

Arş. Gör. Ceren SAYIN **

ÖZ

Son zamanlarda tacirler arasında fazlasıyla tercih edilen milletlerarası karşı ticaret sözleşmeleri geniş kapsamlı birçok yasal sorunu gündeme getirmektedir. Bu makale, karşı ticaret ve türlerini kısaca tanıtır yabancılik unsuru bulunan sözleşmelerde uygulanacak hukuk konusunu, doğrudan uygulanacak kurallar ve hukuk seçimi kapsamında ele alacaktır. Öncelikle UNCITRAL'ın da yaptığı ayrımına göre karşı ticaret sözleşmeleri dört ana türde incelenecek ve ardından karşı ticaret sözleşmelerinin milletlerarası özel hukuk anlamında uygulanacak hukuk bakımından etkileri irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Karşı ticaret sözleşmeleri, uygulanacak hukuk, tarafların hukuk seçimi, doğrudan uygulanan kurallar.

ABSTRACT

International counter-trade agreements, which are nowadays highly preferred among traders, raise many wide-ranging legal problems. This article will briefly introduce the counter-trade and its types and discuss the applicable law in contracts with foreign elements within the scope of overriding rules and choice of law. First of all, according to the distinction made by UNCITRAL, counter-trade contracts will be examined in four main types and then the effects of counter-trade contracts in terms of applicable law in the sense of international private law will be addressed.

Keywords: Counter-trade agreement, applicable law, choice of law, overriding rules.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 21.12.2020 / Kabul Tarihi: 27.02.2021).

** Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, (cerensayin94@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2565-9982).

Atıf/ Citation: Sayın, Ceren (2021) 'Milletlerarası Karşı Ticaret Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk', TFM, C: 7, S: 1, s. 133-156.

I. GİRİŞ

Gelişmekte ve az gelişmiş ülkeleri özellikle ekonomik alanda ilgilendiren son zamanlardaki en önemli gelişmelerden birisi de takas ve karşı ticaret kullanımındaki artıştır. Takas, ticaret işleminin en basit şekli, para kullanılmadan gerçekleştirilen iki yönlü mal değişimi olarak tanımlanabilirken; karşı ticaret, ithalatçı bir ülke ile yabancı bir satıcı arasında, ithalat işleminin tamamlanması için bir koşul olarak, satıcının ithalatçı ülkeden belirli malları ayrı ayrı satın almasını gerektiren bir sözleşme tipi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızın kapsadığı karşı ticaret işlemleri, bir tarafın diğer tarafa mal, hizmet, teknoloji veya diğer ekonomik değeri sağlaması ve karşılığında birinci tarafın ikinci taraftan kararlaştırılan miktarda mal, teknoloji veya diğer bir ekonomik değeri satın aldığı işlemlerdir. Bu işlemlerin ayırt edici bir özelliği, birbirleri arasında iki yöndeki bir bağlantının varlığı olarak ifade edilebilir. Zira bir yöndeki ihracat sözleşmesinin veya sözleşmelerin sonuçlanması, diğer yöndeki karşı ticaret sözleşmesinin veya sözleşmelerin sonuçlanmasına bağlıdır.

Milletlerarası karşı ticaret uygulamaları, döviz kıtlığı çeken veya döviz tasarrufu yapması gereken ülkelerin ihtiyaç duyduğu ithalatı finanse edebilmeleri ve sürekli değişen uluslararası koşulların yarattığı yeni ekonomik taleplere yanıt bulabilmek için ticaret işlemlerini ekonominin dinamizmi ile yeniden yapılandırma gereksinimi sonucunda ortaya çıkmıştır.

Çalışmamız, karşı ticaret sözleşmesi kapsamındaki malların ulusal sınırların ötesinde teslim edildiği hâllerde, taraflar arasında çıkabilecek olası ihtilâflarda uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitine odaklanmaktadır.

Karşı ticaret işlemleri, tarafların ihtiyaçlarına göre çeşitli biçimler alarak farklı özellikler gösterir. Çeşitli karşı ticaret türleri için kullanılan birçok terim bulunmakla birlikte çalışmamız kapsamında değerlendirilecek terimler şunlardır: “takas” (*barter*); “karşı alım sözleşmesi” (*counterpurchase*); “geri

satın alım” (*buy-back*); ve son olarak, “karşılıklı denkleştirme” (*offset*).

Gelişmekte olan ülkeler başta olmak üzere bazı ülkelerde karşı ticaret, karşı ticareti çeşitli şekillerde teşvik edebilen veya kısıtlayabilen hükümet düzenlemelerine tâbidir. Buna ek olarak, karşı ticaret işlemlerinin çeşitli yönlerinin, özellikle karşı ticarete yönelik olmayan düzenlemelere tâbi olması da muhtemeldir. Ülkelerin ilgili konudaki hukuk kuralları farklı olduğundan ve sıklıkla değiştirildiğinden, tarafların sözleşme akdetmeden önce sözleşme serbestisinden üstün gelen doğrudan uygulanan kuralları sözleşmenin akdedildiği sırada dikkate almaları tavsiye edilmektedir. Henüz milletlerarası özel hukuk anlamında karşı ticarete kullanılan ve geçerli bir terminoloji geliştirilmemiş olup bu konuda yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır.

II. GENEL OLARAK

Karşı ticaret (*countertrade*), uluslararası ticaret ve finansta yeni moda kelimelerden biri hâline gelmiş bir kavramdır. Günümüz ekonomisinde hükümetlerin karşı karşıya olduğu uluslararası borç krizi nedeniyle finansman, pazarlama veya kalkınma sorunları, bu yaygın uygulamanın en önemli kaynaklarından birini oluşturmaktadır.

Çoğu gelişmekte olan ülke, ihracat kazançlarının çoğunu dış borçları için kullanır ve elinde kalanı, sanayileşme programlarının devamı için harcar. Özel bankaların gelişmekte olan ülkelere borç vermesinin giderek azalan bir uygulama hâline dönüşmesi, gelişmekte olan ülkelerin faiz ödeyebilme ve ekonomik büyümeyi sürdürme yeteneklerini tehlikeye atmaktadır. Rekabetin âdil olduğu bir ortamda ekonomik seviyeyi korumak için, ülkeler ticari faaliyetlerini sürdürebilmeli, ihracat yapmalı ve yatırımları ülke içine çekebilmelidir. Bu nedenledir ki, karşı ticaret uygulamaları devletlerce zorunlu hâle getirilip uzun vadeli ve orta vadeli ticaret teşvik edilmektedir. Zira karşı ticaret, ticaret dengesinin bozulmasına karşı kullanılacak yöntemlerden birisi olarak sıkça tercih edilmektedir. Özellikle

Kolombiya, Endonezya gibi ülkelerde, bu ülkelerin ekonomik durgunluk veya kriz zamanlarında ekonomilerini yeniden canlandırmak amacıyla, geçici bir strateji olarak karşı ticaret uygulamalarını doğrudan uygulanan kurallar ile düzenlediklerini görebilmekteyiz¹. Bu düzenlemeler çoğu zaman şarta bağlandığından genellikle devletin ekonomik durumu veya politik yönelimleri değiştiğinde düzenlemeler de değişmektedir.

Hâl böyle olmakla birlikte, karşı ticaret sözleşmeleri ile ilgili olarak uygulanan yaygın bir hukuki düzenlemenin bulunmayışı hem yerel hem de uluslararası düzeyde ortaya çıkan hukuki ihtilâfların çoğuna cevap verilememesi sorununu doğurmaktadır. Bu konudaki doğrudan uygulanan kuralların çoğunluğunu ülkelerin ekonomik, mali ve yabancı kaynaklı önlemlerinin yerine getirilmesini garanti eden düzenlemeler oluşturmaktadır. Ticari hayatta ihracatçıların karşı ticaret sözleşmesinde yer almaları durumunda milletlerarası özel hukuk kuralları kapsamında neye izin verilir vermediği hususunu bilmeleri, ticaretin akışı ve tacirlerin hukuk sistemlerinin sağladığı hukuki güvencelerden tam ve tatmin edici bir şekilde yararlanabilmeleri açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla, mevcut politikaları anlamak için ticaret ve milletlerarası özel hukuk kurallarının karşı ticaret uygulamalarına nasıl uygulandığı konusu incelenmelidir.

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (*General Agreement on Tariffs and Trade*)², ticaret engellerinin azaltılması yoluyla uluslararası ticareti teşvik etmek için tasarlanmış uluslararası bir antlaşmadır. GATT, genel olarak ikili ticaret anlaşmalarını ve özellikle diğer ticaret ortaklarına karşı ayrımcılık yapan ikili ticaret ilişkilerini öngören anlaşmaları yasaklamaktadır. GATT'ın temel amacı, uluslararası ticaret sürecinde hükümet müdahalesini

en aza indirmek ve hatta mümkünse kaldırmaktır³. Devlet müdahalesinin olduğu karşı ticaret sözleşmelerinin GATT'ı ihlal edip etmediği konusu öğretide tartışmalı olup⁴ GATT'ın karşı ticaret sözleşmelerine uygulanabilirliğinin sorgulanabilir duruma gelmesi bu konunun milletlerarası hukuk anlamında açıklığa kavuşturulması noktasında önemini daha da arttırmaktadır.

A. KARŞI TİCARET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Genel olarak, "karşı ticaret (*countertrade*)", kişinin karşılıklı borç ilişkisinde olduğu tarafa karşı, para kullanmak zorunda kalmadan mal ve/veya hizmet elde edebildiği bir ifa yöntemi olarak ifade edilmektedir. Karşı ticaret işlemi, tarafların her birinin ayrı ancak ilişkili işlemlerle birbirlerine mal ve/veya hizmet satmayı taahhüt ettikleri ve birbirlerine karşı paralel yükümlülükler içerisinde olduğu bir ilişkidir⁵. Buna ilave olarak karşı ticaret, bir ülke tarafından, o ülkede iş yapmak isteyen ticaret ortaklarına dayatılan bir dizi doğrudan uygulanan kurallar olarak da tanımlanabilir. Bu nedenle, karşı ticaret yükümlülükleri, bir anlamda iş yapma ruhsatı türü olarak da görülmektedir⁶. Karşı ticaret, döviz kullanımını yerine taraflar arasında mal ve/veya hizmet değişimi veya başka bir deyişle, nakitsiz ticaret olarak da ifade edilmektedir⁷.

¹ **Esteban de la Rosa**, Gloria (2011) 'International Countertrade – Rules and Practices', *International Journal of Business and Social Science*, Vol:2, No:15, s. 278.

² Çalışmamız boyunca kısaltması GATT olarak kullanılacaktır.

³ **Verdun**, Vincene (1985) 'Are Governmentally Imposed Countertrade Requirements Violations of the GATT?' *Yale Journal of International Law*, Vol:11, No:1, s. 207.

⁴ **Howse**, Robert (2010) 'Beyond The Countertrade Taboo: Why The WTO Should Take Another Look At Barter And Countertrade' *The University of Toronto Law Journal*, Vol: 60, No: 2, s.291.

⁵ **Lochner**, Scott J. (1985) 'Guide to Countertrade and International Barter' *The International Lawyer*, Vol:19, No:3, s.727.

⁶ **Lochner**, s.727.

⁷ **Guyot**, Cedric (1986) 'Countertrade Contracts in International Business' *The International Lawyer*, Vol:20, No:3, s. 922.

Karşı ticaret işlemleri çeşitli biçimlerde gerçekleştirilebilir ve farklı isimler altında adlandırılabilir. Bu çeşitli karşı ticaret türlerini bir başlık altında toparlayan herhangi bir yeknesak düzenleme bulunmamaktadır⁸. Karşı alım ve satım yapan taraflar, kısmen farklı ekonomik bakış açılarına sahip olmaları nedeniyle veya yapılan ticaretin belirli bir yönünü vurgulamayı tercih ettikleri için aynı işlemi tanımlamak için farklı terimler kullanabilmektedir. Buna rağmen, hâkim görüş, karşı ticaretin bütün türlerinde ortak olarak görülen karakteristik özelliğin, bir satış sözleşmesinde, satıcının alıcıya sözleşmede kararlaştırdıkları mal ve/veya hizmeti temin etmesi karşılığında alması gereken bedel yerine, bu bedel oranında alıcıdan mal ve/veya hizmet almasıdır⁹.

Özetle, karşı ticaret şu sebeplerle gerçekleştirilmektedir: (1) taraflardan birinin veya her iki tarafın kıt döviz rezervlerini kullanmak istememele-ri durumunda, (2) azalan talep karşısında bir ülkenin yerleşik ihracat fiyatlarının sürdürülmesine yardımcı olduğunda veya (3) bir ülkenin ihracatının, ticaretin arzu edildiği dış pazarlarda sınırlı pazarlama yetisine sahip olması durumunda.

B. KARŞI TİCARET SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

1. Takas (*Barter*)

“*Barter*” kelimesi Fransızca kökenli bir kelime olup takas (değiş-tokuş) anlamına gelmektedir. Takas, literatürde aynı zamanda “*swapping*” olarak da anılmaktadır. Karşı ticaretin takas işlemindeki yansıması, tarafların aynı anda para kullanmaksızın doğrudan mal-mal değişimi, hizmet-hizmet değişimi, mal-hizmet değişimi veya hizmet-mal değişimi yapmak suretiyle gerçekleştirdiği hukuki işlemi ifade etmektedir¹⁰. *United Nations Commission on Inter-*

national Trade Law, Türkçe adıyla, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu¹¹nun karşı ticaret ile ilgili çıkarttığı hukuk rehberi, takası dar anlamda tanımlayarak belirli malların iki yönlü değişimini içeren bir işlem olarak ifade etmektedir. Ayrıca, malların bir yönde tedarik edilmesi, malların teslimi için gereken parasal ödemenin tamamen veya kısmen yerine geçeceği belirtilmektedir¹². Eğer malların takasında iki yönlü değer farkı bulunuyorsa, bu aradaki fark para veya başka bir ekonomik değer ile ödenebilir.

Takas işlemi dünyanın en eski ticaret şekillerinden biri olup, iki taraf arasında eşit değere sahip mal ve/veya hizmetlerin herhangi bir nakit değişimi olmaksızın doğrudan el değiştirmesini sağlayan bir işlem olarak tanımlanır. Bu tarz işlemlerde taraflar her zaman birbirleriyle doğrudan ticaret yaparlar ve takas konusu şeyi her bir taraf kendisi açısından sözleşme şartlarına göre ister. Mal ve/veya hizmet takası için yapılan bu işlemde her iki taraf da birbirlerinin mallarını ödeme aracı olarak kullanır¹³. Takas işlemleri kısa bir süre içinde gerçekleştirilir ve teslimatlar genellikle eşzamanlı olarak yapılır¹⁴. Takas sözleşmeleri çoğu zaman bir defaya mahsus işlemleri kapsamaktadır. İki taraftan fazla taraf içeren, mal ve/veya hizmet değerlerindeki farklılıkları dengelemek için para birimini kullanan daha karmaşık yapıda takas türleri de mevcuttur. Bu tür takaslar, salt takas işlemlerinden daha uzun sürebilmektedir.

Salt takasın söz konusu olabilmesi için ekonomistlerin “isteklerin tesadüfü (*double coincidence of*

Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol:9, No:2, 1984, s. 270.

¹¹ Çalışmamız boyunca kısaltması UNCITRAL olarak kullanılacaktır.

¹² **UNCITRAL Legal Guide** on International Countertrade Transactions, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), United Nations Publication, E.93.V.7, ISBN 92-1-133444-6, New York, 1993, s.8.

¹³ **Guyot**, s.925.

¹⁴ **Grabow**, s.259.

⁸ **Lochner**, s.729.

⁹ **Lochner**, s.728.

¹⁰ **Esteban de la Rosa**, s.273; **Grabow**, John C. (1984) ‘Negotiating and Drafting Contracts in International Barter and Countertrade Transactions’ North Carolina

wants)¹⁵ olarak adlandırdığı ilkenin gerçekleşmesinin zorluğundan dolayı salt takas işlemlerine uluslararası ticarete rastlamak oldukça zordur¹⁶. Milletlerarası ticarete takasın en çok bilinen örneği, enerji kaynağının tüm ülkeler tarafından aranmasının doğal bir sonucu olarak ham petroldeki takastır. Petrol artık uluslararası ticarete “nakit emtia” olarak kullanılmakta ve bugün Avrupa ülkelerinin çoğu ve ABD alıcı olarak petrol takası yapmaktadır¹⁷. Üretici ülkeler için petrol takası, açık deniz sondajından kaynaklanan yeni rekabet nedeniyle doğrudan satışların azaldığı bir pazarda avantajlı bir işlem iken; sanayileşmiş ülkeler ise OPEC’in sınırlarını çizdiği pazarın dışında değerli mallarını petrol karşılığında ihraç edebilmekten üstünlüğünden yararlanmaktadır¹⁸. İran ve ABD arasında yapılan ve 1976’da imzalanan sözleşmenin, General Dynamic ve McDonnell Douglas ve Northrop gibi diğer uçak firmalarından F-16 uçaklar ve donanmaya ilişkin teçhizatlar karşılığında 1 milyar ABD dolarının üzerinde petrol takasını içermesi bu konuda gerçekleştirilmiş en büyük petrol takas işlemlerinden biridir¹⁹.

Türk hukukunda Dış Ticaret Müsteşarlığı’ndan İhracat 2006/4 numaralı Takas veya Bağlı Muamele Yoluyla Yapılacak İhracata İlişkin Tebliğ²⁰’de milletlerarası takas veya bağlı muamele yoluyla yapılacak ihracata ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Ancak Dış Ticaret Müsteşarlığı’nın İhracat: 2008/10 numaralı Takas veya Bağlı Muamele Yoluyla Yapılacak İhracata İlişkin Tebliğin (Tebliğ No: İhracat 2006/4) Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Teb-

liğ²¹ ile 2006/4 numaralı Tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kalksa dâhi çalışmamız kapsamında incelemeye tâbi tutulan karşı ticaret türleri bakımından Türk mevzuatında tespit edilen yegâne düzenlemenin 2006/4 numaralı Tebliğ’in olması ve çalışmamız açısından önemi nedeniyle Tebliğ’in ilgili hükümleri çalışmamız kapsamında değerlendirilecektir. Buna göre, Tebliğ’in 2(1)’nci maddesi gereğince, talepler, yabancı şirket ile yapılan sözleşmeye ithalatçı ile yapılan sözleşmenin aslı ve yeminli tercüman tarafından yapılan Türkçe çevirisi ve “Takas veya Bağlı Muamele Başvuru Formu” ile birlikte İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliği’ne iletilmelidir. Bu sözleşmenin ithal veya ihraç edilecek malın cinsi, Gümrük Tarife İzin Pozisyonu miktarı, birim fiyatı, toplam değeri ve sözleşme süresini içermesi gerekmektedir. Tebliğ’in 5’inci maddesi uyarınca, takas veya bağlı muamele izinleri 6 aydan fazla olmamak şartıyla, şirketin sunduğu sözleşmede belirtilen süre kadar devam edecektir. Bu sürenin bitmesinden önce İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliği’ne başvurulursa, sözleşmenin devamı için toplamda 3 yıla kadar ek süre verilebilir. Ancak ek sürenin de dolmasından itibaren süre uzatım talepleri, eğer ithalat taahhüdünde eksiklik varsa, Gümrük Müsteşarlığı’nın görüşü alınarak Dış Ticaret Müsteşarlığı’na; ihracat taahhüdünde ise, Dış Ticaret Müsteşarlığı’nın görüşü alınarak İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliği’nde neticelendirilir.

a. Salt Takas

Mal ve/veya hizmet takaslarında karşılıklı olarak tarafların aynı gerçek veya tüzel kişiler olması durumunda ihracata ve ithalata konu olan malların ve/veya hizmetlerin bedellerinin herhangi bir nakit değişimi olmadan kısmen veya tamamen birbirleriyle değiştirilmesidir.

Mal ve/veya hizmeti ihraç eden, ihraç ettiği mal ve/veya hizmeti kadar ihraç hakkı kazandığı

¹⁵ Grabow, s.259.

¹⁶ Van Dort, Joseph J. & Friese, Eliard (1987) ‘Coimterpurchase Contracts and Their Contractual Issues’ Penn State International Law Review, Vol:6, No:1, s. 46.

¹⁷ Guyot, s.928.

¹⁸ Guyot, s.928.

¹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Mehta, Vikra S. (1978) ‘Barter: An Analysis of Oil for Commodity Barter Deals’ India International Centre Quarterly, Vol:5, No:4, s.196.

²⁰ R.G., 06.06.2006, 26190 S.; Çalışmamız boyunca yürürlükten kaldıran 2006/4 numaralı Tebliğ’in kısaltması olarak Tebliğ kullanılacaktır.

²¹ R.G., 12.07.2008, 26934 S.

gibi, ithalatçıda ithal ettiği mal ve/veya hizmet değeri kadar mal ithal etmek durumundadır.

b. Bağlı Muamele

İhraç edilen malın ve/veya hizmetin tümüne veya bir kısmına karşılık mal ve/veya hizmet alındığı bir ticaret tipidir. İhraç veya ithal edilen mal, hizmet veya teknoloji transferi bedelinin kısmen veya tamamen mal, hizmet, teknoloji transferi veya bir kısmının döviz ile ödendiği sözleşmelerdir. Türk hukukunda bağlı muamele olarak adlandırılan bu sözleşmeyi, biz UNCITRAL'in yaptığı ayırmadan yola çıkarak geri satın alım sözleşmesi (*buy-back*) olarak ana başlık altında inceleyeceğiz.

2. Karşı Alım (Counterpurchase)

“Paralel takas” olarak da bilinen karşı alım, aslen sözleşmede satın alınan mallarla ilgisi olmayan malların karşı teslimatlarını içeren bir karşı ticaret işlemidir. Örneğin, votka satın alımı karşılığında alkolsüz içecek şişeleme fabrikasının şişe satışı, bir karşı satın alım şeklidir²². İki taraf arasında aynı anda gerçekleştirilen iki ayrı işlemi içerir. Karşı satın alma kapsamında, başka bir ülkedeki bir şirkete, belirli bir malı gelecekte satın almayı taahhüt eden bir şirket tarafından mal ve/veya hizmet satışı söz konusudur.

Karşı alım sözleşmesi kapsamındaki malların değişimi kısa bir süre içinde gerçekleşir ve karşı teslimat olarak sunulan malların değeri, çoğunlukla asıl satış sözleşmesinin değerinin yüzde 100'ünden azdır²³. Karşı alım sözleşmesini takastan ayıran en önemli fark ise, tarafların her biri aldığı mal ve/veya hizmet karşılığında karşı tarafa genellikle nakit para veya akreditif ile ödeme yapar. Karşı alım, ilk satın alma kapsamında tedarik edilen malların karşılığında satılan malların üretiminde kullanılmaması nedeniyle geri satın alım (*buy-back*) sözleşmesinden de farklıdır²⁴. Diğer bir ifadeyle, ikincil işlemde el değiştiren

mallar birincil işlemde bağımsız olup daha ziyade diğer üretim biçimleriyle ilgilidir²⁵.

Milletlerarası ticarete karşı alım sözleşmelerinin sayısı diğer karşı ticaret türlerine kıyasla oldukça fazladır. Karşı alım uygulamaları gün geçtikte yaygınlaşmakta ve bugün genellikle, asıl satıcının yanında asıl satıcının satın alma yükümlülüklerini üstlenen bir bankanın veya dış ticaret yapan bir başka ticaret şirketinin karşı ticaret departmanının dâhil olduğu üçüncü bir tarafı da içermektedir²⁶.

Karşı alım sözleşmesinin unsurları birlikte ele alındığında sözleşmenin hüküm ve koşullarını belirleyen üç ayrı ancak birbirleriyle ilişkili sözleşme üçgeninden bahsetmek mümkündür: (1) malların satışı karşılığında uygun bir bedeli içeren ana satış sözleşmesi; (2) asıl satıcının alıcıdan mal satın alma yükümlülüğünün hüküm ve koşullarını belirleyen karşı alım sözleşmesi; ve (3) her iki tarafın da diğer tarafın mallarını satın almak için kendi sözleşmelerini imzalamayı taahhüt ettiği, genellikle karşı satın alım sözleşmesine özel bir hüküm olarak dâhil edilen iki sözleşmeyi birbirine bağlamaya yarayan bir protokol²⁷.

Öğretide, karşı alım sözleşmesi ile ana satış sözleşmesinin birbirlerine karşılıklı bağımlılığı veya bağımsızlığı konusu tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen ilk görüş, irade muhtariyeti ilkesinin sözleşmeler hukukundaki yansımaları olan sözleşme özgürlüğü kapsamında ana satış sözleşmesinin sert bir şekilde bağımsızlığını savunur²⁸. Bu görüşü savunanlara karşı, ana sözleşmenin feshedilmesi durumunda, ana sözleşmedeki satıcının karşı alım sözleşmesindeki edimini yerine getirme yükümlülüğünün devam

²² Lochner, s.730.

²³ Grabow, s.258; Lochner, s.730; Van Dort & Friese, s.47.

²⁴ UNCITRAL Legal Guide, s.8.

²⁵ Hennart, J.F. & Anderson, Erin (1993) 'Countertrade And The Minimisation Of Transaction Costs: An Empirical Examination' Journal of Law, Economics & Organisation, Vol:9, No:2, s.292.

²⁶ Lochner, s.730.

²⁷ Guyot, s.930.

²⁸ Grabow, s.930; Urapeepatanapong, Kitipong (1987) 'Legal Aspects of Countertrade under the General Agreement on Tariffs and Trade and the National Laws of Canada and Thailand' (Master), The University of British Columbia, s.32.

etmesi noktasında eleştiriler getirilmektedir. Kanımızca, ikincil sözleşmenin varlığı, birincil sözleşmedeki malların teslimine dayandığı için birincil sözleşmenin herhangi bir nedenle ifa ile sona ermesinden dolayı ikincil sözleşmedeki ifa taraflar açısından anlamsız kalabilir. Dolayısıyla, böyle bir durumda, ikincil sözleşmedeki satıcıyı malların ifasına, alıcıyı da sözleşmedeki bedeli ödemeye zorlamak hakkaniyete aykırı bir durum oluşturacaktır.

Karşı alım sözleşmesi, iki yazılı sözleşme neticesinde kurulmuş olsa bile genellikle tek bir müzakere ile akdedilir. Dolayısıyla tarafların mal ve/veya hizmet konusunda ihracat ve ithalatları açıkça birbirleriyle bağlantılıdır. Karşı alım sözleşmesinin kaçınılmaz olarak ana sözleşmeyi tamamladığı ve hâliyle ortak bir yapı oluşturduğu da öğretilen görüşler arasında yer almaktadır. Bunları ayırma veya ana sözleşmeden bağımsız ve özerk hâle getirme girişimleri, sözleşme akdedilirken sözleşme taraflarının iradelerine müdahale niteliğinde kabul edilmektedir. Ayrıca, iki sözleşme arasında mutabık kalınan noktaların üzerinden tekrardan geçen ve iki sözleşmeyi birbirine bağlayan ya karşı alım sözleşmesinde hüküm şeklinde ya da ayrı bir sözleşme ile akdedilen protokol, açıkça her iki sözleşme arasında çapraz bir referans noktasını oluşturmaktadır²⁹. Buna göre, son aşamada devreye giren protokol ile tarafların ana satış ve karşı alım sözleşmelerini yakından ilişkilendirme iradeleri açıkça vurgulanmaktadır.

3. Geri Satın Alım Sözleşmesi (*Buy-back*)

Geri satın alım terimi, bir tarafın bir üretim tesisini tedarik ettiği ve tarafların tesis tedarikçisinin veya tedarikçi tarafından belirlenen bir üçüncü kişinin bu üretim tesisinde üretilecek malları satın alacağını taahhüt ettiği işlemi ifade eder³⁰. Geri satın alım sözleşmesi, doğrudan elde edilen veya satıcı tarafından sağlanan teknoloji, tesis veya ekipmandan elde edilen malları içerir. Tesisin tedarikçisi genellikle

teknoloji ve eğitim, bazen de üretimde kullanılacak bileşen parçaları veya malzemeleri üreticiye sağlar. Bir üretim tesisinin tedariki genellikle banka finansmanı gerektirir. Geri satın alım sözleşmesi, tesis, ekipman veya teknolojinin bir tarafça diğerine satışını ve bunun karşılığında ilk aşamada bu malların alıcısı olan tarafın ürettiği malları ilk aşamada satıcı olan tarafa satışını içeren uzun vadeli bir sözleşmedir. Geri satın alım sözleşmesi, takas veya karşı alım sözleşmelerine nazaran geçerliliğini daha uzun süre koruyacak şekilde akdedilir³¹.

İlk satın alınan maldan üretilen malın satışı yoluyla ilk satın alınan malın bedelinin geri ödemesini ve kâr elde edilmesini amaçlayan geri satın alım sözleşmesine verilebilecek en yaygın örneklerden birisi de anahtar teslimli sözleşmedir³².

Batılı şirketler, büyük tesis, ekipman veya lisans satışlarını güvence altına almanın bir yolu olarak, Batı'daki durgun endüstriyel gelişme dönemlerinde geri satın alım sözleşmelerine yönelmişlerdir. Zira, tesis, ekipman ve teknoloji temini yapan taraf, genellikle Batılı çok uluslu bir şirket, bir bölgede yeni bir tedarik kaynağına sahip olmaktan ve potansiyel bir pazarda üstün bir konumda bulunmaktan fayda sağlayacaktır³³. Karşı taraf ise, tedarik edilen ekipman, teknoloji veya tesis aracılığıyla elde edecekleri hammadde veya bitmiş mallarının satışı için alıcısının hazır olmasından dolayı herhangi bir şekilde kâr endişesi duymadan mallarını üretmeye devam edebilecektir. Hatta bazı durumlarda, tesis, ekipman ve teknoloji tedarikçisi alıcı, mal henüz daha üretilmeden veya üretim aşamasındayken malı satıcıdan satın alarak nihai olarak üretilecek mal için satıcının ihtiyaçlarını karşılamasını da kolaylaştırabilir³⁴.

Geri satın alım sözleşmesinin özünü, birinci tarafın proje çıktısının bir kısmını pazarlamak için

²⁹ Guyot, s.939.

³⁰ UNCITRAL Legal Guide, s.9.

³¹ Guyot, s. 948.

³² Lochner, s. 731.

³³ Guyot, s. 949; Lochner, s. 731.

³⁴ Lochner, s. 731.

yaptığı sözleşme oluşturmaktadır. Aslında, geri satın alım sözleşmesi, ithalatçı tarafından satılacak karşı ticaret malının tedarikçiler tarafından sağlanan ekipman, tesis veya teknolojinin ürünü olması dışında karşı alım sözleşmesine benzer özelliklere sahiptir. Burada da üç ayrı sözleşmeden kaynaklanan bir ilişki mevcuttur³⁵: (1) sadece ekipmanı kapsayan geleneksel milletlerarası satış sözleşmelerini değil, aynı zamanda hizmetleri, inşaatı ve/veya anahtar teslimi sözleşmeleri de kapsayan birincil sözleşme; (2) bir karşı alım veya takas işleminde gerekli olan sözleşmeye benzer ikincil bir satış veya hizmet sözleşmesi; (3) birincil sözleşmeyi ve ikincil sözleşmeyi ayırmak veya birbirine bağlamak için kurulan bir protokol.

4. Karşılıklı Denkleştirme (*Offset*)

Başlangıçta neredeyse yalnızca savunma sanayisinde uygulanan bu işlem, günümüzde askeri olmayan malzemeler ve özel kuruluşlar arasındaki sözleşmeler de giderek yaygınlaşmaktadır³⁶. İhracatçıların uzun vadeli karşılıklı satın alma yükümlülüklerini taahhüt ettiği *offset* işlemleri, genellikle askeri teçhizatı, havacılık ürünlerini ve benzer şekilde büyük ölçekli, yüksek fiyatlı öğeleri içermektedir³⁷. *Offset* işlemleri, bitmiş malın alıcısından bileşenlerin ve hammaddelerin bir kısmının veya tamamının satın alınmasına bağlı olarak, bir ülkenin diğerinden bir mal satın alma sözleşmesi olarak bilinir. Bu işlemde çoğu zaman ithalatçı taraf bir hükümet veya devlet kuruluşudur³⁸. *Offset*'i diğer karşı ticaret uygulamalarından ayıran unsur da bu bakımdan, sözleşmeye dayalı olmaktansa Mutabakat Muhtırası adı verilen bir anlaşmayı içermesidir³⁹. *Offset* işlemindeki denk-

leştirme, ortak üretim, yüklenicinin üretimi vb. çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilmektedir.

Doğrudan *offset*, yabancı bir ülkeye ithal edilecek bir malın satıcısı, malı üretmek için kullanılan parçaları veya malzemeleri satın almayı kabul ettiğinde gerçekleşir. Doğrudan *offset*, satıcıya bileşen satan yerli yabancı şirketin kazandığı kâr nedeniyle ithal malın fiyatını etkili bir şekilde düşürdüğü için tarafların tercih ettiği bir karşı ticaret uygulamasıdır. Buradaki amaç, ihracatçı ve ithalatçı ülkeler arasındaki ticaret dengesizliklerini iyileştirmektir. Yabancı malın alıcısı doğrudan *offset* işleminden yararlanmasa bile yabancı ülkenin ekonomisi bu ilişkiden mutlaka olumlu yönde etkilenecektir. Örneğin, savunma sanayisinde faaliyetlerini yürüten bir şirketin tabiiyetinin bulunduğu devletin müttefiki konumunda bir başka devlete silah veya tank satma yetkisinin bulunduğu durumlarda, tank satın almak isteyen ve satıcı şirketin tabiiyetinin bulunduğu devletin müttefiki olan X devleti ile savunma sanayisinde faaliyet gösteren şirket, doğrudan *offset* ilişkisi kurabilir. X devleti, tankları üretecek şirketin, tankların üretiminde kullanacağı çeliği, satıcının X devletinde faaliyet gösteren çelik şirketlerinden birinden satın alması koşuluyla sözleşmenin kurulacağına ilişkin sözleşmede bir hüküm öngörürse, X devleti ile tank satımını gerçekleştirecek şirket arasında doğrudan *offset* ilişkisinin bulunduğu söylenebilecektir.

Dolaylı *offset* ilişkisinin temelindeki fikir, doğrudan *offset* ile aynıdır, ancak dengeleme aynı ticari işlem ile gerçekleşmez. Dolaylı *offset*, ithalatçının yabancı hükümetin ülke ekonomisine uzun vadeli bir yatırım yapması gerektiğinde söz konusu olur. En sık rastlanılan dolaylı *offset* ilişkisinde, ithalatçı, yabancı devletin ülkesinde istihdam yaratacak ve ülke ekonomisinin inşasına yardımcı olacak bir fabrika kurar. Böylelikle yabancı ülkenin ekonomisinde bulunan işsizlik, döviz rezervi azlığı gibi birtakım ekonomik problemlerin iyileştirilmesinde olumlu adımlar atılmış olur.

Sözleşmelerin sayısı, ticari tarafların ne tür bir *offset* ilişkisine girdiklerine bağlı olacaktır. Kural

³⁵ **Urapeepatanapong**, s. 41.

³⁶ **Nassimbeni, Guido & Sartor**, Marco (2009) 'Countertrade: Literature Review and Directions for Research' POMS 20th Annual Conference, Orlando, Florida U.S.A., s. 7.

³⁷ **Kreuze**, Jerry G. (1997) 'International Countertrade' Internal Auditor, Vol:54 No:2, s. 42.

³⁸ **Guyot**, s. 943; **Urapeepatanapong**, s. 45.

³⁹ **Oh**, Marie J. (1985) 'The Need for a United States Countertrade Policy' Northwestern Journal of International Law & Business, Vol:7, No:1, s. 121.

olarak iki sözleşme olacaktır: (1) Birincil satış ve/veya hizmet sözleşmesi ve (2) ikincil alt sözleşme veya ortak yapım sözleşmesi. Bu iki anlaşma ayrılabilir veya birbirine bağlanabilir niteliktedir. İthalatçı bir ülkede yatırımın sözleşme şartı olarak düzenlendiği dolaylı *offset* işlemlerinde olduğu gibi kalıcı şekilde denkleştirme ilişkileri oluşturulabilir⁴⁰.

Kanada, ABD şirketi olan McDonald Douglas ve General Dynamics'ten 2,37 milyar dolarlık CF-18 uçağı satın alırken *offset* sözleşmesi akdetmiş, ilgili ABD firmaları, bunun karşılığında Kanadalı alt yükleniciler kiralama, özel havacılık ve elektronik teknolojiyi Kanadalı şirketlere devretmeyi, Kanada'da tesisler kurmayı ve turist endüstrisini desteklemeyi ve Kanada mallarının ihracat pazarı programını geliştirmeyi kabul etmiştir⁴¹.

III. TARAFLARCA UYGULANACAK HUKUKUN AÇIKÇA SEÇİLMİŞ OLMASI

A. GENEL OLARAK

Bu bölüm, tarafların serbest iradeleri sonucunda akdedilen milletlerarası karşı ticaret sözleşmesi sonucunda ortaya çıkabilecek ihtilâflarda sözleşmede öngörülmüş veya ihtilâf çıktıktan sonra öngörülebilir olan uygulanacak hukuk konusuna odaklanmaktadır. Ayrıca, her bir karşı ticaret sözleşmesinin ve bu sözleşmelerin birer parçasını oluşturan sözleşmelerin tek bir ulusal kanuna mı yoksa farklı ulusal kanunlarla veya Viyana Konvansiyonu olarak da bilinen Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (*United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods*)⁴² mı tâbi olması gerektiği sorusu da ele alınacaktır.

Tarafların sözleşmede bu hususa yer vermeleri şartıyla çoğu hukuk düzeninde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca, ihtilâf hâlinde uygulanacak

olan hukuku sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında tarafların seçmelerine izin verilir. Ancak tarafların uygulanacak hukuku belirlemelerinin yetkili mahkemeye ilişkin de bir seçim yaptıkları anlamına gelmeyeceğini vurgulamakta fayda görmekteyiz. Tarafların hukuk seçimi ne olursa olsun, yukarıda da bahsi geçen, devletlerin karşı ticaret işlemlerine ilişkin yürürlükte bulunan doğrudan uygulanan kuralları, karşı ticaret sözleşmelerindeki uygulanacak hukuk ile ilgili tarafların seçimini etkileyebilir. Bu anlamda tarafların seçilen hukuka göre çözümlenmesini istedikleri konuları belirleme özgürlükleri sınırlı olabilir⁴³. Bu kuralların Türk hukukundaki dayanağını, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun⁴⁴'un 6'ncı ve 31'inci maddeleri oluşturmaktadır. Uluslararası fon transferleri, karşı ticaret işlemlerinde alınıp satılabilecek mal türleri ve kısıtlayıcı iş uygulamaları gibi doğrudan uygulanan ulusal kurallar kamu yararına ilişkin belirli konuları düzenleyebilir. Yani karşı ticaret işlemiyle bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek ihtilâfların çözümüne yönelik sözleşme serbestisinin önüne geçecek ulusal kurallar söz konusu olabilir.

Milletlerarası karşı ticaret sözleşmesinin ana unsurlarından birini oluşturan satış sözleşmesinin, Viyana Konvansiyonu'na tâbi olması mümkündür. Sonuç itibarıyla, bir karşı ticaret işlemin temel unsuru, satış sözleşmesidir. Viyana Konvansiyonu'nun 1'inci maddesine göre, devletlerin âkit devlet olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atf yapması koşuluyla, iş yerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satış sözleşmelerine Viyana Konvansiyonu'nun hükümleri uygulanır⁴⁵. Ancak öğretilde, taraflar uygulanacak hukuk olarak Viyana Konvansiyonu'na âkit bir devle-

⁴⁰ **Urapeepatanapong**, s. 45-46.

⁴¹ **Urapeepatanapong**, s. 46.

⁴² Çalışmamız boyunca kısaltması Viyana Konvansiyonu veya Konvansiyon olarak kullanılacaktır.

⁴³ **UNCITRAL Legal Guide**, s. 160.

⁴⁴ R.G., 12.12.2007, 26728 S.; Çalışmamız boyunca kısaltması MÖHUK olarak kullanılacaktır.

⁴⁵ **Martínez**, W.F. (2020). 'El Carácter Dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un Factor de Incertidumbre en la Determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Compraventa Internacional?' *Revista Jurídicas*, Vol. 17, Núm.1, s.72.

tin hukukunu belirleseler bile, tedarik sözleşmesi kurma taahhüdünü içeren karşı ticaret sözleşmesi türlerine Viyana Konvansiyonu'nun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır⁴⁶. Bununla birlikte, bazı ulusal kanunlarda, sözleşmenin kurulabilmesi için öngörülen tüm esaslı unsurları içeren ana sözleşmenin bulunmasına rağmen henüz fiilen imzalanmamış bir karşı ticaret sözleşmesine Viyana Konvansiyonu'nun uygulanabilirliği konusunda belirsizlik olmadığı görülmektedir⁴⁷. Bunun nedeni ise, söz konusu devletlerin ulusal hukuklarında yer alan sözleşme hukuku düzenlemelerine göre, ön satış sözleşmesi ile tarafın, asıl satış sözleşmesine rıza göstermiş olduğu ve asıl satış sözleşmesindeki yükümlülükleri ile bağlı olduğunun kabul edilmesidir. Ayrışan bu uygulamaların yarattığı belirsizlikleri ortadan kaldırmak için milletlerarası sözleşmelere ilişkin uyumsuzlukların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi tavsiye edilmektedir⁴⁸.

B. UYGULANACAK HUKUKUN SEÇİMİ

Karşı ticaret sözleşmesinin yabancı unsur içermesi hâlinde ihtilâfların çözümü konusunda uygulanacak hukukun açık bir şekilde tespit edilebilmesi adına tarafların uygulanacak hukuku belirlemeleri arzu edilen bir durumdur. Uygulanacak hukukun seçimi özellikle, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirme noktasında yaptıkları eylemler veya sözleşmeden doğan haklarını korumak amacıyla aldıkları tedbirleri seçilen hukukta bulunan gerekliliklere göre düzenlemelerine olanak tanıdığından taraflar açısından faydalıdır. Bu konuda, uluslararası ticarete “yeni” olarak kabul edilebilecek sözleşmelerde, uygulanacak hukuk seçiminin neredeyse gereksiz bir öneme sahip olduğunu belirten ve taraflar için kilit unsurun, tarafların istedikleri hükümlere ve koşullara sahip bir sözleşmenin çizilmesi ve kurul-

ması olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁴⁹.

Tarafların uygulanacak hukuku seçmemesi hâlinde, milletlerarası özel hukuk kurallarının sağladığı sonuç tarafları hukuki anlamda tatmin etmeyebilir. Örneğin, yabancılık unsuru barındıran bir karşı ticaret sözleşmesinde tarafların uygulanacak hukuku belirlememesi hâlinde, milletlerarası özel hukuk kuralları ve MÖHUK 24(4) maddesi gereğince, karşı ticaret sözleşmelerinden karşı alım sözleşmesinde veya *offset'te* olduğu gibi içinde satış sözleşmesi barındıran sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun hukuku⁵⁰, yani satıcının hukuku sözleşmeden doğan ihtilâfların çözüme kavuşturulmasında uygulama alanı bulacaktır⁵¹. Aksi bir durumda, taraflar, birincil veya ikincil sözleşme için hukuk seçimi yapmış olabilir. İstisnai durumlarda hem birincil sözleşme hem de ikincil sözleşme için ortak olan sözleşme hükümleri aynı hukuka tâbi olmayabilir⁵². Buna ilişkin öğretilerdeki tartışmalar aşağıda detaylı bir şekilde incelenecektir.

⁴⁹ **Esteban de la Rosa**, s. 280.

⁵⁰ Karakteristik edim, sözleşmenin karakterini oluşturan, sözleşmenin isimlendirilmesindeki başlıca unsur olarak ifade edilebilir. Örneğin, bir satış sözleşmesinde, satıcının edimi satılanın mülkiyetinin alıcıya devri iken, alıcının edimi ise, sözleşmede kararlaştırılan bedeli satıcıya ödemedir. Bu sözleşmeye ismini veren edim, satış eylemidir. Zaten öğretilerde genellikle sözleşme edimlerinden birinin para olması durumunda, karşı tarafın ediminin karakteristik olduğu kabul edilmektedir. **Özdemir Kocacakal**, Hatice (2010) ‘Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanın Kuralları’ Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.30, S.1-2, s.52. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Akıncı**, Ziya (2020) Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, 1. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 56-58; **Can**, Hacı & **Toker**, Ali Gümrah (2016) Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, 1.Baskı, Ankara, Adalet, s.68; **Doğan**, Vahit (2020) Milletlerarası Ticaret Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Savaş, Üçüncü Bölüm; **Güngör**, Gülin (2000) Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Yetkin, Ankara, s.192-194; **Tiryakioğlu**, Bilgin (1996) Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Âkitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, S. 503, s.42.

⁵¹ **Van Dort & Friese**, s. 58.

⁵² **UNCITRAL Legal Guide**, s. 162.

⁴⁶ **UNCITRAL Legal Guide**, s. 161; **Urapeepatanapong**, s. 190-191.

⁴⁷ **UNCITRAL Legal Guide**, s. 161.

⁴⁸ **Urapeepatanapong**, s. 197.

Bazı ulusal hukuk düzenlerinin milletlerarası özel hukuk kanunları, tarafların sözleşme özgürlüklerini sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca serbestçe belirlenmesi açısından sınırlamaktadır. Bu sınırlama, kendisini, sözleşmeye uygulanacak hukukun sadece taraflardan birinin devleti veya ifa yeri hukukunun seçilmesine izin verilmesi olarak veya daha başka görüşlerde gösterebilir. Literatürde bu kurala “*nexus kuralı*” da denmektedir⁵³. Bazı hukuk düzenlerinde bu konuda kısıtlamalar öngörülmüş olsa da çoğu uluslararası özel hukuk sisteminde, tarafların birincil ve ikincil sözleşmelere uygulanacak hukuku takdir etmelerine müsaade edilir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözecek mahkeme, uyuşmazlığa kendi devletinde yürürlükte olan özel milletlerarası hukuk kurallarını uygulayacağından, uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkemelerin milletlerarası özel hukuk kuralları tarafından onaylanacak hukuk seçimleri üzerinde anlaşmaları tarafların lehine sonuçlar doğuracaktır.

Bir karşı ticaret işleminin uygulanması, genellikle, birçok sorunun ve uyuşmazlığa sebep olabilecek yanlış anlaşılmaların çözümü için tahkim veya mahkemeye başvurmadan taraflar arasında devam eden görüşmeleri içerir. Bu tür tartışmalar sonucunda sözleşmelerden herhangi biri üzerinde değişiklik yapılırsa, bu değişikliğin sözleşmede mutlaka yazılı olarak yapılması değişikliğin hukuken sıhhati için önem arz eder.

Milletlerarası özel hukukta bazı devletler, tarafların, işlemlerinin ulusal bir hukuka değil de milletlerarası ticaretle ilgili bir dizi hukuk kuralını içeren milletlerarası bir antlaşma veya bağlayıcılığı olmayan birtakım hukuki ilkelerin yer aldığı milletlerarası hukuki bir metne tâbi olması gerektiği konusunda devletlerin hemfikir olabileceğini savunmaktadır⁵⁴. Ancak bunun aksini ileri süren devletlere göre ise, ya tarafların uygulanacak hukuk seçimine izin verilmiyip *lex fori*'nin belirleyeceği hukukun uygulanmasını sağlamak ya da forum hukukun yürürlükteki doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olmamaları kaydıyla

tarafların seçimine sınırlı bir geçerlilik tanınmasının hem taraflar hem de devletler açısından daha faydalı bir yöntem olacağı ifade edilmektedir.

Farklı yasaların geçerli olduğu iki veya daha fazla bölgesel birimi olan devletlerde (bazı federal devletlerde olduğu gibi, örneğin ABD), tereddütlere yer vermemek için tarafların hangi bölgenin hukukunun uygulanmasını istediklerini açıkça sözleşmede belirtmeleri tavsiye edilmektedir⁵⁵. Ancak taraflar bu konuda açık bir seçim yapmamışlarsa, MÖHUK'un 2(5)'inci maddesi gereğince, bu bölge, ilgili devletin hukukuna göre belirlenir. İlgili devlette belirleyici bir hüküm bulunmuyorsa uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır⁵⁶.

Taraflar, karşı ticaret sözleşmesine, yalnızca karşı ticaret sözleşmesi için değil, aynı zamanda karşı ticaret sözleşmesi uyarınca imzalanacak gelecekteki karşı ticaret sözleşmeleri için de uygulanacak hukuku belirleyecek bir hukuk seçimi maddesi ekleyebilir. Bu şekilde taraflar, birincil sözleşmeden kaynaklanan, ancak ikincil sözleşmede ele alacakları bir uyuşmazlığa da hangi hukukun uygulanacağını belirleyebilirler.

C. TARAFLARIN BİRİNCİL VE İKİNCİL SÖZLEŞMELER İÇİN FARKLI UYGULANACAK HUKUK SEÇİMLERİ

Taraflar, sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülüklerini iki yönde tek bir sözleşmede somutlaştırabilir. Bu tek sözleşmedeki uygulanacak hukuk seçimi, aksi bir hükmün bulunmaması hâlinde, sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklara uygulanacaktır. Ancak, taraflar genellikle birden fazla sözleşmede iki yönlü hak ve yükümlülüklerini ortaya koymayı tercih etmektedirler. Çok sözleşmeli karşı ticaret işlemlerinde, taraflar, birincil sözleşmenin yanı sıra, üçüncü bir kişinin mal satın almak veya

⁵³ UNCITRAL Legal Guide, s.162.

⁵⁴ UNCITRAL Legal Guide, s.162.

⁵⁵ Nomer, Ergin (2017) Devletler Hususî Hukuku, 22.Baskı, İstanbul, Beta, s.22-27.

⁵⁶ Çelikel & Erdem, s.25-28; Doğan, Vahit (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 6.Baskı, Ankara, Savaş, s. 16-17; Nomer, s.27

tedarik etmek için dâhil olduğu hukuki ilişkilerde de sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için tek bir hukukun uygulanmasına kararlaştrabilirler. Bu şekilde, ikincil sözleşmeden doğacak bir sorun, birincil sözleşmede tarafların belirledikleri hukuk seçimi neticesinde çözülebilecektir.

Karşı ticaret sözleşmesinin ve bu karşı ticaret sözleşmesine göre tek veya çift yönlü imzalanacak gelecekteki ikincil sözleşmeye taraflarca öngörölmüş uygulanacak hukukun aynı olması, forum mahkemesinin uygulanacak hukuku belirlemesi açısından kolaylık sağlayacaktır. Özellikle, birincil sözleşme gelecekteki ikincil sözleşmelerin şartlarına dair hükümler öngörüyorsa, ilk sözleşmedeki bu hükümlerin daha sonra gerçekleştirilecek ikincil sözleşmeye dâhil edilmesi hâlinde, bu iki sözleşmedeki hükümlerin aynı yasal içeriği ifade etmelerinin sağlanması, bu konuda tarafların uygulanacak hukuk seçimini açıkça belirlemeleri ile mümkün olacaktır. Bu anlamda ifaya, malların kalitesine ve teslimat koşullarına ilişkin şartlar açısından hukuki anlam tutarlılığı taraflar açısından tavsiye edilebilir⁵⁷.

Taraflar, iki sözleşmeden de doğan hak ve yükümlölüklerini yüksek derecede birbiriyle ilişkili olacak şekilde yapılandırmışlarsa, sözleşmeleri tek bir ulusal hukuka tâbi tutmayı uygun bulabilirler. Tarafların yükümlölüklerinin yakından ilişkili olduğu işlemlere, takas ve doğrudan *offset* işlemleri örnek verilebilir. Bu tür işlemlere birden fazla ulusal kanunun uygulanması, tarafların yükümlölükleri arasında tutarsızlığa yol açabilecektir⁵⁸.

Karşı alım, geri satın alım ve dolaylı *offset* işlemlerinde durum takas ve doğrudan *offset* işlemlerinden biraz daha farklıdır. Tarafların akdedecekleri bu tür karşı ticaret sözleşmelerinde, tarafların hak ve yükümlölüklerinin tâbi olacağı hukukun tek veya farklı olması konusunda doğrudan *offset* ve takas işlemlerinin aksine herhangi bir tavsiye bulunmamaktadır. Bu tür sözleşmeden doğan ilişkilerin

bazılarında, taraflar tüm hak ve yükümlölüklerini tek bir kanuna tâbi tutmak isteyebilirler. Taraflar birden fazla ulusal kanunu hesaba katmak yerine tek bir ulusal kanuna göre sözleşmeden doğan hak ve yükümlölüklerin yerine getirilmesini tercih edebilirler. Bununla birlikte, tarafların ihracat sözleşmesini bir hukuka ve karşı ihracat sözleşmesini başka bir hukuka tâbi tutmaya karar verdiği durumlar da olabilir. Taraflar, belirli bir devletin ulusal hukukunun sağladığı menfaatten istifade edebilmek için sözleşmelerden birine uygulanacak hukuku diğerine uygulanacak hukuktan farklı olarak kararlaştırabilirler.

Başlangıçta satın almayı taahhüt eden taraf, bu taahhüdü yerine getirmek için üçüncü bir kişi ile anlaşırca hem karşı ticaret sözleşmesinde hem de üçüncü kişi ile imzalanan sözleşmede bulunan terimlerin aynı anlamı ifade etmesini sağlamak amacıyla satın almayı taahhüt eden taraf ve üçüncü taraf, akdettikleri sözleşmenin karşı ticaret sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbi olmasını isteyebilirler. Ayrıca, karşı ticaret sözleşmesinin bir ihracat sözleşmesine dâhil edilmesi durumunda, aksine bir hüküm yoksa, ihracat sözleşmesindeki hukuk seçimi şartı, karşı ticaret sözleşmesini oluşturan maddeleri de kapsayacak şekilde uygulama alanı bulabilecektir⁵⁹.

D. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN UYGULANACAK HUKUK SEÇİMİNE ETKİLERİ

1. Genel Olarak

Tarafların uygulanacak hukuk konusundaki açık seçimi sonucunda uygulanacak hukuka ek olarak, tarafların devletlerinde ve diğer devletlerde yürürlükte olan idari veya diğer kamusal nitelikteki doğrudan uygulanan kurallar⁶⁰ karşı ticaret sözleş-

⁵⁷ UNCITRAL Legal Guide, s.166.

⁵⁸ UNCITRAL Legal Guide, s.166.

⁵⁹ UNCITRAL Legal Guide, s.167.

⁶⁰ Çelikel & Erdem, s.153-158; Kösoğlu, Mehmet (2008) 'Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S:28, No:1-2, s. 149; Nomer, s. 184-189.

mesinde tarafların kararlaştırdıkları hukuku belirli açılardan etkileyebilir. Uluslararası ticarete, doğrudan uygulanan kural kavramının sözleşmeye dayalı bir kavramdan ziyade kamusal bir içeriğe veya boyuta sahip olduğu da belirtilebilir⁶¹. Sözleşmeye uygulanacak hukuk, doğrudan uygulanan kurallar karşısında ikincil bir role sahip olduğundan, sözleşme şartına ait kuralların geçerliliğine yönelik yaklaşım değişebilir. Dolayısıyla, burada dikkat edilmesi gereken, çoğu zaman kamu menfaatinden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların sözleşme serbestisi ilkesine müdahale etmesidir⁶².

Bu doğrudan uygulanan kurallar, kuralları koyan devletin vatandaşlarına veya o devletin hâkimiyet alanındaki topraklarda belirli ticari faaliyetlerde bulunanlara yönelik olabileceği gibi sözleşmede bu kişilerin karşı edimini üstlenen taraflarla da ilgili olabilir. Dolayısıyla, taraflar, birincil ve ikincil sözleşmelerin taslağını hazırlarken devletin ekonomik, sosyal, mali veya dış politikasının uyumunu sağlamayı amaçlayan bu doğrudan uygulanan kuralların varlığını sözleşme kurulmadan dikkate almalıdırlar.

Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralları, *lex fori*, *lex causae* ve son olarak, doğrudan uygulanan kuralların emredici yapısının adaletsiz sonuçlarını nispeten engelleyebilmek için MÖHUK'un 31'inci maddesinde öngörölmüş tarafların akdettiği sözleşme ile yakınlığı dolayısıyla üçüncü bir devletin doğrudan uygulanması gereken kuralları olarak üç ana başlık altında incelemek mümkündür⁶³. Buna

göre, MÖHUK'un 6'ncı maddesi kapsamında uygulama alanı bulan doğrudan uygulanan kurallar, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmiş olmasına rağmen, forum ülkesindeki ülkenin sosyal, ekonomik ve politik tercihleri neticesindeki forum mahkemesi hukukunda bulunan ve irade muhtariyeti ilkesinin sözleşmedeki yansımaları sözleşme serbestisinin önüne geçen maddi hukuk kuralları olarak kendini göstermektedir⁶⁴. Yine Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kurallar Türk mahkemelerinin önüne gelen ihtilâfa müdahale etme gerekliliği yaratıyorsa, hâkim bu kuralları MÖHUK'un 6'ncı maddesi uyarınca, uygulanacak yabancı hukukun objektif bağlama kuralları doğrultusunda MÖHUK'a göre tespit edildiği durumlarda, tespit edilen uygulanacak yabancı hukuk kuralları yerine somut olaya uygulayacaktır⁶⁵. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, milletlerarası hukukun hakkaniyet ilkesi ile özdeşleşmesi bakımından gerek milletlerarası gerekse de MÖHUK gibi ulusal düzenlemelerde yer alan bir ilkedir⁶⁶.

Bu tür doğrudan uygulanan kurallar genel nitelikte olabilir, çeşitli ticari işlem türleri için geçerli olabilir veya karşı ticarete ilişkin işlemlere mahsus olabilir. Genel nitelikteki kurallar, devletin güvenlik gereksinimleri, çevrenin korunması, sağlık ve çalışma koşulları, tüketicinin korunması, yerel personelin istihdamı, kısıtlayıcı iş uygulamaları, gümrük vergileri, vergiler ve ihracat, ithalat, teknoloji veya yabancı para transferi üzerindeki kısıtlamalarla ilgili olabilir⁶⁷.

⁶¹ **Çelikel & Erdem**, s.153; **Esteban de la Rosa**, s.281; **Kösoğlu**, s.149; **Nomer**, s. 185.

⁶² **Akıncı**, Ders Kitabı, s.23; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 276.

⁶³ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Akıncı**, Ders Kitabı, s. 23, 51-52; **Can & Toker**, s. 64; **Çelikel**, Aysel & **Erdem**, Bahadır (2016) Milletlerarası Özel Hukuk, 14.Baskı, İstanbul, Beta, s.153-158, 411; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 277; **Doğan**, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s.131-140; **Erkan**, Mustafa (2011) 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, S:2, 81-121; **Şanlı**, Cemal & **Esen**, Emre & **Ataman Figenmeşe**, İnci (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, İstanbul, Beta, s.7-11, 332-336.

⁶⁴ **Tüysüz**, Cemre (2019) 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki' Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:14, s. 466.

⁶⁵ **Vural Çelenk**, Belkıs (2017) 'Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması' Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S:1, s. 285.

⁶⁶ **Çelikel & Erdem**, s.156-157; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s.282

⁶⁷ **UNCITRAL, Legal Guide**, s.168.

Karşı ticarete mahsus doğrudan uygulanan kurallar verilebilecek örnekler⁶⁸:

(1) belirli karşı ticaret işlemleri türleri, hükümet onayına tâbi tutulabilir;

(2) belirli mal türlerinin ithalatı, yalnızca belirli karşı ticaret türleri çerçevesinde gerçekleştirilebilir;

(3) karşı ticaret işleminde yalnızca belirli mal türlerinin kullanılmasına izin verilebilir;

(4) bir karşı ticaret taahhüdünün yerine getirilmesi sonucunda satın alınan malların menşe şartlarını karşılaması gerekebilir;

(5) belirli mal türlerinin satın alınması, karşı ticaret taahhüdünün belirli oranlarda yerine getirilmesi koşuluna bağlanabilir;

(6) döviz transferi gerektiren karşı ticaret işlemi ile bağlantılı ödeme için hükümet yetkililerinin izni aranabilir;

(7) Belirli mali kurumların aracılık yaptığı ifa söz konusu olabilir.

Taraflar, sözleşmelerin akdedilmesinden sonra karşı ticaret ilişkisinde, doğrudan uygulanan bir kuralın ilan edilmesi veya değiştirilmesiyle ilgili olarak karşı ticaret taahhüdünün yerine getirilmesinin engellenmesi olasılığını da sözleşmede ele almak isteyebilir ve buna ilişkin bir hükme sözleşmede yer verebilirler.

2. Doğrudan Uygulanan Kuralların GATT İlkelerini İhlal Edip Etmediği Konusundaki Tartışmalar

Uluslararası alanda ticareti ana hatlarıyla düzenleyen kurallar, GATT'da yer alan uluslararası kurallardır. GATT, özellikle, ulusal anti-damping ve telafi edici vergi yasaları için çerçeve bir metin olması nedeniyle uluslararası ticarete önemli bir yere sahiptir. GATT, başlangıçta karşılıklı tarife indirimleri için uluslararası bir anlaşma olarak tasarlanmıştır. Uluslararası Ticaret Örgütü (*International Trade Organiza-*

tion)⁶⁹'nün kurulması ile birlikte de âkit devletlerin tarife dışı yasaklara ilişkin uygulamalarının ve GATT himayesinde müzakere edilen tavizlere âkit devletlerce riayet edilmesinin denetlenmesini sağlamak amaçlanmıştır⁷⁰. Ancak ITO somutlaştırılmayınca, GATT'da yer alan tarife dışı yasaklarla ilgili yükümlülükler, aslında, konuyu ele alan uygulanabilir uluslararası ticaret kuralları hâline geldi.

Karşı ticaret uygulamalarının GATT ile ne ölçüde tutarlı olduğu öğretide çoğu kez tartışılmış bir konudur. Zorunlu karşı ticaretin genellikle iki ticaret ortağı arasında gerçekleştirilen özel bir sözleşme olması ve hükümet müdahalesini içermesi, zorunlu karşı ticaretin GATT ihlali olup olmadığı konusundaki bu tartışmalara neden olmuştur⁷¹. GATT, karşı ticareti özel olarak yasaklamamakla birlikte bazı yazarlar⁷², zorunlu karşı ticaretin "miktar kısıtlama yasağı", "en çok kayırılan millet" ve "eşit muamele" ilkeleri dâhil olmak üzere çeşitli GATT ilkelerini ihlal ettiğini ileri sürmektedirler.

GATT bağlamında karşı ticaret uygulamalarının birkaç nedenden ötürü ciddi anlamda ele alınmamasından dolayı bu değerlendirmeyi yapmak oldukça zordur. İlk olarak, GATT'ın karşı ticaretle başa çıkmadaki etkinliği eski Sovyetler Birliği ve Doğru Avrupa ülkelerinin çoğunun GATT'a taraf olmaması nedeniyle sınırlıdır⁷³. Zira karşı ticaret çoğunlukla GATT'a katılmayan eski Komünist devletler tarafından gerçekleştirilmektedir. İkincisi, uluslararası kurumlar ve özel şirketler, hükümetlerin zorunlu kıldığı karşı ticaret uygulamalarına hararetle bir şekilde karşı gelmektedirler.

⁶⁹ Çalışmamız boyunca kısaltması ITO olarak kullanılacaktır.

⁷⁰ **Zarin**, Donald (1988) 'Countertrade and the Law' *George Washington Journal of International Law and Economic*, Vol:18, No:2, s. 241.

⁷¹ **Verdun**, s. 201.

⁷² **Verdun**, s. 201.

⁷³ **Baker**, S.A & **Cunningham**, R.O. (1983) 'Countertrade and Trade Law' *Journal of Comparative Business and Capital Market Law*, Vol:5, No:4, s. 376.

⁶⁸ **UNCITRAL, Legal Guide**, s.168.

Karşı ticaret uygulamalarının GATT ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini ileri süren yazarlar, genel anlamda karşı ticaret sözleşmelerinin GATT kapsamında kabul edilebileceğini savunmakla birlikte, buradaki kabul edilebilirliğin, işlemin amacı ile bağlı olduğunu belirtmektedirler. Yani liberal, çok taraflı bir ticaret sistemi için sorun yaratacak karşı ticaret uygulaması, isteğe bağlı olarak ekonomik nedenlerle gerçekleştirilen karşı ticaret değil, ulusal hükümetin karşı ticareti zorunlu kıldığı için yapılan işlemlerdir⁷⁴. Devletin ticaretle uğraşan kuruluşlarının sürekli olarak karşı ticarete başvurmaları hâlinde, karşı ticaret uygulamasının zorunlu tutulduğu o hükümetin resmî kaynaklarında yer almıyorsa bile, bu tür bir eylem bunun bir hükümet uygulaması olduğu varsayımına yol açmaya yeterlidir⁷⁵.

Hükümetin zorunlu kıldığı karşı ticaret düzenlemeleri, GATT'ın lafzı olmasa bile, muhtemelen ruhunu ihlal etmektedir. GATT, tarife imtiyazlarından elde edilen faydaları en üst düzeye çıkarabilmek için uluslararası ticarete devlet müdahalesini ortadan kaldıran veya en aza indirmeyi amaçlayan kurallar bütününden oluşmaktadır. Hâliyle, devletin zorunlu kıldığı karşı ticaret, malların serbest dolaşımına doğrudan müdahale teşkil eder ve ticareti bozucu etkilere ve dengesizliklere neden olabilir. Bu nedenle, hükümetin zorunlu kıldığı karşı ticaret işlemleri, GATT'ın birincil misyonunu bozma eğilimindedir. Örneğin, GATT'ın XI. maddesinin kapsamı oldukça geniş olup GATT'ın kota uygulamalarını azaltmaya yönelik birincil hedefini yansıtmaktadır. Bununla birlikte, GATT, bir âkit devletin karşı ticaret gerekliliklerini haklı gösterebileceği boşluk ve istisnalar da sağlamaktadır. Örneğin, az gelişmiş ve gelişmekte olan devletler, ekonomik kalkınmayı teşvik etmek için karşı ticaret gerekliliklerinin dayatılması gibi davranışları GATT bünyesinde tartışmaya sunan özel bir statüye sahiptir. Madde XII, üye devletler tarafından empoze edilen nicel

kısıtlamaların gerekli olabileceğini kabul etmekte ve ödemeler dengesi sorunlarını hafifletmek için ithalata uygulanmasına izin vermektedir⁷⁶. XVIII. madde, daha az gelişmiş ülkelere, bu tür kısıtlamaları, XII. maddede öngörülenden daha liberal bir şekilde uygulamalarına da imkân sunmaktadır. Bu tür durumlarda karşı ticaret gereksinimleri GATT'ı ihlal etmez⁷⁷.

Ashında, karşı ticaret, ticaret yapamayacak konumdaki devletlere ticaret yapabilme fırsatı yaratmasından dolayı ticareti serbestleştirmektedir. Kanımızca, uluslararası ticareti olumsuz yönde etkileyecek ithalat kotaları gibi devlet müdahalelerinin önüne geçmek ve ticareti serbestleştirmek için GATT bünyesinde oluşturulmuş kurallar, karşı ticaretin temel itibarıyla GATT üyesi olmayan ve daha az gelişmiş devletler tarafından uygulanmasından dolayı GATT ilkeleri pratikte ihlal edilmemektedir. Öte yandan, GATT kapsamında, likidite sıkışıklığı yaşayan üyeler ve daha az gelişmiş üyeler tarafından nicel sınırlamalar getirilebilir⁷⁸. Kısacası, somut olayın özelliklerine göre makul bir ticaret dengesi oluşturmanın bir yolu olarak karşı ticaret uygulamalarının kullanılması, GATT'ın serbest piyasa oluşturmaya yönelik ilkelerine aykırılık oluşturmayacaktır.

IV.HUKUK SEÇİMİNİN BULUNMADIĞI DURUMLARDA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

A. TARAFLAR ARASINDA HUKUK SEÇİMİNİN BULUNMADIĞI DURUMLARDA MÖHUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Tarafların sözleşmeye dayanan ilişkiye uygulanacak hukuku seçmemesi hâlinde, uygulanacak hukuk, forum ülkenin milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanmasıyla belirlenir⁷⁹. Milletlerarası

⁷⁴ Oh, s.134.

⁷⁵ Oh, s.134.

⁷⁶ Zarin, s. 243.

⁷⁷ Zarin, s. 244.

⁷⁸ Baker & Cunningham, s. 378.

⁷⁹ UNCITRAL Legal Guide, s. 162. Milletlerarası özel hukukta takasta uygulanacak hukuk için bkz. Develioğ-

özel hukuk kurallarına göre satış sözleşmesine uygulanacak hukuk karakteristik edim borçlusunun, yani satıcının iş yerinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Bu kural, malların uluslararası satışına ilişkin tüm uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır⁸⁰. Yine MÖHUK'un 24(4)'üncü maddesi gereğince, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda, bir ticari faaliyet gereği kurulan satış sözleşmesine, karakteristik edim borçlusunun, yani satıcının iş yerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Satıcının iş yeri her zaman satıcının ikametgâhının bulunduğu yerde olmasa da satıcı genellikle bulunduğu ülkede ticari faaliyetlerini yürütmeyi tercih eder. Dolayısıyla satış sözleşmelerinde taraflarca herhangi bir hukuk seçimi yapılmazsa, satış sözleşmesinden doğan ihtilâfın çözümlenmesine uygulanacak hukuk, satıcının iş yerinin bulunduğu yer hukukudur⁸¹. Herhangi bir hukuk seçimi yapılmazsa, normal şartlar altında sözleşmeye satıcının hukuku uygulanacaktır. Ancak karşı ticaret sözleşmeleri birden çok satış sözleşmesi ve benzeri işlemleri ihtiva etmesi nedeniyle, bu sözleşmeleri bir bütün olarak kabul edenlere göre, birincil sözleşmedeki satıcının hukukunun hem birincil hem de ikincil sözleşmeye uygulanacaktır⁸². Öğretide bu görüşü savunanlar, ikincil sözleşmeyi birincil sözleşmenin bir aksesuarı olarak nitelendirirler⁸³. Karşı alım ilişkisinde olduğu gibi iki ayrı satış sözleşmesi bulunan karşı ticaret uygulamaları genellikle aynı anda tek bir müzakere ile gerçekleştirilmektedir. Bu görüşün eleştirilebileceği noktalardan

birisi de aynı anda ve tek bir müzakere ile akdedilmiş karşı alım sözleşmesinde, iki ayrı satış sözleşmelerindeki karşılıklı edimlerin birbirlerine çok yakın değerde olması hâlinde, hangisinin ana satış sözleşmesi hangisinin ise karşı alım sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği konusundadır. Sözleşmelerdeki edimlerden birisinin daha ağır basması durumunda, edimin ağır bastığı sözleşme, ana satış sözleşmesi olarak değerlendirilebilir ve ağır basan edimi üstlenen sözleşmedeki satıcının iş yeri hukuku karşı alım ilişkisinden doğan tüm uyumsuzluklara uygulanabilir. Ancak satış sözleşmelerindeki edimler birbirlerine çok yakın değerlerde ise, öncelikle tarafların sözleşmede bu konu ile ilgili öngördükleri herhangi bir hükmün olup olmadığına bakılır. Zaten uygulanacak hukuk seçimini yapmamış tarafların bu konuda herhangi bir hüküm öngörmeleri çoğu zaman beklenemeyeceğinden tarafların edimlerini ifa ediş sırası, ana satış sözleşmesini belirleyici bir yöntem olarak kullanılabilir. Yani ilk ifayı gerçekleştirecek olan tarafın satıcı konumunda olduğu sözleşme, ana satış sözleşmesi veya birincil sözleşme olarak kabul edilecek ve o sözleşmedeki satıcının iş yeri hukuku karşı alım ilişkisinden doğan bütün ihtilâflara uygulanabilecektir.

Aksi kanaatteki çoğu yazar, birincil ve ikincil sözleşmeleri iki ayrı satış sözleşmesi olarak değerlendirir. Dolayısıyla bu görüşü savunanlara göre, karakteristik edim borçlusunun iş yerinin hukuku, her satış sözleşmesinde farklı bir hukuk düzeninin uygulanabilirliğine yol açacaktır. Yani birincil sözleşmeden doğan uyumsuzluklara birincil sözleşmedeki satıcının iş yeri hukuku uygulanacak; ikincil sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda ise, birincil sözleşmede alıcı konumunda ancak ikincil sözleşmede satıcı olan tarafın iş yeri hukuku uygulanacaktır.

Taraflar uygulanacak hukuku seçmeden sözleşmede uyumsuzlukların çözümü noktasında tahkim şartı öngörebilir veya tahkim sözleşmesi akde-

lu, Hüseyin Murat (2012) Takas, 2.Baskı, İstanbul, Vedat, s.268-274.

⁸⁰ Örneğin, EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980) Madde 4(2); Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, Dec. 22, 1986, The Hague, Madde 8(1).

⁸¹ **Çelikel & Erdem**, s.348, 359-360; **Sargın**, Fügen (2001) 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:50, S:2, s.40; **Tarman**, Derya Zeynep (2009) 'Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:25, S:2, 297-300.

⁸² **Van Dort & Friese**, s. 58-59.

⁸³ **Van Dort & Friese**, s. 58.

debilirler⁸⁴. Böyle bir durumda uygulanacak hukuk *lex fori* kuralına göre belirlenemeyeceğinden dolayı hangi hukukun uygulanacağını tahkim kurulu belirleyecektir⁸⁵.

B. TARAFLAR ARASINDA HUKUK SEÇİMİNİN BULUNMADIĞI DURUMLARDA VIYANA KONVANSİYONU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

1. Genel Olarak

Türk hukuku açısından bir başka konu ise, Viyana Konvansiyonu'nun 1 Ağustos 2011 yılında yürürlüğe girmesi ile Viyana Konvansiyonu kapsamında kalan yabancı unsurlu milletlerarası mal satımını öngören satış sözleşmelerinde uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmemiş olması durumunda Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanı bulmasıdır⁸⁶. Viyana Konvansiyonu ile ilgili olarak,

Konvansiyon'un taslak metnini hazırlayanların, milletlerarası ticarete ve özellikle milletlerarası ticari satışlarda tarafların özerkliğinin oynadığı merkezi rolü tanımları ve bunun sonucu olarak, 6'ncı maddedeki düzenlemenin belirtilmesinde fayda bulunmaktadır⁸⁷. Buna göre, bir milletlerarası mal satım sözleşmesinde satıcı ve alıcı, sözleşmeye Viyana Konvansiyonu'nun uygulanmamasına karar verecekleri gibi Viyana Konvansiyonu'nun 12'nci maddesinde belirtilenler saklı kalmak şartıyla, Konvansiyon'un bazı hükümlerine istisnalar öngörebilir veya sonuçlarını değiştirebilirler⁸⁸.

Viyana Konvansiyonu'nun 1(1)'inci maddesi uyarınca, iş yerleri farklı devletlerde bulunan tarafların akdettikleri mal satım sözleşmelerinde, devletlerin âkit devlet olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atf yapması şartıyla Viyana Konvansiyonu'nun hükümleri uygulanır⁸⁹. Bu da demek oluyor ki, taraflardan birinin iş yerinin Türkiye'de bir diğerinin ise âkit bir devletin ülkesinde bulunması hâlinde, eğer forum mahkemesi bir Türk mahkemesi ise, Viyana Konvansiyonu'nun hükümleri ihtilâfa uygulanacak olan hukuk olacaktır. Ancak taraflardan birinin âkit devlet olmaması durumunda ise, forum Türk mahkemesi, MÖHUK'un 24(4)'üncü maddesindeki objektif bağlama kuralını uygulayacak ve satıcının iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralı olarak belirlenecektir⁹⁰. Bu

⁸⁴ **Akıncı**, Ziya (2020) Milletlerarası Tahkim, 5.Baskı, İstanbul, Vedat, s.132; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s.167; **Grabow**, s. 270; **Urapeepatanapong**, s.197; Bu konuda tarafların tek sınırının milletlerarası kamu düzeni olduğuna ilişkin bkz. **Şanlı**, Cemal (1983) 'Milletlerarası Hakem Kararı-Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule Uygulanacak Hukuk Tarafların Tahkim Hukukunu Seçme Yetkisi-Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi - Tahkim Yeri ve Mahalli Mahkemeler Arasındaki İlişkiler' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.3, S:1, 26.

⁸⁵ **Akıncı**, Ziya (2013) 'Viyana Konvansiyonu'nun Tahkimde Uygulanması' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, S.1, s.76; **UNCITRAL Legal Guide**, s.163.

⁸⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Akıncı**, Ders Kitabı, s.38; **Çelikel & Erdem**, s. 365-366; **Doğan**, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 152; **Erdem**, Ercüment (2012) 'Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı' in: Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, **Şıpka**, Şükran & **Yıldırım**, Ahmet Cemil (Editörler) On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 117-156, s. 133; **Mistelis** in: **Kröll**, S. & **Mistelis**, Lukas A. & **Viscasillas**, M. (Editörler) (2018) UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, A Commentary, 2nd Edition, C.H Beck-Hart-Nomos, Art.1, para.51; **Özdemir Kocasakal**, Hatice (2013) 'Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, S.1, 19-53, s.22;

Siehr in: **Honsell**, Heinrich (Editör) (2010) Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Auflage, Springer, Heidelberg, Art.1, para.4; **Siller**, Christian (2009) Internationales UN- Kaufrecht, 1. Auflage, Europäischer Hochschulverlag, para.7.

⁸⁷ **Martínez**, s. 71.

⁸⁸ **Doğan**, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s.165; **Martínez**, s. 71; **Özdemir Kocasakal**, s.39; **Mistelis** in: **Kröll & Mitelis & Viscasillas** (Editörler), Art.6, para. 9; **Siehr** in: **Honsell** (Editör), Art.6, para. 10; **Siller**, para. 67;

⁸⁹ **Çelikel & Erdem**, s. 364-365; **Şanlı & Esen & Ataman Figenmeşe**, s.336; **Zeytin**, Zafer (2015) Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku- CISG, 2.Baskı, Ankara, Seçkin, s.46-47.

⁹⁰ **Şanlı & Esen & Ataman Figenmeşe**, s.311.

anlamda, satış işlemi içeren karşı ticaret sözleşmelerinde de bu durum aynen uygulanacaktır.

2. Takas (Barter) İşlemlerinde Viyana Konvansiyonu Hükümlerinin Uygulanması Konusundaki Tartışmalar

Takas esas olarak devlet sektörleri arasında veya özel sektör ile devlet teşebbüsleri veya hükümet arasındaki mal ve/veya hizmet değişimlerini ihtiva eden bir sözleşmedir. “Takas benzeri” düzenlemeler dışında kalan takas işlemlerinde, transfer fonu, finansman veya üçüncü şahıs katılımı yoktur. Taraflar arasındaki mal ve/veya hizmet alışverişi genellikle aynı anda veya çok kısa bir süre içinde gerçekleştirilir⁹¹.

Milletlerarası mal satımı sözleşmelerinde uluslararası alanda yeknesaklaştırma çabalarının bir ürünü olarak 11 Nisan 1980 tarihinde Viyana Konvansiyonu birçok devlet tarafından imzalanmıştır⁹². Viyana Konvansiyonu'na üye devletler ve kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca, Viyana Konvansiyonu'na üye bir devletin hukukuna atıf yapıldığı takdirde uygulama alanı bulan Konvansiyon'un mal ve/veya hizmet değişimini nakitsiz bir şekilde gerçekleştiren takas işlemlerine uygulanıp uygulanamayacağı hususu öğretide tartışmalı bir konudur. Viyana Konvansiyonu'nun 53'üncü maddesi, alıcının malların bedelini ödemesini sözleşmenin esaslı unsurlarından kabul etmesine rağmen, “semen” kelimesini tanımlamamıştır. Bu nedenle, semenin parasal olması gerekir gerekmediğine dair Viyana Konvansiyonu'nda bir belirsizlik bulunmaktadır⁹³. Bazı yazarlar için bu konu, Konvansiyon'un takas için uygulanıp uygulanamayacağı sorusunun cevabıdır, çünkü takas işleminde, taraflardan birinin bir şeyin teslimine ilişkin

edimine karşılık diğer tarafın edimi, para kullanmadan başka bir malın teslimini gerçekleştirmektedir⁹⁴.

Viyana Konvansiyonu'nun takas işlemlerine uygulanmasına karşı çıkan yazarlar⁹⁵ ise, muhalefetlerini Konvansiyon'un 53'üncü maddesindeki “semeni” parasal olarak tanımlamaya dayandırır. Bu isimlerden biri olan *Franco Ferrari*, Viyana Konvansiyonu'nun takas işlemlerine uygulanmasına yönelik argümanların kaynağını, alıcının asli edimi olan semeni ödeme yükümlülüğünden açıkça bahseden 53'üncü maddeye gereken önemin verilmediğine dayandırmaktadır⁹⁶. Yani, salt takas işlemlerinin parasal olmayan doğası, bu görüşün temelini oluşturmaktadır. Buna göre, bedelin tamamının mallarla ödendiği takas işlemlerinde Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanı bulamayacağı ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, alıcının ifanın bir kısmını para ile ödemediği durumlarda, ödenecek tutarın takas edilen malların değerinden daha fazla olup olmamasına ve tarafların karşı ticaret sözleşmesi yerine bir satış sözleşmesi akdetmeyi istemelerine bağlı olarak Viyana Konvansiyonu uygulanabilecektir⁹⁷. Bu görüş, uyumsuzluğa konu takas sözleşmesinin salt takas sözleşmesi olması sebebiyle Viyana Konvansiyonu'nun uygulanmadığı bir Rus davası ile desteklenmektedir⁹⁸. Bu karar ile mahkeme, uyumsuzluk konusu sözleşmenin bir satış sözleşmesi olmadığını da ileri sürmektedir. Bu görüş, her ne kadar rasyonel bir şekilde yapılandırılmış olsa da “semen” kelimesinin tanımına

⁹¹ **Urapeepatanapong**, s. 27.

⁹² **Martínez**, s. 66-67.

⁹³ **Horowitz**, Andrew J. (2010) 'Revisiting Barter Under the CISG' *Journal of Law and Commerce*, Vol:29, No:1, s. 101; El-Saghir, **Hossam A.** in: **Jannsen, André & Meyer, Olaf** (Editörler) (2009) *CISG Methodology*, München, European Law Publishers, s.370.

⁹⁴ **Ferrari**, F. in: **Ferrari, F. & Flechtner, H. & Brand, R.** (Editörler) (2004) *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, München, European Law Publishers, s. 63-64.

⁹⁵ **Mistelis** in: **Kröll & Mistelis & Viscasillas**, Art.1, para.30; **Zeytin**, s.65.

⁹⁶ **Ferrari** in: **Ferrari & Flechtner & Brand** (Editörler), s. 64; **Zeytin**, s.65.

⁹⁷ **Ferrari** in: **Ferrari & Flechtner & Brand** (Editörler), s. 64; **Zeytin**, s.65.

⁹⁸ Kararı detaylı incelemek için bkz. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Russia, 9 Mar. 2004, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040309r1.html>> s.e.t. 04.11.2020.

gereke bulma konusunda başarısız kalmaktadır. Buna karşılık *Honnold*⁹⁹, “semen” kavramını tanımsız bırakarak, Viyana Konvansiyonu’nun taslağını hazırlayanların düzenlemede takas işlemlerini hariç tutmamalarını Konvansiyon’un takas işlemlerine de uygulanabilirliğini açıkça onayladıklarını savunmaktadır. Keza Adalet Bakanlığı’nın hukuk sözlüğünde de “semen” kavramı, satış sözleşmesinde alıcının borcu olarak tanımlanmıştır¹⁰⁰. Bu borcun mutlaka para veya efektif ödeme araçları ile gerçekleştirileceğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir.

Viyana Konvansiyonu’nun takas işlemlerine uygulanabileceği argümanı, karşılıklı sözleşme öğretisine (“*reciprocal contract doctrine*”) dayanır. Buna göre, bir sözleşmede satıcı, diğer sözleşmede karşılıklı olarak alıcıdır¹⁰¹. Bir davada karşılıklı sözleşme öğretisi, Viyana Konvansiyonu kapsamında takas işlemlerine uygulanmıştır¹⁰². Bu davaya göre, Macar tarafın takas malları teslim etmesine rağmen Rus tarafın takas konusu malları bir türlü Macar tarafa teslim etmemesi üzerine mahkeme, karşılıklı sözleşme öğretisini uygulayarak, Macar tarafı alıcı olarak kabul etmiş ve Viyana Konvansiyonu’nun 45(1)(b) uyarınca alıcının lehine tazminata hükmetmiştir.

Bu sorunu analiz ederken, Viyana Konvansiyonu yorumlandığında, bir mahkemenin veya yorumcuların hangi hukuk sisteminden geldiğinin etkisini de göz ardı edemeyiz. Medeni hukuk anlamında satış ve takas arasındaki anlamsal fark, çeşitli ülkelerde özellikle Fransız Medeni Kanunu’nun uyarlanmasıyla daha da artmıştır¹⁰³. Fransız Medeni

Kanunu¹⁰⁴’nun 1582’nci maddesi, satışı, bir kişinin bir şeyi teslim etmek için yükümlülük altına girdiği ve diğerinin de bunun için ödeme yaptığı bir sözleşme olarak tanımlarken, Fransız kökenli olmasına rağmen Mısır Medeni Kanunu¹⁰⁵’nun 418’inci maddesi ise satış sözleşmesini, satıcının para karşılığında alıcıya bir malın mülkiyetini devretmeyi taahhüt ettiği sözleşmeler olarak ifade etmektedir. “Para” kelimesinin kullanılmasıyla, Mısır Medeni Kanunu, takas işlemlerini açıkça satıştan hariç tutmaktadır¹⁰⁶. Bu nedenle, Mısırlı hukukçular Viyana Konvansiyonu’nun takas işlemlerine uygulanamayacağı görüşündedirler¹⁰⁷. Dolayısıyla bu tür farklı hukuk sistemlerinin ihtilâfların çözümündeki etkisi yadsınamaz bir gerçektir. Bu farklılıklar, takas işlemleri ile ilgili uyumsuzlukların çözümünde Viyana Konvansiyonu’nun uygulama alanı bulup bulmayacağı konusunda yeknesak bir uygulamanın benimsenememesi sonucunu doğurmaktadır.

V. SONUÇ

Milletlerarası karşı ticaret sözleşmelerine uygulanacak ve birbirinden farklı sosyal, ekonomik kurallar ile hukuki sistemlerini dikkate alan milletlerarası ticarete hukuki engellerin kaldırılmasına yardımcı olacak bir milletlerarası antlaşmanın varlığı ticari hayatı canlandıracaktır. Devletlerin dış ticaret ilişkilerini genişleten bu milletlerarası karşı ticaret uygulamaları döviz rezervlerinin azlığından

⁹⁹ **Honnold**, John O. (1999) *Uniform Law For International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 3. Edition, The Netherlands, Kluwer Law International s. 53.

¹⁰⁰ Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü <<https://sozluk.adalet.gov.tr/Harf/S?Sayfa=2>> s.e.t. 04.11.2020.

¹⁰¹ **Horowitz**, s.103.

¹⁰² Kararı detaylı incelemek için bkz. Russia 11 September 1998 Arbitration proceeding 407/1996, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980911r1.html>>s.e.t. 04.11.2020.

¹⁰³ **Horowitz**, s.110.

¹⁰⁴ The Civil Code,16.03.1804, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136377?tab_selection=code&searchField=ALL&query=la+vente&page=1&init=true&anchor=LEGIARTI000006441291#LEGIARTI000006441291>s.e.t. 02.02.2021.

¹⁰⁵ The Civil Code, No.131, 16.07.1948. <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf>> s.e.t. 02.02.2021.

¹⁰⁶ Daha detaylı bilgi için bkz. **Amereller**, Florian & **Bälz**, Kilian & **Klaiber**, Sven (2010) ‘A Guide to Business Law in Egypt’ Amereller Legal Consultants, s.21-22, <http://amereller.com/wp-content/uploads/2016/10/Amereller_Egypt-Guide-2010.pdf> s.e.t. 02.02.2021; **El-Saghir** in: **Janssen & Meyer**, s.371-372.

¹⁰⁷ **Horowitz**, s.110.

kaynaklanan sıkıntıların doğurduğu ticaret güçlüklerini giderme konusunda hem ülke ekonomilerini hem de ticaret şirketlerini olumlu yönde etkileyecektir. Zira karşı ticaret işlemleri gerçekleştirilirken devletlerin sözleşme serbestisine müdahale edecek doğrudan uygulanacak kurallarının varlığı, sözleşme görüşmelerinden sözleşmenin akdedilmesine kadar olan süreci taraflar açısından uzun ve zahmetli kılmaktadır. Doğrudan uygulan kurallar için olmasa da devletlerin münhasır düzenleme yetkisi alanına girmeyen konularda milletlerarası alanda uygulama alanı bulan yeknesak bir düzenleme, bu sürecin taraflar açısından aşamaların daha net olduğu bir uygulamaya dönüştürülerek karşı ticaret uygulamalarının teşviki yapılabilir.

UNCITRAL'in yaptığı dörtlü sınıflandırmaya göre, karşı ticaret sözleşmeleri, takas, karşı alım, geri satın alım ve *offset* sözleşmelerinden oluşmaktadır. Genel itibariyle bu sözleşmeler, birden fazla sözleşmeyi içerse de bu sözleşmeler birbirinden özerk sözleşmeler değildir. Yani birincil sözleşme ile ikincil sözleşmeyi birbirine bağlayan bir protokol veya ikincil sözleşmede yer alan bir hüküm, bu iki sözleşmeyi birbirlerine bağlayarak bileşik yapıda bir sözleşme oluşturacaktır.

Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, yabancılık unsuru taşıyan karşı ticaret sözleşmelerinde tarafların sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku belirlemelerine izin verilmektedir. Hatta, tarafların bu yönde gerçekleştirecekleri hukuk seçimi, tarafları uzun, bürokratik ve karmaşık hukuk sistemlerini çözmeye noktasında zorluk yaşayacak mahkemenin yanlış bir karar verme olasılığından da esirgeyecektir. Karşı ticaret sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK'ta temel alınması gereken hükümler MÖHUK'un 6, 24 ve 31'inci maddelerinde yer almaktadır.

Karşı ticaret sözleşmelerinin genelinde devreye giren kamu düzenini korumayı amaçlayan doğrudan uygulanan kurallar birçok alanda tarafların sözleşme serbestisi sonucunda kararlaştıracakları hükümlerin önüne geçebilir. Tarafların hukuk seçimleri birden fazla sözleşme içeren karşı ticaret sözleşmelerinde istisnai de olsa farklı olabilir. Çoklu yapıdaki sözleşmelerin mevcudiyeti hâlinde, taraflar açısından herhangi bir adaletsizliğin doğmaması ve sözleşmelerde yer alan hükümlere aynı anlamların atfedilebilmesi için tarafların her ne kadar sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku ayrı ve farklı kararlaştırabilmeleri mümkün olsa da uygulamada karşılaşılabilecek sorunlardan dolayı taraflara tek bir uygulanacak hukuk seçmeleri önerilmektedir.

Karşı ticaret sözleşmelerinin temelini satış sözleşmesi oluşturduğu için tarafların hukuk seçimi yapmaması hâlinde sözleşmeye uygulanacak hukuka Viyana Konvansiyonu'nun uygulanabilmesi için gereken şartlar mevcutsa, Viyana Konvansiyonu sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacaktır. Ancak takas konusundaki mevcut tartışmalardan yola çıkarak, Konvansiyon'un hazırlanış şekli itibarıyla Konvansiyon hükümlerinin hangi mal satım sözleşmelerine uygulanacağını değil de hangi mal satım sözleşmelerine uygulanmayacağı Bölüm 1'de düzenlenmiş olduğundan âkit devletler Konvansiyon'un en eski hukuki işlemlerden biri olarak kabul edilen takasa uygulanmasını istemeselerdi bu hususu açıkça Bölüm 1'de tanzim edebilirlerdi. Kanımızca, bu açıklamaya dayanarak yabancılık unsuru barındıran takas sözleşmelerine Viyana Konvansiyonu uygulanabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Ziya (2020) Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, 1. Baskı, İstanbul, Vedat. (Ders Kitabı)
- Akıncı**, Ziya (2020) Milletlerarası Tahkim, 5.Baskı, İstanbul, Vedat.
- Amereller**, Florian & **Bälz**, Kilian & **Klaiber**, Sven (2010) 'A Guide to Business Law in Egypt' Amereller Legal Consultants, s.21-22, <http://amereller.com/wp-content/uploads/2016/10/Amereller_Egypt-Guide-2010.pdf> s.e.t. 02.02.2021
- Baker**, S.A & **Cunningham**, R.O. (1983) 'Countertrade and Trade Law' Journal of Comparative Business and Capital Market Law, Vol: 5, No:4, s. 375-394.
- Can**, Hacı & **Toker**, Ali Gümrah (2016) Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, 1.Baskı, Ankara, Adalet.
- Çelikel**, Aysel & **Erdem**, Bahadır (2016) Milletlerarası Özel Hukuk, 14.Baskı, İstanbul, Beta.
- Develioğlu**, Hüseyin Murat (2012) Takas, 2.Baskı, İstanbul, Vedat.
- Doğan**, Vahit (2020) Milletlerarası Ticaret Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Savaş. (Milletlerarası Ticaret Hukuku)
- Doğan**, Vahit (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 6.Baskı, Ankara, Savaş. (Milletlerarası Özel Hukuk)
- Erdem**, Ercüment (2012) 'Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı' in: Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, **Şıpka**, Şükran & **Yıldırım**, Ahmet Cemil (Editörler) On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 117-156.
- Erkan**, Mustafa (2011) 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, S:2, s. 81-121.
- Esteban de la Rosa**, Gloria (2011) 'International Countertrade – Rules and Practices' International Journal of Business and Social Science, Vol:2, No:15, s. 273-283.
- Ferrari**, F. & **Flechtner**, H. & **Brand**, R. (2004) The Draft UNCITRAL Digest And Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention, München, European Law Publishers.
- Grabow**, John C. (1984) 'Negotiating and Drafting Contracts in International Barter and Countertrade Transactions' North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol:9, No:2, s. 255-271.
- Guyot**, Cedric (1986) 'Countertrade Contracts in International Business' The International Lawyer, Vol:20, No:3, s. 921-959.
- Güngör**, Gülin (2000) Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara, Yetkin.
- Hennart**, J.F. & **Anderson**, Erin (1993) 'Countertrade And The Minimisation Of Transaction Costs: An Empirical Examination' Journal of Law, Economics & Organisation, Vol:9, No:2, s. 290–313.
- Honnold**, John O. (1999) Uniform Law For International Sales Under the 1980 United Nations Convention, 3. Edition, the Netherlands, Kluwer Law International.
- Honsell**, Heinrich (Editör) (2010) 'Kommentar zum UN-Kaufrecht' Zweite Auflage, Springer, Heidelberg.
- Horowitz**, Andrew J. (2010) 'Revisiting Barter Under the CISG' Journal of Law and Commerce, Vol:29, No:1, s. 99-115.
- Howse**, Robert (2010) 'Beyond The Countertrade Taboo: Why The WTO Should Take Another Look At Barter And Countertrade' The

University of Toronto Law Journal, Vol:60, No:2, s. 289-314.

Kösoğlu, Mehmet (2008) 'Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S:28, No:1-2, s. 147-172.

Kreuze, Jerry G. (1997) 'International Countertrade' Internal Auditor, Vol:54 No:2.

Kröll, S. & **Mistelis**, Loukas A. & **Viscasillas**, M. (Editörler) (2018) UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, A Commentary, 2. Edition, C.H Beck-Hart-Nomos.

Lochner, Scott J. (1985) 'Guide to Countertrade and International Barter' The International Lawyer, Vol:19, No:3, s. 725-759.

Martínez, W.F. (2020). 'El Carácter Dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un Factor de Incertidumbre en la Determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Compraventa Internacional?' Revista Jurídicas, Vol. 17, Núm.1, 64-86.

Mehta, Vikra S. (1978) 'Barter: An Analysis of Oil for Commodity Barter Deals' India International Centre Quarterly, Vol:5, No:4, s. 193-201.

Nassimbeni, Guido & **Sartor**, Marco (2009) 'Countertrade: Literature Review and Directions for Research' POMS 20th Annual Conference, Orlando, Florida U.S.A.

Nomer, Ergin (2017) Devletler Hususî Hukuku, 22.Baskı, İstanbul, Beta.

Oh, Marie J. (1985) 'The Need for a United States Countertrade Policy' Northwestern Journal of International Law & Business, Vol:7, No:1.

Özdemir Kocasakal, Hatice (2010) 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' Milletlerarası

Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.30, S.1-2, s. 27-88.

Özdemir Kocasakal, Hatice (2013) 'Vienna Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, S.1, s.19-53.

Sargın, Fügen (2001) 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:50, S:2, s. 37-95.

Siller, Christian (2009) Internationales UN-Kaufrecht, 1. Auflage, Europäischer Hochschulverlag.

Şanlı, Cemal (1983) 'Milletlerarası Hakem Kararı-Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule Uygulanacak Hukuk Tarafların Tahkim Hukukunu Seçme Yetkisi-Hakem Kararının İptali Davasının Tenfiz Etkisi- Tahkim Yeri ve Mahalli Mahkemeler Arasındaki İlişkiler' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C:3, S:1, s.23-31.

Şanlı, Cemal & **Esen**, Emre & **Ataman Figenmeşe**, İnci (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, İstanbul, Beta.

Tarman, Derya Zeynep (2009) 'Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:25, S:2, s. 297-332.

Tiryakioğlu, Bilgin (1996) Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Âkitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, S. 503.

Tüysüz, Cemre (2019) 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki' Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:14, s. 463-500.

Van Dort, Joseph J. & **Friese**, Eliard (1987) 'Coimterpurchase Contracts and Their Contractual Issues' Penn State International Law Review, Vol:6, No:1, s. 45-59.

Verdun, Vincene (1985) 'Are Governmentally Imposed Countertrade Requirements Violations of the GATT?', Yale Journal of International Law, Vol:11, No:1, s. 191-216.

Vural Çelenk, Belkis (2017) 'Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması' Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S:1, s. 277-298.

Urapeepatanapong, Kitipong (1987) 'Legal Aspects of Countertrade under the General Agreement on Tariffs and Trade and the National Laws of Canada and Thailand' (Master), The University of British Columbia.

Zarin, Donald (1988) 'Countertrade and the Law' George Washington Journal of International Law and Economic, Vol:18, No:2, s. 235-296.

Zeytin, Zafer (2015) Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku- CISG, 2.Baskı, Ankara, Seçkin.

UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), United Nations Publication, E.93.V.7, ISBN 92-1-133444-6, New York, 1993.

Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, Dec. 22, 1986, The Hague.

T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü <<https://sozluk.adalet.gov.tr/Harf/S?Sayfa=2>> s.e.t. 04.11.2020.

The Civil Code,16.03.1804, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136377?tab_selection=code&searchField=ALL&query=la+v ente&page=1&init=true&anchor=LEGIARTI000006441291#LEGIARTI000006441291>s.e.t. 02.02.2021.

The Civil Code, No.131, 16.07.1948. <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf>> s.e.t. 02.02.2021.

Kararlar

Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Russia, 9 Mar. 2004, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040309r1.html>> s.e.t. 04.11.2020.

Russia 11 September 1998 Arbitration proceeding 407/1996, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980911r1.html>> s.e.t. 04.11.2020.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed 100% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*