

VİYANA SATIM ANTLAŞMASI UYARINCA TEAMÜLLERİN ÖNEMİ

(Importance of Trade Usages according to the United Nations
Convention on Contracts for the International Sale of Goods)

Prof. Dr. H. Ercüment ERDEM*

ÖZET

Teamüller, uluslararası ticarete büyük önem taşır. Bu önem, Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesinde yer alan düzenlemeler ile milletlerarası satımlar bakımından da somutlaşır. Antlaşma düzeninde teamüller, Antlaşma hükümlerinden üstün tutulur. Bu da yine, Antlaşma kapsamında teamüllerin rolünün ne denli önemli olduğunu gösterir.

Antlaşma m. 9/1 tarafların üzerinde anlaştıkları teamülleri düzenler. Buna göre taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır. Antlaşma m. 9/2 de tarafların bildikleri veya bilmeleri gereken teamüllerle de bağlı olduklarını öngörür. Böylece, tarafların varsayımsal iradelerine de Antlaşma kapsamında sonuç bağlanır. Uygulamada, Antlaşma tarafı ülkelerin mahkemeleri tarafından Antlaşma kapsamında teamüllerin büyük ölçüde dikkate alındığı ve buna göre kararlar verildiği görülür. Bu doğrultuda teamüller; sözleşmelerin kurulması, sözleşmelerin içeriği ve ifası ile sözleşmelerin yorumu ve değiştirilmesinde önemli rol oynar.

Anahtar kelimeler: Viyana Satım Antlaşması, CISG, milletlerarası satım, teamül, örf ve âdet, alışkanlıklar

Abstract

Trade usages are of great importance in international trade. This importance is concretized with regard to international sale contracts, under Article 9 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods ("CISG"). Under the CISG, trade usages have priority over the provisions of the

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi e. Öğretim Üyesi. ICC Ticaret Hukuku ve Uygulamaları Komisyonu Başkanı Yardımcısı.

Bu çalışmanın hazırlanması sırasındaki yardımları nedeniyle Av. Ezgi Babur'a (LLM, University of Chicago) içtenlikle teşekkür ederim.

Bu çalışma 30 Kasım 2015 tarihinde yürürlükte olan mevzuat dikkate alınarak hazırlandı.

CISG, which also indicates the significance of trade usages within the scope of the CISG.

Article 9(1) of the CISG regulates trade usages agreed upon by the parties. Accordingly, the parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves. Article 9(2) of the CISG sets forth that the parties are also bound by trade usages that they knew or ought to have known. As a consequence, the CISG attributes a result to hypothetical will of the parties. In practice, courts of member states take trade usages into consideration to a large extent within the scope of the CISG, and render decisions accordingly. Within this framework, trade usages play an important role on conclusion, scope and performance of contracts, as well as on their interpretation and amendment.

Keywords: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG, international sale, trade usages, usages and customs, practices

I. Genel Olarak

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (“Viyanalı Satım Antlaşması” veya “Antlaşma”), 11 Nisan 1980 tarihinde Viyanada Birleşmiş Milletler’in önderliği altında toplanan diplomatik konferansta kabul edilmiştir¹. Konferansa katılan ülkeler eşitlik ve karşılıklı çıkar esasının devletler arasındaki dostane ilişkilerin gelişmesinde önemli bir etken olduğunu ve milletlerarası mal satımı hakkında değişik sosyal, ekonomik ve hukuki sistemlere uyum sağlayacak yeknesak kuralların kabulünün milletlerarası ticari ilişkilerin gelişmesine ve var olan hukuki zorlukların aşılmasına faydalı olacağını belirtmiştir².

Viyanalı Satım Antlaşması’nın 9. maddesi teamüller ve taraflar arasında yerleşmiş olan alışkanlıkları düzenler:

“Madde 9

(1) *Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır.*

(2) *Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.”*

Bu maddenin ilk fıkrası uyarınca taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamül-

¹ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (“CVIM”); United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (“CISG”).

² Erdem E.: Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu, Milletlerarası Satım Hukuku – Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editor: Yeşim Atamer, Haziran 2008, İstanbul, s.106 (Anılış: **Erdem, Teslim Borcu**).

ler ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır. Maddenin ikinci fıkrası ise aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettiklerinin varsayılacağını belirtir.

Ticari teamüller, uluslararası ticaret hukukunun en önemli kaynaklarından³. Ticari teamül kavramı, belirli bir ticaret alanında genel olarak görülen ve uygulanan davranış biçimi olup, belirli bir düzen göstermesi nedeniyle de ilgili ticaret alanı ile ilgilenenler tarafından bağlayıcı kabul edilir.

Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesinde düzenlenen teamül ve alışkanlıklar, Antlaşma'nın 8. maddesinde yer alan, Antlaşma'nın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışlarının, karşı tarafın bu iradeyi bildiği veya bilmesinin mümkün olmadığı ölçüde, onun iradesine uygun olarak yorumlanacağına ilişkin kuralın bir yansımasıdır⁴.

Öte yandan, ilgili maddeler Antlaşma'ya bütünüyle hâkim olan dürüstlük kuralının ve çelişkili davranış yasağının ("*venire contra factum proprium*") da bir yansımasıdır. Bu bağlamda örnek vermek gerekirse, eğer bir ticari ilişkide taraflardan biri, karşı tarafa aralarında herhangi bir ihbar süresinin belirlenmediğini iddia etmekteyse ve taraflar arasındaki uygulamalar bunun tersine işaret ediyorsa, bu yönde bir iddia ileri sürülemezdir.

A. Teamül Tanımı ve Teamüllerin Antlaşma Hükümlerine Göre Üstünlüğü

Viyana Satım Antlaşması'nda teamülün ne olduğuna ilişkin bir tanım yer almaz. Burada, Antlaşma'da yer alan birçok terimde söz konusu olduğu gibi, teamül kavramının yorum yapanın milli hukukuna ve bu hukuktaki kavramlara bağlı olmaksızın, bağımsız olarak yorumlanması gerektiği ifade edilir⁵. Bu görüşe katıldığımızı belirtmek isteriz. Aksi bir anlayış, Antlaşma'daki terimlerin farklı hukuk sistemlerine göre farklı yorumlanması sonucuna yol açardı.

Tarafların Viyana Satım Antlaşması m. 9 uyarınca teamüller üzerinde anlaştıklarına kanaat getirilirse, bu teamüller ve alışkanlıklar Antlaşma hükümlerinden üstün tutulur⁶. Bu düzenleme bir yandan Antlaşmanın öne çıkardığı sözleşme özgürlüğü ilkesine, diğer yandan da taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin Antlaşma hü-

³ *Chattillon S.*: Le Contrat International, Vuibert Collection Gestion International, 2001, s.26.

⁴ *Schlechtriem & Schwenger*: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, Editörler: Ingeborg Schwenger ve Pınar Çağlayan Aksoy, Birinci Bası, İstanbul, Mart 2015, s. 324 (Anılış: **Schlechtriem & Schwenger**).

⁵ *Ferrari F.*: Relevant Trade Usage and Practices under UN Sales Law, The European Legal Forum (E) 5-2002, Literature Doc.327, s. 274. (Anılış: **Ferrari**)

⁶ Ferrari, s. 274, dipnot 30'daki yazarlar.

kümlerine üstün tutulması gerektiği ilkesine uygundur⁷. Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberster Gerichtshof*) 21 Mart 2000 tarihli bir kararında, Almanya'dan bir satıcı ile Avusturya'dan bir alıcı arasında, kereste alım satımına ilişkin bir sözleşme söz konusudur. Bu ilişkide satıcı, Tegernseer teamülleri ("*Tegernseer Gebräuche*") olarak adlandırılan teamüllere açık atıfta bulunan bir teklifi alıcıya iletmış ve alıcıya bu çerçevede teslimat yapmıştır. Avusturya Yüksek Mahkemesi bu olayda, alıcının bu teamülleri bilmesi gerektiğine, ve en önemlisi bu teamüllerin, Antlaşma hükümlerine üstün tutulması gerektiğine karar vermiştir⁸.

Antlaşma'nın 9. maddesi uyarınca teamüller, Antlaşma'yı somut uyuşmazlığa uygulayan hâkimler tarafından dikkate alınacağı gibi, uyuşmazlığın tahkimde çözülmesinin kararlaştırıldığı durumlarda hakemler tarafından da dikkate alınır.. Bu konuda, Milletlerarası Ticaret Odası'nın (International Chamber of Commerce – ICC) Tahkim Kuralları'nda, teamüllerin göz önüne alınması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm vardır. ICC Tahkim Kuralları'nın 21/2. maddesi uyarınca hakemler, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini ve varsa, ilgili ticari örf ve âdetleri göz önünde bulundurur⁹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakemler, tahkim yargılamasında her şeyden önce taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini inceler ve tarafların iradelerini üstün tutarak, bu hükümler çerçevesinde karar vermeye çalışırlar¹⁰. Teamüller özellikle, hakemlere somut uyuşmazlığın şartlarını göz önünde bulundurup taraflar arasındaki ilişkileri değerlendirerek karar vermeleri konusunda nispeten daha geniş bir alan tanıdığından, tahkim yargılamaları bakımından teamüllerin oldukça önemli olduğu söylenebilir¹¹. Böylece hakemler, kanunların çizdiği dar çerçeve dışında da, ilgili sektördeki deneyimlerini ve taraflar arasındaki ilişkileri dikkate alarak daha esnek bir alanda çalışma olanağı bulurlar.

B. TTK Açısından Teamüller

Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesindeki düzenlemenin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki ("TTK") karşılığı, m. 2'de yer alan ticari örf ve âdet maddesidir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre teamüller, aksine bir kanun hükmü bulunmadığı takdirde, ticari örf ve âdet olarak kabul edildikleri belirlenmedikçe, mahkemenin yargısına esas olmayıp, ancak taraf iradelerinin yorumlanmasında dikkate

⁷ Erdem E.: La Livraison des Marchandises selon la Convention de Vienne, Fribourg 1990, s. 42.

⁸ Oberster Gerichtshof, 10 Ob 344/99g, 21 Mart 2000. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=FullText>.

⁹ ICC Tahkim Kuralları'nın Türkçe metni için Bkz. http://icc.tobb.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf.

¹⁰ Bühler M.W. / Webster T.H.: Handbook of ICC Arbitration, Londra 2005, s. 217.

¹¹ Erdem E.: The Role of Trade Usages in ICC Arbitration, in Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff, Paris 2011, s.265 (Anılış: **Erdem, Trade Usages**).

alınabilirler. Bu bağlamda, Türk hukuku bakımından teamüllerin tali hukuk kaynağı olarak değerlendirildiği görülür.

TTK'daki düzenleme uyarınca örf ve âdet seviyesine çıkmamış alışkanlıklar teamül olarak değerlendirilir ve hükme esas olamaz. Hükme esas olamaz ifadesi, hâkim tarafından dikkate alınamayıp ancak irade beyanlarının yorumlanmasında rol oynayabilecekleri şeklinde yorumlanır¹².

TTK, yerel ve genel örf ve âdetler arasında da ayrıma gider. TTK m. 2/2 uyarınca, bir bölgeye veya bir ticaret dalına özgü ticari örf ve âdetler genel olanlara üstün tutulur. İlgililer aynı bölgede değilse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe, ifa yerindeki ticari örf ve âdet uygulanır.

Yine TTK m. 2/3 uyarınca ticari örf ve âdet, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar konusunda ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır. Burada TTK, bu yöndeki uygulamayı talep edene ispat külfeti yükler.

TTK düzeni bakımından teamüllerin tali bir hukuk kaynağı olduğu görülür. Uluslararası ticaret hukukunda ise durum farklıdır. Uluslararası ticaret hukuku bakımından, ticari âdet ve teamüller tali hukuk kaynağı konumunda olmayıp, çok daha önemli ve etkin bir işleve sahiptir ve *lex mercatoria*'nın genel yapı taşları olarak değerlendirilir¹³.

Ticari teamüllerin milletlerarası satımda önemli bir işleve sahip olduğu, Türk doktrini tarafından da kabul edilir¹⁴.

Uluslararası ticarete bu denli önemli olarak kabul edilen teamül ve alışkanlıkların Viyana Satım Antlaşması m. 9 kapsamındaki uygulaması bu çalışmanın ana konusudur.

II. Teamüller ve Alışkanlıklar

A. Taraflar Arasında Kararlaştırılan Teamüller ve Alışkanlıklar

Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesinin 1. fıkrası, taraflar arasında kararlaştırılan teamülleri düzenler. Taraflar arasında kararlaştırılan teamül ve alışkanlıkların

¹² *Poroy / Yasaman: Ticari İşletme Hukuku*, 6102 sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2012, s.108.

¹³ Örf ve âdetin *lex mercatoria*'nın "sert çekirdeğini" ("*noyau dur*") oluşturduğu yönünde Bkz. *Erdem E.*: "Lex Mercatoria" ve ICC Tahkimi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2. Baskı, 6 Nisan 2004, Ankara, s.122 (Anılış: **Erdem, Lex Mercatoria**). Aynı yönde bkz. *Ayoğlu T.*: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet -Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul 2011, s. 164 (Anılış: **Ayoğlu**).

¹⁴ *Yavuz C.*: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Kasım 2014 İstanbul, s. 327 (Anılış: **Yavuz, Borçlar Hukuku**).

m. 9 kapsamında uygulanması, Antlaşma'nın taraf iradelerini temel alan anlayışını yansıtır. Zira bu maddenin 1. fıkrası uyarınca taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır.

Bu düzenleme kapsamında taraflar arasında aynı nitelikte malların satımı ve tesliminin her seferinde aynı yerde yapılması konusunda bir uygulamanın bulunması halinde, teamülün varlığından söz edilir. Örneğin, taraflardan biri uzun yıllardan beri bir diğerine kuru üzüm satmaktadır ve ilk sözleşmelerinin hepsinde teslim yeri olarak İzmir Limanı öngörülmüştür. Yıllarca bu uygulamayı izledikten sonra taraflar, yalnızca fiyat üzerinde pazarlık ederek ayrıntılı sözleşmeler yapmaktan vazgeçebilir. Bu durumda satıcı, doğal olarak, alıcı ile aralarındaki teamüle dayanarak teslimi İzmir Limanı'nda yapmaya devam edebilir¹⁵.

Tarafların anlaşmasının açık olarak yapılması şart olmayıp, tarafların iradelerinin belirli olması kaydıyla, anlaşma zımnı de olabileceği gibi, sözleşmenin imzalanmasından sonra da ortaya çıkmış olabilir¹⁶.

Tarafların üzerinde anlaştıkları teamüller, yazılı olarak belirlenmiş teamüller de olabilir. Buna örnek olarak, Incoterms kurallarına göndermede bulunulması verilebilir.

Taraflarca kabul edilen teamüller, tamamen ulusal veya yerel teamüller de olabilir¹⁷. Avusturya Yüksek Mahkemesi (*Oberster Gerichtshof*) tarafından Viyana Satım Antlaşması uyarınca 15 Ekim 1998 tarihinde verilen bir kararda mahkeme kereste ticareti bakımından Avusturya'da uygulanan teamüllerin Antlaşma m. 9 kapsamında dikkate alınabileceğini, bu teamüllerin yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerden olup olmadığını saptanması gerektiğini ifade etmiştir. Avusturya Yüksek Mahkemesi, bu hususların saptanarak, yerel teamüllerin Antlaşma m. 38 ve 39'da düzenlenen ayıplı mallara ilişkin bildirim yükümlülüklerini değiştirip değiştirmediği konusunun da karara bağlanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁸.

Yine Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberster Gerichtshof*) yukarıda da atıf yaptığımız 21 Mart 2000 tarihli kararında¹⁹ mahkeme, bir teamülün 9. madde kapsamında uygulanması için uluslararası alanda kabul edilmiş olmasının gerekli olmadığına, ilgili ticaret alanı ile meşgul olan tacirlerin çoğunluğu tarafından tanınmış olmasının yeterli olacağına hükmetmiştir.

¹⁵ Erdem, Teslim Borcu, s. 122.

¹⁶ Ferrari, s. 273 ve dipnot 10'da yer alan yazarlar.

¹⁷ Ferrari, s. 274 ve dipnot 21'de yer alan yazarlar.

¹⁸ Oberster Gerichtshof, 2 Ob 191/98 X, 15 Ekim 1998. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=386&step=FullText>.

¹⁹ Bkz. Oberster Gerichtshof, 10 Ob 344/99g, 21 Mart 2000. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=FullText>

Teamüller konusunda taraflar arasındaki anlaşma açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir. Örtülü anlaşma da Viyana Satım Antlaşması m. 9/1 bağlamında yeterlidir²⁰.

Alışkanlıklar bakımından, m. 9/1'in açık ifadesi uyarınca, alışkanlığın yalnızca taraflar arasında tekrarlanması yeterli olup, daha yaygın bir uygulamanın bulunması gerekmez. Ancak, taraflar arasındaki uygulamanın Antlaşma m. 9 kapsamında alışkanlık olarak kabul edilebilmesi için, en azından belirli bir süreklilik gerekir.

İsviçre Basel Kanton Mahkemesi'nin (*Zivilgericht Kanton Basel-Stadt*) 3 Aralık 1997'de verdiği bir karara konu olan olayda, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkilerde ödeme yeri satıcının bankası olarak belirlenmiştir²¹. Satıcı, bu belirlemenin taraflar arasında bir alışkanlık olarak kabul edilmesi gerektiğini ve alıcının bankaya ödeme yapma yükümlülüğünden dolayı, satıcının bankasının ifa yeri olarak kabul edilmesinin zorunlu olduğunu iddia etmiştir. Ancak İsviçre mahkemesi, somut olayda taraflar arasında yalnızca iki adet sözleşme yapılmış olduğuna ve bunun bir alışkanlık olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. İsviçre mahkemesine göre bir uygulamanın alışkanlık olarak kabul edilebilmesi için, daha uzun süreli ticari ilişkiler gerekmektedir. Alman Duisburg Yerel Mahkemesinin de aynı yönde bir kararı vardır²².

Mahkemeler taraflar arasındaki bazı davranışların dürüstlük kuralı uyarınca belirli bir şekilde yorumlanıp bir alışkanlık olarak kabul edilebileceğine de hükmetmektedir. Zürih Ticaret Mahkemesi (*Handelsgericht Zürich*) 24 Ekim 2003 tarihinde verdiği bir kararda²³, taraflar arasındaki önceki ticari ilişkilerde düzenli olarak, ayıplı malların geri alınarak yerine ayıpsız malların verilmiş olmasının, taraflar arasında bir teamül oluşturduğuna karar vermiştir. Burada satıcı, bu işlemleri hukuken bağlayıcılık oluşturma niyetinde yapmadığını belirttiyse de, mahkeme dürüstlük kuralının tarafların ticari ilişkilerindeki önceki uygulamalarında âni değişiklikler yapmalarını engellediğini belirtmiştir.

Antlaşma m. 9/1'e ilişkin ispat yüküyle ilgili olarak, bir alışkanlığın bulunduğunu iddia eden tarafın, ilgili alışkanlığın şartlarının gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir.

1. Incoterms

Taraflar arasında kararlaştırılan teamüller, yazılı hale getirilerek yeknesak kural haline getirilmiş teamüllerden olabilir. Ancak teamüllerin yazılı hale getirilmesi

²⁰ Schlechtriem & Schwenzler, s. 326 ve dipnot 41'de anılan yazarlar.

²¹ Zivilgericht Kanton Basel-Stadt, P4 1996/00448, 3 Aralık 1997. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=372&step=FullText>.

²² Yine, Alman Duisburg Yerel Mahkemesi (*Amtsgericht Duisburg*) tarafından verilen bir kararda, taraflar arasındaki iki uygulamanın bir alışkanlık oluşturmayacağına hükmedilmiştir. Bkz. Amtsgericht Duisburg, 49 C 502/00, 13 Nisan 2000. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=715&step=FullText>.

²³ Handelsgericht Zürich, HG 010395/U/zs, 24 Ekim 2003. Kaynak: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031024s1.html>.

zorunlu olmayıp, çeşitli sektörlerin yerleşik uygulama alanı bulan yazılı olmayan ticari teamülleri de bulunabilir. Yazılı olmayan bir teamülün varlığının iddia edilmesi durumunda, bunun ispatında sorunlar yaşanabilir.

Yazılı ticari âdetlere örnek olarak, Incoterms kuralları verilebilir²⁴. Incoterms, ICC'nin Ticaret Hukuku ve Uygulamaları Komisyonu tarafından geliştirilmiş ve ICC tarafından kabul edilmiş kurallar olup, on yılda bir değişen gerekliliklere ayak uydurmak amacıyla gözden geçirilir.

Incoterms, milletlerarası ticaret hukukunda en sık kullanılan terimlerin taraflarca aynı şekilde yorumlanmasını sağlaması bakımından büyük önem taşır²⁵.

Incoterms, malların uluslararası satımı alanında benimsenmiş kurallar olup, oldukça geniş uygulama alanı bulduklarından dolayı teamül olarak değerlendirilir²⁶.

Dış satımlarda alıcı ve satıcı tarafın genellikle farklı devletlerde bulunması ve farklı hukuklara tâbi olması, tarafları satım sözleşmelerini tip sözleşme haline getirmeye ve belli tür satımlar için yerleşmiş teamül kurallarına atıf yapmaya zorlar. Incoterms kurallarının amacı da bir anlamda, terimlerin farklı ülkelerde değişik yorumlanması hakkındaki belirsizliklerin engellenmesi veya en azından önemli derecede azaltılabilmesidir.

UNIDROIT ilkeleri de²⁷, *lex mercatoria*'nın sistematik ve yazılı hale getirilmiş bir derlemesi olarak ortaya çıkar ve bazı belirsiz kavramların kapsamını saptamanın yarattığı güvensizliği gidermek veya büyük ölçüde azaltmak amacıyla kullanılabilir²⁸.

Incoterms ile Viyana Satım Antlaşması'nın etkileşimi değerlendirildiğinde, Incoterms'in Antlaşma'nın düzenlemelerini değiştirmesi veya bunlara ek düzenlemeler getirmesi mümkündür²⁹. Bu değişiklik ve ek düzenlemelerin dayanağı olarak, Antlaşma'nın 6. ve 9. maddeleri³⁰ gösterilebilir³¹.

²⁴ Incoterms hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. *Erdem E.*: Incoterms® 2010, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2011, s.219-235 (Anılış: **Erdem, Incoterms® 2010**).

²⁵ Erdem, Trade Usages, s.251.

²⁶ *Pamboukis C.*: The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods, Journal of Law & Commerce, 2005-06, s. 127. Kaynak: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html> (Anılış: **Pamboukis**).

²⁷ Teamüllerin UNIDROIT prensipleri kapsamındaki incelemesi için Bkz. *Süral C.*: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri, Güncel Yayınevi, İzmir 2008.

²⁸ Erdem, Lex Mercatoria, s. 126.

²⁹ Pamboukis, s. 127.

³⁰ Antlaşma'nın 6. maddesi uyarınca taraflar, Antlaşma'nın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilir.

³¹ *Piltz B.*: INCOTERMS and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Kaynak: <http://www.20jahre.cisg-library.org/piltz1.html>.

Incoterms kuralları temel olarak, malların satıcı tarafından alıcıya tesliminde taraflara düşen görevleri, masrafları, hasarın geçişini ve belgelere ilişkin yükümleri düzenler. Mal bedelinin ödenmesi ve ödeme yöntemleri, mülkiyetin geçişi, mala ilişkin fikri hakların geçişi, taşıma sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, satım sözleşmesinin ifasına ilişkin konular ve uyumsuzlukların çözümüne ilişkin düzenlemeler Incoterms kapsamında değildir³². Incoterms kurallarının amacı, sadece satım sözleşmesinin konusunu oluşturan malların teslimine ilişkin kuralların yorumlanmasını sağlamak olup, bunun dışında satım sözleşmesine ilişkin diğer herhangi bir konuya açıklama getirmez³³.

Daha açık olarak belirtmek gerekirse, Incoterms kuralları kapsamında kalan konular dört ana başlık altında toplanabilir: (i) malların teslimi, (ii) hasarın geçişi, (iii) masrafların paylaşılması, ve (iv) belgelere ilişkin yükümlülükler. Incoterms ödeme ve ödeme yolları, mülkiyetin geçişi, varyantlar, uyumsuzlukların çözümü ve sözleşmenin ifasına ilişkin diğer konularda herhangi bir düzenleme içermez³⁴; bu konuların taraflar arasındaki satım sözleşmesinde düzenlenmesi gerekir.

Incoterms kurallarının da, gerek Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesinin 1. fıkrası kapsamında tarafların üzerinde anlaşıtı teamüller olarak, gerekse şartlarının sağlanması kaydıyla ikinci fıkra kapsamında uygulanmaları mümkündür³⁵.

Incoterms kuralları bakımından, Incoterms kapsamında yer alan CIF, FOB gibi ticari terimlere atıf yapılmasının, Incoterms'e doğrudan bir atıf olmaması halinde, ilgili kurallar kapsamında yer alan yorum kurallarını da kapsayıp kapsamayacağı tartışılabilir. ICC Incoterms kullanımında seçilen ticari terimden hemen sonra Incoterms ifadesinde kullanılmasını önerir³⁶. Örneğin CIF İzmir Limanı Incoterms 2010 gibi. Sorun CIF teriminin kullanılmasına karşın, Incoterms'e açık atıf yapılmadığı hallerde, bu terimin Incoterms çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmemesi açısından önemlidir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, Uniform Commercial Code da, CIF, FOB gibi ticari terimlere yer verir. Bu durumda CIF teriminin iç hukuka mı yoksa Incoterms'e mi ilişkin olduğu tartışma yaratabilir. Zira örneğin Uniform Commercial Code'da düzenlenen CIF terimi ile Incoterms'de düzenlenen CIF terimi arasında temel farklar vardır.

³² Erdem, Incoterms® 2010, s. 220.

³³ Erdem, Incoterms® 2010, s. 221.

³⁴ Erdem, Trade Usages, s. 251.

³⁵ Ferrari, s. 277.

³⁶ Bu konuda, Incoterms 2010 kuralları'nın giriş kısmında, şu ifadeler yer almaktadır: "Eğer Incoterms® 2010 kurallarının sözleşmenize uygulanmasını isterseniz, bunu "[belirtilen yeri de kapsayacak şekilde seçilen Incoterms kuralı] Incoterms® 2010" ifadesini kullanarak Incoterms® 2010'a atıfta bulunarak sözleşmenizde açıkça belirtmeniz gerekir." Bkz. Incoterms 2010, İç ve Dış Ticarete İlişkin Ticari Terimlerin Kullanımı için ICC Kuralları, ICC Yayın no. 715, s. 11.

Bu konuda Amerika Birleşik Devletleri New York Bölge Mahkemesi'nin 2002 yılında verdiği bir kararda³⁷ (*U.S. District Court, S.D., New York*), Incoterms'in uluslararası ticarete bilinen ve oldukça sık olarak kullanılan tanımlar olmasından dolayı, CIF terimine yapılan atfın da Incoterms kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Amerikan mahkemesi bu kapsamda, tarafların yaygın olarak bilinen ve gözlemlenen teamüllerle bağlı olduğuna Antlaşma'nın 9/2. maddesi uyarınca hükmetmiş ve ayrıca, Alman Ticaret Kanunu'nun teamüllerin uygulanmasını düzenleyen 346. bölümüne atıf yapmıştır. İlgili karada mahkeme, davalının mülkiyetin muhafaza edilmesine ilişkin sözleşme hükmünün, CIF teriminin hasarın geçişine ilişkin düzenlemelerini değiştirdiğine ilişkin iddiasını reddetmiştir. Mahkeme ayrıca, Antlaşma hükümleri uyarınca hasarın, malların mülkiyetinin kimde olduğundan bağımsız olarak geçtiğine hükmetmiştir.

Bu karar uyarınca mahkemenin, Incoterms'in Viyana Satım Antlaşması'nın 9/2. maddesi uyarınca, Antlaşma'ya dâhil edildiğine hükmetmiş olduğu şeklinde bir yorum yapılması yanlış olmaz³⁸.

Yine, ICC tahkiminde verilen bir kararda³⁹, taraflar arasındaki sözleşmede Incoterms 1990'da yer alan CFR⁴⁰ terimine atıf yapılmıştır. Hakem heyeti bu atfın, Viyana Satım Antlaşması'nın 9/1. maddesi uyarınca tarafların üzerinde anlaşıldığı bir teamül olduğuna, ve tarafların bu teamülle bağlı olduklarına hükmetmiştir. Hakem heyeti ayrıca, CFR teriminin taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası haline geldiğine ve sözleşmenin metninin yorumlanmasında dikkate alınacağına altını çizmiştir.

Öğretide Incoterms'de yer alan terimlerin her ülkede Incoterms'de işaret edildiği şekilde yorumlanmadığı ve bu nedenle teslim şekline ilişkin terimlerin mutlaka Incoterms'deki açıklamalar çerçevesinde anlaşıldığının kesin olmadığı ileri sürülmektedir⁴¹. Incoterms'in bir amacının da bu yorum farklılıklarını gidermek olduğu dikkate alındığında, kullanılan ticari terimle beraber Incoterms'e de atıf yapıldığında bu tür yorum farklılıklarından söz etmek zordur.

2. Genel İşlem Şartları

Genel işlem şartlarının Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesi kapsamında uygulanıp uygulanamayacağı da incelenmelidir.

³⁷ U.S. District Court, S.D., New York, St. Paul Guardian Insurance Co., et al. v. Neuromed Medical Systems & Support, et al. (26.03.2002). Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=730>.

³⁸ Pamboukis, s.127-128.

³⁹ ICC Court of Arbitration, Karar No.7645, Mart 1995. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=455&step=FullText>

⁴⁰ Belirtmek gerekir ki, söz konusu karara konu olan sözleşmede taraflar aslında Incoterms 1990'da yer almayan CNF şeklinde bir terime atıf yapmıştır. Ancak taraflar, CNF ile aslında CFR terimini kastettiklerini belirtmiş ve hakemler de bu beyanı dikkate alarak, tarafların iradesinin aslında CFR terimine yönelik olduğunu ifade etmiştir.

⁴¹ Ferrari, s. 277.

Viyanalı Satım Antlaşması kapsamında verilen mahkeme kararlarında genel işlem şartlarının teamül olarak uygulanabilmesi için öncelikle, muhatabın genel işlem şartlarına makul ölçüde ulaşabilmesinin mümkün olması aranır⁴². Bu konuda, Alman Temyiz Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) tarafından verilen bir kararda, muhataba gönderilen icabın genel işlem şartlarına yalnızca göndermede bulunmasının yeterli olmayacağına, genel işlem şartlarının da icapla birlikte gönderilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁴³. Söz konusu karar, tarafların atıf yapılan genel işlem şartları hakkında bilgi sahibi olmasını aradığı için, söz konusu değerlendirmeye katıldığımızı belirtmek isteriz.

Ancak, genel işlem şartlarının bir e-postanın ekinde yer alması veya internet üzerinden kolayca erişilebilecek bir şekilde bulunması durumunda da, ilgili şartların karşı tarafın erişimine açıldığı sonucuna varılmalıdır. Burada elde edilmek istenen sonuç, karşı tarafın bilgilendirilmesi olduğundan, bilgilendirme bu şekillerde de sağlanabilir. Ancak bu noktada, muhataptan genel işlem şartlarını araması veya bunların yer aldığı internet sayfasını ve şartların tercümesini bulması beklenmemelidir⁴⁴.

Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi'nin (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) 30 Ocak 2004 tarihli bir kararında⁴⁵; genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil edilmesinin kabul edilebilmesi için, muhatabın bu standart terimlere ulaşmasının makul olmayan bir külfet⁴⁶ yaratmaması aranmıştır. Bu bağlamda, icapta bulunan tarafın bu terimleri sözleşmeye dâhil etmek istediğinin muhataba açık olarak ifade edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere kararlarda üzerinde durulan iki konu vardır. Öncelikle, genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil edildiğinin muhatap tarafından açık ve anlaşılır olması gerekir. Ayrıca, muhatabın ilgili genel işlem şartlarına kolayca ulaşması da, bilgi sahibi olması da mümkün olmalı, taraflara bu şartları aramaları bakımından ek bir külfet yüklenmemelidir.

B. Tarafların Bildiği veya Bilmesi Gereken Teamüller ve Alışkanlıklar

Tarafların bildiği veya bilmesi gereken teamül ve alışkanlıkları düzenleyen Viyanalı Satım Antlaşması'nın 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, tarafların gerçek irade-

⁴² *Schwenzer I. / Mohs F*: Sözleşmenin Kurulması, Milletlerarası Satım Hukuku – Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editor: Yeşim Atamer, Haziran 2008, İstanbul, s. 89 (Anılış: **Schwenzer / Mohs**).

⁴³ Bundesgerichtshof, 31 Ekim 2001 [VIII ZR 60/01]. Kaynak: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/0111031g1german.html>.

⁴⁴ Schwenzer / Mohs, s. 89.

⁴⁵ Oberlandesgericht Düsseldorf, I-23 U 70/03, 30 Ocak 2004. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=969&step=Abstract>.

⁴⁶ Kararın İngilizce tercümesinde bu kavram, *unreasonable inconvenience* olarak ifade edilir..

desinden bağımsız olarak sözleşmenin tamamlanması imkânı bulunur⁴⁷. Bu hüküm uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gereken ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır. Taraflar, aksi yönde bir anlaşma yaparak, bu hükmün öngördüğü zımni kabulden vazgeçebilirler. Kanımızca, aksi yönde yapılacak bu anlaşmanın açık olması gerekir. Zira, zımni anlaşma taraflar arasında yerleşmiş başka bir teamül veya uygulamanın varlığına işaret ki bu durum da da Viyana Satım Antlaşması m. 9/1 hükmü uygulanır.

Burada, ilgili ticaret branşında yaygın olarak bilinme ve düzenli olarak uygulanma yeterli olup, ilgili teamülün tüm dünyada bilinmesi gibi bir zorunluluk olmadığı, genel olarak kabul edilen bir görüştür⁴⁸. Bu yorumun, ilgili maddenin daha sık olarak uygulanmasını sağlayacağı tartışmasıdır.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken, yine de işlemin teamülün gözlemlendiği bölgeyle yer veya sanayi açısından yeterli ölçüde bağlantılı olmasının gerekli olduğu ve yalnızca taraflardan birinin gözlem alanı ile bağlantılı olmasının yeterli olmayacağıdır. Bu konuda, Frankfurt am Main Yüksek Bölge Mahkemesi'nin (*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*) 5 Temmuz 1995 tarihli bir kararında taraflar arasındaki sözleşmenin teyit mektubu aracılığıyla kurulup kurulmadığı tartışılmıştır⁴⁹. Teyit mektubunu yollayan tarafın ticari faaliyette bulunduğu ülke olan Almanya'da, teyit mektuplarıyla sözleşmelerin kurulabileceği kabul edilmektesyken, karşı tarafın ülkesi olan Fransa'da ise böyle bir uygulama söz konusu değildir. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca tarafların birinin faaliyet alanında yer alan uygulamanın, madde 9/2 kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak mahkeme, teyit mektubunun sözleşmenin kurulmuş olması bakımından dolaylı olarak delil kabul edilebileceğine karar vermiştir.

Tarafların bildiği veya bilmesi gereken teamül ve alışkanlıkları düzenleyen ikinci fıkradan da anlaşılacağı üzere, taraflar arasındaki varsayımsal anlaşma ancak yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüller bakımından söz konusu olmaktadır. Antlaşma'nın bu kapsamı oldukça dar tuttuğu ve tarafların bizzat yer almadıkları süreçler bakımından varsayımsal iradelerinin de ancak bu dar yorumlanan hallerde söz konusu olduğu görülür⁵⁰.

⁴⁷ Schlechtriem & Schwenzler, s. 324.

⁴⁸ Ferrari, s. 276. Ayrıca bkz. Oberster Gerichtshof, 10 Ob 344/99g, 21 Mart 2000. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=FullText>.

⁴⁹ Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 9 U 81/94, 5 Temmuz 1995. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=169&step=Abstract>.

⁵⁰ Ferrari, s. 275.

Tarafların varsayımsal iradesi kapsamında, yalnızca ilgili teamülün yaygın olarak bilindiği yerde yerleşik olan veya bu yerde ticari faaliyetlerde bulunanların söz konusu teamül veya uygulamalarla bağlı olacağı kabul edilir. Bu konu, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberster Gerichtshof*) 21 Mart 2000 tarihli kararında⁵¹ ele alınmış ve tarafların işyerinin ilgili teamülün uygulandığı coğrafi bölgede bulunması veya ticari faaliyetlerini o bölgede yürütmeleri durumunda, ilgili teamülleri bilmeleri gerektiği kabul edilmiştir. Bu davaya konu olan olayda, satıcı ile alıcı daha önce de kereste ticaretine ilişkin sözleşmeler imzalamış ve satıcı, sipariş formunda yerel teamüle açık olarak atıf yapmıştır. Bu nedenle mahkeme, alıcının da bu yerel Alman teamülünü bilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

İkinci fıkra genellikle, belirli bir kurallar bütününe tümüne yapılan genel atıflar dışında, tekil kurallarla ilgilenir. Bu nedenle, ilgili maddenin doğru bir şekilde uygulanabilmesi için, bu kurallar bakımından tek tek değerlendirilmesi ve şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin de ayrı ayrı incelenmesi gerekir⁵².

Antlaşma'nın 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ticari teamülün varlığını ileri süren taraf, ilgili şartların gerçekleştiğini, başka bir deyişle hem teamülün varlığını hem de karşı tarafın bu teamüle ilişkin örtülü bir şekilde bilgi sahibi olduğunu ispat etmelidir.

İspat yükü bakımından, hangi ispat araçlarına başvurulabileceği, milli usul hukukları tarafından belirlenir⁵³. Bu nedenle, konuyu değerlendirecek olan hâkim veya tahkim söz konusu ise hakemler, önlerine gelen uyumsuzluğa uygulanacak usul hukukuna ve ispat kurallarına göre bir değerlendirme yapacaklardır.

İspat konusunda Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberster Gerichtshof*) 27 Şubat 2003 tarihli bir kararında⁵⁴, bir teamülün mevcut olup olmadığının esasa ilişkin bir konu olduğu ve esasa ilişkin bu iddianın Avusturya usul kanunları uyarınca her türlü ispat aracıyla ispat edilebileceği ifade edilmiştir.

Antlaşma'nın 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları bakımından, ispat yüküne ilişkin olarak iki fıkra arasında herhangi bir fark bulunmadığının altı çizilmelidir⁵⁵.

⁵¹ Bkz. Oberster Gerichtshof, 10 Ob 344/99g, 21 Mart 2000. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=FullText>.

⁵² Schlechtriem & Schwenger, s. 330.

⁵³ Oberster Gerichtshof, 2Ob48/02a, 27 Şubat 2003. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=908&step=FullText>.

⁵⁴ Oberster Gerichtshof, 2Ob48/02a, 27 Şubat 2003. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=908&step=FullText>.

⁵⁵ UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, madde 9'a ilişkin açıklamalar. Kaynak: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/digest2008/article009.pdf>.

Ticari teamülün varlığına veya içeriğine ilişkin hataya düşülmesi olasılığı da değerlendirilmelidir. Antlaşma'nın 9. maddesinin 2. fıkrası hata riskini, yeterli özeni göstermemesi nedeniyle hataya düşen tarafa yükler ve ilgili madde uyarınca, belirli bir ticarete ilişkin teamüllere yabancı olan kişiler, ancak bu maddede öngörüldüğü ölçüde korunur⁵⁶. Bu kapsamda, eğer tarafların bilmesi gereken ve milletlerarası ticarette aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin bulunduğu kanaat getirilirse, bunu bilmeyen veya içeriğine ilişkin hataya düşen taraf korunmaz.

Antlaşma'nın 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sağlanması gereken şartlar, sözleşme kurulurken bulunmalıdır. Daha sonra yeni bir teamülün ortaya çıkması durumunda sözleşme etkilenmez; ancak taraflar aralarındaki sözleşmeyi Antlaşma'nın 29. maddesi uyarınca bu teamül doğrultusunda değiştirirlerse, bu durumda yeni teamül sözleşmeyi etkiler. Öğretide, tarafların aralarındaki sözleşmenin teamüllere dinamik bir atıf içermesi durumunda, sözleşmenin kurulması sırasında var olmayıp sonradan ortaya çıkan yeni teamüllerin de taraflar arasında uygulanacağı savunulur⁵⁷. Kanımızca da teamüllere yapılan atfın güncellenen veya yeni gelişen teamülleri de içermesi durumunda, sözleşmenin kurulmasından sonra gelişen teamüller de dikkate alınır.

Belçika Tongeren Ticaret Mahkemesi (*Rechtbank van Koophandel Tongeren*) tarafından Viyana Satım Antlaşması uyarınca verilen 25 Ocak 2005 tarihli bir kararda çelik sektöründeki beklenmeyen fiyat artışlarının taraflar arasındaki sözleşmeye etkisi tartışılmıştır⁵⁸. Bu olayda, satıcının başka müşterilerinin, sözleşmelerindeki fiyatları sektördeki fiyat artışına göre gözden geçirmiş olmaları bir teamül olarak değerlendirilmemiştir. Aynı kararda, geçmişte çelik sektöründe yine %10'a varan fiyat artışları olduğu ve bunların satıcının uyguladığı fiyatların gözden geçirilmesine neden olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle, çelik sektöründeki hammadde fiyat artışlarının satım sözleşmelerinde kararlaştırılan fiyatların gözden geçirilmesine yol açacağı şeklinde bir teamül veya taraflarca kabul edilmiş bir uygulama olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Alıcının fiyat artışına ilişkin bildirimden sonra susmuş olması da ilgili artışı kabul ettiği anlamına gelmez, zira taraflardan birinin susması, Viyana Satım Antlaşması kapsamında, tarafların ortak iradesinin bu yönde olduğu çıkarılamıyorsa, kabul olarak değerlendirilmez (Antlaşma m.18/1).

C. Viyana Satım Antlaşması m. 9/1 ve m. 9/2 Arasındaki İlişki

Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesinin 1. ve 2. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde; tarafların aralarındaki sözleşmede açıkça atıfta buldukları ticari

⁵⁶ Schlechtriem & Schwenzler, s. 329.

⁵⁷ Bkz. Schlechtriem & Schwenzler, s. 330.

⁵⁸ Rechtbank van Koophandel Tongeren, A.R. A/04/01960, 25 Ocak 2005. Kaynak: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050125b1.html>.

âdetlerle birlikte, sözleşmede özel olarak atıfta bulunulmuş olmamakla birlikte, ilgili sektörde yaygın olarak bilinen ve uygulanan ticari âdetler de sözleşmenin parçası olarak kabul edilirler. Böylece, teamüller ile taraflar arasındaki yerleşik uygulamaların da sözleşmenin yazılı olmayan hükümleri olarak değerlendirilmesi mümkündür⁵⁹.

Bununla beraber taraflar arasında, Viyana Satım Antlaşması m. 9/1 ve m. 9/2'nin her ikisinin de kapsamına giren teamüllerin bulunması durumunda, bunların nasıl uygulanacağını incelenmesi gerekir.

Tarafların 9. maddenin 1. fıkrası uyarınca üzerinde anlaştıkları teamüller ile, 2. fıkra uyarınca varsayımsal olarak anlaşmış kabul edildikleri teamüllerin aynı durum için söz konusu olması durumunda, tarafların üzerinde anlaştıkları teamüllerin üstün tutulacağını kabulü uygun olur⁶⁰.

Zürih Ticaret Mahkemesi'nin (*Handelsgericht Zürich*) 24 Ekim 2003 tarihinde verdiği bir kararda⁶¹, taraflar arasındaki fikir birliği ve madde 9/1 uyarınca oluşturulmuş alışkanlıkların, ilgili endüstrideki teamüllerden daha öncelikli olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Mahkemenin bu kararını öğretilerdeki bu yöndeki görüşlere dayandırdığı görülür⁶².

Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi'nin (11. Bölge) [U.S. Court of Appeals (11th Circuit)] verdiği 12 Eylül 2006 tarihli bir kararda sevkiyat teriminin ilgili endüstrideki yaygın kullanımının, taraflar arasında oluşmuş teamülden daha öncelikli olarak uygulanacağı şeklindeki iddia, mahkeme tarafından reddedilmiştir⁶³. Alıcı tarafından ileri sürülen iddiaların aksine, Antlaşma m. 9/2'de yer alan düzenleme uyarınca, tarafların bir terimin anlamı konusunda açık bir anlaşmaya varmamış olması durumunda, aralarındaki uygulamayla farklı bir anlam geliştirmiş olsalar dahi, bu terimin genel anlamı ile bağlı olurlar. Alıcı'nın yorumunun kabul edilmesi durumunda, Viyana Satım Antlaşması'nın 8/3. maddesi anlamsız hale gelir⁶⁴. Mahkemeye göre, Viyana Satım Antlaşması m. 9/2 hükmünün, m. 8/3 ve 9/1 ile birlikte

⁵⁹ Ayoğlu, s. 169.

⁶⁰ Ferrari, s. 275, dipnot 53'teki yazarlar.

⁶¹ Bkz. Handelsgericht Zürich, HG 010395/U/zs, 24 Ekim 2003. Kaynak: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031024s1.html>.

⁶² Zürih Ticaret Mahkemesi'nin bu konuda atıf yaptığı kaynaklar için Bkz. *Witz / Salger / Lorenz: International Einheitliches Kaufrecht - Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, 2000, Art. 8 Note 12; Schlechtriem/Junge: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), Art. 9 Note 7.*

⁶³ U.S. Court of Appeals (11th Circuit), *Treibacher Industrie, A.G. v. Allegheny Technologies, Inc.*, 12 Eylül 2006. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1136&step=Abstract>.

⁶⁴ Bu madde uyarınca, taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını saptayabilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dâhil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır.

değerlendirilmesi gerekir. Bu çerçevede tarafların bir sevkiyat terime ilişkin aralarında kararlaştırdıkları bir uygulama, herhangi bir uyuşmazlık durumunda, o terime ilişkin genel uygulamaya göre önceliklidir.

Görüldüğü üzere mahkemeler de, taraflar arasında 9/1. madde uyarınca kabul edilen teamüller varsa, bunları 9/2. maddeye nazaran daha öncelikli olarak uygular.

III. Viyana Satım Antlaşması Kapsamında Teamüllerin İşlevi

A. Sözleşmenin Kurulması

Sözleşmelerin içeriğiyle ilgili teamüllerin yanı sıra, sözleşmenin kurulmasıyla ilgili teamül ve alışkanlıklar, Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesi kapsamında uygulanabilir. Antlaşma'nın 18/1. maddesi uyarınca kabul, bir beyan ya da muhatabın rızasını gösteren bir davranışla gerçekleşebildiğinden, Antlaşma m. 9 bu bağlamda büyük önem taşır ve ticari teamüller, belirli bir hareketin kabul sayılıp sayılmayacağı sonucunu etkileyebilir⁶⁵.

Örneğin, taraflar eğer daha önceki uygulamalarında, aralarındaki sözleşmelerin kurulması esnasında açık bir kabul beyanından vazgeçmeye yönelik teamül veya alışkanlıklar geliştirmişlerse, bunlar da ilgili madde kapsamında değerlendirilebilir⁶⁶.

Sözleşmenin kurulması sırasında ortaya çıkan durumlardan kuşkusuz en önemlisi, ticari teyit mektuplarının taraflar arasında teati edilmesine bağlanabilecek sonuçlardır. Burada, taraflardan birinin teyit mektubu yollamasına karşılık diğer tarafın susmasına bağlayıcı bir etki atfedilmesinin evrensel olarak kabul edildiğini söylemek mümkün olmadığından, teyit mektuplarının Viyana Satım Antlaşması m. 9/2 anlamında ticari teamül sayılmasının şartları her olay bakımından ayrı ayrı incelenmelidir⁶⁷. Söz konusu uygulamanın uluslararası alanda oldukça yaygın olarak gözlemlenmesi nedeniyle, teamülün gözlemlendiği yerde sürekli olarak ticari faaliyette bulunulmasının, teyit mektuplarına ilişkin kuralın uygulanmasını haklı gösterebileceği savunulur⁶⁸.

Türk hukuku açısından TTK'da özel düzenleme vardır. TTK m. 21/3 uyarınca herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla veya diğer bir teknik araçla ya da sözlü olarak kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan kişi, bunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmamışsa, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır.

⁶⁵ Schwenzer / Mohs, s.92.

⁶⁶ Schlechtriem & Schwenzer, s. 324.

⁶⁷ Schlechtriem & Schwenzer, s. 335.

⁶⁸ Schlechtriem & Schwenzer, s. 336.

Yine, sözleşmenin kurulması esnasındaki susma ya da eylemsizlik tek başına kabul anlamına gelmeyip, taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar ve teamüller uyarınca susmaya böyle bir sonuç yüklenebiliyorsa, o durumda ancak m. 9 çerçevesinde taraflar susma sonucunda icabı kabul etmiş sayılabilir⁶⁹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun örtülü kabulü düzenleyen 6. maddesi uyarınca icapta bulunan, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır⁷⁰.

B. Sözleşmenin İçeriği ve İfası

Teamüller, taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde rol oynayabileceği gibi, sözleşmenin ifası konusunda da teamüllerin önemli bir etkisi olduğu nu söylemek yanlış olmaz.

Uygulamada, teamüllerin sözleşme içeriğine etkisi bakımından, tahkim şartlarının sözleşmeye dâhil edilmesi önem taşır. Yerel teamüllerin tahkim şartları içermesi söz konusu olabilir veya belli bazı endüstrilerde tahkim şartları ticari teamül olarak değerlendirilebilir⁷¹. Bunların tümü, teamüller aracı ile sözleşme içeriğine tahkim şartlarının dâhil edilmesi sonucunu doğurabilir.

Teamül ve alışkanlıkların, sözleşmenin ifası konusunda geniş bir uygulama alanı bulacağı tartışmasızdır. İfa ile ilgili olarak her türlü konu, bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu bağlamda, teslim zamanı taraflar arasındaki teamüller ile belirlenmiş olabilir. Örneğin, satıcı tarafın uzun yıllardır alıcıya işlenmemiş zeytin satmakta olduğu bir ticari ilişkide, ilk sözleşmelerinde taraflar teslimin aralık ayında gerçekleşmesi konusunda anlaşmış olabilir. Taraflar uzun yıllar süren ticari ilişkileri boyunca uzun sözleşme metinleri oluşturmak yerine yalnızca fiyat hususunda anlaşabilir ve satıcı, aralarında oluşmuş teamüllere uygun olarak, aralık ayında teslimatlar yapmaya devam edebilir⁷².

Sözleşmenin ifası konusunda yukarıdaki örnek uyarınca teslim zamanı, teslim yeri, teslim borcunun kapsamı gibi unsurlar teamüller yardımı ile belirlenebilir.

⁶⁹ Schwenger / Mohs, s. 93.

⁷⁰ Ancak Borçlar Kanunu'nun vekalet sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen 503. maddesi uyarınca, kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu maddede, vekalet için icapta bulunanın, bu icabın kural olarak kabul edilip yerine getirileceğini beklemekte haklı olduğu görüşünden hareket edilerek bir farziyeye yer verildiği konusunda Bkz. Yavuz, Borçlar Hukuku, s. 1176.

⁷¹ Schlechtriem & Schwenger, s.337.

⁷² Erdem, Teslim Borcu, s. 142.

Sözleşmenin ifasına ilişkin teamüllere örnek olarak, teslim edilecek malların asgari kalitesinin teamüller yardımıyla belirlenebileceği kabul edilebilir. Bu konuda, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberster Gerichtshof*) 27 Şubat 2003 tarihli bir kararında⁷³, malların kalitesinin teamül olarak yerleşmiş belirli standartlara göre belirlenmesinin mümkün olduğuna karar verilmiştir. Davaya konu olan olayda alıcı, satılan dondurulmuş balıkların tazeliği konusunda, balık ticaretinde hâkim olan uluslararası bir teamülün var olduğunu ve satıcının satmış olduğu balıkların taze olmamasından dolayı, bu teamüle aykırı bir teslim gerçekleştiğini iddia etmiştir.

C. Sözleşmenin Yorumu ve Değiştirilmesi

Teamüllerin, sözleşmenin kurulması ve ifası sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların yanı sıra, sözleşmenin yorumu ve değiştirilmesinde de dikkate alınabileceği tartışmasıdır.

Sözleşmenin değiştirilmesi konusunda tartışmalı bir konu, önceden sözlü olarak kurulmuş bir sözleşmenin ardından bir teyit mektubu gönderilmesi ve bu teyit mektubunun sözlü olarak üzerinde anlaşılacak hususlar dışında başka hususlar da içermesi durumudur.

Bu konuda, milli hukuklar tarafından benimsenen çözümler farklılık gösterir. Yukarıda da açıklandığı üzere Türk hukukunda TTK m. 21/3, teyit mektubuna sekiz gün içinde itirazda bulunmaması haline, teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul sonucunu bağlar. Bu madde uyarınca muhatap teyit mektubu teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde itiraz etmemişse, teyit mektubu sözleşmenin bir parçası haline gelir⁷⁴.

Ancak uluslararası ticaret düşünüldüğünde bu kural, ancak taraflar arasında Antlaşma'nın 9/1. maddesi uyarınca yerleşmiş alışkanlıklar ya da uygulanmasını kabul ettikleri bu yönde teamüller varsa veya taraflardan her birinin bulunduğu ülkede teyit mektuplarının özel sonuçları bir ticari teamüle dayanıyorsa uygulanabilir⁷⁵.

Öte yandan, m. 9'da yer alan kuralların, sözleşmelerin Viyana Satım Antlaşması kapsamı dışında kalan içeriklerine de uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bu görüşe paralel olarak, m. 9 sözleşmelerdeki yetki kuralları ve tahkim klozlarına da uygulanabilir⁷⁶.

⁷³ Bkz. Oberster Gerichtshof, 2Ob48/02a, 27 Şubat 2003. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cf?pid=1&do=case&id=908&step=FullText>.

⁷⁴ Teyit mektubuna makul bir süre içinde itiraz edilmemesinin kabul anlamına geldiği hukuk düzenleri için Bkz. Schwenger / Mohs, s. 99. Burada, Türkiye'nin yanı sıra Danimarka, Almanya, Polonya ve İsviçre de örnek olarak sayılmaktadır. Öte yandan, kimi hukuk düzenlerinde teyit mektuplarının böyle bir etkisi kesin değildir. Bu ülkelere örnek olarak İtalya ve Avusturya gibi ülkeler verilebilir. Bu konuda Bkz: Schlechtriem & Schwenger, s. 336.

⁷⁵ Schwenger / Mohs, s. 99-100 ve dipnot 84'te yer alan kararlar.

⁷⁶ Schlechtriem & Schwenger, s. 325.

SONUÇ

Teamüllerin uluslararası ticarete büyük önem gösterdiği tartışmasızdır. Bu önem, Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesi kapsamında, uluslararası satımlar bakımından da somutlaşmıştır. Bu madde, Antlaşma'ya hâkim olan genel anlayışa paralel olarak, dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağı kapsamında, tarafların üzerinde anlaştıkları teamüllerin yanı sıra, bildikleri veya bilmeleri gereken teamüllerle de bağlı olduklarını düzenler.

Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesi kapsamında teamüller, Antlaşma hükümlerinden üstün tutulur. Bu da yine, Antlaşma kapsamında teamüllerin rolünün ne denli önemli olduğunu gösterir.

Antlaşma kapsamında yazılı hale getirilmiş teamüller kadar, diğer teamüller de uygulama alanı bulur ve ispat bakımından bir sorun olmadığı sürece, yazılı hale getirilmiş teamüller kadar uygulanabilir.

Teamüllerin sadece uluslararası değil, yerel teamüller de olabileceği, yine Viyana Satım Antlaşması uygulamasında genel olarak kabul görür. Bu da, teamüllerin daha geniş bir alanda uygulanmasına fırsat tanır.

Viyana Satım Antlaşması m. 9, çeşitli mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, uygulamada büyük ölçüde dikkate alınmakta ve buna göre kararlar verilmektedir. Bu bağlamda teamüller, mahkemelerin yanı sıra, uyumsuzluğun tahkimde çözüldüğü durumlarda hakemler tarafından da dikkate alınmaktadır.

Viyana Satım Antlaşması kapsamında teamüllerin, bu esaslar çerçevesinde daha uzun yıllar tutarlı olarak uygulanacağı ve uluslararası ticarete büyük önem taşımaya devam edeceği tartışmasızdır.