

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**  
**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**SÖZLEŞMELER HUKUKUNUN UYUMLAŞTIRILMASI KAPSAMINDA**  
**SÖZLEŞMENİN KURULMASI**

Yüksek Lisans Tezi

Mert Burak KARACA

ANKARA

2021



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**  
**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**SÖZLEŞMELER HUKUKUNUN UYUMLAŞTIRILMASI KAPSAMINDA**  
**SÖZLEŞMENİN KURULMASI**

Yüksek Lisans Tezi

Mert Burak KARACA

Tez Danışmanı  
Dr. Öğr. Üyesi Zehra ÖZKAN ÜNER

ANKARA  
2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**Mert Burak KARACA**

**SÖZLEŞMELER HUKUKUNUN UYUMLAŞTIRILMASI KAPSAMINDA  
SÖZLEŞMENİN KURULMASI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Tez Danışmanı**

Dr. Öğr. Üyesi Zehra ÖZKAN ÜNER

**TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ**

**Adı ve Soyadı**

**İmzası**

Dr. Öğr. Üyesi Zehra ÖZKAN ÜNER

Dr. Öğr. Üyesi Selin ÖZDEN MERHACI

Dr. Öğr. Üyesi Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY

**Tez Savunması Tarihi 18.06.2021**

**T.C.**  
**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE,**

Dr. Öğr. Üyesi Zehra ÖZKAN ÜNER danışmanlığında hazırladığım “Sözleşmeler Hukukunun Uyumlaştırılması Kapsamında Sözleşmenin Kurulması (Ankara, 2021)” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tezi Hazırlayan Öğrencinin  
Adı ve Soyadı  
Mert Burak KARACA İmza  
İmzası

.....

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR .....	IV
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### SÖZLEŞMELER HUKUKU ALANINDA HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI

1.1. Geçmişten Bugüne Hukukun Uyumlaştırılmasına Bakış .....	9
1.1.1. Ius Commune .....	9
1.1.2. Günümüzdeki Ortak Hukuk Uygulamaları: Common Law/Anglo Sakson Hukuku ve AB Hukuku.....	10
1.2. Hukukun Uyumlaştırılmasında Köşe Taşları .....	18
1.2.1. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması (CISG).....	18
1.2.2. Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu (LANDO) ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL).....	25
1.2.3. Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü (UNIDROIT) ve Uluslararası Ticaret Hukuku İlkeleri (PICC).....	29
1.2.4. Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımlar ve Model Kanunlar Taslak Ortak Referans Çerçevesi (DCFR).....	36

### İKİNCİ BÖLÜM

#### SÖZLEŞMENİN KURUCU UNSURLARI VE SÖZLEŞMENİN KURULMASI

2.1. Sözleşme Kavramı, Sözleşmenin Şekli ve Yorumu .....	41
2.1.1. Ulusal Mevzuatlar .....	41
2.1.1.1. Causa (Sözleşmenin Nedeni) ve Consideration (Karşılıklılık) .....	42
2.1.1.2. Şekil Serbestisi İlkesi .....	47

2.1.1.3. Sözleşmenin Yorumu ve Merger Klozu.....	47
2.1.2. Uluslararası Metinler.....	49
2.1.2.1. Causa (Sözleşmenin Nedeni) ve Consideration (Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti).....	49
2.1.2.2. Şekil Serbestisi İlkesi .....	50
2.1.2.3. Sözleşmenin Yorumu ve Merger Klozu.....	51
2.2. İcap .....	59
2.2.1. Ulusal Mevzuatlar .....	59
2.2.1.1. İcabın Şartları .....	59
2.2.1.1.1. Bağlanma İradesi .....	60
2.2.1.1.2. Sözleşmenin Esaslı Unsurlarını Kapsaması.....	67
2.2.1.2. İcabın Hükümünü Yitirmesi.....	69
2.2.2. Uluslararası Metinler.....	74
2.2.2.1. İcabın Şartları .....	74
2.2.2.1.1. Bağlanma İradesi .....	74
2.2.2.1.2. Sözleşmenin Esaslı Unsurlarını Kapsaması.....	76
2.2.2.2. İcabın Hükümünü Yitirmesi.....	78
2.3. Kabul .....	85
2.3.1. Ulusal Mevzuatlar .....	85
2.3.1.1. Kabulün Şartları .....	85
2.3.1.2. Kabulün Hükümünü Yitirmesi .....	90
2.3.1.3. Genel İşlem Şartlarının Çatışması (Battle of Forms) .....	93
2.3.2. Uluslararası Metinler.....	96
2.3.2.1. Kabulün Şartları .....	96
2.3.2.2. Kabulün Hükümünü Yitirmesi .....	100
2.3.2.3. Genel İşlem Şartlarının Çatışması (Battle of Forms) .....	103

2.4. Söleşmenin Kurulması .....	109
2.4.1. Ulusal Mevzuatlar .....	109
2.4.2. Uluslararası Metinler .....	110
<b>SONUÇ .....</b>	<b>112</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>117</b>
<b>ÖZET .....</b>	<b>137</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>139</b>





## KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
CISG	Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması
Çev.	Çeviren
DCFR	Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımlar ve Model Kanunlar Taslak Ortak Referans Çerçevesi
Ed.	Edition (Baskı)
Ed.	Editör
Eds.	Editörler
FMK	Fransız Medeni Kanunu
md.	madde
para.	Paragraf
PICC	Uluslararası Ticaret Hukuku İlkeleri
s.	Sayfa
TBK	Türk Borçlar Kanunu
UK	United Kingdom (Birleşik Krallık)
UNCITRAL	Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
UNIDROIT	Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı

## GİRİŞ

XVI. yüzyıl düşünürü Bodin ve XVII. yüzyıl Fransasına borçlu olduğu egemenlik vasfıyla modern devlet, monist bir yapıda gelişmiştir<sup>1</sup>. Onun egemenliğinin en önemli göstergesi, egemenliği altında yaşayanları bağlayan yasalar vaz ederken kendinden daha yüksek, daha aşağı ya da kendisine eşit herhangi birinin rızasına bağlı olmamasıdır. Sahip olduğu kanun yapma ve lağvetme tekeli, egemenliğin diğer tüm hak ve yetkilerini (savaş ve barış ilan etme, atama yapma, görevden alma, af çıkarma, para basma, vergi koyma gibi) de kapsamaktadır<sup>2</sup>. Bu yönüyle modern devlet, egemen olduğu topraklar üzerinde münhasıran yasa ve yargılama yapma yetkisi ile ceza tekeli elinde barındırmakta ve kendisinden başka herhangi bir aktöre söz hakkı tanımamaktadır. Kısaca modern devlet, egemen olduğu sınırlar içinde kendi ürünü olan modern hukukun, en üstün hukuk sistemi olduğunu kabul etmiş ve “tek/monist hukuk sistemi”ni benimsemiştir. Mutlak monarşilerdeki kralın bedeninde cisimleşen egemenlik, ticari kapitalizmin güvenli pazar ihtiyacı; burjuvazinin, egemenliği, aristokrasiden alıp başka birine devrederek kendi iktidarını kurumsallaştırma hedefi<sup>3</sup> ve mutlak monarşilerin sayılarının artması gibi değişen ekonomik, siyasi koşullar nedeniyle başka bir beden arayışına girişmiştir. 1789 Fransız Devrimi’ni takiben ihtiyaç duyduğu bedeni “ulus”ta bulmuştur<sup>4</sup>. Böylece ulusal devletler kurulmaya başlamıştır. Her egemen ulus devlet, monist karakteri gereği kendi hukuk sistemini kurmuştur.

Feodalizmin çöküşü, Sanayi Devrimi, merkantilist düşüncenin ortaya çıkışı, liberalizmin doğuşu, teknolojik ve bilimsel ilerleme gibi ekonomik, sosyolojik, hukuki vb. etkiler doğuran olayları takiben ülkeler arasında uluslararası ticaret artmaya başlamıştır. Fakat egemen ulus devletlerin her birinin farklı hukuk sistemine sahip olması, uluslararası ticarete

---

<sup>1</sup> Tatar, D. B. (2020). **Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme**. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 4.

<sup>2</sup> Bodin, J. (1606). **The Six Books of A Commonweale**. (Out of French and Latin Copies done into English by Richard Knolles). London: Impensis G. Bishop, First Book, Chap. 10, s. 160, 162.

<sup>3</sup> Aksoy, N. D., Arslantaş, H. A. (2010). “Ulus, Ulusçuluk ve Ulus-Devlet”. *Tübar*. XVIII, s. 34.

<sup>4</sup> Tatar, s. 57.

ket vurmıştır. XX. yüzyılda küreselleşmenin etkisiyle uluslararası ticaret hiç olmadığı kadar gelişmiştir. Basedow'a göre, uluslararası ulaşımın ve iletişim ağlarının iyileştirilmesi, ihtiyaç duyulan uluslararası mal değişimi ve ticarete benzeri görülmemiş bir evrensel büyüme sağlamıştır<sup>5</sup>. Bu da ticaret aktörlerinin tek bir ulusal hukuk sistemini tercih etmek konusunda çekinceleri olmasına sebebiyet vermiştir<sup>6</sup>. Bu yüzden uluslararası ticaretin önündeki hukuki engellerin ortadan kaldırılması amacıyla özel ulusal hukuklar arasındaki farkların azaltılmasına yönelik çalışmalara başlanmıştır<sup>7</sup>.

1900 yılında Paris'te düzenlenen Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi'nde (International Congress of Comparative Law), Fransız hukukçu Raymond Saleilles, yaptığı konuşmada "Bu kongrenin, bir karşılaştırmalı hukuk kongresi olduğu ve karşılaştırmalı yasalar kongresi olmadığı konusunda ısrar ediyorum. Bizi ayıran şey, yasalardır. Hukuk ise bizi birleştirir ve yakınlaştırır" demiştir<sup>8</sup>. Bu cümleler aslında Kongre'nin amacına dair slogan niteliğindedir.

1900 yılından bu yana uluslararası antlaşmalar ve literatürde ulusal hukuklar arasındaki farkların azaltılmasına karşılık gelecek şekilde farklı terimler tercih edilmiştir. Bu terimler birbirlerinin yerine de kullanılabilirlerdir<sup>9</sup>. Oysa terimler arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Tercih edilen terimlerden ilki "hukukun birleştirilmesi (unification of laws)", bir diğeri ise "hukukun uyumlaştırılması (harmonization of laws)"dır. Bu iki terim, farklı ulusal hukuk sistemlerini yakınlaştırmayı içermektedir. Her ikisi de çeşitlilik ile karakterize edilen ulusal hukuklardan uzaklaşarak bir miktar bütünleşme oluşturmaya yöneliktir<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Basedow, J. (2003). "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration-General Report", *Uniform Law Review*, Volume 8, Issue 1-2, 31-49, s. 33.

<sup>6</sup> Babayev, I. (2020). "Uluslararası Ticaret Hukukunun Yeknesaklaştırılması". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19/38, 103-117, s. 105.

<sup>7</sup> Yelkenci, I. (2013). **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Tez Danışmanı: M. Turgut Öz), İstanbul (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD), s. xviii.

<sup>8</sup> Fournier M. (2018). *Comparative Law Gets Entitled: The 1900 Paris Congress in Contexts*, Masters of Law, University of Victoria, s. 6.

<sup>9</sup> Smiths, Jan M. (2007). "Convergence of New Private Law in Europe: Towards a New Ius Commune?" in **Comparative Law Handbook: A Handbook** (Eds. Örcü E./Nelken, D.), Oxford: Hart Publishing, s. 219.

<sup>10</sup> Cheng, C. J. (1988). **Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers/Graham & Trotman, s. 109.

Öte yandan, iki terim arasında farklılıklar bulunmaktadır. Hukukçular Picat ve Soccio'ya göre hukukun uyumlaştırılması, “iki veya daha fazla hukuk düzenindeki aykırılıkları/çelişkileri azaltmak veya ortadan kaldırmak amacıyla bu hukuk düzenlerini basitçe uzlaştırmak” olarak tanımlanabilecekken; hukukun birleştirilmesi, “birden fazla kavramı asimile etme düşüncesiyle bir araya getirerek yeni tek bir bütün yaratma eylemidir”<sup>11</sup>. Bu itibarla birleştirme ve uyumlaştırmanın öncelikle temel amaçları farklıdır. Hukukun birleştirilmesi özde ve ayrıntıda tam bir birlik hedeflemektedirken; hukukun uyumlaştırılmasında bir tekdüzelikten kaçınılmaktadır. Hukukun uyumlaştırılmasında öncelikle ulusal hukukların temel ilkelerinin yaklaştırılması amacı güdülmektedir. Oysa birleştirmede, yeni bir yasa, daha önceki ulusal yasaların yerini tamamen almaktadır. Uyumlaştırma ise örneğin Avrupa düzeyindeki bir uyum yasası, yalnızca yaklaştırmayı hedeflemektedir. Uyumlaştırma yasası tarafından açıkça düzenlenmediği sürece ulusal farklılıklar korunmaktadır. Başka bir ifadeyle birleştirme, iki veya daha fazla yasal sistemi ikame etmeye veya birleştirmeye ve bunları tek bir sistemle değiştirmeye odaklanırken<sup>12</sup>; uyumlaştırma, “temel farklılıkları ortadan kaldırıp, minimum gereksinimleri veya standartları oluşturarak” farklı hukuk sistemlerini koordine etmeyi amaçlamaktadır<sup>13</sup>. İki veya daha fazla hukuk sisteminin tek bir sistemle ikame edilmesini öngören birleştirmeden farklı olarak, hukukun uyumlaştırılması yalnızca karşılaştırmalı hukuk literatüründe ve özellikle özel hukuk işlemleriyle bağlantılı olarak gündeme gelmektedir. Uyumlaştırma, büyük farklılıkları ortadan kaldırarak ve minimum gereksinimleri veya standartları oluşturarak farklı yasal

---

<sup>11</sup> Özkan, Z. (2017). “Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 66 (1), 157-199, s. 160’ dan naklen: Picat, Marc / Soccio Stessie. (2011). “L’Harmonisation D’un Droit Europeen des Contracts: Fiction ou Realite? Harmonisation of European Contract Law: Fiction or Reality?”. *International Business Law Journal*, s. 372.

<sup>12</sup> Andenas, M. & Andersen, C. (2012). **Theory and Practice of Harmonisation**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, s. 309.

<sup>13</sup> DeLong, J. & Dowrick, S. (2002). “Globalization and Convergence” in **Globalization in Historical Perspective** (Eds. Bordo, M. D., Taylor, A. M., Williamson, J. G.), Chicago: University of Chicago Press.

hüküm veya sistemlerin bir yaklaştırmasını veya koordinasyonunu gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır<sup>14</sup>.

Bu noktada dikkatle ifade edilmelidir ki hukukun birleştirilmesi, hukukun yeknesaklaştırılması ile karıştırılmamalıdır. Zira birleştirme, yeknesaklaştırmadan çok daha esnek bir şekilde gerçekleşmektedir ve gerçekleşmelidir de. Keza hukukun birleştirilmesi, tarih boyunca farklı şekillerde görünüm kazanmıştır. Ius commune, bunun ilk örneğini teşkil etmektedir. Napolyon Kodu kabul edilene kadar tüm Avrupa’da Roma hukuku ve Kilise hukuku başlığı altında üniversitelerde ius commune okutulmuştur. Üniversiteler, tüm hukukçulara ortak bir hukuk öğrenimi sağlamış, başka bir ifadeyle ortak kategoriler ve kavramlar çerçevesinde aynı hukuk mantığını öğretmiş, böylece farklı ülkelerin ulusal hukukları önemli ölçüde birleştirilmiştir. Bu şekilde, Fransızlar, Almanlar, İtalyanlar, Brezilyalılar ve Meksikalılar, ulusal deyimlerinin ötesinde özdeş bir hukuk dilini konuşmayı öğrenmiştir. 150 yıllık hukuk milliyetçiliğinden sonra, aralarında oluşturulan bu gelenek sayesinde bugün hala bir hukuk ailesinden bahsetmek mümkündür. Böylece bu geleneği benimsemiş ülkelerde birçok konuda ortak hukuk kuralları hala canlılığını korumaktadır. Anglosakson hukuku dünyasında, Birleşik Devletler de hukukun birleştirilmesinin bir örneğini teşkil etmektedir<sup>15</sup>.

Bu iki terime ek olarak literatürde “hukukun yakınlaştırılması (convergence of laws)” terimi de tercih edilmektedir. Genel olarak, iki veya daha fazla hukuk sisteminin yakınlaştırılması, farklı kuralların ortada buluşturulmasıdır. Avukatlık ücretlerine ilişkin hukuk kuralları örnek olarak gösterilebilir. Kıta Avrupası hukuk sisteminin geçerli olduğu ülkelerin çoğunluğunda, “kaybeden öder” olarak bilinen kurala göre, davanın kaybeden tarafı, kendi avukatının yanında karşı taraf avukatının da ücretlerini ödemek zorundadır. Bu kural ile “herkes kendi avukatının ücretini ödemelidir” kuralı, farklıdır ve aynı soruna zıt

---

<sup>14</sup> Kamba, W. J. (1974). “Comparative Law: A theoretical framework”. ICLQ 23: 485, s. 501; De Cruz, P. (1999). **Comparative Law in a Changing World**. Second Edition. London: Cavendish Publishing, s. 23.

<sup>15</sup> David, R. (1968). “The Methods of Unification”. *Am. J. Comp. L.*, 16, 13, s. 14-16.

çözümler sunmaktadır. Bu iki kuralın yakınlaştırılmasının sonucunda Amerika’da ve Kıta Avrupası ülkelerinde farklı kurallar da uygulanmıştır. Örneğin Amerika’da bir dizi kamu yararına ilişkin davada, davayı kazananların, bir bütün olarak topluma önemli bir fayda sağlamalarına rağmen yine de avukatlarına ödeme yapması haksız görülmüştür. Benzer nedenlerle “kaybeden öder” kuralını kabul eden Kıta Avrupası ülkelerinde de yargıçlar, iyi niyetli olduğu tespit edilen davayı kaybeden tarafa çok sert davranmamak için masrafları telafi etmektedir. Avukatlık ücretlerine ilişkin bu durum, hukukun yakınlaştırılmasının bir örneğini teşkil etmektedir. Bu örnekte olduğu gibi yakınlaştırma ne statik bir olaydır ne de bir hukuk sisteminin bütünü içinde meydana gelen ve tüm unsurlarını aynı şekilde etkileyen bir olgudur<sup>16</sup>.

Bu terim, hukukun uyumlaştırmasından farklıdır. Keza hukukun uyumlaştırılmasında genellikle yasaların yürürlüğe girmesi yoluyla aktif bir süreç işlemekteyken; yakınlaştırma genellikle hukukun gelenek yoluyla doğal bir yaklaşması şeklinde pasif bir süreçtir.

Son olarak “hukukun yaklaşılması (approximation of laws)” terimi de tercih edilmektedir. Bu terimin kullanıldığı belki de en önemli metin Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması’nın orijinal metnidir. Bu metinde birçok maddede “yaklaştırma” ifadesi geçmektedir. Örneğin Antlaşma’nın 3. maddesinin h bendi “üye Devletler ulusal mevzuatının, ortak pazarın işleyişinin gerektirdiği şekilde birbirine yaklaştırılmasını... kapsar”<sup>17</sup> şeklinde olup mevzuat farklılıklarının azaltılmasını ifade etmek üzere “yaklaştırma” terimi kullanılmıştır. Bu kavram, uyumlaştırmadan daha basit bir birlik aşamasını ifade etmekte olan Avrupa Birliği (AB) üyesi ülkelerin mevzuatının koordine

---

<sup>16</sup> Mattei, U., Pes, L. G. (2008). “Civil Law and Common Law: Toward Convergence” in **The Oxford Handbook of Law and Politics** (Eds. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, Gregory A. Caldeira). Oxford: Oxford University Press, s. 268.

<sup>17</sup> Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma, Erişim, [https://ab.gov.tr/files/ardb/evt/1\\_avrupa\\_birligi/1\\_3\\_antlasmalar/1\\_3\\_1\\_kurucu\\_antlasmalar/1957\\_treaty\\_establishing\\_eec.pdf](https://ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_eec.pdf), (14.03.2021).

edilmesini, bu bağlamda, ülkelerin hukuk sistemlerinin AB mevzuatına saygılı olmasını ifade etmektedir<sup>18</sup>.

Sonuçta terimler arasında farklılıklar olsa da bu terimler gerek uluslararası anlaşmalarda gerekse literatürde birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Bu dikkate alındığında söz konusu bu tezde sözleşmeler hukuku alanında farklı ulusal hukuk düzenlemeleri arasındaki farklılıkların azaltılması ya da bir uzlaşma sağlanması ele alınacaktır. Bu itibarla diğer terimlere kıyasla daha geniş bir anlam ihtiva ettiği için<sup>19</sup> ve literatürde daha çok tercih edildiği için “hukukun uyumlaştırılması” terimi kullanılmıştır.

Öncelikle kavram, yöntem ve amaç olarak hukukun uyumlaştırılması, hukuk reformu açısından oldukça önemlidir. Keza hukuk reformu, en geniş anlamıyla, hukukun doğal evrimi ile eş anlamlıdır. Bu evrim hukukçuların hukuku analiz ettiği, yorumladığı ve uyguladığı; kanun koyucuların yasalar çıkardığı, yasaları değiştirdiği ve yürürlükten kaldırdığı devamlı bir süreci ifade etmektedir. Geçmiş, bugünü ve geleceği olan, bu itibarla organik bir niteliği haiz hukuk, reforme edilirken, onun bu nitelikleri hem pratik hem de teorik olarak göz önünde bulundurulmalıdır<sup>20</sup>. Ayrıca günümüzde hukukun uluslararası birliği arzu edilmektedir. Uluslararası ilişkilerin çoğalması bu ilişkilerin özel nitelikleri dikkate alınarak onlara uygulanabilecek hukuk kurallarının detaylı şekilde ortaya konmasını gerektirmektedir<sup>21</sup>.

Hukukun uyumlaştırılması, karmaşık bir süreçtir. Zira devletler, hukuki kavramlar ve hukuk teknikleri farklılaşır; insanlar arası ilişkiler doğası gereği farklılık gösterir ve farklı hukuk dalları için benzer muamele mümkün değildir. Bu yüzden uyumlaştırma, bazı teorisyenlerin reçetelerinin yardımıyla rahatlıkla gerçekleştirilebilecek basit bir görev olarak görülmemelidir. Keza uyumlaştırma çabası bile, doğası gereği politiktir ve bu nedenle, incelik ve uzlaşma ruhuyla yaklaşılmalıdır. Genel formüllerin kullanılmasına yönelik

---

<sup>18</sup> Güngör, K. (2008). **Avrupa Birliği Ortak Vergi Politikasının Çerçevesi**. Ankara: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

<sup>19</sup> Özkan, s. 161.

<sup>20</sup> Boodman, M. (1991). “The Myth of Harmonization of Laws”. *AJCL* 39(4), 699-724.

<sup>21</sup> David, s. 13.

cazibeye direnilmelidir. Böyle bir yöntem bir durumda uygun olabilecekken, başka bir durumda hayal kırıklığına yol açacaktır. Benzer şekilde bazen dünya hukukunun ayrıntılandırılması için çaba sarf etmek uygun olabilecekken; bazı durumlarda ise bizatihi bu fikre tutunmamak yerine bölgesel veya başka bir düzeyde hukuku çeşitliliğini azaltmak daha akıllıca olabilecektir. Uyumlaştırma yaparken amaç bazen maddi hukuk kurallarını birleştirmek; oysa bazen de çatışma durumunda uygulanacak kural üzerinde anlaşmaya varmak olabilir. Zaman zaman ayrıntılı kurallar konulabilirken; diğer zamanlarda, belirli ilkeler üzerinde mutabakata varmakla yetinilir ve her katılımcıya, kendi hukuk tekniklerine göre uygulama geliştirmesi için alan bırakılır. Tüm bu durumlar bir çelişki yaratmadıkları gibi birbirlerini tamamlamaktadır<sup>22</sup>.

Bu tezde sözleşmeler hukukunun uyumlaştırılması kapsamında sözleşmenin kurulması konusu incelenmiştir. Öncelikle tezin “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Uyumlaştırılması” başlığını taşıyan birinci bölümünde geçmişten bugüne hukukun uyumlaştırılması tarihsel yöntemle incelenmiştir. Daha sonra hukukun uyumlaştırılmasında köşe taşları olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması (CISG), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL), Uluslararası Ticaret Hukuku İlkeleri (PICC) ve Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımlar ve Model Kanunlar Taslak Ortak Referans Çerçevesi (DCFR) tarihsel ve karşılaştırma yöntemle ele alınmıştır.

Tezin “Sözleşmenin Kurucu Unsurları ve Sözleşmenin Kurulması” başlığını taşıyan ikinci ve son bölümünde ise ulusal mevzuatlar ve hukukun uyumlaştırılmasının köşe taşları olarak ifade edilen CISG, PECL, PICC ve DCFR incelenmiştir. Bu uluslararası metinler çerçevesinde *causa* ve *consideration*, “sözleşme kavramı, sözleşmenin şekli ve yorumu” alt başlığında incelenmiştir. Ayrıca İkinci Bölümde “sözleşme kavramı, sözleşmenin şekli ve yorumu”, “icap”, “kabul” ve “sözleşmenin kurulması” konuları ele alınmıştır. Diğer sözleşme aşamaları teze dahil edilmemiştir.

---

<sup>22</sup> Goode, R. (1991). “Reflections on the Harmonisation of Commercial Law”, *Uniform Law Review*, 19(1), 54-74.



Karşılaştırmalı hukukta, karşılaştırılacak hukuk düzenlerinin seçimi, yapılacak araştırmanın kapsamı, araştırmanın sistemi gibi yönetime dair konular işlevsel denklik ilkesine göre belirlenmektedir. Bu ilke, hukuk sistemlerinde aynı fonksiyona sahip ve farklı hukuk sistemlerindeki benzer sorunların ortadan kaldırılmasına yönelik ortaya çıkmış kavram veya kurumların karşılaştırılması anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle birbiriyle karşılaştırılması mümkün olmayan kurumların karşılaştırılması mümkün değildir<sup>23</sup>. Önemle ifade edilmelidir ki tezde, ulusal mevzuatlar incelenirken yalnızca Almanya, Fransa, Türkiye ve İngiltere hukukuna yer verilmiştir. Zira bunlar, temel hukuk düzenleridir ve işlevsel denklik ilkesine çerçevesinde karşılaştırmalı çalışma için uygundur. Dolayısıyla bu dört ulusal hukuk arasında karşılaştırmalar yapılmış ve bu karşılaştırmalardan elde edilen veriler neticesinde uluslararası metinler de yine hem kendi aralarında hem de ulusal mevzuatlarla mukayese edilmiştir.

---

<sup>23</sup> Oğuz, A. (2003). **Karşılaştırmalı Hukuk**. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 70-72.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### SÖZLEŞMELER HUKUKU ALANINDA HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI

#### 1.1. Geçmişten Bugüne Hukukun Uyumlaştırılmasına Bakış

##### 1.1.1. Ius Commune

Bilindiği üzere, XI ve XVIII. yüzyıllar arasında İngiltere hariç Orta ve Batı Avrupa'da tamamında "ius commune (ortak hukuk bilimi/Avrupa hukuk bilimi/ortak hukuk)" olarak isimlendirilen ortak bir hukuk uygulanmıştır. Bu anlayışın başlangıcı Roma hukukundan kalma metinlerin yorumlanıp kullanıma konmasına dayanmaktadır. Orta Çağ'dan itibaren ise ius commune "*ratio scripta*" (yazılı akıl) şeklinde kabul edilmiştir. XVIII. yüzyıla kadar hukuktaki uygulamaları domine eden ius commune, bilhassa Corpus Iuris Civilis'in kazuistik metinleri, genel gerekçe şeklinde kabul edilmiş ve çok sayıda olay bu temelde çözülebilmiştir. Kısacası klasik dönem metinleri yorumlanarak ve geliştirilerek ortaya kondukları dönemden çok daha sonraları ve çok daha komplike sistemlerde kullanılabilmiştir<sup>24</sup>.

Ius commune, Roma hukukuna dayanan tamamlayıcı bir hukuktur. Bu tamamlayıcı hukuk kaynağı o dönem için yeterli görülmüş ve ayrıca hukukun uyumlaştırılmasına gereksinimi ortaya çıkmamıştır<sup>25</sup>. Ius commune her yerde geçerlilik niteliğine sahip olmakla birlikte hiçbir yerde birincil hukuk olmamıştır; hep ikincil niteliktedir. Devletlerin ilk hukukları kendi yasaları ve örf adet kuralları olagelmıştır. Fakat bu kuralların ortak hukuk biliminde yorumlandıkları ve bu çerçeveye girdikleri unutulmamalıdır. Yani birincil olan yerel hukuktur ancak ortak hukuk bilimi de

---

<sup>24</sup> Çelebican Karadeniz, s. 91.

<sup>25</sup> Basedow, J. (2004). "The Gradual Emergence of European Private Law". *ALR I(1)*, s. 4.

mevcuttur. Hatta XIX. yüzyıldaki Alman Pandekt Hukuku da aynı sistemin devamı olarak kabul edilmektedir<sup>26</sup>.

İlerleyen süreçte Latince yavaş yavaş ölü bir dil halini almış ve hukuktaki ortak dil olma özelliğini de kaybetmiştir. Buna ek olarak XVIII. yüzyıl Aydınlanmacılığı pozitif hukuktan belirlilik ve kesinlik beklemeye başlamış ve ulus devletler egemen hale gelmiştir. Bütün bu gelişmeler *ius commune*'nin ortak hukuk niteliğinden çıkması, farklı ulusal hukukların uygulama alanı bulmasının sebepleri olmuştur. Bu dönemde hukuk bilimi, ortak hukuk bilimi olmaktan çıkmış ve siyasetin kontrolünde yerleşmiştir. Bu dönemin kanunlaştırmalarının *ius commune*'yi lağvetmek yerine *ius commune* ilkelerinden kurallar ürettikleri söylenebilir. Ayrıca *usus modernus* yerini *usus modernus pandectarum*'a bırakmıştır<sup>27</sup>. 1789 Fransız İhtilali sonrası dönemde, ulus devletler tarih sahnesine çıkmış ve hukuk, daha net bir ifadeyle özel hukuk, ulusallaşarak daha spesifik bir hal almıştır. Kodifikasyon kapsamında devletler, kendi yasalarını yapmaya ve uygulamaya başlamıştır. Bu durum *ius commune*'nin sonunu getirmiştir<sup>28</sup>.

### **1.1.2. Günümüzdeki Ortak Hukuk Uygulamaları: Common Law/Anglo**

#### **Sakson Hukuku ve AB Hukuku**

*Ius commune* ulusların üstünde konumlanmış bir hukuk biliminin varlığına ve kabulüne rağmen devletlerin kendi kanunlarını koyabilmelerinin tarihsel bir uygulamasıdır. *Ius commune*'e bakıldığı zaman esneklik, adaptasyon gücü ve gelişime açıklık taşıdığı görülecektir<sup>29</sup>. Bunun günümüzdeki uygulamaları ise AB bünyesindeki ortak hukuk ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) "Common Law", yani "Ortak

---

<sup>26</sup> Coing, H. (1967). Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. *Ius Commune. ZfER* 1, 1-33. s. 6. Çelebican Karadeniz, s. 94.

<sup>27</sup> Çelebican Karadeniz, Ö. (2006). **Roma Hukuku**. Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Onikinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 95.

<sup>28</sup> Çelebican Karadeniz, s. 94.

<sup>29</sup> Berman, H. J. (1983). **Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition**. Harvard University Press, s. 9.

Hukuk/Anglo-Sakson Hukuk” isimli hukuk sistemidir<sup>30</sup>. AB ortak hukuku, AB Antlaşması ile kabul edilmiştir. 1991 yılı Aralık ayında Hollanda’nın Maastricht kentinde toplanan AB Zirvesi’nde Avrupa Toplulukları Antlaşması’nın yenilenmesi kararlaştırılmıştır. Maastricht Antlaşması, 7 Şubat 1992’de imza edilmiştir. 1 Kasım 1993 tarihinde ise yürürlüğe konulmuştur. Böylece Avrupa Topluluğu, AB ismini almıştır<sup>31</sup>. Antlaşmada, AB’nin tüm üye ülkelerinde uygulanabilecek kuralların yani ortak hukuk normlarının mevcudiyeti tespit edilebilir. Ayrıca AB tüzük tipi maddi kurallar koyma yetkisine de sahiptir. Buna ek olarak birliğin ulusal hukukların uyumlaştırılmasını düzenleme gücü de vardır. Bunu yönergeler ile yapmaktadır. Üye ülkeler ulusal hukuklarını yönergelere uygun hale getirmek zorundadır. Zaman zaman çok spesifik problemler için yönerge ortaya konabilir. Fakat bu yönergelerin amaçladığı uyumlaştırma ülkelerin ortak kanunları kabul etmeleri şeklinde ilerlememektedir. Bunun yerine ülkeler tarafından ulusal hukuk kapsamı içerisinde ve sistemin dışına taşmadan kanunlar koyularak uyumlaştırmanın dolaylı olarak sağlanması esas alınmaktadır<sup>32</sup>.

AB’nin uyumlaştırma hakkındaki birçok yönergesinde ulusal kanun koyucu için aralarından seçim yapılabilecek çözümler sunulmaktadır. Buna ek olarak yönergeler genel kurallar değildir ve genellikle tekil olaylar için kullanılmaktadır. Sözleşmeler, sebepsiz zenginleşme haksız fiil ve benzeri temel özel hukuk kaidelerine temas edilmemektedir. Bunun sebebi AB kuruluşlarının yetkilerinin bu konuları kapsamıyor olmasıdır. Sonuç olarak hisse senetleri ve ticari işletmeler gibi önemli konularda AB detaylı ve sistematik kurallar uygulamamaktadır. Yönergeler klasik hukuk konularında

---

<sup>30</sup> Detaylı bilgi için Bkz.: Merhacı Özden, S. (2013). **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat**. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 39.

<sup>31</sup> Erişim, <https://www.ab.gov.tr/p.php?e=105>, (06.02.2021), Adaoğlu, H. C. (2006). **Avrupa Topluluğu Hukukunun Üye Ülkelerde Uygulanmasında Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlişkisi**. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, s. xi, Kıraç, S., & İlhan, B. (2010). “Avrupa Birliği Oluşum Süreci ve Ortak Politikalar”. *Milli Eğitim Dergisi*, 40 (188), 191-201, s. 193.

<sup>32</sup> Erişim, [https://europa.eu/european-union/law/legal-acts\\_en](https://europa.eu/european-union/law/legal-acts_en), [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law_en), (14.03.2021), Akdoğan, M. (2010). “Avrupa Birliği ve Birlik Üyesi Devletler Arasında Egemenlik İlişkisi”. *UHP* 6/24, 55-76, s. 69, 70.

bir uyumlaştırma istediği takdirde bu durum ulusal hukukun değiştirilmesi kapsamında<sup>33</sup>.

Hukukun ulusal nitelikte kalıyor olması, Avrupa hukukuna göre de problemin ortadan kaldırılamadığını göstermektedir. Bu durumun sonucu olarak şu sorunlar görülmektedir:

- AB'nin kuralları ve yönergeleri ülkelerin yorumlarına açıktır ve ülkeler bu yorum haklarını kullanmaktadır. Çok genel kavramlarda dahi (örneğin borç kavramı) farklı yorumlar görülmektedir. AB Antlaşması'nın 19. maddesine göre "AB Adalet Divanı; Adalet Divanı, Genel Mahkeme ve ihtisas mahkemelerinden oluşur. AB Adalet Divanı, Antlaşmalar'ın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka riayet edilmesini sağlar"<sup>34</sup>. Fakat üye ülkeler halen çok farklı uygulamaları devam ettirmektedir.
- AB yönerge çıkardığı zaman bunları tekil bir hukuk sorunu için çıkarmaktadır. Bu durum yönergelerin konusunu çok iyi kapsamamasına, devletlerin uygulamada kendi yorumlarını katmasına sebebiyet vermektedir.
- Günümüz hukuku kanunlardan ibaret değildir; içtihatlar ve bilimsel yayınlar da önem taşımaktadır. Bu yüzden Avrupa Hukuku'nun kanunların ötesine giderek kendi hukuk teorisini ve içtihatlarını da üretmesi gerekliliği kabul görmeye başlamıştır<sup>35</sup>.

Özetle, AB'nin yönergeleri yalnızca çok kısıtlı bir alanda objektif uygulama imkânı bulabilecek yapıdadır. Bu durum, bilhassa ticari ilişkiler sonucu ortaya çıkanlar başta olmak üzere, sorunların yine ulusal hukuk kapsamında çözüme ulaştırılması

---

<sup>33</sup> Oğuz, s. 38.

<sup>34</sup> Avrupa Birliği Antlaşması, Bkz.: Erişim, <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, (06.02.2021).

<sup>35</sup> David, R. (1971). "The International Unification of Private Law" in **The International Encyclopedia of Comparative Law Volume II: The Legal Systems of the World, Their Comparison and Unification**. The Hague: Mohr, Tublingen Martinus Nijhof, Kap. 5, 67 vd.

sonucunu doğurmaktadır. Bu durumun belirsizlik ve karışıklığa yol açacağı ifade edilmektedir<sup>36</sup>.

Günümüzde, sınırlar ötesinde bir ortak hukuka ve yerel hukuk kurallarının aynı anda geçerli olduğu başka bariz bir örnek daha mevcuttur: ABD'deki "Anglo-Sakson Hukuku/Common Law". ABD'de Federal Devlet özel hukuk başta olmak üzere hukuki düzenleme yapamaz. Hukuki düzenlemeler Federe Devletler tarafından tek başlarına yapılmaktadır. Yüksek Mahkemeler dahi özel hukuk davaları ile karşılaştıklarında inceledikleri olaya spesifik olarak uyan Anayasaya da uygun olan bir Federal Kanun bulamazlarsa o noktadaki Federe Devlet hukukunu esas alınmaktadır. Supreme Court'un temeli, 1938 yılından beri bu şekildedir. Fakat Federe Devletlerin hepsinde ortak bir hukuki gelenek söz konusudur. Bu geleneğin temeli de İngiliz sömürgesi oldukları dönemde benimsedikleri ve sonradan da korudukları İngiliz Anglo-Sakson (ortak) hukuku olmuştur. Yani Amerikan hukuk bilimi Federe Devlet hukuklarına değil ortak hukuka dayanmaktadır<sup>37</sup>.

Amerikan hukuku, sözleşmeler (contracts), haksız fiiller (torts) ve inançlı işlem (trust) gibi konuları ele almakta, Federe Devletlerin kendi kanunlarının ve içtihatlarının incelemesini yapmaktadır. ABD'de hukuku açıklığa kavuşturmak, modernleştirmek ve iyileştirmek için bir grup önde gelen Amerikalı yargıç, avukat ve öğretmen tarafından yürütülen araştırmanın ardından 1923 yılında "Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Institute)" kurulmuştur. Enstitü, mahkemelerde ve yasama organlarında olduğu kadar hukuk bilim ve eğitiminde de son derece etkili olan Restatement'ları tasarlamakta, tartışmakta, gözden geçirmekte ve yayınlamaktadır<sup>38</sup>. Bunun yanı sıra 1892'den beri

---

<sup>36</sup> David, s. 78, 76, 84 vd.

<sup>37</sup> Friedman, L. M. (2005). **A History of American Law**. Simon and Schuster; Çam, E. (2000). **Çağdaş Devlet Sistemleri**. İstanbul: Der Yayınları, s. 94-98. Hukuk eğitiminde de temel olarak ortak hukuk esas alınmaktadır. Bkz.: Gül, İ. (2015). "ABD Hukukunun Genel Özellikleri ve Türk Hukukundan Başlıca Farkları". *HKÜHED* 5/10, s. 9.

<sup>38</sup> Erişim, <https://www.ali.org/about-ali/>, (06.02.2021), Aygün, M. (2016). "ABD Kanunlar İhtilâfi Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(2), 129-170, s. 446.

“National Conference of Commissioners on Uniform State Laws” çalışmaları devam etmektedir<sup>39</sup>. Federe devletlerin temsilcilerinden kurulu olan bu kurum, Federe Devletlerin kullanabilmesi için model kanunlar oluşturmaktadır. Bu kanunlardan en bilineni Ortak Ticaret Kanunu’dur (Uniform Commercial Code). 1953 yılında ilk olarak Pennsylvania eyaleti bu Kanunu kabul etmiş, ardından tüm eyaletlerde bu Kanun kabul edilmeye başlamıştır. Bugün tüm ABD’de yeknesak olarak uygulanmaktadır<sup>40</sup>.

Sonuç olarak ABD, hukuk birliğine sadece legislatif bir şekilde ulaşmamıştır. Bu hukuk birliği, ortak temelden çıkan ilke ve kuralların doğal bir sonucudur. Common Law kaidelerine bakıldığında bunların bir hükümdarın ortaya çıkarmadığı görülmektedir. Bunları mahkemeler zaman içerisinde geliştirmiş, ilerleyen süreçte, bilhassa XIX. yüzyıl sonrası giderek artan bir şekilde, hukuk doktrini geliştirme uygulamasını devralmıştır. Özellikle restatementler, ulusal özel hukukun doğması sürecinde büyük katkılar yapmıştır<sup>41</sup>. Böylece ABD, hem tüm Federe Devletlerde uygulanan bir ortak hukuka hem de ortak hukuk bilimi ve ortak hukuk eğitimine sahip olmuştur<sup>42</sup>.

Günümüzde hukukun, küresel veya yalnızca AB gibi bir yapıya dahil olan ülkelerde geçerlilik kazanan bir bilim dalından ibaret olmadığı ve ulusal niteliklere sahip olduğu su götürmez bir gerçektir<sup>43</sup>. Dünyadaki tüm ülkelerin kuramsal eserler, içtihatlar ve kanunlardan müteşekkil kendi yazılı hukuk kaynaklarının yanı sıra yazısız hukuk

---

<sup>39</sup> National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Erişim, <https://heinonline.org/HeinDocs/NCCUSL.pdf>, (06.02.2021).

<sup>40</sup> Uniform Commercial Code için bkz [https://www.sos.la.gov/BusinessServices/UniformCommercialCode/Pages/default.aspx#:~:text=Uniform%20Commercial%20Code%20\(UCC\),liens%20on%20movable%2C%20personal%20property](https://www.sos.la.gov/BusinessServices/UniformCommercialCode/Pages/default.aspx#:~:text=Uniform%20Commercial%20Code%20(UCC),liens%20on%20movable%2C%20personal%20property), erişim 10.12.2020.

<sup>41</sup> Michaels, R. (2011) “Restatements” in **Oxford Handbook of European Private Law** (Basedow, Hopt, Zimmermann eds., Oxford University Press, 1464 vd.; Jansen, N. (2010). **The Making of Legal Authority Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective**. Oxford New York: Oxford University Press, s. 50 vd.

<sup>42</sup> Bir eyaletten bir hukukçu başka bir eyalette çalışabilir; ancak bunun için eyaletin barosuna kayıt olmak zorundadır ve bunun için de baro sınavına girerek o eyaletin hukukuna da hakim olduğunu ispatlamalıdır. Bkz.: Hansen, D. R. (1995). “Do We Need the Bar Examination-A Critical Evaluation of the Justifications for the Bar Examination and Proposed Alternatives?”, *45 Case W. Res. L. Rev. 1191*.

<sup>43</sup> Miller, L. (2011). “The Notion of Europeanization and the Significance of Transnational Private Lawmaking” in **Emergence of EU Contract Law Exploring Europeanization**, Oxford New York: Oxford University Press, s. 1.

kaynakları da mevcuttur. Bu kaynakların her biri hem ilk hazırlandıkları veya oluştukları safhada hem de günümüzde uygulandıkları safhada ulusal kültürün tesiri altında kalmaktadır. Bilhassa kanun yorumlarının ulusun kültürü ile yakinen ilişkili olduğu söylenebilir. Fransa, Almanya ve İtalya gibi ortak hukuk geleneğinden gelen ülkelerde bile aynı kanunun farklı yorumlandığı gözlemlenebilmektedir. Öyle ki bilimsel eserler de ortak hukuk geleneklerini fazla ele almamaktadır. Küresel düzeyde veya Avrupa düzeyinde kıtasal ortak bir bilim dalı olarak hukuktan söz edilmesi, karşılaştırmalı hukuk, Roma hukuku, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi gibi birtakım evrensel dallar mevcut olsa da, mümkün gözükmemektedir<sup>44</sup>. Zira her ülke kendi hukukçusunu yetiştirmekte ve bu hukukçunun çoğu zaman farklı bir hukuk sisteminde geçerliliği sınırlı kalmaktadır. Bu yüzden hukuk sistemi ülkeden ülkeye bu kadar farklılaşırken hukuk eğitiminin de aynı niteliği taşımaması beklenemez. Hukuk eğitiminde hukukçular kendi ülkelerinin hukukçusu olacak şekilde yetişir ve küresel hukukçu olmak şöyle dursun kıtasal hukukçu (örneğin Avrupa hukukçusu) bile olmaz. Oysa ki diğer bilim dallarında durum farklıdır. Türk hukukçusu, İtalyan hukukçusu, Amerikan hukukçusu gibi adlandırmalar geçerli sayılabilirken; Türk fizikçisi, Alman matematikçisi, İspanyol kimyacısı gibi adlandırmalar mevcut olamaz. Bazı bilimlerin ülkeden ülkeye değişen sorunları çözmek için yerel uygulamada farklılaştığı görülebilse de temelde hukuk dışı disiplinlerin çoğu evrensel nitelik taşımaktadır<sup>45</sup>.

Hukukun nitelik olarak ulusal olması ve farklılaşması çeşitli sorunlara yol açmakta ve hukuk düzenleri arasındaki farklılıkların üstesinden gelinmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>46</sup>. Bu sorunlardan ilki, farklı kanunlaştırmaların mevcudiyetinin, farklı devletlerin pozitif hukuk düzenlerini giderek daha da farklılaştırmasıdır. Bir diğeri ise farklı ulusal dillerde olan yasal düzenlemeler ve içtihatların yayılamaması, yerel

---

<sup>44</sup> Oğuz, s. 42'den naklen: Coing, H. (1990). "Europaisierung der Rechtswissenschaft". *NJW* 15, s. 937 vd.

<sup>45</sup> Coing, 1967, s. 20, 21; Özkes, M. (2019). **Temel Hukuk Bilgisi**. 10. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 61.

<sup>46</sup> De Cruz, s. 481.



kalmadır. Bu yüzden farklılaşma daha da artmaktadır. Tüm bu nedenlerle, genel hukuk teorisi yahut hukuk bilimi hukukçular için ulaşılamaz bir hedef olarak görünmekte, *Legalitätsprinzip (principle of legality)* olarak bilinen genel hukuki kesinlik ve hukuka uygunluk ilkesi bir ütopyadan ibaret kalmaktadır. Öyle ki gelinen noktada, çok net olması beklenebilecek hukuki kavramlarda dahi yoruma açıklık oluşmuştur. Esasında hepsi Roma hukukuna dayanan hukuk düzenleri birbirlerinden tamamen farklı hale gelmeye başlamıştır<sup>47</sup>. Bu yüzden uyumsuzlukları çözerken, farklı hukuk sistemlerinin farklı şekillerde davrandıkları görülmektedir. Olaylar farklı şekilde analiz edilmekte ve kararlar farklı şekillerde gerekçelendirilmektedir. Bir yüksek mahkemenin başka bir ülkenin mahkemesinin kararlarını benzer olaylar için örnek almaları mümkün olmakla birlikte bu nadiren yaşanmaktadır. Birden fazla devleti ilgilendiren olaylarda ortaya çıkan hukuki uyumsuzluklar devletler özel hukuku kurallarına göre ulusal hukuklardan bir tanesine dayanılarak çözülmektedir. Devletler özel hukuku düzenlemeleri de ulusaldır. Bu kurallar bütün ülkeler için bağlayıcı değildir; yalnızca yabancı unsurun mevcut olduğu olayların çözümünü için hangi ülkenin ulusal hukukuna dayanılacağını ortaya koymaktadır<sup>48</sup>.

Öte yandan hukukta birlik bu sorunları ortadan kaldıracığı için istenen bir olgudur<sup>49</sup>. Bu yüzden küresel ölçekte veya en azından AB gibi spesifik yapılar içinde hukukta birliğin sağlanması için çeşitli girişimler yapılmış ve yapılmaya devam etmektedir. AB, üye ülkelerin hukuk düzenlemelerindeki farklılıkların ulus üstü düzenlemelerle çözümlenmesini amaçlamaktadır. Bu bağlamda şu ana kadar gerçekleştirilmiş olan girişimler birçok ülkenin hukuk sisteminden yola çıkılarak düzenlenen ve iç hukukun da kabul etmesi öngörülen uluslararası anlaşmaları (uniform law) ya da AB

---

<sup>47</sup> Oğuz, s. 37'den naklen: Impallomeni, G. (1997). **Auf der Suche nach einem positiven Europäischem Recht.** *ZfRV*, 38, 1.

<sup>48</sup> Nomer, E (2009). **Devletler Hususi Hukuku.** Yenilenmiş 17. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 10-14.

<sup>49</sup> Aksoy, H. C. (2016). **Impossibility in Modern Private Law A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law.** Springer International Pub., s. 93; Oral, T. (2013). **Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmenin Kurulması.** Ankara: Yetkin Yayınları, s. 19. Stephan, P. B. (1999). "The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law". **University of Virginia School of Law Legal Studies Working Paper No. 99-100**, s. 4-7.

yönergelerini içermektedir<sup>50</sup>. Legislatif yöntemlerin genellikle bu hususta tek yöntem olduğu görülmektedir. Bu yöntemler AB'nin kabul ettiği bir ortak hukuk ile, AB'nin devletlere kurallar empoze etmesi ya da uluslararası antlaşma yahut model kanunların iç hukuka entegrasyonu ile yapılabilmektedir. Ancak hukuk tarihine ve karşılaştırmalı hukuka bakıldığında başka yöntemler de ileri sürülebileceği görülebilir. Farklı ülkelerin tek bir kanunda birleşmeleri çok olası olmayacaktır. Mutlaka iki hukuk sistemi arasında farklılıklar olacaktır ve bu farklılıkların da sebepleri olmaktadır. Bu noktada karşılaştırmalı hukuk ile en iyi çözümün seçilmesi veya daha iyi bir ortak çözüm üretilmesinin gerektiği ifade edilmektedir<sup>51</sup>.

Bu noktada uluslararası ticaretin ve ekonominin gelişiminde sözleşmeler için yeknesak veya öngörülebilir bir çerçeve oluşturmada farklı yaklaşımlardan söz edilebilir. Bunlardan ilki, 1930'da Roma Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü'nde başlayan ve şu anda "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması" olarak yürürlükte olan anlaşmaya ulaşan, uluslararası ticarete "yeknesak bir hukuk" ihtiyacını ön plana alan yaklaşımdır. İşbu anlaşma BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanmış ve 11 Nisan 1980 BM'nin himayesinde Viyana'da toplanan konferansta 89 ülkenin onayıyla kabul edilmiştir. Bir diğer yaklaşım, başkanlığını Ole Lando'nun yaptığı Komisyonun, 1995 yılındaki Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'dir. Ayrıca "yeknesak ilkeler"i vurgulayan ve bu çerçevede Özel Hukukun Uyumlaştırılması Enstitüsü'nce kabul edilen Uluslararası Ticaret Hukuku İlkeleri'nden söz edilebilir<sup>52</sup>. Son olarak Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı Taslak Ortak Referans Çevresi önem arz etmektedir.

---

<sup>50</sup> Miller, s. 2-14.

<sup>51</sup> Kötz, H. (1986). "Rechtsvereinheitlichung–Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele", *RechtsZw* 50, 13-16.

<sup>52</sup> Bucur, L. I. (2018). "Lex Mercatoria, Soft Law and a Closer Approach of UNIDROIT Principles". *Law Review VIII/2*, 292-312, s. 307.

## 1.2. Hukukun Uyumlaştırılmasında Köşe Taşları

### 1.2.1. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu

#### (UNCITRAL) ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler

#### Hakkında BM Antlaşması (CISG)

1966 yılında BM Genel Kurulu, “BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (“United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL]”nu kurmuştur. Komisyonun kurulmasına yol açan olaylar, 1965 yılında Macaristan Hükümeti’nin girişimi sonucunda Genel Kurul’un 19. oturumunun gündemine “Uluslararası özel hukuk alanında sürekli gelişme için atılacak adımların özel bir bakış açısıyla değerlendirilmesi” başlıklı bir maddenin yerleştirilmesiyle başlamıştır<sup>53</sup>. Bu gündem maddesiyle bağlantılı olarak BM Sekreterliği, Genel Kurul 6. Komitesi için uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılmasına ilişkin bir ön araştırma hazırlamıştır<sup>54</sup>. Araştırmada, ulusal yasaların çokluğu ve farklılıkları nedeniyle uluslararası ticari işlemlerde bulunan tarafların karşılaştıkları zorluklara değinilmiş ve uluslararası ticaret hukuku alanında uyumlaştırmanın gerçekleştirilebileceği bazı yöntemlerin gözden geçirilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Bu tavsiyeye dayanarak, Genel Kurul, Sekreterlikten uluslararası ticaret hukukunun kademeli gelişimi hakkında kapsamlı bir rapor hazırlamasını talep etmiştir. Sekreteryaya, Londra Şehri Koleji’nden Profesör Clive Schmitthoff’u konuyla ilgili bir ön çalışma hazırlaması için görevlendirmiş ve ilgili BM organlarının ve bölgesel ekonomi

---

<sup>53</sup> Official Records of the General Assembly, Nineteenth Session, Annex No. 2. document A/5728 [Yearbook 1968-1970, part one, chap. I, sect. A]

<sup>54</sup> “Unification of the law of international trade: Note by the Secretariat”, Official Records of the General Assembly, Twentieth Session, Annexes, agenda item 92, document A/C.6/L.572 [Yearbook 1968-1970, part one, chap. I, sect. C].

komisyonlarının sekreterliklerine, uzman kuruluşlara, sivil toplum kuruluşlarına ve diğer uluslararası hükümetlere danışmıştır<sup>55</sup>.

Rapor, uluslararası ticaret hukukunun belirli alanlarında birleşme ve uyumlaştırma yönünde bir miktar ilerleme kaydettiğini belirtmekle birlikte, bazı eksiklikleri de ortaya çıkarmıştır. Birincisi, harcanan zaman ve çabaya oranla ilerleme yavaş olmuştur. İkinci olarak, yakın zamanda bağımsızlık kazanmış gelişmekte olan ülkeler, bu çabalara ancak küçük bir dereceye kadar katılma fırsatına sahip olmuştur. Üçüncüsü, sahada aktif olan hiçbir kurum/kuruluş, dünyadaki tüm ana coğrafi bölgeleri veya tüm temel ekonomik sistemleri temsil eden bir üye yapısına sahip değildir. Dördüncüsü, bu alanda faaliyet gösteren kurumlar arasında yeterli koordinasyon ve işbirliği yoktur<sup>56</sup>. Rapor, uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılması ve birleşmesi sürecini sistematize etmek, hızlandırmak, süreci karakterize eden eksiklikleri gidermek için Genel Kurul tarafından yeni bir BM organının oluşturulmasını önermiştir. Altıncı Komitenin görüşleri ve tavsiyeleri temelinde Genel Kurul, UNCITRAL'ı kuran kararı kabul etmiştir<sup>57</sup>. Genel Kurul tarafından “uluslararası ticaret hukuku alanında BM sistemi içinde temel yasal organ” olarak UNCITRAL'a uluslararası ticaret hukukunun aşamalı olarak uyumlaştırılması için yetkiler verilmiştir<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> “Progressive development of the law of international trade: report of the Secretary-General”. Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, Annexes, agenda item 88, documents A/6396 and Add.1 and 2 [Yearbook 1968-1970, part one, chap. 11, Sect. B], Introduction.

<sup>56</sup> “Progressive development of the law of international trade: report of the Secretary-General”. Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, Annexes, agenda item 88, documents A/6396 and Add.1 and 2 [Yearbook 1968-1970, part one, chap. 11, Sect. B], Introduction.

<sup>57</sup> General Assembly Resolution 2205 (XXI) [Yearbook 1968-1970, part one, chap. 11, sect. E]. Bkz.: Ek (Annex) I ve vd.

<sup>58</sup> Bu yetkiler:

- Bu alanda aktif olan kuruluşların çalışmalarını koordine etmek ve aralarında işbirliğini teşvik etmek,
- Mevcut uluslararası sözleşmelere daha geniş katılımı ve mevcut model ve yeknesak yasaların daha geniş kabulünü teşvik etmek,
- Yeni uluslararası sözleşmelerin, model kanunların ve yeknesak kanunların benimsenmesini hazırlamak veya teşvik etmek ve uygun olduğunda, bu alanda faaliyet gösteren kuruluşlarla işbirliği içinde uluslararası ticaret terimlerinin, hükümlerinin, geleneklerin ve uygulamaların kodifikasyonunu ve daha geniş kabulünü teşvik etmek,
- Uluslararası ticaret hukuku alanında uluslararası sözleşmelerin yeknesak bir şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlamanın yollarını ve araçlarını teşvik etmek,
- Uluslararası ticaret hukuku alanında içtihat hukuku dahil olmak üzere ulusal mevzuat ve modern yasal gelişmeler hakkında bilgi toplamak ve yaymak,
- BM Ticaret ve Kalkınma Konferansı ile yakın bir işbirliği kurmak ve sürdürmek,

UNCITRAL, başlangıçta 29 devletten oluşmaktaydı, bu sayı 1973'te 36 devlete çıkarılmıştır<sup>59</sup>. Üyelik, çeşitli coğrafi bölgeleri ve dünyanın temel ekonomik ve yasal sistemlerini temsil edecek şekilde yapılandırılmıştır. Dolayısıyla, üyelerin dokuzu Afrika Devletleri, yedisi Asya Devletleri, beşi Doğu Avrupa Devletleri, altısı Latin Amerika Eyaleti ve dokuz üye Batı Avrupa ve diğer Devletlerdendir<sup>60</sup>. Komisyon üyeleri, Genel Kurul tarafından altı yıl için seçilmekte ve üyelerin yarısının görev süreleri her üç yılda bir sona ermektedir<sup>61</sup>. Komisyonun hazırlık çalışmalarının çoğu çalışma grupları içinde ve UNCITRAL Uluslararası Ödemeler Çalışma Grubu tarafından yürütülmektedir.

Komisyonun amacı “uluslararası ticaret hukukunun aşamalı olarak uyumlaştırılması ve birleştirilmesinin teşviki” olarak belirtilmiştir<sup>62</sup>. Böylece uluslararası ticaretin önündeki engelleri azaltılmış ya da kaldırılmış olacaktır. Genel Kurul, UNCITRAL’i kurarken, uluslararası ticaretle ilgili konularda farklı devletlerin kanunlarından kaynaklanan ihtilafların ve farklılıkların dünya ticaretinin gelişmesine engel teşkil ettiğini kabul etmiştir. Genel Kurul, uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılması ve birleştirilmesi sürecinin büyük ölçüde koordine edilmesini, sistematik hale getirilmesini ve hızlandırılmasını ve devletlerin daha geniş katılımının güvence altına alınmasını arzu edilen bir durum olarak değerlendirmiştir<sup>63</sup>.

UNCITRAL’in en önemli başarılarından biri olan “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması (CISG)”<sup>64</sup>, 62 ülkeden delegelerin ve 8

- 
- Uluslararası ticaretle ilgilenen diğer BM organları ve uzman kuruluşlarla ilişkiyi sürdürmek İşlevlerini yerine getirmek için yararlı gördüğü başka herhangi bir eylemde bulunmaktır. Bkz.: General Assembly resolution 2205 (XXI), sect. 11, para. 8 [Yearbook 1968-1970, part one, chap. 11, sect. E]. Bkz.: Ek I vd.

<sup>59</sup> General Assembly Resolution 3108 (XXVIII), para. 8 [Yearbook 1974, part one, chap. I, sect. C]

<sup>60</sup> General Assembly Resolution 2205 (XXI), sect. 11, para. I [Yearbook 1968-1970, part one, chap. 11, sect. E]; General Assembly Resolution 3108 (XXVIII), para. 8 [Yearbook 1974, part one, chap. I, sect. C].

<sup>61</sup> Official Records of the General Assembly, Twenty-third Session. Supplement No. 16 (A/7216), para. 14 [Yearbook 1968-1970, part two, chap. I, sect. A].

<sup>62</sup> United Nations Commission on International Trade Law (1971). **Yearbook**, Vol.: I: 1968-1970, s. 65.

<sup>63</sup> Official Records of the General Assembly, Twenty-third Session. Supplement No. 16 (A/7216), para. 14 [Yearbook 1968-1970, part two, chap. I, sect. A].

<sup>64</sup> İngilizcesi için Bkz.: United Nations Commission on International Trade Law (2010). **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. New York: United Nations Publication, Erişim, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf), (14.03.2021).

uluslararası kuruluşun gözlemcilerin katılımıyla Viyana’da düzenlenen Diplomatik Konferansın sonucunda 1980 yılında kabul edilmiştir. O dönemde dünya realitesi soğuk savaştır ve sadece Sosyalist ülkeler değil, aynı zamanda gelişmekte olan ülkelerin önemli bir kısmının katı bir şekilde merkezileştirilmiş ve planlanmış ekonomilere sahiptir. Bu nedenle uluslararası ticarete oldukça marjinal roller oynamışlardır. Bu bağlamda Viyana Diplomatik Konferansı’ndaki 62 katılımcı devletin çoğunluğunun, örf ve adet hukuku ve hukuk yargı alanları arasında eşit olarak bölünmüş olan Batı yarıküresinden olması şartıdır. Yine de, Doğu veya Komünist Blok olarak adlandırılan ülkelere geniş bir temsil ve Üçüncü Dünya olarak tanımlanan “bağlantısız” ülkelere de önemli bir katılım olmuştur<sup>65</sup>.

Dönemin politik atmosferi değerlendirildiğinde diplomatik konferansın faaliyetlerini tamamlayabilmesi dahi başlı başına başarı olarak görülmelidir. Nitekim, 5 haftalık yoğun tartışmalar sırasında, çeşitli devletler grupları arasında ortaya çıkan derin farklılıklar nedeniyle, Konferansın tam bir başarısızlık olması ya da en azından sonucunda herhangi bir anlaşmaya varılmaması büyük bir ihtimal olarak değerlendirilmiştir. Ancak sonuçta hazırlanmakta olan yeknesak hukuk belgesinin son derece teknik ve zorunlu karakterine rağmen, çok sayıda delegasyon CISG’yi imzalamıştır. İhtilafli birçok konu arasında; Sosyalist ülkeler tarafından güçlü bir şekilde savunulurken, Batı ülkeleri tarafından reddedilen satış sözleşmelerinin yazılı olması ihtiyacı, Batılı ülkeler tarafından desteklenen ve gelişmekte olan ülkeler ve Sosyalist ülkeler tarafından desteklenmeyen partiler tarafından açıkça kabul edilmeyen kullanımların önemi; alıcının teslim edilen mallarda keşfedilen kusurları makul ölçüde

---

Türkçesi için Bkz.: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”, 27200 sayılı Resmi Gazete (RG) 14/04/2009 tarihinde yayımlanan 5870 sayılı kanunla uygun bulunarak kabul edilmiştir. CISG md.101 (1) hükmü gereğince Türkiye bakımından katılma belgesinin tevdi edildiği 01.08.2010 tarihinden itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde, 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>65</sup> Bonell, M. J. (2008). “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”. *ASCL* 56, s. 2.

bildirme yükümlülüğü olup olmadığı ve bunu yapmamasının etkilerinin ne olması gerektiği sorusu -burada da sanayileşmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkeler tamamen farklı pozisyonlar almıştır-, İslam ülkelerinin şiddetle karşı çıktığı borçlu meblağlarda faiz hakkı; son olarak, yine Sosyalistler ile Batılılar arasında ihtilaf yaratan fiyatın belirlenmesinin geçerli sonuç için bir ön koşul olup olmadığı konusu bulunmaktadır<sup>66</sup>.

Elbette, Diplomatik Konferans tarafından nihayetinde kabul edilen CISG metni, bazı konulara katılan devletlerin yasal geleneklerindeki ekonomik yapılarındaki önemli farklılıklar sebebiyle bu konuları kapsam dışı tutmuştur. Ek olarak, bir dizi başka maddeyle ilgili olarak, çelişkili görüşler ancak meseleleri aşağı yukarı kararsız bırakan uzlaşmacı çözümlerle aşılabilmektedir. Bu nedenle, tüketici hisseleri ve diğer menkul kıymetler, kıymetli evrak gemileri ve uçaklar gibi bazı satış kategorileri, olağan satış sözleşmeleriyle ilgili olarak açıkça hariç tutulmuştur. CISG, sözleşmenin ürünler üzerindeki etkisi, ölüme sebep olan ürünler hakkında satıcının sorumluluğu, acente, vereceği alacağa sayarak yapılan satışlar, hakların devri ve o dönemler bilinmeyen elektronik haberleşme konularını da kapsamamaktadır<sup>67</sup>.

Çatışan görüşler arasında tartışmalı uzlaşma çözümlerini ortaya koyan hükümlerden bazıları, yürürlükteki iç hukuka yanıtı bırakmaktadır -örneğin, sözleşmenin resmi gereklilikleri, belirli bir ifa için bir karar alma seçeneği veya olasılığı açık veya zımni fiyat belirlenmeden geçerli bir şekilde sonuçlandırılan bir satış sözleşmesi gibi. Diğer hükümler -teklif veya risk geçişinin devri ile ilgili olanlar gibi- bir ana kuralın tekniğini hemen takiben eşit ölçüde geniş bir istisna uygulayarak, esasen her durumda iki alternatiften hangisinin nihai olarak geçerli olacağı sorusunu cevapsız bırakmaktadır<sup>68</sup>. Yine başka kurallar, genel iyi niyet ilkesini, kullanımların uygunluğunu veya temel bir

---

<sup>66</sup> A Proposal the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in 31 AM. J. COMP. L. 333 et seq. (1983).

<sup>67</sup> Bonell, 2008, s. 3.

<sup>68</sup> CISG 16 & 68 md.

sözleşme ihlalinin tanımını ele alan hükümler gibi, belirsiz ve muğlak dilin ardında gerçek bir fikir birliğinin eksikliğini gizlemektedir<sup>69</sup>.

Tüm bunlara rağmen genel olarak bakıldığında, CISG'nin uluslararası satış sözleşmeleri için çok değerli ve oldukça yenilikçi bir normatif rejim sağladığına şüphe yoktur. Öncelikle, bu alandaki çoğu yerel mevzuatın aksine, yalnızca alıcı ve satıcının satış sözleşmesinden doğan hak yükümlülükleri ile ilgili değildir, aynı zamanda sözleşme oluşturma ve yorumlama, ifayı askıya alma hakkı, ileriye dönük ihlal ve son olarak, zararlar ve ifa etmeme yükümlülüğünden muafiyet gibi genel sözleşme hukukunun önemli yönlerini de konu edinmektedir. Aynı zamanda, hem satıcı hem alıcının ifa etmeme durumlarına hem de ilgili çözüm yollarına büyük ölçüde üniter bir yaklaşımdan bahsedilebilir: Satıcının ifasındaki kusurları yalnızca teslim tarihine kadar değil, alıcıya makul olmayan rahatsızlığa neden olmadan ve makul olmayan bir gecikme olmaksızın yapabilmesi koşuluyla, daha sonra da düzeltme hakkı gibi<sup>70</sup>.

Şimdiye kadar CISG, 5 kıtadan 70'in üzerinde ülke tarafından uygulamaya konmuştur. Bu ülkeler arasında önemli ticaret ülkeleri (önemli istisnalar Japonya ve Birleşik Krallık'tır) bulunmaktadır. Bu durumun sonucu olarak, en azından teoride, dünya çapındaki bütün ithalat ve ihracat işlemleri tek bir kurallar topluluğuna bağlıdır. CISG'nin önemi, bazı açılardan sorgulanmaktadır. Yalnızca Akit Devletlerde imzalanan uluslararası satış sözleşmelerinin küçük bir yüzdesine uygulandığı ve uygulandığı durumda bile tarafların genellikle CISG'yi tamamen dışladıkları ileri sürülmektedir. Ayrıca yorumlanmasına ilişkin karar verme yetkisine sahip uluslararası bir mahkemenin yokluğunda, her halükarda dünyanın farklı yerlerinde farklı şekilde uygulanma riskiyle karşı karşıya kalındığı iddia edilmektedir<sup>71</sup>. Fakat CISG'nin etkinliğine dair yukarıda sıralanan endişeler ikna edici değildir. Öncelikle, hukuki bir bakış açısıyla, uluslararası

---

<sup>69</sup> CISG 7(1), 9(2) & 25 md.

<sup>70</sup> Bonell, 2008, s. 4.

<sup>71</sup> Bianca, C. M., & Grundmann, S. (2002). **EU Sales Directive Commentary**. Antwerp Oxford New York: Intersentia, s. v.



satış sözleşmelerinin en çok problem çıkaran sözleşmeler olduğu açıktır; zira taraflar bir uyumsuzluk çıkana kadar hangi hukukun geçerli olduğundan emin değildir. Tarafların sözleşmeden CISG’yi dışlama sıklıklarına gelince, bazı ticaret sektörlerinin mallarında bu durum yaşanmakla birlikte, bunların istisnai olduğu görülmektedir. Öte yandan, ilk başta CISG’yi reddetmelerine karşın iş insanlarının artık CISG’ye sıcak baktıklarını ortaya koyan çalışmalar vardır<sup>72</sup>. Şüphesiz bu aynı zamanda, CISG ile ilgili artan içtihat yapısından kaynaklanmaktadır. Daha da önemlisi, çeşitli yerel mahkemeler tarafından yorumlanmasında çok korkulan keskin farklılık tehlikesinden büyük ölçüde kaçınılmış gibi görünmektedir. Bu noktada, özelleştirilmiş ve kolayca erişilebilir veri tabanları tarafından sağlanan dünya çapında sunulan geniş bilginin de katkıları yadsınamaz<sup>73</sup>.

CISG’nin resmi olarak uluslararası satış sözleşmeleriyle sınırlı olmasına rağmen, uygulamada operasyonel yelpazesinin çok daha geniş olduğu kanıtlanmıştır. Aslında, CISG, benimsenmesinden sonra, ulusal satış kanunlarında reform yapmak amacıyla, tek tek devletler veya devletler grupları tarafından bir model olarak alınmıştır. Örneğin, 1992’de kabul edilen yeni Burgerlijk Wetboek’in satış bölümü ve 2002’de değiştirilen Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts olarak Alman Medeni Kanununda (BGB) yer alan yeni Alman yasasının durumu budur<sup>74</sup>. Bölgesel düzeyde de İskandinav ülkelerinin Ortak Mal Satım Anlaşması buna örnek olarak verilebilir. Bu anlaşma 1989’da Norveç’te ve 1991’de İsveç’te revize edilerek CISG ile hem sistemik açıdan hem de içerik açısından daha uyumlu hale getirilmiştir<sup>75</sup>.

Yine de, en azından Avrupa söz konusu olduğunda CISG’nin çok önemli bir yan ürünü, 25 Mayıs 1999 tarihli Parlamento ve Konsey Direktifi’dir. “Tüketici Satış Direktifi

---

<sup>72</sup> De Ly, F. (2005). “Opting out: some observations on the occasion of the CISG's 25th anniversary” in **Quo vadis CISG?**, (Ed. Ferrari, F.), Brussels/Paris, Bruylant/FEC, 25-42.

<sup>73</sup> Ferrari, F. (2005). “Do Court Interpret the CISG Uniformly?” içinde **Quo Vadis CISG?**, (Ed. Ferrari, F.), Brussels/Paris, Bruylant/FEC, Bkz.: 11. Dipnot, s. 13-14.

<sup>74</sup> Zimmermann, R. (2005). **The New German Law of Obligations Historical and Comparative Perspective**. Oxford University Press, s. 96 vd.

<sup>75</sup> Ramberg, J. (2003). “Unification of Sales Law: A Look at the Scandinavian States”, *Uniform L. Rev.*, s. 201-203.

(Consumer Sales Directive)<sup>76</sup> olarak da bilinmektedir. Direktif, mallar münhasırlık dahilinde nerede satın alınır alınsın geçerli olan bir ortak asgari hukuk ortaya koymuş ve bu sayede tüketicilerin güvenini arttırarak iç pazarda daha rahat hareket etmelerini sağlamıştır. Ayrıca, malların teslimi sırasında uyulması gereken, malların sözleşmeye uygun olduğu varsayımını yaratan bir dizi faktör veya kriteri belirtmektedir. Sözleşmeye uyulmadığı takdirde tüketici açısından dört çare sunmaktadır; ücretsiz tamirat veya değiştirme hakkı ile eğer bu sağlanmadıysa uygun bir fiyat indirimi ya da sözleşmenin sona erdirilmesi hakkı. Tüketicide kusurları bulduktan sonra iki ay içinde satıcıya bildirme yükümlülüğü getirme görevi Üye Devletlere bırakılmış olmakla birlikte, her halükârda, satıcının sorumluluğunun sona erme süresi açıkça belirtilmiştir ve bu da teslimat zamanından iki yıl sonradır. Ayrıca uygulamadaki iç hukuka göre tüketici lehine çözümler bir kısıtlama süresine tabi ise bu süre sorumluluk bitme tarihinden önce bitmeyecektir<sup>77</sup>.

Topluluk yasama organı tarafından açıkça kabul edildiği üzere, CISG, Tüketici Satış Direktifi için ana model olmuştur. Bu, özellikle teslim edilecek malların “sözleşmeye uygunluk” temel kavramı ve 2. maddede belirtilen dört gerekliliğin üçü açısından doğrudur. 2. madde neredeyse tamamen CISG 35. maddeye karşılık gelmektedir 3. maddenin içeriği de CISG 36, 46, 49 ve 50. maddelerde bulunmaktadır<sup>78</sup>.

### **1.2.2. Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu (LANDO) ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL)**

AET kurulduktan bir süre sonra özel hukukun uyumlaştırılmamış olmasının olumsuz etkileriyle karşılaşılmamasının üzerine 1980 yılında bir grup hukukçu, AB ülkeleri

---

<sup>76</sup> Bkz.: “Directive 1999/44/EC OF the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees”. Erişim, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0044&from=EN>, (08.02.2021).

<sup>77</sup> Consumer Sales Directive md. 5(1), 5(2).

<sup>78</sup> Bonell, 2008, s. 7.

için sözleşme hukukunun genel ilkelerini hazırlamak ve böylece üye ülkelerin sözleşme hukukunun sistematik bir uyumlaştırılmasını sağlamak amacıyla Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonunu (Lando Commission) kurmuştur<sup>79</sup>. Bu noktada 1989 yılında Avrupa Parlamentosu'nun bir Avrupa Özel Hukuk Yasasının hazırlanmasına yönelik hazırlık çalışmalarının başlatılmasını talep eden kararı önemlidir. Zira karar şöyle başlamaktadır; “Tek Pazarın gelişmesi için son derece önemli olan özel hukuk dallarında, örneğin sözleşme hukuku gibi dallarda birleşme gerçekleştirilebilir...”<sup>80</sup>

Başkanlığını Ole Lando'nun yaptığı Komisyon, 1995 yılında Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law (PECL))<sup>81</sup>'nin birinci bölümünü, 1999 yılında ikinci bölümünü ve 2002 yılında ise üçüncü bölümünü tamamlamış ve yayımlanmıştır<sup>82</sup>. PECL taslağını hazırlamaktan sorumlu olanların çalışmaları, kendilerinden önceki çalışmalardan çok etkilenmiştir. İlkeler genellikle CISG'de belirtilen çözümlerin ötesine geçse de, CISG'nin önemi İlkelerde açıkça görülmektedir. Bu şekilde, Lando Komisyonu üyelerinin, CISG'nin son metninde ortaya çıkan sorunlar ve boşluklardan ders alma fırsatını en iyi şekilde kullanmıştır. Dahası, Lando Komisyonu üyelerinin yasal olarak bağlayıcı bir metin üretmeyi amaçlamıyor olmaları, onlara sözleşme hukukundaki bazı eski ve bazı yeni sorunlara “*en iyi*” çözümleri geliştirmede daha fazla serbestlik kazandırmıştır<sup>83</sup>.

PECL üzerine çalışma CISG'ye ek olarak kısmen PICC'den etkilenmiştir. İlk olarak 1994 yılında yayımlanan ilkelerden metinlerinin ilk taslaklarını hazırlarken Lando

---

<sup>79</sup> Lando, s. 575.

<sup>80</sup> Zimmermann, R. (2016). “Kodifikasyon-Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Kıta Avrupası Deneyimlerinin Değerlendirilmesi-”. Çev.: Ece Baş Süzel/Meliha Sermin Paksoy, *İÜHFD* (73), s.426; Chiusi, T. J. (2015). “Savigny Öğretisinde Avrupa'da Kodifikasyon Çabaları Üzerine Düşünceler”, Çev.: Zeynep Dönmez, *AÜHFD* 64(4), s.1236-1237.

<sup>81</sup> Bkz.: European Union (2002), “The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III)”, Erişim, <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf>, (19.12.2020).

<sup>82</sup> Bar, C. V. (2002). “From Principles to Codification: Prospects for European Private Law”. *Colum. J. Eur. L.*, 8, s. 380.

<sup>83</sup> McKendrick, E. (2006). “Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In” in **The Harmonisation of European Private Laws, Business and Legal Practice** (Ed. Stefan Vogenauer), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, s. 8.

Komisyonu üyeleri yararlanabilmiştir. Bununla birlikte, Lando Komisyonu daha hızlı çalışmış UNIDROIT'i yakalamıştır. Öyle ki PECL'in üçüncü bölümü 2003'te tamamlanırken PICC ikinci versiyonunu ancak 2004'te yayınlamıştır. Özetle, bu iki ilke birlikte ve hatta birbirleriyle rekabet ederek gelişmiş ve ikisi de birbirlerinden etkilenmiştir<sup>84</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere PECL, CISG'den çok farklı bir araçtır çünkü İlkeler, yasal olarak bağlayıcı bir kurallar dizisi olarak tasarlanmamıştır ve öyle olması amaçlanmamıştır. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin temel amacı, bir Avrupa Sözleşmeler Yasası'na temel oluşturmaktır. Bu ilk adım olarak düşünülmüştür. Bununla birlikte, ilkeler, başka amaçlara da hizmet etmektedir. Yeknesaklığın korunması, mevcut birleşik ve uyumlu kanunların kendi yorumlama ilkelerine göre yorumlanması durumunda zedelenmektedir. Bu yüzden ilkeler vasıtasıyla, yeknesak bir yorum sağlamak için ortak bir yasal ortam sağlanmaktadır. Zira bunun yokluğunda, ulusal makamlar (kanun koyucular, idare, mahkemeler) birleşik kanunu yorumlarken onlara yol gösterecek olacak yeknesak kurallara sahip olmadığı için, kendi hukuklarına başvurma eğilimi gösterecektir. Ayrıca, birleşik hukuk tarafından yönetilen, ancak bununla açıkça çözülemeyen sorunları ulusal yasalarına uygun olarak çözmeye eğilimi göstermeleri de yeknesaklığı ortadan kaldırmaktadır. Tüm bu nedenlerle birleşik ve uyumlaştırılmış hukuk için gerekli ortamı sağlayacak ortak ilkelerin omurgası oluşturulmalıdır. Bu boşlukları doldurabilecek bazı ortak ilkeler, kurallar ve terimler olmalıdır. Bu tür kurallar belirlendiğinde, sözleşme hukuku ile ilgili konularda gelecekteki AB mevzuatı büyük ölçüde kolaylaştırılacaktır<sup>85</sup>. Lando ve Beale de İlkelerin *lex mercatoria*'nın (bir sözleşmenin genel hukuk ilkelerine tabi olduğunun belirtilmesi durumunda hakemler tarafından uygulanabilir<sup>86</sup>) modern bir formülasyonu olduğunu ifade etmiştir<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> McKendrick, s. 8.

<sup>85</sup> Lando, s. 577.

<sup>86</sup> Bkz.: PECL md. 1:101(3)(a).

<sup>87</sup> McKendrick, s. 9.

İlkeler başka açılardan da faydalı olabilir. Toplulukların yasama yapmayacağı alanlarda, ilkeler, ülkelerinin sözleşme yasasını değiştirmeyi düşünen ulusal yasa koyucular için bir kılavuz olabilir. Bazı AB ülkelerinde, yeni bir medeni kanunun oluşturulmasıyla bağlantılı olarak, borçlar hukukunun bir revizyonu düşünülmektedir. Avrupa ekonomik ve siyasi birliğinin şu andan çok daha yakın olacağı bir gelecekte de kalıcı olması ve uygulanması amaçlanan “Avrupa kurallarının” ortaya koyulması, ulusal yasa koyucular için faydalı olacaktır. Aynı durum, bir piyasa ekonomisine uyumlu yeni yasalar koymayı düşünen Orta Avrupa’nın eski sosyalist ülkeleri için de geçerlidir<sup>88</sup>.

Özetle, Avrupa özel hukukunun uyumlaştırılması üzerine çalışan Sözleşme Hukuku İlkeleri Komisyonu'nun en önemlisi, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin (PECL) ortaya koyulması olmuştur. Bağımsız akademisyenlerin ortaya koyduğu bu İlkeler, Avrupa özel hukukunun gelişiminde bir kilometre taşı olarak kabul edilmektedir. Bu durum sadece müşterek özel hukuk ilkelerinin oluşturulmasının uygulanabilir olduğu izlenimini güçlendirmekle kalmaz, aynı zamanda daha pratik bir amaçları da vardır. Bu bağlayıcı olmayan ilkeler kümesinin, Avrupa özel hukukunun uyumlaştırılması açısından ilerleyen yıllardaki gelişmeler için bir çerçeve oluşturmaları ve belki de ileride ortaya çıkacak bir Avrupa Medeni Kanunu’nun öncülü olmaları beklenmektedir<sup>89</sup>. Fakat amaçlanan bu olsa da çok uzun zaman önce Avrupa Medeni Kanunu oluşturulması düşüncesinden vazgeçilmiştir.

---

<sup>88</sup> Lando, s. 577.

<sup>89</sup> Miller, L. (2011). **The Emergence of EU Contract Law Exploring Europeanization**. Oxford New York: Oxford University Press, s. 145.

### 1.2.3. Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü (UNIDROIT) ve Uluslararası Ticaret Hukuku İlkeleri (PICC)

Uluslararası Özel Hukuku Uyumlaştırma Enstitüsü (UNIDROIT), İtalyan Hükümeti'nin önerisi üzerine, Milletler Cemiyeti'nin (League of Nations) Ekim 1924'te aldığı bir kararı takiben 1926 yılında kurulmuştur. Roma Üniversitesi'nde Roma hukuku profesörü olan Vittorio Scialoja'nın kişisel girişimleri bu süreçte önemli rol oynamıştır. 1926'da kurulan Enstitü, 30 Mayıs 1928'de Roma'da resmen açılmıştır. İtalyan Hükümeti, bir devlet mülkü olan Palazzo Aldobrandini'yi Enstitü'nün emrine vermiş ve sadece bütçesi ve binanın bakımını değil, aynı zamanda 200.000 ciltlik kitaba sahip bir kütüphanenin inşası ve kurulumunu üstlenmiştir.

UNIDROIT, 1926 yılında Milletler Cemiyeti'nin yardımcı organlarından biri statüsünde kurulmuştur. 1940'ta ise çok taraflı uluslararası bir antlaşma (UNIDROIT Statute) ile tekrar hayat bulmuştur<sup>90</sup>. Uluslararası sözleşmelerin veya yeknesak kanunların taslaklarının hazırlanmasından oluşan yasama uyumlaştırması ve uyumlaştırmanın metodolojik sorunlarının incelenmesi tamamlayıcı faaliyetlerini yürütmekte olan Enstitü, hükümetler arası bir organizasyon olup, tıpkı Milletler Cemiyeti gibi aslen yardımcı bir kurumdur. Üyeliğin belirli bir bölge veya kıtaya sınırlı olmaması anlamında, kavram olarak evrenseldir. BM ve belirli uzman kuruluşların yanı sıra bir dizi bölgesel uluslararası kuruluşla işbirliği anlaşmaları imzalamıştır. Resmi dilleri İngilizce, Fransızca, Almanca, İtalyanca ve İspanyolca'dır. Enstitü'nün ürettiği metinler, bazı yıllar uluslararası işbirliğini geliştirme girişimlerini engelleyen siyasi kargaşalara ve dünya çapındaki çekişmelere rağmen, devletler ve devlet grupları tarafından önemli ölçüde kullanılmıştır. Enstitü'nün faaliyetler ve özellikle de ortak uyumlaştırma hedefine doğru çeşitli düzeylerde çalışan farklı organlar arasında bir irtibat organı olarak gösterdiği işlev,

---

<sup>90</sup> Ekşi, N. (2020). "Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Cape Town Konvansiyonu ve Bu Konvansiyona Ek Protokoller", *İstanbul Mecmuası* 78 (3), 1387-1412, s. 1392.

devletlerin politik ve ekonomik olarak bütünleşmesi, uluslararası ticaret hacminin artması ve bunlara bağlı olarak uyumlaştırılmış ve yasal kurallara yönelik pratik ihtiyacın artmasıyla daha da önem kazandığı görülmektedir<sup>91</sup>.

Antlaşmanın 1. maddesi uyarınca, UNIDROIT'in<sup>92</sup> amacı, devletlerin ve eyalet gruplarının özel hukukunu uyumlaştırma ve koordine etme yollarını incelemek ve yeknesak özel hukuk kurallarının kademeli olarak hükümetler tarafından benimsenmesi için hazırlık yapmaktır. Bu amaçla Enstitü, yeknesak bir iç hukuk oluşturmak için kanun ve sözleşme taslakları hazırlamakta; özel hukuk alanında uluslararası ilişkilerin geliştirilmesine yönelik antlaşma taslakları hazırlamakta; karşılaştırmalı özel hukuk alanında çalışmalar yürütmekte; gerektiğinde ilişkilerini sürdürebileceği diğer kuruluşlar tarafından bu alanlardan herhangi birinde başlatılan projelere katılmakta ve konferanslar düzenleyerek ve geniş yayılımı hak ettiği düşünülen eserleri yayınlamaktadır<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Matteucci, M. (1973). "The History of Unidroit and the Methods of Unification". *Law Libr. J.*, 66, 286, s. 286.

<sup>92</sup> Enstitünün organ ve görevlileri şunlardır:

- Genel Kurul, her bir katılımcı hükümetin bir temsilcisinden oluşmaktadır. Meclisin olağan bir oturumu en az yılda bir kez Roma'da toplanmakta ve Yönetim Konseyi tarafından önüne koyulan Enstitü çalışma programını onaylamaktadır.
- İtalyan Hükümeti tarafından atanan Başkan, Enstitüyü temsil etmekte, Yönetim Konseyine ve Daimi Komiteye başkanlık etmekte ve Genel Sekreter ve Genel Sekreter Yardımcılığı görevleri için konsey adaylarını önermektedir.
- Başkan ve 16 ila 21 üyeden oluşan Yönetim Konseyi, Üyeler Genel Kurul tarafından 5 yıllık bir süre için atanmaktadır. Kurul, Uluslararası Adalet Divanı hakimleri arasından seçilen bir ek üye atayabilir. Yönetim Konseyi, Enstitü'nün amaçlarını gerçekleştirme yöntemlerini incelemekte, hangi konuların çalışılacağına karar vermekte, Enstitü faaliyetlerine ilişkin yıllık raporu ve yıllık gelir ve gider hesaplarını onaylamakta ve bütçeyi düzenlemektedir.
- Daimi Komite, Başkan ve Yönetim Konseyi tarafından kendi üyeleri arasından atanan beş üyeden oluşmaktadır. Enstitü'nün mevcut idaresi ile ilgili konularda ve Yönetim Konseyi tarafından kendisine sorulan diğer konularda karar vermektedir.
- Enstitü dışından, tercihen farklı milletlerden kişilerden seçilen üç asil ve bir yedek üyeden oluşan İdari Mahkeme; Genel Kurul tarafından 5 yıllık bir süre için seçilmektedir. Mahkeme, özellikle düzenlemelerin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili ihtilaflar olmak üzere, Enstitü ile görevlileri veya çalışanları veya talepte bulunma hakkı olan kişiler arasında ortaya çıkan ihtilafları çözme yetkisine sahiptir. Kurum ile üçüncü şahıslar arasındaki sözleşmelerden kaynaklanan herhangi bir farklılık, yargı yetkisinin söz konusu sözleşmenin tarafları tarafından açıkça tanınması şartıyla, Mahkemeye de sunulabilir.
- Sekreteryaya. Tüzük ve yönetmelik hükümlerine göre, Sekreteryaya, tümü Enstitü Başkanının önerisi üzerine Yönetim Konseyi tarafından atanan bir Genel Sekreter, iki Genel Sekreter Yardımcısı ve bir Kütüphane Direktöründen oluşmaktadır. Bkz.: Statute (incorporating the amendment to Article 6(1) which entered into force on 26 March 1993). UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, Erişim, <https://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf>, (07.02.2021), md.4-15.

<sup>93</sup> Matteucci, s. 286. Bkz.: Statute (26 Mart 1993'te yürürlüğe giren Madde 6 (1)'deki değişikliği içeren haliyle). UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, Erişim, <https://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf>, (07.02.2021).

UNIDROIT'in katılımcı hükümetlere karşı sorumlu uluslararası bir organ olduğunu belirten Antlaşmanın 2. maddesi ile Enstitüye uluslararası bir yasal statü verilmiştir. Enstitü, hem BM hem de işbirliği yaptığı diğer uluslararası kuruluşlar tarafından hükümetler arası bir kuruluş olarak kabul edilmiştir. Hükümetler, Antlaşmaya katılarak Enstitünün üyesi olmaktadır. Resmi tebligat İtalyan Hükümeti'ne gönderilmekte ve fesih durumunda da aynı prosedür izlenmektedir. Arjantin, Avustralya, Avusturya, Danimarka, Mısır (Arap Cumhuriyeti), Finlandiya, Fransa, Almanya (Federal Cumhuriyeti), Yunanistan, Macaristan, Hindistan, Japonya, Malta, Meksika, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye'nin aralarında olduğu toplam 63 üyesi vardır<sup>94</sup>.

1971 yılında PICC'e dair başlatılan proje ilk başta "Uluslararası Ticaret Hukukunun Aşamalı Kodifikasyonu (Progressive Codification of International Trade Law)" olarak adlandırılmış ancak bu adlandırmanın hatalı olduğuna karar verilerek ismi "Uluslararası Ticari Sözleşmeler için İlkelerin Hazırlanması (Preparation of Principles for International Commercial Contracts)" şeklinde güncellenmiştir. Bununla birlikte, Enstitü'nün önceki taahhütleri nedeniyle, başlangıçta biraz yanıltıcı bir başlık verilen Proje Enstitü'nün önceliklerinden biri değildir<sup>95</sup>.

İlkelerin çeşitli taslak bölümlerini hazırlamakla görevli özel bir Çalışma Grubunun kurulması 1980 yılını bulmuştur. Zamanla dünyanın belli başlı yasal ve sosyoekonomik sistemlerinin temsilcilerini de bünyesine alan Çalışma Grubu, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası ticaret hukuku alanında önde gelen uzmanlardan oluşmuştur. Bu uzmanların çoğu akademisyen, bazıları kıdemli yargıç veya devlet memurudur ancak hepsi Çalışma Grubunda bireysel olarak bulunmuş, başka bir deyişle kendi hükümetleri Çalışma Grubunda temsil etmemişlerdir. İlkelerin farklı bölümlerinin Raportörleri, Grup üyeleri arasından atanmıştır. Raportörlerin görevi, yorumlarla birlikte

---

<sup>94</sup> Erişim, <https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>, (07.02.2021).

<sup>95</sup> Bonell, M. J. (1978). "The UNIDROIT Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law". *Intl & Comp. L.Q.* 27/2, s. 413.



ilk taslak hazırlamaktan ibaret olmuştur. Daha sonra bu taslaklar Grup tarafından tartışılmış, kararlaştırılan değişiklikleri içerecek şekilde Raportörler tarafından revize edilmiş ve bu sayede Grup kararlarını yansıtır hale getirilmiştir. Taslakların son okuması Grup tarafından yapıldıktan sonra taslak İlkeler resmi “imprimatur/onay” için UNIDROIT Yönetim Konseyi’ne iletilmiştir. Taslakların tekil bölümlerinin metni, en tartışmalı olduğu kanıtlanan konuların bir listesiyle birlikte, görüşleri için Enstitü’nün 100’den fazla işbirlikçisi arasında da dağıtılmıştır. Dahası, taslaklar olası tepkileri ortaya çıkarmak için hükümetlere de iletilmiştir. PICC, 120 maddeden ve sırasıyla “Genel hükümler”, “Sözleşmenin Kurulması ve Temsil Yetkisi”, “Geçerlilik”, “Yorum”, “Sözleşmenin İçeriği, Üçüncü Kişilerin Hakları ve Koşullar”, “İfa”, “İfa Etmeme”, “Takas”, “Hakların Devri, Yükümlülüklerin Devri, Sözleşmelerin Devri”, “Zamanaşımı Süreleri”, “Birden Fazla Borçlu ve Alacaklı” olmak isminde onbir bölümden oluşmaktadır<sup>96</sup>. Maddeler genellikle tipik ayrıntılı uyumlaştırma yasalarından ziyade Avrupa kodifikasyonları tarzındadır. Her maddeye, kuralın ayrılmaz bir parçasını oluşturmayı amaçlayan ve kuralın nedenlerini ve uygulamada işleyebileceği farklı yolları açıklayan bir yorum koyulmuştur. Yorum, uygun olduğunda ayrı notlarda bibliyografik referanslarla birlikte resimler de içermektedir<sup>97</sup>.

PICC, “uluslararası ticari sözleşmeler için genel kurallar belirledikleri” ifadesiyle başlamaktadır. PICC’in kapsamının yalnızca “uluslararası” sözleşmelerle sınırlandırılmasının nedeni, bir hukuki işlem birden fazla ülke ile ilgiliyse bu durumda ülkelerin ulusal yasaları arasında kanunlar ihtilafının önlenmesidir<sup>98</sup>. PICC’in kapsamının “ticari” sözleşmelerle sınırlandırılmasının nedeni “tüketici işlemleri”ni İlkelerin

---

<sup>96</sup> UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law (2016). **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**, Rome, Erişim, <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>, (14.03.2021).

<sup>97</sup> Bonell, M. J. (1996). “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”. *Uniform Law Review* 26, s. 230-233.

<sup>98</sup> Bonell, M. J. (1992). “Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts”. *AJCL* 40/3, 617-633, s. 620.

kapsamından çıkarmaktır; zira çoğu hukuki düzende bu işlemler tüketiciyi korumayı amaçlayan çeşitli özel kurallara bağlıdır<sup>99</sup>.

Sözleşmelerin “uluslararası” niteliğini belirleme kriterler çok çeşitlidir. Hem ulusal hem de uluslararası mevzuatta, tarafların milliyetleri arasındaki farklılığa bakılması, farklı ülkelerdeki ikametgahları veya ikametlerinin dikkate alınması<sup>100</sup>, sözleşme gibi daha genel kriterlerin benimsenmesi, farklı devletlerin yasaları arasında bir seçim yapılması<sup>101</sup> veya uluslararası ticaretin çıkarlarını esas almak<sup>102</sup> gibi yollar benimsenebilir<sup>103</sup>. PICC bu kriterlerden herhangi birini açıkça tercih etmemektedir<sup>104</sup>. PICC’teki “uluslararası” sözleşmeler kavramı geniş yorumlanmaktadır. Başka bir ifadeyle yalnızca hiçbir uluslararası unsurun dahil olmadığı, tüm ilgili unsurların yalnızca bir ülke ile bağlantılı olduğu sözleşmeler PICC’in kapsamı dışındadır. Yine de bu son durumda bile taraflar, isterlerse, PICC’i kendi iç hukuklarının zorunlu kurallarına tabi olmak şartıyla sözleşmelerine uygulamayı kabul edebilecektir. Ayrıca tüketici ve tüketici olmayan sözleşmeler arasındaki ayrımla ilgili olarak, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde benimsenen kriterler değişiklik göstermektedir. PICC, “ticari” sözleşmeler kavramının aynı zamanda, yalnızca mal veya hizmetlerin tedariki veya değişimi için değil, yatırım gibi diğer ekonomik sözleşme türlerini de içerecek şekilde mümkün olan en geniş şekilde anlaşılması gerektiğini varsaymaktadır<sup>105</sup>.

PICC, “...taraflar sözleşmelerinin kendileri tarafından yönetileceğini kabul ettikleri zaman, [...] taraflar sözleşmenin hukukun genel ilkeleri (lex mercatoria gibi) tarafından yönetileceğini kabul ettikleri zaman [...] taraflar sözleşmelerini yönetecek bir

---

<sup>99</sup> Bonell, 1992, s. 621.

<sup>100</sup> David, s. 65.

<sup>101</sup> Lando, O. (1983). “European Contract Law”. *AJCL* 31, s. 653.

<sup>102</sup> Bkz.: UNIDROIT 1971, C.D. 50th Session, p. 93.

<sup>103</sup> Doğan, V. (2010). **Milletlerarası Özel Hukuk**. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 23, 24.

<sup>104</sup> UNIDROIT, “Önsöz” § 1.

<sup>105</sup> Bkz.: UNIDROIT (2016). “Önsöz (İlkelerin Amacı)/Preamble (Purpose of the Principles)”, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome, Erişim, <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>, (07.02.2021), § 2.

hukuk seçmedikleri zaman” uygulanacak olması bakımından farklıdır<sup>106</sup>. İç hukuku yorumlamak veya desteklemek için kullanılabilen ve ulusal veya uluslararası kanun koyucular için model olabilmektedir. Özetle PICC, ancak taraflar uygulanmasını baştan kabul ettikleri zaman bağlayıcı olarak görülebilir.

Esasları bakımından PICC, ulusal ve uluslararası yasa koyuculara genel sözleşme hukuku alanında veya özel işlem türleri açısından mevzuat taslağı hazırlamak için bir model görevi görebilmektedir. Ulusal düzeyde, sözleşmelerle ilgili gelişmiş bir hukuk kuralları bütünü olmayan ve uluslararası standartları uygulamak için en azından dış ekonomik ilişkiler açısından kanunlarını güncellemeyi amaçlayan ülkeler için yararlı olabilir. İyi tanımlanmış bir hukuk sistemine sahip, ancak sosyopolitik yapılarındaki son dramatik değişikliklerden sonra, yasalarını, özellikle de ekonomik konularla ve iş aktiviteleri ile ilgili olanları acil olarak yeniden yazma ihtiyacı duyan ülkelerin durumu da çok farklı değildir. Uluslararası düzeyde, PICC, sözleşmelerin ve model kanunların taslağının hazırlanmasında önemli bir referans noktası haline gelebilir. Ayrıca gelecekte imtiyaz sözleşmeleri ve profesyonel hizmet sözleşmeleri gibi sözleşmelerde önemli rol oynayabilir<sup>107</sup>.

Ayrıca PICC, uluslararası belgelerin yorumlanmasında ve tamamlanmasında da etkili olacaktır<sup>108</sup>. Zira uluslararası ya da ulusal hükümlerin anlamıyla ilgili sorular ortaya çıkarabilmektedir. Üstelik mevzuat, uygulanacağı tüm sorunları önceden tahmin edememektedir. Yerel kanunları uygularken, her hukuk sisteminde bulunan uzun süredir yerleşik ilkelere ve yorumlama kriterlerine güvenilebilir. Çeşitli ulusal hukuk sistemlerine resmen dahil edilmiş olmasına rağmen uluslararası olarak hazırlanmış ve üzerinde mutabık kalınmış olan araçlarla ilgili olarak durum çok daha belirsizdir.

---

<sup>106</sup> Bkz.: UNIDROIT, “Önsöz” § 4.

<sup>107</sup> Bonell, 1992, s. 625-633.

<sup>108</sup> Madde 1 (4)’e göre “İlkeler yeknesak hukukun araçlarını yorumlamak ya da desteklemek için kullanılabilir.”

Geleneksel görüŖe göre bu tür durumlarda yerel hukuka başvurulması doğrudur<sup>109</sup>. Ancak yargıçlar ve hakemler artık böyle bir milliyetçi veya “çatışmalı” yöntemi terk etmek ve bunun yerine uluslararası belgeleri özerk ve uluslararası yeknesak ilkelere göre yorumlama ve tamamlama eğilimindedir. Şimdiye kadar, uluslararası belgelerin yorumlanması ve tamamlanması için özerk ilkeler ve kriterler, farklı ulusal hukuk sistemlerinde benimsenen çözümlerin karşılaştırmalı bir incelemesine dayalı olarak her seferinde hakimler ve hakemler tarafından bulunmak zorunda kalınmıştır. İlkeler, bu bakımdan hakim ve hakemlerin işlerini önemli ölçüde kolaylaştıracaktır<sup>110</sup>.

PICC ayrıca, uluslararası ticari sözleşmelerin taslaklarının hazırlanmasında bir kılavuz görevi görmektedir. Bu tür sözleşmelerin tarafları, tanımı gereği farklı ülkelere aittir ve bu nedenle, ulusal bir hukuk sisteminden alınan bir terminoloji temelinde birbirleriyle iletişim kurmakta güçlük çekebilirler, bu durumun sonuçları en azından bir taraf için olumsuz olacaktır. Taraflar, PICC’te benimsenen diğer terim ve ifadeleri kullanarak, sözleşmelerinin müzakere edilmesi ve taslağının hazırlanmasını tarafsız bir dille sağlayabilmektedir<sup>111</sup>.

Dahası PICC’in pedagojik bir işlevi vardır. Çünkü ilgili farklı türdeki sözleşmelerde yer alan ana hukuki sorunları tespit etmede ve olası çözümler önermede taraflara yardımcı olabilmektedir. Örneğin, fiyat belirlemeye dair 5.7. madde, sözleşmenin imzalanması sırasında genel olarak uygulanan fiyata taraflarca herhangi bir belirleme yapılmamışsa tarafları fiyat üzerinde mutabık kalmak için her türlü çabayı göstermeye veya sözleşme fiyatı belirlenmesi çok zor bir ürün üzerinden yapılıyorsa en azından “makul” bir fiyat belirlemeye davet etmektedir. Aynı şekilde 6.2.2 ve 7.1.6

---

<sup>109</sup> Bonell, 1992, s. 627’den naklen: Kropholler, J. (1975). **Internationales Einheitsrecht Allgemeine Lehren**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 204ff.

<sup>110</sup> Bonell, 1992, s. 627.

<sup>111</sup> Bonell, 1992, s. 628.

maddeleri sırasıyla aşırı ifa güçlüğü ve mücbir sebepleri ve hangi durumda yürürlüğe gireceklerini tanımlamaktadır<sup>112</sup>.

Sonuç olarak, PICC mevcut ulusal hukuk sistemlerinde ortak olan ve uluslararası ticari sözleşmelerin özel gereksinimlerine en iyi şekilde uyarlanmış ilkeleri açıklamayı amaçlayan bir kurallar sistemidir. Bu itibarla bir tür modern “ius commune” veya “lex mercatoria” olarak kabul edilebilir. Tarafların kendileri veya anlaşmazlık durumunda hakemler ve en azından belli bir ölçüde mahkemeler bunlara sözleşmeyi yöneten kurallar olarak bakabilir<sup>113</sup>. Ayrıca uluslararası ticaretin modern hukuku olacak bir uluslar üstü ticaret ilkelerinin oluşturulması uluslararası sözleşme kurulması ve uluslararası sözleşme hakemliği için çok olumlu bir gelişmedir<sup>114</sup>. Tüm bu özellikleri nedeniyle PICC, övgüye mazhar olmaktadır.

#### **1.2.4. Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımlar ve Model Kanunlar Taslak Ortak Referans Çerçevesi (DCFR)**

1980’lerden beri, Avrupa Kurumları, iç pazarın tamamlanması için özel hukukun belirli sektörlerinin uyumlaştırılmasının ne kadar önemli olduğunun altını çizmektedir<sup>115</sup>. AB direktiflerini, düzenlemelerini, eylem planlarını ve yeşil belgeleri içeren tüketici ve sözleşme hukukunu uyumlu hale getirmek için çeşitli girişimler başlatılmıştır<sup>116</sup>. AB’deki ulusal sözleşme kanunları arasındaki farklılıklardan kaynaklanan sorunların nasıl ele alınacağına ilişkin bir danışma ve tartışma süreci başlatan Temmuz 2001 tarihli Avrupa

---

<sup>112</sup> Bonell, 1992, s. 629.

<sup>113</sup> Bonell, 1992, s. 629.

<sup>114</sup> Berger, K. P. “The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century View of Transnational Commercial Law”, Erişim, [https://www.trans-lex.org/2/\\_/a-21st-century-view-of-transnational-commercial-law/](https://www.trans-lex.org/2/_/a-21st-century-view-of-transnational-commercial-law/), (10.12.2020).

<sup>115</sup> Keirse, A. L. (2011). European Impact on Contract Law-A Perspective on the Interlinked Contributions of Legal Scholars, Legislators and Courts to the Europeanization of Contract Law. *Utrecht L. Rev.*, 7, 34, s. 34.

<sup>116</sup> Cristina, A. (2012). “The Europeanisation of Contract Law and the Role of Comparative Law: The Case of the Directive on Consumer Rights”. *OJC* 1: 1-17.

Sözleşme Hukuku Tebliği<sup>117</sup> ile Komisyon tarafından Avrupa düzeyinde önemli bir adım atılmıştır. 2001 Tebliği, farklı terimler ve kavramlar uyumlaştırılmış sonuçlara ulaşmada engel oluşturabileceğinden, Avrupa sözleşme hukukunda ortak bir terminolojiye ulaşmanın önemini ilk kez vurgulamıştır<sup>118</sup>.

2003 tarihli bir başka Tebliğ'de<sup>119</sup>, Avrupa Komisyonu daha tutarlı bir Avrupa sözleşme hukuku için bir Eylem Planı başlatmıştır. Komisyon daha sonra, hazırlık niteliğindeki yasal araştırmayı yürüten uluslararası bir akademik ağın çalışmalarını finanse etmiştir. Bu araştırma çalışması 2008 sonunda tamamlanmış ve Taslak Ortak Referans Çerçevesi (DCFR)'nin<sup>120</sup> akademik bir metin olarak yayınlanmasını sağlamıştır. Buna paralel olarak, Association Henri Capitant des solutions Amis de la Culture Juridique Française ve Principes Contractuels Communs'u hazırlayan Société de Legislation Comparée<sup>121</sup> tarafından analitik çalışma da yürütülmüştür.

Komisyon, Eylem Planının bir parçası olarak, ortak terminoloji ve kurallar açısından en iyiyi sağlamak amacıyla, temel kavramları ve “sözleşme”, “hasar” gibi soyut terimleri tanımlayarak Ortak Referans Çerçevesi (Common Frame of Reference CFR)'ni<sup>122</sup> detaylandırmak için Birlik çapında bir akademik projeyi finanse etmiştir. DCFR'nin sözleşme hukukunun ötesine geçmekte ve haksız fiil, gereksiz zenginleştirme, tröstler ve kişisel mülkiyet dahil olmak üzere özel hukukun çoğunu kapsamakta olduğu unutulmamalıdır<sup>123</sup>. Örneğin, DCFR'de sözleşme kavramını

---

<sup>117</sup> COM (2001) 389 def., Brussels, 11.07.2001.

<sup>118</sup> Pozzo, B. (2020). “Looking for a Consistent Terminology in European Contract Law”. *Lingue Culture Mediazioni-Languages Cultures Mediation (LCM Journal)*, 7(1), 103-126, s. 114.

<sup>119</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A more coherent European contract law – An action plan, Brussels, 12.2.2003, COM (2003) 68 final.

<sup>120</sup> von Bar, C./Clive, E./Schulte-Nölke, H. (2009). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Outline Ed. München: Sellier European Law Publisher.

<sup>121</sup> Fauvarque-Cosson, B./Denis, M. eds. (2008). **European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules**. München: Sellier European Law Publishers.

<sup>122</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, Brussels, 11.10.2004, COM (2004) 651 final.

<sup>123</sup> Eidenmüller, H. vd. (2008). “The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems”. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.: 28, No.: 4, s. 659-708.

tanımlama seçimi, bu kavramı tanımlamayan PICC veya PECL gibi diğer esnek hukuk belgelerine kıyasla çığır açan bir değişiklik olarak görülmelidir. PECL’de sözleşme kavramını tanımlamama kararı, çeşitli hukuk geleneklerine ilişkin Avrupa ulusal sistemleri açısından mümkün olduğunca tarafsız olma niyetine dayandırılmıştır. PECL madde 2:101’i, hiçbir yerde açıkça tanımlanmayan sözleşmenin nasıl sonuçlandırılacağını tanımlamakta, ancak bir sözleşmeyi bağlayıcı olarak değerlendirmek için başka hiçbir unsur gerektirmemektedir<sup>124</sup>. Aksine, DCFR’de yapılan seçim, herhangi bir ulusal yasal bağlamdan bağımsız olarak, özerk bir sözleşme tanımı sunmak olmuştur. DCFR, sözleşme kuruluşu için gerekli şartları listelemekten bunun yerine ne olursa sözleşmenin var olamayacağına odaklanmaktadır. DCFR’nin kendine özgü bir özelliği<sup>125</sup>, sonundaki yer alan tanımlar listesidir. DCFR, Çalışma Grubu tarafından kullanılan hukuki terimlerin anlamını açıklığa kavuşturan kapsamlı bir tanım listesi sunan ilk bağlayıcı olmayan (esnek) hukuktur. DCFR’nin amacını en açık şekilde ortaya koyan da bu seçimidir: yeni, yaygın ve kapsamlı bir terminoloji ve taksonomi sisteminin oluşturulması<sup>126</sup>.

Çalışma Grubu, yeni bir lingua franca’nın ortaya çıkmasını destekleyerek, “herhangi bir hukuk sisteminden alınan hukuksal ve teknik özelliklerden” kaçınmıştır. Ortaya çıkan Avrupa hukuk düzeninin çok dilli olması nedeniyle, “istenmeyen anlamlar taşımadan kolaylıkla tercüme edilebilecek” sözcükler kullanılmıştır<sup>127</sup>. Bu nedenle “haksız fiil” ve “ceza” gibi terimlerden kaçınılarak yerlerine açıklayıcı ifadeler koyulmuştur. Örneğin haksız fiiler, “bir başkasına verilen zarardan kaynaklanan sözleşme dışı sorumluluk” olarak anlatılmıştır. Zarar gören taraf, “yasal olarak önemli ölçüde zarara uğramış kişi” ve haksız fiili uygulayan kişi “zarara neden olan kişi” olarak ifade

---

<sup>124</sup> Marchetti, C. (2012). “Legal Categories and Legal Terms in the Path towards a European Private Law: The Experiment of the DCFR”. *ERPL* 20/5 -6, s. 1265-1276.

<sup>125</sup> Pozzo, 2020, s. 116.

<sup>126</sup> Marchetti, s. 1265-1276.

<sup>127</sup> DCFR, Giriş, s. 29.

edilmiştir<sup>128</sup>. Mümkin oldukça her zaman yeni sözcükler yaratılmıştır, bunların bazıları tanımlayıcı, bazıları gerçek çevirilerdir. Örneğin, mücbir sebep (force majeure) kuralına “kontrol edilemeyen olay”<sup>129</sup>, Almanca “Rücktritt”, “tek taraflı geri çekilme (unilateral withdrawal)” ve “Rechtsgeschäft” ise “hukuki işlem (juridical act)” olarak adlandırmıştır<sup>130</sup>. Latince ifadelerden de kaçınılmıştır<sup>131</sup>.

DCFR'nin İngilizce olarak kaleme alınmış olmasına rağmen, “bu” İngilizcenin genel hukuk kavramlarını ifade eden İngilizceden farklı olduğunun da altını çizmek gerekir. DCFR bağlamında İngilizce, klasik bir medeni hukuk geçmişi ile ilişkilendirilen tarafsız veya açıklayıcı bir dil haline gelmiştir. Böylelikle, artık ortak hukuk kavramlarını (ya da spesifik bir tarihsel hukuk düzenine ait olanları) değil, daha ziyade Üye Devletlerin kültürel ve hukuki arka planlarından büyük ölçüde etkilenen Avrupa hukuk sistemini aktarmaktadır<sup>132</sup>. DCFR'nin diline ilişkin bir İngiliz Değerlendirmesi, taslağı hazırlayanların genel olarak “kurallarını İngilizce'de anlaşılır olan ancak İngiliz hukukunun teknik kavramlarına fazla bağlı olmayan terminolojide ifade etmeyi” başardığını doğrulamaktadır<sup>133</sup>.

Bazı bilim insanları, uyumlaştırılmış bir hukuk biçiminin kültürel ve dilsel çeşitliliğini korunmasının nasıl olabileceğini sorgulamıştır<sup>134</sup>. DCFR'nin yaklaşımı, tüm Avrupa hukuk kültürlerinden avukatların eşit düzeyde katılımını sağlayarak ve AB Üye Devletlerinin tüm yasal sistemlerini yansıtmaya çalışarak çeşitliliğe saygı duyulmasıdır. Dil çeşitliliğine, DCFR olabildiğince çok Avrupa diline çevrilerek saygı duyulmuştur<sup>135</sup>

---

<sup>128</sup> DCFR VI. -1:01.

<sup>129</sup> DCFR VI. -5:302.

<sup>130</sup> DCFR II-1:101.

<sup>131</sup> Pozzo, 2020, s. 117.

<sup>132</sup> Pozzo, B. (2015). “Comparative law and the new frontiers of legal translation” in **Language and culture in EU law: Multidisciplinary perspectives** (Ed. Susan Šarčević), Routledge, s. 73-87.

<sup>133</sup> Pozzo, 2020, s. 117.

<sup>134</sup> Sefton-Green, R. (2006). “Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code” in **The Politics of a European Civil Code** (Ed. Martijn Willem Hesselink), The Hague: Kluwer Law International.

<sup>135</sup> Giliker, P. (2013). “The Draft Common Frame of Reference and European contract law: moving from the “academic” to the “political” text”. in **The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos**, Devenney, J., & Kenny, M. (Eds.). Cambridge University Press, s. 30.



ancak böylesine bir belgeyi AB'nin 23 diline isabetli bir şekilde çevirmenin ne kadar mümkün olduğu da tartışma konusudur<sup>136</sup>.

Bu durumla ilgili olarak, çözülmesi gereken yeni sorunları vurgulayan belirli gözlemler yapılabilir. Öncelikle hukuki çeviri problemleri artık bir karşılaştırmalı hukukçunun terimi bir dilden diğerine çevirdiği klasik olanlardan ayrılmıştır zira artık bir kavramı bir hukuk sisteminden diğerine standart bir şekilde taşımak çok zordur. Çok dilli bir bağlamda yapılan çeviriler, çok dilli mevzuatla ve özellikle hukukun uyumlaştırılmasıyla aynı amaçlara hizmet etmelidir. Sorun, bir dil ile diğeri arasındaki çeviri açısından ortaya çıkmamakta, bunun yerine 23 resmi dil ile İngilizce arasında ortaya çıkmaktadır. Bu dilin bir aracı olarak hareket edebilmesi için bir dereceye kadar tam olarak yeniden keşfedilmesi gerekmiştir. Başka bir deyişle; amaç, bir yasaı İngilizce olarak öyle bir formüle etmektir ki; bu yasa, diğeri 22 resmi dile çevrildiğinde aynı sonucu versin. Bu kolay bir şey değildir<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Pozzo, B. (2016). "The Challenges of a Multi-lingual Approach" in **Research Handbook on EU Consumer and Contract Law** (Ed. Christian Twigg-Flesne), Edward Elgar Publishing, s. 138-158.

<sup>137</sup> Pozzo, 2020, s. 118.

## İKİNCİ BÖLÜM

### SÖZLEŞMENİN KURUCU UNSURLARI VE SÖZLEŞMENİN KURULMASI

#### 2.1. Sözleşme Kavramı, Sözleşmenin Şekli ve Yorumu

##### 2.1.1. Ulusal Mevzuatlar

Sözleşmeler hukukunda hukukun uyumlaştırılması çerçevesinde sözleşmenin kurucu unsurları ve sözleşmenin kurulmasının incelenmesine geçilmeden önce “sözleşme” teriminin anlamı karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde ele alınmalıdır. Zira AB Üye Devletleri arasında ve aynı zamanda Birlik dışında yapılan karşılaştırmalı hukuk çalışmaları, “sözleşme” teriminin kullanımında hukuk sistemleri arasında küçük veya büyük bir dizi farklılığın olduğunu göstermektedir. Sözleşme, bazen hukuki sonuçlar üretmek amacıyla iradelerin buluşması olarak, bazen daha geniş bir şekilde, etki yaratma ihtimali olan bir niyet beyanı olarak kabul edilmektedir<sup>138</sup>. Sözleşme, iki veya daha fazla bireysel iradenin mutabakatını gerektiren hukuki bir eylem olarak anlaşılmaktadır. Sözleşmede iradelerin birleşmesi bir yükümlülük doğurmayı amaçlamaktadır. Dar manada, sözleşme, bir zorunluluğu tadil etmek veya feshetmek ya da bireysel olmayan bir hakkı yaratmak, aktarmak veya feshetmek amacı güden “konvansiyon”dan ayrılmaktadır<sup>139</sup>.

Öncelikle çok sayıda ulusal mevzuatta, bir sözleşmenin ancak iki kişi arasında genellikle bir icap ve kabulün birleşmesi ile oluşan bir anlaşma olduğu<sup>140</sup> hükme

---

<sup>138</sup> Fauvarque-Cosson & Mazeaud, s. 3.

<sup>139</sup> Fauvarque-Cosson & Mazeaud, s. 22.

<sup>140</sup> Klasik teoriye, sözleşmenin mevcudiyeti (Latince consensus ad idem ile ifade edilir) genellikle sözleşme süreci icap ve kabul olarak ikiye ayrılarak tespit edilmektedir. Bir sözleşme yalnızca taraflardan biri (icap veren) bir icapta bulunduyorsa (offre, Antrag, aanbod) ve diğer taraf (icaplı alan) bu icapı bir kabul yoluyla kabul ettiyse (acceptation, Annahme, aanvaarding) mevcuttur. Bu model, taraflar arasındaki müzakereleri veya daha önceki temasları analiz etmenin uygun bir yoludur: Bir teklif ve buna karşılık gelen bir kabul belirleyerek, sözleşmenin tam olarak hangi andan itibaren ortaya çıktığı netleşir. Kabulden önce, hiç kimse

bağlanmıştır. Bununla birlikte, bu iradelerin birleşmesi bir sözleşmenin var olduğuna karar vermek için yeterli değildir, ayrıca “ tarafların” bağlayıcı etkiler yaratmaya niyetli olmaları da gerekmektedir. Örneğin Fransız Medeni Kanunu’nun 1101. maddesine göre sözleşme, bir veya daha fazla kişinin kendilerini bir veya birkaç başka kişiye bir alışveriş gerçekleştirmek, bir şeyi yapmak veya yapmamak için bağladıkları bir anlaşmadır<sup>141</sup>.

### 2.1.1.1. Causa (Sözleşmenin Nedeni) ve Consideration (Karşılıklılık)

Sözleşme kavramının Fransa, Almanya ve İngiltere’deki anlamını tespit etmek açısından “causa (sözleşmenin nedeni)” ve “consideration (karşılıklılık)” kavramlarına değinilmesi önem arz etmektedir. Fransız hukukunda medeni kanun değişiklikleri çerçevesinde sözleşme kavramının geçirdiği değişim, ilk olarak Napolyon’un adıyla anılan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nun (Napolyon Kanunu) kabulüyle başlamıştır. Fransız hukukçu Eugene Gaudemet’e göre sıklıkla değiştirilmesine rağmen hala yürürlükte olan bu Kanunun kabulünden önceki ve sonraki dönem, birbirinden farklı iki alemdir. 1804’ten önce harfiyen metne bağlılık, sonra ise hukuku adeta pozitif bir bilim haline getiren serbest bir araştırma tarzı anlayışı hakim olmuştur<sup>142</sup>. Hukuku, pozitif bir bilim olarak ele almasıyla övülen Napolyon Kanunu’nun, 1804’ten beri sözleşmeler rejiminde neredeyse hiç reforme edilmediği sıklıkla vurgulanmıştır<sup>143</sup>. Bu

---

sözleşmeye bağlı değildir, ancak kabul edildikten sonra bir taraf (tek taraflı bir sözleşme olması durumunda) veya her iki taraf (ikili bir sözleşme olması durumunda) bağlıdır. Ali ikiz kardeşi Ahmet’e montunu 150 TL’ye satın alabileceğini söylediğinde, bu icap genellikle açık bir şekilde yapılır, ancak bir süpermarket müşterileri tarafından satın alınmak için ürünleri rafa koyduğunda olduğu gibi durumun koşullarından da icap çıkarılabilir. Bkz.: Smits, s. 42.

<sup>141</sup> Bkz.: The Law of Contract, The General Regime of Obligations, and Proof of Obligations The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 translated into English by John Cartwright Bénédicte Fauvarque-Cosson and Simon Whittaker, Erişim, [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf), (15.03.2021), md. 1101.

<sup>142</sup> Gaudemet, E. (1944). “1804’ten Beri Fransız Medeni Kanununun Fransa’da Yorumlanması (1)”. (Çev.: Kemal Gürsoy). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (1), s. 289.

<sup>143</sup> Grundmann, S. & Schäfer, M.S. (2017). “The French and the German Reforms of Contract Law”, *European Review of Contract Law* 13(4): 459–490, s. 466’dan naklen: C. Asfar-Cazenave, ‘La réforme du droit français des contrats’ (2015) *Revue juridique Thémis de l’Université de Montréal* 717–755, 725

nedenle, Napolyon Kanunu'nun, sözleşme hukuku ve borçlar hukukundaki gelişmeleri yakalayamadığı ifade edilmiştir. Yasa orijinalitesini korumuş, ancak tam da bu nedenle - ve bir dereceye kadar- “ölü yasa” haline gelmiştir. Bu yüzden 10 Şubat 2016 tarihinde yürürlüğe giren 2016-131 sayılı Kanun'la (2016 Reformu) değiştirilen ve yeni hükümler eklenen yeni Fransız Medeni Kanunu (FMK), aynı halefi Napolyon Kanunu gibi yeni bir çağ açmıştır<sup>144</sup>.

Bu Kanun, sözleşme hukuku açısından Fransa için bir dönüm noktasıdır. Konumuz açısından önemli olduğu yanlardan ilki, sözleşmenin kurulum aşaması ve hatta sözleşme öncesi aşama hakkında yeni kurallar getirmesinde ortaya çıkmaktadır. Tarafların gerçek iradesine daha fazla ağırlık verilerek “causa” koşulu terk edilmiştir. Causa, sözleşmenin taraflarının sözleşmeye girmelerine yönelik hukuki sebeptir<sup>145</sup>. Napolyon Kanunu'nun 1131. maddesinde “herhangi bir sebebe dayanmayan veya hatalı ya da hukuka aykırı bir sebebe dayanan yükümlülükler geçerli değildir” denilmekte ve 1133. maddede “sebebe, kanunlar tarafından yasaklanmışsa ya da dürüstlük kurallarına veya kamu düzenine aykırı ise hukuka aykırıdır” olarak tanımlanmaktaydı<sup>146</sup>.

Causa gerekliliğinden vazgeçilmesi, Fransız reformunun önemli özelliğidir<sup>147</sup>. Bu ön koşulun terk edilmesi oldukça “maliyetsiz” ve Fransız hukukunu küresel olarak daha çekici kılmak için de aynı zamanda çok önemli bir husustur. Causanın varlığını savunan görüşlerde zayıf veya üçüncü şahıslar üzerindeki etkileri açısından sorunlu olabilecek sözleşmelerin varlığının “causa”yı gerekli kıldığı iddia edilmiştir. Ancak bu sözleşmelerdeki bu gereklilik zaten FMK'da da korunmuştur. Bu tür bir inceleme için bir

---

<sup>144</sup> Smits, J. M. & Calomme, C. (2016). “The Reform of the French Law of Obligations – Les Jeux Sont Faits”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1–12, s. 3.

<sup>145</sup> Ergün, Ç. E. (2004). “Sözleşmeler Hukukunda Consideration/Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti Kavramı ve Causa/Hukuk Neden ile İşlevsel Denkliliği Meselesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53/4, s. 89.

<sup>146</sup> 1804 Tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun İngilizce metni için Bkz.: Erişim, [https://www.napoleon-series.org/research/government/code/book3/c\\_title03.html#chapter2](https://www.napoleon-series.org/research/government/code/book3/c_title03.html#chapter2), (10.05.2021).

<sup>147</sup> Grundmann & Schäfer, s. 479'dan naklen: Mazeaud, D. (2014). “Pour que survive la cause, en dépit de la réforme!”. *Droit et Patrimoine* 240, s. 39–40; Genicon, T. (2015). “Défense et illustration de la cause en droit des contrats”. *Receuil Dalloz*, s. 1551–1557.

araç olarak “causa”yı düzenleyen Napolyon Kanunu’nun 1133. maddesinin içeriği, FMK’da 1162. maddede yer almaktadır. Dahası “causa” ön koşulunun taraflar arasında özgür fikir birliğinin gösterilebildiği, ancak somut bir ekonomik hedefin gösterilemediği sözleşmeleri yasaklamak şeklindeki ikinci işlevi, zaten pratikte önemli değildi ve dahası tartışmalıydı<sup>148</sup>.

Alman hukuku, Fransız hukukuyla karşılaştırma için muhtemelen ideal aday değildir, zira Alman Medeni Kanununun (BGB) uygulanmaya başlamasından sonra (ve aslında daha öncesinde de) “*nudum pactum*” (çıplak vaat)un -sözleşme nedeni gereksinimi olmaksızın- meşruiyeti kabul edilmektedir<sup>149</sup>. BGB, bir sözleşmenin kurulmasını düzenlerken irade veya niyet beyanı kavramını kullanmıştır. Bu ise, Pandekt hukukundan kaynaklanmaktadır<sup>150</sup>. Bununla birlikte, Alman içtihadı, böyle bir ön koşul aranmasa bile, pek fazla sahte sözleşmenin mahkemeye gelmediğini ve etkilenen (daha zayıf veya üçüncü) taraflar üzerinde olumsuz etkileri olduğunda ifa edilmediklerini göstermektedir<sup>151</sup>.

Causaya paralel bir “consideration” gerekliliği bulunan İngiltere karşılaştırma için daha uygun olabilecektir. Consideration, Anglo-Amerikan hukukunda kullanılmaktadır. Consideration, sözleşmenin taraflarından birinin verdiği taahhüdü ifa etmesinin karşılığında sözleşmenin diğer tarafının sağladığı fayda veya üstlendiği kayıptır<sup>152</sup>. İngiliz hukukuna göre, bir mahkeme bir sözleşmeyi ancak gerçekten bir consideration yoksunluğu olan durumlarda uygulamayı reddedecektir. Fransa’nın aksine, considerationın gülünç olması veya tarafların sözleşmeye girdiklerinde sahip oldukları öznel beklentileri karşılamaması yeterli değildir. Consideration, objektif olarak

---

<sup>148</sup> Fauvarque-Cosson, B. (2015). “Towards an important reform of the French Civil Code”. *Montesquieu Law Review* 2–15, s. 4.

<sup>149</sup> Grundmann & Schäfer, s. 480.

<sup>150</sup> Horn, Kotz & Leser (1982). **German Private and Commercial Law: An Introduction (Trans. by Tony Weir)**, Oxford University Press, s. 75.

<sup>151</sup> BGB’de belirsiz sözleşmeler durumunda üçüncü tarafın etkili bir şekilde korunması, muvazaalı sözleşmelerle (Scheingeschäfte) ilgili 117. madde gibi hükümlerle sağlanmaktadır. Bkz.: Grundmann & Schäfer, s. 480.

<sup>152</sup> Ergün, s. 89.

değerlendirilir. Kâfi derecede olmalıdır; uygun olması gerekmez<sup>153</sup>. Öte yandan, bugün sözü edilen causa ve consideration ön koşullarının önemi giderek azaltılmaktadır<sup>154</sup>.

2016 Reformunun birçok özelliği, sözleşme öncesi aşama ile ilgilidir, daha kesin olarak ifade edilirse FMK'da sözleşmeden önceki aşamaya olması (sözleşme öncesi sorumluluk [*culpa in contrahendo*]) gerektiği gibi önem atfedilir. Bu özelliklerden en azından ikisi, büyük ölçüde Fransız ve Alman hukukunu uyumlu hale getirmektedir<sup>155</sup>. İlk özellik, satıcının tek taraflı vaatleri yoluyla alıcı için bir opsiyon hakkı (option right) yaratma olanağının sunulmasıdır. Yani şartları vaatte belirlenmiş bir sözleşmenin oluşturulması alıcı tarafından tercih edilebilecektir. Nitekim FMK, md. 1124, bu tür bir taahhüdün iptal edilmesinin, opsiyon hakkını ortadan kaldırmadığını ve alıcı kendi opsiyon hakkını kullandığında bunun sözleşmenin kurulmasını engellemediğini belirtmektedir. Alman yasalarına göre bunun eşdeğeri, bağlayıcı icaptır (Almanya'daki varsayılan çözüm, her halükarda, BGB 145. maddedir)<sup>156</sup>. BGB md. 148'e göre süre, icapta bulunan tarafından süre uzatılabilir. Bununla birlikte, FMK'nın 1124. maddesinin 3. bendi verilen sözden haberdar olan üçüncü kişilere karşı da böyle bir opsiyon hakkının bağlayıcı gücünü hükme bağlamıştır<sup>157</sup>.

İkinci özellik, Yeni Kanunun 1123. maddesinde kaleme alınan ön alım sözleşmesidir. Ön alım sözleşmesi, taraflardan birinin, sözleşmenin konusu olan şeyi bir üçüncü kişiye satması halinde, sözleşmedeki hak sahibine tek taraflı bir irade beyanıyla satılan şeyin mülkiyetinin kararlaştırılan bedel karşılığında öncelikle kendisine devredilmesini talep yetkisi veren bir sözleşmedir. Bir ön alım sözleşmesine aykırı olarak

---

<sup>153</sup> Bell, J., Boyron, S. & Whittaker, S. (2008). **Principles of French Law**. 2nd Ed, Oxford: Oxford University Press, s. 321, 322.

<sup>154</sup> Bassani, V. & Mincke, W. (1997). "Europa sine causa?". *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, s. 599–614; Beale, H., Fauvarque-Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D. & Vogenauer, S. (2010). **Cases, Materials and Text on Contract Law**, 2nd Ed, Oxford: Hart, s. 169–238.

<sup>155</sup> Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Tallon & Vogenauer, s. 371-428.

<sup>156</sup> Grundmann & Schäfer, s. 481'den naklen: Sonnenberger, H. J. (2017). "Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr 2016-131 vom 10.2.2016". *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 6-67, s. 27.

<sup>157</sup> Grundmann & Schäfer, s. 481.

üçüncü bir şahıs ile bir sözleşme imzalandığında, bu sözleşmenin yararlanıcısı uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Üçüncü tarafın ön alım sözleşmesinin varlığından ve yararlanıcının bundan yararlanma niyetinden haberdar olması durumunda, yararlanıcı, hükümsüzlük davası açabilir veya mahkemeden, sözleşmedeki üçüncü kişinin yerine geçmesini isteyebilir. Alman hukuku bu çözümü BGB madde 463 ve devamında “Vorkaufsrecht” terimi altında ele almıştır. Bütün bunlarda, Alman hukukunun bir *nudum pactum* (çıplak vaat) için geleneksel tercihi hissedilebilirken, Fransız hukuku artık güçlü bir şekilde “sözleşme nedeni” ön koşulundan sapsmış ve “sözleşme öncesi” evresine verdiği önemle bunu istikrarlı bir şekilde yapmıştır<sup>158</sup>.

Causa ya da consideration gibi ön koşulların aranmadığı İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1. maddesine göre ise “ tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla sözleşme kurulur”<sup>159</sup>. Bu hüküm, sözleşmenin açık bir tanımını vermez, ancak sözleşmenin tarafların iradelerinin birleşmesinin sonucu olduğunu ima etmektedir. Benzer şekilde İsviçre’den iktisap ettiğimiz<sup>160</sup> Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 1. maddesine göre “sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur”.

Bu bilgiler ışığında sözleşmenin, iki veya daha fazla bağımsız tarafın birbirlerine karşılık gelen ve birbirlerine bağlı irade beyanları ile oluşturulan hukuki bir işlem olduğu sonucuna varılabilir. Bu beyanlar, bir tarafın menfaatine hukuki sonuç doğurmak ve diğer tarafa yükümlülükler getirmek veya iki tarafa da aynı anda menfaat ve yükümlülükler getirmek amacı güdülerek yapılmaktadır. Bu çerçevede hukuki etki yaratma amacı

---

<sup>158</sup> Grundmann & Schäfer, s. 481.

<sup>159</sup> **Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code** (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911 (Status as of 1 February 2021), Erişim, [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317\\_321\\_377/en](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en), (15.03.2021).

<sup>160</sup> Bozkurt, G. (2010). **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci, 1839-1939**. Türk Tarih Kurumu Basımevi: Ankara.

taşımayan nezaket eylemi teşkil eden bir irade açıklaması veya gönüllü yardım ilişkileri gibi irade uyuşmaları sözleşme olarak benimsenemeyecektir<sup>161</sup>.

### 2.1.1.2. Şekil Serbestisi İlkesi

Bu noktada tartışılması gereken bir diğer önemli husus, sözleşmenin şekli meselesidir. Kıta Avrupası hukuk geleneği olan ülkelerde yaygın olan şekil serbestisi ilkesi, borç doğuran sözleşmelerin geçerliliğinin özel bir şekil şartına bağlı olmamasıdır. Bu ilkenin kaynağı, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleridir<sup>162</sup>. Tarafların yazışma yaptıkları ve sözlü beyanlarda buldukları hallerde, şekil serbestisi ilkesi şekil konusunda, ön yazışma, sözleşmesel beyanlar ve sözleşmenin akdedilmesinden sonraki haberleşmeler arasında ayırım yapmayı gereksiz kılmaktadır<sup>163</sup>.

### 2.1.1.3. Sözleşmenin Yorumu ve Merger Klozu

Bir diğer önemli husus, sözleşmelerin yorumudur. Sözleşmenin yorumlanmasıyla, sözleşmeyi kuran taraf iradelerinin manası ve bu iradelerin yöneldiği hukuki neticelerin tespiti sağlanacaktır. Örneğin TBK md.1'e göre geçerli bir sözleşmede, sözleşmenin taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun olarak ortaya koydukları iradelerinin hakiki manası, şüpheli veya tereddütlü olabilir. Bu durumda sözleşme metni veya sözleşmede yer alan herhangi bir madde sözleşmenin taraflarından birine fayda sağlıyorsa, avantajlı konumda olan taraf aslında şüpheli veya tereddütlü olan maddelere göre hareket edilmesini isteyebilir. İşte bu, yorum uyuşmazlığına yol açmaktadır<sup>164</sup>. Böyle bir

<sup>161</sup> Fauvarque-Cosson & Mazeaud, s. 23.

<sup>162</sup> Eren, F. (2014). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 17. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 20.

<sup>163</sup> Schlechtriem, P. & Schwenzer, I. (2015). **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi** (Eds. Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy), İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 345, 346.

<sup>164</sup> Kocayusufpaşaoğlu, N. (2008). **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**. Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4.Baskı, Filiz Kitabevi: İstanbul, s. 331.



durumda sözleşme yorumlanmalıdır. Sözleşmelerin yorumunu düzenleyen TBK md. 19'a göre, "bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır". Bu doğrultuda sözleşmenin yorumlanmasındaki hedef, ilk olarak sözleşmenin taraflarının birbiriyle örtüşen hakiki iradelerini ortaya çıkarmaktır<sup>165</sup>.

Sözleşmenin yorumu yapılırken "merger klozu/entire agreement klozu"nun dikkate alınıp alınmayacağı önemli bir meseledir. Merger klotunu, sözleşmenin tarafları, akdettikleri sözleşmeye kendi iradeleriyle katabilir. Bu durumda sözleşmenin yorumlanırken sözleşmenin metni haricinde sözleşmenin taraflarının sözleşme akdedilmeden önceki görüşmelerinde yer alan beyanlar dikkate alınmayacaktır<sup>166</sup>. Merger klozu, Anglosakson hukuku çerçevesinde sözleşmeciler tarafından sıklıkla kullanılmaktadır. Ancak bu tip kurallar, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde pek görülmemektedir. Bu durum Anglosakson hukuk sistemlerindeki sözlü delil kuralının tarafların üzerinde anlaşmış olduğu her hususun sözleşmede bulunduğunu açıkça belirten bir yazılı sözleşmenin -örneğin merger klozu varsa- varlığında pazarlıklarda bir tarafın niyetinin yorumlanmasını engellemesinden kaynaklanmaktadır<sup>167</sup>.

Merger klotunun bulunmadığı sözleşmelerde sözlü delil kuralı (parol evidence rule)<sup>168</sup> ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda kuralı uygulamak için yargıç yazılı sözleşmenin bir anlaşmanın tamamını mı bir kısmını mı yansıttığına karar vermelidir. İlk durumda sözleşme "tamamen entegre" sayılır, eğer tersi ispat edilemezse yazılı

---

<sup>165</sup> Özdoğan, N. C. (2017). "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/1, s. 35.

<sup>166</sup> CISG Danışma Kurulu Görüşü No.: 3. "CISG ve 'Parol Evidence' Kuralı, 'Plain Meaning' Kuralı ve Sözleşmesel 'Merger Klozu' Anlaşmaları" içinde **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Danışma Kurulu Görüşleri** (Eds. Atamer, Y. M., Arslanyürek, Y. K. & Taşkın, Z. D. (2019). İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 47.

<sup>167</sup> Viscasillas, s. 374.

<sup>168</sup> Parol evidence kuralına göre, taraflar arasında kurulmuş yazılı sözleşmelerin yorumunda, sözleşme görüşmelerinde varılan ve bu yazılı sözleşmenin içeriği ile çelişki oluşturan sözlü anlaşmaların dikkate alınmaz. Bkz.: "CISG Danışma Kurulu Görüşü No.: 3 "CISG ve 'Parol Evidence' Kuralı, 'Plain Meaning' Kuralı ve Sözleşmesel 'Merger Klozu' Anlaşmaları".

sözleşmede hiçbir değişiklik yapılması mümkün olmaz. İkinci durumda ise sözleşme “kısmen entegre” sayılır, taraflar sözleşme ile tutarlı özellik gösteren ek hükümler üzerinde anlaştığı ölçüde değiştirilebilir ancak yazılı hükümlere zıt olanlar reddedilir<sup>169</sup>.

## 2.1.2. Uluslararası Metinler

Ulusal mevzuatlarda durum böyleyken; CISG<sup>170</sup>, PECL<sup>171</sup>, PICC<sup>172</sup> ve DCFR<sup>173</sup>'de yer alan hükümlere göre sözleşme, karşılıklı iki irade beyanının dile getirilmesi ile kurulmaktadır. İcap, kabul edildikten ve yürürlüğe girdikten sonra, sözleşme kurulmuş olmakta ve taraflar taahhüt altına girmiş olmaktadır. Sonuç olarak Fransız, Alman, İngiliz ve Türk kanunları ile uluslararası metinler örtüşmektedir<sup>174</sup>.

### 2.1.2.1. Causa (Sözleşmenin Nedeni) ve Consideration (Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti)

CISG, PECL, PICC ve DCFR'de ulusal mevzuattaki güncel gelişmelere paralel olarak Anglosakson hukuk sistemindeki consideration<sup>175</sup> ve Kıta Avrupası sistemindeki causa olmaksızın sözleşmenin kurulabileceği<sup>176</sup> göze çarpan başka bir husustur. Bu ise

---

<sup>169</sup> Gordley, J. (1996). **An American Perspective on the Unidroit Principles (Vol.22)**. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero: Roma.

<sup>170</sup> CISG, md. 11. Bkz.: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”, 27200 sayılı Resmi Gazete (RG) 14/04/2009 tarihinde yayımlanan 5870 sayılı kanunla uygun bulunarak kabul edilmiştir. CISG md.101 (1) hükmü gereğince Türkiye bakımından katılma belgesinin tevdi edildiği 01.08.2010 tarihinden itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde, 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>171</sup> Bkz.: European Union (2002), “The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III)”, Erişim, <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf>, (19.12.2020).

<sup>172</sup> Md. 1.1, 1.2, 1.3, 2.1.

<sup>173</sup> Md. II. – 4:101, 4:205, (1), (2), (3).

<sup>174</sup> Fauvarque-Cosson & Mazeaud, s. 24.

<sup>175</sup> George, T.E./Korobkin, R. (2020). **Selections from the Restatement (Second) Contracts and Uniform Commercial Code for First-Year Contracts**. New York: Wolters Kluwer in “Restatement (Second) of Contracts Selected Materials”, md. 17, 71, 79, s. 34, 56, 62.

<sup>176</sup> PECL md.2:101.

özellikle uluslararası metinleri uygulayan Anglosakson hukuk sisteminin geçerli olduğu ülkeler açısından önemlidir<sup>177</sup>.

### 2.1.2.2. Şekil Serbestisi İlkesi

CISG'nin 11. maddesine göre ise “satım sözleşmesinin kurulması veya ispatı yazılı şekilde yapılmak zorunda olmadığı gibi başka herhangi bir şekil hükmüne de bağlı değildir. Sözleşme, tanık dahil her usulle ispat edilebilir”. CISG md. 11, sözleşmenin icap ve kabul ile kurulmasının herhangi bir şekle tabi olmadığını ortaya koymuştur. Bununla birlikte, devletler, 11. maddeye ilişkin bir çekince beyan edebilirler ve böylece şekil serbestisi ilkesini kaldırabilirler. Fakat bu durumda hangi ülke hukukunun şekil kurallarını düzenleyeceği tartışması gündeme gelecektir<sup>178</sup>.

İlkesel olarak, PECL kapsamında akdedilen sözleşmelerde de herhangi bir şekil şartı aranmadığı ifade edilmelidir. PECL md. 2:101'de sözleşmenin kurulmasının resmi gereklilikleri eğer taraflar yasal olarak bağlı olmak niyetinde iseler ve yeterli bir uzlaşmaya ulaşırsa başka bir gereklilik olmaksızın sözleşme kurulmuş olacağını düzenlemektedir<sup>179</sup>. Sözleşmenin geçerliliğini, etkililiğini veya sözleşmeye dayalı irade beyanlarının varlığını belirlemek için herhangi bir kanıtta da gerek yoktur. Sözleşme sözlü veya yazılı bir şekilde kurulabilmektedir. Yazılı kurulumda elektronik yazışmalar da dahildir<sup>180</sup>. PECL madde (md.) 2:101 bu anlamda açıktır<sup>181</sup>. Sözleşmede yapılacak değişikliklerin yazılı olarak yapılması gerekliliği, sözleşme değişikliği veya feshin

---

<sup>177</sup> Bkz.: Uniform Commercial Code md. 5-105.

<sup>178</sup> Schlechtriem, P. (2015). Md. 11 § 19 (Çev.: N. Nilay Dayanç) içinde Schlechtriem, P. & Schwenger, I. (2015). **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi** (Eds. Ingeborg, S. & Çağlayan Aksoy, P.) İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

<sup>179</sup> PECL md. 2:101.

<sup>180</sup> PECL md. 1: 301.

<sup>181</sup> “Bir sözleşmenin yazılı olarak kurulması veya kanıtlanması gerekmez, ayrıca hiçbir şekil kısıtlamasına tabi değildir. Sözleşme herhangi bir yolla ispat edilebilir, bu yollara tanıkların beyanları da dahildir”. Bkz.: PECL, md. 2:101.

herhangi bir resmi gerekliliğe tabi olmadığı şeklindeki genel kurala bir istisna oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle bu değişiklik sözlü olarak, yazılı olarak veya ifa eylemleriyle gerçekleştirilebilir. PECL md. 2:106, bir NOM hükmünün sözleşmenin değiştirilmesi için yazılı olma yükümlülüğünü yalnızca varsayımsal olarak sağladığını belirtir<sup>182</sup>. Ancak bu hüküm taraflardan birinin açıklamaları veya eylemleri sonucu etkisiz kalabilir.

PICC'in Birinci Bölümünün "Genel Hükümler" başlıklı kısmında ve İkinci Bölümün birinci maddesinde sözleşmenin kurulmasına dair temel ilke ve kurallara yer verilmiştir. Şekil serbestisi benimsenmiş ve sözleşmenin kurulumu için tarafların mutabakat yansıtmak bakımından yeterli olan davranışları aranmıştır<sup>183</sup>.

Benzer şekilde DCFR'ye göre taraflar, bağlayıcı bir hukuki ilişkiye girme veya başka bir hukuki etki yaratma niyetindeyse ve yeterli bir anlaşmaya varmışsa başka bir gereklilik olmaksızın sözleşme kurulmuş olacaktır<sup>184</sup>.

### **2.1.2.3. Sözleşmenin Yorumu ve Merger Klozu**

CISG md. 8'e göre "...taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışlar onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın." Sonraki paragrafta ise böyle bir durumun mümkün olmaması halinde sözleşmenin diğer tarafıyla aynı durumdaki makul bir kişinin aynı şartlar altında vereceği manaya göre sözleşmenin yorumlanacağı ifade edilmiştir. Bu yorum yapılırken sözleşmenin tarafları arasında yürütülen sözleşme görüşmeleri, aralarındaki alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları dikkate alınacaktır. Benzer bir düzenleme PICC md. 4 (1)'te yer almaktadır. Bir sözleşme, tarafların ortak niyetine göre

---

<sup>182</sup> PECL md. 2:106.

<sup>183</sup> Schlechtriem, md. 11 §5.

<sup>184</sup> Md. II. – 4:101.

yorumlanacaktır. Böyle bir niyet belirlenemezse, sözleşme tarafların aynı koşullarda aynı türden makul kişilerin vereceği anlama göre yorumlanacaktır. Ayrıca bir tarafın beyanları ve diğer davranışlarının yorumlanması PICC md. 4 (2)'te düzenlenmiştir. Böylece PICC md. 4, sözleşmenin yorumlanması ve bireysel açıklamaların yorumlanması arasında ayırım yapmaktadır. Bu noktada CISG'den ayrılmaktadır. Zira CISG md. 8, yalnızca bireysel açıklamaların yorumlanmasına ilişkindir. Yine de bu hükmün sözleşmenin yorumunda da dikkate alınacağı konusunda tartışma yoktur<sup>185</sup>.

PECL md. 5:101'e göre sözleşmenin yorumlanmasında, ön müzakereler de dahil olmak üzere, sözleşmenin imzalandığı koşullar, sözleşmenin imzalanmasından sonra bile tarafların davranışları; sözleşmenin niteliği ve amacı, tarafların benzer maddelere zaten vermiş oldukları yorum ve kendi aralarında kurdukları uygulamalar, ilgili faaliyet dalında genel olarak terimlere ve ifadelerine verilen anlam ve benzer maddelerin yorumlanması hali hazırda almış olabilir; kullanımları ve iyi niyet ve adil davranış hususları özellikle dikkate alınacaktır. Bu hükme çok benzer bir düzenleme DCFR II-8: 102'de yer almaktadır. Buna göre sözleşmeyi yorumlarken, ön müzakereler de dahil olmak üzere, sözleşmenin imzalandığı koşullar, sözleşmenin imzalanmasından sonra bile tarafların davranışları, sözleşmede kullanılanlarla aynı veya benzer olan terim veya ifadelerine ve kendi aralarında kurdukları uygulamalara taraflarca zaten verilmiş olan yorum, ilgili faaliyet dalında bu tür terimlere veya ifadelerine genel olarak verilen anlam ve bu tür terim veya ifadelerin zaten almış olabileceği yorum, sözleşmenin niteliği ve amacı, teamüller, iyi niyet ve adil davranış dikkate alınacaktır.

CISG'nin 8. maddesi tarafların bildirimleri ve sözleşmelerinin yorumlanmasını düzenlemektedir. Sözleşmelerin yorumunda tüm koşulların ve dış kanıtların dikkate alınmasını gerektirmektedir. "Merger klozu" da yoruma açıktır, bu da böyle bir cümlenin

---

<sup>185</sup> Schmidt-Kessel, M. (2015). Md 8. § 3 (Çev.: N. Nilay Dayanç) içinde Schlechtriem, P. & Schwenger, I. (2015). **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi** (Eds. Ingeborg, S. & Çağlayan Aksoy, P.) İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

sade anlamının gösterdiğinden daha kısıtlayıcı bir anlayışa yol açabilir<sup>186</sup>. Ancak yazılı bir sözleşmeye yapılan atıf nedeniyle zımni bir merger klozunun varsayılması, madde 8 (3)'teki şartları karşılamamaktadır<sup>187</sup>. Sonuç olarak madde 8'deki kural uygulanarak her merger klozunun dahil olduğu sözleşme kapsamında yorumlanması gerekmektedir<sup>188</sup>.

PECL md. 2:105(4) bir tarafın, diğer tarafın beyanlarına veya davranışına makul bir şekilde güvenerek hareket etmiş olması durumunda bir merger klozu iddia edemeyeceğini belirtmektedir<sup>189</sup>. Aynı zamanda PECL md. 2:105(2) uyarınca merger klozunun taraflar tarafından ayrıca müzakere edilmemiş olduğu durumda tarafların daha önceki ifadelerinin ve anlaşmalarının sözleşmenin bir kısmını oluşturmamasını istediği varsayılmaktadır<sup>190</sup>. Son olarak PECL md. 2:105(3) tarafların bu kuralı dışlayamayacakları ve sınırlayamayacaklarını ifade etmektedir<sup>191</sup>. Merger klozunun etkisi ayrıca sözleşmenin değiştirilmesine de taşınmaktadır. PECL md. 1:102'de müzakere özgürlüğü ilkesini hatırlatan PECL, sözleşmeye böyle bir maddeyi dahil etmenin herhangi bir sorun teşkil etmediğini doğrulamaktadır<sup>192</sup>. Ne PECL md. 2:105'in kendisi ne de sözleşmeye dahil edilen buna benzer herhangi bir madde, önceki müzakerelerin yazılı olanı yorumlamak için kullanılma olasılığını dışlamaktadır<sup>193</sup>. Ayrıca, merger klozu, sözleşmenin kurulmasını takiben gerçekleşen müzakereleri veya anlaşmaları kapsamaz. Sözleşmedeki değişiklikleri kısıtlamaya çalışan hükümler, merger klozu gibi, genellikle Anglosakson hukuk geleneğine sahip ülkelerdeki taraflarca kullanılmaktadır. Anglosakson hukuk sistemlerinde bu tip maddeler sözlü değişikliği yasaklayan maddeler

---

<sup>186</sup> Schlechtriem, P. (2005). "Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG". *Victoria U. Wellington L. Rev.*, 36, 781, s. 788.

<sup>187</sup> Flechtner, H. M. (1998). "The UN Sales Convention (CISG) and MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D'Agostino, SPA: The Eleventh Circuit Weighs in on Interpretation, Subjective Intent, Procedural Limits to the Convention's Scope, and the Parol Evidence Rule". *JL & Com.*, 18, 259, s. 278.

<sup>188</sup> Schmidt-Kessel, md. 8, § 36 (c).

<sup>189</sup> PECL md. 2:105(4).

<sup>190</sup> PECL md. 2:105(2).

<sup>191</sup> PECL md. 2:105(3).

<sup>192</sup> PECL md. 2:102.

<sup>193</sup> PECL md. 2:105.

(no oral modification clauses - NOM clauses) olarak bilinmektedir<sup>194</sup>. Böylesi bir maddeyi kabul ederek taraflar yazılı olmayan herhangi bir değişikliği engellemek istemektedir. Bu şekilde, işleme dahil olan tarafların açıkça farkında sözleşme değişikliklerinden kaçınılmaya çalışılır.

Bir merger klozu içeren yazılı bir sözleşmenin önceki beyan veya anlaşmalara dair kanıtlarla çelişmeyeceği veya desteklenmeyeceği kuralı, PICC’te daha fazla nitelendirme olmaksızın (Madde 2.17) yer alırken, PECL’de aynı kural yalnızca merger klozunun bireysel olarak müzakere edildiği durumlarda geçerli kabul edilmiştir (Madde 2.105 (1))<sup>195</sup>.

Son olarak PECL, CISG, PICC ve DCFR’nin hangi durumlarda uygulanacağı, birlikte nasıl uygulanacağı gibi sorunlar ele alınmalıdır. Öncelikle PECL ve PICC arasındaki en önemli politika farklılığı, en baştan itibaren ortaya çıkmaktadır. Nitekim, PICC, uluslararası ticari sözleşmeler için geçerli genel kuralları belirlerken<sup>196</sup>; PECL, AB’de uygulanacak sözleşme hukuku ile ilgili genel hükümleri belirlemektedir<sup>197</sup>. PICC’in uygulama kapsamı evrensel olmakla birlikte, PECL, AB sözleşme hukukunun genel kuralları olarak uygulanması amacıyla hazırlanmıştır. Dahası, PICC “uluslararası” ve “ticari” sözleşmelerle sınırlıyken, PECL, tamamen yerel nitelikteki işlemler ve tacirler ile tüketiciler arasındaki işlemler de dahil olmak üzere her türlü sözleşmeyi

---

<sup>194</sup> Viscasillas, s. 376’den naklen: Viscasillas, M. P.P. (1997). “Tratamiento de las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”. *Revista jurídica del Perú*, 13, 241, Giriş.

<sup>195</sup> Bonell, 1996, s. 239.

<sup>196</sup> UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law (2016). “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. Rome, Erişim, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, (16.03.2021), PICC, Önsöz 1. Paragraph.

<sup>197</sup> Madde 1:101: İlkelerin Uygulanması

(1) Bu İlkelerin Avrupa Birliği’nde sözleşme hukukunun genel kuralları olarak uygulanması amaçlanmıştır.  
(2) Bu İlkeler, taraflar bunları sözleşmelerine dahil etmeyi veya sözleşmelerinin bu İlkelere göre düzenlenmesini kabul ettiklerinde geçerli olacaktır.

(3) Bu İlkeler taraflar;

(a) Sözleşmelerinin “hukukun genel prensipleri”, *lex mercatoria*” vb. ile düzenlenmesini kabul ettiklerinde veya;

(b) Sözleşmeyi düzenleyecek bir sistem ya da hukuk kuralları seçmediğinde uygulanır.

(4) Bu İlkeler, uygulanacak olan sistem ya da hukuk kuralları yeterli olmadığı noktada ortaya çıkan soruna çözüm sağlayabilir.

düzenlemektedir. Kapsamdaki bu farklılık, hükümlerde görünen bir dizi ek politika farklılıklarını açıklamaktadır. Bu farklılıklardan bazıları, PECL'nin bölgesel görevinin aksine PICC'in evrensel uygulama alanından kaynaklanmaktadır<sup>198</sup>.

Bu nedenle, PICC'te, ilkelerin “uluslararası yeknesak hukuk belgelerini yorumlamak ve tamamlamak için” ve “ulusal ve uluslararası yasa koyucular için bir model olarak” kullanılabileceğini açıkça belirtirken<sup>199</sup>, PECL, benzer hükümler içermez ve hemen girişte “(ilkelerin) hem Topluluk organlarına taslak hazırlamada hem de mahkemelere, hakemlere ve hukuk müşavirlerine Topluluk kararlarının uygulanmasında yardımcı olacakları” belirtilir<sup>200</sup>.

PECL, PICC ve DCFR'nin aksine CISG'nin uygulanması için tarafların seçimine ihtiyaç yoktur. Zira CISG md. 6, “uygulama alanı dışında bırakma (opt-out)” yaklaşımı benimsemiştir. Taraflar Antlaşmanın uygulanması için gereken koşulların sağlanması durumunda Antlaşmanın uygulanmasını istemiyorsa ortak kararlarla CISG'nin uygulanmasını engellemelidir. Aksi takdirde geçerli hukuk olarak CISG uygulanacaktır<sup>201</sup>. Bu nedenle örneğin PICC ile arasında bir uygulama sorunu çıkarsa CISG açıkça dışlanmadıysa ve uygulanması mümkünse<sup>202</sup>, CISG uygulanacaktır. Fakat

---

<sup>198</sup> Bonell, M. J. (2009). **An International Restatement of Contract Law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**. Brill Nijhoff, s. 349.

<sup>199</sup> PECL, önsöz, § 5 ve 7.

<sup>200</sup> PECL, s. xxiii.

<sup>201</sup> Kabaklıoğlu, Y., Md. 6, P. 2.

<sup>202</sup> Madde 1 “(1) Bu Antlaşma, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine,

(a) bu devletlerin âkit devletlerden olması veya

(b) milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır.

(2) Tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması olgusu sözleşmeden veya sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde gerçekleşmiş olan görüşmelerden veya verilmiş olan bilgilerden anlaşılmadıkça dikkate alınmaz.

(3) Bu Antlaşmanın uygulanmasında ne tarafların vatandaşlığı, ne tacir olup olmadıkları, ne de sözleşmenin adı veya ticarî nitelikte olması dikkate alınır.

Madde 2 Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz:

(a) Kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin;

(b) Açık artırma yoluyla yapılan satımlar;

(c) Cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımlar;

(d) Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para;

(e) Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı;

(f) Elektrik satımı.

Madde 3



bu tarafların CISG’yi tamamen veya kısmen PECL, PICC veya DCFR lehine dışlayabilmelerini engellemeyecektir. Teoride mümkün olan bu duruma uygulamada pek rastlanmamaktadır<sup>203</sup>. Zira pratikte taraflar CISG’yi sık sık dışlasalar da, genellikle bunu sadece aşına olmayabilecekleri herhangi bir enstrümanın uygulanmasını çevreleyen belirsizliklerden korktukları için yapmaktadır. Eşit derecede aşına olmayabilecekleri PECL ya da PICC gibi bir enstrümanın uygulanmasına girişmek yerine, muhtemelen iç hukukun güvenli limanını tercih edeceklerdir. Ancak, tarafların CISG’nin varlığından haberdar olmadıkları veya sözleşmelerinin CISG’nin uygulama kapsamına girdiğini bilmedikleri için, CISG’yi açıkça dışlamadan PICC’i kabul etmeleri durumunda ne olacağı ilginç bir konudur. Genel görüş olarak, böyle bir uygulamanın, örneğin tarafların akit olmayan bir devletin hukukunu seçmesi veya akit olan veya olmayan bir devletin uyumlaştırılmamış iç hukukunun tipik ilkelerine ve kurallarına atıfta bulunmaları durumunda bir bütün olarak CISG’nin zımni olarak hariç tutulduğu kabul edilmektedir<sup>204</sup>.

Ancak bu argüman tamamen ikna edici değildir. PICC ile CISG arasında, CISG ile herhangi bir devletin iç hukuku arasında olduğu derecede uyumsuzluk yoktur; tersine, her ikisi de, farklı kapsamlarından ayrı olarak, en fazla spesifik hükümlerde farklılık gösteren uluslararası menşeli belgelerdir. Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak PICC’e yaptıkları atıf, CISG’yi bütünüyle hariç tutma niyetini gösterdiği şeklinde yorumlanamaz; böyle bir atfın yegane sonucu, CISG md. 6’da tanınan taraf özerkliği

---

(1) İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun.

(2) Bu Antlaşma, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmaz.

Madde 4 Bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler. Antlaşmada aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, özellikle;

(a) sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği;

(b) sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri düzenlenmemiştir.

Madde 5 Bu Antlaşma satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz.

Madde 6 Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler” .

<sup>203</sup> Bonell, 2009, s. 316.

<sup>204</sup> Boele-Woelki, K. (1996). “Principles and Private International Law”. *Unif. L. Rev. ns, 1*, 652, s. 670.

kapsamında, CISG-PICC arasında çatışan hükümlerde PICC'in geçerli olmasıdır. Ancak CISG yine de PICC tarafından göz önünde bulundurulmayan satıcının kusurlu ürünlerdeki sorumluluğu ve bu bağlamda alıcıya tanınan haklar gibi konularda uygulanacak hukuk olarak sözleşmeyi yönetmeye devam etmektedir. Eğer CISG taraflarca tamamen hariç tutulmuş olsaydı bunlar iç hukukça yönetilecektir<sup>205</sup>.

CISG dünya çapında kabul edilmesine rağmen, uygulamada hala CISG tarafından yönetilmeyen birçok satış sözleşmesi bulunmaktadır. 2. ve 3. md. lere göre Antlaşma'nın faaliyet alanının dışında kalan bu işlemlerin veya tarafların Antlaşmayı açık bir şekilde sözleşmenin dışında bıraktıkları<sup>206</sup> işlemlerin dışında, md. 1'e göre tarafların en az birinin akit devletlerden birinde bulunmadığı ya da uluslararası özel hukuk kurallarının akit olmayan bir devletin hukukunun uygulanmasını gerektirdiği durumlarda Antlaşma uygulanmaz. Gerçek uygulamada, PICC'in CISG kapsamına girmeyen *lex cont* uluslararası satış sözleşmeleri olarak uygulandığı durumların sayısı gün geçtikçe artmaktadır<sup>207</sup>.

Bazı durumlarda taraflar, PICC'i tahkim yargılamasının tek yasal dayanağı olarak ya da diğer hukuk kaynakları ile birlikte açıkça seçmiş olabilir. Diğer durumlarda, PICC, taraflarca bunlara herhangi bir açık atıf yapılmadan uygulanmıştır. Çoğu zaman bu, devlet sözleşmeleri (bir devlet veya bir devlet kurumu ile yabancı bir özel şirket arasında yapılan sözleşmeler) adı verilen sözleşmelerde, tarafların ayrıntı belirtmeden sözleşmelerini yöneten hukuk olarak "hukukun genel ilkeleri", "uluslararası ticaret hukuku ilkeleri" gibi ifadeler kullandıklarında; sözleşme, geçerli yasa konusunda sessiz kaldığında ve mahkeme tarafların herhangi bir yerel hukukun sözleşmelerine uygulanmasına niyet etmediklerine karar verdiği durumlarda gerçekleşmiştir<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> Bonell, 2009, s. 317.

<sup>206</sup> Rosett, A. (1997). "UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven". *Unif. L. Rev. ns*, 2, 441. s. 449.

<sup>207</sup> Bonell, 2009, s. 315.

<sup>208</sup> Bonell, 2009, s. 315.

Yine de, uluslararası satım sözleşmesine CISG'nin uygulandığı durumlarda bile, PICC önemli bir amaca hizmet edebilir. Nitekim CISG md. 7, Antlaşmanın yorumlanmasında, Antlaşmanın uluslararası niteliğinin ve uygulamadaki yeknesaklığının arttırılmasına (paragraf 1) ihtiyaç duyulacağını ve Antlaşmadaki olası boşlukların, ilgili genel ilkelere uygun olarak giderileceğini belirtmektedir (paragraf 2). Şimdiye kadar, CISG'nin doğru yorumlanması için ilkeler ve kriterlerin, her seferinde hakimler ve hakemler tarafından bulunması gerekmiştir. PICC, bu bakımdan işlerini önemli ölçüde kolaylaştırabilir. Örneğin, bir sözleşme ihlali olup olmadığının belirlenmesine ilişkin md. 7.3.1'de ortaya konan temel kriterler, CISG'de oldukça karmaşık bir tarzda tanımlanan bu önemli kavramın daha iyi anlaşılması için kullanılabilir. Başka bir örnek ise md. 7.4.9 paragraf 1'de bulunur. Madde faiz hakkının, ödenmesi gereken paranın ödenmemesinde mazeret olup olmadığına bakılmaksızın geçerli olduğunu açıkça belirterek, CISG md. 78'in açık bıraktığı bir soruya cevap vermektedir<sup>209</sup>.

Ayrıca, belirsiz dili açıklığa kavuşturmanın yanı sıra, PICC, CISG'de bulunan gerçek boşlukları doldurmak için de kullanılabilir. Sağlanması gereken tek koşul, PICC'in ilgili hükümlerinin CISG'nin altında yatan genel bir ilkenin ifadesi olduğunu göstermektir. Böylelikle, örneğin PICC'in 6.1.7, 6.1.8 ve 6.1.9 md. leri, satıcının çekle veya diğer benzer araçlarla veya para transferiyle ödeme yapma hakkına sahip olup olmadığı ve bu durumda hangi koşullar altında ve hangi para biriminde ödeme hakkına sahip olduğu konusundaki CISG'de açıklığa kavuşturulmamış soruya cevap olarak kabul edilebilir<sup>210</sup>.

CISG'yi yorumlamak veya tamamlamak için PICC'in kullanılma olasılığıyla ilgili bilimsel şüpheler ve çekincelere karşın hem hakimler hem de hakemler bu amaçla PICC'e başvururken teorik gerekçelerden çok rahatsız görünmemektedir. Önemli olan,

---

<sup>209</sup> Schwenzer, I. & Hachem, P. (2015). Md. 6, § 31, 32 (Çev.: Yasemin Kabaklıoğlu) içinde **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi** (Eds. Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy), İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

<sup>210</sup> Bonell, 2009, s. 320.

uygulamaları için teorik gerekçe ne olursa olsun, PICC'in münferit hükümlerinin CISG'yi yorumlamak ve tamamlamak için bir araç olarak kullanılmasının genellikle tatmin edici sonuçlara yol açmasıdır<sup>211</sup>.

## **2.2. İcap**

İcap, sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan ve bu amaçla zaman itibariyle daha önce yapılan<sup>212</sup>, karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı nitelik taşıyan, karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade beyanıdır<sup>213</sup>.

PECL, PICC, CISG ve DCFR'ye göre icap, hukuki bir işlemdir ve bu tür işlemlerin geçerliliğine ilişkin uygulanabilir ulusal hukuk kurallarına da uygun olmak zorundadır. Bu noktada Fransa, Almanya, İngiltere ve Türkiye'deki icaba ilişkin düzenlemeler karşılaştırmalı olarak ele alınacak ve daha sonra uluslararası metinler incelenecektir.

### **2.2.1.Ulusal Mevzuatlar**

#### **2.2.1.1. İcabın Şartları**

İcabı tanımlarken tüm Avrupa sistemlerinin ortak yaklaşımı, icabın, diğer taraf kabul ederse bir sözleşmeyle sonuçlanmasının amaçlanmış olması (bağlanma iradesi) ve bir sözleşme oluşturmak için yeterince kesin şartlar (belirlenmiş asgari içerik) içermesidir. Başka bir ifadeyle icap, diğer tarafça kabul edilirse bir sözleşme oluşturacak şekilde olmalıdır. İcap, hem icapta bulunanın bağlanma niyetini hem de fiyatı, teslimat zamanı gibi bağlanmaya niyetli olduğu şartları belirtmelidir. Bu şartların her ikisi de

---

<sup>211</sup> İstisnalar için Bkz.: Bonell, 2009, s. 331.

<sup>212</sup> Horn, Kotz & Leser, s. 75, 76.

<sup>213</sup> Eren, s. 219, Reisoğlu, s. 58, De Cruz, s. 314.

karşılanmazsa, ortada icap yoktur. Ancak diğer tarafa müzakerelere girmesi için icaba davet (İngilizce “invitation to treat”, Latince “invitatio ad offerendum”, Fransızca “an offre de pourparlers”) gönderilmiştir. İcaba davet edilen kişi böyle bir daveti kabul ederse, icabı kendisi yapmaya karar verebilir ve onu reddetmeyi veya kabul etmeyi icaba davette bulunana bırakabilir<sup>214</sup>.

#### 2.2.1.1.1. Bağlanma İradesi

İcapta bulunanın bağlanma iradesi, icaba işlevini veren, icabın esaslı bir özelliğidir<sup>215</sup>. Bu noktada icap ve icaba davet birbirinden ayrılmalıdır. Eğer icapta bulunan sözleşme kurma iradesini kesin olarak bildirmemiş ve sadece böyle bir sözleşme kurmaya ilke olarak hazır olduğunu açıklamışsa, bu durumda icaptan değil, icaba davetten bahsedilecektir. İcabin kendisi “bağlayıcı bir icap” olarak görülmesi gerektiğini belirtiyorsa, onu davetten ayırt etmek zor değildir. Keza icap, “anlaşmaya tabi”, “onaya tabi”, “bağlayıcı olmadan”, gibi hükümleri içeriyorsa da işler kolaydır. İcaba davet, katalog veya fiyat listesi gönderilmesi, gazeteye ürün satışı için ilan verilmesi veya bir mağaza vitrininde ürün sergilenmesi gibi durumlarının yanında kamuya yapılan beyanlar için de geçerli olacaktır. Bununla birlikte, çoğu zaman, icap sahibi tarafından kullanılan ifadeler daha belirsizdir ve diğer tarafı başka şekilde düşünmeye sevk edebilir. Böyle bir durumda, icabın, icabın yapıldığı kişi konumundaki makul bir kişi tarafından nasıl anlaşılacağı belirleyicidir. Bunun belirsiz bir kriter olduğu inkar edilemez. Bu, kriterin içtihat hukukuna atıfta bulunularak doğrulanması gerektiği anlamına gelmektedir<sup>216</sup>.

Bu kısa açıklamalardan sonra ulusal mevzuatlarda bağlanma iradesinin düzenlenmesi incelenebilir. Öncelikle Alman hukukunda icap ve kabul, bir sözleşme

---

<sup>214</sup> Smits, J. M. (2014). **Contract Law: A Comparative Introduction**. Edward Elgar Publishing, s. 41.

<sup>215</sup> Schlechtriem, P. (2015). Md. 14, § 23 (Çev.: S. Derya Yakupoğlu) içinde **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi** (Eds. Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy), İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

<sup>216</sup> Smits, s. 43.

yapmak için karşılıklı olmalıdır. Ancak BGB’de bunu düzenleyen ve sözleşmenin kurulmasının hâlihazırda gerçekleştiğini varsayan açık bir hüküm yoktur<sup>217</sup>. BGB §145’e göre bir başkasına icapta bulunan herhangi bir kişi, icabıyla bağlı olmayı reddetmedikçe, icabıyla bağlıdır. Eğer icapta bulunan “freibleibend” (değişebilir) veya “widerruflich” (geri alınabilir) gibi kelimeler eklemişse icabın bağlayıcı etkisi ortadan kalkacaktır. Bu durumda icap yerine “icaba davet”ten söz edilecektir<sup>218</sup>. Gazete reklamları ve menüler bilgi sağlama icaba davet olarak kabul edilmektedir. Mağaza vitrinlerinde veya self servis mağazalarda mal teşhirleri de genellikle icap değildir. İnternette bir teklif sayfasının görüntülenmesi bir icap anlamına gelebilir. Malların internet üzerinden açık artırma yoluyla satışa sunulduğu ve hizmet sağlayıcının standart şartlarına göre kabul edildiği durumlarda, bu şartlar her iki tarafı da bağlar. Koşulların gerektirdiği durumlarda, teklif sayfasının açılması normalde öngörülen süre sınırı boyunca en yüksek teklifi veren kişiye satış teklifi olacaktır<sup>219</sup>.

BGB’nin aksine FMK’da sözleşmenin icap ve kabulün karşılıklılığıyla kurulacağı açıkça düzenlenmiştir. Fakat bu durum 2016 Reformuyla gerçekleşmiştir. Bu Reformla, FMK’ya sözleşmenin kurulmasına ilişkin yepyeni bir alt bölümün getirilmiştir. Napolyon Kanunu, bu konuyla ilgili tek bir madde içermemekte ve doğrudan sözleşmelerin geçerliliğini ele almaktadır. Sözleşme kuruluşuna ilişkin hukuk, bu nedenle tamamen yargıçların belirlediği kurallardan oluşmaktaydı. Fransız yorumcular tarafından “major lacuna (büyük boşluk)” olarak algılanmıştır. Bu ise, Avrupa sözleşmeler hukuku uyumlaştırma projelerinin ayrıntı zenginliği ve farklı aşamaları en ince ayrıntısına kadar düzenleyen sözleşmeler hukukuyla çarpıcı bir tezat oluşturmaktaydı. Bu nedenle, 2016 Reformunda kanundaki bu boşluğu doldurmak ve sözleşmeye dayalı ilişkilerin oluşumunu kapsayan hükümlere yer vermenin doğru olacağı düşünülerek 1104 ve devamı

---

<sup>217</sup> Horn, Kotz & Leser, s. 75, 76.

<sup>218</sup> Eren, s. 222.

<sup>219</sup> Youngs, R. (2002), **Sourcebook on German Law** (2nd Ed). London: Cavendish Publishing, s. 333.

maddelerinde sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlere detaylı bir şekilde yer verilmiştir<sup>220</sup>. Artık sözleşme öncesi müzakere, icap ve kabulü düzenleyen on beş yeni madde bulunmaktadır. Yeni hükümler büyük ölçüde mevcut içtihat hukukunu düzenlemektedir ve bu yönüyle yenilik getirmedeği söylenebilir. Zira zaten uzun süredir uygulanan kuralları içermektedirler<sup>221</sup>.

FMK'nın md. 1113'e göre sözleşme, tarafların bağlanma iradelerini gösteren icap ve kabulün buluşmasıyla kurulacaktır<sup>222</sup>. Yine icabın şartları ve icaba davet, BGB'de açıkça düzenlenmemiş olmamasına rağmen, FMK md. 1114'te hükme bağlanmıştır. Buna göre belirli bir kişiye ya da umuma yönelik olarak yapılan bir icap, öngörülen sözleşmenin temel unsurlarını içermeli ve kabul durumunda icap sahibinin bağlı olma iradesini ifade etmelidir. Aksi takdirde, sadece müzakerelere girmek için bir davet vardır. BGB'ye benzer şekilde FMK'da da icap sahibinin icabıyla bağlılık süresi, süreli ve süresiz icaba göre değişecektir. İcap, icapta bulunan tarafından belirlenen sürenin sona ermesine veya yoksa böyle bir süre yoksa makul bir sürenin sonuna kadar icap sahibini bağlayacaktır<sup>223</sup>. Ayrıca BGB'den farklı olarak FMK'da icapta bulunanın iş göremezliği veya ölümü durumunda icabın zaman aşımına uğrayacağı hükme bağlanmıştır<sup>224</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 1. md. sine göre "sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir". TBK'da BGB'ye paralel olarak icabın taşınması gereken şartlar açıkça düzenlenmemiştir. Yalnızca 3 ve 4. md. lerde süreli ve süresiz icaplar incelenmiş, 8. md. de ise bağlanma iradesiyle yapılması gerektiği belirtilmiştir. Sözleşmenin kurulabilmesi için diğer ülke mevzuatlarıyla paralel olarak açıkça

---

<sup>220</sup> Cornu, G. (2009). "Preamble", in **Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-Projet De Reforme Du Droit Des Obligations Et De La Prescription, (de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala'))** (Eds. Cartwright, J. Vogenauer, S. & Whittaker, S.), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, s. 497-499.

<sup>221</sup> Rowan, S. (2017). The New French Law of Contract. *Int'l & Comp. LQ*, 66, 805, s. 8.

<sup>222</sup> FMK'nın İngilizce metni için Bkz.: Erişim, [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf), (14.05.2021).

<sup>223</sup> Md. 1117 (1).

<sup>224</sup> Md.y 1117 (2).

düzenlenmemiş olsa da bir teklifin icap teşkil edebilmesi için bağlanma iradesi aranmıştır<sup>225</sup>.

TBK md. 7'ye göre ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi icap kabul edilmez ve gönderilen şeyin teslim edildiği kişi, o şeyi geri göndermek veya saklamakla yükümlü tutulamaz. Buradaki gönderme, geniş yorumlanıp, her türlü duyuru da bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>226</sup>. Md. 8'e göre ise icapta bulunan, icabıyla bağlı olmama hakkının saklı olduğunu hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ifade ederse veya işin niteliğinden ya da durumun gerektirdiğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılıyorsa, icabıyla bağlı olmayacaktır. Bu durumda icaba davetten söz edilecektir. Fakat fiyatını göstererek malların ifşası veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve basitçe anlaşılmadıkça icap sayılacaktır.

Kıta Avrupası hukuk sisteminden sonra Anglosakson hukuk sisteminin hakim olduğu İngiltere'de icap, taraflardan birinin, kendisine hitap edilen tarafla şartlarını kabul eder etmez sözleşme yapmaya istekli olduğunun bir göstergesidir. İcabın iki temel özelliği vardır. İcabın gönderildiği tarafın belirli adımlar atması şartıyla, icapta bulunanın yasal olarak bağlı olmayı planladığını göstermesi ve sadece bir şey yapma sözü içermeyip, aynı zamanda karşılığında kabul edenin ne yapması gerektiğini de ortaya koymasındır. İngiliz hukukunda bir sözleşmenin kurulup kurulmadığını ve şartlarının ne olduğunu tespit etmek için, çoğu zaman tarafların sübjektif iradelerine odaklanılmamaktadır. Bunun yerine, her bir tarafın iradesinin diğer tarafa mantıklı bir şekilde ne gibi görüldüğüne odaklanılmaktadır. Bu ise, "objektif irade" ilkesi olarak bilinmektedir. Bu ilke, hem Alman hem de Fransız hukukunda da geçerlidir<sup>227</sup>.

BGB, FMK ve TBK'ya paralel olarak, İngiliz hukukunda da icap ve icaba davet arasında da ayırım yapılmaktadır. İlki, diğer taraf ifadenin şartlarını kabul ederse, icapta

---

<sup>225</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 179-183, Eren, s. 221, Reisoğlu, s. 59, Oral, s. 25, 29.

<sup>226</sup> Eren, s. 223.

<sup>227</sup> O'Sullivan, J. & Hilliard, J. (2012). **The Law of Contract**. (Fifth Ed.) Oxford University Press: UK, s. 12-16.



bulunan kişinin otomatik olarak bağılı olma iradesini gösterirken, ikincisinde bu geçerli değildir. Zira icaba davette bulunan, herhangi bir sözleşme kurulmadan önce başka müzakerelerin yapılması gerektiğini düşünür<sup>228</sup>. İşte bu iki kavram arasındaki belirsizliği gidermek amacıyla niteliği tartışılan irade açıklamasında kullanılan ifadelerin ciddiyet derecesinin esas alındığına ilişkin içtihatla örnekler bulunmaktadır. 1979 tarihli Gibson v. Manchester City Council kararı bunlardan birisidir<sup>229</sup>. Karara konu uyuşmazlıkta, belediye meclisi kendisine ait bazı konutların mülkiyetinin, içlerinde oturmakta olan kiracılara devredilmesine karar vermiş, buna istinaden kiracı olarak evinin satış değerini öğrenmek isteyen Gibson'ın başvurusu üzerine kendisine bir mektup gönderilmiştir. Gönderilen mektupta, meclisin evi Gibson'a satmaya hazır "olabileceği" belirtilmiş ve evin satın alınması için gereken başvurunun, mektubun ekindeki formun imzalanarak gönderilmesi yoluyla yapılabileceği bildirilmiştir. Yargılamanın sonunda, belediye meclisi tarafından gönderilen mektubun icap niteliğinde olmadığına karar verilmiştir. Bu anlamda belediye meclisinden gelen mektup bir icaba davettir<sup>230</sup>.

İcapta bulunanın icabıyla bağılı olduğu süre ise, bu dört ulusal hukukta süreli ve süresiz icaba göre değişmektedir. Örneğin BGB §146'da icap reddedilirse veya icapta bulunana §147 ila 149. uyarınca zamanında kabul beyanı gönderilmezse, icabın süresinin dolacaktır. BGB §147'ye süresiz icabı düzenlemektedir. Bu hükme göre hazırlar arasında yapılan icap, ancak hemen kabul edilebilir. Bu aynı zamanda bir kişinin diğerine bir telefon veya başka bir teknik araç kullanarak yaptığı icap için de geçerlidir. Hazır bulunmayan bir kişiye yapılan icap ise yalnızca icapta bulunanın olağan koşullar altında cevabı almayı bekleyebileceği zamana kadar kabul edilebilecektir. BGB §148 ise, süreli icabı düzenlemiştir ve bu hükme göre icapta bulunan, icabın kabulü için bir süre belirlediyse, kabul ancak bu süre içinde gerçekleşebilecektir<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> O'Sullivan, & Hilliard, s. 17.

<sup>229</sup> Taşkın, Z. D. (2020). **Sözleşmenin Kurulması**. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

<sup>230</sup> [1979] 1 WLR 294.

<sup>231</sup> Erişim, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0439](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0439), (13.05.2021).

Fransız-Türk ve Alman-İngiliz hukuku, icap ile icaba davet arasındaki ayrımın yapılma biçiminde farklılık göstermektedir. Fransız ve Türk mahkemeleri, kamuya sunulan icabın genel olarak bir icap oluşturduğuna karar verme konusunda İngiliz mahkemelerine göre daha isteklidir. Ayrıca eksiksiz ve icapta bulunanın belli şartlarda sözleşmeye girme iradesini yansıtan ifadeleri, icap olarak sınıflandırmaya hazırdır. Alman-İngiliz mahkemeleri ise, icapta bulunanı, sözleşmeye bağlı olma yükümlülüğüne maruz bırakmaktan kaçınma endişesi ile hareket etmektedir. Bunda İngiliz hukuku açısından considerationın etkisi bulunmaktadır. Bu ise, bir sözleşmeyi müzakere eden kişinin belirli bir eyleminin veya ifadesinin bir icap mı yoksa icaba davet mi olduğu sorusunun her zaman ve yalnızca gerçeklere dayalı olarak yanıtlanabileceği görüşüne şüphe düşürmektedir. Bu ayrım, mahkemelerin ön işlem veya beyannamenin kabul edildikten sonra bir sözleşmeye dönüşme potansiyeline ilişkin değerlendirmesini yansıtmaktadır. Bu nedenle, İngiliz mahkemelerine göre icapta bulunanın icabı karşılığında karşı tarafın hiçbir yükümlülüğe girmediği durumlarda, öngörülen sözleşmenin şartları tamamen belirlenmiş olsa bile, icaba davet olarak kalacaktır. Bu karşılıklılık endişesi ise Fransız mahkemelerince hissedilmemektedir. Öte yandan, İngiliz hukukuna göre icapta bulunanın bağlı olma veya yasal ilişkiler oluşturma iradesinin varlığı veya yokluğu, yalnızca ikincil önemdedir<sup>232</sup>.

Fransız-Türk ve İngiliz-Alman yaklaşımı arasındaki bu farkı ortaya koymaktan daha ilginç olanı, neden var olduğunu sorgulamaktır. Bir reklama bir icap olarak değil de yalnızca icaba bir davet olarak yaklaşmanın arkasındaki politik nedenler nelerdir? Bu kural açıkça, ilgili tarafla anlaşma yapmak isteyip istemediğine ilan yayımlandıktan sonra da karar verebilecek olan satıcının yararınadır. Bu, Fransız kanunlarında prensipte belirtilen fiyata bağlı olan satıcının menfaatine daha fazla müzakereye bile yol açabilir. Fransız süpermarketleri “Un prix affiche est un prix tenu (Biz yayınladığımız fiyata

---

<sup>232</sup> De Moor, A. (1986). Contract and agreement in English and French Law. *Oxford J. Legal Stud.*, 6, 275, s. 278.

sadıgız)” gibi sloganlar kullanarak kendi yaklaşımlarından gurur duymaktadır. Fransızların bu bağlamda haklı oldukları mevzu kurallarının en azından, müşterileri dükkânına veya web sitesine çekmek için düşük bir fiyatla reklam veren ve daha sonra satış yapmamak için bazı mazeretler uyduran bir satıcıya karşı koruyacağıdır. Almanya ve İngiltere’de de, bir reklam herkes tarafından okunabileceği için, stokların her zaman sınırlı olması nedeniyle reklam verenin ilgili tarafların tümüne satış yapmasının beklenemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>233</sup>.

Bu son argüman, Fransızları, stoklar bittiğinde bir icabın otomatik olarak geçersiz olacağını varsaydıkları için ikna etmemektedir. Bu yine makul kişi meselesidir: İcabın yapıldığı kişi, makul olarak, teklif verenin, ürünler tükendiğinde satmaya istekli olmasını bekleyemez. Profesyonel bir tedarikçi tarafından kamuya açık bir reklamda veya bir katalogda veya bir mal teşhirinde belirtilen fiyatlarla mal veya hizmet tedarik etme teklifinin, ancak o mal stoku veya tedarikçinin hizmeti sağlama kapasitesi tükenene kadar icap olduğu varsayılır<sup>234</sup>.

Son olarak BGB<sup>235</sup> ve TBK’nın, İngiliz ve Fransız hukukundan farklılaşan yanı, icapta bulunan tarafın aksine bir iradesinin olmaması halinde, icap sonrası ölmesi veya ehliyetsiz hale gelmesinin icabın kabulünü engellememesidir. Böyle bir durumda kabul, elbette ölen kişinin mirasçılara veya yasal ehliyetsizlik durumunda yasal temsilcisine yönlendirilmelidir<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> Smits, s. 46.

<sup>234</sup> Smits, s. 46.

<sup>235</sup> BGB §153.

<sup>236</sup> Treitel, G. H. (2003). **The Law of Contract** (Eleventh Ed.). Sweet & Maxwell, s. 45, Eren, s. 233, Reisoğlu, s. 61.

### 2.2.1.1.2. Sözleşmenin Esaslı Unsurlarını Kapsaması

Temelini Roma hukukunda bulan “essentialia negotii”<sup>237</sup> ilkesine göre her sözleşme türünün asgarisini oluşturan temel unsurlar dokunulmazdır<sup>238</sup>. İcapta bulunanın bağlanma iradesinin yanında icap, ayrıca yeterince kesin şartlar içermelidir. Bu, bir icabın doğasının mantıksal sonucudur: Bir icap, basit bir “Evet, kabul ediyorum” yoluyla sözleşme kurabiliyorsa, tarafların bağlı olacağı tüm temel unsurları içermelidir. Örneğin kişinin bir sanat koleksiyonundan üç resim satmayı teklif etmesi, genellikle bir icap niteliği taşımaz; öncelikle hangi spesifik resimlerin söz konusu olduğunun bilinmesi gerekir. Çok belirsiz veya eksik olan herhangi bir anlaşma bu nedenle bir bağlayıcı bir sözleşme olarak değerlendirilmez. Bu, tarafların tüm olası ayrıntılar üzerinde anlaşmaya varmaları gerektiği anlamına gelmez, ancak elzem olarak gördükleri şeyler üzerinde anlaşmaya varmaları gerekir. Bir satış sözleşmesi olması durumunda, buna satılacak mal ve fiyat da dahil olacaktır<sup>239</sup>.

BGB’de sözleşmenin unsurlarına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Fakat BGB § 145 anlamında bir icap, “essentialia negotii”yi içermeli, başka bir ifadeyle konusu ve içeriği beyanda yeterince belirlenmiş veya belirlenebilir nitelikte olmalıdır<sup>240</sup>.

Benzer şekilde FMK md. 1121’e göre icabın kapsamı belirli veya belirlenebilir olmalıdır. İcabın belirliliği hakkında Fransız Yüksek Mahkemesi’nin verdiği bir kararda, Mahkeme, bir kira sözleşmesinin esaslı noktaları arasında kiralanan ve kira bedeli yanında kira başlangıç anını da gösteren temyiz mahkemesi kararını bozmuştur. Temyiz

---

<sup>237</sup> Bugün sözleşmenin esaslı unsurları, objektif ve sübjektif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Objektif esaslı unsurlar “essentialia negotii”, mal, miktar ve semendir. Bu unsurlar, sübjektif ihtiyaçlar çerçevesinde arttırılabilecektir. Sübjektif esaslı unsurlar “essentialia contractus”, ifa zamanı, yeri, süre, paketleme gibi unsurlardır. Bkz.: Oral, s. 29, 30.

<sup>238</sup> Rochfeld, J. (2009). “A Future for la cause? Observations of a French Jurist”, in **Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (‘the Avant-projet Catala’)** (Eds. Cartwright, J., Vogenauer, S. & Whittaker, S.), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, s. 85.

<sup>239</sup> Smits, s. 44.

<sup>240</sup> Young, s. 343.

mahkemesi, kiralanan ve kira bedelini içermekle birlikte, kira süresi başlangıcını göstermeyen irade açıklamasının bir icap teşkil etmediğine ve bu nedenle, böyle bir teklifin kabulü ile sözleşme kurulamayacağına hükmetmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesi söz konusu kararı bozarken, kira süresi başlangıç anının bu sözleşme tipinin kanunda belirtilen objektif esaslı noktaları arasında olmadığını; tarafların bu konuya ayrı bir önem atfetmemiş olmaları kaydıyla, kiralanan ile kira bedelini içeren icabın kabulü ile sözleşmenin kurulacağını vurgulamıştır<sup>241</sup>. Görüleceği üzere Fransız Yüksek Mahkemesi de tarafların sözleşmenin ikinci derecede bir noktasını subjektif esaslı hale getirmemiş olmaları kaydıyla, sözleşmenin objektif esaslı noktalarını içeren bir icabın kabulünü sözleşmenin kurulması için yeterli bulmuştur<sup>242</sup>.

Bugün Türk hukuk doktrininde hakim görüş de, en azından sözleşmenin taraflarının iradelerinin sözleşmenin niteliğini belirleyen objektif esaslı noktaların (*essentialia negotii*) tümü konusunda uyuşmuş olmalıdır. Bunların tamamen belirlenebileceği gibi belirlenebilir tarzda da mutabakata varmış olması yeterlidir. Eğer bu noktalardan herhangi birisi konusunda taraflar arasında mutabakata erişilememişse sözleşme kurulmamış olacaktır, yani yok hükmündedir<sup>243</sup>. İngiliz hukukuna göre de bir icap, kabul edilirse bağlanacak bir taahhüt anlamına gelebilecek kadar kesin ve eksiksiz olmalıdır<sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup> Taşkın, s. 28'den naklen: C. Cass., Ch. Civ. 3, 28.10.2009, 08-20224.

<sup>242</sup> Taşkın, s. 28.

<sup>243</sup> Oğuzman, M. K. & Öz, M. T. (2011). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul, s. 77; Eren, s. 229, Kocayusufoğlu, s. 174, 175; Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. & Altop, A. (1993). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 7. Bası, İstanbul, s. 75, 78, Nomer, H. N. (2013). "Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?" *Journal of Yaşar University 8 (Özel)*, 2053-2074, s. 2055.

<sup>244</sup> 18 Scammell & Nephew Ltd v Ouston [1941] AC 251.

### 2.2.1.2. İcabın Hükümünü Yitirmesi

Bağlayıcı bir icapta bulunulduğu tespit edildiğinde, ikinci bir soru ortaya çıkmaktadır: İcapta bulunanın, icabın yapıldığı kişi söz konusu icabı kabul ederek sözleşmeyi yapmadan önce icabını geri alması mümkün müdür? İcabın geri alınması, icapta bulunan kişinin artık icabıyla bağlı olmadığı anlamına gelmektedir. Buna izin vermek, malları başka birine çok daha iyi bir fiyata satabileceğini keşfetmiş ve bu nedenle alıcıya bağımlılığını sona erdirmek isteyen icapta bulunanın menfaatinidir. Öte yandan icapta bulunulan, icaba güvenmiş ve resmi olarak kabul etmeden bunun sonucu olarak harekete geçmiş olabilir önce (örneğin bir bankadan bir kredi için pazarlık yaparak veya ürünleri yeniden satabileceği potansiyel müşterileri bulmaya çalışarak). Farklı yargı alanları bu iki menfaati farklı şekillerde tartmaktadır<sup>245</sup>.

İcabın geri alması açısından bir nokta önemle ifade edilmelidir. İcabın sadece gönderilmesi yeterli değildir. Öte yandan, icapta bulunulanın icabın gerçekten farkına varması gerekli değildir. Karşı tarafın olarak icaptan haberdar olmasının beklenebileceği bir konuma getirilmesi yeterlidir. Örneğin, bir icapta bulunan, gece vakti, icapta bulunulanın posta kutusuna yazılı bir icap bırakırsa, icapta bulunulan ertesi gün hasta olsa ve normalde bakacağı halde o gün posta kutusuna bakmasa bile icap “ulaşmış” sayılır. İcap yürürlüğe girene kadar, yani icapta bulunulana “ulaşana” kadar geri alınabilir. Bu nedenle, geri alma beyanı, karşı tarafa icaptan önce veya aynı anda ulaşırsa, o zaman yürürlüğe girmiş bir icaptan söz edilemez<sup>246</sup>.

Bu husus FMK md. 1115’te açıkça ifade edilmiştir. Buna göre icap, karşı tarafa ulaşmadığı sürece serbestçe geri alınabilir. Md. 1116’ya göre ise icap, icapta bulunan tarafından belirlenen herhangi bir sürenin bitiminden veya böyle bir süre belirlenmemişse

---

<sup>245</sup> Smits, s. 51.

<sup>246</sup> Pieck, M. (1996). “A Study of the Significant Aspects of German Contract Law”. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, 3, 111, s. 116.

makul bir sürenin bitiminden önce geri alınamaz. Bu yasağa aykırı olarak bir icabın geri alınması, sözleşmenin akdedilmesine engel olur. Bu şekilde icabı geri alan kişi, genel kanunda belirtilen koşullar altında sözleşme dışı yükümlülük altına girer ve sözleşmeden beklenen kar kaybını tazmin etme yükümlülüğü yoktur. 2016 Reformuyla getirilen bu hüküm, tek taraflı bir sözleşme taahhüdünden yararlananların meşru beklentilerini korumayı amaçlamaktadır. Taraflardan birinin tek taraflı olarak bir sözleşmeyi feshedemeyeceğine ilişkin hükümler ve zorunlu performansı düzenleyen hükümler ile uyumlu olarak ve pratikte en yaygın olarak kullanılan ön sözleşmelere zarar vermeme endişesiyle icapta bulunan tarafından icabın geri alınması mümkün olan en güçlü şekilde cezalandırılmıştır. Nitekim, icap sahibinin taahhüt edilen sözleşmeyi imzalamayı reddetmesi veya üçüncü bir tarafla sözleşme akdetmesi, icapta bulunduğu kişi ile vaat ettiği sözleşmeyi imzalanmasına engel değildir<sup>247</sup>.

Cour de Cassation'ın 1919'dan beri yerleşik içtihadı, herhangi bir icabın kabul edilmeden önce geri alınabilir olduğu, ancak bu geri almanın icapta bulunulana meşru beklentilerini boşa çıkarması halinde kötüye kullanım olduğu şeklindedir. İcabın kabul edileceği bir süre (ojfre avec delai) içermesi veya icabın makul bir süre boyunca geçerli kalacağına (off re avec delai raisonnable) inanılması durumunda bu durum söz konusudur. Bu, bu iki durumda geri almanın bir etkisinin olmadığı anlamına gelmez, ancak icap sahibi, sonuç olarak icapta bulunulana uğradığı zararı tazmin etmelidir (örneğin, malları incelemek için seyahat masrafları veya icapta bulunulana geri çevirdiği diğer anlaşmalardaki kaybedilen karlar)<sup>248</sup>.

BGB § 145 ve TBK md. 9'a göre icapta bulunan icabını geri alabilir. Örneğin Jonas, Sylvie van der Vaart'ın bazı özel fotoğraflarını Bild'e satmayı teklif eder ve birkaç

---

<sup>247</sup> Cartwright, J. "Negotiation and Renegotiation: An English Perspective", in **Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')** (Eds. Cartwright, J., Vogenauer, S. & Whittaker, S.), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing s. 60.

<sup>248</sup> Smits, s. 53.

gün sonra Express'ten daha iyi bir teklif alırsa, yaptığı icaptan kaçamaz. Bu durumda umut edebileceği tek şey, Bild'in icabını reddetmesidir. Ancak Jonas, icabı kabul edilirse bağlanır. Tabii ki, süresiz olarak beklemek zorunda değildir. Eğer muhatabından hiçbir şey duymadığı makul bir süre sona erdiyse, Jonas resimleri başka birine sunmakta yine özgürdür. Bu rahatsız edici durumdan kaçınmak için, elbette, Bild'e bunun sadece "freibleibend (değişikliğe tabi olarak)" yapıldığını veya feshetme hakkını saklı tuttuğunu söyleyerek icabın geçerliliğini sınırlayabilir. Bu, icap ve kabul ile ilgili kuralların yalnızca varsayılan kurallar olduğu ve isterlerse taraflarca bir kenara bırakılabileceği gerçeğinden kaynaklanmaktadır. İcabın geri alınmasının gerekmediği çok açık bir durum vardır. Bu sadece Alman hukukunda değil, diğer yargı alanlarında da geçerlidir. Bir icap, yürürlüğe girmeden önce doğal olarak başka bir kişiye ulaşması gereken bir niyet beyanıdır. Eğer icapta bulunulan icaptan haberdar değilse icap sahibi icabını geri alabilir. Bu nedenle, geri alma, icaptan önce veya aynı anda icapta bulunulana ulaşırsa, icabını geri alabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Geri alma, icabı basitçe yürürlükten kaldırmaktadır ve sonuçta icap hiç yapılmamış gibi olmaktadır<sup>249</sup>.

İngiliz hukuku ise, sözleşme imzalanana kadar her bir tarafın çekilme özgürlüğüne odaklanmaktadır. Taraflardan biri, yapılacak sözleşmeye güvenme hakkına sahip değildir ve bu nedenle, diğer taraf risk varsayımını haklı çıkarmak için bir şey yapmadıkça, o ana kadar riski kendisine ait olmak üzere hareket edecektir. Bunun ötesine geçmek, daha büyük bir görev empoze etmek, müzakerelerde her bir tarafın güvenliğini - henüz bağlı olmadıklarının kesinliğini - zayıflatmak olacaktır. Müzakerelerin güvenliği, riskin sabitlendiği kilit andan - sözleşmenin oluşturulduğu an - önce diğer tarafa karşı sorumluluk özgürlüğüne dayanır. Bu bağlamda, İngiliz hukuku içe dönüktür. Her bir taraf kendi çıkarlarına bakma hakkına sahiptir<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> Smits, s. 52, Eren, s. 232.

<sup>250</sup> Cartwright, s. 61.



İcapta bulunulan üzerindeki yük geleneksel olarak “posta kutusu” kuralı ile hafifletilmiştir. Buna göre icapta bulunulan kişi kabulünü gönderdiği anda icap kabul edilmiş sayılır<sup>251</sup>. İcapta bulunulan tarafından geri çekme riski, icabın eline ulaştığı an ile kabulünü gönderdiği anın arasındadır. Bu nedenle icap belirli bir süre için geri alınamayacak şekilde tasarlandıysa bile geri alınabilir. Bu, consideration ilkesinin bir sonucudur, geri alınmazlık için olan kural, eğer consideration ile desteklenmiyorsa, geri alınmamak için bağlayıcı olmayan bir vaat olarak görülür. Yaygın uygulama, icapta bulunulunun consideration olarak ufak bir bedel ödemesi ile icabın geri alınmaz bir opsiyona dönüştürülmesidir. Bir icabın geri alınması, “taahhüt içeren estoppel (promissory estoppel)” doktrini kapsamında da engellenebilir<sup>252</sup>.

İcapta bulunan, icabın geri alınmaz olup olmadığını açıkça ya da zımnen belirtmediğinde, bunun yerine muhatabının icabı kabul edebileceği sabit bir süre belirlediğinde farklı bir sorun ortaya çıkar. Alman, Fransız ve Türk hukukunda kabul etmek için kesin bir sürenin belirtilmesi (yani, “icabı kabul etmek için yirmi gününüz var” gibi), icabın geri alınmaz olduğunun göstergesi olarak kabul edilir<sup>253</sup>. Öte yandan, İngiliz hukukunda bu durum geri alınmazlık anlamına gelmemektedir, hatta tam tersi anlamdadır. Genel bir kural olarak İngiliz hukukunda icap geri alınabilir ve geri alınmazlık istisnadır. Bu istisnalar şunlardır: Mühürlü bir icap, bağlanma niyeti olan bir opsiyon, kesin bir teklif veya zararlı güven doktrininin uygulanması. Her durumda, icap sahibinin icabı geri alma yetkisi kabul gönderildiğinde sona ermektedir<sup>254</sup>. Bunun nedeni, İngiliz sözleşme hukukunun “consideration ilkesi” olarak adlandırılan kendine özgü bir gerekliliğinde yatmaktadır. Bir icap durumunda icapta bulunulan herhangi bir karşıt

---

<sup>251</sup> Bu kurala göre, icapta bulunan, caymadan önce bir kabul gönderirse icaptan cayılamaz. Bkz.: Djigsa, W. (2016). “Withdrawal and Revocation of Offer and Acceptance: A Comparative Study of the CISG, the Chinese Contract Law, the Unidroit Principles and the Ethiopian Contract Law”, s. 5.

<sup>252</sup> Farnsworth, E. A. (2008). “Comparative Contract Law”, in **The Oxford Handbuch of Comparative Law**, (Eds. Reinmann, M. M. & Zimmermann, R), Oxford, 898-935, s. 915.

<sup>253</sup> Eren, s. 225.

<sup>254</sup> Viscasillas, s. 384.

yükümlülüğe girmez ise icap bağlayıcı değildir. Bu, icapta bulunulana karşı sert görünmektedir ve aslında İngiliz hukuku, genel hukuk dünyasında bu pozisyonu benimsemeyen istisnai bir durumdur<sup>255</sup>

Fransız hukuku, İngiliz hukukuna kıyaslandığında daha az içe dönüktür. Her bir tarafın özgürlüğüne saygı duyar, ancak aynı zamanda her bir tarafın, diğer tarafın konumunu hesaba katmak için müzakereler sırasında dışarıya bakmasını da bekler. Nasıl bir İngiliz avukatın İngiliz yaklaşımını müzakere tarafları için kesinliğe dayalı olarak görmesi gibi, Fransız avukat da Fransız yaklaşımının kesinliğe dayalı olduğunu görecektir. Bununla birlikte, denge farklıdır. Fransız hukukunda müzakereler sırasında sözleşme öncesi aşamada dikkatli bir şekilde görevlerin ve dolayısıyla sorumluluğun dayatılması yoluyla iyi niyet görevinin dayatılması, yalnızca müzakerelerde özgürlüğü yumuşatmak olarak değil, aynı zamanda kesinlik kazandırmak olarak da görülmektedir<sup>256</sup>.

FMK md. 1118, BGB §150, Türk<sup>257</sup> ve İngiliz hukuku<sup>258</sup> çerçevesinde icapta bulunanın kabul için belirlediği sürenin dolması durumunda icap geçersiz olur. “30 Nisan 2021'e kadar geçerli” bir icap 1 Mayıs'ta artık kabul edilemez. Herhangi bir zaman belirlenmemişse kabul makul bir süre içinde gerçekleşmelidir. Bu süre o durumdaki koşullara bağlı olacaktır. BGB'nin ifade ettiği gibi, teklif yüz yüze veya başka herhangi bir tür gerçek zamanlı iletişimde (telefon, Skype ve çevrimiçi sohbet gibi) yapılmışsa, aynı konuşma içerisinde bir yanıt beklenebilir. İcap gaipler arasında yapılırsa (örneğin posta, e-posta veya WhatsApp ile), kabul süresi büyük ölçüde iletişim araçlarının hızına (teklifini normal postayla gönderen biri ertesi gün bir cevap bekleyemez; icabı alanın

---

<sup>255</sup> Smits, s. 52, 53.

<sup>256</sup> Delebecque, P. & Mazeaud, D. (2007). “Formation of Contracts” in **Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (‘the Avant-projet Catala’)** (Eds. Cartwright, J., Vogenauer, S. & Whittaker, S.), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.s. 501.

<sup>257</sup> Eren, s. 229.

<sup>258</sup> Hyde v Wrench (1840) 3 Beav 334, Youngs, R. (2014). **English, French & German Comparative Law** (Third Edition). London and New York: Routledge s. 554.

genel olarak cevabını iletmek için aynı iletişim araçlarını kullanması beklenebilir) ve konuya bağlıdır. Taze balık ve benzeri çabuk bozulan herhangi bir ürün satın almayı konu alan icap, genellikle bir tablo satın alma icabından daha kısa süre aktif kalır. Ürünün fiyatı piyasa dalgalanmalarına duyarlıysa (borsadaki hisselerde olduğu gibi), makul bir süre saniyeler bile olabilir<sup>259</sup>. Ayrıca icaba yapılan herhangi bir ekleme veya değişiklik de yeni bir icap olarak kabul edilecek ve icabın reddi de icabın hükmünü yitirmesine sebep olacaktır<sup>260</sup>.

## **2.2.2. Uluslararası Metinler**

### **2.2.2.1. İcabın Şartları**

#### **2.2.2.1.1. Bağlanma İradesi**

CISG md. 14-24, PECL md. 2:201(3)<sup>261</sup>, PICC md. 2.2<sup>262</sup>, DCFR II-4:201'de<sup>263</sup>, ulusal mevzuatlarla paralellik göstermekte ve icabın şartlarından biri olarak bağlanma iradesini kabul etmektedir. Örneğin CISG md. 14'e göre bir veya birden çok belirli kişiye sözleşmenin kurulması için yöneltilen bir icap, icapta bulunanın bağlanma iradesini yansıtmalıdır. Buradaki bağlanma iradesi, icapta bulunan kişinin karşı tarafın kabul

---

<sup>259</sup> Smits, s. 55.

<sup>260</sup> BGB § 146.

<sup>261</sup> İcap (1) Bir önerinin icap kabul edilmesi için: (a) Diğer taraf kabul ederse sözleşmeye dönüşmesi niyetinin mevcut olması ve (b) bir sözleşme kurulumu için yeterince kesin koşullarının olması gerekir. (2) İcap bir veya daha fazla belirli kişiye veya kamuya yapılabilir. (3) Bir kamu ilanında veya bir katalogta veya mal teşhirinde profesyonel bir tedarikçinin belirtilen fiyatlarla mal veya hizmet tedarik etme teklifinin, stoktaki mallar veya tedarikçinin hizmeti sağlama kapasitesi tükenene kadar belirtilen fiyattan mal ya da hizmet verme teklifi olduğu varsayılır.

<sup>262</sup> Sözleşmenin kurulmasına yönelik bir teklif eğer yeterince kesinse ve icapta bulunanın kabul durumunda bağlı olma niyetini ortaya koyuyorsa icap sayılır.

<sup>263</sup> (1) Bir önerinin icap sayılabilmesi için: (a) diğer taraf kabul ederse sözleşme ile sonuçlanması niyeti ile ortaya konmuş olması ve (b) bir sözleşme kurulabilmesi için yeterince kesin şartlara sahip olması gerekir. (2) İcap bir veya daha fazla belirli kişiye veya kamuya yapılabilir. (3) Bir kamu ilanında veya bir katalogta veya mal teşhirinde profesyonel bir tedarikçinin belirtilen fiyatlarla mal veya hizmet tedarik etme teklifinin, stoktaki mallar veya tedarikçinin hizmeti sağlama kapasitesi tükenene kadar belirtilen fiyattan mal ya da hizmet verme teklifi olduğu varsayılır.

etmesi halinde söz konusu olan bağlanma iradesini ifade etmektedir. Bunun icapta bulunan kişinin icabıyla bağlı olup olmadığı sorusuyla bir ilişkisi bulunmamaktadır<sup>264</sup>. Keza PECL md. 2:201(3)'e göre bir önerinin icap kabul edilmesi için, diğer taraf kabul ederse sözleşmeye dönüşmesi niyetinin mevcut olması gerekmektedir.

Burada önem arz eden nokta, kamuya yapılan icaplar konusudur. CISG anlamında kamuya icaplar, icap sahibi açıkça aksini belirtmedikçe veya daha doğrusu kamuya yönelik beyannamenin aslında bir icap olduğunu açıkça belirtmedikçe icap değildir<sup>265</sup>. Bu husus, fiyat listeleri, sirkülerler, gazete reklamları, radyo ve televizyon spotları, broşürler, internet yoluyla belirsiz bir gruba yönelik icaplar, ihale çağrıları ve vitrin sunumları bakımından da uygulanmaktadır<sup>266</sup>. Bunlar, bir icabın bir veya daha fazla belirli kişiye yöneltildiği durumlar ile bir teklif yapma davetinin kamuya hitaben yapıldığı durumlardır. Uluslararası ticarete bu yolların kullanımı son derece net bir amaca hizmet eder: Bilgi iletmek veya alıcıyı bir icap yapmaya teşvik etmek. Bu yüzden bu durum icaba davet olarak değerlendirilmelidir<sup>267</sup>. Ancak düzenli müşterilere yöneltilen irade beyanları veya stokta olduğu sürece söz konusu olan özel irade beyanları, cevap için bir süre öngören irade beyanları icap niteliğindedir<sup>268</sup>.

PECL ve DCFR, CISG'den farklı olarak bir veya daha fazla belirli kişiye veya kamuya bir icap yapılabileceğini hükme bağlamıştır<sup>269</sup>. Böylesi bir beyan genel anlamda bir icap sayılabilir, ancak şartlara (bir evi satmak için yapılan reklam gibi) ve icapta bulunanın niyetine bağlı olarak icap için davet olarak da değerlendirilebilir. Diğer yandan, bir kamu ilanında veya bir katalogda veya mal teşhirinde profesyonel bir tedarikçinin belirtilen fiyatlarla mal veya hizmet tedarik etme teklifinin, stoktaki mallar veya tedarikçinin hizmeti sağlama kapasitesi tükenene kadar belirtilen fiyattan mal ya da

---

<sup>264</sup> Schlechtriem, Md. 14, § 23.

<sup>265</sup> Viscasillas, s. 380.

<sup>266</sup> Schlechtriem & Schwenger, s. 419.

<sup>267</sup> Viscasillas, s. 380.

<sup>268</sup> Schlechtriem & Schwenger, s. 419.

<sup>269</sup> PECL, md. 2:201(2).

hizmet verme teklifi olduğu varsayılır. Bu yaklaşım icabın muhatabının tüketici olabileceğini dikkate almaktadır<sup>270</sup>.

#### **2.2.2.1.2. Sözleşmenin Esaslı Unsurlarını Kapsaması**

CISG uyarınca, bir icabın yeterince kesin sayılabilmesi için malları, miktarı ve fiyatı belirtmesi gerekmektedir<sup>271</sup>. CISG’de tarafların irade beyanlarının icap ve kabul şeklinde sınıflandırılmasının isteğe bağılı bir hukuki işlem olarak ortaya çıkması dışında başka şekilleri de vardır. Örneğin karşılıklı gönderilen icaplar, genel olarak elektronik ticaret ve özel olarak internet açık arttırmaları bu yollardan birkaçıdır. Ayrıca ticaret borsalarında yapılan satımlar ve uluslararası ihale çağrıları da sözleşme yapmanın pratik yollarıdır<sup>272</sup>. CISG 14-24 md. arasında yer alan hükümler birden fazla alıcı veya satıcı olması durumunda da uygulanmaktadır. Öte yandan Antlaşmanın sözleşme kuruluşuna ilişkin kuralları, yalnızca satıcı ve alıcı şeklinde davranan taraflar arasındaki bir anlaşmanın oluşumunda doğrudan uygulanabilir. Başka bir ifadeyle diğer kişiler için sözleşmesel borçlar yaratılması, bu kişiler alıcı veya satıcı olarak sözleşmeye imza atmış olsa bile, CISG’nin ikinci kısmındaki kişi kapsamının dışında kalmaktadır. Bunlara örnek olarak bilirkişiler, malların denetçileri ya da kefiller gösterilebilir<sup>273</sup>.

PECL md. 2:201, bir irade beyanının bir icaba karşılık gelmesi için bulunması gereken asgari unsurlarını “koşullar yeterince kesin olmalı ve icapta bulunan diğer taraf kabul ederse icabın sözleşme ile sonuçlanmasına niyet ediyor olmalıdır (yani icap icapta bulunanın eğer icap kabul edilirse bağılı olmaya niyetli olduğunu belirtmelidir)” olarak belirlemiştir. PECL ve PICC, CISG’deki gibi icapta hangi unsurların kesin olması gerektiğini belirtmemektedir. CISG sözleşmelerin ve buradan hareketle icapların

---

<sup>270</sup> Viscasillas, s. 381.

<sup>271</sup> CISG, md. 14(1).

<sup>272</sup> Schlechtriem & Schwenger, s. 375, 376.

<sup>273</sup> Schlechtriem & Schwenger, s. 389.

*essentialia negotii* içermesini gerektiren, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin genel kurallarını takip etmektedir. Tam tersine PECL, tarafların iradesinin (yani anlaşma) ve anlaşma ile bağlı olma niyetlerinin, sözleşmenin kurulumu için temel unsurlar olduğu Anglosakson hukuk sisteminden alınan daha esnek bir yaklaşım izlemektedir. PECL uyarınca boşluklar zımnî terimler ile doldurulmaktadır; örneğin makul sebep, ortak kullanım ve taraflar arası mutabakat uygulamalar bunlara örnek olarak gösterilebilmektedir<sup>274</sup>.

CISG sadece satım sözleşmelerini düzenlemekte ve tüketici satımlarını kapsam dışında tutmaktadır. Oysa PECL’da böyle bir ayırım yoktur. Tüm sözleşmelere uygulandığı için mi hangi unsurların kesin olması gerektiği tek tek sayılmamıştır. Böylece daha pratik ve mantıklı bir yaklaşım sergilemiştir<sup>275</sup>.

Sözleşmede belirli olması gereken unsurlar konusunda bazı sorgulamalar ortaya çıkmıştır. Örneğin fiyat unsuru hakkında hiçbir şey söylemeyen bir sözleşme olması ilginç görünmektedir. Bu konuda Batı hukuk sistemlerinde değişen yaklaşımlar vardır. Fransız hukuk sistemi belirli bir fiyat olmadan bir sözleşmenin kurulamayacağını kabul etmektedir. Bu soru, CISG’ye göre karmaşık bir sorudur ve daha önceki taslak hazırlama oturumlarında da büyük ölçüde tartışılmıştır. Bir yandan, CISG md. 14, fiyatın bir sözleşme teklifinde görünmesini gerektirirken, diğer yandan CISG md. 55, sözleşme geçerli bir şekilde kurulduğunda fiyat unsurunun eksikliğini gidermek için bir yöntem ortaya koymaktadır. Özellikle, CISG md. 55, sözleşmenin kurulumu sırasında ilgili ticarete karşılaştırılabilir koşullar altında satılan bu tür mallar için genel olarak uygulanan fiyatın uygulanması gerektiğini belirtmektedir<sup>276</sup>.

Bu soruyla ilgili yorum yapan kişiler farklı görüşler ifade etmiştir. Bazıları, fiyat olmadan bir sözleşmenin varlığının, çok özel durumlar dışında imkansız olduğunu düşünmektedir<sup>277</sup>. Diğerleri, böyle bir sözleşme yapmanın gerçekten mümkün olduğunu

---

<sup>274</sup> Viscasillas, s. 378.

<sup>275</sup> Viscasillas, s. 378.

<sup>276</sup> Viscasillas, s. 379.

<sup>277</sup> Schlechtriem & Schwenger, s. 414.

ve CISG md. 55'te yer alan fiyatı belirleme yönteminin bu boşluğu yeterince dolduracağını savunmaktadır<sup>278</sup>. Son olarak, konuyu yürürlükteki iç hukuka göre karara bağlanması gereken bir geçerlilik sorunu olarak da görülmektedir<sup>279</sup>.

İlkesel olarak, CISG md. 14 ve 55'in doğru yorumlanması öncelikle CISG md. 55'in baş kısmında bulunan "sözleşme geçerli bir şekilde kurulduğunda" ifadesinin anlamına karar vermeye yönelik olmalıdır. CISG'nin 55. md. si uyarınca, eğer tarafların iradesi açıkça veya zımni olarak ifade edilirse, bir sözleşme fiyat dahil edilmeden geçerli bir şekilde kurulabilir gibi görünmektedir. Sonuç olarak, CISG md. 14'te belirtilen fiyat unsuru zımni olarak sözleşmeden çıkarıldığında, sözleşmenin yine de geçerli olabileceği ve bu durumda bu tür bir muafiyetin CISG md. 8 ışığında yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>280</sup>.

#### 2.2.2.2. İcabın Hükümünü Yitirmesi

İcabın geri alınması, CISG md. 15'te düzenlenmiştir<sup>281</sup>. Hükümün 1. fıkrasına göre, bir icap icapta bulunana ulaştığı zaman yürürlüğe girmektedir. Buna göre, icabın yapıldığı tarafa varmadığı<sup>282</sup> sürece hiçbir etkisi olmaz. Md. 15 (2), bu hükümün sonucudur. Bir icabın geri çekilmesi, ancak geri çekilme beyanı icaptan önce veya icapla aynı zamanda, icapta bulunulan kişiye ulaştığında gerçekleşmektedir. CISG md. 15, beyannamelerin etkinliği açısından sadece icap için değil, aynı zamanda sözleşme oluşumunda kabul açısından "makbuz teorisine" dayalı bir yaklaşımı izlemektedir. Bu nedenle, CISG md.

---

<sup>278</sup> Honnold, J.O. (2009). **Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention**, Kluwer Law International BV.

<sup>279</sup> Viscasillas, s. 379.

<sup>280</sup> Viscasillas, s. 378.

<sup>281</sup> (1) İcab muhataba vardığı anda hükümlerini doğurur.

(2) İcab geri alınmaz nitelikte olsa bile, geri alma beyanının muhataba, icaptan önce veya icapla aynı anda varması halinde geri alınabilir.

<sup>282</sup> "Varmadan" ne kast edildiği, md. 24'de ele alınmıştır. Tam hüküm şu şekildedir: "Antlaşmanın bu Kısmının amacı çerçevesinde; icap, kabul beyanı ve diğer tüm irade açıklamaları muhataba sözlü olarak yapıldıkları veya diğer herhangi bir yoldan şahsen kendisine veya işyerine veya posta adresine, bunlar da yoksa, mutad meskenine teslim edildiklerinde 'varmış' sayılırlar".

15'e göre, bağlayıcı bir icap için, icapta bulunulana icabı alması gerekir; bu icabın gönderildiği an yürürlüğe girdiğini savunan "gönderme teorisi" ile çelişmektedir<sup>283</sup>.

CISG'nin md. 15'ten kaynaklanan bir diğer sonuç, CISG kapsamındaki bir icabın geri alınması ve icaptan cayma ile ilgilidir. Bunlar günlük kullanımda farklı anlamları olan kelimeler olmamakla birlikte, CISG kapsamında farklı anlamlara sahiptir ve bunların CISG açısından sonuçları birbiriyle örtüşmemektedir. Farklılıkları açıklamak için Eorsi, bu ayrımın bir sözleşmenin oluşumunun farklı aşamalarında var olduğunu iddia etmektedir. İlk aşamada, CISG md. 15 (1)'de yazıldığı gibi, bir icabın etkili olabilmesi için icapta bulunulana ulaşması gerekir. Buna göre, bir icap, muhatabına ulaşmadan önce veya ulaştığı anda geri alınabilir. Geri alınmadığı sürece ikinci aşamaya geçer ve burada zaten yürürlüğe girer ve ancak belirli koşullar altında cayılabilir<sup>284</sup>. Dikkat edilmesi gereken, CISG md. 16 uyarınca icaptan caymanın, md. 15.b'de kullanıldığı şekliyle geri almadan farklı olmasıdır<sup>285</sup>.

PECL'de sözleşmenin oluşumuna ayrılan bölümde, icabın geri alınması ile ilgili olarak CISG md. 15 veya PICC md. 2.3'te yer alanlara benzer bir kural bulunmamaktadır. Aslında böyle bir şeye gerek de yoktur çünkü PECL md. 2: 202'deki iptal kuralı, icap sahibinin fikrini değiştirdiği ve dolayısıyla icabını geri aldığı durumları da kapsayabilir<sup>286</sup>. Her halükarda, icap ve kabule kadar uzanan bir kavram olan bir bildirim geri çekilmesi, PECL md. 1:303 (5) kapsamında düzenlenir ve teorik açıdan faydalı bir kavramdır. Geri alma ve cayma arasındaki ayrımın bir şekilde yapay olduğu ve modern iletişim araçlarının kullanılması nedeniyle geri almanın pratik bir etkisi olmadığı dikkate alınmalıdır. Geri alma, yalnızca teklif posta veya telgraf yoluyla gönderildiğinde

---

<sup>283</sup> Djigsa, s. 3.

<sup>284</sup> Eorsi, G. (1987). "Revocability of Offer", in **Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention** (Eds. Bianca, C. M., Bonell, M. J., & Graf, J. B.), Giuffrè, s. 146, 147.

<sup>285</sup> Djigsa, s. 4.

<sup>286</sup> Aslında ABD hukuk sisteminde "*cayma (revocation)*" icabın geri alınmasını ve icaptan cayılmasını kapsamaktadır. Bkz.: Winship, P. (1983). "Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention", *23 INT'L Law* 7.



mümkündür ve etkinliği makbuz ilkesi ile sınırlandırılmıştır. Bu, geri alma işleminin ancak bildirim alıcıya icaptan önce veya icap ile aynı anda ulaşması durumunda mümkün olduğu anlamına gelir. İcabın cayılamaz olmaması ve icap kabul bildirimini göndermeden önce muhataba ulaşması koşuluyla icaptan cayma mümkündür<sup>287</sup>.

CISG, PICC, PECL ve DCFR’de ölüm, tam ehliyetin kaybedilmesi, iflas sürecinin başlatılması veya kişinin hukuki durumunu etkileye benzeri diğer hallerin mevcut bir icabın geçerliliğini kaybetmesine neden olup olmayacağı hakkında bir hüküm içermemektedir. Bu hallerde icabın durumun ne olacağı ulusal hukuka göre belirlenecektir<sup>288</sup>.

CISG (md. 16)<sup>289</sup>, PICC (md. 2.4)<sup>290</sup>, PECL (md. 2:202)<sup>291</sup> ve DCFR (II. – 4:202)<sup>292</sup>, kabul göndermeden önce icapta bulunulana ulaşırsa cayılabileceğini kabul

---

<sup>287</sup> PECL, md. 2:202(1); CISG, md. 16(1); PICC, md. 2.4(1).

<sup>288</sup> Schlechtriem & Schwenger, s. 460.

<sup>289</sup> (1) İcapta bulunanın geri alma beyanı, muhatabın kabul beyanını göndermesinden önce muhataba ulaşmış olmak koşuluyla, icap, sözleşme kuruluncaya kadar geri alınabilir.

(2) Ancak;

(a) icapta kabul için kesin bir süre öngörülmüş veya icabın geri alınmaz olduğu başka bir şekilde ifade edilmişse veya

(b) muhatap açısından icabın geri alınmaz olduğuna güvenmek makul sayılabiliyorsa ve muhatap bu icaba güvenerek hareket etmişse icap geri alınmaz.

<sup>290</sup> (1) Sözleşme kurulana kadar icap eğer cayma muhataba muhatap kabulünü sevk etmeden önce ulaşırsa cayılabılır.

(2) Ancak şunlar olursa icaptan cayılamaz:

(a) eğer icap kabul için sınırlı bir zaman olduğunu veya cayılamaz olduğunu belirtiyorsa,

(b) Muhatabın icabın cayılamaz olmasına güvenmesi makul ise ve muhatap icaba güvenerek eyleme geçmişse.

<sup>291</sup> (1) Bir icap eğer cayma beyanı muhataba muhatap kabulünü sevk etmeden önce veya davranış ile kabul olan durumlarda sözleşme Madde 2:205(2) veya (3)’e göre kurulmadan önce ulaşırsa icaptan cayılabılır.

(2) Kamuya yapılan icaptan, icap yapılırken kullanılan yolların aynıları kullanılarak cayılabılır.

(3) Ancak, bir icaptan cayma şu durumlarda etkisizdir:

(a) İcap kendisinin cayılamaz olduğunu belirtiyorsa veya

(b) kabulü için sınırlı bir zaman belirtiyorsa veya

(c) Muhatabın icabın cayılamaz olmasına güvenmesi makul ise ve muhatap icaba güvenerek eyleme geçmişse.

<sup>292</sup> (1) İcap, cayma muhataba muhatap kabulünü sevk etmeden önce veya davranış ile kabul olan durumlarda sözleşme kurulmadan önce ulaşırsa icaptan cayılabılır.

(2) Kamuya yapılan icap, icap yapılırken kullanılan yolların aynıları kullanılarak cayılabılır.

(3) Ancak, bir icaptan cayılması şu durumlarda etkisizdir:

(a) İcap kendisinin cayılamaz olduğunu belirtiyorsa,

(b) kabulü için sınırlı bir zaman belirtiyorsa veya

(c) Muhatabın icabın cayılamaz olmasına güvenmesi makul ise ve muhatap icaba güvenerek eyleme geçmişse.

(4) Paragraf (3), eğer icapta bulunan Kitap II’den IV’e kadar olan herhangi bir kurala göre kabulünden kaynaklanan bir sözleşmeden cayma hakkına sahip ise geçerli değildir. Taraflar icapta bulunanın aleyhinde olacak bir şekilde bu kuralı uygulamadan hariç tutamaz, kuralın etkilerinden kaçınmaz veya etkilerini değiştiremezler.

etmiştir. Ayrıca kamuya yapılan bir icaptan, icapta kullanılanla aynı yöntemlerle cayılabilir. Ancak, icaptan cayılması, icapta icabın cayılamaz olduğu veya kabulü için sınırlı bir zaman belirtiliyorsa veya icapta bulunulan kişinin icabın cayılamaz olduğunu düşünmesi makul ise ve icapta bulunulan kişi icap doğrultusunda eyleme geçmiş ise icaptan cayılamayacaktır<sup>293</sup>.

İcabın ne zaman bağlayıcı olduğu, Anglosakson ve Kıta Avrupası Hukuk sistemlerine göre farklı cevapları olan bir sorudur. CISG'nin, Anglosakson Hukuku ile Alman Hukuku arasında ağırlıklı olarak Kıta Avrupası'na yakın bir tutum izlemektedir<sup>294</sup>. CISG md. 16 (1), icap sahibine icabın yapıldığı kişi kabulünü postaya vermeden önce cayma hakkı sağlamaktadır<sup>295</sup>. Bu hüküm, icapta bulunulan tarafından kabulün gönderildiği anda icaptan cayma hakkının sona erdiği anlamına gelmektedir. Eğer icapta bulunan cayma hakkını kullanmak istiyorsa, bu cayma icapta bulunulan cevap olarak kabulünü göndermeden önce ulaşmak zorundadır<sup>296</sup>. Bu sonuç, posta kutusu kuralının dikkate değer bir sonucu olarak kabul edilmektedir<sup>297</sup>.

Öte yandan md. 16 (1) Anglosakson Hukuk yaklaşımını takip ederken, md. 16 (2) bu yaklaşıma bir istisna olarak mevcuttur. CISG bir icaptan ne zaman cayılacağına dair genel kuralı belirlediği gibi, bir icabın ne zaman cayılamaz olarak değerlendirilebileceğini de belirlemektedir. CISG, bir icaptan “kabul için sabit bir süre belirtiliyor veya geri alınmaz olduğu belirtiliyorsa veya, muhatabın icabın cayılamaz olmasına güvenmesi makul ise ve muhatap icaba güvenerek eyleme geçmişse” cayılamaz<sup>298</sup>. Ticarete, bir icabın cayılamaz olduğunu belirtmenin en yaygın yolu, icabın cayılamaz olduğunu belirtmek veya benzer anlamdaki diğer ifadeleri kullanmaktır. Bu

---

<sup>293</sup> Smits, s. 53.

<sup>294</sup> Vural, B. (2013). “Formation of Contract According to the CISG”. *Ankara B. Rev.*, 6, 125, s. 135.

<sup>295</sup> Schlechtriem, P. & Butler, P. (2009). **UN Law International Sales**. Berlin Heidelberg: Springer Verlag, s. 73.

<sup>296</sup> Garro (1989). “Reconciliation of Legal Traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *23 Int'l Law*, 443-483, s. 455.

<sup>297</sup> Djigsa, s. 5.

<sup>298</sup> CISG, md. 16.

anlamda, teklif sahibi, “icabımı 15 gün için garanti ediyorum”, “bu icabı 30 günlük bir süre boyunca açık tutacağım”, “bu icaptan...’a kadar caymayacağıma söz veriyorum”, “icap belirtilen tarihler arasında bağlayıcıdır” gibi ifadelerle icabının cayılamaz olduğunu açıkça beyan edebilir<sup>299</sup>. Bu örnekler CISG’ye göre cayılamaz olan icapların basit örnekleridir. İcapta bulunanın icabı yönelik açık ifadeleri kullandığı görülmektedir. Bu tip ifadeler ticarete bağlı olma niyeti olarak algılanır. PECL md. 2:202 (3) (a) tarafından da benimsenen yaklaşım budur<sup>300</sup>.

CISG uyarınca, kabul için sabit bir sürenin icaptan cayılamaz olduğu anlamına gelip gelmediği veya muhatabın teklifi kabul etmesi için bir son tarihinin olup olmadığı açık değildir<sup>301</sup>.

Bu belirsizlik, CISG md. 16 (2) (a)’nın ifadesinden doğmaktadır ve bu durum da md. nin kabul için gereken zamanın anlamı üzerinde anlaşma sağlanamamasından dolayı belirsiz yazılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Anglosakson hukuku ve Kıta Avrupası hukuk yaklaşımları arasındaki farklılıklar, oybirliğiyle bir çözümü engellemiştir. Uzlaşmanın sonucu, büyük olasılıkla mahkemelerin farklı yorumları olacaktır. Bazı yazarların bir icabın kabul için belirli bir zamana işaret etmesinin onu geri alınamaz kıldığını düşünseler de<sup>302</sup>; diğerleri<sup>303</sup> tam tersini düşünmekte ve icabın yalnızca kabul için bile zaman belirttiğini ve cayılamazlık belirtmediğini savunmaktadır. Yorumcular arasında en başarılı gibi görünen pozisyon, böyle bir sorunun mahkemelere bırakılması gerektiğini ifade eden pozisyonudur<sup>304</sup>.

---

<sup>299</sup> Eorsi, s. 157.

<sup>300</sup> Viscasillas, s. 383.

<sup>301</sup> Viscasillas, s. 384.

<sup>302</sup> Schroeter, U. G. (2015). Md. 16, § 9 (Çev.: S. Derya Yakupoğlu) içinde **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi** (Eds. Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy), İstanbul: Oniki Levha Yayınları’dan naklen: Neumayer, K. H. (1994). “Offene Fragen zur Anwendung des Abkommens der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf”. *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2, s. 103.

<sup>303</sup> Schroeter, md. 16, § 9.

<sup>304</sup> Murray, J. E. (1988). “An Essay on the Formation of the Contracts and related problems under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. *8 J.L. & COM.* 25.

CISG kapsamındaki çok farklı çözümlerin bilincinde olan PECL, PECL md. 2:202 (3) (b)de sorunu, kabulü için belirli bir süre belirtmesi halinde bir icaptan caymanın etkisiz olduğunu belirterek çözer. Özellikle de PECL'nin tüketici sözleşmelerine de uygulanabilir olduğu düşünülürse bu mantıklı bir yaklaşım gibi görünmektedir<sup>305</sup>.

CISG ve PICC modelini takip ederek, PECL md. 2:202 ve 2:203 icaptan cayılmasına ayrılmıştır. PECL, bir icabın, sözleşmenin imzalanmasından önce davranışla kabul edilmesi durumunda cayılabileceğini açıklığa kavuşturur (yani, icapta bulunan bu tür eylemlere ilişkin bildirim aldığı veya ifa başladığında)<sup>306</sup>. Ayrıca, PECL'e göre, kamuya bir icap yapıldığında, bu, (İkinci) Sözleşmelerin Yeniden Düzenlenmesi Bölüm 46'da benimsenen yaklaşım izlenerek, icabı yapmak için kullanılanla aynı yöntemlerle icaptan cayılabilir. Bu kural, CISG tarafından açıkça kabul edilmemiştir, ancak bazı akademisyenlerce savunulmaktadır<sup>307</sup>.

Bir icabın cayılamaz olarak kabul edilebilmesinin başka bir yolu, icapta bulunan taraf bunu belirtmemiş olsa bile, bir icabın muhataba cayılamaz bir görünüm yaratması ve muhatabın icaba güvenerek bir tür eylemde bulunmasıdır. Anglosakson hukuk sistemlerinden türetilen bu doktrin “taahhüt içeren estoppel (promissory estoppel)” olarak da bilinir; aynı zamanda Kıta Avrupası hukukunda da venire contra factum proprium genel ilkesi olarak tanınır. Böylesi durumlarda icapta bulunan icaptan cayamaz. Bunun nedeni, kabul için belirli bir sürenin belirlendiği durumların, muhatapta icabın cayılamaz olduğu konusunda bir algı yaratabilmesidir. Bu nedenle, şirkete yatırım yapmak, malzeme satın almak, uzman, danışman, avukat tutmak gibi icapla ilgili bir tür eylem gerçekleştirirse, PECL'nin korumasına güvenebilir<sup>308</sup>.

İcabın reddi durumunda icap hükmünü yitirecektir. PECL md. 2:203'e göre “icabın reddi icapta bulunana ulaştığında icap hükmünü yitirir”; PICC md. 2.5'e göre

---

<sup>305</sup> Viscasillas, s. 385.

<sup>306</sup> PECL, md. 2:205.

<sup>307</sup> Viscasillas, s. 376'dan naklen: Viscasillas, (1997), s. 476.

<sup>308</sup> Viscasillas, s. 385.

“Ret icapta bulunana ulaştığında icap sona erer”, CISG md. 17’e göre “İcap geri alınamaz olsa bile, red beyanı icapta bulunana vardığı anda hükmünü yitirir.”; DCFR II. – 4:203’e göre “İcabın reddi icapta bulunana ulaştığında icap hükmünü yitirir”.

PICC md. 2.1.5’e göre bir icap açıkça veya zımni olarak reddedilebilir. Sık rastlanan bir zımni ret durumu, bir kabul olduğunu iddia eden ancak eklemeler, sınırlamalar veya diğer değişiklikleri içeren icaba verilen yanıtırdır<sup>309</sup>.

CISG md. 17’ye göre bir icap, muhatabın red beyanı icapta bulunana vardığı anda geçerliliği kaybedecektir. İcaptan cayılamaz olması ve icabın kabul için belirlenen süre sona ermeden reddedilmiş olması durumu değiştirmez. Bu halde bir sözleşmenin kurulabilmesi için yeniden bir icapta bulunulması gerekmektedir. Red beyanı açık ya da örtülü olabilir. Ancak her koşulda red beyanının icapta bulunana varması şarttır. Mal alımına ilişkin bir icap, malların muhatap tarafından nc kişiye satılması ile reddedilmiş olmayacaktır<sup>310</sup>.

Kısaca icapta bulunanın bir yetkisi olan icaptan cayma veya icabın geri alınmasının yanı sıra, muhatap da icabı reddetme yoluyla feshedebilir<sup>311</sup>. Ret, icapta bulunana ulaştığında yürürlüğe girer. İcabın reddedilmesi, örneğin muhatap icabın reddedilmesi konusundaki fikrini değiştirir ve tekrar kabul etmeye çalışırsa, teklifin hayata dönmesini engeller. (İkinci) Sözleşmelerin Yeniden Düzenlenmesi Bölüm 37.50’den türetilen Anglosakson hukuku sistemleri kapsamındaki opsiyon sözleşmeleri gibi bazı önemli istisnalar olmasına rağmen, bu kuralı hukuk sistemlerinin çoğunluğu izlemektedir<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> PICC, md. 2.1.11. (1).

<sup>310</sup> Schroeter, U. G. (2015). Md. 17, ř 2 (ev.: Elif Cemre Hazıroğlu) içinde **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vişana Satım Sözleşmesi) şerhi** (Eds. Ingeborg Schwenzer ve Pınar ağlayan Aksoy), İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

<sup>311</sup> PECL, md. 2:203; PICC, md. 2.5; CISG, md. 17.

<sup>312</sup> Viscasillas, s. 383.

## 2.3. Kabul

### 2.3.1. Ulusal Mevzuatlar

#### 2.3.1.1. Kabulün Şartları

Sözleşme, icap kabul edildiğinde kurulmaktadır. Kabul (acceptation, Annahme, aanvaarding), icapta bulunanın yapmış olduğu icaba uygun olarak muhatabın verdiği olumlu cevaptır<sup>313</sup>. Hukuki niteliği itibariyle tek taraflı kurucu yenilik doğuran bir işlemdir<sup>314</sup>. Genellikle yazılı veya sözlü olarak gerçekleştirilecektir. İcapta bulunana, icabın şartlarının koşulsuz olarak kabul edildiği bildirdiği sürece kabul, herhangi bir özel şartı yerine getirmek zorunda değildir (İngiliz hukuku “ayna görüntüsü” kuralından söz eder; kabul teklifi aynen yansıtmalıdır). Aksi takdirde bu, en iyi ihtimalle orijinal icabı ortadan kaldıran bir karşı icaptır<sup>315</sup>.

Kabul, açık ve koşulsuz şekilde ifade edilmelidir. Kabul beyan, eylem ya da sessizlik veya hareketsizlik ile gerçekleşebilir. İcap sahibi belirli bir kabul şekli belirtmedikçe, muhatabı teklifi sözlü veya yazılı olarak kabul etmekte özgürdür. Kabul beyanı yazılı (mektup, telgraf, teleks, faks, e-posta vb.) veya sözlü (tarafarla şahsen veya telefonla, telsizle vb.) olabilir. Her iki durumda da kabulün etkili olabilmesi ve dolayısıyla sözleşmenin akdedilmesi için icap sahibine icapta belirlenen süre veya böyle bir hükmün yokluğunda makul bir süre içinde ulaşması gerekir<sup>316</sup>.

---

<sup>313</sup> Akhmetov, Z. (2014). “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Sözleşmenin Kurulması” (Yayımlanmamış Doktora Tezi Haluk Nami Nomer), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, s. 61.

<sup>314</sup> Reisoğlu, S. (2008). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Yirminci Bası, İstanbul: Beta Yayınları, s. 62.

<sup>315</sup> Smits, s. 55.

<sup>316</sup> Viscasillas, s. 386.

Genel kural olarak icapta bulunulan, icabı yalnızca zihninde kabul etmemeli, bunu icapta bulunana iletmelidir<sup>317</sup>. Bu BGB, FMK<sup>318</sup>, TBK<sup>319</sup> ve İngiliz hukukundaki<sup>320</sup>, da geçerli bir kuraldır. Ayrıca kabulün icapta bulunana ulaşması her zaman gerekli değildir. Bir sözleşmenin, kabul, icapta bulunana bildirilmemesine rağmen, bu tür bir iletişimin normal kullanıma göre beklenmemesi veya icapta bulunanın bu tür bir iletişimden feragat etmiş olması şu şartlar altında, kurulmuş olduğu kabul edilmektedir<sup>321</sup>. Başka bir ifadeyle icapta bulunanın etki alanına ulaştığında, kabul tamamlanmış olacaktır<sup>322</sup>.

Örneğin, bir sipariş firması genellikle bir siparişin (icabın) alındığını bildirmek için yazılı bildirim yapmaz, bunun yerine sipariş edilen malları gönderir. Bu durumda, malların gönderilmesi, icabın kabulünü teşkil eder. Taraflardan birine göre bile üzerinde anlaşılması beklenen durumlarda her iki taraf da mutabık kalmadıkça bir sözleşme kurulmuş olmaz. Bununla birlikte, tarafların kurulmuş olarak saydıkları sözleşmenin tarafları, ancak aslında anlaşmaları gereken bazı noktalarda anlaşmamış durumdalarsa, yine de tartışmalı noktalarda anlaşmadan bile geçerli bir sözleşme olduğu kabul edilecektir<sup>323</sup>.

Fransız<sup>324</sup>, Alman<sup>325</sup> ve Türk hukukuna göre<sup>326</sup> hazır olmayanlar arasında kabul, vardığında yürürlüğe girecektir. Bu kuralın klasik istisnası ise “posta kuralı”dır. Bu kurala göre bir kabul beyanı mektupla gönderiliyorsa mektubun ne zaman vardığını değil, ne

---

<sup>317</sup> Markesinis, B. S., Unberath, H., & Johnston, A. C. (2006). **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**. Bloomsbury Publishing, s. 70.

<sup>318</sup> FMK md. 1121'e göre kabul, icapta bulunana ulaşır ulaşmaz sözleşme kurulacaktır.

<sup>319</sup> TBK md. 11'de ise hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca ikinci fıkrada açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşmenin icabın ulaşma anından başlayarak hüküm doğuracağı kaleme alınmıştır.

<sup>320</sup> Allied Marine Transport Ltd v Vale do Rio Doce Navigacao SA ('Leonidas D') [1985] 1 WLR 925, 937.

<sup>321</sup> BGB §151.

<sup>322</sup> Von Mehren, A. T. (1990). "The Battle of the Forms": A Comparative View". *The American Journal of Comparative Law*, 38(2), 265-298.

<sup>323</sup> Pieck, s. 117.

<sup>324</sup> FMK md. 1121.

<sup>325</sup> BGB §130.

<sup>326</sup> Türk hukukunda varma teorisinin kabul edildiğine ilişkin Bkz.: Eren, s. 234.

zaman postalandığını dikkate alınmalıdır. Bu, kayıp veya gecikme riskinin icapta bulunan tarafından daha uygun bir şekilde üstlenilebileceği politikasına dayanmaktadır. Zira “anlık iletişimler”in aksine, posta yolu kullanılırsa kaçınılmaz bir gecikme veya kayıp riski vardır; bu nedenle hukukun bu riski icapta bulunan veya bulunulandan birine yüklemesi gerekmektedir. İcapta bulunan, icap ve kabul sürecini posta yoluyla iletişimi kabul edilebilir kılacak şekilde belirlediğinden, bu riskin genel olarak icapta bulunan tarafından üstlenilmesi uygundur. Bu risk dağılımından, genel olarak, bir kabul mektubunun postalama sırasında yürürlüğe girdiği sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte, icapta kabulün varması gerektiğini açıkça belirten icapta bulunan tarafından posta kuralı değiştirilebilecektir (yani, icap sahibi bu durumda kayıp veya gecikme riskini icapta bulunulana yüklenbilir). Örneğin B, A’dan 100 hisse almaya yönelik icapta bulunmaktadır. A, B’ye bir kabul mektubu göndermiştir ancak bu mektup postada kaybolmuştur. Kabul mektubu postaya verildiği için yürürlüğe girmiş bir sözleşme vardır. Diğer bir örnek; B, A’dan hisse satın almayı teklif etmekte ve herhangi bir kabulün kendisi tarafından alınması gerektiğini belirtmektedir. A, B’ye bir kabul mektubu gönderir, ancak bu mektup postada kaybolur. Geçerli bir sözleşme yoktur çünkü B, bir kabulün alınması gerektiğini belirterek genel kuralı değiştirmiştir<sup>327</sup>.

Kabul ile ilgili önemli bir soru, sessizliğin icabın kabulü olarak sayılıp sayılamayacağıdır. Bu konuda yargı alanlarının sessizliğin tek başına kabul sayılamayacağını düzenlemeleri açısından birlik içindedir. Bunun sebebi açıktır. Örneğin Anna, Agustin'e teknesini 100 € karşılığında satın almayı teklif ettiği bir e-posta yazarsa ve “Önümüzdeki pazartesi öğleden önce sizden haber alamazsam, icabımı kabul etmişsinizdir” şeklinde de bir ekleme yaparsa, Agustin’in sadece sessizliği teknesini satma niyetine bir kanıt olarak görülemez. E-postayı almamış olabilir veya bunun bir şaka olduğunu düşünmüş olabilir. Ancak gerçek neden, yasanın genellikle bu tür sürpriz

---

<sup>327</sup> Burrows, A. (2016). **A Restatement of the English Law of Contract**. Oxford University Press, s. 56, 57.



taktiklerin kullanılabileninden şüphelenmesidir. Bu aynı zamanda, müşteriye istenmeyen bir ürünün gönderilmesi ve müşterinin ürünü kabulü üzerine ödemenin talep edilmesine dayalı bir satış uygulaması (inertia selling)nın, Tüketici haklarıyla ilgili AB Direktifi<sup>328</sup> tarafından md. 27’de yasaklanmasının nedenidir: “Tüketici, istenmeyen mal, su, gaz, elektrik, bölgesel ısıtma veya dijital içerik temini veya istenmeyen hizmet sunumu durumlarında herhangi bir bedel sağlama yükümlülüğünden muaf tutulacaktır (...).” Bu tür durumlarda, talep edilmemiş tedarikten sonra tüketiciden bir tepki gelmemesi rıza gösterdiği anlamına gelmez<sup>329</sup>.

Kabulün sessizlikle gerçekleşemeyeceği FMK md. 1120’de “sessizlik, mevzuat, kullanım, iş anlaşmaları veya diğer belirli koşullar tarafından öngörülmedikçe kabul olarak sayılmayacaktır” ifadeleriyle düzenlenmiştir. BGB’de ise buna ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. TBK’da md. 6’da örtülü kabul başlığında “Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır” hükmü düzenlenmiştir. Her ne kadar metninden yalnızca susma ve eylemsizliğin örtülü kabul olarak nitelendirilebileceği yargısına varılabilecekse de örtülü kabul, kabul yerine geçen hareketler vasıtasıyla aktif bir şekilde yapılmalıdır<sup>330</sup>. Bu hükümdeki “açık bir kabulü beklemek zorunda değilse” ifadesi örtülü kabulün yanında açık bir kabulün de yapılabileceğini göstermektedir<sup>331</sup>.

Ulusal mevzuatın, sessizliği bir icabın kabulü olarak görmeye yönelik genel hoşnutsuzluğuna rağmen, bu imkansız değildir. Buna ilişkin örneklerin çoğu ticari ilişkilerle ilgilidir. Bu doğrultuda, 1988 yılında Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından

---

<sup>328</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, Erişim, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN>, (16.03.2021).

<sup>329</sup> Smits, s. 56.

<sup>330</sup> Belbez, H. (1943). “Akitlerde Sükutun Ehemmiyeti”. *AÜHFD* 1(2), 210-231, s. 224; Reisoğlu, s. 62; Eren, s. 230.

<sup>331</sup> Oral, s. 79.

kararlaştırılan bir davada taraflar, alıcının bir fiyat önererek satıcıdan bir eğlence parkı satın alma opsiyonunu kullanabileceği ve satıcının 14 gün içinde cevap vereceği konusunda anlaşmışlardır. Alıcı, opsiyonu 100.000 FFf (15.000 €) teklif ederek uyguladıktan sonra, satıcıdan cevap alamamıştır. Mahkeme, sessizliğin kabul anlamına geldiğine karar vermiştir. Bu gibi durumlarda, sessizliğin asla tek başına kabul anlamına gelmediği açıktır; genellikle, taraflar arasında daha önceki müzakereler, uzun süredir devam eden bir iş ilişkisi ve tarafların alıştığı bir iş akışı, hızlı bir cevap verme ihtiyacı gibi bir dizi çevreleyen koşul sessizliğe eşlik etmektedir. Fransızlar bir “koşullu sessizlik”ten söz ederler. Başka bir örnek, “teyit mektubu (Bestätigungsschreiben/letter of confirmation)”nın ticari uygulamasıdır. Taraflar müzakerede bulduysa ve bir sözleşmeye girmeye neredeyse hazırsa, içlerinden biri sözlü olarak üzerinde anlaştıkları şeyin bir “teyidini” hazırlayıp konuşulanların ana noktalarını özetleyecek ve muhtemelen genel koşullarını ekleyerek bunu muhatabına gönderecektir. Alman içtihat hukuku, diğer tarafın belgeyi kabul etmemesi halinde bağlanma riskinin oluşacağı göze alındığında reddetmek istiyorsa hızla reddetmesi gerektiğini kesin bir şekilde belirtmektedir<sup>332</sup>.

İcabın kendi kabul yöntemini belirtmesi alışılmadık bir durum değildir. Bu, örneğin, kabulün hangi biçimde gönderilmesi gerektiğini ve kime gönderilmesi gerektiğini ifade ettiği anlamına gelmektedir. Örneğin, icapta şunlar yazılabilir: “Kabul, ekteki formu iade ederek yapılmalıdır” veya herhangi bir yanıtın “kayıtlı gönderim yoluyla” gönderileceğini belirtebilir. Bu, istenen yönergelere uymayan bir muhatabın e-posta ile kabulünü göndermesi durumunda ne olacağını değerlendiren pratik sorunu gündeme getirmektedir. Bu, sözleşmenin kurulmadığı anlamına mı gelecektir? Başka bir deyişle, belirtilen kabul yöntemi münhasır mıdır, değil midir? Cevap doğal olarak icabın nasıl yorumlanması gerektiğine bağlıdır. Normalde, icabın yapıldığı kişi belirtilen kabul yöntemine uymak zorunda kalacaktır. Ancak, icapta bulunanın belirli bir yöntemi

---

<sup>332</sup> Smits, s. 56.

önermesinin tek nedeni hızlı bir geri dönüş sağlamaksa muhatabının kullandığı aynı amaca hizmet eden başka bir yöntem de geçerli bir kabul oluşturmaktadır. Örneğin İngiliz hukukunda Tinn v Hoffman davasında (1873)<sup>333</sup>, “posta” ile gönderim yapılacağı belirtilmişse de daha hızlı bir metodun kullanımının da kabul edileceği ifade edilmiştir. Aynı şekilde “kayıtlı gönderim” gerekli kılınmışsa sıradan bir mektup da kabul edilebilir bulunmuştur<sup>334</sup>.

Pratikte nadir olmayan bir başka olgu da icabın resmi olarak kabul edilmemesi ancak icapta bulunulmanın kabul etmiş gibi davranmasıdır. “Davranışla kabul” adı verilen bu kabule gündelik hayatta dahi rastlanabilir. Örneğin bir taksinin kapısını açmak kişinin taksicinin icabını kabul ettiği anlamına gelmektedir. Diğer bir örnek, sipariş formunu geri göndermeyen, ancak malları alıcıya teslim etmeye başlayan (ve alıcının istekli bir biçimde malları teslim aldığı) bir satıcının oluşturduğu durumdur. KLM, on adet A380 uçağı satın almak için Airbus’a icap verirse ve Airbus uçakları KLM’nin rengi olan beyaz ve maviye boyamaya başlarsa, bu da kabul anlamına gelebilir. Bu durumların her birindeki kriter, kabulü icapta bulunana bildirme ihtiyacı olup olmadığı veya icap sahibinin icabının kabul edildiğini koşullardan makul bir şekilde anlayıp anlayamayacağıdır<sup>335</sup>.

### **2.3.1.2. Kabulün Hükümünü Yitirmesi**

Kabul koşulsuz olmalı ve icaba yeni unsurlar eklememelidir. BGB §150’de hükme bağlandığı üzere uzatmalar, sınırlamalar veya diğer değişiklikler kapsamındaki bir kabul, yeni bir icapla birleştirilen bir ret olarak kabul edilecektir. FMK 1118’e göre icapla uymayan bir kabulün, yeni bir icap oluşturmak dışında hiçbir etkisi olmayacaktır.

---

<sup>333</sup> Tinn v Hoffman and Co 1873. Erişim, <https://www.lawteacher.net/cases/tinn-v-hoffman.php?vref=1>, (16.05.2021).

<sup>334</sup> Smits, s. 56.

<sup>335</sup> Smits, s. 57.

TBK’da ise açıkça böyle bir hükme yer verilmemiştir. Yine bu kural, İngiliz hukukundaki ayna görüntü kuralından kaynaklanmaktadır<sup>336</sup>. Farklı koşullarda kabul, bir kabul değildir; bu bir karşı tekliftir ve icabın geçersiz olmasına neden olacaktır<sup>337</sup>.

Bu noktada Alman hukukunun, icap ve kabul uyumsuzluğu meselesini Fransız, İngiliz ve Türk hukukundan daha ayrıntılı olarak ele aldığı ifade edilmelidir. Bu uyumsuzluğa genellikle “ihtilaf (Dissens)” adı verilmektedir. Bu kavram, “hata (Irrtum),” ile farklılık arz etmesine rağmen XIX. yüzyılın Pandektist rejimi altında ikisinin de aynı sonuca sahip olduğu, yani işlemi geçersiz kıldığını kabul edilmektedir. Ancak bugün BGB çerçevesinde hatalı bir işlem iptal edilebilir, oysa muhalefetten etkilenen bir işlem, işlemi hiç var olmamış hale getirecektir. Keza hata durumunda, gerçek ve beyan edilmiş irade arasında farklılık olurken, bilinçsiz muhalefet durumunda, taraflar bir sözleşme yaptıklarına dair yanlış bir inanç taşırlar. Muhalefet en iyi, sözleşmenin esaslı şartları (Hauptpunkte) ile yalnızca esaslı olmayan şartlar (Nebenpunkte) ile ilgili anlaşmazlıklar arasında bir ayırım yapılırsa tartışılır. İlk durumda sözleşme genellikle hükümsüz olurken, ikinci durumda muhalefetin bıraktığı boşluk yorumlama yoluyla daha kolay doldurulabilir. Tüm bu durumlarda yol gösterici ilke, anlaşılabilirdiği kadarıyla tarafların niyetidir<sup>338</sup>.

Bununla birlikte, açık (veya bilinçli) ihtilaf (offener Dissens: BGB §154) ve gizli (veya bilinçsiz) ihtilaf (versteckter Dissens: BGB §155) arasında bir ayırım yapılmaktadır. Bu açıdan bakılırsa analiz kolaylaşacaktır. İlk durumda anlaşmazlık fiyat gibi esaslı şartların üzerindeyse, genel olarak konuşursak, sözleşme yoktur<sup>339</sup>. Öte yandan açık ihtilaf, esaslı olmayan şartlara atıfta bulunuyorsa (örneğin, satılan malların teslimat

---

<sup>336</sup> Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O-Corporation (İngiltere) Ltd [1979] 1 WLR 401.

<sup>337</sup> Hyde v Wrench (1840) 3 Beav 334.

<sup>338</sup> Markesinis, Unberath & Johnston, s. 72.

<sup>339</sup> Kira miktarının belirlenmediği durumda (BGH NJW 1997, 2671, Erişim, [https://www.dnoti.de/entscheidungen/details/?tx\\_dnotionlineplusapi\\_decisions%5Bnodeid%5D=4b51563b-03be-494d-b3f2-90235b0ff2cb&cHash=9c49e538e107e0d25b58e269be3f017f](https://www.dnoti.de/entscheidungen/details/?tx_dnotionlineplusapi_decisions%5Bnodeid%5D=4b51563b-03be-494d-b3f2-90235b0ff2cb&cHash=9c49e538e107e0d25b58e269be3f017f), (16.05.2021) mahkeme bir sözleşme olduğuna karar vermiş ve § 612 II ve 632 I uygulayarak benzetme yoluyla boşluğu doldurmuştur. Bkz.: Markesinis, Unberath & Johnston, s. 72.

maliyetini kimin ödeyeceği), BGB§ 154 I'e göre taraflara göre sözleşmenin bir parçası olarak görülen bir nokta açık bırakılırsa, işlevi ne kadar önemsiz olursa olsun, sözleşme geçersiz sayılacaktır. Bugün, tarafların imzaladıkları sözleşme türünü dikkate alınarak veya BGB § 315'nin analogik bir uygulamasına başvurularak tarafların gerçek niyetini araştırmak gerektiğini vurgulanmakta ve bu hüküm sınırlandırılmaya çalışılmaktadır<sup>340</sup>.

Tarafların gerçek niyeti bu şekilde ortaya çıkarsa, sözleşme böylece yine de kurtarılabilir. Bu sonuca, taraflardan birinin malları teslim etmeye başlamış olması yardımcı olabilir. Bu nedenle, taraflar ifaya başladıysa, sözleşme geçerli bir şekilde imzalanmış olarak değerlendirilecektir. Öte yandan, anlaşmanın kurulmadığına dair şüpheler devam ederse, BGB §154 I'e göre, sözleşmenin var olmadığı kabul edilecektir. Dolayısıyla, ifa başladıysa, hem İngiliz hem de Alman mahkemelerin açık eğilimi, taraflar arasında mantıklı bir sözleşme yapısını yerinde bırakmaya çalışmak olmuştur. Bununla birlikte, esaslı unsurlar üzerinde yeterli fikir birliği bulunamazsa, bir sözleşmenin akdedilmesi beklentisiyle sunulan hizmetlerin maliyetinin ödenmesi şeklinde bir tazminat çaresi mevcut olabilir<sup>341</sup>.

FMK 1118'e göre kabul, icapta bulunana ulaşmadığı sürece, kabulden önce icapta bulunana ulaşması şartıyla serbestçe geri çekilebilecektir. Ayrıca TBK 10'a göre geri alma açıklaması, sözleşmenin diğer tarafına icaptan önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer taraf tarafından icaptan önce öğrenilmiş olursa, icap yapılmamış sayılmaktadır. Söz konusu hüküm, kabulün geri alınmasında da geçerlidir.

Kabul mektubu gönderenin icapta bulunandan daha hızlı bir iletişim yolu ile kabulü geri çekip çekemeyeceği, İngiliz hukukunda üzerinde net bir kaidenin olmadığı uzun süredir tartışılan bir sorundur. Bu soruya gönderiyle ilgili riskin icapta bulunana ait olduğu gerekçesiyle olumlu yanıt verilmektedir<sup>342</sup>.

---

<sup>340</sup> Markesinis, Unberath & Johnston, s. 72.

<sup>341</sup> Markesinis, Unberath & Johnston, s. 72.

<sup>342</sup> Burrows, s. 57.

### 2.3.1.3. Genel İşlem Şartlarının Çatışması (Battle of Forms)

Tipik olarak farklı şartlar getirerek icaptan ayrılan bir kabul ile, aksi bir göstergenin yokluğunda, sözleşme kurulmamış olacaktır. Alman, Fransız, Türk ve İngiliz hukukunun çıkış noktası, böyle bir “kabul”ün, karşı icap olarak orijinal icabın reddi olarak ele alınması gerektiğidir. GİŞ’lerin kullanılması ve geliştirilmiş iletişimin bir sonucu olarak belgelerin hızlı bir şekilde değiş tokuş edilmesi, özellikle tarafların iletişim sürecinde ortaya çıkan farklılıkları her zaman hızlı bir şekilde anlayamadıkları için, hukuk alanında bir değişiklik gerektirmiştir. Sonuç olarak, “genel işlem şartlarının çatışması” olarak bilinen hukuki sorun giderek şiddetlenmiştir<sup>343</sup>.

Bu sorun, sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesi, karşı icabın “zımni” kabulüne karşı açık bir itirazın yokluğunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, iki seçenek bulunmaktadır. Bunlardan ilki, nakavt doktrindir (knock-out). Nakavt doktrin çerçevesinde GİŞ’lerin çatışması, sözleşmenin kurulmasına engel değildir. Fakat sözleşmenin içeriği sadece, tarafların üzerinde mutabakata vardıkları ya da çatışmayan GİŞ’ler oluşturacaktır. Bir diğer ifadeyle, çatışan GİŞ’ler nakavt edilecek ve geçersiz kabul edilecektir. Bu itibarla nakavt doktrini, sözleşmenin varlığını tespit ederek, sözleşmenin içeriğinin tarafların üzerinde mutabakata vardıkları maddelerle doldurulmasını temin eden çözüm sunmaktadır<sup>344</sup>. Bir diğeri ise, son vuruş (last shot) doktrindir. İki taraf birbirlerinin GİŞ’lerine itiraz etmeden hareket etmeye başladıysa, en son gönderilen veya atıfta bulunulan şartlar temelinde bir sözleşmenin imzalandığı kabul edilecektir. Son vuruş doktrini, biraz keyfi gibi görünse de, sözleşmenin hiçbir zaman tam ve kayıtsız kabulün başarısızlığı nedeniyle ortaya çıkmadığı sonucuna varmanın diğer aşırısı da tatmin edici görünmemektedir<sup>345</sup>.

<sup>343</sup> Markesinis, Unberath & Johnston, s. 79.

<sup>344</sup> Yılmaz, A. Ç. (2018). “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi (11)*, 481-511, s. 489.

<sup>345</sup> Markesinis, Unberath & Johnston, s. 79.

BGB §150 II'ye göre, kabulde içeren küçük de olsa herhangi bir sapmanın karşı bir icaptır. Sessizlik, bu haliyle, karşı icaba kabul anlamını kazandırmaz. BGB §154'e göre taraflar, bir sözleşmenin tüm noktalarında anlaşmaya varmadıkları sürece sözleşme akdedilmemiştir. Kayıt altına alınmış olsa bile, münferit noktalarla ilgili anlaşma yine de bağlayıcı değildir. Bu durum, esaslı unsurlar hakkında bir anlaşma varsa farklıdır. Bu nedenle bunlar taraflardan biri veya üçüncü bir tarafça belirlenir veya belirlenebilir ve bağlanma niyetinin kanıtı vardır. Tarafların sözleşmeyi yapmaya başlaması, böyle bir niyetin önemli bir kanıtı olarak kabul edilecektir. BGB §155 uyarınca bir sözleşmenin tarafları, sonuçlandırıldığını düşündükleri bir anlaşmanın hangi noktada yapılması gerektiği konusunda gerçekte anlaşamamışlarsa, kabul edilenler varsayılacağı kadarıyla geçerlidir<sup>346</sup>.

Nakavt kuralı 1970'li yıllara kadar Alman Federal Mahkemesinde uygulanmış, ancak daha sonra son vuruş doktrini geçerli hale gelmiştir. Alman Federal Mahkemesinin bu yönde verdiği karar, diğer mahkemeler için emsal olmuştur. Alman Federal Mahkemesi'nde açılan dava, Alman satıcı ile Hollandalı alıcı arasındaydı. Sözleşme konusu mallar teslim edildiğinde, taraflar kendi genel işlem koşullarının geçerli olduğunu iddia etmiştir. Mahkemeye göre Alman satıcı, alıcının GİŞ'te kendi lehine daha fazla hüküm varken, sorumluluğunu azaltan hükümlere başvurdu. Bu durumda Hollandalı alıcının Alman satıcının genel işlem koşulları konusunda sessiz kalması nedeniyle bir çatışma yaşandı. Mahkeme, çatışan GİŞ'lerin geçersizliğinin sözleşmenin geçerliliğini etkilemediğine hükmetmiştir<sup>347</sup>.

FMK md. 1119'a göre bir tarafın öne sürdüğü genel koşullar, diğer tarafın dikkatine sunulmazsa ve o taraf bunları kabul etmezse diğer taraf üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Tarafların her birinin dayandığı genel koşullar arasında tutarsızlık olması

---

<sup>346</sup> Youngs, s. 560.

<sup>347</sup> Özcan, Z. (2018). "The Battle of Forms". *E-Journal of Law 4 (1)*, s. 8.

durumunda, uyumsuz hükümlerin hiçbir etkisi yoktur. Genel koşullar ile özel koşullar arasında tutarsızlık olması durumunda, ikincisi birincisine üstün gelecektir.

Türk hukukunda ise GİŞ'lerin çatışmasında uygulanacak kurala ilişkin bir yöntem ya da kural tercih edilmemiştir<sup>348</sup>.

İngiliz hukuk sisteminde ise son vuruş doktrini kabul edilmektedir. Taraflar arasındaki bir dizi icap ve karşı icabın ardından sözleşme yapıldığında ve ifa edildiğinde, son icaptaki şartların kabul edilmesidir<sup>349</sup>. Sauter Automation v Goodman (Mechanical Services) Ltd (1986) davasında, icapta bulunulmanın farklı şartları içeren kabulü, bir karşı icap olarak değerlendirilmiş ve malların teslimiyle kabul edildiğine karar verilmiştir. Bununla birlikte, bir sözleşmenin ifası, bir tarafın müzakerelere belirli bir aşamada dahil etmeye çalıştığı, ancak daha sonraki iletişimlerde atıfta bulunulmayan şartların kabulü olarak ele alınmayacaktır<sup>350</sup>. Örneğin bir üretici, beyanının arkasında yazılı olan fiyat değişimine ilişkin bir hüküm madde içeren icapta bulunmuştur. İcabın konusu, bir takım tezgahını tedarik etmektir. İcapta bulunulan, kendi şartlarına göre satın almayı kabul etmiştir. İcapta bulunan, karşı tarafın cevabında yazılı şartları yırtarak, makinenin icaba uygun olarak teslim edileceğini yazmıştır. Makine daha sonra teslim edilmiştir. Temyiz Mahkemesi, fiyat değişimi maddesinin geçerli olmadığına karar vermiştir<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> Yılmaz, s. 484.

<sup>349</sup> Youngs, s. 558.

<sup>350</sup> Rimeco Riggelsen & Metal Co. v Queensborough Rolling Mill Co. 9 November 1994, CA.

<sup>351</sup> Butler Machine Tool Co v Ex-Cell-O Corporation (1979).



## 2.3.2. Uluslararası Metinler

### 2.3.2.1. Kabulün Şartları

CISG md. 18<sup>352</sup>, PECL md. 2:204<sup>353</sup>, PICC md. 2.6<sup>354</sup>, DCFR II. – 4:204<sup>355</sup>’de düzenlenmiştir. Bu dört uluslararası metinde de kabulün, davranış yoluyla veya ifa eylemleriyle de gerçekleşebileceği ifade edilmiştir. Kabul, davranışla gerçekleştiğinde (bir eli kaldırmak ve birinin başını sallamak gibi), “sözleşme, bu tür bir davranışın bildirim icapta bulunana ulaştığında, yani bunu öğrendiğinde kurulmuş olur”<sup>356</sup>. Kabul, ifa eylemleri yoluyla gerçekleşirse (örneğin, malları teslim ederek ve bedeli ödeyerek), teslimat veya ödeme fiili sözleşmeyi kurmuş olacağından, kabulü icapta bulunana bildirmek gerekli değildir. Ancak ifa icapta bulunan tarafından kabul için belirlenen süre

---

<sup>352</sup> (1) Muhatabın icaba onay verdiğini ifade eden herhangi bir beyanı veya diğer davranışı kabul hükmündedir. Susma veya eylemsizlik tek başına kabul sayılmaz.

(2) Bir icabın kabulü, kabul açıklamasının icapta bulunana varması anında hüküm doğurur. Bir kabul, kabul açıklamasının icapta bulunana, tespit ettiği süre içinde veya süre tespit edilmemesi halinde, icapta bulunan tarafından kullanılan iletişim araçlarının hızı da dahil olmak üzere işlemin koşulları dikkate alındığında, makul bir süre içinde ulaşmazsa, hüküm doğurmaz. Aksi hal ve şartlardan anlaşılmadıkça sözlü icap derhal kabul edilmelidir.

(3) Ancak taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar, teamüller veya icap nedeniyle, muhatap, icapta bulunana haber vermeksizin malın gönderilmesi veya semenin ödenmesi gibi bir eylem icra etmek suretiyle muvafakatini ifade etmişse, kabul, fıkra 2’de öngörülen müddet içinde yapılmak kaydıyla eylem anından itibaren hüküm doğurur.

<sup>353</sup> Kabul,

(1) İcabı alan tarafından yapılan, icaba muvafakat belirten herhangi bir beyan veya davranış, icabı kabul anlamına gelir.

(2) Sessizlik veya hareketsizlik kendi başına kabul anlamına gelmez.

Madde 2:206: Kabul İçin Zaman Sınırı

(1) Yürürlüğe girmesi için kabulün icapta bulunana icap tarafından belirtilen zaman kısıtları içerisinde ulaşması gerekir.

(2) İcapta bulunana belirli bir süre belirtilmediyse kabul makul bir sürede ulaşmalıdır.

(3) Madde 2: 205 (3) uyarınca bir ifa fiili ile kabul edilmesi durumunda, bu fiil icap sahibi tarafından belirlenen kabul süresi içinde veya böyle bir süre belirlenmemişse makul bir süre içinde gerçekleştirilmelidir.

<sup>354</sup> (1) İcabı alan tarafından yapılan, icaba muvafakat belirten herhangi bir beyan veya davranış, icabı kabul anlamına gelir. Sessizlik veya hareketsizlik kendi başına kabul anlamına gelmez.

(2) Rıza icapta bulunana ulaştığında kabul yürürlüğe girer.

(3) Ancak, icabın yapısı nedeniyle veya tarafların kendi aralarında veya kullanım yoluyla tesis ettikleri uygulamalar sonucunda, muhatap, icap verene bildirimde bulunmaksızın bir eylemi ifa ederek muvafakat verebilirse, kabul, fiil gerçekleştirildiğinde geçerli olur.

<sup>355</sup> Kabul

(1) İcabı alan tarafından yapılan, icaba muvafakat belirten herhangi bir beyan veya davranış, icabı kabul anlamına gelir.

(2) Sessizlik veya hareketsizlik kendi başına kabul anlamına gelmez.

<sup>356</sup> PECL md. 2:205(1), 2:206(1-2).

içinde veya böyle bir süre belirlenmemişse makul bir süre içinde yapılmış olmalıdır<sup>357</sup>. Bununla birlikte, icapta bulunana bir bildirim göndermeye gerek kalmadan ifa ile kabul etmeyi gerçekleştirmek için icabın böyle bir ifaya izin vermesi (örneğin “imalata başlayın”, “derhal gönderin”, “gecikmeksizin benim adıma satın alın” veya “hesap numarama ödeme yapın”) ya da sözleşme taraflarının yerleşik uygulamaları nedeniyle veya kullanım yoluyla izin veriliyor olması gerekir<sup>358</sup>. Bu yaklaşım evrensel olarak da takip edilmektedir<sup>359</sup>.

İcabın kabul edilmesi gereken süre ile ilgili olarak, CISG md. 18 (2) ve PICC md. 2.1.7 yazılı ve sözlü icaplar arasında ayırım yapmaktadır. Yazılı icaplarla ilgili olarak, her şey, icabın kabul için belirli bir zamanı gösterip göstermediğine bağlıdır: Eğer icap belirli bir süre ile bağlıysa, bu süre içinde kabul edilmeli, diğer tüm durumlarda icapta bulunan tarafından kullanılan iletişim araçlarının hızlılığı da dahil olmak üzere koşulları dikkate alarak “makul bir süre içinde” icap sahibine ulaşmalıdır. Koşullar aksini belirtmedikçe sözlü icaplar derhal kabul edilmelidir. Bir icap, yalnızca hakem huzurunda yapıldığında değil, aynı zamanda hakem hemen yanıt verebildiğinde sözlü olarak kabul edilmelidir. Bu, telefonla yapılan veya gerçek zamanlı olarak elektronik olarak iletilen bir icap durumudur. Bu maddede belirtilen kuralların, Md. 2.1.6 (3) uyarınca, icapta bulunulunun icapta bulunana bildirimde bulunmaksızın bir eylem gerçekleştirerek muvafakat gösterebileceği durumlarda da geçerlidir<sup>360</sup>.

CISG’de kabul için belirli bir süre belirlenen icabın geçerliliğinin sürenin dolması ile sona ereceğine ilişkin bir kural açıkça düzenlenmemiştir. Ancak md. 18(2) 2. cümle, md. 20 ve md. 21 aynı sonuca ulaşmaktadır. Ancak icapta bulunan icabı farklı biçimde şekillendirebilir, böylece sürenin dolması ile icap hala geçerliliğini korumakla birlikte, icaptan cayılması mümkün hale gelir. Kabul için bir süre belirlenmesinin ne anlama

---

<sup>357</sup> PECL md. 2:205(3), 2:206(3).

<sup>358</sup> PECL, md. 2:205(3).

<sup>359</sup> Viscasillas, s. 387.

<sup>360</sup> Comment of the article 2.1.6.

geldiğinin tespiti md. 8 kapsamında bir yorumlama faaliyeti gerektirmektedir. Başka bir belirleme yoksa belirlenen sürenin sona ermesi ile icap geçerliliğini kaybedecektir<sup>361</sup>.

Bununla birlikte md. 18, kabul beyanına ilişkin olarak bu beyanın icapta bulunana varması gerekliliği ile yalnızca kabule ilişkin açıklama yapılmasının etkileri arasında fark gözetmektedir. Genellikle geçerli bir kabulün söz konusu olabilmesi için kabul beyanının süresinde icapta bulunana varması gerekmektedir. Ancak md. 18 (3) kabul etme niyetinin dışa vurulduğu anda da geçerli olabileceğini dikkate almaktadır ve bunun hangi durumlarda gerçekleşebileceğine ilişkin koşulları sıralamaktadır. Sonuç olarak kabulün üç ayrı biçimde gerçekleşmesi mümkündür: a) İcapta bulunana varması gereken açık kabul beyanı, b) dışa vurumu icapta bulunana varması gereken örtülü kabul c) kabulü ifade eden davranışın dışa vurumu ile geçerli hale gelen örtülü kabul<sup>362</sup>.

Kabulün, kabul için ayrılan yasal veya sözleşmeye dayalı sürenin bitiminden sonra gelmesi gerçeğine rağmen bir sözleşmenin kurulması mümkündür. Bu, geç kabul olarak bilinir ve CISG md. 21 ve PICC md. 2.9'u izleyen maddelerde; PECL md. 2:207'de düzenlenmektedir. Geç kabul kuralı altında, iki olası durum mevcuttur:

1. Muhatabın kusuru ile geç gelen bir kabul, yani gecikmenin muhatap tarafından ya izin verilen süreden sonra kabulü göndermesi ya da gönderinin icapta bulunana ulaşması için gereken süre dikkate alınmadan gönderilmesi nedeniyle olması durumu<sup>363</sup>.
2. İletim araçlarındaki bir düzensizlik nedeniyle geç gelen bir kabul, örneğin, posta çalışanları grevi<sup>364</sup>.

İlk durumda, kabul sözleşmeyi tamamlayamaz, bunun yerine icapta bulunan sözlü olarak muhatabını bilgilendirebilir veya kabulü doğrulayan bir bildirim gönderebilir, bu durumda sözleşme tamamlanmış sayılır. İkinci durumda, ilk durumdukinin tersi doğrudur

---

<sup>361</sup> Schroeter, Md. 17, § 4, 5.

<sup>362</sup> Schroeter, Md. 18, § 3.

<sup>363</sup> PECL, md. 2:207(1).

<sup>364</sup> PECL, md. 2:207.

ve kabul, icapta bulunana zaman geçirmeden gönderdiği bir bildirim veya sözlü olan bunu kabul etmediğini bildirme hakkını saklı tutarak sözleşmeyi akdedebilir. İcapta bulunan muhatabı ile iletişime geçmezse sözleşme kabul beyanı ulaştığında kurulmuş olur. Bununla birlikte, pratikte “gecikmesiz” teriminin genellikle icapta bulunana icabın süresinin dolduğunu bildirmek için maksimum bir süreye izin verdiğini not etmek önemlidir. Bunun aksine, icapta bulunan icabı kabul etmek için belirli bir süre belirlediğinde, icap sahibi icabı bu süre içinde kabul etmelidir. İcapta bulunan bir başlangıç belirtmediğinde (yani dies a quo) veya yalnızca bir kabul periyodu belirttiğinde (örneğin icap bir ay içinde kabul edilmelidir) bir sorun ortaya çıkar. Böylesi durumlarda PECL md. 1:304 geçerlidir. Sözleşmenin kurulum yeri ile ilgili olarak, hem PECL hem de CISG, herhangi bir kural öngörmemektedir, bu da bunun geçerli iç hukuk tarafından yönetilen bir soru olduğu olarak değerlendirilebilir<sup>365</sup>.

Ulusal mevzuatlara benzer şekilde sessizlik ya da hareketsizlik kendi başına kabul anlamına gelmez<sup>366</sup>. Bu nedenle, icabın kabulü anlamına gelmek için sessizlik veya hareketsizlik diğer faktörlerle birlikte düşünülmelidir. Dikkate alınacak bu tür faktörler şunlardır: PECL md. 2: 208 (3) (b) ve 2: 207 veya CISG md. 19 (2) ve 21’deki gibi hükümler; taraflar arasında tesis edilen kullanım ve uygulamalar (örneğin icap-sipariş yanıtlanmadan doğrudan malların teslim edilmesi alışıl gelmiş ise); bir cevap verme görevinin varlığı<sup>367</sup>. Bununla birlikte, icapta muhatabın sessizliğinin kabul sayılacağına dair bir ifade varsa bu ifadenin hükmü yoktur zira böylesi bir durumda muhatap sözleşmenin doğumunda tek taraflı olarak bağlanmış olacaktır<sup>368</sup>.

---

<sup>365</sup> Viscasillas, s. 396, 397.

<sup>366</sup> PECL, md. 2:204(3); CISG, md. 18.1.

<sup>367</sup> Viscasillas, s. 387’den naklen: Viscasillas (1997), s. 512.

<sup>368</sup> Viscasillas, s. 387.

### 2.3.2.2. Kabulün Hükümünü Yitirmesi

DCFR II. – 4:208 (1)<sup>369</sup>, PICC md. 2.11 (1)<sup>370</sup>, PECL md. 2:208 (1)<sup>371</sup> ve CISG md. 19 (1)<sup>372</sup>'e göre kabul, icaba tam olarak uymalı, icabın ayna görüntüsü olmalıdır. Fakat bu kabulde, icapta kullanılanla aynı ifadelerin kullanılması gerektirdiği anlamına gelmez<sup>373</sup>. Yine de kabul beyanı olmayı amaçlayan bir yanıt, (kabul yerine) icabın içeriğinden sapıyorsa, icaptan farklı ek veya terimler içeriyorsa, ilke olarak bu yanıtın, bir ret ve karşı icaptır. Bu tür koşullar, icabın koşullarının değiştirilmesi için icaplar olarak görülmemektedir<sup>374</sup>.

Fakat uluslararası ticari uygulamaların karmaşıklığını dikkate alarak ayna görüntüsü kuralına bir istisna getirilmiştir<sup>375</sup>. CISG 19 (2)<sup>376</sup>, PECL md. 2:208 (2)<sup>377</sup>, PICC md. 2.11 (2)<sup>378</sup> ve DCFR II. – 4:208 (2)<sup>379</sup>'e göre, kabul beyanı aracılığıyla icapta esaslı nitelikte yapılamayan değişiklikler kabul sayılacaktır. Böyle bir durumda, yeni şartlara icapta bulunan tarafından gereken sürede itiraz edilmemesi, icabı alanın kabulünü

---

<sup>369</sup> İcap muhatabının, teklifin şartlarını maddi açıdan değiştirecek ek veya farklı şartları belirten veya ima eden, cevabı, bir ret ve yeni bir icaptır.

<sup>370</sup> Bir icaba verilen ve kabul anlamı taşıyan ancak eklemeler, sınırlamalar veya farklı değişiklikler içeren cevap icabın reddi ve karşı icap verilmesi anlamına gelir. .

<sup>371</sup> İcap muhatabının, icabın şartlarını önemli ölçüde değiştirecek ek veya farklı şartları belirten veya ima eden, cevabı, bir ret ve yeni bir icaptır.

<sup>372</sup> Bir icabın kabulüne yönelik, fakat eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler içeren cevap, icabın reddi olup bir karşı icap oluşturur.

<sup>373</sup> Mullis, A. & Huber, P. (2007). **The CISG, A new Textbook for Students and Practitioners**. München: Sellier European Law Publication, dipnot 5, s. 89. Lookofsky, J. (2008). **Understanding the CISG. A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. 3. Ed., Kluwer Law International, dipnot 43, s. 57.

<sup>374</sup> Schroeter, Md. 19, § 20, 21.

<sup>375</sup> Vural, s. 140.

<sup>376</sup> Buna karşılık, kabul beyanı oluşturması düşünülen, fakat icabın şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler veya sapmalar içeren icaba yönelik cevap, kabul sayılır; meğerki icapta bulunan, haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmiş veya bu yönde bir bildirim göndermiş olsun. Bunu yapmadığı takdirde icabın şartları kabul beyanındaki değişikliklerle birlikte sözleşmenin içeriğini oluşturur.

<sup>377</sup> Bir icaba kesin muvafakiyet veren bir cevap ek veya farklı şartlar belirtse veya ima etse dahi, bu şartlar icabın şartlarını maddi olarak değiştirmedeği sürece, kabul sayılır.

<sup>378</sup> Ancak bir icaba verilen ve kabul anlamı taşıyan ancak icabı maddi olarak değiştirmeyen şartlar içeren cevap eğer icapta bulunan gecikme olmaksızın farklılıklara itiraz etmezse icabın kabulü sayılır. İcapta bulunan itiraz etmezse, sözleşme şartları, kabulde yer alan değişiklikleri de içeren bir şekilde icabın şartları olur.

<sup>379</sup> Bir icaba kesin muvafakiyet veren bir cevap ek veya farklı şartlar belirtse veya ima etse dahi, bu şartlar icabın şartlarını maddi olarak değiştirmedeği sürece, kabul sayılır. Bu durumda öne sürülen ek veya farklı şartlar sözleşmenin birer parçası olurlar.

icapta bulunanın yeni şartları kabulüne bağlı tutmaması ve muvafakatin icapta bulunana makul bir sürede ulaşması gerekmektedir. Bu şartlar sağlandığı takdirde kabul geçerli olacak ve sözleşme hem icabın şartlarından hem de kabulde yer alan ve icabı büyük ölçüde değiştirmeyen şartlardan oluşacaktır<sup>380</sup>.

Ayrıca CISG md. 19'a göre taraflar esas üzerine anlaşmışlarsa, sözcüklerdeki uyumsuzluklar md. 19'a göre farklı koşullar olarak değerlendirilmez. Keza sözleşmelerin uygulanmasında sıklıkla karşılaşılan bir durum olan tarafların sözleşmede sevk limanı, gemi veya sevkiyat tarihi gibi muayyen bir konuyu taraflardan birinin belirlemesini kararlaştırmışsa icap ve kabul arasında farklılıktan söz edilemez<sup>381</sup>.

İcapta bulunan itiraz etmediği sürece küçük değişikliklere izin verilmektedir. Ancak icabın herhangi bir maddi varyasyonu, malların satışı için yeni bir sözleşmenin oluşturulmasını net bir şekilde engellemektedir<sup>382</sup>. CISG md. 19 (3)'te yer alan esaslı nitelikteki ekleme veya değişikliklere ilişkin liste, uygulamada genellikle karşılaşılan klozların belirlenmesi açısından netlik sağlamaktadır. Bu kapsamda alım bedelindeki veya fiyat ya da ödemeye ilişkin değişiklikler, peşin ödeme talebi veya kredi mektubu ile ödeme, sevkiyat koşullarında veya zamanında değişiklik, malların türünde veya kalitesinde değişiklik, tahkim veya yetki klozlarında değişiklik, esaslı niteliktedir<sup>383</sup>. Esaslı nitelikte değişiklikler oluşturdukları için bir sözleşmenin kurulmasını engelleyecek şartları ele aldığımızda, CISG md. 19 (3) yalnızca kapsamlı değil, aynı zamanda bazı

---

<sup>380</sup> PECL, md. 2:208(1), 208(3), 208(3)(b); PICC md. 2.11(1), 2.11(2); CISG, md. 19(1), 19(2).

<sup>381</sup> Schroeter, Md. 19, § 7.

<sup>382</sup> DCFR II. – 4:208 (3) Ancak aşağıdaki durumlarda böylesi bir cevap ret olarak kabul edilir:

(a) verilen icap, icabın şartlarına gösterilen kabulü açıkça sınırlıyorsa, veya  
(b) icap veren, ek veya farklı şartlara gecikmeden itiraz ederse, veya  
(c) icap verilen, kabulünü, icap verenin ek veya farklı şartlara rıza göstermesi koşuluna bağlı kılar ve muvafakat, makul bir süre içinde icap verilene ulaşmazsa.

PECL md. 2:208 (3) Ancak böylesi bir cevap eğer şu koşulları taşıyorsa ret sayılır:

(a) verilen icap, icabın şartlarına gösterilen kabulü açıkça sınırlıyorsa, veya  
(b) icap veren, ek veya farklı şartlara gecikmeden itiraz ederse, veya  
(c) icap verilen, kabulünü, icap verenin ek veya farklı şartlara rıza göstermesi koşuluna bağlı kılar ve muvafakat, makul bir süre içinde icap verilene ulaşmazsa.

CISG 19 (3) Özellikle, semene, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyumsuzlukların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler icabın şartlarını esaslı şekilde değiştirmiş sayılır.

<sup>383</sup> Schroeter, Md. 19, § 14.

durumlarda sorgulanabilir ve ayrıntılı olmayan bir liste sunmaktadır. Sonuç olarak, ayna görüntü kuralından ayrılmanın kapsamı çok ciddi şekilde sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte, özellikle “ek şartlar” ile ilgili olarak, madde ilk görüldüğünden de daha az sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, ticari kullanımın ima ettiği ve dolayısıyla kendisinden hiç bahsetmeyen bir icabın kabulünde zımnen bulunan terimler, bir sözleşmenin kurulmasını engellemeyecek ve içeriğinin bir parçasını oluşturacaktır<sup>384</sup>.

CISG md. 19 (3) aksi ispatlanabilir bir karinedir. Burada belirtilen koşullardaki değişikliklerin somut olayın özellikleri, taraflar arasındaki alışkanlıklar, ön görüşmeler veya teamül dolayısıyla esaslı olmayan nitelikte sayılabilmesi olasılığı ortadan kalkmaz<sup>385</sup>.

CISG md. 22<sup>386</sup> ve PICC md. 2.1.10<sup>387</sup> icapta bulunulmanın belirli koşullarda kabulünü geri almasına izin vermektedir. CISG’ye göre, kabul icapta bulunana ulaşınca kadar, icapta bulunulan, halihazırda gönderilmiş olan kabulünü geri almakta özgürdür. Bu hak, kabulün icapta bulunana ulaştığı anda ortadan kalkar. Bu sonuç, makbuz teorisinin sonucudur. Kabulün geri alınması (CISG md. 22) icabın geri alınması ile paralel ilerlemektedir (md. 15 CISG)<sup>388</sup> çünkü her iki hüküm uyarınca da geri alma yalnızca beyannamelerin gönderilmesi ile varışları arasında mümkündür<sup>389</sup>.

PICC md. 2.1.10, kabulün geri alınması ile ilgili olarak, md. 2.1.3.’te icabın geri alınmasına ilişkin aynı ilkeyi ortaya koymaktadır, yani, geri almanın icapta bulunana daha önce veya kabul ile aynı zamanda varması koşuluyla, icapta bulunulan fikrini değiştirebilir ve kabulü geri alabilir<sup>390</sup>.

---

<sup>384</sup> Schroeter, Md. 19, § 15.

<sup>385</sup> Schlechtriem, P. (1986). **Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Manz, s. 55.

<sup>386</sup> Geri alma beyanı, icapta bulunana, kabulün hüküm doğurma anından önce veya aynı anda varmışsa kabul beyanı geri alınabilir.

<sup>387</sup> Geri alma, icap sahibine, kabulün hüküm doğurma anından önce veya aynı anda varırsa, kabul beyanı geri alınabilir.

<sup>388</sup> Vural, s. 147.

<sup>389</sup> Djigsa, s. 6.

<sup>390</sup> Comment of the article 2.1.10.

İcapta bulunanın durumundan farklı olarak icapta bulunulan, kabulünden cayma hakkına sahip değildir. Daha önce de belirtildiği gibi icaptan caymaya izin verilebilir, çünkü icabın icapta bulunulana gelişiyle onun kabulü göndermesi arasında bir zaman boşluğu vardır. Diğer bir deyişle, icapta bulunulan icaba rıza gösterene kadar geçerli bir sözleşme yapılmaz. Bu kabul için böyle değildir. Kabul yapıldıktan sonra, icabın etkili hale gelmesi için icap sahibinin onay vermesine gerek yoktur. Buna göre, icabı yapan kişi kabulü öğrendikten sonra icapta bulunulan tarafından yapılan herhangi bir iptal eylemi, yasal olarak bağlayıcı bir sözleşmenin ihlali anlamına gelir<sup>391</sup>.

### **2.3.2.3. Genel İşlem Şartlarının Çatışması (Battle of Forms)**

GİŞ'lerin sözleşmeye dahil edilemeyeceği uluslararası metinlerin sözleşmenin kurulması ve sözleşmenin yorumlanması uyarınca çözümlenmektedir. PICC md. 2.1.19-22'ye göre sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel kurallar, GİŞ'ler kullanılarak sözleşmenin akdedilmesi halinde de uygulanacaktır. GİŞ'lerdeki şaşırtıcı şartlar etkili değildir. Karşı tarafın GİŞ'ini kabul eden bir taraf, içeriğini gerçekten ayrıntılı olarak bilip bilmediğine veya sonuçlarını tam olarak anlayıp anlamadığına bakılmaksızın, ilke olarak onlara bağlıdır. Bununla birlikte, bu kuralın önemli bir istisnası, GİŞ'i bir bütün olarak kabul etmesine rağmen, bağlı taraf, içerikleri, dili veya sunumu nedeniyle makul bir şekilde beklemeyeceği nitelikte olan şartlara bağlı değildir. Bu istisnanın nedeni, GİŞ'i kullanan bir tarafın, diğer tarafa gizlice, farkında olsaydı kabul edemeyeceği şartlar empoze etmeye çalışarak pozisyonundan gereksiz yere yararlanmasını önleme arzusudur. Ekonomik olarak daha zayıf veya daha az deneyimli tarafı korumayı amaçlanmaktadır<sup>392</sup>.

Ticari işlemlerde, hem icapta bulunanın icapta bulunurken hem de icapta bulunanın kabul ederken, kendi GİŞ'lerine atıfta bulunması oldukça sık görülür. İcapta bulunulan,

---

<sup>391</sup> Djgsa, s. 6.

<sup>392</sup> Comment of the article 2.1.20.



icapta bulunanın GİŞ'lerini açık bir şekilde kabul etmediği, sorun, bir sözleşmenin imzalanıp imzalanmadığı ve eğer öyleyse, birbiriyle çelişen iki GİŞ'ten hangisinin geçerli olması gerektiği ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır.

İcap ve kabul ile ilgili genel kurallar uygulandığı takdirde md. 2.1.11 (2)'de belirtilen istisnaya tabi olarak, kabul, bir karşı icaba dönüşeceğinden, hiçbir sözleşme olmayacak ya da iki taraf birbirlerinin GİŞ'lerine itiraz etmeden hareket etmeye başladıysa, en son gönderilen veya atıfta bulunulan şartlar temelinde bir sözleşmenin imzalandığı kabul edilecektir ("son vuruş").

"Son vuruş" kuralı, tarafların GİŞ'lerin kabulünün sözleşmenin imzalanması için temel bir koşul olduğunu açıkça belirtmesi durumunda uygun olabilir. Öte yandan, uygulamada sıklıkla olduğu gibi, taraflar GİŞ'lere aşağı yukarı otomatik olarak atıfta buldukları durumlarda, örneğin basılı sipariş ve sipariş formlarının onayını arka taraftaki ilgili şartlarla değiştirerek, normalde kendi GİŞ'leri arasındaki çelişkinin farkında bile olmayacaktır. Bu tür durumlarda,

Bununla birlikte, bir taraf, "nakavt (knock-out)" doktrininin işleyişini, önceden açıkça belirterek veya daha sonra gecikmeden diğerine kendi GİŞ'ine dayanmayan bir sözleşmeyle bağlı olma niyetinde olmadığını bildirerek hariç tutabilir. Uygulamada bu kadar "açık" bir belirtinin ne olacağı mutlak terimlerle ifade edilemez, ancak bu türden bir maddenin GİŞ'e dahil edilmesi normalde yeterli olmayacaktır, çünkü gerekli olan, icap ve kabuldür<sup>393</sup>.

CISG'de ise PICC'deki gibi GİŞ'lere dair bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak CISG md. 8 ve md. 14'ün etkileşiminden genel prensipler çıkarılabilecektir. Öncelikle muhattabın GİŞ'e makul ölçüde ulaşabilmesinin mümkün olması gerekmektedir. Alman Federal Mahkemesi muhataba gönderilen icabın sadece GİŞ'e göndermede bulunmasının yeterli olmayacağına, GİŞ'in de icapla beraber muhataba gönderilmesi gerektiğine

---

<sup>393</sup> 2.1.22. Maddenin Yorumu (Comment of the article)

hükmetmiştir. Ancak bu durum elektronik iletişim<sup>394</sup> için söz konusu olmayıp sadece normal posta açısından geçerlidir<sup>395</sup>.

CISG md. 19, tarafların eklemeler veya değişiklikler tespit ettiği, ifaya geçmediği ve bir sözleşmeleri olup olmadığı konusunda çekişmeye başladığı duruma yöneliktir. Peki ya GİŞ’lerde bir sorun ortaya çıkarsa? CISG md. 18 (3), ifa ile bir sözleşmenin kurulmasına izin verdiğinden ve satıcının standart sipariş formu kabulü, CISG md. 19(1) tarafından karşı icap olarak ele alınacağından, alıcı malları alarak ve ücretin ödemesini yaparak karşı icabı kabul etmiş ve sözleşme bu şartlara dayalı kurulmuş olur. Başka bir deyişle, “son vuruş”u yapan satıcı otomatik olarak GİŞ çatışmasını kazanır<sup>396</sup>. Başka bir ifadeyle CISG md.19’un lafzi uygulaması, son vuruş doktrininin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu doktrin mahkemeler

---

<sup>394</sup> AB içerisinde elektronik ticaret ve sözleşme hukuku ile ilgili bazı uyumlaştırma yapılmıştır. Özellikle Elektronik İmzalara İlişkin Direktifler, E-ticaret Direktifi, Faturalama Direktifi ve Mesafeli Satış Direktifi bunlar arasında sayılabilir. Tüm direktiflerde olduğu gibi uygulamada bu girişimler her zaman uyumlaştırmayı sağlayamamaktadır. Bazı durumlarda, söz konusu direktiflerin uygulanması gerçekte Avrupa’daki ulusal kanunlar arasında farklılıkların daha da artmasına yol açmıştır. Bu istenmeyen etki, Avrupa sözleşme hukukunun uyumlaştırılması için başka bir stratejinin kullanılmasının gerekli olmasının nedenlerinden biridir. Bu bağlamda odak noktası, direktiflerle uyumlaştırma deneyimlerini açıklamak olmamalı, bunun yerine, elektronik ticaretle ilgili olarak sözleşme hukukunun uyumlaştırılmasının muhtemel sonucunun, bu tür bir uyumlaştırmanın sözleşme hukuku alanı dışında sonuçlar doğurup doğurmadığının bir analizi ile birlikte ortaya konmalıdır. PECL esas olarak elektronik iletişimle ilgili özel problemler dikkate alınmadan detaylandırılmıştır. Bununla birlikte, PECL’nin ifadesi esas olarak ortam açısından nötrdür. Yani, fiziksel, kişisel, sözlü iletişim, geleneksel kağıt üzerine mürekkepli mektuplar, e-posta veya internet siteleri üzerinden işlemler yapıldığında bunların hepsine maddeler eşit olarak uygulanabilir. Yine de “erişim”, “gönderilen”, “ihbar”, “sözlü” ve “yazılı” gibi sorunlara neden olabilecek bazı terimler vardır. Bu terimlerden bazıları zaten PECL’de tanımlanmıştır. Örneğin, PECL md. 1:301(6) “yazılı”yı elektronik posta ve her iki tarafta da ifadenin okunabilir bir kaydı sağlayabilen diğer iletişim araçları olarak tanımlamaktadır. PECL’de kullanılan diğer terimler, UNCITRAL Elektronik Ticaret Model Yasasında (esas olarak madde 5) detaylandırılan işlevsel eşdeğer yöntem kullanılarak açık tanımlamalar olmaksızın oldukça kolay bir şekilde tanımlanabilir. PECL, PICC ve CISG Danışma Konseyi’nin hepsinin aynı yaklaşımı benimsediğine dikkat edilmelidir. Hepsisi yalnızca elektronik ticareti düzenlemekten kaçınmaktadır. Bunun yerine, tarafların kullandığı iletişim türü ne olursa olsun genellikle aynı kuralı uygulurlar. Elektronik olmayan veya elektronik iletişim için yalnızca nadiren ve çok özel durumlar için öngörülen özel kuralları vardır. Elektronik ticaret ve sözleşme hukuku ile ilgili direktifler genellikle farklı bir yaklaşım sergiler. Esas olarak elektronik iletişimi hedeflerler. Pek çok üye devlet, bu direktifleri özel olarak elektronik işlemlere yönelik mevzuatta uygulamıştır. Bu, neyin elektronik işlemler olarak nitelendirildiğine dair temel bir sorunun çözümünü gerektirir. Yeni mevzuat yalnızca elektronik işlemler için geçerlidir ancak işlemlerin karışık olması ve dolayısıyla elektronik ve elektronik olmayan işlemler arasındaki sınırın bulanıklaşması nadir değildir. Spesifik elektronik işlem mevzuatı, ulusal hukukta parçalı bir yapı oluşturur; elektronik işlemler için bir kural ve elektronik olmayan işlemler için başka bir kural yürürlükte olur. PECL, CISG ve PICC, taraflar hangi ortamı kullanmış olurlarsa olsunlar, tüm durumları aynı şekilde ele aldıklarından, bu niteliklerin tamamından kaçındığı unutulmamalıdır. Bkz.: Von Bar, C. & Drobnig, U. (2004). **The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study**, München: Sellier. European Law Publishers, s. 400-403.

<sup>395</sup> Atamer, s. 89, 90.

<sup>396</sup> Forte, A. D. M. (2006). “The Battle of Forms”, in **European Contract Law: Scots and South African Perspectives** (Eds. MacQueen, H. L., & Zimmermann, R.), Edinburg University Press, s. 114.

açısından önceden kestirilebilir ancak taraflar için sadece tesadüfi sonuçlara yol açacağı için<sup>397</sup>, kesinlikle kabul edilebilir bir çözüm değildir<sup>398</sup>. Bu yüzden nakavt doktrini uygulanmalıdır<sup>399</sup>.

CISG md. 19 (2), katı bir ayna görüntü kuralının uygulanmasını gerektiren yasal sistemler ile icabın şartlarının esaslı nitelikte olmayan varyasyonları bakımından daha rahat bir pozisyon benimseyenler arasında bir uzlaşmayı temsil etmektedir<sup>400</sup>. Fakat CISG md. 19, modern ticaret usulleri ile tutarsızdır. Formasyona dayalı bir yaklaşım olarak, sözleşme sürecine ilişkin ticari anlayışı sorgulamaktadır ve bu nedenle gereğinden fazla emredicidir. Ayrıca, ekonomik olarak verimsizdir ve işlem maliyetleri üzerinde olumsuz bir etki yaratır. Amerikan modeli ticareti kolaylaştırır ve gelecekteki iş ilişkilerine elverişlidir. Öte yandan CISG, GİŞ çatışmasına yönelik sözleşme oluşturma yaklaşımına bağlı kalarak, sadece son hamleyi yapan tarafı kesin bir galip haline getirmekle kalmaz, aynı zamanda kısıtlayıcı bir esas dışılık yorumu ile, sözleşme içeriğinin belirlenmesinden çok sözleşmenin olmadığına karar verilmesine daha elverişlidir<sup>401</sup>.

PICC md. 2.1.22 GİŞ çatışmasına basit ancak etkili bir yaklaşım getirmektedir. Esasen, satın alma emri ve sipariş onayındaki standart olmayan (yani değişken) şartlar ile standart (yani genel) şartlar arasında ayırım yapılabileceği bir durum tasavvur etmemizi gerektirir. İlki normal olarak fiyat, ödeme ve teslimata atıfta bulunacaktır ve bunların hangilerinin işlemden işleme değiştiği önemlidir. İkincisi, değişken terimleri içeren belgenin arka yüzünde veya beraberindeki bir belgede olabilir. Tarafların değişken şartlar üzerinde mutabık kaldıkları gösterilebilirse, GİŞ'lerin farklı olması sözleşmenin kurulmasını engellemez; onaylanan şartlar, üzerinde anlaşılan değişken şartlar ve durum için yaygın kabul gören genel terimlerden oluşur. Çatışan genel terimler, “nakavt” doktrini kapsamında basitçe

---

<sup>397</sup> Nomer, s. 97.

<sup>398</sup> Forte, A. D. M. (2006). “The Battle of Forms”, in **European Contract Law: Scots and South African Perspectives** (Eds. MacQueen, H. L., & Zimmermann, R.), Edinburg University Press, s. 114.

<sup>399</sup> Schroeter, Md. 19, § 36.

<sup>400</sup> Scot Law Com No 144 (1993), § 4.19.

<sup>401</sup> Forte, s. 116.

reddedilir. CISG yaklaşımının pazarlığı mükemmelleştirmek için davranış gerektirmediği belirtilmelidir. Belgelerin değiş tokuşunun sonucunda sözleşme kurulur. Bu bağlamda, PICC md. 2.1.22, CISG md. 19 ve PECL md. 2:209 ile uyumludur<sup>402</sup>.

PICC md. 2.1.22, ayna görüntü kuralının ürettiği ikiz sorunları, yani kurulmuş bir sözleşme olmayabileceğini kabul eder ve eğer varsa, o zaman son eylemde bulunan şartlara uygun olması gerektiğini kabul eder. Ticari gerçekliği kabul ederken bunun da ötesine geçer; standart şekil icapları standart şekil kabulleri getirdiğinde, yani “satıcı da alıcı da kendileri ile ilgili genel işlem şartlarında bir çatışmadan haberdar değilse”, ikisi de daha sonradan kendi aralarında bir sözleşme olduğunu yadsıyamaz veya son eylemin sözleşme içeriğini belirlediğini iddia edemez. Ancak, son eylem eğer üstün hüküm içeriyorsa sözleşmenin içeriğini belirleyebilir. Satıcı açısından bakıldığında satıcının teklif edilen alışverişe devam etme veya etmeme imkanı vardır. Ancak alıcı alışverişte kendi sorumluluklarını ifa ederse sözleşme yalnızca satıcının şartları ile gerçekleşmiş olur. Ancak alıcı bu duruma çözüm olarak önce davranarak sözleşmenin yalnızca kendi şartları ile kurulabilmesini şart koşabilir. Fakat bu şart önceden de koyulsa tepkisel olarak da koyulsa karşıya açık bir şekilde bildirilmesi mecburidir. PICC 2.1.22 md.’ye ilişkin yorum, bu noktada biraz belirsizdir ancak genel şartlardaki üstün hükümlerin bildirim şartını karşılayabileceğini kabul etmekte isteksiz görünmektedir<sup>403</sup>.

PICC md. 2.1.22, CISG md. 19’dan oldukça farklıdır. CISG, GİŞ çatışmasında klasik sözleşme kurulması analizine dayandırılan bir yaklaşıma bağlıdır ve bu bağlantı nedeniyle, eğer gerçekten bir sözleşmenin imzalandığına dair bir bulgu varsa, son eylemi yapan galip gelir. Sınır ötesi sözleşmelerle ilgili uluslararası bir sözleşmeden, uygulanabilirliği engellemekten daha çok teşvik etmek için tasarlanmış bir felsefe beklenir ve CISG, favor contractus ile pozitif çelişki içindedir. PICC md. 2.1.22, klasik teoriden oldukça radikal bir sapmadır ve bu aşırı sonuçların ortaya çıkmasının sebebi olarak kabul edilir. Gerçekten de

---

<sup>402</sup> Forte, s. 117.

<sup>403</sup> Forte, s. 117.

üstün hükmün, belirgin görünürlük ön koşuluna bağlı olarak, korunması, İngiliz ve İskoç hukukuna iyi uymaktadır zira bu hukuklarda da bir tarafın basit beklentilerini değiştiren koşulların belirgin bir şekilde o tarafın dikkatine sunulması gerekmektedir<sup>404</sup>.

Belki de PICC md. 2.1.22’de dile getirilebilecek tek önemli memnuniyetsizlik ifadesi, üstün hükümlerin etkisiyle ilgilidir. İlk nokta, kuşkusuz, bu tip terimlere izin verildiğinde, alıcılar ve satıcılar arasındaki potansiyel ekonomik güç eşitsizliklerinin pekiştirilmesidir. “Uluslararası ticarete” adil işlem yapma gerekliliğinin pazarlık gücünün kötüye kullanımını kapsayacak şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı henüz açık değildir. PICC, kamuoyuna duyurulması ve görünür olması koşuluyla, bu tip bir uygulamayı hoş görüyor gibi görünmektedir. Taraflardan biri için üstün hükmün şaşırtıcı gelebileceği doğru olsa da, hükme esas politika gerekçesiyle karşı çıkılabilir. Bu şartlarda bir belgenin alıcısı diğer tarafa “böyle bir sözleşmeyle bağlı kalmayı düşünmediğini” bildirmesinin mümkün olduğu doğrudur, ancak bu en azından sınır ötesi ticaret açısından işlevsiz bir çözüm üretir<sup>405</sup>.

PECL ile PICC arasındaki en önemli uyuşmazlıklardan biri hem alıcının hem satıcının icaba ve kabule değişken koşulları ilgilendiren birer üstün hüküm eklemeleri durumudur. PICC md. 2.1.22 uyarınca üstün hüküm formun değişken şartlarında görünmesi ve belirgin bir görünürlük koşulunu karşılırsa yürürlükte olacaktır. Bu, PECL’te farklıdır<sup>406</sup>. Taraflardan biri, GİŞ’te olmamak kaydıyla, açıkça kendi şartlarından başka şartlarla bağlı olmayacağını şart koşarsa, o zaman hiçbir sözleşme kurulmamış olur<sup>407</sup>. Bununla birlikte, dolaylı olarak, eğer üstün hüküm GİŞ’ten biriyse, o zaman bir sözleşme kurulabilir. Karşı tarafın cevabında GİŞ’te bulunan benzer bir şart saf dışı kalacaktır, çünkü bu iki madde uzlaşmaz niteliktedir. Bununla birlikte, geri çekilme pozisyonu da vardır. Bu, formlar

---

<sup>404</sup> Forte, s. 118.

<sup>405</sup> Forte, s. 119.

<sup>406</sup> PECL md. 2:209(2).

<sup>407</sup> PECL md. 2:209(a).

değiştirildikten sonra bir tarafın diğerine sözleşmeye bağlı kalmak istemediğini “gecikmeksizin” bildirmesi durumunda uygulanır<sup>408</sup>.

Örneğin kullanılan kabul formundaki sözleşme veya emrin herhangi bir hükmüyle çelişen çatışan veya hükmü değiştiren bir hüküm, Şirket tarafından yazılı olarak açıkça kabul edilmedikçe ve yetkili bir temsilci tarafından imzalanmadıkça feragat edilmiş sayılacaktır. PICC md. 2.1.22 uyarınca, bu üstün hüküm alıcının GİŞ’nin bir parçası değilse sözleşme kurulacaktır. Ancak PECL md. 2:209(2) uyarınca sözleşme kurulmaz. PICC md. 2.1.22 uyarınca, bu alıcının GİŞ’inde bulunursa, yine de bir sözleşme kurulacak, ancak üstün hüküm göz ardı edilecektir. Aynı sonuç PECL md. 2:209(2)(a) kapsamında da ortaya çıkacaktır. Bu nedenle PICC “favor contractus”a, bu bağlamda PECL’den daha çok bağlıdır. PECL’nin neden burada “GİŞ’in değiş tokuşu ile bir sözleşme oluşturulabileceği” inancından vazgeçtiği ilginç görülmektedir<sup>409</sup>.

## **2.4. Sözleşmenin Kurulması**

### **2.4.1. Ulusal Mevzuatlar**

Sözleşmenin kurulma anını açıklayan dört teori bulunmaktadır. Bunlardan ilki, açıklama teorisidir. Buna göre muhatap kabul beyanını açıkladığında sözleşme kurulacaktır. Bir diğeri, gönderme teorisidir (posta kutusu teorisi). Gönderme teorisi temelinde, sözleşme, icabın yapıldığı tarafın “icabı kabul ettiğini beyan ettiği” anda kurulmuştur<sup>410</sup>. Bir diğeri teori varmadır ve buna göre sözleşme, kabul beyanı icapta bulunanın hakimiyet alanına girdiğinde

---

<sup>408</sup> PECL md. 2:209(b).

<sup>409</sup> Forte, s. 121.

<sup>410</sup> Nicholas, B. (1992). **French Law of Contract**. Clarendon Press, s. 74.

kurulacaktır. Son olarak öğrenme teorisine göre, bir sözleşmenin kurulması için, kabul bildiriminin icapta bulunan tarafından öğrenilmesi gerekmektedir<sup>411</sup>.

Alman, Fransız ve Türk hukuk sistemlerinde varma teorisi kabul edilmiştir. Bu yüzden sözleşmenin kurulumu için irade beyanının varmış olmasını gerektirmektedir. İngiliz hukuk sisteminde ise gönderme teorisi benimsenmiştir. Buna göre sözleşme, kabul gönderildiğinde kurulmuş olacaktır<sup>412</sup>.

#### 2.4.2. Uluslararası Metinler

PECL çerçevesinde bir sözleşmenin imzalandığı an, PECL md. 2:205.100'de özetlenmiştir. PECL, bir sözleşmenin imzalandığı anı belirlerken varma teorisini izlemektedir. PECL md. 2:205, (1) ve (2) numaralı bölümler “eğer muhatap tarafından bir kabul gönderilmişse, sözleşme icapta bulunana ulaştığında veya davranış yoluyla kabul durumunda, davranışın bildirim icapta bulunana vardığında” kabul olduğunu ifade eder. “Varmak” ile ne kastedildiği konusu, PECL md. 1:303 (3) ile açıklığa kavuşturulmuştur. Dolayısıyla PECL'in kurduğu genel sistemde kabul beyanı ve herhangi bir niyet beyanı ulaştıkları anda yürürlüğe girer, bu ulaşmak da muhatabın eline ulaşmaları anlamındadır. PECL İngiliz versiyonunda “reaches” (varır) şeklinde ifade edilen ulaşma durumu Alman sisteminde “zugehen (varmak)” şeklinde ifade edilmiştir ve yazılı beyanlarda makbuz kuralına atıf yapmaktadır. Kabulün yürürlüğe gireceği andan önce veya tam yürürlüğe gireceği anda geri alınması durumunda sözleşmenin kurulumu engellenebilir. Bu nedenle, bir icabın geri çekilmesinde olduğu gibi, bir kabulün geri çekilmesinin de ancak kabul beyanının posta veya telgraf yoluyla gönderilmesi durumunda mümkün olduğu açıktır<sup>413</sup>.

---

<sup>411</sup> Eren, s. 234, 235, Ener, M. A. (2018). **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (CISG'E) Göre Sözleşmenin Kurulması**. Ankara: Lykeion Yayınları, s. 127.

<sup>412</sup> Viscasillas, s. 395.

<sup>413</sup> Viscasillas, s. 395.

Sözleşmenin, PECL md. 2: 205 (3)'te tanımlanan türdeki ifa fiilleriyle kabul edildiği hallerde, sevk kuralı uyarınca sözleşme, fiilin ifası başladığında kurulmuş olur<sup>414</sup>. Anglosakson hukuk sistemlerindeki posta kutusu kuralına (gönderme teorisi) göre, kabul, posta veya telgraf ile sevk edildiğinde, sözleşme, icabı alan icapta bulunana kabulünü gönderdiğinde kurulmuş olur. CISG, varma kuralına istisna olarak posta kutusu kuralını kabul etmektedir ve bu kuralın çok önemli bir sonucu vardır: Kabulün iletim riski icapta bulunan tarafından üstlenilmelidir<sup>415</sup>.

Bu noktada ifade edilmelidir ki sözleşme hukukunun mülkiyet hukuku veya haksız fiil hukuku dikkate alınmadan izole edilmesi, elektronik haberleşme ile ilgili bazı sorunlara neden olabilir. Bununla birlikte, sadece sözleşme hukukunu uyumlu hale getirerek işe başlamak yıkıcı olmayacaktır. Elektronik iletişimi ele almak için sözleşme hukukunda seçilen yaklaşım ve yapı, mülkiyet hukuku için de muhtemelen aynı olacaktır. Haksız fiil hukuku ile ilgili olarak, elektronik haberleşmeden kaynaklanan sorunlarda ortak bir yapıya ihtiyaç yoktur. Elektronik ticaretle ilgili iç pazar, sözleşme hukuku, mülkiyet hukuku ve haksız fiil hukuku alanlarından önce uyumlu hale getirilse bile muhtemelen sorunsuz bir şekilde işleyebilecektir.

Elektronik haberleşmenin kullanılması uluslararası özel hukuka ilişkin sorunları artırmakta ve iç pazarın gerçekleşmesinin önünde gerçek bir engel oluşturmaktadır. Sözleşme hukukunun uyumlu hale getirilmesi, mülkiyet hukuku ile haksız fiil hukukunun uyumlaştırılması çabalarını da yavaşlatmamalıdır<sup>416</sup>. Haksız fiil hukuku ve mülkiyet hukuku da uyumlaştırmanın gerektiği hukuk alanlarıdır.

---

<sup>414</sup> PICC md. 2.6(3); CISG, md. 18(3).

<sup>415</sup> Viscasillas, s. 396.

<sup>416</sup> Von Bar & Drobnig, s. 406



## SONUÇ

1900 yılından beri uluslararası antlaşmalar ve literatürde ulusal hukuklar arasındaki farklılıkların minimize edilmesini ifade etmek üzere hukukun birleştirilmesi, yakınlaştırılması, yaklaştırılması ve uyumlaştırılması terimleri kullanılmıştır. Birbirlerinin yerine de kullanılan bu terimler arasında farklılıklar bulunmaktadır. Hukukun birleştirilmesi, birden fazla kavramı asimile etme düşüncesiyle bir araya getirerek yeni tek bir bütün yaratma eylemidir<sup>417</sup>. Hukukun yakınlaştırılması ise, iki veya daha fazla hukuk sisteminin yakınlaştırılması, farklı kuralların ortada buluşturulmasıdır. Hukukun yaklaştırılması ise, AB üyesi ülkelerin mevzuatının koordine edilmesini, bu bağlamda, ülkelerin hukuk sistemlerinin AB mevzuatına saygılı olmasını ifade etmektedir<sup>418</sup>. Son olarak hukukun uyumlaştırılması, iki veya daha fazla hukuk düzenindeki aykırılıkları/çelişkileri azaltmak veya ortadan kaldırmak amacıyla bu hukuk düzenlerini basitçe uzlaştırmaktır. Bu tezde diğer terimlere kıyasla daha geniş bir anlam ihtiva ettiği için<sup>419</sup> ve literatürde daha çok tercih edildiği için hukukun uyumlaştırılması terimi kullanılmıştır.

Hukukun uyumlaştırılmasında tarihsel bir değerlendirme yapıldığında karşımıza, XI ve XVIII. yüzyıllar arasında İngiltere hariç Orta ve Batı Avrupa'da tamamında uygulanan *ius commune* çıkmaktadır. Orta Çağ'dan itibaren *ius commune* "*ratio scripta*" (yazılı akıl) şeklinde kabul edilmiş ve XVIII. yüzyıla kadar hukuktaki uygulamaları domine etmiştir. XVIII. yüzyıl Aydınlanmacılığıyla birlikte pozitif hukuktan belirlilik ve kesinlik beklenmeye başlanmış ve ulus devletler ortaya çıkmıştır. Böylece *ius commune*,

---

<sup>417</sup> Özkan, Z. (2017). "Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 66 (1), 157-199, s. 160' dan naklen: Picat, Marc / Soccio Stessie. (2011). "L'Harmonisation D'un Droit Europeen des Contracts: Fiction ou Realite? Harmonisation of European Contract Law: Fiction or Reality?". *International Business Law Journal*, s. 372.

<sup>418</sup> Güngör, K. (2008). **Avrupa Birliği Ortak Vergi Politikasının Çerçevesi**. Ankara: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

<sup>419</sup> Özkan, s. 161.

yerini ulusal hukuka bırakmıştır. Günümüzdeki ortak hukuk uygulamaları ise AB bünyesindeki ortak hukuk ve Anglo-Sakson Hukuk sistemidir.

Hukukun nitelik olarak ulusal olması ve farklılaşması çeşitli sorunlara yol açmakta ve hukuk düzenleri arasındaki farklılıkların üstesinden gelinmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>420</sup>. Bu sorunlardan ilki, farklı kanunlaştırmaların mevcudiyetinin, farklı devletlerin pozitif hukuk düzenlerini giderek daha da farklılaştırmasıdır. Bir diğeri ise farklı ulusal dillerde olan yasal düzenlemeler ve içtihatların yayılamaması, yerel kalmasıdır. Bu yüzden farklılaşma daha da artmaktadır. Bu farklılıkları azaltmaya yönelik olarak dört uyumlaştırma metninden söz edilebilir. Bunlar, UNCITRAL tarafından oluşturulan CISG, LANDO tarafından oluşturulan PECL, UNIDROIT tarafından oluşturulan PICC ve Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı DCFR'dir.

Tezde bu dört uyumlaştırma metninin sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümleri, Alman, Fransız, Türk ve İngiliz hukuku çerçevesinde mukayeseli olarak değerlendirilmiştir. İlk olarak sözleşme kavramı, sözleşmenin şekli ve yorumlanması ulusal mevzuat çerçevesinde incelenmiştir. Bu çerçevede sözleşme kavramının anlamını tespit etmek açısından *causa* ve *consideration* kavramlarına değinilmiştir. 10 Şubat 2016 tarihinde yürürlüğe giren 2016-131 sayılı Kanun'la (2016 Reformu) değiştirilen ve yeni hükümler eklenen yeni Fransız Medeni Kanunu tarafların gerçek iradesine daha fazla ağırlık verilerek “*causa*” koşulu terk edilmiştir. Alman Medeni Kanununun uygulanmaya başlamasından sonra (ve aslında daha öncesinde de) “*nudum pactum*” (çıplak vaat)un - sözleşme nedeni gereksinimi olmaksızın- meşruiyeti kabul edilmektedir. *Causaya* paralel bir “*consideration*” gerekliliği bulunan İngiltere karşılaştırma için daha uygun olabilecektir. *Consideration*, bir sözleşmenin bir tarafın taahhüdünü yerine getirmesi karşılığında karşı tarafın sağladığı menfaat, çıkar veya fayda ya da sözleşmenin karşı tarafınca maruz kalınan zarar, kayıp veya sorumluluk şeklinde tanımlanabilir. İngiliz

---

<sup>420</sup> De Cruz, s. 481.

hukukuna göre, bir mahkeme bir sözleşmeyi ancak gerçekten bir consideration yoksunluğu olan durumlarda uygulamayı reddedecektir. Türk Borçlar Kanunu'nda da sözleşmenin kurulması için causa ya da consideration gibi ön koşulların aranmamaktadır. Ulusal mevzuattaki bu güncel gelişmelere paralel olarak CISG, PECL, PICC ve DCFR'de de consideration ve causa olmaksızın sözleşmenin kurulabileceği göze çarpan bir husustur.

Ayrıca Fransız, Alman, İngiliz ve Türk hukukunda borç doğuran sözleşmelerin geçerliliğinin özel bir şekil şartına bağlı olmamasına dayanan ve kaynağını irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinden alan şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke, CISG, PECL, PICC ve DCFR için de geçerlidir.

Son olarak sözleşmenin yorumu yapılırken merger klozunun dikkate alınıp alınmayacağı ele alınmıştır. Merger klozu, Anglosakson hukuku çerçevesinde sözleşmeci taraflar tarafından sıklıkla kullanılmaktadır. Ancak bu tip kurallar, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde pek görülmemektedir. Bu durum Anglosakson hukuk sistemlerindeki sözlü delil kuralının tarafların üzerinde anlaşmış olduğu her hususun sözleşmede bulunduğunu açıkça belirten bir yazılı sözleşmenin -örneğin merger klozu varsa- varlığında pazarlıklarda bir tarafın niyetinin yorumlanmasını engellemesinden kaynaklanmaktadır. Merger klozunun bulunmadığı sözleşmelerde sözlü delil kuralı (parol evidence rule) ortaya çıkmaktadır. CISG'ye göre her merger klozunun dahil olduğu sözleşme kapsamında yorumlanmalıdır. PECL ise bir tarafın, diğer tarafın beyanlarına veya davranışına makul bir şekilde güvenerek hareket etmiş olması durumunda bir merger klozu iddia edemeyeceğini belirtmektedir. PICC'e göre ise bir merger klozu içeren yazılı bir sözleşme, önceki beyan veya anlaşmalara dair kanıtlarla çelişemez veya desteklenemez.

İkinci olarak sözleşmenin kurucu unsurlarından biri olan icap incelenmiştir. CISG, PECL, PICC ve DCFR, icabın şartları açısından ulusal mevzuatlarla paralellik

göstermektedir. Başka bir ifadeyle hem ulusal mevzuatlarda hem de uluslararası bu dört metinde icabın şartları olarak bağlanma iradesi ve sözleşmenin esaslı unsurlarını kapsamı kabul edilmektedir. Fakat esaslı unsurların belirlenmesi uluslararası metinlerde farklılaşmaktadır. CISG sözleşmelerin ve buradan hareketle icapların *essentialia negotii* içermesini gerektiğini kabul ederek, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin genel kurallarını takip etmektedir. Oysa PECL ve PICC, CISG'deki gibi icapta hangi unsurların kesin olması gerektiğini belirtmemektedir. Hatta PECL, tarafların iradesinin (yani anlaşma) ve anlaşma ile bağlı olma niyetlerinin, sözleşmenin kurulumu için temel unsurlar olduğu Anglosakson hukuk sisteminden alınan daha esnek bir yaklaşım izlemektedir.

İcabın hükmünü yitirmesinde Fransız, Alman ve Türk hukukundaki icap yürürlüğe girene kadar, yani icapta bulunulana ulaşana kadar geri alınabilir kuralından farklı olarak, İngiliz hukukunda sözleşme imzalanana kadar her bir tarafın çekilme özgürlüğü kabul edilmektedir. İcapta bulunulan üzerindeki yük geleneksel olarak posta kutusu kuralı ile hafifletilmiştir. Buna göre icapta bulunulan kişi kabulünü gönderdiği anda icap kabul edilmiş sayılır. Ulusal mevzuatlar ve diğer uluslararası metinlerin aksine CISG kapsamında icabın geri alınması ve icaptan cayılması, farklı anlamlara ve sonuçlara sahiptir. Ayrıca PECL'de sözleşmenin oluşumuna ayrılan bölümde, icabın geri alınması ile ilgili olarak CISG veya PICC'te olduğu gibi açık bir kural bulunmamaktadır.

Sözleşmenin diğer kurucu unsuru olan kabuldür. Tipik olarak farklı şartlar getirerek icaptan ayrılan bir kabul ile, aksi bir göstergenin yokluğunda, sözleşme kurulmamış olacaktır. Alman, Fransız, Türk ve İngiliz hukukunun çıkış noktası, böyle bir "kabul"ün, karşı icap olarak orijinal icabın reddi olarak ele alınması gerektiğidir. Fakat GİŞ'lerin kullanılmasının artmasıyla "genel işlem şartlarının çatışması" olarak bilinen hukuki sorun artmıştır. Bu sorun sözleşmenin içeriğini sadece, tarafların üzerinde müzakere ettikleri veya birbiriyle çelişmeyen GİŞ oluşturmasına dayanan nakavt doktrini ve iki tarafın birbirlerinin GİŞ'lerine itiraz etmeden hareket etmeye başladıysa, en son

gönderilen veya atıfta bulunulan şartlar temelinde bir sözleşmenin imzalandığının kabulüne dayanan son vuruş (last shot) doktrini ile çözülmektedir. Alman ve İngiliz hukukunda son vuruş; Fransız hukukunda nakavt doktrini kabul edilmiştir. CISG ve PICC de son vuruş doktrinini benimsemiştir.

Son olarak sözleşmenin kurulmasında Alman, Fransız ve Türk hukuk sistemlerinde varma teorisi, İngiliz hukukunda ise posta kutusu teorisi kabul edilmiştir. CISG, varma teorisine istisna olarak posta kutusu kuralını da kabul etmiştir.

Sonuç olarak her ne kadar bazı önemli meselelerde farklılıklar varlığını sürdürse de ulusal mevzuat ve uluslararası metinler incelendiğinde sözleşmenin kurulması açısından büyük oranda bir uyumlaştırma sağlandığı sonucuna varılabilecektir.

## KAYNAKÇA

“Progressive development of the law of international trade: report of the Secretary-General”. Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, Annexes, agenda item 88, documents A/6396 and Add.1 and 2 [Yearbook 1968-1970, part one, chap. 11, Sect. B], Introduction.

“Unification of the law of international trade: Note by the Secretariat”, Official Records of the General Assembly, Twentieth Session, Annexes, agenda item 92, document A/C.6/L.572 [Yearbook 1968-1970, part one, chap. I, sect. C].

A Proposal the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in 31 AM. J. COMP. L. 333 et seq. (1983).

Adaoğlu, H. C. (2006). Avrupa Topluluğu Hukukunun Üye Ülkelerde Uygulanmasında Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlişkisi. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.

Akdoğan, M. (2010). “Avrupa Birliği ve Birlik Üyesi Devletler Arasında Egemenlik İlişkisi”. *Uluslararası Hukuk ve Politika* 6/24, 55-76.

Akhmetov, Z. (2014). “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Sözleşmenin Kurulması” (Yayımlanmamış Doktora Tezi Haluk Nami Nomer), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Aksoy, H. C. (2016). **Impossibility in Modern Private Law A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law**. Springer International Pub.

Aksoy, N. D., Arslantaş, H. A. (2010). “Ulus, Ulusçuluk ve Ulus-Devlet”. *Tübar*. XVIII.

Andenas, M. & Andersen, C. (2012). **Theory and Practice of Harmonisation**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.

- Aygün, M. (2016). “ABD Kanunlar İhtilâfi Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 129-170.
- Babayev, I. (2020). “Uluslararası Ticaret Hukukunun Yeknesaklaştırılması”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19/38, 103-117.
- Bar, C. V. (2002). “From Principles to Codification: Prospects for European Private Law”. *Columbia Journal of European Law*, 8.
- Basedow, J. (2003). “Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration-General Report”, *Uniform Law Review*, Volume 8, Issue 1-2, 31–49.
- Basedow, J. (2004). “The Gradual Emergence of European Private Law”. *American Law Reports* 1(1).
- Bassani, V. & Mincke, W. (1997). “Europa sine causa?”. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.
- Beale, H., Fauvarque-Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D. & Vogenauer, S. (2010). **Cases, Materials and Text on Contract Law**, 2nd Ed, Oxford: Hart.
- Belbez, H. (1943). “Akitlerde Sükutun Ehemmiyeti”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1(2), 210-231.
- Bell, J., Boyron, S. & Whittaker, S. (2008). **Principles of French Law**. 2nd Ed, Oxford: Oxford University Press.
- Berman, H. J. (1983). **Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition**. Harvard University Press.
- Bianca, C. M., & Grundmann, S. (2002). **EU Sales Directive Commentary**. Antwerp Oxford New York: Intersentia.
- Bodin, J. (1606). **The Six Books of A Commonweale**. (Out of French and Latin Copies done into English by Richard Knolles). London: Impensis G. Bishop.

- Boele-Woelki, K. (1996). "Principles and Private International Law". *Uniform Law Review*, 1.
- Bonell, M. J. (1978). "The UNIDROIT Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law". *International & Comparative Law Quarterly*. 27/2.
- Bonell, M. J. (1992). "Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts". *The American Journal of Comparative Law* 40/3, 617-633.
- Bonell, M. J. (1996). "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?". *Uniform Law Review* 26.
- Bonell, M. J. (2008). "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law". *American Society of Comparative Law* 56.
- Bonell, M. J. (2009). **An International Restatement of Contract Law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**. Brill Nijhoff.
- Boodman, M. (1991). "The Myth of Harmonization of Laws". *The American Journal of Comparative Law* 39(4).
- Bozkurt, G. (2010). **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci, 1839-1939**. Türk Tarih Kurumu Basımevi: Ankara.
- Bucur, L. I. (2018). "Lex Mercatoria, Soft Law and a Closer Approach of UNIDROIT Principles". *Law Review* VIII/2, 292-312.
- Burrows, A. (2016). **A Restatement of the English Law of Contract**. Oxford University Press.
- C. Asfar-Cazenave, 'La réforme du droit français des contrats' (2015) *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*.



Cartwright, J. “Negotiation and Renegotiation: An English Perspective”, in **Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (‘the Avant-projet Catala’)** (Eds. Cartwright, J., Vogenauer, S. & Whittaker, S.), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

Cheng, C. J. (1988). **Clive M. Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers/Graham & Trotman.

Chiusi, T. J. (2015). “Savigny Öğretisinde Avrupa’da Kodifikasyon Çabaları Üzerine Düşünceler”, Çev.: Zeynep Dönmez, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64(4).

CISG Danışma Kurulu Görüşü No.: 3. “CISG ve ‘Parol Evidence’ Kuralı, ‘Plain Meaning’ Kuralı ve Sözleşmesel ‘Merger Klozu’ Anlaşmaları” içinde **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Danışma Kurulu Görüşleri** (Eds. Atamer, Y. M., Arslanyürek, Y. K. & Taşkın, Z. D. (2019). İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Coing, H. (1967). Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. *Ius Commune. ZfER* 1, 1-33.

Coing, H. (1990). “Europaisierung der Rechtswissenschaft”. *Neue Juristische Wochenschrift* 15, s. 937 vd. COM (2001) 389 def., Brussels, 11.07.2001.

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A more coherent European contract law – An action plan, Brussels, 12.2.2003, COM (2003) 68 final.

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, Brussels, 11.10.2004, COM (2004) 651 final.

- Cornu, G. (2009). "Preamble", in **Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-Projet De Reforme Du Droit Des Obligations Et De La Prescription, (de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala'))** (Eds. Cartwright, J. Vogenauer, S. & Whittaker, S.), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Cristina, A. (2012). "The Europeanisation of Contract Law and the Role of Comparative Law: The Case of the Directive on Consumer Rights". *Opinio Juris in Comparatione 1*: 1-17.
- Çelebician Karadeniz, Ö. (2006). **Roma Hukuku**. Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Onikinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları.
- David, R. (1968). "The Methods of Unification". *The American Journal of Comparative Law 16*, 13.
- David, R. (1971). "The International Unification of Private Law" in **The International Encyclopedia of Comparative Law Volume II: The Legal Systems of the World, Their Comparison and Unification**. The Hague: Mohr, Tublingen Martinus Nijhof, Kap. 5.
- De Cruz, P. (1999). **Comparative Law in a Changing World**. London: Cavendish Publishing.
- De Ly, F. (2005). "Opting out: some observations on the occasion of the CISG's 25th anniversary" in **Quo vadis CISG?**, (Ed. Ferrari, F.). Brussels/Paris, Bruylant/FEC, 25-42.
- De Moor, A. (1986). Contract and agreement in English and French Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 6, 275.
- Delebecque, P. & Mazeaud, D. (2007). "Formation of Contracts" in **Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet**

- Catala'**) (Eds. Cartwright, J., Vogenauer, S. & Whittaker, S.), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- DeLong, J. & Dowrick, S. (2002). "Globalization and Convergence" in **Globalization in Historical Perspective** (Eds. Bordo, M. D., Taylor, A. M., Williamson, J. G.), Chicago: University of Chicago Press.
- Djigsa, W. (2016). "Withdrawal and Revocation of Offer and Acceptance: A Comparative Study of the CISG, the Chinese Contract Law, the Unidroit Principles and the Ethiopian Contract Law".
- Doğan, V. (2010). **Milletlerarası Özel Hukuk**. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Eidenmüller, H. vd. (2008). "The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.: 28, No.: 4.
- Ekşi, N. (2020). "Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Cape Town Konvansiyonu ve Bu Konvansiyona Ek Protokoller", *İstanbul Mecmuası* 78 (3), 1387-1412.
- Ener, M. A. (2018). **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (CISG'E) Göre Sözleşmenin Kurulması**. Ankara: Lykeion Yayınları.
- Eorsi, G. (1987). "Revocability of Offer", in **Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention** (Eds. Bianca, C. M., Bonell, M. J., & Graf, J. B.), Giuffre.
- Eren, F. (2014). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 17. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ergün, Ç. E. (2004). "Sözleşmeler Hukukunda Consideration/Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti Kavramı ve Causa/Hukuk Neden ile İşlevsel Denkliği Meselesi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53/4.

- Farnsworth, E. A. (2008). "Comparative Contract Law", in **The Oxford Handbuch of Comparative Law** (Eds. Reinmann, M. M. & Zimmermann, R.), Oxford, 898-935, s. 915.
- Fauvarque-Cosson, B. (2015). "Towards an important reform of the French Civil Code". *Montesquieu Law Review* 2–15.
- Fauvarque-Cosson, B./Denis, M. eds. (2008). **European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules**. München: Sellier European Law Publishers.
- Ferrari, F. (2005). "Do Court Interpret the CISG Uniformly?" in **Quo Vadis CISG?**, (Ed. Ferrari, F.), Brussels/Paris, Bruylant/FEC.
- Flechtner, H. M. (1998). "The UN Sales Convention (CISG) and MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D'Agostino, SPA: The Eleventh Circuit Weighs in on Interpretation, Subjective Intent, Procedural Limits to the Convention's Scope, and the Parol Evidence Rule". *Journal of Law and Commerce*, 18, 259.
- Forte, A. D. M. (2006). "The Battle of Forms", içinde *European Contract Law: Scots and South African Perspectives* (Eds. MacQueen, H. L., & Zimmermann, R.), Edinburg University Press.
- Fournier M. (2018). *Comparative Law Gets Entitled: The 1900 Paris Congress in Contexts*, Masters of Law, University of Victoria.
- Friedman, L. M. (2005). **A History of American Law**. Simon and Schuster; Çam, E. (2000). **Çağdaş Devlet Sistemleri**. İstanbul: Der Yayınları.
- Garro (1989). "Reconciliation of Legal Traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *23 International Law*, 443-483.
- Gaudumet, E. (1944). "1804'ten Beri Fransız Medeni Kanununun Fransa'da Yorumlanması (1)". (Çev.: Kemal Gürsoy). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (1).

General Assembly Resolution 2205 (XXI) [Yearbook 1968-1970. part one, chap. 11,sect. E].

General Assembly Resolution 3108 (XXVIII), para. 8 [Yearbook 1974, part one, chap. I, sect. C]

Genicon, T. (2015). “Défense et illustration de la cause en droit des contrats”. *Receuil Dalloz*.

George, T.E./Korobkin, R. (2020). **Selections from the Restatement (Second) Contracts and Uniform Commercial Code for First-Year Contracts**. New York: Wolters Kluwer in “Restatement (Second) of Contracts Selected Materials”.

Giliker, P. (2013). “The Draft Common Frame of Reference and European contract law: moving from the “academic” to the “political” text”. in **The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos**, Devenney, J., & Kenny, M. (Eds.). Cambridge University Press.

Goode, R. (1991). “Reflections on the Harmonisation of Commercial Law”, *Uniform Law Review*, 19(1), 54–74.

Gordley, J. (1996). **An American Perspective on the Unidroit Principles (Vol.22)**. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero: Roma.

Grundmann, S. & Schäfer, M.S. (2017). “The French and the German Reforms of Contract Law”, *European Review of Contract Law* 13(4): 459–490.

Gül, İ. (2015). “ABD Hukukunun Genel Özellikleri ve Türk Hukukundan Başlıca Farkları”. *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Enstitüsü Dergisi* 5/10.

Güngör, K. (2008). **Avrupa Birliği Ortak Vergi Politikasının Çerçevesi**. Ankara: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

- Hansen, D. R. (1995). "Do We Need the Bar Examination-A Critical Evaluation of the Justifications for the Bar Examination and Proposed Alternatives?", *45 Case Western Reserve Law Review*, 1191.
- Honnold, J.O. (2009). **Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention**, Kluwer Law International BV.
- Horn, Kotz & Leser (1982). **German Private and Commercial Law: An Introduction (Trans. by Tony Weir)**, Oxford University Press.
- Impallomeni, G. (1997). **Auf der Suche nach einem positiven Europäischem Recht**. *ZfRV*, 38, 1.
- Jansen, N. (2010). **The Making of Legal Authority Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective**. Oxford New York: Oxford University Press.
- Kamba, W. J. (1974). "Comparative Law: A theoretical framework". *International & Comparative Law Quarterly* 23: 485.
- Keirse, A. L. (2011). European Impact on Contract Law-A Perspective on the Interlinked Contributions of Legal Scholars, Legislators and Courts to the Europeanization of Contract Law. *Utrecht Law Review*, 7.
- Kıraç, S., & İlhan, B. (2010). "Avrupa Birliği Oluşum Süreci ve Ortak Politikalar". *Milli Eğitim Dergisi*, 40 (188), 191-201.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (2008). **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**. Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4.Baskı, Filiz Kitabevi: İstanbul.
- Kötz, H. (1986). "Rechtsvereinheitlichung–Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele", *RabelsZw* 50, 13-16.
- Kropholler, J. (1975). **Internationales Einheitsrecht Allgemeine Lehren**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 204ff.

- Lando, O. (1983). "European Contract Law". *The American Journal of Comparative Law* 31.
- Lookofsky, J. (2008). **Understanding the CISG. A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. 3. Ed., Kluwer Law International.
- Marchetti, C. (2012). "Legal Categories and Legal Terms in the Path towards a European Private Law: The Experiment of the DCFR". *European Review of Private Law* 20/5-6.
- Markesinis, B. S., Unberath, H., & Johnston, A. C. (2006). **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**. Bloomsbury Publishing.
- Mattei, U., Pes, L. G. (2008). "Civil Law and Common Law: Toward Convergence" içinde **The Oxford Handbook of Law and Politics** (Eds. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, Gregory A. Caldeira). Oxford: Oxford University Press.
- Matteucci, M. (1973). "The History of Unidroit and the Methods of Unification". *Law Library Journal*, 66, 286.
- Mazeaud, D. (2014). "Pour que survive la cause, en dépit de la réforme!". *Droit et Patrimoine* 240.
- McKendrick, E. (2006). "Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In" içinde **The Harmonisation of European Private Laws, Business and Legal Practice** (Ed. Stefan Vogenauer), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Merhacı Özden, S. (2013). **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat**. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Michaels, R. (2011) "Restatements" içinde **Oxford Handbook of European Private Law** (Eds. Basedow, Hopt, Zimmermann). Oxford University Press.

- Miller, L. (2011). "The Notion of Europeanization and the Significance of Transnational Private Lawmaking" in **Emergence of EU Contract Law Exploring Europeanization**, Oxford New York: Oxford University Press,
- Miller, L. (2011). **The Emergence of EU Contract Law Exploring Europeanization**. Oxford New York: Oxford University Press.
- Mullis, A. & Huber, P. (2007). **The CISG, A new Textbook for Students and Practitioners**. München: Sellier European Law Publication.
- Murray, J. E. (1988). "An Essay on the Formation of the Contracts and related problems under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". 8 *Journal of Law and Commerce* 25.
- Neumayer, K. H. (1994). "Offene Fragen zur Anwendung des Abkommens der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf". *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2.
- Nomer, E (2009). **Devletler Hususi Hukuku**. Yenilenmiş 17. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Nomer, H. N. (2013). "Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?" *Journal of Yaşar University* 8 (Özel), 2053-2074.
- O'Sullivan, J. & Hilliard, J. (2012). **The Law of Contract**. (Fifth Ed.) Oxford University Press: UK.
- Official Records of the General Assembly, Nineteenth Session, Annex No. 2. document A/5728 [Yearbook 1968-1970, part one, chap. I, sect. A]
- Oğuz, A. (2003). **Karşılaştırmalı Hukuk**. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Oğuzman, M. K. & Öz, M. T. (2011). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul.



- Oral, T. (2013). **Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmenin Kurulması**. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özcan, Z. (2018). "The Battle of Forms". *E-Journal of Law* 4 (1).
- Özdoğan, N. C. (2017). "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/1.
- Özekes, M. (2019). **Temel Hukuk Bilgisi**. 10. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Özkan, Z. (2017). "Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66 (1), 157-199.
- Picat, Marc / Soccio Stessie. (2011). "L'Harmonisation D'un Droit Europeen des Contracts: Fiction ou Realite? Harmonisation of European Contract Law: Fiction or Reality?". *International Business Law Journal*.
- Pieck, M. (1996). "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law". *Annual Survey of International & Comparative Law*, 3, 111.
- Pozzo, B. (2015). "Comparative law and the new frontiers of legal translation" in **Language and culture in EU law: Multidisciplinary perspectives** (Ed. Susan Šarčević), Routledge.
- Pozzo, B. (2016). "The Challenges of a Multi-lingual Approach" in **Research Handbook on EU Consumer and Contract Law** (Ed. Christian Twigg-Flesne), Edward Elgar Publishing,
- Pozzo, B. (2020). "Looking for a Consistent Terminology in European Contract Law". *Lingue Culture Mediazioni-Languages Cultures Mediation* 7(1), 103-126.
- Ramberg, J. (2003). "Unification of Sales Law: A Look at the Scandinavian States", *Uniform Law Review*.
- Reisoğlu, S. (2008). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Yirminci Bası, İstanbul: Beta Yayınları.

- Rochfeld, J. (2009). "A Future for la cause? Observations of a French Jurist", in **Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')** (Eds. Cartwright, J., Vogenauer, S. & Whittaker, S.), Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Rosett, A. (1997). "UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven". *Uniform Law Review*, ns, 2, 441.
- Rowan, S. (2017). "The New French Law of Contract". *International & Comparative Law Quarterly*, 66, 805.
- Schlechtriem, P. & Butler, P. (2009). **UN Law International Sales**. Berlin Heidelberg: Springer Verlag.
- Schlechtriem, P. & Schwenger, I. (2015). **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi** (Eds. Ingeborg Schwenger ve Pınar Çağlayan Aksoy), İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Schlechtriem, P. (1986). **Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Manz.
- Schlechtriem, P. (2005). "Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG". *Victoria University of Wellington Law Review*, 36, 781.
- Schlechtriem, P. (2015). Md. 11 § 19 (Çev.: N. Nilay Dayanç) içinde Schlechtriem, P. & Schwenger, I. (2015). **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi** (Eds. Ingeborg, S. & Çağlayan Aksoy, P.) İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Schlechtriem, P. (2015). Md. 14, § 23 (Çev.: S. Derya Yakupoğlu) içinde **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması**

- (**Viyana Satım Sözleşmesi**) **Şerhi** (Eds. Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy), İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Schmidt-Kessel, M. (2015). Md 8. § 3 (Çev.: N. Nilay Dayanç) içinde Schlechtriem, P. & Schwenzer, I. (2015). **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi** (Eds. Ingeborg, S. & Çağlayan Aksoy, P.) İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Schroeter, U. G. (2015). Md. 17, § 2 (Çev.: Elif Cemre Hazıroğlu) içinde **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi** (Eds. Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy), İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Schwenzer, I. & Hachem, P. (2015). Md. 6, § 31, 32 (Çev.: Yasemin Kabaklıoğlu) içinde **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi** (Eds. Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy), İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Sefton-Green, R. (2006). “Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code” in **The Politics of a European Civil Code** (Ed. Martijn Willem Hesselink), The Hague: Kluwer Law International.
- Smiths, Jan M. (2007). “Convergence of New Private Law in Europe: Towards a New Ius Commune?” in **Comparative Law Handbook: A Handbook** (Eds. Örucü E./Nelken, D.), Oxford: Hart Publishing.
- Smits, J. M. & Calomme, C. (2016). “The Reform of the French Law of Obligations – Les Jeux Sont Faits”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1–12.
- Smits, J. M. (2014). **Contract Law: A Comparative Introduction**. Edward Elgar Publishing.

- Sonnenberger, H. J. (2017). “Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr 2016-131 vom 10.2.2016”. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 6-67.
- Stephan, P. B. (1999). “The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law”. **University of Virginia School of Law Legal Studies Working Paper No. 99-100.**
- Taşkın, Z. D. (2020). **Sözleşmenin Kurulması.** İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Tatar, D. B. (2020). **Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme.** İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. & Altop, A. (1993). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler.** 7. Bası, İstanbul.
- Treitel, G. H. (2003). **The Law of Contract** (Eleventh Ed.). Sweet & Maxwell.
- UNIDROIT 1971, C.D. 50th Session, p. 93.
- United Nations Commission on International Trade Law (1971). **Yearbook,** Vol.: I: 1968-1970.
- Viscasillas, M. P.P. (1997). “Tratamiento de las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”. *13 Revista jurídica del Perú* 241.
- Von Bar, C. & Drobnig, U. (2004). **The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study,** München: Sellier. European Law Publishers.
- von Bar, C./Clive, E./Schulte-Nölke, H. (2009). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR).** Outline Ed. München: Sellier European Law Publisher.

- Von Mehren, A. T. (1990). "The Battle of the Forms": A Comparative View". *The American Journal of Comparative Law*, 38(2), 265-298.
- Vural, B. (2013). "Formation of Contract According to the CISG". *Ankara Bar Review*, 6, 125.
- Winship, P. (1983). "Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention", *23 International Law* 7.
- Yelkenci, I. (2013). **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Tez Danışmanı: M. Turgut Öz), İstanbul (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD).
- Yılmaz, A. Ç. (2018). "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* (11), 481-511.
- Youngs, R. (2002), **Sourcebook on German Law** (2nd Ed). London: Cavendish Publishing.
- Youngs, R. (2014). **English, French & German Comparative Law** (Third Edition). London and New York: Routledge.
- Zimmermann, R. (2005). **The New German Law of Obligations Historical and Comparative Perspective**. Oxford University Press.
- Zimmermann, R. (2016). "Kodifikasyon-Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Kıta Avrupası Deneyimlerinin Değerlendirilmesi-". Çev.: Ece Baş Süzeli/Meliha Sermin Paksoy, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (73).

### **Mahkeme Kararları**

18 Scammell & Nephew Ltd v Ouston [1941] AC 251.

[1979] 1 WLR 294.

Allied Marine Transport Ltd v Vale do Rio Doce Navigacao SA ('Leonidas D') [1985] 1 WLR 925, 937.

BGH NJW 1997, 2671, Erişim,  
[https://www.dnoti.de/entscheidungen/details/?tx\\_dnotionlineplusapi\\_decisions%5Bno-deid%5D=4b51563b-03be-494d-b3f2-90235b0ff2cb&cHash=9c49e538e107e0d25b58e269be3f017f](https://www.dnoti.de/entscheidungen/details/?tx_dnotionlineplusapi_decisions%5Bno-deid%5D=4b51563b-03be-494d-b3f2-90235b0ff2cb&cHash=9c49e538e107e0d25b58e269be3f017f), (16.05.2021).

Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O-Corporation (İngiltere) Ltd [1979] 1 WLR 401.

C. Cass., Ch. Civ. 3, 28.10.2009, 08-20224.

Hyde v Wrench (1840) 3 Beav 334.

Rimeco Riggelsen & Metal Co. v Queensborough Rolling Mill Co. 9 November 1994, CA.

Scot Law Com No 144 (1993), § 4.19.

Tinn v Hoffman and Co 1873. Erişim, <https://www.lawteacher.net/cases/tinn-v-hoffman.php?vref=1>, (16.05.2021).

### **İnternet Kaynakları**

Berger, K. P. “The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century View of Transnational Commercial Law”, Erişim, [https://www.trans-lex.org/2/\\_/a-21st-century-view-of-transnational-commercial-law/](https://www.trans-lex.org/2/_/a-21st-century-view-of-transnational-commercial-law/), (10.12.2020).

“Directive 1999/44/EC OF the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees”. Erişim, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0044&from=EN>, (08.02.2021).

Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, Erişim, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN>, (16.03.2021).

Erişim,

[https://ab.gov.tr/files/ardb/evt/1\\_avrupa\\_birligi/1\\_3\\_antlasmalar/1\\_3\\_1\\_kurucu\\_antlasmalar/1957\\_treaty\\_establishing\\_eec.pdf](https://ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_eec.pdf), (14.03.2021).

Erişim, [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf), (14.05.2021).

Erişim, [https://europa.eu/european-union/law/legal-acts\\_en](https://europa.eu/european-union/law/legal-acts_en), [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law_en), (14.03.2021),

Erişim, <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, (06.02.2021).

Erişim, <https://www.ab.gov.tr/p.php?e=105>, (06.02.2021).

Erişim, <https://www.ali.org/about-ali/>, (06.02.2021).

Erişim, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0439](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0439), (13.05.2021).

Erişim, [https://www.napoleon-series.org/research/government/code/book3/c\\_title03.html#chapter2](https://www.napoleon-series.org/research/government/code/book3/c_title03.html#chapter2), (10.05.2021).

Erişim, <https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>, (07.02.2021).

European Union (2002), “The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III)”,

Erişim, <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf>, (19.12.2020).

European Union (2002), “The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III)”,

Erişim, <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf>, (19.12.2020).

Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations)

of 30 March 1911 (Status as of 1 February 2021), Erişim, [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317\\_321\\_377/en](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en), (15.03.2021).

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Erişim,

<https://heinonline.org/HeinDocs/NCCUSL.pdf>, (06.02.2021).

The Law of Contract, The General Regime of Obligations, and Proof of Obligations The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 translated into English by John Cartwright Bénédicte Fauvarque-Cosson and Simon Whittaker, Erişim, [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf), (15.03.2021), md. 1101.

UNIDROIT (2016). “Önsöz (İlkelerin Amacı)/Preamble (Purpose of the Principles)”, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome, Erişim, <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>, (07.02.2021).

UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law (2016). **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**, Rome, Erişim, <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>, (14.03.2021).

UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law (2016). “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. Rome, Erişim, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, (16.03.2021)

UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, Erişim, <https://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf>, (07.02.2021).

Uniform Commercial Code, Erişim, [https://www.sos.la.gov/BusinessServices/UniformCommercialCode/Pages/default.aspx#:~:text=Uniform%20Commercial%20Code%20\(UCC\),liens%20on%20movable%20personal%20property](https://www.sos.la.gov/BusinessServices/UniformCommercialCode/Pages/default.aspx#:~:text=Uniform%20Commercial%20Code%20(UCC),liens%20on%20movable%20personal%20property), (10.12.2020).

United Nations Commission on International Trade Law (2010). **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. New York: United Nations



Publication, Erişim, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf), (14.03.2021).



## ÖZET

1789 Fransız Devrimi'ni takiben tarih sahnesine ulus devlet çıkmıştır. Ulus devletler, egemen olduğu sınırlar içerisinde kendi hukuklarını uygulamaya başlamıştır. Bir yandan ulus devletler arasında feodalizmin çöküşü, Sanayi Devrimi, merkantilist düşüncenin ortaya çıkışı, liberalizmin doğuşu, teknolojik ve bilimsel ilerleme gibi ekonomik, sosyolojik, hukuki vb. etkiler doğuran olaylar neticesinde uluslararası ticaretin artmış öte yandan ulus devletlerin her birinin farklı hukuk sistemine sahip olması nedeniyle, uluslararası ticaret sekteye uğramıştır. XX. yüzyılda küreselleşmenin etkisiyle uluslararası ticaret tarihte hiç görülmemiş seviyelere çıkmıştır. Bu yüzden uluslararası ticaretin önündeki hukuki engellerin ortadan kaldırılması amacıyla ulusal hukuklar arasındaki farkların azaltılmasına yönelik çalışmalara başlanmıştır. Uluslararası antlaşmalar ve literatürde ulusal hukuklar arasındaki farkların azaltılmasına karşılık gelecek şekilde hukukun birleştirilmesi, yakınlaştırılması, yaklaştırılması ve uyumlaştırılması gibi farklı terimler tercih edilmiştir. Bu tezde iki veya daha fazla hukuk düzenindeki aykırılıkları azaltmak veya ortadan kaldırmak amacıyla bu hukuk düzenlerini basitçe uzlaştırmak anlamına gelen ve diğer terimlere kıyasla daha geniş bir anlam ihtiva ettiği gibi literatürde de daha çok tercih edilen “hukukun uyumlaştırılması” terimi kullanılmıştır. Tezin Birinci Bölümünde geçmişten bugüne sözleşmeler hukuku alanında hukukun uyumlaştırılması konusu incelenmiştir. Bu çerçevede ius commune ve Anglosakson hukuku ile AB hukuku ele alınmıştır. Ayrıca bugün sözleşmeler hukuku alanında hukukun uyumlaştırılmasının dört temel uluslararası metni olan CISG, PECL, PICC ve DCFR'nin ortaya çıkışı, kapsamı ve önemi ifade edilmiştir. Tezin İkinci Bölümünde ise sözleşmenin kurucu unsurları ve sözleşmenin kurulması konuları incelenmiştir. Bu bölümün ilk alt başlığı sözleşme kavramı, sözleşmenin şekli ve yorumuna ayrılmıştır. Bu bölümün diğer alt başlığında sözleşmenin kurucu unsurlarından biri olan icap incelenmiştir. Bu alt başlıkta değerlendirilen konular icabın şartları ve

icabın hükmünü yitirmesi olmuştur. Bu bölümün sonraki alt başlığında sözleşmenin diğer bir kurucu unsuru olan kabule odaklanılmış ve kabulün şartları, hükmünü yitirmesi ve genel işlem şartlarının çatışması konuları mercek altına alınmıştır. Son olarak bu bölümün son alt başlığında sözleşmenin kurulması anlatılmıştır. Tüm bu konular öncelikle Fransız, Alman, İngiliz ve Türk hukuku çerçevesinden detaylı ve karşılaştırılmalı olarak ele alınmıştır. Daha sonra CISG, PECL, PICC ile DCFR gerek kendi aralarında gerekse bu dört ülke hukuku çerçevesinde karşılaştırılmalı olarak değerlendirilmiştir. Tezin sonunda ulusal mevzuat ve uluslararası metinler arasında bazı önemli meselelerde farklılıklar olsa da sözleşmenin kurulması açısından büyük oranda bir uyumlaştırma sağlandığı sonucuna varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Hukukun Uyumlaştırılması, Sözleşmenin Kurulması, Uluslararası Özel Hukuk, CISG, UNIDROIT

## ABSTRACT

Following the 1789 French Revolution, the national state emerged on the stage of history. National states have begun to implement their own laws within the boundaries of their sovereignty. On the one hand, due to the economical, sociological, legal, etc. factors such as the collapse of feudalism, the Industrial Revolution, the emergence of mercantilist thought, the birth of liberalism, technological and scientific progress, the importance of international trade has increased; on the other hand, international trade has been interrupted because of the fact that each national state has a different legal system. In the 20<sup>th</sup> century, with the effect of globalization, international trade has reached to a point that has never been seen in history. Therefore, studies have been started to reduce the differences between national laws in order to eliminate the legal obstacles to international trade. In international treaties and literature, different terms such as unification, convergence of laws, approximation, and harmonization of law have been preferred to correspond to the reduction of differences between national laws. In this thesis, the term “harmonisation of law”, which means simply reconciling these legal orders in order to reduce or eliminate the contradictions in two or more legal systems, has a wider meaning compared to other terms and is more preferred in the literature is used. In the First Chapter of the thesis, the harmonization of law in the field of contract law from past to present is examined. In this context, *ius commune* and Anglo-Saxon law and EU law are discussed. In addition, the emergence, scope and importance of CISG, PECL, PICC and DCFR, which are the four main international texts of harmonization of law in the field of contract law today, are examined. In the Second Chapter of the thesis, the constituent elements of the contract and the establishment of the contract are analyzed. The first subtitle of this Chapter is devoted to the concept of contract, the form and interpretation of the contract. In the other sub-title of this Chapter, the offer, which is one of the constituent elements of the contract, is examined. The subjects evaluated in this sub-title were the terms of the

offer and the invalidation of the offer. In the next sub-heading of this Chapter, acceptance, which is another constituent element of the contract, is focused on and the terms of the acceptance, its invalidation and the battle of forms are reviewed. Finally, in the last subtitle of this Chapter, the formation of the contract is explained. All these issues have been dealt with in detail and comparatively within the framework of French, German, English and Turkish law. Then, CISG, PECL, PICC and DCFR are evaluated comparatively both among themselves and within the framework of the laws of these four countries. At the end of the thesis, it is concluded that although there are differences in some important issues between national legislation and international texts, a great deal of harmonization has been achieved in terms of the formation of the contract.

**Keywords:** Harmonization of Law, Formation of Contract, International Private Law, CISG, UNIDROIT