

# Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması'nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi (\*)

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Derya TARMAN LL.M.

*Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi  
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı  
E-posta: ztarman@ku.edu.tr*

## Özet

Devletlerin milletlerarası ticaretin en temel sözleşmelerinden biri olan satım sözleşmesine ilişkin maddi hukuk kurallarının birbirinden farklı olması, milletlerarası ticaretin serbestçe gelişmesini engellemektedir. Tarafların, aralarındaki yabancılik unsuru taşıyan uyumsuzluğun, hangi hukuk kurallarına tabi olacağını bilmemesi bir güvensizlik yaratır. Bunu aşmanın yollarından birisi, satım sözleşmesi hakkında yeknesak maddi hukuk kuralları kabul etmektir. Milletlerarası mal satışlarında maddi hukukun birleştirilmesi amacıyla, 11 Nisan 1980 tarihinde **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması** imzalanmıştır. Antlaşma, Viyana'da imzalanmış olması nedeniyle, "Viyana Satım Antlaşması" (Antlaşma) olarak adlandırılmaktadır. Antlaşma, taşınır mallar hakkındaki milletlerarası satım sözleşmelerine ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Amaç, satım sözleşmesi ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyumsuzlukları mümkün olduğunca Antlaşma hükümleri çerçevesinde çözmektir. Dünya ticaretinin önemli bir kısmını elinde bulunduran devletlerin taraf olduğu Antlaşma, 1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla Türkiye'de yürürlüğe girmiştir. Bu çalışmanın konusu, temel olarak Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı ve Sözleşme hükümlerinin milletlerarası özel hukuk kuralları ile olan ilişkisinin tespit edilmesidir. Türk hakimi önüne gelen milletlerarası unsurlu bir mal satım akdine ilişkin uyumsuzlukta, öncelikle uyuş-

---

(\*) Bu tebliğ, 7 Ekim 2011 tarihinde Koç Üniversitesi'nde gerçekleştirilen "Milletlerarası Akdi Borç İlişkilerine Dair Esaslar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar" konulu Konferansta da sunulmuş ancak daha önce yayımlanmamıştır.

mazlık konusunun CISG kapsamına girip girmediğini araştırmalı, CISG'in uygulanmayacağı sonucuna varırsa MÖHUK'un ilgili maddesi çerçevesinde uygulanacak hukuku tespit etmelidir. Buna karşılık Türk hakimi önündeki olaya CISG'in uygulanacağı sonuca varsa dahi, MÖHUK'a başvurması söz konusu olacaktır. Zira CISG karşılaşılan tüm hukuki sorunları çözmediğinden MÖHUK hükümlerine dayanarak uygulanacak maddi hukukun belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkacaktır. Tebliğde, Antlaşma'nın yabancılık unsuru taşıyan bir satım sözleşmesine hangi koşullar altında uygulanacağı, diğer bir ifadeyle Antlaşma'nın uygulama alanı ele alınacaktır. Bu kapsamda özellikle Antlaşma'nın ilk 6 maddesine ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

Anahtar kelimeler: Viyana Satım Antlaşması, uygulama alanı, doğrudan ve dolaylı uygulama, bertaraf etme imkanı, MÖHUK

### **Abstract**

#### **New Era in Turkish Sales Law: The Effect of the Vienna Sales Convention on International Sales Contracts**

The difference between states' substantive law rules on sales contracts, which is one of the most fundamental contracts of international business, hinders the free development of international commerce. If the law which should be applied to the dispute with a foreign element is unforeseeable to the parties, this may create legal uncertainty. One of the ways to overcome this issue is to adopt uniform substantive law rules on sales contracts. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods was signed on 11 April 1980 in order to unify substantive law rules on international sales of goods. The convention is known as "the Vienna Sales Convention" as it was signed in Vienna. The Vienna Sales Convention contains the rules on international sales contracts on movable goods. The purpose is to resolve the potential disputes on sales contracts within the framework of the Convention as much as possible. The Vienna Sales Convention, whose parties are the states that are the main actors in world trade, entered into force on 1 August 2011 in Turkey. The subject of this paper is mainly to identify the scope of the Convention and the relationship between the provisions of the Convention and the conflict of law rules. If a Turkish court is dealing with a dispute arising out of an international sales contract, the court should primarily investigate if CISG is applicable to the dispute. In case the court decides that CISG is not applicable, the applicable law will be determined according to the relevant articles of the Turkish Private International Law Code. Consequently, even a Turkish court

decides that CISG is applicable; the Turkish Private International Law Code might still be applicable. Since CISG does not cover all the legal issues arising out of a sales contract, the need for determination of the applicable substantive law according to the conflict of law rules still exists. This paper is going to address under which circumstances the convention will be applied to a sales contract with a foreign element, in other words the scope of the convention will be discussed. In this regard, especially the first six articles of the Convention will be explained.

KEYWORDS: Vienna Sales Convention, scope, direct and indirect application, derogation, Turkish Private International Law Code

## I. Giriş

Devletlerin milletlerarası ticaretin en temel sözleşmelerinden biri olan satım sözleşmesine ilişkin maddi hukuk kurallarının birbirinden farklı olması, milletlerarası ticaretin serbestçe gelişmesini engellemektedir. Tarafların, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığın, hangi hukuk kurallarına tabi olacağını bilmemesi bir güvensizlik yaratır. Bunu aşmanın yollarından birisi, satım sözleşmesi hakkında yeknesak maddi hukuk kuralları kabul etmektir. Milletlerarası mal satışlarında maddi hukukun birleştirilmesi amacıyla, 11 Nisan 1980 tarihinde **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması** imzalanmıştır<sup>1</sup>. İngilizce, Fransızca, İspanyolca, Rusça, Çince ve Arapça olmak üzere altı resmi dilde kaleme alınan bu Antlaşma, Viyana'da imzalanmış olması nedeniyle, "Viyana Satım Antlaşması" (Antlaşma) veya İngilizce kısaltması olan "CISG" (Convention on Contracts For The International Sale Of Goods) olarak adlandırılmaktadır. Antlaşma, taşınır mallar hakkındaki milletlerarası satım sözleşmelerine ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Amaç, satım sözleşmesi ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları mümkün olduğunca Antlaşma hükümleri çerçevesinde çözmektir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> United Nations Convention on Contracts For The International Sale Of Goods (CISG). Birleşmiş Milletler'in Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Komisyonu [UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)] tarafından hazırlanan Viyana Satım Antlaşması, m.99/f.1 uyarınca onuncu ülkenin Antlaşma'yı onaylaması tarihinden itibaren on iki aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer. 11 Aralık 1986 tarihinde ABD, Çin ve İtalya'nın Antlaşma'yı onaylaması ile onay sayısı on bire yükselmiştir. Bunun üzerine Viyana Satım Antlaşması 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>2</sup> Viyana Satım Antlaşması konusunda bilgi için bkz. Atamer Yeşim, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İstanbul 2008; Atamer Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (Atamer, CISG olarak kısaltılmıştır); Erdem Ercüment, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında

Bugün dünya ticaretinin dörtte üçü, CISG'e taraf ülkelerde bulunan işletmeler arasında gerçekleşmektedir. Antlaşması'ya İngiltere, İrlanda, Malta, Portekiz ve Güney Kıbrıs hariç olmak üzere Avrupa Birliği'ne üye devletlerden 22'si, aralarında ABD, Kanada, Çin<sup>3</sup>, Japonya, Rusya ve Meksika dahil olmak üzere toplam 78 ülke taraftır<sup>4</sup>. Taraf ülkeler arasında Türkiye'nin İran dışındaki tüm komşuları yer almaktadır. Bunun yanı sıra, Moldovya ve Azerbaycan hariç olmak üzere Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütü üyesi 10 devlet bu Antlaşma'ya taraftır. Genel kanı, Antlaşma'nın yeknesak hukukun başarılı bir metni olduğu yönündedir<sup>5</sup>. CISG'in başarısının ölçüsü, yalnızca 78 ülke tarafından onaylanmış olması değildir. Bu başarı, Avustralya, Yeni Zelanda, ABD, Singapur gibi Anglosakson hukuk geleneğine sahip ülkeler ile kıta Avrupası ülkelerinin yanı sıra karma sisteme sahip ülkeler, eski Sovyet ülkeleri (Çin, Rusya Federasyonu, Bulgaristan) ve hatta İslam hukukuna ait unsurlar içeren devletler (Mısır, Irak, Suriye) dahil olmak üzere tüm hukuki gelenekleri temsil eden beş kıtadan ülke tarafından bu Antlaşma'nın kabul edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır<sup>6</sup>.

Antlaşma, Türkiye'de 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>7</sup>. Taraflardan birinin işyerinin Türkiye'de olduğu milletlerarası bir satım ilişki-

---

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Sözleşmesi), BATİDER 1992/3, s. 25-105; Atamer Yeşim, Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı, İstanbul Barosu Dergisi, 1995, C.69/N.10-12, s. 551-568; Toker Ali Gümrah, Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005. Schlechtriem Peter/Schwenzer Ingeborg, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford University Press, 3 ed., Oxford 2010; Schlechtriem Peter/Schwenzer Ingeborg, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, Beck, 5. Aufl., München 2008 (Schlechtriem/Schwenzer); Schlechtriem Peter/Butler Petra, UN law on international sales: the UN Convention on the International Sale of Goods, Springer, New York 2008.

<sup>3</sup> Çin 1 Ocak 1988 tarihinden beri Antlaşması'ya taraftır. Bkz. [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)

<sup>4</sup> 11 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla taraf ülke sayısı 78'dir. Taraf olan ülkelerin listesi için bkz. ([http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)).

<sup>5</sup> CISG'e ilişkin mahkeme kararlarına elektronik veri bankalarında erişim söz konusudur. Bugüne kadar hiçbir Antlaşma'da ve hukuk uyumlaştırması aracında karşılaşılmamış bir akademik ağ oluşmuş ve bilgi akışı sağlanmıştır.

<sup>6</sup> Kröll Stefan/Loukas Mistelis, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Münih 2011, Giriş, N. 29 vd.; Atamer, CISG, s. 16 vd.

<sup>7</sup> 5870 sayılı Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun için bkz. 14 Nisan 2009 tarihli ve 27200 sayılı Resmi Gazete. Katılım ve antlaşma metni için bkz. 7 Nisan 2010 tarihli ve 27545 sayılı Resmi Gazete. Antlaşma m.91/f.4 uyarınca Türkiye onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgelerini 7 Temmuz 2010 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi etmiştir. Antlaşma, Türkiye bakımından m.99/f.2 uyarınca onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yani 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

sinde, uyuşmazlığın sözleşmenin kurulmasına ilişkin meselelerine Antlaşma'nın II. Kısımında yer alan hükümlerin uygulanabilmesi için icabın yapıldığı tarihte; uyuşmazlığın mal satımına ilişkin meselelerine Antlaşma'nın III. Kısımında yer alan hükümlerin uygulanabilmesi için ise sözleşmenin kurulduğu tarihte Antlaşma'nın Türkiye'de yürürlükte olması gerekmektedir (m.100)<sup>8</sup>. CISG'e taraf olunması ile CISG Türk hukuk düzeninin bir parçası haline gelmiştir. Bundan böyle Türk hakimi yabancılık unsuru içeren bir satım sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit ederken, öncelikle somut olayın CISG'in uygulama alanına girip girmediğini resen belirleyecektir.

Bu çalışmanın amacı, Antlaşma'nın yabancılık unsuru içeren (milletlerarası) satım sözleşmelerine etkisini incelemektir. CISG'in yabancılık unsuru içeren satım sözleşmelerine olan etkisi Antlaşma'nın uygulama alanı ile doğrudan ilgili olduğundan, çalışma CISG'in uygulama alanı ile sınırlandırılmıştır. Zira CISG'in uygulama alanına giren sözleşmelerde kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmeyecek ve doğrudan CISG uygulanacaktır. Buna karşılık, CISG'in uygulama alanı dışındaki milletlerarası mal satım sözleşmelerine uygulanacak hukukun, kanunlar ihtilafı kuralları - MÖHUK<sup>9</sup> m.24 - uyarınca tespit edilmesi söz konusu olacaktır.

## II. Viyanalı Satım Antlaşması'nın Sistematiği

Antlaşma, milletlerarası nitelikte olan ve konusunu menkullerin oluşturduğu satım sözleşmelerine ilişkin kurallar içerir. Bahsedilen bu kurallar, kanunlar ihtilafı kuralları değildir. Diğer bir ifadeyle, CISG yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmeye uygulanacak ulusal hukuku tayin eden bir Antlaşma değildir. Aksine satım sözleşmesi hukukuna ilişkin maddi hukuk kuralları içermektedir.

Antlaşma dört kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda, Antlaşma'nın uygulama alanı ve genel hükümler düzenlenmiş (m.1-13); ikinci kısımda, satım sözleşmesinin kurulmasına ilişkin kurallar hükme bağlanmış (m.14-24). Üçüncü kısımda alıcı ve satıcının hakları ve yükümlülükleri ile sahip oldukları hukuki imkanlar gibi mal satımına ilişkin sözleşmeler hakkında maddi hukuk kuralları öngörülmüş (m.25-88) ve dördüncü kısımda çeşitli çekinceler ve uluslararası kamu hukukuna ait diğer hükümler (m.89-101) düzenlenmiştir.

<sup>8</sup> Antlaşma'nın zaman bakımından uygulama alanına ilişkin olarak bkz. Çelikel Aysel/Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012, s. 348 vd.

<sup>9</sup> Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK). Bkz. 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmi Gazete.

### III. Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulama Alanı

Türk hakiminin, yabancılik unsuru taşıyan bir satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlerken, uyuşmazlık konusuna ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası bir sözleşmenin uygulama alanı bulup bulmayacağını tespit etmesi gerekmektedir. Zira MÖHUK m.1/f.2 uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır. Dolayısıyla; milletlerarası bir mal satım sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık konusunda yetkili mahkemenin öncelikle somut olayın Antlaşma'nın uygulama alanına girip girmediği hususunu resen belirlemesi gerekmektedir. Bu nedenle, CISG hükümlerinin hangi şartlar altında uygulanacağını incelenmesi önem taşımaktadır.

#### 1. Konu İtibariyle Uygulama Alanı

Antlaşma'nın uygulanmasının ön koşulu, bir satım sözleşmesinin söz konusu olmasıdır. Satım sözleşmesi Antlaşma'da tanımlanmamıştır. Ancak Antlaşma'nın m.30'a göre, satıcı malı teslim edip malın mülkiyetini nakletmek ve m.53 uyarınca alıcı da buna karşılık semeni ödemek ve malları teslim almakla yükümlüdür. Bu maddelerden yola çıkarak, satım sözleşmesi taraflardan birinin diğer tarafa söz konusu malı sağlamak ve mülkiyetini devretmek, diğer tarafın ise malı kabul etmek ve gerekli miktarı ödemek zorunda olduğu sözleşmeler olarak tanımlanabilir<sup>10</sup>. Para ile malın değiş tokuş edildiği bir sözleşmenin söz konusu olması gerektiği kabul edildiğinden, trampa sözleşmelerinin CISG'in düzenleme alanına girmediği genel kabul görmektedir<sup>11</sup>. Her ne kadar Türk hukuku dahil olmak üzere (Borçlar Kanunu m.283<sup>12</sup>), birçok ulusal hukuk düzeninde trampa sözleşmesinin satım sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı atfı ile karşılaşılmaktaysa da, bu yaklaşımın Antlaşma'ya aktarılması reddedilmektedir<sup>13</sup>. Trampa-satım karması sözleşmelerde bakımından ise hangi edimin ağır bastığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Doktrinde distribütör, tek satıcı veya ticari mümessil ile akdedilen sözleşmeler CISG kapsamında değerlendirilmemektedir<sup>14</sup>. Bu sözleşmelerden

<sup>10</sup> Schechtriem/Schwenzer, Art. 1, N. 14; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Berlin, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2005 (Staudinger/Magnus), Art. 1, N. 13; Atamer, CISG, s. 36.

<sup>11</sup> Mistelis/Kröll, CISG, Art.1, N. 30; Schechtriem/Schwenzer, Art. 1, N. 18; Staudinger/Magnus, Art. 1, N. 29;

<sup>12</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Bkz. 4.2.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

<sup>13</sup> Zeytin Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 56.

<sup>14</sup> Mistelis/Kröll, CISG, Art.1, N. 33; Schechtriem/Schwenzer, Art. 1, N. 16 (a); Huber Peter/Mullis Alastair, The CISG, A new Textbook for students and practitioners, Sellier 2007, s. 48. Bu konudaki kararlar için bkz. Mistelis/Kröll, CISG, Art.1, dn.41.

kaynaklanan uyuşmazlıkların ilgili devletler özel hukuku kuralları uyarınca tespit edilecek ülke hukukuna göre çözülmesi gerekecektir. Buna karşılık; distribütörlük sözleşmesi çerçevesinde yapılan münferit satım sözleşmeleri CISG'a tabidir. CISG kapsamında ele alınıp alınmayacağı tartışmalı olan bir sözleşme türü, finansal kiralama (leasing) sözleşmesidir. Zira bu tür sözleşmelerde sık sık kiralayana malı satın alma opsiyonu tanınmaktadır. Doktrinde, kiralaayanın kullanma menfaatinin malı satın alma menfaatine nazaran ağır basması nedeniyle CISG'ın uygulanmayacağını görüşü savunulduğu gibi<sup>15</sup>, leasing sözleşmesinin içeriğine göre bir ayrıma gidilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir<sup>16</sup>.

Antlaşma m.3, Antlaşma'nın uygulama alanını genişleten bir maddedir. CISG m.3/f.1 uyarınca, Antlaşma nihai malların satımına ilişkin sözleşmeler hakkında uygulama alanı bulmasının yanı sıra, imal edilecek malların teslimine ilişkin bir sözleşme, sipariş eden tarafın malın üretimi veya imali için gerekli olan maddenin önemli bir kısmını sağlamaması şartıyla satım sözleşmesine denk tutulmuştur<sup>17</sup>. Örneğin, satıcının on ton üzümü yetiştirmesi veya bir makineyi imal etmesi ve daha sonra bunları satması da satım sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu kuralın uygulanabilmesi için imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin kural olarak satıcı tarafından temin edilmesi gerekir. Eğer bu malzemenin esaslı bir bölümünü alıcı temin etmişse artık CISG kapsamında değerlendirilebilecek bir satım sözleşmesi söz konusu olmaz. CISG m.3/f.2, belirli bir hizmetin verilmesini kapsayan sözleşmelere (karma sözleşme) ilişkindir. Karma sözleşmelerde satım unsurlarının ağır basması halinde yine CISG uygulanabilecektir. Karma sözleşmelerde, vaat edilmiş hizmetin değeri, devredilecek olan malın değerinden yüksek olmadığı müddetçe satım sözleşmesi olarak kabul edilir. Dolayısıyla reklam, montaj, eğitim gibi bir hizmeti de içeren karma sözleşmelerde, hakim in hangi edimin ağır bastığını tespit etmesi gerekecektir.

<sup>15</sup> Leasing sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların CISG kapsamı dışında tutulmasının hukuka uygun olacağı hakkında bkz. Schlechtriem/Schwenzer, Art.1, N. 16; Huber/Mullis, s. 48; Zeytin, s. 56.

<sup>16</sup> Atamer, sözleşmelerde tarafların iradesinin ön planda tutarak sözleşmenin ağır basan yönünü tespit etmek ve buna göre bir sonuca varmanın doğru olacağını belirtmektedir. Atamer, CISG, s. 37; Staudinger/Magnus, Art. 1, N. 34; Mistelis/Kröll, CISG, Art.1, N. 35.

<sup>17</sup> Bu sözleşme Alman ve İsviçre hukukunda "*Werklieferungsvertrag*" olarak tanımlanmakta ve Almanya'da bu tür sözleşmeler taşınır bakımından, kanun ile satım hükümlerine tabi tutulmaktadır (§ 651 BGB). Türk hukukunda Tandoğan bu sözleşmeleri "eser teslimi akitler" olarak nitelendirmekte ve "emek" veya "malzeme" unsurunun ağır basmasına göre, sırasıyla eser veya satım hükümlerini uygulamaktadır. Bkz. Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982, s. 31.

Antlaşma m.2, Antlaşma'nın uygulama alanı bulmadığı satımları altı bent halinde saymıştır. İlk üç bentte Antlaşma'nın uygulama alanı dışında tutulan satım sözleşmesi türleri, sonraki üç bentte ise Antlaşma'nın uygulama alanı dışında tutulan satım konusu mallar düzenlenmiştir. CISG'in uygulama alanı dışında tuttuğu satım sözleşmeleri, tüketici satımları, artırma yoluyla yapılan satışlar, adli makamlarca mahcuz malların satımı veya bu makamların diğer herhangi bir kararına dayanarak yapılan satımlardır. Bu satışlara ilişkin olarak ulusal hukuk düzenlerinde var olan kurallar uygulanır.

Tüketici satımlarının CISG kapsamı dışında bırakılmasının başlıca nedenleri arasında tüketici satımlarının birçok ülkede emredici kurallar ile düzenlenmiş olduğu ve tüketici satımlarının çoğu kez milletlerarası nitelikte olmayacağı düşüncesi yer almaktadır<sup>18</sup>. CISG, tüketici satımına ilişkin kendisi bir tanım vermiş olduğundan ulusal hukuklardaki tüketici sözleşmelerine ilişkin tanımlar dikkate alınmaz<sup>19</sup>. Antlaşma, tüketici satımını mala ilişkin kullanım amacını esas alarak tanımlamaktadır. Mal, özel kullanım amaçları için temin edilmişse satım sözleşmesi CISG'a tabi olmaz. Alıcının malı ne amaçla temin ettiği sözleşmenin kurulması anına göre belirlenir<sup>20</sup>. Malların daha sonradan hangi amaçla kullanılmış oldukları CISG'ın uygulanması bakımından önem taşımamaktadır. Alıcı malı sözleşmenin kurulduğu anda kişisel kullanımı için satın almış ise, daha sonra malı ticari bir amaçla kullanmış olması CISG'ın uygulanacağı anlamına gelmez. Alıcı malı önce ticari bir amaçla satın almış ve daha sonradan kişisel amaçla kullanmış olsa dahi CISG uygulanmaya devam eder. Bu ilkenin altında yatan neden, sözleşmenin kurulduğu anda hukuki kesinliği temin etmektir.

CISG kapsamında değerlendirilen mallar taşınır mallardır. Dolayısıyla taşınmaz malların veya fikri mülkiyet haklarının satımına ilişkin sözleşmeler Antlaşma'nın uygulama alanı dışında kalmaktadır. Bunun yanı sıra, CISG'ın uygulama alanı dışında bıraktığı mallar, m.2'de sayılmıştır. Buna göre, (d) bendinde, menkul kıymet, kambiyo senedi, para<sup>21</sup>; (e) bendinde

<sup>18</sup> Tiryakioğlu Bilgin, 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşme'nin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi, AÜHFD1989-1990, s. 201; Atamer, CISG, s. 40.

<sup>19</sup> Staudinger/Magnus, Art.2, N. 30.

<sup>20</sup> Staudinger/Magnus, Art.2, N. 11.

<sup>21</sup> (d) bendinde sayılan değerlerin satımı açısından iç hukuklarda sık sık emredici hükümlerin var olması ayrıca bunların mal olarak nitelendirilmesinin mümkün olmaması nedeniyle böyle bir sınırlama getirilmiştir. Ancak senedin doğrudan malı temsil ettiği hallerde örneğin konişmeto, emtia senedi gibi belgeler zaten eşya üzerindeki mülkiyetin nakline yaradığından CISG uygulama alanı bulur.



gemi ve uçaklar uygulama alanından çıkarılmıştır. Son olarak, (f) bendinde elektrik enerjisi de diğer istisnalardan biri olarak belirtilmiştir. Elektrik enerjisinin menkul mal olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda ülkeler arasında bir fikir birliğinin olmaması nedeniyle Antlaşma'nın kapsamı dışında bırakılmıştır. Buna karşılık, petrol, doğalgaz gibi başka enerji kaynakları açısından bir sınırlama getirilmemiş olması nedeniyle (f) bendinin kıyasen bunlara uygulanması reddedilmektedir<sup>22</sup>.

## 2. Milletlerarası Unsur

CISG'in uygulanabilmesi için ikinci şart, sözleşme taraflarının işyerlerinin sözleşmenin kurulduğu anda iki farklı ülkede bulunmasıdır. Satım sözleşmesini milletlerarası kılan, CISG anlamında ona yabancılik unsuru katan ve böylelikle CISG'in uygulanmasını gerektirendiren nokta budur. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi, tarafların vatandaşlığı, sözleşmenin kuruluş ve ifa yeri gibi milletlerarası özel hukukta kabul edilen türde bir yabancılik unsuru<sup>23</sup> içerse dahi, tarafların işyerleri farklı devletlerde bulunmadıkça CISG'in uygulanması bakımından bir milletlerarası satım akdinin varlığı kabul edilmemektedir<sup>24</sup>. Aynı şekilde, satılan malın milletlerarası taşınması veya malın sınır ötesi teslimi gibi bir şart da aranmamaktadır. İşyerinden ne anlaşılması gerektiği Antlaşma'da tanımlanmamıştır. Ancak doktrinde verilen tanıma göre, sözleşme tarafının mesleki faaliyetini fiilen ve ağırlıklı olarak yürüttüğü yer işyeridir<sup>25</sup>. Bu yerin en azından belirli bir süre için faaliyet gösterecek bir organizasyonunun olması gerekir. Dolayısıyla fuardaki standlar, geçici satış büroları, sadece reklam işleri ile uğraşan veya sadece siparişleri kabul eden irtibat büroları işyeri olarak nitelendirilmemektedir<sup>26</sup>. Milletlerarası satım sözleşmelerinin taraflarının farklı ülkelerde birden fazla işyerleri bulunabilir. Böyle bir durumda *sözleşme taraflarının işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması* şartındaki işyerlerinin tespitinde, birden fazla işyeri bulunan sözleşme tarafının hangi işyerinin esas alınacağı

<sup>22</sup> Schlechtriem/Schwenzer, Art. 2, N. 46; Staudinger/Magnus, Art.2, N. 50; Atamer, CISG, s. 46.

<sup>23</sup> Milletlerarası özel hukukta genel olarak bir hukuki olay veya ilişkinin yabancılik unsuru (milletlerarası unsur) taşıması için ya taraflar farklı devlet vatandaşları olmalı, ya farklı devletlerde ikametgah veya mutad mesken sahibi olmalı, ya da uyumsuzluğun konusu yabancı bir ülkede bulunmalı veya söz konusu olay veya ilişki tamamen veya kısmen yabancı bir ülkede meydana gelmiş olmalıdır. Çelikel/Erdem, s. 8.

<sup>24</sup> Tiryakioğlu, AÜHFD, s. 194.

<sup>25</sup> Staudinger/Magnus, Art. 1, N. 63; Atamer, CISG, s. 49; Erdem, s. 43; Toker, s. 37. İşyerinin tanımı hakkında kararlar için bkz. Mistelis/Kröll, CISG, Art. 1, dn.71.

<sup>26</sup> Cour d'appel Paris, 22.4.1992, CISG-Online N. 222. Staudinger/Magnus, Art. 1, N. 64; Zeytin, s. 43.

sorusu akla gelmektedir. Antlaşma m.10 (a) bendi uyarınca, esas alınacak işyeri, sözleşmenin yapılmasından önce veya sözleşmenin yapılması sırasında tarafların bildikleri veya bilebilecek durumda oldukları, sözleşme veya onun ifası ile en sıkı ilişki içinde olan işyeridir.

### 3. Âkit Devletle Bağlantı

CISG'ın uygulanabilme şartlarından sonuncusu, m.1'de yer almaktadır. Buna göre, olayın CISG'a taraf olan bir devletin hukukuyla bağlantısının olması gerekir. Bu bağlantıyı iki şekilde kurmak mümkündür: Bu Antlaşma, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmelerine, (a) bu devletlerin âkit devletler olması veya (b) milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır.

#### a. Doğrudan Uygulanabilirlik

Antlaşma'nın uygulanma olasılıklarından ilki, CISG m.1 (a) bendi uyarınca alıcı ve satıcının işyerlerinin farklı âkit devletlerde bulunmasıdır. Bu durumda CISG doğrudan uygulanacaktır. CISG m.1 (a) bendi, Antlaşma'nın uygulanması için temel hüküm niteliğindedir. Türk mahkemelerinin milletlerarası bir satım sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuku tespit ederken kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmadan önce, CISG'ın uygulanıp uygulanmayacağını incelemesi gerekir. Şayet CISG uygulanıyorsa, kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaya gerek yoktur, çünkü milletlerarası bir sözleşme olan CISG öncelikli uygulanır.

#### b. Dolaylı Uygulanabilirlik

Antlaşma'nın uygulanması konusunda diğer seçenek olan m.1 (b) bendi uyarınca, uyuşmazlık konusunda yetkili mahkemenin devletler özel hukuku kurallarının âkit bir devletin hukukunun uygulanmasını göstermesi halinde CISG uygulanabilecektir. Antlaşma, satım sözleşmesi taraflarının ya da bunlardan birinin âkit devletlerde işyerleri bulunmasa dahi milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde dolaylı uygulama alanı bulmaktadır (m.1/f.1b).

CISG m.1 (b), aslında devletler özel hukuku kurallarının uygulanmasının Antlaşma'ya yansımalarıdır. Zira forum ülkesi Antlaşma'ya taraf olmasa da, bu devletin sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin gerek objektif gerekse sübjektif kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukuk, CISG'a taraf bir ülkenin hukuku ise CISG'ın o ülkenin

iç hukuku olarak uygulanması söz konusu olacaktır<sup>27</sup>. Ancak bu bendin uygulanmasına CISG m.95 uyarınca çekince koyma imkanı vardır. Çin, ABD, Çek Cumhuriyeti, Singapur ve Slovakya m.1(b) hükmüne çekince koyan ülkelerdir. O halde uyuşmazlık konusunda yetkili mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca çekince koyan ülkelerin hukukları uygulandığında, söz konusu ülkelerin ulusal satım hukuku kuralları CISG'in önüne geçer.

**Örnek I:** *İşyeri Pekin'de bulunan alıcı ile işyeri İstanbul'da bulunan satıcı arasında bir mal satım sözleşmesi yapılmış olsa bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara hangi hukuk uygulanır?*

Satım sözleşmesi taraflarının işyerinin bulunduğu Türkiye ve Çin CISG'a taraf ülkelerdendir. Her iki tarafın işyerleri âkit devletlerde bulunduğundan CISG m.1/f.1 (a) bendi uyarınca doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Çin'in CISG m.95 uyarınca CISG m.1/f.1 (b) bendine çekince koymuş olmasının bu ihtimalde bir önemi yoktur. Dava Türkiye'de değil, Çin'de karara bağlansaydı da sonuç değişmeyecekti, kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacak ve CISG uygulanacaktır.

**Örnek II:** *Alıcının işyeri, Antlaşma'ya taraf olmayan İngiltere'de; satıcının işyeri ise Çin'de bulunmaktadır. Satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık konusunda İngiliz mahkemesi yetkilidir ve İngiltere'nin kanunlar ihtilafı kuralları, Çin hukukuna atıfta bulunmaktadır. Uyuşmazlığa CISG mi yoksa Çin ulusal satım hukuku mu uygulanacaktır?* CISG m.1/f.1 (a) bendi İngiltere Antlaşma'ya taraf olmadığından uygulama alanı bulmaz. Bunun yanı sıra, Çin, m.95 uyarınca m.1/f.1(b) hükmünün uygulanmasına çekince koyduğundan CISG dolaylı olarak da uygulanamayacaktır. Çin, CISG'e taraf olmasına rağmen, çekince nedeniyle söz konusu olayda CISG uygulanmayacaktır. Dava, İngiltere'de değil, Çin'de karara bağlansaydı da sonuç değişmeyecektir.

#### IV. Viyanalı Satım Antlaşması Tarafından Düzenlenmeyen Hususlar

Antlaşma'nın milletlerarası satım hukukuna ilişkin yeknesak kurallar kabul eden bir antlaşma olduğu dikkate alınacak olursa, bu alandaki kanunlar ihtilafı kurallarının işlevsiz kalacağı düşünülebilir. Ancak böyle bir durum söz konusu değildir<sup>28</sup>. CISG, milletlerarası satım hukukuna ilişkin doğabilecek her türlü sorunun çözümü için tasarlanmamıştır. Satım hukukuna ilişkin bazı hususlar, CISG tarafından hiçbir şekilde düzenlenme-

<sup>27</sup> Çelikel/Erdem, s. 353.

<sup>28</sup> Mistelis/Kröll, CISG, Giriş, N. 5.

miştir (harici boşluk). Sözleşmenin geçerliliği ve satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri Antlaşma'nın uygulama alanı dışındadır (m.4). Satıcının, satılan malın bir kimsenin ölümüne ya da yaralanmasına yol açması nedeniyle doğan sorumluluğu (ürün sorumluluğu) da Antlaşma'nın kapsamı dışında bırakılmıştır (m.5). Bu alanlarda Antlaşma hukukun yeknesaklaştırılması amacını gütmemiş ve sorunun çözümünü ulusal hukuklara bırakmıştır. CISG tarafından düzenlenmeyen hususlar hakkında, forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek milli hukuk yetkili olacaktır. Sözleşmenin geçerliliğine ilişkin sorunlar, Türk hukukunda MÖHUK m.24, satılan malların mülkiyetine ilişkin sorunlar m.21, satılan malın bir kimsenin ölümüne ya da yaralanmasına yol açması nedeniyle doğacak sorumluluk, m.36 uyarınca uygulanacak milli hukuka göre karara bağlanacaktır. Bu nedenle, CISG'in uygulandığı hallerde dahi, uygulanacak hukukun MÖHUK uyarınca belirlenmesi ihtiyacı gündeme gelebilir.

**Örnek III:** *Türk bir tacir, Çinli bir tacirden araba satın almış, daha sonra arabanın çalıntı olduğu anlaşılmıştır. Türk tacir, arabanın mülkiyetini kazanmış mıdır?* Alıcının ne şekilde ve hangi şartlar altında arabanın maliki olarak kalmakta devam edeceği sorusu, iç hukukun çözüm getireceği bir meseledir. Davanın bir Türk mahkemesinde görülmesi durumunda, arabanın üzerindeki mülkiyet hakkı işlem anında malın bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır (MÖHUK m.21). Buna karşılık, mülkiyeti kazanamamış olan alıcının hangi haklara sahip olduğu CISG kapsamında değerlendirilecektir.

Bir satım sözleşmesinin CISG'e tabi olduğunun çok açık olduğu durumlarda dahi, söz konusu satım sözleşmesinde uygulanacak hukuka ilişkin bir kloza yer vermek CISG tarafından düzenlenmeyen hususlar bakımından yerinde olacaktır. Harici boşluklar dışında, Antlaşma kapsamına girmekle beraber Antlaşma'da açıkça cevaplanmamış hukuki konular da olabilir (dahili boşluk). Boşluğun türüne göre doldurulma yöntemi de değişmektedir. Örneğin sözleşmenin geçerliliği konusu bilinçli olarak CISG kapsamı dışında bırakılmış olduğundan, bu konudaki boşluk (harici boşluk) doğrudan forum devletinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukuka göre doldurulacaktır. Buna karşılık, takas hakkı, ispat yükü, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, faiz oranı gibi dahili boşluklar açısından m.7/f.2 önce CISG içinden bir çözüm üretilmesini öngörmektedir<sup>29</sup>. Hakim CISG'da düzenlenen konulara ilişkin bir boşluğun varlığını tespit eder-

<sup>29</sup> Schlechtriem/Schwenzer, Art. 7, N. 27 vd.

se, m.7/f.2 uyarınca, boşluğu Antlaşma'nın genel ilkelerine<sup>30</sup> uygun olarak dolduracaktır. Diğer bir ifadeyle, hakim CISG çerçevesinde hukuk yaratmaya çalışacaktır. Genel ilkelerin mevcut olmadığı veya bu ilkelere başvurulmasına rağmen meselenin çözümsüz kalması halinde, son çare olarak uygulanması gereken milli hukuka başvurulabilecektir.

### V. Viyanalı Satım Antlaşması'nın Uygulanması ve Bertaraf Edilmesi

İşyerleri Çin ve Türkiye'de bulunan iki teşebbüs arasında 1 Ağustos 2011 tarihinde akdedilen bir satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta Türk hakimi, uygulanacak hukuku MÖHUK uyarınca tespit edecektir. Ancak somut olaya uygulanacak milletlerarası bir antlaşmanın varlığı halinde Anayasa m.90 ve MÖHUK m1/f.2 uyarınca söz konusu antlaşmanın öncelikle uygulanması gerekmektedir. 1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla Antlaşma'sı'ya taraf olduğumuza göre, öncelikle somut olayın Antlaşma'nın uygulama alanına girip girmediği hususu belirlenecektir. Antlaşma m.1/f.1(a) bendi uyarınca, Antlaşma, işyerleri farklı âkit devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmelerine uygulanacaktır. Çin âkit devlet olduğuna göre, yetkili Türk mahkemesi somut olaydaki uyuşmazlıkta Antlaşma'yı resen uygulamak durumundadır. Antlaşma, tarafların bu yönde seçimi olmasa dahi uygulama alanına giren satım sözleşmelerine uygulanır. Diğer bir ifadeyle, CISG'in uygulanması için tarafların CISG'in uygulanması yönünde bir irade beyanında bulunmalarına ihtiyaç yoktur. Uygulanacak hukuk konusunda vardığımız bu sonuç, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yapmamaları haline ilişkindir.

Antlaşma'nın hükümleri emredici değildir, yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Taraflar, Antlaşma'nın uygulanmasını bertaraf edebilir veya bazı hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler (m.6)<sup>31</sup>. Milletlerarası bir satım sözleşmesine Antlaşma hükümlerinin uygulanmaması, ancak tarafların iradelerinin bu konuda uyuş-

<sup>30</sup> Genel ilkelerden kast edilen, Antlaşma'nın temelinde yatan ilkelere dir. Diğer bir ifadeyle, ilkenin Antlaşma'nın metninden veya sistematüğinden çıkartılabilmesi gerekir. Gerek doktrin gerek uygulamada CISG'in dayandığı temel ilkeler arasında CISG'e ilişkin kabul edilen genel ilkeler: irade özerkliği, pacta sunt servanda, dürüstlük kuralı, güvenin korunması, tarafların önceliği, şekil serbestisi, sözleşmenin sona erdirilmesi imkanının sınırlı olması, zararın artmasını engelleme kulfeti, işbirliği yükümlülüğü, mantıklı ve makul olanın ölçü alınması, önce ifa yükümlülüğünün bulunmaması ilkesi sayılmaktadır. Kröll/Mistelis, CISG, Giriş, N. 18; Atamer, CISG, s. 117 vd.; Huber/Mullis, s. 34; Staudinger/Magnus, Art.7, N.41.

<sup>31</sup> CISG m.12 hükmü saklı kalmak kaydıyla taraflar hükümleri değiştirebilirler. CISG m.12, âkit devletlerin CISG m.11'de kabul edilmiş olan şekil serbestisi kuralına m.96 uyarınca bir çekince koymuş olması halinde, tarafların aksine bir düzenleme yapamayacağını öngörmektedir.

muş olması halinde mümkündür. Bu uyuşma, açık veya zımni olabilir<sup>32</sup>. CISG'in uygulanması arzu edilmiyorsa bertaraf etme yönündeki iradenin açıklanması gerektiğinden, CISG'in *opt-out* yaklaşımını benimsediği kabul edilir. Bu irade, kural olarak satım sözleşmelerine konulan uygulanacak hukuk klozları ile açıklanır. Taraflar aralarındaki mal satım sözleşmesinde "*Bu sözleşmeye CISG hükümleri uygulanmaz.*" şeklinde bir kloza yer verebilirler. Tarafların aralarındaki sözleşmeye bu tarz bir ifade eklemiş olmaları halinde, CISG'in uygulanmaması konusunda açık bir irade uyuşmasının varlığı kabul edilir. Yetkili mahkeme, tarafların iradelerinin Antlaşma'nın uygulanmayacağı konusunda uyuştüğünü tespit ederse, uyuşmazlığa Antlaşma yerine seçilmiş olan, böyle bir seçim yapılmamışsa kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan hukuku uygulayacaktır. Uluslararası alanda faaliyet gösteren birçok büyük ölçekli şirket, ulusal hukukun güvenilir temellerini veya genel işlem şartlarını terk etmemek için, satım sözleşmesine uygulanacak hukuku seçmek yoluyla Antlaşma'nın uygulanmasını engellemektedir. Özellikle birçok yabancı teşebbüs, gelişmekte olan ülkelerle yapılan satış sözleşmelerinde uygulanacak hukuk olarak kendi hukukunu dayatmak istemekte ve bu amaçla, Antlaşma'yı kapsam dışında bırakmaktadır.

Hukuk seçiminde dikkat edilmesi gereken husus, Antlaşma'ya taraf olan bir ülke hukukunun - örneğin 1 Ağustos 2011 tarihinden sonra Türk hukukunun - seçilmesi halinde Antlaşma'nın uygulanıp uygulanmayacağı noktasındadır. Sözleşmeye "*Bu sözleşme Türk hukukuna tabidir.*" şeklinde bir klozun yazılmış olmasının hukuki etkisinin üzerinde durmak gerekir. Bir devletin Antlaşma'ya taraf olması Antlaşma hükümlerinin o devletin iç hukuku haline gelmiş olması anlamına gelir. Dolayısıyla tarafların satım sözleşmelerinde uygulanacak hukuk olarak "*Türk hukuku*"nu seçmeleri durumunda, bu seçim milletlerarası mal satım sözleşmeleri bakımından taraf olunan Antlaşma'yı da kapsayacaktır. Bugün gerek doktrinde, gerek mahkeme kararlarında baskın görüş, satım sözleşmesinde Antlaşma'ya taraf bir devletin hukukuna atıfta bulunulması durumunda Antlaşma'nın uygulanacağı yönündedir<sup>33</sup>. Bu durumda tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin anlamsız olduğu düşünülebilir. Ancak varılan bu sonuç isabetli değildir. Zira sözleşmede yapılmış olan hukuk seçimi CISG'deki boşlukları doldururken önem taşıyabilir. Uygulamada, taraflar Antlaşma'ya taraf bir ülkenin hukukunu seçmekle aslında o ülkenin bir parçası haline gelmiş olan

<sup>32</sup> Zımni irade uyuşmasının tespiti meselesi her zaman kolay olmayıp, bir dizi olay grubu bakımından tartışmalıdır. Bkz. Atamer, CISG, s. 60.

<sup>33</sup> Atamer, CISG, s. 61; Çelikel/Erdem, s. 353; Schlechtriem/Schwenzer, Art.6, N. 22.

Antlaşma ile bağılı olduklarını gözardı edebilmektedir<sup>34</sup>. Bu nedenle, milletlerarası mal satım sözleşmelerinin uygulanacak hukuk klozları kaleme alınırken bu hususa dikkat edilmesi gerekir. Antlaşma'nın uygulanması istenmiyorsa bu husus açıkça belirtilmelidir. "Bu sözleşmeye Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması hariç olmak üzere Türk hukuku uygulanır" veya "Bu sözleşmeye Türk Borçlar Kanunu/Türk Ticaret Kanunu satım hukuku hükümleri uygulanır" şeklindeki klozlar, uyumsuzluk halinde Antlaşma'nın uygulanmasını engelleyecektir. CISG'in uygulanması istenmiyorsa bu tarz açık klozlara yer verilmesi isabetli olacaktır.

Taraflar, CISG'in uygulama alanı dışında kalan sözleşmelere CISG'in uygulanmasını kararlaştırabilirler. Ancak CISG'in bu tür sözleşmelere uygulanmak üzere seçilmesinin koşulu, uygulanacak milli hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bu tarz bir hukuk seçimine izin vermesidir. Tarafların bu seçimi, belirli bir devletin hukukuna işaret etmediği için Türk hukukunda MÖHUK m.24 anlamında bir devlete ait "hukuk" kavramı dışında kalır<sup>35</sup>. Tarafların, sözleşmelerine "Bu sözleşme CISG'a tabidir" şeklinde bir kloza yer vermeleri halinde, bu ifade bir maddi hukuk atfı olarak yorumlanmakta ve CISG hükümleri bir ülkenin seçilmiş hukuku olarak değil, taraflarca aralarındaki sözleşmeye ithal edilmiş sözleşme şartları olarak uygulanmaktadır<sup>36</sup>. *Opting in* adı verilen bu yöntem, uygulanacak milli hukuka göre bazı sınırlamalara tabi tutulmuş olabilir. Bu durumda, hakim öncelikle sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyecek ve bu hukukta taraflara sözleşme serbestisinin hangi kapsamda verilmiş olduğunu tayin edecektir. Eğer sözleşmede tespit edilen kurallar *lex causae*'nin emredici hukuk düzenlemelerine aykırı ise Antlaşma hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna varılacaktır.

Bu hususta cevaplanması gereken bir diğer soru da şudur: Tarafların, "Bu sözleşme UNCITRAL hukuku hariç olmak üzere Türk hukukuna tabidir." şeklinde bir kloza yer vermeleri CISG'ı dışlamak istedikleri şeklinde yorumlanabilir mi? CISG'i hazırlayan kurumun Birleşmiş Milletler bünyesindeki UNCITRAL olduğu düşünülecek olursa acaba taraflar bu kloz ile CISG'in uygulanmasını bertaraf mı etmek istemişlerdir? Bu klozu yorumlayan Avustralya mahkemesi, söz konusu davada CISG'in bertaraf edildiği sonucuna varmıştır<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Bir sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde, tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (BK m.19). Tarafların aralarındaki yazışmalardan ve görüşmelerden CISG dışında bir hukuk seçimine yönelik iradeleri ispat edilebilirse, sözleşme tarafların gerçek iradesine göre sonuç doğurur.

<sup>35</sup> Çelikel/Erdem, s. 354.

<sup>36</sup> Çelikel/Erdem, s. 354.

<sup>37</sup> 20 Mayıs 2009 tarihli Avustralya Yüksek Mahkeme Kararı (*Olivaylle Pty Ltd v. Flottweg GmbH & Co KGAA*) için bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu>.

## VI. Viyana Satım Antlaşması'nın Tahkim Yargılamasında Uygulanması

Viyana Satım Antlaşması yürürlüğe girdiğinden beri, yalnızca milli mahkemeler önündeki yargılamalarda değil, birçok hakem yargılamasında da uygulanmıştır. Milletlerarası Ticaret Odası'nın aralarında bulunduğu çeşitli tahkim merkezlerinin bir dizi yayınlanmış hakem kararında CISG uygulanmıştır. Bu kararlardan bir tanesi, işyerleri CISG'e taraf olmayan ülkelerde, Tunus ve Hindistan'da bulunan taraflar arasında akdedilmiş bir satım sözleşmesine ilişkindir. Söz konusu uyuşmazlıkta hakem kurulu satım sözleşmesinde yer alan Fransız hukuku lehine yapılmış olan hukuk seçimine dayanarak CISG'i uygulamıştır<sup>38</sup>. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk konusunda kabul edilmiş genel prensip irade muhtariyeti ilkesidir. Buna göre, taraflar uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler<sup>39</sup>.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olduğu durumlarda, hakemler uygulanacak hukuku çeşitli yöntemlerle tespit etmek durumundadırlar. Uygulanacak hukukun tespiti konusunda iki yol söz konusudur: Kanunlar ihtilafı kuralları yardımıyla dolaylı olarak maddi hukukun bulunması ya da kanunlar ihtilafı sistemini kaldırarak doğrudan ilişkiyle bağlantılı ya da uygun olduğu düşünülen maddi kuralların uygulanması<sup>40</sup>. Hakem veya hakem kurulu tahkim yargılamasında uygulanacak usul hukuku kurallarına göre, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit eder. Kurumsal bir tahkim söz konusu ise ve bu kurumun kendi düzenlemeleri kanunlar ihtilafı kuralları içeriyorsa bunlara başvurulur. Bu kurallar CISG'a taraf bir ülkenin hukukuna işaret ediyorsa CISG uygulanabilir. Tahkim kuralları, hakemlere uygun olduğunu düşündükleri hukuku uygulama yetkisini tanıdığı hallerde Antlaşma doğrudan uygulanabilir. Kurumsal tahkim değil de *ad hoc* tahkim söz konusu ise, hakem mahkemesinin tahkim yeri ülkesinin kurallarını uygulaması mümkündür. Uncitral Model Kanunu'nu<sup>41</sup> iç hukukuna aktarmış olan ülkelerde, hakem heyeti uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin kanunlar ihtilafı kuralla-

<sup>38</sup> ICC Final award Case no. 13133: Tunisia vs. India (Yearbook Commercial Arbitration 2010).

<sup>39</sup> Özel Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 121.

<sup>40</sup> Özel, s. 132.

<sup>41</sup> UNCITRAL, milletlerarası ticaret alanında yeknesaklığın sağlanması ve tüm üye ülkelere tavsiye edilmek üzere 1985 yılında UNCITRAL Model Kanunu'nu hazırlamıştır. Bazı ülkeler, millî ve milletlerarası tahkim kanunlarını UNCITRAL Model Kanunu'nu esas alarak hazırlamışlardır. UNCITRAL Model Kanunu'nda 2006 yılında bazı değişiklikler yapılmıştır. Model Kanun için bkz. [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)



rına göre karar verir. Buna karşılık Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>42</sup> m.12(c) uyarınca, hakem veya hakem kurulu uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verir. Sonuç olarak, hakem veya hakem kurulu, CISG'a taraf bir ülkenin hukukunun uygulanacağı sonucuna varmışsa CISG tahkim yargılamasında da uygulanacaktır.

## VII. Sonuç

Antlaşma, 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren milletlerarası mal satım sözleşmeleri bakımından Türk hukuk düzeninin bir parçasını teşkil etmektedir. Türk hakiminin, yabancılik unsuru taşıyan bir satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlerken, öncelikle söz konusu uyuşmazlığın CISG kapsamına girip girmediğini tespit etmesi gerekmektedir. Söz konusu satım sözleşmesinin konu itibarıyla CISG'ın uygulama alanına giren bir satım sözleşmesi olması, sözleşme taraflarının işyerlerinin sözleşmenin kurulduğu anda iki farklı ülkede bulunması (milletlerarası unsur) ve sözleşmenin âkit bir devletle m.1 uyarınca bir bağlantısının olması gerekmektedir. Milletlerarası mal satımına Antlaşma'nın uygulandığı durumlarda, Türk hukukunun satım sözleşmesine ilişkin iç hukuk hükümleri uygulanmayacaktır. Bunun yanı sıra, Türk hukukuna ilişkin bir hukuk seçimi, taraflar aksini kararlaştırmadılarsa, Antlaşma'nın yapılmış bir atf olarak değerlendirilecektir. Bu nedenle, Antlaşma'nın yürürlüğe girmesiyle Türk satım hukukunda yeni bir dönemin başladığını söylemek mümkündür.

Antlaşma'nın Türkiye'de yürürlüğe girmesinden sonra, Türk uygulamacılar, CISG ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerini karşılaştırmakta ve hangisinin daha lehe hükümler içerdiğini tartışmaktadır<sup>43</sup>. Türk taraflar, onların avukatları ve danışmanları ve Türk hakimleri için bildikleri Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması hiç kuşkusuz CISG'dan daha az zahmetlidir. Ancak kanımca burada karşılaştırılması gereken CISG ve Türk satım hukukundan ziyade CISG'ın mı, yoksa üçüncü bir devletin hu-

<sup>42</sup> Milletlerarası Tahkim Kanunu. Bkz. 5.7.2001 tarihli ve 24453 sayılı Resmi Gazete.

<sup>43</sup> Örneğin, CISG ve Borçlar Kanunu'nun en çok ayrıştığı alan ifa engelleri hukukudur. Viyana Satım Antlaşması, Türk hukukundan farklı olarak, sözleşmeye aykırılık halleri arasında bir ayırım yapmamakta ve bütün sözleşme ihlallerini sözleşmeye aykırılık kavramı altında toplamaktadır. Temerrüt, objektif/sübjektif imkansızlık, önceki/sonraki imkansızlık, ayıp, sözleşmenin müsbet ihlali gibi kategorilerin hepsi CISG'te bir kenara bırakılmış ve yeknesak bir sözleşmeye aykırılık anlayışı benimsenmiştir. Bunun yanı sıra, CISG'te kusursuz sorumluluk esas kabul edilmiştir. Sözleşme ihlallerinde sorumluluk tamamen kusurdan bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bkz. Atamer, CISG, s. 281 vd.

kukunun örneğın Çin hukukunun mu daha kolay uygulanabilir olduğudur. Zira milletlerarası mal satım sözleşmelerine her zaman Türk hukukunun uygulanması beklenemez. Böyle durumlarda, hiç bilinmeyen üçüncü bir devletin hukuku yerine CISG'ın uygulanması taraflar açısından daha avantajlı olacaktır. Bundan böyle işyerleri Türkiye ile CISG'a taraf bir ülkede bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmelerine, Türk hakimi aksine bir hukuk seçimi yapılmamışsa, örneğın Alman, Fransız, ABD, Singapur, Çin satım hukukunu araştırmadan doğrudan CISG'ı uygulayacaktır. Türkiye'nin Antlaşma'ya taraf olması ile CISG aynı zamanda Türk hukukunun bir parçası haline geldiğinden, Türk hakimi milletlerarası bir satım ilişkisinde CISG'ı uygulamakla aslında kendi hukukunu uygulama ayrıcalığına kavuşmuş olmaktadır.

Antlaşma'ya taraf olunması, yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK'un 24. maddesinin uygulanmasını tamamen ortadan kaldırmayacaktır. Antlaşma'nın uygulama alanına girmeyen satım sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukuk MÖHUK m.24 uyarınca tespit edilecektir. Bunun yanı sıra, Antlaşma'nın uygulandığı hallerde dahi, uygulanacak hukukun MÖHUK m.24 uyarınca belirlenmesi ihtiyacı gündeme gelebilir. Zira sözleşmenin geçerliliğı ve satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri Antlaşma'nın uygulama alanı dışındadır (Art.4). Aynı şekilde, satıcının, satılan malın bir kimsenin ölümüne ya da yaralanmasına yol açması nedeniyle doğan sorumluluğı da Antlaşma'nın kapsamı dışında bırakılmıştır (m.5). Dolayısıyla, bu konular hakkında milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tespit edilecek milli hukuk yetkili olacaktır.