

ULUSLARARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NA TÂBİ SÖZLEŞMELERDE BOŞLUK DOLDURMA

*Gap Filling Regarding Contracts Subject to United Nations Convention on
Contracts for the International Sale of Goods*

Bariş DEMİRSATAN*

Öz

Her normun bünyesinde uygulanması gereken bir uyumsuzlığa ilişkin boşluk bulunması mümkündür. CISG, 7/II hükmünde özel bir boşluk doldurma yöntemi sevk etmiştir. Bunun gerisinde CISG'in özerk, yeknesak uluslararası satış hukuku yaratma ülküsü vardır. CISG'de norm eksikliğinden bahisle CISG 7/II hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle, CISG'e tâbi satış sözleşmesinde herhangi bir hükmün bulunmadığı sonucuna varılması icap eder. İkinci olarak boşluğun, CISG tarafından düzenlenmek istenen bir hususta bulunması şarttır. Harici boşluğun bulunduğu bir konuda, esasa uygulanacak hukuk geçerli olur. Bu itibarla TMK 1 gereğince, uyumsuzluk atipik veya arızî nitelik taşımadıkça uygulanır bir yedek hukuk normu varsa, tatbik edilir. Aksi takdirde örf ve âdet hukuku da uygulanmıyorsa, yargıç hukuk yaratır. CISG kalınması gerektiğinden, bu faaliyetin sıradan bir yasa boşluğu doldurma etkinliğinden farkı yoktur. CISG tarafından düzenlenmek istenen ancak açık hüküm getirilmeyen hususta boşluk varsa, dahili boşluk söz konusudur. CISG 7/II uyarınca, boşluğun doldurulması için öncelikle CISG'in temelinde yer alan genel ilkelere başvurulması gerekir. CISG bünyesinden türetilcek ilkeler doğaları gereği soyut nitelikte olacaklarından, uyumsuzluğun çözümüne uygulanabilmeleri için normlaştırılmaları gerekir. Bu itibarla, bu faaliyet, Türk hukukunda yargıcın hukuk yaratmasıyla özdeş olacaktır. Türk hukukunda CISG 7/II'nin temel işlevi, Türk hukukundaki CISG dışındaki normlara başvurulmasını, böylece CISG'in uluslararası yeknesak ve özerk satış hukuku yaratma amacının göz ardı edilmesini önlemektir. CISG'den türetilen bir genel ilkeye ulaşamadığı takdirde esasa uygulanan hukuka başvurulur. Bu olasılıkta, yasa boşluğu doldurmak gerekirse CISG'in uluslararası niteliği ile uyuşur özerk ve yeknesak satış hukuku yaratma gerekliliğine uyulması gerekir.

Anahtar Sözcükler: Dahili boşluk, harici boşluk, sözleşme boşluğu, yasa boşluğu, CISG

Abstract

The CISG has introduced a special gap filling method. In order to apply CISG 7/II, firstly, it must be concluded that there is no provision in the sales contract subject to the CISG. Secondly, the gap must exist in a matter that is intended to be regulated by the CISG. In case of an external gap, to Article 1 of the TCC is applied. Unless the dispute is atypical or incidental, if there is an applicable substitute legal norm, it has the ability to be applied. Otherwise, if customary law is not

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.12.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.04.2025

* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye,
baris.demirsatan@istanbul.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-0228-5236>



applicable, the judge creates law. Since there is a will to be outside the CISG, this activity is no different from an ordinary legislative gap filling activity. If a gap that is intended to be regulated by the CISG but not expressly provided by the CISG is found within the CISG, pursuant to CISG 7/II, in order to fill the gap, the general principles underlying the CISG must first be applied. The main function of CISG 7/II is to prevent recourse to norms other than the CISG in Turkish law, thereby ignoring the purpose of the CISG to create international, uniform and autonomous sales law. If a general principle derived from the CISG cannot be reached, the law applicable to the merits is applied. In this case, if it is necessary to fill the legal gap, the requirement to create autonomous and uniform sales law in line with the international character of the CISG must be complied with.

Keywords: Internal gap, external gap, contractual gap, legal gap, CISG

GİRİŞ

Bir hukukî uyuşmazlığın çözümü için uygulanabilir bir normun bulunmaması halinde, boşluktan söz edilir. Uyuşmazlığın, norm eksikliği nedeniyle çözüme bağlanmaması (*non-liquet*) kabul edilemeyeceğinden¹, hukuk düzenleri boşluk olasılıkları için birtakim çözümler öngörmüştür. Türk hukukunda, bir özel hukuk uyuşmazlığına uygulanacak nitelikte norm bulunmaması durumu, Türk Medenî Kanunu (TMK) 1 hükmüyle düzenlenmiştir. Buna göre hukukî uyuşmazlığa yer, zaman ve niteliği itibarıyla uygulanabilir pozitif hukuk normu bulunmadığı takdirde, eş deyişle yasa boşluğu bulunuyorsa, örf ve âdet hukuku kurallarına bakılması ve burada da bir kural bulunmadığı durumda yargıcın yasa koyucu gibi davranarak (*modo legislatoris*)² bir norm yaratması gerekir³. Ancak sözleşmesel bir uyuşmaz-

¹ Rona Serozan, B İlkey Engin ve Yeşim M Atamer, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2022) 148.

² Yasa boşluğu doldurma hususunda yargıcın kendini yasa koyucu yerine koymasının kökeninde Aristoteles'in Nikomakhos'a Etik başlıklı eserinde yer alan hakkaniyet bağlamında belirttiği fikirleri vardır: “Demek ki, genel olarak konuşmanın zorunlu olduğu ama bunu doğru yapmanın olanaksız olduğu durumlarda yasa, çoğu zaman olanı hesaba katar, yaptığı yanlış bile bile. Ancak bu yüzden yasa daha az doğru olmuyor; çünkü hata yasada ya da yasa koyucuda değil, konu edilenin doğal yapısındadır; çünkü eylemle ilgili konuların malzemesi doğrudan doğruya öyledir ki, yasanın dile getirdiği genel olana aykırı bir şey olduğu zaman, doğru olan, yasa koyucunun genel olarak konuşmakla atladığı ve yanıldığı yerde eksik olanı düzeltmek, yasa koyucunun eğer kendisi orada bulunsaydı, söyleyeceği şeyi söylemek ve eğer bilseydi, yasasına koyacağı şeyi yapmaktır” Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (Saffet Babür, Hacettepe Üniversitesi Yayınları 1988) N 1137b; Carolyn Egger, *La construction juridique de l'abus d'un droit privé subjectif* (Lozan Üniversitesi-Mémoire 2021) 2 ve dn 7; Zahit İmre, *Medenî Hukuka Giriş* (3. Bası, Fakülteler Matbaası 1980) 184-185; Heinrich Honsell, ‘Einleitung und Einführung Eugen Huber Symposium’ iç Urs Fasel (ed), *Symposium Eugen Huber: Modernisierung modo legislatoris* (Stämpfli 2024) N 14-15.

³ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (27. Bası, On İki Levha 2021) N 92; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri* (15. Bası, Filiz Kitabevi 2020) 135; Hasan Erman, *Medenî Hukuk Dersleri* (6. Bası, Der Yayınları 2016) 53. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 1/II hükmüyle, ticarî hükümlerle düzenlenmiş bir ticarî işte, öncelikle ticarî örf ve âdet (*Handelsbrauch*) göre, yoksa genel hükümlere göre yargılamada karar verileceği kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere, normların uygulama sıralaması bakımından ticarî hükümlerde örf ve âdet hukukuna genel hükümlere nazaran öncelik getirilmesi sonucunda doğan bir farklılık söz konusu olsa da, her halükarda yargıcın hukuk yaratabilmesi için yazılı hukuk ve örf ve âdet hukuku kurallarının bulunmaması gerekmektedir. Bu bağlamda

lık söz konusuysa ve uygulanacak norm bulunmuyorsa yasa boşluğunun yanı sıra sözleşme boşluğu (*casus omissus*) da bahis konusu olur⁴. Bunun için uyumsuzluğa tatbik edilebilir sözleşme hükmünün de olmadığı da tespit edilmelidir. Uygulanabilir nitelikte sözleşme hükmü var olduğu müddetçe ne ulusal hukuk ne de CISG bakımından boşluktan söz edilebilir. Zira hem CISG 6 hem de sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince geçerli sözleşme hükümleri tarafları için, Fransız Medenî Kanunu'nun m. 1103 hükmünde hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmeler tarafları için yasanın yerini alır tümcesiyle ("*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*") veciz şekilde ifade edildiği gibi, bir yasa hükmü gibi bağlayıcı bir norm teşkil eder, yedek hukuk normlarının yerini alır. Sözleşme boşluğu, yargıç tarafından tarafların sözleşmeyi kurdukları an itibarıyla mevcut varsayımsal iradelerine göre doldurulur⁵. Hem yasa hem sözleşme boşluğu bulunduğu takdirde, boşluğun hangi yöntemle doldurulacağı hususuna ileride değinilecektir⁶.

sıralama, emredici hükümler, sözleşme hükümleri, ticarî yedek hukuk kuralları, ticarî örf ve âdet hukuku, yedek hukuk kuralları, TMK 1/II gereğince örf ve âdet hukuku ve yargıcın hukuk yaratması olmaktadır: Yeşim M Atamer, 'Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler' (2005) 68(1-2) İÜHF 171, 171; Oruç Hami Şener, *Ticarî İşletme Hukuku* (2. Bası, Seçkin 2020) 104 vd. TTK 1/II hükmüyle yapılan atıfla ticarî örf ve âdet hukuku kurallarının kastedildiği: Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, *Ticarî İşletme Hukuku* (4. Bası, On İki Levha 2015) N 10; Sabih Arkan, *Ticarî İşletme Hukuku* (20. Bası, BTHAE 2015) 92. Ticarî hüküm ise TTK 1/1'de TTK'ndaki hükümlerle birlikte ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler olarak tanımlanmıştır.

⁴ Sözleşme boşluğu, sözleşmede tarafların başlangıçtan beri bir hüküm bulunması hususundaki ihmalden ileri gelebildiği gibi, tarafların ikinci derece bir hususu saklı tutmaları, örtülü olarak yedek hukuk kurallarını tatbik etmek istemedikleri hususunda anlaşmaları yahut kısmi hükümsüzlük halinde de söz konusu olur: Atamer (n 3) 175-176; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (20. Bası, Vedat Kitapçılık 2022) N 599; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, On İki Levha 2020) N 1031; Saibe Oktay, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması' (1996) 55(1-2) İÜHF 262, 283. Kuşkusuz tıpkı yasa koyucu gibi sözleşenlerin de birtakım hususları bilinçli olarak susarak düzenlemeleri mümkündür.

⁵ Oğuzman ve Öz (n 4) N 604; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I* (6. Bası, Filiz Kitabevi 2014) §33 N 1; Bénédict Winiger, *Commentaire Romand Code des Obligations I* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2012) Art 18 CO N 164; Peter Gauch, Walter R Schluep ve Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (9. Bası, Schulthess 2008) N 1257. Her ne kadar varsayımsal olsa da taraflara iradelerinden farklı hukukî sonuçlar yüklenmektedir: Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Band II Erste Hälfte* (Duncker & Humblot 1957) 545; Christoph Müller, *Berner Kommentar Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen* (Staempfli Verlag 2018) Art 18 OR N 433. Ancak bu iradeler hukuken tarafların asıl iradesi varsayıldığı için irade bozukluklarına başvurulması olanak dışıdır: Sanem Aksoy Dursun, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (On İki Levha 2008) 198.

⁶ Sözleşmede hüküm bulunmamakla birlikte uygulanabilir yedek hukuk kuralı varsa, sözleşmesel ilişki atipik yahut arızî özellik taşımadıkça, TMK 1/I gereğince yedek hukuk kuralının uygulanması icap eder: Oktay (n 4) 286; Kocayusufpaşaoğlu (n 5) §33 N 2; Oğuzman ve Öz (n 4) N. 601 ve 608; Haluk N Nomer 'Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik



1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla Türk hukukunun yasa hükmüne sahip bir parçası haline gelen “Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”⁷ (CISG) ise madde 7/II hükmüyle kendisine tâbi sözleşmeler bakımından boşluk doldurma meselesini özel olarak düzenlemiştir (“*Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir*”). Bu itibarla esasa Türk hukukunun uygulandığı CISG’e tâbi bir uyumsuzlukta karşılaşılan boşluğun doldurulması, hem Türk hukukunda benimsenmiş genel yöntemden ayrışması hem de meselenin CISG’in özerk⁸, uluslararası yeknesak⁹ bir satış hukuku yaratma ülküsüyle bağlantısından¹⁰ ötürü incelenmeyi hak etmektedir. Bu itibarla çalışmada esasa uygulanacak hukuk hakkında yapılan açıklamalarda Türk hukuku temel alınmıştır. Dolayısıyla açıklamalar, yargılama makamınca uygulanan bağlama kuralları uyarınca esasa Türk hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varıldığı ihtimallere özgüdür.

CISG’in boşluk doldurmaya ilişkin 7/II hükmü, uygulanabilmesi için CISG tarafından düzenlenmesi gereken bir hususun varlığını aradığından, öncelikle CISG ve sözleşmede hüküm bulunmayan hususun bu açıdan değerlendirilmesi gerekir. Daha öz bir deyişle boşluğun dahili veya harici boşluk teşkil ettiği konusunda va-

Dergisi 2053, 2070; Aksoy Dursun (n 5) 95; Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2024) N 371-372.

⁷ Bu antlaşmanın onaylanması 5870 sayılı ve 2.4.2009 tarihli kanunla uygun bulunmuş, 7.4.2010 tarihli ve 27545 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Bakanlar Kurulu kararı ile 1 Ağustos 2011’de yürürlüğe girmek üzere Türkiye antlaşmaya taraf olmuştur. Bu antlaşma, Anayasa 90/V hükmü gereği iç hukukta yasa hükmüne sahiptir. Turgut Öz, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)’ (2013) 2013(1) GSÜHFD 3, 4.

⁸ Özerklikten, ulusal hukuktan bağımsızlık, onun etkisinden arı olmak anlaşılır: Ingeborg Schwenzer ve Pascal Hachem, *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4. Bası, Oxford University Press 2016) Art 7 CISG N 5; Franco Ferrari, ‘Uluslararası İctihat Hukuku Işığında CISG’da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler’ iç Yeşim M Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku* (On İki Levha 2008) 41; Sinan Okur, ‘CISG Hükümlerinin Yorumu Bağlamında Boşluk Doldurma Sorunu ve CISG m.8’e Göre Taraf Beyan ve Davranışlarının Yorumuna İlişkin Esaslar’ iç Sinan Okur (ed) *Milletlerarası Mal Satım Hukuku* (Adalet 2016) 73.

⁹ Yeknesaklıktan kasıt, CISG’e tâbi uyumsuzluğun tarafların sıfatlarından, yerden veya yargı makamlarından bağımsız olarak aynı sonucu vermesidir: Yeşim M Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005) 94. Bu bağlamda CISG’in uygulandığı yargı kararları CISG 7 dahilinde, TMK I/III’teki içtihatların işlevine koşut olarak kaynak teşkil edecektir: Ferrari (n 8) 60. Ortak bir yüksek CISG yargı makamı bulunmadığından, bu amacın bir ölçüde temenni niteliğinde kaldığı itiraf edilmelidir: Ingeborg Schwenzer, ‘Interpretation and Gap-Filling under the CISG’, iç Ingeborg Schwenzer, Yeşim Atamer ve Petra Butler (edr), *Current Issues in the CISG and Arbitration* (Eleven 2014) 111.

¹⁰ Özel hukukun uyumlaştırılması açısından CISG hakkında bilgi için: Işıl Yelkenci, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi* (On İki Levha 2014) 5 vd.

sıfırlama yapmak lüzumu vardır. Bu nedenle çalışma, meseleyi önce harici sonra da dahili boşluklar bakımından ele almaktadır. Daha sonra vurgulanacağı üzere, CISG öğretisinde dahili veya harici boşluğun, esasa uygulanan hukukta boşluk bulunması anlamına gelmediği, ancak esasa uygulanacak hukukta da boşluk olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

I. CISG BAKIMINDAN HARİCİ BOŞLUKLARIN DOLDURULMASI

A. Harici Boşluk Kavramı

Harici boşluktan, CISG ile düzenlenmek ve bir örnekletirilmek istenmeyen hususlar anlaşılır¹¹. Esasen CISG'e tâbi bir satış sözleşmesi bakımından uyumsuzluğa uygulanabilecek bütün normların CISG kapsamına alınmış olması tasavvur edilemez¹². Zira böyle bir durumun sağlanması, ulusal hukukların ulusallık niteliğini ortadan kaldıracak derecede uyumlaştırılmasını gerektirir. Ayrıca, belirli hususlar, uluslararası uzlaşının sağlanamaması nedeniyle kapsamın dışında bırakılabilir¹³. İşte, CISG ile yeknesak surette düzenlenmesi öngörülmemiş hususlarda CISG bünyesinde norm eksikliği bulunması, harici boşluk olarak adlandırılır. Bir bakıma CISG'e tâbi bir uluslararası satış sözleşmesinde iki farklı evren bulunur, CISG'in kapsamında kalan hususlar kural olarak CISG'e göre çözülür; CISG dışındaki evrene ait hususlar, bağlama kuralları çerçevesinde esasa uygulanan ulusal hukuka bırakılır. Başka bir deyişle, CISG bu konularda bilinçli olarak düzenleme getirmemiş, çözümü ulusal hukuka bırakmıştır¹⁴. Bu açıdan durumu bilinçli boşluğa¹⁵ benzetmek mümkündür. Ancak tabii ki CISG'in bilinçli olarak konuyu düzenlememesi, ulusal hukukun CISG dışındaki hükümlerinin uygulanabilir olmasına engel değildir ve ulusal

¹¹ John Felemegas 'Introduction' iç John Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge 2007) 24; Juraj Kotrusz, 'Gap-Filling the CISG by the UNID-ROIT Principles of International Commercial Contracts' (2009) 14 Unif L Rev 119, 130; Atamer (n 9) 102; Yasemin Durak, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri* (On İki Levha 2020) 38; Tolga Ayoğlu, 'Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu'nda Boşlukların Doldurulması' (2013) 2013(1) GSÜHFD 87, 98. Harici boşluk CISG kapsamı dışında kalmak anlamına geldiğinden boşluk teriminin isabetsiz olduğu yönünde kuvvetli fikirler bulunmaktadır: André Janssen ve Sörren Claas Kiene, 'The CISG and Its General Principles' iç André Janssen ve Olaf Meyer (edr), *CISG Methodology* (Sellier 2009) 265.

¹² Janssen ve Claas Kiene (n 11) 262.

¹³ Felemegas (n 11) 37; Larry A DiMatteo, 'CISG as Basis of a Comprehensive International Sales Law' (2014) 58(4) Villanova Law Review 691, 695.

¹⁴ Christoph Brunner ve Philipp K Wagner, *Stämpflis Handkommentar Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht* (2. Bası, Stämpfli 2014) Art 7 CISG N 7; Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG – Incoterms* (4. Bası, Seçkin 2022) 77; Durak (n 11) 91.

¹⁵ Bilinçli boşluk, yasa koyucunun boşluğun varlığını bilerek kasten meydana getirdiği boşluktur: Oğuzman ve Barlas (n 3) N 333; David Dürr, *Zürcher Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht* (3. Bası, Schulthess 1998) Art 1 ZGB N 347.



hukuk bakımından mutlak anlamda bir boşluğu göstermez. CISG bakımından harici boşluğun bulunması, esasa uygulanacak hukukta boşluk olduğu anlamına gelmez.

Harici boşluk, doğrudan doğruya esasa uygulanacak hukuka başvurulması sonucuna götürür¹⁶. Esasa Türk hukuku uygulandığı takdirde, meseleye uygulanabilir bir normun bulunduğu ihtimalde TMK 1/I hükmü gereğince norm uygulanacaktır. Böyle bir norm bulunmadığı ihtimalde, başka bir deyişle harici boşluk ile yasa boşluğu kesiştiği durumda, CISG'in kapsamında olmayan harici bir konuda CISG hükümleri uygulanmayacağından, CISG 7/II hükmü tatbik edilemeyecektir. Kaldı ki bu husus CISG 7/II'de yer alan “*Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular...*” ifadesinden kuşkudan uzak surette anlaşılmaktadır.

Türk hukukunda bu boşluğun doldurulmasında uygulanacak yöntemin tespiti bakımından yasa boşluğu ve sözleşme boşluğu olmak üzere iki olasılık vardır¹⁷. Zira sözleşmeden kaynaklı ve sözleşmede hüküm bulunmayan bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Belirleyici olan, norm gereksinimi duyulan uyuşmazlığın niteliğidir. Sözleşme boşluğu, sözleşmede hüküm bulunmaması halinde doğar¹⁸. Bu boşluğun yedek hukuk kuralları, örf ve âdet hukuku veya yargıcın hukuk yaratması ile mi yoksa sözleşmenin varsayımsal iradelere göre tamamlanmasıyla mı doldurulacağı farklı bir meseledir. TBK 27 ve TMK 1 uyarınca emredici hükümlerin daima öncelikli olacağı açıktır.

Yargıç, boşluk doldurma etkinliğinde başvurulabilecek yasa boşluğu doldurma ve sözleşme boşluğu doldurma yöntemleri arasındaki seçimini, söz konusu sözleşmenin genel yaygınlığa ulaşmış olmasına ve uyuşmazlığın genelliğine göre yapar. Bu çerçevede CISG satış sözleşmelerine uygulandığından ve satış sözleşmesi genelliği en üst derecedeki bir sözleşme tipi olduğundan önceliğin TMK 1/II'de olacağını belirtmek gerekir. Böylece sözleşme boşluğu, hukuk düzenine TMK 1/II uyarınca getirilen hukuk kuralı ile dolaylı olarak yasa boşluğunun ikmal edilmesiyle doldurulur¹⁹. Satış sözleşmesi kapsamında kalmakla birlikte uyuşmazlığın niteliği atipik,

¹⁶ Kotrusz (n 11) 131; Ferrari (n 8) 81; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 264; Durak (n 11) 38; Ayoğlu (n 11) 98.

¹⁷ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 4) N 1035.

¹⁸ Müller (n 5) Art 18 OR N 449.

¹⁹ Oğuzman ve Öz (n 4) N. 608; Barış Demirsatan, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi* (2. Bası, On İki Levha 2021) 249-250; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 4) N 1038; Gauch, Schluep ve Schmid (n 5) N 1261; Aksi yönde: ATF 115 II 484 “*b) Eksik bir sözleşmenin tamamlanması gerekiyorsa, yargıç –yedek bir hüküm yoksa- tarafların düzenlenmemiş noktayı dikkate almış olsalardı dürüstlük kuralı çerçevesinde neyi kararlaştıracaklarını belirlemelidir. Tarafların bu varsayımsal iradesini belirlerken yargıç, makul ve dürüst sözleşme taraflarının düşünce ve eylemlerinin yanı sıra sözleşmenin niteliği ve amacı tarafından yönlendirilmelidir*”; Mali sonuçların düzenlenmediği ikale sözleşmesinde aynı yönde: İsviçre Federal Mahkemesi, 4C.286/2005, 18.1.2006 (Swisslex). Ancak bu durumda, boşluk oluşturduğu addedilen hususun subjektif esaslı sayılarak uyuşmazlığın bu doğrultuda değerlendirilmesi daha yerinde olurdu: Demirsatan (n 19) 229 ve dn 607.

arızî, son derece bireysel bir özellik taşıyorsa öncelik, sözleşme boşluğunun doldurulmasındadır²⁰. Esasen bu durum sözleşmede hüküm olmamasına ve uygulanabilir yedek hukuk normu bulunmasına karşın sözleşme boşluğu doldurmaya gidilip gidilemeyeceği sorusuyla benzerlik göstermektedir. Uyuşmazlık atipik özelliği nedeniyle yedek hukuk kurallarıyla menfaatler dengesine uygun şekilde çözülemiyorsa, yedek hükmün uygulanması yerine sözleşme boşluğu doldurma yoluna gidilebilir²¹.

CISG dışında bilinçli olarak bırakılan bir husus söz konusu olduğundan, söz konusu boşluk doldurma faaliyeti çerçevesinde yeknesaklaştırma gereksinimi gibi olgular dikkate alınmayacaktır. Başka bir ifade ile sıradan herhangi bir boşluk doldurma etkinliğinden farklılık söz konusu değildir. Kuşkusuz, CISG'in kapsamı haricinde kalan bir konu, Türk hukukunda düzenlenmişse, artık teknik olarak boşluktan söz edilmez ve doğrudan doğruya bu norm uygulanır (TMK 1/I). Aynı husus, sözleşmede hüküm ifade eden bir düzenleme bulunması durumunda da geçerlidir.

B. Harici Boşluk Oluşturabilecek Hususlar

CISG'in kapsamı dışında kalan hukukî meselelerin tespiti, yukarıda yapılan açıklamalardan görüleceği üzere önem arz etmektedir. Öncelikle konunun CISG içinde çözülüp çözülmeceğinin anlaşılması gerekir. Zira CISG kapsamında kalan ancak burada düzenlenmemiş bir husus söz konusuysa CISG 7/II uygulanmak gerekir.

Söz konusu belirlemede CISG 4 hükmü yol göstericidir²². Kural olarak CISG, satış sözleşmesinin kuruluşu, tadili ve ikalesi ile tarafların tüketici olarak sayılmayan karşılıklı yükümlülüklerini içermektedir (CISG 4/I)²³. Dolayısıyla CISG'de aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe bu çerçeve dışındaki konuların CISG haricinde bulunduğu sonucuna varmak gerekir. Ayrıca, CISG 4/II hükmü bazı hususların aksi yönde hüküm bulunmadıkça²⁴ kapsam dışı bırakıldığını açıkça düzenlemiştir. Buna göre, sözleşmenin ve sözleşmenin içeriğini oluşturan teamüllerin (CISG 9)

²⁰ Oktay (n 4) 288 vd; Atamer (n 3) 187-189; Aksoy Dursun (n 5) 134; Çetiner (n 6) N 373; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 4) N 1037-1038; Demirsatan (n 19) 249 dn 74; Gauch, Schluep ve Schmid (n 5) N 1261. Ayrım yapmadan, yasa boşluğu yönünde: Yargıtay HGK, 60/579, 16.5.2019 (Lexpera) “...bu sözleşmeler dürüstlük kurallarına ve iş ilişkilerinde yaygın teamüllere göre yorumlanıp tamamlanmalıdır. Ancak tarafların iradelerinin anlaşılması ve sözleşmenin yorumlanması mümkün olmuyorsa, bu durumda Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 1'inci maddesinin uygulanması gündeme gelecektir”.

²¹ Oktay (n 4) 263 ve 290; Atamer (n 3) 184; Kocayusufpaşaoğlu (n 5) §33 N 3; Oğuzman ve Öz (n 4) N. 601 ve 608; Aksoy Dursun (n 5) 95.

²² Schwenzer (n 9) 115; Kotrusz (n 11) 131; DiMatteo (n 13) 696; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 265; *Stämpfli Handkommentar*/Brunner ve Wagner (n 14) Art 7 CISG N 7.

²³ *Schlechtriem & Schwenzer*/Schwenzer ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 30; Felemegas (n 11) 22; Zeytin (n 14) 74; Durak (n 11) 27; Christoph Müller, *Contrats de droit suisse* (Stämpfli 2021) N 493.

²⁴ CISG 7/II uyarınca tespit edilen genel ilkelerle CISG kapsamının genişletilmesi mümkündür. İfade, mutlaka açık bir hüküm olarak anlaşılmalıdır: Ulrich G Schroeter ‘Contract validity and the CISG’ (2017) 22(1) Uniform Law Review 47, 54.



geçerliliği CISG dışında kalmaktadır (CISG 4/II (a))²⁵. Ancak geçerlilikten²⁶ ve temülden²⁷ ne anlaşılması gerektiği hususundaki yorumlama etkinliği CISG 7/I'e riayet edilerek gerçekleştirilmek gerekir²⁸. Daha açık bir deyişle antlaşmanın uluslararası niteliği ile yeknesak uygulama ve dürüstlük kuralına uyma esasları dikkate alınmalıdır²⁹. Her ne kadar geçerliliğin nitelendirilmesi, esasa uygulanan hukuka tâbi olsa da bu hukukun parçası olarak CISG 7/I³⁰ yorumlamada belirleyici olur. Bu

²⁵ Şu kadar ki geçerlilik şekli CISG 11'de düzenlendiğinden bu konu CISG kapsamında değerlendirilir: Atamer (n 9) 103. Benzer biçimde başlangıçtaki objektif imkânsızlık CISG bakımından geçerli bir sözleşmenin kurulmasına olanak verdiğinden (CISG 68; Schroeter (n 24) 64; Öz (n 7) 9), bu sebepte Türk hukukunun uygulandığı CISG'e tâbi bir satış sözleşmesinin kesin hükümsüz addedilmesi olanaklı değildir: Atamer (n 9) 111; Farklı görüşte: *Stämpflis Handkommentar*/Christoph Brunner, Thomas Murmann ve Marius Stucki (n 14) Art 4 CISG N 7.

²⁶ İrade bozuklukları ve aşırı yararlanma bağlamında ise genel olarak Türk hukuku uygulanır (Durak (n 11) 28). Yanılma ve hilenin aynı zamanda sözleşmeye konu eşyaya ilişkin olduğu hallerde, eş deyişle bu hükümler ve sözleşmenin ihlalinin doğan hakların yarışma meselesi ortaya çıktığında, ağırlıklı görüş CISG açısından geçerlilik sorunu olmadığı ve esasa uygulanan hukuka gidilemeyeceği yöndedir (Schroeter (n 24) 66; Atamer (n 9) 113; ATF 145 III 383). Buna karşılık, CISG'de bu durumda sözleşmenin iptal edilebilirlikle malûl olmayacağına dair bir açık hüküm bulunmadığından ve geçerlilik kuralı olarak esasa uygulanacak hukuka bırakıldığından Türk hukuku açısından yanılma veya hileye başvurulmasında, CISG'deki çarelere ek olarak, bir engel bulunmamak gerekir. *Stämpflis Handkommentar*/Brunner, Murmann ve Stucki (n 14) Art 4 CISG N 10.

²⁷ Teamüller, sözleşme içeriğine güven kuramı dahilinde taraf iradeleri uyarınca girdiğinden (Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2017) §10 N 12), bir teamül sözleşme hükmü olarak esasa uygulanan hukukun geçerlilik koşullarına uygun düşmüyorsa, hükümsüz olacaktır. CISG temelinde güven kuramı CISG 8 hükmüyle düzenlenmiştir: Işıl Ergeç, 'Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Yorumlanması' (2015) 73(2) İÜHF 221, 224; Elif Karayazı, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Sekizinci Madde Hükmünün İncelenmesi' iç Günseli Öztekin Gelgel ve Faruk Kerem Giray (edr), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı* (Beta 2014) 143; Ahmet Cemil Yıldırım, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Yeknesak Hukukta Sözleşmenin Yorumu* (On İki Levha 2015) 197. Türk hukukunda da güven kuramıyla yönetilmesi gereken irade açıklamalarının yorumunda benzer bir esasın benimsenmesi olması, CISG 8 hükmünün uygulanma alanına ilişkin daraltıcı yaklaşım (Karayazı (n 27) 145) kabul edilse dahi sözleşmenin bütünüyle aynı kurallara göre yorumlanmasını sağlar. Güven kuramı bakımından Türk Borçlar Kanunu ve CISG arasındaki koşutluk: Öz (n 7) 6; Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (On İki Levha 2017) 153.

²⁸ Schroeter (n 24) 50-51.

²⁹ Irina Buga, 'Taking the International Approach to the CISG: The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law' (2009) RRDC 108, 114; Murat Sarıkaya, *CISG Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali* (Filiz Kitabevi 2017) 42; Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, 'Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' (2017) 8(14) Justice Academy of Turkey - Law&Justice Review 105, 106 vd. Bu ilkeler yorumlamada olduğu kadar uygulamada da nazara alınmak gerekir: Werner Melis, *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (2. Bası Springer 2010) Art 7 CISG N 3.

³⁰ Bu hükümle yasa hükmü niteliğindeki CISG düzenlemelerine dair bir yorumlama normu sevk edilmiştir. CISG'e tâbi sözleşmede irade beyanlarının yorumlanması, madde 8 ile düzenlenmiştir. Ancak CISG'in yorumlanmasında Uluslararası Antlaşmalara dair Viyana Sözleşmesi (1969)'ndeki ilkelerin de dikkate alınabileceği ileri sürülmektedir: Kotrusz (n 11) 124; Benzer yönde: *Schlecht-riem & Schwenger*/Schwenger ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 23.

çerçevede ehliyet meseleleri, emredici hükümlere, genel ahlaka ve kamu düzeni-
ne aykırılık, genel işlem koşullarının içerik denetimi gibi konuların CISG dışında
kaldığı ve ancak harici boşluk oluşturabileceği genel olarak kabul edilmektedir³¹.

Satış sözleşmesine konu eşyaların üzerindeki mülkiyetin geçişi yine CISG dı-
şında bırakılmıştır (madde 4/II (b)). Buna göre mülkiyetin devrine dair hususlar
uyuşmazlığın tâbi olduğu yargılama uyarınca tespit edilecek bağlama kuralına göre
belirlenir ve boşluk olması halinde mesele bu hukukun öngördüğü yöntemle çö-
zülür³². Burada CISG, ulusal hukukların sahip olduğu mülkiyet devir yöntemleri
bakımından yeknesaklık getirmeyi öngörmemiş, bilakis ulusal hukukların bünye-
lerindeki sistemlerin korunması yoluna gidilmiştir.

CISG 5 hükmüyle, sözleşmeye konu eşyaların sözleşmenin ihlali neticesinde
bir kişinin³³ vücut bütünlüğü üzerinde meydana getirdiği zararları kapsam dışı bı-
rakmaktadır. Sözleşmeye konu eşya dışındaki bir sebeple, mesela ifa yardımcısının
eylemi sonucunda, sözleşmenin karşı tarafında böyle bir zararın doğması halinde,
CISG'in uygulanacağı öğretilde belirtilmektedir³⁴.

Öte yandan, uluslararası bir satış sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta uygulanması
gerekebilecek normların tamamının sayılıp hangilerinin CISG dışında kalacağını be-
lirtmeye gerek ve olanak yoktur. CISG 4/I hükmü ışığında sözleşmenin kurulması ve
 tarafların yükümlülükleri haricindeki diğer konuların harici boşluk oluşturabileceği
vurgulanmalıdır. Bu kapsamda, ispata ilişkin hususlarla³⁵ birlikte, zamanaşımı, temsil,
takas, teselsül, alacağın devri gibi hususların CISG dışında bırakıldığı ifade edilme-
lidir³⁶. Bununla birlikte, CISG'in kapsamının genişletilmesi eğilimiyle birlikte harici

³¹ Schroeter (n 24) 58 vd; Atamer (n 9) 104; Zeytin (n 14) 75; Durak (n 11) 28.

³² Durak (n 11) 29; Zeytin (n 14) 75.

³³ CISG bünyesinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunu barındırmamaktadır; bununla
birlikte, esasa uygulanan hukukta böyle bir kurumun varlığından bahisle satıcının sorumluluğuna
gidilmesi mümkün olabilir: Selin Gürkan, *Türk Satım Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak CISG
Uyarınca Tazminatın Hesaplanması* (İBÜSBY Yüksek Lisans Tezi 2015) 127-128; Ingeborg
Schwenzer ve Mareike Schmidt 'Extending the CISG to Non-Privy Parties' *Vindobona Journal
of International Commercial Law and Arbitration* (2009) 3 109, 114-116. Diğer yandan alıcı ba-
kımından üçüncü kişiler nezdinde bu sebeple doğan sorumluluk, satıcıya karşı malvarlıksal kayıp
olarak ileri sürülebilir.

³⁴ Atamer (n 9) 108; Zeytin (n 14) 77.

³⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, 4A_440/2009, 17.12.2009 (Swisslex); Aksi yönde: *Schlechtriem &
Schwenzer: Commentary*/Schwenzer (n 8) Art 74 CISG N 65; Christine Chappuis, 'La Convention
de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) a-t-elle pénétré le droit suisse?',
iç Margareta Baddeley, Bénédict Foëx, Audrey Leuba, ve Marie-Laure Papaux van Delden (edr),
Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011 (Schulthess 2012) 190;
Lisa Spagnolo, *CISG Exclusion and Legal Efficiency* (Kluwer Law 2014) 68.

³⁶ Atamer (n 9) 108; Ulrich Magnus, 'Währungsfragen im Einheitlichen Kaufrecht, zugleich ein
Beitrag zu seiner Lückenfüllung und Auslegung' (1989) 53(1) *Rechts Zeitschrift für ausländisches
und internationales Privatrecht* 116, 121; DiMatteo (n 13) 697; Janssen ve Claas Kiene (n 11)
268-269; Perales Viscasillas, *The United Nations Convention on Contracts for the International
Sale of Goods: A Commentary* (2. Bası, C.H.Beck 2018) Art 7 CISG N 61; Özlem Öner, 'Viyan



boşluk olarak nitelendirilebilecek hususların, yorumlama neticesinde, dahili boşluk sayılması mümkündür. Böylece uluslararası satış sözleşmeleri arasında uyumluluk, bir ulusal hukuk düzeninde aynı müesseselerin farklı hükümlere tâbi tutulması pahasına sağlanmaktadır. Özü itibarıyla bir yorum meselesi vardır ve her yorumlama gibi durağan bir durum yoktur. Mesela, bir ifa ikamesi olarak takasın, CISG bünyesinde dahili boşluk teşkil ettiği yönünde, CISG Danışma Kurulu'nun 18 nolu görüşüyle de benimsediği bir eğilim oluşmuştur³⁷. Burada esas alınması gereken nokta, uluslararası uyum için hangi hukukî konularda ne kadar bir gereksinim olduğudur.

II. CISG ÇERÇEVESİNDE DAHİLİ BOŞLUKLARIN DOLDURULMASI

A. Genel olarak

CISG, bünyesinde birtakım norm eksiklikleri olabileceğinin bilinci içinde, madde 7/II hükmüyle boşluk doldurma yöntemine ilişkin olarak özel bir düzenleme getirmiştir³⁸. Bu konunun tamamen esasa uygulanan hukuka bırakılmamasının gerisinde, CISG'in kapsamı içinde kalan bir hususta bu antlaşmanın kaleme alınmasını icap ettiren uluslararası satış hukukunu özerk surette yeknesaklaştırma gereksinimi bulunmaktadır. Böylece boşluk, ulusal hukuk mantığı ile salt yerel bakış açısıyla doldurulmayacak, antlaşmanın uluslararası satış hukukunu yeknesak hale getirme amacı³⁹ karşılanabilecektir. Ancak CISG 6 hükmü, CISG 7/II'nin önündedir. Özellikle, sözleşmede boşluk doldurma yöntemine ilişkin bir düzenleme varsa, artık boşluklar bu hükme göre doldurulmak gerekir⁴⁰.

B. Dahili Boşluk Kavramı

Harici boşluk kavramına ilişkin yapılan değerlendirmelerden hareketle dahili boşluğun tanımı basit bir şekilde yapılabilir. Harici boşluklar, CISG'in kapsamı

Satım Sözleşmesi'nin Uygulanma Alanı, Yorumlanması ve Bağlayıcılığı' (2017) 31 TAAD 801, 827; Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014) 168-173.

³⁷ Bu konuda: İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas* (2. Bası, Vedat 2022) 232 vd.; Bruno Zeller, *CISG and the Unification of International Trade Law* (Routledge-Cavendish 2007) 71-72; Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis ve Mariel Dimsey, *International Sales Law A Guide to the CISG* (3. Bası, Hart 2019) 59-60; Yelkenci (n 10) 196-197; Mükerrerem Onur Başer, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Edilmesi Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinden Ötürü Alıcının Hakları* (On İki Levha 2018) 422.

³⁸ CISG'in başlangıç kısmından da bu yetkinin çıkarsanabileceği görüşünde: Schwenzer (n 9) 109. Bu madde oylanırken 17 lehe, 14 aleyhe ve 11 çekinser oy kullanıldığı, büyük bir uzlaşma eseri olmadıktan sonra yorumlanmasında hazırlık çalışmalarının büyük rol oynamayacağı hususunda: Zeller (n 37) 32-33.

³⁹ Schwenzer (n 9) 110. CISG'in başlangıç kısmı bu hedefi ifade etmektedir: "...milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak ve farklı sosyal, ekonomik ve hukuki sistemleri dikkate alacak yeknesak kuralların kabul edilmesinin milletlerarası ticarete hukuki engellerin kaldırılmasına yardımcı olacağı ve milletlerarası ticaretin gelişmesini teşvik edeceğini inancı içinde...".

⁴⁰ Lucia Carvalhal Sica, 'Gap-Filling in the CISG: May the UNIDROIT Principles Supplement the Gaps in the Convention' (2006) NJCL 1, 2.

dışında kalan hukuku karşılarken, CISG'in kapsamı içinde kalan ancak CISG tarafından açıkça düzenlenmemiş bir husus dahili boşluk teşkil eder⁴¹. Nasıl ki teknik anlamda bir yasa boşluğundan söz edebilmek için öncelikle ilgili hususun hukukun düzenlemesi gerektiği bir alana ilişkin olması gerekiyorsa⁴², CISG 7/II uyarınca doldurulması gereken bir boşluğun varlık kazanabilmesi için CISG tarafından düzenlenmesi gereken yeknesaklığın sağlanmasının amaçlandığı bir hususun bulunması gereklidir⁴³.

Yargılamada doldurulması gereken boşluğun dahili mi yoksa harici bir boşluk olduğunun nitelendirilmesinde atılacak ilk adım, madde 4/(a),(b) ile 5 dikkate alındıktan sonra, CISG'in bu hususta bilinçli susup susmadığının belirlenmesidir⁴⁴. İkinci adım ise, meselenin *"satım sözleşmesinin kurulması ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlar"* çerçevesinde kalıp kalmadığını saptamak olacaktır.

Vurgulanması gereken bir nokta daha mevcuttur. CISG anlamında harici boşluk, esasa uygulanan hukuk için boşluk anlamına gelmediği gibi, dahili boşluk da esasa uygulanan hukuk için de genel anlamda boşluk bulunduğunu ifade etmez. Zira esasa uygulanan hukuk tarafından hüküm altına alınmış bir husus, CISG metninde düzenlenmemekle birlikte satış sözleşmesinin kurulması ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlar kapsamında kalabilir. CISG ile uluslararası nitelikli satış sözleşmelerinin özerk ve yeknesak hale getirilmesi amaçlandığından, sözleşmenin kurulması ve alıcı ile satıcının sözleşmeden doğan hak ve borçları çerçevesinde kalan bir meselede, esasa uygulanan ulusal hukukun CISG haricindeki

⁴¹ Ulrich Magnus, 'Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht' (1995) 59(3-4) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 469, 475; Kotrusz (n 11) 130; Gözde Kasap, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Yedinci Madde Hükümünün Türk Hukuku ile Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi' iç Günseli Öztekin Gelgel ve Faruk Kerem Giray (edr), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı*, (Beta 2014) 133; Cansu Kaya, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu* (On İki Levha 2012) 20 vd.

⁴² Dural ve Sarı (n 3) 136; Erman (n 3) 42; Oğuzman ve Barlas (n 3) N 326; Yargıtay HGK, 21-140/205, 28.6.2022, (Kazancı) *"Düzenleme yapılmamış olması her zaman kanun boşluğu anlamına gelmeyebilir. Bir sorun hukuk dışı alanda düzenlenmiş ya da bilerek, isteyerek susma yoluyla yasa koyucu tarafından bilinçli olarak düzenlenmemiş de olabilir. Ne var ki, hukuk düzeninin bir kuralın varlığını gerektirmesine karşın, kanun dışında örf-adet hukuku da bunu düzenlememiş ise bir kanun boşluğundan söz edilmelidir"*.

⁴³ Atamer (n 9) 109.

⁴⁴ Ferrari (n 8) 69; Peter Schlechtriem ve Petra Butler, *UN Law on International Sales* (Springer 2009) 51; Ayoğlu (n 11) 99; Buga (n 29) 115. Menfaat devri yaptırımının sözleşmesel temele sahip olduğunun kabulü ile dahili boşluk teşkil ettiği görüşü: Ece Baş-Süzel ve Gökçe Kurtulan-Güner 'Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG' (2020) 2020(2) *NJCL* 20, 35-56; Onni Rostila, *Disgorgement and the CISG – Comparative and Future Perspectives* (University of Lapland Yüksek Lisans Tezi 2017) 52 vd. Gerçekten burada bir dahili boşluktan söz etmek mümkün olmakla birlikte, CISG genel ilkelerinin boşluğun doldurulmasını sağlayacak nitelikte olup olmadığının tespiti ve esasa uygulanan hukuka başvuru gereği ayrı bir değerlendirme konusudur.



hükümlerine nazaran CISG 7/II'ye öncelik verilmek gerekir⁴⁵. CISG 7/II hükmünün lafzı bu sonucu desteklemektedir. Başka bir deyişle CISG 7/II'nin uygulanabilmesi için esasa uygulanan hukukta boşluk bulunmasına gerek yoktur, CISG bünyesindeki boşluk yeterlidir. Esasen bu düzenleme tarzı, ulusal hukuklardaki yasa boşluğu kavramından farklı olarak CISG (dahili) boşluğu kavramını getirmektedir. Zira CISG 7/II, dahili boşluk halinde, esasa uygulanan hukukun hükümlerine başvurmayı engellemekte, bu hükümle öngörülmüş yönetime başvurulmasını gerektirmektedir⁴⁶.

Öğretide kuşku halinde dahili boşluğun esas olacağı ve CISG'den türetilbilecek bir genel ilkenin varlığı halinde dahili boşluğun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁷. CISG'in amacının ulusal niteliklerden bağımsız yeknesak uluslararası satış hukuku kurmak olduğu dikkate alındığında, dahili boşluğun karine olarak kabul edilebileceği makuldür⁴⁸. Buna karşılık CISG'den genel ilke türetmek, dahili boşluğun varlığının tespitinden sonra yapılacak bir etkinliktir. Böyle bir ilkenin varlığı nedeniyle dahili boşluğun mevcut olduğunu ileri sürmek, neden ile sonucun yer değiştirmesi anlamına gelir. Kaldı ki CISG'den türetebilecek genel ilkeler, ileride temas edileceği üzere, pek çok ulusal hukuk bünyesinde de mevcut olup ilkelerin varlığı tek başına CISG'e özgü bir boşluk bulunduğunu göstermez.

Yine öğretide, aynen ifa, zapt ve hukukî ayıptan sorumluluk ile faiz oranı hususlarının CISG kapsamına girmekle birlikte düzenlenmemiş hukukî meseleler olduğu belirtilmektedir⁴⁹. Bu durum söz konusu hususların dahili boşluk addedileceği yönünde izlenim yaratmaktadır. Bununla birlikte aynen ifaya hükmetme olanağı CISG 28'de düzenlenmiştir⁵⁰. Benzer şekilde, CISG 41-42 hükümlere yer alan zapt ve hukukî ayıptan sorumluluk hususunda, boşluktan söz etmek isabetli değildir. Zira, bu yükümlülükler aykırılık sonucunda CISG'de mevcut yaptırım rejimi uygulanacaktır. Zapt veya hukukî ayıp oluşturan olgunun nitelendirilmesi yargılama makamının bağlama kurallarına göre belirlenir. CISG'in herhangi bir hukuk düzeninde zapt veya hukukî ayıp teşkil edebilecek olguları, bu hukuk düzenlerinin kendi içindeki özellikleri göz ardı ederek düzenlemesi beklenemez. Buna karşılık, CISG 78'de yer verilen faiz

⁴⁵ Esas itibarıyla yasa normu olarak CISG'in yorumlanmasına dair 7/I ve dahili boşlukların doldurulmasına dair 7/II hükümleriyle, CISG'in salt metninde değil, uygulamasında da yeknesaklığın sağlanabildiği: Ferrari (n 8) 37.

⁴⁶ *Commentary/Viscasillas* (n 36) Art 7 CISG N 52.

⁴⁷ Magnus (n 36) 120-122; Dar yorumun esas olması şeklinde: Kotrusz (n 11) 130.

⁴⁸ *Commentary/Viscasillas* (n 36) Art 7 CISG N 59. CISG 7/II'nin geniş yorumlanması gerektiği hususunda: Felemegas (n 11) 25; Buga (n 29) 115; Magnus (n 41) 476.

⁴⁹ Zeytin (n 14) 77; Durak (n 11) 30-31.

⁵⁰ Ancak sonraki aynen ifa talebinde ifa imkânsızlığı açısından dahili boşluk kabul edilmektedir: Atamer (n 9) 372; Başak Başoğlu, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012) 229-230; Zeynep Rana Demir, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması' (2019) 39(2) Public and Private International Law Bulletin 553, 566-567.

alacağına uygulanacak faiz oranı hususu gerçekten CISG metninde yer almamaktadır. Bu bağlamda faiz oranının boşluk nitelendirilmesi ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Uluslararası ekonomik düzende yeknesak uygulanan bir faiz oranı söz konusu olmadığından ve aksine faizle karşılanan paradan yoksunluk karşılığı ulusal özellik göstereceğinden, burada dahili bir boşluk nitelendirilmesinin yapılamayacağı sonucuna varılarak, CISG'e tâbi satış sözleşmesinden doğan bir alacak olsa da esasa uygulanan hukuk hükümlerinin tatbik edilmesi lazım gelir⁵¹. Kaldı ki uygulanması gereken faiz oranı veya belirleme ölçütleri bakımından CISG'den bir genel ilke türetmek mümkün olmayıp⁵² aşağıda arz edileceği üzere, her hâlikârda esasa uygulanan hukuka başvuru kaçınılmaz olacaktır.

C. Dahili Boşluğun Doldurulması Yöntemi

1. Genel Olarak

CISG 7/II hükmü dahili boşluğun doldurulmasında izlenecek yöntemi düzenlemiştir. Buna göre öncelik, antlaşmanın temelinden çıkarılan genel ilkelerle sonuca varmak olsa da, genel ilkeye dayanılamadığı takdirde, esasa uygulanan hukuka başvurulur. Bu durumda, CISG 7/II'nin yaptığı gönderme gereği, esasa uygulanan hukukta uygulanabilir bir norm varsa, bu norm tatbik edilir; aksi takdirde bu hukuk düzeninin norm boşluklarına dair öngördüğü çarelere gidilmek gerekir. Benimsenen bu yöntemle CISG'in yeknesak özerk ve uluslararası nitelikli bir satış hukuku tesis etme amacı teyit edilmektedir⁵³. Esasında bu şekilde öngörülmüş boşluk doldurma sistematiği, CISG'in yeknesaklık ereğinin zorunlu sonucudur⁵⁴.

İki noktaya şimdiden işaret etmek faydalıdır. Birincisi, daha önce belirtildiği gibi sözleşmesel bir uyumsuzlukta uygulanabilir normun olmaması, hem yasa boşluğu hem de sözleşme boşluğu bulunduğu anlamına gelir. CISG bakımından dahili boşluk halinde, aslında ilgili hususta sözleşmede de bir hüküm bulunmamaktadır. Zira kural olarak emredici özellikte olmayan CISG'e tâbi satış sözleşmelerinde öncelikle tarafların kararlaştırdıkları sözleşme hükümleri uygulanır (madde 6).

CISG 7/II hükmü, sözleşme boşluğunun doldurulması kurumuna başvurmaya engel teşkil etmektedir⁵⁵. Zira bu hüküm, sözleşme ve CISG'de düzenleme olmaması

⁵¹ *Schlechtriem & Schwenger/Schwenger ve Hachem* (n 8) Art 7 CISG N 44; Ahmet Yılmaz 'Gap Filling and Interpretation Issues Under the CISG' (2015) 9 HKÜHFD 151, 156; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 267.

⁵² Aksi görüşte: *Commentary/Atamer* (n 34) Art. 78, N 3.29; Ayoğlu (n 11) 100; Tam tazminat ilkesine dayanılabileceği fikrinde: Karin L Kizer 'Minding the Gap: Determining Interest Rates Under the U.N. Convention for the International Sale of Goods' (1998) 65(4) University of Chicago Law Review 1279, 1296.

⁵³ Ferrari (n 8) 69; Thomas Neumann, *The duty to cooperate in international sales: the scope and role of Article 80 CISG* (Sellier 2012) 36.

⁵⁴ Buga (n 29) 109.

⁵⁵ Atamer (n 9) 115 dn 224; Marlene Wethmar-Lemmer, 'The Vienna Sales Convention and Gap-Fill-



halinde doğrudan CISG'deki boşluk doldurma tekniğine uygun olarak antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere gidilmesini emretmektedir. Oysa sözleşme boşluğunun doldurulması, sözleşenlerin varsayımsal iradelerine dayalı bir sözleşme hükmü yaratılmasına dayalıdır⁵⁶. CISG, yeknesak uygulama sağlama kaygısı ile bu imkânı bertaraf etmiştir. Yine de sözleşme boşluğu doldurma yolu, boşluğun CISG'deki genel ilkelerle doldurulamaması halinde başvurulana esasa uygulanan hukuk bakımından da boşluk olması halinde, bu hukuk düzeninde kabul edilen kurallar içinde tekrar açılabilir.

İkincisi, örtülü yasa boşluğunun bulunması halinde CISG 7/II uygulanmaz⁵⁷. Örtülü boşluk, hukukî meseleye uygulanabilir nitelikte bir hükmün varlığı gözükmele birlikte, lafzına karşın hükmün amacı ve ruhu uygulanmamasını gerektiriyorsa söz konusu olur⁵⁸. Örtülü boşluk varsa hükmün sözü özüne indirgenir, normda

ing' (2012) 2012 J S Afr L 274, 292. Farklı yönde, CISG 6 uyarınca öncelikle taraf iradelerine bakılması gerektiği fikrinde: Janssen ve Claas Kiene (n 11) 266.

⁵⁶ Claire Huguenin, *Obligationenrecht—Allgemeiner und Besonderer Teil* (2. Bası, Schulthess 2014) N 306 vd; Ingeborg Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Bası, Stämpfli 2016) N 34.05.

⁵⁷ Amaca göre sınırlamanın CISG 7/II uyarınca gerçekleşebileceği görüşünde: Atamer (n 9) 116. Karş ibid 98, Yazar CISG 7/I uyarınca yapılan yorum kapsamında, hükmün lafız ve amacı bağdaşmadığı takdirde lafızla bağlı kalınmaması gerektiğini ifade etmektedir. Burada teknik olarak amaca göre yorum da söz konusu değildir. Zira amaca uygun yorumda lafız amaçla bağdaştırılabilir. Bu başaramadığı takdirde örtülü boşluğun doldurulmasıyla karşı karşıya kalınır. Karş CISG bağlamında yorum ve boşluk doldurma etkinliklerinin ayrılmasında pratik bir gereklilik olmadığı fikrinde: Zeytin (n 14) 92; Benzer durum değerlendirmesi: Kasap (n 41) 133; Schwenger (n 9) 114-115; Ancak kavramsal olarak boşluk doldurma, öncelikle yorumlama sonucunda boşluğun varlığının tespitini gerektirir: Müller (n 5) Art 18 OR N 447; Kotrusz (n 11) 126. Mümkün mertebe genişletici yoruma öncelik verilmesi fikrinde: Peter Schlechtriem, 'Interpretation, Gap-Filling and Further Development of the U.N. Sales Convention' (2004) 16 Pace Int'l L Rev 279, 292. Mahkemelerin boşluk doldurma yerine yorumlama yolunu yeğlediği hususunda: Zeller (n 37) 35.

⁵⁸ Çiğdem Kırca, 'Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001) 50(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91, 96. Ayrıca, öğretide uygulanacak normun aynı değerde başka bir hükümle çatışması başka bir örtülü boşluk hali olarak belirtilmektedir (Oğuzman ve Barlas (n 3) N 340). Önceki yasa-sonraki yasa ve genel hüküm-özel hüküm ilişkileri karşısında böyle bir örtülü boşluk sadece bir yasanın çelişen hükümler içermesi halinde gerçekleşebilir. Bu durumda açık boşluk bulunduğu görüşünde: Ernst A Kramer, *Juristische Methodenlehre* (6. Bası, Stämpfli 2019) 221, yazar tarihsel bir örnek olarak, Caligula'nın tanrı katına yükseltmiş olduğu kız kardeşinin ölümüne ağlayan herkesin, kardeşinin tanrısallığını zedelediği için cezalandırılmasına ve aynı zamanda onun kaybına üzülmeyeceği için ağlamayanların da cezalandırılmasına karar verdiği rivayetini aktarmaktadır, CISG bakımından 14/I ve 55 hükümlerine işaret etmektedir. Öte yandan, bir normun uygulanması mevcut lafız ve amaç (öz) çatışması bulunmaksızın somut olayda TMK 2'ye aykırılık oluşturuyorsa, burada söz konusu olan TMK 2'nin uygulanmasıdır, bir örtülü boşluk ve onun doldurulması söz konusu olmamaktadır. Soyut olarak bir olgu için lafzın amaçtan geniş olduğu anlaşıldığı takdirde örtülü boşluk gerçekleşir, ayrıca TMK 2 koşulları aranmaz ve bu durums TMK 2 koşullarına bakılmadan önce boşluk doldurma suretiyle müdahaleyi gerektirir: Kırca (n 58) 113-114; Dürr (n 15) Art 1 ZGB N 375. Nitekim teknik anlamda yasa hükmü gerekmedikçe TMK 2, ikincilliği nedeniyle, yasa boşluğu çözümlerinden sonra gelir (Kocayusufpaşaoğlu (n 5) §41 N 5). Böylece, bir normun uygulanmasını TMK 2 aracılığı ile engellemek son çare teşkil eder.

öngörülmemiş bir istisna getirilerek hukukî meseleye bu normun uygulanmasının önüne geçilir (amaca göre sınırlama)⁵⁹. Dolayısıyla açık boşlukla aynı boşluk doldurma etkinliğini söz konusu olmamaktadır. Zira açık yasa boşluğunun doldurulmasında Türk hukukunda öncelikle örf ve âdet hukukuna başvurulur, olumlu bir sonuç elde edilemezse ardından yargıcın hukuk yaratması yoluna gidilir⁶⁰. Burada yargıcın doğrudan doğruya istisna getirmek suretiyle hukuk yaratma yoluna gittiğini ifade etmek mümkündür. CISG 7/II ise boşluğun doldurulması bakımından “*Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular*”dan söz etmektedir⁶¹. Öncelikle, CISG, tatbik edildiği uyumsuzluk açısından bir yasa olduğundan, burada yasa boşluğunun düzenlendiği çıkarımında bulunmak gerekir. CISG tarafından açıkça düzenlenmemiş hususlar hüküm altına alındığından, bu hükmün Türk hukuku açısından sadece açık yasa boşluklarını⁶² kapsadığı sonucuna varmak gerekmektedir. CISG tarafından düzenlenmekle birlikte hükmün amacıyla lafzının bağdaşmadığı hallere dair bir ilke ortaya konmamıştır. Buna göre, CISG hükümlerinin uygulanması safhasında bir örtülü boşluğun gerçekleştiği yargıç tarafından takdir edildiğinde, doğrudan doğruya amaca göre sınırlama yoluna gidilmesi gerekecektir. Kaldı ki CISG 7/II hükmünün öngördüğü özgün boşluk doldurma yöntemi de örtülü boşluğa uygulanmaya elverişli olmayıp hükmün örtülü boşlukları dahi kapsadığı varsayılrsa da son tahlilde yine esasa uygulanacak hukuka göndermede bulunulduğundan Türk hukukundaki örtülü boşluk doldurma yoluna gidilmesi gerekecekti.

2. CISG’nin Temelinde Yatan Genel İlkeler

CISG 7/II uyarınca, CISG kapsamında kaldığı için özerk ve yeknesak uluslararası satış hukuku sağlama hedefi içinde kalan dahili boşluğun, CISG bünyesinden türetililecek ilkeler doğrultusunda doldurulması gerekir⁶³. CISG metninde

⁵⁹ Kırca (n 58) 99 vd; Kocayusufoğlu (n 5) §49 N 38; Manfred Wolf ve Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (11. Bası, C.H. Beck 2016) §4 N 48.

⁶⁰ Tabir caiz ise yasa boşluğunun doldurulmasına ilişkin TMK 1/II hükmü, örtülü boşlukların giderilmesi bakımından ‘örtülü’ boşluk içermektedir. Zira örtülü boşlukta ne örf ve âdet hukukuna başvurulur ne de yargıç gerçek anlamda bir norm sevk eder. (Dürr (n 15) Art 1 ZGB N 324). Bu değerlendirmeden kaçınmak için örtülü boşluk halinde dahi TMK 1/II’nin doğrudan uygulandığı, örf ve âdet hukukunda uygulanabilir hükmün bulunmadığı ve yargıcın ancak istisna getirmek suretiyle hukuk yarattığı yönünde bir muhakeme yapılması mümkün olmakla birlikte (Susan Emmenegger ve Axel Tschentscher, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht* (Stämpfli 2012) Art 1 ZGB N 352), bunun yapay kalacağını itiraf etmek gerekir. Avusturya hukukunda da ABGB §7 hükmünde yer verilmemiş olsa da örtülü boşluklar ve amaca göre sınırlama kurumu tereddütsüz kabul görmektedir: Peter Bydliniski, *Kurzkomentar zum ABGB* (3. Bası, Springer 2010) §7 ABGB N 5.

⁶¹ Karş Urs Peter Gruber, *Münchener Kommentar zum BGB* (8. Bası, C.H.Beck 2019) Art 7 CISG N 43, yazar CISG dürüstlük kuralını bir genel ilke olarak benimsediği için normun varlığına karşın norm ötesinde hukuk yaratılabileceği (*Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*) görüşündedir. Karş Serozan, Engin ve Atamer (n 1) 172.

⁶² Açık yasa boşluğundan lafzen uygulanabilecek norm eksikliği anlaşılr: Oğuzman ve Barlas (n 3) N 339; Dural ve Sarı (n 3) 139; Serozan, Engin ve Atamer (n 1) 148.

⁶³ Kotrusz (n 11) 134; Felemegas (n 11) 38; *Kommentar zum UN-Kaufrecht*/Melis (n 29) Art 7 CISG



önceden ilan edilmiş bir ilke listesi yoktur⁶⁴. Dahili boşluğun doldurulması için öncelikle, uyuşmazlığın halline elverişli bir çözüm sunabilecek CISG metninden çıkarsanacak genel ilke veya ilkelerin tespit edilmesi gerekecektir⁶⁵. CISG’de yer alan tek bir hükümden bir ilkeye varılabileceği gibi birden çok hüküm de ilkeye ulaşılmasını sağlayabilir⁶⁶.

CISG 7/II ile öngörölmüş boşluk doldurma tarzı “tümel örnekseme (*Rechtsanalogie, Gesamtanalogie/analogie globale*)”dır⁶⁷. Tümel örnekseme, TMK 1/II uyarınca yasa boşluğunun doldurulmasında başvurulabilecek yöntemlerden biri olduğundan ve tümel örnekseme sonucunda da temel ilkenin uyuşmazlığa tatbiki, normlaştırmayı gerektireceğinden Türk yargıcı CISG 7/II’yi uygularken yabancılık çekmeyecektir. CISG’in öngördüğü boşluk doldurma sistemi, TMK 1/II’de düzenlenmiş yargıcın hukuk yaratma yöntemiyle uyumludur⁶⁸. Türk hukukunda CISG 7/II’nin temel işlevi, Türk hukukundaki CISG dışındaki normlara başvurulmasını, böylece CISG’nin uluslararası, yeknesak ve özerk satış hukuku yaratma amacının göz ardı edilmesini önlemekte bulunmaktadır.

Tümel örneksemeye başvurulabildiğine göre, evleviyetle, yalın örnekseme (*Einzelanalogie, Gesetzesanalogie*) yoluna başvurulması ve somut bir CISG hükmünün madde 7/II uyarınca örnekseme yoluyla bir uyuşmazlıkta uygulanması mümkündür⁶⁹. Bu noktada öncelikle yalın örneksemeye, yararlanılacak hüküm bulunmadığı

N 2.

⁶⁴ Pilar Perales Viscasillas, ‘Interpretation and Gap-Filling under the CISG: Contrast and Convergence with the Unidroit Principles’ (2017) 22 Unif L Rev 4, 16.

⁶⁵ Atamer (n 9) 116. CISG dışında taraf olunan bir uluslararası sözleşme yahut UNIDROIT gibi kaynaklar, CISG’de dayanak bulunmadıkça, genel ilke türetilmesinde nazara alınamaz: Schlechtriem ve Butler (n 44) 54; *Kommentar zum UN-Kaufrecht*/Melis (n 29) Art 7 CISG N 12; *Slechtriem & Schwenger*/Schwenger ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 36; Aksi görüşte: *Stämpflis Handkommentar*/Brunner ve Wagner (n 14) Art 7 CISG N 10; Harry M Flechtner ‘Uniformity and Politics: Interpreting and Filling Gaps in the CISG’ iç *Festschrift für Ulrich Magnus* (Sellier 2014) 205; Ayoğlu (n 11) 101 vd; Kotrusz (n 11) 151. Ancak bunlardan yorumlamada faydalanmakta engel yoktur: *Slechtriem & Schwenger*/Schwenger ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 26. Benzer şekilde, CISG’e taraf ülke hukuklarından ilke türetilmesi de söz konusu değildir: Magnus (n 41) 476.

⁶⁶ Neumann (n 51) 37; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 274.

⁶⁷ Felemegas (n 11) 25; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 271. Tümel örneksemede, bir norm niteliğine uygun düştüğü başka bir hususta bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanmaz. Tümevarım yoluyla genelleştirilebilecek bir sonuca, benzer hukukî düzenlemelerden ulaşılır: Demirsatan (n 19) 116 dn 186. Karş Emmenegger ve Tschentscher (n 60) Art 1 ZGB N 387, yazarlar hukukun genel ilkelerine dayanılarak hukuk yaratmanın mümkün olduğunu ve tümel örneksemeyle örtüştüğü, ancak soyut bilginin genelleştirildiği ve devam ettirildiği ölçüde bir fark bulunabileceğini ifade etmektedir. Ayırımın kuramsal ve pratik güçlü bir dayanağı bulunmadığından CISG bünyesinde böyle bir ayırım yapmaya gerek ve temel yoktur.

⁶⁸ Burada CISG içi hukuk yaratma bulunduğu: Atamer (n 9) 115 dn 224; Ayoğlu (n 11) 99; Karş ‘Adeta’ bir hukuk yaratma bulunduğu fikrinde: Kasap (n 41) 114; Kaya (n 41) 24.

⁶⁹ Wethmar-Lemmer (n 55) 281; Felemegas (n 11) 26; Magnus (n 41) 478; Buga (n 29) 115-116; *Kommentar zum UN-Kaufrecht*/Melis (n 29) Art 7 CISG N 13; Gruber (n 61) Art 7 CISG N 37; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 271; Atamer (n 9) 116; Okur (n 8) 80; Schlechtriem ve Butler (n 44)

takdirde tümel örneksemeye başvurulacağı kabul edilmektedir⁷⁰.

Burada ana mesele, CISG'in metninden genel ilkelerin türetilmesi olacaktır⁷¹. Somut normların gerisinde yer alan genel ilkelerin boşluk bulunan hususta uygulanabilecek nitelikte olanlarının tespiti kolay değildir⁷². CISG 7/II uyarınca doldurulması söz konusu dahili boşlukla fiilen karşılaşılmadıkça, CISG'in gerisinde hangi temel ilkenin bulunabileceği ve nasıl uygulanabileceği kolaylıkla öngörülemez. Öte yandan zamana göre değişen gereksinimler dikkate alınarak yapılacak genel ilke türetmede, ilkelerin mutlak ve donmuş bir yapıda olmayacağını da vurgulamak yerindedir⁷³. Bununla birlikte genel ilkelerin uyuşmazlığın çözümü hususunda çelişmesi halinde ne olacağı açık değildir. Bu ilkeler arasında sabit bir kademelenmenin bulunduğunu ileri sürmek mümkün değildir, boşluk doldurma esnasında yargıcın

51; Örnek olarak, aşırı ifa güçlüğü halinde CISG 79'un örneksemeye uygulanması görüşü: Peter Huber ve Alastair Mullis, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (Walter de Gruyter 2007) 193; Aşırı ifa güçlüğünün CISG 79 ile bağdaşmadığı fikrinde: Elif Merve Yılmaz, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Madde 79'un Scafom International Bv v. Lorraine Tubes S.A.S. Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi' iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler-Makaleler 2017* (On İki Levha 2017) 456. Genel ilke türetilmesini kabul eden Belçika mahkemesi kararı ve Türk hukuku için TBK 138 hükmüne gidilmesi görüşü: Salih Tuygun, 'CISG'de Açıkça Cevaplanmamış Hususların Çözüm Metotlarına İlişkin Belçika Yüksek Mahkemesi'nin 19 Haziran 2009 Tarihli Kararı ve Bu Kararın Yorumu' (2014) 3(2) Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 281, 292 ve 300.

⁷⁰ *Commentary/Viscasillas* (n 36) Art 7 CISG N 57; *Schlechtriem* (n 57) 292; *Gruber* (n 61) Art 7 CISG N 38; *Neumann* (n 51) 29; *Zeytin* (n 14) 92. Gerçekten, yalın örnekseme ile çözüm sağlanabildiği takdirde, tümel örneksemeye başvurma gerekliliği ortadan kalkar. Bu husus Avusturya Medenî Kanunu (ABGB) §7 hükmünde ifade edilmiştir. Buna göre, yasa boşluğu ile karşılaşıldığında önce benzer durumlar için sevk edilmiş hükümlerden ardından doğal hukuk ilkelerine başvurulması icap eder ("*Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden*")): Bydlinski (n 60) N 1. Bu bakımdan ABGB ile CISG'in benzer bir tutum sergilediğini ifade etmek mümkündür. ABGB §7 düzenlemesi, hem ulusal hukuk dışındaki veya ötesindeki kaynaklardan yararlanma olanağı tanıdığından hem de doğal hukuk ilkelerinin tümel örnekseme sağlayan normlardan farklı olduğunu ve sonra geldiğini (Bydlinski (n 60) N 3) açıkça hüküm altına aldığından, hem de hukukî etkiden yoksun bu düşünsel ilkelere dolaylı olarak pozitif uygulanma dayanağı sağladığından son derece ilgi çekicidir. Türk ve İsviçre hukuklarında ise TMK 1 ile yargıca belirli bir yöntem dayatılmadığından daha geniş bir serbesti bulunmaktadır. Alman Medenî Kanun'unda hukuk yaratmaya ilişkin hüküm olmamakla birlikte özel hukukun hukuk yaratmaya elverişli olduğu, Alman Anayasası'nın 20/III hükmünün ("*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden/Yasama erki anayasal düzenle, yürütme ve yargı erkleri yasa ve hukukla bağlıdır*") yargıca bu yetkiyi verdiği kabul edilmektedir: Wolf ve Neuner (n 59) §4 N 74 ve 76.

⁷¹ Durak (n 11) 39; Ebru Karademir, 'Viyanalı Satım Antlaşması'nda boşluk doldurma' (2015) 80(2) İzmir Barosu Dergisi 231, 236.

⁷² DiMatteo (n 13) 709.

⁷³ CISG 7/II hükmünün çağa uyum sağlamayı temin ettiği: Wethmar-Lemmer (n 55) 275.

takdiri belirleyici olmalıdır⁷⁴.

Öğretide ve uygulamada CISG 7/II kapsamında ulaşılan temel ilkeler olarak, irade özgürlüğü, sözleşmeyle bağlılık, bununla bağlantılı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hallerinin sınırlılığı, öngörülebilirlik⁷⁵, dürüstlük kuralı⁷⁶, zararı azaltma kulfeti⁷⁷, şekil özgürlüğü, sözleşmenin amacına uygun olarak işbirliğinde bulunma yükümlülüğü, mantıklı ve makulün ölçüt sayılması, sözleşme ihlalinin tazminata yol açması⁷⁸, aynı anda ifa, işlemi ayakta tutmanın esas olması⁷⁹, kötüye kullanma yasağı, irade beyanlarının hüküm doğurma anına dair kural (madde 27), derhal muaceliyet, ifadan genel kaçınma imkânı⁸⁰ gibi ilkeler sayılmaktadır⁸¹. Ayrıca bu ilkelerden de ilke türetilmesinin *Ouroboros*'u anımsatırcasına mümkün olduğu ve böylece yeknesaklığı sağlamak üzere ulusal hukuktan kaçınmanın gitgide daha olanaklı hale geldiği ifade edilebilir⁸².

⁷⁴ Wethmar-Lemmer (n 55) 284.

⁷⁵ Ayşe Elif Uslu, *Avrupa Birliği Borçlar Hukuku Prensiplerinde ve Birleşmiş Milletler Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi* (İÜSBÜ Yüksek Lisans Tezi 2007) 73 vd.

⁷⁶ Schlechtriem ve Butler (n 44) 52; Neumann (n 51) 117; Erdem (n 27) 174-175. Dürüstlük kuralı genel ilkelerden sayıldığı için ve sözleşme kapsamında doğmuş borç olduğundan bütünlük menfaatlerini karşılayan koruma yükümlülükleri de CISG metniyle bağdaştığı ölçüde sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra CISG 7/II kapsamında değerlendirilebilir. Bu yönde anlaşılabilir: *Kommentar zum UN-Kaufrecht*/Anton K. Schnyder ve Ralf Michael Straub (n 28) Art 46 CISG N 12a; Dürüstlük kuralından hareketle borcun kabul edilebileceği: Schlechtriem (n 57) 294; Anne Rossen, Marie Hummelshøj Pedersen ve Thomas Neumann, 'How Far Does the Dynamic Doctrine Go? Looking for the Basis of Precontractual Liability in the CISG', (2020) 2020(1) NJCL 3, 17 vd. Koruma yükümlülüğü ve bütünlük menfaati hakkında: Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008) 35 vd. Aksi görüşte: Atamer (n 9) 299; *Slechtriem & Schwenger*/Schroeter (n 8) Art 25 CISG N 17; *Kommentar zum UN-Kaufrecht*/Wolfgang Ernst ve Robert Lauko (n 28) Art 30 CISG N 18. Yan borçlar ise, sözleşmenin amacına hizmet ederek edim mübadelesine yönelik olduğundan her halükârda CISG kapsamında sayılmak gerekir. Sözleşmenin müsbet ihlali bağlamında: Karl H Neumayer ve Catherine Ming, *Commentaire - Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CEDIDAC 1993) 107-108.

⁷⁷ Emine Aslı Küçükaydın, 'Zarar Görenin Kusurunun Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndaki Görünümü' iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler-Makaleler 2017* (On İki Levha 2017) 298 vd.

⁷⁸ Bu ilkedan hareketle (CISG 74) ceza koşulunun dahili boşluk addedileceği: Bruno Zeller, 'Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?' (2011) 23(1) Pace International Law Review 1, 10; Benzer yönde: *Commentary/Viscasillas* (n 36) Art 7 CISG N 60. Sözleşmeden doğan borçların ihlalinin CISG kapsamında kaldığı: Müller (n 23) N 493.

⁷⁹ Burcu Zengin Özküçükparlak, *Alacaklı Temerrüdü ve Satım Sözleşmesi Açısından Sonuçları* (On İki Levha 2021) 465; Erdem (n 27) 155; Viscasillas (n 64) 18.

⁸⁰ Nafiye Yücedağ, *Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı -TBK ve CISG Uyarınca-* (On İki Levha 2018) 267.

⁸¹ Magnus (n 41) 478-491; Gruber (n 61) Art 7 CISG N 39; *Slechtriem & Schwenger*/Schwenzer ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 35; Janssen ve Claas Kiene (n 11) 273-281; Atamer (n 9) 117-120; Durak (n 11) 39; Zeytin (n 14) 93; Kasap (n 41) 133-134; Ferrari (n 8) 71-80; Yılmaz (n 67) 157-158; Okur (n 8) 81-90.

⁸² Flechtner (n 65) 194-195. *Commentary/Viscasillas* (n 36) Art 7 CISG 59; Genel ilkelere başvuru

Görüldüğü üzere CISG 7/II aracılığı ile dahili boşluk doldurmak üzere ulaşılan ilkeler, her çağdaş hukuk düzeninde karşılaşılabilecek niteliktedir. Kara Avrupası hukuk ailesine mensup Türk hukuku özelinde, zikredilen ilkeler özleriyle Türk hukukunda da mevcuttur. Bu ilkeler soyut halleriyle derhal boşluk doldurmaya elverişli olmadığı gibi, özerk ve yeknesak uluslararası satış hukuku tesis etmeye yetecek özgülükte değildir⁸³. Aynı ilkelere farklı yargıçlar aynı gereksinimi karşılamak için başka hükümler yaratabilir.

Türk hukukuyla ortak ilkelerin paylaşıldığı dikkate alındığında, boşluğun TMK 1/II gereğince yargıcın hukuk yaratması yoluyla veya CISG 7/II uyarınca doldurulması arasında kayda değer bir farklılık doğmayacağı ortadadır. Bu ilkeler, hemen her hukuk düzeninin kökeninde yer alan ilkel çıkış noktaları olduğundan, esasa Türk hukukunun uygulandığı uyuşmazlıklar için CISG 7/II'nin uygulanması, uyuşmazlığın sonucuna, Türk hukuku bakımından da yasa boşluğu bulunduğu ölçüde etkide bulunmayacaktır.

3. Esasa Uygulanan Hukuka Başvuru

Dahili boşluğun varlığı halinde CISG'den türetebilecek bir genel ilke tespit edilemediği takdirde, meselenin esasa uygulanacak hukuk olarak kabul ettiğimiz Türk hukukuna göre çözülmesi gerekecektir⁸⁴. Bu çözüm kaçınılmaz bir tutum olmaktadır. Zira uyuşmazlığa konu sözleşme CISG ile birlikte bir ulusal hukuka tâbi olmaktadır ve CISG hükümleriyle çözüme ulaşılmadığında, uyuşmazlığı hükme bağlama gereği sonucunda son çare olarak ulusal hukuka gidilmesi gerekmektedir⁸⁵.

CISG 7/II hükmüne başvurulabilmesi için satış sözleşmesinde hüküm bulunmaması gerektiğinden, uygulanabilir hüküm ifade eden bir sözleşmesel düzenlemeyle karşılaşılması bahis konusu olmayacaktır. Aynı değerlendirme CISG hükümleri için de geçerlidir. Dolayısıyla öncelikle CISG dışında kalan Türk mevzuatında uygulanabilir bir hüküm olup olmadığı tespit edilmek gerekir. Böyle bir hüküm bulunduğu takdirde TMK 1/I gereğince, sözleşmesel uyuşmazlığa ilgili pozitif hukuk normu uygulanır. Ancak halde, harici boşluğa ilişkin açıklamalarda işaret edildiği üzere, uyuşmazlığın niteliği bir yedek hukuk kuralının uygulanmamasını gerekli kılıyorsa sözleşme boşluğunun doldurulması yoluna gidilmesi gerekir.

olanağının esasa uygulanacak hukuka gitmeyi gereksiz kıldığı yönünde: Peng Guo, Haicong Zuo ve Shu Zhang, *Selected Chinese Cases on the UN Sales Convention (CISG) Vol. 2* (Springer 2023) 10. Aksi görüşte, CISG'in kapsamı nazara alındığında sınırlara ulaşıldığı şeklinde: Neumayer ve Ming (n 74) 104.

⁸³ Wethmar-Lemmer (n 55) 292. Bu nedenle CISG 7/II hükmünün lafzına karşın CISG dışı ve onunla çelişmeyen başka genel ilkelere de başvurulması gerektiği görüşünde: DiMatteo (n 13) 709.

⁸⁴ Atamer (n 9) 120. Karş. *Schlechtriem & Schwenger/Schwenger* ve Hachem (n 8) Art 7 CISG N 27; DiMatteo (n 13) 697; Zeller (n 78) 5, yazarlar bu durumda CISG dışında kaldığını belirterek, örtülü şekilde, dahili boşluk dışına çıkıldığını kabul etmektedir. Bir yandan CISG 7/II kapsamında kaldığını ifade edip diğer yandan CISG dışında kaldığını ifade etmek tutarlı değildir.

⁸⁵ *Commentary/Viscasillas* (n 36) Art 7 CISG N 53. Bu olanağın mahkemeleri doğrudan esasa uygulanacak hukuku tatbik etmeye çektiği fikrinde: Felemegas (n 11) 37-38.



Uygulanabilir bir norm tespit edilemediği takdirde yasa boşluğu ve sözleşme boşluğu yine aynı anda gerçekleşmiş olur. CISG 7/II, genel ilkelerle sonuca varılamadığında esasa uygulanan hukuka geri dönüleceğini hüküm altına aldığından, sözleşme boşluğunu doldurma yöntemine başvurma engeli bu aşamada ortadan kalkmıştır. Burada dolayısıyla harici boşluk ile yasa boşluğunun aynı anda gerçekleştiği ihtimaldeki değerlendirme, dahili boşluk bakımından bu aşamada da yapılmak gerekir. Böylece, atipik, arızî bir uyuşmazlık söz konusu olmadıkça öncelik yasa boşluğunun doldurulması yöntemindedir. Yasa boşluğu giderilerek, sözleşme boşluğu da dolaylı olarak ortadan kalkmaktadır⁸⁶. Ancak harici boşluğun aksine, burada yargıcın hukuk yarattığı noktada, CISG açısından dahili boşluk bulunduğu, özerk bir uluslararası satış hukukunun gerekleri ile yeknesaklaştırma gereksinimini göz önünde bulundurularak norm yaratılması söz konusu olacaktır⁸⁷. Yasa koyucu gibi hareket eden yargıcın hukuk yaratma etkinliğinde mevcut hukuk düzeni ve hukuk güvenliği ile bağdaşır, gereksinimleri gözeterek üstün tutulması gereken menfaati koruyan bir norm sevk etmesi gerekir⁸⁸. Burada yeknesak, özerk bir uluslararası satış hukuku sağlamayı amaçlayan bir normun tamamlanmasıyla karşı karşıya olduğundan, mevcut düzenlemelerle ve korunması gereken menfaatlerle uyumlu bir norm yaratılabilmesi için yargıcın CISG hükmü sevk eder gibi hareket etmesi, yeknesak ve özerk bir uluslararası satış hukuku kuralı yarattığının bilinci içinde ulusal hukuk alışkanlıklarından ve etkisinden arınmış olması lazım gelir⁸⁹. Bu çerçevede hukuk yaratılırken CISG uygulamasına ait bütün içtihat ve öğreti TMK 1/III'e göre kaynak teşkil etmeye elverişli olacaktır⁹⁰.

SONUÇ

Her yasanın bünyesinde uygulanması gereken bir uyuşmazlığa ilişkin boşluk bulunması mümkündür. Ancak her uyuşmazlığın hükme bağlanması zorunluluğu karşısında boşluğun giderilmesi mekanizmaları öngörülmüştür. Esasa uygulanacak hukuktan bağımsız olarak CISG 7/II hükmünde özel bir boşluk doldurma yöntemi sevk edilmiştir. Bunun gerisinde CISG'nin özerk, yeknesak uluslararası satış hukuku yaratma ülküsü bulunmaktadır.

⁸⁶ Oğuzman ve Öz (n 4) N 608; Gauch, Schluep ve Schmid (n 5) N 1261.

⁸⁷ Karş Atamer (n 9) 120, yazar gerek dahili gerek harici boşlukta esasa uygulanan ulusal hukuka başvurulduğu takdirde yeknesak bir hukuk yaratılmadığı varsayımıyla hareket edileceğini, bunun CISG kuralları çerçevesinde çözüme varılmadığı takdirde son çare teşkil ettiğini belirtmektedir.

⁸⁸ Oğuzman ve Barlas (n 3) N 378-379; Dural ve Sarı (n 3) 143; Serozan, Engin ve Atamer (n 1) 149-150; Erman (n 3) 54.

⁸⁹ Simin Yalçıntaş, 'Viyana Satım Sözleşmesi'nin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler' 2011 27(3) BATİDER 281, 304.

⁹⁰ Atamer (n 9) 116. Bu çerçevede CISG dışı uluslararası metinlerden dahi faydalanmak olanaklı olacaktır. Kramer (n 58) 299-300. Yazar, ayrıca, ulusal hukukta boşluk doldurma esnasında CISG'den yararlanılmasını takdire şayan karşılamaktadır: ibid 343.

CISG bünyesinde norm bulunmadığından bahisle CISG 7/II hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle, CISG'e tâbi satış sözleşmesinde herhangi bir hükmün bulunmadığı sonucuna yorumlama faaliyeti neticesinde varılması icap eder. Zira CISG 6 hükmü taraf iradelerinin öncelikli olduğunu açıkça düzenlemektedir. Başka bir deyişle, CISG 7/II'nin uygulanabilmesi için aynı zamanda sözleşme boşluğunun da bulunması icap eder. İkinci olarak, boşluğun, CISG tarafından düzenlenmek istenen bir hususta bulunması şarttır. Eğer CISG kapsamına girmeyen bir husus mevcutsa CISG açısından harici boşluk gerçekleşir. Harici boşluğun bulunduğu bir konuda, esasa uygulanacak hukuk kuralları tatbik edilir. Buna göre, esas uygulanacak hukukta bir norm varsa o uygulanır. Bu hukuk bağlamında yasa boşluğu söz konusu ise ilgili hukuktaki boşluk doldurma yöntemine başvurulması gerekir. Dolayısıyla Türk hukuku açısından TMK 1 hükmü uygulanır. TMK 1 gereğince, uyuşmazlık atipik veya arızî nitelik taşımadıkça uygulanabilir bir yedek hukuk normu varsa, tatbik edilir. Ancak atipik veya arızî bir uyuşmazlık varsa sözleşme boşluğu doldurma yöntemine yani yargıcın tarafların varsayımsal iradesine göre sözleşme hüküm sevk etmesine gitmesi lazım gelir. Eğer yasa boşluğunun da bulunduğu sonucuna varılırsa, aynı ilke geçerlidir. Arızî veya atipik bir uyuşmazlık söz konusu olmadıkça, yasa boşluğu doldurma yöntemine başvurulur. Sözleşme boşluğu da dolaylı olarak yargıcın yaratmış olduğu norm ile ikmal edilir. CISG dışında bulunma iradesi mevcut olduğundan bu faaliyetin sıradan bir yasa boşluğu doldurma etkinliğinden farkı bulunmaz. Arızî veya atipik bir uyuşmazlık varsa, sözleşme boşluğu doldurmaya başvurarak bu boşluk doğrudan doğruya doldurulur.

CISG tarafından düzenlenmek istenen ancak açık hüküm getirilmeyen bir boşluk CISG bünyesinde bulunuyorsa, dahili boşluk gerçekleşir. Burada, CISG bünyesinde norm eksikliğinin varlığı yeterlidir. Esasa uygulanan hukukta norm bulunup bulunmadığı belirleyici değildir. Gerek dahili gerek harici boşluğun söz konusu olması için yapılan değerlendirme, esasa uygulanan hukuk bakımından boşluğun varlığından bağımsızdır. Dahili boşluk bulunduğu takdirde, CISG 7/II hükmü uygulanır. Bu açıdan söz konusu hüküm, sözleşme boşluğu kurumuna başvuru yolunu kapatmıştır.

CISG 7/II uyarınca, boşluğun doldurulması için öncelikle CISG'in temelinde yer alan genel ilkelere başvurulması gerekir. Böylece, boşluk doldurma faaliyetinde esas yöntem olarak tümel örnekseme benimsenmiştir. Evleviyetle, somut bir hükmün yalın örnekseme ile uygulanma yolu da açıktır. Öyle ki, yalın örneksemenin tümel örneksemeye karşı önceliği mevcuttur. CISG'den türetilebilecek genel ilkelerin tespitinde belirleyici olan CISG metninde yer alan normlardır. CISG dışındaki uluslararası metinlerden, CISG uygulanan diğer hukuk düzenlerinden ulaşılabilecek ilkelere yahut soyut bir şekilde hukukun genel ilkelerine gidilmesi söz konusu değildir.

CISG bünyesinden türetilecek ilkeler doğaları gereği soyut nitelikte olacaklarından, uyuşmazlığın çözümüne uygulanabilmeleri için normlaştırılmaları gerekir. Bu itibarla, bu faaliyet, Türk hukukunda yargıcın hukuk yaratmasıyla benzer olacaktır. Diğer yandan, kabul edilen ilkelerin Türk hukukunda da bulunmaları nedeniyle, as-



İnada CISG 7/II uygulanmasıyla TMK 1'in uygulanması arasında esaslı bir farklılık bulunmayacaktır. Dolayısıyla Türk yargıcı bu hükmü uygularken yabancılik çekmeyecektir. Burada Türk hukukunda CISG 7/II'nin temel işlevi, Türk hukukundaki CISG dışındaki normlara başvurulmasını, böylece CISG'in uluslararası, yeknesak ve özerk satış hukuku yaratma amacının göz ardı edilmesini önlemekte bulunmaktadır.

Dahili boşluk, CISG'den türetilen bir genel ilkeye ulaşamadığı takdirde esasa uygulanan hukuka başvuru yolu ile doldurulur. Bu durumda TMK 1 uygulanacaktır. Bu aşamadan sonra harici boşluğa ilişkin yapılan değerlendirmeler geçerlidir. Fakat yargıcın hukuk yaratması söz konusu olduğu zaman Türk hukukunda yargıç, hukuk yaratımında boşluk doldurduğu normlarla bağdaşır ve güncel gereksinimleri karşılayacak şekilde hareket etmek gerekliliği karşısında, CISG'in uluslararası niteliği ile uyuyur özerk ve yeknesak satış hukuku yaratma gerekliliğine uyacaktır. Keza CISG'e dair yabancı öğreti ve kararlar TMK 1/III bağlamında kaynak teşkil edecektir. Bu itibarla hukuk yaratıldığı ihtimalde, TMK 1'nin tanıdığı imkân sayesinde Türk hukuku yine CISG'in ruhuna uygun bir sonuç verecektir.

KAYNAKÇA

-, *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (2. Bası, Springer 2010) [*Kommentar zum UN-Kaufrecht*/İşleyen].

-, *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4. Bası, Oxford University Press 2016) [*Schlechtriem & Schwenger*/İşleyen].

-, *Stämpfli Handkommentar Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht* (2. Bası, Stämpfli 2014) [*Stämpfli Handkommentar*/İşleyen].

-, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary* (2. Bası, C.H.Beck 2018) [*Commentary*/İşleyen].

Aksoy Dursun S, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (On İki Levha 2008).

Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (Babür S, Hacettepe Üniversitesi Yayınları 1988).

Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (20. Bası, BTHAE 2015).

Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas* (2. Bası, Vedat 2022).

Atamer YM, 'Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler' (2005) 68(1-2) İÜHFM 171-191.



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

Ayoğlu T, 'Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu'nda Boşlukların Doldurulması' (2013) 2013(1) GSÜHFD 87-109.

Başer MO, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Edilmesi Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinden Ötürü Alıcının Hakları* (On İki Levha 2018).

Başıoğlu B, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012).

Baş-Süz el E ve Kurtulan-Güner G, 'Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG' (2020) 2020(2) NJCL 20-33.

Buga I, 'Taking the International Approach to the CISG: The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law' (2009) RRDC 108-120.

Bydlinski P, *Kurzkomentar zum ABGB* (3. Bası, Springer 2010).

Carvalho Sica L, 'Gap-Filling in the CISG: May the UNIDROIT Principles Supplement the Gaps in the Convention' (2006) NJCL 1-28.

Chappuis C, 'La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) a-t-elle pénétré le droit suisse?', iç Baddeley M, Foëx B, Leuba A, ve Papaux van Delden M-L (edr), *Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011* (Schulthess 2012).

Çalışkan Y, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014).

Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2024).

Demir ZR, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması' (2019) 39(2) Public and Private International Law Bulletin 553-584.

Demirsatan B, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi* (2. Bası, On İki Levha 2021).

Di Matteo LA, 'CISG as Basis of a Comprehensive International Sales Law' (2014) 58(4) Villanova Law Review 691-721.

Durak Y, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri* (On İki Levha 2020).

Dural M ve Sarı S, *Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükmeleri* (15. Bası, Filiz Kitabevi 2020).

Dursun Karaahmetoğlu Ş, 'Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' (2017) 8(14) Justice Academy of Turkey - Law&Justice Review 105-118.

Dürr D, *Zürcher Kommentar / Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht* (3. Bası, Schulthess 1998) (Art 1 ZGB).

Egger K, *La construction juridique de l'abus d'un droit privé subjectif* (Lozan Üniversitesi-Mémoire 2021).

Emmenegger S ve Tschentscher A, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht* (Stämpfli 2012) (Art 1 ZGB).

Erdem E, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (On İki Levha 2017).

Ergeç I, 'Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Yorumlanması' (2015) 73(2) İÜHFM 221-253.

Ergüne S, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008).

Erman H, *Medenî Hukuk Dersleri* (6. Bası, Der Yayınları 2016).

Felemegas J, 'Introduction' iç John Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge 2007).

Ferrari F, 'Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler' iç Atamer YM (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku* (On İki Levha 2008).

Flechtner HM 'Uniformity and Politics: Interpreting and Filling Gaps in the CISG' iç *Festschrift für Ulrich Magnus* (Sellier 2014).

Gauch P, Schluep WR ve Schmid J, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (9. Bası, Schulthess 2008).

Gruber UP, *Münchener Kommentar zum BGB* (8. Bası, C.H.Beck 2019) (Art 7 CISG).

Guo P, Zuo P ve Zhang S, *Selected Chinese Cases on the UN Sales Convention (CISG) Vol. 2* (Springer 2023).

Gürkan S, *Türk Satım Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak CISG Uyarınca Tazminatın Hesaplanması* (İBÜSBE Yüksek Lisans Tezi 2015).

Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2017).

Honsell H, 'Einleitung und Einführung Eugen Huber Symposium' iç Fasel U (ed), *Symposium Eugen Huber: Modernisierung modo legislatoris* (Stämpfli 2024).

Huber P ve Mullis A, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (Walter de Gruyter 2007).

Huguenin C, *Obligationenrecht–Allgemeiner und Besonderer Teil* (2. Bası, Schulthess 2014).

İmre Z, *Medenî Hukuka Giriş* (3. Bası, Fakülteler Matbaası 1980).

Janssen A ve Claas Kiene S, 'The CISG and Its General Principles' iç Janssen A ve Meyer O (edr), *CISG Methodology* (Sellier 2009).

Karademir E, 'Viyana Satım Antlaşması'nda boşluk doldurma' (2015) 80(2) İzmir Barosu Dergisi 231-255.

Karayazı E, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Sekizinci Madde Hükmünün İncelenmesi' iç Öztekin Gelgel G ve Giray FK (edr), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı* (Beta 2014).

Kasap G, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Yedinci Madde Hükmünün Türk Hukuku ile Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi' iç Öztekin Gelgel G ve Giray FK (edr), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı*, (Beta 2014).

Kaya C, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu* (On İki Levha 2012).

Kırca Ç, 'Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001) 50(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91-119.

Kizer KL, 'Minding the Gap: Determining Interest Rates Under the U.N. Convention for the International Sale of Goods' (1998) 65(4) University of Chicago Law Review 1279.

Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I* (6. Bası, Filiz Kitabevi 2014).

Kotrusz J, 'Gap-Filling the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' (2009) 14 Unif L Rev 119-163.

Kramer EA, *Juristische Methodenlehre* (6. Bası, Stämpfli 2019).

Küçükaydın EA, 'Zarar Görenin Kusurunun Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndaki Görünümü' iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler-Makaleler 2017* (On İki Levha 2017).

Magnus U, 'Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht' (1995) 59(3-4) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 469-494.

Magnus U, 'Währungsfragen im Einheitlichen Kaufrecht, zugleich ein Beitrag zu seiner Lückenfüllung und Auslegung' (1989) 53(1) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 116-143.

Müller C, *Berner Kommentar Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht / Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen* (Staempfli Verlag 2018) (Art 18 OR).

Müller C, *Contrats de droit suisse* (Stämpfli 2021).

Neumann T, *The duty to cooperate in international sales: the scope and role of Article 80 CISG* (Sellier 2012).

Neumayer KH ve Ming C, *Commentaire - Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CEDIDAC 1993).

Nomer HN, 'Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2053-2074.

Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (27. Bası, On İki Levha 2021).

Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (20. Bası, Vedat Kitapçılık 2022).

Oktay S, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması' (1996) 55(1-2) *İÜHFM* 262-296.

Okur S, 'CISG Hükümlerinin Yorumu Bağlamında Boşluk Doldurma Sorunu ve CISG m.8'e Göre Taraf Beyan ve Davranışlarının Yorumuna İlişkin Esaslar' iç Sinan Okur (ed) *Milletlerarası Mal Satım Hukuku* (Adalet 2016).

Öner Ö, 'Viyana Satım Sözleşmesi'nin Uygulanma Alanı, Yorumlanması ve Bağlayıcılığı' (2017) 31 *TAAD* 801-835.

Öz T, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)' (2013) 2013(1) *GSÜHFD* 3-18.

Rossen A, Hummelshøj Pedersen M ve Neumann T, 'How Far Does the Dynamic Doctrine Go? Looking for the Basis of Precontractual Liability in the CISG', (2020) 2020(1) *NJCL* 3-31.

Rostila O, *Disgorgement and the CISG – Comparative and Future Perspectives* (University of Lapland Yüksek Lisans Tezi 2017).

Sarıkaya M, *CISG Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali* (Filiz Kitabevi 2017).

Schlechtriem P ve Butler P, *UN Law on International Sales* (Springer 2009).

Schlechtriem P, 'Interpretation, Gap-Filling and Further Development of the U.N. Sales Convention' (2004) 16 Pace Int'l L Rev 279-306.

Schroeter UG, 'Contract validity and the CISG' (2017) 22(1) Uniform Law Review 47-71.

Schwenzer I ve Schmidt M, 'Extending the CISG to Non-Privy Parties' Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration (2009) 3 109-122.

Schwenzer I, 'Interpretation and Gap-Filling under the CISG', iç Ingeborg Schwenzer, Yeşim Atamer ve Petra Butler (edr), *Current Issues in the CISG and Arbitration* (Eleven 2014).

Schwenzer I, Fountoulakis C ve Dimsey M, *International Sales Law A Guide to the CISG* (3. Bası, Hart 2019).

Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Basım, Stämpfli 2016).

Serozan R, Engin Bİ ve Atamer YM, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2022).

Spagnolo L, *CISG Exclusion and Legal Efficiency* (Kluwer Law 2014).

Şener OH, *Ticari İşletme Hukuku* (2. Bası, Seçkin 2020).

Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, On İki Levha 2020).

Tuygun S, 'CISG'de Açıkça Cevaplanmamış Hususların Çözüm Metotlarına İlişkin Belçika Yüksek Mahkemesi'nin 19 Haziran 2009 Tarihli Kararı ve Bu Kararın Yorumu' (2014) 3(2) Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 281-302.

Ulus AE, *Avrupa Birliği Borçlar Hukuku Prensiplerinde ve Birleşmiş Milletler Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi* (İÜSBE Yüksek Lisans Tezi 2007).

Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A ve Nomer Ertan F, *Ticari İşletme Hukuku* (4. Bası, On İki Levha 2015).

Viscasillas PP, 'Interpretation and Gap-Filling under the CISG: Contrast and Convergence with the Unidroit Principles' (2017) 22 Unif L Rev 4-28.

von Tuhr A, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Band II Erste Hälfte* (Duncker & Humblot 1957).

Wethmar-Lemmer M, 'The Vienna Sales Convention and Gap-Filling' (2012) 2012 J S Afr L 274.-299

Winiger B, *Commentaire Romand Code des Obligations I* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2012) (Art 18 CO).

Wolf M ve Neuner J, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (11. Bası, C.H. Beck 2016).

Yalçıntaş S, 'Viyana Satım Sözleşmesi'nin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler' 2011 27(3) BA-TİDER 281-308.

Yelkenci I, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi* (On İki Levha 2014).

Yıldırım AC, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Yeknesak Hukukta Sözleşmenin Yorumu* (On İki Levha 2015).

Yılmaz A, 'Gap Filling and Interpretation Issues Under the CISG' (2015) 9 HKÜHFD 151-162.

Yılmaz EM, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Madde 79'un Scafom International Bv v. Lorraine Tubes S.A.S. Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi' iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler-Makaleler 2017* (On İki Levha 2017).

Yücedağ N, *Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı -TBK ve CISG Uyarınca-* (On İki Levha 2018).

Zeller B, 'Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?' (2011) 23(1) Pace International Law Review 1-14.

Zeller B, *CISG and the Unification of International Trade Law* (Routledge-Cavendish 2007).

Zengin Özküçükparlak B, *Alacaklı Temerrüdü ve Satım Sözleşmesi Açısından Sonuçları* (On İki Levha 2021).

Zeytin Z, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG – Incoterms* (4. Bası, Seçkin 2022).