



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 15.02.2019
Revizyon Talebi: 24.04.2019
Son Revizyon: 13.05.2019
Kabul: 13.05.2019

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestisi ve Bazı Yorum Meseleleri

Hüseyin Akif Karaca¹

Öz

Uluslararası satım sözleşmeleri alanında maddi hukukun yeknesaklaştırılması yönünde bir antlaşma olan CISG kendi uygulama alanını düzenlemektedir. Bu düzenlemelere göre işyerleri farklı akit ülkelerde olan taraflar arasındaki satım sözleşmelerinde CISG uygulanacaktır. Bu uygulama yöntemine ek olarak, taraflardan en az birinin işyeri akit ülkede değilse CISG forumun kanunlar ihtilafı kurallarının akit ülke hukukuna atıf yapması yoluyla uygulanabilecektir. Akit ülkelere CISG'in bu ikinci yöntem yoluyla uygulanabilmesine çekince koyma yetkisi tanınmıştır. CISG'in uygulanması aynı zamanda uluslararası satım sözleşmesinin taraflarına tanınan irade serbestisi kapsamında tarafların anlaşması yoluyla bütünüyle veya kısmen engellenebilecektir. Bu engelleme sözleşmeye açık hüküm koyma yoluyla olabileceği gibi CISG'e taraf olmayan bir ülke hukukunun seçilmesi yoluyla da olabilir. Makalemizde, özellikle doktrinde yoğun tartışmalara konu olmuş forumun kanunlar ihtilafı kurallarının atfıyla CISG'in dolaylı uygulanmasının ve bu tür uygulamaya konulabilecek çekince hükmünün yorumu ayrıntılı bir şekilde incelenmektedir. CISG'in taraflara tanınan irade serbestisi kapsamında uygulanmasının engellenmesi de makale kapsamında ayrıntılı incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası satım • Yeknesaklaştırma • Uygulama alanı • Çekince • İrade serbestisi

The CISG's International Sphere of Application, Party Autonomy and Some Interpretation Problems

Abstract

The CISG is a treaty that aims to unify substantial law in international sales contracts. It regulates its own application sphere. According to these regulation, the CISG is applied to international sales contracts between parties whose business places are in different contracting states. In addition to this method of application, CISG can be applied to international sales contracts between parties in which at least one of the parties' business place is not in a contracting state, through the reference of the forums' conflict of laws rules to the law of a contracting state. The contracting states could make a reservation to the application of the CISG through this second method. The parties could also prevent the application of the CISG totally or partially based on the party autonomy that is provided to them by the CISG. This could be done through an explicit provision in the contract or through choice of the law of a non-contracting state. In this article, interpretation of the CISG provisions that regulates the application of the CISG through the conflict of laws rules of the forum and the effect of the reservation of the states to this kind of application, which has been subject to extensive doctrinal discussion, is analysed in detail. Prevention of the CISG's application based on the party autonomy provided to contracting parties by the CISG is also analysed in detail.

Keywords

International sale • Unification • application sphere • Reservation • Party autonomy

1 Sorumlu Yazar: Hüseyin Akif Karaca (Dr. Öğr. Üyesi), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: akifkaraca@yahoo.com ORCID: 0000-0003-3893-3132

Atf: Karaca H A, "CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestisi ve Bazı Yorum Meseleleri" (2019) 39(1) PPIL 189.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0005>

Extended Summary

The CISG is an international treaty that creates uniform rules for international sales of goods. It has been ratified and applied by 89 states including Turkey, who represent all legal systems in the world. In this article, international application sphere of the CISG is analysed. In order to achieve this, some interpretation problems regarding indirect application of the CISG according to the Article 1 and the Article 95 reservation to indirect application is analysed in detail. The party autonomy principle situated in Article 6 is also analysed in detail.

In terms of the CISG, a sales of goods contract is international when business places of the parties are in different countries. This should be understood either from the contract or from the negotiation stage of the contract. The CISG regulates its' application sphere in Article 1. It applies to international sales of goods either when the business places of the parties are in different contracting states or when at least one of the parties' business place is not in a contracting state and the conflict of laws rules of the forum refers to the law of a contracting state. The first type of application is named as direct application and the second type of application is named as indirect application since it applies through the conflict of laws rules of the forum. It should be mentioned that either direct application of the CISG or indirect application of the CISG and the effect of Article 95 reservation to indirect application can come into place in the courts of a contracting state. Since, it is the obligation of a contracting state under international law due to being party to the treaty. The courts of a non-contracting state can apply the CISG when their conflict of laws rules refer to the law of a contracting state. In this case, the CISG is applied as part of the law of that contracting state.

The indirect application of the CISG had created concern to some contracting states that it would expand too much the application of the CISG. Therefore, a right to make a reservation to the indirect application is provided to the contracting states in Article 95. The reservation states do not obliged to apply the CISG under international law through indirect application. Although due to the increasing number of contracting states, the CISG has been applied through direct application and indirect application is very rare, Article 95 reservation has caused much doctrinal debate. As it is rightly explained in the CISG AC Opinion No 15, indirect application of the CISG comes into place due to the reference of the forum's conflict of laws rules to the law of a contracting state. The CISG is applied since reference condition is met, it is not applied as part of the law of that state to whom reference is made. It is submitted that there is no need for a treaty provision that can be interpreted as latter type, since that kind of application is requirement of conflict of laws system of any country.

Although Article 95 reservation removes obligation of a reservation state to apply

the CISG through indirect application under international law, if conflict of laws rules of reservation state refer to the law of a contracting state, the CISG is applied as part of the law of that country. In this case, the CISG is applied as in the courts of the country that is not party to the CISG. In the courts of a non-reservation contracting state if the conflict rules of the forum refers to the law of a reservation state the CISG should be applied, since reservation does not remove the contracting status of that state. In the courts of a non-contracting states, if the forum's conflict of laws rules refer to a contracting state's law that makes reservation, the CISG should not be applied and domestic sales law of that country should be applied. Since, the judge should apply the foreign law as the judge of that country and the application conditions of the CISG is not met in that country.

Article 6 of the CISG provides a right to the parties based on party autonomy principle. According to this article, parties to a sales contract can prevent the application of the CISG to their contract even the application conditions situated in Article 1 are met. This could be made either through a clear provision in their sales contract that states the CISG will not be applied to contract between them. They could also made this through choosing the law of a country who is not party to the CISG. The parties to a sales contract can also prevent the application of the CISG partially. This could be made also through clear provision or choosing the law of a third country who is not party to the CISG for that part of the contract. They can also regulate that subjects in the sales contract between them. Since the CISG provisions are not mandatory and primarily the provisions of the sales contract should be applied. The parties to the sales contract can also choose the CISG to be applied to their contract when the application conditions are not met. However, this is not a choice of law in state courts. Since the CISG on itself is not law of a state. This kind of choice can be regarded as incorporation and the CISG is applied as contract provisions. Therefore, the provisions of the CISG can be applied if they are not against the mandatory provisions of the applicable law.

CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestîsi ve Bazı Yorum Meseleleri

1. Giriş

Sanayi devrimi sonrasında gelişen ve özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde benimsenen liberal ekonomik politikalar neticesinde uluslararası ticarete meydana gelen yoğun artış uluslararası ticarete ilişkin hukuki düzenlemelerin yeknesaklaştırılması çalışmalarını da beraberinde getirmiştir. Yeknesaklaştırma çalışmalarının yoğunlaştığı ve başarılı olduğu başlıca alan olarak uluslararası mal satım sözleşmeleri örnek verilebilir. Bu çerçevede, başta Milletlerarası Ticaret Odası gibi meslek kuruluşları ve UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) gibi kurumlar tarafından bir dizi milletlerarası nitelikli maddi hukuk düzenlemesi yapılmıştır. Konumuzu oluşturan ve makalenin yazıldığı tarih itibarıyla 89 ülkenin taraf olduğu UNCITRAL tarafından hazırlanan 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) bu yeknesaklaştırma çalışmalarının en başarılı örneklerindedir¹. Taraf olan ülke sayısı ve bu ülkelerin parçası oldukları hukuk sistemleri itibarıyla Dünya'daki bütün hukuk sistemlerini temsil eder nitelikte olması da bunu ispat eder niteliktedir. Bu yönüyle CISG yeknesaklaştırma çalışmaları önündeki temel engellerden olan farklı hukuk sistemlerine tabi ülkeler arasındaki uzlaşma sorununu bertaraf etmesi nedeniyle de başarılı bir örnektir². CISG'in uluslararası ticaretteki fiili etkisi değerlendirildiğinde, Dünya'daki en büyük on ticaret aktörü ülkeden İngiltere hariç diğer dokuzunun CISG'e taraf ülke olması dünya ticaretinin yüzde sekseninin teorik olarak hukuki bakımdan CISG tarafından yönetildiğine işaret etmektedir³.

Uluslararası antlaşma niteliğinde olan CISG ve yukarıda belirtilen diğer yeknesak kuralların oluşturulma sebebi iç hukukların özellikle sözleşmeler alanında uluslararasılık unsurunu yeterince yansıtamaması ve bu tür sözleşmelerin ihtiyaçlarını karşılayamamasıdır. Bu nedenle uluslararası unsurlu ilişkileri doğrudan düzenleyen, uyumsuzlukların esasına yönelik çözüm getiren maddi milletlerarası özel hukuk kuralları yöntemi gelişmiştir. İç hukuktaki sözleşmelerden farklı şekilde kurulan, ifa edilen ve farklı yerlerde etki doğuran uluslararası satım sözleşmelerinin uluslararasılık unsuru taşımayan satım sözleşmeleriyle aynı kurallara tabi tutulmasının bu sözleşmelerin yapısına aykırı düştüğü söylenebilir. Uluslararası satım sözleşmeleri alanında maddi uluslararası özel hukuk kuralları getiren CISG'in yapılma sebebi de budur⁴.

1 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html 30.09.2018.

2 Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Dibace, RG 7.4.2010/27545.

3 Ingeborg Schwenzer and Christopher Kee, "International Sales Law-The Actual Practice" (2011) 29 Penn State International Law Review 425, 428.

4 Süheyla Balkar, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları* (Galatasaray Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002) 53-54.

CISG uluslararası satım sözleşmelerinde maddi hukuk kurallarının yeknesaklaştırılmasına yönelik ilk uluslararası antlaşma değildir. UNIDROIT bünyesinde 1964 tarihli Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına İlişkin Yeknesak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu ve yine aynı tarihli Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kuruluşuna Dair Yeknesak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyon'ları hazırlanmıştır. Bu Konvansiyonlar 1972 yılında yürürlüğe girmekle beraber çok az devlet tarafından onaylanmıştır. Bu Konvansiyonlar'ın başarılı olmamasının nedenleri Konvansiyonlar'ın Batı Avrupa hukuku etkisinde hazırlanması ve sosyalist ülkeler ile gelişmekte olan ülkelerin hazırlık çalışmalarına katılmamış olmalarının yanı sıra Konvansiyonlar'ın bünyesinde akit devletlere aşırı derecede çekince koyma hakkı tanınmasıdır. Her akit devletin Konvansiyonları farklı uygulamaları yeknesaklaştırma çalışmasının başarısız olmasına yol açmıştır⁵. CISG'in başarılı olmasının bir diğer sebebi de 1964 tarihli Konvansiyonlar kanunlar ihtilafı kurallarına yer vermezken, CISG'in aşağıda ayrıntılı ele alacağımız üzere kanunlar ihtilafı kurallarına da etki tanımış olmasıdır. Böylelikle yeknesak maddi hukuk kuralları ile kanunlar ihtilafı kurallarının birbirine bağımlılığını da tanımıştır⁶. Öte yandan, CISG'in uluslararası mal satım sözleşmeleri için oluşturulmuş tarafsız bir hukuk düzenlemesi olması ve taraflar için eşit derecede ulaşılabilir olması gerek yargılamanın yapıldığı mahkeme gerekse taraflar için kolaylık sağlamaktadır⁷. Türkiye 5870 sayılı uygun bulma kanununu takiben Bakanlar Kurulu tarafından 11.03.2010 tarihinde alınan karardan sonra katılma belgesini 07.07.2010 tarihinde merkezi makama tevdi ederek Antlaşma'ya taraf olmuştur⁸. Antlaşma CISG m. 99/2 uyarınca 1.8.2011 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir⁹.

CISG başarılı bir yeknesaklaştırma örneği olmakla birlikte uluslararası satım sözleşmelerine dair bütün hukuki meseleleri düzenlememektedir. CISG sözleşmenin kurulması ile tarafların hak ve borçlarını düzenlemektedir. Sözleşmenin veya sözleşme hükümlerinin geçerliliği CISG tarafından düzenlenmeyen konular arasındadır. Buna ek olarak, sözleşmenin sözleşme konusu malların mülkiyeti konusuna etkileri de CISG kapsamında değildir¹⁰. Bu nedenle, aşağıda ele alacağımız CISG'in uygulanma

5 Süheyla Balkar Bozkurt, "Uluslararası Satım Sözleşmelerinin Maddi Kurallar İçeren Konvansiyonlarla Düzenlenmesi Bağlamında Bir Yeknesaklaştırma Başarısı: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Viyana Konvansiyonu)" (2017) 2017/2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 295, 298-299.

6 ibid 300.

7 Ingeborg Schwenzer and Pascel Hahem, "Uygulama Alanı ve Genel Hükümler" in Ingeborg Schwenzer and Pınar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (XII Levha 2015) 246.

8 5870 sayılı Uygun Bulma Kanunu, RG 14.4.2009-27200; BK Kararı No 2010/247, RG 7.4.2010/27545.

9 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html 30.09.2018. Antlaşma'nın Türkiye'de kabulü ve yürürlüğe girmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. F. Özge Özdemir, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Birinci Madde Hükümünün İncelenmesi" in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı* (Beta 2014) 4 dn. 21-22.

10 CISG, m. 4.

koşulları gerçekleşse dahi, CISG tarafından düzenlenmeyen konularda iç hukuk CISG ile beraber uygulanmaya devam edecektir. Tarafların olası belirsizlikleri gidermek amacıyla aynı zamanda uygulanacak ülke hukukunu seçmelerinde fayda vardır¹¹. Bunlara ek olarak, CISG m. 2 ve 3'te belirtilen bazı tür satım sözleşmeleri konuları nedeniyle Antlaşma'nın kapsamı dışında bırakılmıştır.

CISG'in uluslararası satım sözleşmelerine uygulanabilmesi açısından bir dizi uygulama koşulu getirilmiştir. Bu koşullar temel olarak ikiye ayrılabilir. Bunlardan birincisi CISG m. 1'de düzenlenen tarafların işyerlerinin bulunduğu yer kriterine dayanan milletlerarası uygulama koşulları, ikincisi ise CISG m. 2 ve m. 3'te düzenlenen sözleşme konusu mallar kriterine dayanan uygulama koşullarıdır. CISG'in tarafların arasındaki uluslararası satım sözleşmesine uygulanıp uygulanmaması konusunda taraflara tanınan irade serbestisi ve bunun sınırları ise CISG m. 6'da düzenlenmiştir. Makalemizin konusunu CISG m. 1'de düzenlenen milletlerarası uygulanma şartları ile m. 6'da düzenlenen CISG'in uygulanmaması konusunda taraflara tanınan irade serbestisi oluşturmaktadır.

2. Milletlerarasılık Unsuru

CISG m. 1/1 uyarınca, bir uluslararası satım sözleşmesine CISG hükümlerinin uygulanabilmesi için ön şart tarafların işyerlerinin farklı devletlerde olmasıdır. Tarafların işyerlerinin bulunmaması halinde ise mutad meskenleri dikkate alınacaktır¹². İşyerlerinin farklı ülkelerde olması şartı bakımından dikkat edilecek zaman dilimi sözleşmenin kuruluş anıdır. Sözleşme kurulduktan sonra yapılan işyeri değişikliği sözleşmenin milletlerarasılık unsurunu tespit açısından önem taşımaz. CISG'in uygulanması bakımından uluslararası satım sözleşmesinin taraflarının vatandaşlığı önemli değildir¹³. Vatandaşlığın kriter olarak kullanılmaması çifte vatandaşlıktan ve şirketlerin tabiyetinin belirlenmesinden kaynaklanabilecek problemleri ortadan kaldırmaktadır¹⁴. CISG kapsamında işyerlerinin farklı ülkelerde olmasına dayanan milletlerarasılık unsuru kriteri milletlerarası özel hukukun sözleşmeler alanındaki yabancılık unsuru tanımından daha dardır. Sözleşmeler bakımından yabancılık unsuru, sözleşmenin ifa yeri, kuruluş yeri, sınıraşan mal, kredi ve para transferi gibi unsurlarla da sağlanabilir¹⁵. Tarafların işyerlerinin farklı devletlerde olması uluslararasılık niteliğinin tespiti açısından yegâne unsur olduğu için tarafların işyerleri aynı devletteyse satım sözleşmesi ifa yeri, kuruluş yeri gibi kriterler bakımlarından yabancılık unsuru taşısa dahi CISG uygulanamayacak, bunun yerine forumun

11 Peter Schlechtriem and Petra Butler, *UN Law on International Sales* (Springer 2009) 11.

12 CISG, m. 10/b.

13 CISG, m. 1/3.

14 Schlechtriem and Butler (n 11) 14.

15 Ali Gümrah Toker, *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (Vienna Sözleşmesi) Uygulama Alanı* (Seçkin 2005) 34.

kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla belirlenen hukuk uygulanacaktır¹⁶.

Tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunduğu uluslararası satım sözleşmesinden veya sözleşme hazırlığı sırasında gerçekleşmiş görüşmelerden anlaşılması gerekir. Aksi halde bu durum dikkate alınmayacak ve CISG uygulanamayacaktır¹⁷. Tarafların, işyerlerinin farklı ülkelerde bulunduğunu gerçekten bilmelerinin önemi yoktur. Milletlerarasılık unsurunun tespiti için tarafların bu konudaki subjektif bilgilerinden ziyade durumun sözleşme veya sözleşme kuruluşu sırasında verilen bilgilerden anlaşılır nitelikte olması önemlidir¹⁸. İşyerlerinin farklı ülkelerde bulunduğu belirlenmesi açısından tarafların subjektif bilgisinden öte bu durumun objektif olarak belirlenebilir olması esas alınır. CISG'in uygulanabilirliği noktasında uyumsuzluk olması halinde işyerlerinin farklı ülkelerde olduğunu bilmediğini ileri süren taraf bunun objektif kriter açısından belirlenemez olduğunu ispatlamak zorundadır¹⁹. Bunun için, koşulların gerektirdiği dikkat ve özen gösterilmesine rağmen işyerinin farklı ülkede bulunduğunu anlamaması gerekir²⁰. Açıkça bilgi verilirse dahi örneğin, şirket isimlerinden işyerlerinin farklı akit ülkelerde olduğu anlaşılıyorsa CISG uygulanabilecektir²¹. Bu hüküm vasıtasıyla tarafların aralarındaki sözleşmenin bir uluslararası satım sözleşmesi olduğunu bilebilecek durumda olmaları istenmiştir. Bunun sebebi bu bilince sahip olmayan ve sözleşmenin CISG yerine iç hukuk hükümlerine tabi olacağına yönelik sözleşme taraflarının sahip olduğu güvenin korunmasıdır²². Tarafların sözleşmenin akdinden sonra işyerlerinin ayrı ülkelerde olduğu iddiasıyla beklenmedik bir şekilde CISG'e tabi olmaları engellenmek istenmiştir²³.

Bu durum özellikle temsil ilişkisi bakımından önem taşımaktadır. Sözleşmenin işyerleri aynı ülkede olan taraflar arasında yapılması ancak bunlardan birinin işyeri farklı ülkedeki taraf adına hareket etmesi halinde sözleşmenin tarafının kim kabul edileceği önem taşımaktadır. Bu durumda temsilcinin işyerinin mi temsil edilenin işyerinin mi esas alınacağına tespit edilmesi gereklidir. Satım sözleşmesinin temsilci vasıtasıyla yapılması halinde temsil ilişkisi bakımından forumun kanunlar ihtilafı kurallarına bakılarak bir değerlendirme yapılmalıdır²⁴.

16 Bilgin Tiryakioğlu, "11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi" (1991) AÜHF 191, 194.

17 CISG, m. 1/2.

18 Franco Ferrari, "Overview of Case Law on the CISG's International Sphere of Application and Its Applicability Requirements (Articles 1(1)(A) and (B))" (2002) International Business Law Journal 961, 963.

19 Toker, (n 15) 54.

20 Hatice Özdemir Kocasakal, "Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı" (2013) 2013/1 GÜHF 1 Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı 19, 26.

21 James Fawcett, Jonathan M. Harris and Michael Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (OUP 2012) 924.

22 Kocasakal, (n 20) 26.

23 Yeşim Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005) 49.

24 Kocasakal, (n 20) 35.

İşyeri kavramının içeriğinin belirlenmesi satım sözleşmesinin CISG'in uygulama alanına girip girmediğinin tespiti açısından önemlidir. İşyeri, iş faaliyetlerinin fiilen sürdürüldüğü ve bu amaç doğrultusunda bağımsız karar alabilen, düzenli ve sürekli kullanılan yerdir. İşyerinin aynı zamanda idare merkezi olması gerekmez. Düzenlilik ve süreklilik işyerinin tespitinde en önemli iki unsurdur. Bu nedenle devamlı ve sürekli organizasyonun bulunmadığı fuar vb. yerlerde kiralanılan yerler, geçici ofisler veya çeşitli yerlerdeki irtibat büroları işyeri kabul edilmezler. Sözleşmenin hazırlandığı yerde dikkate alınmaz. Bununla birlikte yönetim merkezi veya işlerin ağırlıklı yürütüldüğü yer olması da gerekmez²⁵.

Birden fazla işyeri olması halinde hangi işyerinin esas alınacağı m. 10.a'ya göre sözleşmeyle sıkı ilişkili işyeri kriterine göre belirlenecektir. Maddede belirtildiği üzere sıkı ilişkili işyeri sözleşmenin kuruluşu veya öncesindeki aşamadaki tarafların bilgisine göre tespit edilecektir. Bu tespitten çıkacak doğal sonuç sözleşme kurulduktan sonraki işyeri değişikliğinin öneminin olmamasıdır. Sıkı ilişkinin tespitinde madde metninde belirtildiği üzere ifa yeri önemli kriterdir. Tarafların aynı ülkede işyerlerinin bulunmasına rağmen eğer sözleşmenin kuruluşu veya ifası taraflardan birinin bir başka ülkedeki işyeri aracılığıyla gerçekleştirilmişse tarafların işyerlerinin farklı ülkede olduğunun kabulü gerekir²⁶. Sözleşmenin kuruluşu ve ifa yeri farklı ülkelerdeki işyerleri aracılığıyla gerçekleşmişse bunlardan birine üstünlük tanımak veya her halde CISG'in uygulanmasını sağlayacak olanı tercih etmek yerine sözleşmenin bütün unsurları değerlendirilerek sözleşmeyle sıkı ilişkili işyerinin ve sözleşmenin milletlerarası niteliğinin tespiti gerekir²⁷.

3. CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı

CISG m. 1/1 uyarınca, CISG hükümlerinin uygulanabilmesi için ön şart olan tarafların işyerlerinin farklı devletlerde olması şartı sağlansa dahi bu şart tek başına yeterli değildir. Bahsedilen şarta ek olarak tarafların her ikisinin de işyerlerinin bulunduğu devletlerin CISG'e taraf ülke olması ya da bu şart sağlanmasa dahi yargılamanın yapıldığı devlet mahkemesinin kanunlar ihtilafı kurallarının CISG'e taraf bir ülkenin hukukuna atf yapması gerekir.

Bu durumda bir uluslararası satım sözleşmesinde CISG'in uygulanması için iki ihtimal bulunmaktadır. Bunlardan birincisi tarafların işyerlerinin farklı akit ülkelerde bulunmasıdır. İkincisi ise tarafların işyerlerinden birisi veya her ikisi de akit ülkede bulunmama ile birlikte forumun kanunlar ihtilafı kurallarının akit ülke hukukuna atf yapmasıdır. Birincisi CISG'in doğrudan uygulanması, ikincisi ise forumun kanunlar

25 Zafer Zeytin, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme" (2008) 24/3 Banka Hukuku Dergisi 217, 237; Tokar, (n 15) 37.

26 Kocasakal, (n 20) 25.

27 ibid 26.

ihtilafı kurallarının akit devlet hukukuna atf yapması yoluyla CISG uygulandığı için dolaylı uygulanması olarak ifade edilebilir.

a. Doğrudan Uygulama: Sözleşme Taraflarının İşyerlerinin Akit Ülkelerde Bulunması Halinde

Milletlerarası özel hukukta yeknesak hukuk kuralları oluşturma amacı güden antlaşmaların temel özelliklerinden birisi sözleşmeye uygulanacak maddi hukuk kuralları oluşturmaları ve kanunlar ihtilafı kurallarına başvurarak uygulanacak hukukun belirlenmesini engellemeleridir. Bu antlaşmaların çoğunda antlaşmanın doğrudan uygulanmasını sağlayan bir hüküm olmaktadır²⁸. Bu nedenle, uluslararası satım sözleşmesine ilişkin bir ihtilaf CISG'e taraf bir devlet mahkemesi önüne geldiğinde kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmadan önce CISG'in m. 1/1.a'da belirtilen doğrudan uygulanma koşullarının var olup olmadığı mahkeme tarafından resen incelenmelidir. Bu koşullar sağlanmışsa kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmadan CISG doğrudan uygulanacaktır²⁹. Bu tür uygulamanın doğrudan veya otonom uygulama olarak isimlendirilmesinin sebebi akit ülke kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaya gerek kalmadan CISG'in uygulanıyor olmasıdır³⁰.

CISG'in akit devletlerde yürürlüğe girmesiyle CISG yabancı hukuk veya milletlerarası hukuk olarak değil o devletin iç hukukunun uluslararası satımlar için uygulanan bir parçası haline geldiği için iç hukuk kuralları olarak uygulanır. Mahkemeler resen uygulanma şartlarının karşılanıp karşılanmadığını incelemeli ve şartlar oluşmuşsa CISG'i uygulamalıdır³¹. Akit devlet ülke mahkemesinde görülen bir davada m. 1/1.a vasıtasıyla CISG'in iç hukuk olarak uygulanması o akit devletin bir uluslararası antlaşma olan CISG'e taraf olmasından kaynaklanan yükümlülüğüdür³².

Doğrudan uygulama tarafların işyerlerinin farklı akit ülkelerde olması ve uyumsuzluğun akit ülke mahkemesinde görülmesi halinde olacaktır. İşyerleri farklı akit ülkelerde olan taraflar arasındaki satım sözleşmesinden kaynaklı akit olmayan ülke mahkemelerinde görülen davalarda akit olmayan forum ülkesi bir uluslararası antlaşma olan CISG'e taraf olmadığından dolayı CISG'in uygulanma zorunluluğu yoktur³³. Akit olmayan ülke mahkemesinde yapılan yargılamada o ülke CISG'e taraf olmadığı için mahkeme, kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukuku tespit edecektir³⁴.

28 Pilar Perales Viscasillas, "Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts" (2013) 58 Villanova Law Review 733, 739.

29 Loukas Mistelis, "CISG'in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından" Yeşim M. Atamer (ed) *Milletlerarası Satım Hukuku*, (2. bs, XII Levha 2012) 16; Fawcett, Harris and Bridge (n 21) 915.

30 Kocasakal, (n 20) 29.

31 Schwenzler and Hahem, (n 7) 156-157.

32 Fawcett, Harris and Bridge, (n 21) 917.

33 Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (AÜHF Yayınları 1996) 107; Tokar, (n 15) 42.

34 Kocasakal, (n 20) 29.

Bir uluslararası satım sözleşmesi doğrudan uygulanma şartları sağlanarak CISG kapsamına giriyorsa kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmamaktadır. CISG’te kanunlar ihtilafı kurallarına dair iki temel düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, aşağıda ayrıntılı incelenecek olan m. 1/1.b’de yer alan ve forumun kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla CISG’in dolaylı uygulanmasını düzenleyen hükümdür. İkincisi ise m. 7/2’de öngörülen Antlaşma’da düzenlenen konulara ilişkin olmakla beraber açıkça cevaplanmayan konular bulunması ve bu konuların CISG’in genel prensipleri ile de açığa kavuşturulamaması halinde kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmasıdır. Bu ihtimalde boşluk ilk olarak CISG’in dayandığı genel prensiplere göre doldurulacaktır. Bu prensiplerin tespit edilememesi durumunda forumun kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla bulunacak olan sözleşmeye uygulanacak hukukun düzenlemeleri tarafından boşluk doldurulacaktır³⁵.

Kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmanın açıkça düzenlendiği bu iki durumun yanı sıra CISG tarafından düzenlenmeyen konularda da kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulabilecektir. CISG m. 4/1’de CISG’in sadece sözleşmenin kurulmasını ve tarafların hak ve borçlarını düzenlediği açıkça belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında satım sözleşmesinin veya hükümlerinin geçerliliği ile sözleşmenin satım konusu malların mülkiyeti üzerindeki etkisinin CISG tarafından düzenlenmediği belirtilmiştir. CISG m. 5’te ise CISG’in satıcının, satım konusu malların bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklı sorumluluğuna uygulanmayacağı belirtilmiştir. İlgili satım sözleşmesi uygulanma koşullarını karşılayarak CISG kapsamında olsa dahi CISG’de düzenlenmeyen bu konularda uygulanacak hukuk forumun kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecektir³⁶. CISG kapsamına giren bir sözleşmede kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulabilecek diğer durumlar ise CISG m. 92-96 arasında yer verilen çekincelerin kullanılması halidir. Bu konu ise makalenin sonunda ayrı bir başlık olarak ele alınacaktır.

b. Dolaylı uygulama: Kanunlar İhtilafı Kuralının Akit Ülkenin Hukukuna Atıf Yapması Halinde

i. Objektif Kanunlar İhtilafı Kuralının Atfı Yoluyla

CISG’in dolaylı uygulanmasının gerçekleşebilmesi için ön şart işyerleri ayrı ülkelerde olan taraflar arasında bir satım sözleşmesinin olması ve taraflardan en az birisinin işyerinin akit ülkede olmamasıdır³⁷. Bu ön şarta ek olarak, dolaylı uygulamanın gerçekleşebilmesi forumun kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmayı ve o kuralların bir akit ülke hukukuna atıf yapmasını gerektirmektedir. Bu yönüyle, CISG’in dolaylı uygulanmasını düzenleyen m. 1/1.b hükmü kendi başına bir

³⁵ Kocasakal, (n 20) 47.

³⁶ Schwenzer and Hahem, (n 7) 158-159.

³⁷ CISG, m. 1/1.b.

kanunlar ihtilafı kuralı değildir³⁸. Dolaylı uygulama olarak adlandırılmasının sebebi de forumun kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmak yoluyla CISG'in uygulanmasının sağlanmasıdır³⁹.

CISG'in m. 1/1.b vasıtasıyla uygulanması bir uluslararası antlaşma olan CISG'in ancak taraf devletlerde uygulanabileceği dikkate alındığında, uyuşmazlığın taraf bir ülke mahkemesi önüne gelmesi halinde mümkün olabilecektir⁴⁰. İster doğrudan ister dolaylı olarak bir uluslararası satım sözleşmesinin CISG'in kapsamına girmesi taraf devletin devletler hukuku kapsamındaki taahhütünün neticesidir⁴¹. CISG'e taraf olmayan bir ülke mahkemesi, CISG'i m. 1/1.b'den yola çıkarak uygulamak yükümlülüğü altında değildir. Akit olmayan devlet mahkemeleri CISG'e taraf olmadıklarından dolayı m. 1/1.b'yi uygulamak yoluyla değil kendi kanunlar ihtilafı kurallarının akit devlet hukukunu işaret etmesi durumunda CISG'i atıf yapılan akit devlet hukukunun bir parçası olarak ve uluslararası nitelik taşımayan sözleşmesel ilişkiler için konulmuş kurallara nazaran özel hükümler olarak uygulayacaklardır⁴².

CISG Danışma Kurulu'nun 15 No'lu Görüş'ünde, kanaatimizce haklı olarak belirtildiği üzere, CISG'in m. 1/1.b yoluyla uygulanması, maddenin giriş kısmını da dikkate alarak yorumlanmalıdır. Bu uygulama, tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde olduğu uluslararası satım sözleşmelerinde forumun kanunlar ihtilafı kurallarının bir akit ülke hukukuna atıf yapması halinde mümkün olmaktadır. Bu durumda CISG, forumun kanunlar ihtilafı kuralları akit ülke hukukuna atıf yapma şartı sağlandığı için uygulanacak, atıf yapılan ülke hukukunun parçası olarak uygulanmayacaktır⁴³. Kanaatimizce bu yorumun doğru olmasının sebebi, CISG'e taraf olsun olmasın her ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları CISG'e taraf bir ülkenin hukukuna atıf yapıyorsa zaten CISG'in o ülke hukukunun bir parçası olarak uygulanacak olmasıdır. Bu nedenle, ayrıca CISG'te bu yoruma götürecek düzenlemenin yapılması gerekli değildir.

Kanunlar ihtilafı kuralları, CISG kapsamında otonom olarak düzenlenmemiştir. CISG m. 1/1.b forumun kanunlar ihtilafı kurallarına atıf yapmaktadır. Bu durum ise CISG'in uygulama alanını genişletebilmekte ve taraflar için belirsizliklere, istemeseler dahi CISG'in uygulanmasına yol açabilmektedir⁴⁴. CISG'in m. 1/1.b vasıtasıyla uygulanması forumun kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla olduğu

38 Schlechtriem and Butler, (n 11) 17.

39 Kocasakal, (n 20) 32.

40 Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014) 142.

41 Ulrich Schroeter, "Freedom of Contract: Comparisons between Provisions of the CISG Article 6 and Counterpart Provisions of the PECL" (2002) 6 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 257, 263.

42 Fawcett, Harris and Bridge, (n 21) 921; Çalışkan, (n 40) 143.

43 CISG-AC Opinion No. 15, Reservations under Articles 95 and 96 CISG, Rapporteur: Professor Doctor Ulrich G. Schroeter, University of Mannheim, Germany. Adopted by the CISG Advisory Council following its 18th Meeting, in Beijing, China on 21 and 22 October 2013, 12-13.

44 Viscasillas, (n 28) 747.

için devletlerin uluslararası satım sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları yeknesaklaştırılmadığı ölçüde *forum-shoppinge* neden olabilecektir⁴⁵. Doğrudan uygulama şartlarını taşımayan bir uyuşmazlıkta taraflar CISG'e taraf bir ülkenin hukukunun uygulanmasını sağlayan kanunlar ihtilafı kurallarına sahip bir ülkede dava açmak yoluyla CISG'in uygulanmasını sağlayabileceklerdir⁴⁶. CISG'in m. 1/1.b vasıtasıyla uygulanmasında taraf iradelerinin bu şekilde rol oynamasının aksine CISG'in m. 1/1.a yoluyla doğrudan uygulanmasında taraf iradelerinin bir önemi yoktur. Doğrudan uygulamada CISG, akit ülke mahkemesinde yapılan yargılamada satım sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin akit ülkelerde bulunmasının sonucu olarak uygulanmaktadır. Bunu engellemek için tarafların yapabileceği yegâne şey m. 6'ya dayanarak CISG'in uygulanmasını bertaraf etmeleridir⁴⁷. CISG'e taraf bazı devletlerin dolaylı uygulama yoluyla CISG'in uygulama alanının genişletileceği yönündeki hassasiyeti dikkate alınarak aşağıda ayrıntılı inceleyeceğimiz m. 95 ile akit ülkelere CISG'in dolaylı uygulanmasını engelleyici çekince koyma hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte, CISG'in yürürlüğe girdiği tarihten günümüze akit devletlerin sayısının artması CISG'in ilk yıllarında daha fazla önem arz eden m. 1/1.b vasıtasıyla uygulanmasının önemini kanaatimizce giderek azaltmıştır. Bir akit devlet mahkemesinde yapılan yargılamada satım sözleşmesinin her iki tarafının da akit devlette bulunması halinde CISG, o ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının uyuşmazlığa uygulanması yoluyla değil, doğrudan uygulamayı düzenleyen m. 1/1.a vasıtasıyla uygulanacaktır.

ii. CISG'in Dolaylı Uygulanması ve m. 95 Çekincesi

Uluslararası satım sözleşmesine m. 1/1.b yoluyla yabancı iç hukuk yerine CISG'in uygulanması CISG'in ulaşılabilirliği ve dünya çapında bilinirliği dikkate alındığında gerek taraflar gerek mahkeme açısından yargılamada kolaylık sağlayacaktır⁴⁸. Bununla birlikte, CISG'in dolaylı uygulamasının CISG'in uygulama alanını fazla genişletmesi yukarıda belirttiğimiz üzere taraf devletlere çekince koyma hakkı veren m. 95'in oluşmasına sebep olmuştur⁴⁹.

CISG m. 95'te her devletin CISG'in dolaylı uygulanmasını düzenleyen m. 1/1.b ile bağlı olmayacağı yönünde çekince koyabileceği düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, m. 1/1.b yükümlülüğü CISG'e taraf devletlerde uluslararası hukuktan kaynaklı bir yükümlülük olması nedeniyle, bu yükümlülüğü bertaraf eden m. 95 çekincesi de akit devlet mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar bakımından önem taşımaktadır. Bu çerçevede, m. 95'te tanınan hakkın neticesi yedi ülke çekince

45 Bozkurt, (n 5) 308.

46 Kocasakal, (n 20) 32; Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin* (n 33) 110.

47 Schroeter, (n 41) 258-259.

48 Schwenzer and Hahem, (n 7) 178.

49 ibid 180.

koymuştur. Bu ülkeler, Ermenistan, Saint Vincent ve Grenadines, Singapur, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, ABD ve Çin Halk Cumhuriyeti'dir. CISG'e taraf devlet sayısının süreç içerisinde artması CISG'in m. 1/1.a yoluyla doğrudan uygulanması seçeneğini yaygın hale getirmiş ve m. 1/1.b yoluyla dolaylı uygulama ve bu maddeyi bertaraf eden m. 95 çekincesi önemini giderek kaybetmiştir. Bununla birlikte, önemli uluslararası ticaret aktörleri olan ABD ve Çin'in çekince koyan ülkeler arasında olması bu düzenlemenin kısmen önemini korumaktadır⁵⁰.

CISG m. 95 ile konulan çekincenin yorumu gerek ulusal gerekse uluslararası doktrinde görüş farklılıklarının doğmasına yol açmıştır. Bu maddenin CISG'in yorumu en karmaşık ve en çok görüş ayrılıklarına sebep olan maddesi olduğu söylenebilir. Doktrindeki birinci görüş çekinceyi dar yorumlamaktadır. Bu görüşe göre bir akit ülkenin m. 95 uyarınca çekince koymuş olması durumunda, o akit ülke mahkemesinde görülen davada akit ülkenin kanunlar ihtilafı kuralı kendi hukukuna atıf yapıyorsa CISG yerine o ülkenin iç satım hukuku kurallarının uygulanmasını savunmaktadır⁵¹. Bu görüşe gerekçe olarak CISG müzakereleri sırasında bazı devletlerin ileri sürdüğü görüşler dayanak gösterilmektedir. Müzakereler sırasında bazı devletler milletlerarası özel hukuk kurallarının kendi maddi hukuklarına atıf yaptığı her halde hangi kuralların uygulanacağını kendi kuralları ile belirleme imkânının tanınmasını istemişlerdir. Bu sebeple, 1. maddenin b bendinin Antlaşma'dan çıkarılmasını teklif etmişlerdir. Bu teklifin reddedilmesi üzerine varılan bir uzlaşma neticesi devletlere b bendinin etkisini ortadan kaldıran m. 95 çekincesini koyma hakkı verildiği ileri sürülmektedir⁵².

Doktrindeki ikinci görüş ise m. 95 çekincesini geniş yorumlamaktadır. Bu görüşe göre forumun kanunlar ihtilafı kurallarının çekince koyan akit ülke hukukuna atıf yapması halinde, CISG yerine çekince koyan akit ülkenin iç hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş, mahkeme hâkiminin yabancı hukuku o ülke mahkemesi gibi uygulaması gerektiğinden hareket etmektedir. Bu görüş bakımından yargılamanın yapıldığı ülkenin akit ülke olup olmamasının önemi de yoktur. Çekinceyi yorumlarken mahkeme ülkesinden daha ziyade atıf yapılan ülkenin çekince koyup koymadığı esas alınmaktadır⁵³. Görüşün temelinde, CISG'in atıf yapılan ülkenin hukukunun parçası olarak uygulandığı varsayımı vardır. Bununla birlikte kanaatimizce, m. 1/1.b vasıtasıyla uygulamada CISG atıf yapılan ülkenin hukukunun parçası olarak değil, yukarıda açıklandığı üzere farklı ülkelerde işyerleri bulunan taraflar arasındaki bir uluslararası satım sözleşmesinde CISG'e taraf ülke

50 CISG Advisory Council Opinion No 15, (n 43) 7-8.

51 Peter Winship, "The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts" in Galston&Smit (eds) *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods* (Matthew Bender 1984) 31; Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin* (n 33) 111.

52 Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin* (n 33) 111.

53 Peter Schlechtriem, "Requirements of Application and Sphere of Application of the CISG" (2005) 36 Victoria University of Wellington Law Review 781 784; Zeynep Derya Tarman, "Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşmasının Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi", *İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı* (Adalet 2013) 179; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 392-393.

mahkemesinin CISG'e taraf ülke hukukuna atıf yapması şartının sağlanması nedeniyle uygulanmaktadır. CISG'in uygulanmasını sağlayan atıf yapmanın kendisidir. CISG atıf yapılan ülke hukukunun parçası olarak uygulanmamaktadır.

Doktrindeki üçüncü görüş yukarıda yer verilen çekinceyi dar ve geniş yorumlayan görüşlerin bir uzlaşması mahiyetindedir. Bu görüş, m. 95 çekincesinin sadece çekince koymuş devlet mahkemelerinde görülen davalarda uygulanacak hukukun bir akit devlet hukuku olması halinde CISG yerine o devletin iç borçlar hukuku düzenlemelerinin uygulanması şeklinde yorumlanmasını benimsemektedir⁵⁴. Bu görüşe çekincenin sadece çekince koymuş devlet mahkemelerinde yapılacak davalarda etkin olması bakımından katılmaktayız. Çünkü, m. 1.1.b'yi uygulama yükümlülüğü yargılamanın yapıldığı ülkenin akit ülke olmasından kaynaklanmaktadır. Bu yükümlülükle bağlı olmama amacını da ancak bu yükümlülük altında olan devletler güdebilirler. Bununla birlikte, CISG'in uygulanma dayanağı ve çekincenin yorumuna ilişkin, doktrindeki ikinci görüşe yönelik değerlendirmelerimizi bu görüş için de saklı tutuyoruz.

Doktrindeki bu yoğun tartışmalar üzerine CISG Danışma Kurulu m. 95 çekincesinin yorumlanması konusunda, bizim de katıldığımız, 15 No'lu Görüş'ünü açıklamıştır. Bu görüşteki yorum her ne kadar bağlayıcı nitelikte olmasa da yol gösterici niteliktedir. CISG Danışma Kurulu raporunda bu durum, çekince koyan akit ülke mahkemesinde yapılan yargılamalar, çekince koymayan akit ülke mahkemesinde yapılan yargılamalar ve akit olmayan ülke mahkemesinde yapılan yargılamalar bakımından üç ayrı ihtimal dikkate alınarak ele alınmıştır⁵⁵:

Çekince koyan bir akit ülke mahkemesinde yapılan yargılamada, çekincenin akit ülkenin m. 1/1.b'yi uygulamak konusundaki uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüğünü ortadan kaldırdığını beyan etmiştir. Bununla birlikte, çekince koyan akit ülkenin kendi milletlerarası özel hukuk kurallarının bir akit ülke hukukuna atıf yapması halinde bu çekincenin CISG'in uygulanmasını engellemeyeceği ileri sürülmüştür. Akit ülkenin m. 1/1.b'yi uygulamak noktasında yükümlülüğü olmamakla beraber, bu CISG'i kendi kanunlar ihtilafı kurallarının atfı yoluyla atıf yapılan ülkenin iç hukukunun parçası olarak uygulama özgürlüğünü de etkilememektedir. Bu durumda akit ülke mahkemesi adeta CISG'e taraf olmayan bir ülke mahkemesinin yöntemini benimsemektedir⁵⁶.

Çekince koymayan bir akit ülke mahkemesinde yapılan yargılamada, kanunlar ihtilafı kuralları çekince koyan bir akit ülke hukukuna atıf yaparsa, CISG, m. 1/1.b uyarınca uygulanacaktır. Gerekeç olarak ise çekincenin bu çekinceyi koyan ve hukukuna atıf yapılan devletin akit ülke olma özelliğini ortadan kaldırmadığı ileri

54 Kocasakal, (n 20) 37.

55 CISG AC Opinion No 15 (n 43).

56 ibid 9-10.

sürülmektedir. Rapor'da, yargılamanın yapıldığı mahkemenin atıf yaptığı çekince koyan ülke hukukunun o ülke hâkiminin uyguladığı gibi uygulanması gerektiğinden hareketle atıf yapılan çekince koyan ülke hukukunun iç hukukunun uygulanması gerektiği şeklindeki yukarıda yer verdiğimiz doktrindeki görüş şu şekilde eleştirilmektedir: Bu görüş farklılığı m. 95 çekincesinin farklı yorumlanmasından ziyade, m. 1/1.b'nin farklı yorumlanmasından ortaya çıkmaktadır. Eleştirilen görüş, CISG'in m. 1/1.b vasıtasıyla uygulanmasının, CISG'in de parçası olduğu atıf yapılan ve çekince koyan devlet hukukunun uygulanması neticesi olduğundan hareket etmektedir. Oysa m. 1/1.b, 1. maddenin girişini de içine alacak şekilde bütünüyle değerlendirildiğinde CISG'in, tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde olduğu uluslararası satım sözleşmelerinde forumun kanunlar ihtilafı kurallarının bir akit ülke hukukuna atıf yapması halinde uygulanacağı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda CISG, forumun kanunlar ihtilafı kuralları akit ülke hukukuna atıf yapma şartı sağlandığı için uygulanacak, atıf yapılan ülke hukukunun parçası olarak uygulanmayacak, dolayısıyla atıf yapılan ülke hukukunun parçası olan CISG'deki çekince dikkate alınmayacaktır⁵⁷. CISG'in uluslararası ticaretin önündeki engelleri kaldırma amacı güden bir yeknesaklaştırma çalışması olduğu dikkate alınarak uygulanmasının engellenmesini minimum düzeye indiren bir tarzda çekincenin yorumlanması, doktrindeki diğer görüşlere nazaran kanaatimizce daha yerindedir⁵⁸.

Uyuşmazlığın akit olmayan bir ülke mahkemesinde görülmesi halinde, akit olmayan ülkenin CISG'e taraf olmadığı için m.1.1.b ve m. 95 çekincesini dikkate almasına gerek yoktur. Bu halde CISG, Antlaşma'ya taraf olmayan forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarının atıf yaptığı taraf ülkenin iç hukukunun bir parçası olarak uygulanır. Atıf yapılan hukuk m. 95 çekincesi koymuş bir devletin hukuku ise bu durumda, hâkim yabancı hukuku yabancı ülke hâkiminin uyguladığı gibi uygulayacağından dolayı, çekince koymuş devlette CISG dolaylı olarak uygulanmadığından, o ülkenin iç hukukunu uygulamak durumundadır⁵⁹.

iii. Hukuk Seçimi Yaparak Dolaylı Uygulama

CISG'in m. 1/1.b yoluyla uygulanmasının bir aracı forumun objektif kanunlar ihtilafı kurallarının taraf ülke hukukuna atıf yapması iken bir diğer aracı da forumun kanunlar ihtilafı kurallarının hukuk seçimine imkân tanınması halinde CISG'e taraf bir ülkenin hukukunun seçilmesi yoluyla CISG'in uygulanmasıdır⁶⁰. Çeşitli ülkelerde verilmiş mahkeme kararları ile tahkim kararlarının uygulaması da CISG'in m. 1.1.b kapsamında tarafların hukuk seçimi yoluyla uygulanmasının mümkün olduğunu

57 ibid 12-13.

58 Aynı yönde bkz., Marlene Wethmar-Lemmer, "Applying the CISG via the Rules of Private International Law: Articles 1(1) (b) and 95 of the CISG-Analysing CISG Advisory Council Opinion 15" (2016) 15 De Jure 58, 73.

59 CISG AC Opnion No 15, (n 43) 15.

60 Franco Ferrari, "PIL and CISG: Friends or Foes" (2013) 31 Journal of Law & Commerce 45, 71; Kocasakal, (n 20) 32.

göstermektedir⁶¹. CISG ve kanunlar ihtilafı kuralları bağlamında belirtilmesi gereken bir diğer husus ise CISG'in maddi hukuk konvansiyonu olması ve kanunlar ihtilafı kurallarına yer vermemesi nedeniyle, CISG'de kanunlar ihtilafı kurallarına yapılan atıflarda bu atfın forumun kanunlar ihtilafı kuralları ve milletlerarası özel hukuk anlayışı olduğudur.⁶² Bu nedenle, CISG sözleşme taraflarının anlaşması yoluyla forumun milletlerarası özel hukuk anlayışının hukuk seçimine dair kurallarının sınırları çerçevesinde uygulanabilecektir⁶³.

4. CISG Kapsamında Tarafların İrade Serbestisi

a. CISG'in Uygulanmasının Açık Hüküm Yoluyla Engellenmesi

CISG'in tarafların arasındaki uluslararası satım sözleşmesine uygulanıp uygulanmaması noktasında sözleşme taraflarına tanınan irade serbestisi CISG m. 6'da düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, CISG m. 1/1'de düzenlenen tarafların işyerlerinin bulunduğu yere bağlı doğrudan veya dolaylı uygulama şartları gerçekleşse dahi, taraflar aralarındaki uluslararası satım sözleşmesine CISG'in uygulanmamasını kararlaştırabilirler. Bir uluslararası satım sözleşmesine CISG'in uygulanabilmesi için m. 1'deki doğrudan veya dolaylı uygulama şartlarını taşımasının yanı sıra m. 6 kapsamında uygulanmasının engellenmemesi gerekir. CISG'in uygulama dışı bırakılması sözleşmeye konulacak açık bir hüküm yoluyla olabileceği gibi aşağıda açıklanacağı üzere hukuk seçimi yoluyla da olabilir⁶⁴.

CISG'in m. 6 aracılığıyla uygulama alanı dışında bırakılması Antlaşma kendi uygulama alanını belirlediği için Antlaşma hükümlerine tabidir⁶⁵. Bu nedenle, CISG Danışma Kurulu'nun CISG m. 6 konusundaki yorumunu içeren 16 No'lu Görüş'te de belirtildiği üzere m. 6'nın tanıdığı imkân ile satım sözleşmesine bir hüküm konulması yoluyla CISG'in uygulanmasının bertaraf edilmesini hedefleyen sözleşme hükmünün geçerliliği ve yorumu, sözleşmenin kurulması konusundaki kuralları düzenleyen CISG m. 11 ve m. 14-24 arasındaki hükümlere tabidir. CISG hükümlerinin tarafların satım sözleşmesini kurduktan sonraki dönemde uygulama dışı bırakılması ise CISG m. 11 ile m. 14-24 arasındaki hükümlere ilaveten sözleşme değişikliğine ilişkin kuralları düzenleyen m. 29 düzenlemesine göre değerlendirilecektir⁶⁶.

CISG Danışma Kurulu'nun 16 No'lu Görüş'ünde, tarafların m. 6 kapsamında gösterdikleri iradelerinin yorumunun CISG m. 8 hükümlerine göre yapılacağı

61 Mahkeme kararları için bkz. Ferrari, "PIL and CISG" (n 60) 72 dn 144; tahkim kararları için bkz., 73 dn 145.

62 ibid 57; Kocasakal, (n 20) 33.

63 Schwenzer and Hahem, (n 7) 178.

64 ibid 246.

65 ibid 243.

66 CISG AC Opinion No 16, Exclusion of the CISG under Article 6, Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adopted by the CISG Advisory Council following its 19th Meeting, in Pretoria, South Africa on 30 May 2014, 4.

belirtilmiştir. Bu doğrultuda CISG'in uygulama dışında bırakılması noktasındaki irade, ister sözleşme yapımı ister daha sonraki bir aşamada açıklanmış olsun, açıkça ve aşık bir biçimde anlaşılmalıdır. Mahkemelerin bu konudaki irade beyanının yorumunda daha düşük bir standardı benimsemeleri CISG ile amaçlanan yeknesaklaştırma çalışmasını etkisiz hale getirecektir⁶⁷. Bu noktada, aranan açık ve aşık irade, CISG'in açık hüküm yoluyla bertaraf edilmesi, CISG'e taraf olmayan bir ülke hukukunun seçilmesi veya CISG ile beraber uygulanması mümkün olmayan bir ülkenin iç borçlar kanununun seçilmesinden anlaşılabilir. Bununla birlikte, CISG'e taraf ülke hukukunun seçilmesi veya taraf ülkenin bölgesel biriminin hukukunun seçilmesi, sözleşmede CISG'in uygulanmayacağına dair hüküm bulunmadıkça, açık ve aşık iradeyi göstermez⁶⁸.

CISG m. 6'daki hüküm sözleşmeler hukukundaki irade serbestisinin bir yansımasıdır. Taraflara aralarındaki sözleşmeyi ticari ilişkilerine uygun olarak şekillendirme konusunda imkân tanınmaktadır. Bu hüküm aynı zamanda CISG hükümlerinin emredici olmadığını göstermektedir⁶⁹. Ayrıca, özellikle m. 1/1.b yoluyla CISG'in dolaylı uygulanmasından doğabilecek belirsizlikleri, tarafların istememelerine rağmen CISG'in uygulanması ihtimalini ortadan kaldırmaktadır⁷⁰. Tarafların m. 6 uyarınca CISG'in uygulanmasını açık hüküm yoluyla engellemeleri durumunda, CISG yerine tarafların seçtikleri hukuk veya mahkemenin objektif kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuk uygulanacaktır⁷¹. Mahkemenin objektif kanunlar ihtilafı kuralları bir taraf devlet hukukuna atıf yapmış olsa dahi o devletin iç hukuku uygulanacaktır⁷².

CISG m. 6 düzenlemesi ile taraflara tanınan bir diğer irade serbestisi ise tarafların CISG hükümlerine istisna getirebilmeleri veya hükümlerin etkilerini değiştirebilmeleridir. Bu durumda CISG'in kısmen uygulanması söz konusu olacaktır. CISG hükümlerine istisna getirebilmeleri veya doğurabileceği etkileri değiştirebilmeleri CISG'de yer alan bazı hükümlerin yerini alabilecek kurallar belirleyebilmelerini veya CISG hükümlerine dair değişiklik ya da ekleme yapabileceklerini ifade eder⁷³.

Uluslararası ticari uygulamalar ve teamüller dikkate alınarak taraflara tanınan irade serbestisi CISG'in temel esaslarından birisidir. CISG'i tarafların tamamen veya kısmen bertaraf edebilecekleri yönündeki m. 6'daki hükmün yanı sıra taraflara

67 ibid 6.

68 ibid 7-8.

69 Kocasakal, (n 20) 39.

70 Ferrari, "PIL and CISG" (n 60) 99.

71 Tiryakioğlu, "11 Nisan 1981 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin" (n 16) 202.

72 Franco Ferrari, "Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG" (2005) 25 Journal of Law & Commerce 13, 33.

73 Schwenzler and Hahem, (n 7) 242.

tanınan irade serbestisini yansıtan başka bazı düzenlemeler de mevcuttur. CISG'in uygulama alanına giren bir sözleşmede o sektörde geçerli ticari teamüllerin uygulanmasını tarafların kabul ettiği yönündeki m. 9/2'de yer alan hüküm ancak taraflar aksini kararlaştırmadıkça uygulanacaktır. Malların sözleşmeye uygunluğu şartlarını düzenleyen m. 35.2'de yer alan düzenlemelerin aksine de taraflar hüküm kabul edebileceklerdir. Bu niteliğiyle CISG daha ziyade tarafların sözleşmelerinde açıkça düzenlemediği konularda uygulanan tamamlayıcı kurallar getirmektedir⁷⁴.

Tarafların bu yöndeki düzenlemeleri maddi hukuk aşamasına daırdır. Bu nedenle CISG'in sözleşmenin kurulmasını düzenleyen hükümlerine tabidirler. Sözleşmede INCOTERMS kullanmak yoluyla teslim, hasarın geçişi vb. konularda CISG hükümlerinde değişiklik yapmak bu durumun önemli örneklerinden biridir⁷⁵. CISG'in bütünüyle bertaraf edilmesi, kısmen değiştirilmesi veya belirli hükümlerinin etkisinin değiştirilmesi kanunlar ihtilafı bağlamındaki hukuk seçimi maddelerinin aksine sadece CISG'e tabidir⁷⁶. Bununla birlikte, satım sözleşmesinde yer verilen düzenleme ile bu yola başvurulmasında kanunlar ihtilafı kuralları hala rol oynayacaktır. Çünkü bu sözleşme maddelerinin sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmaması gerekir⁷⁷.

Tarafların CISG'in bütünüyle uygulanmayacağını kararlaştırabilmelerine herhangi bir sınırlama getirilmemişken, CISG'in hükümlerine istisna getirilebilmesi, hükümlerin etkisinin değiştirilmesi bazı sınırlamalara tabidir. CISG m. 12 hükümleri saklı tutulmuştur⁷⁸. CISG m. 12'ye göre taraflardan birinin işyerinin CISG m. 96 uyarınca çekince koymuş bir devlette bulunması durumunda, sözleşmenin tarafları CISG'in hükümlerine istisna getirmek yoluyla, bu çekincenin kapsamını oluşturan, çekince koymak yoluyla ilgili devlet tarafından bertaraf edilen CISG'in 11. ve 29. maddelerinde yer alan düzenlemeleri uygulanır hale getiremeyeceklerdir. CISG m. 11 ve m. 29 ile sözleşmenin kurulması, değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması ile bu kapsamda yapılacak icap, kabul gibi irade beyanlarının yazılı olmayan bir şekilde yapılması mümkün kılınmıştır. CISG m. 96 uyarınca çekince koyan bir devlet, sözleşmenin taraflarından birinin işyeri kendi ülkesinde bulunuyorsa m. 11 ve m. 29 düzenlemelerinin uygulanmasını yani ilgili maddelerde belirtilen irade beyanlarının yazılı olmayan bir şekilde yapılmasını kabul etmiyor demektir. Sözleşme taraflarından birinin işyeri m. 96 çekincesini koyan devletteyse sözleşmenin tarafları çekincenin etkisini değiştiren bir kısmen bertaraf etme, istisna getirme yoluna başvuramayacaklar, CISG m. 11 ve m. 29 düzenlemelerini uygulanabilir hale getiremeyeceklerdir.

74 İbrahim Gül, "Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit under CISG" (2016) 6 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 82.

75 Ayrıntılı bilgi için bkz., Juana Coetzee, "The Interplay between Incoterms and the CISG" (2013) 32 Journal of Law & Commerce 1 et seq.; Schwenzer and Hahem, (n 4) 244.

76 Schwenzer and Hahem, (n 7) 253.

77 Ferrari, "PIL and CISG", (n 60) 103.

78 CISG, m. 6.

Bertaraf edilemeyecek diğer düzenlemeler ise CISG m. 89-101 arasındaki taraf devletlere uluslararası hukuk kapsamında tanınan yetkiler ve yüklenen yükümlülüklerdir. Ayrıca, CISG m. 28'de aynen ifaya hükmederken mahkemeye getirilen sınırlama da bertaraf edilemeyecek bir hükümdür⁷⁹.

Tarafların CISG m. 6'da belirtilen şartlar dâhilinde irade serbestisini kullanarak CISG'in hükümlerinin uygulanmasını engellemelerinin doğal sonucu, tarafların seçtiği hukuk sistemi veya yargılamanın yapıldığı mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek hukuk sistemi CISG'e taraf bir ülke olsa dahi, CISG hükümleri yerine, seçilen ülke hukukunun veya kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen ülke hukukunun satım sözleşmeleri konusundaki iç maddi hukuk kurallarının uygulanacak olmasıdır⁸⁰.

b. CISG'in Uygulanmasının Hukuk Seçimi Yoluyla Engellenmesi

CISG'in uygulanmasının engellenmesi satım sözleşmesine CISG'in uygulanmayacağını belirten açık bir hükmün konulmasının yanı sıra tarafların yaptığı hukuk seçimi yoluyla da mümkün olabilir. Tarafların akit olmayan ülke hukukunu seçmeleri CISG'in uygulanmasını engelleme iradelerinin mevcut olduğunu gösterir⁸¹. Akit olmayan ülke hukukunu seçmeleri CISG'in bertaraf edilmesi yönünde tarafların gösterdiği sözleşme hükümlerinden anlaşılan iradedir⁸². Bununla birlikte, genel işlem şartlarında akit olmayan ülke hukukuna yapılan atıf bu etkiyi doğurmaz. O ülke hukukunun atıf yapılan hükümlerinin sözleşmenin parçası haline gelmesini sağlar⁸³. Tarafların hukuk seçimi yoluyla CISG'in uygulanmasını engellemeleri, forumun kanunlar ihtilafı kurallarının hukuk seçiminin sözleşme kurulduktan sonra yapılmasına izin vermesi şartıyla, sözleşme kurulduktan sonra da yapılabilir⁸⁴.

Akit ülke hukukunun seçilmesi halinde, CISG o ülke maddi hukukunun bir parçası olduğu için, uygulanmasının istenmediği açıkça belirtilmedikçe gene uygulanabilecektir⁸⁵. Akit ülke hukukunun seçilmesi halinde tarafların CISG'in uygulanmasını engelleyebilmeleri için, CISG'in uygulanmasını istemediklerini belirten bir açık hükme sözleşmelerinde yer vermeleri gerekir. Sözleşmede akit ülkenin iç satım hukukunun seçildiği açıkça belirtilmedikçe CISG uygulanacaktır⁸⁶. Bu durum tarafların işyerlerinin CISG'e taraf ülkelerde bulunduğu hallerde de geçerlidir. CISG'in bu şekilde doğrudan uygulama alanına giren bir sözleşmede

79 Ferrari, "Remarks on the" (n 72) 20.

80 Toker, (n 15) 123-124.

81 Schlechtriem, (n 53) 785.

82 Tarman, (n 53) 182; Kocasakal, (n 20) 43.

83 Schwenzer and Hahem, (n 7) 246.

84 Ferrari, "Remarks on the", (n 72) 33.

85 Schlechtriem, (n 53) 785; Mistelis, (n 29) 17; CISG AC Opinion No 16, (n 66) 7-8.

86 Schlechtriem and Butler, (n 11) 15; Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin* (n 33) 115.

tarafardan birinin işyerinin bulunduğu veya başka bir akit ülke hukukunun seçilmesi CISG'in uygulanmasının zımnen bertaraf edildiği şeklinde yorumlanamaz. Taraflar bu seçimi m. 4 ve m. 5 gibi CISG'in düzenlemediği belirtilen konulardan kaynaklı belirsizlikleri gidermek için veya uyumsuzluğun akit olmayan devlet mahkemesi önüne gelmesi ihtimalini düşünerek yapmış olabilirler⁸⁷.

CISG'de Antlaşma'nın örtülü olarak kapsam dışı bırakılabileceğine dair bir hüküm yoksa da açıkça kapsam dışı bırakılma şartı da yoktur. Bununla birlikte, uluslararası satım sözleşmesinde örtülü kapsam dışı bırakmaya dair açık olguların olması gerekir. Tarafların varsayımsal iradelerinden ziyade gerçek iradeleri tespit edilmelidir⁸⁸. Örtülü bir şekilde devre dışı bırakılmasına dair emareler dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir. Uyuşmazlığın CISG'e taraf olmayan bir ülkede görülmesine dair yetki anlaşması veya standart sözleşme hükümlerinin kullanılması örtülü bertaraf etmeye tek başına delil oluşturmaz⁸⁹. Standart sözleşmelerin CISG'in uygulanmasını bertaraf edebilmeleri için içeriklerinin belirli bir hukuk sisteminin kurallarının ve kavramlarının çok fazla etkisi altında olmaları ve bu kurallar ile CISG hükümleri arasındaki açık karşıtlıktan dolayı CISG ile beraber uygulanmalarının mümkün olmaması gerekir⁹⁰.

CISG'in uygulanma şartlarının sağlandığı bir durumda tarafların yargılama sırasında iddialarını belirli bir iç hukukun hükümlerine dayandırmaları tek başına CISG'in bertaraf edilmesi yönünde örtülü iradeyi göstermez. Çünkü taraflar o iç hukukun uygulanması gerektiğine inandıkları için iddialarını o hukuka dayandırmış olabilir. Hâkim tarafların hukuku yorumlamalarıyla bağlı değildir. Hâkim tarafların bunu yapmaktaki amaçlarının ne olduğunu incelemelidir. Tarafların bilinçli olarak CISG yerine o maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasını istedikleri anlaşılmalıdır. Bu isteğin varlığı ise tarafların yargılama sırasındaki iddialarından CISG'in sözleşmeye uygulanacağını bilincinde olduklarının ve bunun uygulanmasını istemediklerinin açıkça anlaşılması ile kabul edilebilir⁹¹. Bu ise mahkemenin usul hukuku kurallarının imkân vermiş olması kaydıyla hâkimin tarafların dikkatini bu meseleye çekmiş olması halinde mümkündür⁹².

CISG'e taraf devlet mahkemelerinde CISG m. 1/1'deki şartların gerçekleşmesi durumunda Antlaşma mahkeme ülkesi hukukunun bir parçası olarak uygulanmaktadır. Taraf ülkelerdeki yargılamalarda CISG yabancı hukuk veya vakıa değildir. Bu nedenle uygulanması sırasında tarafların yargılama sırasında iddialarını CISG'e

87 Kocasakal, (n 20) 42.

88 Ferrari, "Remarks on the", (n 72) 22-23.

89 Schlechtriem and Butler, (n 11) 19.

90 Ferrari, "Remarks on the", (n 72) 28-29.

91 Schlechtriem and Butler, (n 11) 20; Ferrari, "Remarks on the", (n 72) 31.

92 Schwenzer and Hahem, (n 7) 251-252.

dayandırıp dayandırmamalarının önemi yoktur. Bununla birlikte, taraf olmayan ülke mahkemesinde yapılan yargılamalarda forumun kanunlar ihtilafı kurallarının CISG'e taraf bir ülke hukukuna atfı yapması halinde, CISG yabancı hukukun bir parçası olarak uygulanacaktır. Bu durumda forumun milletlerarası özel hukuk ilkelerinin yabancı hukuku hukuk olarak mı yoksa vakıa olarak mı değerlendirdiği önem arz etmektedir. Eğer vakıa olarak değerlendiriyorsa taraf vekillerinin iddialarını CISG'e dayandırmaları gerekir⁹³.

Uluslararası satım sözleşmesinde bir ülke borçlar kanunu hükümlerinin seçilmesi devlet mahkemelerinde hukuk seçimi teşkil etmezken, CISG Danışma Kurulu'nun 16 No'lu Görüşü'ne göre tarafların CISG'i bertaraf etmek istedikleri yönündeki iradelerinin göstergesidir. CISG'e taraf olmayan bir ülke borçlar veya satım kanunu hükümlerinin seçilmesi halinde bu yorum kesindir. Bununla birlikte, CISG'e taraf ülke borçlar veya satım kanununun seçilmesi halinde CISG'in o ülke borçlar veya satım kanununun bir parçası haline getirilip getirilmediğine dikkat edilmelidir. Böyle bir durumda, CISG'in bertaraf edilebilmesi için daha açık bir sözleşme hükmü gerekir⁹⁴.

Taraflar hukuk seçimini veya belirli bir ülke kanununun hükümlerinin seçimini CISG'de düzenlenmeyen malların mülkiyeti, temsil vb. hususlar için de yapmış olabilirler. Bununla birlikte, kısmi nitelikteki bu tür bir hukuk seçiminin sözleşme hükmünden açıkça anlaşılması gerekir. Aksi takdirde, taraf olmayan ülke hukuku seçildiği zaman CISG'in uygulanmasının bertaraf edilmesi mümkün değildir. Ayrıca, hukuk seçimi CISG tarafından düzenlenen sınırlı bazı konulara örneğin ifaya ilişkin olursa, bu durumda CISG'in bütünüyle bertaraf edilmesi değil, INCOTERMS'lerin seçilmesine benzer şekilde, kısmen bertaraf edilmesi şeklinde yorumlanması gerekir⁹⁵.

Tarafların sözleşmelerinde ulusal üstü hukuk kurallarını seçmeleri, *incorporation* yoluyla sözleşme hükmü haline getirmeleri, durumunda CISG'in bertaraf edilip edilmediği, bu ulusal üstü kuralların kapsamına göre belirlenecektir. Eğer bu kurallar kapsam olarak CISG'le aynı konuları düzenliyorlarsa bu CISG'in bertaraf edildiğinin göstergesidir. Bu duruma örnek olarak, tarafların UNIDROIT'in Uluslararası Ticari Sözleşmelere ilişkin Prensipleri'ni seçmeleri örnek olarak verilebilir. UNIDROIT Prensipleri'nin seçilmesi halinde CISG yerine bu ilkeler uygulanacaktır. INCOTERMS'lerin seçilmesi halinde ise bu terimler teslim, hasarın geçisi gibi dar bir alanı düzenledikleri için CISG'in bütünüyle bertaraf edilmesi yerine bu konulara ilişkin hükümlerinin bertaraf edilmesi mümkündür⁹⁶.

93 CISG AC Opinion No 16, (n 66) 18.

94 ibid 10-11.

95 ibid 13-14.

96 ibid 14.

c. CISG Hükümlerinin Seçilmesi

CISG’de tarafların CISG’in alanına girmeyen satım sözleşmelerinde CISG hükümlerinin uygulanmasını seçebilecekleri açıkça hükme bağlanmamıştır. Bununla birlikte, sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında CISG hükümlerinin seçilmesinin mümkün olması nedeniyle bu konuya ilişkin açık bir hükme yer verilmesi de şart değildir⁹⁷. CISG hükümlerinin uygulanmasının seçilebileceğine dair Antlaşma’da açık hükme yer verilmemesinin bir diğer sebebi yeknesak hukuk kurallarının uygulanacak hukuk olarak seçiminin geçerliliği ve etkileri konularının milletlerarası özel hukukun ve sözleşmeye uygulanacak hukukun kurallarına bırakılmak istenmesidir⁹⁸. Bununla birlikte, CISG hükümlerinin seçilmesini engelleyici bir hüküm de yoktur. Taraflar, uygulanacak hukuk konusunda anlaşamamaları halinde tarafsız ve kolay ulaşırlı düzenlemeler olması nedeniyle CISG hükümlerini seçebilirler⁹⁹.

Taraflar, CISG’in doğrudan veya dolaylı uygulama koşulları gerçekleşmese veya aralarındaki sözleşmenin CISG m. 2 ile konusu itibarıyla kapsam dışı bırakılan sözleşmelerden biri olması halinde dahi CISG’in aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda, CISG *incorporation* yoluyla satım sözleşmesinin hükmü haline getirilerek uygulanacaktır. Bununla birlikte, forumun kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla tespit edilecek sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olamaz¹⁰⁰. Bunun sebebi, CISG ne kadar geniş kapsamlı ve yaygın kabul edilmiş bir düzenleme olsa da, hukuk olma niteliğini onu kabul etmiş devletin iradesinden almaktadır. Antlaşma uygulama alanına girmeyen konularda veya uygulama şartları gerçekleşmediği takdirde sözleşme hükümleri niteliğinde olup ancak *incorporation* yoluyla sözleşme parçası haline getirilebilir. Devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalarda sözleşmeye uygulanacak hukuk olamaz¹⁰¹.

Tarafların bu şekilde aralarındaki sözleşmenin CISG’e tabi olduğuna dair sözleşmeye hüküm koymaları devlet yargılamasında yapılan yargılamalarda hukuk seçimi teşkil etmez, maddi hukuk atfı olarak değerlendirilebilir¹⁰². CISG hükümlerinin bu şekilde seçilmesine dair bir anlaşma hükmünün geçerliliği sadece CISG hükümlerine göre değil aynı zamanda esasa uygulanacak hukukun taraflara irade serbestisini hangi ölçüde tanıdığına göre belirlenecektir. Bununla birlikte, her hal ve şartta uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olamazlar¹⁰³. Devlet yargısında CISG hükümleri tek başına sadece *incorporation* yoluyla

97 Ferrari, “Remarks on the” (n 72) 35.

98 Viscasillas, (n 28) 740-741.

99 Schroeter, (n 41) 265.

100 ibid 266; Kocasakal, (n 20) 46.

101 Bozkurt, (n 5) 313.

102 Tarman, (n 53) 183.

103 Schlechtriem and Butler, (n 11) 22.

uygulanabiliyorken tahkim yargılamasında uygulanacak hukuk kuralları olarak seçilerek hukuk seçimi yoluyla uygulanabilir¹⁰⁴.

5. Çekinceler ve Uygulama Alanına Etkileri

Makalemizin önceki kısımlarında incelenen m. 95 ve m. 96 çekincelerinin yanı sıra m. 92-94 arasında devletlere bazı konularda çekince koyma hakkı tanınmıştır. Bu durumlarda, uygulanacak hukuk çekince konuları bakımından bu devletler akit devlet statüsünde olmadığından forumun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. CISG m. 92 uyarınca bir akit devlet Antlaşma'nın sözleşmenin kurulmasına dair II. veya malların satımına dair III. kısmı ile bağlı olmayacağına dair çekince koyabilecektir. Bu durumda bu çekince konulan kısımlarda düzenlenen konular bakımından çekince koyan devlet taraf devlet olarak kabul edilmeyecektir. Forumun kanunlar ihtilafı kurallarının CISG'e taraf olmakla beraber II. veya III. kısma çekince koyan devlet hukukuna atıf yapması durumunda bu kısımlarda düzenlenen konulara ilişkin atıf yapılan ülkenin bu konulardaki iç satım hukuku kuralları uygulanacaktır.

CISG m. 93'te farklı hukuk sistemlerinin uygulandığı ülkesel birimleri olan akit devletlere CISG'in bu ülkesel birimlerden bazılarında uygulanmaması yönünde çekince koyabilme hakkı tanınmıştır. Bu durumda satım sözleşmesinin taraflarından birinin işyeri CISG'e taraf bir devletin çekince uyarınca CISG'in uygulanmadığı ülkesel biriminde olması durumunda akit devlette bulunmuyor kabul edilecektir. CISG'in bu çekince sonucu uygulanmadığı bölgesel birim mahkemesinde yapılan bir yargılamada, CISG o birimde uygulanmadığından dolayı o mahkeminin CISG'i uygulamak yönünde uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğü de yoktur. Satım sözleşmesine uygulanacak hukuk forumun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir.

CISG m. 94/1 çekincesi birbirine çok yakın hukuk sistemleri olan akit devletler için getirilmiş bir düzenlemedir. CISG'e taraf olmakla beraber CISG'te düzenlenen konularda aynı veya çok benzer nitelikli hukuki düzenlemelere sahip devletlerin, işyerleri bu devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine CISG'in uygulanmayacağı yönünde çekince koyabilecekleri düzenlenmiştir. Bu çekince yoluyla akit devletler CISG'in m. 1/1.a yoluyla doğrudan uygulanma yükümlülüğünden kurtulmaktadırlar. Bu durumda, bu taraflar arasındaki satım sözleşmelerine işyerleri akit ülkede bulunmakla beraber, CISG'in uygulanmayacağı yönünde çekince konulduğu için forumun kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilecek hukuk uygulanacaktır. CISG m. 94/2'de ise bir akit devletin Antlaşma'ya taraf olmayan bir veya birden fazla devletle aynı veya çok benzer hukuk kurallarına sahip olması durumunda işyeri bu devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmesine

104 Schlechtriem, (n 53) 785.

CISG'in uygulanmayacağı yönünde çekince konulabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda taraflardan biri zaten akit devlet olmadığı için doğrudan uygulama mümkün olmamaktadır. Bu çekince sonucu CISG'in m. 1/1.b yoluyla dolaylı uygulanabilmesi engellenmektedir.

6. Sonuç

Uluslararası ticarete en önemli ve başarılı yeknesaklaştırma çalışması olarak kabul edilebilecek CISG kendi uygulama alanını da belirlemiştir. Bu çerçevede, forum ülkesinin CISG'e taraf olmasına dayanan uluslararası hukuktan kaynaklı yükümlülüğün neticesi olarak bir uluslararası satım sözleşmesinden kaynaklı yargılamada CISG'in uygulanma şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilecektir. Makalemizde belirttiğimiz üzere bu uygulanma şartları doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılmıştır. CISG'e taraf bir ülke mahkemesinde yapılan yargılamada, doğrudan uygulama milletlerarası unsurlu satım sözleşmesinde tarafların her ikisinin de işyerinin farklı akit ülkelerde olması halinde mümkündür. Dolaylı uygulama, aynı nitelikli satım sözleşmesinde forumun kanunlar ihtilafı kurallarının bir akit ülke hukukuna atıf yapması halinde mümkün olmaktadır. Dolaylı uygulamada CISG Danışma Kurulu'nun 15 No'lu Görüş'ünde belirtildiği üzere uygulamayı sağlayan atfın kendisidir. CISG akit ülke hukukuna atıf yapılma şartı sağlandığı için uygulanmakta atıf yapılan ülkenin iç hukukunun parçası olarak uygulanmamaktadır.

Bu nedenle dolaylı uygulama ile bağlı olmamayı öngören m. 95 çekincesi çekince koyan forum ülkesinin CISG'i m. 1/1.b vasıtasıyla dolaylı uygulama konusundaki uluslararası hukuktan kaynaklı yükümlülüğünü kaldırmaktadır. Bununla birlikte, forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralları bir akit ülke hukukuna atıf yaparsa CISG atıf yapılan ülkenin iç hukukunun bir parçası olarak uygulanabilecektir. Bu durumda CISG adeta taraf olmayan ülke mahkemesinde yapılan bir yargılamadaki gibi uygulanmaktadır. Çekince koymayan akit ülke mahkemesindeki yargılamada çekince koyan akit ülke hukukuna atıf yapılması halinde de çekincenin o ülkenin akit ülke vasfını ortadan kaldırmaması nedeniyle CISG uygulanabilecektir. Taraf olmayan ülke mahkemesinde yapılan yargılamada ise forumun kanunlar ihtilafı kuralları CISG'e taraf ancak dolaylı uygulamaya çekince koyan yani bunla bağlı olmayan bir ülke hukukuna atıf yaparsa, hakim yabancı hukuku o ülkenin hakimi gibi uygulamakla yükümlü olduğundan ve CISG'in o ülkede uygulama şartları gerçekleşmediği için CISG değil o ülkenin iç satım hukuku uygulanacaktır.

CISG'in doğrudan veya dolaylı uygulama şartları gerçekleşmiş olsa dahi sözleşmenin tarafları CISG'in uygulanmasını m. 6'daki irade serbestisine dayanarak engelleyebilirler. Taraflar, CISG'in uygulanmasını aralarındaki sözleşmeye CISG'in

uygulanmayacağına dair açık hüküm koyarak engelleyebilecekleri gibi, CISG'e taraf olmayan bir ülkenin hukukunu seçmek yoluyla da engelleyebilirler. Taraflar, CISG'in uygulanmasını bu şekilde bütünüyle engelleyebilecekleri gibi bazı hükümlerinin uygulanmasını da engelleyebilirler. Bu ise uygulanmasını istemedikleri hükümleri belirtmeleri yoluyla olabileceği gibi CISG hükümlerinin emredici olmadığı dikkate alındığında o konularda sözleşmede kendilerinin düzenleme yapması yoluyla veya uygulanmasını istemedikleri konular için hukuk seçimi yapmaları yoluyla mümkün olabilir. CISG'in bütünüyle veya kısmen uygulanmasının engellenmesi bir sözleşme maddesi ile yapıldığından dolayı, bu maddenin geçerliliği ve yorumu CISG'te bu konulara dair yapılan düzenlemelere tabidir. Bununla birlikte, CISG'in uygulanmasının hukuk seçimi yoluyla, CISG'e taraf olmayan bir ülke hukuku seçilerek engellenmesi halinde hukuk seçimine dair bu sözleşme hükmünün yorumunda forumun hukuk seçimine dair kanunlar ihtilafı anlayışı da dikkate alınacaktır. Doğrudan veya dolaylı uygulama şartları gerçekleşen bir satım sözleşmesine m. 6 uyarınca CISG'in uygulanmasının engellenmesi durumunda, sözleşmeye uygulanacak hukuk forumun kanunlar ihtilafı kuralları tarafından belirlenecektir. Bu kurallar gereği CISG'e taraf bir ülke hukukuna atıf yapılsa dahi tarafların iradelerinin sonucu o ülkenin iç satım hukuku kuralları uygulanacaktır. Aynı yöntem CISG'de düzenlenmeyen konular için de geçerlidir. Bu konularda, tarafların bu konulara yönelik seçtikleri ülke hukuku veya böyle bir seçim yoksa forumun kanunlar ihtilafı kuralları gereği uygulanması gereken ülke hukuku uygulanacaktır.

CISG'in uygulanma şartlarının sağlanmadığı bir sözleşmede CISG hükümlerinin seçilebilmesi mümkündür. Bununla birlikte devlet mahkemelerinde yapılan yargılamada bir ülke hukukunun seçilmesinin şart olması nedeniyle milletlerarası özel hukuk bağlamında bu bir hukuk seçimi değildir. Taraflar CISG hükümlerini *incorporation* yoluyla sözleşme maddesi haline getirmektedirler. CISG bu durumda ancak, sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmadığı sürece uygulanabilecektir. CISG'in bu yöntem ile seçilmesinin geçerliliği ve yorumu CISG'te yer alan sözleşmenin kurulmasına ve yorumuna dair düzenlemelerin yanı sıra forumun kanunlar ihtilafı anlayışına göre tespit edilecektir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Bibliyografya/Bibliography

- Atamer Y, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005).
- Balkar Bozkurt S, "Uluslararası Satım Sözleşmelerinin Maddi Kurallar İçeren Konvansiyonlarla Düzenlenmesi Bağlamında Bir Yeknesaklaştırma Başarısı: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Vienna Konvansiyonu)" (2017) 2017/2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 295-324.

- Balkar S, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları* (Galatasaray Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002)
- Çalışkan Y, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014).
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017).
- CISG AC Opinion No. 16, Exclusion of the CISG under Article 6, Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adopted by the CISG Advisory Council following its 19th Meeting, in Pretoria, South Africa on 30 May 2014.
- CISG-AC Opinion No. 15, Reservations under Articles 95 and 96 CISG, Rapporteur: Professor Doctor Ulrich G. Schroter, University of Mannheim, Germany. Adopted by the CISG Advisory Council following its 18th Meeting, in Beijing, China on 21 and 22 October 2013.
- Coetzee J, “The Interplay between Incoterms and the CISG” (2013) 32 *Journal of Law & Commerce* 1-22.
- Fawcett J, Harris J and Bridge M, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (OUP 2012).
- Ferrari F, “PIL and CISG: Friends or Foes” (2013) 31 *Journal of Law & Commerce* 45-108.
- Ferrari F, “Remarks on the UNCITRAL Digest’s Comments on Article 6 CISG” (2005) 25 *Journal of Law & Commerce* 13-37.
- Ferrari F, “Overview of Case Law on the CISG’s International Sphere of Application and Its Applicability Requirements (Articles 1(1)(A) and (B))” (2002) *International Business Law Journal* 961-975.
- Gül İ, “Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit under CISG (2016) 6 *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 77-101.
- Mistelis L, “CISG’in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından”, in Yesim M. Atamer (eds), *Milletlerarası Satım Hukuku* (2nd edn, On İki Levha 2012).
- Özdemir FÖ, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Birinci Madde Hükmünün İncelenmesi” in Günseli Öztekin Gelgel, and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı* (Beta 2014).
- Özdemir Kocasakal H, “Viyana Konvansiyonu’nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı”, 2013 (1) *GÜHFD Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı* 19-52.
- Schlechtriem P and Butler P, *UN Law on International Sales* (Springer 2009).
- Schlechtriem P, “Requirements of Application and Sphere of Application of the CISG” 2005 (36) *Victoria University of Wellington Law Review* 781-794.
- Schroeter U, “Freedom of Contract: Comparisons between Provisions of the CISG Article 6 and Counterpart Provisions of the PECL” (2002) 6 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 257-266.
- Schwenzer I and Hahem P, “Uygulama Alanı ve Genel Hükümler”, Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy (ed.), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (XII Levha, 2015).
- Schwenzer I and Kee C, “International Sales Law-The Actual Practice”, (2011) 29 *Penn State International Law Review* 425-447.

- Tarman ZD, “Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşmasının Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi”, *İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı* (Adalet 2013).
- Tiryakioğlu B, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (AÜHF Yayınları 1996).
- Tiryakioğlu B, “11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi” (1991) AÜHFD 191-205.
- Toker AG, *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı* (Seçkin 2005).
- Wethmar Lemmer M, “Applying the CISG via the Rules of Private International Law: Articles 1(1)(b) and 95 of the CISG-Analysing CISG Advisory Council Opinion 15” (2016) 15 De Jure 58-73.
- Winship P, “The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts” in Galston&Smit ed., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods* (Matthew Bender 1984).
- Viscasillas PP, “Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts” (2013) 58 Villanova Law Review 733-759.
- Zeytin Z, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme” (2008) 24(3) Banka Hukuku Dergisi 217-264.

