayacakları bilgileri açıklayabilirler. Gizlilik yükümlülüğü, müzakereci tarafların müzakereler sırasında öğrendikleri bilgileri, özellikle müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde bu bilgiyi kendi çıkarı doğrultusunda kullanmamasına ilişkin bir yükümlülüktür.⁹²¹ Bu husus UNIDROIT prensiplerinin 2.1.16. maddesinde de belirtilmiştir.⁹²²

Bazı yazarlar bu yükümlülüğün negatif yükümlülükler arasında yer aldığını belirtmekte,⁹²³ bazı yazarlar ise müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğü içerisinde değerlendirmektedir.⁹²⁴ Benzer şekilde bazı ülke mahkemeleri de bu yükümlülüğü, iyi niyet yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirmektedir.⁹²⁵

⁹²⁰ Yargıtay 13.HD.09.11.1998 tarihli ve E.1998/6043 K.1998/8836 sayılı kararında sözleşme öncesi süreçte bu yükümlülüğün bulunduğunu şu şekilde belirtmiştir; “.... yasaların öngördüğü biçimde resmi bir sözleşme yapılmadığına göre kural olarak taraflar arasında hukuken geçerli bir sözleşmenin varlığından söz edilemez. Ne var ki davalı kendisine güven duyulması gereken idari bir kamu kuruluşu olup devamlılığı asıldır. O nedenle özel hukuk alanında yapmış olduğu hukuki iş ve işlemlerde azami özeni göstermek, güven sarsıcı devamlılığı zedeleyici davranışlardan kaçınmak zorundadır.

.....
Taşınmazı kamulaştırılan aldığı bedeli iade eden, hiçbir bedel almadığı halde bedeli peşin aldı göstererek tapudan da devir yapan davacının, meclis kararı gereğinin yapılacağına inanması, güvenmesi kadar doğal bir şey olamaz. Bu durumda, davalının haklı ve geçerli sebep göstermeksizin meclis kararını iptal etmesi ve geçerli bir sözleşmenin yapılmadığını ileri sürmesi MK. nun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kurallarıyla da bağdaşmaz.” Müzakere sürecinde yanlış bilgi vermeden doğan hukuki sorumluluk hakkında ayrıca bkz. GÜRPINAR, 161 vd.

⁹²¹ SMITH, 86; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 281.

⁹²² UNIDROIT Prensipleri m.2.1.16’ya göre;

“Müzakereler sırasında taraflardan birisi tarafından gizli bir bilgi verilmişse, müzakereler sonuca ulaşsın veya ulaşmasın, diğer taraf, bu bilgiyi açıklamamak veya uygun olmayan şekilde kendi amacı için kullanmamak yükümlülüğü altındadır. Uygun düştüğü takdirde bu yükümlülüğün ihlali sebebiyle uygulanacak hukuki çözüm, karşı tarafın elde ettiği faydaların tazminat olarak ödenmesini içerebilir.”

⁹²³ Bkz. SMITH, 86.

⁹²⁴ Bkz. FARNSWORTH, (Preliminary), 277.

⁹²⁵ Örneğin Fransız hukuk uygulamasında, müzakereler sırasında gizlilik yükümlülüğünün ihlali, müzakereyi iyi niyetle yürütme yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Bkz. GROVE, 267.

Milletlerarası ticarete, müzakere eden taraflar genellikle tüzel kişidir ve müzakereler tüzel kişileri temsil eden gerçek kişiler eliyle yürütülmektedir. Taraflar yalnızca şirket temsilcilerinin değil, müzakereye herhangi bir şekilde katılan diğer çalışanları aracılığıyla da bu yükümlülüğün ihlalini önlemekle yükümlüdür. Uygulamada taraflar kendi çalışanlarının bu yükümlülüğe aykırı davranışlarını önleyebilmek için müzakere sürecine doğrudan katılan veya doğrudan katılmamakla birlikte dolaylı olarak müzakerelerle ilgili bazı hususlarda bilgisi olan çalışanlarına genellikle gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bir bildirim yapmakta ve ilgili konuların üçüncü kişilerle paylaşılması bildirilmektedir. Böylece şirket, çalışanlarının gizlilik yükümlülüğünü ihlal eden davranışları sebebiyle ortaya çıkabilecek sorumluluğunu, çalışanların sorumluluğundan ayırmaya çalışmaktadır.⁹²⁶ Aynı zamanda bu yükümlülüğü ihlal eden çalışan hakkında disiplin işlemi yapmak için ve oluşan zararı, ihlali gerçekleştiren çalışandan tazmin etmek için alt yapı oluşturmaktadır.⁹²⁷

Bu yükümlülüğün kapsamı ve içeriği ile ilgili diğer hususlar 'Müzakere Sırasında Hazırlanan Belgeler'de 'Gizlilik Sözleşmesi' başlığı altında ele alındığından burada tekrar edilmeyecektir.⁹²⁸

2.2.4. Koruma / Özen Yükümlülüğü

Müzakere sürecinde müzakereci tarafların birbirlerine karşı koruma yükümlülüğü vardır.⁹²⁹ Birçok yazara göre buradaki koruma yükümlülüğü genel anlamdaki koruma yükümlülüğü veya başkasına zarar vermeme yükümlülüğünden daha kapsamlıdır. Başka bir deyişle bir sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelen tarafların, müzakerelerin başlamasıyla birlikte birbirlerine karşı yükseltilmiş bir özen veya koruma yükümlülüğü ortaya çıkar.⁹³⁰ Yükseltilmiş özen yükümlülüğünün, tarafların bilfiil müzakerelere girişi ile ortaya çıkması gerekmez. Müzakere amacıyla hukuki işlem temasında bulundukları andan itibaren bu yükümlülükler ortaya çıkar.⁹³¹ Tarafların doğrudan müzakerelerde ortaya

⁹²⁶ DRAETTA, (Pre-contractual), 239.

⁹²⁷ DRAETTA, (Pre-contractual), 240.

⁹²⁸ Bkz. İkinci Bölüm 1.8. Gizlilik Sözleşmesi.

⁹²⁹ DIETRICH, 175; AKYOL, 52; AYRANCI, 88.

⁹³⁰ YALMAN, 82.

⁹³¹ KIRCA, 170-171. Doktrinde genel olarak hukuki bir amaca yönelmiş sosyal temas ile koruma yükümlülüklerinin ortaya çıktığını belirten görüşler de mevcuttur. Bkz. OĞUZTÜRK, 82. Ancak bu yaklaşım, *culpa in contrahendo* sorumluluğun hukuki işlem teması değil, yalnızca sosyal temasla ortaya çıkabileceğinin

çıkan yükümlülükler ve hedeflenen sözleşmeyle ilgili yükümlülüklerden bağımsız olarak bütünlük menfaatlerinin korunmasına ilişkin bir yükümlülükleri de bulunur. ‘Bütünlük menfaatleri’ olarak adlandırılan bu menfaatler, tarafların edim menfaati dışında kalan kişi ve mal varlığı değerlerinin bütününe ifade etmekte⁹³² ve burada esasen haksız fiilin konusunu oluşturabilecek nitelikte, kişinin aynı hakları, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakları gibi mutlak haklarının ihlali söz konusu olmaktadır.⁹³³ Bu nedenle bazı yazarlar bu menfaatlerin ihlalini sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında değerlendirmeyip,⁹³⁴ haksız fiil sorumluluğu içinde değerlendirirken, bazı yazarlar sözleşme görüşmeleri sebebiyle bu hakların ihlal edilmesi halinde haksız fiil hükümlerinin uygulanmasının her zaman adil sonuçlar vermeyeceğini savunmaktadır.⁹³⁵ Taraflar müzakereye başladıkları andan itibaren birbirlerine, sokaktaki herhangi birine nazaran daha yakın konumda bulunmaktadır. Dolayısıyla taraflar birbirlerinin hakimiyet alanına daha kolay etki edebilme imkanına sahiptir. Ayrıca müzakereye girişmekle, aralarında artık bir

kabulü halinde, sorumluluğun uygulama alanının sınırsız şekilde genişlemesine neden olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. KIRCA, 171, dn.929. Bu nedenle KIRCA’nın da haklı olarak belirttiği gibi sorumluluk alanının hukuki işlem teması ile sınırlandırılması gerektiği kabul edilmelidir.

⁹³² KIRCA, 145.

⁹³³ DEMİRCİOĞLU, 240-241.

⁹³⁴ YALMAN, 61 vd. YILMAZ, Hamdi: “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur ‘Culpa in Contrahendo’ ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Gelişmeler”, Yargıtay Dergisi, Sayı 3, Temmuz 1985, 234-252, 82 vd. Bu görüşte olan yazarlara göre bu tür bir özen yükümlülüğü yalnızca müzakereci taraflar için ihlal edilebilir bir yükümlülük olmayıp, herkes tarafından ihlal edilebilir bir nitelikte bir menfaatin korunmasına ilişkin olduğu için yükseltilmiş bir özen yükümlülüğü değil, genel bir özen yükümlülüğü söz konusudur. BÜHLER-REIMAN, Theodor: “Zum Problem der Culpa in Contrahendo”, SJZ 1979, 357 vd., 360’dan; FRICK, G.Joachim: Culpa in Contrahendo-eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie, Zürich, 1992, 54 ve HERZ, Edgar: Culpa in Contrahendo nach heutigem Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin 1935, 18’dan aktaran DEMİRCİOĞLU, 240-241.

⁹³⁵ DEMİRCİOĞLU, 241. Yazara göre nasıl ki bir sözleşme ilişkisinde bütünlük menfaatlerinin ihlal edilmesi durumunda her zaman haksız fiile ilişkin hükümler uygulanmamakta ve böyle bir ihlalin sözleşme sorumluluğuna yol açabildiği kabul edilmekte ise, sözleşme müzakerelerinde de benzer bir yaklaşımın kabul edilmesi gerekir. Şöyle ki, arada sözleşme ilişkisi bulunduğu halde bütünlük menfaatlerinin ihlal edilmesi durumunda, bu ihlalin sözleşmenin ifası vesilesiyle ortaya çıktığı kabul edilerek, sözleşmenin müspet ihlali veya gereği gibi ifa etmeme hali gibi sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanabilmekte ve haksız fiil hükümleri devre dışı bırakılabilmektedir. Bu şekilde sözleşme sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu aleyhine genişletilmektedir. Bu durum, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin salt bir edim ilişkisi olarak görülmeyip, aynı zamanda taraflar arasındaki bir güven ilişkisi olarak ele alınmasının da bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla benzer bir yaklaşımın sözleşme müzakerelerinde de kabul edilmesi daha adil bir çözüm sunacaktır. Zira taraflar birbirleri ile müzakereye girişmekle birbirlerinin değerlerine etki edebilme imkanına sahip olmaktadır ve aralarında sözleşme ilişkisindeki benzer bir güven ilişkisi meydana gelmektedir. Dolayısıyla buradaki koruma veya özen yükümlülükleri, yazarın haklı olarak belirttiği gibi, haksız fiil sorumluluğundaki gibi genel bir yükümlülük olmayıp, yükseltilmiş bir özen yükümlülüğüdür. Çünkü taraflar arasındaki özel bağlantı sebebiyle taraflar, menfaatlerinin, haksız fiil hukukunun gerektirdiğinden daha yüksek bir özenle karşı tarafça korunacağına haklı olarak güvenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, 241-245. Ayrıca bkz. KIRCA, 119-121.

güven ilişkisi ortaya çıkmıştır. Bu hususlar değerlendirildiğinde, tarafların, haksız fiil hukukunun bir parçası olan kimseye zarar vermeme şeklindeki genel kural sebebiyle koruma yükümlülükleri bulunduğundan hareket etmek adil olmayacaktır. Müzakere ilişkisi, taraflar arasında daha yakın ve özel bir bağlantı oluşturduğundan artık yükseltilmiş özen veya koruma yükümlülükleri söz konusu olur.⁹³⁶ Bu yükümlülüğün ortaya çıkışı da aslında iyi niyet ve dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır.⁹³⁷ Bu yükümlülüğün kapsamı asli edim yükümlülüklerinden bağımsız olmakla birlikte, karşı tarafın şahıs varlığı ve mal varlığına ilişkin koruyucu tedbirleri almak gibi hususlar bu yükümlülüğün kapsamına girmektedir.⁹³⁸

⁹³⁶ Yargıtay da bu yaklaşıma benzer şekilde koruma yükümlülüklerinin sözleşme öncesi, sözleşme sırası ve sözleşme sonrasında olmak üzere üçe ayrıldığını, sözleşme öncesi koruma yükümlülüğünün ihlali halinde culpa in contrahendo sorumluluğun ortaya çıkacağını bazı kararlarında belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 13.HD.29.9.2010 tarihli ve E.2010/2762 K.2010/12361 sayılı karara göre; “.... akit görüşmeleri esnasında tarafların edim dışında kalan bu tür mal ve kişi varlığı menfaatlerinin tehlikeye maruz kalması, zarar görmesi her zaman mümkündür.

Bu sebeple sözleşme yapmak amacı ile sosyal temasa giren kişiler bu andan itibaren aralarında kurulan ilişkinin her safhasında birbirlerine zarar vermemek için her türlü özeni göstermek, gerekli çabayı sarf etmek zorundadırlar. Örneğin: Alışveriş yapmak üzere mağazaya gelen müşterinin hırsızlık olaylarına karşı korunması veya merdivenlerden düşme tehlikesinin önlenmesi ile ilgili gerekli koruma tedbirlerinin ilgili işyeri tarafından alınması zorunludur.

.....

Koruma yükümlülükleri doğuş anları yönünden akit öncesi, akit esnası ve akit sonrası koruma yükümlülükleri olmak üzere ayrıma tabi tutulabilir. Akit öncesi koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde Akit görüşmelerinden doğan sorumluluk (Culpa in Contrahendo) söz konusu olur. Borç ilişkisi her zaman akitle ve borçlanılan edimin ifası ile sona ermez. Sosyal temas ve akitle taraflar arasında kurulan özel ilişki etkisini akitten önce ve akitten sonra da gösterebilir. Bu yükümlülüklerin ihlali halinde haksız fiile dair hükümler uygulanmaz. Bu halde hakkaniyet, güven ilişkisi, dürüstlük kuralları gibi Borçlar Hukukuna hakim olan temel prensipler de gözetilerek bu tür yükümlülüklerin ihlali akdi sorumluluk hükümlerinin uygulanması, menfaatler dengesi yönünden daha adil sonuç doğurur. (Bkz. a.g.e. s.43 vd.)

Yukarıda yapılan teorik açıklama ve bilimsel görüşler nazara alındığında, davacının davalıya ait park yeri olarak çevrili alana aracını park ettiği ve araç içerisinde dizüstü bilgisayarının araç camları kırılarak çalındığı anlaşılmıştır. Davacı taraf davalıya ait otoparka girdiği andan itibaren taraflar arasında sözleşmenin yan edimi yükümlülüklerinden olan koruma yükümlülüğünün başladığı kuşkusuzdur. Bu halde davalı taraf, gelen müşterinin güvenliğini korumakla yükümlü olup, gerekli güvenlik tedbirlerini almak zorundadır. Örneğin: Park alanının çok geniş ve büyük olması nedeni ile müşterinin aracını güvenliğin daha rahat sağlanabilecek noktalara park etmesi temin edilebilir. Aynı şekilde tesisin bulunduğu bölge itibari ile yeteri kadar güvenlik elemanı bulundurulabilir veya güvenlik kamerası vb. önlemler alınabilir ya da park alanını çevreleyen tel veya çit benzeri şeyler daha güvenli korunaklı ve sağlam yapılabilir.

Bu olayda olduğu üzere davalı tarafın hırsızlık sebebiyle sorumluluk kabul edilmez vb. uyarılar yapması sonucu değiştirmez, davalı güvenliği sağlayamıyorsa gerektiğinde park 166lanine tümüyle kapatmalıdır. Tacir olan davalı TTK. 20/2 md uyarınca bütün faaliyetlerinde basiretli davranmak zorundadır. Bu sebeple meydana gelen zarardan davalı taraf akdi sorumluluk hükümlerine göre (BK. m. 96 vd.) sorumludur. (13 HD. 31.3.2006, 15654/4848 Sayılı emsal karar)

⁹³⁷ YALMAN, 82. Benzer yönde bkz. DIETRICH, 175.

⁹³⁸ YALMAN, 82. Benzer yönde bkz. AKYOL, 52.

Bazı yazarlar, müzakereci tarafın, karşı tarafın kararlarını etkileyebilecek hususları açıklamasına ilişkin yükümlülüğü de bu kapsamda değerlendirmiştir.⁹³⁹

2.3. SÖZLEŞME ÖNCESİ SORUMLULUK⁹⁴⁰

Taraflar müzakere aşamasında henüz sözleşme ilişkisine girmemişler ve bir sözleşme yapma amacıyla birlikte yola çıkmışlardır. Ancak müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması ve hedeflenen sözleşmenin hiç yapılmaması da ihtimal dahilindedir.⁹⁴¹ Normalde tarafların sözleşme ilişkisine girmeleri, hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen klasik icap-kabul kuralı ile gerçekleşir ve bu aşamadan sonra sözleşme sorumluluğu gündeme gelir. Klasik icap-kabul kuralında, kabul gerçekleşene kadar herhangi bir sözleşme sorumluluğu doğmamakla birlikte, milletlerarası sözleşme müzakerelerinde klasik icap-kabul kuralının uygulandığı çok az durum vardır.⁹⁴² Hatta müzakerelerin başlangıcında tacirler genellikle 'icap' olarak tanımlanabilecek açık ifadelerden bilinçli olarak kaçınmaktadır. Zira sözleşmenin kesinleşmesine kadar müzakere etme özgürlüklerini korumak istemektedirler.⁹⁴³ Burada geleneksel anlamdaki icap-kabul kuralının yerini aslında uzun bir müzakere süreci almaktadır. Taraflar birçok belgenin teasinden sonra sözleşmeyi kurmaya karar verseler dahi, karşılıklı yapılan yazışmalardan veya işlemlerden hangisinin icaba davet, hangisinin icap, hangisinin kabul olarak niteleneceğini söylemek çok güçtür.⁹⁴⁴ Milletlerarası sözleşmelerin müzakeresinde tek bir aşamada gerçekleşen icaba davet-icap-kabul yerine, taraflar belirli aşamalardan geçerek sonuca ulaşırlar. Genellikle müzakereler sırasında uzlaşılan hususlar her bir aşamada kaydedilmekte ve birçok

⁹³⁹ YALMAN, 82.

⁹⁴⁰ Doktrinde sözleşme görüşmeleri sebebiyle kusurlu olarak karşı tarafa zarar verilmesi halinde ortaya çıkan sorumluluk *culpa in contrahendo* olarak ifade edilmektedir. Gerek karşılaştırmalı hukukta, gerekse Türk doktrininde *culpa in contrahendo* sorumluluğu güven sorumluluğunun bir türü olarak görülmektedir. Bir üst kavram olan güven sorumluluğundan farklı olarak *culpa in contrahendo*, sözleşme görüşmeleri esnasında güven sebebiyle oluşan zarardan sorumluluğu işaret etmektedir. Çalışmada da doktrinindeki hakim görüşe paralel olarak sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurlu davranışla zarar verilmesini ifade etmek üzere, *culpa in contrahendo* tabiri kullanılmıştır.

⁹⁴¹ CARTWRIGHT/HESSELINK, 449; EREN, (Borçlar), 1130.

⁹⁴² FARNSWORTH, (General), 17; FARNSWORTH, (Preliminary), 219. Benzer yöndeki görüş için ayrıca bkz. VRIES, (Precontractual), 53. Bazı yazarlar bu görüşe karşı çıkmakta ve klasik icap-kabul kuralının bahsedildiği kadar basit olmadığını, duruma uyum sağlayabilecek (şarta bağlı icap, nitelikli icap gibi) türleri bulunduğunu, milletlerarası sözleşmelerde belirlenmesinin güçlük yaratmadığı aksine birçok durumda icap ve kabulün açık ve net şekilde belirlenebildiğini belirtmektedirler. Bkz. FONTAINE, (Report), 348.

⁹⁴³ VRIES, (Precontractual), 53-54.

⁹⁴⁴ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, 168; VRIES, (Precontractual), 54.

toplantıdan sonra, aşamalı olarak gerçekleşen bu süreç sonucunda sözleşmenin nihai şekli ortaya çıkmaktadır.⁹⁴⁵ Bu süreçte henüz ortada bir sözleşme bulunmadığı için sözleşme sorumluluğundan söz etmek mümkün olmasa dahi, birbirlerine oldukça yakın konumda bulunmaları sebebiyle sorumlulukları gündeme gelebilir.⁹⁴⁶ Elbette bu sorumluluğun varlığına ve kapsamına uygulanacak hukuk karar verecektir.

Müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde taraflar hiçbir belgeyi imzalamamış ve değiş dokuş etmemişlerse zarara uğrayan tarafın herhangi bir iddiada bulunma hakkı olacak mıdır, şayet böyle bir iddia söz konusu olabilirse kapsamı nasıl tespit edilir, zarar gören taraf zararın giderilmesini talep edebilir mi, peşin yapılan masraflar geri ödenecek mi, kazanç kaybı telafi edilir mi gibi klasik icap-kabul kuralının cevap veremeyeceği birçok soru akla gelecektir.⁹⁴⁷ Bu gibi sorular tek bir hukuk sisteminde bile açık ve net biçimde cevaplanamazken, bir de hukuk sistemlerindeki farklılıklar söz konusu olmaktadır. Hukuk sistemlerinin konuya yaklaşımlarındaki esaslı farklılıklar sebebiyle aşağıda öncelikle Anglo-Amerikan ve Kara Avrupası hukuklarının yaklaşımı hakkında bilgi verilecek, akabinde ise müzakerelerin hukuki niteliği üzerinde durulacaktır.

2.3.1. Genel Olarak Hukuk Sistemlerinin Sözleşme Öncesi Sorumluluğa Yaklaşımı

Birçok ülkede hukuk uygulamasında ‘müzakere özgürlüğü’ kabul edilmekte ve taraflar herhangi bir sözleşme öncesi sorumlulukla karşı karşıya kalma riski olmaksızın sözleşme müzakerelerine girişebilmektedir.⁹⁴⁸ Zira salt tarafların yürüttüğü müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması gerekçesiyle sorumlu tutulmaları adil olmayacaktır. Bununla

⁹⁴⁵ FARNSWORTH, (Preliminary), 219.

⁹⁴⁶ Burada sorumluluğun kaynağı, tarafların müzakereler sebebiyle oluşan güven ilişkisine dayanır. Ancak bu ilişki, tarafların sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirmemektedir. Aksinin kabulü müzakerenin temel mantığı ile de çelişecektir. Zira kişilerin müzakereye girişmesinin sebebi potansiyel bir sözleşme yapılması imkanının araştırılmasıdır. Bu doğrultuda taraflar doğal olarak kendi menfaatlerine en uygun şekilde sözleşmeyi yapmak isterler ve elbette müzakereler, bu kişilerin bir sözleşme yapılmışçasına bağlı olması sonucunu doğurmaz. Ancak tarafların kendileri için en uygun koşullarda, kendi menfaatlerini en iyi koruyacak biçimde müzakere etmeleri, bu süreçte hiçbir yükümlülükleri olmadığı anlamına da gelmez. Kendi menfaatlerini koruma amacıyla hareket ederken, aynı zamanda karşı tarafa dürüst davranmak, gerekli ve doğru bilgi ve açıklamaları yapmak gibi yükümlülükleri her zaman söz konusu olacaktır. Benzer yönde bkz. OĞUZTÜRK, 184.

⁹⁴⁷ FARNSWORTH, (General), 17.

⁹⁴⁸ FARNSWORTH, (General), 17; FARNSWORTH, (Preliminary), 221.

birlikte bu tür bir sorumluluğun bazı şartlar altında kabul edilmesi tartışılmış⁹⁴⁹ ve özellikle son yıllarda sözleşme öncesi sorumluluk kavramı giderek daha çok ülkede kabul görmeye başlamıştır. Hukuk sistemleri sözleşme özgürlüğü ve bu bağlamda müzakereleri yarıda kesme özgürlüğü ile müzakere sırasında bir tarafın diğer tarafa verebileceği zararların önüne geçilmesi amacıyla öngörülen sözleşme öncesi sorumluluk arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır.⁹⁵⁰

Sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluğun düzenlenişi bakımından hukuk sistemlerini; sözleşme öncesi sorumluluğu özel olarak düzenlememiş ve münferit hükümlerle dahi yer vermemiş hukuk sistemleri, sözleşme öncesi sorumluluğu kabul etmemekle birlikte, şartların varlığı halinde başka kurumlar işletilerek yaptırım uygulanmasına imkan veren hukuk sistemleri ile müzakere aşamasını ayrı bir hukuki ilişki olarak kabul eden ve bu süreci ayrıca ve özel olarak düzenleyen hukuk sistemleri olarak üçe ayırabiliriz.

İlk olarak sözleşme öncesi sorumluluğun ayrı ve özel olarak düzenlenmediği hukuk sistemlerinin önemli kısmında bağlayıcı bir sözleşme yapılmış olması halinde sözleşme hukukuna ilişkin kurallar, bu türden bir sözleşmenin bulunması halinde ise haksız fiile ilişkin kurallar devreye girmektedir. Örneğin Portekiz hukukunda haksız fiilin unsurları bulunuyorsa haksız fiil olarak değerlendirilebilmektedir.⁹⁵¹ Yine Fin, İspanyol, Fransız hukukları⁹⁵² ile Fransız hukukunun etkisi altındaki ülke hukuklarında sözleşme öncesi

⁹⁴⁹ Örneğin Alman ve İsviçre hukuklarında sözleşme öncesi sorumluluğun varlığı için sözleşme öncesi bir yükümlülüğün varlığı, bu yükümlülüğün ihlali, zarar, ihlal ve zarar arasında illiyet bağı ve kusur şartlarının bulunması aranmaktadır. Bkz. EBKE, 41; DREYER, Dominique: "Switzerland", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 65-88, 70.

⁹⁵⁰ CARTWRIGHT/HESSELINK, 452; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 280.

⁹⁵¹ DEMİRCİOĞLU, 71; CARTWRIGHT/HESSELINK, 60-61.

⁹⁵² KLEIN/BACHECHI, 16; NEDZEL, 114; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 284. Fransız hukukuna göre taraflar nihai bir sözleşme hazırlamak üzere önsözleşme niteliğinde bir sözleşme yapmışlarsa bu sözleşmenin ihlali sebebiyle ve ancak sözleşme sorumluluğuna başvurulmakta, bu türden bir sözleşme yapılmamış olması halinde ise haksız fiilin tüm unsurlarını taşıması kaydıyla ancak haksız fiil sorumluluğuna başvurulabilmektedir. Bkz. SCHMIDT-SZALEWSKI, 95; HAMZA, 102. Bu hukuk sisteminde sözleşme öncesi sorumluluğun ayrıca düzenlenmemesinin sebebinin, sözleşmenin yapılmaması halinde hangi hallerin 'sözleşme öncesi' olduğunun tespitindeki güçlük olduğu belirtilmektedir. Bkz. NEDZEL, 114. Türk doktrinde de KILIÇOĞLU, sözleşme öncesi süreçteki sorumluluğun sözleşme sorumluluğu olarak nitelenmesi halinde, sözleşme ile sözleşme öncesi davranışlar arasında ayırım yapmaya gerek kalmayacağı gerekçesiyle, sözleşme öncesi sorumluluğun haksız fiil olarak değerlendirilmesinin daha isabetli olduğunu savunmaktadır. Bkz. KILIÇOĞLU, 83.

sorumluluk haksız fiil kapsamında görülmektedir.⁹⁵³ Benzer şekilde İngiliz hukuk sisteminde müzakere sürecinin ayrı bir hukuki ilişki ortaya çıkardığı kabul edilmese dahi, karşı tarafı aydınlatma, bilgilendirme veya koruma yükümlülüğü haksız fiil içerisinde ele alınmaktadır.⁹⁵⁴ Yine bu sistemlerde, hukuken 'sözleşme' olarak nitelenebilecek bir müzakere belgesi imzalanmışsa, sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümler işletilebilecektir.⁹⁵⁵ Bununla birlikte milletlerarası sözleşme müzakerelerinde bir sözleşmenin varlığını belirlemek her zaman kolay olmadığı gibi, birçok halde taraflar amaçlanan sözleşmenin yapılabilmesi için farklı isimler altında çeşitli belgeler hazırlamaktadır. Çalışmanın önceki kısmında belirttiğimiz gibi bu belgelere atfedilen hukuki nitelik her hukuk sisteminde farklıdır. Örneğin İngiliz hukukunda sözleşme yapılmasına dair sözleşme (*contract to contract / contract to attempt to make a contract*) gibi isimlerle hazırlanan sözleşmeler bulunsa dahi, bu tür sözleşmeler genellikle icra edilemez nitelikte kabul edilmektedir.⁹⁵⁶ İcra edilebilir olduğu durumlarda ise, taraflar müzakerelerin iyi niyet prensibine uygun olarak devam edeceğini açıkça belirtmişlerse dikkate alınmakta ve sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir.⁹⁵⁷ Buna karşılık bazı hukuk sistemlerinde ise bu tür metinler önsözleşme olarak kabul edilerek sözleşme sorumluluğu kapsamında ele alınmaktadır.

İkinci grupta yer alan ülkelerde ise genel bir hükümle sözleşme öncesi sorumluluğa yer verilmemekle birlikte, sözleşme öncesi sorumluluğun örtülü olarak veya münferit hükümlerle kabul edildiği görülebilmektedir. Örneğin Avusturya ve İsviçre hukukları örtülü olarak bu sorumluluğu kabul ederken, Danimarka, Norveç ve İsveç hukuklarında hukukun temel ilkelerinden hareketle sorumluluk ihdas edilebilmektedir.⁹⁵⁸ Türk hukukunda da *culpa in contrahendo* sorumluluğu açıkça düzenlenmiş bir sorumluluk olmamakla birlikte, bazı kanun hükümleri bu sorumluluğun temelini oluşturabileceğinden bu gruba dahildir.⁹⁵⁹

⁹⁵³ CARTWRIGHT/HESSELINK, 61; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 387-388 9.

⁹⁵⁴ CARTWRIGHT/HESSELINK, 465.

⁹⁵⁵ Örneğin İngiliz hukukunda müzakerelerin ne şekilde yürütüleceğine ilişkin bir sözleşme imzalanmış ve bu sözleşme icra edilebilir nitelikte ise sözleşme sorumluluğu kapsamında ele alınarak sorumluluk ortaya çıkabilmektedir. Bkz. DIETRICH, 156.

⁹⁵⁶ KLEIN/BACHECHI, 16; HASSAN, 16-18.

⁹⁵⁷ DIETRICH, 156-157.

⁹⁵⁸ CARTWRIGHT/HESSELINK, 61.

⁹⁵⁹ Örneğin kendi kusuruyla hataya düşerek sözleşmeyi iptal eden tarafın, karşı tarafın bu durumdan doğan zararını tazmin etmesine ilişkin BK. m.35/1; temsil yetkisinin sona ermesinden sonra yetki belgesini geri almayan temsil olunan ve haleflerinin üçüncü kişilerin bundan doğan zararını tazmine ilişkin BK. m.44;

Benzer şekilde Anglo-Amerikan hukukunda bu sorumluluk türünün çok teorik olarak görülmesi⁹⁶⁰ ve müzakerelerden sorumluluğu sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması olarak görmesine⁹⁶¹ rağmen, ortaya çıkan boşluk, bazı durumlarda evrensel düzeyde kabul edilen iyi niyet ilkesi ile doldurulmakta⁹⁶² veya tarafların müzakere sürecindeki belirli münferit davranışları karşısında (şartları gerçekleşiyorsa) diğer sorumluluk türleri işletilebilmektedir.⁹⁶³ Örneğin İngiltere, İskoçya ve İrlanda hukuklarında sözleşme öncesi sorumluluğu ortaya çıkaran bir sorumluluk özel olarak düzenlenmemekle birlikte, müzakere sürecinde tarafların birbirlerine karşı olan yükümlülüklerini henüz ortada bir sözleşme ilişkisi olmadığı gerekçesiyle tamamen reddetmemekte ve belirli olaylar veya belirli hareket tarzları açısından sorumluluk kabul edilebilmektedir.⁹⁶⁴ *Culpa in contrahendo* genel veya münferit hükümlerle düzenlenmediği bu tür hukuk sistemlerinde, özellikle Anglo-Amerikan hukuklarında müzakereler sebebiyle sorumluluk, ayrı bir sorumluluk türü olarak kabul edilmese de, somut olaya göre genel hükümler,⁹⁶⁵ hukukun genel ilkeleri,

yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin BK. m.47; gerçeğe aykırı olarak kendisini ehil gösteren vesayet altındaki kişinin sorumluluğuna ilişkin MK. m.452/II; icap ve kabule ilişkin BK. m.3 ve 5; satılanın zaptı halinde satıcının sorumluluğunu düzenleyen BK.m.217; ayıplı maldan satıcının sorumluluğuna ilişkin BK. m.229; bağışlayanın sorumluluğuna ilişkin BK. m.294; vedia verenin (saklatanın) sorumluluğuna ilişkin BK. m.562 hükümlerinin *culpa in contrahendo* sorumluluk için uygulanabileceği belirtilmektedir. Buna karşılık bu hükümlerin hiç birisi *culpa in contrahendo*ya bağımsız bir sorumluluk niteliği kazandırmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, 72-74. Yargıtay da verdiği kararlarda *culpa in contrahendo*nun tazminat yükümlülüğü doğurduğunu kabul etmiştir. Bkz. 3.HD.15.9.1997 tarih ve E.1997/6603 K.1997/8864 sayılı karar; HGK 12.03.1997 tarihli ve E.1996/13-850 K.1997/186 sayılı karar; 19.HD.30.11.2004 tarihli ve E.2004/4912 K.2004/11803 sayılı karar; 13.H.D. 13.11.1995 tarihli ve E.1995/9375 K.1995/9860 sayılı karar; 19.HD.1.12.2005 tarihli ve E.2005/2865 K.2005/11959 sayılı kararları.

⁹⁶⁰ LANGEN, 89. Bununla birlikte bu hukuk sistemlerinin sözleşme öncesi sorumluluğa yaklaşımları da kendi içinde farklılaşmaktadır. Örneğin sözleşme müzakerelerini iyi niyetle yürütme yükümlülüğü konusunda İngiliz hukuku bu tür bir yükümlülüğü hiçbir şekilde kabul etmeme şeklinde oldukça katı bir yaklaşıma sahip iken, Amerikan hukuku biraz daha esnek bir yaklaşıma sahiptir. Bkz. ZACCARIA, (Goodfaith), 103; MASTELLONE, 4. Ayrıca bkz. ROBIN, (Goodfaith), 700-701.

⁹⁶¹ DIETRICH, 156; FARNSWORTH, (Preliminary), 221; COHEN, N., 398. Benzer yönde bkz. CARTWRIGHT/HESSELINK, 450-451.

⁹⁶² LANGEN, 90. Benzer yönde bkz. HASSAN, 3-4. HASSAN, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde sözleşme öncesi sorumluluk düzenlenmemiş ve bu tür bir sorumluluk hali tanınmıyor olsa da, mahkemelerin müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğünü yavaş yavaş kabul etmeye başladığını belirtmektedir. Farnsworth ise iyi niyet yükümlülüğünün genel olarak sözleşme sorumluluğu için kabul edildiğini ve bu nedenle sözleşme öncesi sorumluluğa genişletilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. FARNSWORTH, (Preliminary), 221.

⁹⁶³ CARTWRIGHT/HESSELINK, 451. Benzer yönde bkz. ZACCARIA, (Goodfaith), 103. Yazar, İngiliz hukukunda müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğü genel bir prensip olarak kabul edilmese de, aynı sonucu doğuracak bir mekanizmanın işletildiği, ancak İngiliz hukukunda aynı sonuca ulaşırken farklı bir rotanın izlendiğini ifade etmektedir. Aynı yöndeki görüş için bkz. COLOMBO, 343.

⁹⁶⁴ CARTWRIGHT/HESSELINK, 451, 61. Benzer yönde bkz. FARNSWORTH, (Preliminary), 223 vd.

⁹⁶⁵ Sözleşme öncesi sorumluluğun bu hukuk sistemlerinde genel hükümlere dayandırılabilceğini belirten yazarların genellikle, sözleşme öncesi sorumluluğun ayrı bir sorumluluk türü olara ele alındığı *culpa in contrahendo* sorumluluğu kabul eden hukuk sistemlerinden etkilenen yazarlar olduğunu söylemek yanlış

hileli/aldatıcı beyan (*misrepresentation*),⁹⁶⁶ cebir (*duress*), nüfuzu kötüye kullanma (*undue influence*), mantıksızlık (*unconscionability*) veya özel vaatte bulunma (*specific promise*), sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmenin⁹⁶⁷ bu sorumluluğun dayanağı olabileceği belirtilmektedir.⁹⁶⁸ Bunun dışında sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmeyen hallerde sözleşme öncesi sorumluluk halleri için '*promissory estoppel*'⁹⁶⁹ doktrini geliştirilmiştir.⁹⁷⁰ Asıl sözleşmenin yapılması ile sonuçlanmasını makul olarak bekleyen tarafı korumak için "güven teorisi" (*reliance theory, promissory estoppel*) ile sözleşme sorumluluğu genişletilebilmektedir.⁹⁷¹ Burada sorumluluk, diğer tarafın sözleşmeyi yapma vaadine güvenerek yapılan işlemler sonucunda ortaya çıkan zararların, vaadeden tarafça tazmin edilmesine dayanır.⁹⁷² Bunun yanında, bu tür bir sorumluluk ayrıca kabul edilmese dahi, sözleşmede muğlaklık bulunması halinde, sözleşmenin yorumlanmasında müzakere süreci dikkate alınabilecektir.⁹⁷³

Nihayet son olarak, ilk kez Alman hukukunda ortaya çıkan *culpa in contrahendo* teorisi doğrultusunda sözleşme öncesi görüşmelerde karşı tarafa kusurlu olarak zarar verilmesi

olmayacaktır. Zira söz konusu hukuk sistemlerinde sözleşme öncesi müzakereler sebebiyle sorumluluğun genel bir kuralara dayandırılması, çok taraftar bulan bir yaklaşım değildir.

⁹⁶⁶ Sözleşme, kısmen dahi olsa yanıltıcı beyana dayanarak yapılmışsa, zarara uğrayan taraf zararın tazminini ve sözleşmenin iptalini isteyebilir. Bkz. DIMATTEO, 150-151; GODERRE, 269; FARNSWORTH, (Preliminary), 233-236.

⁹⁶⁷ Şayet müzakereler sebebiyle bir taraf sebepsiz olarak zenginleşmişse sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaktadır. Başka bir ifadeyle müzakere sebebiyle sorumluluğun gündeme gelebilmesi için zenginleşme ve bu zenginleşmenin haksız biçimde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ancak burada özellikle müzakerenin kesilmesi durumunda hangi hallerin zenginleşme olarak kabul edileceği ve zenginleşmenin hangi hallerde haksız sayılacağı noktasında problem çıkmaktadır. Bkz. DIETRICH, 159-160; GODERRE, 269; FARNSWORTH, (Preliminary), 229-233. Sözleşme öncesi sorumluluğun sebepsiz zenginleşmeye dayandırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DIETRICH, 158 vd.

⁹⁶⁸ COHEN, N., 399; CREMADES, 773 vd.; FARNSWORTH, (General), 18 vd.; FARNSWORTH, (Preliminary), 221 vd.; CARTWRIGHT/HESSELINK, 461-462; KLEIN/BACHECHI, 7; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 275; DIMATTEO, 150.

⁹⁶⁹ '*Promissory estoppel*', kendisine bir vaatte bulunulan kimsenin adil olmayan sonuçlarla karşılaşmaması için belirli şartları taşıyan vaatlere uygulanan bir kavramdır. Amerikan hukukunda '*promissory estoppel*'in ortaya çıkması gereken unsurlar; bir vaatte bulunulması (söz verilmesi), vaat edenin bir davranışta bulunacağı veya kaçınacağı yolunda vaat edilende makul bir beklenti oluşturmaması, vaadin beklenen davranışa sebep olması, icra edilebilirlik olarak belirtilmekte ve bu unsurların varlığı halinde vaade güvenen kişinin güven menfaatinin tazmin edilmesi söz konusu olabilmektedir. İngiltere ve akabinde İngiltere'yi takip eden Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda ve Nijerya hukuklarında da '*promissory estoppel*' doktrini tam anlamıyla Amerikan hukukundakinin aynısı olmamakla birlikte, benzer şekilde kabul edilmiştir. Bkz. HASSAN, 34, 37 vd.; ROBIN, (Goodfaith), 706-709; NEDZEL, 131-137; BASS, 218 vd.

⁹⁷⁰ HASSAN, 31; NEDZEL, 128 vd.

⁹⁷¹ DIMATTEO, 150.

⁹⁷² GODERRE, 269; FARNSWORTH, (Preliminary), 236.

⁹⁷³ MCKENDRICK, (Interpretation), 270.

nedeniyle sorumluluğun özel olarak düzenlendiği hukuk sistemleridir. Alman ekolünü takip eden İsrail, Yunan, Porto Riko ve İtalyan hukuku gibi bazı hukuk sistemlerinde sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluk, bilinen adıyla *culpa in contrahendo* teorisi kabul edilmektedir.⁹⁷⁴ *Culpa in contrahendo* olarak bilinen bu sorumluluk türü Alman hukukunda ortaya çıkmasına rağmen Kara Avrupası hukuklarının büyük çoğunluğunu kısmen de olsa etkilemiş ve hatta istisnai olsa da Amerika'nın bazı eyaletlerinde de⁹⁷⁵ kabul görmüştür.⁹⁷⁶

2.3.2. Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Müzakerelerin başarıya ulaşması ile ortaya çıkan sözleşme süreci ile sözleşme öncesi süreci birbirinden ayıran çizgiyi kesin biçimde belirlemek mümkün değildir.⁹⁷⁷ Bu durum, müzakere sürecinin hukuki niteliği ve müzakerelerden sorumluluğun türüne ilişkin tartışmalara da sebep olmuştur. Sözleşme öncesi sorumluluk sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğu arasındaki sınırdaki yer alan hibrit bir sorumluluk türüdür.⁹⁷⁸ Sözleşme öncesi görüşmelerde taraflardan birinin gerçekleştirdiği fiilin niteliğine göre haksız fiil hükümleri devreye sokularak zararın tazmin edilmesi mümkün olabilir. Haksız fiilin şartları oluşmadığı takdirde, şayet önceki kısımda incelediğimiz sözleşme öncesi belgeler imzalanmış ve uygulanacak hukukta sözleşme sorumluluğuna ilişkin şartlar karşılanıyorsa somut olayda sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin de uygulanması gündeme gelebilir. Ancak bazı durumlarda ortaya çıkan zararın giderilmesi için ne haksız fiil ne de sözleşme sorumluluğuna başvurmak mümkün olabilir. Bu durum doktrinde 'güven zararı'

⁹⁷⁴ KLEIN/BACHECHI, 17; DEMİRCİOĞLU, 68; HASSAN, 7; NEDZEL, 140; CARTWRIGHT/HESSELINK, 60-61; COLOMBO, 349 vd.; COHEN, N., 400. İtalyan ve Yunan hukuklarındaki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, 68-70; COLOMBO, 356-359; BRAGGION, 179 vd. İsrail hukukundaki düzenleme için bkz. HASSAN, 7-8; COLOMBO, 359-369; COHEN, N. 398 vd. Porto Riko ve Luisiana hukuklarındaki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NEDZEL, 140-146.

⁹⁷⁵ Örneğin Louisiana ve Porto Riko yasalarında *culpa in contrahendo* teorisi kısmen kabul edilmektedir.

⁹⁷⁶ GODERRE, 266-267; HASSAN, 3; NEDZEL, 140-141.

⁹⁷⁷ DIMATTEO/DHOOGE/GREENE/MAURER/PAGNATTARO, 34.

⁹⁷⁸ BASS, 221; EBKE, 37. KIRCA, 147, dn.790; DIETRICH, 175. CARTWRIGHT ve HESSELINK ise sözleşme öncesi sorumluluğun, haksız fiil ve sözleşme arasında gri bir alanda bulunabileceğini ifade etmiştir. Bkz. CARTWRIGHT/HESSELINK, 455. Benzer yönde bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 275; SEROZAN, Rona: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006, 249.

olarak adlandırılan ve müzakereci taraflardan birisinin, sözleşmenin tamam olacağına ilişkin güveninin ihlali sebebiyle uğradığı zarardır.⁹⁷⁹

Anglosakson ve Kara Avrupası hukuk sistemleri arasındaki esaslı farklılıklardan birisi, sözleşme müzakereleri esnasında tarafların birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerine olan yaklaşımlarıdır.⁹⁸⁰ Anglosakson yaklaşımında, sözleşmeci taraf uzun süreli müzakereleri kötü niyetli olarak sona erdirebilir ve müzakereler sebebiyle herhangi bir yükümlülük doğmazken; birçok Kara Avrupası hukuk sisteminde müzakerelerin iyi niyetle yürütülmesi yükümlülüğü bulunmaktadır.⁹⁸¹

Anglosakson hukuk sisteminin geçerli olduğu ülkelerin bu tür bir sorumluluğa yaklaşımı daha sınırlıdır.⁹⁸² İngiliz hukukunda sözleşme müzakerelerine ilişkin genel bir yükümlülük bulunmamakta ve müzakere süreci tek başına bir hukuki ilişki meydana getirmemektedir.⁹⁸³ Ancak bazı hallerde diğer kurumlar işletilerek sorumlu tutulabildiği istisnai durumlar bulunmaktadır.⁹⁸⁴

Kara Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelerin birçoğunda ise, sözleşme müzakerelerinin kötü niyetle kesilmesi halinde, zarara uğrayan müzakereci tarafın, kötü niyetli taraftan *culpa in contrahendo* hükümlerine göre zararın tazminini isteyebileceği kabul edilmektedir.⁹⁸⁵ Kara Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelere, aşağıdaki durumlarda genellikle *culpa in contrahendo* sorumluluğun bulunduğu kabul edilmektedir;⁹⁸⁶

- Nihai sözleşmenin sonuçlanacağına duyulan güvenin ihlal edilmesi,

⁹⁷⁹ SMITH, 90. Yazar bu yöndeki sözleşme öncesi yükümlülükleri 'güvene dayalı yükümlülükler' olarak adlandırmaktadır. Benzer yönde bkz. DEMİRCİOĞLU; KIRCA, 111 vd.; DIETRICH, 177.

⁹⁸⁰ BORTOLOTTI, 167; DIMATTEO, 149; VRIES, (Precontractual), 75. Benzer yönde bkz. COLOMBO, 341-343.

⁹⁸¹ DIMATTEO, 149. Anglo-Amerikan hukuku ve Kara Avrupası hukuklarının iyi niyet ilkesine yaklaşımları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz DALHUISEN, (V.II), s-48-82; COLOMBO, 341 vd; CARTWRIGHT/HESSELINK, 464-466.

⁹⁸² BORTOLOTTI, 167; CARTWRIGHT/HESSELINK, 461. Benzer yönde bkz. COLOMBO, 341; DALHUISEN, (V.II), 78.

⁹⁸³ DALHUISEN, (V.II), 79; SMITH, 164; CARTWRIGHT/HESSELINK, 450-451; GODERRE, 269.

⁹⁸⁴ DALHUISEN, (V.II), 78-79; DIMATTEO, 150.

⁹⁸⁵ DIMATTEO, 151; GODERRE, 266.

⁹⁸⁶ DIMATTEO, 152.

- Nihai bir sözleşme yapmak üzere bağlayıcı bir önsözleşme yapılmasına veya sözleşmenin yapılacağına dair resmi olmayan sözlü bir anlaşma sebebiyle duyulan güvenin ihlal edilmesi,

- Makul bir açıklama yapmaksızın müzakerelerin kesilmesi,
- Karşı tarafın sözleşme yapma kararını etkileyebilecek bir bilginin açıklanmamış olması,
- Sözleşmenin yapılmasını kasten veya ihmalen etkileyen müzakerelerle ilgili bulunan üçüncü tarafın sorumluluğu.

Bu bilgiler ışığında, genel olarak sözleşme öncesi sorumluluğa baktığımızda, müzakere ilişkisinin birçok durumda hukuken korunmakta olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak hukuk sistemleri bunu yaparken farklı teknikler kullanmıştır.⁹⁸⁷ Bu nedenle öncelikle sorumluluğun hukuki niteliğinin incelenmesi gerekir.

2.3.2.1. Sözleşme Görüşü

Sözleşme öncesi görüşmelerde kusurlu sorumluluğu, sözleşme sorumluluğu olarak değerlendiren görüşler, sözleşme görüşmelerindeki özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmekte ve sözleşme sorumluluğunu genişletmektedirler. Bu görüş de kendi içerisinde farklılaşmaktadır:

Bazı yazarlar, sorumluluğu, yapılması planlanan sözleşmeye dayandırırken, bazı yazarlar sözleşme görüşmelerindeki özen yükümlülüğünün bağımsız bir sözleşme ilişkisi meydana getirdiğinden hareket etmekte, bazı yazarlar ise kanundan doğan bir borç ilişkisi olarak nitelendirmektedir.⁹⁸⁸ Bir diğer görüş ise müzakerelerin, sözleşme benzeri bir ilişki

⁹⁸⁷ Şöyle ki, bazı ülkelerde müzakere görüşmeleri başlıbaşına bir hukuki ilişki olarak kabul edilmese dahi, sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi borç kaynaklarından hareket ederek oldukça sınırlı da olsa korunabilmektedir. Bazı ülkelerde ise *culpa in contrahendo* teorisi kabul edilerek müzakere ilişkisi sebebiyle sorumluluk ayrıca düzenlenmiş, bu teoriye yer vermeyen hukuk sistemlerinde ise genellikle haksız fiil hükümleri ile sorumluluğun doğacağı kabul edilmiştir. Bkz. CARTWRIGHT/HESSELINK, 480-481.

⁹⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, 77-90; YALMAN, 73-78; OĞUZTÜRK, 102; BAYGIN, Cem: “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan, C.IV, A.1-2, 2000, 345-377, Erişim adresi: http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000_1_18.pdf, Erişim tarihi: 15.09.2015, 347 vd.; GEZDER, 64-73.

yarattığını belirtmekte ve müzakereler ile tıpkı sözleşmelerde olduğu gibi yükseltilmiş bir koruma ve özen yükümlülüğü ortaya çıktığını belirtmektedir.⁹⁸⁹ Türk hukukunda da Yargıtay'ın verdiği bazı kararlarda müzakere ilişkisinin 'sözleşme benzeri' bir ilişki ortaya çıkardığı kabul edilmiş ve sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur.⁹⁹⁰

⁹⁸⁹ EREN, (Borçlar), 1131.

⁹⁹⁰ Yargıtay'ın 19.HD.30.11.2004 tarihli ve E.2004/4912 K.2004/11803 sayılı kararına göre; ".... savunma ve toplanan delil ve belgelerin ışığında bir değerlendirme yapıldığında olaya "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (CULPA İN CONTRAHENDO) kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Gerçekte de akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar, bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK.md.2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülükler kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar"

Yargıtay 11.HD. 10.3.2001 tarihli ve E.2009/3852 K.2011/2528 sayılı kararında, yerel mahkemenin müzakere ilişkisini 'sözleşme benzeri' bir hukuki ilişki olarak değerlendirmesine ve sözleşme sorumluluğu hükümlerine tabi tutmasına ilişkin kararı onamıştır. Yerel mahkemenin kararına göre; " davalılar tarafından Borçlar Yasasının 60. maddesinde öngörülen haksız eylem sorumluluğundan kaynaklı 1 yıllık zaman aşımı süresinin uygulanması gerektiği ileri sürülerek yasal süresinde zaman aşımı definde bulunulmuştur. Davacı yan ise davalıların sorumluluğunun sözleşmenin müzakeresi sırasındaki kusura dayandırmak suretiyle BK'nun 96. ve devamı maddelerindeki sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanması gerektiğini ve bu nedenle de BK'nun 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zaman aşımı süresinin davada uygulanacağını ve zaman aşımı dolmadan davanın açılmış olduğunu ileri sürmektedir. Doktrin akit öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) adı verilen sorumlulukta aktin kurulmasından önceki safhada, taraflardan birinin diğer tarafa veya onun koruma alanında bulunan kişilere aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan akit benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumluluk anlamına gelmektedir. Davalıların sorumluluğunun akit öncesi sorumluluğu dayandırılmasının en önemli sonucu olaya Borçlar Yasasının 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zaman aşımı süresinin uygulanması olacaktır. Davalılar İş-Tim ile Telekomünikasyon AŞ arasındaki müzakerelerin tarafı olmayıp sadece 27.10.2000 tarihli imtiyaz sözleşmesi öncesinde Bakanlık ile sürdürülen müzakerelere katılmışlar bu müzakereler sonucu imtiyaz sözleşmesi Bakanlık ile davacıların ortağı olduğu dava dışı Telekomünikasyon Hizmetleri AŞ arasında imzalanmıştır. Bilirkişi kurulunca tanzim edilen raporda dava konusu olayda davalıların sorumluluğunun akdin müzakeresi sırasındaki kusur sorumluluğu olarak nitelendirilemeyeceği bu nedenle BK'nun 96. ve devamı maddelerindeki sözleşmesel sorumluluk kurallarının ve BK'nun 125. maddesindeki 10 yıllık zaman aşımı süresinin uygulanmasının mümkün olamayacağını belirtmişlerdir. Davada davacının tazminat talepleri 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 57. ve 58. maddelerine dayanmakta olup yasanın özel bir zaman aşımı süresi düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu durumda zaman aşımı süresinin taraflar arasındaki ilişkiye göre belirlenmesi gerektiği, olayın özellikleri göz önüne alındığında her ne kadar taraflar arasında doğrudan akit öncesi görüşme söz konusu değil ise de 4054 Sayılı Yasa bir bütün olarak değerlendirildiğinde davacı yana Ulaştırma Bakanlığı tarafından hakim GSM operatörleri ile eşitliğin sağlanacağı ve özellikle roaming hizmetlerinden yararlandırılacağı hususundaki vaat ve taahhütler, somut olayın özellikleri olayda hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığının belirlenmesi tespiti gerekmekte olup bu nedenle BK'nun 125. maddesindeki 10 yıllık zaman aşımı süresinin davada uygulanması gerektiği salt taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığı için olaya BK'nun 60. maddesindeki haksız fiil zaman aşımı süresinin uygulanması gerektiği yönündeki bilirkişi kurulunun görüşünün yerinde olmadığı anlaşılmış, Rekabet Kurumunun 09.06.2003 tarihli kararının Telekom İtalia SpA isimli davacının ortağı olduğu İş-Tim AŞ'ye tebliğ edildiği, 09.06.2003 tarihi esas alındığında dava tarihi itibarıyla zaman aşımı süresinin geçirilmemiş olduğu anlaşılmıştır. "

Sorumluluğu, yapılması planlanan sözleşmeye dayandıran görüşler, sözleşme görüşmelerinin de sözleşmenin bir parçası olduğu tezinden hareket etmektedirler. Ancak bu yaklaşım, henüz doğmamış, ancak ileride doğacak bir ilişkiye sorumluluğun dayandırılması anlamına geldiğinden eleştirilmektedir.⁹⁹¹ Ayrıca hedeflenen sözleşmenin kurulmaması veya geçersiz kurulması durumları da bu görüşün zayıf noktalarından bir diğerini oluşturmaktadır. Böyle bir durumda ortaya çıkan ilişkinin ne şekilde değerlendirileceği problem yaratacaktır.⁹⁹²

Müzakereler sırasında tarafların temelini iyi niyet ve dürüstlük kuralından alan bir özen yükümlülüğü bulunduğu ve müzakere ilişkisinin bağımsız bir sözleşme ilişkisi ortaya çıkardığını kabul eden görüş de kendi içerisinde farklılaşmaktadır. Bağımsız bir sözleşme ilişkisinin varlığını kabul eden yazarların bir kısmı müzakereleri, tek taraflı bir hukuki ilişki olarak nitilemekte, bir kısmı ise iki taraflı bir hukuki ilişki olarak nitilemektedir. Yine bağımsız sözleşme görüşündeki bir başka ayrıma göre müzakerelerin açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren bağımsız bir sözleşme ilişkisi yarattığı savunulmakta, bir kısım yazar ise tarafların sosyal temastan doğan fiili bir sözleşme ilişkisi içinde bulunduğunu savunmaktadır.⁹⁹³ Bu görüşler de, sözleşmenin kurulması için hemen hemen tüm ülkelerde kabul edilen 'sözleşme yapma iradesi' noktasında problem yaratmaktadır. Zira müzakerelere giren tarafın iradesi bağımsız bir sözleşme kurma iradesi olmayıp, yalnızca müzakere etmek amacı taşımaktadır.⁹⁹⁴ Başka bir deyişle, yalnızca müzakereye girilmesi, bir sözleşme ilişkisi yaratmaz ve sözleşme yapma zorunluluğu içermez.⁹⁹⁵ Bu nedenlerle *culpa in contrahendo*yu sözleşme ilişkisine dayandıran görüşler, sorumluluğun hukuki niteliğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

2.3.2.2. Haksız Fiil Görüşü

Sözleşme öncesi sorumluluğun haksız fiile dayandırılması, henüz ortada bir sözleşme yokken sorumluluğun ortaya çıkabilmesinin ancak haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde

⁹⁹¹ DEMİRCİOĞLU, 79; YALMAN, 74.

⁹⁹² OĞUZTÜRK, 102.

⁹⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, 81-86; YALMAN, 74-77.

⁹⁹⁴ DEMİRCİOĞLU, 88.

⁹⁹⁵ OĞUZTÜRK, 102.

mümkün olduğu düşüncesinden doğmaktadır. Bu tezi savunanların bir kısmı, kimseye zarar vermeme (*neminem leadere*) ilkesinin, davranışlarda genel bir yükümlülük olarak ortaya çıktığını belirtmektedir ve *culpa in contrahendo*nun kimseye zarar vermeme ilkesine aykırılık yarattığından hareket etmekte iken,⁹⁹⁶ bir kısmı ise tarafların müzakerelere girişmesi ile birbirlerine yakın bir konuma geldiğini belirterek, bu durumun tarafların birbirlerine karşı yükseltilmiş özen ödevi ortaya çıkardığını savunmakta, bir kısmı ise müzakere öncesi yükümlülüklerin ihlalinin haksız fiil teşkil ettiğini belirtmektedir.⁹⁹⁷ Üçüncü bir yaklaşım ise *culpa in contrahendo*yu dürüstlük kuralı kapsamında hukuka aykırı kabul etmekte ve bu durumun haksız fiili meydana getirdiğini belirtmektedir.⁹⁹⁸

Culpa in contrahendo doktrinini kabul eden ülkelerde ve doktrinde bu sorumluluğun kaynağı, taraflar arasında müzakereler sebebiyle oluşan özel bağlantı sebebiyle ortaya çıkan güven ilişkisine dayandırılmaktadır. Buna göre, dürüstlük kuralının uygulanabilmesi için taraflar arasında güven ilişkisini ortaya çıkaran özel bir bağlantının bulunması gerekirken, haksız fiilin tarafları arasında bu tür bir bağlantı genellikle bulunmamaktadır.⁹⁹⁹ Ayrıca haksız fiilden farklı olarak *culpa in contrahendo*da belirli bir kişiye karşı (diğer müzakereciye karşı) özen gösterme/zarar vermeme yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁰⁰⁰

Sözleşme öncesi sorumluluğu ayrıca düzenlememiş ülkelerin önemli bölümünde, müzakereler sebebiyle ortaya çıkan zarar sebebiyle sorumluluk, bu görüşe uygun olarak, haksız fiil çerçevesinde ele alınmaktadır. Ancak sözleşme ilişkisindeki gibi yoğun olmasa da, aralarında belirli ölçüde güven ilişkisi bulunan taraflar ile, aralarında hiçbir ilişki bulunmayan tarafların aynı sorumluluk hükümlerine tabi tutulması her zaman adil sonuçlar vermeyecek, hakkaniyete uygun düşmeyecektir.¹⁰⁰¹ Bu nedenle sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluğun haksız fiildeki gibi genel ve soyut bir özen gösterme

⁹⁹⁶ Örneğin müzakereler sebebiyle sorumluluğu haksız fiil çerçevesinde ele alan Fransız hukukunda bu sorumluluk; aynı durumda makul bir kişinin yapmayacağı, kişinin kasıtlı veya kasıtsız olarak gerçekleştirdiği, açık ve tartışmasız biçimde kusurlu bir fiilin bulunduğu hallerde kabul edilmektedir. Bkz. NEDZEL, 138.

⁹⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, 90-96; KIRCA, 39-52, 139-141; OĞUZTÜRK, 102-104; YALMAN, 70-71; EREN, (Borçlar), 1130-1131; BAYGIN, 345 vd.; GEZDER, 73-78.

⁹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, 96-98; KIRCA, 41.

⁹⁹⁹ KIRCA, 41, 53-54, 119 vd.

¹⁰⁰⁰ OĞUZTÜRK, 104.

¹⁰⁰¹ Örneğin sözleşme öncesi sorumluluğu haksız fiil çerçevesinde ele alan Fransız hukukunda, haksız fiil sorumluluğunun genişletilmesinin beraberinde getirdiği sakıncaların Fransız hukukunda görüldüğünü belirtilmektedir. Bkz. KIRCA, 141.

yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi yerine, özel ve somut bir yükümlülük olarak ele alınması gerekir.¹⁰⁰²

2.3.2.3. Diğer Görüşler

Sözleşme görüşmeleri sırasındaki sorumluluğu sözleşmeye veya haksız fiile dayandıran görüşlerin bu sorumluluğun hukuki niteliğini açıklamakta yetersiz kalması üzerine kendine özgü görüşler veya karma görüşler olarak adlandırılan yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bu görüşler temelde sorumluluğu ne tam anlamıyla haksız fiile, ne tamamen sözleşmeye dayandırmakta, ancak bu iki sorumluluk türüne ilişkin hükümlerin birlikte değerlendirilmesi ile bir sonuca ulaşmaya çalışmaktadır. Karma görüşler de kendi içerisinde farklılaşmaktadır.¹⁰⁰³ Bunlar genellikle sorumluluk unsurlarını ayrı ayrı değerlendirerek hem sözleşme, hem haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralların uygulanmasını veya somut olaya göre bir değerlendirme yapılarak sözleşme veya haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu tür bir yaklaşımın kabul edilmesi hukukun öngörülebilirlik ilkesine aykırı olacak ve sözleşme öncesi sorumluluk bakımından istikrarsızlık yaratacaktır.¹⁰⁰⁴ Bunlar dışında doktrinde sözleşme müzakereleri sebebiyle sorumluluğu kanuni bir borç ilişkisi, fiili sözleşme ilişkisi, bağımsız işlem olarak niteleyen görüşler de bulunmaktadır.

Bazı hukuk sistemlerinde bu görüşlere uygun olarak sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk, sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğu altında ele alınmayıp, bunlardan bağımsız şekilde *sui generis* bir sorumluluk türü olarak ele alınmıştır.¹⁰⁰⁵ Sorumluluğu klasik şekilde sözleşme ve haksız fiil ayrımına göre değerlendirmek bazı durumlarda yetersiz kaldığından *culpa in contrahendo* teorisi ortaya çıkmıştır.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰² YALMAN, 72.

¹⁰⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYGIN, 352; KIRCA, 140; DEMİRCİOĞLU, 111-118; OĞUZTÜRK, 104 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, 38-42; YALMAN, 78-81; EREN, (Borçlar), 1128 vd.; GEZDER, 78 vd.

¹⁰⁰⁴ DEMİRCİOĞLU, 117-118; YALMAN, 80. Benzer yönde bkz. KIRCA, 140.

¹⁰⁰⁵ CARTWRIGHT/HESSELINK, 458.

¹⁰⁰⁶ DEMİRCİOĞLU, 75; KIRCA, 143-146; OĞUZTÜRK, 91-92.

Sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluğu ayrı olarak düzenleyen görüşler, konuyu edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi¹⁰⁰⁷ olarak ele almakta ve sorumluluğu bir kişinin şahıs veya mal varlığını bir başka kişinin etki alanına sokan ve hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmiş sosyal temasa dayandırmaktadır.¹⁰⁰⁸ Dolayısıyla sorumluluğun doğması için, taraflar arasında sosyal temasın gerçekleşmesi yeterli olup, sözleşme ilişkisindeki gibi tarafların iradelerine dayanmamaktadır.¹⁰⁰⁹ Doktrinde genellikle edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendirilen bu ilişkinin ihlali sebebiyle doğan sorumluluk ise güven sorumluluğu olarak adlandırılmaktadır.¹⁰¹⁰ Şayet uygulanacak hukukta, *culpa in contrahendo* sorumluluk kabul edilmişse, müzakereler sırasında bir tarafın diğer tarafa kusurlu olarak zarar verdiği hallerde sözleşme öncesi sorumluluk hükümlerine, latince ifadesiyle *culpa in contrahendo* sorumluluğa gidilecektir. Bununla birlikte bazı hallerde *culpa in contrahendo* sorumluluğun diğer sorumluluk sebepleri ile yarışması da mümkündür. Mesela özellikle koruma/özen yükümlülükleri olarak adlandırılan bütünlük menfaatlerinin ihlali halinde hem sözleşme öncesi sorumluluk, hem de haksız fiil sorumluluğunun şartları birlikte gerçekleşmişse, zarar gören ister haksız fiil sorumluluğu, isterse *culpa in contrahendo* sorumluluğuna göre zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir.¹⁰¹¹ Benzer şekilde, müzakereler sebebiyle tarafların bir müzakere sözleşmesi veya benzeri bir sözleşme yapmış olmaları halinde hem sözleşme sorumluluğu, hem *culpa in contrahendo* sorumluluğun şartları gerçekleşmiş

¹⁰⁰⁷ Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi, sözleşme ilişkisindeki gibi taraf iradesinden doğmadığı gibi, haksız fiil ilişkisindeki hukuka aykırı fiilden de doğmamaktadır. Bu ilişki, tarafların özel bir sosyal temasta bulunmaları ile, yani birbirlerinin şahıs ve mal varlıklarına etki edebilme olanağına kavuşmaları ile ortaya çıkmaktadır. Sorumluluğun temeli, taraflar arasındaki bu sosyal temas sonucunda ortaya çıkan güven ilişkisidir ve bu ilişki de bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu borç ilişkisinin varlığı için, günlük hayatta ortaya çıkan basit sosyal temastan farklı olarak, tarafların birbirlerinin şahıs ve mal varlıklarına etki edebilme alanına girmelerini gerektirir. Ayrıca sosyal temasın amacı, hukuken korunmaya değer nitelikte olmalıdır. Bkz. DEMİRCİOĞLU, 128-129; KIRCA, 101, 172; OĞUZTÜRK, 90, 93; YALMAN, 13; OĞUZMAN/ÖZ, 39-41.

¹⁰⁰⁸ Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, 126-175; KIRCA, 172, 197; SEROZAN, (Culpa in Contrahendo), 121-122; EREN, (Borçlar), 42-44; BAYGIN, 356 vd.

¹⁰⁰⁹ SEROZAN, (Borçlar), 250; DEMİRCİOĞLU, 127. Ancak bazı yazarlar, herhangi bir sosyal teması yeterli görmemekte, bu temasın, hukuki bir işlem yapmaya yönelmiş olması gerektiğini kabul etmektedirler. Bkz. BAYGIN, 357.

¹⁰¹⁰ Bkz. DEMİRCİOĞLU, 161 vd.; KIRCA, 111, 137; KILIÇOĞLU, 83.

¹⁰¹¹ DEMİRCİOĞLU, 281; KIRCA, 214

olabilir.¹⁰¹² Bu durumda da zarar gören ister sözleşme sorumluluğu, isterse *culpa in contrahendo* hükümlerine göre uğradığı zararın tazminini talep edebilir.

Türk ve İsviçre hukuklarında edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi görüşünün doktrinde hakim görüş olduğu belirtilmektedir.¹⁰¹³ Yargıtay'ın bazı kararlarında da doktrin görüşlerine paralel olarak edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendiğine rastlanmıştır.¹⁰¹⁴ Bununla birlikte eski tarihli bir kararında haksız fiil olarak nitelendirdikten sonra,¹⁰¹⁵ daha sonraki yıllarda görüş değiştirdiği ve sözleşme benzeri bir hukuki ilişki olarak nitelediği görülmektedir.¹⁰¹⁶

Sözleşme öncesi sorumluluk, tek bir hukuk sistemini ilgilendirdiği takdirde ne şekilde nitelendirilirse nitelendirilsin ihtilaf o hukuk sistemi içinde çözüleceğinden, o hukuk sistemi sözleşme öncesi sorumluluğu ister haksız fiil hükümleri, ister sözleşme, isterse *culpa in*

¹⁰¹² Türk doktrininde bazı yazarlar *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğunun yarışmasının söz konusu olmayacağını belirtmektedirler. Bu görüşe göre *culpa in contrahendo* sorumluluğu tali bir sorumluluktur ve taraflar arasında sözleşme sorumluluğuna gidilebildiği takdirde *culpa in contrahendo* sorumluluktan doğan talep hakları engellenmiş olacaktır. Zira *culpa in contrahendo* sorumluluk, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri sebebiyle taraflar arasında oluşan özel bağlantı nedeniyle hakkaniyeti sağlama amacıyla kabul edilen ve sözleşme sorumluluğunun kıyasen uygulandığı bir sorumluluk türüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, 282-284. Benzer yönde bkz. KIRCA, 141. Ancak milletlerarası ticari sözleşmeler söz konusu olduğunda her zaman bu tür bir sonuca varılması mümkün olmayabilir. Özellikle *culpa in contrahendo* sorumluluğu ayrı bir sorumluluk çeşidi kabul eden ve mevzuatında genel bir düzenleme ile bu sorumluluğa yer veren hukuk sistemlerinde sözleşme sorumluluğu ile *culpa in contrahendo* sorumluluğunun yarışması gündeme gelebilir. Ancak bu durumun ortaya çıkabilmesi tarafların, müzakere sözleşmesi gibi bir sözleşme hazırlamış veya başka şekillerde ortaya çıkan bir 'sözleşme' ilişkisi içinde bulunması gerekir.

¹⁰¹³ KIRCA, 102.

¹⁰¹⁴ KIRCA, 102. Bu yaklaşımın, Türk hukuk sisteminde haksız fiil hükümlerinin, borca aykırılık hükümleri içerisinde eritilmesi tehlikesi doğurabileceği gerekçesiyle eleştiren yazarlar dahi, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelemenin daha adil sonuçlar ortaya çıkaracağını kabul etmektedirler. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 40-41.

¹⁰¹⁵ 4.HD.5.5.1958, E.3355, K.2984 sayılı kararına göre; "... Taraflar arasında şekil şartı gerçekleşmiş bir gayrimenkul satış veya vaadi bulunmaktadır. Ancak davalı taraf ticari bir müessese açıp, bir çok reklam yaparak, İstanbul'da Altın şehir adı ile bir şehir kuracağını halka bildirmiş ve orada isteyenlere bir parsel yer verileceği hakkında halk üzerinde kesin kanaat uyandıracak şekilde hareket etmiş bulunmaktadır. Böylece davalı ile hususi anlaşmaya giren bir kimse davalı müessesenin mahiyeti ve bir çok reklama başvurmuş olması sebebiyle hususi anlaşmanın kendisine yüklediği borçları yerine getirdiği takdirde diğer tarafın kanuni şekle uygun olmayan akdi yerine getireceğini, yani parseli kendisine ferağ edeceğini pek haklı olarak kabul edecek durumda bulunmaktadır. Bu duruma rağmen adi anlaşma şartlarına dayanan ve diğer tarafa yüklenilmesi mümkün olmayan bir hareket söz konusu olmaksızın davalının gayrimenkulü satmaktan ve temlik etmekten kaçınması BK. 41/II'nin hükmüne uygun bir istekle işlenmiş bir davranış olur ve bundan bir zarar doğmuş ise, söz konusu hüküm uyarınca bu zararın tazmini ile mükellef tutulması gerekir...." Karar için bkz. ADAL, Erhan: *Culpa in Contrahendo (Akit/Sözleşme Öncesi Sorumluluk)*, Doçentlik Tezi – fotokopi, İstanbul, 1980, 14'den aktaran YALMAN, 54.

¹⁰¹⁶ Bkz. Yargıtay HGK 12.03.1997 tarihli ve E.1996/13-850 K.1997/186 sayılı karar; Yargıtay 19.HD.30.11.2004 tarihli ve E.2004/4912 K.2004/11803 sayılı karar; Yargıtay 13.H.D. 13.11.1995 tarihli ve E.1995/9375 K.1995/9860 sayılı kararı.

contrahendo sorumluluğuna dayandırın fazla sıkıntı yaşanmayacaktır. Bununla birlikte milletlerarası sözleşmelerin müzakereleri sebebiyle sorumluluk söz konusu olduğunda muhtemel sorumluluğun ne şekilde nitelendirildiği uygulanacak hukukta ne tür sonuçlar bağlandığı gibi hususlar çok önem kazanacaktır.¹⁰¹⁷

2.3.3. Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Sorumluluğun Şartları

Henüz sözleşme kurulmamış olmasına rağmen tarafların sorumluluğunun doğabilmesi için bazı kriterler önerilmektedir. Bir görüşe göre, bir tarafın müzakereye başlaması ile karşı tarafta sözleşmenin kurulacağı yönünde bir beklenti oluşturmamasının bu sorumluluğun gerekçesi olduğunu belirtmektedirler. Burada söz edilen beklenti, sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan, bağlayıcı olan ve hukuken korunan beklentiden farklı olarak daha belirsiz ve sözleşmesel beklentiden daha zayıf bir beklentiye ifade etmektedir. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise bu sorumluluğun temelini güven teorisine dayandırmaktadır. Elbette ‘güven’ ve ‘beklenti’ kavramları ayrılmaz şekilde birbiriyle bağlantılıdır.¹⁰¹⁸ Doğruluk ve güven ya da Türk doktrinindeki ifadesiyle iyi niyet ve dürüstlük kuralları olarak adlandırılan kurallar, tarafların birbirlerinin hukuki varlıklarına ve menfaatlerine saygılı davranmalarını gerektirir.¹⁰¹⁹ Bu tür kurallar yalnızca sözleşme ilişkisinden ortaya çıkmayıp, kanundan veya sözleşme öncesi ilişkilerden de ortaya çıkar.¹⁰²⁰ Kavramın tarihi çıkış noktası, güven düşüncesine dayanmaktadır.¹⁰²¹ Buna göre, bir taraf, davranışlarıyla karşı tarafta sözleşmenin yapılacağına ilişkin bir güven yaratmaktadır.¹⁰²² Buradaki güven kavramı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde yorumlanmaktadır.¹⁰²³

Hem sorumluluğun hukuki niteliğinin hukuk sistemlerinde farklı olması, hem de *culpa in contrahendo* sorumluluk türünün nispeten yeni bir sorumluluk türü olması karşısında, bu sorumluluğu ortaya çıkaran unsurlar ve bunların kapsamı hakkında henüz herkesçe kabul

¹⁰¹⁷ CARTWRIGHT/HESSELINK, 460.

¹⁰¹⁸ CARTWRIGHT/HESSELINK, 453-455.

¹⁰¹⁹ OĞUZTÜRK, 84.

¹⁰²⁰ EDİS, 448. Sözleşme öncesi sorumluluk, doktrinde hakim görüşe göre güven sorumluluğunun bir türü olarak görülmektedir. Bununla birlikte, *culpa in contrahendo* olarak ifade edilen sözleşme öncesi müzakerelerden kusurlu sorumluluk güven sorumluluğunun bir türü olup, güven sorumluluğu, *culpa in contrahendoyu* da içine alan bir üst kavramdır. Bkz. KIRCA, 121.

¹⁰²¹ EDİS, 447.

¹⁰²² DIETRICH, 177.

¹⁰²³ CARTWRIGHT/HESSELINK, 454.

edilen genel geçer kuralların olduğunu söylemek güçtür. Bununla birlikte sözleşme öncesi sorumluluğu ayrıca düzenleyen ülkelerde *culpa in contrahendo* sorumluluğun şartları hemen hemen aynı şekilde düzenlenmiştir. Doktrinde farklı isimler altında sınıflandırılrsa da, tarafların, müzakere ilişkisi sırasında birbirlerine verdikleri zarardan sorumlu tutulabilmelerinin şartları genellikle birbirine benzer şekilde sayılmaktadır.

2.3.3.1. Taraflar Arasında Sözleşme Müzakereleri Sebebiyle Oluşan Bir İlişkinin Varlığı

Sözleşme müzakereleri sebebiyle *culpa in contrahendo* sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için gereken ilk şart, tarafların bir hukuki işlem yapma amacıyla biraraya gelmesini sağlayan sözleşme öncesi bir ilişkinin bulunmasıdır.¹⁰²⁴ Müzakereci taraflar, sözleşmenin müzakeresine girişmekle aralarında güvene dayanan bir ilişki ortaya çıkar.¹⁰²⁵ Taraflar arasındaki bu güven ilişkisi özel bir bağlantı oluşturur ve bu bağlantı, sözleşme öncesi sorumluluğunu, haksız fiildeki tesadüf sonucu gerçekleşen karşılaşmalardan ayırır. *Culpa in contrahendo* sorumluluğun çıkış noktası, taraflar arasındaki bu özel bağlantıdır.¹⁰²⁶

Taraflar müzakere amacıyla bir sosyal temasta veya hukuki işlem temasında bulunurlar. Sosyal temas, “bir kişinin iradesi olmaksızın ya da iradesi olup olmadığına önem verilmeksizin, hukuki sonuçlar meydana getirmeye elverişli olarak, başkasının hukuki menfaat alanına girilmesi ile oluşan ilişkidir”¹⁰²⁷. Burada sosyal temasın mutlaka hukuki işlem kurma amacıyla gerçekleşmesi gerekmeyip, hukuken korunmaya değer bir amacın bulunması yeterli kabul edilmektedir.¹⁰²⁸ Çünkü bu halde de taraflar arasında birbirlerini

¹⁰²⁴ DIETRICH, 177.

¹⁰²⁵ Benzer yönde bkz. EDİS, 448; EREN, (Borçlar), 41-43, 1130 vd.; AKYOL, 46. Yazarlar, güven ilişkisinin yalnızca sözleşme ilişkisinde değil, sözleşme öncesi aşamada da ortaya çıkacağına vurgu yapmaktadır.

¹⁰²⁶ DEMİRCİOĞLU, 182-188; KIRCA, 120, 187; GEZDER, 40; SEROZAN, (Borçlar), 248; GÜRPINAR, 154. Benzer yönde bkz. OĞUZTÜRK, 100; ADIGÜZEL, Sibel: “Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 3, sayı: 9, Nisan 2012, 281-312, 282.

Doktrinde özel bağlantı sosyal temas, hukuki işlem teması gibi kavramlarla da ifade edilmektedir. Sözleşme öncesi görüşmeler sebebiyle sorumluluğun ortaya çıkmasında bu şartın kapsamıyla ilgili farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bazı yazarlar, tarafların birbirlerinin hakimiyet alanına etki edebilecek sosyal teması sağlamasını sorumluluğun ortaya çıkabilmesi yeterli görmekte iken, bazı yazarlar salt sosyal teması yeterli görmemekte, tarafların sözleşmenin yapılması amacıyla bazı işlemler yapmalarını gerekli görmekte ve bunu da hukuki işlem teması olarak adlandırmaktadırlar. Bu tartışmalar, bizim çalışmalarımızın sınırlarını aşacağından konuyla ilgili tartışmalara girmekten kaçınmak amacıyla çalışmada ‘özel bağlantı’ ifadesi her ikisini de kapsar biçimde kullanılmıştır.

¹⁰²⁷ OĞUZTÜRK, 108.

¹⁰²⁸ SEROZAN, (Culpa in Contrahendo), 123.

özel bir zarardan uzak tutma şeklinde davranış yükümlülüğü ve karşı tarafta bu yolda bir güven ortaya çıkmaktadır.¹⁰²⁹ Müzakere aşaması, sözleşme yapma amacıyla bir araya gelen tarafların ilk sosyal temasıdır.¹⁰³⁰ Bu temas, hukuki değerlerini birbirlerinin etki alanına sokacak niteliğe büründüğünde müzakereler artık başlamıştır.¹⁰³¹ Müzakereler sebebiyle biraraya gelen taraflar, (müzakerelerin başlamasından önceki sürece nazaran) birbirlerine daha yakın konumdadır ve birbirlerine karşı daha korumasızdır. Taraflar, müzakere amacıyla bir araya geldiklerinde, birbirlerinin hakimiyet alanına etki edebilme ve birbirlerinin davranışlarını yönlendirebilme imkanına kavuşurlar. Henüz sözleşmenin tüm unsurları üzerinde uzlaşmamış olsalar da, taraflardan birisi sözleşme görüşmelerinin vakti geldiğinde nihayete erdirileceğini ve sözleşmenin yapılacağını haklı olarak beklemekte veya güvenmektedir.¹⁰³²

2.3.3.2. Korunmaya Değer Bir Güvenin Varlığı

Ticari işlemler, her iki tarafın da dürüst ve makul hareket edeceğine dair karşılıklı güvene dayanan bir ilişki oluşturur.¹⁰³³ Bu husus elbette milletlerarası nitelikli ticaret bakımından da geçerlidir. Müzakereci tarafların, müzakerelerin kesilmesi sebebiyle uğradıkları zararın tazmin edilebilmesi için her şeyden önce haklı bir güvenin varlığı gerekir.¹⁰³⁴ Sözleşme müzakerelerindeki güven, sözleşme ilişkisindeki güvenden daha zayıf ve fakat haksız fiil ilişkisindeki güvenden daha güçlü bir güveni ifade etmektedir.¹⁰³⁵ Sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için içsel anlamda bir güven değil, normatif anlamda korunmaya değer bir güvenin varlığı aranır.¹⁰³⁶ Fakat bu durumu içsel güvenden tamamen bağımsız değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü güvenin haklı olabilmesi için güvenen kişinin iyi niyetli olması da gerekir. Buna göre, zarara uğrayan kişinin gerçek durumu bildiği veya bilmesinin gerektiği durumlarda haklı ve meşru bir güvenin varlığından bahsedilemez.¹⁰³⁷ Zaten bu durum güven kavramının içeriğiyle de çelişir. Zira güven olgusu,

¹⁰²⁹ SEROZAN, (Culpa in Contrahendo), 123-124.

¹⁰³⁰ OĞUZTÜRK, 84.

¹⁰³¹ GÜRPINAR, 155.

¹⁰³² DIETRICH, 165, 177.

¹⁰³³ ZACCARIA, (Goodfaith), 101.

¹⁰³⁴ FARNSWORTH, (General), 29; DEMİRCİOĞLU, 135; KIRCA, 193.

¹⁰³⁵ OĞUZTÜRK, 100; CARTWRIGHT/HESSELINK, 453.

¹⁰³⁶ DEMİRCİOĞLU, 135, 181vd. Güven, psikolojik bir olguyu ifade ettiği için, bizzat güvenin varlığı ispat edilmez, ancak belirli olay ve davranışlardan güvenin varlığına ilişkin çıkarım yapılır. Bkz. KIRCA, 194.

¹⁰³⁷ DEMİRCİOĞLU, 140-141, 188-190; KIRCA, 193.

iyi niyetli olma unsurunu da içerisinde barındırmaktadır. Gerçek durumu bilen bir kişi açısından güvenden bahsedilemez, zira gerçek durumu bilmesi halinde güvenmesi için bir sebep yoktur. Sadece gerçek durumu bilen değil, gerekli özeni göstermemesi sebebiyle gerçek durumu bilmeyen kişi de, güvenin sağladığı bu korumadan yararlanamaz, zira iyi niyetin varlığı belirlenirken, kişinin gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği de dikkate alınır.¹⁰³⁸

Sorumluluğun ortaya çıkması için karşı tarafta güven yaratacak davranışlarda bulunmak yeterli olmayıp, bu güvenin o kişinin davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olması, başka bir ifadeyle zarar görenin davranışlarının sebebinin güven olgusu olması gerekir.¹⁰³⁹

Sorumluluğun doğabilmesi için, aralarında belli ölçüde güven oluşan tarafların bu güven ilişkisine dayanan beklentilerinin boşa çıkmış olması ve ortaya çıkan güvenin meşru ve makul olması gerekir.¹⁰⁴⁰ Burada güvenin meşru ve makul olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken güvenin yoğunluğu veya derecesi önem taşımaktadır. Sözleşme müzakereleri sebebiyle sorumlulukta söz konusu olan güven, haksız fiil sorumluluğundaki gibi genel, soyut ve varsayımsal bir güven olmadığı gibi, herhangi bir sözleşme ilişkisindeki güven unsuru kadar da güçlü değildir.¹⁰⁴¹ Karşı tarafın davranışlarının güven oluşturmaya elverişli olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken davranışın; normal zekalı, makul bir kişide anlaşılabilir şekilde güven yaratıp yaratmayacağı dikkate alınmalıdır.¹⁰⁴²

Sözleşme öncesi sorumluluğu münferit düzenlemelerle kabul eden, genel veya özel olarak düzenleyen hukuk sistemlerinde, sözleşme öncesi sorumluluğun kilit unsurunun haklı ve meşru güven olduğu kabul edilmiştir.¹⁰⁴³ Uygulanacak hukuk, güvenin varlığı ve kapsamının belirlenmesinde de etkili olacaktır. Örneğin; hem Alman hukukunda, hem de Hollanda hukukunda sözleşme görüşmeleri sebebiyle sorumluluk kabul edilmiş olmasına

¹⁰³⁸ KIRCA, 194. Buradaki güven olgusu objektif olarak tespit edilebilir olmalı ve karşı tarafın davranışlarını buna dayanarak yönlendirmesine imkan verecek nitelikte bulunmalıdır. Bkz. DEMİRCİOĞLU, 180.

¹⁰³⁹ KIRCA, 117, 146.

¹⁰⁴⁰ CARTWRIGHT/HESSELINK, 455-456; DEMİRCİOĞLU, 162. Bazı yazarlar bu hususu güvenin 'korunmaya değer olması' şeklinde ifade etmektedir. Bkz. KIRCA, 193.

¹⁰⁴¹ DEMİRCİOĞLU, 162.

¹⁰⁴² DEMİRCİOĞLU, 179.

¹⁰⁴³ CARTWRIGHT/HESSELINK 478.

rağmen uygulaması farklılık arz etmektedir. Mesela Alman hukukunda ve birçok Kara Avrupası hukuk sisteminde taraflardan birisi, karşı tarafta sözleşmenin yapılacağına ilişkin belirli bir düzeyde beklentiği yarattıktan sonra müzakereyi kestiği takdirde, karşı tarafın yalnızca bu sebeple yaptığı harcamaları tazmin edecektir.¹⁰⁴⁴ Hollanda hukukunda da uygulamanın hareket noktası aynıdır, ancak sonuç farklılaşmaktadır. Buna göre, karşı tarafta sözleşmenin yapılacağı beklentisini yaratan taraf, bu beklentiği yaratmakla artık müzakereleri kesme özgürlüğünden vazgeçmektedir. Başka bir ifadeyle bu noktadan sonra müzakereden vazgeçemez, aksi halde karşı tarafın müzakereler sebebiyle yaptığı harcamalar ile sözleşmeden beklediği menfaati tazmin etmek zorunda kalacaktır.¹⁰⁴⁵ Türk hukukunda da müzakere ilişkisinin basit bir edim ilişkisi olmayıp, bir güven ilişkisi olduğu¹⁰⁴⁶ ve güvenen kişinin iyi niyetli olması gerektiği Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁴ CARTWRIGHT/HESSELINK, 468; DIETRICH, 177 vd.

¹⁰⁴⁵ CARTWRIGHT/HESSELINK, 469.

¹⁰⁴⁶ Yargıtay HGK 12.03.1997 tarihli ve E.1996/13-850 K.1997/186 sayılı kararı ile Yargıtay 19.HD.30.11.2004 tarihli ve E.2004/4912 K.2004/11803 sayılı ve Yargıtay 13.H.D. 13.11.1995 tarihli ve E.1995/9375 K.1995/9860 sayılı kararlarına göre; “....Akit kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar, bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK.md.2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır”. Yargıtay’ın başka bir kararında da, aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan davacının tazminat talebini güvenin boşa çıkmasına dayandırmıştır. Bkz. Yargıtay 13.HD.17.10.2005 tarihli ve E.2005/8367 K.2005/15280 sayılı kararında tazminat talebinin dayanağının güvenin boşa çıkması olduğu şu şekilde belirtilmiştir; “.... davacının, davalı M. A.Ş.’nin işlettiği mağazaya alışveriş için geldiği ve motosikletini mağazanın giriş kapısının sağ tarafında ayrılan bölüme zincirleyip kilitlediği ve akabinde motorun buradan alındığı mahkemenin kabulünde olup, davalılar kararı temyiz etmemek suretiyle bu olguyu benimsemiş bulunmaktadır. M. gibi büyük alışveriş merkezlerinin alışverişe araçlarıyla gelen araç sahiplerinin park etmeleri için park yerlerinin bulunduğu, araç sahiplerinin beğendikleri ve güvendikleri bu tesislere araçları ile girerek araçlarını park yerine bırakıp ihtiyaçlarını giderdikleri, bu tesisler umuma açık ise de, kamu malı niteliğinde olmadığı gibi tesis sahip ve orada bulunan işyerlerinin hakimiyet ve tasarrufunda olduğu herkes tarafından bilinmektedir. Böyle bir tesise ve mağazaya, tesis ve mağaza sahibinin yarattığı güven duygusu ile giren ve aracını park yerine bırakarak ihtiyaçlarını gidermek üzere aracının başından ayrılan araç sahibinin güven duygusunu mağaza yönetiminin boşa çıkarmaması gerekir. Mağaza yönetiminin mağazaya gelen kişilerin mal ve canlarının güven içinde olmalarını, tehlikelerden korumalarını sağlamak için gerekli önlemleri almaması, sağladığı güven duygusunu boşa çıkarması hukuka ve MK’nun 2. maddesinde yerini bulan dürüstlük kurallarına aykırıdır. Bu nedenle mağaza yönetimi, aracı ile gelen kişilerin uğradığı zararlardan sorumludur. Bu sorumluluktan ancak, gerekli tüm tedbirleri aldıkları halde zararın meydana gelmesini önleyemediğini ispat ettikleri takdirde kurtulabilir. Mahkemece, davacıya ait motosikletin park için ayrılan özel bölüme zincirlenip kilitlendiği ve buradan alındığı kabul edilmiş olup, davalı şirkette bu hususu temyiz etmeyerek kabul ettiği için davalı şirket davacının zararından sorumludur....”

¹⁰⁴⁷ Yargıtay 11.HD.12.5.201 tarihli ve E.2013/15053 K.2014/8989 sayılı kararına konu olan olayda yerel mahkeme, davacının *culpa in contrahendo* gereğince yaptığı tazminat talebini, “*culpa in contrahendo* ilkesinin uygulanabilmesi için güvenen kişinin iyi niyetli bulunması gerektiği ancak davada tarafların tacir olup vekilleri huzurunda imzaladıkları sözleşmenin şekli geçerlilik şartlarını taşımadığını biliyor oldukları gerekçesiyle” reddetmiş, Yargıtay’da kararı bu yönden bozmamış, güvenen kişinin iyi niyetli olmasını *culpa in contrahendo* sorumluluğun bir şartı olarak görmüştür.

2.3.3.3. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Bir Yükümlülüğün İhlali

Önceki kısımlarda belirttiğimiz gibi, taraflar arasındaki güven ilişkisi sebebiyle birbirlerine karşı birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır.¹⁰⁴⁸ Müzakereler sebebiyle tarafların *culpa in contrahendo* esaslarına göre sorumlu tutulabilmesi için müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğü, koruma/özen yükümlülüğü, karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğü, gizlilik yükümlülüğü gibi yükümlülüklerini ihlal edici bir davranışta bulunmaları gerekir.¹⁰⁴⁹ Bazı yazarlar müzakere aşamasında tarafların hedeflenen sözleşmeyle bağlantılı yükümlülükleri ihlal etmesinin de *culpa in contrahendo* sorumluluğa yol açabileceğini belirtmektedir.¹⁰⁵⁰

Tarafların müzakere sürecindeki yükümlülüklerini ihlal etmesinin sözleşme öncesi sorumluluğu doğurabilmesi için, ihlal edici fiilin sözleşmenin müzakeresi aşamasında, en geç sözleşmenin kurulması aşamasında gerçekleşmesi gerekir.¹⁰⁵¹ Bu noktada sözleşme öncesi yükümlülüklerin ne zaman ortaya çıktığının tespit edilmesi gerekir. *Culpa in contrahendo sorumluluğu* veya genel anlamda güven sorumluluğu olarak adlandırılan sorumluluğun şartlarından birisinin taraflar arasında, müzakerelere girdikleri andan itibaren birbirlerinin hakimiyet alanına etki edebilme imkanını sağlayan bir temaslara ortaya

¹⁰⁴⁸ AKYOL, 46; BASS, 221; ADIGÜZEL, 282.

¹⁰⁴⁹ KIRCA, 139, 195 vd.; GÜRPINAR, 156. Örneğin Kara Avrupası hukuklarının bir kısmında taraflardan birinin başkalarıyla paralel müzakere yürütmeleri halinde *culpa in contrahendo* sorumluluğun doğacağı kabul edilmektedir. Bkz. DRAETTA, (Pre-contractual), 244.

¹⁰⁵⁰ Buna göre hedeflenen sözleşme kurulmuş, ancak sözleşme şekle aykırılık, ehliyetsizlik gibi taraflardan birisinin müzakere aşamasındaki kusurlu davranışı sebebiyle geçersiz hale gelmiştir. Yahut hukuka veya ahlaka aykırı ya da konusu imkansız bir edimin vaat edilmesi, irade sakatlığı gibi sebeplerle geçersizdir veya sonradan geçersiz hale gelmiştir. Bkz. DEMİRCİOĞLU, 198 vd. Ancak tarafların müzakere aşamasında gerçekleştirdikleri bu tür kusurlu davranışlar, tarafların müzakere aşamasındaki yükümlülükleri kapsamında iyi niyetle müzakereleri yürütme yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü, açıklama/bilgi verme yükümlülüklerinin ihlali olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla bunları ayrıca ele almaya gerek yoktur.

¹⁰⁵¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 10; YALMAN, 88. Ancak doktrinde *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğuran fiilin müzakere aşamasında işlenmesinin gerekmediği, müzakereler başlamamış olsa dahi, *culpa in contrahendo* sorumluluğun doğabileceğini belirten görüşler bulunmaktadır. Buna göre müzakereler başlamamış olsa da, müzakereler için hazırlık fiillerine girişilmesi durumunda, zararın *culpa in contrahendo* sorumluluğuna göre tazmin edilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Bu görüşün temel dayanağı, sorumluluğun doğmasına sebep olan koruma yükümlülüklerinin müzakerelerden önce ortaya çıkabileceği düşüncesidir. Bu nedenle, bir tarafın, diğer tarafın hukuki egemenlik alanına girmesi ile bu yükümlülükler ortaya çıkar ve taraflar arasında bir güven ilişkisi meydana gelir. Bkz. OĞUZTÜRK, 107 ve 115'ten naklen LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, 14, Auflage, München, 1987, 109 ve dipnot 11 ve Larenz, KARL: "Culpa in Contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt", Monatsschrift für Deutsches Recht, 1954, 515 vd.

çıkan özel bağlantı olduğunu yukarıda belirtmiştik.¹⁰⁵² Dolayısıyla tarafların sözleşme öncesi yükümlülüklerinin de bu andan itibaren söz konusu olacağını söyleyebiliriz. Örneğin, bir kişinin, mağazaya girmesi sözleşme görüşmelerini başlatan bir davranış olup, sosyal temasta bulunma anıdır. Bir tarafın sözleşme kurma niyeti dışında başka bir amaçla sosyal temasta bulunması bu sorumluluğu gündeme getirmeyecektir.¹⁰⁵³ Taraflar arasında sözleşmeyi kurma amacıyla sosyal teması sağlayan özel bir bağlantı kurulduğu andan itibaren yukarıda incelediğimiz yükümlülüklerin ihlali, sorumluluklarını gündeme getirebilecektir.

Türk hukukunda da sözleşme öncesi sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, sözleşme öncesi yükümlülüklerin ihlal edilmiş olması gerekir.¹⁰⁵⁴

2.3.3.4. Zarar

Zarar kavramı, dar anlamda kişinin malvarlığında meydana gelen azalmayı, geniş anlamda ise hem şahısvarlığında, hem de malvarlığında meydana gelen azalmayı ifade etmektedir.¹⁰⁵⁵ Sorumluluk hukukunda zarar, sorumluluğun en önemli unsurlarından birisi olup, sorumluluğun nedeni ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi düşüncesidir.¹⁰⁵⁶ Müzakereler sebebiyle sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için zararın, sözleşme görüşmeleri sebebiyle oluşan bir yükümlülüğün ihlali neticesinde, güvenen kişinin haklı güveninin boşa çıkmış olmasından kaynaklanması gerekir.

Bazı hukuk sistemlerinde, sözleşme öncesi sorumluluk nedeniyle talep edilebilecek tazminat menfi zararlar sınırlanırken,¹⁰⁵⁷ bazı hukuk sistemlerinde bir fırsatın kaçırılması

¹⁰⁵² *Culpa in contrahendo* sorumlulukta 'özel bağlantı' konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, 182-188; KIRCA, 101, 119-121.

¹⁰⁵³ DEMİRCİOĞLU, 185.

¹⁰⁵⁴ Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Yargıtay HGK 12.03.1997 tarihli ve E.1996/13-850 K.1997/186 sayılı karar; Yargıtay 19.HD.30.11.2004 tarihli ve E.2004/4912 K.2004/11803 sayılı karar; Yargıtay 13.H.D. 13.11.1995 tarihli ve E.1995/9375 K.1995/9860 sayılı karar; Yargıtay 13.HD.29.09.2010 tarihli ve E.2010/2762 K.2010/12361 sayılı kararı.

¹⁰⁵⁵ YALMAN, 84-85.

¹⁰⁵⁶ DEMİRCİOĞLU, 246; YALMAN, 84-85.

¹⁰⁵⁷ Örneğin Türk doktrininde genellikle menfi zarar veya diğer adıyla güven zararı olarak adlandırılan zararların bu esasa göre tazmin edileceği belirtilmektedir. Menfi zarar hüküm ifade ettiğine veya kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin hükümsüz olması, geçersiz sayılması veya hiç kurulamaması sebebiyle uğranılan zarardır. Menfi zararın kapsamına, kişinin karşı tarafa güvenmesi ve bu güvenin boşa çıkması sonucu uğradığı fiili zarar, yoksun kalınan kar gibi zararlar girmektedir. YALMAN, 122-128; BAYGIN, 362-274; KILIÇOĞLU, 83;

veya elde edilebilecek muhtemel karın (örneğin kaçırılan bir fırsat sebebiyle elde edilmesi muhtemel olan karın) kaybı da tazminat miktarının hesaplanmasında dikkate alınabilmektedir.¹⁰⁵⁸

Güvenen tarafın zarar görmesi aktifin azalması, pasifin artması, müzakerelere başlamadan önce var olan bazı haklarından feragat etmesi, önüne çıkan fırsatlardan vazgeçmesi, gelecekteki sözleşmenin ifası için ifayı hazırlayıcı fiillere girişmesi veya gelecekte yapılacağına güvendiği sözleşmeyle doğrudan ilgili olmayan ancak müzakereler sebebiyle bazı fiillere girişmesi gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilir.¹⁰⁵⁹ Sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için karşı tarafın bu zarardan bir menfaat elde etmiş olması gerekmez.¹⁰⁶⁰ Karşı taraf, güvenen kişinin giriştiği fiiller sebebiyle bir menfaat elde etmiş olsa dahi, sözleşme öncesi sorumluluk yerine, sebepsiz zenginleşmenin diğer unsurlarını taşıdığı takdirde sözleşme öncesi sorumluluk değil, sebepsiz zenginleşmeye dayanma imkanı olacaktır.

Sözleşme öncesi görüşmeler sebebiyle ortaya çıkan zarar malvarlığında meydana gelen eksilme (saf malvarlığı zararı) şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, kişiye veya şeye zarar verilmesi ile koruma/özen yükümlülüklerinin (bütünlük menfaatlerinin) ihlali şeklinde de ortaya çıkabilir.¹⁰⁶¹ Başka bir deyişle maddi zarar olabileceği gibi, manevi zarar veya hem maddi hem manevi zarar şeklinde ortaya çıkabilir.

2.3.3.4.1. Maddi Zarar

Müzakereler sebebiyle uğranılan maddi zarar, zarara uğrayan tarafın haklı güveninin boşa çıkması sebebiyle uğradığı menfi zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Menfi zarar halihazırda mevcut olan malvarlığında azalma, meydana gelecek malvarlığında azalma veya malvarlığının artışına engel olunması (örneğin yoksun kalınan kar) gibi sebeplerle oluşur.¹⁰⁶² Müzakereler sebebiyle veya sözleşmenin yapılacağına güvenerek bir fırsatın kaçırılması da bu anlamda malvarlığı zararı olarak nitelendirilebilir. Sözleşme öncesi sorumluluk

GEZDER, 192, 195-196; ADIGÜZEL, 309. Bununla birlikte kanunen düzenlenen hallerde müsbet zarara/ifa zararına da hükmedilebileceği belirtilmektedir. Bkz. KILIÇOĞLU, 83; GEZDER, 200-202.

¹⁰⁵⁸ BORTOLOTTI, 167.

¹⁰⁵⁹ DIETRICH, 165-166; DEMİRCİOĞLU, 247; KIRCA, 9-10.

¹⁰⁶⁰ DIETRICH, 166.

¹⁰⁶¹ DEMİRCİOĞLU, 246.

¹⁰⁶² YALMAN, 86.

kapsamında bu tür bir kaybın tazmin edilmesi için zarar ile ihlal edici fiil arasında uygun illiyet bağının bulunması ve maddi zararın gerçek bir zarar olması gerekir.¹⁰⁶³

Yargıtayımız, genel olarak sözleşmenin yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmektedir.¹⁰⁶⁴

2.3.3.4.2. Manevi Zarar

Manevi zararın sözleşme müzakerelerinde hangi derecede dikkate alınacağı tartışmalıdır. Uygulanacak hukukun müzakereler sebebiyle tazmin edilecek zararı, yalnızca müzakere sebebiyle yapılan harcamalarla sınırlı tutması halinde, müzakereler sebebiyle ortaya çıkacak manevi zararın tazminine imkan bulunmayabilir. İsviçre, Almanya gibi bazı ülkelerde ise sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında manevi zararın tazminine de imkan verilmektedir.¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶³ DEMİRCİOĞLU, 247, KIRCA, 10.

¹⁰⁶⁴ Yargıtay'ın 3.HD.15.09.1997 tarihli ve E.1997/6603 K.1997/8864 sayılı kararına göre; ".... Bir akdin müzakeresi taraflar arasında bir hukuksal ilişki kurar ve sözleşmenin müzakeresine giren taraflar bu ilişkide dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdürler (MK. mad. 2 Örneğin, uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi kira sözleşmesini kurmamaya kararlı olmak üzere müzakereye giren ve teklifte (öneride) bulunan davalı'ın eylemi dürüstlük kuralına aykırı davranış olarak nitelendirilmelidir. Buradan hareketle sözleşmenin yapılmaması yüzünden davacı İdarenin uğradığı zararların tazmin ettirilmesi gereği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Zira yukarıda da açıklandığı üzere taraflar arasında kurulmuş geçerli bir kira sözleşmesi bulunmamaktadır....".

Yargıtay'ın 19.HD.28.4.2005 tarihli ve E.2005/1932 K.2005/4790 sayılı kararında da, yerel mahkemenin taraflar arasında sözleşme bulunmadığından bahisle verdiği kararı, culpa in contrahendo'ya dayanan tazminat talebinin dikkate alınmaksızın hüküm kurulduğu gerekçesiyle bozmuş, sözleşmenin kurulacağına ve ifa edileceğine güvenerek sözleşme öncesi görüşmelerde yaptığı masrafların talep edilebileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte Yargıtay, zarar gören tarafa, zararın artmaması için gerekli önlemleri alma ödevi de yüklemektedir. Bkz. Yargıtay 11.HD.6.7.2000 tarihli ve E.2000/5461 K.2000/6449 sayılı kararında, "öğretide "Culpa in Contrahendo" olarak tanımlanan "sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk" nedeniyle, davacı TEK-AL GMBH'nin sözleşmenin yerine getirileceği inanç ile ve iyi niyetle yaptığı masrafları "olumsuz zarar" olarak davalı taraftan talep edebileceğine" ilişkin yerel mahkeme kararı üzerine Yargıtay'ın yaptığı değerlendirmede, zarar görenin zararı azaltma yükümlülüğü bulunduğu ve bunu yerine getirmediği takdirde artan kısma ilişkin tazminat talebinde bulunamayacağını şu şekilde belirtmiştir; ".... davalı ... İhtarname ile verilen süre sonunda edimlerini ifaya yanaşmadığına göre, davacının en azından 15.12.1992 tarihinden sonra sözleşmenin yerine getirileceği inancını koruduğu söylenemez. Böyle bir durumda davacının TTK'nun 20/2. maddesi gereğince basiretli iş adamı gibi davranması ve sözleşmenin yerine getirileceği inancıyla yaptığı masrafların artmaması için gerekli tedbirleri alması gerekirdi. O halde, davacı ancak 15.12.1992 tarihine kadar yaptığı masrafları talep edebilir. Davacının zararlarının hesaplanmasına ilişkin bilirkişi raporunda 15.12.1992 tarihinden sonra yapılan masrafların hesaplama dahil edilmesi doğru olmamıştır."

¹⁰⁶⁵ Bkz. YALMAN, 86.

Türk hukukunda, doktrindeki hakim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre TBK'da yer alan manevi zarara ilişkin hükümler, sözleşme görüşmeleri nedeniyle ortaya çıkan manevi zararlara da kıyasen uygulanmalıdır.¹⁰⁶⁶

2.3.3.4.3. Üçüncü Kişinin Zararı

Müzakereler sebebiyle uğranılan zararı tazmin talebini, kural olarak müzakerelerin tarafı olan kişiler yapabilecektir. Sözleşme öncesi görüşmeler sebebiyle, müzakerenin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin zarara uğraması halinde, üçüncü kişi, kural olarak bu yükümlülüklerin ihlaline dayanarak zararın tazmin edilmesini talep edemez.¹⁰⁶⁷ Zira bu halde müzakereci taraflar arasında güvene dayanan bir hukuki ilişkinin varlığı kabul edilirken, zarar gören üçüncü kişinin, zarar veren müzakereci taraf ile herhangi bir hukuki ilişkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, dürüstlük kuralı ile yalnızca taraflar arasında değil, tarafların etki çevresinde bulunan kişiler ile de bir güven ilişkisi meydana geldiği belirtilmektedir.¹⁰⁶⁸ Buna göre, taraflardan birisinin koruma alanı içerisinde bulunan

¹⁰⁶⁶ YALMAN, 86; DEMİRCİOĞLU, 248-249; ADIGÜZEL, 307.

¹⁰⁶⁷ YALMAN, 86-87. Benzer yönde GEZDER, 103. Bununla birlikte doktrinde konuya daha farklı yaklaşan görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, sözleşme öncesinde kurulan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin, bu ilişki içine giren tarafların hakimiyet alanındaki hukuki değer ve menfaatlerini koruma yükümlülüğü bulunduğundan ve güven esasına dayandığından hareket ederek, tarafların etki edebilme alanında bulunan üçüncü kişilerle de edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi kurulduğu belirtilmektedir. Ancak burada edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin ortaya çıkaran üçüncü kişiler, karşı taraf açısından öngörülebilir olan üçüncü kişilerdir. Bkz. DEMİRCİOĞLU, 155-159; KIRCA, 107.

¹⁰⁶⁸ AKYOL, 8; GEZDER, 104. Yargıtay'ın da aynı yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay HGK.6.5.1992 tarihli ve E.1992/13-213 K.1992/315 sayılı kararında, sözleşmenin tarafı olmasa dahi, sözleşme taraflarının belirli bir dereceye kadar yakınında bulunan kişiler açısından üçüncü kişiyi koruyucu borç ilişkisi ortaya çıktığını ve bu ilişkinin MK m.2'de yer alan dürüstlük kuralına dayandığı belirtilmiştir. Karara göre; " Bir hukuki ilişkide üçüncü kişi konumunda bulunan kimseler üzerinde borç ilişkisi ne şekilde etkili olabilir? Başka bir ifadeyle, borçlunun edim borcuna yada koruma yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda zarar giren üçüncü kişiler, "haksız fiil" hükümlerine göre değil de, doğrudan doğruya "akde aykırılık" hükümlerine dayanarak tazminat talep edebilirler mi?

Bilindiği gibi, akit ilişkisinden doğan yükümler, sadece asli ve yan edim yükümleriyle asli edime yardımcı olan ve asli edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesine hizmet eden yan yükümlerden ibaret değildir. Modern hukuk literatürü, söz konusu yükümler dışında ifa menfaatiyle ilişkisi olmayan ve fakat en az ifade menfaati kadar önemli ve onun yanında ikinci bir menfaati koruma ve tesbit gereğini duymuştur. İfa menfaati yanında yer alan bu diğer menfaat "koruma menfaati"dir. koruma yükümleri, borç ilişkisinden doğan edim yükümleri ve bağımlı yan yükümlerinin yanında yer alan ve fakat onlardan bağımsız bir kavramdır. Koruma yükümleri akid kurulmadan önce ve akdin müzakereleri safhasında mevcut olduğu gibi, edimin ifası sırasında da mevcuttur. borçlu için, alacaklıya olduğu kadar, ona yakından bağlı olan ya da edime yakınlığı nedeniyle koruma alanı altında bulunan kişilere karşı da aynen geçerlidir. İşte koruma yükümleri sayesinde, borçlu ile alacaklı arasında olduğu kadar, borçlu ile bir takım üçüncü kişiler arasında da hiç bir edim yükümü ihtiva etmeyen sadece koruma yükümlerinden oluşan bir borç ilişkisi oluşur. Bir başka ifadeyle, söz konusu borç ilişkisi üçüncü şahıslar üzerinde tesir icra eden, üçüncü şahsı koruyucu etki doğuran bir borç ilişkisidir ve bu borç ilişkisinin kaynağı MK.nun 2. maddesidir.

üçüncü bir kişiye zarar verilmesi halinde yukarıdaki koruma veya özen yükümlülüklerinin ihlalinin gündeme geleceği ve zarar veren müzakereci tarafın bu zarardan sorumlu olması gerektiği savunulmaktadır.¹⁰⁶⁹ Bu görüşe göre, sorumluluğun kaynağı olan güven ilişkisi, yalnızca taraflar arasında kurulmayıp, onların hakimiyet alanında bulunan üçüncü kişilerle de kurulur.¹⁰⁷⁰ Ancak bu türden bir zararın sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında tazmin edilebilmesi için, taraflar arasındaki özel ilişki, başka bir deyişle güven ilişkisi sebebiyle doğan bir yükümlülüğün ihlali sonucunda doğmuş olması gerekir.¹⁰⁷¹ Zira iyi niyet ve dürüstlük kurallarından doğan yükümlülükler yalnızca taraflar için değil, tarafların hakimiyet alanındaki kişileri de kapsar.¹⁰⁷² Aksi halde genel bir yükümlülüğün ihlali söz konusu ise haksız fiil kapsamında değerlendirilir.¹⁰⁷³

Burada cevaplandırılması gereken diğer bir husus da, yukarıda hukuki niteliğini açıkladığımız borç ilişkisinin kapsamına hangi üçüncü kişilerin dahil olacağı sorunudur. Yerli ve yabancı literatürde bu alanda çeşitli görüşler ileri sürülmekle beraber (bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için, bakınız: Tandoğan, H.; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara-1963; Akyol, Ş., Tüm Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul-1976, s. 51 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, N., Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, 2. Bası, İstanbul-1985, s. 32 vd.), öncelikle somut olay bakımından davacının durumunu tesbit etmek gerekir. Olayda davacı, satım akdindeki alıcının yardım talebi üzerine onun evine yardıma gelmiş ve hemen gerekli önlemleri almak isterken gaz kaçağı sonucu tüp patlamış ve davacı yaralanmıştır. Burada borç ilişkisinin bünyesi gereği, edime bağlı olan bir takım tehlikelerin, en az tüpü satın alan kadar üçüncü kişi konumunda olan davacıyı da tehdit etmesi durumu söz konusudur (Gerahuber, J., Drittwirkungen im Schuldverhaeltnis kraft leistungsnaehe, Festchrift für Arthur Nitisch, s. 270). Zira, Gerahuber'in de belirttiği gibi (s. 270 vd.; ayrıca bkz. Tandoğan, s. 314 vd.), edime yakınlıkları nedeniyle zararlarının sözleşmeye aykırılık hükümleri gereğince tazminine müsaade edilecek üçüncü şahısların sınırını belirleyebilmek için, bu üçüncü kişiler ile ifa sahasında olan borç ilişkisi arasındaki irtibata bakmak gerekir. Borç ilişkisinin bünyesi icabı, edime bağlı olan tehlikeler üçüncü kişiyi de en az alacaklı kadar tehdit ediyorsa, üçüncü kişiye, doğrudan doğruya borçluya karşı ileri sürülmesi mümkün olan akde aykırılık hükümlerine dayanan bir tazminat talebi tanınmalıdır (Ayrıca bkz. Canaris, s. 478). Zira davacı olayda alıcıya yardıma gelmekle alıcıya satıcı arasında mevcut olan borç ilişkisinin güven ortamına dahil olmuştur (bu güven ortamı konusunda bkz. Canaris s. 478; ayrıca bkz. Akünal, s. 234). Bu itibarla, dava konusu uyuşmazlıkta, satıcı (tüp bayii)nin satım akdinde üçüncü kişi konumunda bulunan davacıya karşı akitten doğan hiç bir asli edim borcu mevcut olmamakla beraber burada, borçlunun bizzat alacaklıya karşı göstermek zorunda olduğu koruma yükümünün, alacaklıya yakından bağlı olan ya da edime olan yakınlığı nedeniyle koruma alanı altında bulunan kişilere de teşmil edilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle burada, Kanun (MK. m. 2) gereğince borçlu ile alacaklı arasında olduğu kadar, borçlu ile üçüncü kişi durumunda olan davacı arasında da, hiç bir edim yükümlülüğü ihtiva etmeyen ve fakat koruma yükümlülüğüne dayanan üçüncü şahsı koruyucu etkili bir borç ilişkisi olmuştur. Dolayısıyla da davacının akde aykırılık hükümlerine göre tazminat talebinde bulunması yerindedir ve uyuşmazlığa on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir”

¹⁰⁶⁹ SEROZAN, (Borçlar), 250; YALMAN, 87. Benzer yönde KIRCA, 100-102.

¹⁰⁷⁰ KIRCA, 103; SEROZAN, (Borçlar), 250; AKYOL, 8.

¹⁰⁷¹ YALMAN, 87.

¹⁰⁷² AKYOL, 8.

¹⁰⁷³ YALMAN, 87.

Türk hukukunda üçüncü kişinin zararı düzenlenmemesine rağmen, sözleşme görüşmeleri esnasında verilen diğer tarafın koruma alanı içinde bulunan birisine zarar verilmesi halinde haksız fiil kapsamında bu zararın tazmin edilebileceği belirtilmektedir.¹⁰⁷⁴

2.3.3.5. Kusur

Sorumluluk hukukunda kişinin kusurunun bulunması kusur sorumluluğuna dayanan sorumluluk halleri için geçerlidir.¹⁰⁷⁵ Sözleşme müzakereleri sebebiyle sorumluluğun doğabilmesi için yükümlülüğün ihlaline neden olan davranışın kusurlu olarak gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir, kusursuz olarak ihlal edilmiş olması kural olarak sorumluluğa yol açmamaktadır.¹⁰⁷⁶ Örneğin, bir tarafın kusurlu olarak sözleşmenin yapılmaması sonucunu ortaya çıkaracak bir davranışta bulunması veya diğer tarafın sözleşmeyi yapmasına engel olabilecek hususları kusurlu olarak açıklamamış olması sözleşme öncesi sorumluluğu doğuracaktır.¹⁰⁷⁷ Kusurun varlığı tespit edilirken, subjektif değil, objektif bir değerlendirme yapılacaktır. Başka bir deyişle, kişinin bulunduğu sosyal ve mesleki çevreye ilişkin ortalama, makul ve dürüst bir kişinin davranışından sapan davranışlar kusur olarak nitelendirilecektir.¹⁰⁷⁸ Burada elbette milletlerarası bir sözleşme bulunması durumunda, milletlerarası ticaretin kendine özgü nitelikleri de göz önünde bulundurulacaktır.

¹⁰⁷⁴ Bkz. YALMAN, 87.

¹⁰⁷⁵ Kusursuz sorumluluk (sebeplere sorumluluk) hallerinde ise sorumluluk kusura değil, belirli bir olay ile zarar arasındaki sebep-sonuç ilişkisine dayanmaktadır. Bkz. EREN, Fikret: *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağlı Teorisi*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, 2; YALMAN, 98.

¹⁰⁷⁶ BASS, 222; YALMAN, 101; KIRCA, 206. Bununla birlikte sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi sözleşme öncesi sorumlulukta da kanunun açıkça öngördüğü hallerde kusur olmaksızın sorumluluğun gündeme gelebilmesi de mümkündür. Örneğin Türk hukukunda yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, Alman hukukunda beyan hatasına düşen kişinin, bu beyana güvenen karşı tarafın veya üçüncü kişilerin zararlarını tazminle yükümlü olması kanuni düzenlemelerde kusur bulunmamasına rağmen sorumluluk bağladığı hallerdendir. Bkz. DEMİRCİOĞLU, 249-250. Ancak bu gibi düzenlemeler istisnai nitelikte olup, kanunda açıkça düzenlenmesi şartıyla kabul edilebilir. Sözleşme öncesi sorumlulukta aynı esasın kabul edilmesi, yani sözleşme öncesindeki yükümlülüklerin ihlalinin kusura dayanması halinde, sözleşme öncesi sorumluluğun ortaya çıkacağını kabul etmek gerekir.

¹⁰⁷⁷ GODERRE, 266.

¹⁰⁷⁸ DEMİRCİOĞLU, 250.

İkinci husus ise kusur, sözleşmenin kurulmasından önce bulunmalıdır.¹⁰⁷⁹ Zira sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan kusurlu davranışlar artık sözleşme sorumluluğu kapsamında ele alınacaktır.

Kusurlu davranış, kasten veya ihmalen gerçekleştirilebilir. Sözleşme müzakereleri sebebiyle sorumluluğun ortaya çıkabilmesi hem ihmalen hem de kasten kusurlu davranışta bulunulmasını kapsamaktadır.¹⁰⁸⁰

Kusurlu davranışa kasten sebebiyet verilmesinde hukuka aykırı sonucun istenmesi yeterli olup, bu davranışa bağlı olarak ortaya çıkan tüm sonuçların bilinmesi veya istenmesi gerekmemektedir. Hal ve şartların gerektirdiği ölçüde özenin gösterilmemiş olması yeterlidir.¹⁰⁸¹ İhmalin varlığından bahsedebilmek içinse birçok hukuk sisteminde kabul edildiği gibi, makul ve orta zekalı bir insanın aynı şartlarda göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması gerekir.¹⁰⁸²

Sözleşme öncesi sorumluluk için gereken kusur şartı ülkeden ülkeye farklı şekillerde uygulanmaktadır. Ülke uygulamaları elbette, her ülkenin sözleşme öncesi sorumluluğu ne şekilde nitelediğine ve hangi kapsamda kabul ettiğine paralel olarak değişiklik göstermektedir. Örneğin İngiltere, İskoçya ve İrlanda da sözleşme öncesi sorumluluk özel olarak kabul edilmediği için, ancak haksız fiil anlamında kusur bulunuyorsa haksız fiil hükümlerinin uygulanması mümkün olmaktadır. Buna karşılık Fransa ve İspanya hukukunda haksız fiil sorumluluğu, sözleşme müzakerelerinde kusurlu olarak verilen zararları da kapsayacak genel bir prensip getirecek şekilde geniş yorumlanmaktadır.¹⁰⁸³ *Culpa in contrahendo* sorumluluğu özel olarak düzenleyen Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuklarında ise kusur unsuru haksız fiil çatısı altında değil, özel olarak *culpa in contrahendo*

¹⁰⁷⁹ YALMAN, 102.

¹⁰⁸⁰ DEMİRCİOĞLU, 250, 253; HASSAN, 5-6; YALMAN, 103; DIETRICH, 177.

¹⁰⁸¹ DEMİRCİOĞLU, 253; YALMAN, 104.

¹⁰⁸² YALMAN, 105.

¹⁰⁸³ CARTWRIGHT/HESSELINK, 473-474.

sorumluluğun bir unsuru olarak ele alınmaktadır.¹⁰⁸⁴ Türk hukukunda da sözleşme öncesi sorumluluğun söz konusu olması için kusurun bulunması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁰⁸⁵

2.3.3.6. İlliyet Bağı

Sorumluluk hukukunun asli unsuru ve tazminat hukukunun temel ilkesi olan illiyet bağı,¹⁰⁸⁶ sözleşme öncesi sorumluluğun doğması için de bulunması gereken unsurlardan birisidir.¹⁰⁸⁷ Sözleşme müzakereleri sebebiyle sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, taraflardan birisinin sözleşme müzakerelerindeki yükümlülüklerin ihlali ile karşı tarafta meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir.¹⁰⁸⁸ Uygun illiyet teorisine göre,¹⁰⁸⁹ hayatın olağan akışı ve genel hayat tecrübelerine göre yükümlülüğü ihlal eden davranış, zararlı sonucu ortaya çıkarmaya elverişli ve zararlı sonucun sebebinin oluşturuyorsa illiyet bağının varlığı kabul edilir.¹⁰⁹⁰

İlliyet bağı sorumluluğun sınırlandırılmasında da rol oynamaktadır. Sorumluluğun ortaya çıkmasından sonra, sorumluluğun derecesi de illiyet bağının derecesine göre belirlenir.¹⁰⁹¹ İlliyet bağının varlığı kabul edildiği takdirde sorumluluğun kapsamı somut olaya göre değerlendirilmelidir.¹⁰⁹² Bu değerlendirme yapılırken, zararın sözleşme görüşmeleri sebebiyle verilmiş olması gerekir. Sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan zararın sözleşme öncesi sorumluluğu doğurması için, zarar ile sözleşme görüşmeleri

¹⁰⁸⁴ CARTWRIGHT/HESSELINK, 474.

¹⁰⁸⁵ Yargıtay HGK 12.03.1997 tarihli ve E.1996/13-850 K.1997/186 sayılı kararı ile Yargıtay 19.HD.30.11.2004 tarihli ve E.2004/4912 K.2004/11803 sayılı karar ve Yargıtay 13.H.D. 13.11.1995 tarihli ve E.1995/9375 K.1995/9860 sayılı kararlarına göre sözleşme öncesi sorumluluğun söz konusu olabilmesi için müzakereler sırasındaki zararın kusurlu olarak verilmiş olması gerekir; “..... görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülükler kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar”.

¹⁰⁸⁶ EREN, (1975), 1.

¹⁰⁸⁷ YALMAN, 98.

¹⁰⁸⁸ DEMİRCİOĞLU, 254; KIRCA, 205; YALMAN, 99, 100.

¹⁰⁸⁹ Uygun illiyet bağı teorisi, özel hukuka ilişkin sorumluluk hallerinde günümüzde genellikle kabul gören teoridir. Bkz. EREN, (İlliyet), 51. İlliyet bağına ilişkin diğer teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, (İlliyet), 17-122; YALMAN, 98-100.

¹⁰⁹⁰ EREN, (İlliyet), 52; DEMİRCİOĞLU, 254; KIRCA, 205 dn.1111; YALMAN, 99.

¹⁰⁹¹ EREN, (İlliyet), 54.

¹⁰⁹² EREN, (İlliyet), 76; YALMAN, 100.

arasındaki bağlantı rastlantı sonucu ortaya çıkmış olmamalı, sözleşmenin amacı veya konusu ile ilgili bir zarar söz konusu olmalıdır.¹⁰⁹³

2.3.4. Sorumluluğun Kapsamı

Sorumluluğun kapsamı belirlenirken sözleşme öncesi sorumluluk sebebiyle ortaya çıkan tazminat borcuna hangi zararların girdiği, başka bir ifadeyle tazminatın kapsamı, tazminat borçlusu ve tazminat alacaklısı gibi hususlar incelenir. *Culpa in Contrahendo* sorumlulukta tazminatın türü ve kapsamı tartışmalıdır. Türk hukukunda *culpa in contrahendo* sorumluluğun temel yaptırımı 'sözleşmeye aykırılık tazminatı'dır.¹⁰⁹⁴

Müzakereler sırasındaki kusurlu davranış sebebiyle sorumlulukta güvenen kişinin, bu güveni sebebiyle uğradığı zarar, yani güvenmemiş olsaydı uğramayacağı zararların tazmini söz konusudur.¹⁰⁹⁵ Aynen ifaya hükmedilmesinin mümkün olmadığı konusunda görüş birliği vardır.¹⁰⁹⁶ Bu anlamda sözleşme öncesi sorumluluk hali, dar ve teknik anlamda bir hukuki sorumluluktur ve güven sebebiyle ortaya çıkan (ifa gibi) her türlü sonucun üstlenilmesi söz konusu olmayıp, yalnızca uğranılan zarar tazmin edilir.¹⁰⁹⁷ Zarar miktarının belirlenmesinde kusurun ağırlığı, zarar görenin ortak kusuru gibi unsurlar dikkate alınabilir.¹⁰⁹⁸ 3.kişinin bizzat müzakerenin tarafı olmayıp, taraflardan birinin hakimiyet alanı içinde bulunan üçüncü kişilerin uğradıkları zararların tazmin edilip edilmeyeceği ile üçüncü kişilerin *culpa in contrahendo* esasına göre zarar veren müzakereci taraftan zararının tazminini talep edip edemeyeceği meselesine de uygulanacak hukuk açıklık getirecektir. Elbette burada da sözleşme öncesi sorumluluğa uygulanacak hukuka göre sorumluluğun kapsamı farklılaşabilecektir. Bunun dışında milletlerarası ticarette tarafların müzakere aşamasında hazırladıkları bazı belgelerin geçerliliği, kapsamı, hüküm ve sonuçları da uygulanacak

¹⁰⁹³ YALMAN, 101. Bununla birlikte Türk doktrininde bunun aksi görüşlerde bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre yalnızca zarar ile koruma yükümlülüğünü ihlal eden fiil arasında illiyet bağının bulunması yeterli olup, ayrıca zarar ve sözleşme görüşmeleri arasında fonksiyonel bir bağlılığın bulunması gerekmemektedir. Bkz. DEMİRCİOĞLU, 255.

¹⁰⁹⁴ SEROZAN, (Borçlar), 256.

¹⁰⁹⁵ BASS, 222-223; DEMİRCİOĞLU, 259.

¹⁰⁹⁶ SEROZAN, (Borçlar), 256.

¹⁰⁹⁷ DEMİRCİOĞLU, 259; KIRCA, 157; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 9.

¹⁰⁹⁸ DEMİRCİOĞLU, 268.

hukuka göre farklılık göstermekte, bu farklılık doğal olarak sorumluluğun temelini ve kapsamını farklılaştırmaktadır.

2.4. SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNE UYGULANACAK HUKUK

Müzakerelere uygulanacak hukukun tespiti yapılmadan tarafların müzakereler sırasındaki sorumluluklarının belirlenmesi imkansızdır.¹⁰⁹⁹ Uygulanacak hukuk, elbette hakimin hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir.¹¹⁰⁰ Ancak müzakerelere uygulanacak hukukun tespit edilmesi karmaşık ve meşakkatli bir süreçtir.¹¹⁰¹ Bu nedenle bu başlık altında öncelikle müzakerelere uygulanacak hukukun tespitinde karşılaşılan başlıca zorluklardan bahsedilecek olup, akabinde müzakere ilişkisinin vasıflandırılmasına göre uygulanacak hukuk ele alınacak ve son olarak milletlerarası metinlerde konunun ne şekilde ele alındığı kısaca belirtilecektir.

2.4.1. Müzakere Aşamasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Karşılaşılan Başlıca Güçlükler

Müzakere aşamasına uygulanacak hukukun tespitinde başlıca iki zorluktan bahsedilebilir:

İlk zorluk, sözleşme öncesi sorumluluğun hukuki niteliğinden doğmaktadır. Zira sözleşme müzakerelerine uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için ‘müzakere ilişkisi’nden ne anlaşıldığı tespit edilmelidir.¹¹⁰² Önceki bölümde belirttiğimiz gibi sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği kimi ülke hukuklarında sözleşme sorumluluğu, kimi ülke hukuklarında haksız fiil sorumluluğu, kimi ülke hukuklarında ise edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi olarak değerlendirilerek *culpa in contrahendo* şeklinde ayrı bir sorumluluk türü olarak görülmektedir.¹¹⁰³ Sözleşme öncesi

¹⁰⁹⁹ BORTOLOTTI, 167.

¹¹⁰⁰ SCHMIDT, (Letters of Intent), 257.

¹¹⁰¹ HAGE-CHAHINE, Najib: “Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation”, *Northwestern Journal of International Law&Business*, Vol.32, Issue 3, 2012, 451-540, 451.

¹¹⁰² RIGAUX, 149.

¹¹⁰³ HAGE-CHAHINE, 455-456; RIGAUX, 150-151. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm 3.2 Sözleşme Müzakerelerinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği.

sorumluluğa farklı hukuki nitelik tanınması, doğal olarak uygulanacak hukukla ilgili benzer kuralların olaya uygulanma ihtimalinin önüne geçmektedir. Şöyle ki, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, iki aşamalı bir süreçle gerçekleşmektedir. Uyuşmazlığı çözecek olan merci, ilk aşamada olay veya ilişkinin hukuki niteliğini tespit eder, ikinci aşamada ise yabancı unsur taşıyan bu ilişkiye, tespit edilen kategoriye ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını uygular.¹¹⁰⁴

Müzakerelere uygulanacak hukukun tespitinden önce müzakereler sebebiyle ortaya çıkan sorumluluğun hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle bağlama konusunu oluşturan sözleşme müzakerelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Bu husus ise bir vasıflandırma problemi ortaya çıkarır.

Vasıflandırma en genel tanımıyla, “bir hukuki müessesenin hukuki karakterinin tespit edilmesidir”¹¹⁰⁵. Vasıf ihtilafları, hukuki kavramlara farklı hukuk sistemlerinin farklı anlamlar atfetmelerinden doğar.¹¹⁰⁶ Vasıflandırma *lex fori*ye göre, *lex causaeye* göre, karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandırma gibi farklı şekillerde yapılabilir.¹¹⁰⁷ Milletlerarası özel hukukta genel olarak benimsenen yöntem *lex fori*ye göre, yani hakim hukukuna göre vasıflandırmadır.¹¹⁰⁸ *Lex fori*ye göre vasıflandırma yapılan hallerde hakim, önüne gelen uyuşmazlığın hukuki niteliğini kendi hukukuna göre belirler. Fakat hakim hukukuna göre yapılacak vasıflandırmanın adil olmaması halinde karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandırma yapılabilir. Bu halde karşılaştırmalı hukuk verileri kullanılarak, yani olay veya ilişkiyle bağlantılı hukuk sistemleri dikkate alınarak vasıflandırma yapılacaktır.¹¹⁰⁹ Vasıflandırma sonucunda tanınan hukuki niteliğe göre müzakerelere uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Yani müzakerelerin hukuki niteliği tespit edilirken, hakim kural olarak öncelikle kendi

¹¹⁰⁴ HAGE-CHAHINE, 461.

¹¹⁰⁵ DOĞAN, (Milletlerarası), 179.

¹¹⁰⁶ LORENZEN, 318; KAHN-FREUND, O.: *General Problems of Private International Law*, Sijhoff & Noordhoff, 1980, USA, 223; HUSSERL (PART II), 468; CALSTER, Geert Van: *European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, 5; BERKİ, 72; GÖĞER, 82; DOĞAN, (Milletlerarası), 179-180; SADROLEŞRAFI, 117; ÇELİKEL/ERDEM, 78; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 40-41.

¹¹⁰⁷ MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, 492-494; LORENZEN, 319; KAHN-FREUND, 225 vd.; COLLIER, 15-17; PITEL, Stephen G.A. / RAFFERTY, Nicholas S.: *Conflict of Laws*, Irwin Law, Canada, 2010, 216-217; DOĞAN, (Milletlerarası), 180-183; ÇELİKEL/ERDEM, 83-88; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 42-44; BERKİ, 75 vd.; GÖĞER, 84-86; SADROLEŞRAFI, 121-123; ALTUĞ, 198-200.

¹¹⁰⁸ COLLIER, 15-16; ÇELİKEL/ERDEM, 83; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 42; BERKİ, 77; GÖĞER, 84; SADROLEŞRAFI, 121.

¹¹⁰⁹ DOĞAN, (Milletlerarası), 183.

hukukuna göre ‘sözleşme müzakereleri’nin hukuki niteliğini belirleyecek, şayet hakim kendi hukukuna göre yaptığı vasıflandırma adil olmayan sonuçlara yol açıyorsa, bu halde olayla ilgili ülke hukuklarını dikkate alarak karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandıracaktır. Müzakere ilişkisinin ve bu süreçteki sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin ülkelerin farklı düzenlemelere sahip olmaları, ülke hakimlerinin ilişkiyi farklı şekillerde vasıflandırması ve farklı hukuklara tabi tutması ilk zorluklardan birisidir.

Müzakerelere uygulanacak hukukun tespitindeki ikinci zorluk ise, sözleşme öncesi sorumluluk kapsamındaki irtibat noktalarının tespitindeki güçlütür. Bu husus özellikle tarafların fiziksel olarak belirli bir yerde bulunmaksızın müzakereleri yürütmeleri halinde sözleşme öncesi ilişkinin merkezi, zarar yeri, idare merkezi, tarafların tasarladıkları sözleşmenin hiç akdedilmemesi durumunda planlanan sözleşmenin ağırlık merkezi gibi kavramların tespitindeki zorluk açısından geçerlidir.¹¹¹⁰ Benzer şekilde tarafların farklı ülkelerde bulunmasına rağmen müzakerelerin tarafsız bir üçüncü ülkede yürütülmesi, sözleşmenin konusunun üçüncü bir ülkede yapılacak bir işi konu edinmesi gibi durumlarda da irtibat noktalarının tespiti güç olabileceği gibi, her iki tarafla da ilgili olmayan bir bağlama noktasının ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir.

Bu iki temel problem dışında birkaç hususa daha değinmekte fayda vardır. Hukuk sistemlerinin müzakerelerden doğan sorumluluğu tek bir hukuka tabi kılmak yerine, müzakere sürecini aşamalara bölerek farklı hukuklara tabi tutma ihtimalidir. Hukuk sistemleri, müzakerelerin farklı aşamaları için farklı sonuçlar öngörebilmektedir. Bu nedenle müzakelere uygulanacak hukuku belirlemeden önce, hangi türdeki müzakere için hangi hukukun uygulanmasının daha uygun düşeceğinin bilinmesi gerekir.¹¹¹¹

2.4.1.1. Uygulanacak Hukukun Tespitinde Müzakere İlişkisinin Vasıflandırılması

Sözleşme öncesi görüşmelere uygulanacak hukuku belirleyebilmek için öncelikle sözleşmenin kurulmasından önce tarafların davranışlarına uygulanacak hukuk ile sözleşmenin hukuki olarak kurulmasına uygulanacak hukukları birbirinden ayırmak gerekir.

¹¹¹⁰ HAGE-CHAHINE, 456-457.

¹¹¹¹ SCHMIDT, (Preliminary), 37.

Sözleşmenin kurulmasına uygulanacak hukuk öncelikle sözleşmeye uygulanacak olan hukuktur. Ancak sözleşmenin şekli gibi sözleşmenin farklı noktalarına başka hukukların da uygulanması mümkündür.¹¹¹²

*Culpa in contrahendo*nun ayrıca düzenlenmediği ve sözleşme müzakerelerinden sorumluluğun ayrı bir sorumluluk olarak kabul edilmediği hukuk sistemlerinde uygulanacak hukuku belirlerken iki ihtimale göre değerlendirme yapılması gerekir. Bu gibi durumlarda sözleşme öncesi sorumluluk; sözleşmeye dayanan sözleşme öncesi sorumluluk ve sözleşme dışı sözleşme öncesi sorumluluk olmak üzere iki çeşittir.¹¹¹³ Uygulanacak hukuk, hakimin yapacağı vasıflandırmaya göre farklılık gösterebilecektir.¹¹¹⁴ Görüldüğü gibi müzakerelere uygulanacak hukuka ilişkin kesin bir şey söylemek mümkün değildir. ‘Müzakere’ ilişkisinin ne şekilde vasıflandırıldığına bağlı olarak farklı ihtimaller üzerinde durmak gerekir.

Yapılan vasıflandırma sonucu bazı yazarlara göre pratikte farklılık arz etmemektedir. Bu görüşte olan yazarlara göre müzakereler gerek sözleşme ilişkisi, gerekse haksız fiil ilişkisi olsun, buna ilişkin uyuşmazlığın çözülmesi, müzakeresi yarım kalan, hedeflenen sözleşmenin yapılması sonucunu ortaya çıkarmayacaktır.¹¹¹⁵ Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira müzakere ilişkisinin vasıflandırılması neticesinde, uygulanacak hukuk tespit edilecek ve tespit edilen hukuktaki hükümler ilişkiye uygulanacaktır. Hukuk sistemlerinde bir sözleşmenin ortaya çıkması için gereken unsurlar farklılaşmaktadır. Bu nedenle, önceki bölümlerde üzerinde durduğumuz gibi, örneğin bir hukuk sisteminde herhangi bir yükümlülük yaratmayan bir müzakere belgesi, bir diğer hukuk sisteminde belirli yükümlülükler ortaya çıkarabilmekte, hatta bazı müzakere belgeleri sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Bunun yanında hukuk sistemlerinde sözleşmeye ve haksız fiile dayanan taleplerin kabul edilebilirliği farklı kriterlere tabi tutulmuştur. Örneğin Türk hukukunda haksız fiile dayanan tazminat taleplerinde 2 yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüşken,¹¹¹⁶ sözleşmenin ihlalden kaynaklanan tazminat taleplerinde ise kural

¹¹¹² FONTAINE, (Report), 349.

¹¹¹³ HAGE-CHAHINE, 465, 469, 476.

¹¹¹⁴ RIGAUX, 151.

¹¹¹⁵ RIGAUX hakimin yapacağı vasıflandırma sonucunda, müzakere ilişkisinde verilen zarar sebebiyle ister sözleşme sorumluluğu, ister haksız fiil sorumluluğuna başvursun hakimin araya girmesinin sınırlı olduğunu, dolayısıyla hakimin sözleşmenin yapılmasına hükmedemeyeceği, yalnızca tazminata hükmedebileceğini belirtmektedir. Bkz. RIGAUX, 151.

¹¹¹⁶ TBK m.72/1;

olarak 10 yıllık bir zamanaşımı öngörülmüştür¹¹¹⁷. Bunun gibi örnekleri çoğaltmak mümkündür. Dolayısıyla ilişkinin ne şekilde vasıflandırıldığı verdiğimiz örneklerde talebin ileri sürülebileceği süre konusunda farklılık yaratabileceği gibi, pratikte daha bir çok husus üzerinde ciddi anlamda etkili olacaktır.

2.4.1.1.1. ‘Sözleşme’ Olarak Nitelenmesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Müzakere ilişkisinin ‘sözleşme’ olarak kabul edilmesi farklı şekillerde karşımıza çıkabilir:

İlk olarak taraflar, müzakere sözleşmesi gibi müzakere sürecini düzenleyen bir anlaşma yapmıştır.¹¹¹⁸ Bu halde tarafların hazırladığı belgenin ‘sözleşme’ olarak kabul edilmesi halinde artık bu sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti söz konusu olur.

İkinci ihtimalde ise taraflar arasında sözleşme öncesi süreci düzenleyen hiç bir belge bulunmayabilir. Yahut taraflar arasında müzakere sözleşmesi gibi sözleşme öncesi bir belge bulunmasına rağmen, ilgili hukuk sisteminde bu türden belgeler hukuken ‘sözleşme’ olarak kabul edilmeyebilir. Buna rağmen, uygulanacak hukukta müzakere ilişkisinin bizzat kendisi ‘sözleşme’ ilişkisi olarak kabul edilmiş olabilir;¹¹¹⁹ Ya da müzakere ilişkisi sözleşme ilişkisi olarak kabul edilmemekle birlikte, ‘sözleşme benzeri’ olduğu kabul edilmiş ve bu nedenle sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili kuralların uygulanması gerektiği kabul edilmiş olabilir.

“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.”

Bu hükme göre Türk hukukunda talebin haksız fiile dayanması halinde kural olarak 2 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Ancak İngiliz ve İrlanda hukuklarında 6 yıl, İsveç’te 10 yıl, Hollanda’da 5 yıl, Avusturya’da 3 yıldır. Ülkelerle ilgili düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, Ahmet: “6098 sayılı Yeni Borçlar Yasası’nın Zamanaşımı Hükümleri Üzerine Görüşler”, Erişim adresi: http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/366_6098-sy.tbk-nun-zamanasimi-hukumleri.pdf, Erişim tarihi: 2.3.2016, 3.

¹¹¹⁷ TBK m.146;

“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”

Buna karşılık bir çok ülkede farklı süreler düzenlenmiştir. Örneğin genel alacak zamanaşımı Hollanda 5 yıl, İsveç’te 10 yıl, Rusya’da 3 yıldır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, 2-3.

¹¹¹⁸ HAGE-CHAHINE, 469.

¹¹¹⁹ RIGAUX, 151.

Her iki ihtimalde de taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk, sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde belirlenecektir.¹¹²⁰ Bu halde de uygulanacak hukukun tespitinde, uygulanacak hukukun taraf iradesi ile belirlenmesi veya uygulanacak hukukun objektif kurallara göre belirlenmesi şeklinde iki ihtimal söz konusu olacaktır. Sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde irade muhtariyeti prensibi kabul edilmektedir.¹¹²¹ Buna göre taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak olan hukuk, öncelikle tarafların uygulanmasını kararlaştırdığı hukuktur. Şayet tarafların hazırladığı sözleşme öncesi belgede geçerli bir hukuk seçimi yapılmışsa bu hukuk aralarındaki ilişkiye uygulanacaktır. Aynı husus, taraflar arasında bir müzakere belgesi bulunmamasına rağmen, ilgili hukuk sisteminde müzakere ilişkisinin ‘sözleşme’ olarak kabul edilmesi halinde de geçerlidir. Taraflar arasında bu tür bir belge bulunmaması halinde veya bir sözleşme öncesi belge bulunmasına rağmen, bu belgenin ‘sözleşme’ vasfını taşıyamaması halinde de taraf iradesi ile uygulanacak hukukun tespiti gündeme gelebilir. Hukuk sistemlerinin ve milletlerarası düzenlemelerin bir kısmı, müzakereye uygulanacak hukuk olarak, yapılan sözleşme akdedilsin veya akdedilmesin, müzakere edilen sözleşmeye uygulanması gereken hukukun, müzakereden doğan taleplere de uygulanmasını kabul etmiştir. Bu halde de tarafların hazırladıkları sözleşme yapılmassa dahi, bu sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun, müzakere ilişkisine uygulanması söz konusu olacaktır. Şayet taraflar uygulanacak hukuku belirlememişlerse, bu halde objektif kurallara göre uygulanacak hukukun tespiti söz konusu olur.¹¹²²

Türk hukukunda, sözleşme müzakerelerinin sözleşme ilişkisi olarak nitelenmesi halinde, tarafların bu ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilecekleri hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Buna göre taraflar, her zaman açık veya zımni hukuk seçimi ile aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilirler (MÖHUK m.24). Tarafların bu tür bir seçim yapmaması halinde ise ilişki ile en sıkı irtibatlı hukuk uygulanacaktır (MÖHUK

¹¹²⁰ HAGE-CHAHINE, 469-470.

¹¹²¹ İrade muhtariyeti prensibi hakkında bkz. Üçüncü Bölüm 2.16.1.1. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Muhtariyeti (Hukuk Seçimi) Serbestisi.

¹¹²² Uygulanacak hukukun taraf iradesi ile belirlenmesi veya objektif kurallara belirlenmesi konuları üçüncü bölümde ‘Esasa uygulanacak hukuk’ başlığı altında ele alındığı için bu bölümde aynı hususları tekrar etmeksizin, ilgili bölüme atıf yapmakla yetineceğiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm 2.16.1. Esasa Uygulanacak Hukuk.

m.24/4).¹¹²³ Türk hukukunda, MÖHUK'ta özel bir düzenleme bulunmadığı için öncelikle sözleşme müzakerelerinin vasıflandırılması gerekir. Türk hukukunda halen tartışmalı olmakla birlikte, kaynağı sözleşme olan bir sorumluluk türü olduğu görüşü hakimdir.¹¹²⁴ Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk sözleşme kurulsun veya kurulmasın, geçerli olsun veya olmasın sözleşme sorumluluğu olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmakta¹¹²⁵ ve bu nedenle sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir.¹¹²⁶ Bu halde Türk hakiminin önüne gelen uyuşmazlığı çözmek için öncelikle sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemesi ve sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğa bu hukuku uygulaması gerektiği belirtilmektedir.¹¹²⁷ MÖHUK m.24'e göre tespit edilen bu hukuk, müzakereler ile nispeten daha zayıf bir ilişki içindeyse ve müzakere ilişkisi başka bir hukukla daha sıkı bağlantı içindeyse hakim, MÖHUK m. 24/4'teki daha sıkı ilişkili yer hukukunu uygulamalıdır.

Milletlerarası düzenlemelerde de sözleşmeye uygulanacak hukuk konusundaki kurallar Türk hukukundakine benzer şekilde ele alınmış ve düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeler III. bölümde ele alındığı için burada üzerinde durmaksızın yalnızca o kısma atıf yapmakla yetineceğiz.¹¹²⁸

2.4.1.1.2. 'Haksız Fiil' Olarak Nitelenmesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Müzakere ilişkisinin sözleşme ilişkisi olarak kabul edilmemesi, haksız fiil olarak vasıflandırılması halinde uygulanacak hukuk farklılaşacaktır. Özellikle ilgili hukuk sisteminde müzakere ilişkisinin tek başına bir sözleşme ilişkisi olduğunun kabul edilmediği durumlarda, taraflar arasında müzakere sürecini düzenleyen bir anlaşma da yoksa, ilişkinin haksız fiil olarak vasıflandırılma ihtimali daha yüksektir. Uyuşmazlığı çözmekle görevli mercii, ilişkinin hukuki niteliğinin haksız fiil olduğuna karar verdikten sonra, ilgili kategorideki kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak uygulanacak hukuku belirleyecektir.

¹¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, 2.16.1.10.Hukuk Seçiminin Yapılmamış Olması – Objektif Bağlama.

¹¹²⁴ DEMİRKOL, 44-45.

¹¹²⁵ EREN, (Borçlar), 1131; DOĞAN, (Milletlerarası), 382; BEKTAŞ, 103.

¹¹²⁶ SEROZAN, (Borçlar), 256; DOĞAN, (Milletlerarası), 383.

¹¹²⁷ DOĞAN, (Milletlerarası), 382-383.

¹¹²⁸ Sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm 2.16.1.Esasa Uygulanacak Hukuk.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, haksız fiile uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının, sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olarak, çok sınırlı biçimde irade muhtariyetine yer verdiği görülmektedir. Günümüzde bir çok ülke hukukunda haksız fiile uygulanacak hukuk olarak fiilin gerçekleştiği ülke hukukunun (*lex loci delicti*) uygulanması kabul edilmektedir.¹¹²⁹ Bununla birlikte bu kuralın uygulanması farklılık gösterebildiği gibi, fiilin gerçekleştiği yerin birden fazla olması, tespit edilememesi, tesadüfi olması veya bu kural gereğince tespit edilen hukukun adil sonuçlar vermemesi sebebiyle zararın meydana geldiği yer hukuku, zarar görenin yerleşim yeri hukuku, hakimin hukuku, daha sıkı ilişkili yer hukuku gibi hukukların uygulanması da kabul edilmiş olabilir.¹¹³⁰

Türk hukukunda, haksız fiilden doğan borçlar ilk etapta haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabi tutulmuş, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerlerin farklı olması halinde zararın meydana geldiği ülke hukukuna tabi tutulmuştur (MÖHUK m.35/1,2). Bununla birlikte ilişkinin başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olması halinde hakim, ilk iki basamağa göre tespit edilen haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği ülke hukuklarını uygulamayacak, sıkı ilişkili ülke hukukunu uygulayacaktır (MÖHUK m.35/3). Bunun yanında kişilik haklarının ihlalden sorumluluk, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi gibi haksız fiilin ortaya çıktığı bazı durumları kanunkoyucu özel olarak düzenlemiş ve bu haller farklı kanunlar ihtilafı kurallarına tabi kılınmıştır.¹¹³¹

Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Tüzüğü'nde ise¹¹³² haksız fiile uygulanacak hukukla ilgili genel kural zarar yeri hukukunun uygulanmasıdır. Buna göre haksız fiil ilişkisine zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanacaktır (m.4/1).¹¹³³ Zarar

¹¹²⁹ MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, 368; TURHAN, Turgut: *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1989, 10.

¹¹³⁰ MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, 368-370. Haksız fiile uygulanacak hukuk olarak bu hukukların uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, (Haksız Fiil), 1-10.

¹¹³¹ MÖHUK m. 36-39.

¹¹³² Tüzüğün İngilizce tam metni için bkz. Erişim adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:EN:PDF>, Erişim tarihi: 4.3.2016.

¹¹³³ Roma II Tüzüğü m.4/1;

“(1) Unless otherwise provided for in this Regulation the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.”

yerinden kasıt, doğrudan hukuki menfaatin zarar gördüğü yer olup, dolaylı zararın meydana geldiği yer kastedilmemektedir.¹¹³⁴ Zarar yerinin genel kural olarak kabul edilmesi ile Tüzük, haksız fiillere ilişkin geleneksel ika yeri hukukunun birinci basamakta uygulanmasını terk etmiştir.¹¹³⁵ Maddenin devamında kuralın istisnaları da belirtilmiştir. Buna göre zarar ortaya çıktığında tarafların ortak mutad meskeni bulunması halinde bu hukuk uygulanacak, ayrıca halin şartlarından taraflar arasındaki ilişkinin başka bir hukukla daha sıkı ilişkili olduğu anlaşılıyorsa daha sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır (m.4/2,3).¹¹³⁶ Bunun yanında tüzükte, MÖHUK'taki gibi bazı haksız fiil türlerine ilişkin özel düzenlemeye yer verilmiş ve farklı bağlama kuralları benimsenmiştir.¹¹³⁷

Hukuk sistemlerinde, sözleşme ilişkisindeki kadar geniş bir serbesti olmasa da, haksız fiile uygulanacak hukuku seçme imkanı da verilmektedir. Türk hukukunda da, müzakere ilişkisinin haksız fiil ilişkisi olarak nitelenmesi halinde, sınırlı biçimde uygulanacak hukuku seçme imkanı verilmiştir. Seçim, yalnızca fiilin vukuundan sonra ve ancak açık hukuk seçimi yoluyla yapılabilecektir (MÖHUK m.35/5). Benzer şekilde Roma II Tüzüğü'nde de zararın ortaya çıkmasından sonra tarafların anlaşmasıyla veya her iki tarafın da ticari faaliyet yürütmesi durumunda zararın meydana gelmesinden önce açık veya zımni hukuk seçimi imkanı verilmiştir (m.14). Bu hükümle tüzük, ticari hayatın rahat ve düzgün işlemesi açısından milletlerarası ticarete ihtiyaç duyulan hukuk güvenliği temin etmiştir.¹¹³⁸

¹¹³⁴ TARMAN, Zeynep Derya: "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.57, Sa.2, 2008, 193-221, 199. Benzer yönde bkz. ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, 100.

¹¹³⁵ TARMAN, 198. Tüzüğün hazırlanma sürecinde genel kuralın ortaya çıkışına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTEKİN GELGEL, 95 vd.

¹¹³⁶ Roma II Tüzüğü m.4/2, 3;

"(2) However, where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country at the time when the damage occurs, the law of that country shall apply.

(3) Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question."

¹¹³⁷ Roma II Tüzüğü m.5-13.

¹¹³⁸ TARMAN, 202; ÖZTEKİN GELGEL, 106.

2.4.1.2. Milletlerarası Metinlerde Müzakerelere Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası metinlerde müzakerelerden doğan sorumluluğu ele alan bazı hükümler bulunsa da, müzakerelere uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir kural getirilmemiştir. Bununla birlikte Avrupa Birliği düzeyinde uygulanacak hukuka ilişkin bazı düzenlemeler, müzakere sürecinde sorumluluğa uygulanabilir niteliktedir. Önceki iki başlık altında müzakere ilişkisinin 'sözleşme' veya 'haksız fiil' olarak nitelendirilmesi halinde müzakerelere uygulanacak hukukla ilgili milletlerarası düzenlemeler üzerinde durulmuştur. Bu nedenle aşağıda yalnızca sözleşme öncesi sorumluluğun özel olarak düzenlendiği Roma II Tüzüğü'nün 12. maddesinden kısaca bahsedilecektir.

Avrupa Birliği parlamentosu, *culpa in contrahendo* kavramının nasıl vasıflandırılacağı konusundan birlik bünyesindeki tartışmalar neticesinde bir orta yol bulmuş¹¹³⁹ ve kanunlar ihtilafı anlamında, *culpa in contrahendo* sorumluluğu sözleşmesel bir bağlama noktasından hareket ederek sözleşme dışı sorumluluk olarak vasıflandırmıştır.¹¹⁴⁰ Bu niteliğin tanınmasındaki amaçlardan birisinin de *culpa in contrahendonun* hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara en azından birlik düzeyinde nokta koyma amacı olduğu belirtilmektedir.¹¹⁴¹ Bu amaç doğrultusunda Roma II Tüzüğü'nde *culpa in contrahendoya* ilişkin özel bir hüküm ihdas edilmiş ve tüzüğün giriş kısmının 29. paragrafında *culpa in contrahendodan* doğan zararın özel olarak düzenlenmesi gereğine işaret etmiştir. Yine tüzüğün giriş kısmının 30.paragrafında, tüzük çerçevesinde *culpa in contrahendo* kavramının otonom bir karakteri bulunduğu belirtilmiş ve kavramın millî hukuklara göre yorumlanmayacağı vurgulanmıştır.¹¹⁴² Böylelikle, millî hukukların sözleşme öncesi sorumluluğa yaklaşımındaki derin farklılıklar dikkate alınarak, *culpa in contrahendonun* hukuki niteliği ve kapsamına ilişkin muhtemel tartışmaların önüne geçilmek istenmiştir.

¹¹³⁹ TARMAN, 214.

¹¹⁴⁰ HAGE-CHAHINE, 451, 462.

¹¹⁴¹ HAGE-CHAHINE, 463, 464, 465. Yazar, bu düzenleme ile *culpa in contrahendonun* Adalet Divanı kararları ile AB hukuku enstrümanları dikkate alınarak yorumlanacağını belirtmektedir.

¹¹⁴² Roma II Tüzüğü giriş kısmının 30.paragrafına göre; "Bu tüzüğün amacı doğrultusunda *culpa in contrahendo* otonom bir kavramdır ve millî hukuklara göre yorumlanmayacaktır. Kavram, açıklama yükümlülüğü ile sözleşme müzakerelerinin kesilmesini içermektedir. Madde 12 yalnızca, sözleşmenin yapılmasından önceki ilişkiyle doğrudan alakalı olan akit dışı yükümlülükleri kapsamaktadır."

Roma II Tüzüğü m. 12/1, *culpa in contrahendodan* doğan taleplerin *lex contractus in negotio*'ya göre çözülmesini öngörmüştür.¹¹⁴³ Başka bir deyişle maddeye göre müzakerelere uygulanacak olan hukuk, taraflar arasında müzakere edilen sözleşmeye uygulanması gereken hukuktur. Roma II Tüzüğü m.12/1'e göre; "*Sözleşme yapılınsın veya yapılmasın, sözleşmenin akdedilmesinden önceki ilişkiden kaynaklanan sözleşme dışı sorumluluğa uygulanacak hukuk, o sözleşmeye uygulanacak olan hukuk veya sözleşme akdedilmiş olsaydı hangi hukuk uygulanacak idiye o hukuktur*".¹¹⁴⁴ Burada zararın sebebi sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkmakta ve maddede yer alan 'sözleşme öncesi' ibaresi, sözleşmenin kurulmasından önceki süreçte ortaya çıkan sorumluluk türünü ifade etmektedir.¹¹⁴⁵ Görüldüğü gibi maddede sözleşme kurulsun veya kurulmasın uygulanacak hukuk konusunda sözleşme statüsü kabul edilmiştir. Maddede iki ihtimali kapsamına alacak bir düzenleme yapılmıştır. İlk ihtimalde, müzakereler başarıyla sonuçlanmış ve taraflar asıl sözleşmeyi akdetmişlerdir. Bu halde asıl sözleşmeye uygulanacak olan hukuk, müzakerelerden doğan sorumluluğa da uygulanacaktır. Başka bir deyişle *lex contractus in negotio*, aynı zamanda *lex contractus finalistir*. İkinci ihtimalde ise tarafların yürüttüğü müzakerenin başarı ile sonuçlanmaması ve hedeflenen sözleşmenin akdedilmemiş olması ihtimalidir. Bu ihtimalde de, tarafların tasarladıkları sözleşmeye uygulanması gereken hukuk, müzakereden doğan sorumluluğa da uygulanacaktır. Bu halde *lex contractus in negotio*, *lex contractus putativus* veya geçerliymiş gibi farz edilen sözleşmedir.¹¹⁴⁶

Uygulanacak hukukun ilk fıkraya göre belirlenememesi ihtimaline binaen tüzüğün ikinci fıkrasında, haksız fiile ilişkin genel kurala paralel bir bağlama kuralına yer verilmiştir. Buna göre uygulanacak hukukun ilk fıkraya göre belirlenememesi halinde zararın ortaya çıktığı ülke hukuku, zarar verici fiilin gerçekleştiği sırada tarafların mutad meskeninin aynı ülkede bulunması halinde bu ülke hukuku uygulanacaktır. Ancak olayla daha sıkı ilişkili

¹¹⁴³ HAGE-CHAHINE, 451.

¹¹⁴⁴ Rome II Regulation Art.12/1; "The law applicable to a non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract, regardless of whether the contract was actually concluded or not, shall be the law that applies to the contract or that would have been applicable to it had it been entered into."

¹¹⁴⁵ HAGE-CHAHINE, 452-453.

¹¹⁴⁶ HAGE-CHAHINE, 463-464.

başka bir ülke hukukunun varlığı halinde zarar yeri veya mutad mesken hukukuna gidilmeksizin, daha sıkı ilişkili ülke hukuku uygulanacaktır.¹¹⁴⁷

Müzakerelere uygulanacak hukukun tespit edilmesinde, müzakere sürecinde ortaya çıkan sorumluluğa hukuk sistemlerinin farklı hukuki nitelik tanımasından doğan zorluklar, AB düzeyinde Roma II Tüzüğü'nün uygulanması için de geçerlidir. Zira üye ülkeler arasında bu sorumluluğu sözleşme sorumluluğu veya haksız fiil sorumluluğu olarak niteleyenler, ya da bu ikisinin karması hibrid bir nitelikte kabul edenler olduğu gibi, bağımsız bir sorumluluk türü olarak kabul eden ülkeler de bulunmaktadır.¹¹⁴⁸ Yine aynı şekilde bağlama noktalarının farklı şekilde yorumlanması da bu sözleşmenin uygulanmasında bir zorluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle AB düzeyinde Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü ile sözleşme öncesi sorumluluğa uygulanacak hukuka m.12 ile özel düzenleme getirilmiştir. Ancak bu hükmün uygulanması için müzakerelerden doğan sorumluluğun sözleşmeye dayanmaması gerekir. Biraz daha açmak gerekirse, tarafların müzakere sözleşmesi, gizlilik sözleşmesi, mutabakat zaptı gibi sözleşme öncesi belgeler hazırlamış olmaları durumunda, bu belgelerde yer alan yükümlülüklerin ihlali –belgelerin sözleşme olarak nitelenmesi halinde- sözleşmenin ihlalini gündeme getirecek ve uygulanacak hukuk sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin kurallar dikkate alınarak belirlenecektir. Roma II Tüzüğü'nün uygulama alanı ise –tüm sözleşme öncesi sorumluluk hallerini değil- yalnızca sözleşme öncesi ilişkiden kaynaklanan sözleşme dışı sorumluluk ile sınırlıdır.¹¹⁴⁹ Bu husus tüzüğün giriş kısmının 30.paragrafında da 12. maddenin uygulama alanı çizilirken belirtilmiştir. İlgili paragrafa göre madde 12, yalnızca sözleşmenin yapılmasından önceki ilişkiyle doğrudan alakalı akit dışı yükümlülüklerle uygulanacaktır. Bu durumda sözleşme öncesi ilişkinin müzakere sözleşmesi gibi bir sözleşme ile düzenlenmiş

¹¹⁴⁷ Rome II Regulation Art. 12/2; "Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraph 1, it shall be:

- (a) the law of the country in which the damage occurs, irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occurred; or
- (b) where the parties have their habitual residence in the same country at the time when the event giving rise to the damage occurs, the law of that country; or
- (c) where it is clear from all the circumstances of the case that the non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in points (a) and (b), the law of that other country."

¹¹⁴⁸ HAGE-CHAHINE, 455-456, 464-465. Ayrıca ülkelerin bu sorumluluğa yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm 3.1. Genel Olarak Hukuk Sistemlerinin Sözleşme Öncesi Sorumluluğa Yaklaşımı.

¹¹⁴⁹ HAGE-CHAHINE, 457-458, 474, 476.

olması halinde, taraflar arasındaki müzakere ilişkisini düzenleyen bu belgenin ‘sözleşme’ olarak kabul edilmesi halinde uygulanacak hukuk, Roma I Tüzüğü’ne göre belirlenecektir.¹¹⁵⁰ Ayrıca Tüzükte, müzakere sürecinde bir tarafın, diğer tarafa verdiği kişisel zararlar nedeniyle doğan sorumluluk, doğrudan müzakerelerle ilgili olmadığı için ‘sözleşme öncesi sorumluluk’ olarak değerlendirilmemekte ve uygulanacak hukuk m.12’ye göre belirlenmemektedir.¹¹⁵¹ Zira tüzüğün giriş kısmındaki açıklamalarda, vücut bütünlüğüne verilen zararlardan doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun genel kurallar kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir.¹¹⁵² Bunun dışında, sözleşme statüsünün tespit edilememesi halinde de haksız fiillere ilişkin genel kural uygulanacaktır.¹¹⁵³

Madde 12’nin kapsadığı sözleşme öncesi sorumluluk hali, müzakere edilen sözleşmenin kurulmasına etki eden zarar verici davranıştan veya müzakere aşamasındaki sözleşme dışı yükümlülüklerle aykırı davranıştan doğabilir. İlk durumda sorumluluk hata, hile, tehdit, aydınlatma ve açıklama yükümlülüğünün yerine getirilmemesi gibi zarar verici davranışlarla geçersiz bir sözleşmenin akdedilmesine sebebiyet verilmesi veya sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmamakla birlikte, sözleşmenin esaslı noktalarını etkileyecek şekilde açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğünün kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkar.¹¹⁵⁴ İkinci halde ise sorumluluk, uygulanacak hukukun, taraflara müzakere sürecinde müzakereleri iyi niyetle yürütme yükümlülüğü, açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğü, gizlilik yükümlülüğü gibi yükümlülükler öngörmesi durumunda sözleşmenin müzakeresi aşamasında bu yükümlülüklerle aykırı hareket sebebiyle doğabilir.¹¹⁵⁵

¹¹⁵⁰ Her ne kadar Roma I Tüzüğü m.1’de sözleşme öncesi ilişkinin sözleşmenin uygulama alanı dışında kaldığı belirtilse de, sözleşme öncesi ilişkinin, taraflarca müzakere aşamasını düzenleyen bir sözleşmeye dayanması halinde, bu önsözleşme veya müzakere sözleşmesinin ihlalinden doğan talepler söz konusu olduğunda sözleşme öncesi ilişki Roma I Tüzüğü’nün uygulama alanına girecektir.

¹¹⁵¹ Bu gibi hallerin genel anlamdaki sözleşme dışı sorumluluk hali olarak kabul edilmekte ve Tüzüğün 4. maddesindeki genel kural uygulanmaktadır. Doktrinde bu hükmün, müzakereler sırasında verilen ‘fiziksel’ zararları kapsadığını belirtmektedir. Bkz. HAGE-CHAHINE, 493.

¹¹⁵² Roma II Tüzüğü giriş kısmı paragraf 30’a göre, “.... sözleşmenin müzakeresi sırasında vücut bütünlüğüne yönelik bir zarar ortaya çıkması halinde m.4 veya tüzüğün ilgili diğer hükümleri uygulanacaktır.”

¹¹⁵³ DOĞAN, (Milletlerarası), 383.

¹¹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. HAGE-CHAHINE, 494-495.

¹¹⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. HAGE-CHAHINE, 495-496. Roma II tüzüğünün uygulanması için taraflar arasındaki müzakere ilişkisinin bir sözleşmeye dayanmaması, başka bir deyişle bu yükümlülüklerin taraflar arasındaki müzakere sürecini düzenleyen bir sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmemesi gerekir. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi tüzük, yalnızca müzakere sürecindeki ‘sözleşme dışı’ sorumluluğa uygulanmaktadır.

Roma II Tüzüğü, sözleşme öncesi sorumluluğa uygulanacak hukukun, taraflar arasında yapılan sözleşmeye uygulanacak hukuk olduğunu belirttikten sonra, tüzüğün 14. maddesinde, zararın ortaya çıkmasından sonra tarafların hukuk seçimi yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Tarafların ticari bir faaliyet yürütüyor olmaları halinde ise zaman sınırlaması olmaksızın zararın ortaya çıkışından önce de hukuk seçimi yapmaları mümkündür. Ticari sözleşmelerin tarafları tacir olduğundan ve ticari faaliyet yürüttüğünden, ticari bir sözleşmenin tarafları bu tüzük kapsamında müzakereden doğan sözleşme dışı sorumluluğa uygulanacak hukuku her zaman seçebilecektir. Tüzüğün bu hükmü özellikle karmaşık işlemleri içeren uzun süreli müzakereler için oldukça pratik bir imkan sunmaktadır.

Türk hukukunda da Roma II Tüzüğü'ne benzer şekilde, sözleşme statüsünün müzakerelerden doğan sorumluluğa uygulanacağını kabul etmek gerekir. Doktrinde, sözleşme statüsünün, *culpa in contrahendo*dan sözleşmenin sona ermesine kadar sözleşmeyle ilgili tüm hususlara hakim olduğu belirtilmektedir.¹¹⁵⁶ Bu husus MÖHUK 32'de de belirtilmiş, hükümle sözleşme geçerli olarak kurulamasa dahi, sözleşme statüsüne tabi tutulmuştur.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁶ NOMER, 331.

¹¹⁵⁷ Sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğinin, yapılması planlanan sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olması ve MÖHUK 32 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm 2.3.3.2.Tarafların Sözleşme Yapma Yönünde İradelerinin Bulunması.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN ŞEKLİ VE SÖZLEŞME İÇERİĞİNİN HAZIRLANMASI

Ticari sözleşmeler, özellikle milletlerarası nitelikte olduğu takdirde, diğer özel hukuk sözleşmelerinden oldukça farklı bir yapıda karşımıza çıkar ve farklı özellikler ihtiva eder.¹¹⁵⁸ Bu bölümde, milletlerarası sözleşmelerde bulunması gereken hükümler incelenecektir. Ancak genellikle her tür milletlerarası ticari sözleşmede yer alan hükümler incelenmeden önce, diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olan bazı hususlar kısaca açıklanacaktır.

3.1. MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN HAZIRLANMASINDA UYGULANAN YÖNTEMLER

Sözleşme hükümlerinin, açıkça belirtilen sözleşme hükümleri ve zımnen ifade edilen hükümler olmak üzere iki ana kaynağı bulunmaktadır. Taraflar, açıkça belirtilen sözleşme hükümleri üzerinde yazılı olarak uzlaşabilecekleri gibi sözlü olarak da uzlaşabilirler.¹¹⁵⁹ Sözleşmede açıkça belirtilen hususlarda uyuşmazlığa düşülmesi daha çok sözleşmenin yorumlanması ile ilgili bir konudur. Sözleşmeden zımnen anlaşılan kayıt ve şartlar ise kanundan, ticari teamüllerden veya mahkeme uygulamasından ve içtihatlardan ortaya çıkabilir.¹¹⁶⁰

Milletlerarası ticarette birçok durumda taraflar arasında tek bir sözleşme yerine; satım, taşıma, sigorta, finansman, münhasırlık sözleşmesi (*exclusive dealing agreements*), ürün sorumluluğu, fikri mülkiyet, know-how transferi, tazminat sözleşmesi gibi bir 'grup sözleşme' bulunmaktadır.¹¹⁶¹ Çok karmaşık işlemleri içermeyen sözleşmelerde ise bu sözleşmelerin tümü taraflar arasındaki asıl sözleşmeye konulacak bir hüküm olarak karşımıza çıkar. Çalışmanın bu bölümünde, milletlerarası ticari sözleşmede bulunması

¹¹⁵⁸ HEIDEMANN, (Transnational), 65.

¹¹⁵⁹ MCKENDRICK, (Contract), 150.

¹¹⁶⁰ MCKENDRICK, (Contract), 169.

¹¹⁶¹ HERMANN, Adolf H.: *International Trade Terms, Standard Terms for Contracts for the Sale of Goods*, Graham&Trotman/Martinus Nijhoff, 1993, 1-2.

gereken maddelerin bir kısmı milletlerarası ticarete ayrı bir sözleşme olarak karşımıza çıksa da, gerek sözleşmenin bir maddesi olarak düzenlensin, gerekse ayrı bir sözleşme olarak düzenlensin amaçları aynıdır.

Milletlerarası ticari sözleşmelerde yer verilen maddelerin bazıları gittikçe birbirine benzer şekilde kaleme alınmaktadır.¹¹⁶² Bir milletlerarası ticari sözleşmede bulunması gereken hükümler salt hukuki çerçevede ele alınmamalı, hazırlayıcılar aynı zamanda ticari sonuçlarını da dikkate alarak, gelecekteki muhtemel uyuşmazlıkları önleyecek şekilde ve en kötü senaryoyu düşünerek sözleşmeleri hazırlamalıdır.¹¹⁶³

3.1.1. Aktarım:¹¹⁶⁴ Önceden Hazırlanmış Kuralların Sözleşmeye Dahil Edilmesi (*Incorporation*)

Aktarım herhangi bir belgede, daha önce hazırlanmış olan bir belgeye atıf yapılarak, o belgeyi, yeni hazırlanan belgenin bir parçası haline getirmektir.¹¹⁶⁵ Kanunlar ihtilafı anlamında aktarım¹¹⁶⁶ ise “sözleşmeye dahil etme, sözleşmenin bir hükmü veya parçası haline getirme anlamında kullanılmaktadır”¹¹⁶⁷.

Taraflar, bir grup yazılı kuralın sözleşmeye dahil edilmesi konusunda anlaşabilirler. Milletlerarası ticarete üzerinde uzlaşma sağlanmış ve genel kabul gören kurallar sözleşmeye farklı şekillerde dahil edilebilir. Bu dahil etme, milletlerarası ticarete kullanılan standart terimlerin, model kanun hükümlerinin, model sözleşme hükümlerinin dahil edilmesi gibi farklı şekillerde yapılabilir. Bunun dışında, belirli bir ülkenin hukukunda bulunan hükümlerin veya kuralların da aktarım yoluyla sözleşme hükmü haline

¹¹⁶² BORTOLOTTI, 174.

¹¹⁶³ BORTOLOTTI, 23; DAIGNEAULT, 11; GOODE vd., 5

¹¹⁶⁴ DEMİRKOL'un da belirttiği gibi, yabancı bir kelime olan '*incorporation*' terimi yerine 'dahil etme', 'içselleştirme', 'yerleştirme' gibi Türkçe terimlerin kullanılması da söz konusu olabilirdi. Ancak 'aktarım' kelimesi, terimin fonksiyonunu, zikredilen diğer alternatiflerden daha iyi yansıttığı için biz de bu terimi kullanmayı uygun bulduk. Bkz. DEMİRKOL, 72-73, dn. 258.

¹¹⁶⁵ The Law Dictionary, 2nd Ed., Erişim adresi: www.thelawdictionary.org, Erişim tarihi: 12.06.2015; EKŞİ, Nuray: *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında 'Incorporation' Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, 52.

¹¹⁶⁶ Kanunlar ihtilafı anlamında aktarım (*incorporation*) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Nuray: “Kanunlar İhtilafı Alanında “*Incorporation*””, *Prof.Dr.Aysel ÇELİKEL'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 19-20, Sayı 1-2, 1999-2000, İstanbul, 2001, 263-291.

¹¹⁶⁷ EKŞİ, (Incorporation), 263; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 64.

getirebileceği de genellikle kabul edilmektedir.¹¹⁶⁸ Ancak belirli bir ülkenin hukuk düzeni içerisinde yer almayan kurallara yetki tanınması, bunları sözleşme hükmü haline getirerek uygulanmasını temin etmesine rağmen, kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir hukuk seçimi değildir.¹¹⁶⁹

Bir grup kuralın sözleşmeye dahil edilmek istenmesi halinde, taraflar üç hususa açıklık getirmelidirler: İlk olarak, sözleşmeye dahil edilecek kurallar sözleşmenin sonuçlanmasından önce yapılmalıdır, ki sözleşmenin hangi andan itibaren yürürlüğe gireceği açıkça belirtilebilsin. İkinci olarak, sözleşmeye dahil edilmek istenen kuralların sözleşmesel etki doğuracak nitelikte kurallar olması gerekmektedir.¹¹⁷⁰ Son olarak, şayet sözleşme, taraflardan yalnızca birisince hazırlanmış ise sözleşme hükümlerini diğer sözleşmeci tarafın dikkatine sunmak için makul adımlar atılmalıdır.¹¹⁷¹

3.1.2. Standart Sözleşme Metinlerinin Kullanılması

Taraflar dilerlerse, (ICC, FIDIC gibi) uluslararası organizasyonlar tarafından hazırlanan model veya standart sözleşmeleri de kullanabilirler. Tarafların model sözleşmeleri kullanmaları avantajlı olabileceği gibi, dezavantajlı da olabilir. Şöyle ki; model sözleşmeler, ana konuyla ilgili kapsamlı bir bakış oluşturmaları, kilit noktaların tanımlanması, sözleşmeyle ilgili kullanışlı ipuçlarının edinilmesi, ortaya çıkabilecek sorunlara karşı muhtemel çözümlerin önerilmesi bağlamında gerçekten önemli ve faydalı bir araç olmasına rağmen, somut olaydaki özel durumlara ve tarafların özel ihtiyaçlarına uyarlanmaksızın kullanılması istenmeyen sonuçlara yol açabilir.¹¹⁷²

Özellikle model sözleşmede yer alan hükümlerle uygulanacak hukuk arasında çelişki bulunmamasına dikkat edilmelidir. Aksi halde kullanılan model sözleşme hiçbir boşluğa yer

¹¹⁶⁸ MCCARTNEY, Robert C.: "The Use of Choice of Law Clauses in International Commercial Contracts", *Wayne Law Review*, Vol.6, 1960, 340-379, 359; PERROTT, 10.

¹¹⁶⁹ HEIDEMANN, (Transnational), 22; ŞANLI, (Ticari Akitler), 53. Benzer yönde EKŞİ, (Incorporation), 266-268.

¹¹⁷⁰ MCKENDRICK, (Contract), 155.

¹¹⁷¹ MCKENDRICK, (Contract), 156.

¹¹⁷² BORTOLOTTI, 162; RIBEIRO, 4.

bırakmayacak mükemmellikte olsa dahi, uygulanacak hukuk bakımından anlamsız veya işlevsiz hükümlerin ortaya çıkması durumunda pratikte bir değeri olmayabilir.¹¹⁷³

Bununla birlikte, uygulamada birçok tacir, hukuki bir danışman olmaksızın sözleşme yapabilmektedir. Milletlerarası ticari sözleşmelerde mutlaka konunun uzmanı olan bir hukukçu veya avukata danışarak hazırlanması gerekir, ancak bu tür bir yardım almaksızın sözleşme hazırlanacaksa model sözleşmelerin kullanılması her halükarda riski en aza indirecektir.¹¹⁷⁴

3.2. SÖZLEŞME METNİNDE ÜSLUP VE DİL

Bazı yazarlar sözleşmenin mümkün olduğu kadar sade ve öz biçimde hazırlanması, hukuk terimlerinin yalnızca gerekli olduğunda ve belirsizliklerin önüne geçmek için kullanılması gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁷⁵ Yazarların burada sadelikten kastı, metnin basit şekilde hazırlanması anlamına gelmeyip, metnin okunması ve anlaşılmasını kolaylaştıran şekilde hazırlanmasıdır.¹¹⁷⁶ Bununla birlikte milletlerarası ticari sözleşmelerin boşluk bırakmayacak şekilde detaylı biçimde hazırlanması gerektiğinden, başka bir yazarın haklı olarak belirttiği gibi,¹¹⁷⁷ bir milletlerarası ticari sözleşmenin hem kısa hem de tüm detayları içerecek kadar kapsamlı olması mümkün değildir. Karmaşık hukuki işlemleri içeren sözleşmelerin çok basit biçimde hazırlanması imkansızdır. Ancak bu durum sözleşmenin dilinin gereksiz biçimde karmaşık hale getirilmesi ve muğlaklığa yer verilmesini de haklı kılmaz.¹¹⁷⁸

Sözleşmeyi hazırlarken, tarafların mümkün olduğu kadar kısa ve iyi tasarlanmış cümleler kullanmaları, kelimeleri dikkatlice seçmeleri ve pasif cümleler yerine aktif cümle yapılarını kullanmaları önerilmektedir.¹¹⁷⁹ Kelimelerin seçiminde terim birliğinin ve

¹¹⁷³ CORDERO-MOSS, 16-17.

¹¹⁷⁴ BORTOLOTTI, 162.

¹¹⁷⁵ Bkz. BERG, 28; BUTT, 102; FREY, 59; AITKEN, 3.

¹¹⁷⁶ BUTT, 102-104. Benzer yönde AITKEN, 3; RIBEIRO, 11.

¹¹⁷⁷ BORTOLOTTI, 153.

¹¹⁷⁸ BORTOLOTTI, 171.

¹¹⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. DAIGNEAULT, 15-30; FREY, 62; AITKEN, 5-6.

tutarlılığın da sağlanması gerekir.¹¹⁸⁰ Aynı hususu işaret eden kavramlar için mümkün olduğu ölçüde aynı kelime veya kelime grupları kullanılmalı ve her iki tarafın da kavramlara aynı anlamı yüklediklerinden emin olunmalıdır. Aksi halde sözleşmenin uygulanması aşamasında problemlerin ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Sözleşme ne şekilde hazırlanırsa hazırlansın en önemli husus, belirlilik veya bir diğer ifadeyle kesinliktir.¹¹⁸¹ Sözleşmede yer alan ifadelerin anlamının muğlaklık yaratmaması ve karışıklığa yol açmayacak türden ifadeler olması gerekir.¹¹⁸² Elbette bazı durumlarda genel veya muğlak kavramlara yer verilmesi kaçınılmaz olabilir. Bu halde söz konusu ifadeler, sözleşmenin ifası sırasında problem çıkarmayacak şekilde kaleme alınmalıdır. Buna karşılık fazla katı ifadelerin kullanılması veya sınırlamaların çok katı olması da müzakerelerde zorluk çıkarabilir. Özetle, gereken hususlarda çok katı ve sınırlayıcı ifadeler kullanılmayıp, esneklik yaratılması, ancak muğlak ifadelerin de belirli sınırlarda tutularak dengenin sağlanması gerekir.¹¹⁸³ Zira taraflar dışındaki kişiler –örneğin uyuşmazlık çıkması halinde uyuşmazlığı çözmekle görevli kişiler- taraflar arasındaki sözleşmenin oluşum sürecine şahit olmadıklarından, sadece önlerine koyulan metinden hareket edeceklerdir.¹¹⁸⁴

Üzerinde durulması gereken bir başka husus ise, münferit hükümler ne kadar iyi hazırlanırsa hazırlansın, bunların kendi içinde ve birbirleriyle tutarlı ve uyumlu olmasıdır. Özellikle sözleşme konusu hukuki işlemin uzun ve karmaşık olması durumunda; sözleşmenin düzenli ve planlı şekilde hazırlanması, birbirinden farklı durumların ayrılması, birbiriyle ilgili maddelerin uyumlu ve bağlantı kurulabilecek biçimde kaleme alınması gerekir.¹¹⁸⁵ Milletlerarası sözleşmeler hem tarafların haklarını sağlam biçimde korumak, hem de sözleşmenin tüm önemli detayları içermesini temin etmek amacıyla genellikle oldukça uzun ve karmaşık metinler şeklinde karşımıza çıkar. Ancak metnin uzunluğu,

¹¹⁸⁰ ROBINSON, Stanley: *Drafting, Its Application to Conveyancing and Commercial Documents*, Butterworths, London, 1980, 71; DAIGNEAULT, 32; FREY, 59; BUTT, 191; FOSTER, 61-62. Aynı yönde AITKEN, 18-19.

¹¹⁸¹ DAIGNEAULT, 30-31. Benzer yönde FREY, 56.

¹¹⁸² BUTT, 184; ROBINSON, 63 vd.; AITKEN, 37; RIBEIRO, 11-12; ÖZKAN, Ö., 8.

¹¹⁸³ BORTOLOTTI, 164.

¹¹⁸⁴ CHESLER, 37.

¹¹⁸⁵ BORTOLOTTI, 172.

muğlaklık ve karışıklık yaratabilmekte, hatta başlangıç aşamasında bile amaca zarar verici olabilmektedir.¹¹⁸⁶

Sözleşmede kullanılan dilin yanıltıcı olmaması ve muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmek isteniyorsa mümkün olduğunca açık bir dil kullanılması gerekir. Salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelerde, sözleşmede yer verilmesine dahi gerek görülmeyen hususlar veya kavramlar, milletlerarası sözleşmelerde en açık ve anlaşılır biçimde açıklanmalıdır.¹¹⁸⁷ Bu noktada ise teknik veya bilimsel bir dil değil, mümkün olduğu kadar sade bir dil kullanılmalıdır.¹¹⁸⁸ Ancak burada gereksiz şekilde kullanılan teknik dil ile belirli bir durumda özel bir anlam yüklenen terimleri (*terms of art*) birbirinden ayırmak gerekir, zira ikincisi (*term of art*) duruma özel ve teknik anlamı içerebilmektedir.¹¹⁸⁹

Son olarak, sözleşmede kullanılan bir takım kavramlara ‘tanımlar’ bölümünde yer verilmesi faydalı olacaktır. Kavramların veya ifadelerin ne anlama geldikleri, hangi hususlara yöneldikleri, kapsamları gibi konular yapılacak tanımlarla açıklığa kavuşturulursa, hem uyuşmazlıkların önüne geçilmesinde yardımcı olacaktır hem de uyuşmazlık çıktıktan sonra anlam kargaşası yaşanmasına engel olarak zamandan tasarruf sağlayacaktır.

Her halükarda eğer mümkünse, sözleşmenin birden fazla değil de, yalnızca tek bir dilde hazırlanması, dil sebebiyle ortaya çıkabilecek problemlerin önüne geçecektir.¹¹⁹⁰

3.3. MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE GENEL OLARAK YER ALAN MADDELER

Milletlerarası ticari sözleşmeler de diğer sözleşmelere benzer şekilde hazırlanır. Ancak elbette iç hukuku ilgilendiren ticari sözleşmelerden farklı olarak, milletlerarası ticaretin gerektirdiği birtakım özellikler bulunmaktadır. Milletlerarası ticari sözleşmeleri,

¹¹⁸⁶ FOX, 5; FREY, 56.

¹¹⁸⁷ FOX, 5; FREY, 56. Benzer yönde CHUAH, 28.

¹¹⁸⁸ ANDERSON/WARNER, 133; BUTT, 102 vd; ROBINSON, 75; FREY, 56; MEISELLES, 44; CHESLER, 37; AITKEN, 3.

¹¹⁸⁹ BUTT, 257; ROBINSON, 75.

¹¹⁹⁰ VRIES, Henry P. de: “Choice of Language in International Contracts”, *International Contracts: Choice of Law and Language*, Ed.: Willis L.M.REESE, Thirtieth Anniversary Symposium of the Parker School of Foreign and Comparative Law Columbia University, 8-9 Aralık 1961, Oceana Publications, 1962, 14-22, 22.

yalnızca iç hukuku ilgilendiren ticari sözleşmelerden ayıran unsurların en belirgin olanları sözleşmenin dili, uygulanacak hukuk ve uyumsuzluk çözüm yollarıdır.

Salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelerde taraflar her zaman sözleşmeyi tüm detaylarıyla düzenleme gereği duymayabilirler veya genellikle olduğu gibi yalnızca temel hususlara ilişkin düzenleme yapmakla yetinirler. Yalnızca iç hukuku ilgilendiren sözleşmelerde karşılaşılmayan bazı hukuki problemler, milletlerarası sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁹¹ Bu sebeple milletlerarası sözleşmeler, salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelere kıyasla daha az kesin ve daha az öngörülebilirlik taşıdığı için, taraflar birçok detayı kendileri düzenlemeyi tercih etmektedir.¹¹⁹²

Taraflar, genellikle uygulanacak hukuku belirlemeden sözleşmenin detaylarını düzenlemeye başlarlar.¹¹⁹³ Bu durum ise beklenmedik sorunlara yol açabilmektedir. Burada önemle belirtmemiz gereken husus, sözleşme hangi kapsamda ve ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, sözleşmede yer alacak hükümlerin uygulanacak hukukla çelişki içinde bulunmaması gereğidir. Aksi halde birçok problemle karşılaşılacaktır. Bunun önüne geçebilmek için sözleşme, hem boşluğa yer bırakmayacak şekilde detaylandırılmalı, hem de uygulanacak hukuk en başından belirlenerek sözleşmenin hazırlanması aşamasında uygulanacak hukukta yer alan düzenlemeler göz önünde bulundurulmalıdır.¹¹⁹⁴

Sözleşme metniyle ilgili önemli tartışmalardan birisi, sözleşmede yer alan ancak hukuki açıdan önemsiz açıklamaların sözleşmenin kapsamı içine girip girmediğidir. Milletlerarası ticari sözleşmelerde yer alan sözleşme şartları ile önemsiz hukuki açıklamaların birbirinden ayrılması gerekir. Metinde yer alan ifade, sözleşme hükümlerinden kabul edilirse doğrudan hukuken bağlayıcı bir sözleşme hükmü olarak kabul edilir. Şayet sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilmiyorsa, en kötü ihtimalde sözleşme

¹¹⁹¹ MEISELLES, 3; HEIDEMANN, (Transnational), 10; GRIFFIN, Bernardette: *The Law of International Trade*, Second Edition, Butterworths, 1993, 1.

¹¹⁹² BORTOLOTTI, 151.

¹¹⁹³ CORDERO-MOSS, 15.

¹¹⁹⁴ BORTOLOTTI, 151-152. Benzer yönde bkz. CORDERO-MOSS, 15.

hükümlerinin yorumlanmasında kullanılır. Bu sonuçlardan hangisinin tercih edildiğine bağlı olarak tarafların hak ve yükümlülüklerinde farklılık yaratılabilir.¹¹⁹⁵

Sözleşmenin hazırlanması, kısmen tarafların planladıkları biçimde şekillenirken, kısmen planlamadıkları hususlar da dahil olacağından, taraflar esnek davranmaya hazırlıklı olmalıdır.¹¹⁹⁶ Hazırlanacak sözleşmenin yapısı sözleşmeye konu olan mal veya hizmetten, tarafların kurumsal yapılarına kadar bir dizi değişkene bağlı olarak şekillenir. Bununla birlikte milletlerarası ticari sözleşmelerde karşımıza çıkan hükümlerin birçoğu büyük ölçüde standart hale gelmiştir.¹¹⁹⁷ Milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmeler genellikle aşağıdaki çerçevede şekillenir:¹¹⁹⁸

Başlık ve sözleşmenin tanımlanması; sözleşmenin yapıldığı tarih ve yer, taraflarının kimlikleri, hukuki statüleri, adresleri ile üstlenilmek istenen yükümlülüğün tanımlandığı giriş bölümü (*preamble*) ve/veya beyanlar (*recitals*); başlıklar ve alt başlıkları içeren içindekiler bölümü; tanımlar¹¹⁹⁹, sözleşmenin dili, sözleşmenin yürütülmesine ilişkin maddeler; sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin madde; mücbir sebep, zaruret hali gibi ifayı geciktiren veya engelleyen haller, cezai şart, sigorta, garanti, ihbar ve ihtarlar; uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme; kapanış ve tarafların imzası; ekler.

¹¹⁹⁵ Sözleşme şartları ile sözleşmede bulunan önemsiz hukuki açıklamalar arasındaki zararın hangi oranda karşılanacağı, sözleşmenin feshedilebilirliği gibi konularla doğrudan ilgilidir. Örneğin şayet yapılan beyan sözleşme hükmü ise, bunun ihlal edilmesinin sonucu genellikle zarar gören tarafın zararının karşılanması şeklinde ortaya çıkacaktır. Buna karşılık beyan yalnızca önemli hukuki açıklamalardan ibaret ise zararın tazmini muhtemelen söz konusu olmaz. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MCKENDRICK, (Contract), 147. Sözleşme metnine dahil olup olmadığı tartışılan konuların başında madde başlıkları gelmektedir. Madde başlıkları sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilecek midir? Özellikle Anglo-Amerikan hukuklarında, sözleşme maddeleri başlıklandırılmakta ve başlıkların uygun olduğu takdirde kullanılacağına ilişkin hükme yer verilmektedir. Başlıklara yer verilmesi genellikle sözleşmede maddelerin yerinin kolaylıkla bulunması amacıyla yapılır ve sözleşmeyi düzenleyenlerin çoğu, başlıkların yorumlamada kullanılmasını amaçlamazlar. Bkz. DE LY, Filip: "Commercial Law as A Refugee from Contract Law: A Comparative and Uniform Law Perspective", *The Wayne Law Review*, Vol. 45, 1999-2000, 1825-1863, 1959-1960. Bu tür problemler, elbette uyumsuzluğu çözen merciin değerlendirmesine göre çözülecektir.

¹¹⁹⁶ Benzer yönde bkz. MACNEIL, 656.

¹¹⁹⁷ DE LY, Filip: "Law and Practice of Drafting International Contracts", *International Business Law Journal*, Vol.3/4, 2002, 461-473, 462.

¹¹⁹⁸ DIMATTEO, 43; ANDERSON/WARNER, 25, 27-28; MELEMEN, 38-41; BERMAN/KAUFMAN, 231; FOX, 116-122.

¹¹⁹⁹ Tanımlar bölümü sözleşmenin esas hükümler kısmında bulunabileceği gibi, giriş (*recitals*) kısmında da bulunabilir.

Farklı konulardaki sözleşmeler bu çerçevede hazırlanmasına rağmen, içerikleri birçok etkene bağlı olarak değişiklik gösterir. Bu farklılığın birincil sebebi, elbette sözleşmenin türüdür. Örneğin ithalat, lisans, teknoloji transferi, uzun dönemli tedarik, dağıtım, inşaat sözleşmelerinin herbirinin yapısı diğerinden farklıdır. Tarafların tek edimlik veya tekrar eden edimlerden oluşan sözleşmeyi amaçlamaları ise sözleşmenin yapısını ilgilendiren ikinci etkendir.¹²⁰⁰

Çalışmanın bu bölümünde incelenecek olan hükümler milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmelerin genellikle büyük çoğunluğunda yer alan veya yer alması gereken asgari hükümlerdir. Bir sözleşmenin fiilen hazırlandığı süreçte, somut olayın özelliklerine göre ilerleyen kısımda inceleyeceğimiz hükümlerin sayısı ve kapsamı farklılaşacaktır. Sözleşmeyi hazırlarken göz önünde bulundurulması gereken en önemli hususlardan birisi, sözleşmeyi hazırlarken taraflar dışındaki üçüncü kişilerde tereddüte mahal bırakmayacak şekilde, belirsizliğe yer vermeyen nitelikte hazırlanmasıdır. Zira sözleşme hazırlandıktan sonra, taraflarca değil, (özellikle uyuşmazlık çıkması halinde) hakem, hakim gibi üçüncü kişiler tarafından incelenecektir. Sözleşmeyi sonradan inceleyen bu kişiler, sözleşmenin hazırlanma sürecini ve o anki koşulları bilemeyeceğinden, ellerindeki yazılı sözleşmeye ve bunların eki niteliğinde olan belgelere dayanarak karar vereceklerdir.¹²⁰¹

3.3.1. Sözleşmenin Giriş Bölümü (*Preamble/Recital*)

Hemen tüm milletlerarası anlaşmalar, Avrupa Birliği düzenlenmeleri, birçok ülkenin anayasası ve mahkeme kararları 'giriş' bölümü ile başlar.¹²⁰² Buna karşılık, özel olarak milletlerarası ticari sözleşmeleri düzenleyen metinler için böyle bir genelleme yapmak mümkün değildir. Milletlerarası ticarete kullanılan standart veya model sözleşmelerin bir kısmında giriş bölümü yer alırken, bir kısmında bu bölüme yer verilmemiştir. Örneğin; FIDIC sözleşmelerinde¹²⁰³ çok kısa şekilde giriş bölümüne yer verilirken, ICC'nin hazırladığı model

¹²⁰⁰ DIMATTEO, 52; BORTOLOTTI, 151.

¹²⁰¹ FOX, 112, 114; BORTOLOTTI, 171.

¹²⁰² Bu metinlerde yer verilen 'başlangıç' bölümü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 80-87.

¹²⁰³ Örnekler için bkz. Conditions of Contract for Construction (new Red book), Luusanne, FIDIC, 1999; Conditions of Contract for Plant and DesignBuilding (new orange/ellow book), Lausanne, FIDIC, 1999.

sözleşmelerde giriş bölümü yer almamaktadır.¹²⁰⁴ Yine de milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmelerin önemli kısmı giriş (*recitals*) kısmı ile başlar.¹²⁰⁵ Bununla birlikte giriş kısmının bulunması bir zorunluluk olmadığı gibi,¹²⁰⁶ basit ticari sözleşmelerde bu kısım genellikle bulunmaz.¹²⁰⁷ Taraflar bu kısımda sözleşmenin esas bölümüne geçmeden önce sözleşmeyi hazırlayan altyapıya ve kullanışlı olabilecek birtakım beyanlara yer verirler. Örneğin müzakere aşamasıyla ilgili bilgiler, tarafların sözleşmeyi imzalamadan önce yaptıkları hazırlıklar, taraflar arasındaki (ve varsa) üçüncü kişilerle ilişkiler, diğer sözleşmelerle ilişkiler veya diğer sözleşmelere etkisi vb. hususlar bu kısımda belirtilebilir.¹²⁰⁸

3.3.1.1. Şekli ve Kapsamı

Giriş bölümünün belirli bir şekli yoktur. Sözleşmede giriş bölümü yer alabilir veya almayabilir.¹²⁰⁹ Yer verildiği takdirde genellikle sözleşmenin başlığından hemen sonra ve sözleşmenin esas kısmından önce bu bölüme yer verildiği görülmektedir.¹²¹⁰ Sözleşmenin asıl kısmından bağımsız olarak sözleşmede yer almasını istedikleri veya açıklık getirmek istedikleri hususlar belirtilir. Normal şartlarda bu kısımda, tarafların yükümlülüklerinden bağımsız olarak ortaya koymak istedikleri açıklamalara yer verilir.¹²¹¹ Sözleşmelerde bu kısım giriş bölümü (*preamble*) olarak adlandırılabilceği gibi, bazı sözleşmelerde beyanlar (*recitals*), mukaddime/önsöz (*preliminary*), arka plan (*background*), anlaşıldığı/görüldüğü üzere (*witnesseth*) gibi isimler verildiği de görülmektedir.¹²¹²

Giriş bölümüne yer verilmesinin spesifik bir amacı yoktur. Taraflar bir veya daha fazla nedenle giriş bölümüne yer verebilirler.¹²¹³ Hangi nedenle hazırlanırsa hazırlansın, iyi

¹²⁰⁴ FONTAINE/DE LY, 61. Örneğin ICC Commercial Agency Contract (ICC Publication No: 49) ve ICC Model Distributorship Contract (ICC Publication No: 518)'de bu kısma yer verilmemiştir. Buna karşılık nadiren de olsa bazı model sözleşmelerde giriş kısmına yer verildiği görülmektedir. Örneğin ICC Model Confidentiality Agreement (ICC Publication No: 664) da giriş bölümü yer almaktadır.

¹²⁰⁵ BORTOLOTTI, 172; FONTAINE/DE LY, 59; DE LY, (Commercial), 1859.

¹²⁰⁶ DAIGNEAULT, 61.

¹²⁰⁷ MEISELLES, 52.

¹²⁰⁸ ANDERSON/WARNER, 37; BERG, 1; BUTT, 231; FONTAINE/DE LY, 59; MEISELLES, 52; DE LY, (Commercial), 1859.

¹²⁰⁹ ANDERSON/WARNER, 25; BERG, 1.

¹²¹⁰ MEISELLES, 52.

¹²¹¹ BORTOLOTTI, 172; DAIGNEAULT, 61; RIBEIRO, 39.

¹²¹² FONTAINE/DE LY, 62; MEISELLES, 53.

¹²¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. BUTT, 234; FONTAINE/DE LY, 79-80.

düzenlenmiş bir giriş kısmı, sözleşmenin genel hatları hakkında fikir vermek için faydalı olacaktır. Giriş bölümünde genellikle taraflar bazı özelliklerini belirterek kendilerini tanıtır, sözleşmenin amacı, sözleşmeyi yapmalarının sebepleri, sözleşmenin ortaya çıkmasına yol açan ve sözleşmeyi çevreleyen hal ve şartlar, taraflar arasında başka sözleşmeler varsa bu sözleşmelerle olan ilişki, müzakere aşamasına ilişkin bilgi ve kayıtlar, sözleşme ilişkisine girmeden önce karşı tarafın bilmesi gereken hususlara ilişkin beyanlara yer verilebilir.¹²¹⁴ Bunun dışında tarafların asıl edim yükümlülüğünün ne olduğunu açıkça belirten bir ifadeye de yer verildiği görülmektedir.¹²¹⁵ Bazı sözleşmelerde tanımlar da başlangıç bölümünde yer almaktadır. Ancak kanaatimizce tanımların da giriş değil, sözleşmenin asıl kısmında ayrı bir madde olarak düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

3.3.1.2. Hukuki Değeri

Giriş bölümü, tarafların sözleşme yapmak konusunda anlaştıklarını belirten sözleşme eşliğidir. Tarafların yapacakları sözleşmeyle ilgili bazı hususları açıklamak ihtiyacından doğan bu kısma etki tanınmaması, sözleşme müzakerelerinin bile etkisinin kabul edildiği günümüzde bir tutarsızlık oluşturacaktır.¹²¹⁶

Giriş bölümünün hukuki değeri ve ne şekilde etki tanınacağı, sözleşmeye uygulanacak hukukla yakından ilgilidir. Sözleşmeye uygulanması kararlaştırılan hukukta, bu bölüme hukuki etki tanınmışsa giriş bölümü de sözleşmeye dahil olabilir. Bu kısmın hukuki değeri hakkında karar vermek her zaman kolay değildir, zira bu husus uygulanacak hukuk ve diğer hususlarla yakından ilgilidir. Hukuk sistemleri ise sözleşmenin giriş kısmına herhangi bir hukuki değer atfedilip atfedilmeyeceği konusunda farklı düzenlemelere sahiptir. Bu nedenle taraflar başlangıç kısmında yer alan bazı hususlara hukuki etki tanımak istiyorlarsa, bu hususları bir şekilde sözleşmenin esas kısmına dahil etmeleri yerinde olacaktır.¹²¹⁷ Aksi

¹²¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ANDERSON/WARNER, 37-39; FONTAINE/DE LY, 63-79; MEISELLES, 52-53; RIBEIRO, 39-40. Bu bölümde bazen taraflar fikri mülkiyet haklarına da atıfta bulunurlar. Bkz. FONTAINE/DE LY, 75. Ancak kanaatimizce fikri mülkiyete ilişkin konular, sözleşmenin asıl metninde ayrı bir madde oluşturularak çözümlenmelidir.

¹²¹⁵ FONTAINE/DE LY, 76.

¹²¹⁶ FONTAINE/DE LY, 60.

¹²¹⁷ BORTOLOTTI, 173; FONTAINE/DE LY, 90.

halde, bu kısımda taraflara hukuki yükümlülükler getiren ifadelerin kullanılmaması gerekir.¹²¹⁸

Bunun dışında bu bölüme ne şekilde etki tanınacağı yargılamanın yapıldığı yerde geçerli olan kurallara da bağlıdır. Bu bölümün bağlayıcı olup olmayacağı veya yorumda kullanılıp kullanılmayacağına yargılamayı yapan ülke hakimi karar verecektir.¹²¹⁹

3.3.1.3. Etkisi

Giriş bölümü esasen taraflar için hak ve yükümlülükler getirmeyi amaçlamayıp, yalnızca sözleşmenin altyapısına ilişkin bilgi sağlama amacıyla hazırlanır. Bu bölümde belirtilen hususlar, kural olarak sözleşmenin esas hükümler kısmını oluşturan maddeler gibi bağlayıcı değildir. Bununla birlikte bazı yazarlar, ‘giriş’ bölümünün taraflara hem yükümlülük getiren hem de getirmeyen hükümlerden oluşabileceğini, uygulamada da genellikle bu şekilde karma bir yapı sergilediğini belirtmektedir.¹²²⁰ Giriş bölümünün içerebileceği hukuki etkileri şu şekilde özetleyebiliriz:¹²²¹

İlk olarak giriş bölümü –özellikle uyuşmazlık çıkması halinde- sözleşmenin yorumlanması amacıyla kullanılabilir.¹²²² Özellikle sözleşmenin esas kısmındaki hükümlerin muğlak olması ve başlangıç kısmındaki ifadenin net olması gibi durumlarda, bu bölümdeki açık ifadeler muğlaklığın giderilmesinde kullanılır.¹²²³ Elbette bu bölümün, sözleşmenin yorumda kullanılıp kullanılmayacağı uygulanacak hukuka göre belirlenir.¹²²⁴ Birçok hukuk sisteminde tarafların iradelerine uygun olarak sözleşmenin yorumlanması kabul edildiği hesaba katılırsa, tarafların niyetinin giriş kısmında yer alan ifadelerden çıkarılabileceği söylenebilir.¹²²⁵ Böylece giriş kısmı, dolaylı olarak sözleşmeyi etkileyebilecektir. Bu bölümde yer alan beyanlar, sözleşmenin geçersizliğine bile sebebiyet

¹²¹⁸ CHESLER, 37.

¹²¹⁹ DAIGNEAULT, 61; RIBEIRO, 39.

¹²²⁰ ANDERSON/WARNER, 37; BORTOLOTTI, 172; DAIGNEAULT, 61; CHESLER, 36.

¹²²¹ FONTAINE/DE LY, 88.

¹²²² BORTOLOTTI, 172; DAIGNEAULT, 61; ROBINSON, 85; FONTAINE/DE LY, 88-90; CHESLER, 36-37; RIBEIRO, 40.

¹²²³ BUTT, 234; ROBINSON, 86; CHESLER, 36-37.

¹²²⁴ DAIGNEAULT, 61.

¹²²⁵ FONTAINE/DE LY, 88; CHESLER, 36.

verebilir. Örneğin; sözleşmenin iradedeki bir sakatlık sebebiyle geçersiz olduğunu iddia eden tarafın, sözleşmenin yapıldığı anda sözleşmeyle ilgili tüm hususlara vakıf olduğu ve dolayısıyla bu tür bir iddianın gerçek olamayacağı iddiasını destekleyebilir.¹²²⁶ Ayrıca tarafların sahip olduğu veya olmadığı belirli bir nitelik veya becerinin tanımlanması, tarafların yükümlülüklerinin yorumlanma biçimini etkileyebilir ve sözleşmenin herhangi bir şekilde ihlali halinde sorumluluklarını genişletebilir yahut daraltabilir. Benzer şekilde, sözleşmenin müzakere aşamasında hazırlanan belgelerin listelenmesi, bu belgelerin hukuki statüsünün belirlenmesi uygulanacak hukuk izin verdiği takdirde tarafların gerçek iradesinin tespitinde kullanılabilir.¹²²⁷ Yine aynı şekilde hakim veya hakemler, bu kısımdaki bilgileri, olguları veya tarafların niyetini açıklamak için kullanarak belirsizliği azaltabilir.¹²²⁸

İkinci olarak, bazı hallerde sözleşmenin yapıldığı andaki şartların giriş kısmında tanımlanması, ilerleyen zamanda şartlarda bir değişiklik olması halinde sözleşmenin tadiline imkan verebilmektedir. Sözleşmenin yapıldığı tarihte var olan şartların öngörülme veya beklenmedik biçimde değişmesi durumu için hukuk sistemleri sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için farklı çözüm yolları öngörmüşlerdir ve sözleşmenin tadili veya benzer çözüm mekanizmalarında, sözleşmenin yapıldığı tarihteki şartlara atıf yapılmıştır.¹²²⁹ Dolayısıyla giriş bölümünde şartların iyi biçimde tanımlanması, sözleşmenin tadili veya benzer bir mekanizmanın işletilebilmesi için gerekli şartların oluşup oluşmadığının tespitine imkan verecektir.

Üçüncü olarak giriş kısmı, istisnai de olsa sözleşmeye dayanan hak ve yükümlülükler içerebilir. Örneğin, hazırlanan sözleşmenin yürürlüğe girmesi ile taraflar arasındaki önceki sözleşmenin sona ereceği, coğrafi alan veya yetkili kişi gibi sözleşmenin kapsamının sınırlanması, bedelin ne şekilde hesaplanacağı, üçüncü kişilerin yükümlülükleri gibi birçok hususa yer verilebilir.¹²³⁰

¹²²⁶ BORTOLOTTI, 172; FONTAINE/DE LY, 91.

¹²²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 93-95.

¹²²⁸ DE LY, (Commercial), 1859.

¹²²⁹ FONTAINE/DE LY, 92.

¹²³⁰ FONTAINE/DE LY, 96.

Yine bu kısımda ilgili diğer sözleşmelere veya üçüncü kişilere atıfta bulunarak, diğer sözleşmeler veya üçüncü kişilerle hukuki irtibat kurulabilir. Bu gibi hallerde bazı beyanların, muvazaa iddialarına veya üçüncü kişinin taleplerine temel olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Nihayet bir tarafın bu kısımda verdiği bilgiler, bu bilgilerle çelişen bir davranış biçimi sergilemekten alıkoymak amacıyla kullanılabilir.¹²³¹ Elbette bu etki hukuki olmaktan ziyade ahlaki niteliktedir.

3.3.2. Sözleşmenin Başlangıç Bölümü (*Introduction*)

3.3.2.1. Sözleşmenin Başlığı

Sözleşmenin başlığı, tarafların adım attıkları hukuki ilişkinin türünü belirtir. Başlıklar genellikle yalnızca sözleşmenin türüne işaret eden bir ibare ile belirtilmesine rağmen, tarafların aynı türde birden çok sözleşme yapmaları halinde bu sözleşmeleri birbirinden ayırt etmek için bazı ayırıcı ibareler ekledikleri de görülmektedir.¹²³²

3.3.2.2. Yer ve Zaman

Sözleşmede, sözleşmenin imzalandığı tarihe mutlaka yer verilmelidir. Şayet taraflar farklı tarihlerde imzalamışlarsa en son imzalandığı tarihe yer verilmelidir. Sözleşme taraflar arasında değiştirilmek üzere iki veya daha fazla bölüm olarak imzalanmışsa bu durumda tarafların değişim yaptıkları tarihin belirtilmesi gerekir.¹²³³

Sözleşmenin imza tarihinin belirtilmesi hem hukuken bağlayıcılığı olan sözleşmeyi kabul ettikleri tarih olarak ispat hukuku ve pratik gerekçelerle önem taşır, hem de sona erme tarihi, teslim tarihi, ödeme tarihi, tarafların hak ve yükümlülüklerinin başlangıcının belirlenmesi, diğer sürelerin hesaplanması gibi bazı tarihlerin hesaplanmasında

¹²³¹ FONTAINE/DE LY, 88.

¹²³² ANDERSON/WARNER, 28.

¹²³³ BERG, 5-6; ANDERSON/WARNER, 29.

kullanılabilir. Ayrıca benzer konularda yapılmış sözleşmeleri birbirinden ayırmak veya başka amaçlarla imza tarihine atıfta bulunularak anılır.¹²³⁴

Sözleşmenin tarih ve yere ilişkin maddesinin belirli bir şekli yoktur. Tarihe ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan birisi, imza tarihi ve yürürlük tarihinin birbirine karıştırılmaması gereğidir. Sözleşmenin yürürlük tarihinin imza tarihinden farklı olması halinde bu ayırım belirtilmelidir. Sözleşmelerde genellikle yürürlük tarihi ayrı bir hüküm olarak belirtilmektedir.¹²³⁵ Taraflar yürürlük tarihini belirtmemişlerse, bazı yazarlar sözleşmenin imza tarihinin aynı zamanda sözleşmenin yürürlük tarihi olarak kabul edileceğini belirtmektedir.¹²³⁶ Bu yaklaşım hazırlar arasında kurulan sözleşmelerde doğru bir yaklaşım olmasına rağmen, hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerin bir kısmında tarafların sözleşmeyi aynı anda imza etmediği gözden kaçmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce imza tarihi değil, 'sözleşmenin kurulduğu tarih'in bu noktada dikkate alınmalıdır.¹²³⁷ Bu halde sözleşmenin kurulduğu tarihte sözleşmenin yürürlüğe girdiği, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı kabul edilir.¹²³⁸

Sözleşmede yer verilen tarihin kısaltma yapılmadan bütünüyle yazılması ve ay ve gün yazımı ülkeden ülkeye farklılık gösterebildiğinden, karışıklığa meydan vermemek için ay isimlerinin numeritik olarak değil, isim olarak yer alması faydalı olacaktır.¹²³⁹ Ayrıca sözleşmenin yapıldığı yerin de belirtilmesi önemlidir. Tarih ve saat farklılıklarının söz konusu olduğu hallerde, tarihin belirlenmesi, sözleşmenin yapıldığı yere bağlı olabilir. Tarihle birlikte yerin de yazılması durumunda tarih yazımındaki sıralamanın bazı ülkelerde farklılık göstermesi veya ülkeden ülkeye değişebilen takvim uygulamaları sebebiyle ortaya çıkabilecek problemlerin önüne geçilecektir.

¹²³⁴ ANDERSON/WARNER, 30; MEISELLES, 50.

¹²³⁵ ANDERSON/WARNER, 31.

¹²³⁶ Bkz. MEISELLES, 50.

¹²³⁷ Sözleşmenin kurulduğu an ile ilgili olarak bkz. Birinci Bölüm, 2.3.3.2. Tarafların Sözleşme Yapma Yönünde İradelerinin Bulunması.

¹²³⁸ DOĞAN, (Akreditif), 123.

¹²³⁹ ANDERSON/WARNER, 30-31; KEMER, 119; ÖZKAN, Ö., 9.

3.3.2.3. Sözleşmenin Tarafları

Sözleşme, onu imzalayan taraflar açısından bağlayıcıdır ve bu nedenle tarafların kimlikleri tereddüt yaratmayacak şekilde sözleşmede belirtilmelidir.¹²⁴⁰ Tarafların kimlikleri belirtilirken tarafların adres ve iletişim bilgilerine de yer verilmesi gerekir.

3.3.2.3.1. Tarafların Kimlikleri

Gerçek kişilerde ad ve soyad, tüzel kişilerde ise adı, açık ticari unvanı ve şirketin türü belirtilmelidir.¹²⁴¹ Tarafların kimlikleri açık bir şekilde, kısaltma yapılmadan tümüyle ve mümkünse hukuki statüsünü de belirtecek şekilde yazılmalıdır.¹²⁴² Sözleşmenin tümünde tarafların adı kısaltma ile kullanılacaksa, kısaltmanın açılımına bu bölümde mutlaka yer verilmesi gerekir.¹²⁴³ Bununla birlikte uygulamada, tarafları işaret etmek üzere kullanılan kısaltmaların açılımına, zaman zaman tanımlar maddesinde de yer verildiği görülmektedir.

Sözleşme tarafının tüzel kişi olması halinde şirketin adı, şirketin türü, bağlı ortaklıklar varsa bunlara ilişkin bilgilere de yer verilmelidir.¹²⁴⁴ Tarafların bir şirketler grubunun parçası olması halinde, şirketler grubunun sözleşmenin tarafı olup olmadığı belirtilmelidir. Özellikle milletlerarası ticari sözleşmelerde, tarafların tabiiyetinin de belirtilmesi faydalıdır.¹²⁴⁵

Taraflar arasında şirket varsa, şirketin ticaret sicilinden alınmış ana sözleşmesine bakılarak şirketin kimlik bilgilerinin doğruluğu teyit edilmeli, ana faaliyet konusu, şubelerin bulunup bulunmadığı, ticari temsilciden temsil yetkisi ve imza sirküleri, şayet ticari temsilci yerine vekil, acente, avukat aracılığıyla sözleşme hazırlanıp imzalanacaksa bu kişilerin yetki belgeleri istenmelidir.¹²⁴⁶

¹²⁴⁰ KEMER, 119; MEISELLES, 50.

¹²⁴¹ ÖZKAN, Ö., 9.

¹²⁴² ANDERSON/WARNER, 32-33.

¹²⁴³ MEISELLES, 51.

¹²⁴⁴ Bağlı ortaklıklara yer verilmesi şart olmamakla birlikte, özellikle şirketin bazı hükümler bakımından yükümlülüklerinin kapsamının çizilmesinde, tarafların ekonomik ve ticari kapasitelerinin belirlenmesi ve anlaşılması açısından faydalı olabilir.

¹²⁴⁵ ANDERSON/WARNER, 33-35; MEISELLES, 50-51.

¹²⁴⁶ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 5-6.

Şayet sözleşmenin hazırlanması ve imzalanması aşamasında sözleşmenin tarafı olan kişi yerine vekili, temsilcisi, acentesi gelmişse vekaletname, acentelik, temsil sözleşmesine bakılmalı ve arada bu tür bir ilişki bulunup bulunmadığı, bu ilişkinin kapsamı, bu kişilerin yetkisinin yalnızca müzakere ile sınırlı olup olmadığı, imzaya yetkili olup olmadığı, imza yetkisi varsa bunun miktar, konu veya coğrafi olarak sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı gibi hususların araştırılması gerekir.¹²⁴⁷

3.3.2.3.2. Tarafların Adres ve İletişim Bilgileri

Adresin yer alması, özellikle yapılacak ihbar ve bildirimlerde önem taşır.¹²⁴⁸ Sözleşmede aksi yönde bir hüküm olmadıkça, adres kısmında belirtilen adresler, sözleşme taraflarının malları ve ödemeyi alacakları, ticari işlemlerle ilgili ihbar ve bildirimlerin yapılacağı adreslerdir.¹²⁴⁹ Adreslerin sözleşmenin giriş kısmında yer alması şart değildir. İhbar ve ihtarlar kısmında da bunların yapılacağı adreslere yer verilebilir.

Tarafların bir tek iş yeri varsa sözleşmede bu adres yer alır. Ancak tarafların birden fazla iş yeri, işletmesi veya iş merkezi olması durumunda hangi adresin sözleşmede esas alınacağı belirlenmelidir. Kural olarak milletlerarası ticaretle ilgilenen kişiler söz konusu olduğunda genellikle kayıtlı adres (*registered office*) veya ana iş yerinin (*principal office*) adresine yer verilir.¹²⁵⁰ Yabancı şirketler söz konusu olduğunda şirketin idare merkezine (*principal office*) yer verilmesi de uygun olacaktır. Tarafların birden fazla adresine yer verilmiş ve hangisi ile yazışmaların yapılacağı belirtilmemişse, kural olarak kayıtlı adres veya idare merkezi ile yazışmaların yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

3.3.2.4. Sözleşmenin Süresi

Sözleşmenin süresi belirtilirken, açıkça sözleşmenin yürürlüğe giriş tarihi ve sona erme tarihleri belirtilmelidir. Bu belirtme, gerekirse sözleşmenin 'tanımlar' kısmında yapılabilir.

¹²⁴⁷ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 5.

¹²⁴⁸ ANDERSON/WARNER, 33.

¹²⁴⁹ KEMER, 119.

¹²⁵⁰ ANDERSON/WARNER, 33; KEMER, 119.

Milletlerarası ticari sözleşmelerde genellikle imza, yürürlük, ifa tarihi gibi birden fazla tarih yer alır. Sözleşmede yer alan bu tarihlere, ilgili maddelerde (örneğin ifaya ilişkin tarihler, sözleşmenin ifasına ilişkin maddelerde) yer verilebilir. Ancak hukuken geçerli olduğu sürenin net olarak belirlenmesi için sözleşmenin yürürlük tarihinin ayrı bir madde ile düzenlenmesi uygun olacaktır.¹²⁵¹ Taraflar sözleşmenin, kabul ettikleri tarihten sonraki bir tarihte yürürlüğe girmesini istiyorlarsa ve sözleşmenin yürütülmesi kamu otoritelerinden izin alınması gibi tarafların kontrolü dışındaki birtakım olaylara bağlı ise sözleşmenin belirli bir tarihte yürürlüğe gireceğine ilişkin maddeler problem yaratabilmektedir. Bu nedenle, şayet taraflar dışında bir durumun gerçekleşmesi ile sözleşmenin yürütülmesi mümkün olacaksa, belirli bir yürürlük tarihi vermek yerine, ilgili şartlar belirtilerek, sayılan şartların sağlanmasıyla yürürlüğe gireceğinin belirtilmesi daha uygun olacaktır.¹²⁵²

Tarihlerin gün, ay ve yıl olarak belirlenmesi önemlidir. Şayet ‘hafta, ay, yıl’ gibi ifadeler kullanılıyorsa, bu ifadelerin ne kadar süreye işaret ettiği kesin bir dille belirtilmelidir. Örneğin sözleşmede yer alan ‘3 ay’ ifadesi ayın belirli bir gününde başlayıp, 3 ay sonra yine aynı tarihe tekabül eden zamanı mı belirtmektedir, yoksa 90 günlük bir zaman dilimini mi belirtmektedir? Bu tür belirlemelerin yapılması, özellikle teslim, ödeme tarihi gibi sözleşmenin esaslı noktalarını oluşturan tarihlerin hesaplanmasında önem kazanacaktır. Bu durum ise tarafların sorumluluklarını doğrudan etkileyecektir.

3.3.3. Tanımlar Maddesi

En basit sözleşmelerde genellikle sözleşmenin yürütülmesine ilişkin ilk madde, tanımlar maddesi olmaktadır.¹²⁵³ Genellikle sözleşmenin başlangıcında belirli kavramların tanımlanması, sözleşmenin hazırlanmasını kolaylaştırdığı gibi, ilgili maddelerde tanımların tekrarından kaçınmak suretiyle sözleşme metninin ksalmasını da sağlamaktadır.¹²⁵⁴ Daha

¹²⁵¹ DIMATTEO, 43.

¹²⁵² BORTOLOTTI, 205.

¹²⁵³ BERG, 2.

¹²⁵⁴ ROBINSON, 56-57; BORTOLOTTI, 173; MEISELLES, 43; AITKEN, 43-45.

da önemlisi, ileride ilgili kavramları yorumlayacak olan hakim gibi kişilerin değerlendirmelerine belirlilik ve öngörülebilirlik kazandırmaktadır.¹²⁵⁵

Sözleşmelerin tanımlar maddesi, sözleşmenin yorumlanması ile doğrudan ilgilidir. Milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar büyük ölçüde bir madde, kelime grubu ve kelimenin anlamı veya yorumlanmasında anlaşmazlığa düşülmesine dayanmaktadır.¹²⁵⁶ Milletlerarası sözleşme taraflarının genellikle farklı ülkelerde ve farklı kültürel çevrelerde bulunduklarını unutmamak gerekir. Her ne kadar dünyada ticaretin küreselleşmesinden söz ediliyor olsa da, farklı kültürlerin yaptıkları işlere bakışı da farklıdır. Bu durum ise doğal olarak işi gerçekleştirme biçiminden, kelimelere yüklediklere anlamlara kadar birçok farklılığa sebep olur. Örneğin Asyalı işadamları için bir sözleşmenin yapılması, bir sözleşme ilişkisinin başlangıcı yanında sosyal bir ilişkinin de başlangıcı olarak görülmekte iken, bazı kültürlerde sözleşmenin yapılması bir başlangıç değil aksine edimin bütünüyle ifasını garantiye alan son nokta olarak görülmektedir.¹²⁵⁷ Bu gibi hususlar dikkate alındığında, tarafların salt bazı kavramlar veya terimler üzerinde uzlaşmış olmalarının da en az sözleşme hükümleri üzerinde uzlaşmaları kadar önemli olduğu söylenebilir. Buna ek olarak milletlerarası ticarette, taraflar arasında yalnızca kültürel farklılıklar değil, aynı zamanda dil farklılığı da bulunmaktadır. Kaldı ki, sözleşme tek dilde hazırlansa dahi bir kelime birden fazla anlama gelebilir. Bunlar yanında taraflar, sözleşme çerçevesinde kelimenin sözlük anlamı dışında belirli bir anlam taşıyacağı konusunda anlaşmış olabilirler ki, tarafların bu şekilde bir ifadeye istedikleri anlamı vermesi mümkündür. Tarafların sözleşmede kullanılan kavramın hangi hususları kapsadığını, hangilerini dışarıda bıraktığını belirtmek için de tanımlar maddesi kullanılabilir.¹²⁵⁸ Bütün bu sebeplerden ötürü olası yanlış anlamaları ve ihtilafları önlemek için sözleşmede 'tanımlar' maddesine yer verilmesi isabetli olacaktır. Açıklanan nedenlerle, milletlerarası sözleşmelerde tanımlar maddesini kapsamlı şekilde hazırlama eğilimi gittikçe artmaktadır.¹²⁵⁹

¹²⁵⁵ DE LY, (Commercial), 1860.

¹²⁵⁶ DIMATTEO, 60; ŞANLI, (Ticari Akitler), 57.

¹²⁵⁷ DIMATTEO, 10.

¹²⁵⁸ CHESLER, 37; ROBINSON, 58; AITKEN, 45.

¹²⁵⁹ BUTT, 207; FONTAINE/DE LY, 156.

3.3.3.1. Şekli

Tanımlar maddesinin belirli bir şekli yoktur. Tanımlanan kavramlar genellikle alfabetik olarak sıralanır. Ancak sözleşmede ortaya çıkış sırasına göre yer verilmesi de mümkündür.¹²⁶⁰

Tanımlanan kavramla ilgili durumlar tahdidi biçimde sayılabileceği gibi, örnekleme biçiminde de belirtilebilir. Şayet örnek kabilinden durumlara yer verilmişse ‘ve benzeri’ gibi bir ifadenin bulunması, muhtemel karışıklıkların önüne geçecektir.¹²⁶¹

Tanımlara sözleşmenin genel hükümler kısmında yer verilebileceği gibi, esas hükümler bölümünde veya giriş/beyanlar (*recitals*) kısmında da yer verilebilir. Bunun dışında tanımlar ayrı bir madde olarak düzenlenmeyip, kullanılan kavramın tanımı ilgili maddenin içerisinde de verilebilir. Ancak bu tür bir düzenleme yapılması halinde dahi, sözleşmede sıkça kullanılan ve sözleşme için ciddi önem arz eden kavramların başlangıçta ayrı bir madde ile tanımlanması, diğer kavramların tanımına ise ilgili maddelerde yer verilmesi yerinde olacaktır.¹²⁶²

Bazı sözleşmelerde tanımlara sözleşmenin sonunda yer verildiğine rastlanmakla birlikte, bu yöntem tavsiye edilmemektedir.¹²⁶³ Şayet model sözleşmeler taraflar arasındaki ilişkiye uyarlanacaksa, tanımlar bölümü taraflar arasındaki ilişkinin özelliği, somut durumun niteliklerini yansıtacak biçimde değiştirilmelidir.¹²⁶⁴

Bazı sözleşmelerde, taraflar arasında birden fazla sözleşme bulunması halinde, başka bir sözleşmedeki tanımlar maddesine atıfta bulunulduğu görülmektedir.¹²⁶⁵ Bu gibi

¹²⁶⁰ DAIGNEAULT, 64; ANDERSON/WARNER, 42.

¹²⁶¹ FONTAINE/DE LY, 156. Bununla birlikte ‘ve benzeri’ ifadesinin karşılıklıkların önüne geçmek yerine, metinde muğlaklığa yol açtığını belirten yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. AITKEN, 58.

¹²⁶² DAIGNEAULT, 64; ANDERSON/WARNER, 40-41; DIMATTEO, 43; FONTAINE/DE LY, 153; AITKEN, 44; BORTOLOTTI, 173.

¹²⁶³ ANDERSON/WARNER, 41.

¹²⁶⁴ BORTOLOTTI, 173.

¹²⁶⁵ DE LY, Filip: “Interpretation Clauses in International Contracts (Characterization, Definition, Entire Agreement, Headings, Language, NOM-clauses, Non-Waiver Clauses and Severability)”, *International Business Law Journal*, 2000, Vol.6, 719-812, 772.

durumlarda da ilgili sözleşme incelenerek, atıfta bulunulan sözleşme ile çelişki yaratmamasına dikkat edilmelidir.

Tanımlar yapılırken muğlak ifadelerin kullanılmamasına dikkat edilmeli ve mümkün olduğu kadar net tanımlar yapılmaya çalışılmalıdır.¹²⁶⁶ Hangi kelime veya kelime kalıpları ile neyi ifade etmek istediklerini açıkça ortaya koymaları faydalı olacaktır. Ancak yapılan tanımların çok dar kapsamlı olması da problemlere yol açabileceğinden, milletlerarası sözleşmelerde kısmen esnek tanımlar yapılması gerekir.¹²⁶⁷

3.3.3.2. İçeriği

Tanımlar maddesi genellikle sözleşmede yer alan anahtar kavramları tanımlamak için kullanılmakta ve dolayısıyla sözleşmenin ne şekilde işleyeceğini göstermektedir.¹²⁶⁸ Sözleşmeye konulacak ‘tanımlar’ maddesinin içeriği, sözleşmenin genel yapısına, yapılacak iş veya hizmetin türüne ve kapsamına göre farklılık gösterir. Her halükarda, bu maddenin kapsamının geniş tutulması, ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önemli ölçüde önüne geçebilir. Ancak kapsamın geniş tutulması, her kavramın tanımlanması olarak anlaşılmamalıdır. Anahtar kelimeler, teknik veya bilimsel terimler yahut başka şekilde karışıklığa sebebiyet vermesinden kuşku duyulan kavramlar tanımlanmalıdır. Yapılacak tanımlar anahtar kelimeler ve sözleşmedeki diğer kavramların yeknesaklığının sağlanması açısından önemlidir. Anahtar kavramlar veya tutarlılığın sağlanmasının ötesine geçen sözleşmede kullanılan her kavramın tanımlanmaya çalışması olumsuz sonuçlara yol açabilir. Zira her bir kavramın tanımlanması sözleşmeyi gereksiz yere uzatacağı gibi, gereğinden fazla detaya yer vereceğinden, gözden kaçan hususların sayısını da artırması muhtemeldir. Bunun dışında kavramlar tanımlanırken sözleşmeye dayanan hak ve yükümlülükler yaratmamasına dikkat edilmelidir.¹²⁶⁹

Tanımlar maddesi kapsayıcı şekilde düzenlenebileceği gibi, dışlayıcı şekilde de düzenlenebilir.¹²⁷⁰ Yani bir kavramın nelerden ibaret olduğu açıklanarak tanımlanabileceği

¹²⁶⁶ ANDERSON/WARNER, 40; BUTT 184 vd.

¹²⁶⁷ FONTAINE/DE LY, 185.

¹²⁶⁸ BERG, 2; BUTT, 207-214; MEISELLES, 55; DE LY, (Interpretation), 772.

¹²⁶⁹ FONTAINE/DE LY, 156; DE LY, (Interpretation), 773; MEISELLES, 43-44.

¹²⁷⁰ MEISELLES, 44; DAIGNEAULT, 64.

gibi, kavramın hangi hususları dışarıda bıraktığı belirtilerek de tanım verilebilir. Uygulamada, tanımlar maddesi sözleşmede kullanılan bir kavramın neyi ifade ettiği, başka bir deyişle hangi hususları kapsamına aldığı belirtilerek tanım yapılmaktadır. Verilen tanımda kavramın hangi hususları kapsamadığı, başka bir deyişle neyi dışarıda bıraktığına ise değinilmemekte, ancak “aksi anlaşılmadıkça” gibi bir ifade de eklenmektedir.¹²⁷¹ Her iki halde de, yapılan tanım, sözleşme çerçevesinde kelimenin sözlük anlamını genişletmek amacıyla kullanılabileceği gibi, daraltmak amacıyla da kullanılabilir.¹²⁷²

Günlük hayatta kullandığımız kelime veya kelime grupları ticari hayatta kullanıldığında, sıklıkla bu ifadelere özel veya teknik bir anlam yüklendiği görülmektedir. Şayet sözleşmede sözlük anlamından veya genel olarak bilinen anlamından farklı bir anlam yüklenmiş bir ifade var ise, bu ifadeye ne tür bir anlam yüklendiği, başka bir deyişle sözleşme kapsamındaki anlamına ‘tanımlar’ bölümünde mutlaka yer verilmelidir.¹²⁷³ Bilimsel veya teknik terimler kullanılıyorsa bunların da tanımlar bölümünde açıklanması faydalı olacaktır.¹²⁷⁴

Taraflar arasında birbiriyle bağlantılı birden fazla sözleşmenin bulunduğu durumlarda sözleşmelerden birisinin veya ana sözleşmenin tanımlar maddesine atıfta bulunduğu görülmektedir. Böyle bir durumda şayet ikincil nitelikli sözleşmelerde tanımlar maddesine yer verilmemiş, doğrudan ana sözleşmenin tanımlar maddesine yer verilmişse sorun ortaya çıkmaz. Fakat tali sözleşmelerde de bazı tanımlara yer verilmiş ve buna rağmen ana sözleşmenin tanımlar maddesine de atıfta bulunulmuş olabilir. Böyle bir durumda verilen tanımların birbiriyle çelişkili olması ve ihtilafa yol açması olasılığı vardır. Bunun önüne geçmek için, tanımların birbiriyle çatışması halinde, hangi sözleşmenin tanımlar maddesinin esas alınacağı, yani hangi sözleşmeye öncelik verildiği belirtilmelidir.¹²⁷⁵

¹²⁷¹ FONTAINE/DE LY, 155.

¹²⁷² AITKEN, 46.

¹²⁷³ DIMATTEO, 60; AITKEN, 45.

¹²⁷⁴ ANDERSON/WARNER, 133.

¹²⁷⁵ FONTAINE/DE LY, 155.

3.3.4. Sözleşmenin Dili Maddesi

Sözleşmenin diline ilişkin madde, sözleşmenin müzakeresinden başlayıp, sözleşmenin ifası ve yorumlanması konularında önemli rol oynamaktadır.¹²⁷⁶ Milletlerarası sözleşmelerin doğası gereği çoğunlukla farklı diller konuşan taraflar arasında imzalanmaktadır. Geçmişte, devletler hukuku anlayışının etkisiyle milletlerarası sözleşmelerde kullanılan dili diğer tarafa karşı üstünlük sembolü olarak gören anlayış, günümüzde milletlerarası ticari sözleşmelerin dilini belirlememektedir. Günümüzde sözleşmede kullanılan dil, bir hakimiyet veya üstünlük sembolü olarak addedilmemekte, pratik ihtiyaçlar sözleşmenin dilinin belirlenmesinde etken olmaktadır.¹²⁷⁷ Bu bağlamda İngilizce, milletlerarası ticari sözleşmelerde yaygın olarak kullanılan bir dildir.¹²⁷⁸ Hatta İngilizce'nin *de facto* olarak milletlerarası müzakerelerin dili olduğu belirtilmektedir.¹²⁷⁹ İngilizce dışında ise milletlerarası ticarete sözleşmeler en fazla Çince, Korece, Almanca, İspanyolca ve Rusça olarak hazırlanmaktadır.¹²⁸⁰

Sözleşmede kullanılan dil uygulanacak hukuktaki kavramlarla uyumlu olmalıdır. Aksi halde sözleşmede kullanılan bir kavram uygulanacak hukukta yer almıyorsa veya tam olarak o ülke hukukunda yer alan bir kuruma çevrilemiyorsa problemlere yol açabilir.¹²⁸¹ Buna ek olarak hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde, kullanılan kavramlar, tarafların zımni olarak belirli bir hukuku uygulamak istedikleri şeklinde yorumlanabilir. Başka bir deyişle, şayet taraflar geçerli bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, tarafların zımni olarak belirledikleri hukukun uygulanması söz konusu olabilir ve bu halde sözleşmenin dili, taraflarların zımni hukuk seçimine delalet eder şekilde yorumlanabilir.¹²⁸²

¹²⁷⁶ GREENBERG, 363.

¹²⁷⁷ ŞANLI, (Ticari Akitler), 58-60.

¹²⁷⁸ ANDERSON/WARNER, 90; ŞANLI, (Ticari Akitler), 60; CORDERO-MOSS, 8, 10; DURAND-BARTHEZ, P.: "The 'Governing Law' Clause: Legal and Economic Consequences of the Choice of Law in International Contracts", International Business Law Journal, Vol. 5, 2012, 505-518, 510; ROZOVICS, 15; DE LY, (Drafting), 469. Bazı yazarlar daha da ileri giderek İngilizceyi doğrudan milletlerarası ticari dil (*lingua franca*) olarak adlandırmaktadır. Bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 80. Bu durumun kaçınılmaz sonu olarak Anglo-Amerikan hukukundaki teknikler ve sözleşme hazırlama tarzı, milletlerarası ticari sözleşmelerin hazırlanmasında etkili olmaya başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. DE LY, (Drafting), 462, 469 vd.

¹²⁷⁹ Bkz. BRETT, 279.

¹²⁸⁰ ROZOVICS, 15.

¹²⁸¹ ANDERSON/WARNER, 91; CIRICILLO/FREMANTLE/HAMBURG, 41.

¹²⁸² VRIES, (Language), 19, 22.

Milletlerarası ticari sözleşmeler tek bir dil kullanılarak hazırlanabileceği gibi, uygulamada sıkça görüldüğü üzere birden fazla dilde de hazırlanabilmektedir. Özellikle tarafların, sözleşmenin dili konusunda anlaşamamaları halinde birden fazla dilde hazırlanması tercih edilmektedir.¹²⁸³ Bu da doğal olarak her bir tarafın ana dilinde hazırlanmasını istemesinden kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin, her iki tarafın dilinde hazırlanmasının, sözleşmenin hazırlanması aşamasında tarafları tatmin edeceğinden şüphe yoktur. Ancak uyumsuzluğun çıktığı aşamada başta sözleşmenin yorumlanması olmak üzere birçok probleme sebep olması kaçınılmazdır.¹²⁸⁴ Hukuk terminolojisinin karmaşıklığı ve farklı ülkelerde kavramlara farklı anlamlar yüklenebileceği dikkate alınarak, ilgili dillerden birisine öncelik tanınmalıdır. Başka bir deyişle, taraflar arasında uyumsuzluk çıkması halinde hangi dildeki metnin esas alınacağı sözleşmede açıkça belirtilmelidir. Uygulamada temelde üç yöntemle karşılaşılmaktadır:

İlk yöntemde taraflar, sözleşmeyi tek dilde hazırlarlar. Bu durumda dil farklılıklarından kaynaklanan problemlerle karşılaşılmaz.¹²⁸⁵ Bu dil, taraflardan birisinin ülkesinin dili olabileceği gibi, her iki tarafın da bildiği ancak ana dili olmayan, nötral bir dil (genellikle İngilizce) olarak hazırlanabilir.¹²⁸⁶ Taraflar asıl sözleşmeyi tek bir dilde hazırlamalarına rağmen, herhangi bir bağlayıcılığı olmayan ve herhangi bir hukuki değer atfedilmeyen çevirilerini de hazırlayabilirler. Bu durumda bir problemle karşılaşma ihtimali bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, sözleşmenin tek bir dilde hazırlanması halinde, her iki tarafın da, kendilerini tatmin edecek ve niyetlerini tam anlamıyla yansıtacak bir sözleşme hazırlamak için tek bir dil üzerinde yoğunlaşmalarını, tarafların kendilerini ifade edebilme anlamında itici bir güç olacağı için olumlu bulmaktadır.¹²⁸⁷ Taraflar uygulanacak hukuku belirlememişlerse ve sözleşme tek bir dilde hazırlanmışsa, ülke mahkemeleri uygulanacak hukuk olarak zımnen bu dilin konuşulduğu ülke hukukunu seçtiklerine karar

¹²⁸³ GREENBERG, 364.

¹²⁸⁴ GREENBERG, 370-371.

¹²⁸⁵ ŞANLI, (Ticari Akitler), 57.

¹²⁸⁶ BORTOLOTTI, 173; CIRICILLO/FREMANTLE/HAMBURG, 41.

¹²⁸⁷ GREENBERG, 364.

verebilmektedir. Özellikle hukuki olarak diğer dillere çevirisi yapılamayacak terimlerin kullanılması bu sonuca götürebilmektedir.¹²⁸⁸

İkinci yöntemde ise taraflar, birden fazla dilde hazırladıkları metinlerden iki veya daha fazlasını eşit olarak geçerli ve bağlayıcı olarak kabul ederler.¹²⁸⁹ Genellikle dillerden birisine üstünlük tanınması konusunda tarafların anlaşamamaları halinde bu yöntem ortaya çıkar.¹²⁹⁰ Bu halde, sözleşmenin yorumuyla ilgili problem çıkması durumunda ciddi zorluklarla karşılaşılması kaçınılmazdır.¹²⁹¹ Sözleşmeyi hazırlayanların, her iki metnin birbirinin tam karşılığı olmasını sağlamaları noktasında ciddi çaba sarfetmesi gerekir. Bu nedenle sözleşmenin, konunun uzmanı olan bir tercüman olsa dahi, tarafların gerçek niyetinin anlaşılabilmesi için, üçüncü bir kişi tarafından tercüme edilmesi yerine, çevirinin veya her iki metin de tarafların bizzat kendileri tarafından hazırlanması isabetli olacaktır.¹²⁹² Zira hiçbir dil, tamamıyla bir diğer dile tercüme edilemez.¹²⁹³ Çeviri yapılırken anlam kaymalarının olması kaçınılmazdır.¹²⁹⁴ Şayet tarafların çeviriyi kendilerinin yapmaları mümkün değilse, hukuki metinlerin çevirisi konusunda uzman olan deneyimli bir tercüme bürosu seçilmesi tavsiyeyi şayandır.¹²⁹⁵ Aksi halde ikinci dilde yanlış seçilecek bir kelime, sözleşmeyle ilgili hususları hukuki açısında değiştirebilecektir.

Son olarak üçüncü yöntemde, sözleşme birden fazla dilde hazırlanmasına rağmen taraflar bir dile öncelik tanır ve bağlayıcı metin olarak esas alır.¹²⁹⁶ Bu halde diğer dildeki metinler, bağlayıcı metnin yorumunda yardımcı kaynak olarak kullanılacağından,

¹²⁸⁸ VRIES, (Language), 1-19. Bununla birlikte yazar, İngilizce, Almanca, İspanyolca, Fransızca gibi birden fazla ülkede konuşulan diller söz konusu olduğunda, bu dillerin yalnızca tek bir ülke ve onun hukuk sistemi ile tanımlanmasının söz konusu olamayacağını da eklemektedir.

¹²⁸⁹ FONTAINE/DE LY, 156-157; CIRICILLO/FREMANTLE/HAMBURG, 41; GREENBERG, 369; ŞANLI, (Ticari Akitler), 58.

¹²⁹⁰ DE LY, (Commercial), 1860.

¹²⁹¹ GREENBERG, 364.

¹²⁹² BORTOLOTTI, 173. Benzer yönde bkz. ROZOVICS, 15.

¹²⁹³ VICTOR, 99.

¹²⁹⁴ GREENBERG'e göre, özel hukuk alanındaki milletlerarası sözleşmeler henüz gelişme aşamasında bulunduğundan, milletlerarası kamu hukukunun geçmişteki ve günümüzdeki milletlerarası anlaşma hazırlama teknikleri rehber olarak kullanılmaktadır. Devletlerin diğer devletlerle yaptığı anlaşmalar da birden fazla dilde hazırlandığından, özel hukuk alanındaki milletlerarası anlaşmalara model olmaktadır. Bkz. GREENBERG, 364-365.

¹²⁹⁵ ROZOVICS, 15.

¹²⁹⁶ CIRICILLO/FREMANTLE/HAMBURG, 41; FOX, 129; GREENBERG, 369; FONTAINE/DE LY, 157; ŞANLI, (Ticari Akitler), 58.

problemlerin büyük ölçüde önüne geçilmiş olur.¹²⁹⁷ Bununla birlikte, kullanılan dillerden birisine öncelik tanıma kuralı genellikle uyuşmazlık çıkması halinde ikinci aşamadaki çözüm yolu olarak öngörülür. Şöyle ki, taraflar genellikle ilk etapta her iki dildeki sözleşmenin eşdeğer olarak dikkate alınacağı, bu şekilde çözüme ulaşılamaması halinde ikinci etapta öncelik verilen dile göre yorumlanacağını kararlaştırırlar. Benzer şekilde, bazı sözleşmelerde taraflar birden fazla dilde hazırladıkları sözleşmelerin hangisine öncelik verildiğini açıkça belirtmemekle birlikte, zımni olarak birine öncelik tanındığı kabul edilebilir.¹²⁹⁸

Sözleşmenin birden fazla dilde hazırlanması halinde, önceden hazırlanan standart veya model sözleşmeler kullanılabilir.¹²⁹⁹ Milletlerarası sözleşmeler birçok durumda model sözleşme metinleri üzerinden hazırlanmakta ve bu modeller de genellikle İngilizce olmaktadır. Metnin İngilizce olması sebebiyle, model sözleşmedeki hükümler genellikle Anglo-Amerikan hukuku tarzında kaleme alınmaktadır. Buna karşılık, birçok durumda taraflar uygulanacak hukuk olarak Anglo-Amerikan hukuk sistemine dahil olan ülke hukuklarından birini değil, Kara Avrupası hukuklarından birisini seçmektedirler. Bu durum, sözleşme hükümleri ile uygulanacak hukuk arasında çelişkiler ortaya çıkarabilir.¹³⁰⁰

Taraflar, yukarıdaki yöntemlerden herhangi birini kullanarak sözleşmeyi bir veya birden fazla dilde hazırlayabilirler. Her halükarda, taraflardan birisinin sözleşmenin dilini yeterli düzeyde anlamaması halinde, bazı hukuklarda bu durumun sözleşmenin yapılmasında hata olarak kabul edilebileceği dikkate alınmalıdır. Bu nedenle uygulamada her iki tarafın da bildiği bir dilde hazırlama eğilimi giderek artmaktadır.¹³⁰¹

Sözleşmenin dili, aynı zaman da sözleşmenin yorumlanması ve sözleşmenin tanımlar maddesiyle de ilgilidir. Şayet bazı kelime veya kelime grupları belirli bir endüstride belirli bir anlamda kullanılıyorsa bu gibi kavramlara tanımlar bölümünde yer verilmelidir. Benzer

¹²⁹⁷ ŞANLI, (Ticari Akitler), 58.

¹²⁹⁸ GREENBERG, 369; FONTAINE/DE LY, 158.

¹²⁹⁹ BORTOLOTTI, 174.

¹³⁰⁰ CORDERO-MOSS, 8.

¹³⁰¹ BORTOLOTTI, 174.

şekilde bazı kelime veya kelime gruplarına taraflarca da farklı bir anlam yüklenmiş olabilir. Bu durumda da yine bu tabirlerin de ne anlama geldiği açıkça belirtilmelidir.¹³⁰²

Son olarak taraflar dil maddesinde, yalnızca sözleşmenin hazırlandığı dilleri değil, aralarında yapacakları sözlü veya yazılı iletişim, hazırlayacakları belgeler gibi hususların da hangi dilde yapılacağını bu madde de belirtmelidir.

3.3.5. Yorum Maddesi

Milletlerarası ticarete ortaya çıkan uyuşmazlıkların birçoğu sözleşme hükümlerinin yorumlanması ile yakından ilgilidir.¹³⁰³ Yorum ihtilafları, tarafların irade açıklamalarından ve sözleşmedeki belirsizlik veya boşlukların doldurulmasında ortaya çıkan ihtilaflardır. Yorum ihtilaflarının ne şekilde çözüleceği de sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabidir.¹³⁰⁴ Taraflar, genellikle hazırladıkları sözleşmenin uygulanacak hukuka göre yorumlanacağını dikkate almaksızın sözleşmeyi hazırlarlar.¹³⁰⁵ Oysa sözleşmenin yorumlanmasıyla ilgili kurallar, hukuk sistemlerinde ciddi farklılıklar göstermektedir. Öyle ki, bir kısım hukuk sisteminde çok detaylı ve geniş biçimde düzenlenirken, bir kısmında yalnızca birkaç genel hüküm bulunmakta, bir kısmında ise yazılı hiçbir kural bulunmamaktadır.¹³⁰⁶

3.3.5.1. Yorum Kavramı ve Yorum Metodları

Yorum kavramı hukuk sistemlerinde farklı biçimde tanımlanmaktadır. Subjektif teoriyi kabul eden hukuk sistemlerine göre yorum ‘tarafların ortak niyetlerini saptama yöntemi’ iken, objektif teoriyi kabul eden hukuk sistemlerine göre yorum ‘özellikle sözleşmede boşluk, muğlaklık ve belirsizlik olması halinde, makul ve orta zekalı bir kişiye göre tarafların hak ve yükümlülüklerini saptama yöntemidir’.¹³⁰⁷

¹³⁰² ANDERSON/WARNER, 134-135.

¹³⁰³ MCKENDRICK, (Contract), 159; ŞANLI, (Ticari Akitler), 57.

¹³⁰⁴ ŞANLI, (Ticari Akitler), 61.

¹³⁰⁵ CORDERO-MOSS, 27.

¹³⁰⁶ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 292.

¹³⁰⁷ GREENBERG, 372; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 293; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 668; FONTAINE/DE LY, 107; DE LY, (Interpretation), 723. Anglosakson hukuk sisteminde sözleşmelerin yorumunda objektif yöntem kullanılmakta ve tarafların niyetini

Subjektif yorum yönteminde tarafların gerçek niyet ettikleri durum tespit edilmeye çalışılır. Burada taraf iradesi ön plandadır. Birçok hukuk sistemi, tarafların iradelerini dikkate alarak sözleşmenin yorumlanmasını kabul etmiştir.¹³⁰⁸ Belçika, İtalya, İspanya, Portekiz, Brezilya gibi Kara Avrupası ülkelerinin düzenlemelerinde farklılıklar bulunmakla beraber, genel olarak hepsinin hareket noktası sözleşme özgürlüğü ve tarafların niyetidir.¹³⁰⁹

Objektif yöntemde ise, sözleşme metnine bağlı kalınarak yorum yapılmakta¹³¹⁰ ve yalnızca tarafların ortak niyetleri değil, aynı zamanda iyi niyet, dürüstlük, ticari teamüller gibi birçok kriter kullanılmaktadır.¹³¹¹ Hatta objektif yöntemde tarafların niyetinin dikkate alınmaması da ihtimal dahilindedir.¹³¹² Hollanda, İsviçre hukuklarının yorumlama konusuna yaklaşımları iyi niyet, dürüstlük, hakkaniyet gibi temel hukuk prensipleri temelinde şekillenmiştir.¹³¹³ Bu ikinci yaklaşım Amerikan hukukunu etkilediği gibi, UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Sözleşme Hukuku Prensiplerini de etkilemiştir.¹³¹⁴

Bu iki temel yorum metodu dışında üçüncü bir yöntem ise fonksiyonel yorum metodudur. Fonksiyonel yorumda, tarafların niyeti veya sadece metne bağlı kalarak

tespit edebilmek için tarafların yükledikleri anlam değil, objektif anlamı yoruma esas alınmaktadır. Bkz. DAIGNEAULT, 33.

¹³⁰⁸ VOGENAUER, Stefan: "Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations", *Contract Terms, The Oxford-Norton Rose Law Colloquium*, Ed: Andrew BURROWS, Edwin PEEL, Oxford University Press, Oxford, 2007, 124-150, 124; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 668; DE LY, (Interpretation), 723; FONTAINE/DE LY, 88.

¹³⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 107-114. FONTAINE ve DE LY Fransa hukukunda da subjektif yöntemin geçerli olduğunu belirtirken, VOGENAUER Fransız hukukunda karma yöntemin uygulandığı kanısındadır. Bkz VOGENAUER, 127.

¹³¹⁰ GREENBERG, 372.

¹³¹¹ FONTAINE/DE LY, 107; VOGENAUER, 125. Hukuk sistemleri sözleşmelerin yorumlanmasında ayrıca işlem kurtarıcı/geçerli kılıcı yorum (*favor negotii*), belirsizlik içeren hükmün, o hükmü hazırlayan aleyhine yorumlanması kuralı (*contra proferentem*), şüphe halinde borçlu lehine yorum kuralı (*favor debitoris*) gibi prensipleri uygulamaktadır. Bunun dışında tarafların sözleşmeyi hazırladıkları müzakere aşamasında içinde bulundukları hal ve şartlar ile sonradan ortaya çıkan durumları da dikkate alınabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 299-306.

¹³¹² VOGENAUER, 125.

¹³¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 110-112. Fontaine Alman hukukunu da bu yöntemi benimseyen ülkeler arasında saymaktadır. Buna karşılık VOGENAUER ise Alman hukukunda esasen tarafların niyetinin dikkate alındığı, ancak bu yapılırken tarafların niyetiyle ilgili olmayan diğer faktörlerin de dengeli biçimde dahil edildiği ve böylece aslında karma yöntemin uygulandığını belirtmektedirler. Bkz. VOGENAUER, 126-127.

¹³¹⁴ FONTAINE/DE LY, 112.

yorumlama yerine, sözleşmenin amacı doğrultusunda tüm faktörlerin değerlendirilmesi ile yorum yapılır.¹³¹⁵

Nihayet son olarak Almanya ve Fransa gibi bazı ülkeler, tarafların ortak niyeti saptanamadığı takdirde objektif kriterlere göre yorumlanması yahut taraf iradeleriyle birlikte diğer unsurların da dengeli biçimde gözetildiği, objektif ve sübjektif teorinin sentezi olarak niteleyebileceğimiz karma sistemi benimsemişlerdir.¹³¹⁶ Güven teorisi olarak da anılan karma yöntemde, muhatabın hal ve şartlara göre atfettiği anlam dikkate alınır. Türk, İsviçre, Alman hukukları ile VSS (m.8) ve UNIDROIT Prensipleri (m.4(2))’nde bu yorum yöntemi benimsenmiştir.¹³¹⁷

Millî hukuklar genellikle bu dört yorum yönteminden birisini benimsemiştir.¹³¹⁸ Hakem mahkemeleri içinse bir genelleme yapabilmek mümkün değildir. Millî mahkemelerle kıyaslandığında, hakem mahkemelerinin yorum konusunda geniş bir esnekliğe sahip oldukları söylenebilir.¹³¹⁹ Modern hukuk sistemlerinin birçoğu, karma sistemi kullanmaktadır.¹³²⁰

Milletlerarası ticarete ise öngörülebilirlik ve tutarlılığı sağlamak adına objektif yöntemin kullanılmasının daha yerinde olacağı belirtilmektedir.¹³²¹ Sözleşmenin yorumlanmasındaki amaç her ne kadar tarafların gerçek iradelerinin ortaya çıkarılması gibi görünse de, hukuk güvenliği ilkesi, sözleşmede yer alan bir ifadeye makul bir insanın

¹³¹⁵ GREENBERG, 372; DE LY, (Interpretation), 723.

¹³¹⁶ FONTAINE/DE LY, 107; VOGENAUER, 126-127; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 670. Bazı yazarlar, bu yaklaşımı ‘yeknesak yaklaşım’ olarak adlandırmaktadır. Zira yeknesak kurallar ve benzeri metinler, genellikle ilk etapta tarafların ortak niyetini tespit ederek yorum yapmakta, şayet sübjektif yöntemle tarafların ortak niyeti tespit edilmiyorsa artık objektif yönetime başvurarak makul ve dürüst bir kişinin anlayışına göre yorumlamaktadır. Bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 294. VOGENAUER, Fransız mahkemelerinin karma sistemi benimsediğini belirtmekle birlikte, yine de sübjektif yöntemin daha ağır bastığını eklemektedir. Bkz. VOGENAUER, 127.

¹³¹⁷ ÖZKAN, Ö., 8; ŞANLI, (Ticari Akitler), 62.

¹³¹⁸ ŞANLI, (Ticari Akitler), 62.

¹³¹⁹ FONTAINE/DE LY, 106.

¹³²⁰ BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/TALLON/VOGENAUER, 668.

¹³²¹ GREENBERG, 376. GREENBERG, bizim de katıldığımız şekilde objektif yorumun milletlerarası alanda daha tutarlı ve öngörülebilir olduğunu belirtmekle birlikte, yalnızca objektif yöntemin kullanılmasının yeterli olmayacağını da eklemektedir. Buna göre, sözleşmede muğlaklık bulunması halinde ister istemez tarafların gerçek niyetinin veya beklentilerinin tespitinin gerekeceği ve bu tespitin yapılması için de sübjektif yönetime başvurulması gerekir. Zira milletlerarası ticarete tarafların farklı dili konuşmaları, farklı ülkelerde yaşamaları, farklı teamül ve uygulamalar içinde olmaları gibi sebeplerle, tarafların niyet ve beklentilerinin tespiti için, içinde bulundukları sübjektif şartların da dikkate alınması gerekecektir. Bkz. GREENBERG, 376-379.

objektif olarak vereceği anlamı esas almayı gerektirir.¹³²² Mahkemeler, sözleşmelerin yorumlanmasında geleneksel olarak ‘makul bir kişi’ ölçüsünü esas alırlar.¹³²³ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, bu kriterin bir sözleşme hükmünün yorumunda ihtilaf yaşanması halinde kullanılmasıdır. Şöyle ki, hüküm normal yaşam tecrübelerine göre makul olarak nitelenmese dahi, hükmün anlamı ve kapsamı hakkında herhangi bir şüphe yoksa ‘makuliyet’ kriterine başvurularak yorumlanması yoluna gidilemez. Bu kriter, ancak bir hükmün içerdiği anlam hakkında şüpheye düşülmesi veya atfedilen anlamın ihtilafa konu olması halinde kullanılacaktır.¹³²⁴ Aksi durumda taraflar, makul bir kimsenin genel hayat tecrübelerine göre vereceği anlama işaret etmemiş olsalar dahi, başka bir ifadeyle makul olmayan bir anlam yüklemiş olsalar dahi tarafların verdikleri bu anlam kabul edilecektir. Bu sebeple sübjektif yöntemin kullanıldığı sistemlerde makullük kriterine başvurulmamaktadır.¹³²⁵

Makuliyetin kapsamının objektif olarak tespit edilmesi kolay değildir. ‘Makul kişi’ tanımı, genellikle kişinin bildiği varsayılan veya bilmesi gereken durumları ifade etmek için kullanılır. ‘Makul bir kişinin bilebileceği’ ifadesi, genellikle orta zekalı, akli başında bir kişiye atıfta bulunmakta ve belirli bir durumda söz konusu bilgiye tarafların erişiminin olduğuna işaret etmektedir. ‘Bilmesi gereken’ tabiri ise genellikle hukuki bir ödev olarak ‘bilinmesi gerekeni’ işaret etmektedir. Başka bir deyişle, ‘bilebileceği’ ifadesi tarafların objektifliğini; ‘bilmesi gereken’ ifadesi ise toplumun nesnellik algısını ifade etmektedir.¹³²⁶ Bunun dışında özellikle ticari sözleşmeler söz konusu olduğunda ticari örf-adete göre tespit edilmesi de mümkündür.¹³²⁷

¹³²² FONTAINE, LY, 89.

¹³²³ BROWNSWORD, 93-94; DIMATTEO, 27; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 293 vd.

¹³²⁴ BROWNSWORD, 80; CALNAN, Richard: “Construction of Commercial Contracts: A Practitioner’s Perspective”, *Contract Terms, The Oxford-NortonRose Law Colloquium*, Ed: Andrew BURROWS, Edwin PEEL, Oxford University Press, Oxford, 2007, 17-24, 21-22.

¹³²⁵ BROWNSWORD, 79.

¹³²⁶ DIMATTEO, 28.

¹³²⁷ Çift taraflı nesnellik (*double-barreled objectivity*) adı verilen yöntemle, ‘makuliyet’in kapsamı belirlenirken ilk olarak ticari örf ve adetler, ikinci olarak ise toplumun genel olarak yükleyeceği anlam ışığında hareket edilmesi gerekecektir. Bkz. DIMATTEO, 33.

3.3.5.2. İçeriği

Milletlerarası sözleşmelerde yer alan madde, kelime veya kelime gruplarının anlamları sözlük anlamına göre değil, bu kelime veya kelime grubunun kullanılmasını hazırlayan faktörlere, yani altyapısına bakılarak makul olarak anlaşılması gereken şekilde yorumlanır.¹³²⁸ Bir sözleşme hükmünün yorumlanmasında salt bir başına belirli bir sözleşme hükmünün yorumlanması mümkün değildir. Zira sözleşme, tüm hükümleriyle bir bütün oluşturduğundan, yorumlanmasında da bir bütün olarak ele alınması ve sözleşmeyi çevreleyen şartların değerlendirilmesi gerekir. Ancak bazı durumlarda sözleşme hükümlerine bu açıdan yaklaşılsa dahi birden fazla anlam ortaya çıkabilmekte ve bu nedenle belirli bir sistematik çerçevesinde yorumlanması gerekmektedir.¹³²⁹ Şayet taraflar birden fazla anlama gelen bir ifadeye yer vermişlerse ve bu ifadenin ne anlama geldiği konusunda uzlaşmışlarsa, bu halde mahkemeler genellikle bu anlamı kabul etmektedirler.¹³³⁰ Asıl yorumlama problemleri, tarafların kelime veya kelime grubunun anlamı üzerinde uzlaşmaya varmaması halinde ortaya çıkar. Bu halde de uyuşmazlığı çözmekle görevli yargı mercii, kendi hukuk sisteminde yer alan kurallara göre, bir önceki başlıkta yer verdiğimiz yorum metodlarının bir veya birden fazlasını kullanarak sözleşmeyi yorumlayacaktır. Hangi metod benimsenirse benimsensin, sözleşmelerin yorumlanmasında birkaç yöntem izlenebilir.¹³³¹

Sözleşmenin yorumlanmasında ilk olarak maddelerin lafzî (*literal*) anlamı ortaya konur. Fakat Milletlerarası Sözleşmeler Çalışma Grubunun yaptığı araştırmada, sözleşme maddelerinin lafzıyla yorumlanmasına yardımcı olacak hususlara milletlerarası sözleşmelerde genellikle yer verilmediği saptanmıştır. Lafzî yorumla sonuca ulaşılammaması halinde ikinci aşamada sözleşme içeriğine bakılarak yorumlamaya gidilir.¹³³² Bu noktada da

¹³²⁸ CHUAH, 9.

¹³²⁹ CALNAN, 20-21.

¹³³⁰ CHUAH, 10.

¹³³¹ İlk olarak aynı tür (*ejusdem generis rule*) kuralına göre, bir veya iki özel kelimeleri takip eden kelimeler, özel kelimenin belirttiği tür veya kategori ile sınırlanmaktadır. Kelimenin anlamının içinde bulunduğu metinden çıkarılması (*noscitur a sociis rule*) kuralına göre ise genel nitelikteki ifadeler, kullanıldığı çerçevedeki konu ile sınırlanmaktadır. Üçüncü kural, sözleşmelerin değişmez uygulamalarından biri olan 'içeriğinden aksi gerekmedikçe / aksi tarafların niyetinden anlaşılmadıkça' ifadelerinden ortaya çıkmaktadır. Özellikle milletlerarası ticari sözleşmelerde dikkate alınan bir diğer yorum kuralı ise ticari anlam kuralıdır (*the good commercial sense principle*). Bkz. BERG, 81-86.

¹³³² SCHWENZER/HACHEM/KEE, 295; CORDERO-MOSS, 81; FONTAINE/DE LY, 151.

farklı kriterler devreye girmektedir. Hukuk sistemleri; taraf iradesi, iyi niyet, eşitlik, hakkaniyet, makul olma gibi sözleşme hukukunun farklı temel ilkelerini esas alarak sözleşmelerin yorumlanmasını kabul etmiştir.¹³³³ Sözleşmenin yorumlanmasında ticari örf-adet ve teamüller de esas alınabilir. Bu teamüller tarafların iradesinin yorumunda da kullanılabilir.¹³³⁴ Yine taraflar arasında oluşan teamüller de yorumda kullanılabilir. Ancak bu gibi durumlarda taraflar arasında oluşan teamüller tutarlı ve makul olmalıdır.¹³³⁵ Ticari örf-adet ve teamüller sözleşmedeki belirsiz noktaları açıklığa kavuşturamazsa, sözleşme hukukunun varsayılan/yerleşik kurallarından hareket edilerek yorumlanması gerekir.¹³³⁶ Bunun dışında bazı hukuk sistemlerinde üzerinde zımnen anlaşılan hususlar¹³³⁷, sözleşmenin yorumlanmasında önemli bir araç olarak kullanılmaktadır.¹³³⁸ Bunun dışında hukuk, belirli bazı kavramların, belirlenen şekilde anlaşılacağı ve yorumlanacağını öngörmüş olabilir.¹³³⁹

UNIDROIT prensipleri m. 4 ve ASPH m.5:101 ve 5:107'ye göre şayet tarafların ortak iradesi açıkça anlaşılamiyorsa, aynı hal ve şartlarda makul bir kişinin vereceği anlama göre yorumlanır. ASPH m. 5:101'de sözleşmelerin yorumlanmasında hangi hususların dikkate alınacağına yer verilmiştir. Buna göre, sözleşme öncesi görüşmeler, sözleşmenin amacı ve doğası, teamüler, iyi niyet ve dürüstlük gibi hususlar sözleşmenin yorumlanmasında dikkate alınacaktır.¹³⁴⁰ Benzer şekilde, UNIDROIT Prensipleri m.4.3'te de müzakerelerin sözleşmenin yorumlanmasında dikkate alınabileceğine yer verilmiştir. Özellikle sözleşme görüşmeleri (m. 5:101(2)'in uygulanması ile) sözleşmenin ortaya çıkışını sağlayan altyapıya

¹³³³ FONTAINE/DE LY, 105.

¹³³⁴ AYOĞLU, 32.

¹³³⁵ CHUAH, 15-16.

¹³³⁶ DIMATTEO, 28.

¹³³⁷ Üzerinde zımnen anlaşılan hususlar (*implied terms*), tarafların iddialarının doğruluğunu belirleyebilmek için sözleşmede açıkça kararlaştırılan hükümlerin yeterli olmaması halinde, mahkeme tarafından dikkate alınan hükümlerdir. Bu hükümler fiili bir olaydan, hukuktan veya örf-adet veya teamülden doğabilir. Bkz. CHUAH, 13.

¹³³⁸ Özellikle İngiliz hukukunda bu sistem sıklıkla kullanılmaktadır. Kara Avrupası hukuklarında ise zımnen kararlaştırılan hususlar İngiliz hukukundaki kadar sık kullanılmamaktadır, zira bu hukuk sistemlerinde iyi niyet prensibinin sözleşme öncesi aşamayı dahi içine alacak şekilde uygulanması sebebiyle bu tür hükümlere başvurulması her zaman gerekmemektedir. Amerikan hukukunda ise İngiliz ve Kara Avrupası sistemlerinin bir sentezi olarak nitelenebilecek karma bir uygulama söz konusudur. Bkz. STEYN, 52; CORDERO-MOSS, 82.

¹³³⁹ CHUAH, 14.

¹³⁴⁰ CLIVE, Eric: "Interpretation", *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Eds: Hector L. MacQueen, Reinhard Zimmerman, Edinburg Studies in Law, Vol.2, Edinburg University Press, 2005, 176-202, 177.

ilişkin fikir vereceğinden sözleşmenin yorumlanmasında önemli rol oynayabilir.¹³⁴¹ Örneğin taraflar arasındaki sözleşmede yer alan bir ifadeye özel bir anlam yüklenip yüklenmediğinin tespit edilmesi, sözleşmede alışılmamış bir ifadeye yer verilmesi halinde bunun anlamının belirlenmesi gibi amaçlarla müzakere aşaması dikkate alınarak sözleşme yorumlanmakta¹³⁴² ve söz konusu belirsizlikler giderilmeye çalışılmaktadır. Prensiplerde yoruma ilişkin düzenlemeler, Anglosakson veya Kara Avrupa hukuk sistemlerinden birisindeki yorum kurallarını baz almamış, her iki sistemin de özelliklerini barındıran karma bir yapı oluşturulmuştur.¹³⁴³

3.3.5.3. Diğer Sözleşme Hükümleri ile Bağlantısı

Milletlerarası ticari sözleşmelerde yer alan yorum maddeleri genellikle birbirinin aynısı olup, bir bakıma günümüzde büyük ölçüde standartlaşmıştır.¹³⁴⁴ Milletlerarası Sözleşmeler Çalışma Grubunun yaptığı incelemeye göre, milletlerarası ticari sözleşmelerde en sık kullanılan yorum kuralları; sözleşme başlıkları, vasıflandırma, sözleşmenin bütünlüğü, tanımlar, sözleşmenin dili maddelerinden çıkarılmaktadır. Yorum maddesinin doğrudan bağlantılı olduğu diğer sözleşme maddeleri ile bunlarla nasıl bir bağlantı içinde olduğu aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

Sözleşmenin yorumlanmasında, sözleşmede yer alan maddelerin ve bölümlerin başlıkları da dikkate alınabilir. Başlık verilmesi, hem maddeyi okumadan içeriği hakkında bilgi sahibi olunmasına hem de çok uzun sözleşme metinlerinde ilgili kısmın kolaylıkla bulunmasına hizmet eder. Başlıklar, tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesine ve sözleşmenin yorumlanmasına yardımcı olabilmesine rağmen, uygulamada milletlerarası sözleşmelerin başlıklarına yorumlayıcı değer verilmesi hoş karşılanmamaktadır. Bu durum, genellikle sözleşmeyi hazırlayanların, başlıkların kısmi ve özetleyici niteliği ile madde içeriği ve başlık arasında olası bir uyumsuzluktan çekinmeleri sebebiyle ortaya çıkar.¹³⁴⁵ Bu sebeple, milletlerarası sözleşme uygulamasında başlıkların sözleşmenin bir parçası olarak

¹³⁴¹ CLIVE, 199. Benzer yönde bkz. JACKSON, Shy: "Pre-contractual Negotiations: Recent Trends in the Interpretation of Contracts", *Construction Law Journal*, 2007, 23(4), 268-275, 268 vd.

¹³⁴² JACKSON, 275.

¹³⁴³ CLIVE, 185.

¹³⁴⁴ FONTAINE/DE LY, 104; DE LY, (Interpretation), 720.

¹³⁴⁵ ANDERSON/WARNER, 25; FONTAINE/DE LY, 151-152, 184-185.

kabul edilmeyeceğine ilişkin bir ifadeye sözleşmede yer verme eğilimi vardır. Bu tür bir hükmün geçerliliği konusunda herhangi bir ihtilaf olmamasına karşın, özellikle objektif teoriyi kabul eden ülke mahkemelerinde hangi ölçüde etkili olacağı tartışılmaktadır.¹³⁴⁶

Tanım maddesi, sözleşmenin yorumlanmasında en çok dikkate alınan maddelerden birisidir. Yapılacak tanımlar, özellikle tarafların günlük hayatta kullanılan anlamından farklı bir anlamda kullandıkları kavramlar açısından önemlidir. Örneğin bir kelime veya kelime grubunun belirli bir iş, ticaret veya endüstri alanında belirli bir anlamda kullanılması halinde bunun tanımına yer verilmelidir. Benzer şekilde taraflarca bazı kavramlara özel bir anlam atfedilmiş olabilir. Bu gibi hallerde mahkemeler, genellikle tarafların belirledikleri anlamı esas alma eğilimindedirler.¹³⁴⁷

Sözleşmenin bütünü dikkate alınarak yapılan yorumda bazı hususların dışarıda kalması isteniyorsa bunların, sözleşmenin bütünlüğü veya yorum maddesinde belirtilmesi gerekir. Bazı ülke hukuklarında sözleşmenin bütünlüğü maddesi, milletlerarası ticari sözleşmelerin yorumlanması, boşlukların doldurulması gibi amaçlarla da kullanılabilir. Anglosakson hukuk sisteminde sözleşmedeki boşlukların doldurulmasında bu hükmün kullanılması uzak bir ihtimal iken, Kara Avrupası hukuklarında potansiyel bir boşluk doldurma hükmü olarak görüldüğü belirtilmektedir.¹³⁴⁸

Benzer şekilde sözleşmede yapılacak değişikliklerin sözlü olamayacağı, yalnızca yazılı biçimde yapılabileceğine dair hükümler, birçok ülke hukukunda ve özellikle sübjektif yorum yöntemini benimsemiş ülke hukuklarında geçerli kabul edilmekte iken, objektif yorum yöntemini benimsemiş ülke hukukları için genelleme yapmak mümkün değildir.¹³⁴⁹

Sözleşmenin yorumlanması yalnızca yukarıda saydığımız maddelerle ilgili değildir. Yukarıda kısaca üzerinde durduğumuz maddeler, sözleşmenin yorumlanmasında özellik

¹³⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 153.

¹³⁴⁷ Tarafların belirli bir kelime veya kelime gruplarına günlük hayatta kullanılan anlamından çok farklı bir anlam yüklemeleri olasıdır. Günlük hayatta kullanılan anlamıyla hiçbir ilgisi olmasa dahi, bazı ülke mahkemeleri sözleşmede açıkça ne anlama geldiği tanımlanmışsa, tarafların verdiği bu anlamı esas alarak sözleşmeyi yorumlamaktadır. Bkz. ANDERSON/WARNER, 134-135.

¹³⁴⁸ FONTAINE/DE LY, 177. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm 2.14.6. Sözleşmenin Bütünlüğü Maddesi.

¹³⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, (Ticari Akitler), 57-58; FONTAINE/DE LY, 161-163. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm 2.1.4.2 Sözleşmede Yapılacak Değişiklikler.

taşıyan maddelerdir. Bu hükümlere sözleşmede yer verilmesi, taraflar için faydalı olmasına ve bunlar birçok hukuk sisteminde geçerli kabul edilmesine rağmen, objektif teoriyi kabul eden hukuk sistemlerinde sözleşmenin yorumlanmasında yargı merciinin (diğer hükümlere başvurmaksızın) doğrudan ve yalnızca iyi niyet ve dürüstlük kuralını uygulama ihtimali de vardır.¹³⁵⁰ Görüldüğü gibi iyi niyet kavramı sözleşmenin yorumlanmasında da karşımıza çıkmaktadır. Özellikle Almanya, Avusturya, İsviçre, Hollanda gibi ülkeler normatif yorumlama metodunu iyi niyet kavramı ile sıkı biçimde ilişkilendirmektedir.¹³⁵¹

Yukarıda sayılan nedenlerle yorum maddesi düzenlenirken hem sözleşmeye uygulanacak hukuk ve uyuşmazlığın görüleceği yargı merciinin dahil olduğu hukuk sistemi, hem de sözleşmede yer alan diğer maddeler dikkate alınarak düzenleme yapılmalıdır.

3.3.6. Sözleşmenin Amacı ve Konusu

Sözleşmenin konusu, sözleşmenin objektif ve subjektif bakımdan esaslı noktalarını oluşturan sözleşmenin özüdür. Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların, objektif ve subjektif esaslı hususlar üzerinde anlaşması gerekir. Objektif esaslı noktalar, sözleşmenin, kanunlarda yapılan tanımında yer alan zorunlu unsurları, yani sözleşmenin asgari içeriğini oluşturan noktalarıdır. Subjektif esaslı noktalar ise, objektif esaslı noktalar dışında kalan hususlardır. Milletlerarası ticari sözleşmelerde tarafların hak ve yükümlülükleri, sözleşme konusu ve sözleşme türüne göre değişir. Sözleşmenin konusunu oluşturan asli edim yükümü, sözleşmenin türünü belirlemektedir.¹³⁵²

Taraflar, sözleşmenin konusunu, karakterini ve doğasını ayrı bir madde de tanımlayabilecekleri gibi, sözleşmenin başlığı şeklinde de belirtebilirler.¹³⁵³ Her ne kadar taraflar bu tür bir hükümle sözleşme konusunu belirtmiş olsalar da, uyuşmazlık çıkması

¹³⁵⁰ FONTAINE/DE LY, 179.

¹³⁵¹ DALHUISEN (V.II), 22, 48, 54 vd.

¹³⁵² BEKTAŞ, 65-66; EREN, (Borçlar), 234-235.

¹³⁵³ FONTAINE/DE LY, 121; DE LY, (Interpretation), 736.

halinde yargı mercii, sözleşmenin içerdiği unsurları inceleyerek sözleşmenin konusunu farklı şekilde nitelendirebilir.¹³⁵⁴

3.3.6.1. Yapılacak İş veya Hizmetin Tanımlanması

Tarafları bir sözleşme kurmaya sevkeden neden olması sebebiyle ifa, her sözleşmenin en önemli parçasıdır. Bu nedenle milletlerarası sözleşmelerde veya eklerinde –sözleşmenin hacmi ne olursa olsun- ifa ve ifanın gerçekleştirilme biçimine ilişkin maddeler, oldukça detaylı biçimde ele alınır.¹³⁵⁵ Taraflar arasındaki sözleşmenin konusu elbette müzakere sırasında ele alınacaktır. Örneğin, hazırlanan sözleşmenin bir satım sözleşmesi olması halinde, satıcının belirli niteliğe sahip malları sağlayacağı, malların kalitesi, niteliği, şayet malların kalite ve niteliğine ilişkin onay belgesi gerekiyorsa bunun hangi organizasyondan alınacağı, malların niceliği (hacmi, ağırlığı, uzunluğu vb.) gibi konular görüşülür.¹³⁵⁶ Bu hususların sözleşmede teknik özellikleri de dahil olmak üzere tüm detaylarıyla belirtilmesi gerekir. Özellikle tarım ürünleri söz konusu ise bunların tür ve özelliklerinin coğrafi alana göre farklılık gösterebileceği, ton veya metreküp üzerinden satışlarda sözleşmenin yapıldığı andan ifa anına kadar geçen sürede malın ağırlığı veya hacminde meydana gelebilecek değişiklikler gibi konular dikkate alınmalıdır.¹³⁵⁷ Mal veya hizmete ilişkin detaylar; model numaraları, planlar, çizimler, numuneler, sözleşmeye eklenecek ayrıntılı listeler veya diğer talimatlarla tanımlanabilir.¹³⁵⁸ Bunlara ek olarak, taşıma şekli ve malın özellikleri dikkate alınarak, malların ambalajlanmasına ilişkin hususlar da sözleşmede düzenlenmelidir. Zira milletlerarası taşıma sözleşmelerinde genellikle, ambalaj hatalarından kaynaklanan zararlardan taşıyıcının sorumlu olmayacağına dair hükme yer verilir.¹³⁵⁹

Sözleşme konusunun teknik özellikler veya detaylar içermesi sebebiyle müzakerecilerin veya sözleşmeyi hazırlayanların, sözleşme konusuna (mal, hizmet vb)

¹³⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 122-124. Örneğin sosyal içerikli sözleşmeler arasında kabul edilen iş sözleşmeleri, birçok hukukta zayıf taraf olan işçi lehine tarafların sözleşme özgürlüğünü belirli noktalarda sınırlamaktadır. Tarafların yaptığı yönetim sözleşmesinin (*management agreement*), herhangi bir ülke mahkemesinde iş sözleşmesi olarak nitelenmesi halinde, uygulanacak hukuk da dahil olmak üzere, tarafların üzerinde anlaştıkları birçok hususun değişmesi gündeme gelebilir.

¹³⁵⁵ FOX, 53.

¹³⁵⁶ CHATTERJEE, 46-47; DURUKANOĞLU, 10.

¹³⁵⁷ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 10.

¹³⁵⁸ KEMER, 119.

¹³⁵⁹ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 15.

mümkün olduğunca hakim olması, en azından konunun uzmanı olan birisini istediği zaman dahil edebilmesi gerekir.¹³⁶⁰ Teknik detayların mümkün olduğu kadar ayrıntılı olarak belirlenmesi, ileride uyuşmazlıkların ortaya çıkma ihtimalini de azaltacaktır.

3.3.6.2. İfanın Yerine Getirilmesinde Öngörülen Bazı Kriterler

Yapılacak iş veya hizmetin tanımlanmasında, ifanın niteliğine işaret eden en iyi çaba (*best efforts*), makul özen (*reasonable care*), gereken özen (*due diligence*), iyi niyet, hakkaniyet, ahlaka mugayir, kamu düzeni, kamu çıkarı/yararı, normal, olağan, meşru, ciddi, kötüleyici gibi tartışmalara sebep olan bir takım kavramlar kullanılmaktadır.¹³⁶¹ İfanın niteliğine işaret eden ifadeler çeşitli gruplara ayrılmaktadır;

İlk gruba giren sözleşmelerde, ifanın ‘en iyi biçimde’¹³⁶² veya ‘makul bir çaba ile’¹³⁶³ yerine getirileceği belirtilir.¹³⁶⁴ Bir görüşe göre bu iki ifade arasındaki fark, ‘en iyi çaba’nın ‘makul çaba’dan daha katı, daha bağlayıcı nitelikte bir ifade olmasıdır. Başka bir görüşe göre ise, ‘en iyi çaba’ kişisel özelliklere göre değerlendirilirken, ‘makul çaba’ ifadesi daha objektif nitelikli bir kriter ortaya koymaktadır.¹³⁶⁵ ‘En iyi’ ve ‘makul’ şeklindeki muğlak kavramların

¹³⁶⁰ FOX, 4.

¹³⁶¹ FONTAINE/DE LY, 187.

¹³⁶² Bu grupta genellikle ‘en iyi çaba, en iyi gayret, en iyi girişim, elinde olan tüm imkanlarla, yapabileceğinin en iyisi, her yolu deneyerek, deneyimini en iyi şekilde göstererek’ ve benzeri ifadeler yer almaktadır. Bkz. FONTAINE/DE LY, 105; FONTAINE, Marcel: “ ‘Best Efforts’, ‘Reasonable Care’, ‘Due Diligence’ and Industry Standards in International Agreements”, *International Business Law Journal*, Vol.8, 1988, 983-1027, 1004. Genellikle İngiliz hukukunda ‘*best endeavours*’ ifadesi tercih edilirken, Amerikan hukukunda ‘*best efforts*’ ifadesi tercih edilmektedir. Bu ifade, profesyonel anlamda makul bir eşiği aşan nitelikte ifa edilmesi olarak tanımlanabilir. Bununla birlikte, şayet sözleşmenin bir tarafı belirli ve özel bir niteliği sebebiyle seçilmiş ve bu nedenle sözleşme yapmaya karar verilmişse, o alanda çalışan ortalama bir profesyonelin makul şekilde göstereceği özen yetersiz kalabilir. Bkz. FONTAINE/DE LY, 207-214, 212; ANDERSON/WARNER, 95-98.

¹³⁶³ Bu gruba girenlerde ise ‘makuliyet’ (*reasonableness*) kriterine dayanır. Bu gruba giren sözleşmelerde ‘tüm makul çaba, tüm makul önlemler, makul özen, mümkün olan tüm makul gayret’ gibi ifadeler yer verilir. Bkz. FONTAINE/DE LY, 206; FONTAINE, (International), 1004.

¹³⁶⁴ Bu şekildeki ifadeler, gösterilecek çabanın miktarını kesin olarak belirtmeksizin, farazi bir miktar çaba harcanarak işin yapılmasını öngörür. Bkz. ANDERSON/WARNER, 95.

¹³⁶⁵ Milletlerarası Sözleşmeler Çalışma Grubu keskin biçimde ayırıcı özellikler tespit edememekle birlikte, ‘makul çaba’ kavramının kullanıldığı hallerin daha objektif durumlara işaret etmek için kullanıldığı, ‘en iyi çaba’ kavramının ise göreceli olarak nispeten subjektif unsurlar bir kavram olarak kullanıldığını tespit etmiştir. Buna göre ‘en iyi çaba’da kişisel özellikler ve yetenekler dikkate alınarak değerlendirme yapılmaktadır. Başka bir deyişle ‘makul çaba’ belirli bir durumda genel kabule göre olağan ve beklenen bir davranış biçimine atıf yapmakta iken, ‘en iyi çaba’ yükümlülük altındaki tarafın özel nitelikleri çerçevesinde beklenen davranış biçimine atıf yapmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 217. Bir başka görüşe göre ise, ‘en iyi çaba’ ifadesi, masraflar normal şartlarda maddi bir husus olarak görülmekte iken, ‘makul çaba’ söz konusu ise finansal konular, neyin ‘makul’ olmadığını, neyin olmadığını belirlemede dikkate alınabilmektedir. Bkz. RIBEIRO, 20.

yol açabileceği olumsuz sonuçlardan sakınabilmek için, bu kavramların bir arada kullanılmasından kaçınılmalı ve karşılanması gereken kriterler özel olarak belirtilmelidir.¹³⁶⁶

İkinci olarak bir kıtas veya referans kullanılarak, ilgili endüstri veya sektörde çalışan üçüncü kişinin ‘en iyi’ veya ‘makul’ çabasının sınırlarının çizilmesi önerilmektedir.¹³⁶⁷

Üçüncü grup ise ‘özen’ (*diligence*) kavramına dayanır.¹³⁶⁸ Dördüncü kategoriye giren tanımlarda ise ticari hayatın veya ilgili endüstrinin kabul edilen standartlarına atıfta bulunacak ifadeler yer verilir. Bu kriter, taraflardan birinin profesyonel olarak çalıştığı alandaki kurallara işaret ettiği için daha önceki üç kriterden daha kesin ve belirli bir niteliğe sahiptir. Bazı hallerde bu kriterlerin birden fazlasını içine alacak şekilde karma ifadeler de yer verilebilir.¹³⁶⁹

İfanın yerine getirilmesine ilişkin hükümlerde bu türden ifadeler yer verilmesi halinde, sözleşmeyi hazırlarken dikkat edilmesi gereken bazı noktalar vardır. Öncelikle bu kavramların hiçbirisi, soyut haliyle ifanın tam olarak istenilen şekilde yerine getirilmesini garantilemez.¹³⁷⁰ Her ne kadar bu kavramların içeriği belirsiz ise de, kavramları mümkün olduğu kadar somutlaştıran ifadeler yer verilmeye çalışılmalıdır. İkinci olarak makullük veya en iyi çabayı sergilemeyen sözleşmecinin tarafın hangi sonuçlarla karşı karşıya kalacağı açıkça belirlenmeli, bu davranışları yerine getirmiş sayılmak için ne şekillerde hareket edebileceği, hangi süreyle bu davranışın sürdürüleceği gibi hususlara yer verilmelidir.¹³⁷¹ Üçüncü olarak, sözleşmede bu tür bir ifadeye yer verilmesi halinde diğer maddelerle uyumuna dikkat edilmeli, bu ifadelerin etkinliğini önleyebilecek maddelerin düzenlenmesinde titiz davranılmalıdır.¹³⁷² Son olarak uygulanacak hukukta ve seçilen

¹³⁶⁶ ANDERSON/WARNER, 98.

¹³⁶⁷ ANDERSON/WARNER, 98.

¹³⁶⁸ Bu grupta yer alan ifa tanımlarında ‘gerekli özen, özenli bir şekilde, azami dikkat ve özen’ şeklinde ifadeler yer verilir. Bkz. FONTAINE/DE LY, 206; FONTAINE, (International), 1004.

¹³⁶⁹ FONTAINE/DE LY, 206, 223; FONTAINE, (International), 1004, 1019.

¹³⁷⁰ FONTAINE, (International), 1005.

¹³⁷¹ CHUAH, 12.

¹³⁷² Örneğin ‘en iyi çaba’ ifadesi; sözleşmedeki gizlilik yükümlülüğü, mücbir sebep, zaruret hali, zararı azaltma yükümlülüğü, gibi diğer sözleşme hükümleriyle karşı karşıya gelebilir. Hemen her çeşit milletlerarası ticari sözleşmede yer alan mücbir sebep maddesinde belirtilen mücbir sebebin ortaya çıkması halinde, mücbir sebebin üstesinden gelerek ifayı gerçekleştirmek için çaba gösterme ödevi yüklemektedir ki birçok halde böyle bu çaba sonuçsuz kalmaktadır. Bu ikisi arasındaki çelişkiyi önlemek için genellikle ‘gerekli tüm önlemleri almasına rağmen’ veya benzeri bir ifadeye yer verilmektedir. Aslında bu halde de ‘en iyi çaba’ veya ‘makul

mahkemede veya diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde bu ifadelerin ne şekilde değerlendirilebileceği mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.

3.3.7. Ödeme Şekli ve Zamanına İlişkin Madde

Bir sözleşmede 'ödeme' denildiğinde, her şekilde ifa anlaşılabilmeyle birlikte, aslında teknik anlamda paraya ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesi anlaşılmalıdır.¹³⁷³ Taraflar hangi ödeme yönteminin seçildiğini sözleşmede açıkça belirlemelidirler. Ödeme maddesinde ödemenin türü, miktarı, miktarın vergileri içerip içermediği, ödeme biçimi, yabancı para birimi üzerinden ödeme yapılacaksa esas alınacak döviz kuru, ödeme zamanı, gecikme faizi, paketleme, taşıma ve sigorta gibi masraflara kimin katlanacağı, ödemeyle ilgili sunulacak belgeler, ödemenin belirli olayların gerçekleşmesi ile yapılması planlanmışsa bu olayların gerçekleştiğinin ne şekilde tespit edileceği ve buna ilişkin sunulacak belgeler gibi ödemeye ilişkin diğer şartlara yer verilmelidir.¹³⁷⁴ Bunun yanında ödeme miktarı belirlenirken milletlerarası ticarete ödeme süresinin uzun olabileceği, işlemin daha fazla risk içereceği, ödemenin yapılacağı para biriminin ve döviz kurunun güvenilirliği gibi hususlar da dikkate alınmalıdır. Taraflar diledikleri takdirde ödemenin yapılacağı para birimine ilişkin döviz kurunu sabitleyip, belirlenen gündeki kur miktarının esas alınmasına karar verebilirler.¹³⁷⁵ Ayrıca, ödemenin yapılacağı yer ve zamanın da sözleşmede belirlenmesi milletlerarası ticarete önemlidir.¹³⁷⁶

Milletlerarası ticari işlemlerde ödemenin farklı aşamalarına farklı ülke hukuklarının uygulanması söz konusu olabilir.¹³⁷⁷ Taraflar ödeme yöntemini belirlerken, sözleşmeye uygulanacak hukuku da dikkate almalıdırlar. Örneğin taraflar akreditif gibi bir ödeme yöntemini seçmişlerse, hangi bankanın seçileceği konusunda dikkatli olmalıdırlar. Zira akreditiften doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk, seçilen bankanın bulunduğu ülkeye

çaba' ifadesi yerine 'gerekli tüm önlemler' ifadesi kullanılmış olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 201-205.

¹³⁷³ DALHUISEN, Jan. H.: *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume III: Financial Products, Financial Services and Financial Regulations*, Hart Publishing, 2013, 295.

¹³⁷⁴ CHATTERJEE, 48-52; DIMATTEO, 61; PERROTT, 15-18.

¹³⁷⁵ CHUAH, 553-554; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 460.

¹³⁷⁶ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 454.

¹³⁷⁷ DELIERNEUX, Martine: "International Payment Instruments", *International Business Law Journal*, Vol.8, 1993, 987-1024, 990.

göre değişebilecektir. Dolayısıyla taraflar seçtikleri ödeme prosedüründe yer alacak bankayı belirlerken bu hususu göz önünde bulundurmalarıdır.¹³⁷⁸ Her ne kadar bankaların –kendi ülkesinin hukuku olmadığı sürece- tek bir ülke hukukunun uygulanmasını kabul etmesi fiiliyatta mümkün olmasa da,¹³⁷⁹ yapılan işlemin başından sonuna kadar tek bir hukuka tabi kılınması ideal olmalıdır.

Milletlerarası ticarete yapılan işlemler, ülke içinde yapılan işlemlerden daha karmaşıktır. Milletlerarası ticaretin bu niteliği sebebiyle taraflar, iç ticareti ilgilendiren yöntemlerden daha güvenilir metotları tercih ederler.¹³⁸⁰ Gerek alıcı, gerekse satıcı kendini garanti altına almak ister ve böylece her iki tarafın edimlerini yerine getirdiğini garantileyecek üçüncü kişiler işleme dahil olur. Milletlerarası ticari işlemlerde bu üçüncü kişiler genellikle bankalardır. Yani bankaların *paymaster* olarak anıldığı belgeli işlem veya akreditif sisteminde belirttiğimiz riskler hem alıcı, hem de satıcı açısından en aza indirgenmiş olmaktadır.¹³⁸¹ Yine milletlerarası ticarete satıcının malları gönderdikten sonra ödemeyi alamaması veya alıcının parayı göndermesine rağmen malları alamaması gibi riskleri ortadan kaldırmak için genellikle ödeme ve malların tesliminin belirli belgelerin düzenlenmesi ve ibrazı sonucunda yapılmaktadır. Sözleşmede tarafların hangi aşamada hangi belgeleri sunmaları gerektiği, belgelerde bulunması gereken hususlar ve belgelerin özellikleri tüm detaylarıyla belirtilmelidir.

3.3.7.1. Peşin Ödeme (Advance Payment/Prepayment)

Peşin ödeme, malların sevk edilmesinden önce mal bedelinin nakit, çek, uluslararası posta havalesi veya telgraf havalesi, swift transfer, doğrudan kartla ödeme gibi yöntemlerle peşin olarak ödenmesidir.¹³⁸² Peşin ödeme yöntemi güvene dayanır. Genellikle satıcının

¹³⁷⁸ CHATTERJEE, 49.

¹³⁷⁹ DELIERNEUX, 999.

¹³⁸⁰ GRIFFIN, 150.

¹³⁸¹ CHUAH, 573; GOODE vd., 348.

¹³⁸² FOX, 83; CHUAH, 554-556; GRIFFIN, 151; CHATTERJEE, 50; BAĞRIAÇIK, 85; DÖLEK, 92; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 246; GÜRSOY, 69; BAKIR, 64-65; ŞAHİN, Arif: *İhracatta Ödeme Şekilleri*, İGEME – İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Mart 2002, 5; CANİTEZ, Murat: “Bölüm 6: Dış Ticarete Ödeme Şekilleri ve Uygulamalar”, *Dış Ticaret İşlemler ve Uygulamalar*, 5. Baskı, Editörler: Çetin BEDESTENCİ / Murat CANİTEZ, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007, 194; CANİTEZ, Murat: “İkinci Bölüm: Dış Ticarete Ödeme Şekilleri ve Uygulamaları”, *Uygulamalı İhracat-İthalat, İşlemler ve Dokümantasyon*, 3. Baskı, Editör: Murat CANİTEZ, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011, 58; CANİTEZ, (Dokümantasyon 1), 194; ÇINAR, 167-168; KÖKSAL, 27.

pazarlık gücünün yüksek olduğu veya tarafların birbirlerini önceden tanıdığı, bildiği ve birbirlerine güvendikleri durumlarda kullanılan bir ödeme yöntemidir.¹³⁸³ Milletlerarası ticarete ise taraflar birbirlerini genellikle tanımamakta veya farklı ülkelerde bulunmaktadır. Bu yöntemde alıcının parayı gönderdikten sonra malı alamaması riski her zaman vardır, bu nedenle peşin ödeme yöntemi fazlaca tercih edilen bir yöntem değildir.¹³⁸⁴ Aynı zamanda hukuk sistemleri de peşin ödeme yöntemine bazı sınırlamalar getirebilmektedir.¹³⁸⁵ Ancak oldukça masrafsız bir ödeme yöntemi olduğu gibi, satıcının sermayesini uzun süre bağlı kalmaktan kurtaran ödememe ihtimalini ortadan kaldıran ve satıcının en az risk altında olduğu yöntemdir.¹³⁸⁶ Alıcı açısından ise riskin en fazla olduğu ödeme yöntemidir.¹³⁸⁷

Peşin ödeme, garantisiz peşin ve döviz garantili peşin olarak ikiye ayrılır. Garantisiz peşin ödemede herhangi bir banka garantisi istenmezken; garantili peşin ödemede, ithalatçının bankası, ihracatçı adına ödeme yaparken, taraflar arasındaki sözleşmeye uygun malın zamanında gönderilmediği veya para iade edilmediği takdirde, gönderilen peşin paranın faiziyle birlikte ithalatçıya geri gönderileceğine dair ihracatçının bankasından garanti istemektedir.¹³⁸⁸

3.3.7.2. Prefinansman (*Prefinancing*)

Prefinansman yönteminde, mal veya hizmetin temin edilmesi için mal veya hizmet bedelinin tamamı ya da bir kısmı alıcı tarafın önceden ödenir. Başka bir deyişle 'ön finans' anlamına gelen prefinansman yönteminde satıcıya bir ön ödeme yapılmaktadır.¹³⁸⁹ Böylece

¹³⁸³ RAMBERG, Jan: *International Commercial Transactions*, Fourth Edition, ICC Norstedts Juridik AB, 2011, 43; ŞAHİN, Arif: *İhracatta Ödeme Şekilleri*, İGEME – İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Eylül 2009, 9; CHUAH, 554; GRIFFIN, 151; GERNİ, 2; BAĞRIAÇIK, 86; ŞAHİN, (Ödeme 1), 5; CANITEZ, (Ödeme 1), 194; CANITEZ, (Ödeme 2), 58. Benzer yönde EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 247.

¹³⁸⁴ ŞAHİN, (Ödeme 1), 5; ŞAHİN, (Ödeme 2), 9; GERNİ, 2. Genellikle söz konusu mala ilişkin şiddetli derecede kıtlık olması, ithalatçının malı her hal ve şartta alma zorunluluğunun bulunması, alıcı ve satıcı arasındaki güven ilişkisinin tam anlamıyla kurulmuş olması, alıcının çok yüksek ekonomik güce sahip olması gibi hallerde peşin ödeme yöntemi kullanılmaktadır. Bunun dışında peşin ödeme yönteminde iskontoların yüksek olması ve malın piyasada fazla talep görmesi de bu yöntemin tercih edilmesine neden olabilmektedir. Bkz. CANITEZ, (Ödeme 2), 58; ŞAHİN, (Ödeme 2), 9; GÜRSOY, 69; CANITEZ, (Dokümantasyon 1), 194.

¹³⁸⁵ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 462; KÖKSAL, 27. Benzer yönde ÇINAR, 168.

¹³⁸⁶ CHUAH, 554; ÇINAR, 167; CANITEZ, (Ödeme 2), 56; KÖKSAL, 27.

¹³⁸⁷ CANITEZ, (Ödeme 2), 58.

¹³⁸⁸ BAĞRIAÇIK, 86.

¹³⁸⁹ CANITEZ, (Ödeme 2), 59; CANITEZ, (Dokümantasyon 1), 195.

yeterli finansman gücü bulunmayan satıcı, malların üretimini bu önödeme ile finanse edecektir.¹³⁹⁰ Prefinansman peşin ödeme yöntemine benzemesi sebebiyle bazı yazarlarca peşin ödeme türü olarak kabul edilmektedir.¹³⁹¹ Ancak peşin ödemeden farklı olarak, ihracatçı lehine bir tür kredi açılmakta ve yapılan işlemle, bir kredi anlaşmasıyla ihracatçıya kredi sağlanmaktadır. Ön ödemeden farklı olarak sağlanan finansman bu kredi anlaşmasına dayanmaktadır.¹³⁹² Peşin ödemede olduğu gibi alıcının istediği malları alamaması, düşük kalitede mal gönderilmesi gibi riskler mevcut olmakla birlikte, işlemin kredi anlaşmasına dayanması sebebiyle peşin ödemeye nazaran bu riskler daha düşük düzeydedir.¹³⁹³

3.3.7.3. Mal Mukabili Ödeme (Cash Against Goods, Open Account)

Açık hesap, serbest yükleme gibi isimlerle de bilinen bu ödeme yönteminde, satıcı malları ve belgeleri gönderdikten sonra alıcı, eline ulaşan mal ve belgelerle mal veya hizmet bedelini ödemektedir.¹³⁹⁴ Peşin ödemeye benzemekle birlikte bu yöntemde satıcı risk altındadır. Satıcı bedeli zamanında alamama, bedeli hiç alamama veya malda imalat hatası olduğuna ilişkin kötü reklama konu olma riskleri altındadır.¹³⁹⁵ Bu nedenle milletlerarası ticarete tercih edilen bir ödeme yöntemi değildir.

Tarafların uzun zamandır ticaret yapıyor olmaları ve birbirlerine oldukça güvendikleri durumlarda kullanılan, özellikle AB içi ticarete sıklıkla karşılaşılan bir yöntemdir.¹³⁹⁶ Açık hesap yönteminde, işleme dahil olan banka asgari sayıda olduğundan özellikle satıcının, yurtdışındaki bağlı veya yan bir şirketle ticaret yapması halinde masrafları minimum

¹³⁹⁰ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 248; GÜRSOY, 89-90; CANITEZ, (Ödeme 1), 195; CANITEZ, (Ödeme 2), 59.

¹³⁹¹ Bkz. BAKIR, 65-66; ŞAHİN, (Ödeme 2), 9; ÇINAR, 167; ŞAHİN, (Ödeme 2), 9.

¹³⁹² Prefinansmanda sağlanan kredinin yapılacak ihracatla ilgili alımları kapsamaması zorunlu olup, en fazla 1 yıl vadelidir. Bkz. CANITEZ, (Ödeme 2), 59; CANITEZ, (Dokümantasyon 1), 195.

¹³⁹³ CANITEZ, (Ödeme 2), 59; CANITEZ, (Dokümantasyon 1), 195.

¹³⁹⁴ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 463; DALHUISEN (V.III), 344; FOX, 83; CHATTERJEE, 50; DÖLEK, 91; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 250; BAĞRIAÇIK, 92; ŞAHİN, (Ödeme 1), 21; ŞAHİN, (Ödeme 2), 33; GERNİ, 3; GÜRSOY, 71; BAKIR, 66; CANITEZ, (Ödeme 1), 196; CANITEZ, (Ödeme 2), 59-60; CANITEZ, (Dokümantasyon 1), 196; ÇINAR, 16; KÖKSAL, 26.

¹³⁹⁵ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 250; ŞAHİN, (Ödeme 1), 16; GERNİ, 3; ERYÜREK, 28; ÇINAR, 168; KÖKSAL, 26; CANITEZ, (Ödeme 2), 60; CANITEZ, (Dokümantasyon 1), 196.

¹³⁹⁶ Bu yöntem özellikle alıcı-satıcının birbirlerini yıllardır tanıdığı hallerde veya alıcının, satıcının bir nevi temsilcisi veya şubesi olduğu durumlarda, satıcının dış pazara girmek sitediği ve taviz vermek zorunda kaldığı hallerde, ilgili ülke mevzuatının bu yöntemin seçilmesini zorunlu kıldığı hallerde, satıcının ödeme şekline ilişkin pazarlık gücünün olmadığı hallerde tercih edilmektedir. Bkz. ERYÜREK, 28.

seviyede tutacaktır.¹³⁹⁷ Bunun yanında sadece bir havale işlemi gerektirdiği için oldukça hızlı bir ödeme yöntemidir.¹³⁹⁸

Satıcı vesaiki alıcıya elden teslim edebilir, güvendiği birisi ile gönderebilir, posta yoluyla ulaştırabilir, gönderme işlemini bir bankadan talep edebilir. Alıcı ise nakit olarak, banka kanalıyla veya güvendiği bir üçüncü kişi veya kuruluş eliyle mal bedelini gönderir. Bu noktada mal bedelini üçüncü bir kişiye veya kuruluşa ödemesi de söz konusu olabilir. Mal mukabili ödeme yönteminde mallar sevk edilir ve çıkış gümrüğündeki işlemler tamamlandıktan sonra sevk belgeleri de (nakliye aracı veya özel kargo firmaları vasıtasıyla) alıcıya gönderilir, alıcı sevk belgelerini gümrüğe ibraz ederek malı gümrükten çektikten sonra mal bedelini yatırır.¹³⁹⁹

3.3.7.4. Vesaik Mukabili Ödeme (Cash Against Documents, Documentary Collection)

Bu ödeme yöntemi, ihracat bedelinin, satıcı tarafından hazırlanan bir takım belgeler karşılığında ödenmesine dayanmaktadır. Milletlerarası ticarete basit ve yaygın kullanılan ödeme yöntemlerindendir. Vesaik mukabili ödeme yönteminde satıcı; alıcının malları kabul etmemesi, basiretli bir tacir gibi davranmaması, mali güçlük içinde olması sebebiyle belgeleri almak için gerekli tutarı ödeyememesi, satıcının kabul ettiği poliçenin vadesinde ödenmemesi, dayanıklı olmayan malların kabul edilmemesi halinde malların denize dökülmesi gibi risklerle karşılaşabilir. Bununla birlikte bu yöntem basit ve ucuz olduğu gibi, alıcı ödeme yapmadan veya vadeli bir poliçeyi kabul etmeden malları çekemez.¹⁴⁰⁰

Vesaik mukabili ödeme yönteminde mallar alıcıya gönderilirken, orijinal dökümanlar ihracatçının bankasına verilmekte, ihracatçı bankası ya da aracı banka ihracatçıdan aldığı talimata binaen, orijinal dökümanları ithalatçının bankasına (muhabir bankaya) tahsil emri ekinde gönderir. Alıcı mal bedelini ödemediği orijinal dökümanları bankadan alamayacağı için, bedeli ödedikten sonra sevk belgelerini alıp, gümrükten malları çeker.¹⁴⁰¹ Vesaik

¹³⁹⁷ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 463; DALHUISEN (V.III), 344; DÖLEK, 92; CHATTERJEE, 50; CHUAH, 554.

¹³⁹⁸ DALHUISEN (V.III), 344.

¹³⁹⁹ CANITEZ, (Ödeme 2), 60; ERYÜREK, 29; ÇINAR, 168.

¹⁴⁰⁰ ŞAHİN, (Ödeme 2), 30, 31; ERYÜREK, 23.

¹⁴⁰¹ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 463; DALHUISEN (V.III), 347; CHUAH, 556; WELTER, Reinhard: "Bills of Exchange in International Trade", *International Contracts and Payment*, Ed: Petar SARKEVIC / Paul VOLKEN, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, UK, 1991, 87-108, 89; FOX, 84; RAMBERG, (Commercial), 43;

mukabili ödemede tahsil için verilebilecek vesaik; poliçe, çek, senet gibi kıymetli evrak niteliğinde olan vesaik ile fatura, konşimento, dolaşım belgeleri gibi malların sevk edildiğini gösteren kıymetli evrak dışındaki vesikalardır. Bunların hepsi veya bir kısmı ödeme için bankaya sunulur.¹⁴⁰²

Vesaik mukabili ödeme yönteminde satıcı (amir), gönderen banka, tahsil eden banka, ibraz eden banka ve muhatap olan alıcı işlemin taraflarını oluşturmaktadır.¹⁴⁰³ Bu şekilde yapılan ödemede konşimentoda konsinye (*consignee*) bölümüne ithalatçının bankasının ad, ünvan ve adresi, ihbar (*notify*) bölümünde ise alıcının ad, ünvan ve adresi yazılır. Böylece ithalatçının bankası (tahsil bankası), mal bedelini tahsil edince konşimentoyu ithalatçıya ciro eder, böylece ithalatçı malların alıcısı sıfatını kazanır.¹⁴⁰⁴

Akreditiften farklı olarak vesaik mukabili ödemede, bankanın sorumluluğu bulunmadığı gibi, süreci ihracatçı başlatmaktadır.¹⁴⁰⁵ Bankalar; iyi niyetli hareket etmek, gerekli dikkati göstermek, teslim aldıkları belgelerin tahsil emrinde belirtilen özelliklere uygun olup olmadığını incelemek, ve gerekiyorsa bunu tahsil emrini veren tarafa bildirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte belgelerin geçerliliği, biçimi, yeterliliği, doğruluğu, gerçekliği, sahte olup olmadığı, yasal sonuçları veya belgelerde yer alan ya da sonradan eklenen genel ve özel şartlar sebebiyle, belgelerin yolda kaybolması veya gecikmesi, belgedeki çeviri hataları sebebiyle sorumluluk altında değildir.¹⁴⁰⁶

Vesaik mukabili ödeme yönteminin kabul edildiği hallerde ICC'nin 522 sayılı Tahsiller İçin Birörnek Kurallar (*Uniform Rules for Collections*) kullanılmaktadır.

BAĞRIAÇIK, 94; DÖLEK, 84; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 252; ŞAHİN, (Ödeme 1), 16; GERNİ, 4; GÜRSOY, 73; ERYÜREK, 23; CANITEZ, (Ödeme 1), 197-199; CANITEZ, (Ödeme 2), 61-63; KÖKSAL, 26; ÇINAR, 168-169; KÖKSAL, 26.

¹⁴⁰² GÜRSOY, 73.

¹⁴⁰³ Vesaik mukabili ödeme yönteminde taraflar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERYÜREK, 24-25; ŞAHİN, (Ödeme 2), 27.

¹⁴⁰⁴ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 254; ŞAHİN, (Ödeme 2), 26-27; BAĞRIAÇIK, 94.

¹⁴⁰⁵ DÖLEK, 83.

¹⁴⁰⁶ CANITEZ, (Ödeme 2), 62; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 254; CANITEZ, (Dokümantasyon 1), 199.

3.3.7.5. Kabul Kredili/Police Ödeme (*Documents Against Acceptance*)

Kabul kredili ödeme, vadeli işlemi içeren kabul kredili vesaik mukabili ödemedir.¹⁴⁰⁷ Bu yöntemde mal bedelinin belirli bir vadede ödenmesi taahhüt edilir ve bu ödemeye bir police aracılık eder.¹⁴⁰⁸

Kabul kredili ödeme yönteminde ithalatçı, ihracatçı adına police (*draft/bill of exchange*) keşide eder. İhracatçı malı yükledikten sonra, alıcı adına ihracat bedeli oranında bir police tanzim ederek aracı bankaya verir, aracı banka bunu tahsil emriyle birlikte ibraz bankasına gönderir, ibraz bankası da ithalatçıyı arayarak policeyi kabul etmesini ister ve policenin önyüzüne 'kabul edilmiştir' yazarak kaşe ve imza ister. Böylece malı gümrükten çekmek için gerekli olan evrak ithalatçıya teslim edilir.¹⁴⁰⁹ İhracatçı kabulü yeterli görmeyip, bankanın kefaletini de isteyebilir.

Police önce ihracatçının bankasına, oradan da ihracatçıya verilir ve vadesi geldiğinde tahsil edilir yahut vadeyi beklemek istemeyen satıcı, policeyi iskonto ettirerek bedeli tahsil eder.¹⁴¹⁰

3.3.7.6. Konsinye Hesap (*Consignment Account*)

Bu yöntemde satıcı, malları alıcıya satılmak üzere göndermekte ve mallar satıldıkça parayı tahsil etmekte, satılamayan mallar ise satıcıya iade edilmektedir. Bu yöntem, genellikle alıcı-satıcı arasında bir güven ilişkisi bulunduğu durumlarda tercih edilmektedir.¹⁴¹¹ Ayrıca malların belirli bir pazarda satış şansı olup olmadığını en az masraf ve formalite ile deneme imkanı vermektedir. Bu yöntem satıcı açısından; satışta kesinlik olmaması, malların satılincaya kadar her an satıcıya geri gönderilmesi riski bulunması, beklemeden doğan zararlara satıcının katlanması, satıcının elinde alıcının kusurundan

¹⁴⁰⁷ BAĞRIAÇIK, 97; DÖLEK, 95; CANITEZ, (Ödeme 1), 199; CANITEZ, (Ödeme 2), 63; AL KILIÇ, Şengül: "Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIV, Y.2010, Sa.2., 1-44, 18; GERNİ, 5.

¹⁴⁰⁸ ŞAHİN, (Ödeme 2), 35.

¹⁴⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. HOUTTE, 339; DALHUISEN (V.III), 348; BAĞRIAÇIK, 98; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 248-249; DÖLEK, 95; CANITEZ, (Ödeme 1), 200-201; CANITEZ, (Ödeme 2), 65-66; AL KILIÇ, 18; GÜRSOY, 87; BAKIR, 69.

¹⁴¹⁰ DALHUISEN (V.III), 348; BAĞRIAÇIK, 98; DÖLEK, 95; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 249; GÜRSOY, 87.

¹⁴¹¹ DÖLEK, 93; GERNİ, 3-4; ŞAHİN, (Ödeme 1), 25; ŞAHİN, (Ödeme 2), 40; GÜRSOY, 88; BAKIR, 67.

doğacak zararı karşılayacak bir garantisi olmaması gibi riskleri barındırması sebebiyle sıklıkla tercih edilen bir yöntem değildir.¹⁴¹²

3.3.7.7. Karşılıklı Ticaret (*Counter Trade*)

Bu ödeme yönteminde taraflar para birimi olarak ödeme yapmayıp, belirli malların veya hizmetlerin ihracına mukabil, karşı taraftan belirli malların veya hizmetlerin ithalatına ilişkin bir anlaşma ile iki yönlü ticaret yaparlar. Karşılıklı ticaretin karşı alım (*counter purchase*), takas (*barter*), geri alım (*buyback*), aktarma ticareti (*switch trading*), offset gibi farklı türleri bulunmaktadır.¹⁴¹³

Genellikle az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerin tercih ettiği karşı ticaret yöntemi oldukça karmaşık olduğundan, bu yöntemi tercih etmeden önce dünya piyasaları hakkında çok iyi bilgi toplanması ve sözleşme şartlarının çok dikkatli biçimde değerlendirilmesi gerekir.¹⁴¹⁴

3.3.7.8. Akreditifli Ödeme (*Letter Of Credit*)

Akreditif, milletlerarası ticarete en çok kullanılan ödeme yöntemi olduğu gibi, diğer ödeme yöntemlerine kıyasla daha masraflı olmasına rağmen, ödemeye ilişkin riskleri en iyi bertaraf eden sistemdir.¹⁴¹⁵ Milletlerarası ticarete tarafların farklı ülkelerde bulunmaları sebebiyle edimleri karşılıklı olarak aynı anda ifa etmeleri mümkün değildir. Bir tarafın, kendi edimini ifa etmek için karşı taraftan edimini ifa etmesini beklemesi halinde de her zaman bir taraf için risk söz konusu olacaktır. Örneğin satıcının malı gönderip bedeli alamaması ya da alıcının bedeli ödeyip malı alamaması yahut ayıplı mal ile karşılaşması gibi riskler mevcuttur. Ödeme yöntemi olarak akreditifin seçildiği durumlarda ise bu gibi riskler en aza inmektedir.

¹⁴¹² ŞAHİN, (Ödeme 2), 40-41.

¹⁴¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. CHATTERJEE, 51-55; GERNİ, 1-2; ŞAHİN, (Ödeme 1), 23; ŞAHİN, (Ödeme 2), 37-39; GÜRSOY, 91-94.

¹⁴¹⁴ GÜRSOY, 94; ŞAHİN, (Ödeme 2), 39.

¹⁴¹⁵ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 464, CHATTERJEE, 50; DALHUISEN (V.III), 349; CHUAH, 573; WELTER, 89; ŞAHİN, (Ödeme 2), 11.

3.3.7.8.1. Tanımı ve Tarafları

Akreditif şartlı bir ödeme taahhüdü olup, akreditif şartlarına uyulması ve uygun belgelerin verilmesi karşısında mal bedelinin ödenmesini ifade etmektedir.¹⁴¹⁶ Bu yöntemde banka, alıcı adına hareket ederek, satıcının sunduğu belirli belgeler karşılığında, satıcıya belirli bir miktar parayı ödemeyi yüklenir veya başka bir bankayı ödemeye yetkilendirir.¹⁴¹⁷ Tarafların birbirlerini hiç tanımamaları ya da salt iç hukuku ilgilendiren hukuki ilişkilere kıyasen iyi tanımamaları, malların gönderilmesinde gecikme olması halinde paranın bağlı kalacak olması, herhangi bir terslik olması durumunda ortaya çıkan uyuşmazlığın milletlerarası nitelik taşıması gibi sebeplerle bu ödeme yöntemini kullanmak isterler.¹⁴¹⁸

UCP 600 m.2'deki tanıma göre akreditif; -Ad ve tanımlaması ne olursa olsun- amir bankanın uygun bir ibrazı karşılayacağına ilişkin kesin yükümlülüğünü oluşturan dönülemez nitelikte herhangi bir düzenleme anlamına gelir. Buna göre akreditif, alıcı ve satıcı arasındaki sözleşme gereğince, ithalatçının ilgili belgeleri kendi bankasına ibraz ederek, açılacak akreditif metnindeki şartlara uygun belgelerin ihracatçı tarafından hazırlanıp kendi bankasına verilmesi ve oradan da ithalatçının bankasına gönderilmesi karşılığında ödeme yapılacağı veya poliçenin kabul edileceği ya da iştira (satın alma) yapılacağına dair bir banka taahhütüdür.¹⁴¹⁹ Akreditif ilişkisi olarak anılan bu ilişki, alıcı-satıcı arasındaki asıl ilişkiden tamamen bağımsızdır.¹⁴²⁰

Akreditifte temel olarak; alıcı, satıcı ve akreditif bankası olmak üzere üç taraf bulunur.¹⁴²¹ Uygulamada genellikle kendi bankasına akreditif açtırma talimatı veren akreditif amiri (ithalatçı), ithalatçının talimatı üzerine ihracatçı lehine akreditif açan ve ihracatçının bankasına bildiren amir banka ve adına akreditif açılan ve uygun evrakların

¹⁴¹⁶ REİSOĞLU, Seza: "Hukuki Açidan Akreditif ve Uygulama Sorunları", *Bankacılar Dergisi*, Sayı:52, 2005, 39-55, Erişim adresi: https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/hukuki_acidan.pdf, Erişim tarihi: 25.02.2016, 2; BAĞRIAÇIK, 124; DÖLEK, 33; ŞAHİN, (Ödeme 1), 7; ŞAHİN, (Ödeme 2), 11; GERNİ, 6; ÇINAR, 169; KÖKSAL, 27.

¹⁴¹⁷ HOUTTE, 266.

¹⁴¹⁸ CHUAH, 573. Benzer yönde bkz. DOĞAN, (Akreditif), 1-2.

¹⁴¹⁹ BAĞRIAÇIK 124. Akreditifin hukuki niteliği hakkında ayrıca bkz. DOĞAN, (Akreditif), 8-10; REİSOĞLU, Seza: *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif*, 2. Baskı, Ankara, 2009, 21-27.

¹⁴²⁰ DOĞAN, (Akreditif), 70 vd.; REİSOĞLU, (Uygulama), 3; ŞAHİN, (Ödeme 2), 11.

¹⁴²¹ DOĞAN, (Akreditif), 54; REİSOĞLU, (Akreditif), 21.

ibrazı ile ödemeyi tahsil edecek olan ihracatçı dışında, gelen akreditifi ihracatçıya ihbar eden ihbar bankası (yerli banka) da katılmaktadır. Bunlar dışında teyit bankası, ödeme bankası gibi başka bankaların da ilişkisi dahil olması mümkündür.¹⁴²²

3.3.7.8.2. İşleyişi

Akreditifin işleyişi akreditifin türlerine göre farklılıklar göstermekle birlikte,¹⁴²³ genel olarak mekanizması şu şekilde işlemektedir:

Öncelikle ithalatçı kendi bankasına akreditif açma talimatı verir, ardından akreditif metni ihbar bankasına gönderilir ve buradan ihracatçıya bildirir. Malların yüklemesi yapıldıktan sonra belirtilen nitelikteki belgeler ihbar bankasına ibraz edilir ve ihbar bankası sevk evrakları ve diğer belgelerin doğruluğunu ve sözleşmeye uygunluğunu kontrol ederek, (teyit ve ödeme bankası ise) belgeleri uygun bulunduğu takdirde ödemenin yapılması sağlanır.¹⁴²⁴ Akreditifin en önemli özelliği, uygun belgelerin ibrazı ile ödemenin yapılmasını sağlamasıdır. Dış görünüş itibarıyla akreditifte belirtilen belgelerin bankaya ibrazı ile satıcı, akreditif bankasına –ve varsa teyit bankasına- karşı bir alacak hakkı elde eder. Bankalar ise belgeyi yalnızca dış görünüş itibarıyla ve makul bir özenle inceleme yükümlülüğü altında olup, dış görünüş itibarıyla geçerli belgelerin ibrazına binaen ödemeyi yapmakla yükümlüdür.¹⁴²⁵

Taraflar akreditifli ödemeyi seçmişlerse ihbar bankası veya teyit bankasının konumunu dikkatlice seçmelidir. Zira genellikle banka ile amir arasındaki akreditif

¹⁴²² Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, (Akreditif), 56; REİSOĞLU, (Akreditif), 165 vd.; REİSOĞLU, (Uygulama), 10-14; GÜRSOY, 76-78; BAĞRIAÇIK, 124-125; DÖLEK, 33; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 259-260; ERYÜREK, 5; BAKIR, 71; ÇINAR, 169-170; ŞAHİN, (Ödeme 2), 12.

¹⁴²³ Akreditif türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, (Akreditif), 37 vd.; REİSOĞLU, (Akreditif), 111-155; ÇINAR, 171-176; CANITEZ, (Ödeme 2), 67-84; ŞAHİN, (Ödeme 2), 15-19; BAKIR, 69-79; KÖKSAL, 29-34; GÜRSOY, 80-85; CANITEZ, (Dokümantasyon 1), 206-222; ERYÜREK, 7-22.

¹⁴²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 464; CHUAH, 591; FOX, 85-86; HOUTTE, 265 vd.; ÖZEL (Akreditif), 347-348; BAĞRIAÇIK, 125-126; DÖLEK, 34; CANITEZ, (Ödeme 1), 203-206; CANITEZ, (Ödeme 2), 67-70; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 261-262; GERNİ, 7; ŞAHİN, (Ödeme 1), 8; ŞAHİN, (Ödeme 2), 13; ERYÜREK, 11 vd.; KÖKSAL, 27 vd.

¹⁴²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, (Akreditif), 268 vd.; REİSOĞLU, (Akreditif), 253 vd.; REİSOĞLU, (Uygulama), 1 vd.

sözleşmesinde, aralarındaki ilişkinin bankanın yerleşim yeri hukukuna tabi olacağına ilişkin hükme yer verilmektedir.¹⁴²⁶

Akreditifte ödeme yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için, akreditif şartlarına uygun nitelikteki belgelerin, süresi içinde ve usulüne uygun olarak ibraz edilmiş olması gerekir.¹⁴²⁷ Ödeme, mala veya hizmete istinaden değil, ibraz edilen belgelere istinaden yapılmaktadır.¹⁴²⁸ Akreditif, her iki taraf açısından da ödemenin garantiye alınmasını sağlamakla birlikte, bankaya ibraz edilecek belgeler konusunda oldukça titiz davranılmaktadır. Akreditifte kullanılan belgeler; taşıma belgeleri, ticari belgeler, sigorta belgeleri, finansal belgeler, sağlık ve veteriner sertifikaları olarak sınıflandırılabilir.¹⁴²⁹ Bunlar dışında alıcı elbette gümrük işlemleri için gereken diğer belgeleri de isteyebilir.¹⁴³⁰

3.3.7.9. Ödeme Maddesinin Düzenlenmesi

Milletlerarası ticarete ödemeler, önemli ölçüde ICC gibi organizasyonların yayınladığı kurallarla yönetilmektedir.¹⁴³¹ Milletlerarası ticarete kullanılan ödeme yöntemlerinin işleyişi ve tarafların yükümlülükleri ülkeden ülkeye farklılık göstermez.¹⁴³² Bu nedenle taraflar sözleşme türü ve konusuna uygun olarak herhangi bir ödeme biçimini seçebilirler. Yalnızca basit malların alım-satımından ibaret olan sözleşmelerin ödeme ile ilgili maddelerinin düzenlenmesinde genellikle problem ortaya çıkmaz. Buna karşılık, karmaşık ürünler içeren sözleşmeler veya mal, hizmet ve lisans sözleşmelerini içine alan bileşik sözleşmeler yahut uzun süreli tedarik sözleşmeleri gibi bazı sözleşmelerin ödemeler bölümü, genellikle karmaşık yapıdadır ve bu nedenle o alanda çalışan uzman kişilerce düzenlenmeyi gerektirir. Böyle bir sözleşmede genellikle belirli bir fiyat listesi yerine, fiyatın belirlenmesi için bir mekanizma ve yöntem ortaya koyan kademeli/ayarlanabilir fiyatlandırmaya (*adjustable price*) yer verilir. Bu tür bir kademeli fiyatlandırma maddesi ise madde kapsamını, istisnaları ve fiyat ayarlamasına neden olacak etkenleri veya

¹⁴²⁶ DOĞAN, (Akreditif), 168. Benzer yönde bkz. CHATTERJEE, 49.

¹⁴²⁷ DOĞAN, (Akreditif), 239; DALHUISEN (V.III), 352.

¹⁴²⁸ KÖKSAL, 27.

¹⁴²⁹ DIMATTEO, 113 vd. Milletlerarası ticarete kullanılan bu ve benzeri belgeler hakkında kısaca bkz. İkinci Bölüm, 1. Müzakere Sürecinde Hazırlanan Belgeler.

¹⁴³⁰ CHATTERJEE, 51.

¹⁴³¹ GOODE vd., 350.

¹⁴³² EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 15.

değişiklikleri açıkça tanımlamalıdır. Fiyat ayarlamaları, ödemenin gecikmesi ve benzeri durumlar için mücbir sebep ve zaruret haline ilişkin maddelere atıfta bulunulması isabetli olabilir. Bu gibi hallerde, mücbir sebep veya zaruret hali ortaya çıktığında, genellikle tarafların iyi niyetle fiyatı yeniden müzakere etmelerini gerektirir.¹⁴³³

Ödemenin, taraflardan birisinin ülkesinin para birimi ile yapılması, bu tarafı döviz kuru dalgalanmalarından bağımsız tutacaktır. Fakat ödemenin yabancı bir para birimi üzerinden yapılması halinde kur dalgalanmalarına ilişkin hükümler de bu bölüm altında belirtilmelidir.¹⁴³⁴ Başka bir deyişle, ödemenin taraflardan en az birisi için yabancı bir para birimi üzerinden yapılması halinde, döviz kurunun ne şekilde belirleneceği sözleşmede belirtilmelidir.

3.3.8. Taşıma ve Teslim Şekli ve Zamanına İlişkin Madde

Teslim, malların alıcıya aktif olarak naklini ifade etmektedir.¹⁴³⁵ Klasik tanıma göre teslim; satıcı ve alıcının, aynı yerde ve zamanda bulunarak, satıcının alıcıya, sözleşme konusu malları fiziksel olarak teslim etmesidir. Günümüzde ise malları temsil eden belgelerin teslimiyle malların teslim edilmesi veya teslim edilmiş sayılan hallerin ortaya çıkması sebebiyle bu tanım yetersiz kalmaktadır. Birçok durumda malların teslimi, yalnızca malları temsil eden belgelerin zilyetliğinin devri ile gerçekleşmektedir.¹⁴³⁶

3.3.8.1. Taşıma ve Teslimle Bağlantılı Bazı Hususlar

Malların ne şekilde taşınacağı, ne zaman, nerede ve ne şekilde teslim edileceği müzakere aşamasında belirlenir.¹⁴³⁷ Milletlerarası ticarette birden fazla taşıma şeklinin kullanıldığı ve farklı kişilerin taşıma işini yaptığı multimodal veya kombine taşıma söz konusu olsa dahi, tek bir taşıma operatörünün sorumluluğunda taşıma işi gerçekleşmektedir.¹⁴³⁸ ‘Malların taşınması ve teslimi’ ifadesi; teslim yeri, teslim zamanı,

¹⁴³³ DIMATTEO, 61.

¹⁴³⁴ DIMATTEO, 61.

¹⁴³⁵ BRIDGE, (Sale of Goods), 266.

¹⁴³⁶ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 334-335, 471

¹⁴³⁷ CHATTERJEE, 47-48.

¹⁴³⁸ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 15.

teslim yöntemi, sigorta giderlerinin kime ait olacağı, taşıma şekli ve taşıma giderlerinin kime ait olacağı gibi hususları içine almaktadır. Malların nasıl taşınacağı ve teslim edeceğine ilişkin detayların belirlenmesi, ortaya çıkabilecek birçok muhtemel sorun karşısında hasar ve zararın hangi andan itibaren kimde olacağı, belirli nitelikteki masraflara kimin katlanması gerektiği, taşıma veya teslimin öngörülen şekilde veya öngörülen zamanda yapılmaması halinde, karşı tarafın sahip olacağı imkanların neler olacağı ve benzeri sorulara ışık tutacaktır. Teslimin temel olarak, alıcı ve satıcı arasındaki hususlar dışında sözleşmeye etkisi (harici etki) ile alıcı ve satıcı arasındaki hususlara etkisi (dahili etki) olmak üzere iki tür etkisinden söz edilebilir.¹⁴³⁹

Teslimin harici etkisi, özellikle hangi ülke mahkemelerinin yetkili olduğu veya olmadığı konusunda ve tarafların uygulanacak hukuku belirlemediği hallerde teslim yerinin zımni hukuk seçimine delalet edebilmesi veya sıkı ilişkiyi sağlayan nokta olarak görülmesi sebebiyle karşımıza çıkar.¹⁴⁴⁰

Teslimin dahili etkisi olarak nitelendirilen hallerin en önemlisi ise, yarar ve hasarın intikali ile satıcının mülkiyeti devir borcunun ortaya çıkmasıdır. Bunun dışında malların sözleşmeye uygunluğu, malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda başvurulabilecek yollara ilişkin sürelerin başlaması, zararın hesaplanmasının hangi andan itibaren başlayacağı gibi durumlar da malların teslim anı ile yakından ilgilidir.¹⁴⁴¹ Bu hususlar, sözleşmeler hukukunun uyumlaştırılmasından bahsedilen günümüzde dahi hukuk sistemlerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir.¹⁴⁴²

Teslimle doğrudan ilgili bir başka husus ise mülkiyetin intikalidir. Malların taşınması sırasında mülkiyetin ve hasarın intikali, malların teslim edildiği yerden farklı bir yerde gerçekleşebilir. Milletlerarası ticarete malların teslimi ile mülkiyetinin devredilmesi,

¹⁴³⁹ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 337.

¹⁴⁴⁰ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 337-338.

¹⁴⁴¹ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 337.

¹⁴⁴² Örneğin, Fransız, İtalyan, Yunan ve Alman hukuklarında satıcı, teslimi geciktirir ve teslimat zamanını belirlemezse, alıcı, normal şartlar altında ifayı reddetmeden önce teslimatı talep etmek ve satıcının ifayı gerçekleştirmesi için makul süre vermek zorundadır. Anglo-Amerikan hukuku ise daha katı kurallar içermektedir ve böyle bir durumda ifa için makul sürenin geçmesi halinde, ifa otomatikman reddedilmiş sayılmaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda kararlaştırılan zaman, sözleşmenin özü olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MCCALL/WARRINGTON, 95.

genellikle birbirinden belirgin şekilde ayrılmaktadır.¹⁴⁴³ Hukuk sistemlerinde de malın teslimi, mülkiyetin intikali, yarar ve hasarın intikali her zaman aynı ana denk gelmez ve hukuk sistemlerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bu nedenle taraflar, mülkiyetin ve hasarın hangi andan itibaren alıcıya geçeceğini sözleşmede açıkça belirtmelidirler. Teslim maddesi, ayrıca malların gümrükten geçişinde ödenmesi gereken kamu otoritelerine ait vergi ve harçları da içerebilir.¹⁴⁴⁴ Taşıma türleri ve bununla bağlantılı olarak hasarın intikali, taşıma masrafları, sigorta, vergi ve harçların hangi tarafça ödeneceği gibi hususlar milletlerarası ticarete genel kabul gören ve yaygın olarak kullanılan, MTO tarafından hazırlanan yeknesak terimlere ilişkin kurallarda düzenlenmiştir. Ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık durumunda, milletlerarası alanda kabul gören bu terimlerin kullanılması, taraflar için daha pratik olacaktır. Uygulamada da bu terimler, milletlerarası ticari sözleşmelerin büyük bir çoğunda kullanılmaya başlanmıştır. Bununla birlikte terimler, her iki tarafın da terimlerin işaret ettiği hususları ve ayrıntılarını anlamaları halinde kullanışlı olacaktır. Aksi halde terimlerin yanlış anlaşılması beklenmeyen sorumlulukların doğmasına sebep olabilir.¹⁴⁴⁵

3.3.8.2. Teslim Zamanı

Teslimin sözleşmeye uygun yapıldığının kabulü için, sadece malların belirtilen yerde ve belirtilen şekilde teslim edilmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda belirlenen zamanda teslim edilmelidir.¹⁴⁴⁶ Hatta bazı sözleşmelerde teslim zamanı, sözleşmenin hayati önem taşıyan unsuru olarak kabul edilir.¹⁴⁴⁷

Taraflar teslim zamanını, belirli bir takvim günü olarak belirleyebilecekleri gibi, belirli bir zaman aralığı olarak da belirleyebilirler.¹⁴⁴⁸ Örneğin; 'Temmuz ayı içerisinde', 'Temmuz'un 15'ine kadar', 'gelecek ayın ortasında, '3 iş günü içinde' gibi' ifadelerle yer

¹⁴⁴³ Hukuk sistemlerinde taşınır mallarda mülkiyetin intikali de farklı şekillerde düzenlenmiştir. Örneğin Amerikan, İngiliz, Fransız, Belçika, İtalyan ve Portekiz hukuklarında, mallar teslim edilsin veya edilmesin, taraflar mülkiyetin ne zaman intikal edeceğini kararlaştırmışlarsa o andan itibaren mülkiyet intikal edecektir. Buna karşılık Hollanda, İspanyol, Alman, Arjantina ve diğer bir kısım ülke hukuklarında ise mülkiyetin devri, malların fiilen teslim edilmesi ile gerçekleşmektedir. MCCALL/WARRINGTON, 96.

¹⁴⁴⁴ DIMATTEO, 62.

¹⁴⁴⁵ DIMATTEO, 63.

¹⁴⁴⁶ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 344.

¹⁴⁴⁷ CHATTERJEE, 48.

¹⁴⁴⁸ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 345-346.

verilebilir. Bazı durumlarda ise tarafların teslim zamanını belirli bir takvim günü veya zaman aralığı olarak belirlemesi mümkün olmayabilir. Örneğin malların teslimi, üreticinin malları üretmesine veya başka olayların gerçekleşmesine bağlı olabilir. Bu gibi hallerde taraflar, teslim tarihini söz konusu olayın gerçekleşmesine bağlı olarak belirler.

Teslim zamanının belirli bir takvim günü olarak belirlenmesi halinde genellikle problem çıkmaz. Buna karşılık belirli bir zaman aralığı olarak belirtilmesi veya 'gelecek ayın ortasında', 'üreticiden teslim alınmasından itibaren en kısa zamanda', '3 iş günü içinde', 'makul sürede',¹⁴⁴⁹ '6 hafta içinde' ve benzeri şekilde belirli bir takvim gününü açıkça işaret etmeyen hallerde, teslim zamanının kesin biçimde belirlenmesinde problem çıkabilir. Bu riskin önüne geçebilmek için, net teslim zamanının, başka bir ifadeyle sürelerin ne şekilde hesaplanacağını sözleşmede belirtilmesi de yerinde olacaktır. İşgünü kavramına haftasonu ve resmi tatillerin dahil olup olmadığı, son günün tatil günü olması durumunda uzayıp uzamayacağı, farklı saat dilimlerinde bulunan taraflar söz konusu ise hangi saat dilimine göre belirleneceği, sürenin başlangıç ve bitiş tarihlerinin neye göre belirleneceğine ilişkin detayların belirtilmesi gerekir.

3.3.8.3. Incoterms

*Incoterms*in amacı, taraflar arasındaki mesafe, dil, yerel ticari adetlerdeki farklılıklar nedeniyle milletlerarası ticari terimlerin farklı şekillerde yorumlanması sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıkları gidermektir. Bazı sözleşme hükümleri, milletlerarası mal satımını konu alan hemen tüm sözleşmelerde yer almaktadır. Oldukça yaygın olarak kullanılan ve hemen tüm milletlerarası ticari sözleşmelerde yer alan terimlerin bile alışlagelmiş anlamında kullanılmadığı zaman zaman görülmüş ve bu nedenle MTO milletlerarası ticarete kullanılan terimlere ilişkin bir kurallar listesi yayımlamıştır.¹⁴⁵⁰ *Incoterms* ilk olarak 1936 yılında

¹⁴⁴⁹ 'Makul süre' ifadesi, milletlerarası alanda karşımıza çıktığı gibi, birçok Anglo-Amerikan, Doğu Avrupa, Doğu Asya, Orta Asya ülkeleri hukuk sistemlerinde de sıklıkla karşımıza çıkar. Bu kavram, somut olaydaki hal ve şartlara bağlı olarak değişkenlik gösterir. 'Makul süre' olarak adlandırılan bu zaman, her olayda, tarafların menfaatleri, sözleşmenin türü, sözleşme konusunun özellikleri, şayet olağanın dışında bir durum ortaya çıkmışsa karşı tarafın sözleşmenin kuruluşunda bu durumu bilip bilmediği ve benzeri hususlar dikkate alınarak belirlenir. Bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 248-349.

¹⁴⁵⁰ GABRIEL, 241; HOUTTE, 171. Benzer yönde RAMBERG, Jan: *ICC Guide to Incoterms 2010*, ICC Publication, No: 720E, 2011, 20.

yayınlanmış, zaman içerisinde çeşitli değişiklikler yapılmış ve son olarak 2010 yılında güncellenmiştir.¹⁴⁵¹

Incoterms milletlerarası ticari sözleşmelerde terim birliği sağladığı gibi, terimlere yüklenen anlama kesinlik kazandırmakta ve sözleşmelerin kılmasına imkan vermektedir. Bununla birlikte, *Incoterms*de yer alan terimlerin anlamı milletlerarası ticaretin farklı alanlarında ve farklı limanlarda her zaman birebir aynı anlamda kullanılmaz. Bu gibi durumlar, milletlerarası ticarete ihtilaflara ve karışıklığa sebep olmaktadır. ICC bu gibi ihtilafların önüne geçmek amacıyla ortak teamülleri yansıtan *Incoterms*leri ortaya koymaya çalışsa da, millî teamüllerin çok çeşitli olması sebebiyle aynı şekilde yorumlanması son derece zordur.¹⁴⁵²

3.3.8.3.1. *Incoterms*'in Özellikleri

Incoterms 2010 kurallarının giriş kısmında da belirtildiği gibi kurallar, sözleşmeye ilişkin her tür konuyu kapsamamaktadır.¹⁴⁵³ Kurallar malların nerede karşı tarafa teslim edileceği, hasarın geçiş yeri ve zamanı, malların ambalajlanması ve muayenesi, masrafların paylaşımı, ithalat ihracat işlemleri, güvenlik kontrolleri gibi hususları hangi tarafın yerine getireceği, bazı taşıma türlerinde sigortayı hangi tarafın yaptıracığı ve masrafa katlanacağı gibi konuları düzenlemektedir. Buna karşılık ödemeye ilişkin hususlar, mülkiyetin intikali, uyuşmazlıkların çözümü, sözleşmenin ifa edilmemesinin hüküm ve sonuçları, mücbir sebep, cezai şart gibi sözleşmeye ilişkin bir çok konuyu kapsam dışında bırakmaktadır.

*Incoterms*lerle, söz konusu malın taşınmasına ilişkin olarak yapılan taşıma sözleşmeleri arasında çok sıkı bağlantı bulunmaktadır ve bu durum bazı problemlere sebep olabilmektedir. Önemli problemlerden birisi, taşıma sözleşmelerine ilişkin ticari teamüllerin bölge, liman, yer ve zamana göre değişebilmesidir. Ayrıca satım sözleşmesi ile taşıma

¹⁴⁵¹ İlk kez yayınlanmasının ardından 1963, 1967, 1976, 1980, 1990 ve 2000 yıllarında revize edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. CHUAH, 34; GABRIEL, 241; HOUTTE, 172; RAMBERG, (Incoterms), 8-9. Terimler milletlerarası ticaretteki değişimine paralel olarak güncellendiğinden, var olan eğilim doğrultusunda bazı terimler çıkartılmakta veya yenileri eklenmektedir.

¹⁴⁵² HOUTTE , 171-172; GABRIEL, 242; RAMBERG, (Incoterms), 20-21. RAMBERG, bu terimlerin kullanıldığı durumlarda nadiren yanlış anlamaların ve farklı yorumların ortaya çıktığını belirtmektedir. Bkz. RAMBERG, (Incoterms), 16.

¹⁴⁵³ Bkz Incoterms 2010, 12.

sözleşmesinde aynı terimlerin kullanılmaması; tarafların taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin sınırlamaları yeterince anlamamış olması; ticari teamüller değişmesine rağmen aynı terimi kullanmaya devam etmeleri; FAS, FOB, CFR, CIF gibi bazı terimlerin, malların yalnızca deniz yoluyla taşınacağı durumlarda kullanılabilmesi gibi hususlar problemlere sebep olabilmektedir.¹⁴⁵⁴ Bu nedenle terimler kullanılırken, asıl sözleşmede kullanılan terim ile taşıma sözleşmesi arasındaki uyuma, ilgili bölgedeki ticari teamüllere ve taşımanın özelliklerine dikkat edilmesi gerekir.

3.3.8.3.2. Incoterms'de Teslim Şekilleri

Incoterms 2010, 2000 yılındaki versiyonundan farklı olarak taşıma türlerini E, F, C, D grubu şeklinde 4 ana başlık altında düzenlememiş,¹⁴⁵⁵ bunun yerine ikili ayırım yaparak 'deniz ve iç su taşımalarına özgü kurallar' ile 'tüm taşıma türlerini kapsayan kurallar' şeklinde bir ayırım yapmıştır. İşyerinde teslim (Ex Works-EXW), taşıyıcıya masrafsız teslim (*Free Carrier-FCA*), gemi bordrasında teslim (*Free on Board-FOB*), gemi doğrultusunda masrafsız teslim (*Free Alongside Ship-FAS*), mal bedeli ve navlun ödenmiş olarak teslim (*Cost and Freight-CFR*), mal bedeli, sigorta ve navlun ödenmiş olarak teslim (*Cost, Insurance and Freight-CIF*), taşıma ücreti ödenmiş olarak teslim (*Carriage Paid to-CPT*), taşıma ve sigorta ücreti ödenmiş olarak teslim (*Carriage and Insurance Paid to-CIP*), yerinde teslim (*Delivered at Place-DAP*), terminalde teslim (*Delivered at Terminal-DAT*), gümrük vergileri ödenmiş olarak teslim (*Delivered Duty Paid-DDP*) olmak üzere toplamda 11 terimden oluşmaktadır.¹⁴⁵⁶

¹⁴⁵⁴ RAMBERG, (Incoterms), 27-28.

¹⁴⁵⁵ Incoterms 2000 versiyonu taşıma türlerini bu şekilde düzenlemiş; çıkış (E grubu), navlun ödenmemiş (F grubu), navlun ödenmiş (C grubu), varış (D grubu) olarak taşıma türlerini gruplamıştır. Bu gruplandırmada E grubu satıcının yükümlülüğünün en az olduğu yöntemleri içermekte, E'den D'ye doğru satıcının yükümlülükleri her kademedede göreceli olarak biraz daha artmakta ve nihayet D grubu satıcının yükümlülüğünün en fazla olduğu yöntemleri belirtmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GABRIEL, 257 vd.; ÖZKAN, Ö., 17 vd.; KAZMA, Sedef Burçin: "Incoterms 2000, Incoterms 2010 Değişiklikleri ve Türk Ticaret Hukuku'nda Incoterms", İstanbul, 2011. Erişim adresi: http://www.agchukuk.com/dosyalar/uluslararası_ticari_satışlarda_teslim_klozlari_incoterms-20.PDF, Erişim tarihi: 19.04.2014, 7 vd. 2010 yılındaki versiyon yapısal olarak bu şekilde düzenlenmemekle birlikte, bu husus 2010 versiyonu için de geçerlidir.

¹⁴⁵⁶ Incoterms'in daha önceki versiyonlarında yer alan DAF, DES, DEQ, DDU terimleri Incoterms 2010'da çıkarılmış, bunlar yerine DAT ve DAP eklenmiştir.

Bunlar içinde EXW,¹⁴⁵⁷ FCA,¹⁴⁵⁸ CIP,¹⁴⁵⁹ CPT,¹⁴⁶⁰ DAT,¹⁴⁶¹ DAP,¹⁴⁶² DDP¹⁴⁶³ tüm taşıma türlerini kapsayan kurallar başlığı altında düzenlenmiş, FAS,¹⁴⁶⁴ FOB,¹⁴⁶⁵ CFR¹⁴⁶⁶ ve CIF¹⁴⁶⁷ ise sadece deniz ve iç su taşımacılığına özgü kurallar başlığı altında düzenlenmiştir.

¹⁴⁵⁷ Bu teslim şeklinde taraflar, malların teslim alınacağı yeri özellikleriyle belirlememişlerse satıcı, alıcının amacına uygun düşecek biçimde teslim yerini belirleyebilir. Satıcı, ihrac izni için alıcının ihtiyaç duyduğu her türlü yardımı yapmak; teslime kadar geçen süreçte mallarla ilgili tüm masrafları karşılamak; malların ne zaman ve nerede teslim edileceğini alıcıya uygun biçimde bildirmek; malların alıcıya teslimi amade bulundurulması amacıyla yapılan kontrol işi masraflarını ödemek; malların taşınması için uygun ambalajlamayı yapmak ile yükümlüdür ve mallar alıcıya uygun biçimde teslim edilene kadar gerçekleşen her türlü hasar ve masrafa katlanır. Bkz. Incoterms 2010, 16-19. Malların uygun biçimde ambalajlanması satıcının sorumluluğundadır. Buna karşılık alıcı, uygun biçimde teslim edilen malları kabul etmek; sözleşmeye uygun olarak bedeli ödemek; ihracat ve ithalat için gereken izinleri almak; teslimden itibaren mallarla ilgili tüm masraflara katlanmak; vergi, resim, harç ve diğer gümrük işlemleriyle ilgili diğer ödemeleri yapmak; mallar uygun olarak teslim hazır tutulmasına rağmen teslim alınmaması veya bildirim yapılmaması sebebiyle ortaya çıkan ek masraflara katlanmak; yüklemeden önceki gözetim için gereken ödemeleri yapmak; sigorta veya ithalat-ihracat izinleri için satıcının ödediği masrafları satıcıya geri ödemek; satıcıya malların teslim alındığına ilişkin belge vermek ile yükümlüdür ve teslimden itibaren gerçekleşen her türlü hasar ve masrafa katlanır. Bkz. Incoterms 2010, 17-21.

¹⁴⁵⁸ FCA teslimde satıcı, alıcıya malları ve ticari faturayı teslim etmek; gerekli ihracat iznini almak; malların uygun biçimde teslimine kadar mallarla ilgili her türlü masrafa katlanmak; ihracatla ilgili gümrük masrafları, vergi, resim ve harçlar ile ihracat için gereken diğer masrafları ödemek; alıcıya, malların teslim edildiğine dair bildirimde bulunmak; alıcıya, malların teslim edildiğine dair belge sağlamak; malların teslimi amacıyla yapılan kontrol masraflarını ödemek; malların taşınması için ambalajlanmasını sağlamak ile yükümlü olup, mallar uygun biçimde teslim edilene kadar her türlü hasar ve masrafa katlanır. Bkz. Incoterms 2010, 24-30. Buna karşılık alıcı, kararlaştırılan bedeli ödemek; malı ve mala ilişkin teslim belgelerini kabul etmek; gerekli ithalat izinlerini almak; ithalatla ilgili gümrük masrafları, vergi, resim ve harçlar ile ithalat için gereken diğer masrafları ödemek; malların tesliminde itibaren mallarla ilgili her türlü masrafa katlanmak; belirlediği taşıyıcıya ilişkin bilgileri ve taşıyıcıya teslim edileceği tarihi satıcıya bildirmek; (gözetim ihracat ülkesince zorunlu kılınmadığı sürece) yükleme öncesi her türlü gözetim masrafını ödemek ile yükümlü olup, malların teslim alınmasından itibaren ortaya çıkan her türlü hasar ve masrafa katlanır. Bkz. Incoterms 2010, 25-31.

¹⁴⁵⁹ Satıcı, alıcıya malları ve ticari faturayı sunmak; gerekli ihracat izinlerini ve diğer resmi izinleri almak, gerekli ihracat ve gümrük işlemlerini yapmak ve bunların masraflarına katlanmak; malların taşınması için uygun bir gemiyle ve olağan rotayı izleyerek kararlaştırılan varış limanına taşınmasını sağlamak ve bunların masraflarına katlanmak; masrafı kendisine ait olmak üzere malların uygun biçimde sigortalanması ve sigorta primlerinin ödenmesi ve alıcının ek sigorta yaptırmak istemesi halinde gerekli her türlü bilgiyi alıcıya sunmak; malların yükleme ve boşaltma masraflarına katlanmak; malların taşıma biçimine uygun olarak kontrolü ve ambalajlama masraflarına katlanmak; alıcıya, malların belirlenen limanda taşıyıcıya teslim edildiğini bildirmek ile yükümlüdür. Bkz. Incoterms 2010, 44-50. Alıcı, mallar taşıyıcıya teslim edildiğinde malları kabul etmek; kararlaştırılan bedeli ödemek, teslime ilişkin belgeleri kabul etmek; kararlaştırılan yerde malları taşıyıcıdan teslim almak; gerekli ithalat izinlerini ve diğer resmi izinleri almak, taşımanın yapıldığı rotadaki transit ülkeler için gereken ithalat ve gümrük işlemlerini yapmak ve bunların masraflarına katlanmak; (gözetimin ihracat ülkesince zorunlu kılındığı durumlar hariç olmak üzere) yükleme öncesi her türlü gözetim masrafını ödemek; satıcının yaptığı ek masrafların, satıcı ve taşıyıcı arasındaki sözleşmenin kapsamadığı ölçüde satıcıya geri ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı, malların hangi limanda ve ne zaman teslim edileceğine ilişkin satıcıya uygun bildirimde bulunmamışsa, bundan doğan zararlara ve ek masraflara katlanır. Bkz. Incoterms 2010, 45-51.

¹⁴⁶⁰ Karma taşıma da dahil olmak üzere her türlü taşıma şeklinde kullanılabilir. Satıcı ve alıcının yükümlülükleri CPT ile hemen hemen aynıdır. CPT'den farklı olarak CIP'te malların taşıma sırasındaki hasara karşı sigortalanması da satıcının sorumluluğu altındadır.

¹⁴⁶¹ Karma taşıma da dahil olmak üzere her türlü taşımada kullanılabilir. Satıcı, malların alıcının belirlediği terminal, liman veya başka bir varış noktasında taşıma aracından boşaltılmasına kadarki tüm hasara ve

masraflara katlanır. Satıcının ihracata ait gümrük işlemlerini tamamlaması gerekirken, ithalata ait gümrük vergilerini ödeme ve diğer ithalat işlemlerini yapma yükümlülüğü yoktur.

¹⁴⁶² DAF, DES, DDU'nun yerini almıştır. Satıcı, malların belirlenen yere kadar taşınana kadar ortaya çıkacak hasar ve (gümrük masrafları dışındaki) tüm masraflara katlanır.

¹⁴⁶³ Karma taşıma da dahil olmak üzere her türlü taşımada kullanılabilir. Satıcı, ithal gümrüğünden geçirilmiş malların, ithal ülkesinde belirlenen noktaya taşınmasına kadar ki tüm masraflardan sorumludur. Malların, alıcı tarafından belirlenen terminal liman veya diğer varış noktasında alıcıya teslim edildiği taşıma türüdür. Bkz. Incoterms 2010, 149-154.

¹⁴⁶⁴ Satıcı, alıcıya malları ve ticari faturayı sunmak; gerekli ihraç izinlerini almak; belirlenen tarihte, alıcı tarafından belirlenen yükleme limanında ve alıcı tarafından belirlenen gemiye yüklenmek üzere malları indirmek; malların teslimine kadar mallarla ilgili her türlü masrafa katlanmak; ihraçla ilgili gümrük masrafları, vergi, resim ve harçlar ile ihracat için gereken diğer masrafları ödemek; alıcıya, malların belirlenen gemiye yüklenmek üzere limana bırakıldığını bildirmek; alıcıya, malların teslimine ilişkin belge sunmak; malların kontrolü ve paketlenmesi ile ilgili masraflara katlanmak ile yükümlü olup, mallar limanda geminin yanına bırakılana kadar ortaya çıkan her türlü hasar ve masrafa katlanır. Bkz. Incoterms 2010, 80-84. Alıcı, malları kabul etmek; kararlaştırılan bedeli ödemek; teslimine ilişkin belgeleri kabul etmek; gerekli ithalat izinlerini almak; taşıma sözleşmesini yapmak; malların uygun biçimde tesliminden itibaren mallarla ilgili her türlü hasar ve masrafa katlanmak; ithalatla ilgili gümrük masrafları, vergi, resim ve harçları ödemek; belirlediği gemiye ilişkin bilgileri, yükleme noktasını ve beklenen teslim tarihi satıcıya bildirmek; (gözetim ihraç ülkesince zorunlu kılınmadığı sürece) yükleme öncesi her türlü gözetim masrafını ödemek ile yükümlü olup, malların teslim alınmasından itibaren ortaya çıkan her türlü hasar ve masrafa katlanır. Bkz. Incoterms 2010, 81-85.

¹⁴⁶⁵ Satıcı, alıcıya malları ve ticari faturayı sunmak; gerekli ihraç izinlerini almak; belirlenen tarihte, alıcı tarafından belirlenen yükleme limanında ve alıcı tarafından belirlenen gemi küpeştesine yüklenene kadar mallarla ilgili her türlü masrafa katlanmak; ihraçla ilgili gümrük masrafları, vergi, resim ve harçları ödemek; alıcıya, malların belirlenen gemide teslim edildiğini bildirmek ve malların teslimine ilişkin belge sunmak; malların kontrolü ve paketlenmesi ile ilgili masraflara katlanmak ile yükümlü olup, mallar limanda gemi güvertesinde teslim edilene kadar ortaya çıkan her türlü hasar ve masrafa katlanır. Bkz. Incoterms 2010, 88-92. Alıcı, malları kabul etmek; kararlaştırılan bedeli ödemek; teslimine ilişkin belgeleri kabul etmek; gerekli ithalat izinlerini almak, ithalatla ilgili gümrük masrafları, vergi, resim ve harçları ödemek; masrafı kendisine ait olmak üzere taşıma sözleşmesi yapmak; malların uygun biçimde küpeştesini aştığı andan itibaren mallarla ilgili her türlü hasar ve masrafa katlanmak, belirlediği gemiye ilişkin bilgileri, yükleme noktasını ve beklenen teslim tarihi satıcıya bildirmek; (gözetim ihraç ülkesince zorunlu kılınmadığı sürece) yükleme öncesi her türlü gözetim masrafını ödemek ile yükümlü olup, malların güvertede teslim alınmasından itibaren ortaya çıkan her türlü hasar ve masrafa katlanır. Bkz. Incoterms 2010, 89-93.

¹⁴⁶⁶ Satıcı, belirlenen sürede malları yükleme limanında gemide alıcıya teslim etmek; alıcıya malları ve ticari faturayı sunmak; gerekli ihracat izinlerini ve diğer resmi izinleri almak, gerekli ihracat ve gümrük işlemlerini yapmak ve bunların masraflarına katlanmak; malların taşınması için uygun bir gemiyle ve olağan rotayı izleyerek kararlaştırılan varış limanına taşınmasını sağlamak ve bunların masraflarına katlanmak; malların yükleme ve boşaltma masraflarına katlanmak; alıcıya, malların belirlenen limanda taşıyıcıya teslim edildiğini bildirmek ile yükümlüdür. Satıcı sigorta masraflarından sorumlu olmamasına rağmen, taşıma sırasında ortaya çıkan hasarlardan sorumludur. Aksi kararlaştırılmadığı sürece satıcı, taşıma sırasında alıcının malları başkasına satmasına yarayacak taşıma belgelerini de alıcıya temin etmekle de yükümlüdür. Alıcı, kararlaştırılan zamanda varış noktasında malları kabul etmek; kararlaştırılan bedeli ödemek, teslimine ilişkin belgeleri kabul etmek; varış limanında malları taşıyıcıdan almak; gerekli ithalat izinlerini ve diğer resmi izinleri almak, taşımanın yapıldığı rotadaki transit ülkeler için gereken ithalat ve gümrük işlemlerini yapmak ve bunların masraflarına katlanmak; sigorta, taşıma veya ithalat için satıcının yaptığı fazladan masrafları satıcıya geri ödemek; malların taşıyıcıya teslim edildiği andan itibaren ortaya çıkan tüm hasar ve masraflara katlanmak ile yükümlüdür. Bkz. Incoterms 2010, 99-103.

¹⁴⁶⁷ CIF tesliminde satıcı, belirlenen sürede malları yükleme limanında gemide alıcıya teslim etmek; alıcıya malları ve ticari faturayı sunmak; gerekli ihracat izinlerini ve diğer resmi izinleri almak, gerekli ihracat ve gümrük işlemlerini yapmak ve bunların masraflarına katlanmak; malların yükleme ve boşaltma masraflarına katlanmak; alıcıya, malların belirlenen limanda teslim edildiğini bildirmek, masrafı kendisine ait olmak üzere malların yük sigortasını kararlaştırılan şekilde yaptırmak ve primlerini ödemek; malların taşınmasına uygun bir gemiyle ve olağan rotayı izleyerek kararlaştırılan varış limanında vinç üzerinde teslimine kadar taşınması için taşıma sözleşmesi yapmak ve bunların masraflarına katlanmak, ile yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadığı sürece

3.3.8.3.3. Incoterms'in Uygulanması

Incoterms'ler, ihtiyari kurallardır ve tarafların yaptıkları sözleşmede bu kurallara atıfta bulunulmuş olması halinde uygulanır.¹⁴⁶⁸ Taraflar *Incoterms*'e atıfta bulunduğunda bu kurallar sözleşme hükmü olarak uygulanır. Başka bir deyişle, terimlere atıfta bulunulması ile, terimler artık aktarım yoluyla sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilir.¹⁴⁶⁹ Bu terimlerden birisini sözleşmeye ekledikleri takdirde teslimin nerede gerçekleşeceği, teslim, taşıma, sigorta, navlun gibi masrafların kime ait olacağı, hasarın hangi andan itibaren alıcıya intikal edeceği, ihracat ve ithalat işlemlerini kimin yapacağı ve masraflarına hangi tarafın katlanacağı gibi hususları sözleşmede ayrıca detaylı biçimde düzenlemelerine gerek kalmaz.¹⁴⁷⁰ *Incoterms* kuralları bütünleyici hukuk kurallarıdır ve bu nedenle taraflar bu kurallara atıf yapmış olsa dahi, gerekli gördükleri hususları kendilerine göre değiştirebilir ve düzenleyebilirler.¹⁴⁷¹ Şayet sözleşmede farklı biçimde düzenlenmemişse, *Incoterms*'de düzenlendiği biçimde tarafların anlaştığı kabul edilir.

Taraflar, aralarındaki sözleşmede *Incoterms*'e atıfta bulunsa dahi, terimler sözleşmenin tüm aşamalarını düzenlemediğinden, tarafların kapsam dışı hususları bizzat düzenlemeleri gerekmektedir.¹⁴⁷² Şayet taraflar böyle bir düzenleme de yapmamışlarsa, bu

satıcı, taşıma sırasında alıcının malları başkasına satmasına yarayacak taşıma belgelerini de alıcıya temin etmekle de yükümlüdür.

Alıcı, sözleşmeye uygun olarak sunulan malların teslimini kabul etmek; kararlaştırılan bedeli ödemek, teslim ilişkisi belgeleri kabul etmek; varma limanında malları taşıyıcıdan teslim almak; gerekli ithalat izinlerini ve diğer resmi izinleri almak, taşımanın yapıldığı rotadaki transit ülkeler için gereken ithalat ve gümrük işlemlerini yapmak ve bunların masraflarına katlanmak; sigorta, taşıma veya ithalat için satıcının yaptığı fazladan masrafları satıcıya geri ödemek; (gözetimin liman ülkesince zorunlu kılındığı durumlar hariç olmak üzere) yükleme öncesi her türlü gözetim masrafını ödemek; malların yükleme limanında gemi küpeştesini aşması anından itibaren ortaya çıkan her türlü hasar ve masrafa katlanmak; taşıma sırasında meydana gelen kazalar sebebiyle ortaya çıkan ve satıcı ile taşıyıcı arasındaki taşıma sözleşmesinin kapsamı dışında kalan masraflara katlanmak; sigorta sözleşmesi için satıcıya gereken her türlü bilgiyi sağlamak ile yükümlüdür. Bkz. *Incoterms* 2010, 109-117.

¹⁴⁶⁸ GABRIEL, 242; HOUTTE, 171; ŞANLI, (Ticari Akitler), 34.

¹⁴⁶⁹ 'Aktarım' hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm 1.1. Aktarım: Önceden Hazırlanmış Kuralların Sözleşmeye Dahil Edilmesi (Incorporation).

¹⁴⁷⁰ CARR, Indira: *International Trade Law*, Fifth Edition, Routhledge, 2014, 6; ŞANLI, (Ticari Akitler), 33; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 12-13.

¹⁴⁷¹ HOUTTE, 175; BAĞRIAÇIK, 77.

¹⁴⁷² *Incoterms*, milletlerarası ticarette, tarafların düzenlemedikleri birçok konuya ışık tutmakla beraber, terimlerin amacı taraflar arasındaki sözleşmenin yorumlanması değil, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan teslim ve ilgili konuların yorumlanmasıdır. Terimler, mülkiyet haklarının intikali, öngörülme/beklenmedik hal veya mücbir sebeple ifanın yerine getirilememesi, sözleşmenin farklı şekillerde ihlali gibi konuları düzenlememektedir. Örneğin birçok ülke hukukunda mülkiyetin intikali malların veya malları temsil eden belgelerin doğrudan veya dolaylı zilyetliğinin kazanılması ile gerçekleşir. Buna karşılık

halde aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukukun kuralları boşlukları dolduracak ve *Incoterms'*de ele alınmayan hususlara hakim olacaktır.¹⁴⁷³

Sözleşmede terimlerden birisi kullanılmış, fakat *Incoterms'*e açıkça atıf yapılmamış ise bu kuralların uygulanıp uygulanmayacağı sorunu sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlediği yorum kuralları ile çözülür. Genellikle bu durumda *Incoterms'*in milletlerarası ticari örf-adet kuralları olduğu ve bunlara atıfta bulunulduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁷⁴ Ancak nadiren de olsa bazı iç hukukların da *Incoterms'*in ticari teamülün bir parçası olarak kabul etmediği ve farklı terimler kullandıkları, yahut aynı terimin farklı anlamda kullanıldığı ya da farklı özellikler taşıyabildiği görülmektedir.¹⁴⁷⁵ Bu nedenle kullanılan terimlerin *incoterms*deki anlamına göre yorumlanması isteniyorsa, bu kurallara açıkça atıf yapılmalıdır.¹⁴⁷⁶ Her ne kadar zımnen de olsa bu terimlerin anılmasının yeterli olacağı belirtilse de, uygulamada tarafların aralarındaki sözleşmeye *incoterms'*i dahil etmek istemeleri halinde bunu açıkça belirtmeleri kesinlikle tavsiye edilmektedir. Mahkeme ve hakemler böyle bir sözleşmede *incoterms'*in bağlayıcılığını tanımaktadırlar.¹⁴⁷⁷

3.3.9. Gözetim ve Denetime İlişkin Madde

Milletlerarası ticari sözleşmelerde klasik olarak karşımıza çıkan bir diğer madde, gözetim ve denetime ilişkin maddedir. Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların önemli bölümü, gönderilen malın sözleşme şartlarına uygun olmadığı iddiasından doğmaktadır.¹⁴⁷⁸ Milletlerarası ticarete malların sözleşmeye uygunluğunun denetlenmesi, dahili ticarete göre daha meşakkatli olduğu gibi, sonuçları da taraflar açısından daha ağır olabilmektedir.

bazı ülkelerde ise sadece tarafların niyetine bağlı olarak mülkiyetin devri kabul edilmiştir. Bu gibi konularda *Incoterms*lerde hüküm bulunmaması sebebiyle uygulanacak hukuk söz sahibi olacaktır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. RAMBERG, (*Incoterms*), 17-20.

¹⁴⁷³ HOUTTE, 175. Benzer yönde bkz. RAMBERG, (*Incoterms*), 18.

¹⁴⁷⁴ ŞANLI, (Ticari Akitler), 34.

¹⁴⁷⁵ Örneğin 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nda FOB ve SIF satışa ilişkin hükümler yer almaktaydı. Böyle bir durumda sözleşmede *Incoterm*se atıf yapılmaksızın bu ifadelerin kullanılması halinde, Türk hakimî önüne gelen uyuşmazlığa Türk hukukunu uygulamakla mükellef olduğundan *Incoterms*deki FOB ve SIF satış hükümlerini değil, TTK'daki hükümleri uygulaması gerekecek idi.

¹⁴⁷⁶ GABRIEL, 242; ŞANLI, (Ticari Akitler), 34; RAMBERG, (*Incoterms*), 16, 21.

¹⁴⁷⁷ HOUTTE, 174-175.

¹⁴⁷⁸ ŞANLI, (Ticari Akitler), 28; ÖZKAN, Ö., 23.

3.3.9.1. Gözetimin Amacı

Milletlerarası ticarette farklı gerekçelerle gözetim yapılabilir. Kamu yararı veya kamu sağlığı gibi gerekçelerle, mahkeme tarafından atanan bilirkişi vasıtasıyla, bilimsel ve teknik amaçlarla çeşitli kurumlarca yapılabilir.¹⁴⁷⁹ Temel olarak, kamu otoriteleri tarafından ve özel kuruluşlarca yapılan denetim olmak üzere iki tür denetimden bahsedilebilir.¹⁴⁸⁰ Ancak milletlerarası sözleşmelerde bulunan gözetim maddesi esasen malların sözleşmeye uygun olup olmadığının tespiti amacıyla, taraflar veya taraflarca yetkilendirilen bu konuda uzmanlaşmış özel şirketlerce yapılan gözetimi kapsamaktadır. Milletlerarası ticari sözleşmelerde yer alan ve bizim de bu başlık altında inceleyeceğimiz bu gözetim türüdür.¹⁴⁸¹

Geleneksel olarak tacirlere, malın kararlaştırılan şartlara uygun olup olmadığına ilişkin kurallar konusunda, ticari olmayan sözleşmelere nazaran daha katı kurallar uygulanır. Örneğin bir satım sözleşmesinde malın kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması durumunda tacirler, yalnızca öngörülen zamanda, öngörülen şekilde ve eksiksiz olarak inceleme yükümlülüklerini yerine getirdikleri takdirde bazı haklardan veya başvuru yollarından yararlanabilirler.¹⁴⁸² Özellikle milletlerarası satım sözleşmelerinde, alıcı tarafın, kendisine gönderilen malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda birtakım haklardan yararlanabilmesi, malların sözleşmeye uygunluğunu zamanında ve doğru biçimde incelemesi ve herhangi bir eksiklik halinde karşı tarafa zamanında ve uygun biçimde bildirmesine bağlanmıştır. Denetim veya inceleme yükümlülükleri, iç hukuklarda genellikle yalnızca ticari nitelikte olan sözleşmelerde bu denli katı biçimde uygulanmaktadır.¹⁴⁸³ Milletlerarası düzenlemelerde de benzer hükümlere yer verilmiştir. Tacirlerin inceleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde bazı haklardan yararlanamayacağı yönündeki bu düzenlemeler, milletlerarası ticari sözleşmelerin ifasında özellikle alıcı tarafa çok ciddi

¹⁴⁷⁹ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 16.

¹⁴⁸⁰ ODEKE, 128.

¹⁴⁸¹ Milletlerarası ticari sözleşmeler bakımından 'gözetim sözleşmesi' denildiğinde; farklı enstitü veya otoritelerce (yiyecek-içecek maddeleri, tohumlar, ihraç mallar ve benzerleri üzerinde) kamu yararı sebebiyle yapılan gözetim, mahkemece veya mahkemenin tayin ettiği kişilerce yapılan inceleme ve gözetim ile bilimsel amaçlarla yapılan gözetim dışarıda bırakılmaktadır. Bkz. GOLDSTAJN, Alexander: "The Contract of Goods Inspection", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 14, 1965, 383-394, 383.

¹⁴⁸² HEIDEMANN, (Transnational), 14.

¹⁴⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. HEIDEMANN, (Transnational), 14-16.

bir külfet getirmektedir. Zira milletlerarası ticarette hem coğrafi engeller hem de satım sözleşmesi gibi sözleşmelerde incelenmesi gereken malların fazlalığı gibi hususlar karşımıza çıkmaktadır.¹⁴⁸⁴ Milletlerarası ticarette satıcı, ‘kalite belgesi’ veya (kimyasal analiz gereken hallerde) ‘analiz belgesi’ olarak adlandırılan ve malın kontrol edildiğini ve sözleşme şartlarına uygun hazırlandığını belirten belgeyi düzenler. Ancak milletlerarası ticari sözleşmelerin tarafları genellikle farklı ülkelerde bulunduğu ve birbirlerini tanımadığından, satıcının düzenlediği bu belge yeterli görülmemekte ve yalnızca bu işi yapan tarafsız üçüncü kişiler veya şirketlerce hazırlanan ‘gözetme raporu’ veya ‘gözetme belgesi’ ile malın sözleşmeye uygun olduğu belgelenmektedir.¹⁴⁸⁵

Ürünün özellikleri, içeriği, adeti gibi hususların sözleşmeye uygun olup olmadığına dair ortaya çıkabilecek soru işaretlerini gidermek için alıcının, bağımsız bir gözetim şirketinden gözetim belgesi isteme hakkı vardır.¹⁴⁸⁶ Akreditifli ödemede satıcının ödeme bankasına ibraz edeceği belgeler arasında genellikle bu belgeye de yer verilir. Böylece malların sözleşmeye uygunluğu tespit edildikten sonra ödemenin yapılması da garantilenmiş olur.

3.3.9.2. Gözetim Şirketinin Seçimi ve Sorumluluğu

Gözetimi kimin yapacağı (alıcı, bir acente, tarafsız üçüncü kişi, lisanslı bir gözetim şirketi gibi), nerede (satıcının işyeri, alıcının deposu, yükleme veya varış limanı gibi) ve ne zaman yapılacağı gibi konulara sözleşmede yer verilmelidir.¹⁴⁸⁷ Taraflardan birisine ileri bir tarihte gözetim şirketini seçme yetkisi verilebileceği gibi, gözetimin belirli bir şirket tarafından yapılmasına ilişkin bir hükme de yer verilebilir.¹⁴⁸⁸ Tarafların belirledikleri bir gözetim şirketi varsa, gözetim ve denetimin bu şirket tarafından yapılacağı sözleşmede

¹⁴⁸⁴ Milletlerarası ticarette, tarafların farklı ülkelerde bulunması sebebiyle ortaya çıkabilecek problemlerin en önemlisi, gönderilen malların niteliklerinin sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmamasıdır. Bu durum da coğrafi uzaklık veya daha farklı ülkelerde, yani başka bir ifadeyle farklı sistemlerde bulunmaktan kaynaklanabilmektedir. Alıcının belirtilen kaliteden daha düşük kalitede bir mal alması, ilgili ülkeyi ve üretim koşullarına uzak olması sebebiyle üretim sürecinde denetleme imkanının olmaması, dil farklılığı gibi sebeplerle birçok hususu araştırmada yetersiz kalması veya kaynak bulunamaması gibi durumlar sebebiyle ortaya çıkabilmektedir.

¹⁴⁸⁵ ŞANLI, (Ticari Akitler), 28-29; BAĞRIAÇIK, 359/2; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 16-17,20.

¹⁴⁸⁶ KEMER, 112; MELEMEN, 40; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 16. Benzer yönde bkz. GOLSTAJN, (Inspection), 385.

¹⁴⁸⁷ ÖZKAN, Ö., 23.

¹⁴⁸⁸ GOLSTAJN, (Inspection), 385. Benzer yönde bkz. KEMER, 112.

belirtilebileceği gibi taraflar, belirli bir gözetim şirketi konusunda karara varmamışlarsa, en azından gözetim yapacak şirketin asgari niteliklerinin sözleşmede belirtilmesi yerinde olacaktır. Milletlerarası ticari işlemlerde, birçok ülkede şubesi bulunan deneyimli bir kuruluş olması ve her şeyden önce dürüst, bağımsız ve tarafsız bir kuruluş olması önerilmektedir.¹⁴⁸⁹ Bunlara ek olarak elbette, sözleşme konusu mal veya hizmete ilişkin teknik detaylara hakim olan uzmanların çalışıyor olması gerekir.

Gözetim şirketinin sorumluluğu, gözetimi yaptıracak olan taraf ile gözetim şirketi arasında yapılan gözetim sözleşmesine ve ticari teamüllere göre belirlenir.¹⁴⁹⁰ Gözetim sözleşmesi, gözetim şirketi ile müşteri arasında yapılan ve malların nitelikleri, miktarı gibi konuları inceleyerek bir belgenin düzenlenmesini konu alan sözleşmedir.¹⁴⁹¹ Şirket, malın özelliklerine uygun ve yeterli yöntemler kullanmak zorundadır. Zira şirketin, makul ölçüde özen yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁴⁹² Malların sözleşmeye uygun olmaması halinde gözetim şirketinden zararın tazmini istenebilir. Ancak bu tür bir talebin kapsamı, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine bağlıdır. Alıcı ile gözetim şirketi arasındaki hukuki ilişki vekalet, hizmet veya istisna sözleşmesi olarak nitelenebilir.¹⁴⁹³ Her halükarda bu ilişki, otonom ve asıl sözleşmeden bağımsız bir ilişki yaratır.¹⁴⁹⁴ Bunlar dışında, malların sözleşmeye uygun olmaması halinde, şartları varsa haksız fiil hükümlerine başvurarak uğradığı zararın tazminini gözetim şirketinden talep edebilir.¹⁴⁹⁵

3.3.9.3. Gözetimin Kapsamı

Sözleşme konusu malın gözetim ve denetiminin şekli, zamanı, gözetime ilişkin masraflara hangi tarafın katlanacağı gibi hususlar genellikle sözleşmede belirtilir. Kural olarak gözetme raporuna ilişkin masraflara alıcı katlanır.¹⁴⁹⁶ Ancak tarafların aksini kararlaştırması da mümkündür.

¹⁴⁸⁹ BAĞRIAÇIK, 360.

¹⁴⁹⁰ GOLSTAJN, (Inspection), 387-388.

¹⁴⁹¹ GOLSTAJN, (Inspection), 383.

¹⁴⁹² EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 17-18.

¹⁴⁹³ ŞANLI, (Ticari Akitler), 30.

¹⁴⁹⁴ GOLSTAJN, (Inspection), 385.

¹⁴⁹⁵ ÖZKAN, Ö., 24.

¹⁴⁹⁶ ŞANLI, (Ticari Akitler), 29.

Gözetim şirketi incelemesini, sözleşmede veya sözleşme eklerinde belirtilen özellikleri dikkate alarak yapar. Sözleşmede gözetimin ne şekilde yapılacağı belirtilmemişse, gözetimin yapılacağı yerde aynı türden mallara ilişkin standartlara ve teamüllere uygun biçimde yapılması gerekir.¹⁴⁹⁷ Milletlerarası ticarete sıklıkla karşılaşıldığı gibi, fazla miktardaki mallardan, her bir birim malın sözleşmedeki nitelikleri aynen karşılayıp karşılamadığını incelemesi elbette mümkün değildir. Bu nedenle gözetim raporu, malın niteliğine göre rastgele veya belirli bir miktar veya yüzde olarak belirlenen bölümünün incelenmesi ile elde edilen sonuçlara dayanır, fakat rapor her bir birim mal sözleşmeye uygunmuşçasına düzenlenir.¹⁴⁹⁸

Gözetimin ne şekilde yapılacağı gözetim sözleşmesinde belirtilir. Gözetim şirketleri incelemelerinde genellikle; miktar denetimi¹⁴⁹⁹, kalite denetimi, temizlik denetimi, dizayn denetimi gibi doğrudan mala ilişkin denetimleri yapabilecekleri gibi, malların sevk edilmesinden önce fabrika denetimi, malların yüklenmesi sırasında yükleme denetimi gibi farklı şekillerde de denetim yapabilmektedir. Miktar denetimi ve kalite denetimlerinde, genellikle alınan örnekler test ve analiz edilerek, istatistik verilerine göre değerlendirme yapılmaktadır. Temizlik denetiminde ise malların bozulmasına dair hususlar incelenir, malların taşınması sırasında gemi ambarı, kamyon, yük vagonu gibi alanların malların konabilmesi için temiz, kuru ve müsait olup olmadıklarına dair tespitler yapılır. Dizayn denetimi ise, daha çok mühendislik projelerinde söz konusu olan ve dizayn ve mühendislik hesapları, desenler, hesaplamalar, işlemin uluslararası standartlara uygunluğu gibi konulara ilişkin denetimi içeren bir türdür. Bunlar dışında gözetimde, malların alıcının ülkesine girişle ilgili gümrük kontrolleri ile ilgili gerekleri yerine getirip getirmediğinin de incelenmesi gerekir. Ayrıca denetim ve gözetim şirketleri, paketleme, depolama, yükleme aşamalarında yapacakları denetimlerle sözleşmeye uygunluğu denetleyebilecekleri gibi, malların sigortalanmış olması halinde, sigortacının öngördüğü şartların da yerine getirilip getirilmediğini inceleyebilir.¹⁵⁰⁰

¹⁴⁹⁷ GOLSTAJN, (Inspection), 387.

¹⁴⁹⁸ GOLSTAJN, (Inspection), 386; ŞANLI, (Ticari Akitler), 30; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 17; ÖZKAN, Ö., 24.

¹⁴⁹⁹ Miktar denetiminde, malların miktar olarak sözleşmeye uygunluğunun yanında, ölçme-tartma aletlerinin doğruluk ve geçerliliklerinin de tespit edilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde hacimleme, ağırlık, uzunluk, kilo vb. ölçümlerinin doğru yapıp yapılmadığının tespit edilmesi de bu aşamada gerçekleştirilir.

¹⁵⁰⁰ GOLSTAJN, (Inspection), 387; ODEKE, 128; BAĞRIAÇIK, 360-365.

Gözetim, genellikle satıcının ülkesinde malların yüklenmesi sırasında yapılmaktadır.¹⁵⁰¹ Genellikle gözetim şirketi, tüm mallar yükleme noktasından hareket ettikten sonra gözetim raporunu hazırlar ve bu raporların birer nüshası satıcıya gönderilir.¹⁵⁰² Malın belirtilen özelliklere sahip olup olmadığı, kıymet veya durumu değerlendirilmekte ve bu sonuçlar bir rapora bağlanmaktadır. Gözetim raporunun nasıl düzenleneceği konusunda yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır. Malın özellikleri ve milletlerarası ticarete yerleşik uygulamalar dikkate alınarak düzenlenir.¹⁵⁰³ Raporda, mallardan ne kadar örnek alınarak inceleme yapıldığı, örnek alma metodu, bulgular ve uzman görüşü gibi hususlar bulunur ve malların denetim anındaki durumuyla ilgili kanıt oluşturur.¹⁵⁰⁴

3.3.10. Gizlilik Maddesi

Sözleşmeye uygulanacak hukuk, her zaman gizlilikle ilgili koruyucu düzenlemeler içermeyebilir. Bu nedenle uygulamada taraflar, gizliliğe ilişkin hükümleri ayrı bir madde ile düzenlemektedir.¹⁵⁰⁵ Bu hüküm sözleşmeye eklenebileceği gibi, sözleşme öncesi görüşmelerde de ortaya çıkabilir.¹⁵⁰⁶ Sözleşme öncesinde böyle bir yükümlülüğün bulunması özellikle sözleşme müzakerelerinin başarısızlıkla sonuçlanması ihtimalinde önemli hale gelecektir. Taraflar bu maddeyi kendileri düzenlemek yerine, ICC'nin Model Gizlilik Anlaşması/Maddesini de sözleşmeye ekleyebilirler.¹⁵⁰⁷

¹⁵⁰¹ ODEKE, 128; GOLSTAJN, (Inspection), 385.

¹⁵⁰² Özellikle akreditif ödemenin kullanıldığı durumlarda, şayet akreditifte denetim ve gözetime ilişkin bir hüküm varsa, belirtilen şartlara uygun bir denetim yapılmalı ve gözetim şirketinden alınan rapor akreditifte belirtilenle uyumlu olmalıdır. Bkz. BAĞRIAÇIK, 366.

¹⁵⁰³ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 20. Benzer yönde bkz. GOLSTAJN, (Inspection), 384.

¹⁵⁰⁴ GOLSTAJN, (Inspection), 386.

¹⁵⁰⁵ FONTAINE/DE LY, 232.

¹⁵⁰⁶ BUHLER, 359.

¹⁵⁰⁷ Bkz. ICC: *ICC Model Confidentiality Agreement – ICC Model Confidentiality Clause*, ICC Publication, No: 664, Paris, 2006. (Confidentiality)

3.3.10.1. Gizliliğin Konusu ve Kapsamı

Gizlilik yükümlülüğünün kapsamına giren bilgiler, taraflarca ticari bir değeri olması sebebiyle yahut başka sebeplerle korunması gereken bilgilerdir. Maddenin amacı, bir tarafın ‘gizli’ olarak tanımladığı bilginin korunması için hukuki altyapı oluşturmaktır.¹⁵⁰⁸

Gizlilik yükümlülüğü tek taraflı, iki taraflı karşılıklı veya iki taraflı paralel yükümlülük şeklinde ortaya çıkabilir. Bir tarafın tekelinde bulunan bilgiyi öğrenen sözleşmeci taraflardan genellikle yalnızca birine yüklenen tek taraflı bir yükümlülük şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, taraflar karşılıklı olarak birbirlerine karşı bu yükümlülük altında bulunabilirler. Bazı hallerde tarafların her ikisi de sözleşme kapsamında ortaya çıkan bir şeye ilişkin bilginin gizli tutulması konusunda anlaşılır. Bu halde paralel gizlilik yükümlülüğünden bahsedilir.¹⁵⁰⁹

Gizliliğin kapsamı denildiğinde gizli bilginin nelerden oluştuğu, bunun kapsamı ve istisnaları, yükümlülüğün özellikleri, ihlali halinde sonuçları ve gizlilik yükümlülüğünün süresi anlaşılır ve taraflar arasındaki sözleşmede yer alan gizlilik maddesinde bu hususlara açıklık getirilmesi gerekir.

Gizlilik kapsamına giren bilgiler, taraflardan birisinin sözleşmeyi yapmadan önce elinde bulundurduğu ticari sırlar, pazarlama stratejileri vb. bilgiler; sözleşmenin yapılması sebebiyle sahip olunan bilgiler (örneğin Ar-Ge sonuçları); veya sözleşme ile ilgili diğer bilgiler (örneğin sözleşmenin varlığı, süresi, tarafların kimlikleri vb) olabilir. ICC Model Gizlilik Sözleşmesi’nde ‘gizli bilgi’, “doğası gereği gizli olmadığı açıkça anlaşılanlar dışında, bilgiyi veren ile bilgiyi alan arasında herhangi bir iş türü, ticari veya teknik sınırlama olmaksızın her türlü bilgi ve/veya veri” olarak tanımlanmıştır.¹⁵¹⁰ Söz konusu bilginin sözlü, yazılı, görsel veya başka türlü sunulması, edinilmesi bu niteliğine etkili olmayacaktır.

¹⁵⁰⁸ BUHLER, 363.

¹⁵⁰⁹ ANDERSON/WARNER, 102; BUHLER, 362; FONTAINE/DE LY, 238; FONTAINE, (Confidentiality), 13.

¹⁵¹⁰ ICC Model Confidentiality Clause Art.2, Option A.

Gizlilik yükümlülüğü kapsamına giren bilginin tespit edilmesinde bilginin sağladığı menfaat veya bilginin kullanılabilirliği gibi kriterler dikkate alınmaktadır.¹⁵¹¹ Genellikle gizlilik maddesi ile izin verilen kullanım arasında çok yakın ilişki vardır.¹⁵¹² Örneğin haksız rekabet hükmü ile bağlantılı olarak düzenlenen izin verilen kullanım hakkı sona ermesine rağmen, genellikle gizlilik yükümlülüğü devam eder.¹⁵¹³ ICC Model Gizlilik Sözleşmesi'nde de bu türdeki bilginin; izin verilen kişiler dışındakilere açıklanmayacağı, sadece belirlenen amaç doğrultusunda kullanılacağı ve gizliliğin makul şekilde korunacağı düzenlenerek, bilginin sınırlı biçimde kullanılacağı belirtilmiştir.¹⁵¹⁴ Gizlilik yükümlülüğünün kapsamına giren bilgiler ile kullanımına izin verilen bilgilere ilişkin yapılacak olan tanımın çok geniş olması, bilgiyi edinen tarafın özgürlüğünü makul olmayacak biçimde sınırlandıracağı gibi, fazla dar tutulması da bu sözleşmeyi kullanışsız kılacaktır. Bu nedenle gizlilik sözleşmesinde, tarafların sözleşmeden önce bildikleri hususlar veya doğası gereği gizli bilgi olma niteliği taşımayan hususlar gizlilik yükümlülüğünün kapsamı dışında bırakılmaktadır.¹⁵¹⁵ Bazı yazarlara göre bu yaklaşım belirsiz bir alan bıraksa da, bilgiyi edinen tarafın lehine olabilir.¹⁵¹⁶

Sözleşme taraflarının tüzel kişi olduğu hallerde, tüzel kişiyi temsil edenlerden kimlerin bu yükümlülük altında olduğu belirlenmelidir. Bu madde düzenlenirken, şirketin tam zamanlı veya yarı zamanlı çalışanları ve 'gizli' olarak tasnif edilen bilgiyi kullanan/yararlananlar dışında, bağlı ortaklıklar, yan şirket veya hakim şirketlerin de bu yükümlülük altında olduğu kabul edilmelidir. Gizlilik yükümlülüğü yalnızca sözleşme tarafları veya bunların çalışanları tarafından ihlal edilmez, üçüncü kişilerce gizli bilginin açıklanması da söz konusu olabilir. Bu nedenle yükümlülük, gizli bilgi olarak nitelenen bilgilerin üçüncü kişilere aktarılmasına da engel olacak şekilde düzenlenmelidir.¹⁵¹⁷

¹⁵¹¹ BUHLER, 365.

¹⁵¹² FONTAINE, (Confidentiality), 6.

¹⁵¹³ FONTAINE/DE LY, 232-233.

¹⁵¹⁴ ICC Model Confidentiality Clause Art.3.

¹⁵¹⁵ BORTOLOTTI, 169; DRAETTA, (Pre-contractual), 234. Benzer yönde bkz. FONTAINE, (Confidentiality), 13-14.

¹⁵¹⁶ Bkz. BORTOLOTTI, 169.

¹⁵¹⁷ BUHLER, 370-371.

3.3.10.2. Gizlilik Yükümlülüğünün Sınırlanması

Gizlilik sözleşmesinin müzakerelerin açılışında imzalanması halinde, gizlilik sözleşmesinin kapsamında muğlaklık olmayacaktır.¹⁵¹⁸ Zira görüşmelerin başlaması, tarafların ilk defa resmi olarak ilişkiye girdikleri andır. Dolayısıyla başlangıçta gizlilik sözleşmesi imzalanması halinde, gizliliğin bu andan itibaren başlayacağı konusunda tartışma olmayacaktır. Bununla birlikte taraflar, daha ileri bir başlangıç tarihi de belirleyebilirler.

Gizlilik yükümlülüğü kapsamına girmeyen bilgilerin, yani istisnaların nelerden ibaret olduğu belirtilmelidir. İstisnalar, bilginin türü bazında veya bilginin paylaşıldığı kişiler bazında olmak üzere iki şekilde yapılabilir:

Konu bazındaki istisnalar genellikle kamuya açık bilgiler, herkesçe bilinen şeyler, daha önceden bilinen bilgiler gibi hususlar gizlilik yükümlülüğünün istisnası olarak görülmektedir. Bazı sözleşmelerde kamuya açık olarak nitelenen bilgilere coğrafi açıdan sınırlama getirildiği, örneğin ‘bir ülkede herkesçe ulaşılabilir’ gibi bir ifadenin kullanıldığı ve belirli bir ülkede kamuya açık olması halinde bu istisna kapsamında olacağına işaret edildiği görülmektedir.¹⁵¹⁹ Bunun dışında önceden vakıf olunan bilgiler de istisna kapsamına alınabilir. Fakat burada, ‘sözleşmeci taraf veya onunla bağlantılı bir şirketten kaynaklanmayan önceden bilinen hususlar’ ifadesine yer verilmesi faydalı olur.¹⁵²⁰ Uygulamada, söz konusu bilginin önceden bilindiğinin kabul edilebilir biçimde kanıtlanması, yani daha önceden ne şekilde edinildiği veya önceden vakıf olunduğunun kanıtlanması halinde istisna kapsamında olacağına ilişkin ibareler eklenmektedir.¹⁵²¹ İyi hazırlanmış bir gizlilik maddesinde bu istisnaların hepsine yer verilmemekte, yalnızca birisine yer verildiği görülmektedir.¹⁵²² ICC Model Gizlilik Sözleşmesi’nde de kamuya açık olan, herkesçe bilinen, bilgiyi alan tarafın daha önce bildiği, bilgiyi alan taraf veya ona bağlı şirketler tarafından

¹⁵¹⁸ FONTAINE/DE LY, 285.

¹⁵¹⁹ FONTAINE/DE LY, 248 vd.; FONTAINE, (Confidentiality), 24-30.

¹⁵²⁰ FONTAINE/DE LY, 251; FONTAINE, (Confidentiality), 28.

¹⁵²¹ FONTAINE/DE LY, 253.

¹⁵²² FONTAINE, (Confidentiality), 33.

geliştirilen bilgiler ve bilginin herhangi bir gizlilik yükümlülüğü olmaksızın üçüncü bir kişiden edinilmesi hallerini gizlilik yükümlülüğünün kapsamı dışında bırakılmıştır.¹⁵²³

Kişi bazında getirilen istisna, özellikle belirli personele bilginin aktarılmasının sözleşmenin ifası için elzem olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Bunlar şirket çalışanları olabileceği gibi, bağlı kuruluş çalışanları, müşteriler, sağlayıcılar, alt sözleşmeciler dağıtıcılar, danışmanlar ve hatta kamu otoritelerileri bile olabilir. Bu kişiler, detaylı biçimde tanımlanabileceği gibi, “sözleşmenin ifası için bilgiye vakıf olması gereken kişiler” gibi genel bir ifadeye de yer verilebilir. Bazı sözleşmelerde belirli sınırlar içerisinde bilginin bağlı şirketler veya bağlı ortaklıklara aktarılması da istisna tutulmaktadır. Uygulamada, gerekli olduğu hallerde bilginin; mali ve sigortaya ilişkin konularda ilgili yerlerle, danışmanlarla, kamu otoriteleriyle, idari veya adli makamlarla, bilimsel yayın amacıyla paylaşılması durumları da istisna kapsamında sayılmaktadır. Bunun dışında sağlayıcı ve müşteri, alt lisans sahibi ve alt sözleşmeci, dağıtıcı ve ihale teklifi veren vb. kişilerin gizli bilgiye ulaşmaları bazı hallerde gerekli olabilir. Böyle bir durumda genellikle taahhüt veren, bu kişilerin bilgi ifşa etmemesini sağlamakla da yükümlü tutulur.¹⁵²⁴ ICC Model Gizlilik Sözleşmesi’nde, bilgi kullanmasına izin verilen kişiler gizlilik yükümlülüğünün kapsamı dışında tutulmuştur.¹⁵²⁵

Son olarak, belirli durumlarda ‘bilimsel yayın amacıyla yapılan açıklamalar’ ve ‘sözleşmenin ifası için bilgiyi paylaşmanın gerekli olduğu durumlar’ gibi genel bir hüküm de istisnalar kapsamında yer alabilir. İstisna kapsamında sayılan bütün bu kişileri, ana sözleşmede bulunan gizlilik maddesi doğrudan bağlamamasına rağmen, genellikle bu kişilerin gizli bilgiyi ifşa etmelerinden doğrudan sözleşmecinin sorumlu olacağı belirtilir.¹⁵²⁶ Sözleşmecinin yaptığı sözleşme veya alt sözleşmelerde bu kişilerin gizli bilgiyi ifşa etmemesi amacıyla genellikle gizlilik maddesi bulunur.

Taraflar gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme yapmamış olsalar dahi muhtemelen uygulanacak hukukta bu tür bir ihlale yönelik çözümler bulunacaktır. Uygulanacak hukukta bu tür bir yükümlülük özel olarak düzenlenebileceği gibi, özel olarak

¹⁵²³ ICC Model Confidentiality Clause Art.4.

¹⁵²⁴ FONTAINE/DE LY, 255-262; FONTAINE, (Confidentiality),33 vd.

¹⁵²⁵ ICC Model Confidentiality Clause Art.4/b.

¹⁵²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 262-270; FONTAINE, (Confidentiality), 41-43.

düzenlenmeyip kaynağını başka temel hükümlerden alan bir çözüm getirilmiş olabilir. Hukuk sistemlerinde *culpa in contrahendo*, iyi niyet yükümlülüğü, gizli bir ilişkinin varlığı, kasti veya ihmali davranışlara ilişkin genel yaptırımlar gibi konular gizlilik yükümlülüğünün ihlali halinde devreye girebilir.¹⁵²⁷ Ancak bunlar, istenen korumayı sağlamada yetersiz kalabilir.

3.3.10.3. Gizlilik Yükümlülüğünün Derecesi/Yoğunluğu

Sözleşmeci tarafın gizlilik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılması için yalnızca makul biçimde bilgiyi koruması yeterli midir, yoksa belirli bir şekilde mi davranmalıdır? Bu noktada çalışmanın önceki bölümlerinde ele alınan ‘en iyi çaba’, ‘makul çaba’ gibi kavramlarla ilgili tartışmaya geri dönmemiz gerekir. Gizliliğin sağlanması için alınabilecek veya alınması gereken önlemler detaylarıyla belirtilebileceği gibi, ‘gerekli dikkat ve özeni göstermek’, ‘gerekli tüm tedbirleri almak’ gibi genel bir ifadeye de yer verilebilir. Ancak yalnızca genel bir ifadeye yer verilmesi halinde, somut olayda gerçekleştirilen davranışın tartışmaya yol açabileceğini de gözden kaçırmamak gerekir.

3.3.10.4. Gizlilik Yükümlülüğünün Süresi

Taraflar ister müzakere sürecinde olsunlar, ister planladıkları sözleşme üzerinde uzlaşmış olsunlar, gizlilik yükümlülüğünün etkili olması süresine bağlıdır.¹⁵²⁸ Yükümlülüğün süresi ve başlama anı, her sözleşmede farklılık gösterir. Uygulamada gizlilik yükümlülüğünün başladığı an olarak belirli bir bilginin açıklanması, sözleşme görüşmelerinin başlaması, sözleşmenin imzalanması, sözleşmenin yürürlüğe girmesi, belirli bir olayın vukuu, sözleşmenin sona ermesi gibi zamanlar belirlenmektedir. Benzer şekilde sürenin sona ermesinde de spesifik bir tarih veya başlangıçtan sonra belirli bir sürenin geçmesi yahut bir olayın vukuu gibi bir bitiş anı belirlenebilir. Gizlilik yükümlülüğü, genellikle sözleşmenin sona ermesinden sonra belirli veya belirsiz bir süre boyunca devam eder.¹⁵²⁹

¹⁵²⁷ FONTAINE/DE LY, 286-287.

¹⁵²⁸ BUHLER, 371.

¹⁵²⁹ FONTAINE/DE LY, 238, 278-281; FONTAINE, (Confidentiality), 62 vd.

Gizlilik anlaşmaları genellikle belirli bir süre için öngörülmele birlikte, uygulamada süresiz olarak yapıldığı da görülmektedir. Süresiz olarak yapılması halinde, süreye ilişkin hükmün geçerli olup olmaması bir problem olarak ortaya çıkabilir. Bu durumda, ihtilaf çıkması halinde gizlilik yükümlülüğünün kapsamına giren bilginin doğası ve karşı tarafın halen korunmaya değer menfaati olup olmadığı dikkate alınarak uygulanacak hukuka göre problem çözüme kavuşturulur.¹⁵³⁰

3.3.10.5. Gizlilik Yükümlülüğü Maddesinin Düzenlenmesi

Gizlilik yükümlülüğüne ilişkin düzenleme bazen ayrı bir sözleşme olarak hazırlansa da, çoğunlukla asıl sözleşmede bir madde şeklinde düzenlenir. Milletlerarası sözleşmelerde yer alan gizlilik maddeleri, genellikle birbirine benzer şekilde kaleme alınmaktadır. Milletlerarası ticari bir sözleşmede bulunan iyi hazırlanmış gizlilik maddesinde, gizliliğin konusu, yani yükümlülüğün kapsamına hangi bilgilerin girdiği, hangi bilgilerin bunlardan istisna tutulduğu, çalışanların gizlilik yükümlülüğü, yükümlülüğün süresi gibi yukarıda değinilen hususların mutlaka yer alması gerekir.¹⁵³¹

Gizlilik kapsamında olan bilgiler bazı sözleşmelerde detaylarıyla tanımlanırken, bazı sözleşmelerde tüm bilgilerin gizli olduğu belirtilmekte, bazı sözleşmelerde ise tek tek hangi bilgilerin gizli olarak kabul edildiği uzun bir liste şeklinde sıralanmaktadır.¹⁵³² Gizlilik kapsamında olan bilgilerin iyi tanımlanması ve istisnaların sınırlı tutulması gerekir, aksi halde gizliliğin kapsamının çok geniş tutulması ve olağan olarak elde edilebilecek bilgilerin de bu kapsama sokulmak istenmesi halinde etkisini ve etkinliğini yitirecektir.¹⁵³³ Bu nedenle kapsam ve istisnalar arasındaki dengenin gözetilerek, korunması gereken bilginin niteliğine göre detaylı şekilde belirtilmesi gerekir. Gizliliğin konusu açıkça belirtilmeli, başka bir deyişle korunması gereken bilgi ve verilerin neler olduğu tek tek sıralanmalıdır. Gizliliğin konusunu belirtirken muğlak ifadelerle yer verilmemesi, gizliliğe konu olan bilginin detaylarının verilmesi, objektif ve teknik özellikler doğrultusunda tanımlanması faydalı

¹⁵³⁰ DRAETTA, (Pre-contractual), 232-233.

¹⁵³¹ ANDERSON/WARNER, 102; DAIGNEAULT, 76-77; BUHLER, 361-362; FONTAINE/DE LY, 239 vd.; FONTAINE, (Confidentiality), 13 vd.

¹⁵³² BUHLER, 366-367.

¹⁵³³ FONTAINE, (Confidentiality), 83-84.

olacaktır. Aksi halde gizliliğin kapsamı, yorum yoluyla genişletilebilir. Bu durumda ise gizlilik yükümlülüğü altındaki tarafın hareket özgürlüğü kısıtlanmış olur.¹⁵³⁴

Gizliliğin konusu tanımlanırken bu tanımın içine giren, ancak özel sebeplerle gizlilik yükümlülüğünün kapsamı dışında tutulan hususların neler olduğu belirtilmelidir.

Milletlerarası sözleşmelerde düzenlenen gizlilik yükümlülüğü maddesinde genellikle bu yükümlülüğün ihlali halinde bir yaptırım öngörülmemekte, yaptırım boyutu uygulanacak hukuka bırakılmaktadır.¹⁵³⁵ Hukuk sistemleri, bu tür bir yükümlülüğün ihlali halinde genellikle zararın tazminini öngörmektedir.¹⁵³⁶ Uygulanacak hukukta yaptırım bulunsa dahi, tarafların sözleşmeye dayanan bir yaptırım öngörmesine genellikle engel yoktur.¹⁵³⁷ Milletlerarası Sözleşmeler Çalışma Grubunun incelediği sözleşmelerin bazılarında özellikle bu yükümlülüğün ihlali sebebiyle ortaya çıkan zararın tazmin edileceğine ilişkin hüküm konulduğu görülmüştür. Fakat zararın tazminine ilişkin hüküm bulunan sözleşmelerde dahi, ortaya çıkan zararın ne şekilde hesaplanacağına dair hüküm konulmamıştır.¹⁵³⁸ Yükümlülüğün ihlali halinde zararın ne şekilde hesaplanacağı, hangi zararların bu kapsamda tazmin edileceği gibi konulara açıklık getirilmesi de yerinde olacaktır. Bununla birlikte, cezai şartın geçerli kabul edildiği hukuk sistemlerinde bunun miktarı konusunda sınırsız bir özgürlük kabul edilmemekte, bir kısım hukuk sisteminde hakime fahiş olan cezai şartı tenkis etme imkanı verilmektedir. Bu halde önceden ne miktarda ödeme yapılacağı kararlaştırılmış olacağından, buna ilişkin bir belirsizlik yaşanmayacak, ilgili tarafın yalnızca yükümlülüğün ihlalini kanıtlaması yeterli olacaktır.¹⁵³⁹

3.3.11. Mücbir Sebep Maddesi (*Force Majeure*)

Milletlerarası ticareti ilgilendiren hemen tüm sözleşmelerde karşımıza çıkan bir diğer madde, mücbir sebep maddesidir. Sözleşmeler hazırlanırken taraflar arasındaki ekonomik dengeyi koruyacak şekilde hazırlanır. Fakat sonradan meydana gelen birtakım olaylar

¹⁵³⁴ FONTAINE/DE LY, 247.

¹⁵³⁵ FONTAINE, (Confidentiality), 66; FONTAINE/DE LY, 282.

¹⁵³⁶ Bazı yazarlar ceza hukuku bağlamında yaptırım dahi söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. BUHLER, 375.

¹⁵³⁷ BUHLER, 374.

¹⁵³⁸ FONTAINE/DE LY, 282-283.

¹⁵³⁹ BUHLER, 376-377.

tarafların edimleri arasındaki dengeyi bozacak şekilde ifayı imkansız kılabilir yahut aşırı ölçüde güçleştirerek ifanın istenmesini iyi niyet ve hakkaniyete aykırı hale getirir.¹⁵⁴⁰ Başka bir deyişle, sözleşmelerin ifasında taraflar kontrolleri dışındaki ekonomik, sosyal, politik engellerin ortaya çıkması sebebiyle yükümlülüklerini yerine getiremeyebilirler.¹⁵⁴¹ Hukuk sistemlerinin tümünde sözleşme henüz ifa edilmeden veya kısmen ifa edildiğinde, savaş, grev, doğal afet gibi taraflardan kaynaklanmayan dış faktörler sebebiyle hiç veya kalan kısmın ifa edilememesi haline ilişkin düzenlemeler içermektedir.¹⁵⁴² Hukuk sistemlerinde, haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeyi ihlal eden tarafın, ihlalden zarar gören diğer tarafa tazminat ödemesine yönelik kurallar geliştirildiği gibi, zarar görene de, zararı durdurmaya veya azaltmaya yönelik gerekli önlemleri alma ödevi yüklenmektedir.¹⁵⁴³ Bununla birlikte, hukuk sistemleri birbirinden farklı düzenlemeler içerdiğinden, bu gibi durumları düzenleyen bir maddeye milletlerarası ticari sözleşmelerde genellikle yer verilmektedir.¹⁵⁴⁴ Zira mücbir sebep olarak kabul edilen olaylar ve buna bağlanan sonuçlar her hukuk sisteminde aynı şekilde düzenlenmemiştir.¹⁵⁴⁵ Bir hukuk sisteminde mücbir sebep olarak ortaya çıkan

¹⁵⁴⁰ ŞANLI, (Ticari Akitler), 36; ZACCARIA, Elena Christine: “The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade”, *International Trade & Business Law Review*, vol.9, 2005, 135-181, 136.

¹⁵⁴¹ FONTAINE/DE LY, 401; BORTOLOTTI, 175; HAERYNCK, Wouter: “Drafting Hardship Clauses in International Contracts”, *Structuring International Contracts*, Ed: Dennis CAMPBELL, Kluwer Law International, 1996, 231-242, 231.

¹⁵⁴² FOX, 56-57; BORTOLOTTI, 175; MCCALL/WARRINGTON, 97.

¹⁵⁴³ FOX, 60.

¹⁵⁴⁴ FONTAINE/DE LY, 401; KEMER, 124; BORTOLOTTI, 175. Benzer yönde bkz. ACAR, Hakan: “Uluslararası Sözleşme Hukukunda Mücbir Sebep (Force Majeure) Kavramı ve Hukuki Sonuçları”, *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, Erişim adresi: www.kazanci.com, Erişim tarihi: 14.03.2016.

¹⁵⁴⁵ Örneğin Belçika ve Fransız hukuklarında, şayet sözleşmede aksi yönde bir hükme yer verilmemişse, tarafların sözleşme yapılırken öngörmediği ve kontrolü dışında bir durum ifaya engel olursa, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması (*rebus sic stantibus*) ilkesi uygulanmaz, buna karşılık ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi uygulanır. Bu ülkelerde ifanın yerine getirilmemesi halinde kabul edilen tek gerekçe mücbir sebeptir. İngiliz hukuk uygulamasında ise mücbir sebebe en yakın kurum olarak kabul edilen ‘beklenmeyen hal’ (*frustration*) doktrini geliştirilmiştir, beklenmeyen hal olarak kabul edilen olaylar meydana geldiğinde, ifanın radikal biçimde değişmesinden taraflar sorumlu tutulmaz. Alman hukukunda ise işlemin temelinden çökmesi doktrini geliştirilmiş ve bu gibi hallerde hakime, sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama imkanı verilmiştir. Ancak bu kavram mücbir sebepten daha geniş bir kavramdır. Benzer şekilde, birçok Kara Avrupası hukukunda da aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin uyarlanması kabul edildiği gibi, mücbir sebep doktrini de kabul edilmektedir. Bkz. SCHWENZER, Ingeborg: “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, *Victoria U. Wellington Law Review*, Vol.39, 2008, 709-725, 710-711; HAERYNCK, 232-234; BİNGÖL, 100-102. Her ne kadar ülkelerin hukuk uygulamaları farklılık taşısa da, milletlerarası ticarete gerek mücbir sebep, gerekse aşırı ifa güçlüğü maddelerine sözleşmelerde sıklıkla rastlanmaktadır. Bkz. KONARSKI, Hubert: “Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice”, *International Business Law Journal*, 2003, 405-428, 406.

olaylar, ifayı gerçekleştiremeyen tarafı sorumluluktan kurtarıırken, bir diğer hukuk sisteminde sorumluluktan tamamen kurtulmasına izin verilmeyebilir.¹⁵⁴⁶

Milletlerarası ticari sözleşmelerde yer verilen mücbir sebep maddesi, salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelere kıyasla daha detaylı ve açık şekilde düzenlenmekte ve yine iç hukuktaki sözleşmelerden farklı olarak ticari bir bakış açısıyla ele alınmaktadır.¹⁵⁴⁷ Milletlerarası ticari sözleşmelerde taraflar mücbir sebep maddesini düzenlerken genellikle ICC gibi organizasyonların hazırladığı mücbir sebep maddelerini sözleşmeye aktarmayı tercih etmektedirler.¹⁵⁴⁸ Milletlerarası ticari sözleşmelerde düzenlenen mücbir sebep maddeleri oldukça farklı şekillerde karşımıza çıksa da, genellikle -gerek standart sözleşmelerde, gerekse münferit sözleşmelerde- mücbir sebep maddesinde öncelikle mücbir sebebin tanımına yer verilmekte, ardından mücbir sebep olarak kabul edilecek ve/veya edilmeyecek olaylar örnek kabilinden sıralanmakta, mücbir sebebin ortaya çıkış sebebiyle yapılacak ihbar ve ihtarlar ilişkin hususlar ve mücbir sebebin –ve özellikle ifa etmemenin- sonuçları belirtilmektedir.¹⁵⁴⁹ Biz de çalışmada bu başlıklara paralel olarak söz konusu hususlar üzerinde duracağız.

3.3.11.1. Tanımı ve Unsurları

Mücbir sebep, birçok hukuk sisteminde genel kabul gören ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın, ifa etmemenin sonuçlarından bağışık tutulmasını sağlayan bir hükümdür.¹⁵⁵⁰ Mücbir sebep; sözleşmenin yapıldığı anda öngörülmesi mümkün olmayan, tarafların sebep olmadığı ve devamındaki süreçte taraflarca kontrol edilemeyen, sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmesine engel olan beklenmedik durumlardır¹⁵⁵¹.

Hukuk sistemleri, mücbir sebebin klasik tanımlarında öngörülemezlik, kaçınılmazlık, tarafların kontrolü dışında ortaya çıkma ve ifanın yapılmasını olumsuz yönde etkileme

¹⁵⁴⁶ BORTOLOTTI, 175. Benzer yönde bkz. SCHWENZER, 711.

¹⁵⁴⁷ DRAETTA, Ugo: "Force Majeure Clauses in International Trade Practice", *International Business Law Journal*, 1996, 5, 547-559, 552.

¹⁵⁴⁸ BORTOLOTTI, 179.

¹⁵⁴⁹ Benzer yönde bkz. KONARSKI, 409; BİNGÖL, 106.

¹⁵⁵⁰ ANDERSON/WARNER, 105; DIMATTEO, 89; DRAETTA, (Force Majeure), 547.

¹⁵⁵¹ DALHUISEN (V.2), 101; FONTAINE/DE LY, 403; BORTOLOTTI, 175-176; DRAETTA, (Force Majeure), 547; HAERYNCK, 232 vd.; KONARSKI, 407.

unsurlarına yer vermiştir.¹⁵⁵² UNIDROIT Prensipleri m. 7.1.7, ASPH m.8.108 ve ICC'nin Model Mücbir Sebep Maddesi (ICC Yayınları No: 650)'de benzer unsurlara yer vermiştir.¹⁵⁵³ Tahkim yargılamalarında da, taraflar arasındaki sözleşmede yer verilen mücbir sebep düzenlemesi ve uygulanacak hukuk farklı olsa da, mücbir sebebin varlığının kabulü için genellikle aşağıdaki üç unsurun bulunması gerektiği yönünde kararlar verilmektedir.¹⁵⁵⁴

- Ortaya çıkan olayın öngörülemez olması,
- Olayın, tarafların kontrolü dışında vuku bulmuş olması,
- Olayın, sözleşmenin ifasını imkansız hale getirmesi.¹⁵⁵⁵

Bu unsurlar, somut olayın koşulları dikkate alınarak değerlendirilir. Elbette her öngörülemez ve kaçınılmaz olay mücbir sebep olarak kabul edilmemektedir.¹⁵⁵⁶ Öngörememenin, tarafların kontrolü dışında objektif olarak ortaya çıkmış olması gerekir. Tarafların kontrolü dışında gerçekleşme unsuru ise, tarafların 'makul' şekilde kontrolü dışında kalan olaylara işaret etmektedir.¹⁵⁵⁷ Uygulamada bu unsurla ilgili en tartışmalı konulardan birisi, bir kamu otoritesi veya hükümet tasarrufunun mücbir sebep olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkindir.¹⁵⁵⁸ Bu nedenle tarafların sözleşmede, bu gibi durumların mücbir sebep olarak kabul edilip edilmeyeceğine açıklık getirmeleri faydalı olacaktır.

¹⁵⁵² ANDERSON/WARNER, 105; DALHUISEN (V.II), 100-102; FONTAINE/DE LY, 403; DRAETTA, (Force Majeure), 548; MCCALL/WARRINGTON, 97; KONARSKI, 409.

¹⁵⁵³ Bu maddelerin birbirine benzerliği ICC Model Mücbir Sebep Maddesinin ilk paragrafına ilişkin açıklamada da vurgulanmış, mücbir sebebin unsurlarının UNIDROIT ve ASPH'de yer alan mücbir sebebin unsurlarına paralel şekilde düzenlendiği belirtilmiştir. Bkz. ICC: *ICC Force Majeure Clause 2003 – ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication, No: 650, Paris, 2003, 11.

¹⁵⁵⁴ BORTOLOTTI, 176; KONARSKI, 408-409; DAIGNEAULT, 78.

¹⁵⁵⁵ Burada bazı yazarların 'ifanın aşırı ölçüde güçleşmesi'ni veya 'başlangıçta kararlaştırılan borcu ciddi şekilde değiştirmesi'ni de mücbir sebep içerisinde mütalaa ettiklerini belirtmek gerekir. Bkz. BORTOLOTTI, 176 ve BİNGÖL, 109. Hukuk sistemlerinin bu konudaki farklı yaklaşımlarına rağmen, milletlerarası sözleşmelerde genellikle ifanın aşırı ölçüde güçleşmesi, aşırı ifa güçlüğü altında ele alındığından, bizde uygulamadaki bu yaklaşıma paralel şekilde konuyu incelemeyi uygun bulduk. Dolayısıyla çalışmada mücbir sebep, ifanın geçici veya sürekli olarak imkansız hale gelmesine işaret ederken; aşırı ifa güçlüğü, ifayı imkansız hale getirmeksizin aşırı biçimde güçleştiren durumlar için kullanılmıştır. Hukuk sistemlerindeki farklılıklar hakkında ayrıca bkz. ACAR, Hakan: "UNIDROIT ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü", *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, Erişim adresi: www.kazanci.com, Erişim tarihi: 14.03.2016.

¹⁵⁵⁶ DALHUISEN (V.II), 102.

¹⁵⁵⁷ ICC'nin hazırladığı model mücbir sebep maddesinde de, tarafların 'makul şekilde' kontrolü dışında ortaya çıkması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. ICC Model Force Majeure Clause 2003 Art.1/a.

¹⁵⁵⁸ BORTOLOTTI, 177.

Sözleşmede ‘mücbir sebep’in tanımı yapılacaksa, bu tanımın belirsizliklerden ve muğlak ifadelerden arınmış olmasına dikkat edilmelidir.¹⁵⁵⁹ ‘Mücbir sebep’ olarak kabul edilecek haller belirlenirken sözleşmenin ve tarafların özelliklerinin, yapılacak işlemlerin karakteristik özelliklerinin, potansiyel riskler gibi hususların dikkate alınması gerekir.¹⁵⁶⁰

Bazı durumlarda taraflar, sözleşmelerinde mücbir sebebi tanımlayan bir ifadeye yer vermek yerine, mücbir sebep olarak kabul edilecek halleri örnek kabilinden sıralamayı yeğlemektedirler. Bu yöntemle düzenlenen maddelerde genellikle doğal afet,¹⁵⁶¹ silahlı çatışma,¹⁵⁶² endüstriyel ihtilaflar,¹⁵⁶³ ekonomik felaketler,¹⁵⁶⁴ taşıma veya tedarik zorluğu¹⁵⁶⁵, *fait du prince*¹⁵⁶⁶ halleri mücbir sebep olarak kabul edilmekte ve bu başlıklara örnekler verilerek düzenlenmesi tercih edilmektedir.¹⁵⁶⁷ ICC’nin Model Mücbir Sebep maddesinde de mücbir sebep olarak kabul edilecek olaylar örnek kabilinden sayılmıştır.¹⁵⁶⁸

¹⁵⁵⁹ KONARSKI, 410.

¹⁵⁶⁰ DIMATTEO, 45. Örneğin, her ne kadar hükümet tasarrufları tarafların kontrolü altında olmasa da, özellikle bir tarafın, ülkesindeki hükümetle iyi ilişkileri olan bir organizasyon olduğu durumlarda soru işareti yarattığı belirtilmektedir. Eğer sözleşmenin taraflarından birisinin bu tür bir durumu olduğu biliniyorsa, diğer taraf, mücbir sebep maddesinde bu tür durumların dışında tutulmasını müzakere etmelidir. Bkz. BORTOLOTTI, 177.

¹⁵⁶¹ Deprem, yıldırım düşmesi, sel, taşkın, şiddetli yağmur veya şiddetli fırtına, şiddetli soğuk veya sıcaklar, çığ düşmesi, heyelan gibi olaylardır. Bkz. EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 21; DAIGNEAULT, 79.

¹⁵⁶² Silahlı çatışma genellikle savaş, iç savaş, isyan, işgal, askeri eylemler, ihtilal, ayaklanma, halk hareketleri, seferberlik, abluka gibi hususları belirtmektedir. Bkz. FONTAINE/DE LY, 409; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 21.

¹⁵⁶³ Uygulamada endüstriyel ihtilafların mücbir sebep olarak tanımlandığı maddelerde grev, lokavt, iş yavaşlatma gibi örnekler verildiği ve bazı sözleşmelerde ‘ülke çapında’ veya ‘bölge çapında’ gibi ibarelerle sınırlandırıldığı görülmüştür. Bkz. FONTAINE/DE LY, 410; DAIGNEAULT, 78.

¹⁵⁶⁴ Ekonomik felaket olarak adlandırılan durumlar para birimindeki çöküş (currency collapse), aşırı enflasyon gibi olaylardır. Bkz. DAIGNEAULT, 78. Ancak bu gibi olayların felaket olarak nitelenmesi için etki alanı itibarıyla ve sonuçları itibarıyla çok ağır bir netice yaratması gerekir kanaatindeyiz.

¹⁵⁶⁵ Uygulamada ulaşım veya tedarik güçlüklerinin mücbir sebep olarak tanımlandığı maddelerde tren, liman, havalimanı, nehir ve karayolu kullanımının imkansızlığı, taşıyıcının gecikmesi, güç kaynağının tamamen veya kısmen kesilmesi, işgücü yetersizliği, yakıt yetersizliği gibi örnekler kullanıldığı görülmüştür. FONTAINE/DE LY, 411.

¹⁵⁶⁶ *Fait du prince* idarenin araya girmesi sebebiyle ifa edilememesi halini ifade etmektedir. Bu gibi durumlar kamu otoritelerinden gerekli ruhsat veya izinlerin alınamaması, adli veya idari kararlar sebebiyle ifanın engellenmesi gibi hususları kapsamaktadır. Bunun yanında bazı yazarlar mevzuatta yapılan değişiklikleri de bu başlık altında mücbir sebep olarak ele almaktadır. Bkz. FONTAINE/DE LY, 411-412. Yine benzer şekilde döviz kur kısıtlamaları, ambargo, ihracat kısıtlamaları gibi hükümet düzenlemelerinden kaynaklanan engeller de mücbir sebep olarak kabul edilebilmektedir. Bkz. DAIGNEAULT, 78.

¹⁵⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. DRAETTA, (Force Majeure), 551; FONTAINE/DE LY, 408-413; DAIGNEAULT, 77-80.

¹⁵⁶⁸ ICC Model Mücbir Sebep maddesinde savaş, silahlı çatışma ve benzeri, işgal, genişletilmiş askeri seferberlik, iç savaş, isyan, ihtilal, askeri veya sivil darbe; halk ayaklanması, sivil itaatsizlik; terörist, sabotaj veya korsanlık faaliyetleri; hükümet emri, düzenlemesi, direktifi veya kanun emrine binaen yetkili otoriteler tarafından gerçekleşen meşru veya gayrimeşru faaliyetler, sokağa çıkma kısıtlaması, kamulaştırma, millileştirme, el koyma; şiddetli fırtına, tayfun, tufan, kasırga, hortum, tipi, deprem, volkanik aktivite, heyelan, tsunami, sel, kuraklık gibi doğal afetler, bulaşıcı hastalıklar, salgınlar; patlama, yangın, makine, teçhizat, fabrika veya benzeri donanımın tahribatı, ulaşım, iletişim veya elektrik akımının uzun süre arızalı olması; grev,

Milletlerarası sözleşmelerde ayrıca tarafların ‘yeterli özeni göstermesine rağmen engellenemeyecek nitelikte olma’ kıstasına da yer verildiği görülmektedir.¹⁵⁶⁹

Türk hukukunda mücbir sebep kanunda tanımlanmamıştır. Doktrinde ise farklı şekillerde tanımlanmakla birlikte, genellikle tarafların kontrolü dışında ortaya çıkma, öngörülmezlik ve karşı konulamaz olma gibi unsurlara tanımlarda yer verilmekte, ancak kavramın nisbi bir kavram olduğu ve somut olaya göre var olup olmadığının değerlendirileceği kabul edilmektedir.¹⁵⁷⁰

3.3.11.2. Bildirim ve İhbar

Mücbir sebep, ifa üzerinde önemli etkiye sahip olduğu için ortaya çıkar çıkmaz en kısa sürede sözleşmenin diğer tarafını bu durumdan haberdar etmek ve buna ilişkin gerekli kanıtları sunmak gerekir.¹⁵⁷¹ ICC Model Mücbir Sebep Maddesi m.6’da da bu yönde bir yükümlülük öngörülmüştür. Uygulamada mücbir sebebe ilişkin detaylı bilgi verilmesi, tarafsız üçüncü bir kişi tarafından kanıt sunulması, resmi belge temin edilmesi gibi şartlara rastlanmaktadır.¹⁵⁷² Bu nedenle madde düzenlenirken mücbir sebebin ortaya çıkışına ilişkin yapılacak ihbarlar ve bunların şekli ile süresi de belirtilmelidir.¹⁵⁷³ Milletlerarası ticari sözleşmelerde taraflar genellikle bu tür bir bildirimin yazılı yapılması konusunda anlaşır, ancak sözlü olarak yapılması da mümkündür. Yapılacak bildirimler süreye bağlanmışsa bu sürenin de belirtilmesi gerekir.

Bildirimin hangi iletişim aracı ile yapılacağına yer verilmesi de faydalıdır. Uygulamada bazı sözleşmelerde birden fazla iletişim aracı ile bildirim yapılmasının öngörüldüğü

lokavt, boykot, fabrika ve yerleşkelerin işgali gibi iş karışıklıkları mücbir sebep olarak kabul edilebilecek hallerden sayılmıştır. Bkz. ICC Model Force Majeure Clause Art.3.

¹⁵⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. BİNGÖL, 112-115.

¹⁵⁷⁰ BİNGÖL, 183-186. Türk hukukunda mücbir sebep kavramı için ayrıca bkz. TURAN BAŞARA, Gamze: “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, *Çankaya University Journal of Law*, 7/1, Mayıs 1020, 1-22, 14 vd.

¹⁵⁷¹ FONTAINE/DE LY, 418; DRAETTA, (Force Majeure), 552; KONARSKI, 414.

¹⁵⁷² FONTAINE/DE LY, 421-422.

¹⁵⁷³ ŞANLI, (Ticari Akitler), 37; FONTAINE/DE LY, 418.

sözleşmelere rastlanmaktadır.¹⁵⁷⁴ Örneğin telefonla yapılacak ilk bildirimin ardından mümkün olan en uygun zamanda yazı ile teyit edileceğine ilişkin bir hüküm konulabilir.

Son olarak mücbir sebebin sona erdiğinin bildirimle bağlanması da faydalı olacaktır. Sona erme bildirimi de, mücbir sebebin ortaya çıkışında yapılan bildirim usulü izlenerek yapılması kararlaştırılabilir.

Bildirim ve kanıt sunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesine hangi sonuçların bağlandığı sözleşmede belirtilmelidir. Uygulamada ihbarın geç yapılması durumunda zararın geç ihbar sebebiyle artan kısmının tazmini gibi hükümlere rastlandığı gibi, ifadan kaçınma hakkının ortadan kalkması gibi daha ağır hükümlere bağlandığı görülmektedir.¹⁵⁷⁵

3.3.11.3. Sonuçları

Mücbir sebebin sonuçlarına maddede yer verilmelidir.¹⁵⁷⁶ Sonuçlar düzenlenirken, mücbir sebebin sürekli mi geçici mi olduğu, tamamiyle mi yoksa kısmen mi ifayı engellediği gibi hususların dikkate alınarak, sonuçların buna göre düzenlenmesi gerekir.¹⁵⁷⁷ Engelin süresine göre sonuçlar farklılaşıyorsa, buna ilişkin hususlar belirtilmelidir. Örneğin belli bir süreye kadar ifayı engelleyen durumlarda geç ifa kabul edilebilirken, engelin çok uzun sürmesi halinde ifanın anlamı kalmayacaksa veya karşı tarafı zor duruma sokacaksa sözleşmeyi sona erdiren bir sebep olarak kabul edilebilir. Bunun dışında mücbir sebebin ortaya çıkışından itibaren karşı tarafa makul sürede bildirim zorunluluğu getirilmesi, bunun yapılmaması halinde ortaya çıkacak zararın karşılanması, mücbir sebebin ortaya çıkmasını önleyecek makul çabanın gösterilmiş olması, ‘makul çaba’nın tanımının iyi yapılması ve söz konusu durumda zararın bir kısmı karşılanacaksa miktar olarak belirtilmesi önemlidir.¹⁵⁷⁸

Mücbir sebebin ortaya çıkışıyla ilgili bir diğer sonuç, mücbir sebebe maruz kalan tarafın gerekli özeni göstermesiyle ilgilidir. Birçok sözleşmede, mücbir sebebe uğrayan

¹⁵⁷⁴ FONTAINE/DE LY, 419.

¹⁵⁷⁵ FONTAINE/DE LY, 422-423; DRAETTA, (Force Majeure), 552-553.

¹⁵⁷⁶ DIMATTEO, 45, 90; ŞANLI, (Ticari Akitler), 36.

¹⁵⁷⁷ KONARSKI, 417.

¹⁵⁷⁸ DIMATTEO, 95.

tarafın, ortaya çıkacak zararın artmaması için gerekli önlemleri almış olması, gerekli özeni göstereceği yönünde hükümlere yer verilmektedir.¹⁵⁷⁹

Terminolojik olarak farklı tabirler kullanılsa da, birçok hukuk sistemi, mücbir sebep olarak kabul edilen hallere birbirine benzer sonuçlar bağlamışlardır.¹⁵⁸⁰ Mücbir sebep maddesinde genellikle, ifanın askıya alınacağı veya ifa zamanının uzayacağına dair hükümler içermektedir. Bu askı süresi veya ifanın ertelendiği süre, mücbir sebebin ortadan kalkacağı süre kadardır. Bunun dışında mücbir sebep durumunda, ilk olarak taraflara olası zararlara karşı alınabilecek mümkün olan tüm önlemleri almak ve/veya mücbir sebebin etkisini azaltmak için alınması gereken önlemleri almak yükümlülüğüne yer verilmektedir.¹⁵⁸¹

Mücbir sebebin sonuçları başlığı altında ele alınan bu hususlar aşırı ifa güçlüğü için de geçerlidir.¹⁵⁸²

Türk hukukunda mücbir sebep neticesinde borcun sona ermesi ve sorumluluğun ortadan kalkması, ifanın belirli bir süre ertelenmesi, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması gibi sonuçlar ortaya çıkmaktadır.¹⁵⁸³ Sözleşmenin imkansızlık sebebiyle sona ermesi halinde de karşılıklı edimlerin iadesi gerekir.¹⁵⁸⁴

3.3.11.3.1. Sorumluluğun Ortadan Kalkması

Hukuk sistemlerinin hemen hemen tamamında, birtakım olayların ortaya çıkması halinde, ilgili tarafın sorumluluğunun ortadan kalkmasına imkan veren düzenlemeler

¹⁵⁷⁹ KONARSKI, 415.

¹⁵⁸⁰ CORDERO-MOSS, 109.

¹⁵⁸¹ DRAETTA, (Force Majeure), 551, 553; MCCALL/WARRINGTON, 97.

¹⁵⁸² Mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü arasındaki fark için bkz. 2.12.4. Aşırı İfa Güçlüğü Maddesinin Düzenlenmesi.

¹⁵⁸³ BİNGÖL, 278 vd.; TURAN BAŞARA, 16 vd.

¹⁵⁸⁴ TBK m. 136;

“Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.”

bulunmaktadır.¹⁵⁸⁵ Mücbir sebebin ortaya çıkışı, borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırarak, sözleşmeden doğan bazı yükümlülüklerin ifasını (en azından geçici bir süre) engellemektedir.¹⁵⁸⁶ UNIDROIT Prensipleri m.7.1.7, ASPH m. 8.108 ve ICC Model Mücbir Sebep Maddesi paragraf 4-5'te de bu sonuç belirli şartların varlığı halinde kabul edilmiştir.

3.3.11.3.2. İfanın Ertelenmesi

Milletlerarası ticaret uygulamasında ifanın ortadan kalkması değil, mücbir sebebin ifayı erteleyeceği genellikle kabul edilmektedir.¹⁵⁸⁷ Milletlerarası uygulamada mücbir sebebin ortaya çıkması halinde itfa etkisi ikinci planda kalırken, ifayı askıya alıcı etkisi birinci planda dikkate alınmaktadır.¹⁵⁸⁸ Özellikle uzun süreli sözleşme ilişkilerinde bu sonuç genellikle kabul edilir.¹⁵⁸⁹ Ancak bu sonucun kabul edilebilmesi, ifa zamanının esaslı bir unsur olarak kabul edilmemiş olmasına bağlıdır.¹⁵⁹⁰ Ayrıca ifanın bütünüyle ve sürekli olarak imkansızlaşmamış olması gerekir. Mücbir sebep maddesinin, mücbir sebebin ortaya çıkışı ile doğrudan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vermesi yerine, ifa süresinin uzatılacağı ve belirli bir süre sonunda mücbir sebebin halen ortadan kalkmamış olması durumunda, taraflara sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vereceği şeklinde düzenlenmesi yerinde olacaktır.¹⁵⁹¹

UNIDROIT Prensipleri m.7.1.7, ASPH m. 8.108 ve ICC Model Mücbir Sebep maddesinde mücbir sebebin geçici olması halinde ifayı erteleyici etkisinden bahsedilmiştir.

3.3.11.3.3. Sözleşmenin Sona Ermesi

Mücbir sebebin çok uzun sürmesi ve ifanın bu zaman dilimi boyunca gerçekleştirilmemesi durumunda taraflar mağdur olabilecektir. Bu nedenle milletlerarası ticari sözleşmelerde, genellikle mücbir sebebin belirli bir süre devam etmesi halinde sözleşmenin sona ereceği kararlaştırılır. Bazı sözleşmelerde ise yalnızca 'makul süre

¹⁵⁸⁵ KONARSKI, 406.

¹⁵⁸⁶ FONTAINE/DE LY, 424.

¹⁵⁸⁷ FONTAINE/DE LY, 424-425; DRAETTA, (Force Majeure), 553-554.

¹⁵⁸⁸ FONTAINE/DE LY, 446.

¹⁵⁸⁹ KONARSKI, 418.

¹⁵⁹⁰ KONARSKI, 418.

¹⁵⁹¹ Benzer yönde bkz. MCCALL/WARRINGTON, 97-98.

boyunca' ibaresine yer verilmekte ve süre kesin biçimde belirtilmemektedir.¹⁵⁹² Elbette buradaki 'makullük' kriterinin neye göre belirleneceği tartışma yaratabilir.

Sözleşmeyi sona erdirmeye konusunda takdir hakkı sözleşmenin bir tarafına veya sözleşmenin her iki tarafına verilmiş olabilir.¹⁵⁹³

UNIDROIT Prensipleri m.6.2.3, ASPH m.6.111 ve ICC Model Mücbir Sebep maddesinde de bazı şartlar altında sözleşmenin sona erdirilmesine imkan verilmektedir.

Milletlerarası sözleşmelerde mücbir sebep halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı genellikle belirtilmesine karşın, sona erme öngörülen hallerde bu sona ermenin ne şekilde olacağı belirtilmemekte ve bu durum ciddi problemlere sebep olmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin sona ermesi halinde sözleşmenin tasfiyesine ilişkin hükümlere yer verilmesinde fayda vardır.

3.3.11.3.4. Sözleşmenin Yeniden Müzakere Edilmesi ve/veya Sözleşmenin Uyarlanması

Sözleşmelerde mücbir sebebin çok uzun sürmesi halinde tarafların sözleşme şartlarını yeniden görüşmek için müzakerelere başlaması hükmüne de yer verilebilir.¹⁵⁹⁴ Özellikle uzun süreli milletlerarası ticari sözleşmelerde mücbir sebep veya aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile ilgili hükümlere yer verilmektedir.¹⁵⁹⁵ Zira tarafların halihazırda çok fazla zaman ve para harcadıkları durumlarda sözleşmeyi sona erdirmek, taraflar için daha dezavantajlı olabilmektedir.¹⁵⁹⁶ Bu tür bir hükmü düzenlerken, dostane müzakerelerin bir çözüme ulaşamaması halinde nasıl bir yol izleneceği de belirtilmelidir. Aksi halde müzakereler sonucunda taraflar anlaşamazlarsa durum çözümsüz kalmaya devam edecektir. Bu nedenle uygulamada bir kısım sözleşmede öncelikle

¹⁵⁹² DALHUISEN (V.II), 105; FONTAINE/DE LY, 430; DRAETTA, (Force Majeure), 551.

¹⁵⁹³ FONTAINE/DE LY, 430-431.

¹⁵⁹⁴ DALHUISEN (V.II), 105; DRAETTA, (Force Majeure), 551.

¹⁵⁹⁵ PERILLO, 11; ZACCARIA, (Changed Circumstances), 136.

¹⁵⁹⁶ ZACCARIA, (Changed Circumstances), 137.

müzakare edilmesi öngörülmekte, müzakerelerden sonuç alınamadığı takdirde sözleşmenin sona ereceği belirtilmektedir.¹⁵⁹⁷

Bazı hukuk sistemlerinde mücbir sebep veya aşırı ifa güçlüğü hallerinde öncelikle tarafların sözleşmeyi tekrar müzakere etmeleri öngörülmüştür.¹⁵⁹⁸ Milletlerarası metinlerde ise mücbir sebep halinde sözleşmenin yeniden müzakeresine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak taraflar tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde her zaman yeniden müzakere edip, sözleşmeyi yeni şartlara uyarlayabilirler.¹⁵⁹⁹ Mücbir sebeple ilgili düzenlemelerde yeniden müzakereye ilişkin hüküm olmamasına rağmen, aşırı ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemelerde yeniden müzakereye ilişkin hükümler milletlerarası düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır. UNIDROIT Prensipleri m. 6.2.3 ve ASPH m.6.111'de sözleşmenin ifasını aşırı ölçüde güçleştiren olayların meydana gelmesi halinde, aşırı ifa güçlüğüne düşen taraf sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini isteyebilecek, müzakereler makul bir sürede tamamlanmadığı takdirde ise sözleşmenin sona erdirilmesi veya değişen şartlara uyarlanması talep edilebilecektir.¹⁶⁰⁰ ICC Model Aşırı İfa Güçlüğü Maddesi'nde de ilk olarak sözleşmenin yeniden müzakeresi öngörülmüş olup, bu sonuç aşırı ifa güçlüğüne ilişkin modeli mücbir sebepten ayırmaktadır.

3.3.11.3.5. Masrafların Karşılanması

Mücbir sebep sonucu herhangi bir zararın veya masrafın ortaya çıkması halinde bu zararı veya masrafı kimin yükleneceği de belirtilmelidir. Bazı sözleşmelerde mücbir sebebin ifayı ortadan kaldıracığı ve her bir tarafın kendi zararına katlanacağı ancak tarafların birbirlerine karşı tazminle yükümlü olmadıkları kararlaştırılmaktadır.¹⁶⁰¹

¹⁵⁹⁷ FONTAINE/DE LY, 432; DRAETTA, (Force Majeure), 551.

¹⁵⁹⁸ SCHWENZER, 722-723.

¹⁵⁹⁹ PERILLO, 11.

¹⁶⁰⁰ ASPH'de UNIDROIT Prensipleri'nden farklı olarak, karşı tarafın müzakere davetine icabet etme zorunluluğu bulunmamaktadır.

¹⁶⁰¹ DIMATTEO, 94; FONTAINE/DE LY, 427.

3.3.11.3.6. Mücbir Sebebin Üstesinden Gelmek İçin Çaba Harcanması

Mücbir sebep, kural olarak öngörülemez ve kaçınılamaz olmasına rağmen, meydana gelmesinden sonra taraflar, önüne geçmek için gerekli tüm tedbirlerin alınacağına ilişkin bir hükmü sözleşmeye eklerler. Genellikle bu tür bir hükmün ihlali halinde diğer tarafın zararının tazmin edileceği kararlaştırılır.¹⁶⁰² ICC Model Mücbir Sebep Maddesi paragraf 7’de de, mücbir sebebe maruz kalan tarafın, mücbir sebebin etkilerini sınırlamak için her türlü makul önlemi almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

3.3.11.4. Mücbir Sebep Maddesinin Düzenlenmesi

Hukuk sistemleri genellikle bu maddelere geçerlilik tanımakla birlikte, hangi hallerin mücbir sebep veya beklenmedik hal teşkil edeceği ve bunların sonuçları konusunda farklı düzenlemeler içermektedir. Örneğin birçok Avrupa ülkesinin hukukunda mücbir sebep kavramı yer alırken, İngiliz hukukunda yer almamaktadır. Kara Avrupası ve Anglosakson hukuk sistemleri arasında bu kavrama ilişkin hukuki anlamda yeknesaklık bulunmadığı gibi, terminolojik olarak da yeknesaklıktan söz edilemez.¹⁶⁰³

Uygulamada milletlerarası sözleşmelerde bu hükmün düzenlenmeyip uygulanacak hukuka bırakılmasına nadiren rastlanmaktadır.¹⁶⁰⁴ Her ne kadar Anglo-Amerikan hukukunda ‘beklenmeyen hal’ (*frustration*) gibi benzeri kurumlar bulunsada, bu

¹⁶⁰² FONTAINE/DE LY, 428-429.

¹⁶⁰³ ANDERSON/WARNER, 105; ŞANLI, (Ticari Akitler), 38. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ‘beklenmeyen hal’ (*frustration*) ve ‘elverişsizlik’ (*impracticability*) kavramları yer almakla birlikte, bu kavramın uygulanışı ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. Örneğin Amerikan hukukunda beklenmeyen hal, ifanın artık anlamsız veya mantıksız duruma geldiği hallerle sınırlı olarak uygulanabilir. İngiliz hukukunda bu kavram ifa imkansızlığı hallerini de kapsarken, Amerikan hukukunda ifa imkansızlığı ayrı bir kurum olarak ele alınır. Benzer şekilde Kara Avrupası hukuklarında genellikle mücbir sebep kavramı kullanılmasına rağmen, ‘ifa imkansızlığı’ (*impossibility of performance*) kavramları da kullanılabilir. Bu hukuk sistemlerinde terminoloji de istikrarlı değildir. Beklenmeyen hal ve elverişsizlik yanında koşulların değişmesi (*change of circumstances*), sözleşmenin dengesizliği (*contractual imbalance*), sözleşmenin amacını kaybetmesi (*loss of the purpose of the agreement*), aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) kavramları da kullanılabilir veya bu kavramlara atıf yapılabilir. Hukuk sistemlerindeki farklılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PERILLO, 6; DALHUISEN (V.2), 98-111; FONTAINE/DE LY, 439-441.

¹⁶⁰⁴ FONTAINE/DE LY, 441.

sistemlerde bu isimle yer almadığından, sözleşmede mutlaka mücbir sebebin tanımlanması gerekir.¹⁶⁰⁵

Sözleşmeye konulacak mücbir sebep maddesinin birçok ulusal hukuka göre geçerli olması için şu hususları içermesi gerekmektedir: Mücbir sebep olarak kabul edilen olaylar harici olmalı; ifayı esaslı biçimde farklı kılmalı; objektif olarak öngörülemez olmalı; olay, tarafların kontrol alanı dışında kalmalıdır.¹⁶⁰⁶ Milletlerarası ticari sözleşmelerde, mücbir sebebin millî hukuklara göre tanımlanmasından kaçınabilmek için, ‘milletlerarası alanda mücbir sebep olarak kabul edilen’, ‘genel olarak mücbir sebep olarak kabul edilen’, ‘MTO tahkim uygulamasında mücbir sebep olarak kabul edilen’ gibi ifadelerle yer verildiği sıklıkla görülmektedir.¹⁶⁰⁷

Madde düzenlenirken, mücbir sebeple bağlantılı diğer maddelere de atıfta bulunulmalıdır. Örneğin mücbir sebep süresince kati kabul/teminat (*performance bond*) askıya alınması, cezai şart, maktu zarar ve ziyan, tazminat gibi maddelerle bağlantılı olması muhtemeldir.¹⁶⁰⁸ Bununla birlikte, teknik açıdan fazla miktarda çapraz gönderme (*cross reference*) yapılmamasına da dikkat edilmelidir.¹⁶⁰⁹

Türk hukukunda tarafların sözleşmede mücbir sebep olarak kabul edilecek olayları ve buna bağlı sorumsuzluk şartlarını kararlaştırmaları (kamu düzeni ve emredici kurallara aykırılık yaratmadığı sürece) mümkün ve geçerlidir.¹⁶¹⁰

¹⁶⁰⁵ DAIGNEAULT, 78.

¹⁶⁰⁶ RAUTH, 151 vd.

¹⁶⁰⁷ DRAETTA, Ugo: “Hardship and Force Majeure Clauses in International Contracts”, *International Business Law Journal*, 2002, 3/4, 347-358, 551-552.

¹⁶⁰⁸ DIMATTEO, 94.

¹⁶⁰⁹ BUTT, 202. Çapraz atıf, çapraz başvuru veya çapraz gönderme, okuyucuyu bir metin de, bir konudan veya bir başlıktan başka bir konuya veya başlığa yönlendiren/gönderen işarettir.

¹⁶¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. BİNGÖL, 115-116.

3.3.12. Aşırı İfa Güçlüğü Maddesi (*Hardship*)¹⁶¹¹

Taraflar, sözleşme ilişkisine girmeleriyle birlikte hukuki olarak güvenilebilecekleri bağlayıcı ve her iki tarafın yükümlülüklerinin gerçekleştirilebilir olduğu bir durum yaratırlar. Ancak bazı hallerde, özellikle uzun süreli sözleşme ilişkisinde, sözleşmenin yapıldığı zamanki koşullarda sonradan meydana gelen politik, ekonomik, teknolojik hukuki sebeplere dayanan değişiklikler, tarafların durumunu önemli ölçüde değiştirerek edimler arasında dengesizlik yaratabilir. Böylesi durumlar için birçok ülke hukukunda sözleşmenin uyarlanması veya sona erdirilmesi gibi çözümler kabul edilmiştir.¹⁶¹²

3.3.12.1. Tanımı ve Unsurları

Aşırı ifa güçlüğü, tarafların önceki durumlarında değişiklik yaratan, öngörülemez olan bir durum sebebiyle ifanın aşırı ölçüde güçleşmesidir. Aşırı ifa güçlüğü maddesi, tarafların sözleşmeyi yaptıkları zamanki durumlarında bir değişiklik meydana gelmesi ile ilgilenir. Ancak tarafların durumlarında meydana gelen her değişiklik bu maddenin kapsamına girmez. Ortaya çıkan değişikliğin, taraflar arasındaki ilişkiyi ciddi biçimde etkilemesi halinde aşırı ifa güçlüğü kapsamına girmesi mümkün olabilir. Yalnızca tarafların durumunda değişiklik meydana gelmesi, aşırı ifa güçlüğü olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda sözleşmenin yapıldığı anda öngörülemez nitelikte olması gerekir.¹⁶¹³ Elbette öngörülebilirliğin tespiti kolay değildir. Bunlara ek olarak, ortaya çıkan bu öngörülemez durumun aşırı ifa güçlüğü yaratacak nitelikte bir olay olması gerekir. Unsurları itibarıyla mücbir sebebe benzetmekle birlikte, mücbir sebepten farklı olarak aşırı ifa güçlüğünde, ifa imkansızlaşmayıp, yalnızca aşırı ölçüde güçleşmektedir.

UNIDROIT Prensipleri m. 6.2.2’de hangi hallerde aşırı ifa güçlüğü’nün ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Buna göre; sözleşmenin yapılmasından sonra önceden öngörülemez ve kontrol edilemez şekilde ifayı aşırı ölçüde güçleştiren olaylardan bahsedilmiştir.¹⁶¹⁴ Aynı

¹⁶¹¹ İngilizce literatürde ‘*hardship*’ kelimeleri olarak anılan hüküm, Türk literatüründe ‘beklenmedik hal’, ‘beklenmeyen durum’, ‘ifanın güçleşmesi’, ‘aşırı ifa güçlüğü’ gibi terimlerle ifade edilmeye çalışılmaktadır. Bu çalışmada ‘aşırı ifa güçlüğü’ kavramı tercih edilmiştir.

¹⁶¹² KONARSKI, 406; ZACCARIA, (Changed Circumstances), 136; FONTAINE/DE LY, 453-454.

¹⁶¹³ FONTAINE/DE LY, 461-462; ZACCARIA, (Changed Circumstances), 150.

¹⁶¹⁴ Ayrıca prensiplerde bu maddenin uygulanması için ifanın henüz gerçekleşmemiş olması gerektiği de maddenin yorumunda belirtilmiştir.

yöndeki tanım ICC Model Aşırı İfa Güçlüğü Maddesi (ICC Yayın no 650)'nde de belirtilmiştir.¹⁶¹⁵

Türk hukukunda mücbir sebepte olduğu gibi aşırı ifa güçlüğü'nün tanımına da kanunda yer verilmemiş, bu ikisi arasındaki farkı ortaya koyma görevi doktrine bırakılmıştır.¹⁶¹⁶ Bununla birlikte, aşırı ifa güçlüğü kavramı, yukarıda belirttiğimiz şekilde benzer şartlarda Türk hukukunda da kabul edilmektedir.¹⁶¹⁷ TBK m. 138'e göre aşırı ifa güçlüğü'nün varlığı için olayın taraflarca öngörülemez olması; borçludan kaynaklanmaması; sözleşmenin yapıldığı sıradaki durumun ifanın yapılmasının dürüstlük kuralına ters düşecek şekilde değiştirmesi; borçlunun henüz ifa etmemiş veya aşırı ifa güçlüğü'nden kaynaklanan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması gerekmektedir.¹⁶¹⁸

3.3.12.2. Bildirim ve İhbar

Tarafların, sözleşmede aşırı ifa güçlüğü ortaya çıktığı andan itibaren izlenmesi gereken usulü belirtmeleri faydalıdır. Öncelikle karşı tarafa durumun ihbar edilmesi gerekir. İfa güçlüğü'nü yaratan durumu öğrenen tarafın, vakit kaybetmeksizin diğer tarafa durumu bildirmesi gerekir. Madde düzenlenirken ihbarın şekli, süresi ve hangi hususları içermesi gerektiği belirtilmelidir.¹⁶¹⁹

Yalnızca sebebin ortaya çıkmasına bağlı olarak izlenecek usulü değil, aynı zamanda aşırı ifa güçlüğü'ne bağlanan sonuçlarda da nasıl bir usul izlenmesi gerektiği belirtilmelidir. Örneğin taraflar aşırı ifa güçlüğü yaratan durum sonucunda sözleşmenin sona ereceğini

¹⁶¹⁵ ICC Model Aşırı İfa Güçlüğü maddesinin, geniş ölçüde UNIDROIT Prensipleri m.6'dan alındığı, model maddenin açıklama notlarında da belirtilmektedir. Bkz. ICC, (Force Majeure), 16.

¹⁶¹⁶ BİNGÖL, 183.

¹⁶¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. TURAN BAŞARA, 13 vd.

¹⁶¹⁸ TBK m. 138;

“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”

¹⁶¹⁹ ZACCARIA, (Changed Circumstances), 152; FONTAINE/DE LY, 475-476.

kararlaştırmışlarsa bunun usulünü, duruma uyarlanması karararlaştırmışlarsa bunun da ne şekilde yapılacağını sözleşmelerinde belirtmelidirler.¹⁶²⁰

3.3.12.3. Sonuçları

Maddede aşırı ifa güçlüğüünün sonuçlarına da yer verilmelidir. Aşırı ifa güçlüğüüne ilişkin milletlerarası sözleşmelerde yer verilen düzenlemelerde ve millî hukuklarda yer alan düzenlemelerde, aşırı ifa güçlüğüünün doğrudan tarafların asli yükümlülüğüünü değiştirmediği, ancak ortaya çıkan değişikliğe uyum sağlayabilmek için yeni yükümlölükler ve yeni bir program yarattiğı görölmektedir.¹⁶²¹

Aşırı ifa güçlüğüü durumunda taraflar, genellikle öncelikle sözleşmenin yeniden müzakere edilerek yeni duruma uyarlanmasını öngörürler. şayet böyle bir sonuç öngörölmüşse, müzakere şartlarını ve buna ilişkin usulü belirtmeleri gerekir. Müzakerenin olumsuz sonuçlanması halinde taraflar sözleşmenin sona ereceğine de karar verebilirler. Uyarlamanın müzakere yapılmaksızın aşırı ifa güçlüğüünün ortaya çıkışı ile birlikte otomatikman gerçekleşeceğine ilişkin hükme de yer verilebilir. Ya da aşırı ifa güçlüğüü halinde her iki tarafa veya yalnızca bir tarafa sözleşmeyi sona erdirme yetkisi verilebilir. Böyle bir durumda da ne şekilde sona ereceğini, başka bir deyişle sözleşmenin tasfiyesine ilişkin hükümlere sözleşmede yer vermelidirler. Üçüncü bir seçenek olarak taraflar, müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde sözleşmenin aşırı ifa güçlüğüü yaratan durumun sona ermesine kadar uzatılacağına ilişkin bir düzenleme de yapabilirler. Bunun dışında, tarafsız bir üçüncü kişi eliyle konunun çözümlenmesi de kararlaştırılabilir.¹⁶²²

Milletlerarası Sözleşmeler Çalışma Grubu'nun incelediği sözleşmelerin bir kısmında, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde (hakem, uzman gibi) tarafsız bir üçüncü kişi tarafından sonuca ulaştırılmasına ilişkin hükümlere rastlanmıştır.¹⁶²³ Bu yöntemin kabul edilmesi halinde taraflar, uzman veya

¹⁶²⁰ FONTAINE/DE LY, 475.

¹⁶²¹ MASKOW, Dietrich: "Hardship and Force Majeure", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.40, 1992, 657-669, 660; ZACCARIA, (Changed Circumstances), 149.

¹⁶²² HAERYNCK, 238-240; KONARSKI, 419-424; ZACCARIA, (Changed Circumstances), 149-152; PERILLO, 25; FONTAINE/DE LY, 476, 482; BORTOLOTTI, 181.

¹⁶²³ FONTAINE/DE LY, 483. Benzer yönde bkz. ZACCARIA, (Changed Circumstances), 152.

hakemlerin hangi aşamada dahil olacaklarını, hangi nitelikleri taşıyacakları ve ne şekilde seçileceğine ilişkin hususları da belirtmelidir.¹⁶²⁴ Örneğin bir kısım sözleşmede müzakerelerin belirli bir zaman dilimi içinde tamamlanamaması halinde bu yönetime başvurulacağı kabul edilmiştir. Bunun dışında üçüncü kişinin veya kişilerin nitelikleri ve ne şekilde seçileceği, bu kişilerin çözüme dahil olma amacı ve yöntemleri, izleyecekleri usul, verecekleri kararın bağlayıcı olup olmayacağı veya ne tür bir hukuki etki yaratacağı gibi hususları belirtmelidirler.¹⁶²⁵ Bunlara ek olarak taraflar, müzakere sürecinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağına da yer vermelidirler.¹⁶²⁶

Görüldüğü gibi aşırı ifa güçlüğü için öngörülen sonuçlar da mücbir sebebin sonuçlarına benzemektedir. Bu nedenle tekrardan kaçınmak adına aynı sonuçları burada ele almayıp, mücbir sebebin sonuçları kısmına atıfta bulunmakla yetineceğiz.¹⁶²⁷

Türk hukukunda TBK m. 138’de aşırı ifa güçlüğüne yer verilmiştir. Buna göre hakime sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını isteme, sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi mümkün olabilecektir.

3.3.12.4. Aşırı İfa Güçlüğü Maddesinin Düzenlenmesi

Genellikle aşırı ifa güçlüğü maddesi, maddenin hangi hallerde uygulanacağını belirten ilk kısım ve aşırı ifa güçlüğü’nün sözleşmeye etkisini konu alan ikinci kısım olmak üzere iki bölümden oluşur. Bir de bunlara ek olarak hangi hallerin aşırı ifa güçlüğü olarak kabul edilmeyeceğini belirten dışlayıcı bir tanıma da yer verilebilir.¹⁶²⁸

¹⁶²⁴ HAERYNCK, 240-241.

¹⁶²⁵ Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. FONTAINE/DE LY, 483-486.

¹⁶²⁶ Milletlerarası Sözleşmeler Çalışma Grubunun incelediği sözleşmelerin hiçbirisinde bu tür bir hükme rastlanmamıştır. Bkz. FONTAINE/DE LY, 486.

¹⁶²⁷ Bununla birlikte bazı hukuk sistemlerinde, aşırı ifa güçlüğü’nün, mücbir sebepten farklı olarak sözleşmenin sona ermesi veya adaptasyonuna zemin hazırladığı belirtmektedir. Bkz. PERILLO, 7. Örneğin Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin çoğunda, ifanın aşırı ölçüde masraflı hale gelmesi durumunda sözleşmenin revize edilmesine imkan vermemekte, Kara Avrupası ülkelerinin bazılarında ise sözleşme dengesinin radikal biçimde değişmesi halinde sözleşmenin uyarlanması veya sona ermesi kabul edilmektedir. Hukuk sistemlerinin konuya yaklaşımıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ZACCARIA, (Changed Circumstances), 138-149. Bununla birlikte bir genelleme yapabilmek ve bağlanan sonuca göre bunları ayırmak mümkün değildir.

¹⁶²⁸ HAERYNCK, 235; FONTAINE/DE LY, 460; KONARSKI, 421-422; ZACCARIA, (Changed Circumstances), 151, 153.

Hangi hallerin aşırı ifa güçlüğü olarak niteleneceğine ilişkin açıklama verilen kısımda, parasal veya ekonomik sebepler, ticari sebepler gibi spesifik ifadelere yer verilebileceği gibi, aşırı ifa güçlüğü olarak tanımlanan durumlar ‘milletlerarası’, ‘millî’ veya belirli bir bölge ile sınırlı olarak ortaya çıkması durumunda bu hükmün uygulanacağına dair coğrafi bir sınırlamaya da yer verilebilir.¹⁶²⁹

Öngörülemezlik kavramı, tarafların içinde bulunduğu durum, sözleşmenin yapılmasını gerektiren şartlar, edimlerin dengesi gibi hususlar hemen tüm aşırı ifa güçlüğü maddelerinde bulunur.¹⁶³⁰ Ancak bu belirtmeler (edim dengesi gibi) objektif kriterlere dayanabileceği gibi, dürüstlük ve hakkaniyet gibi subjektif kriterlere de dayanabilir.¹⁶³¹

Aşırı ifa güçlüğü maddesi çok çeşitli halleri içine alacak şekilde düzenlenebileceği gibi kapsamını dar tutacak şekilde de kaleme alınabilir. Genellikle sözleşmelerde tarafların durumlarında değişiklik yaratan genel haller ekonomik, politik, ticari veya finansal sebeplere dayanan değişiklikler olarak düzenlenmektedir. Bunlara ek olarak hukuki değişiklikler bu kapsama dahil edilebilir. Milletlerarası Sözleşmeler Çalışma grubunun incelediği bazı sözleşmelerde ortaya çıkan ve değişiklik yaratan olaylar nitelenirken ulusal, uluslararası, dahili veya harici gibi belirlemeler yapılarak kapsamının daraltıldığı veya genişletildiği görülmüştür. Genel haller dışında, tarafların durumu veya sektörel özellikleri olan bazı spesifik durumların da bu madde kapsamına girmesini öngörebilirler. Bunun dışında taraflar genel haller ve özel hallerin kombinasyonundan oluşan durumları da tanımlayarak bu madde kapsamına alabilirler. Buna ek olarak belirli durumların maddenin kapsamı dışında kalmasını isterlerse bu halleri de belirtmeleri gerekir.¹⁶³²

¹⁶²⁹ HAERYNCK, 237.

¹⁶³⁰ FONTAINE/DE LY, 461.

¹⁶³¹ Hakkaniyetin bir kriter olarak baz alınmasını savunan görüş, bu kriterin (Fransız, Belçika gibi) belirli hukuk sistemlerinde sözleşme hukukunda standart bir kriter olduğu, ahlaki bir görüş olarak karşı çıkılamayacak nitelikte olduğu, tarafların homojen altyapılara sahip olması halinde kavramın içeriğinin tümüyle belirsiz olmadığı, objektif kriterlerin dahi subjektif yargılar içerdiği gibi gerekçelere dayanmaktadır. Buna karşılık hakkaniyet kriterine getirilen eleştirilerin başında kavramın belirsiz, muğlak ve fuzuli olması, tanımının tarafların bakış açısına göre değişebilmesi sebebiyle sınırlarının net olmaması, ahlaki bir görüş olduğu için her tür yargıya açık olması gibi nedenler gelmektedir. Belirtilen sebeplerle taraflar arasındaki ilişkiyi hukuki güvenlikten yoksun kılabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. FONTAINE/DE LY, 478-479.

¹⁶³² FONTAINE/DE LY, 464-470.

Burada aşırı ifa güçlüğü maddesinin mücbir sebep maddesi ile düzenlenmesine de değinmek gerekir. Aşırı ifa güçlüğü ve mücbir sebep maddelerinin her ikisi de kural olarak öngörülemezlik ve kaçınılmazlık unsurlarını taşımaları sebebiyle benzerlik göstermekte, hatta zaman zaman birbirine karıştırılmaktadır. Bazı hallerde ortaya çıkan olayın ifayı imkansız mı kıldığı yoksa aşırı ölçüde güçleştirdiğini mi tespit etmek kolay olmamaktadır.¹⁶³³ Bununla birlikte bu iki kavramın birbirinden ayrılması gerekir. İki kavram arasındaki fark, mücbir sebebin ifayı imkansız kılması iken, aşırı ifa güçlüğü'nün ifayı güçleştirmesidir.¹⁶³⁴ Niteliği itibarıyla benzerlik taşısa da, sonuçları bakımından bunların meydana geliş şekli, şiddeti ve yoğunluğu farklılık yaratmaktadır.¹⁶³⁵ Aşırı ifa güçlüğü'nde, ifa imkansız kılınmaksızın yalnızca güçleşmekte iken, mücbir sebepte ifa geçici veya sürekli olarak imkansızlaşmıştır. Bu kavramlar farklı olmasına rağmen, mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü hallerinin her ikisi de harici bir olay sebebiyle sözleşmenin öngörüldüğü şekilde ifa edilememesi sonucuyla ilgilendikleri için genellikle birleştirilerek düzenlenir ya da mücbir sebep maddesi, ayrı bir aşırı ifa güçlüğü maddesinin hazırlanmasını gerektirmeyecek nitelikte ve kapsamda hazırlanır.¹⁶³⁶

Bu iki maddenin amaçları ve kapsamlarının farklı olduğu belirtilse de, uygulamada mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü'nü birbirinden ayırmak zordur.¹⁶³⁷ Bazı durumlarda bir sözleşmede hem mücbir sebep hem de aşırı ifa güçlüğü maddesinin yer alması problem olabilmektedir. Bu nedenle her iki kuruma da yer verilmek isteniyorsa bu hallerin

¹⁶³³ MASKOW, 660, 663; SCHWENZER, 725; DRAETTA, (Hardship), 349; FONTAINE/DE LY, 443.

¹⁶³⁴ FONTAINE/DE LY, 443, 456; BORTOLOTTI, 181; KONARSKI, 405, 407; ZACCARIA, (Changed Circumstances), 150 dn.86; ACAR, (Mücbir Sebep).

¹⁶³⁵ TURAN BAŞARA, 12.

¹⁶³⁶ MASKOW, 663; ZACCARIA, (Changed Circumstances), 150 dn.86; ACAR, (Mücbir Sebep). Mücbir sebep, ortaya çıkan engellere/olaylara odaklanırken, aşırı ifa güçlüğü sonuca odaklanmaktadır. Taraflar, belirli engellerin ortaya çıkması halinde engelin derecesine göre farklı hukuki sonuçlar bağlamak isteyebilirler, ikinci olarak ise aşırı ifa güçlüğü maddeleri genellikle tahkim veya dava yoluna gitmeden önce müzakere edilmesini öngörmektedir. Bu iki kurumun sonuçları açısından da farklılıklar bulunmaktadır. Hukuk düzenlerinde genellikle mücbir sebep, beklenmedik hal, imkansızlık, elverişsizlik gibi isimlerle anılan hallerde sözleşme sona erer veya askıya alınırken, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin adil şekilde düzenlenmesini sağlamak için yeniden müzakere edilmesi gerekmektedir. Bkz. DIMATTEO, 95-98; FONTAINE/DE LY, 444, 456; HAERYNCK, 234.

¹⁶³⁷ DRAETTA, (Hardship), 349; SCHWENZER, 725; ZACCARIA, (Changed Circumstances), 150 dn.86. Benzer yönde HAERYNCK, n234; MASKOW, 660; TURAN BAŞARA, 12.

birbirinden tartışmaya yol açmayacak şekilde ayırıcı özellikleriyle belirlenmesi ve maddelerin birbiriyle uyumlu şekilde kaleme alınması gerekir.¹⁶³⁸

Milletlerarası ticari sözleşmeleri hazırlayanlar, genellikle mücbir sebep hallerini yalnızca aşırı ifa güçlüğü olan durumları da dahil ederek, müvekkilleri lehine geniş tutmak istemektedir. Oysa bazı yazarlara göre beklenmeyen bir aşırı ifa güçlüğü durumundan müvekkili korumak üzere yapılması gereken mücbir sebep hallerini genişletmek değil, aşırı ifa güçlüğünde yer alan ‘aşırı’ unsurunun ispatlanması için gereken eşiği azaltmaktır.¹⁶³⁹

3.3.13. Cezai Şart

Cezai şart, ülke hukuklarında farklı isimlerle anılsa da birçok ülkede, belirli durumlarda, benzer yaptırım olarak öngörülmüştür. Uygulamada gecikmeli ifa, ödemenin gecikmesi, malın yüklenmesinin gecikmesi, malların kabulünün gecikmesi, malların teslim edilmemesi, maldaki ayıplar, fikri mülkiyet hakkı ihlalleri cezai şartların uygulandığı başlıca durumlardır.¹⁶⁴⁰ Bu tür maddeler, genellikle ihlal edilen yükümlülüğün parasal değerinin belirli bir oranı dikkate alınarak ödeme yapılmasını öngörür.¹⁶⁴¹ Bunun dışında birçok ticari sözleşmede sabit belirli bir meblağ tespit edildiği de görülmektedir.¹⁶⁴²

3.3.13.1. Tanımı ve Fonksiyonları

Cezai şart, borcun ihlali halinde ödenmesi öngörülen, önceden kararlaştırılan belirli bir miktar tazminattır. Alacaklının, ifanın gerçekleştirilmesi için kullanabileceği bir baskı

¹⁶³⁸ FONTAINE/DE LY, 444.

¹⁶³⁹ DIMATTEO, 97.

¹⁶⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE, LY, 301-338; BORTOLOTTI, 184-185; TERKI, Nour-Eddine: “Penalty Clauses and ‘Take or Pay’ Clauses in International Long-Term Contracts”, *International Business Law Journal*, Vol.2, 2014, 109-130, 112; KEMER, 122.

¹⁶⁴¹ BORTOLOTTI, 184. Uygulamada cezai şart belirli bir miktar paranın ödenmesini öngörse de, bu zorunlu değildir. Ekonomik bir değeri bulunması şartıyla paradan başka bir edim olarak da kararlaştırılabilir. Bkz. TAMER, Ahmet: “Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 4, Sayı 4, Temmuz 2013, 731-770, 736.

¹⁶⁴² GRAVES, Jack: “Penalty Clauses as Remedies: Exploring Comparative Approaches to Enforceability”, *Touro Law Review*, Vol.29, 2013, 681-694, 681; GRAVES, Jack: “Penalty Clauses and the CISG”, *Journal of Law and Commerce*, Vol.30, 2012, 153-172, 153; ZELLER, Bruno: “Penalty Clauses: Are They Governed by CISG?”, *Pace University International Law Review Online Companion*, Vol.23, No.1, Winter 2011, 1-14, 1.

aracıdır.¹⁶⁴³ Sözleşmede yer verilen bu tür bir madde makul bir miktar içeriyorsa, yani belirlenen tazminat miktarı ihlalden kaynaklanan, beklenen veya halihazırda ortaya çıkan fiili zarara oranla makul olduğu takdirde uygulanabilir olacaktır.¹⁶⁴⁴ Her ne kadar ‘ceza şartı’ veya ‘cezai şart’ ifadesi kullanılsa da, bu tür maddelerin temel amacının ilgili tarafı cezalandırmak değil, diğer tarafın zararını tazmin etmektir.¹⁶⁴⁵

Bu tür maddelerin fonksiyonlarını şu şekilde özetleyebiliriz:¹⁶⁴⁶

- Öncelikle ne kadar tazminat ödeneceği belirlenmiş olabilir. Bu halde zarar gören taraf, zararın miktarını ispatlamak zorunda kalmayacaktır.
- İkinci olarak sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda belirli bir miktar para ödenmesi söz konusu olduğundan, sözleşme tarafının belirli bir miktar parayı ödememek adına sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmesine vesile olmaktadır.
- Nihayet, zarardan sorumluluğu, sözleşmede belirtilen miktarla belirli bir dereceye kadar sınırlamaktadır.

İlk fonksiyon, özellikle zarar görenin, zararını ispatta zorluklarla karşılaşması halinde önem taşır. Bazı hukuk sistemlerinde zararın gerçek miktarını ispat etmek çok zor olabileceği gibi, imkansız dahi olabilmektedir.¹⁶⁴⁷ Yine bazı durumlarda zararın miktarını ispat etmek çok zor olduğu gibi masraflı olmakta, yahut oldukça uzun zaman almaktadır.¹⁶⁴⁸

¹⁶⁴³ GÜNAY, Cevdet İlhan: *Cezai Şart*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002, 4-5; EKİNCİ, Hüseyin: *Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, 25-26.

¹⁶⁴⁴ KEMER, 122-123.

¹⁶⁴⁵ TERKİ, 109-111. Aksi yöndeki görüş için bkz. ROBIN, Guy: “Punitive Damages in International Transactions”, *International Business Law Journal*, 2004, 3, 247-267, 247 vd.

¹⁶⁴⁶ BORTOLOTTI, 184. Benzer yönde bkz. GRAVES, (CISG), 155; DAVIS, Cheryl A.: “Liquidated Damage Clauses”, *Tennessee Journal of Business Law*, Vol.1 No.1, Fall 1999, 31-42, 31; ZELLER, 1-2; CLARKSON, Kenneth W. / MILLER, Roger Leroy / MURIS, Timothy J.: “Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?”, *Wisconsin Law Review*, 1978, 351-390, 367-368; BENJAMIN, Peter: “Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.9, October 1960, 600-627, 601 vd. Türk hukukunda da cezai şartın bu fonksiyonları genellikle kabul edilmektedir. Türk hukukunda cezai şartın amaç ve fonksiyonları hakkında bkz. AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXI, S.1-2, 2003, 257-414, 375 vd.

¹⁶⁴⁷ DUNBAR, Frank C.: “Drafting the Liquidated Damage Clause-When and How”, *Ohio State Law Journal*, Vol.20, 1959, 221-236, 231; CLARKSON/MILLER/MURIS, 367.

¹⁶⁴⁸ COLDWELL, Deborah S. / BURCHETT-WILLIAMS, Altresha Q. / CELESTE, Melissa L.: “Liquidated Damages”, *Franchise Law Journal*, Vol.29, Spring 2010, 211-230, 211; CLARKSON/MILLER/MURIS, 367.

Sözleşmede bu tür bir düzenlemeye yer verilmesi halinde, zarara uğrayan, zararın miktarını ispat etmek zorunda olmayacaktır. Bununla birlikte uzun süreli milletlerarası sözleşmelerde son fonksiyonu diğerlerinden ağır basmaktadır.¹⁶⁴⁹

Hukuk sistemlerinde ilk fonksiyon genellikle kabul edilirken, ikinci fonksiyon Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde genellikle kabul edilmemektedir.¹⁶⁵⁰ Bu nedenle, şayet sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Anglo-Amerikan hukuk sistemine dahil ülkelerden birinin hukuku seçilmişse cezai şart (*penalty/penalty clause*) ifadesinden kaçınarak maktu zarar ve ziyan (*liquidated damages*)¹⁶⁵¹ ifadesine yer verilmesi ve maktu zarar ve ziyan miktarının da makul sınırlarda tutulması uygun olacaktır.¹⁶⁵² Şayet söz konusu miktar, tazmin etme amacı dışına taşarak ceza niteliği taşıyor hale geliyorsa, Anglo-Amerikan hukuklarında uygulanma kabiliyeti olamayacaktır.¹⁶⁵³ Kara Avrupası ülkelerinde ise ‘cezai şart’ veya ‘maktu zarar ve ziyan’ ifadesi fark yaratmamaktadır.¹⁶⁵⁴ Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan ülkelerde bu tür bir problemle karşılaşılmasa da, ülke hukuklarında genellikle hakimlere, fahiş miktardaki cezai şartı indirme yetkisi verilmiştir.¹⁶⁵⁵ Aynı şekilde yine Kara Avrupası hukuklarında cezai şartta belirli bir sınır getirme eğilimi vardır.¹⁶⁵⁶ Üçüncü fonksiyonuna ilişkin olarak bir genelleme yapmak mümkün değildir. Çünkü hukuk sistemlerinin, sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeleri farklılık arz

¹⁶⁴⁹ TERKİ, 110.

¹⁶⁵⁰ BORTOLOTTI, 184; GRAVES, (Penalty), 681-684; GRAVES, (CISG), 153-154; MATTEI, Ugo: “The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol.43, 1995, 427-444, 433 vd.; COLDWELL/BURCHETT-WILLIAMS/CELESTE, 211; AKKAYAN YILDIRIM, 358. Amerikan hukuku gibi Anglo-Amerikan hukuk sistemine dahil bazı ülkelerde istisnai hallerde kabul edilse dahi, hakim tarafından çok sıkı kontrole tabi tutulmaktadır. Bkz. ROBIN, (Damages), 249.

¹⁶⁵¹ Maktu zarar ve ziyan (*liquidated damages*) maddesi, ifa etmeme sebebiyle ödenecek tazminat için önceden makul oranda belirli bir miktar öngören, yahut tazminat miktarını gerçek zarar ile sınırlayan bir maddedir. Maktu zarar ve ziyan klostları genellikle sözleşmeden doğan yükümlülüğün ifa edilmemesi halinde bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olup, zararın miktarını önceden götürü olarak belirler. Bkz. DAIGNEAULT, 83; BERGER, 429 vd.; GRAVES, (Penalty), 682 vd.; FONTAINE/DE LY, 355. Ayrıca cezai şartla ilişkin terim sorunu hakkında bkz. EKİNCİ, 21-24.

¹⁶⁵² BORTOLOTTI, 184. Bununla birlikte İngiliz hukukunda terminolojinin bir anlamı olmayacağını, maddenin geçerliliği için maktu zarar ve ziyan maddesinin unsurlarının bulunmasının yeterli olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır. Bkz. BENJAMIN, 602.

¹⁶⁵³ DAIGNEAULT, 84; GRAVES, (Penalty), 681; GRAVES, (CISG), 153; DUNBAR, 222-223; DAVIS, C., 31; MATTEI, 433; AKKAYAN YILDIRIM, 358.

¹⁶⁵⁴ GRAVES, (Penalty), 681; BENJAMIN, 606; CORDERO-MOSS, 107.

¹⁶⁵⁵ BORTOLOTTI, 184; BERGER, 430; GRAVES, (CISG), 166; CORDERO-MOSS, 107-108.

¹⁶⁵⁶ GRAVES, (Penalty), 684-685; GRAVES, (CISG), 166.

etmektedir.¹⁶⁵⁷ Bununla birlikte, genellikle hukuk sistemlerinde geçerli ve icra edilebilir kabul edildiği ifade edilmektedir.¹⁶⁵⁸

Türk hukukunda TBK’da cezai şart, ifanın hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde ödenmesi gereken bir miktar olarak kabul edilmiş olup, ifayla birlikte istenebileceği gibi, cezai şartın ödenmesiyle ifanın istenemeyeceği de kararlaştırılabilir.¹⁶⁵⁹ Türk hukukunda cezai şartın istenebilmesi için alacaklının zarara uğramış olması gerekmez.¹⁶⁶⁰

3.3.13.2. Cezai Şartın Uygulanabileceği Haller

İfanın gecikmeli yapılması hali, cezai şartın en çok uygulandığı durumdur. İfanın yetersiz olması veya malın ayıplı olması gibi durumlar da ikinci sırada cezai şarta konu olan olgulardır. Benzer şekilde belirli bir malı satın alma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde söz konusu olabilir. Bazı sözleşmelerde, satıcı belirli asgari niteliklere sahip bir malı sağlamayı üstlenmekte ve özellikle milletlerarası satımlarda bu yükümlülük, cezai şartın konusu olarak gösterilmektedir.¹⁶⁶¹ Cezai şartın uygulanabileceği halleri kalem kalem saymak mümkün değildir. Tarafların sözleşme ilişkisi çerçevesinde yüklendikleri aktif veya pasif yükümlülükleri yerine getirmedikleri hemen her duruma uygulanabilir bir düzenlemedir.

¹⁶⁵⁷ BORTOLOTTI, 185.

¹⁶⁵⁸ GRAVES, (CISG), 155.

¹⁶⁵⁹ TBK m.179;

“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.

Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkçaferagat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.

Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.”

¹⁶⁶⁰ TBK m.180;

“Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.

Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.”

¹⁶⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 324-326; TERKI, 112 vd.

3.3.13.3. Sonuçları

Hukuk sistemlerinin konuya yaklaşımındaki farklılıklar sebebiyle cezai şarta bağlanan sonuçları genellemek mümkün değildir. Bazı yazarlar, milletlerarası ticari sözleşmeler söz konusu olduğunda cezai şartın hukuki sonuçlarının belirsizlik taşıdığını belirtmektedir.¹⁶⁶² Bu tür bir madde geçerli kabul edildiği takdirde en genel sonucu, belirli nitelikteki davranışların gerçekleşmesi ile kararlaştırılan miktarda ödemenin karşı tarafa yapılmasıdır. Taraflar dilerlerse bu sonucu, diğer sözleşme hükümleri ile birleştirebilirler. Örneğin tazminata ilişkin maddeyle bağlantı kurulabilir veya bazı hakların kullanımına ilişkin kısıtlama ve sınırlama getirilmesi söz konusu olabilir. Genellikle cezai şart maddesi, mücbir sebep maddesiyle de bağlantı içindedir.

3.3.13.4. Cezai Şartın Geçersiz Olması

Milletlerarası sözleşmelerde cezai şartın düzenlenmesinde en önemli hukuki problem, cezai şartın aşırı bulunması halinde geçersiz kabul edilmesi veya tenkis edilmesi ihtimalidir.¹⁶⁶³ Cezai şart veya benzeri isimlerle yapılan düzenlemede kararlaştırılan miktarın geçerli olabilmesi için iyi niyet kurallarına uygun olması, dürüstlük kurallarına uygun olması, zararın miktarının tespitinin güç olması veya imkansız olması, cezai şart miktarının makul olması şeklinde kriterler kullanılabildiği gibi,¹⁶⁶⁴ tarafların niyeti de dikkate alınabilmektedir.¹⁶⁶⁵

Fahiş cezai şartın tenkisi genel olarak kamu düzenine ilişkin bir husus olarak kabul edilmemekle birlikte,¹⁶⁶⁶ birçok hukuk sisteminde hakimler, cezai şartın artırılması, indirilmesi veya tamamen geçersiz sayılması yönünde takdir hakkına sahiptir.¹⁶⁶⁷ Örneğin

¹⁶⁶² BENJAMIN, 625.

¹⁶⁶³ FONTAINE/DE LY, 342; TERKI, 119 vd.

¹⁶⁶⁴ DUNBAR, 223 vd.; CLARKSON/MILLER/MURIS, 353; MATTEI, 435-436.

¹⁶⁶⁵ Özellikle Anglo-Amerikan hukuku içerisine yer alan bazı hukuklarda tarafların niyetinin cezai şartın geçerliliğine etkisi hakkında bkz. COLDWELL/BURCHETT-WILLIAMS/CELESTE, 121 vd.; CLARKSON/MILLER/MURIS, 353 vd.

¹⁶⁶⁶ Aksi yöndeki cezai şart veya benzer hususlarla ilgili düzenlemelerin kamu düzenini yansıttığını belirten görüş için bkz. BENJAMIN, 601-602. Bu doğrultuda Almanya, İngiltere, Fransa gibi ülkelerin bazı eski mahkeme kararlarında da fahiş cezai şartın tenkisinin kamu düzeni altında ele alındığına da rastlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 343-344.

¹⁶⁶⁷ BERGER, 430; MATTEI, 442 vd.; ROBIN, (Damages), 265.

İngiltere, İskoçya, İrlanda ve ABD’de salt tazmin edici nitelikte olmayan cezai şart geçersiz sayılırken; Almaya, Fransa, Lüksemburg, İsviçre, İtalya, Hollanda Portekiz, Cezayir gibi ülkelerde hakimlerin, zararı aşan kısmı tenkis etme hakkı bulunmaktadır. Bu tür bağlayıcı iç hukuk düzenlemeleri, kural olarak sözleşmenin tamamını değil, yalnızca cezai şarta ilişkin kısmını etkilerler.¹⁶⁶⁸

Türk hukukunda da TBK m.182’detarafların ceza şartını serbestçe belirleyebileceği belirtildikten sonra, hakimin aşırı cezai şartı kendiliğinden indirebileceği hükmüne yer verilmiştir.¹⁶⁶⁹ Ancak TTK m.122’de tacirlerin fahiş olduğu iddiası ile aşırı cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceği hükmüne yer verilmiştir.¹⁶⁷⁰ Tacir sıfatını haiz olan kişi tebdirli ve basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olduğundan tacirler bakımından uygulanması kabul edilmemiştir.¹⁶⁷¹

‘Aşırı’ olduğu iddiasıyla cezai şartın tenkisinin kabul edildiği hukuklarda ‘aşırı’ veya ‘fahiş’ kavramının neye göre belirleneceği problem yaratır. Maalesef buna ilişkin genel bir belirleme yapmak mümkün değildir. Gerek Milletlerarası Sözleşmeler Çalışma Grubu, gerekse UNCITRAL , inceledikleri sözleşmelerde ‘aşırı’nın kesin bir tanımını yapmanın

¹⁶⁶⁸ FONTAINE/DE LY, 342-343; TERKİ, 119.

¹⁶⁶⁹ TBK m.182;

“Taraflar ceza miktarını serbestçe belirleyebilirler.

Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelemsi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez. Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.”

¹⁶⁷⁰ TTK m.22;

“Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 inci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hallerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.”

¹⁶⁷¹ Türk hukukunda cezai şartın tacirler bakımından uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAMER, 733 vd. Bununla birlikte hukukumuzda tacirlerin cezai şartın tenkisini veya iptalini isteyememelerine ilişkin kural mutlak değildir. Yargıtay kararları ve doktrinde, cezai şartın ahlaka aykırı olması halinde tacirlerin dahi bu şartın iptalini veya indirilmesini isteyebileceği kabul edilmektedir. Burada cezai şartın fahiş olması ile ahlaka aykırı olmasını birbirine karıştırmamak gerekir. Şartın aşırı olması, tek başına ahlaka aykırı olması anlamına gelmez. Ancak tacir için ekonomik derecede yıkım oluşturuyorsa, ekonomik özgürlüğünü engelliyor, ekonomik kişilik hakkını ortadan kaldıracak şekilde ağır bir miktar cezai şart söz konusuysa ancak bu halde tacirlerin cezai şartın iptalini veya indirilmesini isteyebileceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERÇİN, Ferhat: “Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri”, *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, Erişim adresi: www.kazanci.com, Erişim tarihi: 14.03.2016. Yargıtay’ın bu yöndeki kararları için ayrıca bkz. Yargıtay 19.HD. 18.5.2005 tarih ve E.2004/9148 K.2005/5709 sayılı kararı; Yargıtay 11.HD. 19.12.2005 tarih ve E.2004/15293 K.2005/12550 sayılı kararı; Yargıtay 19. HD. 15.12.2005 tarih ve E.2005/10187 K.2005/12550 sayılı kararı.

mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.¹⁶⁷² Somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekecektir.

3.3.13.5. Cezai Şart Maddesinin Düzenlenmesi

Milletlerarası ticari sözleşmeler alanında cezai şarta ilişkin genel olarak kabul edilen kurallar veya prensipler bulunmamaktadır.¹⁶⁷³ Bu nedenle yapılan düzenlemenin uygulanacak hukuk ve uyumsuzluğu çözmekle görevli yargı merciinin bulunduğu ülke hukuku dikkate alınmalıdır.

Gecikmeli veya yetersiz ifa sebebiyle cezai şart ödenmesine ilişkin madde, farklı şekillerde düzenlenebilir. Örneğin gecikmenin belirli bir süreyi aşması halinde ödenmesi veya gecikme süresi ile orantılı olarak artan cezai şart yahut geciktirilen ifanın türüne göre farklı miktarlar ödenmesi gibi değişik şekillerde düzenlenir.¹⁶⁷⁴ Ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, cezai şartın ödenmesini gündeme getiren durumlar şüpheyi ve tartışmaya yer vermeyecek şekilde açıkça belirtilmelidir.

Aynı şekilde cezai şartın istisnaları varsa, bunlar da net olarak belirtilmelidir. Sözleşmede yer alan ifa türlerinden bazıları için cezai şart ödenmemesi yolunda istisna da getirilebilir.¹⁶⁷⁵ Örneğin cezai şart veya başka bir adla bu nitelikte bir tazminat maddesine yer verilecekse satıcı, satıştan önce mallarda, ambalajlamada, etiketlemede ve benzeri hususlarda herhangi bir değişiklik olmaması hususunda ısrar etmeli, alıcı tarafından yapılan bir değişikliğin satıcı tarafından onaylanmadıkça tazminatı ortadan kaldıracağı mutlaka belirtilmelidir.¹⁶⁷⁶

Madde de cezai şartın miktarı ve ödemenin yapılacağı para cinsi mutlaka belirtilmelidir. Cezai şartın (örneğin sözleşme bedelinin) belirli bir yüzde olarak belirtilmesi halinde hesaplamanın nasıl yapılacağına da maddede yer verilmelidir. Miktarın net olarak

¹⁶⁷² First UNCITRAL Report p.14 no.36 ve Second UNCITRAL Report p.6 no.11'den aktaran FONTAINE/DE LY, 344.

¹⁶⁷³ ROBIN, (Damages), 251.

¹⁶⁷⁴ FONTAINE/DE LY, 304, 319-320.

¹⁶⁷⁵ FONTAINE/DE LY, 304, 320.

¹⁶⁷⁶ KEMER, 122.

belirtilmediği ve yüzde olarak belirtildiği durumlar için genellikle bir tavan belirlenmekte ve böylece sözleşmecinin tarafın ödeyeceği maksimum miktar önceden belirli hale gelmektedir. Şayet ifanın farklı kısımları için cezai şart miktarları farklı belirlenmişse, her biri için tavan belirlenebileceği gibi, toplam tavan miktarı da belirlenebilir. Bunun dışında uygulamada bazı sözleşmelerde, ifanın gecikmeli de olsa belirli bir süreyi geçmemesi halinde veya işin belirli bir aşamasının belirli sürede bitirilmesi gibi durumlarda cezai şartta indirim yapılmasını düzenleyen hükümlere yer verilmektedir.¹⁶⁷⁷

Bazı sözleşmelerde cezai şartın işletilebilmesi, bildirim yapılmasına bağlanmıştır. Milletlerarası Sözleşmeler Çalışma Grubu'nun incelediği sözleşmelerin bir kısmında, cezai şartın ödenmesi zararın doğması koşuluna bağlanmazken; bir kısım sözleşmede ise, karşı tarafının zararını ispatlaması şartına bağlanmıştır. Ya da bazı sözleşmelerde yalnızca belirli bir türdeki zararın ortaya çıkması ve/veya ispatı halinde ödenmesi öngörülmüştür.¹⁶⁷⁸

Cezai şart ödeyecek olan taraf, cezai şartın ödenmesini geciktirdiği takdirde, bunun için de ceza ödemesi yapılacağı ya da sözleşmenin tümü veya bir kısmının feshedileceği yönünde düzenlemeler yapıldığı da uygulamada görülmektedir.¹⁶⁷⁹

Uygulamada sıklıkla rastlandığı gibi, cezai şart maddesi diğer yaptırımlarla da birleştirilebilir. Bu gibi hükümler hukuk sistemlerinde çok farklı şekillerde ele alındığından uygulanacak hukuku göz önünde bulundurmamak zaruridir. Örneğin bazı hukuklar cezai şartı yalnızca ifa etmeme hali için kabul etmekte iken, bazı hukuklar ifa talebi ile birleştirilmesine imkan vermektedir.¹⁶⁸⁰

¹⁶⁷⁷ DUNBAR, 234-235; FONTAINE/DE LY, 305-308, 320-321.

¹⁶⁷⁸ FONTAINE/DE LY, 309-313. Ancak UNCITRAL'ın yaptığı çalışmada göstermiştir ki, cezai şartın fiili zararın veya kaybın ispatına bağlı olarak ödenemesinin kararlaştırılması istenmeyen etki (*adverse effect*) doğurmaktadır. Bkz. First UNCITRAL Report pp.12-13, no.32, p.14, no 38'den ve Second UNCITRAL Report pp 8-9 nos.17-18'den aktaran FONTAINE/DE LY, 333.

¹⁶⁷⁹ FONTAINE/DE LY, 311-312

¹⁶⁸⁰ Farklı ülkelerdeki uygulamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FONTAINE/DE LY, 314, 346-249.

3.3.14. Diğer Maddeler

3.3.14.1. Fikri Haklar

Milletlerarası ticari sözleşmelerde taraflar arasındaki sözleşme gereğince fikri hakların da devredilip devredilmeyeceği düzenlenmelidir. Şayet herhangi bir devir söz konusu değilse, fikri ve sınai (marka, patent, ticari isimler, tasarımlar ve benzeri) hakların taraflar arasında ihlal edilmesini engelleyecek bir hükme sözleşmede yer verilmelidir. Alıcı, satıcının izni olmaksızın, satıcının herhangi bir fikir ürünü üzerinde yalnızca aralarındaki sözleşme dolayısıyla kendiliğinden hak sahibi olmaz. Fikri ve sınai haklar devredilecekse bunun ayrıca belirtilmesi gerekir. Aksi halde alıcının, satıcıya ait bu tür bir hakkı yanlışlıkla veya yanıltıcı biçimde yetkisiz kullanımı, yetkisiz tescili satıcının tekel hakkının ihlali sayılır ve satıcıya sözleşmeyi tek taraflı fesih hakkı verir. Fakat bu sonucun ortaya çıkabilmesi için satıcının, alıcının ülkesinde malını veya markasını tescil ettirerek koruma altına almış olması gerekir. Zira hemen bütün dünyada geçerli olan ülkesellik ilkesi gereğince, tescilli bir marka veya benzer şekilde tescil edilmiş diğer bir fikir ürünü, yalnızca tescil edildiği ülkede korunur.¹⁶⁸¹ Örneğin milletlerarası bir alım-satım sözleşmesinde satıcı, alıcının ülkesine gönderdiği malın alıcının ülkesinde de korunmasını istiyorsa, alıcının ülkesinde de tescil edilmesi gerekir. Bununla birlikte, milletlerarası anlaşmalarla ya da Avrupa Birliği gibi milletlerarası veya milletlerüstü organizasyonlar bünyesinde yapılan düzenlemelerle fikri hakkın koruma alanını genişletmek de mümkündür.¹⁶⁸²

3.3.14.2. Sözleşmede Yapılacak Değişiklikler (*Modification / Adaption*)

Hukuk sistemlerinin çoğunda, ticari sözleşmelerin yazılı yapılması bir zorunluluk olmadığı gibi, yapılmış olan sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi de yazılılık şartına bağlanmamıştır. Bu nedenle uygulamada, değişikliklerin yazılı olma zorunluluğuna ilişkin madde (*NOM-no oral modification*) ortaya çıkmıştır.¹⁶⁸³ *Four corners klozu* veya sözlü değişiklik yapmama (*no oral modification*) klozu olarak da adlandırılan bu madde,¹⁶⁸⁴

¹⁶⁸¹ KEMER, 123.

¹⁶⁸² Örneğin Avrupa Markası ve Madrid Protokolü sistemiyle koruma alanını genişletmek mümkündür.

¹⁶⁸³ BORTOLOTTI, 185; ŞANLI, (Ticari Akitler), 57-58; FONTAINE/DE LY, 157-159; DE LY, (Interpretation), 775; DE LY, (Commercial), 1861.

¹⁶⁸⁴ HOUTTE, 153.

sözleşmede yapılacak her türlü değişikliğin bizzat taraflar veya yetkili temsilcileri tarafından yazılı biçimde yapılacağı, hatta istisnai hallerde ayrı bir belgede ve sözleşmenin her iki tarafının da imzalamasıyla yapılacağına ilişkindir.¹⁶⁸⁵ Taraflar, sözleşme hükümleri üzerinde sözlü olarak veya halin icabıyla değişiklik yapılmasının mümkün olmayacağını kararlaştırırlar.¹⁶⁸⁶ Taraflar, sözleşmeyi yaptıkları tarihteki şartların sonradan değişmesi halinde, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmak üzere modifiye edileceği, yeni şartlara adapte edileceği, yeni koşullar nedeniyle tekrar müzakere edileceği ve benzer yönde hükümlere yer verebilirler.

Sözleşmede bu tür bir hükme yer verilmesinin muhtelif amaçları olabilir. İlk olarak taraflar, yanlış anlamaların önüne geçmek ve ihtilafları önlemek amacıyla, değişiklikleri yazılılık şartına tabi kılmış olabilirler. Ancak özellikle ticari sözleşmelerde yazılı olma şartı öngörülmeleyen ülkelerde, bu tür bir hüküm ticari hayatın gereklerine uymamaktadır.¹⁶⁸⁷ İkinci olarak, sözlü olarak yapılan değişikliklere karşı sözlü veya yazılı bir feragat olması halinde bu madde, diğer haklardan da feragat edildiği iddiasını ortadan kaldırmada önemli bir işlev görür.¹⁶⁸⁸

Bir tarafın ekonomik durumunun değişmesi, genel ekonomik şartların değişmesi, tedarik kaynağının kaybedilmesi, müşteri kaynağının kaybedilmesi, devletin verdiği önemli izinlerin iptal edilmesi, doğal afetler gibi nedenler uyarılma sebeplerinin tipik örneklerindendir. Bu gibi durumlarda şayet taraflar, sözleşmenin devam etmesini istiyorlarsa uygulanabilecek en ideal çözüm, sözleşme şartlarını tekrar müzakere etmeleridir. Eğer yeniden müzakere veya uyarılma problemi çözmiyorsa, bu halde artık uyuşmazlık çözme mekanizmasının devreye girmesi gerekecektir.¹⁶⁸⁹

Taraflar, soyut olarak bu tür hükümlere yer vermek yerine, belirli durumlarda esneklik yaratan adaptasyon maddelerine de yer verebilirler. Örneğin, esnek fiyat ve tedarik gibi iyi

¹⁶⁸⁵ BORTOLOTTI, 185; KEMER, 126.

¹⁶⁸⁶ HOUTTE, 153; CORDERO-MOSS, 94.

¹⁶⁸⁷ BORTOLOTTI, 186.

¹⁶⁸⁸ KEMER, 126.

¹⁶⁸⁹ FOX, 6.

biçimde şekillendirilen uyarlama maddeleri sözleşmeyi ortadan kaldırmaksızın, esaslı değişiklik yaratan durum karşısında esneklik sağlayacaktır.¹⁶⁹⁰

3.3.14.3. Rekabet Etmeme

Rekabet etmeme maddesi, taraflardan birinin, diğer tarafın yürüttüğü iş veya faaliyetlere benzer alanlarda profesyonel faaliyet göstermemesine ilişkin maddedir.¹⁶⁹¹ Tarafların sözleşme sırasında ve/veya sonrasında rekabet yaratan bazı davranışlardan kaçınmalarına ilişkin olarak düzenlenir. Bu madde, sözleşme sırasında rekabet etmeme yükümlülüğünü ele alabileceği gibi, sözleşmenin sona ermesinden sonraki süreçle ilişkin rekabet etmeme yükümlülüğü getirmek amacıyla düzenlendiği de görülmektedir. Rekabet etmeme maddesi, tek taraflı veya iki taraflı olabileceği gibi, negatif veya pozitif de olabilir.¹⁶⁹² Tek taraflı olması halinde yalnızca bir tarafa rekabet etmeme yükümlülüğü getirirken, iki taraflı olması halinde her iki taraf da bu yükümlülük altındadır. Bu madde genellikle belirli bir süreyle sınırlı olarak rekabet etmeme yükümlülüğü getirebilir. Süresiz olsa dahi, hukuk sistemleri genellikle makul süre ile sınırlama eğilimindedir. Yine hukuk sistemlerinde rekabet etmeme maddesi belirli bir coğrafi bölge veya alan itibarıyla veya belirli davranış biçimleri veya belirli faaliyetlerle sınırlanabilmektedir.¹⁶⁹³

Milletlerarası ticari sözleşmelerin önemli kısmında bulunan rekabet etmeme maddesini genel bir kalıba oturtmak mümkün değildir. Başka bir deyişle, bu hüküm, sözleşmeden sözleşmeye çok ciddi farklılıklar barındırdığından bir genelleme yapabilmek mümkün değildir. Rekabet etmeme maddesi, tarafları rekabetçi belirli davranışları sergilemekten alıkoyarken, gizli bilgilerin kullanımını da engellemektedir. Bu nedenle bazı sözleşmelerde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin madde, rekabet etmeme maddesi içerisinde düzenlenmektedir. Bazı durumlarda ise müzakere öncesi belgelerde bu maddeye yer verilmekte, bu yükümlülüğün müzakere sürecinde başladığı kabul edilmekte ve ilgili

¹⁶⁹⁰ FOX, 6.

¹⁶⁹¹ DAIGNEAULT, 85. Rekabet etmeme maddesi , taraflardan birinin, diğer tarafın ticari sırlarına veya diğer önemli bilgilere sahip olması halinde de sözleşmeye konulan bir maddedir. Bkz. CLARK, Ezra: "Drafting Enforceable Covenants Not to Compete", *Preventive Law Reporter*, Vol. 14, Spring 1995, 31-32, 31. Ancak bu tür bilgilerin korunması çalışmada 'Gizlilik Maddesi' başlığı altında ele alındığından, burada yalnızca aynı veya benzer alanda faaliyet göstermemeye ilişkin rekabet etme durumu ele alınmıştır.

¹⁶⁹² DE LY, (Non-Compete Clauses), 469.

¹⁶⁹³ CLARK, 31-32; DE LY, (Non-Compete Clauses), 482-485.

rekabet etmeme maddesi hazırlanan asıl sözleşmeye aynen aktarılmaktadır.¹⁶⁹⁴ Hukuk sistemlerinin birçoğunda rekabet etmeme maddesinin geçerliliği, maddedeki kısıtlamaların 'yer ve zaman açısından makul olması' şartına bağlanmıştır.¹⁶⁹⁵

Rekabet etmeme maddesine ilişkin sıklıkla ortaya çıkan ihtilaflardan birisi, üçüncü kişilerin rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle karşımıza çıkar. Şöyle ki, bir tarafın doğrudan bizzat kendisinin gerçekleştirdiği fiiller rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırılık oluşturabileceği gibi, bir tarafın ihmalen veya kasten üçüncü kişi ile birtakım bilgileri paylaşması sonucu üçüncü kişinin davranışlarından dolayı olarak rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranmış sayılacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Ancak bu gibi durumlarda üçüncü kişi, doğrudan bir yükümlülük altına girmedeği için tatmin edici bir sonuca ulaşılması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, mümkün olduğu takdirde, ilgili üçüncü kişilerin bizzat kendisine rekabet etmeme sözleşmesi ayrı bir belge olarak imzalatılmalıdır.¹⁶⁹⁶

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, sözleşmelerde yer verilen rekabet etmeme maddesinin geçerliliği ve icra edilebilirliği hakkında hukuk sistemlerinin birbirinden çok farklı düzenlemelere sahip olduğu görülmektedir. Uygulanacak hukuk izin verdiği takdirde, rekabet etmeme maddesinin ihlali halinde ceza şartı olarak bir miktar paranın ödenmesi kararlaştırılabilir. Cezai şart, genellikle rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlal edilmesi noktasında caydırıcı bir nitelik taşımaktadır.¹⁶⁹⁷

3.3.14.4. Satıcı / Üretici Garantisi

'Garanti' kavramı özellikle satıcının maldaki ayıplardan sorumluluğuna işaret eden sözleşmeden doğan sorumluluğun kapsamını belirten bir kavramdır.¹⁶⁹⁸ Garantiler, söz konusu mal veya hizmetin ayıpsız olduğunu ve belirtilen özellikleri sağladığını temin etmektedir.¹⁶⁹⁹ Burada satıcının herhangi bir kusuru olmasa dahi maldaki ayıplardan

¹⁶⁹⁴ DE LY, (Non-Compete Clauses),442, 462, 467.

¹⁶⁹⁵ CLARK, 31.

¹⁶⁹⁶ DE LY, (Non-Compete Clauses),478, 481.

¹⁶⁹⁷ DE LY, (Non-Compete Clauses),461, 488.

¹⁶⁹⁸ FONTAINE/DE LY, 352.

¹⁶⁹⁹ DIMATTEO, 102.

objektif olarak sorumludur.¹⁷⁰⁰ Taraflar, sözleşme konusu mal veya hizmetin uygunluğu veya kalitesi için satıcı tarafından bir garanti sunulmasına karar verebilirler. Garantide, normal aşınma payı, kötü kullanım, olağan bakımın yapılmaması gibi garanti dışında tutulan hususların neler olduğu açıkça belirtilmelidir.¹⁷⁰¹

Garantiler genellikle açık garanti ve zımni garanti olarak ayrılmaktadır. Bazı ülkelerin hukuklarında, satıcı garantileri açıkça dışladığını belirtmedikçe bu garantileri zımnen kabul etmiş sayılmaktadır.¹⁷⁰² Açık garantinin en önemli avantajı, ticarete elverişlilik ve özel amaca uygunluğa ilişkin karşı tarafın zımni garanti iddiasını reddetme imkanını sunmasıdır.¹⁷⁰³

Garantilerin türleri kapsamı ve garantiye ilişkin diğer hususlarda elbette tarafların sözleşmede düzenlemedikleri konularda uygulanacak hukukta yer alan düzenlemeler söz sahibi olacaktır. Ancak öncelikle sözleşme hükümleri dikkate alınacaktır. Bu nedenle hangi hususların garanti kapsamında olduğu veya olmadığı açıkça belirtilmelidir.

Sözleşmede garantilere ilişkin bir madde bulunması durumunda bu maddenin her iki tarafça paraflanması önerilmektedir.¹⁷⁰⁴ Sözleşmenin garanti maddesi hazırlanırken, satıcı açısından yüksek meblağda yükümlülük yaratabileceği ve kanuni garanti süresini uzatabileceği için mümkünse garanti vermekten, en azından özel amaca yönelik garanti vermekten kaçınması tavsiye edilmektedir. Yine yapılacak düzenlemede garanti ihbarının, garantiye sebep olan hususun tespit edilmesinden sonra belirli bir sürede yapılmasına ilişkin hüküm konulması yerinde olacaktır.¹⁷⁰⁵

3.3.14.5. Bölünebilirlik / Kısmi Geçersizlik Maddesi (*Severability / Partial Nullity Clause*)

Milletlerarası ticari sözleşmelerde sıklıkla karşımıza çıkan bir diğer madde, sözleşmedeki hükümlerin bir veya birkaçının geçersizliğinin, sözleşmenin tamamını geçersiz

¹⁷⁰⁰ FONTAINE/DE LY, 352.

¹⁷⁰¹ DIMATTEO, 103.

¹⁷⁰² KEMER, 122.

¹⁷⁰³ DIMATTEO, 102.

¹⁷⁰⁴ KEMER, 122.

¹⁷⁰⁵ DIMATTEO, 102-103.

kılmamasına ilişkindir. Sözleşmenin bazı maddelerinin geçersiz olması halinde ilgili konularda uygulanması gereken hukukun emredici hükümleri uygulanır.¹⁷⁰⁶ Bazı hukuk sistemlerinde, sözleşmede yer alan bir veya birkaç hükmün geçersizliği sözleşmenin tamamının geçersizliğine sebebiyet vermezken, bazı hukuk sistemlerinde sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet verebilmektedir.¹⁷⁰⁷ Hukuk sistemlerindeki bu farklılık sebebiyle taraflar, bir veya birkaç maddenin geçersizliğinin, sözleşmenin tümüne olan etkisini bizzat düzenlemeyi tercih edebilmektedir. Sözleşmedeki bazı hükümlerin geçersiz olması halinde, sözleşmenin tamamen geçersiz sayılmaması ve diğer hükümlerinin geçerli kalmasını sağlamak üzere bu maddeyi düzenlemektedirler.¹⁷⁰⁸

Bölünebilirlik maddesi, sözleşmenin bir veya birkaç maddesinin geçerli olmaması halinde diğer hükümlerin geçerli kalacağı yolunda bir ifade ile düzenlenebileceği gibi, bazı maddelerin geçersiz olması halinde, tarafların anlaşarak yeni hükümler ihdas edebilecekleri şeklinde de düzenlenebilir. Bununla birlikte, belirli birtakım sonuçların ortaya çıkması halinde taraflara sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı veren düzenlemelere de rastlanmaktadır.¹⁷⁰⁹

Bazı hallerde, geçersizliği söz konusu olan hükümler taraflardan birisi için sözleşmenin esaslı unsurlarından birisi olarak görülebilir. Böyle bir durumla karşılaşmamak için bu tür bir maddeye yer verilmemesi ya da en azından esaslı hükümleri istisna tutacak şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır.¹⁷¹⁰

Milletlerarası ticari sözleşmelerde uygulanacak hukuk açısından bölünebilirlik maddesinin uygulanacak hukuk anlamında bir hüküm olup olmaması önem taşımaz, zira taraflar uygulanacak hukuku her zaman değiştirebilirler. Bu tür bir düzenleme, özellikle sözleşmenin geçerliliğine ilişkin konuların yorumlanması sırasında önem taşıyabilecektir. Ancak bölünebilirlik maddesi geçerlilik veya geçersizliğin nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin düzenleme içermemekte, yani sözleşmenin muğlak, belirsiz hükümlerinin

¹⁷⁰⁶ FONTAINE/DE LY, 167; DE LY, (Interpretation), 785.

¹⁷⁰⁷ DE LY, (Commercial), 1861-1862.

¹⁷⁰⁸ DAIGNEAULT, 98; BORTOLOTTI, 188; DE LY, (Interpretation), 785; RIBEIRO, 58; ÖZKAN, Ö., 33.

¹⁷⁰⁹ DE LY, (Interpretation), 793; FONTAINE/DE LY, 170-173; RIBEIRO, 58; BORTOLOTTI, 188.

¹⁷¹⁰ BORTOLOTTI, 187-188.

yorumlanması, boşlukların doldurulması için kullanılmamakta, genellikle madde de yalnızca geçersizliğin sonuçları belirtilmektedir.¹⁷¹¹ Özellikle milletlerarası ticari sözleşmelerin bir veya birkaç maddesinin geçersiz olması veya icra edilebilir olmaması halinde bundan doğan boşluğun, aşağıda ele alınan ‘boşluk doldurma maddesi’ ile ticari teamül veya ticari örf adeti esas olarak doldurulacağına ilişkin hükümler görülmektedir.

3.3.14.6. Sözleşmenin Bütünlüğü Maddesi (*Entire Agreement Clause*)

İngilizce’de ‘*entire agreement clause, merger clause, entirety of contract, integration clause, four corners clause*’ gibi isimlerle anılan bu madde milletlerarası ticari sözleşmelerde tipik olarak yer almakta ve tarafların müzakere ettiği ve uzlaştığı konularla ilgili tereddütlerin önüne geçilmesini temin etmektedir.¹⁷¹² Sözleşmenin yürütülmesi sırasında bir ihtilaf vukuunda, tarafların sözleşme içeriği dışında herhangi bir ifade, vaad, beyan, teşvik sözü vb. ile bağlı olmadığı ve yalnızca sözleşme içeriği ve ekleri ile sorumlu olacağını belirtmektedir.¹⁷¹³

Sözleşmenin bütünlüğü maddesi, esasen Anglo-Amerikan hukukunda özellikle kapsam dışında bırakılmak istenen hususlara işaret etme ihtiyacı sebebiyle ortaya çıkmıştır. Bu maddenin ilk amacı, sözleşmenin yorumlanmasını yalnızca yazılı sözleşme metni ile sınırlamaktır. Başka bir deyişle taraflar, bu madde ile sözleşmeyi yalnızca yazılı sözleşme içeriği ile sabitlemektedir. Taraflar arasında halihazırda var olan önceki veya hazırlanması planlanan gelecekteki sözleşmeler, sözleşme öncesi dökümanlar, yazılı veya sözlü ifadeler, iş simülasyonları gibi çeşitli hususların dışlanmasına hizmet etmektedir.¹⁷¹⁴

İkinci olarak, genellikle müzakere sırasında hazırlanan belgelere doğrudan atıf yaparak, sözleşmenin, sözleşme öncesi süreçte hazırlanan her türlü belgeyi yürürlükten

¹⁷¹¹ FONTAINE/DE LY, 168, 185-186; RIBEIRO, 58.

¹⁷¹² ALPA, 132; BARBER, Matthew: “The Limits of Entire Agreement Clauses”, *Journal of Business Law*, Vol. 6, 2012, 486-503, 486; MCLAUCHLAN, David: “The Entire Agreement Clause: Conclusive or a Question of Weight?”, *The Law Quarterly Review*, 2012, 128 (Oct), 521-540, 521; CORDERO-MOSS, 18, 91.

¹⁷¹³ BLANCHARD, 7; BARBER, 486-488; CORDERO-MOSS, 18; ÖZKAN, Ö., 33; PEDEN, Elisabeth / CARTER, J.W.: “Entire Agreement – And Similar – Clauses, The University of Sydney, *Sydney Law School, Legal Studies Research Paper* No: 07/53, July 2007, Erişim adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003946, Erişim tarihi: 25.02.2016, 1.

¹⁷¹⁴ DAIGNEAULT, 94; DE LY, (Commercial), 1861; DE LY, (Interpretation), 744-746; MCLAUCHLAN, 521; FONTAINE/DE LY, 131.

kaldırdığı veya onların yerine geçtiği belirtilmektedir.¹⁷¹⁵ Hatta yalnızca müzakere sırasında hazırladıkları belgeleri değil, aynı zamanda tarafların müzakere sırasında (hatta bazen sözleşmenin yürütülmesi sırasında) değişik tokuş ettikleri belge ve bilgileri dışarda bırakmalarına da izin vermektedir.¹⁷¹⁶ Taraflar, kendi kendine yeten bir sözleşme oluşturmak amacıyla bu gibi maddelere yer vermektedirler ve bu maddelerin amacı, dış unsurların (örneğin iyi niyet gibi prensiplerin) sözleşmeyi veya sözleşmedeki hükümleri yorumlamasının önüne geçilmesidir. Bu durum ise yorumlamanın yalnızca metnin lafzına dayanarak yapılabileceği anlamına gelecektir.¹⁷¹⁷ Görüldüğü gibi bu maddeler, tarafların verdikleri anlamı veya içeriği değiştirecek veya tadil edecek bir otoriteyi de dışlama amacı taşımaktadır.¹⁷¹⁸ Bunun dışında sözleşme ve eklerinin birbiriyle çelişmesi ihtimaline binaen, belgelerin birbirine önceliklerinin belirtilmesi de yerinde olacaktır.¹⁷¹⁹

Sözleşmenin bütünlüğü maddesi düzenlenirken uygulanacak hukukta bu tür maddelerin geçerliliği ve hangi kapsamda ele alındığına dikkat edilmelidir. Her ne kadar birçok hukuk sisteminde bu tür hükümlerin geçerli ve icra edilebilir olduğu kabul edilse de, bu gibi maddelere yaklaşım özellikle Kara Avrupası ve Anglo-Amerika hukuklarında farklıdır. Bu nedenle tarafların, madde ile ne amaçladıklarını, hangi hususları dışarıda bırakmak istediklerini açıkça belirtmeleri yerinde olacaktır. Buna rağmen, bu maddenin amacında bütünüyle başarılı olması beklenmemeli ve taraflar bu maddeye tamamiyle güvenmemelidirler.¹⁷²⁰

3.3.14.7. Değişmezlik Maddesi (*Non-Waiver Clause*)

Sözleşmenin tarafları, millî hukuklardan kaynaklanan sürprizlere, değişikliklere karşı kendilerini korumak isterler.¹⁷²¹ Değişmezlik maddesi, bu çaba neticesinde karşımıza çıkar. Bu madde, bir tarafın kasten veya ihmalen sözleşmeden kaynaklanan haklarını kullanmaması halinde, bu hakların veya ihlale karşı başvurulabilecek yasal yolların

¹⁷¹⁵ BARBER, 494; DE LY , (Interpretation), 746-761; DE LY, (Commercial), 1861; MCLAUCHLAN, 521.

¹⁷¹⁶ BLANCHARD, 7-8.

¹⁷¹⁷ CORDERO-MOSS, 56-57; BARBER, 498. Benzer yönde DAIGNEAULT, 94.

¹⁷¹⁸ ALPA, Guido: "Party Autonomy and Freedom of Contract Today", *European Business Law Review*, Vol.21, 2010, 119-141, 132.

¹⁷¹⁹ DE LY, (Interpretation), 741.

¹⁷²⁰ CORDERO-MOSS, 18, 91-92.

¹⁷²¹ DE LY , (Interpretation), 780; DE LY, (Commercial), 1862; CORDERO-MOSS, 20.

değişmemesini temin etmek amacı taşır. Başka bir deyişle, sözleşmede tanımlanan başvuru yollarının, tarafların durumlarından bağımsız olarak ve herhangi bir zamanda uygulanmasını temin etmek amacıyla düzenlenir.¹⁷²² Bu tür hükümlerin etkisi, hukuk sistemlerinde çok farklı şekillerde ele alınmıştır. Bazı hukuk sistemlerinde amaçlanan korumanın sağlanması mümkün olmamaktadır. Sözleşmenin yorumlanmasında lafzî yorumu tercih eden İngiltere gibi ülkelerde bu tür bir madde uygulanma kabiliyetini haiz iken, belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinin geçmişte diğer tarafça tolere edildiği açıkça anlaşılıyorsa, Kara Avrupası hukuklarının çoğunda uygulanma kabiliyeti olmayacaktır.¹⁷²³

Uygulamada bu madde, genellikle sözlü değişiklik yapmama (*no oral modification*) maddesi ile birlikte düzenlenmektedir.¹⁷²⁴

3.3.14.8. Sigorta Maddesi

Milletlerarası ticari bir sözleşmede; taşınan malların sigortalanması, ürün sorumluluğu sigortası, mesleki sorumluluk sigortası, çevresel zarar sigortası, mali sorumluluk sigortası, taşınır veya taşınmazlara ilişkin sigortalar gibi farklı tipte sigorta söz konusu olabilir.¹⁷²⁵ Bunlar zorunlu olabileceği gibi, ihtiyari de olabilir. Taraflar hangi tür sigortanın yaptırılacağı, kimin yaptıracağı, masraflarına kimin katlanacağı, poliçede kimin lehtar olarak gösterileceği, sigortanın hangi tarihleri içereceği gibi konularda anlaşmaları gerekir.¹⁷²⁶ Genellikle sözleşmede üzerinde durulan sigorta, özellikle mal satım sözleşmelerinde taşınan mallara ilişkindir. Malların taşıma esnasında hasar görmesi ihtimaline binaen nakliye sigortası da yaptırmaları zorunludur.¹⁷²⁷ Sigortası yapılmamış bir malın banka ve gümrük işlemleri yapılamaz ve taşınması söz konusu olamaz.¹⁷²⁸ Sigortayı kimin yaptıracağı ve masrafa hangi tarafın katlanacağı da sözleşmede kararlaştırılmalıdır.

¹⁷²² CORDERO-MOSS, 19, 92.

¹⁷²³ BORTOLOTTI, 189; DE LY, (Interpretation), 784-785.

¹⁷²⁴ DE LY, (Interpretation), 781.

¹⁷²⁵ RIBEIRO, 54.

¹⁷²⁶ ÖZKAN, Ö., 22.

¹⁷²⁷ BAĞRIAÇIK, 18; DÖLEK, 159.

¹⁷²⁸ DÖLEK, 159.

Zira tarafların sözleşmeden doğan sorumluluğun kaldırılması veya sınırlandırılması, masraflara kimin katlanacağı gibi konularla ile sigorta arasında yakın ilişki vardır.¹⁷²⁹

3.3.14.9. Devir Yasağı Maddesi (*Anti-Assignment Clause*)

Bu hüküm, sözleşmenin bir tarafının, diğer tarafın rızası olmaksızın sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini devredemeyeceğine ilişkin düzenlemedir.¹⁷³⁰ Taraflar bu tür bir hükme yer verdikleri takdirde, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin başkasına devredilmesi ancak her iki tarafın da buna rıza göstermesi ile gerçekleşebilir.

3.3.14.10. Zamanın Hayati Önem Taşıdığına Dair Madde (*Time Is of Essence Clause*)

Bu madde ile ifa zamanı, sözleşmenin en önemli noktası haline getirilmektedir.¹⁷³¹ İfanın belirtilen tarihlerde yapılmasının elzem olduğunu ve belirtilen tarihlerde ifa edilmemesinin sözleşmenin esaslı ihlali anlamına geleceği ve karşı tarafa sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vereceğini belirten maddedir. Zamanın hayati önem taşıdığına ilişkin madde, milletlerarası alanda yaygın biçimde kullanılmamasına rağmen, özellikle ABD’de oldukça popüler bir maddedir.¹⁷³²

3.3.14.11. Sözleşmenin Uzatılmasına İlişkin Madde

Bazı sözleşmeler belirli bir süre için yapılsa dahi, taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmemesi sebebiyle yine belirli veya belirsiz bir süre için uzatılmış sayılacağına ilişkin hüküm konabilmektedir. Özellikle uzun süreli mal tedarik sözleşmeleri gibi sözleşmelerde bu tür hükümlere sıklıkla rastlanmaktadır. Sözleşmenin uzatılması, otomatikman gerçekleşebileceği gibi, yarı otomatik veya otomatik olmayan şekilde gerçekleşebilir. Milletlerarası sözleşmelerde bu tür bir hükmün düzenlenmesi, ‘sözleşmenin uzatılması’ veya ‘sözleşmenin yenilenmesi’ şeklinde isimlendirilen maddelerde düzenlenmektedir. Uzatma da sözleşme aynı şartlarla uzatılmış sayılırken, yenilenmede eski sözleşme

¹⁷²⁹ RIBEIRO, 54; FONTAINE/DE LY, 394.

¹⁷³⁰ ANDERSON/WARNER, 106.

¹⁷³¹ DAIGNEAULT, 98.

¹⁷³² DIMATTEO, 107.

yürürlükten kalkmakta ve yeni sözleşme yürürlüğe girmektedir.¹⁷³³ Dolayısıyla özellikle süreler açısından sıkıntılarla karşılaşmamak için bu iki durum birbirinden ayrılmalıdır.

3.3.15. Sözleşmenin Sona Ermesine İlişkin Madde

Sona erme maddesi, farklı amaçlarla kaleme alınabileceği gibi, çeşitli şekillerde de karşımıza çıkabilir.¹⁷³⁴ Milletlerarası ticari sözleşmelerde yer alan sona erme maddesi günümüzde artık standartlaşmış olup, birçok sözleşmede benzer şekilde kaleme alınmaktadır. Genellikle hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, infisahi şart, sözleşmenin uygun şekilde ifası, tarafların anlaşmasıyla sona ermesi, mücbir sebep, beklenmedik hal gibi ifayı imkansızlaştıran olayların ortaya çıkması, belirli süreli sözleşmelerde sürenin sona ermesi, belirli olayların ortaya çıkması durumunda bir tarafa sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verilmesi, taraflardan birisinin ölümü, aczi, iflası ve benzeri durumlar sözleşmeyi sona erdiren sebepler olarak kabul edilmiştir.¹⁷³⁵ Bunları gruplandırarak olursak; kural olarak uygun ifa, tarafların anlaşması, kanun marifetiyle ve sözleşmenin ihlali olmak üzere dört şekilde sona ereceği söylenebilir.¹⁷³⁶

Tarafların, aralarındaki sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhütlerini tamamiyle yerine getirerek sözleşmeyi sonlandırmaları, sözleşmenin sona ermesinin en doğal ve beklenen yoludur. Sözleşmenin bu şekilde sona ermiş olması halinde herhangi bir hukuki problemle karşılaşılmaz. Bunun dışında taraflar, anlaşarak sözleşmeyi her zaman sona erdirebilirler.¹⁷³⁷ Tarafların aralarında anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmeleri halinde de genellikle problem çıkmaz.

¹⁷³³ KOHL, 448-449, 451.

¹⁷³⁴ Sözleşmelerde yer alan sona erme maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. RANDALL, John: "Express Termination Clauses in Contracts", *Cambridge Law Journal*, Vol.73, March 2014, 113-141, 113 vd.

¹⁷³⁵ DE LY, Phillip: "Termination Clauses in International Contracts", *International Business Law Journal*, Vol.7, 1997, 802-836, 803, 806; ELLINGTON, Paul R.: "Termination of Contracts Under English Law", *International Business Law Review*, N.7, 1997, 857-868, 859 vd.

¹⁷³⁶ MCKENDRICK, (Contract), 319.

¹⁷³⁷ DE LY, (Termination Clauses), 813-814; AVINS, Alfred: "Inducing the Termination of Contract", *Tennessee Law Review*, Vol.24, 1957, 1089-1118, 1089.

Taraflar, belirli bir süre sonunda sözleşmenin sona ereceğini kararlaştırabilecekleri gibi, belirli olayların gerçekleşmesi sonucunda sona ermesine de karar verebilirler.¹⁷³⁸ Örneğin taraflardan birinin ölümü, iflası, aczi gibi durumlarda, genellikle diğer tarafa sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verilmektedir.¹⁷³⁹ Benzer şekilde birçok sözleşmede, sözleşmenin ifasında önceden öngörülemeyen bazı durumların ortaya çıkması halinde, ilgili tarafa sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı verilmektedir.¹⁷⁴⁰ Bu sona erme otomatikman olabileceği gibi, taraflardan birinin yapacağı bir bildirim veya başkaca bir şarta da bağlanmış olabilir.¹⁷⁴¹ Sözleşmede sayılan olayların gerçekleşmesi halinde, sözleşmenin otomatikman mı sona ereceği, yoksa tarafların belirli formaliteleri yerine getirdikten (örneğin ihbar veya ihtar) sonra mı sona ereceği belirtilmelidir. Şayet belirli olayların ortaya çıkması ile taraflardan birisine veya her ikisine sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verilmişse, bu hakkın hangi durumlarda kullanılacağı ve ne şekilde kullanılacağı belirtilmelidir. Zira birçok sözleşmede, bu gibi durumlarda takdir hakkının sınırının belirsizlik taşıdığı görülmektedir.¹⁷⁴² Yine madde de sona sona erme halinde karşı tarafa tazminat veya benzeri adlarla herhangi bir ödeme yapılıp yapılmayacağı, karşı tarafın o ana kadar yaptığı masrafların tazmin edilip edilmeyeceği gibi sorulara cevap verecek şekilde düzenlenmelidir.¹⁷⁴³

Birçok ülkede sözleşmenin sona ermesiyle ilgili kanuni düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak sona ermeyle ilgili kanuni düzenlemeler, bizzat sözleşmenin sona ermesiyle ilgilenmek yerine, sözleşmenin sona ermesi sonucunda sözleşmeden doğan hak ve borçların sona ermesini düzenlemektedir.¹⁷⁴⁴

¹⁷³⁸ BERG, 135; DE LY, (Termination Clauses), 816, 819; ELLINGTON, 859, 865; AVINS, 1089; LOVERANES, Ruth: “ ‘Termination for Convenience’ Clauses”, 14 *The University of Notre Dame Australia Law Review*, 2012, 103-124, 103; KOHL, Benoit: “Clauses Which Put an End to Contract and Clauses Which Survive the Contract: Part 2”, *International Business Law Journal*, 2002, 3/4, 443-460, 446 vd.

¹⁷³⁹ KOHL, 446.

¹⁷⁴⁰ LOVERANES, 103-104; AVINS, 1109.

¹⁷⁴¹ ELLINGTON, 859. Benzer yönde bkz. KOHL, 446.

¹⁷⁴² LOVERANES, 105, 120.

¹⁷⁴³ Sözleşmelerde genellikle karşı tarafın, sözleşmenin sona erdiği ana kadar yapmış olduğu masrafların karşılanmasına ve/veya karşı taraf sona erme sebebiyle herhangi bir zarara uğramışsa, bu zararın karşılanmasına dair hükümler yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. LOVERANES, 105.

¹⁷⁴⁴ DE LY, (Termination Clauses), 804.

Bazı sözleşmelerde ise tarafların birisinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, diğer tarafa sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı verilmektedir.¹⁷⁴⁵ Sözleşmenin ihlali halinde sözleşmenin sona ermesini düzenleyen hükümler, tarafların haklarını daha belirgin hale getirirken, aynı zamanda bir tarafa koruma bahşeden, diğer tarafı da borcunu ifa etmeye teşvik eden bir fonksiyon ifa etmektedir. Buna göre sona erme hükümleri, sözleşmenin ihlali halinde hukuka uygun olarak sözleşmenin sona erdirilebileceğini öngörerek, bir anlamda tarafları borçlarını uygun biçimde ifa etmeye zorlamakta, öte yandan ise sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkacak sonucu bilmelerini ve böylece belirsizlikten kaçınmalarını sağlamaktadır.¹⁷⁴⁶

Sona erme maddesi, belirli olayların ortaya çıkışı ile taraflardan yalnızca birisine sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi verecek şekilde tek taraflı olarak düzenlenebileceği gibi, her iki tarafa da bu yetkiyi verecek şekilde iki taraflı olarak da düzenlenebilir.¹⁷⁴⁷

3.3.16. Uyuşmazlıkların Çözümü Maddesi

Müzakerelerin başarı ile sonuçlandırılması ve hazırlanan sözleşmenin taraflar arasında yürürlüğe girmesi ile birlikte sözleşmelerin önemli kısmında genellikle bir sorunla karşılaşmadan taraflar, sözleşmenin amacı doğrultusunda yükümlülüklerini yerine getirirler. Fakat bu durum elbette mutlak değildir. Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte tarafların bazı hususlarda uyuşmazlığa düşmesi halinde, sözleşmenin yürütülmesine devam edilebilmesi için ihtilafa sebep olan problemlerin çözülmesi gerekecektir. İşte bu noktada sözleşmede yer alan uyuşmazlıkların çözümü maddesi olağanüstü bir önem kazanacaktır.¹⁷⁴⁸ Sözleşmede uyuşmazlıkların çözümüne yönelik bir düzenlemeye yer verilmemişse, tarafların yabancı bir ülke mahkemesinde, birçok belirsizlik ve zorlukla karşılaşmaları muhtemeldir.¹⁷⁴⁹ Oysa sözleşmede uyuşmazlıkların çözümüne yönelik bir düzenleme yapılırsa, bu hükme göre problemin çözülmesi yoluna gidilecektir. Müzakere sürecinin problemsiz şekilde işlemesi ve bu süreçte taraflar arasında iyi bir

¹⁷⁴⁵ BERG, 135-136; AVINS, 1109-1110; DE LY Y, (Termination Clauses), 815; ELLINGTON, 859-860.

¹⁷⁴⁶ WHITTAKER, Simon: "Termination Clauses", *Contract Terms, The Oxford-NortonRose Law Colloquium*, Ed: Andrew BURROWS, Edwin PEEL, Oxford University Press, Oxford, 2007, 254-284, 258-259.

¹⁷⁴⁷ DE LY, (Termination Clauses), 811; LOVERANES, 104 vd.

¹⁷⁴⁸ FOX, 6.

¹⁷⁴⁹ HOLLAND, Deborah L.: "Drafting Dispute Resolution Provision in International Commercial Contracts", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol.7, Issue 2, 2000, 451-479, 451.

ilişkinin kurulması halinde, uyuşmazlık çıkma ihtimalinin düşünülmesi ve bunu konuşmak zor olsa da, uyuşmazlık çözümüne ilişkin konuların görüşülmesi bir zorunluluktur. Zira taraflar arasındaki güven ilişkisi ve tarafların sorumluluk anlayışı sağlam olsa dahi, önceden öngörülemeyen dış faktörler sebebiyle sözleşmenin yürütülmesi planlandığı şekilde gerçekleşmeyebilir.¹⁷⁵⁰

Sözleşmenin milletlerarası unsur taşıması halinde, hangi hukukun uygulanacağı ve uyuşmazlıkların hangi ülkenin yargı merciinde çözüleceği (veya tahkim şartı varsa tahkimin tabi olacağı kurallar) olmak üzere iki temel sorun karşımıza çıkar.¹⁷⁵¹ Günümüzde milletlerarası ticareti düzenleyen bazı milletlerarası anlaşmalar veya kurallar ihdas edilmiş olsa da tüm ülkelerce kabul gören milletlerarası bir ticaret kanunu veya borçlar kanunu olmadığı gibi, milletlerarası ticari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkları çözen bir milletlerarası ticaret mahkemesi de bulunmamaktadır.¹⁷⁵² Bu nedenle milletlerarası unsurlu ticari ihtilafların çözümü millî mahkemelerde görülmektedir.¹⁷⁵³ Yine aynı nedenlerle ihtilafların çözümü iç hukuklara bırakılmış, ağırlıklı olarak tarafların iradeleri ile uygulanacak hukuku belirlemeleri kabul edilmiş ve bu alandaki milletlerarası kuralların uygulanması da tarafların iradesine bırakılmıştır.¹⁷⁵⁴

3.3.16.1. Esasa Uygulanacak Hukuk

Uygulanacak hukuk, sözleşmenin hukuki çerçevesini ve meşruiyetini belirleyeceği, taraf iradelerine meşruiyet kazandırarak sözleşmeyi taraflar açısından geçerli ve bağlayıcı hale getireceği ve tarafların sözleşmede yer vermediği noktaları dolduracağı için, taraflar seçim yapmamış dahi olsa, milletlerarası sözleşmelerin belirli bir hukuk düzenine tabi tutulması bir zorunluluktur. Salt iç hukuku ilgilendiren sözleşmelerde, tarafların sözleşmede düzenlemedikleri hususlar iç hukuk kurallarıyla tamamlanır. Bu tür sözleşmelerde uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir sürprizle karşılaşılması söz konusu değildir. Fakat milletlerarası sözleşmelerde uygulanacak hukuk, (hukuk seçimi yapılmaması halinde) başvuru yargı

¹⁷⁵⁰ FOX, 75-76.

¹⁷⁵¹ BERG, 177.

¹⁷⁵² ŞANLI, (Ticari Akitler), 6; FOX, 7, 79; MEISELLES, 17; ÖZKAN, Ö., 2; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 250.

¹⁷⁵³ MEISELLES, 17.

¹⁷⁵⁴ ŞANLI, (Ticari Akitler), 6-7; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 250.

merciinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleneceğinden farklılık gösterir ve tarafların beklentilerine uygun bir sonuç ortaya çıkmayabilir.¹⁷⁵⁵ Sözleşmeler hukuku alanında son 20-30 yıldır devam eden uyumlaştırma çalışmaları, yalnızca sözleşmeler hukuku veya milletlerarası ticarete ilişkin maddi hukuk kurallarını kapsamamakta, kanunlar ihtilafı kuralları açısından da bazı uyumlaştırma çalışmaları yapılmaktadır. Bu tür çalışmalar milletlerarası ticarete öngörülebilirliği sağladığı gibi, malların ve hizmetlerin dolaşımını da kolaylaştırmaktadır.¹⁷⁵⁶ Buna rağmen yine de kanunlar ihtilafı alanında yeknesaklıktan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle tarafların, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku belirlemeleri elzemdir. Uygulanacak hukuk maddesi, taraflar arasındaki sözleşmeyi şekillendirmesi bakımından hayati önem taşımasına rağmen, şaşırtıcı sayıdaki sözleşmede hukuk seçimine yer verilmemektedir.¹⁷⁵⁷ Ticari sözleşmelerin ekseriyetinde sözleşmenin sonunda bu maddeye yer verilmesine rağmen, tarafların, ilk etapta uygulanacak hukuku belirlemesi ve müzakere sürecinde, sözleşmeyi bu hukuka uygun biçimde şekillendirmeleri daha yerinde olacaktır.¹⁷⁵⁸

3.3.16.1.1. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Muhtariyeti (Hukuk Seçimi) Serbestisi

Milletlerarası özel hukukta tarafların, aralarındaki sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağını seçebilme serbestisine sahip olduğu genel bir prensip olarak karşımıza çıkmakta ve neredeyse tüm hukuk sistemleri bu serbestiyi kabul etmektedir.¹⁷⁵⁹ Hukuk

¹⁷⁵⁵ ŞANLI, (Ticari Akitler), 41-42; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 251-253; BORTOLOTTI, 33.

¹⁷⁵⁶ FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 648.

¹⁷⁵⁷ Bkz. ÖZEL, Sibel: “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl: 22, Sayı: 1-2, Prof.Dr. Ergin Nomer’e Armağan, İstanbul, 2002, 577-617, 579; BORTOLOTTI, 38. Bu bilgiye paralel şekilde BARTHEZ de, birçok ticari sözleşmede uygulanacak hukuk kısmının müzakere dahi edilmediğini ifade etmektedir. Bkz. DURAND-BARTHEZ, 505. BORTOLOTTI ise, çoğu milletlerarası sözleşmede hukuk seçimi maddesine yer verilmemesinin gerekçesi olarak, tarafların bu konuyu müzakere etmiş, ancak uzlaşmamış olmalarını göstermektedir. Bkz. BORTOLOTTI, 38-39.

¹⁷⁵⁸ BORTOLOTTI, 33.

¹⁷⁵⁹ DURAND-BARTHEZ, 507; BORTOLOTTI, 43; HEIDEMANN, (Methodology), 28; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 52; HEIDEMANN, Maren: “Methodology of Uniform Contract Law – The UNIDROIT Principles as a Source of Law”, *European Business Law Review*, 2007, 709-767, 735; FISHER, Geoffrey: “Sharia Law and Choice of Law Clauses in International Contracts”, *Lawasia Journal*, 2005, 69-82, 70; CORDERO-MOSS, 135; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, 335.

seçimi, sözleşmenin geçerliliği, sözleşmenin yorumlanması ve ifanın yerine getirilmesi olmak üzere üç ana konuda ciddi önem taşır.¹⁷⁶⁰

Milletlerarası sözleşmeler alanında uygulanacak hukukun tespitinde pozitif düzenlemelerde ve milletlerarası anlaşmalarda öncelikle taraf iradelerine yer verilmiştir. Taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe kararlaştırabilirler. İrade muhtariyeti olarak adlandırılan bu imkan, iç hukuktaki sözleşme serbestisinin milletlerarası özel hukuktaki görünümü olarak ifade edilmektedir.¹⁷⁶¹ İç hukuklardaki sözleşme serbestisinden farklı olarak taraflara uygulanacak hukuku seçebilme imkanı vermektedir.¹⁷⁶² Zira milletlerarası ticari işlemlerde, farklı hukuk sistemlerinde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları, ticari hayatın gerekliliklerinden birisi olan belirlilik ihtiyacına tek başına cevap verememektedir.¹⁷⁶³ Bu nedenle ilişkiye uygulanacak hukuku tarafların belirleyebileceği kabul edilmeye başlanmıştır. Bu muhtariyet, özellikle milletlerarası ticari işlemlerde belirliliğin temin edilmesine hizmet etmektedir.¹⁷⁶⁴ Bu nedenle milletlerarası ticari sözleşmelerde tarafların açık veya zımni olarak seçtiği hukukun uygulanacağı neredeyse evrensel bir kabul haline gelmiştir.¹⁷⁶⁵ Taraflar böylece, menfaatlerine ters düşen kuralların uygulanmasından kaçınabilmekte, milletlerarası unsurlu ilişkiye hangi ülkenin hukukunun uygulanacağına ilişkin belirsizliği gidermekte ve uyuşmazlık çıkması halinde hangi ülke hukukunun uygulanacağını önceden bilmektedirler.¹⁷⁶⁶ Tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak kuralları her türlü detayıyla düzenlemeleri pratik açıdan

¹⁷⁶⁰ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 70.

¹⁷⁶¹ Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, 106; EKŞİ, (Incorporation), 264; ESENER, Turhan: “Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, 1954, 478-513, 478. Benzer yönde ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 252; CLARKSON/HILL, 195; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, 335; NOMER, 314; AYBAY/DARDAĞAN, 249. FAWCETT, James / CARRUTHERS, Janeen M.: *Private International Law*, 14th Edition, Consultant Ed.: Sir Peter NORTH, Oxford University Press, 2008, 666; WENWEN, Liang / XIONGBING, Qiao: “Party Autonomy in the Applicable Law to Rights *in Rem* to Movables Under the Chinese Act on the Law Applicable to Civil Relations with a Foreign Element: A Comparative Review”, *Frontiers of Law in China*, Vol.9, No.3, September 2014, 446-463, 452.

¹⁷⁶² Benzer yönde bkz BERKİ, 297-298; ESENER, 478.

¹⁷⁶³ MCCARTNEY, 340.

¹⁷⁶⁴ MCCARTNEY, 375.

¹⁷⁶⁵ MANN, F.A.: “The Proper Law of The Contract”, *International Law Quarterly*, Vol.3, January 1950, 60-78, 60; MCCARTNEY, 378. Bazı yazarlar ise irade muhtariyetinin birçok hukuk sisteminde kabul edilmesinin, irade muhtariyeti prensibini evrensel hale getirmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. CORDERO-MOSS, 135.

¹⁷⁶⁶ DRAHOZAL, Christopher R., “Contracting Out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant”, *Notre Dame Law Review*, Vol.80:2, 2004-2005, 523-554, 533.

mümkün olmadığından, sözleşmede yer almayan noktalar, sözleşmeye uygulanacak olan hukuktaki kurallarla doldurulur.¹⁷⁶⁷

Taraflar, hukuk seçimi yaparken seçilen hukuk ile hazırladıkları sözleşmede yer alan hükümlerin uyumlu olmasına özen göstermelidirler, aksi halde çelişen hükümlerin uygulanmaması veya geçersiz sayılması gibi riskler ortaya çıkacaktır.¹⁷⁶⁸

3.3.16.1.2. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli

Birçok hukuk sisteminde, taraflar hukuk seçimini açıkça kararlaştırabilecekleri gibi zımni olarak da seçebilirler.¹⁷⁶⁹ Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında birçok ülkenin hukukunda, farklı derecelerde olmakla birlikte, zımni seçim kabul edilmektedir.¹⁷⁷⁰ Zımni seçimden kasıt, tarafların bir ülke hukukunun uygulanması konusunda bilinçli bir şekilde anlaşmaları ve fakat bu yöndeki iradelerini açıkça beyan etmemeleridir.¹⁷⁷¹ Zımni seçimin söz konusu olabilmesi için tarafların hukuk seçimi yapma yolunda iradelerinin bulunması (sübjektif şart) ve bu iradenin yeterli güvenlikte anlaşılması (objektif şart) gerekmektedir.¹⁷⁷² Başka bir deyişle, tarafların örtülü iradesi tereddüde yol açmayacak ve yoruma ihtiyaç göstermeyecek derecede belirgin olmalıdır.¹⁷⁷³ Bu nedenle taraflar uygulanacak hukuk konusunda görüşmüşler ve fakat anlaşamamışlarsa artık zımni

¹⁷⁶⁷ ŞANLI, (Ticari Akitler), 41; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 253; FOX, 130; SADROLEŞRAFİ, 441.

¹⁷⁶⁸ ŞANLI, (Ticari Akitler), 41; CORDERO-MOSS, 31; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, 264-265.

¹⁷⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. CLARKSON/HILL, 171 vd.; FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 665 vd.; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 55; PİTEL/RAFFERTY, 271-275; DEMİRKOL, 177 vd.; DOĞAN, (Milletlerarası), 365-367; DOĞAN, (Akreditif), 134; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 166-168; DOĞAN, (İş Akdi), 18-24; TEKİNALP, 29; ÇİLİNGİROĞLU, 109; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 254-255; NOMER, 317 vd.; AYBAY/DARDAĞAN, 252 vd.; ULUOCAK, 190-192; TİRYAKİOĞLU, 28-30; 328-329; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 357-360.

¹⁷⁷⁰ PERTEGAS, Marta / MARSHALL, Brooke Adele: "Party Autonomy and Its Limits: convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol.39/3, 2014, 975-1002, 985; DOĞAN, (İş Akdi), 18-20.

¹⁷⁷¹ STAUDINGER/FIRSCHING Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 2 b Auf.10/11, Berlin 1978. Bem. 313 Vor Art.12; ile SCHÖNENBERGER/JAGGI Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht. V 1 a, Zürich 1973, 72, N.203'den aktaran TEKİNALP, 29. Benzer yönde bkz. ÇİLİNGİROĞLU, 109; DEMİRKOL, 192; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 358.

¹⁷⁷² DOĞAN, (Milletlerarası), 366-367; DOĞAN, (Akreditif), 135-136; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 167; FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 665.

¹⁷⁷³ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 55; NOMER, 317-318; DEMİRKOL, 192-193; DOĞAN, (Milletlerarası), 362; DOĞAN, (İş Akdi), 19.

seçimden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır.¹⁷⁷⁴ Çünkü bu halde, tarafların belirli bir hukukun uygulanması yönünde zımni iradelerinin bulunduğu mantıken kabul edilemez.

Zımni seçimin kabul edilebilmesi için tarafların aralarındaki sözleşmeye belirli bir hukukun uygulanmasını öngörerek hareket ettiklerini gösteren somut emarelerin bulunması gerekir.¹⁷⁷⁵ Tarafların belli bir hukuk düzenine ait kavramları, müesseseleri veya standart sözleşmeleri kullanması, iddia ve savunmaların belli bir ülke hukukuna dayanarak beyan edilmesi, belli bir hukukta yer alan örf-adetlerin esas alınması, taraflar arasındaki aynı tür sözleşmelerde hukuk seçimi yapılmış olması, ödemenin yapılacağı para birimi, tarafların şahsi statüleri, hukuk seçiminin yapıldığı diğer bir sözleşmeye atıfta bulunulması, sözleşmeyle ilgili başka bir hukuki işlemde açık hukuk seçimi yapılmış olması, belirli bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi, zımni hukuk seçimine delalet edebilir.¹⁷⁷⁶ Belirli bir hukuk düzenine işaret eden bu ve benzeri unsurların sayısı arttığı oranda, tarafların zımni hukuk seçimi yaptığı iddiası da güçlenecektir.¹⁷⁷⁷ Türk hukukunda hem açık hukuk seçimi hem de zımni hukuk seçimi kabul edilmektedir. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Hague Prensipleri'nde, tarafların açık veya örtülü seçimini kabul etmiştir. Ancak zımni seçimin kabul edilebilmesi için, belirli bir ülke hukukunun seçildiğinin sözleşmeden veya halin şartlarından anlaşılması gerekir.¹⁷⁷⁸ Burada elbette sözleşme hükümlerine öncelik verilecek, daha sonra olayı çevreleyen şartlara bakılacaktır.¹⁷⁷⁹ Prensiplerde ayrıca seçilen hukukla işlem veya taraflar arasında bir bağlantı bulunmasının gerekmediği açıkça düzenlenmiştir.¹⁷⁸⁰ Bu hüküm, küreselleşme sebebiyle ticari işlemlerin belirli bir yerle sınırlı kalmadığı gerçeğini yansıtmaktadır.¹⁷⁸¹

Zımni hukuk seçimiyle ilgili üzerinde durulması gereken bir başka husus, belirli bir ülke hukukunda bulunan kurallara atıfta bulunulması halinde bunun zımni hukuk seçimi olarak

¹⁷⁷⁴ DOĞAN, (Milletlerarası), 366-367; DOĞAN, (Akreditif), 136.

¹⁷⁷⁵ DEMİRKOL, 198-199.

¹⁷⁷⁶ TEKİNALP, 29; DOĞAN, (Milletlerarası), 366; DOĞAN, (İş Akdi), 21-22; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 254-255; NOMER, 318-319; TİRYAKİOĞLU, 29; DEMİRKOL, 198 vd.; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 358; FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 666-672; CLARKSON/HILL, 178-183.

¹⁷⁷⁷ NOMER, 319; DOĞAN, (Akreditif), 136. Benzer yönde bkz. TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 358; DOĞAN, (Milletlerarası), 367.

¹⁷⁷⁸ Milletlerarası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Hague Prensipleri m.4.

¹⁷⁷⁹ PERTEGAS/MARSHALL, 987.

¹⁷⁸⁰ Milletlerarası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Hague Prensipleri m.2/4.

¹⁷⁸¹ PERTEGAS/MARSHALL, 988.

mı değerlendirileceği, yoksa aktarım (*incorporation*) olarak mı değerlendirileceğidir. Bu ikisini birbirine karıştırmamak gerekir. Zira söz konusu atıfta bulunma aktarım olarak değerlendirilirse, atıfta bulunulan hükümler sonraki değişikliklerden etkilenmeyeceği gibi, sözleşme hükümleri olarak yorumlanacaktır. Buna karşılık zımni hukuk seçimine delalet eden unsurlar olarak yorumlanırsa, seçilen hukuktaki değişikliklerden etkileneceklerdir.¹⁷⁸²

Hukuk seçimi yapılırken, ilgili devletin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların da o devlet hukukunun bir parçası olduğu dikkate alınarak hukuk seçiminin yapılması gerekir. Zira milletlerarası anlaşmalar da o ülke maddi hukukunun bir parçası olarak, uygulama alanına giren ilişkilere uygulanacaktır.¹⁷⁸³ Ancak Viyana Satım Sözleşmesi gibi bazı milletlerarası anlaşmalarda taraflara anlaşma hükümlerini dışlama imkanı tanınmıştır.¹⁷⁸⁴

3.3.16.1.3. Hukuk Seçiminin Sınırları

Hukuk seçiminin sınırları denildiğinde ilk olarak tarafların her türlü ilişkide yabancı bir hukuku seçip seçemeyecekleri, ikinci ise olarak yalnızca sözleşmeyle bağlantılı hukukları mı seçebilecekleri ve son olarak seçilen hukukun her hal ve şartta uygulanabilir olup olmadığı üzerinde durmak gerekir.

Yabancı Bir Hukukun Seçilebilmesi İçin Olay veya İlişkinin Yabancı Unsur İçermesi Gerekir mi?

Tarafların hiçbir yabancı unsur bulundurmayan bir ilişkide hukuk seçimi yapıp yapamayacağı tartışmalıdır. Görüşler; yabancı bir hukukun seçilmesi ile ilişkinin yabancı unsurlu hale geleceğini belirtenler ile hukuk seçimi için seçilen hukuk dışında ilişkinin yabancı unsur bulundurması gerektiğini belirtenler olarak temelde ikiye ayrılmaktadır.

İlk görüşe göre, sözleşme serbestisi ilkesi tarafların aralarındaki ilişkiyi istedikleri hukuka tabi tutma serbestisini de içerdiğinden, sözleşme salt iç hukuku ilgilendirse dahi

¹⁷⁸² CLARKSON/HILL, 181-182.

¹⁷⁸³ ŞANLI, (Ticari Akitler), 51; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 265.

¹⁷⁸⁴ VSS m.6;

“Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak kaydıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.”

taraf lar yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler.¹⁷⁸⁵ Zira tarafların tek yaptığı, yabancı bir ülke hukukundaki düzenlemeyi aralarındaki sözleşmeye bir hüküm olarak koymak yerine, doğrudan yabancı ülke hukukuna atıfta bulunmaktadır.¹⁷⁸⁶ Buna göre hukuk seçimi imkanı için sözleşmenin yabancı unsur içermesi gerekmemekte, tarafların yabancı bir hukuku uygulanacak hukuk olarak belirlemeleri ile sözleşme yabancı unsurlu hale gelmektedir.¹⁷⁸⁷ Bazı yazarlara göre, kanunlar ihtilafı alanında yabancı unsur bazı durumda taraf iradesi sonucu ortaya çıkmakta iken, yine salt taraf iradesi ile sözleşmenin yabancı unsurlu hale getirilmesini de kabul etmek gerekir.¹⁷⁸⁸ Bunun için seçilen hukukta tarafların kabul edilebilir menfaatlerinin olması gerekmez.¹⁷⁸⁹ Yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşmenin, bir tarafın diğer tarafa nazaran ekonomik olarak daha zayıf olduğu haller güçlü tarafın istediği hukukun uygulanmasını temin ederek bu serbestiyi suistimal etmesine karşın, yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzeni müdahalesine tabi olması yeterli korumayı sağlamaktadır.¹⁷⁹⁰

Diğer bir görüşe göre ise tarafların yabancı bir hukuku seçebilmesi için sözleşmenin objektif bakımdan milletlerarası unsur içermesi gerekmektedir.¹⁷⁹¹ Bu görüşe göre, sözleşmenin objektif olarak yabancı unsur taşınamaması durumunda yabancı hukukun uygulanması hukuk seçimi olarak değerlendirilmeyip, yabancı hukuktaki hükümler aktarım yoluyla sözleşmeye dahil edilmiş kabul edilecektir.¹⁷⁹² Aynı şekilde, yabancı unsur içermeyen sözleşmelerde yabancı bir hukukun uygulanmasının kararlaştırabilmesi, ancak iç hukukun emredici hükümleriyle çelişmediği ölçüde o hukukun uygulanması sonucunu ortaya çıkaracaktır.¹⁷⁹³

¹⁷⁸⁵ WOLFF, Martin: "The Choice of Law by the Parties in International Contracts", 49 *Jurisd. Rev.*, 1937, 110-132, 112; ÇELİKEL/ERDEM, 328; NOMER, 315; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 262.

¹⁷⁸⁶ M. WOLFF, 112.

¹⁷⁸⁷ NOMER, 315; SADROLEŞRAFI, 443.

¹⁷⁸⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 262; BEKTAŞ, 32.

¹⁷⁸⁹ NOMER, 315.

¹⁷⁹⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 262.

¹⁷⁹¹ AYBAY/DARDAĞAN, 250-251; ÇİLİNGİROĞLU, 104; ; BERKİ, 298; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl: 30, Sayı: 1-2, 2010, 27-88, 33.

¹⁷⁹² ÖZDEMİR-KOCASAKAL, (Doğrudan Uygulanan Kurallar), 33-34.

¹⁷⁹³ DOĞAN, (İş Akdi), 33-34.

MÖHUK'ta hukuk seçimiyle ilgili düzenlemelerde, uygulanacak hukukun seçilebilmesi için 'yabancı unsur' bulunması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak MÖHUK m.1'de, kanunun 'yabancılık unsuru taşıyan' özel hukuk işlem ve ilişkilerine uygulanacağı belirtildiğinden, hukuk seçimi yapılabilmesi için ilişkinin objektif bakımdan yabancı unsur taşıması gerektiğini söyleyebiliriz.¹⁷⁹⁴

Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu m.3/3'e göre, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçmiş olmaları halinde, bu seçim yabancı bir mahkemenin seçimi ile tamamlansın veya tamamlanmasın sözleşmenin diğer tüm unsurları bağlı olduğu ülkenin müdahaleci kurallarını ihlal edemez. Bu hükme dayanarak, yabancı bir hukukun seçilmesi ile sözleşmenin yabancı unsurlu sözleşme haline gelmesinin konvansiyonda kabul edildiği belirtilmektedir.¹⁷⁹⁵ Buna karşılık seçilen hukuk, ancak iç hukukun emredici hükümleriyle çelişmediği ölçüde uygulanabileceğinden, söz konusu hüküm, tarafların irade muhtariyetini sınırlamaktadır.¹⁷⁹⁶ Böylece hukuk seçimi yoluyla, salt iç hukuku ilgilendiren bir sözleşmeye yabancı hukukun uygulanmasını sağlayarak iç hukukun emredici hükümlerinden kaçınılması önlenmiş, forum shopping'e engel olunmuştur.¹⁷⁹⁷

Yine taraflar arasındaki sözleşme milletlerarası ticarete kullanılan standart sözleşmeler üzerinden hazırlanmamış olsa dahi, bu sözleşmede yer alan hükümler uygulanacak hukukun emredici hükümleriyle çelişmediği ölçüde geçerli olacaktır.¹⁷⁹⁸ Aksi halde emredici kurallar, sözleşme hükümlerinin yerini alacaktır.¹⁷⁹⁹ Bununla birlikte, millî hukuk sistemlerinde sözleşmeler hukuku alanında sözleşme serbestisi genellikle kabul edildiği için emredici hükümler yoğunlukta olmayıp, emredici hükümlerin olmadığı alanda taraflar aralarındaki ilişkiye uygulanacak kuralları düzenleme serbestisine sahiptir. Ancak

¹⁷⁹⁴ Aynı yönde bkz. ULUOCAK, 185; AYGÜN, 10; DEMİRKOL, 91.

¹⁷⁹⁵ BEKTAŞ, 31-32.

¹⁷⁹⁶ FAWCETT/CARRUTHERS, 695.

¹⁷⁹⁷ BEKTAŞ, 31-32.

¹⁷⁹⁸ CORDERO-MOSS, 75.

¹⁷⁹⁹ CORDERO-MOSS, 80.

uygulanacak hukuk, tarafların düzenledikleri sözleşmenin yorumlanmasında kaçınılmaz olarak etkili olacaktır.¹⁸⁰⁰

Taraflar Olay veya İlişkiyle Tamamen İlgisiz Bir Hukuk Düzenini Seçebilirler mi?

Tarafların yalnızca sözleşmeyle bağlantılı hukuk sistemlerini mi seçebileceği, yoksa herhangi bir bağlantısı olmasa dahi herhangi bir hukuk sistemini seçip seçemeyeceği tartışmalıdır.¹⁸⁰¹ Bazı ülkeler seçilen hukuk ile olay veya ilişki arasında bağlantı bulunması gerektiğini kabul ederken,¹⁸⁰² bazı ülkeler makul bir menfaatin bulunması gerektiğini veya seçimin iyi niyetle yapılmış olması gerektiğini kabul etmekte, bazı hukuk sistemlerinde ise bu tür bir sınırlamaya yer verilmemektedir.¹⁸⁰³ Bazı yazarlara göre, seçilen hukuk ile sözleşme arasında bir bağlantı bulunması gerekmeyp, sözleşmeyle hiçbir ilgisi olmayan bir ülke hukukunu seçebilirler.¹⁸⁰⁴ Başka bir deyişle, bir ticari sözleşmenin milletlerarası niteliği bir kez tespit edildikten sonra, artık taraflara herhangi bir sınırlama getirilmemelidir.¹⁸⁰⁵ Aksinin kabulü, taraflara önce hukuk seçimi imkanı verip, sonra bu özgürlüğü kısıtlamak anlamına gelecek ve bir tutarsızlık yaratacaktır.¹⁸⁰⁶ Bu yaklaşım, tarafların menfaatlerini en

¹⁸⁰⁰ CORDERO-MOSS, 78.

¹⁸⁰¹ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 70; ZAPHIRIOU, George A.: "Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements", *Maryland Journal of International Law*, Vol.3, Issue 2, 2013, 311-334, 311; ÇİLİNGİROĞLU, 106; FAWCETT/CARRUTHERS, 666; DOĞAN, (Milletlerarası), 368; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 171-172; AYBAY/DARDAĞAN, 251; ULUOCAK, 187-189; ÖZKAN, Işıl: *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayıncılık, Eylül 2003, 126; TİRYAKİOĞLU, 21-22;.

¹⁸⁰² Burada tartışılan bir başka mesele de olay veya ilişkinin bağlantısı tespit edilirken, ülke ile bağlantının mı aranacağı, yoksa o hukuk ile mi ile bağlantının aranacağıdır. Örneğin Amerikan hukukunda genel eğilim, taraflar veya işlem ile tarafların seçtiği hukukun yürürlükte olduğu ülke arasında bir bağlantı bulunması yönünde iken, İngiliz hukukunda ülkeden ziyade seçilen hukuk ile bağlantısı bulunması gerektiği aranmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ZAPHIRIOU, 313. Taraflara bu tür bir sınırlama getirilse dahi, buradaki ilginin kanaatimizce belirli bir ülke ile değil, belirli bir 'hukuk' ile bağlantı şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır.

¹⁸⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ULUOCAK, 187-189; ÖZKAN, 126; TİRYAKİOĞLU, 21-23; SCHMITTHOFF, (Party Autonomy), 585 vd.; HEIDEMANN, (Source), 736 vd.; HEIDEMANN, (Transnational), 23. Genellikle İngiltere, Amerika gibi common law hukuk sistemine dahil ülkelerde, tarafların seçtiği hukukun, sözleşme ile yeterli irtibatının bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 54; ZAPHIRIOU, 312 vd.

¹⁸⁰⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 259; NOMER, 316 vd.; DOĞAN, (Akreditif), 140; TİRYAKİOĞLU, 22; ÇELİKEL/ERDEM, 328; CORDERO-MOSS, 136.

¹⁸⁰⁵ TİRYAKİOĞLU, 23; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 353. Benzer yönde SCHMITTHOFF, (Party Autonomy), 587; ERDEM, Ercüment: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk", *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, 95-104, 99-100.

¹⁸⁰⁶ MANN, 68. Benzer yönde bkz. PERROTT, 7.

iyi kendilerinin düşünceği faraziyesine dayanmaktadır.¹⁸⁰⁷ Bununla birlikte bu tür bir seçimin kabulü için tarafların seçiminin ‘makul’ bir gerekçesinin bulunması gerektiği¹⁸⁰⁸ veya seçimin ‘iyi niyet ya da dürüstlük kurallarına uygun olması gerektiği’¹⁸⁰⁹ belirtilmektedir. Bu tür bir seçim, tarafsız bir hukuku aralarındaki ilişkiye uygulama çabası olarak ortaya çıkabilmektedir,¹⁸¹⁰ ki bu tür hareket tarzı korunmaya değer meşru bir amaçtır.¹⁸¹¹ Zira taraflardan birinin hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilmesi halinde, –özellikle uygulanacak hukukun içeriğinin tespitinin zor olduğu durumlarda– diğer taraf, hiç bilmediği bir hukukun, taraf olduğu sözleşmeye uygulanması sebebiyle dezavantajlı bir duruma itilmiş olacaktır.¹⁸¹² Benzer şekilde, tarafların sözleşmedeki unsurlarla tamamen ilgisiz bir hukuku seçme gerekçesi, aralarında sözleşme açısından daha gelişmiş bir ülke hukuku olduğunu düşünmeleri veya daha kapsamlı çözümler barındırması olabilir.¹⁸¹³ Kanaatimizce bu tür bir amaç da korunmaya değer meşru bir amaç olarak nitelendirilmelidir. Bazı yazarlar ise sınırsız olmadığını savunmaktadır.¹⁸¹⁴ Mahkemeler de

¹⁸⁰⁷ DOĞAN, (Milletlerarası), 368; DOĞAN, (Akreditif), 140; ERDEM, (Uygulanacak Hukuk), 100. Benzer yönde DEMİRKOL, 165.

¹⁸⁰⁸ Örneğin İngiliz hukukunda taraflar, ‘makul’ bir gerekçesi bulunması şartıyla diledikleri hukukun aralarındaki sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bkz. FOX, 131-132; SCHMITTHOFF, (Party Autonomy), 586.

¹⁸⁰⁹ DOĞAN, (Milletlerarası), 368; BERG, 178; HEIDEMANN, (Methodology), 30; HEIDEMANN, (Transnational), 38; PİTEL/RAFFERTY, 272. Benzer yönde bkz. ALPA, 125-126. ALPA, tarafların aynı düzeyde müzakere güçleri bulunduğu ve tarafların kendi menfaatlerini gözeterek uygulanacak hukuku seçtiği hallerde, irade muhtariyetinin amaca hizmet ettiğini belirtmekte ve bu durumda irade muhtariyetini sınırlandırmaya gerek olmadığını belirtmektedir. Buna karşılık bir tarafın, diğer tarafa nazaran daha zayıf olduğu ve güçlü olan tarafın bu durumu suiistimal ettiği veya temel hakları ihlal ettiği hallerin buna istisna tutulması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. ALPA, 126.

¹⁸¹⁰ HEIDEMANN, (Methodology), 30; HEIDEMANN, (Source), 737; HEIDEMANN, (Transnational), 39; FOUNTOLAKIS, Christiana: “The Parties’ Choice of ‘Neutral Law’ in International Sales Contracts”, 7 *European Journal of Law Reform*, 2005, 303-329, 305; GOPALAN, 26; PERTEGAS/MARSHALL, 988; ICC: “Developing Neutral Legal Standards for International Contracts, A-national Rules as the Applicable Law in International Commercial Contracts with Particular Reference to the ICC Model Contracts”, Erişim adresi: http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing_Neutral_Legal_Standards_Int_Contracts.pdf, Erişim tarihi: 10.03.2016, 4.

¹⁸¹¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 259; BORTOLOTTI, 74.

¹⁸¹² BORTOLOTTI, 73; CORDERO-MOSS, 137.

¹⁸¹³ DEMİRKOL, 166; PERTEGAS/MARSHALL, 988. Benzer yönde bkz. BORTOLOTTI, 74; PİTEL/RAFFERTY, 272; FOUNTOLAKIS, 306. BORTOLOTTI, genellikle tarafsız olarak nitelenen üçüncü bir ülke hukukunun seçilme gerekçesinin, o hukukun geleneksel olarak adil ve makul olduğu düşüncesine dayandığını belirtmekle birlikte, tarafların aslında seçilen hukukun içeriğini bilmeden, birçok halde salt bu faraziyeyle dayanarak seçim yaptığını da eklemektedir.

¹⁸¹⁴ Hukuk seçiminin herhangi bir şekilde sözleşme veya taraflarla ilişki hukuk sistemleri içerisinde yapılması gerektiğini savunan görüş için bkz. CHESHIRE, 7 vd.; MANN, 63 vd. Yazarlar bu unsurları yerleştirici unsurlar (*localising elements*) olarak adlandırmaktadır. Yerleştirici unsurlar fazla sayıda ve farklı niteliklerde olabilir. Bu unsurların en yoğun biçimde bir arada toplandığı ülke sözleşmenin ağırlık noktası olarak kabul edilmekte ve uygulanacak hukuku belirlemektedir. Bkz. MANN, 63.

genellikle sözleşme ile seçilen hukuk arasında makul bir irtibat bulunmasını aramaktadır.¹⁸¹⁵ Buna karşılık hakem heyetleri, irtibat bulunmasa dahi, taraflarca o hukukun seçilmesi makul olduğu takdirde seçilen hukuku uygulama eğilimindedirler.¹⁸¹⁶

Roma Konvansiyonu m.1/1 ve m.3/1 birlikte değerlendirildiğinde, hukuk seçimi imkanının sınırsız olduğu ve ilişkiyle bağlantılı olsun veya olmasın, tarafların diledikleri hukuk düzenini seçebilecekleri şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁸¹⁷ Pozitif düzenlemelerin birçoğunda sözleşme ile seçilen hukuk arasında herhangi bir irtibatın bulunması yönünde bir sınırlamaya yer verilmemektedir.¹⁸¹⁸ Zira irade muhtariyeti çerçevesinde taraflara hukuk seçimi imkanı verilirken, aynı zamanda bunu sınırlamak, 'irade muhtariyeti'nin temel esaslarıyla çelişeceğinden tutarsızlık oluşturacaktır.¹⁸¹⁹ Ancak Kara Avrupası hukuklarında ve bu hukukların etkisi altındaki ülke hukuklarının bir kısmında mahkemeler, seçilen hukukla olay arasındaki bir bağlantı bulunması gerektiğini kabul etmektedir.¹⁸²⁰ Benzer şekilde Anglo-Amerikan hukuk sistemine dahil ülkelerde de benzer kararlara rastlanmaktadır.¹⁸²¹

Taraflardan birinin içinde bulunduğu hukuk düzeni yerine tarafsız bir hukuk olarak üçüncü bir ülke hukukunun seçilmesi halinde, bu hukukun içeriğinin kolay tespit edilebilir olması gerekmektedir. Aksi halde uyuşmazlığı çözmekle görevli merci uygulanacak hukukun içeriğini tespit edemediği takdirde, tarafların seçtiğinden başka bir hukukun uygulanması söz konusu olur.

¹⁸¹⁵ DIMATTEO, 44, 68; FOX, 132; ŞANLI, (Ticari Akitler), 44.

¹⁸¹⁶ DIMATTEO, 68.

¹⁸¹⁷ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 72; BORTOLOTTI, 43; CLARKSON/HILL, 196; FAWCETT/CARRUTHERS, 697; CALSTER, 126.

¹⁸¹⁸ ÇİLİNGİROĞLU, 106-107.

¹⁸¹⁹ SCHMITTHOFF, (Party Autonomy), 587; ÇİLİNGİROĞLU, 107.

¹⁸²⁰ FOX, 132.

¹⁸²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ZAPHIRIOU, 312 vd.

Seçilen Hukukun Kapsamına İlişkin Bazı Sınırlamalar

Yukarıda belirttiğimiz gibi tarafların irade muhtariyeti (hukuk seçimi), seçimin iyi niyetle yapılmaması halinde sınırlandıracağı gibi, seçilen hukukun *lex fori*'nin, sıkı ilişkili hukukun veya olayla ilgili üçüncü bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olması halinde de sınırlandırıcıdır.¹⁸²² Bununla birlikte, bazı hukuk sistemlerinde doğrudan uygulanan kuralın salt iç hukuku ilgilendirmesi halinde hukuk seçimi üzerinde etkili olmazken, milletlerarası nitelikte doğrudan uygulanan kural olması halinde seçilen hukukun uygulanmasını engelleyebilmektedir.¹⁸²³ Bunlar dışında iç işleri doktrini¹⁸²⁴, üçüncü ülkenin kamu düzeni¹⁸²⁵, yabancı iflas usulü¹⁸²⁶, devlet tasarrufu¹⁸²⁷, zorunlu kanunlar ihtilafı kuralları¹⁸²⁸ gibi doktrinler veya kavramlar hukuk seçimi maddesinin uygulanmasını engelleyebilmektedir.¹⁸²⁹

3.3.16.1.4. Seçilen Hukukun Bir Devletin Hukuku Olması

Seçilen hukukun mutlaka 'belirli bir ülkenin hukuku' mu olması gerektiği tartışmalıdır. Milletlerarası ticarete, tarafların 'millî' niteliği olmayan, başka bir deyişle bir devlet hukuku olmayan sistem veya prensiplere atıfta bulunması, özellikle tarafların uygulanacak hukuk konusunda anlaşamamaları halinde tarafsız bir hukukun uygulanmasını istemeleri, daha

¹⁸²² SCHMITTHOFF, (Party Autonomy), 591.

¹⁸²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. BORTOLOTTI, 48-51.

¹⁸²⁴ İçişleri doktrini, pay sahipleri veya yönetim gibi bir şirketin iç işlerini ilgilendiren konularda ortaya çıkan uyuşmazlıkların, tarafların seçtiği hukuk değil, şirket statüsü ve birleştiği şirketin bulunduğu ülke hukuku tarafından yönetileceğine ilişkin bir kanunlar ihtilafı doktrindir. Bkz. DIMATTEO, 70; GRUSON, Michael: "Governing Law Clauses Excluding Principles of Conflict of Laws", *The International Lawyer*, Vol.37, No.4, Winter 2003, 1023-1036, 1026.

¹⁸²⁵ Üçüncü ülkenin kamu düzeni kuralları, üçüncü bir ülkenin kamu düzenini ihlal edici nitelikte ise seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının forum ülkesinde dikkate alınmamasını sağlamaktadır. Bkz. DIMATTEO, 70; GRUSON, 1026.

¹⁸²⁶ Sözleşmenin getirdiği yükümlülükler yabancı iflas usulü kapsamında yer almışsa, hukuk seçimi bu usulün işletilmesini engellemeyecektir. Bkz. DIMATTEO, 71.

¹⁸²⁷ Devlet tasarrufu doktrini (*act of state doctrine*), bağımsız egemen bir devletin iç işlerine ilişkin faaliyetlerinin başka bir devletin yargı organı önünde gündeme getirilememesini ifade eder. Sözleşmeler hukuku alanında bu doktrinin uygulandığı durumlarda ise özellikle sözleşmenin bütün unsurlarının belirli bir ülkede bulunması halinde, o ülkenin hukukunun, seçilen hukukun uygulanmasına engel olabilmesidir. Bkz. GRUSON, 1026.

¹⁸²⁸ Birçok ülkenin yazılı hukuk kuralları arasında ve bazı uluslararası düzenlemelerde, belirli durumlarda yabancı bir hukukun uygulanmasını öngören zorunlu kanunlar ihtilafı kuralları (*statutory mandatory conflict of laws*) bulunmaktadır ve bu tür kurallar tarafların anlaşması ile bertaraf edilememektedir. Bkz. GRUSON, 127-1028; DIMATTEO, 71.

¹⁸²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GRUSON, 1025 vd.

adil bir çözüm olduğuna inanmaları ve kendilerini daha güvende hissetmeleri, taraflar arasındaki sözleşmenin yalnızca ticari birkaç hükümden ibaret olup başkaca bir düzenleme içermemesi gibi gerekçelerle karşımıza çıkabilir.¹⁸³⁰ Bu gibi hallerde, örneğin taraflar UNIDROIT prensipleri, ASPH veya *lex mercatoria* gibi bir devlet hukuku niteliği taşımayan kuralları uygulanacak hukuk olarak belirleyebilirler mi?

Klasik yaklaşıma göre seçilecek hukuk bir devletin hukuku olmalıdır.¹⁸³¹ Pozitif düzenlemelerde de taraflara hukuk seçimi imkanı verilen hallerde bir 'hukuk'un seçimine imkan verildiği belirtilmektedir.¹⁸³² Belirli bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kurallar söz konusu olduğunda ise bu kurallar bütünü'nün hukuk sistemi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira hukuk kurallarının arkasında bulunan 'devlet desteği' unsuru, bu tür kurallarda bulunmamaktadır. Kurallara bağlayıcılık kazandıran ve meşrulaştıran bağımsız devlet iradesi olduğundan 'hukuk sistemi' kavramı, millî devletlerin kanunkoyucuları tarafından veya millî devletlerce ortaklaşa hazırlanan kuralları ifade etmektedir.¹⁸³³ Tarafların millî hukukların belirsizliklerinden kaçınmak amacıyla milletlerarası sözleşmeler için hazırlanan bu tür kurallara atıfta bulunması halinde, millî hukukların karışımı olan bazı hükümler uygulanacak hukuk tarafından geçerli sayılmayabilir, uygulayıcıya geniş yorum alanı bırakan ve tarafların beklentileriyle çelişen kuralların uygulanması sonucunu ortaya çıkarabilir.¹⁸³⁴ Bu nedenle bu tip kurallara atıfta bulunulsa dahi, bunların uygulanacak hukukla uyumlu olmasına dikkat edilmesi gerekir. Benzer şekilde tarafların aralarındaki sözleşmede hukuk seçimi maddesine yer vermesi, ancak maddede hiçbir devlet hukukunun uygulanmayacağı yönünde negatif bir düzenleme yapmaları halinde, bu hüküm dikkate alınmaz ve objektif kurallara göre uygulanacak hukuk tespit edilir. Zira her sözleşmenin belirli bir ülke hukuku tarafından yönetilmesi gerekir.¹⁸³⁵

Milletlerarası ticari sözleşmeler açısından tarafların yalnızca '*lex mercatoria*'ya atıfta bulunup bulunamayacağı da tartışılmaktadır. *Schmitthoff*'un haklı olarak belirttiği gibi *lex*

¹⁸³⁰ DOĞAN, (Akreditif), 141; CORDERO-MOSS, 153.

¹⁸³¹ BORTOLOTTI, 34; NOMER, 315; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, (Doğrudan Uygulanan Kurallar), 37; TIRYAKIOĞLU, 24; FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 678.

¹⁸³² DOĞAN, (Milletlerarası), 369-370; PERTEGAS/MARSHALL, 996.

¹⁸³³ Bkz. ŞANLI, (Ticari Akitler), 45-46. Benzer yönde NOMER, 315; HEIDEMANN, (Methodology), 8.

¹⁸³⁴ CORDERO-MOSS, 29. Benzer yönde bkz. HEIDEMANN, (Transnational), 22.

¹⁸³⁵ PİTEL/RAFFERTY, 273-274.

mercatoria, bütün ve otonom bir hukuk sistemi değildir ve *lex mercatorianın* varlığı, milletlerarası bir sözleşmede tarafların hukuk seçimi yapma gerekliliğini bertaraf etmez.¹⁸³⁶ Ancak millî mahkemelerde kabul görmeyen bu kurallar, hakem heyetlerince uygulanma kabiliyetini haiz kabul edilmektedir.¹⁸³⁷ Zira milletlerarası tahkime ilişkin birçok metinde, taraflarca bir ülkenin hukuku seçilsin veya seçilmesin, hakemlerin milletlerarası ticari örf ve adeti uygulayabileceği öngörülmektedir.¹⁸³⁸ Taraflar, hakem heyetinin *lex mercatoriayı* uygulamasını kararlaştırabilecekleri gibi, bu konuda bir anlaşma yapmamış olsalar dahi, hakemler, *lex mercatoriayı* uygulayabilirler.¹⁸³⁹ Bu şekilde *lex mercatoriaya* dayanarak verilen hakem kararları, millî mahkemelerde de tanınmaktadır.¹⁸⁴⁰

Taraflar belirli bir ülke hukuku yerine milletlerarası alanda geçerli olan fakat belirli bir ülke hukuku içerisinde yer almayan genel işlem şartları, standart sözleşme, kural, kod, tüzük, yönetmelik, milletlerarası anlaşma veya yürürlükte bulunmayan bir hukuk sistemini de seçerek bunları sözleşme hükmü haline getirebilirler.¹⁸⁴¹ Uygulamada, “hukukun genel prensipleri, devletler hukuku kuralları, milletlerarası ticaret hukuku, medeni milletlerce kabul edilen ilkeler ...” ve benzerlerinin bir ülke hukuku ile veya tek başına uygulanacak

¹⁸³⁶ Schmitthoff’un Ekim 1980’de yaptığı Basel Konferansından aktaran HECKE, Georges A. van: “Contracts Subject to International or Transnational Law”, *International Contracts*, Eds.: Hans SMIT / Nina M. GALSTON / Serge L. LEVITSKY, *Parker School of Foreign and Comparative Law*, Columbia University, Matthew Bender, 1981, 25-50, 37. 683. BORTOLOTTI’de her ne kadar bu kuralların sağladığı avantajlar ve öngördüğü uygun çözüm yolları karşısında öncelikli olarak bu kuralların uygulanabileceğini belirtse de, henüz sadece genel prensip niteliğinde olduğunu ve bir ülke hukuku ile karşılaştırıldığında, -her ne kadar mutlak olarak doğru olmasa da- birçok durumda bu tür kuralların öngörülemez ve muğlak bir niteliğe sahip olduğuna da işaret etmektedir. Bkz. BORTOLOTTI, 57-58. Benzer şekilde MANIRUZZAMAN, *lex mercatorianın* uyumsuzluğu her anlamda çözmeye yeter derecede olmadığı kabul edilse dahi, millî hukukların yetersiz kaldığı hallerde yardımcı nitelikte dikkate alınabileceğini belirtmektedir. Bkz. MANIRUZZAMAN, 683-684. Aynı şekilde ICC de, *lex mercatoria’nın* bir çok durumda avantajlı çözümler yaratabileceğini belirtmekle birlikte, belirlilik, öngörülebilirlik gibi unsurların yetersizliği sebebiyle, belirli bir ülke hukukunun seçilmesinin daha uygun olduğunu belirtmektedir. Bkz. ICC, (Standards), 17. Buna karşılık, bu görüşün aksini savunan ve tarafların *lex mercatorianın* veya şeri hukukun uygulanmasını kararlaştırması halinde bunun bir hukuk seçimi olarak değerlendirileceğini belirten yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. DALHUISEN (V.I), 268-269.

¹⁸³⁷ MANIRUZZAMAN, 706-707; GAILLARD, Emmanuel: “Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts”, *International Business Lawyer*, Vol. 27, May 1999, 214-224, 214 vd.; DOĞAN, (İş Akdi), 39; GÜÇER, 36; ICC, (Standards), 8. Bu kabulün gerekçesi, tarafların millî mahkemeler yerine milletlerarası tahkimi tercih etmeleri halinde, mahalli mahkemelerce kullanılan kanunlar ihtilafı tekniklerini zımnen bertaraf ettiklerinin kabul edilmesi olarak izah edilmektedir. Bkz. . KIRKBEŞOĞLU, 268.

¹⁸³⁸ KIRKBEŞOĞLU, 268.

¹⁸³⁹ MANIRUZZAMAN, 706; GÜÇER, 36-37.

¹⁸⁴⁰ BORTOLOTTI, 57; ICC, (Standards), 8. BORTOLOTTI, bu tür kararların millî mahkemelerde tanınmasında problem yaşanmadığını belirtse de, her şeyden önce *lex mercatoria* gibi kapsamı ve hatta tanımı üzerinde dahi uzlaşma olmayan bir kavramın, millî mahkemelerce niteliği ve kapsamını belirlemek kaçınılmaz olarak problem teşkil edecektir. Benzer yönde bkz. KIRKBEŞOĞLU, 259.

¹⁸⁴¹ ŞANLI, (Ticari Akitler), 53. Benzer yönde bkz FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 687.

hukuk olarak belirlendiği görülmektedir. Böyle bir hükmün geçerliliği ve etkinliği, başvuru yargı merciinin değerlendirmesine göre değişecektir.¹⁸⁴² Milletlerarası anlaşmalar, ticari örf-adetler ve benzeri diğer kaynaklar, milletlerarası ticarete ortaya çıkabilecek muhtemel problemlerin tümünü çözebilecek kadar kapsamlı değildir.¹⁸⁴³ Bu tür atıflar genellikle hukuk seçimi olarak kabul edilmediği gibi, bu kuralların hangi kriterlere göre belirleneceği belli olmayıp, bunlar üzerinde uzlaşılan referans kaynaklar da bulunmamaktadır.¹⁸⁴⁴ Doktrinde hakim görüşe göre, bir ülkenin hukuk düzeni içerisinde yer almayan kurallara atıf yapılması, bunları sözleşme hükmü haline getirerek uygulanmasını temin etmesine rağmen, kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir hukuk seçimi olarak kabul edilmez.¹⁸⁴⁵ Taraflarca esasa uygulanmak üzere seçilen hukukun, böyle bir hukuk seçimi yapılmamışsa mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle belirlediği hukukun sınırları içerisinde uygulanabilir.¹⁸⁴⁶ Dolayısıyla bu tür kurallara atıf yapılması halinde bunların geçerliliği ve etkisi, uygulanacak hukuka göre belirlenecektir.¹⁸⁴⁷ Taraflarca veya mahkemece belirlenen esasa uygulanacak hukukun emredici kurallarıyla ters düşmediği ölçüde bu seçim uygulama alanı bulur. Başka bir deyişle, bu tür bir seçim, iç hukuklardaki sözleşme özgürlüğü çerçevesinde dikkate alınabilir.¹⁸⁴⁸ Bu nedenle, aktarım yoluyla sözleşme hükmü haline getirilen bu tür kurallarla, uygulanacak hukukun emredici kurallarının birbiriyle çelişmemesine dikkat edilmesi gerekir.¹⁸⁴⁹

¹⁸⁴² ŞANLI, (Ticari Akitler), 45; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 267; DOĞAN, (Akreditif), 147 vd.

¹⁸⁴³ DOĞAN, (Teminat Mektubu), 178 vd. Benzer yönde bkz. FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 687. Aksi yöndeki görüş için bkz. HEIDEMANN, (Methodology), 153.

¹⁸⁴⁴ FOX, 133-134. Benzer yönde bkz. DRAHOZAL, 546-547; GAILLARD, 221.

¹⁸⁴⁵ DOĞAN, (Milletlerarası), 370; DOĞAN, (Akreditif), 149-150; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 179-180; ŞANLI, (Ticari Akitler), 53; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 257; NOMER, 315; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, (Doğrudan Uygulanan Kurallar), 39; FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 687-688; HEIDEMANN, (Transnational), 22. Benzer yönde EKŞİ, (Incorporation), 266-268. HEIDEMANN, klasik yaklaşıma göre bu tür bir seçimin, kanunlar ihtilafı anlamında bir 'hukuk seçimi' olmadığı kabul edilmesine rağmen, sadece tarafsız bir hukuku seçmek adına tarafların bilmediği üçüncü bir ülke hukukunun seçilmesinden, tarafların daha iyi bildiği UNIDROIT prensipleri gibi kuralların, hukuk seçimi olarak kabul edilmesinin, taraflar için daha tercih edilir nitelikte olduğunu belirtmektedir. Bkz. HEIDEMANN, (Methodology), 153.

¹⁸⁴⁶ ŞANLI, (Ticari Akitler), 53; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 257; NOMER, 315; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, (Doğrudan Uygulanan Kurallar), 39-40; DOĞAN, (Milletlerarası), 370; DOĞAN, (Akreditif), 148, 150; HEIDEMANN, (Transnational), 22; BORTOLOTTI, 62; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 67.

¹⁸⁴⁷ HEIDEMANN, (Transnational), 22; EKŞİ, (Incorporation), 266-267; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 67-68.

¹⁸⁴⁸ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 356; DOĞAN, (Milletlerarası), 370; DOĞAN, (Akreditif), 148; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 178-179.

¹⁸⁴⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 258; BEKTAŞ, 67.

Bu tür kuralların seçilmesi, tahkim yolunda kabul görürken, millî mahkemeler bu tür bir seçimi dikkate almama eğilimindedir.¹⁸⁵⁰ Millî mahkemeler açısından bu tür bir seçim, mahkemenin vereceği kararın tek başına alt yapısını oluşturamaz.¹⁸⁵¹ Ancak milletlerarası ticari tahkim açısından –iç hukuk kuralları milletlerarası unsurlu ilişkiler için oluşturulmadığından- bu kuralların taraflar açısından daha öngörülebilir olduğu ve belirlilik taşıdığı¹⁸⁵², ayrıca ilgili hukukta boşlukları doldurucu, tamamlayıcı ve düzeltici olduğu¹⁸⁵³ belirtilmektedir. Birçok durumda uygulanacak hukuktaki kurallara ulaşılsa bile, bunların nasıl ve ne şekilde uygulanacağını kestirmenin mümkün olmadığı, buna karşılık genel olarak kabul edilen prensiplerin daha rahat erişilebilir ve duruma daha uygun olduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁵⁴ Bununla birlikte bu tür bir seçim, özellikle modern ticari işlemlerin karmaşık doğasına ilişkin her konuda tek başına çözüm getiremeyeceğinden, millî hukuklardan bağımsız olarak uygulanması belirsizlik de yaratabilir.¹⁸⁵⁵

Belirttiğimiz bu hususlar bir ülkenin hukuku içinde yer almayıp, salt dini hukuk kuralları olarak kabul edilebilecek şeri hukuk, yahudi hukuku gibi ifadelerle yer veren hukuk seçimi açısından da geçerli olmalıdır.¹⁸⁵⁶ Zira bu tür kurallar, şeri hukukun uygulandığı bir ülkenin hukukuna atıfta bulunulması halinde uygulama kabiliyeti bulunmakta iken, yalnızca dini kurallar topluluğuna atıfta bulunan bir ifadeye yer verilmesi halinde, hukuk seçimi olarak kabul edilmemesi gerekir. Her ne kadar özellikle semavi dinlerde yer alan kurallar açısından, bu dinlerin referans noktası olarak dikkate alınabilecek temel metinleri bulunsa da, hukuk uygulaması, dini inancın alt kolları (mezhepler, cemaatler vb.) açısından taban tabana farklılık gösterecek niteliktedir.

Roma Konvansiyonu’nun uygulanmasında metinde yer alan ‘tanınan bir hukuk düzeni’ ifadesine dayanarak belirli bir ülke hukukunun, uygulanacak hukuk olarak

¹⁸⁵⁰ BORTOLOTTI, 34-35; GAILLARD, 216-217; DOĞAN, (Akreditif), 148 vd.; DRAHOZAL, 537; HAFEZ, S15; ŞANLI, (Ticari Akitler), 45. Benzer yönde DOĞAN, (Milletlerarası), 370; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 178--183.

¹⁸⁵¹ DOĞAN, (Akreditif), 149.

¹⁸⁵² LANDO, (Lex Mercatoria), 754-755; BORTOLOTTI, 58. Benzer yönde DRAHOZAL, 535 vd.

¹⁸⁵³ HAFEZ, S11-S12. Benzer yönde bkz. GAILLARD, 220.

¹⁸⁵⁴ BORTOLOTTI, 58-59; DRAHOZAL, 536-537.

¹⁸⁵⁵ HAFEZ, S15.

¹⁸⁵⁶ Şeri hukuk açısından benzer yöndeki yaklaşım için ve ayrıca şeri hukukun uygulanacak hukuk olarak seçilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FISHER, 79 vd.

seçilebileceği belirtilmektedir.¹⁸⁵⁷ Konvansiyon kapsamında *lex mercatoria*, şeri hukuk, hukukun genel prensipleri gibi belirli bir ülkenin hukuk düzeni olarak nitelendirilmeyen kurallara atıf yapılması halinde ise bunun, konvansiyon kapsamında bir hukuk seçimi olarak değerlendirilmeyip, yalnızca aktarım olarak nitelenebileceği belirtilmektedir.¹⁸⁵⁸ Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanun'da ise, hakemlere, bir devlet hukuku olmayan kuralların *lex contractus* olarak kabul edilmesine imkan vermiştir (m. 28/1).¹⁸⁵⁹ Milletlerarası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Hague Prensipleri'nde ise bu tür kurallara atıfta bulunulması halinde bu seçimin geçerli olacağı açıkça belirtilmiştir.¹⁸⁶⁰ Ancak Hague Prensipleri'nde 'kurallar dizisi', en azından belirli bir bölgede 'herkesçe kabul edilen' gibi ifadelerle yer verildiği için, tarafların belirsiz, muğlak kurallara atıfta bulunmasının önüne geçilmiştir.¹⁸⁶¹

Seçilen hukukun bir devlete ait olup olmadığı *lex fori*'ye göre karara bağlanır.¹⁸⁶² Burada akla gelebilecek bir diğer problem, seçilen hukukun, *for* ülkesinde tanınmayan bir devletin hukuku olmasıdır. Böyle bir durumda *for* hakimî, bu seçimi geçerli kabul edecek midir? Doktrinde bu soruya farklı cevaplar verilmektedir. Bir görüşe göre uygulanacak hukukta önemli olan, uygulanması söz konusu olan hukukun uluslararası alanda 'devlet' niteliğine sahip olduğu kabul edilen bir organizasyona ait 'hukuk sistemi' olması yeterlidir.¹⁸⁶³ Dolayısıyla tarafların böyle bir hukuku, hukuk seçiminin konusu haline getirmeleri durumunda *for* ülkesinin bu devleti tanıyıp tanımaması önemli değildir ve *for*

¹⁸⁵⁷ Bkz. FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 678; FAWCETT/CARRUTHERS, 699; GWYNNE, Richard: "Governing Law and Dispute Resolution", *Structuring International Contracts*, Ed: Dennis CAMPBELL, Kluwer Law International, 1996, 275-288, 280.

¹⁸⁵⁸ FAWCETT/CARRUTHERS, 699. Ancak millî niteliği bulunmayan kurallara atıf yapılması halinde, bu tür bir seçimin geçerli olacağını belirten görüşler de bulunmaktadır. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 73-74. Benzer yönde bkz. FOUNTOLAKIS, 323 vd.

¹⁸⁵⁹ Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanun m.28/1;

"Hakem heyeti uyuşmazlığı, taraflarca sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk kurallarına göre çözecektir. Taraflarca belirli bir ülkenin hukuk sisteminin veya hukukun gösterilmesi, aksi belirtilmediği takdirde o hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına değil, doğrudan maddi hukukuna yapılmış bir atıf olarak kabul edilir."

¹⁸⁶⁰ Milletlerarası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Hague Prensipleri m.3;

"Forum ülkesi hukuku aksini öngörmedikçe, taraflarca seçilen hukuk, milletlerarası milletlerüstü veya bölgesel bağlamda nötral veya dengeli kurallar dizisi oluşturulmuş kurallar şeklinde oluşturulmuş genel olarak kabul edilen hukuk kuralları olabilir."

¹⁸⁶¹ PERTEGAS/MARSHALL, 997.

¹⁸⁶² DEMİRKOL, 168-169.

¹⁸⁶³ Görüşler için bkz. BERKİ 116.

hakimi, bu ülke hukukunu uygulamalıdır.¹⁸⁶⁴ Bir diğer görüşe göre, seçilen hukukun bir devlete ait olup olmadığı *lex fori*'ye göre değerlendirileceğinden, o devlet *lex fori*'de tanınmadığından, yapılan seçim gerçek bir seçim olarak değerlendirilmez. Zira bir hukuk düzeninden bahsedebilmek için bu düzeni yaratan meşru bir otoritenin varlığı gerekir, oysa seçilen hukukun hakim ülkesinde tanınmayan bir devlete ait olması halinde, tarafların seçtiği hukuk düzenini yaratan meşru bir otorite –for hakimi açısından– bulunmamaktadır.¹⁸⁶⁵ Kanaatimizce bu görüş, hem siyasi hem de hukuki gerekçelerle kabul edilmelidir. Zira bir devlet, başka bir devleti tanımama yönünde bir irade beyan ettikten sonra, bu devletin hukukunun uygulanmasını kabul etmek, açıklanan iradenin hukuki sonuçlarının görmezden gelinmesi anlamına da geleceği ve hukuku zedeleyeceği gibi, siyasi açıdan devlet ciddiyetiyle bağdaşmayacaktır.

3.3.16.1.5. Kısmi Hukuk Seçimi

Taraflar, hukuk seçimi sözleşmesiyle kısmi hukuk seçimi de yapabilirler. Pozitif düzenlemelerin birçoğunda kısmi hukuk seçimine cevaz verilmektedir.¹⁸⁶⁶ Kısmi hukuk seçiminin kabul edilebilmesi için, sözleşmedeki menfaatlerin hukuki ve ekonomik bakımdan bölünebilir olması ve tarafların hak ve yükümlülüklerinde karışıklığa mahal vermemesi gerekir.¹⁸⁶⁷

Sözleşmenin farklı kısımlarına farklı ülke hukuklarının uygulanması halinde bunların kapsamı açıkça ve net biçimde belirlenmelidir. Sözleşmede bulunan birbiriyle bağlantılı hususların aynı hukuka tabi tutulmasında fayda vardır. Zira bir hukuk sistemi, kendi içerisinde bir uyum, ahenk barındırır. Ancak sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanmak üzere seçilen hukuklardaki hükümler, birbirleriyle her zaman uyum içerisinde olmayabilir. Bu durum da adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilir. Doktrinde ağırlıklı olarak belirtildiği gibi, zorunlu olmadıkça bu tür bir düzenleme yapılmaması gerekir.¹⁸⁶⁸ Uygulamada da buna

¹⁸⁶⁴ BERKİ'ye göre, devletin tanınması veya tanınması devletler özel hukukunun konusu olmayıp, devletler genel hukukunun konusuna girmekte ve bu nedenle uygulanacak yabancı hukukun for ülkesinde tanınmıyor olması, o ülkenin hukukunun uygulanmasına engel teşkil etmemelidir. Bkz. BERKİ, 116.

¹⁸⁶⁵ DEMİRKOL, 169.

¹⁸⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİLİNGİROĞLU, 107; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 255; ULUOCAK, 189-190.

¹⁸⁶⁷ DOĞAN, (Milletlerarası), 371; DOĞAN, (Akreditif), 155; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 185; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 354.

¹⁸⁶⁸ ŞANLI, (Ticari Akitler), 50; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 256.

paralel olarak, taraflar aralarındaki ilişkiyi genellikle tek bir hukuk sistemine tabi tutmayı tercih etmektedir.¹⁸⁶⁹

Taraflar, seçilen hukukun tümüyle aralarındaki ilişkiye uygulanmasını istiyorlarsa, ‘aralarındaki sözleşmeden doğan ve sözleşme ile ilgili tüm hususlara’ uygulanacağını açıkça belirtmelidirler. Şayet bu hukukun uygulama alanı dışında bırakmak istedikleri konular varsa, bu konularıda tartışmaya mahal vermeyecek biçimde tek tek belirlemelidirler.¹⁸⁷⁰

Öte yandan milletlerarası ticari sözleşmeler konusu farklı ve fakat birbiriyle bağlantılı birden fazla sözleşmenin yapılmasını gerektiren şemsiye sözleşmeler olabilir.¹⁸⁷¹ Taraflar aralarındaki sözleşmeyi hazırlarken, bağlantılı diğer sözleşmelerle aradaki koordinasyon ve bütünlüğü hesaba katmalı, mümkün olduğu takdirde bağlantılı sözleşmeleri de aynı yargı mercii ve aynı hukuka tabi kılmalıdır.¹⁸⁷²

Türk hukukunda kısmi hukuk seçimi kabul edilmekle birlikte,¹⁸⁷³ doktrinde kısmi hukuk seçiminin yalnızca açık hukuk seçimi yoluyla yapılabileceği belirtilmektedir.¹⁸⁷⁴

3.3.16.1.6. Hukuk Seçiminde Atıf

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi yapılmışsa, kural olarak kanunlar ihtilafı kurallarının dışlandığı ve seçilen hukukun yalnızca maddi hukuk kurallarına atıf yapıldığı kabul edilir.¹⁸⁷⁵ Zira aksinin kabulü hukuk seçiminin amacına aykırı düşer ve hukuk seçimi ile sağlanacak fayda elde edilemez.¹⁸⁷⁶ Bununla birlikte, başvuru yargı mercii atıf konusunda farklı değerlendirme yapması da ihtimal dahilindedir. Bu nedenle hukuk seçiminin, seçilen hukuktaki kanunlar ihtilafı kurallarını kapsayıp kapsamadığı da hukuk

¹⁸⁶⁹ PİTEL/RAFFERTY, 276.

¹⁸⁷⁰ ŞANLI, (Ticari Akitler), 52-53.

¹⁸⁷¹ ŞANLI, (Ticari Akitler), 50. Örneğin basit bir satım sözleşmesinde bile satım sözleşmesine binaen taşıma, sigorta, gözetim, akreditif vb. birçok sözleşmenin yapılması gerekir.

¹⁸⁷² ŞANLI, (Ticari Akitler), 50.

¹⁸⁷³ MÖHUK m.24/2;

“Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamını veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.”

¹⁸⁷⁴ NÖMER, 321.

¹⁸⁷⁵ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 84; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 52; ŞANLI, (Ticari Akitler), 47; TEKİNALP, 30; ÇİLİNGİROĞLU, 111-112; NÖMER, 320-321; AYBAY/DARDAĞAN, 253; GÖĞER, 292; ÇELİKEL/ERDEM, 329; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 355.

¹⁸⁷⁶ TEKİNALP, 30; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, (Doğrudan Uygulanan Kurallar), 30.

seçimi maddesinde belirtilmelidir. Hukuk seçiminin, seçilen hukuktaki kanunlar ihtilafı kurallarını kapsamaması halinde taraflar sözleşmeye uygulanmak üzere hiç beklemedikleri bir hukuk düzeni ile karşılaşabilirler. Bunu önlemek için hukuk seçimi maddesinin, seçilen hukuktaki kanunlar ihtilafı kuralları dışlanarak, maddi hukuk kuralları ile sınırlı tutulması faydalı olacaktır.

Uygulamada da milletlerarası sözleşmelerin büyük bir kısmında hukuk seçimi maddesi düzenlenirken, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları dışarıda bırakılmaktadır.¹⁸⁷⁷ Ancak mahkemeler, uyuşmazlığın kamu politikalarını ilgilendirdiği durumlarda, bu hariç bırakmayı dikkate almama eğilimindedir.¹⁸⁷⁸ Özellikle ‘kamu düzeni’ gerekçesiyle, kendi hukuklarını uygulama eğilimi gösterebilmektedir.¹⁸⁷⁹

Taraflar, hukuk seçiminin geçerli olmaması veya fiilen uygulanamaması halinde alternatif olarak hangi hukukun uygulanacağını da belirtebilirler. Bu durumda taraflarca hiç beklenmedik bir hukuk düzeninin uygulanması halinde ortaya çıkacak aksaklıklar kısmen giderilmiş olacaktır.

3.3.16.1.7. Hukuk Seçiminin Zamanı

Pozitif düzenlemelerin birçoğunda sözleşmenin yapılmasından önce veya sonra, ihtilafın çıkmasından ve hatta davanın açılmasından sonra dahi hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilmiştir.¹⁸⁸⁰ Yani hukuk seçimi her zaman yapılabilir. Ancak pozitif düzenlemelerde, üçüncü kişilerin haklarının zarar görmemesi amacıyla hukuk seçimine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu nedenle genellikle, asıl sözleşmenin yapılmasından sonra yapılan hukuk seçiminin, bu seçimden hakları etkilenen 3.kişinin muvafakati ile geçerli olduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁸¹ Türk hukukunda da hukuk seçiminin her zaman yapılabileceği ve değiştirilebileceği kabul edilmiştir.¹⁸⁸²

¹⁸⁷⁷ GRUSON, 1023.

¹⁸⁷⁸ DIMATTEO, 70.

¹⁸⁷⁹ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 79-80; MCCARTNEY, 363 vd.

¹⁸⁸⁰ ÇİLİNGİROĞLU, 108; NOMER, 321; AYBAY/DARDAĞAN, 252; ÖZKAN, 127; TİRYAKİOĞLU, 24.

¹⁸⁸¹ DOĞAN, (Akreditif), 156; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 186.

¹⁸⁸² Bununla birlikte MÖHUK'ta sonradan yapılan hukuk seçiminin veya yapılan seçimin değiştirilmesinin, 3.kişilerin haklarına zarar vermemek kaydıyla geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır (m. 24).

Taraflar yalnızca yürürlükte bulunan hukuk düzenlerini seçebilirler.¹⁸⁸³ Yürürlükten kalkmış bir hukuku seçmeleri mümkün değildir, zira yürürlükten kalkmasıyla birlikte artık pozitif hukuk olma niteliğini yitirmiştir. Tarafların seçtikleri hukukun sonradan yürürlükten kalkması halinde, seçilen fakat yürürlükten kalkan hukuk değil, onun yerine yürürlüğe giren hukuk uygulanır. Bununla birlikte taraflar, seçilen hukuku sözleşme içeriğine aktarmışlarsa, bu hükümler artık sözleşme hükmü olarak uygulama alanı bulacağından, yürürlükten kalkmasından etkilenmeyeceklerdir.¹⁸⁸⁴

Esasen bu husus seçilen hukukun sabitlenip sabitlenmeyeceği ile ilgilidir. Şöyle ki, taraflar sözleşmeyi yaptıklarında yetkili hukuk olarak belirlenen hukukta sonradan meydana gelen değişiklikler sözleşmeye uygulanacak mıdır, yoksa sözleşmenin yapıldığı an esas alınarak sonraki değişiklikler dışarıda mı bırakılacaktır? Doktrinde bu soruya farklı cevaplar verilmektedir.

Bazı yazarlara göre taraflar, bir hukuktaki kuralları değil, dinamik bir yapıya sahip olan bir hukuk sistemini seçtiği için ileride yapılacak değişiklikleri de kapsamına alan bir seçim olarak değerlendirilecek ve seçilen hukuktaki maddi değişiklikler, o maddi hukukun seçildiği sözleşmelere de etkili olacaktır.¹⁸⁸⁵

Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu sorunun cevabını seçilen hukukun intikal hükümleri verecektir. Zira seçilen hukuk bir bütün olarak ele alınmaktadır. Seçilen hukuktaki intikal hükümleri, değişikliklerin geçmişe etkili olmayacağını öngörüyorsa etkilemeyecek, ancak geçmişe etkili olacağını öngörüyorsa tarafların hak ve borçlarında değişiklik meydana gelebilecektir.¹⁸⁸⁶ Bu nedenle sözleşmede seçilen hukukun sonraki değişikliklerden etkilenip etkilenmeyeceğine açıklık getiren bir ifadeye yer verilmesi faydalı olacaktır. Aksi halde seçilen hukukta sonradan meydana gelen bir değişiklik tarafların hak

¹⁸⁸³ ÇİLİNGİROĞLU, 108; AYBAY/DARDAĞAN, 251; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 357.

¹⁸⁸⁴ ÇİLİNGİROĞLU, 108-109.

¹⁸⁸⁵ NOMER, 323; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, (Doğrudan Uygulanan Kurallar), 36. Benzer yönde DEMİRKOL, 159-160. DEMİRKOL, seçilen belirli bir hukuk düzeninin yaşayan bir niteliğe sahip olduğunu belirtirken, istikrar (*stabilization*) klozu ile seçilen hukuktaki hükümlerin sabitlemesi halinde artık bir devletin pozitif hukuku olma niteliğini kaybedeceğini, çünkü bu halde artık yaşayan bir hukuk düzenini değil, belirli bir anda, yürürlükte yer almış olan maddi hukuk hükümlerini seçmiş olduklarını belirtmektedir.

¹⁸⁸⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 260. Bazı yazarlar ise böyle bir durumda tarafların anlaşması yoluyla problemin çözülmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 357.

ve borçlarında ciddi değişiklikler yaratabilir. Bu nedenle taraflar, sözleşmenin yapıldığı sırada yürürlükte olan hukukun hükümlerine tabi kılmak isterlerse sözleşmede bu hususu belirtmelidirler.

Sözleşmenin yapıldığı tarihteki dengenin korunması için uygulamada istikrar (stabilization) klotlarına da sözleşmede yer verilmektedir. Tarafların bu tür bir istikrar klotu koymuş olmaları halinde taraflarca seçilen hukuk, belirli bir tarih ile dondurulmuş olmakta¹⁸⁸⁷ ve ilgili hukukta sonradan yapılacak değişiklikler, taraflar arasındaki sözleşmeyi etkilememektedir. Ancak seçilen hukukta sonradan meydana gelen ve geçmişe şamil olan değişiklikler kamu düzenine ilişkin ise sabitleme hükmünün bir anlamı kalmaz ve meydana gelen değişiklikler sözleşmeye de uygulanır.¹⁸⁸⁸ Buna rağmen, tarafların tahkim yolunu seçmiş olmaları halinde, sözleşmeyi yaptıkları zaman yürürlükte bulunan kuralların uygulanması yine de mümkün olabilir, zira millî mahkemelere nispeten hakem heyetleri taraf iradeleri ile sıkı biçimde bağlıdır.¹⁸⁸⁹

3.3.16.1.8. Hukuk Seçiminin Geçerliliği

Hukuk seçiminin geçerliliğini maddi ve şekli geçerlilik olmak üzere iki açıdan değerlendirmek gerekir. Hukuk seçimi sözleşmesinin maddi ve şekli geçerliliği, ayrı ayrı kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukuka göre değerlendirilecektir.¹⁸⁹⁰ Şekli geçerlilik konusunda tartışma yoktur. Hukuki işlemlerin şekline ilişkin genel şekil kuralı, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği bakımından da uygulanacaktır. Hukuk sistemlerinde hukuki işlemlerin şekli geçerliliği için, işlemin yapıldığı yer hukukundaki (*locus regit formam actum*) şekil kurallarına veya işlemin esasına uygulanacak hukuktaki (*lex causae*) şekil kurallarına uygun olması yeterli kabul edilmektedir. Türk hukukunda da şekli geçerlilik için bu alternatifli kural kabul edilmiştir.¹⁸⁹¹ Asıl sözleşmenin şekli geçerliliğinden bağımsız olarak hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği tespit edilecektir.¹⁸⁹²

¹⁸⁸⁷ WU, Dolly: "Timing the Choice of Law by Contract", *North Western Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol.9, Issue 7, Spring 2011, 401-438, 402; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 72.

¹⁸⁸⁸ ŞANLI, (Ticari Akitler), 48; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 260. Benzer yönde bkz. WU, 404, 478.

¹⁸⁸⁹ ŞANLI, (Ticari Akitler), 48-49.

¹⁸⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz DOĞAN, (Milletlerarası), 377-381.

¹⁸⁹¹ Bkz. MÖHUK m.7.

¹⁸⁹² DOĞAN, (Akreditif), 137.

Hukuk seçimi anlaşmasının maddi geçerliliğinin hangi hukuka göre değerlendirileceği konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bazı yazarlar, hukuk seçimi anlaşmasının maddi geçerliliğinin hakimın hukukuna (*lex fori*'ye) göre belirleneceğini belirtirken, doktrinde ve uygulamada pozitif düzenlemelerde hakim olan yaklaşıma göre hukuk seçimi anlaşmasının maddi geçerliliği, seçilen hukuka tabi olmalıdır.¹⁸⁹³ Ülke mahkemeleri de yapılan hukuk seçiminin geçerli olup olmadığını incelerken farklı etkenler kullanmaktadırlar. Örneğin bazı ülkelerde hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği ana sözleşmenin geçerliliğine bağlanmakta, ana sözleşmenin geçersiz olması halinde hukuk seçimi sözleşmesinin de geçersiz hale geldiği kabul edilmektedir.¹⁸⁹⁴ Genellikle birçok Avrupa ülkesi sözleşmeye tek bir hukukun uygulanması yönünde güçlü bir eğilim göstermektedir, ancak sözleşmenin şekli ve tarafların ehliyeti olmak üzere bu kurala iki istisna tanınmaktadır.¹⁸⁹⁵ Bir kısım ülke hukukunda ise hukuk seçimi sözleşmesi ana sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmekte ve uygulanacak hukuk ayrıca belirlenmektedir.¹⁸⁹⁶ Dolayısıyla hukuk seçimine ilişkin irade beyanlarının geçerliliği doğrudan doğruya seçilen hukuka tabidir.¹⁸⁹⁷

Hukuk seçimi anlaşmasının, sözleşmenin tabii olduğu hukuka tabi tutulması bazı eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu eleştirinin gerekçesi şu şekilde açıklanmaktadır; *“tarafların hukuk seçiminin geçerli olması borç sözleşmesinin geçerli olmasına; borç sözleşmesindeki irade beyanlarının geçerliliği de seçilen hukuka uygun surette teşekkül etmiş olmalarına bağlı bulunmaktadır. Borç sözleşmesi geçerli değilse hukuk seçimi de geçerli olamayacağına göre, geçerli bir borç sözleşmesinin mevcudiyetini farzederek seçilen hukuku yetkili kılmak ve sonra da borç sözleşmesinin geçerli olup olmadığını seçilen hukuka göre belirlemek pratik yarardan yoksun bir muhakeme tarzı olmaktadır.”*¹⁸⁹⁸

Hukuk seçimi anlaşmasının seçilen hukuka tabi kılınmasını eleştiren görüş ise hukuk seçimi hangi hukuk düzeninde yapılıyorsa seçimin geçerliliğine de o hukukun karar vermesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre millî hukuklara değil, uluslararası (*transnational*) bir

¹⁸⁹³ Bkz. DOĞAN, (Akreditif), 138; DOĞAN, (İş Akdi), 27-28.

¹⁸⁹⁴ ŞANLI, (Ticari Akitler), 47; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 260.

¹⁸⁹⁵ HECKE, (Choice of Law), 50.

¹⁸⁹⁶ ŞANLI, (Ticari Akitler), 47; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 259; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, 351; NOMER, 316.

¹⁸⁹⁷ ÇİLİNGİROĞLU, 105; ULUOCAK, 186-187.

¹⁸⁹⁸ ÇİLİNGİROĞLU, 105. Hukuk seçiminin geçerliliğinin, seçilen hukuka tabi tutulmasına ilişkin bir benzer yöndeki eleştiriler için ayrıca bkz. DEMİRKOL, 85.

hukuk düzenine dayanan hukuk seçimi serbestisinin kullanılmasıyla ilgili problemlere (seçimin geçerliliği de dahil olmak üzere) uluslararası hukukun genel olarak kabul ettiği ilkelere göre karar verilmelidir.¹⁸⁹⁹ Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Herşeyden önce uluslararası hukuk düzeni, bir hukuk sistemi olarak kabul edilemez. İkinci olarak ise bir hukuk sistemi olarak kabul edilse dahi, bu sistemin genel kabul gören ilkelerini belirleyecek bir otorite bulunmamaktadır.

Hukuk seçiminin geçerliliğinin seçilen hukuka tabi tutulmasının bir kısır döngü yarattığını belirterek eleştiren diğer yazarların da fikrine katılmak mümkün değildir. Bu eleştirilere karşılık bir yazarın isabetli olarak belirttiği gibi; *“Taraflar seçtikleri hukuku, akit müzakereleri sırasında bildikleri için, seçtikleri hukukun böyle bir seçimi geçerli kabul edip etmediğini de bilirler. Bu nedenle hukuki güven içindedirler.”*¹⁹⁰⁰ Bu gibi gerekçelerle hukuk seçiminin geçerliliğinin, asıl sözleşmeden ayrı olarak kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen hukuka tabi kılınması önerilmektedir.¹⁹⁰¹

Roma Konvansiyonu’nda m.3/4’ün 8’e yaptığı atıfla hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliği tarafların seçtiği hukuka tabi kılınmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin veya geçersizliğinin sonuçları taraflarca seçilen hukuka tabi olmalıdır.¹⁹⁰² Bu husus ayrıca belirtildiği takdirde, bu konuyla ilgili muhtemel problemlerin önüne geçilebilir.¹⁹⁰³ Bunun yanında doktrinde bazı yazarlarca, seçilen hukuka göre sözleşmenin geçersiz olması halinde, tarafların müşterek millî hukuk, müşterek yerleşim yeri hukuku gibi müşterek bir hukuk varsa ve hukuk seçimi anlaşması seçilen hukuka göre geçersiz olmasına rağmen müşterek hukukta geçerli ise, hukuk seçimi anlaşmasının geçerli kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁹⁰⁴

¹⁸⁹⁹ DEMİRKOL, 85-86; ŞANLI, (Tahkim), 110.

¹⁹⁰⁰ TİRYAKİOĞLU, 26. Benzer yönde bkz. TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 351.

¹⁹⁰¹ DOĞAN, (Milletlerarası), 377 vd.; DEMİRKOL, 87-88.

¹⁹⁰² ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 260; DOĞAN, (Akreditif), 138; NOMER, 320; AYBAY/DARDAĞAN, 270; TİRYAKİOĞLU, 26.

¹⁹⁰³ ŞANLI, (Ticari Akitler), 48; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 260.

¹⁹⁰⁴ DOĞAN, (Akreditif), 138.

3.3.16.1.9. Hukuk Seçiminin Yapılmamış Olması – Objektif Bağlanma

Tarafların hukuk seçimi yapmaması veya yapmış oldukları hukuk seçiminin geçerli olmaması durumunda uygulanacak hukuk objektif bağlama yöntemine göre tespit edilmektedir.¹⁹⁰⁵ Objektif esaslara göre uygulanacak hukukun tespiti; tespit edilen bağlama noktasının tüm sözleşme türleri için kullanılması (sentetik yöntem), her sözleşme tipi için ayrı bağlama noktası belirlenmesi (analitik yöntem), somut olayın özelliklerine göre uygulanacak hukukun belirlenmesi (ferdiyetçi yöntem) olmak üzere başlıca üç yöntem ile gerçekleştirilmektedir.¹⁹⁰⁶

Uygulanacak hukuk, sözleşmeyi birden fazla ülke hukuku ile bağlantılı hale getiren unsurlara göre belirlenir.¹⁹⁰⁷ Hukuk sistemlerinde, sözleşmeye uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kurallarında sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri, karakteristik edim borçlusunun yerleşim yerinin bulunduğu ülke veya vatandaşı olduğu ülke, sözleşme ile sıkı ilişkili yer gibi bağlama noktaları tesis edilmiş, hatta bazı hukuk sistemlerinde belirli sözleşme türlerine göre farklı bağlama noktalarına yer verilmiştir.¹⁹⁰⁸ Sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bu noktalardan en sık karşımıza çıkanı, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk kriteridir.¹⁹⁰⁹ Sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak, sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına ilişkin kural, ayrıntılarında farklılıklar barındırsa da, birçok hukuk sisteminde kabul edilmek suretiyle artık bir prensip halini almıştır.¹⁹¹⁰ Sıkı ilişki yaklaşımında, hukuki ilişkinin ağırlık merkezi olarak nitelenebilecek olan hukukun, sıkı ilişkili hukuk olduğu kabul edilir. Pozitif düzenlemelerin önemli bir kısmında, genellikle hakime somut olayı ve sözleşmedeki çeşitli unsurları dikkate alarak bu bağlantıyı tespit etme imkanı

¹⁹⁰⁵ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 74; TEKİNALP, 28; CLARKSON/HILL, 170; FAWCETT/CARRUTHERS, 666; DOĞAN, (Milletlerarası), 372; DOĞAN, (Akreditif), 156; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 187; NOMER, 324 vd.; AYBAY/DARDAĞAN, 252-253; ÇELİKEL/ERDEM, 331-337.

¹⁹⁰⁶ ÖZEL, (Objektif Bağlama), 579.

¹⁹⁰⁷ CHESHIRE, 27.

¹⁹⁰⁸ BORTOLOTTI, 39-40; CALSTER, 5; COLLIER, 12-13.

¹⁹⁰⁹ HECKE, Georges A. van: "Choice of Law Provisions in European Contracts", *International Contracts: Choice of Law and Language*, Ed.: Willis L.M. REESE, Thirtieth Anniversary Symposium of the Parker School of Foreign and Comparative Law Columbia University, 8-9 Aralık 1961, Oceana Publications, 1962, 44-53, 46; CLARKSON/HILL, 170; FAWCETT/CARRUTHERS, 666; SCHMITTHOFF, (Party Autonomy), 585; SCHWENZER/HACHEM/KEE, 58; PİTEL/RAFFERTY, 275; DOĞAN, (Milletlerarası), 372-373; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 187; NOMER, 323 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, 324. GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 74.

¹⁹¹⁰ ÖZEL, (Objektif Bağlama), 581.

verilmiştir.¹⁹¹¹ Burada cevaplanması gereken en önemli soru, bir hukuk sistemini, olayla veya taraflarla ilgili olan diğer hukuk sistemlerinden daha sıkı ilişkili hale getiren kriterlerin neler olduğudur. Bu soruya verilebilecek en genel cevap; ‘Bir ülke ve onun hukuk sistemiyle bağlantılı hale getiren unsurlar’¹⁹¹² olmalıdır. Tarafların vatandaşlığı, yerleşim yeri, sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri, sözleşmenin dili, tarafların dili, ödeme para birimi, kullanılan hukuki kavramlar genellikle sıkı ilişkiyi belirlemede dikkate alınan unsurlardır. Bunun yanında fikri mülkiyet hakları konusunda korumanın talep edildiği ülke, iş yerinin bulunduğu ülke veya işin yapıldığı ülke, tüzel kişiler ve şirketler söz konusu olduğunda ise merkez yeri veya kuruluş yeri, işlerin ağırlıklı olarak yürütüldüğü yer, gemilerde bayrak kuralı da sıkı ilişkinin tespitinde dikkate alınan kriterlerdir.¹⁹¹³ Şayet bu unsurların çoğunluğu aynı hukuku işaret ediyorsa sıkıntı yaşanmaz, ancak birbirinden farklı hukuk sistemlerini işaret etmesi halinde problemin çözümü zorlaşacaktır.¹⁹¹⁴ Bu unsurların hiçbirisi sıkı ilişkiyi oluşturmak için tek başına yeterli olmayıp, birden fazlasının aynı ülke hukukunu göstermesi durumunda sıkı ilişkinin varlığından söz edilebilir.¹⁹¹⁵ Bunun dışında bu unsurların ağırlığı ve önemi de sıkı bağlantının tespitinde etkili olacaktır. Görüldüğü gibi ‘sıkı irtibat’ kriteri, taraflar açısından belirsiz bir durum yaratmakta ve uygulayıcıya geniş takdir hakkı vermektedir.¹⁹¹⁶ Bu nedenle objektif bağlama kuralı olarak ‘sıkı irtibat’ kriterini kabul eden hukuk sistemlerinde genellikle sıkı irtibatın belirlenmesinde karakteristik edim teorisine başvurulmakta ve karakteristik edim borçlusunun iş yeri, yerleşim yeri veya mutad

¹⁹¹¹ FAWCETT/CARRUTHERS, 666; DOĞAN, (Akreditif), 157; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 187. Bazı yazarlar, ilişkinin ağırlık merkezi veya hukuki ilişki ya da taraflarla sıkı ilişkili bulunan hukukun tespiti, uyumsuzluğu çözecek olan merciin yorumuna göre anlam kazanacağından belirsizlik yarattığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. DALHUISEN (V.I), 257. Bir diğer eleştiri ise ‘sıkı ilişki’ ifadesine yöneliktir. Bu ifadeyi eleştiren yazarlar, her kanunlar ihtilafı normunun amacının zaten sıkı ilişkiyi tespit etmek olduğunu belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, (Akreditif), 157-158.

¹⁹¹² GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 75.

¹⁹¹³ GOODE/KRONKE/MCKENDRICK, 74, 77-78; FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 835-836; PITEL/RAFFERTY, 275-276; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 271-272; NOMER, 325; ÇELİKEL/ERDEM, 331-332, DOĞAN, (Akreditif), 159-160; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 189-180; DOĞAN, (Milletlerarası), 371, 375. En yakın ilişkinin tespitinde kullanılan kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. GÜNGÖR, Gülin: *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı - Restatement II, Roma Sözleşmesi, İsviçre LDIP, MÖHUK*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, 101 vd.

¹⁹¹⁴ HECKE, (Choice of Law), 46; FAWCETT/CARRUTHERS, 665.

¹⁹¹⁵ NOMER, 325; DOĞAN, (Akreditif), 160-161; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 190; CLARKSON/HILL, 189-190.

¹⁹¹⁶ ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: “Türk ve Çin Milletlerarası Özel Hukuk Sistemlerinde Sözleşmelere İlişkin Düzenlemeler”, *İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi*, 12-14 Haziran 2012, İstanbul, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2013, 195-216, 206.

meskeninin sıkı irtibatı sağladığı kabul edilmektedir.¹⁹¹⁷ Tüzel kişiler açısından karakteristik edim borçlusunun mutad merkezinin, tüzel kişinin idare merkezi olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁹¹⁸

Roma I Konvansiyonu'nda ve Türk hukukunda da MÖHUK'ta sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda en sıkı ilişkili hukukun taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacağı kabul edilmiştir. Roma Konvansiyonu'nda, karakteristik edim teorisi sıkı ilişkinin tespitinde kullanılırken, MÖHUK m.24'te sıkı ilişkiye yönelik bazı karinelere yer verilmiştir.

Menkul Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 1955 tarihli Lahey Konvansiyonu'nda ilk etapta tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilecekleri kabul edilmiş, hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, satıcının siparişini aldığı anda mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını kabul etmiştir. Bu kural da karakteristik edimin bulunduğu ülkeyi esas almaktadır.¹⁹¹⁹

Menkul Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 1986 tarihli Lahey Konvansiyonu'nda da öncelikle irade muhtariyeti prensibine yer verilmiş, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde ise sözleşmenin yapıldığı anda satıcının iş yerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmiş, ancak olay veya ilişkinin başka bir hukukla daha sıkı bağlantılı olması halinde sıkı ilişkili hukukun uygulanması kabul edilmiştir (m.8).

¹⁹¹⁷ Karakteristik edim ise genellikle para borcunun karşısında bulunan, sözleşmeye adını veren, sözleşmeyi karakterize eden edim olarak tanımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 698-699; COLLIER, 199; CLARKSON/HILL, 186; DOĞAN, (Milletlerarası), 376; DOĞAN, (Teminat Mektubu), 191; NOMER, 323-330; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, 365; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, (Sözleşmeler), 206-207; ÖZEL, (Objektif Bağlama), 582 vd.; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 35-36. Bununla birlikte karakteristik edim teorisi, bazı noktalarda eleştirilmektedir. Eleştirilerin birisi, karakteristik edim teorisinin sözleşmeyi sosyo-ekonomik bir çerçeveye oturttuğu, ancak sözleşmenin ekonomik fonksiyonunun her zaman sosyal fonksiyonu ile aynı olmadığıdır. Bir diğer eleştiri ise, para ediminin birçok sözleşmede yer alan bir edim olması sebebiyle dikkate alınmamasıdır. Bunlar dışında trampa ve atipik sözleşmelerde karakteristik edimin tespitinin mümkün olmaması, karakteristik edim teorisine getirilen eleştirilerden bazılarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, (Objektif Bağlama), 583-585. Benzer yönde bk. HEIDEMANN, (Methodology), 134-136.

¹⁹¹⁸ COLLIER, 198; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, (Doğrudan Uygulanan Kurallar), 56-57. Benzer yönde TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, 268, dn.64a.

¹⁹¹⁹ ÖZEL, (Objektif Bağlama), 586.

Roma I Sözleşmesi m.4'te de tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sıkı ilişkili hukukun uygulanması, objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir. Sözleşme, sıkı ilişkinin 'bir hukuk sistemi' ile mi, yoksa 'bir ülkenin' hukuku ile mi sağlanması gerektiğine açıklık getirmemekle birlikte, maddedeki ifadenin bir 'ülke hukuku' olarak anlaşılması gerekir.¹⁹²⁰ Sıkı ilişkinin tespitinde de Türk hukukunda olduğu gibi aksi ispat edilebilir bir karineye yer verilmiş ve karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri veya iş yeri merkezinin bulunduğu yer hukuku karine olarak sıkı ilişkili yer hukuku olarak kabul edilmiştir.¹⁹²¹ Bununla birlikte ilişkinin başka bir hukukla sıkı ilişkili olduğu anlaşılıyorsa bu karinelere göre belirlenen ülke hukuku değil, daha sıkı ilişkili ülke hukuku uygulanacaktır. Bu istisna kuralı, taraflar için öngörülemezlik yarattığı ve hiç beklemedikleri bir hukukun uygulanmasına yol açabileceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir.¹⁹²²

Milletlerarası tahkimde ise, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde beş farklı ihtimal karşımıza çıkar. Hakemler uygulanacak hukuku doğrudan kendileri belirleyebilirler; belirledikleri bir grup kanunlar ihtilafı kuralına göre uygulanacak hukuku tespit edebilirler; tahkim yerinin (*lex arbitrinin*) gösterdiği kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuku belirleyebilirler ki bu hukuk da genellikle sıkı ilişkili hukuktur; tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuku tespit edebilirler; doğrudan tahkim yerinin maddi hukuk kurallarını uygulayabilirler.¹⁹²³

3.3.16.1.10. Hukuk Seçimi ve Başvurulacak Yargı Mercii İlişkisi

Milletlerarası ticari sözleşme uygulamasında, hukuk seçimi ile yetkili mahkemenin seçimi genellikle birbirine karıştırılmakta ve belirli bir ülke mahkemesi, taraflar arasında çıkabilecek ihtilaflar için yetkilendirildiği takdirde, o ülke hukukunun uygulanacağı şeklinde yanlış bir algı hasıl olmaktadır.¹⁹²⁴ Uygulanacak hukukun, mahkemenin hukuku olarak seçilmesi, mahkemeyi yabancı bir hukuku araştırma külfetinden kurtaracağından elbette

¹⁹²⁰ FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 697; FAWCETT/CARRUTHERS, 710. Sıkı ilişkinin tespitinde, 'bir ülke ile sıkı ilişki'nin mi aranacağı, yoksa 'bir hukuk ile mi sıkı ilişki'nin aranacağı noktasında yapılan tartışmalar için ayrıca bkz. GÜNGÖR, 100-101.

¹⁹²¹ FAWCETT/HARRIS/BRIDGE, 698; ÖZEL, (Objektif Bağlama), 591; BORTOLOTTI, 41-42; CALSTER, 126; FAWCETT/CARRUTHERS, 711-712; GÜNGÖR, 102 vd.

¹⁹²² BORTOLOTTI, 42; FAWCETT/CARRUTHERS, 717. Aynı yönde bkz. CALSTER, 127.

¹⁹²³ SCHWENZER/HACHEM/KEE, 59.

¹⁹²⁴ BORTOLOTTI, 29-30.

bir avantaj sağlayacaktır.¹⁹²⁵ Yukarıda belirttiğimiz gibi, zımni hukuk seçimine delalet edeceği kabul edilen kriterlerden birisi, belirli bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi olmakla birlikte, o ülke hukukunun uyuşmazlığa uygulanması sadece bir ihtimaldir. Bu nedenle yetkili mahkeme ve uygulanacak hukuku birbirinden mutlak olarak ayırt etmek gerekir. Bununla birlikte, seçilen hukukun uygulanabilmesi, elbette davanın görüldüğü mahkemenin o kuralları uygulama kudreti ile doğrudan ilişkilidir. Bu nedenle hukuk seçimi ile uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii arasında bir uyum bulunması zorunluluktur. Burada uyumluluktan kasıt, mahkemenin kendi ülkesi hukukunu uygulaması anlamına gelmemekte, mahkemenin, seçilen hukuku uygulayabilirliğinin araştırılması zorunluluğudur.

İlk olarak, yargı merciinin, seçilen hukuktaki hükümleri kamu düzeni mülahazası veya kendi hukukunun doğrudan uygulanan normları sebebiyle uygulamaması ihtimal dahilindedir. Bu durumda ise tarafların seçtikleri hukuk bütünüyle uygulanamayacağından, hukuk seçiminden beklenen fayda elde edilemeyecektir.¹⁹²⁶

İkinci olarak, hem yargı mercii hem de uygulanacak hukukun seçimi yapılırken, yargı merciinin, seçilen hukuku uygulama kabiliyetinin olup olmadığı araştırılmalıdır. Olası bir uyuşmazlık durumunda hukuk seçimi anlaşmasını değerlendirecek yargı mercii, tarafların yaptıkları hukuk seçimini kabul etmediği takdirde yargı merciinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuk belirlenecektir.¹⁹²⁷ Bu durumda tarafların yaptığı hukuk seçiminin bir anlamı kalmayacağı gibi, hiç ummadıkları bir hukukun aralarındaki ilişkiye uygulanması söz konusu olabilecektir. Benzer şekilde, yargı merciinin usule ilişkin olan ve dolayısıyla *lex fori*ye tabi olan bazı kuralları, esasa uygulanacak hukukun taraflara tanıdığı bazı hakların esasını etkileyebilir.¹⁹²⁸

Son olarak milletlerarası ticarette bazı durumlarda, taraflar arasında konusu farklı fakat birbiriyle bağlantılı birden çok sözleşme karşımıza çıkabilmektedir. Aynı işle ilgili olarak farklı taraflar arasında yapılan bu sözleşmelerde yargı merciinin seçiminde paralellik

¹⁹²⁵ EKŞİ, (Yetki), 232.

¹⁹²⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 265.

¹⁹²⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 265-266.

¹⁹²⁸ EKŞİ, (Yetki), 233.

sağlanması uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştıracağı gibi, uygulanacak hukukun seçiminde de paralellik sağlanması isabetli olacaktır.¹⁹²⁹

Bunlar dışında -örneğin sözleşme şirket, iş, mülkiyet, acz hali gibi taraf iradesinin sınırlandığı bir alana dokunduğu takdirde- hukuk seçimi maddesinin sözleşmeye ilişkin tüm hususları kapsamına alamaması sebebi ile taraflar, yine de istedikleri sonucu tam olarak sağlayamayabilirler.¹⁹³⁰

3.3.16.2. Yetkili Mahkeme

3.3.16.2.1. Genel Olarak Mahkeme Yolu ile Uyuşmazlıkların Çözümü

Milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın görülebileceği milletlerarası bir yargı mercii bulunmadığından, bu tür uyuşmazlıklar –diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile sonuca ulaşılamaması halinde- belirli bir ülkenin mahkemelerinde görülmek durumundadır.¹⁹³¹ Her ülke mahkemesi ise, içerisinde bulunduğu yargı düzeninin usul kuralları gereğince kendi yargı yetkisini kendisi belirler.¹⁹³²

Milletlerarası ticarete taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü için millî mahkemelerde dava açma yoluna nadiren başvurmaktadır. Zira alternatif uyuşmazlık çözümleri genellikle uyuşmazlığı dostane şekilde karara bağlarken, dava yoluna başvurulması taraflar arasındaki ilişkiyi geri dönülemez ölçüde zedelemekte ve sonlandırmaktadır. Bu nedenle, taraflar arasındaki ilişkinin artık sonlandığı veya kaçınılmaz olarak sonlanacağı durumlarda bu yola başvurulmaktadır.¹⁹³³

Millî mahkemelerde dava açma yoluna başvurulmasının en önemli avantajı, uyuşmazlığın nihai olarak çözüleceği son aşama olmasıdır. Taraflar arasındaki sözleşmede tekrar müzakere, arabuluculuk şartı olsa dahi, bu tür alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ile sonuç elde edilememesi halinde, tarafların mahkeme yoluna gidebileceği

¹⁹²⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 268.

¹⁹³⁰ CORDERO-MOSS, 177.

¹⁹³¹ BORTOLOTTI, 125.

¹⁹³² PERROTT, 4.

¹⁹³³ MEISELLES, 17.

kabul edilmektedir. Buna bağılı olarak ortaya çıkan bir diğér sonuç ise tarafların mahkeme kararının gereğini yerine getirme zorunluluğudur. Şayet kaybeden taraf/taraflar, kararın gereğini kendiliklerinden yerine getirmezse, cebren yerine yerine getirilmesi sağlanabilir.¹⁹³⁴

Mahkemelerin milletlerarası yetkisinin iki boyutu bulunmaktadır: İlk olarak davaya hangi ülke mahkemelerinde bakılacağı, o ülke mahkemelerinin davayı görmeye yetkili olup olmadığı; ikincisi ise bir ülke mahkemesinden verilen kararın diğér ülkelerde ne şekilde tanınıp icra kabiliyeti kazanacağıdır. Bu sorunun cevabı, doğrudan doğruya o ülkenin iç hukukuna göre belirlenecektir. Daha açık şekilde ifade etmek gerekirse, milletlerarası unsurlu uyuşmazlıklarda, her devlet, kendi mahkemelerinin yetkisini ve bu yetkinin sınırlarını kendisi belirler.¹⁹³⁵

Milletlerarası usul hukukunda, irade muhtariyeti çerçevesinde, taraflara yetkili mahkemeyi seçebilme serbestisi tanınmaktadır.¹⁹³⁶ Özellikle milletlerarası unsurlu ticari ilişkilerde, tarafların yetki anlaşması ile belirli bir ülke mahkemesini yetkili kılabilecekleri kabul edilmektedir. Tarafların aralarındaki ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda belirli bir ülke mahkemesini yetkili kılmaları, yetki anlaşması olarak adlandırılmaktadır.

3.3.16.2.2. Yetki Anlaşması

Tarafların yetki anlaşması yapmasının muhtelif sebepleri bulunmaktadır:

İlk olarak, milletlerarası unsurlu uyuşmazlıklarda birden fazla ülke mahkemesinin yetkisi söz konusu olabileceğinden, taraflar davanın hangi ülke mahkemesinde açılacağına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmak isterler. İkinci olarak taraflar, yargılamanın daha hızlı yapılacağı, masrafın daha az olması, seçilen ülke mahkemesinin konu hakkında uzman olması, mahkemenin usul hukukunun özellikleri gibi sebeplerle yetki anlaşması

¹⁹³⁴ MEISELLES, 17-18.

¹⁹³⁵ BORTOLOTTI, 125. Bu husus ‘milletlerarası yetki’ olarak ifade edilmektedir. Ancak bir ülke mahkemesinin milletlerarası yetkisinin bulunması, her ne kadar ‘milletlerarası’ ifadesini barındırsa da, (milletlerarası anlaşmalar dışında) yetkiye ilişkin hükümlerin kaynağı millîdir ve bu ifade yalnızca ülke içi yetkinin karşıtı olarak kullanılmaktadır. Bkz. EKŞİ, (Yetki), 18.

¹⁹³⁶ SARGIN, Fügen: *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, 21.

yapabilirler.¹⁹³⁷ Nihayet son olarak, taraflar yargılamanın, bağımsız ve tarafsızlığından şüphe duymayacakları bir mahkemede görülmesini arzu etmiş olabilirler.¹⁹³⁸ Yetki anlaşmasının bir diğer faydası ise, herhangi bir ülke mahkemesinin kendini yetkili görmesi halinde, yetki itirazı ile buna engel olma imkanı vermesidir.¹⁹³⁹

Yetki anlaşması yapılmasına ilişkin milletlerarası ticarete en geçerli sebeplerden birisi yetkilendirilen mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığıdır. Şöyle ki, yetkili mahkemenin, taraflardan birinin ülke mahkemesi olması her zaman için bir tarafa avantaj sağlarken, diğer tarafı adil olmayan biçimde dezavantajlı duruma getirmektedir. Bu nedenle sözleşmeciler, her iki ülke mahkemelerini de yetkili kılabilirler. Yahut taraflardan birisinin veya her ikisinin ülkesindeki mahkemelerin yetkili kılınması yerine tarafsız üçüncü bir ülke mahkemesinin yetkili kılınmasını kararlaştırabilirler. Bununla birlikte, tarafsız bir ülke mahkemesinin seçilmesi, taraflar açısından her zaman avantaj oluşturmaz. Zira her iki tarafa da yabancı bir yargı düzeninin seçilmesi yargılama giderlerinin artması, yargı sisteminin bilinmemesi gibi zorlukları da beraberinde getirecektir.

Hukuk sistemlerinde yetki anlaşmasının şartları ve bu seçim serbestisinin sınırları farklılık gösterebilir. Yetki anlaşması, yetkilendirilen ülke hukukunun öngördüğü şartlara uygun yapılmalıdır. Ancak hukuk sistemlerinin, milletlerarası ticari ilişkilerde tarafların yetkili mahkemeyi seçebilme serbestisine katı sınırlamalar getirmediği söylenebilir. Genellikle birçok hukuk sisteminde yetki anlaşması için tarafların belirli bir ülke mahkemesini yetkili kılma konusunda iradelerinin bulunması ve bu iradelerin açık ya da zımni şekilde açıklanmış olması gerekmektedir.¹⁹⁴⁰ Yine hukuk sistemlerinin çoğunda, yetki anlaşmasının yazılı yapılması veya yazılı bir delille ispatlanması halinde geçerli olacağı kabul edilmiştir.¹⁹⁴¹ Bununla birlikte, sözlü irade beyanını yeterli bulan hukuk sistemleri de bulunmaktadır.¹⁹⁴² Bunlar dışında yetki anlaşmasının geçerliliği için; yetkili kılınan mahkemenin olay veya taraflarla ilgili olması, seçimin makul olması, verilen kararın diğer

¹⁹³⁷ EKŞİ, (Yetki), 125.

¹⁹³⁸ EKŞİ, (Yetki), 125.

¹⁹³⁹ KLOTZ, James M.: "Drafting Dispute Resolution Clauses in International Sales Agreements", *New Jersey Lawyer Magazine*, August 2006, no.241, 16-22, 18.

¹⁹⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. SARGIN, 48-85.

¹⁹⁴¹ BORTOLOTTI, 148; SARGIN, 64.

¹⁹⁴² SARGIN, 64.

lkelerde hüküm ve sonuç doğurmayaya (ya da tanıma ve tenfize) elverişli olması ve benzeri şartlar öngörülmektedir.¹⁹⁴³

Türk hukukunda, yetki anlaşması ile belirli bir ülke mahkemesinin yetkilendirildiği hallerde, yetki anlaşmasının varlığı ve geçerliliği MÖHUK m.47'ye göre değerlendirilecektir. Buna göre olay veya ilişkinin yabancı unsurlu olması; Uyuşmazlığın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir konuya ilişkin olmaması; Uyuşmazlık konusunun borç ilişkisine ait olması; Uyuşmazlığın belli veya belirlenebilir nitelikte olması; Seçilen mahkemenin belli veya belirlenebilir nitelikte olması; Yetki anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış olması şartları aranmaktadır. Bu şartlar, tarafların Türk mahkemeleri dışında bir ülke mahkemesini yetkilendirdikleri durumlarda bu anlaşmanın varlığı ve geçerliliğinin değerlendirilmesinde aranmaktadır. Bunlar dışında, yetkili kılınan mahkemenin bulunduğu ülke hukukunda öngörülen şartları da elbette taşması gerekir.¹⁹⁴⁴ Yetki anlaşması ile Türk mahkemelerinin yetkilendirilebilmesi ise MÖHUK m.40'ın iç hukuktaki yetki kurallarına yaptığı atıfla, HMK m.17'ye göre değerlendirilecektir.¹⁹⁴⁵ Buna göre tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması; anlaşmanın, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuya ilişkin olması; yetkinin, kesin yetki hallerinden olmaması; Uyuşmazlığın ve yetkilendirilen mahkemenin belli veya belirlenebilir olması gerekmektedir.

3.3.16.2.3. Yetkili Mahkeme Maddesinin Düzenlenmesi

Yetki anlaşması, münhasır yetki anlaşması şeklinde yapılabileceği gibi, münhasır olmayan yetki anlaşması şeklinde de yapılabilir. Münhasır yetki anlaşması veya şartı, diğer ülke mahkemelerinin yetkisini kaldırarak, davanın yalnızca belirli bir ülke mahkemesinde açılmasını öngörmekte iken; münhasır olmayan (alternatif) yetki anlaşması ise, yetkili olan mahkemelerin yanında belirli bir ülke mahkemesinin de yetkilendirilmesidir.¹⁹⁴⁶ Sözleşmedeki yetkili mahkeme maddesinin düzenlenmesinde, seçilen mahkemenin zorunlu

¹⁹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. SARGIN, 72-88.

¹⁹⁴⁴ DOğAN, (Milletlerarası), 78.

¹⁹⁴⁵ MÖHUK m.40'a göre, "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder". Buna göre iç hukuktaki yetki anlaşmasına ilişkin düzenlemenin yer aldığı HMK hükümleri, milletlerarası yetki anlaşmalarında da uygulanacaktır.

¹⁹⁴⁶ BORTOLOTTI, 145; SARGIN, 88-89.

mu ihtiyari mi olduğu da belirtilmelidir.¹⁹⁴⁷ Başka bir deyişle tarafların seçtikleri ülke mahkemesi hukuken yetkili diğer mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıracak ve uyuşmazlık yalnızca belirtilen ülke mahkemelerinde mi görülecektir, yoksa hukuken yetkili ülke mahkemeleri yanında ihtiyari olarak mı üçüncü bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi istenmiştir? Hazırlanan yetkili mahkeme maddesinde bu hususa açıklık getirmelidirler. Brüksel ve Lugano Konvansiyonlarında, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, yapılan yetki anlaşmasının, münhasır yetki anlaşması olduğu kabul edilmiştir.

Yetkili kılınan mahkeme maddesiyle ilgili önemli bir diğer husus, uyuşmazlık halinde mahkemeye başvurmanın öncelikli olup olmadığıdır. Taraflar arabuluculuk, uzlaştırma, tahkim gibi yöntemleri de uyuşmazlık çözümleri arasında zikretmişlerse, hangi yöntemin öncül, hangi yöntemin ardıl olduğuna da karar vermeleri gerekecektir. Başka bir deyişle hangi hallerde mahkemeye başvurulacağı sözleşmede açıkça belirlenmelidir.

Tarafların uyuşmazlığı çözecek olan mercii belirlerken dikkate almaları gereken bazı hususlar daha vardır. Öncelikle uyuşmazlığı çözmekle yetkilendirdikleri merci veya kişiler, tarafların seçtikleri hukuku uygulama kabiliyetine sahip midir, bunun araştırılması gerekir. Uyuşmazlığı çözmekle görevlendirilen merciin yalnızca belirtilen hukuku uygulamaya yetkili olması kanaatimizce yeterli değildir. Zira bu merciin veya kişilerin belirtilen hukuku bilmeleri veya en azından hukukun içeriği ile ilgili bilgi sahibi olma imkanının fiilen bulunması gerekir. Aksi halde hukuk seçimi bir anlam taşımayacaktır. Bu nedenle başvurulacak yargı mercii ile seçilen hukuk arasında uyum sağlanması tavsiye edilmektedir.¹⁹⁴⁸ İkinci olarak araştırılması gereken husus, tarafların uyuşmazlığı çözmekle yetkilendirdikleri merciin karar vermesi halinde bu kararın uygulanabilirliği ile ilgilidir. Verilen kararın uygulanabilirliği yoksa veya tarafların ülkesinde tanıma ve tenfiz edilme imkanı yoksa, mahkeme seçiminin yine bir anlamı kalmayacaktır. Zira hakem kararlarının aksine, mahkeme kararlarının tenfizi konusunda geniş çaplı bir milletlerarası anlaşma bulunmamaktadır.¹⁹⁴⁹

¹⁹⁴⁷ ANDERSON/WARNER, 103.

¹⁹⁴⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 265.

¹⁹⁴⁹ KLOTZ, 17 vd.

3.3.16.3. Mahkeme Dışı Yollarla Uyuşmazlıkların Çözülmesi

Milletlerarası ticarete tarafların genellikle farklı ülkelerde bulunması, uyuşmazlıkların çözümünü de güçleştirmektedir. Bu nedenle uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin maddenin iyi tasarlanması elzemdir. Milletlerarası ticari sözleşmelerde, taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükme yer verilmesi, birçok sebeple önem taşımaktadır. İlk olarak, milletlerarası ticari sözleşmeler, iki veya daha fazla hukuk sisteminin dahil olduğu bir ilişkidir. İkinci olarak, milletlerarası ticarete taraflar, genellikle farklı ülkelerde bulunmaktadır ve bu fiziksel uzaklık, ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünü engellemekte veya zorlaştırmaktadır. Fiziksel uzaklık yanında, kültürel farklılıklar da uyuşmazlığın çözülmesini etkilemekte ve benzer zorluklar yaratabilmektedir.¹⁹⁵⁰

Uyuşmazlığın çözümünde en bilinen ve klasik yöntem bir devlet mahkemesine başvurularak uyuşmazlığın çözülmesidir. Ancak milletlerarası ilişkilerde, uyuşmazlığın çözümü için millî mahkemelere başvurulması, pahalı ve genellikle uzun süren bir yöntem olduğu gibi, birçok durumda tarafların birbirlerine karşı hasmane bir tavır takınmasına veya anlaşmazlıkların keskinleşmesine sebep olmaktadır.¹⁹⁵¹ Bu sebeplerle dava yolu, birçok durumda tarafların tüm imkanları tüketmesinden sonra en son tercih edilen yöntemdir.¹⁹⁵² Bu durum, milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda, tarafların genellikle alternatif uyuşmazlık çözümlerini tercih etmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Burada alternatif uyuşmazlık çözümlerinden kasıt, medeni yargıya alternatif yöntemlerle, yani mahkeme dışı yollarla uyuşmazlığın çözülmesidir.¹⁹⁵³ Bu yöntemler, uyuşmazlığı dostane şekilde çözmeyi amaçlayan ve mahkeme yoluna nazaran daha gayriresmi süreçlerdir.¹⁹⁵⁴

Milletlerarası alanda en sık başvuru alan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları; Tekrar müzakere (*re-negotiation*), arabuluculuk (*mediation*), uzlaştırma (*conciliation*) ve tahkim (*arbitration*)'dir.¹⁹⁵⁵ Bunlara ek olarak tarafsız ön değerlendirme (*early neutral*

¹⁹⁵⁰ MEISELLES, 12-13.

¹⁹⁵¹ FOX, 80.

¹⁹⁵² DIMATTEO, 71. Benzer yönde bkz. MEISELLES, 14, 17.

¹⁹⁵³ ILDIR, Gülgün: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, 26.

¹⁹⁵⁴ CHUAH, 763.

¹⁹⁵⁵ Alternatif uyuşmazlık çözümler kavramı, önceleri tahkim de dahil olmak üzere, mahkemelere alternatif her türlü uyuşmazlık çözümü için kullanılmaktaydı. Ancak tahkimin diğer alternatif yollardan farklı olarak

evaluation),¹⁹⁵⁶ kısa duruşma (*mini trail*),¹⁹⁵⁷ vakıaların tespiti (*fact finding*),¹⁹⁵⁸ arabuluculuk tahkimi (*med-arb*)¹⁹⁵⁹ de alternatif uyuşmazlık yöntemleri arasında sayılmaktadır.¹⁹⁶⁰ Bu yöntemler arasında milletlerarası ticarete en çok rağbet gören yöntem tahkimdir.¹⁹⁶¹ Bununla birlikte, bazı kültürlerde dava yolu veya tahkim yolu olumsuz bir etki yaratmasından ve tarafların halihazırda devam eden ilişkisine zarar verdiğinden, taraflar ilişkilerini uyuşmazlığın çözümünden sonraki süreçte de devam ettirmek istiyorlarsa müzakere, arabuluculuk gibi daha yumuşak çözümleri kabul etmektedir.¹⁹⁶² Dava ve tahkim dışında kalan yöntemler, uygulamada milletlerarası ticari sözleşmelerde pek dikkate alınmamakla birlikte,¹⁹⁶³ aslında daha ucuz, daha az stresli, daha kısa zaman alan ve genellikle daha tatmin edici şekilde uyuşmazlığı çözen yöntemlerdir.¹⁹⁶⁴ Bunların büyük kısmının ortak özellikleri, yargısal niteliklerinin bulunmaması ve üçüncü kişilerin müdahalesi ile uyuşmazlığın çözülmesidir.¹⁹⁶⁵ Ayrıca dava ve tahkim yöntemlerinde kazanan ve kaybeden taraflar bulunurken, arabuluculuk ve uzlaştırmada kazanan-kaybeden

bağlayıcı ve icra edilebilir kararlar ortaya çıkarması sebebiyle, zaman içinde tahkim, diğer alternatif yöntemlerden ayrılarak, tahkim dışındaki alternatif uyuşmazlık çözümleri için bu kavram kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 175-176; ILDIR, 27. Ancak halen bir kısım kaynakta tahkimi de içine alacak şekilde 'alternatif uyuşmazlık çözümleri' kavramı kullanılmaktadır. Bu çalışmada, mahkeme dışındaki tüm uyuşmazlık çözüm yöntemlerine işaret etmek üzere 'alternatif uyuşmazlık çözümleri' kavramı kullanılmıştır.

¹⁹⁵⁶ Tarafsız ön değerlendirme, uyuşmazlığın ortaya çıktığı başlangıç aşamasında, uyuşmazlığın nasıl çıktığı, ne şekilde geliştiği ve gelecekte nasıl bir yol izleyeceği gibi konularda, tarafsız üçüncü bir kişinin taraflara bakış açısı kazandırmak amacıyla yapılan ve bağlayıcılığı bulunmayan bir değerlendirmedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ILDIR, 83-87.

¹⁹⁵⁷ Kısa duruşma yöntemi, tarafsız üçüncü kişilerden oluşan bir heyetin, uyuşmazlığı bir iş problem olarak ele alıp, çözüm önerdiği, ancak bağlayıcılığı olmayan bir yöntemdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ILDIR, 108-115.

¹⁹⁵⁸ Vakıaların tespiti, taraflar arasındaki uyuşmazlığı belirleyen, taraflar kabul etmediği sürece bağlayıcı olmayan, tarafsız bir üçüncü kişi tarafından uyuşmazlığı açıklığa kavuşturma amacı taşıyan bir araştırma yöntemidir. Bu yöntemle çözüme ulaşılamasa da, diğer yöntemler, tamamlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. ILDIR, 78-83.

¹⁹⁵⁹ Arabuluculuk tahkimi (*med-arb*) yönteminde, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde öncelikli olarak arabuluculuk yöntemi uygulanmakta, bu yöntem ile çözüm elde edilememesi halinde tahkim uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü öngörülmektedir. Arabuluculuk tahkimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. POLAT, 47-51. Arabuluculuk tahkimi, aslında basamaklı olarak ilk etapta arabuluculuk yöntemini, ikinci basamakta ise tahkim yöntemini öngören bir uyuşmazlık çözümü olduğu için çalışmada ayrıca incelenmemiş, ancak çalışmanın son kısmında "Hibrit Sistemi Öngören Uyuşmazlık Çözüm Maddesinin Düzenlenmesi" başlığı altında uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bu şekilde basamaklı olarak düzenlenmesine kısaca değinilmiştir. Bkz. Üçüncü Bölüm 2.16.4.1. "Hibrit Sistemi Öngören Uyuşmazlık Çözüm Maddesinin Düzenlenmesi".

¹⁹⁶⁰ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 176; ILDIR, 77.

¹⁹⁶¹ MEISELLES, 15.

¹⁹⁶² FOX, 7. Benzer yönde bkz. GWYNNE, 288.

¹⁹⁶³ Fox, bu durumun sebebinin, avukat veya danışmanlarının dava yolu ve tahkim dışında deneyim sahibi olmamaları sebebiyle tercih etmediğini belirtmektedir. Bkz. FOX, 8.

¹⁹⁶⁴ FOX, 7. Benzer yönde bkz. POLAT, Malike: *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, 62-63.

¹⁹⁶⁵ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 177.

olmayıp, sadece tarafların asgari müşterekte buluşacağı bir çözüm ortaya koyulmaktadır.¹⁹⁶⁶ Bu nedenlerle dava ve tahkim dışında kalan yöntemlerin daha yapıcı olduğu söylenebilir.¹⁹⁶⁷ Tahkim karşısındaki bütün bu avantajlarına rağmen, diğer alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurulmayıp tahkimin milletlerarası ticarete en fazla tercih edilen yöntem olmasının sebebi, diğer alternatif uyuşmazlık çözümlerinde kararların bağlayıcılığının bulunmamasıdır.¹⁹⁶⁸ Bununla birlikte, tarafların, kendi çabasıyla vardıkları karara uyma ihtimali, üçüncü bir kişinin verdiği ve zorla kabul ettirilen bir karara uyma ihtimalinden daha yüksektir.¹⁹⁶⁹

Uyuşmazlıkların çözümü maddesi taraflar arasındaki ilişkinin ve sözleşmeye konu olan işlemlerin yapısı dikkate alınarak şekillendirilmelidir.¹⁹⁷⁰

3.3.16.3.1. (Tekrar) Müzakere ((Re-)negotiation)

Gerek bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasının önüne geçmek için, gerekse ortaya çıkmış bir uyuşmazlığın çözümü için en çok kullanılan yöntem müzakeredir.¹⁹⁷¹ Müzakere, ticari uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla kullanılan ve en masrafsız yöntemdir.¹⁹⁷² Uyuşmazlığın müzakere ile çözümü, uzlaştırmacı, arabulucu, hakem gibi herhangi bir üçüncü kişinin yardımı veya müdahalesi olmaksızın, tarafların doğrudan görüşmeleridir.¹⁹⁷³ Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların karşılıklı müzakere ile çözülmesi, en ideal uyuşmazlık çözüm yöntemidir.¹⁹⁷⁴

Sözleşmede uyuşmazlıkların öncelikle tekrar müzakere ile çözüleceğine ilişkin hükme yer verilebileceği gibi, böyle bir düzenlemenin yapılması şart da değildir. Taraflar arasındaki sözleşme değişen koşullara adapte edilemiyorsa veya ortaya çıkan uyuşmazlık çözülemiyorsa taraflar her aşamada yeniden müzakereye girişebilirler. Bu nedenle aslında

¹⁹⁶⁶ DAYINLARLI, Kemal: *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2000, 12.

¹⁹⁶⁷ ILDIR, 62-63.

¹⁹⁶⁸ POLAT, 63.

¹⁹⁶⁹ ILDIR, 63.

¹⁹⁷⁰ DIMATTEO, 45.

¹⁹⁷¹ MACNEIL, 684.

¹⁹⁷² HOLLAND, 453.

¹⁹⁷³ ŞANLI, (Ticari Akitler), 373.

¹⁹⁷⁴ ŞANLI, (Ticari Akitler), 371.

uyuşmazlıkların çözümü maddesinde, öncelikle tekrar müzakere yapılacağına dair bir hükme yer verilmesine gerek yoktur.¹⁹⁷⁵ Tekrar müzakerenin, sözleşme öncesinde yapılan müzakerelerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Burada amaç, tarafların birlikte anlaşması ile uyuşmazlığın ortadan kaldırılmasıdır.

Diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle karşılaştırıldığında bu yöntemin birçok avantajı bulunmaktadır. İlk olarak, bu yöntem ucuz ve hızlı olduğu gibi, taraflar arasına üçüncü bir gerçek veya tüzel kişinin araya girmesine gerek bulunmayan bir çözümdür.¹⁹⁷⁶ İkinci olarak, tekrar müzakerede uyuşmazlığın çözümü, dışarıdan bir organizasyon tarafından empoze edilmeyip, taraflar kendi istek ve iradeleriyle tekrar müzakere ettikleri için, taraflar anlaşmaya daha açık durumda olurlar. Ve nihayet son olarak tekrar müzakerenin, ifa devam ederken yapılması mümkündür.¹⁹⁷⁷

Belirli sözleşme tiplerinde ve özellikle uzun süreli sözleşme ilişkilerinde, tarafların belirli aralıklarla biraraya gelerek içinde bulundukları koşulları ve sözleşmeyi gözden geçirmeleri amacıyla tekrar müzakere etmesine ilişkin bir hükme yer verilmesi tavsiye edilmektedir.¹⁹⁷⁸ Böylece olası problemler ortaya çıkmadan, taraflar tekrar müzakere yöntemi ile potansiyel uyuşmazlıkların da önüne geçebileceklerdir.

Tekrar müzakere, taraflardan birinin talebi ile başlatılabileceği gibi, her iki tarafın ortak kararı ile de başlatılabilir. Sözleşmede uyuşmazlıkların öncelikle tarafların müzakeresi ile çözüleceğine ilişkin bir kayıt konulması durumunda, diğer uyuşmazlık çözümlerine başvurmadan önce bu yöntemin denenmesi uygun olacaktır.

3.3.16.3.2. Arabulucuk (*Mediation*)

Arabulucuk ve uzlaştırma, aslında medeni dünyanın ortaya çıkışından beri var olan, en eski uyuşmazlık çözümüdür.¹⁹⁷⁹ Günümüzde uyuşmazlık çözümleri alanında dikkate değer biçimde etkili olmaya başlayan ve tahkimden sonra en çok başvurulanan alternatif

¹⁹⁷⁵ CHRISTOU, Richard: *Drafting Commercial Agreements*, Third Edition, Sweet&Maxwell, London, 2014, 748.

¹⁹⁷⁶ FOX, 78; MEISELLES, 12.

¹⁹⁷⁷ MEISELLES, 12.

¹⁹⁷⁸ MEISELLES, 12.

¹⁹⁷⁹ BORTOLOTTI, 87; HOLLAND, 454.

çözüm metodudur.¹⁹⁸⁰ Arabuluculuk ve uzlaştırmamanın müzakereden tek farkı, tarafların kendi başlarına değil de, üçüncü bir kişinin aracılığı ile durumu müzakere etmeleridir.¹⁹⁸¹ Tahkimden farkı ise, arabulucunun, hakem gibi uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisinin bulunmaması ve arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan sonucun bağlayıcı olmamasıdır.¹⁹⁸² Bunun dışında karmaşık milletlerarası ticari işlemlerde tahkim fazla masraflı olabilirken, arabuluculuk taraflar için daha avantajlı olabilmektedir.¹⁹⁸³

Arabuluculuk, gönüllü olarak yapılan ve bağlayıcılığı bulunmayan, arabulucu (*mediator*) adı verilen üçüncü bir kişinin yardımı ile uyuşmazlığı çözen yöntemdir.¹⁹⁸⁴ Arabuluculukta taraflar, uyuşmazlığın çözülmesi için işbirliği yaparak, her iki tarafı da tatmin edecek bir çözüm üzerinde gönüllü olarak çalışırlar.¹⁹⁸⁵ Bu nedenle ortaya çıkan sonuç üzerinde tarafların kontrolü vardır.¹⁹⁸⁶ Arabulucunun rolü, uyuşmazlık hakkında karar vermek değil, çözüm sürecini etkileştirmek, taraflarla ayrı ayrı veya birlikte bir araya gelerek, uyuşmazlık hakkında dostane bir çözüm bulmalarını sağlamaktır.¹⁹⁸⁷ Özellikle tarafların direk iletişim kurma problemi yaşadıkları hallerde, devam eden iş ilişkisi sebebiyle hızlı ve etkili bir çözümün arandığı durumlarda, tarafların gerçek menfaatlerini açığa vurmada gönülsüz davrandıkları ve fakat gizli bir çözüm süreci tercih ettikleri hallerde arabuluculuk oldukça iyi işleyen bir yöntemdir.¹⁹⁸⁸ Türk hukukunda da, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, arabulucu arka planda kalırken, tarafların aktif olarak iletişim kurmaları ve çözüme ulaşmaya teşvik edici bir rol verilmiştir.¹⁹⁸⁹

¹⁹⁸⁰ HOUTTE, 385; BORTOLOTTI, 87; ILDIR, 88.

¹⁹⁸¹ FOX, 78.

¹⁹⁸² BORTOLOTTI, 87; HOLLAND, 454; CONNERTY, Anthony: "ADR as a Filter Mechanism: The Use of ADR in the Context of International Disputes", *Arbitration*, Vol. 79/2, 2013, 120-133, 121.

¹⁹⁸³ KLOTZ, 3.

¹⁹⁸⁴ MEISELLES, 14; BORTOLOTTI, 87; GWYNNE, 288; CHUAH, 763; HOLLAND, 454; CONNERTY, 121; POLAT, 36-37; ILDIR, 88.

¹⁹⁸⁵ COX, Christopher: "The Development and Use of Mediation in the UK", *Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler*, Ed: Ceyda SÜRAL / Ekin ÖMEROĞLU, Seçkin Yayınları, 2015, 56-73, 71; CHRISTOU, 748; CONNERTY, 121.

¹⁹⁸⁶ HOLLAND, 454.

¹⁹⁸⁷ BORTOLOTTI, 87; GWYNNE, 288; CHRISTOU, 248; CHUAH, 763; HOUTTE, 385; HOLLAND, 454; AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, 9.

¹⁹⁸⁸ HOLLAND, 454.

¹⁹⁸⁹ GİRAY, Kerem: "Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulamasında Karşılaşılabilecek Sorunlar", *Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler*, Ed: Ceyda SÜRAL / Ekin ÖMEROĞLU, Seçkin Yayınları, 2015, 118-125, 119.

Arabulucuğun, uzlaştırıcı bir yöntem olması, genellikle resmi şekilde yürütülmeyen bir prosedür izlenmesi ve hızlı bir yöntem olması gibi avantajların yanında, karmaşık arabulucuk faaliyetlerinin ciddi para ve zaman kaybı yaratması gibi dezavantajları da bulunmaktadır.¹⁹⁹⁰ Buna ek olarak hukukçuların önemli kısmı, bağlayıcılık kudreti bulunmaması gibi sebeplerle arabulucuğu zayıf bir yöntem olarak görmekte ve güvenmemektedir.¹⁹⁹¹ Oysaki bu kanının aksine, taraflar, arabulucunun kararının bağlayıcı olmadığını bildikleri için, hakim veya hakemlere olan yaklaşımlarının aksine arabulucuya daha rahat şekilde güvenebilirler.¹⁹⁹² Bu durumda da uyuşmazlığın daha yumuşak şekilde çözülmesi mümkün olabilir. Arabulucukta, tarafların çözüm sürecindeki kontrolü oldukça fazladır ve bu nedenle ticaret iş dünyasının gerekliliklerine daha uygun, esnek çözümlerle sonuca ulaşılabilir.¹⁹⁹³ En olumsuz ihtimalde arabulucuğun başarısızlığa uğraması halinde dahi, taraflar birbirlerinin bakış açısını görecekle ve uyuşmazlık alanı daralmış olacaktır.¹⁹⁹⁴ Diğer yöntemlerinde bulunmayan şekilde, taraflara görüş birliği içinde uyumazlığı çözme imkanı vermekte ve olağanüstü olumlu çözümler ortaya çıkarabilmektedir.¹⁹⁹⁵ Yapılan araştırmalarda da tarafların, arabuluculuk faaliyeti sonucunda kendi iradeleriyle benimsedikleri çözümü sahiplenmeleri sebebiyle, doğal olarak bu çözümü uyguladıkları belirtilmektedir.¹⁹⁹⁶ Bu nedenle arabuluculuk faaliyetleri yüksek oranda başarı ile sonuçlanmaktadır.¹⁹⁹⁷

Tarafların uyuşmazlık çözümü için arabuluculuğu seçmeleri halinde, bunun iyi biçimde sözleşmede tanımlanması yerinde olacaktır, zira tarafların kültürlerinde farklı

¹⁹⁹⁰ MEISELLES, 14. Bununla birlikte daha az masraflı olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. COX, 72; KILIÇ, Mehmet: "Ticaret Hukuku Alanında Arabuluculuk", *Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler*, Ed: Ceyda SÜRAL / Ekin ÖMEROĞLU, Seçkin Yayınları, 2015, 128-140, 130.

¹⁹⁹¹ BORTOLOTTI, 87. Benzer yönde bkz. GWYNNE, 289. Ayrıca arabulucuk veya uzlaştırma ile ulaşılan çözümün sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmekte ve ulaşılan sonucun taraflarca bağlayıcı bir sözleşme haline getirilmesi durumunda, taraflar kendiliğinden yerine getirmezse, sözleşmenin ihlali olarak kabul edilen yaptırımların devreye girmesi söz konusu olabilecektir. Bkz. EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 178-179.

¹⁹⁹² BORTOLOTTI, 87.

¹⁹⁹³ MACKIE, Karl: "Developments in International Mediation", *Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler*, Ed: Ceyda SÜRAL / Ekin ÖMEROĞLU, Seçkin Yayınları, 2015, 21-35, 25-26; COX, 71-72.

¹⁹⁹⁴ CONNERTY, 121.

¹⁹⁹⁵ COX, 71-72.

¹⁹⁹⁶ MACKIE, 26. KILIÇ da benzer şekilde, taraflar çözümü kendileri buldukları için, ortaya çıkan çözümün daha adil olduğunu belirtmektedir. Bkz. KILIÇ, 130.

¹⁹⁹⁷ CONNERTY, 123.

anlamlar atfedilebilir.¹⁹⁹⁸ Gerek arabuluculuk, gerekse uzlaştırma *ad hoc* nitelikte olabileceği gibi, kurumsal nitelikte de olabilir.¹⁹⁹⁹ Birçok tahkim organizasyonu, arabulucuk faaliyeti de yapmakta ve arabulucuk için kendi kuralları bulunmaktadır.²⁰⁰⁰ Başka bir deyişle taraflar arabuluculuk prosedürünü kendileri işletebilecekleri gibi, ICSID, ICC ve WIPO gibi organizasyonların arabuluculuk kurallarına atıfta bulunarak bu kurumlar bünyesinde de arabuluculuk faaliyetini yürütebilirler.²⁰⁰¹ Şayet taraflar, bu tür bir organizasyona atıfta bulunmamışlarsa, sözleşmede arabuluculuk faaliyetinin yeri, zamanı, ne zaman başvurulacağı, arabulucunun nasıl seçileceği gibi hususları belirtmelidirler.²⁰⁰²

3.3.16.3.3. Uzlaştırma (Conciliation)

Bazı yazarlar, genel kabul gören ayırıcı bir tanım bulunmadığını belirterek arabuluculuk (*mediation*) ve uzlaştırmayı (*conciliation*) eşanlamlı kullanmasına rağmen,²⁰⁰³ bazı yazarlar bu ikisini birbirinden ayırmaktadır²⁰⁰⁴. Uzlaştırma, uzlaştırıcı veya heyet halindeki uzlaştırıcılar tarafından taraflar arasındaki uyuşmazlığın dostane şekilde çözülmesidir.²⁰⁰⁵ Uzlaştırıcının rolü, uyuşmazlığın çözümü için tarafları, bağımsız ve tarafsız olarak asiste etmek ve uyuşmazlığı kendilerinin çözmesini sağlamaktır.²⁰⁰⁶ Bununla birlikte, genellikle uzlaştırıcının çözümle ilgili bir görüş serdetmesi beklenir²⁰⁰⁷ ve taraflar bu potansiyel çözüm üzerinde tartışırlar. Arabulucuktan farklı olarak uzlaştırıcı, kendisi

¹⁹⁹⁸ HOLLAND, 459.

¹⁹⁹⁹ Taraflar uyuşmazlığın çözümü için, herhangi bir kurum veya organizasyonun yardımı olmaksızın, uyuşmazlığın çözümü için diledikleri kişiyi görevlendirmeleri halinde *ad hoc*, belirli kurum veya kuruluşlar bünyesinde yürütülen arabulucuk veya uzlaştırma faaliyetlerine başvurmaları halinde kurumsal nitelikte olacaktır. Bkz. EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 178; HOUTTE, 385.

²⁰⁰⁰ KLOTZ, 3.

²⁰⁰¹ Örneğin milletlerarası alanda en sık kullanılan ICC ADR kurallarının uygulandığı hallerde uyuşmazlığın çözümü daha hızlı ve görece ucuz olup, tarafların, minimum zaman ve kaynak aktararak uyuşmazlığı dostane şekilde çözmelerini sağlar. Tarafların, tarafsız bir uzmanın asiste etmesi ile belirli bir uyuşmazlık hakkında kullanılan çözüm tekniklerinden istedikleri birini veya birden fazlasını seçmelerine imkan verir. Ayrıca ICC ADR'si gizlidir. Bkz. BORTOLOTTI, 88-89.

²⁰⁰² KLOTZ, 3.

²⁰⁰³ Bkz. HOLLAND, 454; DIMATTEO, 76 dn.26.

²⁰⁰⁴ 'Arabulucuk' ve 'uzlaştırma' kavramlarının aynı anlama gelip gelmediğine ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. POLAT, 36-40.

²⁰⁰⁵ MEISELLES, 14.

²⁰⁰⁶ MEISELLES, 15.

²⁰⁰⁷ CHUAH, 764.

görüşme masasına oturmayıp, tarafları oturtmaktadır.²⁰⁰⁸ Özellikle uyuşmazlığın birkaç tarafı olduğu durumlarda, uzlaştırma yöntemi tercih edilmektedir.²⁰⁰⁹

Tarafların diğer yöntemlerden önce uzlaştırma yöntemine başvurmalarının bazı avantajları olacaktır. İlk olarak uzlaştırma, uyuşmazlığı başarılı şekilde çözerek taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini uzun süreli olarak korumaktadır.²⁰¹⁰ İkinci olarak ise uzlaştırma başarısızlıkla sonuçlanması halinde dahi, taraflar uyuşmazlık konusunu daha iyi kavramış olacakları için daha etkili bir tahkim yargılaması yapılmasını sağlayacaktır.²⁰¹¹ Son olarak, uzlaştırma, tarafların, karşı tarafın durumunu daha iyi kavramasını sağlamaktadır.²⁰¹² Zira taraflar, doğrudan bizzat kendileri çözüm üzerinde tartıştıkları için, karşı tarafın bulunduğu noktayı ve uyuşmazlığa bakış açısını daha yakından görme ve anlama imkanına sahip olacaktır. Bütün bunlara ek olarak, uzlaştırma diğer uyuşmazlık çözümlerine göre uyuşmazlığı daha hızlı çözmekte, daha esnek bir usul uygulanmakta ve gizlilik sağlamaktadır.²⁰¹³ Buna rağmen uzlaştırıcı veya arabulucuların ücretleri söz konusu olacağından masraflı olabilmesi veya karmaşık ilişkilerde çözümün uzun zaman alması gibi dezavantajlar da ortaya çıkabilmektedir.²⁰¹⁴ Aynı hususlar arabuluculuk için de geçerlidir.

3.3.16.3.4. Tahkim (*Arbitration*)

Tahkim, tarafların üçüncü bir kişi eliyle uyuşmazlığın çözülmesi konusunda anlaşmalarıyla, hakem adı verilen bu kişilerce uyuşmazlığın çözülmesidir.²⁰¹⁵ Bu yöntem, millî mahkemelerdeki hakimlerin yerini hakemlerin alması ile 'yargı benzeri' (*quasi-judicial*) olarak nitelenmektedir.²⁰¹⁶ Uyuşmazlığı çözmekle görevlendirilen hakem tek kişi olabileceği gibi, birden fazla hakem de görevlendirilebilir. Şayet taraflar hakemlerin sayısı konusunda anlaşamazlarsa, genellikle üç hakem bulunur.²⁰¹⁷

²⁰⁰⁸ EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 177.

²⁰⁰⁹ MEISELLES, 14.

²⁰¹⁰ DIMATTEO, 77; FOX, 6.

²⁰¹¹ DIMATTEO, 77.

²⁰¹² CHUAH, 764.

²⁰¹³ DAYINLARLI, 12-13.

²⁰¹⁴ FOX, 78.

²⁰¹⁵ MEISELLES, 15; ILDIR, 56.

²⁰¹⁶ MEISELLES, 15. Aynı yönde değerlendirme için bkz. CHUAH, 764.

²⁰¹⁷ MEISELLES, 15-16.

Milletlerarası sözleşmelerde en çok kullanılan uyuşmazlık çözüm yolu tahkimdir.²⁰¹⁸ Milletlerarası ticaret uygulayıcıları, tahkimi bağımsız ve tarafsız bir kurum olarak gördükleri için, günümüzde milletlerarası tahkim, milletlerarası ticaret mahkemesi fonksiyonu görmektedir.²⁰¹⁹ Dava yolu, genellikle taraflar arasındaki ilişkiyi zedelemekte iken tahkim, mümkün olduğu ölçüde dostane bir çözüm getirmeye çalışır.²⁰²⁰ Ayrıca milletlerarası ticari tahkimde, milletlerarası anlaşmalar sebebiyle kararların tanınması ve tenfizi, mahkeme kararlarına kıyasla daha kolay gerçekleşmektedir.²⁰²¹ Diğer alternatif çözüm yollarıyla kıyaslandığında ise, diğer yöntemlerin bağlayıcı olmaması ve bu yöntemlerle sonuca ulaşamaması halinde tahkim veya dava yoluna başvurmak kaçınılmaz olacağından en başında bu yöntemin seçilmesi halinde zaman ve masraf kaybına sebep olacağı belirtilmektedir.²⁰²² Tahkim, daha kısa, güvenilir ve uyuşmazlığı genellikle dostane şekilde çözen bir yöntemdir.²⁰²³ Tahkim, dava yoluna göre daha hızlı olduğu gibi, tarafların ticari sırlar, gizli bilgileri, marka adı ve ünlerini korumaları açısından mahremiyet de sağlaması açısından da bir avantajlıdır.²⁰²⁴ Bunlara ek olarak taraflar, hakem seçiminde, o alanda uzman, konuyu ve uygulamasını iyi bilen kişileri hakem olarak atayabileceğinden, uyuşmazlığın, gerçekten o konuda uzman kişilerce değerlendirilmesi noktasında bir avantaj yaratabilir.²⁰²⁵ Bu bağlamda, millî mahkemelere kıyasla tahkimde, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına daha uygun ve daha adil karar verilmektedir.²⁰²⁶ Bununla birlikte, hakem ücretlerinin mahkeme harçlarına kıyasla fazlalığı gibi sebeplerle oldukça masraflı olması da bir dezavantajdır.²⁰²⁷

²⁰¹⁸ FOX, 6, 78; MEISELLES, 15; BORTOLOTTI, 80; HOLLAND, 455; KLOTZ, 3.

²⁰¹⁹ ŞANLI, (Ticari Akitler), 220.

²⁰²⁰ MEISELLES, 15; MASTELLONE, 8-9.

²⁰²¹ AKINCI, 7; ŞANLI, (Ticari Akitler), 221; MASTELLONE, 9. Benzer yönde bkz. GWYNNE, 284.

²⁰²² AKINCI, 7.

²⁰²³ Birçok eserde, tahkimin daha ucuz bir çözüm olduğu belirtilse de, bazı yazarlar, yaygın kanının aksine, tahkim aslında çoğunlukla daha masraflı, zaman alıcı ve tarafları tatmin etmekten uzak bir yöntem olduğunu belirtmektedir. Bkz. FOX, 78. Benzer yönde MEISELLES, 15; CHRISTOU, 752.

²⁰²⁴ MEISELLES, 15; BORTOLOTTI, 81-82; CHUAH, 765; HOUTTE, 410; AKINCI, 8-9; MCCALL/WARRINGTON, 99; GWYNNE, 284; DRAHOZAL, 531-532; HOLLAND, 461; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 162; ILDIR, 59-60; MASTELLONE, 9.

²⁰²⁵ BORTOLOTTI, 81; CHRISTOU, 752; CHUAH, 764; ILDIR, 59. Benzer yönde AKINCI, 8; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 162.

²⁰²⁶ ŞANLI, (Ticari Akitler), 220.

²⁰²⁷ MEISELLES, 15; HOUTTE, 413-414; ILDIR, 27. AKINCI, büyük meblağdaki uyuşmazlıklar açısından daha ucuz bir çözüm yolu olduğunu, buna karşılık küçük miktardaki uyuşmazlıklarda mahkeme yolunun tahkime nazaran daha ucuz bir yöntem olabileceğini belirtmektedir. Bkz. AKINCI, 9. CHRISTOU ise, genel olarak tahkimin daha

Tahkimin en bilinen özelliklerinden birisi, tarafların tahkim yeri, tahkim usulü, hakemlerin seçimi gibi birçok konuda serbestiye sahip olmalarıdır.²⁰²⁸ Taraflar, aralarındaki sözleşmeye tahkim şartı koymaları halinde, tahkim yargılamasının ne şekilde işleyeceğini, hakemlerin sayısı ve niteliklerini, ne şekilde seçileceğini, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku, tahkim yargılamasının usulü ve şeklini, ispat vasıtalarını, tahkim yargılamasında esas alınacak dili, hakem anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleyebilirler.²⁰²⁹

Tahkim ihtiyari olabileceği gibi, zorunlu da olabilir. Kanunlarda tahkimin mecburi olduğunun belirtildiği haller dışında tahkim ihtiyaridir. Tahkimin ihtiyari olduğu hallerde ise, tarafların uyuşmazlığın çözümünde tahkime başvurabilmesi için öncelikle geçerli bir tahkim anlaşması yapmış olması veya aralarındaki sözleşmeye tahkim şartı koymuş olması gerekir. Birçok ticari sözleşme, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine ilişkin hüküm içermektedir.²⁰³⁰ Ticari tahkimde taraflar usuli kurallar ve sözleşmede belirlenen esaslar çerçevesinde uygulanan ad-hoc tahkime başvurabilecekleri gibi, milletlerarası ticari sözleşmelerin çoğunda yer verilen ticaret odaları, tahkim merkezleri gibi organizasyonların çatısı altında ve bu kuruluşların düzenledikleri kuralların uygulandığı kurumsal tahkime de başvurabilmektedir.²⁰³¹ ICC Tahkim Heyeti (*Court of Arbitration of the ICC*), Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (*London Court of International Arbitration*), Amerikan Tahkim Merkezi (*American Arbitration Association*), Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (*The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*), Pekin Tahkim Enstitüsü (*Beijing Arbitration Institution-CIETAC*), Euro-Arap Ticaret Odası (*Euro-Arab Chamber of Commerce*) tahkim kurulu gibi farklı tahkim kurumlarının, kendi tahkim kuralları ve kendine özgü tahkim usulü bulunmaktadır.²⁰³² Ad hoc tahkimde ise taraflar istedikleri kuralları uygulamakta özgürdür.²⁰³³ Ad hoc tahkim daha ucuz ve taraflara büyük serbesti veren bir yöntem olmasına rağmen, şayet bu tahkime başvuracaklarsa, tahkime

masraflı olduğunu belirtmekle birlikte, bazı sektörlerde dava yolunun daha pahalıya mal olduğunu belirtmiştir. Bkz. CHRISTOU, 752.

²⁰²⁸ AKINCI, 8; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 162; MASTELLONE, 9; ILDIR, 60.

²⁰²⁹ CHUAH, 765; ŞANLI, (Ticari Akitler), 223.

²⁰³⁰ BERG, 198; MEISELLES, 15.

²⁰³¹ FOX, 6-7; SALACUSE, 128; KLOTZ, 3-4.

²⁰³² BERG, 198-199; MEISELLES, 15-16; BORTOLOTTI, 104; SALACUSE, 129; KLOTZ, 3-4.

²⁰³³ KLOTZ, 5.

ilişkin sözleşme maddesi, milletlerarası tahkimde deneyimli olan konunun uzmanı bir hukukçu tarafından düzenlenmelidir.²⁰³⁴ Zira ad hoc tahkimde, eğer taraflar tahkime ilişkin detayları belirlememişlerse, hakemler, millî veya milletlerarası düzenlemelere dayanarak karar vereceklerdir.²⁰³⁵ Kurumsal tahkimin seçilmesi halinde ise, kurum bünyesinde kapsamlı tahkim kurallarının yer alması ve tarafları bu süreçte asiste edecek kişilerin bulunması gibi avantajlar sağlayacaktır.²⁰³⁶ Hangi kurumun tercih edileceği noktasında ise, kurumun tahkimde kullandığı dil, tahkim masrafları, kurumun önerdiği hakemlerin nitelikleri gibi unsurlar dikkate alınmaktadır.²⁰³⁷ Milletlerarası ticarete kurumsal tahkimde en çok tercih edilen kurum, Milletlerarası Ticaret Odasıdır.²⁰³⁸

3.3.16.4. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Maddesinin Düzenlenmesi

Uyuşmazlık çözümüne ilişkin madde elbette hangi uyuşmazlık çözüm yöntemi veya yöntemlerinin seçileğine bağlı olarak farklılaşacaktır. Mahkeme yoluna alternatif olarak taraflar uyuşmazlığın çözümü için diğer yöntemlere de başvurabilirler. Tarafların uyuşmazlık çözüm yöntem veya yöntemlerini seçiminde; karar verici mekanizmanın bağımsızlığı veya tarafsızlığı, muhakeme veya yargılama masrafları, verilecek olan kararın etkisi, yerine getirilmesi veya uygulanması gibi hususlar dikkate alınmalıdır.

Yukarıda uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bahsedilirken tahkim dışındaki yöntemlerde maddenin düzenlenmesinde hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği kısaca açıklanmıştır. Bu nedenle aynı hususlar bu başlık altında tekrar edilmeyecektir. Yalnızca karma /hibrit yapıda bir uyuşmazlık çözümü öngörülmesi halinde dikkate alınması gereken hususlar ile tahkim yolunun seçilmesi halinde maddenin ne şekilde düzenlenmesi gerektiği aşağıda ele alınacaktır.

²⁰³⁴ BORTOLOTTI, 101. Benzer yönde SALACUSE, 129.

²⁰³⁵ ŞANLI, (Ticari Akitler), 225.

²⁰³⁶ BORTOLOTTI, 102; SALACUSE, 129.

²⁰³⁷ Örneğin tüm dünyada tanınan ve bilinen milletlerarası bir organizasyon bünyesinde yapılan kurumsal tahkim, genellikle yerel tahkim merkezlerindeki tahkimden daha masraflı olmaktadır. Buna karşılık daha büyük organizasyonlar, yerel tahkim merkezlerine kıyasla daha iyi hizmet sunmakta ve genellikle daha kalifiye hakemler tarafından süreç yürütülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BORTOLOTTI, 103-104.

²⁰³⁸ BORTOLOTTI, 105.

3.3.16.4.1. Hibrit Sistemi Öngören Uyuşmazlık Çözüm Maddesinin Düzenlenmesi

Uyuşmazlık çözüm maddesi düzenlenirken, tarafların birden fazla uyuşmazlık çözüm yöntemini benimsemesi halinde bu yöntemlerin birbirine alternatif mi olduğu, yoksa öncelik sonralık ilişkisi mi bulunduğu belirtilmelidir. Taraflar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin birden fazlası ile uyuşmazlığın çözülmesini isterlerse, sözleşmede bunların kademeli olarak uygulanıp uygulanmayacağı da belirtilmelidir. Her ne kadar dava yoluna kıyasla tahkimin, uyuşmazlığı dostane biçimde çözdüğü belirtilse de, genellikle tahkimden sonra tarafların biraraya gelmesi pek mümkün olmamaktadır. Bu nedenle uyuşmazlık çözümünde bize göre basamaklı bir düzenleme yapılmalı ve önceki basamakta yer alan çözüm yolu ile sonuca ulaşılamadığı takdirde sonraki basamağa geçilmesi sağlanmalıdır. Burada ilk basamakta, üçüncü kişinin müdahalesi olmaksızın tarafların tek başlarına müzakere yoluyla çözüm üzerinde görüşmelerine yer verilmelidir. Müzakere yöntemiyle sonuca ulaşılamadığı takdirde ise karar verme yetkisine sahip olmayan üçüncü kişinin dahil olduğu ve tarafların sonuç üzerinde etkili olduğu arabuluculuk, uzlaştırma gibi bir yöntemle yer verilmelidir. Eğer bu iki basamakta yer alan yöntemlerle uyuşmazlık çözülemezse bu halde tahkim şartına yer verilmesi uygun olacaktır. Bu halde taraflar, hem çözüme kendileri ulaşma fırsatına sahip olacak, hem de bu sonucun ortaya çıkmaması halinde tahkim ile desteklenmiş güvenli bir mekanizma bulunacaktır.²⁰³⁹

Uyuşmazlık çözüm maddesinde yer verilen kavramların sözleşmenin milletlerarası karakteri dikkate alınarak açık ve net bir biçimde tanımlanması ve her birinin içerdiği/içereceği aşamaların belirtilmesi faydalı olacaktır. Bununla birlikte, taraflar sözleşme de belirtmemiş olsalar dahi her zaman uzlaşma veya arabuluculuk yöntemi ile aralarındaki uyuşmazlığı çözebileceklerinden, sözleşmede açıkça belirtilmemiş olması önem taşımaz.

²⁰³⁹ HOLLAND, 455.

3.3.16.4.2. Tahkim Maddesinin Düzenlenmesi

Taraflar, farklı tahkim kurumlarının hazırladığı standart tahkim anlaşmalarını kullanabilecekleri gibi, bunlara atıfta bulunarak sözleşmeye dahil de edebilirler.²⁰⁴⁰ Milletlerarası sözleşmelerde tahkim maddesi düzenlenirken, genellikle hakettiğinden daha az dikkatle maddenin hazırlandığı, zayıf biçimde tasarlandığı, hatta bazı hallerde anlaşılabilir şekilde kaleme alındığı görülmektedir.²⁰⁴¹ Taraflar arasındaki sözleşmenin konusu her ne olursa olsun, tahkim anlaşmasının asgari olarak bazı hususları içermesi zorunludur. Tahkimin kurumsal mı adhoc mı olacağı, ne şekilde yürütüleceği, tahkim kurulu veya tahkim heyetinin özellikleri, tahkim usulü ve hakem seçimine ilişkin detaylar, tahkime uygulanacak kuralların, tahkime konu olabilecek uyuşmazlıklara ilişkin bir sınırlama var ise bunun kapsamı ve sınırları, tahkim yargılamasına veya verilen kararın yerine getirilmesine ilişkin masrafların üstlenilmesi, paraya ilişkin kararlarda kararın para birimi, faiz hesaplamaları, tahkim masraflarına kimin katlanacağı veya iki taraf birlikte katlanacaksa masrafların ne şekilde paylaşılacağı gibi konular bir milletlerarası ticari sözleşmeye konulacak tahkim şartında asgari olarak bulunması gereken hususlardır.²⁰⁴²

Tahkim yerinin sözleşmede mutlaka belirtilmesi gerekir. Bu hususun açıkça belirlenmesi, tahkime ilişkin hayati birçok husus üzerinde doğrudan ve belirleyici bir etkiye sahip olduğundan önemlidir.²⁰⁴³ Taraflardan birinin, diğerine göre avantajlı veya dezavantajlı durumda bulunmamasını sağlamak üzere tahkim yeri olarak, tarafsız bir üçüncü ülkenin seçilmesi uygun olur.²⁰⁴⁴ Tahkimin yapılacağı şehir veya ülkenin tahkime uygunluğu (örneğin ülkenin New York Konvansiyonu'na taraf olup olmaması),²⁰⁴⁵ tahkim yargılamasında kullanılacak dil, hakemler ve taraflar için coğrafi açıdan uygunluk, maliyet

²⁰⁴⁰ KREINDLER, Richard H.: "Practical Issues in Drafting International Arbitration Clauses", *Arbitration*, 1997, 63(1), 47-55, 53.

²⁰⁴¹ HOUTTE, 392.

²⁰⁴² DIMATTEO, 45; FOX, 6; MEISELLES, 15-17; HOUTTE, 396 vd.; KLOTZ, 18 vd.

²⁰⁴³ KREINDLER, 50.

²⁰⁴⁴ DIMATTEO, 74.

²⁰⁴⁵ 1958 tarihli New York Konvansiyonu, milletlerarası tahkime ilişkin en önemli milletlerarası kaynak olarak kabul edilmektedir. Bunun dışında 1961 tarihli Avrupa (Cenova) Konvansiyonu ve 1975 Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında Panama Konvansiyonu da tahkime ilişkin bölgesel anlaşmalardandır. New York Konvansiyonu'nun en önemli özellikleri, devletlerin bu anlaşmayı onaylaması ile birlikte, tahkim şartı içeren uyuşmazlıklarda, mahkemelerin bu seçimi tanımak ve yetkiyi reddetmek zorunda olmaları ile konvansiyondaki minimum şartları sağlayan hakem kararlarının tanınması zorunluluğudur. Bkz. BORTOLOTTI, 94.

gibi hususlar dikkate alınarak tahkimin yeri, şehir olarak açıkça belirtilmelidir.²⁰⁴⁶ Milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda Londra, Zürih, Cenova, Paris, New York gibi şehirler genellikle tahkim yeri olarak belirlenmektedir.²⁰⁴⁷ Tarafların tahkim yerini belirlememiş olması veya tahkim yeri konusunda anlaşmaya varamamış olmaları durumunda, genellikle tahkime uygulanan hukuk, tahkim mahkemesi tarafından tahkim yerinin belirlenmesini öngörmektedir.²⁰⁴⁸ Hakem heyetleri de tahkim yerinin belirlenmesinde yukarıdaki hususları dikkate almalıdır.²⁰⁴⁹

Taraflar hakemlere dair konulara da tahkim şartında açıklık getirmelidirler. Standart model tahkim şartlarında genellikle hakemlerin sayısı belirtilmez.²⁰⁵⁰ Bu nedenle tarafların sözleşmede hakem sayısını belirtmeleri yerinde olacaktır. Yalnızca hakemlerin sayısı değil, hakemlerin milliyeti, dili, mesleği, uzmanlığı gibi diğer hususların da belirtilmesi yerinde olacaktır.²⁰⁵¹ Uyuşmazlık konusu, uyuşmazlığın kapsamına ve çetrefilliğine göre farklı konularda uzmanlaşmış hakemleri gerektirebilir. Taraflar tahkim şartında, örneğin her bir hakemin belirlenen alanlarda uzmanlaşmış olması gibi özellikleri bulunması gerektiğini de belirtebilirler.²⁰⁵² Tarafların farklı ülkelerden ve farklı hukuk sistemlerinden olduğu durumlarda, hakemlerin genellikle hakemler tarafsız üçünü bir ülkeden seçilmektedir.²⁰⁵³

Taraflar hakemlerin, uyuşmazlığın çözümünde uygulayacağı hukuku da belirtmelidirler. Uygulanacak hukuk, sözleşmede yer alan hükümlerin geçerliliği veya uygulanabilirliği de dahil olmak üzere birçok husus üzerinde etkili olacaktır. Milletlerarası sözleşmelerde farklı ülkelerden veya hatta tamamiyle farklı hukuk sistemlerinde bulunan taraflar, genellikle tarafsız üçüncü bir ülke hukukunun uygulanmasını tercih etmektedirler.²⁰⁵⁴ Hakemler belirli bir ülke hukukuna göre karar verebilecekleri gibi, ticari örf-adete veya hakkaniyete göre de karar verebilirler.²⁰⁵⁵

²⁰⁴⁶ DIMATTEO, 83.

²⁰⁴⁷ DIMATTEO, 74.

²⁰⁴⁸ DAYINLARLI, 42.

²⁰⁴⁹ Benzer yönde bkz. DAYINLARLI, 42-43.

²⁰⁵⁰ KLOTZ, 7.

²⁰⁵¹ KREINDLER, 52.

²⁰⁵² DIMATTEO, 83; KLOTZ, 7.

²⁰⁵³ KREINDLER, 51.

²⁰⁵⁴ KREINDLER, 51.

²⁰⁵⁵ CHUAH, 768.

Tarafların tahkimde kullanılacak dil olarak tek bir dil belirlemeleri masrafların azalmasını sağlayacaktır.²⁰⁵⁶ Taraflar tahkiminde kullanılacak dili belirlememişlerse, hakemler tarafından tespit edilir.²⁰⁵⁷ Tahkimin belirli bir dilde yapılması isteniyorsa, tahkimle ilgili tüm hazırlıkların, yazışmaların, müzakerelerin ve yürütülecek her türlü işin bu dilde yapılacağını garantiye alacak şekilde düzenleme yapılmalıdır.²⁰⁵⁸

Tahkim şartında, tahkim masraflarına hangi tarafın katlanacağı da belirtilmelidir. Burada 'masraf'ın ne anlama geldiği ve hangi hususları içerdiği mümkün olduğunda geniş şekilde açıklanmalıdır.²⁰⁵⁹

Yukarıda belirttiğimiz gibi tahkimin çok tercih edilmesinin sebeplerinden birisi de taraflara mahremiyet sağlayan bir yöntem olmasıdır. Bazı tahkim kurallarında hakemler ve idareciler için gizlilik yükümlülüğü öngörülürken, bazı kurallarda veya tahkim şartında bu öngörülmemektedir.²⁰⁶⁰ Bu nedenle taraflar tahkimin mahremiyetini garanti altına almak istiyorsa gizlilik yükümlülüğü maddesinde bu hususu belirtebilecekleri gibi, tahkim şartında da özel bir gizlilik yükümlülüğü düzenlenebilir.²⁰⁶¹

Birçok hukuk sisteminde, özellikle mahkemelerin tahkim anlaşmasının varlığını kabul etmeleri ve uyuşmazlığın esasına girmelerinin önlenmesi için, tahkim anlaşmasının yazılı yapılmış olması şartı aranmaktadır.²⁰⁶² Bu nedenle taraflar uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini istiyorlarsa, sözleşmede mutlaka tahkim şartına yer verilmelidir. Sözleşmede yer alan tahkim maddesi düzenlenmeden önce, ilgili ülkelerde konunun tahkime elverişliliği, ilgili ülkelerde hakem kararlarının tanınıp tanınmadığı ve icrasının nasıl gerçekleştiği, kurumsal tahkim söz konusu ise kurumun hakemlerinin tarafsızlığı ve kalitesi, muhtemel tahkim masrafları gibi hususları dikkate alınması gerekir.²⁰⁶³ Bunlar dışında tahkim maddesinde, tahkim yolunun münhasır olup olmadığı da belirtilmelidir. Başka bir deyişle, diğer alternatif çözüm yolları tüketildikten sonra mı başvurulağı, yoksa diğer

²⁰⁵⁶ KLOTZ, 8; KREINDLER, 51.

²⁰⁵⁷ DAYINLARLI, 43; EKŞİ, (Milletlerarası Ticaret), 162.

²⁰⁵⁸ KLOTZ, 8.

²⁰⁵⁹ KLOTZ, 9.

²⁰⁶⁰ KLOTZ, 10.

²⁰⁶¹ KLOTZ, 10.

²⁰⁶² BORTOLOTTI, 113.

²⁰⁶³ BORTOLOTTI, 112.

alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurulmaksızın sadece tahkimle mi çözüleceği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Taraflar ister ad hoc tahkim, ister kurumsal tahkime başvursunlar, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin maddede bazı hususları belirtmeleri önemlidir. Hangi yöntem tercih edilirse edilsin, sözleşmede tahkim yeri, tahkim dili, hakemlerin sayısı, hakemlerin nitelikleri, tahkimden önce diğer alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurma zorunluluğu bulunup bulunmadığı gibi hususlara yer verilmesi isabetli olacaktır.²⁰⁶⁴

Milletlerarası ticari ilişkilerin önemli kısmı ikiden fazla tarafın dahiliyetini gerektirmektedir. Örneğin milletlerarası bir satım sözleşmesine sadece alıcı ve satıcı rol almamakta, alıcı ve satıcı dışında taşıyıcılar, ödemeyi yapan bankalar, üretici gibi birçok kişi dahil olmaktadır. Taraflar genellikle işlemleri birbirinden ayırmaktadır, oysa sözleşmenin ifasında bir noktada çıkan uyuşmazlık, muhtemelen diğer kişileri de etkileyecektir. Bu nedenle sözleşmede ve bağlantılı diğer sözleşmelerde yer verilecek tahkim maddesinde taleplerin birleştirilerek uyuşmazlığın çözülmesine ilişkin hükme yer verilmesi uygun olacaktır. Son dönemde uyuşmazlık çözüm maddelerinde sıklıkla karşımıza çıkmaya başlasa da, milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarının çoğunda bu husus gözden kaçırılmakta ve taleplerin birleştirilmesine dair hükme yer verilmemektedir.²⁰⁶⁵

²⁰⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. BORTOLOTTI, 121-124; KLOTZ, 18 vd.

²⁰⁶⁵ KLOTZ, 7.

SONUÇ

Milletlerarası ticari ilişkiler bir sözleşme temelinde şekillenmektedir. Milletlerarası ticari ilişkinin düzgün biçimde yürüyebilmesi ve kurulacak olan ilişkide ileride ortaya çıkması muhtemel problemlerin önüne geçilebilmesi için sözleşmenin hazırlanması aşaması hayati önemi haizdir. Milletlerarası nitelikteki bu sözleşmelerin müzakeresinden sözleşmenin kurulduğu ana kadar geçen süreçte tarafların yükümlülükleri, hazırladıkları belgeler, tarafların sözleşme öncesi sorumluluğu gibi konuların bir çoğuna ilişkin belirgin düzenlemeler bulunmadığı gibi, hukuk sistemleri bu gibi konulara oldukça farklı biçimde yaklaşmaktadır. Buna ek olarak günümüzde milletlerarası ticari sözleşmelerin hızla artmasına karşılık, bir çok sözleşme yetersiz biçimde hazırlanmaktadır. Gerek sözleşmelerdeki yetersizlikler, gerekse hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar tarafların mağduriyetine sebep olmaktadır. Bunun önüne geçebilmek için öncelikle müzakere ilişkisinin kendine has özellikleri dikkate alınmalı, başta kültür olmak üzere müzakerenin milletlerarası niteliğine ilişkin hassasiyetler gözetilmeli, taraflar müzakere sürecinde hazırladıkları veya hazırlayacakları belgelerin neler olacağını ve ilgili hukuk sistemleri içinde bunlara atfedilecek niteliği, kendi yükümlülükleri ile karşı tarafın müzakere sürecindeki yükümlülüklerini bilmelidirler.

Sözleşmenin maddi içeriğine ilişkin hususların düzenlenmesinde de sözleşmenin milletlerarası karakteri dikkate alınarak konuya yaklaşılmalıdır. Bunun yanında, sözleşmenin yürütülmesi aşamasında uygulanacak hukukla çelişen hükümlerin ortaya çıkma ihtimalini kaldırmak için, sözleşmeye uygulanacak hukuktaki kurallar göz önünde bulundurularak sözleşme hükümleri hazırlanmalıdır. Çalışmada da belirttiğimiz gibi, taraflar ister hazır sözleşme şablonlarını kullanarak veya kendilerine uyarlayarak bir sözleşme hazırlasınlar, ister sıfırdan kendi sözleşmelerini oluştursunlar öncelikle sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemeleri gerekir. Aksi halde sözleşmeyi bina ettikleri hükümler, tarafların istediği sonucu vermeyebilecektir.



KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

ACAR, Hakan: “UNIDROIT ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü”, *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, Erişim adresi: www.kazanci.com, Erişim tarihi: 14.03.2016. (Aşırı İfa Güçlüğü)

ACAR, Hakan: “Uluslararası Sözleşme Hukukunda Mücbir Sebep (Force Majeure) Kavramı ve Hukuki Sonuçları”, *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, Erişim adresi: www.kazanci.com, Erişim tarihi: 14.03.2016. (Mücbir Sebep)

ACQUIS GROUP (Research Group on Existing EC Private Law): *Principles of the Existing Contract Law (Acquis Principles), Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier European Law Publishers, 2007. (Contract I)

ACQUIS GROUP (Research Group on Existing EC Private Law): *Principles of the Existing Contract Law (Acquis Principles), Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier European Law Publishers, 2009. (Contract II)

ADIGÜZEL, Sibel: “Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 3, sayı: 9, Nisan 2012, 281-312.

ADRIAN BRIGGS, “Contractual Agreements on Choice of Law: Some Notes Towards an Understanding of Their Relative Effect”, *Contract Terms, The Oxford-Norton Rose Law Colloquium*, Ed: Andrew BURROWS, Edwin PEEL, Oxford University Press, Oxford, 2007, 315-334.

AITKEN, J.K.: *The Elements of Drafting*, 9th Edition, The Law Book Company Limited, 1995.

AKI, Erol: *Hukukun Temel Kavramları*, 5. Baskı, İzmir, 1999.

AKIL, Abdülkadir: “Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi”, 385-424, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VII, S:3-4 (Aralık 2003), Erişim adresi: http://www.erezincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_2_14.pdf, Erişim tarihi: 01.08.2014.

AKIN, Hakan: *Yeni İşimiz Dış Ticaret*, Elma Yayınevi, 8. Basım, 2010.

AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXI, S.I-2, 2003, 257-414.

AKYOL, Şener: *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

- AL KILIÇ, Şengül: “Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIV, Y.2010, Sa.2., 1-44.
- ALLEN, Carleton Kemp: “Status and Capacity”, *The Law Quarterly Review*, Vol.46, July 1930, 277-310.
- ALPA, Guido: “Party Autonomy and Freedom of Contract Today”, *European Business Law Review*, Vol.21, 2010, 119-141.
- ALTUĞ, Yılmaz: *Devletler Özel Hukuku*, İkinci Baskı, Çağlayan Kitabevi, İstanbul, 1995.
- ANDERSON, Mark / WARNER, Victor: *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, Third Edition, Bloomsbury Professional, London, 2012.
- ATEŞ, Derya: “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, SAYI 72, 2007, 75-93.
- AVINS, Alfred: “Inducing the Termination of Contract”, *Tennessee Law Review*, Vol.24, 1957, 1089-1118.
- AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra Gül: *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- AYGÜN, Mesut: “Yabancılik Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2014, C. XVI, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan - C. I), s. 1025 – 1066, Erişim adresi: http://www.academia.edu/13416284/YABANCILIK_UNSURUNUN_MAHİYETİ_VE_YARGILAMADAKİ_ROLÜ, Erişim tarihi: 25.07.2015.
- AYGÜL, Musa: “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria’nın Uygulanması”, Konya, 2004, *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, Erişim adresi: www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 26.02.2016. (Lex Mercatoria)
- AYGÜL, Musa: *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007. (Şirketler)
- AYOĞLU, Tolga: “Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria”, *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed: Ahmet Cemil YILDIRIM / Serhat ESKİYÖRÜK, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 27-36.
- AYRANCI, Hasan: *Ön Sözleşme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- BAĞRIAÇIK, Atilla: *Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri*, 5.Baskı, Bilim Teknik Yayınevi, Eskişehir, 1998.
- BAKAN, İsmail: “Bölüm 14: Dış Ticarete İletişim”, *Dış Ticaret İşlemler ve Uygulamalar*, 5. Baskı, Editörler: Çetin BEDESTENCİ / Murat CANITEZ, Gazi Kitapevi, Ankara, 2007.

- BAKIR, Hasan: *İşletmelerde İhracatın Alternatif Finansman Aracı Olanakları*, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları No: 1111, Bozüyük Meslek Yüksek Okulu Yayınları No:1, Eskişehir, 1999.
- BARBER, Matthew: "The Limits of Entire Agreement Clauses", *Journal of Business Law*, Vol. 6, 2012, 486-503.
- BASS, Naomi: "Eleventh Hour Collapse: An Elements-Based Comparison of the German Doctrine of Culpa in Contrahendo and Australian Principles of Pre-Contractual Liability", *Macquarie Journal of Business Law*, Vol.6, 2009, 217-238.
- BAUMGARTNER, Stefanie: *Contract Formation Under CISG and Under the UNIDROIT Principles: Special Focus on the Issue of the Battle of the Forms*, VDM Verlag Dr. Mueller, 2008.
- BAYGIN, Cem: "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan, C.IV, A.1-2, 2000, 345-377, Erişim adresi: http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000_1_18.pdf, Erişim tarihi: 15.09.2015.
- BEALE, Hugh / FAUVARQUE-COSSON, Benedicte / RUTGERS Jacobien / TALLON, Denis / VOGENAUER, Stefan: *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, 2010.
- BEKTAŞ, Sezercan: *Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- BENJAMIN, Peter: "Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.9, October 1960, 600-627.
- BERG, Alan G.J.: *Drafting Commercial Agreements*, Butterworths, 1991.
- BERGER, Michel: "Damages and International Contract Law", *International Business Law Journal*, 2004, Vol.4, 427-443.
- BERKİ, Osman Fazıl: *Devletler Hususi Hukuku Cilt II*, 4. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1961.
- BERMAN, Harold J. / KAUFMAN, Colin: "The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)", *Harvard International Law Journal*, Vol. 19, No:1, Winter 1978, 221-277.
- BIRENBAUM, David F. / MORLEY, Matt T.: "Drafting Contracts for International Sales", 3 *International Financial Law Review*, May 1984, 17-19.
- BİNGÖL, F.İtir: *Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep (Türk Borçlar Hukuku'nda ve Viyana Satım Antlaşması'nda Mücbir Sebep)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

- BİRSEL, Mahmut T.: "Ticari Örf ve Adet", *Ankara Barosu Dergisi*, 1968, Sayı 2, 205-210.
- BLANCHARD, Patrick: "Offer and Acceptance in International Contract Negotiation, A Comparative Study", *International Business Law Journal*, No 1, 2008, 3-25.
- BOELE-WOELKI, Katharina: "Principles and Private International Law", 1 *Uniform Law Review* 1996-4, 652-678.
- BONELL, Michael Joachim: "Formation of Contracts and Precontractual Liability Under the Vienna Convention on International Sale of Goods", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 157-178.
- BORTOLOTTI, Fabio: *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts*, A Practical Guide, ICC Publications, 2008.
- BOZKURT, Enver: *Hukukun Temel Kavramları*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- BRAGGION, Antonio: "Contract Proposals and Letters of Intent Under Italian Law", *Structuring International Contracts*, Ed: Dennis CAMPBELL, Kluwer Law International, 1996, 179-191.
- BRETT, Jeanne M.: *Negotiating Globally*, 2nd Edition, John Wiley&Sons Inc., USA, 2007.
- BRIDGE, Michael G.: *The Sale of Goods*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2014. (Sale of Goods)
- BRIDGE, Michael: "Good Faith in Commercial Contracts", *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Ed: Roger, BROWNSWORD, Norma J.HIRD, Geraint HOWELLS, Ashgate, 1999, 139-164. (Goodfaith)
- BROWNSWORD, Roger: *Contract Law, Themes for the Twenty-First Century*, Butterworths, 2000.
- BUCKMAN, Greg: *Global Trade, Past Mistakes, Future Choices*, Fernwood Publishing, 2005.
- BUHLER, Michael: "Confidentiality Clauses in International Contracts", *International Business Law Journal*, 2002, 3/4, 359-387.
- BURNSTEIN, Daniel: "Interest-Based International Business Negotiation", *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M.ARETTY, ABA Publishing, USA, 2000, 159-172.
- BUTT, Peter: *Modern Legal Drafting, A Guide to Using Clearer Language*, Third Edition, Cambridge University Press, 2013.
- CALNAN, Richard: "Contruction of Commercial Contracts: A Pratitioner's Perspective", *Contract Terms, The Oxford-NortonRose Law Colloquium*, Ed: Andrew BURROWS, Edwin PEEL, Oxford University Press, Oxford, 2007, 17-24.

- CALSTER, Geert Van: *European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013,
- CANITEZ, Murat: “Bölüm 6: Dış Ticarete Ödeme Şekilleri ve Uygulamalar”, *Dış Ticaret İşlemler ve Uygulamalar*, 5. Baskı, Editörler: Çetin BEDESTENCİ / Murat CANITEZ, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007. (Ödeme 1)
- CANITEZ, Murat: “İkinci Bölüm: Dış Ticarete Ödeme Şekilleri ve Uygulamaları”, *Uygulamalı İhracat-İthalat, İşlemler ve Dokümantasyon*, 3. Baskı, Editör: Murat CANITEZ, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011. (Ödeme 2)
- CANITEZ, Murat / İlker, ALAADDİN: “Bölüm 2: İhracat İşlemleri ve Dokümantasyon”, *Dış Ticaret İşlemler ve Uygulamalar*, 5. Baskı, Editörler: Çetin BEDESTENCİ / Murat CANITEZ, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007. (Dokümantasyon 1)
- CANITEZ, Murat / İlker, ALAADDİN: “Bölüm 3: İhracat İşlemleri ve Dokümantasyon”, *Dış Ticaret İşlemler ve Uygulamalar*, 3. Baskı, Editör: Çetin Murat CANITEZ, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011. (Dokümantasyon 2)
- CARR, Indira: *International Trade Law*, Fifth Edition, Routhledge, 2014.
- CARTWRIGHT, John: “Liability in Tort for Pre-Contractual Non-Disclosure”, *Contract Formation and Parties, The Oxford-Norton Rose Law Colloquium*, Ed: Andrew BURROWS / Edwin PEEL, Oxford University Press, UK, 2010, 136-158.
- CARTWRIGHT, John/HESSELINK, Martjin: *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, UK, 2008.
- CHATTERJEE C.: *Negotiating Techniques in International Commercial Contracts*, Ashgate Publishing, 2000.
- CHESHIRE, Geoffrey Chevalier: *International Contracts, Being the Fifteenth Lecture on the David Murray Foundation in the University of Glasgow*, 4 Mart 1948, Jackson, Son & Company Publishers, Glasgow, 1948.
- CHESLER, Susan M.: “Drafting Effective Contracts, How to Revise, Edit and Use Form Agreements”, *Business Law Today*, November/December 2009, 35-38.
- CHOMSKY, Carol / LANDSMAN, Maury: “Introducing Negotiation and Drafting into the Contracts Classroom”, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 44, 2000, 1545-1560.
- CHOW, Daniel C.K. / SCHOENBAUM, Thomas J.: *International Trade Law, Problems, Cases, Materials*, Aspen Publishers, 2008.
- CHRISTOU, Richard: *Drafting Commercial Agreements*, Third Edition, Sweet&Maxwell, London, 2014.
- CHU, Victor Lap-Lik / THYS, Patrice J.: “Negotiation of Business Contracts in China”, *International Business Law Journal*, Vol. 5, 1988, 583-594.

- CHUAH, Jason: *Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions*, 5th Edition, Sweet&Maxwell, 2013.
- CIRICILLO, Robert C./FREMANTLE, Adam/HAMBURG, Jeanne M.: "International Negotiations: A Cultural Perspective", *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M.ARETTY, ABA Publishing, USA, 2000, 37-56.
- CLARK, Ezra: "Drafting Enforceable Covenants Not to Compete", *Preventive Law Reporter*, Vol. 14, Spring 1995, 31-32.
- CLARKSON, C.M.V./HILL, Jonathan: *The Conflict of Laws*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2006.
- CLARKSON, Kenneth W. / MILLER, Roger Leroy / MURIS, Timothy j.: "Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?", *Wisconsin Law Review*, 1978, 351-390.
- CLIVE, Eric: "Interpretation", *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Eds: Hector L. MacQueen, Reinhard Zimmerman, Edinburg Studies in Law, Vol.2, Edinburg University Press, 2005, 176-202.
- COHEN, Herb: *You Can Negotiate Anything*, Citadel Press-Kensington Publishing, USA, 1984.
- COHEN, Nili: "From the Common Law to the Civil Law: The Experience of Israel", *Precontractual Liability in European Private Law*, Ed: John CARTWRIGHT / Martin HESSELINK, Cambridge University Press, 2008, 308-429.
- COLDWELL, Deborah S. / BURCHETT-WILLIAMS, Altresha Q. / CELESTE, Melissa L.: "Liquidated Damages", *Franchise Law Journal*, Vol.29, Spring 2010, 211-230.
- COLLIER, J.G.: *Conflict of Laws*, Third Edition, Cambridge University Press, 2001.
- COLOMBO, Sylviane: "The Present Differences Between the Civil Law and Common Law Worlds With Regard to Culpa in Contrahendo", *Tilburg Foreign Law Review*, Vol.2, 1993, 341-375.
- CONNERTY, Anthony: "ADR as a Filter Mechanism: The Use of ADR in the Context of International Disputes", *Arbitration*, Vol. 79/2, 2013, 120-133.
- CORDERO-MOSS, Giuditta: *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press, UK, 2014.
- COX, Christopher: "The Development and Use of Mediation in the UK", *Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler*, Ed: Ceyda SÜRAL / Ekin ÖMEROĞLU, Seçkin Yayınları, 2015, 56-73.
- CREMADES, Bernardo M.: "Good Faith in International Arbitration", *American University International Law Review*, Vol. 27:4, 2012, 761-788.

- CREMADES, Bernardo / PLEHN, Steven: "The New Lex Mercatoria and the Harmonisation of the Laws of the International Commercial Transactions", *Boston University International Law Journal*, Vol.2, 1984, 317-348.
- ÇALIŞKAN, Yusuf: "Yabancı Mahkeme Kararlarının Amerikan Hukuku'nda Tanınması ve Tenfizi", *E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Mart 2006, S. 49, Erişim adresi: <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=YABANCI%20MAHKEME%20KARARLARININ%20AMER%20DDKAN%20HUKUKU%92NDA%20TANINMASI%20VE%20TENF%DDZ%DD&kimlik=1141989059&url=makaleler/ycaliskan-1.htm>, Erişim tarihi: 01.08.2014.
- ÇELİK, Ahmet: "6098 sayılı Yeni Borçlar Yasası'nın Zamanaşımı Hükümleri Üzerine Görüşler", Erişim adresi: http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/366_6098-sy.tbk-nun-zamanasimi-hukumleri.pdf, Erişim tarihi: 2.3.2016.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2014.
- ÇINAR, Hakan: *Pratik İthalat ve İhracat İşlemleri ve Dış Ticarete Finansman Teknikleri*, ARC Eğitim Danışmanlık ve Organizasyon Hizmetleri A.Ş., Ankara, 2000.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 2, Yıl 9, 1989, 103-120.
- DAIGNEAULT, Edward W.: *Drafting International Agreements in Legal English*, Second Edition, Law Publishers in Europe, Wien, 2009.
- DALHUISEN, Jan. H.: *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume I: Introduction – The New Lex Mercatoria and its Sources*, Hart Publishing, 2013. (V.I)
- DALHUISEN, Jan. H.: *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume II: Contract and Movable Property Law*, Hart Publishing, 2013. (V.II)
- DALHUISEN, Jan. H.: *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume III: Financial Products, Financial Services and Financial Regulations*, Hart Publishing, 2013. (V.III)
- DALY, Joseph L.: "International Commercial Negotiation and Arbitration", *Hamline Journal of Public Law & Policy*, Vol. 22, 2000-2001, 217-252.
- DAMMONE, Lucci: "Letters of Intent and Heads of Terms – Binding or Not Binding", *Alert, Commercial & Dispute Resolution*, Kasım 2008, Erişim adresi: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5436baf1-6e41-4b30-a560-cb36f9f384a7>, Erişim tarihi: 05.08.2015.

- DANNEMANN, Gerhard: "The 'Battle of Forms' and the Conflict of Laws", *Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*, Ed: Francis D. ROSE, LLP Professional Publishing, 2000, 199-218.
- DAVIS, Catherine: "Letters of Intent – Bound by Uncertainty?", *Westlaw UK*, 2011.
- DAVIS, Cheryl A.: "Liquidated Damage Clauses", *Tennessee Journal of Business Law*, Vol.1 No.1, Fall 1999, 31-42. (DAVIS, C.)
- DAYINLARLI, Kemal: *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2000.
- DELAUME, G.R.: "What is an International Contract? An American and Gallic Dilemma", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 28, April 1979, 258-279.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: *Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- DEMİRKOL, Berk: *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24.Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- DE LY, Filip: "Letters of Intent Under Recent Belgian Case Law", *International Business Law Journal*, 1991, 566-568. (Letters of Intent)
- DE LY, Fillip: "Termination Clauses in International Contracts", *International Business Law Journal*, Vol.7, 1997, 802-836. (Termination Clauses)
- DE LY, Filip: "Commercial Law as A Refugee from Contract Law: A Comparative and Uniform Law Perspective", *The Wayne Law Review*, Vol. 45, 1999-2000, 1825-1863. (Commercial)
- DE LY, Filip: "Interpretation Clauses in International Contracts (Characterization, Definition, Entire Agreement, Headings, Language, NOM-clauses, Non-Waiver Clauses and Severability)", *International Business Law Journal*, 2000, Vol.6, 719-812. (Interpretation)
- DE LY, Filip: "Law and Practice of Drafting International Contracts", *International Business Law Journal*, Vol.3/4, 2002, 461-473. (Drafting)
- DE LY, Filip: "Non-Compete Clauses in International Contracts", *International Business Law Journal*, Vol. 4, 2006, 441-494. (Non-Compete Clauses)
- DE SILVA, Janak: "The New Law Merchant: Fact or Fiction?", *Sri Lanka Journal of International Law*, Vol.17, 2005, 167-182.
- DELIERNEUX, Martine: "International Payment Instruments", *International Business Law Journal*, Vol.8, 1993, 987-1024.
- DIETRICH, Joachim: "Classifying Precontractual Liability: A Comparative Analysis", *Legal Stud.* Vol: 21, No:2, 153-191.

- DIMATTEO Larry A.: *International Contracting: Law and Practice*, Third Edition, Kluwer Law International, Netherlands, 2013.
- DIMATTEO, Larry A. / DHOOGHE, Lucien J. / GREENE, Stephanie / MAURER, Virginia G. / PAGNATTARO, Marisa Anne: *International Sales Law, A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005.
- DİNAR, Cem: *Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- DİNÇKOL, Abdullah: *Hukuka Giriş*, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2012.
- DOĞAN, Vahit: *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996. (İş Akdi)
- DOĞAN, Vahit: *Banka Teminat Mektupları*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011. (Teminat Mektubu)
- DOĞAN, Vahit: *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016. (Akreditif)
- DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016. (Milletlerarası)
- DOĞAN, Gül: *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 6, İstanbul, 2006. (Doğan, G.)
- DOĞANGÜN, Temel: *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- DOUGLAS, Michael: "The Lex Mercatoria and The Culture of Transnational Industry", *University of Miami International & Comparative Law Review*, Vol.13, Spring 2006, 367-400.
- DÖLEK, Ali: *Mevzuat Işığında Dış Ticaret İşlemleri ve Piyasa Uygulamaları*, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.
- DRAETTA, Ugo: "Pre-contractual Documents in Merger of Acquisitions: An Overview of the International Practice", *International Business Law Journal*, 1991, 229-260. (Pre-contractual)
- DRAETTA, Ugo: "Force Majeure Clauses in International Trade Practice", *International Business Law Journal*, 1996, 5, 547-559. (Force Majeure)
- DRAETTA, Ugo: "Hardship and Force Majeure Clauses in International Contracts", *International Business Law Journal*, 2002, 3/4, 347-358. (Hardship)
- DRAHOZAL, Christopher R., "Contracting Out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant", *Notre Dame Law Review*, Vol.80:2, 2004-2005, 523-554.

- DREYER, Dominique: "Switzerland", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 65-88.
- DUNBAR, Frank C.: "Drafting the Liquidated Damage Clause-When and How", *Ohio State Law Journal*, Vol.20, 1959, 221-236.
- DURAND-BARTHEZ, P.: "The 'Governing Law' Clause: Legal and Economic Consequences of the Choice of Law in International Contracts", *International Business Law Journal*, Vol. 5, 2012, 505-518.
- DURUKANOĞLU, Nihayet: *Dış Ticaret Dünyası*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- EBKE, Werner F.: "Federal Republic of Germany", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 35-45.
- EDİS, Seyfullah: "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", *Prof.Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 367, Ankara, 1975, 447-460.
- EKİNCİ, Hüseyin: *Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- EKŞİ, Nuray: *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010. (Milletlerarası Ticaret)
- EKŞİ, Nuray: *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında 'Incorporation' Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010. (Tahkim Anlaşmaları)
- EKŞİ, Nuray: "Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"", *Prof.Dr.Aysel ÇELİKEL'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 19-20, Sayı 1-2, 1999-2000, İstanbul, 2001, 263-291. (Incorporation)
- EKŞİ, Nuray: *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000. (Yetki)
- ELLAND-GOLDSMITH, M.: "Comfort Letters in English Law and Practice", *International Business Law Journal*, Vol.5, 1994, 527-541.
- ELLINGTON, Paul R.: "Termination of Contracts Under English Law", *International Business Law Review*, N.7, 1997, 857-868.
- EÖRSİ, Gyula: "Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.27, 1979, 311-323.
- ERÇİN, Ferhat: "Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri", *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, Erişim adresi: www.kazanci.com, Erişim tarihi: 14.03.2016.

- ERDEM, Ercüment: “Lex Mercatoria ve Uluslararası Ticarete Örf ve Adetin Önemi”, *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed: Ahmet Cemil YILDIRIM / Serhat ESKİYÖRÜK, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 37-73. (Lex Mercatoria)
- ERDEM, Ercüment: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, 95-104. (Uygulanacak Hukuk)
- EREN, Fikret: *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağlı Teorisi*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975. (İlliyet)
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014. (Borçlar)
- EROĞLU, Orhan: “Niyet Mektuplarının Hukuki Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, 517-531.
- ERYÜREK, Şenay: *Uluslararası Ticarete Ödeme Şekilleri ve Vesaik*, Anadolu Bankası Eğitim Yayınları 2, YY.
- ESENER, Turhan: “Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, 1954, 478-513.
- FARNSWORTH, E. Allan: “Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations”, *Columbia Law Review*, Vol. 87, No:2, March 1987, 217-294. (Preliminary)
- FARNSWORTH, E.Allan: “General Report”, *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 15-35. (General)
- FARNSWORTH, E. Allan: “The Eason-Weinmann Colloquium on International and Comparative Law: Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws”, 3 *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 54-55. (Goodfaith)
- FASSBERG, Celia Wasserstein: “Lex Mercatoria – Hoist with Its Own Petard?”, *Chicago Journal of International Law*, Vol.5, No.1, Summer 2004, 67-82.
- FAWCETT, James / CARRUTHERS, Janeen M.: *Private International Law*, 14th Edition, Consultant Ed.: Sir Peter NORTH, Oxford University Press, 2008.
- FAWCETT, James / HARRIS, Jonathan M. / BRIDGE, Michael: *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2005.
- FERRARI, Franco: “The Formal Validity of Contracts for the International Sale of Goods Governed by the CISG- An Overview of Case Law”, *International Business Law Journal*, Vol.1, 2004, 85-90.

- FISHER, Geoffrey: "Sharia Law and Choice of Law Clauses in International Contracts", *Lawasia Journal*, 2005, 69-82.
- FISHER, Roger/ URY, William: *Getting to Yes, Negotiating an Agreement Without Giving in*, Random House Business Books, 2012.
- FONTAINE, Marcel / DE LY, Philip: *Drafting International Contracts*, Transnational Publishers Inc., New York, 2006.
- FONTAINE, Marcel: " 'Best Efforts', 'Reasonable Care', 'Due Diligence' and Industry Standards in International Agreements", *International Business Law Journal*, Vol.8, 1988, 983-1027. (International)
- FONTAINE, Marcel: "Confidentiality Clauses in International Contracts", *International Business Law Journal*, Vol.1, 1991, 3-94. (Confidentiality)
- FONTAINE, Marcel: "Concluding Report (Translation)", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 343-354. (Report)
- FOSTER, Dean Allen: *Bargaining Across Borders, How to Negotiate Business Successfully Anywhere in the World*, McGraw-Hill, 1992.
- FORTIER, L.Yves: "The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future", *Arbitration International*, Vol.17, No:2, 121-128.
- FOUNTOULAKIS, Christiana: "The Parties' Choice of 'Neutral Law' in International Sales Contracts", *7 European Journal of Law Reform*, 2005, 303-329.
- FOX, William F.: *International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, 4th Edition, Wolters&Kluwer, 2009.
- FREEMAN, A. Myrick: *International Trade: An Introduction to Method and Theory*, Harper&Row Publishers, New York, 1971.
- FREY, Martin A.: "Tips for Contract Drafting", *Journal of Paralegal Education and Practice*, Vol.5, 1998, 55-66.
- FURMSTON, Michael: "Letters of Intent", *Contract Formation and Parties, The Oxford-Norton Rose Law Colloquium*, Ed: Andrew BURROWS / Edwin PEEL, Oxford University Press, UK, 2010, 17-36.
- GABRIEL, Henry: *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, New York, 2004.
- GAILLARD, Emmanuel: "Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts", *International Business Lawyer*, Vol. 27, May 1999, 214-224.
- GAL, Imre: "The Commercial Law of Nations and the Law of International Trade", *Cornell International Law Journal*, Vol.6, 1972, 55-75.

GERNİ, Cevat: *Dış Ticarete Ödeme Yöntemleri*, Türkiye Dış Ticaret Derneği, Araştırma Merkezi Dış Ticaret Araştırma Dizisi No: 8,1989, Ankara.

GEZDER, Ümit: *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

GHAURI Pervez N.: “A Framework for International Business Negotiations”, *International Business Negotiations*, 2nd Edition, Ed: Pervez N. GHAURI, Jean-Claude USUNIER, Elsevier Ltd., UK, 2003, 3-22. (Framework)

GHAURI, Pervez N.: “The Role of Atmosphere in Negotiations”, *International Business Negotiations*, 2nd Edition, Ed: Pervez N. GHAURI, Jean-Claude USUNIER, Elsevier Ltd., UK, 2003, 206-219. (Atmosphere)

GHESTIN, Jacques: “French Report: The Precontractual Obligation to Disclose Information”, *Contract Law Today: Anglo-French Comparison*, Ed: Donald HARRIS / Denis TALLON, Oxford University Press, 1989, 151-165.

GIROLAMO, Debbie De: “The Negotiation Process: Exploring Negotiator Moves Through a Processual Framework”, *28 Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2013, 353, Erişim adresi: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&dctype=cite&docid=28+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+353&srctype=smi&srcid=3B15&key=0f5a361cf6cfa86c488c43847a703b06>, Erişim tarihi: 05.08.2015.

GİRAY, Kerem: “Arbuluculuk Kanunu’nun Uygulamasında Karşılaşılabilecek Sorunlar”, *Türkiye’de Arbuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler*, Ed: Ceyda SÜRAL / Ekin ÖMEROĞLU, Seçkin Yayınları, 2015, 118-125.

GODERRE, Diane Madeline: “International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability Under the United Nations Sales Convention”, *66 University of Cincinnati Law Review*, 257 1997-1998,

GOLDMAN, Berthold: (Lecture Prof.Dr. Berthold Goldman) *Lex Mercatoria, Forum Internationale*, No:3, November 1983.

GOLSTAJN, Alexandar: “Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention”, *International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures*, Ed: Paul VOLKEN / Petar SARKEVIC, Oceana Publications, Yugoslavia, 1989, 55-110. (Usages)

GOLDSTAJN, Alexander: “The Contract of Goods Inspection”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 14, 1965, 383-394. (Inspection)

GOODE, Roy M.: “England”, *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 51-58. (Formation)

- GOODE, Roy M.: "Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, January 1997, 1-46. (Usage)
- GOODE, Roy / KRONKE, Herbert / MCKENDRICK, Ewan: *Transnational Commercial Law: Text, Cases, Materials*, Oxford University Press, 2007.
- GOPALAN, Sandeep: *Transnational Commercial Law*, William S.Hein&Co.Inc., Buffalo, New York, 2004.
- GÖĞER, Erdoğan: *Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı)*, Üçüncü Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.356, Ankara, 1975.
- GRAHAM, John L.: "Vis a Vis: International Business Negotiations", *International Business Negotiations*, 2nd Edition, Ed: Pervez N. GHOURI, Jean-Claude USUNIER, Elsevier Ltd., UK, 2003, 23-50.
- GRAVES, Jack: "Penalty Clauses and the CISG", *Journal of Law and Commerce*, Vol.30, 2012, 153-172. (CISG)
- GRAVES, Jack: "Penalty Clauses as Remedies: Exploring Comparative Approaches to Enforceability", *Touro Law Review*, Vol.29, 2013, 681-694. (Penalty)
- GRAY, Peter / COOPER, Jim: "Promises to Negotiate in Good Faith: Are They Enforceable?", *International Company and Commercial Law Review*, 3(6), 1992, 227-229.
- GREENBERG, Marcia E.: "International Contracts: Problems of Drafting and Interpreting, and the Need for Uniform Judicial Approaches", *Boston University International Law Journal*, Vol.5, 1987, 363-387.
- GRIFFIN, Bernardette: *The Law of International Trade*, Second Edition, Butterworths, 1993.
- GROSHEIDE, F.Willem: "The Gentleman's Agreement in Legal Theory and In Modern Practice – The Dutch Civil Law Perspective", *Netherland's Reports to the XVth International Congress of Comparative Law*, Antwerp/ Groningen, Bristol 1998, 91-114.
- GROVE, Kelda: "The Doctrine of Good Faith in Four Legal Systems", *Construction Law Journal*, Vol.15, No.4, 1999, 265-287.
- GRUSON, Michael: "Governing Law Clauses Excluding Principles of Conflict of Laws", *The International Lawyer*, Vol.37, No.4, Winter 2003, 1023-1036.
- GUITTARD, Stephen W.: "Negotiating and Administering an International Sales Contract with the Japanese", *International Lawyer*, Vol. 8, No. 4, 1974, 822-831.
- GÜÇER, Sülün: "Lex Mercatoria in International Arbitration", *Ankara Bar Review*, 30-39.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: *Cezai Şart*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002.

- GÜNGÖR, Gülin: *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı - Restatement II, Roma Sözleşmesi, İsviçre LDIP, MÖHUK*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- GÜRİZ, Adnan: *Hukuk Başlangıcı*, 15. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2013.
- GÜRPINAR, Damla: *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006.
- GÜRİSOY, Yaser: *Dış Ticaret İşlemleri*, Ekin Yayınevi, 7. Baskı, Bursa, 2012.
- GWYNNE, Richard: "Governing Law and Dispute Resolution", *Structuring International Contracts*, Ed: Dennis CAMPBELL, Kluwer Law International, 1996, 275-288.
- HAERYNCK, Wouter: "Drafting Hardship Clauses in International Contracts", *Structuring International Contracts*, Ed: Dennis CAMPBELL, Kluwer Law International, 1996, 231-242.
- HAFEZ, Karim: "The General Principles of Law Applicable to International Disputes", *Arbitration*, 1998, 64(1) Sup (Supplement), S1-15.
- HAGE-CHAHINE, Najib: "Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation", *Northwestern Journal of International Law&Business*, Vol.32,, Issue 3, 2012, 451-540.
- HAMZA, Samir M.: "Egypt", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 99-119.
- HARPER, Fowler V. / TAINOR II, Charles W. / CARNAHAN, Charles Wendell / BROWN, Ralph S.: *Conflict of Laws, Cases and Materials*, The Bobbs-Merill Company Inc. Publishers, 1950.
- HASSAN, Tariq: "The Principle of Good Faith in the Formation of Contracts", 5 *Suffolk Transnational Law Journal*, Vol. 5:1, 1980-1981, 1-52.
- HATZIMIHAİL, Nikitas: "The Many Lives – And Faces – of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law", Ağustos 2008, Erişim adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1222865, Erişim tarihi: 25.06.2015.
- HECKE, Georges A. van: "Choice of Law Provisions in European Contracts", *International Contracts: Choice of Law and Language*, Ed.: Willis L.M.REESE, Thirtieth Anniversary Symposium of the Parker School of Foreign and Comparative Law Columbia University, 8-9 Aralık 1961, Oceana Publications, 1962, 44-53. (Choice of Law)
- HECKE, Georges A. van: "Contracts Subject to International or Transnational Law", *International Contracts*, Eds.: Hans SMIT / Nina M. GALSTON / Serge L. LEVITSKY, *Parker School of Foreign and Comparative Law*, Columbia University, Matthew Bender, 1981, 25-50. (Contracts)

HISCOCK, Mary E.: "The Keeper of the Flame: Good Faith and Fair Dealing in International Trade", *Loyola of Los Angeles Review*, Vol.29, April 1996, 1059-1070.

HEIDEMANN, Maren: *Methodology of Uniform Contract Law, The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*, Springer, 2007. (Methodology)

HEIDEMANN, Maren: "Methodology of Uniform Contract Law – The UNIDROIT Principles as a Source of Law", *European Business Law Review*, 2007, 709-767. (Source)

HEIDEMANN, Maren: *Does International Trade Need A Doctrine of Transnational Law?, Some Thoughts at the Launch of a European Contract Law*, Springer, UK, 2012. (Transnational)

HERMANN, Adolf H.: *International Trade Terms, Standard Terms for Contracts for the Sale of Goods*, Graham&Trotman/Martinus Nijhoff, 1993.

HOLLAND, Deborah L.: "Drafting Dispute Resolution Provision in International Commercial Contracts", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol.7, Issue 2, 2000, 451-479.

HOMBURGER, Thomas C. / SCHUELLER, James R.: "Letters of Intent – A Trap for the Unwary", 37 *Real Property, Probate and Trust Journal*, 2002-2003, 509-535.

HOSKINS, Henry: "Contractual Obligations to Negotiate in Good Faith: Faithfulness to the Agreed Common Purpose", 130 (1) *Law Quarterly Review*, 2014, 131 vd.

HOUTTE, Hans van: *The Law of International Trade*, Second Edition, Sweet&Maxwell, London, 2002.

HUSSERL, Gerhart: "The Foreign Fact Element in Conflict of Laws", *Virginia Law Review*, Vol.26, No.3, 1940, 243-274. (Part I)

HUSSERL, Gerhart: "The Foreign Fact Element in Conflict of Laws, Part II: Defining and Characterizing the Fact Element in Conflict Cases", *Virginia Law Review*, Vol.26, 1940, 453-485. (Part II)

ICC: "11 Principles to Facilitate Commercial Negotiation", Erişim adresi: <http://store.iccwbo.org/t/ICC-Principles-to-Facilitate-Commercial-Negotiation>, Erişim tarihi: 10.03.2016. (Principles)

ICC: "Developing Neutral Legal Standards for International Contracts, A-national Rules as the Applicable Law in International Commercial Contracts with Particular Reference to the ICC Model Contracts", Erişim adresi: http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing_Neutral_Legal_Standards_Int_Contracts.pdf, Erişim tarihi: 10.03.2016. (Standards)

ICC: *ICC Force Majeure Clause 2003 – ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication, No: 650, Paris, 2003. (Force Majeure)

- ICC: *ICC Model Confidentiality Agreement – ICC Model Confidentiality Clause*, ICC Publication, No: 664, Paris, 2006. (Confidentiality)
- ILDIR, Gülgün: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- IŞINTAN, Pelin: *Sözleşme Müzakereleri*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009.
- İGEME: *Dış Ticarete Sözleşmeler ve Müzakereler*, Hazırlayan: Asım ÇALIŞ, İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Kasım 2007.
- JACKSON, Shy: "Pre-contractual Negotiations: Recent Trends in the Interpretation of Contracts", *Construction Law Journal*, 2007, 23(4), 268-275.
- JARAMILLO-VARGAS, Jorge: "Lex Mercatoria –A Flexible Tool to Meet Transnational Trade Law Needs Today", *Revist@ e-Mercatoria Volumen 1, Numero 2*, 2002.
- KABOĞLU, İbrahim: "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 8, 1991, 291-322, Erişim adresi: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/kaboglu.pdf, Erişim tarihi: 01.08.2014.
- KADENS, Emily: "Order within Law, Variety within Custom: The Character of the Medieval Merchant Law", *Chicago Journal of International Law*, Vol.5, No.1, Article 6, 2004, 38-65.
- KAHN-FREUND, O.: *General Problems of Private International Law*, Sijhoff & Noordhoff, 1980, USA.
- KAMATH, Vijay: "Analysis of Principles of European Contract Law as an Autonomous Lex Mercatoria", Nisan 2010, Erişim Adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1613142, Erişim Tarihi: 30.07.2015.
- KAZMA, Sedef Burçin: "Incoterms 2000, Incoterms 2010 Değişiklikleri ve Türk Ticaret Hukuku'nda Incoterms", İstanbul, 2011. Erişim adresi: http://www.agchukuk.com/dosyalar/uluslararası_ticari_satılarda_teslim_klozlari_incoterms-20.PDF, Erişim tarihi: 19.04.2014.
- KEMER, Osman Barbaros: *Pratik Dış Ticaret Teknikleri Teori-Uygulama*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2003.
- KERR, Charles: "The Origin and Development of The Law Merchant", *Virginia Law Review*, Vol. 15, 1928-1929, 350-367.
- KILIÇ, Mehmet: "Ticaret Hukuku Alanında Arabuluculuk", *Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler*, Ed: Ceyda SÜRAL / Ekin ÖMEROĞLU, Seçkin Yayınları, 2015, 128-140.

- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012.
- KING JR, Henry T.: "Selecting and Dealing with Foreign Lawyers", *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M.ARETTY, ABA Publishing, USA, 2000, 147- 157.
- KIRCA, Çiğdem: *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları No: 411, Ankara, 2004.
- KIRCA, İsmail: "Kredi Teminat Aracı Olarak Himaye Beyanı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı:1-4, Ankara, 1995, 451-475. (KIRCA, İ.)
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: "Milletlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXIV, Sayı 1, 2006, 259-290.
- KLEIN, Andrew R.: "Devil's Advocate: Salvaging the Letter of Intent", *37 Emory Law Journal*, 1988, 139-169.
- KLEIN, John / BACHECHI, Carla: "Precontractual Liability and the Duty of Good Faith Negotiation in International Transactions", *17 Houston Journal of International Law*, 1, 1994-1995.
- KLOTZ, James M.: "Drafting Dispute Resolution Clauses in International Sales Agreements", *New Jersey Lawyer Magazine*, August 2006, no.241, 16-22.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014.
- KOHL, Benoit: "Clauses Which Put an End to Contract and Clauses Which Survive the Contract: Part 2", *International Business Law Journal*, 2002, ¾, 443-460.
- KONARSKI, Hubert: "Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice", *International Business Law Journal*, 2003, 405-428.
- KONERU, Phanesh: "The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles", *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol.6, 1997, 105-152.
- KOSTRITSKY, Juliet P.: "Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Holdup Problem", *SMU Law Review*, Vol.61, 2008, 1377-1439.
- KÖKSAL, Tunay: *Uluslararası Ticarete Pratik Bilgiler ve Yaygın Kullanılan Belgeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- KREINDLER, Richard H.: "Practical Issues in Drafting International Arbitration Clauses", *Arbitration*, 1997, 63(1), 47-55.

- LAKE Ralph B.: "Letters of Intent: A Comparative Examination Under English, U.S., French and West German Law", 18 *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1984-1985, 331-354.
- LANDO, Ole: "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", *International Comparative Law Quarterly*, Vol.34, October 1985, 747- 768. (Lex Mercatoria)
- LANDO, Ole: "Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification?", *Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration Review*, Vol. 8, 2003, 123-135. (Principles)
- LANDO, Ole: "How The Principles of European Contract Law (PECL) Were Prepared", 8 *European Journal of Law Reform*, 2006, 478-483. (PECL)
- LANGEN, Eugen: *Transnational Commercial Law*, Sijthoff International Publishing, 1973.
- LEWICKI, Roy J. / SAUNDERS, David M. / BARRY, Bruce: *Negotiation, Readings, Exercises and Cases*, Sixth Edition, McGraw-Hill , 2010.
- LONCLE, Jean-Marc / TROCHON, Jean Yves: "The Negotiating Phase of International Contracts", *International Business Law Journal*, 1997, Vol.1, 3-37.
- LORENZEN, Ernest G.: *Cases and Materials on Conflict of Laws*, 6th Edition, American Case Book Series, West Publishing Co., 1951.
- LOVERANES, Ruth: " 'Termination for Convenience' Clauses", 14 *The University of Notre Dame Australia Law Review*, 2012, 103-124.
- MACKIE, Karl: "Developments in International Mediation", *Türkiye’de Arbuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler*, Ed: Ceyda SÜRAL / Ekin ÖMEROĞLU, Seçkin Yayınları, 2015, 21-35.
- MACNAUGHTON, Ann L. / FAGAN, Wayne I.: "A Checklist for Negotiators Representing Small to Medium-Sized Companies in the Global Marketplace", *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M.ARETTY, ABA Publishing, USA, 2000, 203-209.
- MACNEIL, Ian R.: "A Primer of Contract Planning", *Southern California Law Review*, Vol.48, 1975, 627-704.
- MACQUEEN, Hector L.: "Good Faith", *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Eds: Hector L. MacQueen, Reinhard Zimmerman, Edinburg Studies in Law, Vol.2, Edinburg University Press, 2005, 43-73. (2005)
- MANIRUZZAMAN, Abul F.M.: "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration", *American University International Law Review* Vol.14, ,1999, 657-736.

MANN, F.A.: "The Proper Law of The Contract", *International Law Quarterly*, Vol.3, January 1950, 60-78.

MARRELLA, Fabrizio: "Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: A Shock or A New Chapter of Contemporary Private International Law?", *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed: Ahmet Cemil YILDIRIM / Serhat ESKİYÖRÜK, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 76-87.

MASKOW, Dietrich: "Hardship and Force Majeure", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.40, 1992, 657-669.

MASTELLONE, Carlo: "Choice of Law and Jurisdiction Clauses in Cross-Border Agency and Distribution Agreements From an EU Perspective", *UIA Seminar: The Issues Which Really Count for Clients in International Agency, Distribution and Franchising Agreements – An Update for Some, An Eye Opener*, Atlanta 1-2 May 2009, Erişim adresi:

http://www.studiomastellone.it/pdf/Choice%20of%20law%20and%20jurisdiction%20clauses_REPORT.pdf, Erişim tarihi: 05.12.2015.

MATTEI, Ugo: "The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.43, 1995, 427-444.

MCCALL, J.B. / WARRINGTON, M.B.: *Marketing by Agreement, A Cross-Cultural Approach to Business Negotiations*, John Wiley and Sons, 1984.

MCCARTNEY, Robert C.: "The Use of Choice of Law Clauses in International Commercial Contracts", *Wayne Law Review*, Vol.6, 1960, 340-379.

MCKENDRICK, Ewan: "Interpretation of Contracts and the Admissibility of Pre-Contractual Negotiations", *Singapore Academy Law Journal*, Vol.17, 2005, 248-276. (Interpretation)

MCKENDRICK, Evan: *Contract Law*, Tenth Edition, Palgrave Macmillan Law Masters Series, 2013. (Contract)

MCLAUCHLAN, David: "The Entire Agreement Clause: Conclusive or a Question of Weight?", *The Law Quarterly Review*, 2012, 128 (Oct), 521-540.

MEISELLES, Michala: *International Commercial Agreements*, Edinburg University Press, 2013.

MELEMEN Mehmet: *Uygulamalı Uluslararası Ticaret İşlemleri*, 2. Baskı, Türkmen Kitapevi, İstanbul, 2012.

MILENKOVIC-KERKOVIC, Tamara: "Origin, Development and Main Features of the New Lex Mercatoria", *Economics and Organisation*, Vol.1, No:5, 1997, 87-91.

MORRIS, J.H.C. / McCLEAN, David / BEEVERS, Kish: *The Conflict of Laws*, Sweet&Maxwell, 2005, London.

- MUGASHA, Agasha: "Good Faith Obligations in Commercial Contracts", *International Business Lawyer*, Vol.27, September 1999, 355-364.
- MULLER, Christoph / RISKE, Oliver: "Arbitration Agreement by Letter of Intent Under Swiss and French Law", *International Business Law Journal*, Vol.3, 2013, 191-215.
- NEDZEL, Nadia E.: "A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability", *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol.12, 1997, 97-158.
- NIERENBERG, Gerard I.: *Fundamentals of Negotiating*, Harper&Row Publishers, 1973.
- NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- ODEKE, Ademuni, *Law of International Trade*, Blackstone Press Ltd, 1999.
- OĞUZ, Arzu: "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku, (Lex Mercatoria)- Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2001, C.50, 11-53. (Lex Mercatoria)
- OĞUZ, Arzu: "Lex Mercatoria Kurallarında İyiniyetin Rolü", *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed: Ahmet Cemil YILDIRIM / Serhat ESKİYÖRÜK, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 179-188. (İyiniyet)
- OĞUZMAN, Kemal M. / ÖZ, Turgut M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 11.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- OĞUZTÜRK, Burcu: *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ÖZDEMİR, Hatice: "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında 'Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme' ve 'Uluslararası Sözleşme' Kavramları", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 73, Sayı 10-11-12, 1999, 926-941. (Yabancılık Unsuru)
- ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl: 30, Sayı: 1-2, 2010, 27-88. (Doğrudan Uygulanan Kurallar)
- ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: "Türk ve Çin Milletlerarası Özel Hukuk Sistemlerinde Sözleşmelere İlişkin Düzenlemeler", *İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi*, 12-14 Haziran 2012, İstanbul, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2013, 195-216. (Sözleşmeler)
- ÖZEL, Sibel: "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl: 22, Sayı: 1-2, Prof.Dr. Ergin Nomer'e Armağan, İstanbul, 2002, 577-617. (Objektif Bağlama)

- ÖZEL, Sibel: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008. (Tahkim)
- ÖZKAN, Işıl: *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayıncılık, Eylül 2003.
- ÖZKAN, Ömer: “Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar”, *Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi*, Sayı:4, Ekim 2004, 1-49. (Ömer, Ö.)
- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- PALMIERI, Nicola W.: “Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations”, *24 Seton Hall Law Review*, Vol.24, 1993, 70-209.
- PEDEN, Elisabeth / CARTER, J.W.: “Entire Agreement – And Similar – Clauses, The University of Sydney, *Sydney Law School, Legal Studies Research Paper* No: 07/53, July 2007, Erişim adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003946, Erişim tarihi: 25.02.2016.
- PEEL, Edwin: “Agreements to Negotiate in Good Faith”, *Contract Formation and Parties*, The Oxford-Norton Rose Law Colloquium, Ed: Andrew BURROWS / Edwin PEEL, Oxford University Press, UK, 2010, 37-60.
- PERILLO, Joseph M.: “Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol.5, 1997, 5-28.
- Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law: “Choice of Law in International Commercial Contracts: Hague Principles?”, *15 Uniform Law Review*, 2010, 883-903, Erişim adresi: <http://109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/XV-3-4-0883.pdf>, Erişim tarihi: 10.12.2015.
- PERROTT, D.L.: “International Sales Agreements”, *International Trade: Law and Practice*, Vol.1, Eds: Julian D.M. LEW, Clive Stanbrook QC, Euromoney Publications, London, 1990, 1-23.
- PERTEGAS, Marta / MARSHALL, Brooke Adele: “Party Autonomy and Its Limits: convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol.39/3, 2014, 975-1002.
- PHILIPPE, Julie M.: “French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol.12, 357-399.
- PITEL, Stephen G.A. / RAFFERTY, Nicholas S.: *Conflict of Laws*, Irwin Law, Canada, 2010.
- POLAT, Malike: *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

- RAMBERG, Jan: *ICC Guide to Incoterms 2010*, ICC Publication, No: 720E, 2011. (Incoterms)
- RAMBERG, Jan: *International Commercial Transactions*, Fourth Edition, ICC Norstedts Juridik AB, 2011. (Commercial)
- RANDALL, John: "Express Termination Clauses in Contracts", *Cambridge Law Journal*, Vol.73, March 2014, 113-141.
- REESE, Willis L.M.: "The Law Governing International Contracts", *International Contracts*, Eds.: Hans SMIT / Nina M. GALSTON / Serge L. LEVITSKY, Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Matthew Bender, 1981, 3-23.
- REİSOĞLU, Seza: "Hukuki Açidan Akreditif ve Uygulama Sorunları", *Bankacılar Dergisi*, Sayı:52, 2005, 39-55, Erişim adresi: https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/hukuki_acidan.pdf, Erişim tarihi: 25.02.2016. (Uygulama)
- REİSOĞLU, Seza: *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif*, 2. Baskı, Ankara, 2009. (Akreditif)
- REUVID, Jonathan / SHERLOCK, Jim: *An Essential Guide to The Principles and Practice of Export*, ICC, UK, 2011.
- RIBEIRO, Robert: *Drafting Techniques and Precedents*, Thorogood, London, 2003.
- RIGAUX, François: "Definition of The Applicable Law to Precontractual Relationship", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 147 vd.
- RIOUX, Catherine / VAILLANCOURT, Patrice: "Breakdown in Negotiations – The Binding Effect of a Letter of Intent", *Lavery Business*, No: 2, Eylül 2009, Canada, 2009, Erişim adresi: <http://www.worldservicesgroup.com/publications.asp?action=article&artid=3062>, Erişim tarihi: 05.08.2015.
- ROBIN, Guy: "Punitive Damages in International Transactions", *International Business Law Journal*, 2004, 3, 247-267. (Damages)
- ROBIN, Guy: "The Principle of Good Faith in International Contracts", *International Business Law Journal*, Vol.6, 2005, 695-727. (Goodfaith)
- ROBINSON, Stanley: *Drafting, Its Application to Conveyancing and Commercial Documents*, Butterworths, London, 1980.
- ROOT, Franklin R. / KRAMER, Roland L. / D'ARLIN, Maurice Y.: *International Trade and Finance, Theory, Policy, Practice*, 2. Edition, South-Western Publishing Company, Ohio, 1966.

- ROUGIER-BRIERRE, Guillaume: "The Particularities of Contractual Negotiation and Practice in China", *International Business Law Journal*, 2007, 151-170.
- ROZOVICS, Michelle J.: "Drafting Multiple-Language Contracts", *Gpsolo*, Vol.28, April/May 2011, 14-18.
- SADROLEŞRAFİ, Hüseyin Ali: *Şematik Devletler Özel Hukuku, Giriş, Genel Esaslar ve Özel Bağlama Kuralları*, İzmir, 1991.
- SALACUSE, Jeswald W.: *Making Global Deals, Negotiating in the International Marketplace*, Houghton Muffin Company, Boston, 1991.
- SARGIN, Fügen: *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- SCHLECHTRIEM, Peter: *Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1986.
- SCHMIDT, Johanna: "Preliminary Agreements in International Contract Negotiation", *Houston Journal of International Law*, Vol.6, 1983, 37-62. (Preliminary)
- SCHMIDT, Johanna: "Letters of Intent", *International Business Law Journal*, 2002, Vol.34, S: 257-270. (Letters of Intent)
- SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna: "France", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, 89-97.
- SCHMITTHOFF, Clive M.: *International Trade Usages*, ICC, Publication II 440/4, France, 1987. (Usages)
- SCHMITTHOFF, Clive M.: "The Limits of Party Autonomy", *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Ed: Chia-Jui CHENG, Martinuss Nijhoff Publishers, 1988, 584-597. (Party Autonomy)
- SCHWARTZ, Alan / SCOTT, Robert E.: "Precontractual Liability and Preliminary Agreements", *Harvard Law Review*, Vol.120, No.3, January 2007, 661-707.
- SCHWENZER, Ingeborg: "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", *Victoria U. Wellington Law Review*, Vol.39, 2008, 709-725.
- SCHWENZER, Ingeborg / HACHEM, Pascal / KEE, Christopher: *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012.
- SCOTT, Robert E.: "Hoffman v. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance", *Ohio State Law Journal*, Vol.68, 2007, 71-101.
- SEROZAN, Rona: "'Culpa in Contrahendo', 'Akdiin Müsbet İhlali' ve 'Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme' Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç

- İlişkisi", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, No 18, 1968, 108-129. (Culpa in Contrahendo)
- SEROZAN, Rona: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006. (Borçlar)
- SEViğ, Vedat R.: "Borçlanma Ehliyetini Yöneten Kanun (Türkiye ile Almanya, Çekoslovakya, Fransa, İngiltere ve İsviçre’de)", *M.H.A. Dergisi*, 5, 79-103.
- SHELDRIK, Andrew W.: "Capacity, Sovereign Immunity and Act of State", *International Trade: Law and Practice, Vol.II*, Eds: Julian D.M. LEW, Clive Stanbrook QC, Euromoney Publications, London, 1990, 27-34.
- SHÚILLEABHÁIN, Máire Ní: "Formalities of Contracting: A Cost-Benefit Analysis of Requirements That Contracts be Evidenced in Writing", *Dublin University Law Journal*, Vol. 27, 2005, 113-150.
- SILVA, Antonio: "The Role of Consent in the Formation of Contract in Comparative Private Law", *International Journal of Baltic Law*, Vol.1, No. 2, February 2004, 117-127.
- SMITH, Stephen A.: *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6th Edition, Clarendon Law Series, Clarendon Press, Oxford, 2005.
- SONO, Kazuaki: "Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A Shift Above the Comparative Law", *International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures*, Ed: Paul VOLKEN / Petar SARKEVIC, Oceana Publications, Yugoslavia, 1989, 111-132.
- STEILLINGWERF, Frank / MANTESE, Gerard: "Letters of Intent", *Michigan Bar Journal*, November 2000, Business Law, Erişim Adresi: http://www.manteselaw.com/files/letters_of_intent.pdf, Erişim tarihi: 20.01.2015.
- STEYN, Justice: "The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy?", *Arbitration*, 1992, 58(1), 51-56.
- SÜRAL, Ceyda: *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.
- ŞAHİN, Arif: *İhracatta Ödeme Şekilleri*, İGEME – İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Mart 2002. (Ödeme 1)
- ŞAHİN, Arif: *İhracatta Ödeme Şekilleri*, İGEME – İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Eylül 2009. (Ödeme 2)
- ŞANLI, Cemal: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, No.181, Ankara, 1986. (Tahkim)
- ŞANLI, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması*, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005. (Ticari Akitler)
- ŞANLI, Cemal / EKŞİ, Nuray: *Uluslararası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

TAMER, Ahmet: “Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 4, Sayı 4, Temmuz 2013, 731-770.

TARMAN, Zeynep Derya: “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.57, Sa.2, 2008, 193-221.

TARRANT, John: “Preliminary Agreements”, 3 *University of New England Law Journal*, 2006, 151-186.

TAYLOR, Charles M.: “Understanding the Game and the Playing Field”, *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M.ARETTY, ABA Publishing, USA, 2000, 173-188.

TEKİNALP, Gülören: “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk – MÖHUK m.24 ve Zımni Hukuk Seçimi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 1, Yıl 5, 1085, 28-31.

TEKİNALP, Gülören / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

TERKI, Nour-Eddine: “Penalty Clauses and ‘Take or Pay’ Clauses in International Long-Term Contracts”, *International Business Law Journal*, Vol.2, 2014, 109-130.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Yayınları, No. 503, Ankara, 1996.

TOKER, Ali Gümrah: *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

TRAKMAN, Leon E.: “The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage – Part II: The Modern Law Merchant”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol.12 No. 2, January, 1981, 153-182. (Part II)

TRAKMAN, Leon E.: *The Law Merchant: Evolution of Commercial Law*, Fred B. Rothman&Co., Littleton, Colorado, 1983. (Law Merchant)

TRAKMAN, Leon E.: “From The Medieval Law Merchant to E-Merchant Law”, *University of Toronto Law Journal*, Vol.53, 2003, 265-304. (E-Merchant Law)

TROCAN, Laura Magdalena: “Foreign Element – Distinguishing Factor of Private International Law Rapports to Internal Law Legal Rapports”, *Annals of ‘Constantin Brancusi’ University of Targu Jiu*, Juridical Sciences Series, Issue 3/2014, 69-76.

TURAN BAŞARA, Gamze: “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, *Çankaya University Journal of Law*, 7/1, Mayıs 1020, 1-22.

- TURHAN, Turgut: *Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, No.324, Ankara, 1997. (Para Kayıtları)
- TURHAN, Turgut: *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1989. (Haksız Fiil)
- ULUOCAK, Nihal: *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (Uygulama Kuralları)*, Filiz Kitapevi, İstanbul 1989.
- UNCITRAL: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985 with amendments as adopted in 2006, Viyana, 2008, Erişim adresi: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, Erişim tarihi: 27.07.2015.
- USUNIER, Jean Claude: "Cultural Aspects of International Business Negotiations", *International Business Negotiations*, 2nd Edition, Ed: Pervez N. GHOURI, Jean-Claude USUNIER, Elsevier Ltd., UK, 2003, 97-135.
- VICTOR, David A.: "Cross Cultural Awareness", *The ABA Guide to International Business Negotiations, A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 2nd Edition, Ed: James SILKENAT; Jeffrey M. ARESTY, ABA Publishing, USA, 2000, 97-112.
- VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales: "The Formation of Contracts & The Principles of European Contract Law", *Pace International Law Review*, Vol.13, 2001, 371- 397. (Formation)
- VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales: "Modification and Termination of the Contract (Art.29 CISG)", *Journal of Law and Commerce*, Vol.25, 2005-2005, 167-180. (Modification)
- VOGENAUER, Stefan: "Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations", *Contract Terms, The Oxford-Norton Rose Law Colloquium*, Ed: Andrew BURROWS, Edwin PEEL, Oxford University Press, Oxford, 2007, 124-150.
- VRIES, Henry P. de: "Choice of Language in International Contracts", *International Contracts: Choice of Law and Language*, Ed.: Willis L.M. REESE, Thirtieth Anniversary Symposium of the Parker School of Foreign and Comparative Law Columbia University, 8-9 Aralık 1961, Oceana Publications, 1962, 14-22. (Language)
- VRIES, Henry P. de: "International Pre-Contractual Obligations", *International Contracts*, Eds.: Hans SMIT / Nina M. GALSTON / Serge L. LEVITSKY, Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Matthew Bender, 1981, 51-91. (Precontractual)
- YALMAN, Süleyman: *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- YILDIRIM, Ahmet Cemil: "Solid, Liquid and Gas Forms of the New Lex Mercatoria: How Do They Operate in Practice", *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed: Ahmet Cemil YILDIRIM / Serhat ESKİYÖRÜK, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, 5-26.

YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

YILMAZ, Hamdi: “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur ‘Culpa in Contrahendo’ ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Gelişmeler”, *Yargıtay Dergisi*, Sayı 3, Temmuz 1985, 234-252.

ZACCARIA, Elena Christine: “The Dilemma of Good Faith in International Commercial Trade”, *Macquaire Journal of Business Law*, 2004, Vol 1, 101-112. (Goodfaith)

ZACCARIA, Elena Christine: “The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade”, *International Trade & Business Law Review*, vol.9, 2005, 135-181. (Changed Circumstances)

ZAPHIRIOU, George A.: “Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements”, *Maryland Journal of International Law*, Vol.3, Issue 2, 2013, 311-334.

ZIMMERMAN, Reinhard: “Ius Commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea”, 1-42, *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Eds: Hector L. MacQueen, Reinhard Zimmerman, Edinburg Studies in Law, Vol.2, Edinburg University Press, 2005.

ZELLER, Bruno: “Penalty Clauses: Are They Governed by CISG?”, *Pace University International Law Review Online Companion*, Vol.23, No.1, Winter 2011, 1-14.

WELTER, Reinhard: “Bills of Exchange in International Trade”, *International Contracts and Payment*, Ed: Petar SARKEVIC / Paul VOLKEN, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, UK, 1991, 87-108.

WENWEN, Liang / XIONGBING, Qiao: “Party Autonomy in the Applicable Law to Rights in Rem to Movables Under the Chinese Act on the Law Applicable to Civil Relations with a Foreign Element: A Comparative Review”, *Frontiers of Law in China*, Vol.9, No.3, September 2014, 446-463.

WETHMAR-LEMMER, Marlene: “The Development of The Modern Lex Mercatoria: A Historical Perspective”, *Fundamina*, 11, 2005, 183-199.

WHITTAKER, Simon: “Termination Clauses”, *Contract Terms, The Oxford-NortonRose Law Colloquium*, Ed: Andrew BURROWS, Edwin PEEL, Oxford University Press, Oxford, 2007, 254-284.

WINDBICHLER, C.: “Lex Mercatoria”, 8740-8743, *International Encyclopedia of the Social&Behavioral Sciences*, Ed: Neil J. SMELSER / Paul B. BALTES, Elsevier, Oxford, 2001.

WINHAM, Gilbert R.: “The Evolution of the World Trading System – The Economic and Policy Context”, *International Trade Law*, Ed: Daniel BETHLEHEM / Donald MCRAE / Rodney NEUFELD / Isabelle VAN DAMME, Oxford University Press, 2009, 5-29.

WOLFF, Norris D.: "Letters of Intent, Preliminary Agreements and Binding Acquisition Agreements", 111 *Banking Law Journal*, 1992, 292-301.

WOLFF, Martin: "The Choice of Law by the Parties in International Contracts", 49 *Jurisd. Rev.*, 1937, 110-132. (M. WOLFF)

WU, Dolly: "Timing the Choice of Law by Contract", *North Western Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol.9, Issue 7, Spring 2011, 401-438.

İnternet Siteleri

Beckonline veritabanı : www.beckonline.org

CISG Database: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>

Heinonline veritabanı : www.heinonline.org

Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com

The Law Dictionary, (2nd Ed.): www.thelawdictionary.org UN Commission on International Trade Law: www.uncitral.org



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : AYHAN İZMİRLİ, Lâle
 Uyuğu : T.C.
 Doğum tarihi ve yeri : 03.01.1983, Ankara
 Medeni hali : Evli
 Telefon : 05553416966
 e-posta : ayhanlale@gazi.edu.tr

Eğitim Derecesi	Okul/Program	Mezuniyet Yılı
Yüksek Lisans	Gazi Üniversitesi Avrupa Birliği Hukuku	2010
Lisans	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2006
Lise	Kartal Burak Bora Anadolu Lisesi	2001
İş Deneyimi, Yıl	Çalıştığı Yer	Görev
2009 - devam ediyor	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi
2007-2008	Ünal Hukuk Bürosu	Stajyer Avukat

Yabancı Dili

İngilizce : Çok iyi
 İspanyolca : Başlangıç

Yayınlar

1. AB ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması, Seçkin Yayınları, 2012.
2. "Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesine Göre Uluslararası Satımlarda Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, sayı 2 (Nisan 2011).
3. "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresinde Hazırlanan Belgeler ve Bunların Hukuki Değeri Hakkında Bir Değerlendirme", Devletler Özel Hukuku Sempozyumu III, 2 Kasım 2016, GÜ Hukuk Fakültesi.

Hobiler

Kampçılık, kayak, tüplü dalış, trekking, tırmanış, keman, tango, salsa, bachata.



GAZİ GELECEKTİR..

