

Mukayeseli Hukukta Standart Sözleşme Hükümlerinin Çatışması ve Bu Duruma Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Conflict of Standard Terms and Conditions in Comparative Law and Legal Conclusion

E. Aksın ATAR* 

Ertuğrul Doğan ERZENGİN** 

Öz

Standart sözleşmeler, bireysel sözleşmelerin kurulabilmesi için gereken karşılıklı müzakere aşamasının ortadan kaldırıldığı, günümüz dünyasının şartlarını karşılamak için yaratılmış görece yeni bir sözleşme tipidir. Standart sözleşmelerin kullanımı pratik ve ekonomik olması nedeniyle günümüz ticari hayatında bireysel sözleşmeleri geride bırakmaktadır. Bu tip sözleşmelerin kullanımının yaygınlaşması beraberinde fayda ve sakıncaları da bir arada getirmektedir.

Standart sözleşmelerin ortaya çıkardığı hukuki problemlerden biri olan standart sözleşme hükümlerinin çatışması kavramı ve bu duruma bağlanan hukuki sonuçlar mukayeseli hukuk bilgileri ışığında incelenecektir. Sözleşme akdedilirken tarafların kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması durumunda bunların birlikte uygulanıp uygulanmayacağı veya hangisinin tercih edileceği sorunu öğretilen “standart sözleşme hükümlerinin çatışması” olarak ifade edilmektedir.

Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde, ortaya çıkan hukuki uyumsuzluğun ne şekilde çözülmesi gerektiğine ilişkin öğretilen çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Çalışma kapsamında bu görüşlerden ilk atış kuralı, son atış kuralı, nakavt kuralı, en iyi atış kuralı ve makul atış kuralına değinilecektir. Bu çözüm yollarının yararları ve sakıncaları kendi içerisinde ve birbirleriyle karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Ayrıca karşılaştırmalı hukuk açısından bu çözüm yollarının tercih edilme nedenlerine ve ortaya çıkan sonuçlara değinilecektir. Karşılaştırmalı hukukta benimsenen çözümlerin yanı sıra Türk Hukuku açısından da bir değerlendirmeye yer verilecektir.

Çalışma kapsamında özellikle CISG, PECL ve PICC başta olmak üzere uluslararası sözleşmeler açısından ve ulusal hukuklar açısından ise İngiliz, Amerikan ve Türk Hukukunda standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına bağlanan hukuki sonuçlar ele alınacaktır. Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde uygulanacak çözüm yolu her ülkede yasal olarak açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Keza uluslararası sözleşmelerin bazılarında da ayrı bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Özellikle yasal bir düzenlemenin olmadığı durumlarda sorunun çözümü için doktrinde ileri sürülen çözüm önerilerinden yararlanılabilir.

* Ar. Gör., Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: erayaksinatar@gmail.com

** Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: ertugrulerzengin@gmail.com

Anahtar Kelimeler: Standart Sözleşmeler, Genel İşlem Koşulları, Genel İşlem Şartları, Standart Sözleşme Hükümlerinin Çatışması, Genel İşlem Koşullarının Çelişmesi.

Abstract

Due to the practical advantage and economic interest of the standard contracts, it is used more than individual contracts in today's commercial life. The widespread use of such contracts also includes some legal problems. In this study, the concept of battle of forms, which is one of these problems, and the legal consequences related to this situation will be examined in the light of comparative legal knowledge.

In the course of concluding the contract, if the parties refer to their own standard contract provisions, the issue of whether they will be applied together or which will be preferred is expressed in various ways as “*battle of forms*”, in doctrine. For the solution of this problem, the first shot rule, the last shot rule, the knockout rule, the best shot rule, and the reasonable shot rule will be mentioned.

In this study, legal consequences related to the conflict of standard contract provisions in English, American and Turkish Law, especially in terms of CISG, PECL and PICC, in terms of international conventions and national laws will be discussed. Conflict of standard contract terms is not clearly regulated in country law. Some of the international agreements do not include a separate regulation. So there is any solution for this problem in many countries. We will explain solution for this problem with respect to the regulations in national and international law. Especially in cases where there is no legal regulation, the suggestions suggested in the doctrine can be used for the solution of the problem.

Keywords: Standard Contracts, Standard Terms and Conditions, Standardized Terms of Contract, Battle of Forms, Conflicting Terms.

GİRİŞ

Sözleşme kavramı TBK¹ m. 1'de “ *tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki işlemdir*” şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide sözleşme kavramı çeşitli anlamlara gelecek şekilde kullanılmaktadır. Dar anlamda sözleşme, iki veya daha fazla tarafın hukuki bir sonuca ulaşmayı amaç edinen, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşan hukuki işlemdir. Geniş anlamda sözleşme, söz konusu bu hukuki işlem ile kurulan hukuki ilişkiyi ifade eder. En dar anlamı ile sözleşme ise sözleşmede yer alan tarafların mutabık kalmış oldukları metnin üzerinde yer aldığı belgeyi ifade etmektedir². Son yıllarda uygulamada karşılaşılan sözleşmelerin çoğunluğunu bildiğimiz klasik sözleşmelerden ziyade standart sözleşmeler oluşturmaktadır. Standart sözleşmelerin sıklıkla uygulanır hale gelmesi beraberinde çeşitli sorunları ortaya çıkarmıştır.

Sözleşmenin taraflarının kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması ve bu standart hükümler haricinde bir anlaşmaya varmaları halinde atıfta bulunulmuş hükümlerden hangilerinin

1 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. 04.02.2011, sayı 27836.

2 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt**, İstanbul, 2017, §16, N. 1; FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – I**, İstanbul, 1976, s. 59; OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, İstanbul, 2018, N. 148; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2017, s. 199; KUT Ahmet, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen**, (Hrsg. FURRER Andreas/SCHNYDER Anton K.), Zürich – Basel – Genf, 2016, OR 1, N. 1; TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016, N. 213, 214.

uygulanacağı belirlenmesi sorunu CISG³, PICC⁴, CESL⁵ ve PECL⁶ gibi uluslararası düzlemde hazırlanan metinlerde özel bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır⁷. Hollanda Medeni Kanunu, Polonya Medeni Kanunu gibi bazı ülkelerin kanunlarında bu duruma ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak birçok ülke hukukunda bu gibi durumlara ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu konuya ilişkin bir ihtilaf yaşanması halinde bu ihtilafın nasıl bir çözüme kavuşturulacağı öğretide ileri sürülen görüşler çerçevesinde gerçekleştirilecektir⁸.

Bir sözleşme kurulduğu esnada sözleşmenin içeriğinin, tarafların hazırlamış oldukları standart (tip) sözleşme metinlerinde yer alan hükümlere dayanması beraberinde bazı sorunları getirmektedir. Bu çalışmanın konusunu, sözleşme taraflarının hazırlamış oldukları standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunmaları halinde ortaya çıkabilecek sorunlar ve bu sorunların çözümü için öğretide ileri sürülen görüşler oluşturacaktır.

I. STANDART SÖZLEŞME KAVRAMI

Sözleşme dediğimiz kavram, toplumun ortak amaçlarını gerçekleştirebilmesi adına toplumsal koordinasyon ve iş birliğini sağlamak üzere ortaya çıkmış bir kavramdır⁹. Sözleşme kavramı geçmişten günümüze kadar çeşitli şekillerde var olmaya devam etmiştir.

- 3 UNCITRAL organizasyonu tarafından hazırlanmış olan, 1980 yılında altmış iki ülkenin katılımıyla kabul edilen ve 1988 yılında yürürlüğe giren “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”, 5870 sayılı Kanun’la, 01.08.2011 tarihi itibarıyla Türk iç hukukunun parçası haline gelmiştir. Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin hüküm art. 19’da yer almaktadır. (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), RG. 07.04.2010, sayı 27545. Sözleşmenin tam metnine ulaşmak ve ayrıntılı bilgi almak için bkz. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caseschedule.html>; http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods.html, e.t.: (21.05.2018).
- 4 Uluslararası Ticari Sözleşmelerde UNIDROIT İlkeleri 2010, (*The Principles of International Commercial Contracts*), UNIDROIT organizasyonu tarafından hazırlanmış kurallardır. UNIDROIT, bağımsız hükümetler arası bir enstitüdür. Bu Enstitünün amacı, devletler arasındaki özel hukuku modernize etmek, yeknesak hale getirmek ve aralarında işbirliği oluşturabilmek için çalışmalar hazırlamaktır. Türkiye bu organizasyonun 1950 yılından beri üyesi konumundadır. **UNIDROIT Enstitüsü** 1994, 2004 ve 2010 tarihlerinde üyesi olan devletleri bağlayıcı nitelikte olmayan rol gösteren kurallar hazırlamıştır. Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin düzenleme art. 2.1.22’de yer almaktadır. Söz konusu metinlere ulaşmak ve ayrıntılı bilgi almak için bkz. <https://www.unidroit.org>, e.t.: (21.05.2018).
- 5 2011 yılında kabul edilen Avrupa Ortak Satış Hukuku (*Common European Sales Law*), Avrupa Birliği ülkelerinden birinde yaşayan bir kimsenin yine bu bölgede yer alan ülkelerden birinde yaşayan başka bir kimseye yönelik gerçekleştirdiği satışlarda uygulanacak ortak bir hukuk yaratmak için meydana getirilmiştir. Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin düzenleme art. 39’da yer almaktadır. Söz konusu metnin tam haline ulaşmak için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011PC0635>, e.t.: (21.05.2018).
- 6 Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri 1999, (*The Principles of European Contract Law*). Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin hüküm art. 2:209’da yer almaktadır.
- 7 Avrupa özel hukukunun uyumlaştırılması konusunda gerçekleştirilen güncel çalışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN Zehra, “Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması”, **AÜHFD**, Sa. 66 (1), 2017, s. 57 vd.; YELKENCİ Işıl, **CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, İstanbul, 2014, s. 5 vd.; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 66-79.
- 8 KADNER-GRAZIANO Thomas, “Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situations: The Hague Solution”, **Yearbook of Private International Law**, Vol. 14, 2013, s. 74.
- 9 von MEHREN Arthur, **Contracts in General, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII**, (Ed. von MEHREN Arthur), A General View of Contract, Hague-Boston-London, 2008, s. 3; von MEHREN Arthur, “The “Battle of Forms”: A Comparative View”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 38, No. 2, 1990, s. 265.

Liberal (klasik) anlayış, mal ve hizmetlerin değişiminde klasik sözleşme modeli olan bireysel sözleşme modelini esas almıştır. Bireysel sözleşme, en basit tanımıyla TBK m. 1’de de belirtildiği üzere, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının sonucudur. Standart sözleşme kavramı ise, sözleşmeler hukukunun temelini oluşturan bireysel sözleşmelere yeni bir alternatif olarak ortaya çıkmıştır. Standart sözleşmeler, bireysel sözleşmelerin kurulabilmesi için gereken karşılıklı müzakere aşamasının ortadan kaldırıldığı, günümüz dünyasının şartlarını karşılamak için yaratılmış yeni bir sözleşme tipidir¹⁰. Standart sözleşmeler, öğreti ve uygulamada “tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “yığın sözleşme”, “katımlı sözleşme (iltihaki sözleşme)”¹¹ ya da “formüler sözleşme” olarak da adlandırılmaktadır¹².

Standart sözleşme hükümleri, “hazırlayan” tarafından gelecekte belirsiz sayıda kurulacak olan, şekil ve içerik yönünden birbirine benzer hukuki işlemlere yönelik, tek taraflı hazırlanarak “karşı taraf” a sunulan ve önceden formüle edilmiş koşullardan oluşan standart sözleşmelerde kendisine yer verilen hükümlerdir¹³.

- 10 ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – I**, İstanbul, 2015, s. 398; TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN G. Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. 156; ATAMER Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, 2001, s. 2; OĞUZ Cemal, “Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü”, **TBB Dergisi**, Sa. I, 1998, s. 5; von MEHREN, *Contracts in General*, s. 6.
- 11 Öğretide genel olarak katımlı sözleşme kavramı, bireysel ve standart sözleşmelerin yanı sıra ayrı bir tür olarak değerlendirilmektedir. *Antalya’ya göre*, katımlı sözleşmeler standart sözleşme olarak da karşımıza çıkabilirken, sözleşme tarafını kamu hizmeti veren bir kamu kurumunun veya kamu tarafından izin veya imtiyaz şeklinde yetkinin verildiği bir kişi oluşturması, ayrıca sözleşme konusunun kamu hizmeti veya tekel niteliğinde bir hizmet olması yönünden katımlı sözleşmeler, genel standart sözleşmelerden ayrılmaktadır. AYDOĞDU Murat, **Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25)**, Ankara, 2018, N. 57; CİVAN Orhan Ersun, **Genel İş Koşulları**, İstanbul, 2015, s. 25; HAVUTÇU Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, 2003, s. 214; EREN, s. 398. Y. 13. HD. E. 1996/2570, K. 1996/4759, T. 16.05.1996, “... İltihaki sözleşmeler: (Contrata d’ adhesion) bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemlerle alarak tekel durumu arz eden ve tüketicinin bağlanması gereken (nakliye müesseseleri; elektrik; havagazı, doğalgaz PTT sözleşmeleri gibi) standart hükümleri içeren ve tüketicilerin olduğu gibi bağlanmak zorunluğunda kaldığı sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde taraflardan biri olan idare önceden sözleşme koşullarını hazırlayarak bir icap şeklinde umuma arz eder ve hizmetten yararlanma ihtiyacı içinde olan yurttaş bunları zımnen kabul etmek suretiyle bağlanır ...”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t.: (05.08.2018).
- 12 Bu çalışma kapsamında “standart sözleşme” terimi kullanılmaya devam edilecektir.
- 13 Bu çalışmanın devamında standart sözleşme metnini düzenleyen kişi “hazırlayan”, bu metnin kendisine sunulduğu ve kabul etmek suretiyle sözleşmenin tarafı haline gelen kişi ise “karşı taraf” olarak isimlendirilecektir. BASEDOW Jürgen, **MüKoBGB – Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I**, (Hrsg. SÄCKER Franz Jürgen/RIXECKER Roland/OETKER Hartmut/LIMPERG Bettina), 2019, BGB § 305, Rn. 1; SİRMEN Lale, **Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku**, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara, 1972, s. 457; SEROZAN Rona, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt-1 Genel Hükümler**, (Ed. SEROZAN Rona/ÖZ Turgut/ACAR Faruk/GÖKYAYLA Emre/DEVELİOĞLU Murat), İstanbul, 2018, TBK 1, N. 92; ULUSAN İlhan, “Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Koşullarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, 2013, s. 1223; ÖZEL Çağlar, “Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri”, **Sosyoekonomi Dergisi**, Sa.1, 2006, s. 155; GÖRGEÇ Başak, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, **MÜHF-HAD**, C. 19, Sa. 1, 2013, s. 409; BAŞ Ece, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, 2013, s. 278; AKÇAAL Mehmet, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi HFD**, C. XVIII, Sa. 1, 2014, s. 52; CHK-KUT, OR 1, N. 47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 155; OĞUZMAN/ÖZ, N. 504; AYDOĞDU, N. 55. Standart sözleşme kavramı uluslararası hukukta kabul görmüş bir terimdir. Türk Hukuku

Standart sözleşmeler, 18. YY'da endüstri devriminin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Endüstri devrimi sonrasında tüketim mallarının toplu üretilebilir hale gelmesi ve hizmet sektöründe yaşanan gelişmeler, ekonomi ve toplumda önemli değişikliklere sebebiyet vermiştir. Bu değişikliklerden biri de bireysel sözleşmelere bir alternatif olarak ortaya çıkan standart sözleşmeler olmuştur. Standart sözleşme hükümleri ihtiva eden sözleşmeler özellikle bankalar, sigorta şirketleri¹⁴, hastaneler, seyahat ve taşıma işleri yapan kurumlar, dayanıklı tüketim malları üreten ve pazarlayan şirketler ile hizmet sektöründe faaliyet gösteren kişiler tarafından kullanılmıştır¹⁵.

Hukuki ilişkilerde standart sözleşme hükümlerinin kullanılması, sözleşme taraflarına birçok yönden fayda sağlamaktadır. Standart sözleşme hükümlerinin kullanımının yaygınlaşması ile sözleşme taraflarının masrafları azalmış ve tarafların her bir sözleşme hükmü üzerinde görüşmesi ve anlaşmaya varması için harcanması gereken zaman ve enerjiye olan ihtiyaç büyük oranda ortadan kalkmıştır. Sözleşme tarafları sözleşme görüşmeleri esnasında sadece esaslı unsurlar üzerinde müzakere etmekte, geri kalan hususlar için ise hâlihazırda var olan standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunmaktadır¹⁶. Bu durumun standart sözleşme hükümlerini hazırlayan taraf açısından olumlu sonucu iktisadi verimliliğin artmasıdır. İfası gerçekleştirilecek edimin maliyeti ve bu edimin ifasına yönelik ifa sürecinin eskiden olduğu gibi her bir sözleşme ilişkisi öncesi değerlendirilmeyip, ileride kurulacak muhtemel sözleşme ilişkileri için hâlihazırda belirlenmiş olması, sözleşmenin karşı tarafını daha uygun bir karşı edim üzerinden söz konusu edime kavuşma olanağına sahip kılmaktadır¹⁷. Standart sözleşme hükümlerini hazırlayan taraf açısından olumlu diğer bir sonuç

açısından ise bu tip sözleşmeler için yeknesak bir terimden bahsetmemiz mümkün gözükmemektedir. Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre, standart sözleşmeler bünyesinde bireysel sözleşme hükümlerini de barındırabileceğinden, TBK açısından genel işlem koşulları olarak ifade edilen kavram ile standart sözleşmelerin içeriğinde yer alan genel işlem koşulu niteliğine sahip hükümleri, diğer bir deyişle “standart sözleşme hükümleri” kast edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. AYDOĞDU, N. 54 vd. Türk Hukukunda standart sözleşmelerin çatışması sorununu incelediğimiz bölüm haricinde çalışmamızın devamında gelecekte belirsiz sayıda kurulacak olan, şekil ve içerik yönünden birbirine benzer hukuki işlemlere yönelik karşılıklı müzakere edilmeksizin “karşı taraf”a sunulan önceden formüle edilmiş şart ve koşulları ifade etmek için standart sözleşme hükümleri kavramını kullanmaya devam edeceğiz. Ancak standart sözleşmeler içerisinde yer verilmiş olan, tarafların bireysel müzakere ile üzerinde durduğu hükümler ise bireysel sözleşme hükümleri olarak adlandırılacaktır.

- 14 Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. KARA Burak, “Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Genel İşlem Koşulları Çerçevesinde Hukuki Mahiyeti”, **Alanya 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı**, 2018, <https://asoscongress.com/2018alanya/>, s. 265 vd., e.t.: (02.01.2019).
- 15 REHBINDER Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, (Çev. TEOMAN Ömer), **İÜHF**, C. 42, Sa. 1-4, 1976, s. 641 vd.; ZERRES Thomas, “Principles of the German Law on Standard Terms of Contract”, http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German_Standard_Terms_of_Contract_Thomas_Zerres.pdf, s. 1, e.t.: (14.04.2018); KÖTZ Hein, **European Contract Law**, (Transl. MERTENS Gill/WEIR Tony), Croydon, 2017, s. 132; EISELEN Sieg/BERGENTHAL Sebastian, “The Battle of Forms: A Comparative Analysis”, **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, Vol. 39, No. 2, 2006, s. 215; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 865; ANTALYA, s. 398; ATAMER, Genel İşlem, s. 2; SEROZAN, TBK 1, N. 92; ULUSAN, s. 1219; AYDOĞDU, N. 5 vd.
- 16 Standart sözleşme hükümleri içeren sözleşmelerin kullanımının yaygınlaşmasının ekonomiye olan etkisi hakkında detaylı bilgi almak için bkz. SCHÄFER Hans-Bernd/LEYENS Patrick, **Economic Analysis of the DCFR: The Work of the Economic Impact Group Within CoPECL, Judicial Control of Standart Terms and European Private Law**, (Ed. LAROCHE Pierre/CHIRICO Filomena), Munich, 2010, s. 97 vd.
- 17 SCHÄFER/LEYENS, s. 101; KÖTZ, s. 132; ZERRES, s. 2. Aksi yönde görüş için bkz. ATAMER, Genel İşlem, s. 33; AYDOĞDU, N. 26.

da hazırlayanın kendi açısından riziko teşkil edebilecek hususları en aza indirmeyi sağlaması noktasında görülür. Sözleşmeyi hazırlayan taraf standart sözleşme hükümleri vasıtasıyla sözleşmenin akdi, ifası ve sona ermesi aşamalarında ortaya çıkabilecek ve kendi malvarlığını tehlikeye sokacak her türlü rizikoyu karşı tarafa aktarmakta veya onunla paylaşmaktadır¹⁸. Bunun yanı sıra benzer durumlar için genellikle bir uzmandan yardım alarak, önceden ve detaylı bir çalışma sonucu çok sayıda hazırlanan standart sözleşme hükümleri, yazılı bir hukuk sistemine sahip Almanya, İsviçre ve Türkiye gibi ülkelerde sözleşmeden kaynaklı uyumsuzluk halinde yazılı hukuk kaynaklarının cevaplayamadığı sorunlarda, diğer bir deyişle, kanunda yer alan boşluklara mahal vermeksizin sözleşme hükümleriyle doldurulmuş olmaktadır¹⁹.

Resmin diğer yüzüne baktığımızda ise standart sözleşme hükümlerinin ortaya çıkardığı birçok sorunu görmekteyiz. Standart sözleşme hükümleri ihtiva eden sözleşme metnini, sözleşmenin tek bir tarafı hazırlamaktadır. Dolayısıyla sözleşmeyi hazırlayan taraf sözleşme hükümlerini kendi arzu ettiği şekilde uzmanlardan yardım alarak düzenlemektedir. Sözleşmenin karşı tarafı, genellikle bir uzman yardımı almaksızın hareket etmekte veya sözleşmeyi hazırlayanın sahip olduğu imkanlara yaklaşamayacak ölçüde bir yardım almaktadır. Bu sebeple karşı taraf çoğunlukla sözleşme içeriği ile ilgilenmemekte, ilgilense dahi kendi açısından riziko teşkil edebilecek hükümlerin ayırdına varamamaktadır. Standart sözleşmelerde fayda sağlayan ve kendini güvence altına alan taraf genel itibarıyla sözleşmeyi hazırlayan iken riziko yönünden tehlikeli konumda bulunan ise sözleşmenin karşı tarafıdır. Burada sorulması gereken temel soru; sözleşmenin karşı tarafının niçin kendisi için sakınca yaratması muhtemel hükümler barındıran bu sözleşmeyi itiraz etmeksizin kabul ettiği. Bu soruya genel olarak verilen cevap; taraflar arasındaki güç dengesizliğidir. Sözleşmeyi hazırlayan tarafın sahip olduğu ekonomik, sosyal ve kültürel güç nedeniyle, karşı taraf kısa zaman baskısı altında psikolojik olarak bu hükümlerin değiştirilebileceğini düşünemeyecek durumdadır ve yine arzu ettiği edime ulaşacağı başka bir alternatifin var olmaması da karşı tarafı bu tarz bir sözleşmeyi itiraz etmeksizin kabul etmesine sebep olmaktadır. Sözleşmeyi hazırlayan tarafın sözleşme konusu edimin ifasında monopol konuma sahip olduğu durumlarda karşı taraf herhangi bir alternatif arayışına dahi girmeksizin kendisine sunulan sözleşme metnini kabul etmek zorunda kalmaktadır. Ancak standart sözleşmelerde her zaman sözleşmeyi hazırlayan tarafın monopol konumda olmasına gerek yoktur. Günümüzde rekabetçi bir çevrenin söz konusu olduğu sözleşme ilişkilerinde dahi rekabet edenlerin birbirine benzer standart sözleşme hükümleri kullandığını görmekteyiz. Dolayısıyla sözleşmenin karşı tarafının nihai olarak ulaşmak istediği edimi ifa edebilecek farklı bir alternatifin var olması da karşı tarafın sözleşme ilişkisi kapsamında karşılaşılabileceği sonucu değiştirmemektedir²⁰. Bu durumun en önemli sonucu ise standart sözleşmenin karşı tarafını oluşturan ve genellikle ekonomik olarak

18 CORTIER Andre, "A Peace Plan for the Battle of the Forms", *International Trade and Business Law Review*, Vol. 10:195, 2006, s. 196; JACOBS Edward J., "The Battle of the Forms: Standard Term Contracts in Comparative Perspective", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, No. 2, 1985, s. 298; YILMAZ Abdüssamet, **Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı**, Ankara, 2015, s. 44; SCHÄFER/LEYENS, s. 101; KÖTZ, s. 132; ZERRES, s. 2; ATAMER, Genel İşlem, s. 30.

19 ZERRES, s. 2.

20 KÖTZ, s. 132; ZERRES, s. 3; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 865; ANTALYA, s. 398; ATAMER, Genel İşlem, s. 35.

güçsüz konumda olan tarafın kanunen korunmasına yönelik tedbirler alınması²¹ ve standart sözleşmenin içeriğinin yargı tarafından denetlenmesi olarak ortaya çıkar²².

II. STANDART SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN ÇATIŞMASI

Sözleşme tarafları, çoğu zaman sözleşmenin esaslı unsurlarını teşkil eden hususlar üzerinde karşılıklı müzakere sonucu anlaşmaya varırken; garanti şartları, tahkim prosedürü, teslimat şekli, taşıma sırasında meydana gelebilecek zararlardan sorumluluk gibi yan unsurlar için standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunurlar²³.

Bir sözleşme kurulurken tarafların asıl odaklandığı kısım asli edim yükümlülükleri olurken kendileri için önem arz etmeyen diğer yükümlülükler çoğu zaman taraflarca göz ardı edilmektedir. Taraflar bu gibi durumlarda, diğer yükümlülüklerle ilişkin olarak kendilerince önceden hazırlanmış sözleşme metinlerinin uygulama alanı bulacağını kararlaştırırlar. Ancak çoğu zaman söz konusu bu diğer yükümlülüklerle ilişkin tarafların uygulanmasını istedikleri hükümler birbiriyle benzer nitelikte olmaz. Sözleşme tarafları bu hükümlerin birbiriyle çatıştığını da genellikle bir ihtilaf çıkana kadar fark etmezler. Oysa taraflar diğer yükümlülüklerle ilişkin kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunmamış olsalar idi, sözleşmede yer almamış uyumsuzluk halini hakim o sözleşmeye uygulanacak kanun hükümlerini uygulamak suretiyle kolay bir şekilde çözüme kavuşturabilirdi²⁴. Her iki tarafın

21 Standart sözleşme hükümlerinin denetlenmesine yönelik ilk kanuni düzenleme İtalyan Medeni Kanunu m. 1341'de yer almıştır. KÖTZ, s. 134; Almanya'daki gelişim süreci hakkında detaylı bilgi almak için bkz. REHBINDER, s. 644 vd.

22 Sözleşme hukukunun iki temel ilkesi olan eşitlik ve sözleşme serbestisi ilkesi bireysel sözleşmeler temel alınarak kabul edilmiştir. Modern hukuk sistemlerinde temel bir ilke olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin, sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme gibi görünüm şekilleri bulunmaktadır. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, borçlar hukuku alanında yer alan sözleşmeler bakımından geçerliyken; aile, miras ve eşya hukuku gibi alanlardaki sözleşmelerin büyük bir bölümünde geçerli değildir. Sözleşme taraflarının sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, sözleşme taraflarının eşit düzeyde pazarlık gücüne sahip olduğu varsayımına dayanan toplumun ekonomik çıkarlarına zarar vermeyen makul sosyal bir fikir olarak ortaya çıkmıştır. Ancak günümüz toplumunun karmaşık sosyal, kültürel ve ekonomik koşullarında idealist bir çekim düzeyine sahip olmaktan uzaklaşmıştır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, özellikle standart sözleşmeler açısından, zayıf konumda olanların güçlü konumda olanlara karşı ekonomik bakımdan ezilmesine ve onları hukuken korumasız bırakan bir araca dönüşmüştür. Dolayısıyla günümüzde sözleşme özgürlüğü ilkesinin mutlak bir şekilde sözleşme adaletini sağladığı söylenemez. Özellikle büyük endüstriyel kuruluşlar tarafından standart sözleşmelerin kullanımının yaygınlaşmaya başlamasıyla sözleşmenin içeriğine yönelik müdahalelere cevaz verilmesi modern hukuk sistemlerinde gündeme gelmiştir. Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün denetlenmesinin bir temel hak olan sözleşme özgürlüğünün aslında yine kendisinin korunmasına hizmet edeceği de gözden kaçırılmamalıdır. KESSLER Friedrich, "Some Thoughts on the Evolution of the German Law of Contracts: Part I", **Faculty Scholarship Series**, Paper N. 2644, 1975, s. 1067; PIECK Manfred, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law", **Annual Survey of International & Comparative Law**, Vol. 3, Iss. 1, 1996, s. 111 vd.; NOMER Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2018, N. 50; ERÇOŞKUN-ŞENOL Kübra, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27", **İÜHFİM**, C. LXXIV, Sa. 2, 2016, s. 711; KARABAĞ-BULUT Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, 2014, s. 7-8; REHBINDER, s. 643; SİRMEN, s. 445 vd.; FEYZİOĞLU, s. 233; EREN, s. 17, 313 vd.; ANTALYA, s. 399; SEROZAN, TBK 1, N. 1, 2, 89, 91; ATAMER, Genel İşlem, s. 9 vd.; ULUSAN, s. 1219; ÖZEL, s. 156; BAŞ, s. 279; GÖRGEÇ, s. 406.

23 Sözleşmeler hukukunda yer alan aynadaki görüntü (*mirror image*) kuralına göre, sözleşme taraflarından birinin irade açıklaması ile karşı tarafın irade açıklaması her anlamda örtüşmediği sürece geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilemez. Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. dn. 36 ve orada anılan eserler.

24 BAIRD Douglas G./WEISBERG Robert, "Rules, Standards, and the Battle of the Forms: a Reassessment of § 2-207",

kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunduğu hallerde, sözleşmenin kurulup kurulmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir²⁵.

Sözleşme akdedilirken tarafların kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması durumunda bunların birlikte uygulanıp uygulanmayacağı veya hangisinin tercih edileceği sorunu öğretide “standart sözleşme hükümlerinin çatışması”, “sözleşmelerin savaşı”, “battle of forms”, “genel işlem koşullarının çelişmesi” olarak çeşitli şekillerde ifade edilmektedir²⁶.

Sözleşme taraflarının kim olduğundan bağımsız şekilde, sözleşmenin her iki tarafı da standart sözleşme hükümleri kullanabilir. Diğer bir deyişle taraflardan biri veya her iki taraf da tüzel kişi olabileceği gibi gerçek kişi olabilir, keza sözleşme tarafları tüketici olabileceği gibi tacir de olabilir. Ancak genel itibarıyla standart sözleşme hükümlerinin çatışması hali sözleşmenin her iki tarafının da tacir olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Zira standart sözleşme hükümleri hazırlamak, belli oranda masraf, emek ve deneyim gerektirmektedir. Örneğin; iki tacir arasında gerçekleştirilen bir satış sözleşmesinde, satıcı tarafın genel satış şartları içeren sözleşme hükümleri kullanması, alıcı tarafın da genel satın alma koşulları içeren sözleşme hükümleri kullanması durumunda öncelikle bu standart sözleşme hükümlerinin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı tespit edilmelidir. Standart sözleşme hükümlerinin birbiriyle çatışma halinde olduğu durumlarda anılan hükümlerin bir arada uygulanamayacağı sonucuna varılır. Bu durumda ise standart sözleşme hükümleri arasındaki çatışmanın ne şekilde ortadan kaldırılacağı değerlendirilmelidir²⁷.

Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halleri çok çeşitli şekillerde meydana gelebilir. Bu halleri teker teker saymak mümkün değildir. Sıklıkla karşılaşılan bazı durumlara örnek verecek olursak;

- Tarafların kendi standart sözleşmelerinde benzer nitelikteki hükümlere yer vermiş olduğu, ancak söz konusu bu hükümleri farklı bir içerikle hazırlamaları ve buna atıfta bulunmaları halinde; örneğin, tarafların farklı tahkim şartı veya garanti koşulu kararlaştırmalarında olduğu gibi,

Virginia Law Review, Vol. 68, No. 6, 1982, s. 1217; BÜYÜKSAĞIŞ Erdem, “Turkish Contract Law Reform: Standard Terms, Unforeseen Circumstances, and Judicial Intervention”, **European Business Organization Law Review**, 2016, s. 435; RÜHL Giesela, “The Battle of Forms: Comparative and Economic Observations”, **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, Vol. 24, 2003, s. 189; ZERRES, s. 9; EISELEN/BERGENTHAL, s. 216; JACOBS, s. 312; von MEHREN, Battle of Forms, s. 271.

25 Konu ile ilgili çeşitli ihtimaller için bkz. ATAMER, Genel İşlem, s. 118 vd.

26 SCHLECHTRIEM Peter, “The Battle of the Forms under German Law”, **The Business Lawyer**, Vol. 23, No. 3, 1968, s. 655; BEN-SHARAR Omri, “An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms”, **John M. Olin Center Law & Economics University of Michigan**, Paper #04-018, 2004, <https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2004/Documents/ben-shahar04-18.pdf>, s. 5, e.t.: (21.05.2018); YÜCESOY-YILMAZ Yasemin, “Viyanalı Satım Antlaşmasına Göre Kabul”, **TAAD**, Yıl: 7, Sa. 30, 2017, s. 435; CISG-AC Opinion No. 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG, (Rapporteur: EISELEN Sieg), Adopted by the CISG Advisory Council following its 17th meeting, in Villanova, Pennsylvania, USA, on 20 January 2013, Rule 10, <https://www.cisgac.com/opinions/#op>, e.t.: (21.05.2018); BAIRD/WEISBERG, s. 1217; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 435, ZERRES, s. 9; RÜHL, s. 189; EISELEN/BERGENTHAL, s. 216; ATAMER, Genel İşlem, s. 115; söz konusu hukuki problemin Türk Hukukunda nasıl bir çözüme kavuşturulması gerektiği hakkında detaylı bilgi almak için bkz. IV, F; BAŞ-SÜZEL Ece/ADEN Felix, ““Battle of Forms” im Türkishen AGB-Recht”, **RIW**, 2017, s. 111-116; BÜYÜKSAĞIŞ Erdem, “Borçlar Kanunu ve Viyanalı Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çelişen Genel İşlem Şartları”, **Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sa. 15, 2015, s. 135-157.

27 KESSLER, s. 1078; BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 115; von MEHREN, Battle of Forms, s. 272.

- Tarafların aynı edimin ifasına yönelik birkaç farklı sözleşme yapması ve bu sözleşmelerde birbirinden farklı standart sözleşmeler kullanmaları halinde, sözleşmede karşılıklı müzakere edilen hükümlerde herhangi bir çatışma söz konusu olmazken, ilk sözleşmede sunulan standart sözleşmede yer alan bir hükmün sonrasında sunulan standart sözleşmelerde yer alan diğer bir hüküm ile çatışması veya tam tersi bir durumda,
- Sözleşme taraflarından birinin, karşılıklı müzakere sonucunda sözleşmede yer verilen hükümler ile atıfta bulunulan standart sözleşme hükümlerinin tamamının karşı tarafça kabul edilmemesi halinde sözleşmenin kurulmamış olacağına ilişkin genel bir hükme (itiraz klozuna) yer verdiği durumlarda standart sözleşme hükümlerinin çatışması ile karşı karşıya kalmaktayız.

Çatışma halleri için ortak unsur, sözleşme taraflarının karşılıklı müzakere edilen hükümler konusunda tam bir anlaşma halinde olduğu ancak atıfta buldukları standart sözleşme hükümlerinde farkında olmaksızın bir uyuşmazlık halinin mevcut olmasıdır²⁸. Standart sözleşme hükümleri arasında bir çatışmanın var olduğunun tespitinin ardından bu çatışmanın ne şekilde ortadan kaldırılacağı sorunu gündeme gelir²⁹.

III. STANDART SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN ÇATIŞMASI HALİNDE ÖĞRETİDE İLERİ SÜRÜLEN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Standart sözleşme hükümlerinin çatışması hukuki probleminin çözümüne ilişkin olarak öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde ortaya çıkan hukuki sorunun çözümü öğretide yer alan bu görüşler temel alınarak birçok uluslararası sözleşmede de özel olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada öğreideki görüşlerden ilk atış kuralı, son atış kuralı, nakavt kuralı, en iyi atış kuralı ve makul atış kuralına değinilecektir.

A. İLK ATIŞ KURALI (FIRST SHOT RULE)

İlk atış kuralına göre, bir sözleşme akdedilirken tarafların kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması ve bu hükümlerin çatışması halinde kabul beyanında bulunan taraf, öneride bulunan tarafın atıfta bulunmuş olduğu standart sözleşme hükümlerini açık bir şekilde reddetmemiş olması halinde, öneride bulunan tarafın standart sözleşme hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır³⁰.

İlk atış kuralının uygulama alanı bulduğu bir düzenleme olarak Hollanda Medeni Kanunu art. 6:225 (3) gösterilebilir³¹. Söz konusu düzenleme uyarınca, bir sözleşme kurulurken sözleşmenin her iki

28 FEJÖS, Andrea, "Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of the Forms under the CISG and the UCC", CISG Database, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejoes.html>, 2006, e.t.: (25.04.2018).

29 BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 115.

30 MAHÉ Chantal B.P., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law A Commentary*, (Ed. SCHELHAAS Harriët), Nijmegen, 2002, BW art. 6:225, s. 124; YILMAZ Alper Çağrı, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 6, S. 6, 2018, s. 489; KADNER-GRAZIANO, s. 76; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 235; STEENSGAARD, s. 6.

31 Hollanda Medeni Kanunu m. 6:225; "Öneriye kıyasla farklı olan kabul;

tarafı da farklı standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunuyorsa, ilk atıfta bulunan tarafın standart sözleşme hükümlerini açık şekilde reddetmediği takdirde daha sonra atıfta bulunan tarafın yaptığı atıf herhangi bir etkiye sahip olmayacaktır³².

Bu kural uyarınca, kabul beyanında bulunan tarafın kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunmak suretiyle yapmış olduğu irade beyanı karşı öneri olarak sayılmayacaktır. Bu durumda sözleşmenin, öneride bulunan tarafın koşullarında sonuçlandırılması amaçlanmakta ve klasik kabulün etkisi değiştirilmek suretiyle aynadaki görüntü kuralı etkisiz hale getirilmektedir. Kabul için öngörülen bu değiştirilmiş etki, yalnızca kabul beyanında bulunan tarafın açık bir şekilde öneride bulunan tarafın, koşullarını kabul etmediği durumlarda söz konusu olmayacaktır. Klasik sözleşmeler hukuku kuralı olan aynadaki görüntü kuralının aksine bir sonuç doğuran bu yaklaşımın uygulanabilmesi için Hollanda Medeni Kanunu'nda olduğu gibi yasal bir dayanak mutlaka olmalıdır³³. Bu kuralın uygulama alanı bulduğu diğer bir düzenleme tartışmalı olmakla birlikte, UCC 2-207'de yer almaktadır³⁴.

Her ne kadar bazı kanunlarda kendisine yer bulmuş olsa da ilk atış kuralının öğretisi ve uygulamada genel itibarıyla kabul görmeyen bir yaklaşım olduğu söylenebilir. Bu kuralı temel alan düzenlemelerin yer aldığı kanun metinleri oldukça az sayıdadır³⁵.

1. Bir önerinin farklı yahut ek koşullarla birlikte kabulü, yeni bir öneri ve ilk önerinin reddi olarak değerlendirilir.

2. Öneriye kıyasla yalnızca ikincil unsurları itibarıyla farklı olan cevap kabul iradesi taşıyorsa, öneride bulunan tarafından farklılıklara derhal itiraz edilmediği müddetçe, kabulün içeriğine uygun olarak bağlayıcı bir sözleşme kurulacaktır.

3. Öneri ile kabul farklı standart hüküm ve koşulların uygulanması konusunda atıfta bulunuyorlarsa, ilk olarak atıfta bulunulan standart hüküm ve koşulların uygulanmasına açıkça reddetmediği müddetçe, ikinci atıf etkisizdir.”

Söz konusu düzenlemenin orijinal metnine ulaşmak için bkz. <http://wetten.overheid.nl/BWBR0005289/2017-09-01>; söz konusu düzenlemenin İngilizce metnine ulaşmak için bkz. <http://www.dutchcivilaw.com/civilcodebook066.htm>, e.t.: (25.05.2018).

32 Bu hüküm uyarınca, standart sözleşme hükümleri arasındaki farklılıklarda ilk atış kuralı doğrudan uygulama alanı bulur. Nitekim BW art. 6:225 (3) uyarınca, açıkça reddedilmediği sürece, öneri ile kabul farklı standart sözleşmelere atıfta bulunuyorlarsa ilk atış kuralı uygulama alanı bulacak ve sözleşmenin içeriği öneri beyanındaki hükümler çerçevesinde belirlenecektir. Diğer bir deyişle, karşı taraf açıkça reddetmedikçe standart sözleşme hükümleri arasındaki farklılıklara bakılmaksızın ilk olarak atıf yapılan standart sözleşme hükmü çerçevesinde sözleşme kurulacaktır. Bununla birlikte açık reddin söz konusu olduğu durumlarda ise standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak üç farklı hukuki sonucun ortaya çıkabileceği öğretilerinde kabul edilmektedir. BW art. 6:225 (1) uyarınca, birbirinden farklılık arz eden öneri ve kabule yönelik beyanların mevcudiyeti halinde sözleşme kurulmayacaktır. BW art. 6:225 (2) uyarınca derhal itiraz edilmediği takdirde, öneriye kıyasla yalnızca ikincil unsurları itibarıyla farklı olan cevap kabul iradesi taşıyorsa, son atış kuralı uygulama alanı bulacak ve sözleşmenin içeriği kabul beyanındaki hükümler çerçevesinde belirlenecektir. Son olarak, BW 6:225 (1) uyarınca öneri ve kabule yönelik beyanın birbirinden farklılık arz etmesi sebebiyle sözleşme kurulmamış olsa dahi, taraflar sözleşmenin ifasına başlamışlar ise; BW 6:248 (1) uyarınca, taraflar arasındaki teamüller ve dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin kurulduğu kabul edilecek ve bu durumda nakavt kuralı uygulanarak sözleşmenin içeriği öneri ve kabul beyanlarında ortak olarak bulunan hükümlerden oluşacaktır. MAHÉ, BW art. 6.225, s. 124.

33 STEENSGAARD, s. 7.

34 UCC 2-206'da yer alan düzenlemede sözleşmenin kuruluşunda öneri ve kabulün etkileri düzenlenmiş ardından UCC 2-207'de ise tarafların tacir olup olmamasına, ifa hareketlerine başlanıp başlanmamasına ve öneri ile kabul şartları arasındaki farklılıklara bağlı olarak, ilk atış kuralı, son atış kuralı ve nakavt kuralının dâhil olduğu çeşitli çözüm yolları öngörülmüştür. Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. IV, B.

35 STEMP Kevin C., “A Comparative Analysis of the Battle of the Forms”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 15:243, 2005, s. 245; KADNER-GRAZIANO, s. 77; STEENSGAARD, s. 7.

B. SON ATIŞ KURALI (LAST SHOT RULE)

Öğretide “son söz teorisi” (*Theorie des letzten Wortes*) olarak da adlandırılan son atış kuralı, temelini sözleşmenin kurulması için öneri ile kabul beyanının birebir örtüşmesini şart koşan “aynadaki görüntü” (*mirror image*) kuralından almaktadır³⁶. Aynadaki görüntü kuralına göre, sözleşme taraflarından birinin irade açıklaması ile karşı tarafın irade açıklaması her anlamda örtüşmediği sürece geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilemez³⁷. Öneri beyanı ile birebir örtüşmeyen kabule yönelik beyan, önerinin reddi olup, karşı öneri niteliği taşıyacaktır. Her iki tarafın da kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması ve bu hükümlerin çatışması halinde, taraflardan birisi ifade bulunmadığı sürece sözleşme kurulmamış olacaktır. Sözleşmenin kurulabilmesi için taraflar tam anlamıyla bir uyuşma sağlayana kadar karşılıklı önerilerde bulunmaya devam edeceklerdir³⁸. Ancak taraflardan birinin ifaya başladığı durumda son olarak sunulan sözleşme metninin karşı tarafa kabul edildiği ve sözleşmenin bu metindeki hükümler çerçevesinde kurulacağı sonucuna varılacaktır. İfayı kabul eden taraf, aynı zamanda karşı tarafın son kez kendisine ilettiği olduğu standart sözleşme hükümlerini de kabul etmiş olmaktadır³⁹. Bu durum öğretide son atış kuralı olarak adlandırılmaktadır⁴⁰. Ayrıca kabule yönelik beyanın, öneri beyanından esaslı

36 SCHWAB Martin, *AGB-Recht Tipps und Taktik*, Heidelberg, 2008, N. 256; AKSOY-DURUSUN Sanem, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, İstanbul, 2008, s. 56.

37 Sözleşmenin kurulabilmesi için aranan bu uyuşma tarafların hem karşılıklı müzakere ettiği hükümler üzerinde hem de standart sözleşme hükümleri üzerinde olmalıdır. Günümüzde aynadaki görüntü kuralı, birçok ülke hukukunda ve uluslararası sözleşmelerde katı bir uygulamadan ziyade yumuşatılmış şekilde uygulanmaktadır. Bu kurala özellikle taraf iradelerinin esaslı olmayan unsurlar üzerinde örtüşmemesi durumunda istisnalar getirilmektedir. DORNIS Tim, *Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, (Hrsg. HONSELL Heinrich), Berlin, 2010, art. 19, N. 2; SAĞLAM İpek, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması*, (CISG m. 14-24), İstanbul, 2013, s. 199; KEATING Daniel, “Exploring the Battle of the Forms in Action”, *Michigan Law Review*, Vol. 98/2678, 2000, s. 2683; GOLDBERG P. Victor, “The Battle of Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule”, *Oregon Law Review*, Vol. 76, 1997, s. 159; STEENSGAARD Kasper, “A Comparative View on ‘Battle of the Forms’ under the CISG and in the German and US American Experiences”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2015/1, s. 5; YÜCESOY-YILMAZ, s. 430; BAIRD/WEISBERG, s. 1231; von MEHREN, *Battle of Forms*, s. 270; EISELEN/BERGENTHAL, s. 216. Aynadaki görüntü kuralının İngiliz Hukuku’nda yumuşatılmış halinin uygulandığı dava örnekleri için bkz. MCKENDRICK Ewan, “The Battle of Forms and the Law of Restitution”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 2, 1988, s. 197 vd. Bu kurala getirilen en önemli eleştiri ise tarafların her konuda kesin bir uyum içerisinde olması gerekliliğinin kabul edilmesi halinde günlük hayatta çoğunlukla sözleşme yapılamama ve ticari hayatın sekteye uğraması sonucunu doğuracağıdır. SAĞLAM, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, s. 200; BEN-SHARAR, s. 5, 6.

38 DORNIS, art. 19, N. 2; SAĞLAM, s. 199; KEATING, s. 2683; GOLDBERG, s. 159.

39 SCHROETER Ulrich G., “Ergänzungen, Einschränkungen und sonstige Änderungen zum Angebot”, *Kommentar zum Einheitlichen UN – Kaufrecht*, (Hrsg. SCHLECHTRIEM Peter/SCHWENZER Ingeborg), München, 2013, CISG art. 19, Rn. 22; WILDNER Kaia, “Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002”, *Pace International Law Review*, Vol. 20, Iss. 1, 2008, s. 5; FERRARI Franco, *MüKoHGB-Münchener Kommentar zum Handelsgezetzbuch, Band: 5, Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf-CISG*, (Hrsg. SCHMIDT Karsten), München, 2018, CISG art. 19, Rn. 15; ÖZCAN Zeynep, “The Battle of Forms”, *E-Journal of Law*, Vol. 4 (1), 2018, s. 5; EISELEN/BERGENTHAL, s. 216; ATAMER, Genel İşlem, s. 116; SAĞLAM, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, s. 244; CORTIER, s. 197; BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 116; STEENSGAARD, s. 8; KADNER-GRAZIANO, s. 75; SCHLECHTRIEM, *Battle of Forms under German Law*, s. 658; WILDNER, s. 5; YILMAZ, s. 487.

40 ATAMER, Genel İşlem, s. 116; SCHLECHTRIEM, *Battle of Forms under German Law*, s. 658; ZERRES, s. 10;

olmayacak derecede değişiklik arz ettiği durumlarda, sözleşmenin kabul beyanındaki değişiklikleri içerir biçimde kurulacak olması da son atış kuralının bir diğer görünüm şeklidir⁴¹.

İngiltere ve İskoçya mahkemelerinde standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde çözüm yolu olarak son atış kuralının tercih edildiği görülmektedir⁴². Son atış kuralının bazı durumlarda uygulandığı diğer bir ülke ise Almanya'dır. Almanya'da yürürlükten kaldırılan 1976 tarihli GIW § 33 (2) ve (3)'te yer alan düzenlemede, açık bir şekilde standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda, çözüm yolu olarak son atış kuralına yer verilmişti. Bunun yanı sıra Alman Federal Mahkemesi'nin BGB § 150 (2)'de yer alan düzenlemeye dayanarak standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde, son atış kuralını uyguladığı bazı kararlar da mevcuttur⁴³. Keza son atış kuralı, CISG m. 19'da da bazı istisnalarla birlikte uygulama alanı bulmaktadır⁴⁴.

Alman Hukuku'nda BGB § 154 (1) hükmü sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların ele aldıkları tüm konularda uyuşmalarını aramaktadır. Bu durumda da genel işlem şartlarının çatışması diye bir durumun söz konusu olamayacağı aşikardır. Ancak öğretide bu hükmün genel işlem şartları için uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁵.

Son atış kuralına yönelik öğretide çeşitli eleştiriler ileri sürülmüştür. Son atış kuralı son kez kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunan tarafı kayırmak suretiyle kazustik, mekanik, sözleşme

CORTERIER, s. 200; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 245; KADNER-GRAZIANO, s. 76.

41 Belirtmek gerekir ki, böyle bir durumda aynadaki görüntü kuralının katı bir şekilde uygulanması halinde sözleşme kurulmamış sayılacaktır. Öneri ile kabul beyanı arasında esaslı olmayan değişikliklerin olması halinde son atış kuralının kabul edilerek sözleşmenin kabul beyanındaki değişikliklerle birlikte kurulacağından bahsedilebilmesi için bu hususa ilişkin açık bir düzenleme bulunması gerekmektedir. Ulusal ve uluslararası mevzuatta bu yöndeki düzenlemelere Hollanda Medeni Kanunu art. 625 (2), CISG art. 19 (2), PICC, art. 2.1.11., PECL, art. 2:208 örnek olarak verilebilir.

42 Mahkemeler, edimin yerine getirilmesini, diğer bir deyişle ifa fiilini, son gönderilen karşı önerinin kabulü olarak kabul etmektedirler. Adı geçen ilke uyarınca mahkemeler, taraflardan birinin ifasını, gönderilen ek koşullara yönelik bir onay belirtisi olarak yorumlarlar. Son atış kuralı uyarınca, bir sözleşme, taraflardan birinin ifada bulunması üzerine, ifa anında kurulmuş olacaktır. İngiltere'de standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde çözüm olarak son atış kuralının uygulandığı iki öncü dava olarak bkz. *British Road Services Ltd. v. Arthur v. Crutchley & Co. Ltd.*, Court of Appeal, Civil Division, 05.12.1967, 1968, 1 All ER 811, söz konusu karara ulaşmak için bkz. <https://academic.oxfordjournals.org/doi/pdf/10.1093/accred/25.06.2018>. *Butler Machine Tool Co Ltd v. Ex-Cell-O Corporation Ltd.*, Court Of Appeal, Civil Division, 25.04.1977, 1 All ER 965, 1 WLR 40, söz konusu kararın tam metnine ulaşmak için bkz. <http://www.diprist.unimi.it/fonti/851.pdf>, e.t.: (25.06.2018). Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. IV, A. İskoçya'da son atış kuralının uygulandığı bir dava olarak bkz. *Court of Session Outer House, Uniroyal Ltd. v. Miller & Co Ltd.*, 1985, SLT 101.

43 Almanya'da standart sözleşme hükümleri veya diğer bir deyişle genel işlem koşulları (AGB), 1976 yılında yürürlüğe giren kanun ile kabul edilmiştir. Bu düzenleme 2001 yılında gerçekleştirilen büyük revizyonda Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) ikinci kitabına entegre edilmiştir. *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9.12.1976* tarihli kanun, *Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000* tarihli kanunun 2. maddesi ile değiştirilmiştir. SCHÄFER/LEYENS, s. 98; 1976 tarihli kanun ile ilgili detaylı bilgi almak için bkz. SANDROCK Otto/GALSTON Nina Moore, "Standard Terms Act 1976 of West Germany", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 26, N. 4, 1978, s. 551-572; REHBINDER, s. 641-653. Standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda çözüm olarak son atış kuralının uygulandığı davalar için bkz. OLG Köln, 14.04.1971, VM 1971, s. 847; BGH, 17.09.1954, BB 1954, no. 1624, s. 882; BÜYÜKSAĞIŞ, Çelişen Genel İşlem Koşulları, s. 141.

44 Bununla birlikte günümüzde hakim görüş CISG kapsamında standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda nakavt kuralının uygulama alanı bulacağı yönündedir. Detaylı açıklamalar için bkz. IV, C.

45 AKSOY-DURSUN, s. 57.

öncesi görüşmelere yabancı ve adil olmayan bir çözüm yolu sunmaktadır. Bu durum, tarafları kendi standart sözleşmesine son kez atıf yapılan taraf olmaları yönünde teşvik ederek uzlaşmacı davranmaktan uzaklaştırmaktadır. Bunun sonucu olarak, taraflar arasında sayısız sözleşme metni içeren belge değişimi safhası söz konusu olmakta ve sözleşme masraflarının azalması ile sözleşme görüşmeleri için harcanacak olan zamandan tasarruf edilmesi gibi standart sözleşme hükümleri kullanmanın önemli faydalarından yoksun kalınmaktadır. Bununla birlikte taraflar standart sözleşme hükümlerinde bir itiraz klozuna (*defansif kloz*) yer vermişler ise, bu durum tarafların birbirlerinin standart sözleşme hükümlerini baştan reddettikleri anlamına geleceğinden sözleşme hiçbir zaman kurulmayacaktır⁴⁶.

Son atış kuralının öğretilerde savunulmasının başlıca nedenleri ise sözleşmenin kurulup kurulmadığının ve sözleşme içeriğinin tespit edilmesinin kesin ve net bir şekilde belirlenerek ticari hayatta uygulama kolaylığı sağlaması, yargılama masraflarını azaltması ve bireysel uzlaşmazlıklarda keyfilikten uzak oluşudur⁴⁷.

C. NAKAVT KURALI (KNOCK OUT RULE)

Öğretilerde “*kalanın geçerli olması teorisi*” (*Restgültigkeitstheorie*) olarak da adlandırılan nakavt kuralına göre, her bir tarafın atıfta bulunduğu kendi standart sözleşmelerinde yer alan hükümlerin birbiriyle tam bir uyuma halinde olmadığı durumlarda, çatışan hükümler birbirini etkisiz kılacak ve taraflar anlaşmış oldukları esaslı noktalar üzerinden, sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeye başlayacaklardır. Bu durumda, sözleşme, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümler ile birbiri ile çatışmayan standart sözleşme hükümlerinden oluşacaktır⁴⁸. İlerleyen süreçte çatışma nedeniyle ortadan kalkmış olan hükümlere ilişkin ihtilaf yaşanması halinde ise bir boşluğun var olduğu kabul edilerek, boşluk doldurma yoluna gidilecektir. Bu boşluğun doldurulması ise genel hükümlere ve dürüstlük kuralına göre gerçekleştirilecektir⁴⁹. Çatışan hükümler, hükümlerin tek tek

46 Son atış kuralının “*ping-pong*” etkisi olarak adlandırılan bu durumda, taraflar son atışı yapabilmek adına tıpkı bir tenis müsabakasında olduğu gibi kendilerine ulaşan tenis topunu (sözleşme metnini) en iyi koşulu sağlayarak karşı tarafa geri göndermeye çalışmaktadırlar. EISELEN/BERGENTHAL, s. 221, 222; RÜHL, s. 215; CORTERIER, s. 200; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 247; YÜCESOY-YILMAZ, s. 436; STEENSGAARD, s. 12; ZERRES, s. 10.

47 RÜHL, s. 216; CORTERIER, s. 198; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 247; WILDNER, s. 6.

48 Bu durumda standart sözleşme hükümlerinin kısmi hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır. BGH, VIII ZR 304/00, 09.01.2002, NJW, 2002, s. 1651 vd.; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 251; KADNER-GRAZIANO, s. 78. Bununla birlikte öğretilerde nakavt kuralı çerçevesinde tarafların standart sözleşme hükümlerinin bütünüyle hükümsüz sayılarak yerlerinin genel hükümler ile doldurulabileceği yaklaşımı da değerlendirilmiştir. Ancak bu yaklaşım, taraf iradelerinin yeterince dikkate alınmaması gerekçesiyle eleştirilmiş ve nakavt kuralı uyarınca tarafların standart sözleşme hükümlerinde birbiriyle örtüşen hükümlerin geçerli sayılıp sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi gerektiği savunulmuştur. ZELLER Bruno, **The CISG and The Battle of the Forms, in: International Sales Law: A Global Challenge**, New York, 2014, s. 207; BÜYÜKSAĞIŞ, Çelişen Genel İşlem Şartları, s. 155-156; YILMAZ, s. 489. Belirtmek gerekir ki, nakavt kuralı uyarınca, tarafların birbiriyle örtüşen hükümlerinin sözleşme içeriğine dahil edilmesi taraf iradelerine uygun bir çözüme gidilmesi bakımından tek başına yeterli olmayabilecektir. Zira, bazı durumlarda tarafların çatışan hükümlerinin geçersiz sayılıp, oluşan boşluğun genel hükümlere göre doldurulması da tarafların ortak iradelerine aykırılık teşkil edebilecektir. Bkz. dn. 52.

49 MüKoHGB-FERRARI, CISG art. 19, Rn. 15; KADNER-GRAZIANO, s. 77; CHRISTANDL Gregor, **Commentaries on**

değerlendirilmesi ile değil; birbiriyle ilişkili olan hükümlerin bir bütün halinde değerlendirilmesi ile tespit edilecektir⁵⁰.

Aynadaki görüntü ve son atış kuralına nazaran nakavt kuralı, birçok açıdan daha elverişlidir. Öncelikle nakavt kuralının uygulanması durumunda sözleşmenin kurulması ihtimali artmış olmaktadır⁵¹. Ayrıca nakavt kuralında, bir tarafın standart sözleşme hükümlerine üstünlük tanınmayıp, tarafsız bir çözüm yolu benimsenmektedir. Buna ek olarak, taraflar arasında sayısız sözleşme metni içeren belge değişimi safhasına da olanak tanınmamakta ve böylece sözleşme masraflarının artmasının önüne geçilmektedir⁵². Bu bakımdan nakavt kuralının modern sözleşme pratiğine daha uygun olduğu öğretilerde ifade edilmektedir⁵³.

Nakavt kuralı belirtilen avantajlarının yanı sıra, taraf iradelerinin yeterince dikkate alınmaması⁵⁴, tarafları karşılıklı olarak anlaşma yoluna teşvik etmemesi⁵⁵ ve sözleşmenin kurulup kurulmadığının belirlenmesinin zor ve maliyetli olması gerekçeleriyle eleştirilere uğramıştır⁵⁶.

European Contract Laws, (Ed. JANSEN Nils/ZIMMERMANN Reinhard), Oxford, 2018, art. 2:209, N. 3; ZELLER, s. 207; BÜYÜKSAGIŞ, Çelişen Genel İşlem Şartları, s. 155; RÜHL, s. 199; GOLDBERG, s. 160; VISCASILLAS Maria del Pilar Pelares: “Battle of the Forms” under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles”, **Pace International Law Review**, Vol. 10 Iss. 1, 1998, s. 119; EISELEN/BERGENTHAL, s. 216; STEENSGAARD, s. 12-13; CORTIER, s. 201.

50 BGH, VIII ZR 304/00, 09.01.2002, NJW, 2002, s. 1651 vd., <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>, e.t.: (28.11.2018); ZELLER, s. 212; BÜYÜKSAGIŞ, Çelişen Genel İşlem Şartları, s. 156. Nitekim öğretilerde tarafların standart sözleşmelerinde çatışan hükümlerin tek tek hüküm bazında belirlenmesi durumunda oldukça sakıncalı sonuçların ortaya çıkabileceği ve sözleşmenin amacını oluşturan bir hükmün geçersiz kılınarak sözleşmenin bütününe tehlikeye atılabileceği belirtilmiştir. Zira, taraflar sözleşmenin her hükmünü iki taraf için de eşit düzeyde menfaat sağlayacak şekilde düzenlemeyebilirler. Örneğin, bir satış sözleşmesinde bir tarafın lehine garanti süresi düzenlenmiş ancak bunun karşılığında diğer tarafın lehine olacak şekilde malın bedelinde değişiklik yapılmış olabilir. Bu durumda garanti süresine ilişkin çatışan hükümlerin nakavt edilerek geçersiz kılınması ancak bedeldeki değişikliğin aynı kalması tarafların sözleşmenin temelini oluşturan iradelerine aykırılık oluşturabilecektir. STEENSGAARD, s. 16.

51 Nakavt kuralında standart sözleşme hükümlerinin çatışması sebebiyle öneri ve kabul beyanları tam olarak uyuşmasa dahi, taraflar esaslı unsurlarda anlaşmışlarsa ve tarafların sözleşmenin kurulduğuna yönelik iradeleri mevcut ise sözleşmenin kurulduğu kabul edilecektir. Dolayısıyla sözleşmelerin ayakta tutulması ihtimali artmaktadır. Öğretilerde bu durum, fikirlerin buluşmasının sözleşmenin kurulması için yeterli olduğu şeklinde de ifade edilmiştir. STEENSGAARD, s.14; farklı yönde bir görüş için bkz. CORTIER, s. 201.

52 RÜHL, s. 216; VISCASILLAS, s. 118; STEENSGAARD, s. 14-15.

53 STEENSGAARD, s. 15.

54 Nitekim genel hükümler doğası gereği birçok farklı duruma uygulanabilir nitelikte olduklarından her durumda taraflar adına en ideal çözüm yolunu ihtiva etmeyebilir ve tarafların sözleşmedeki ortak çıkarlarını koruyacak nitelikte olmayabilirler. Örneğin; ayıp bildirim süresine ilişkin olarak taraflardan birisinin standart sözleşmesinde iki ay, diğer tarafın standart sözleşmesinde iki ay on beş günlük bir süre öngörülmüş ve hükümler çatışmaları sebebiyle nakavt edilip, yerleri ayıp bildirim süresi bakımından önemli ölçüde kısa veya uzun bir süre öngören genel hükümler ile doldurulmuşsa, nakavt kuralının uygulanması ile tarafların ortak iradelerine aykırı bir sonuç doğması söz konusu olabilecektir. VISCASILLAS, s. 119 vd.; RÜHL, s. 219; KEATING, 2678, 2689-90; BAIRD/WEISBERG, s. 1255-56; STEENSGAARD, s. 16.

55 Standart sözleşme hükümleri çatışsa dahi karşı tarafın hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olmayacağı, bunun yerine yedek hukuk kurallarının uygulanacağını bilen taraf, karşı tarafın menfaatlerini düşünmeksizin kendisi için en iyi şartları sağlayan sözleşme hükümlerini sunmaktan geri kalmayabilecektir. RÜHL, s. 218; GOLDBERG, s. 162.

56 Bu eleştirinin sebebi olarak, nakavt kuralında sözleşmenin kurulması açısından sözleşme hükümlerinin uyuşmasından

Nakavt kuralı, Fransız Yüksek Mahkemesi⁵⁷ ve Alman Federal Mahkemesi⁵⁸ tarafından sıklıkla uygulanmaktadır. Ayrıca nakavt kuralı, Estonya Medeni Kanunu § 40, Polonya Medeni Kanunu § 385 ve Litvanya Medeni Kanunu art. 6.179'da standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde çözüm yolu olarak açık bir şekilde düzenlenmiştir⁵⁹. Amerika'da UCC 2-207 (3) fıkrasında, nakavt kuralı benimsenmiş bulunmaktadır. CISG kapsamında standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda da hakim görüşe ve danışma kurulu kararına göre, nakavt kuralı uygulanarak çözüme gidilmelidir. Mahkemelerin de sıklıkla bu kuralı uyguladığı gözlemlenmektedir. Yine PECL art. 2.209 ve PICC art. 2.1.21'de yer alan düzenlemelerde de nakavt kuralının tercih edildiği görülmektedir⁶⁰.

D. EN İYİ ATIŞ KURALI (BEST SHOT RULE)

En iyi atış kuralına göre, nakavt kuralı ile benzer şekilde, standart sözleşme hükümleri çatışsa dahi tarafların sözleşme ile bağlı olma yönünde iradeleri mevcut olup, taraflar esaslı noktalarda anlaşmışlar ise sözleşme kurulmuş sayılacaktır⁶¹. Bu durumda sözleşme hükümlerinin belirlenmesi ise tarafların sunmuş oldukları standart sözleşmelerden birisinin mahkeme tarafından seçilmesi yoluyla olacaktır. Seçim yapılırken standart sözleşme hükümleri bir bütün halinde değerlendirilecek ve bir tarafın standart sözleşmesi bütünüyle tercih edilirken, diğer tarafın standart sözleşmesi bütünüyle reddedilecektir⁶².

ziyade taraf iradelerinin sözleşmenin kurulması yönünde olmasının incelenmesi ve böyle bir incelemenin, sözleşme hükümlerinin uyuşmamasının tespitinden daha zor ve maliyetli olacağı gösterilmektedir. RÜHL, s. 219-220; STEENSGAARD, s. 17. Öğretide, nakavt kuralı uyarınca tarafların sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak iradelerinin varlığının ancak ifaya yönelik davranışta bulunmalarından anlaşılabileceğini belirten bir görüşe göre nakavt kuralı, tarafların sözleşmenin kurulduğunu düşünseler dahi ifa hareketleri henüz başlamadan sözleşmenin kurulmadığını ileri sürerek edimlerini ifa etmekten kaçınabilecekleri gerekçesiyle eleştirilmiştir. CORTERIER, s. 201. İleride de açıklanacağı üzere böyle bir yaklaşım UCC açısından geçerli olsa da standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunun açıkça düzenlendiği PECL ve PICC gibi uluslararası metinler açısından gündeme gelmeyecektir. Zira bu metinlerde nakavt kuralının tarafların ifa hareketi olmasa dahi uygulama alanı bulacağı ve sözleşmenin kurulmuş sayılacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir.

57 Cour de cassation, chambre commerciale, 20.11.1984, 83-15956, Publié au bulletin, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000.007.014497>, e.t.: (13.06.2018); TERRE François/SIMLER Philippe/LEQUETTE Yves, **Droit civil, Les obligations**, Paris, 2009, N. 122 naklen KADNER-GRAZIANO, s. 77.

58 BGH, 23.1.1991, NJW, 1991, s. 1604-1606; BGH, 24.10.2000, NJW-RR, 2001, s. 484.

59 Söz konusu düzenlemelerin İngilizce metinlerine ulaşmak için bkz. <http://www.wipo.int/wipolex/en/>.

60 Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. IV, B, C, D, E.

61 RÜHL, s. 221; GOLDBERG, s. 156.

62 Mahkeme tarafların standart sözleşmeleri arasında bir seçim yapmak zorundadır. Bu seçim yapılırken standart sözleşmelerde bulunan hükümler tek tek değerlendirilmeyip, her bir tarafın standart sözleşme metni bir bütün olarak değerlendirilecektir. Mahkemenin, tarafların standart sözleşme hükümlerinde mevcut olmayan hükümler seçmesi veya tarafların standart sözleşmelerini bir arada değerlendirip içlerindeki hükümlerden oluşacak yeni bir standart sözleşme metni oluşturması mümkün değildir. Mahkemenin seçiminde ilk atış ve son atış kurallarında olduğu gibi standart sözleşmelerin kronolojik olarak sunulduğu zamanları önem arz etmediği gibi, nakavt kuralında olduğu üzere standart sözleşmelerde yer almayan bir hükmün sözleşme içeriğine dahil edilmesi de söz konusu olamaz. BEN-SHARAR, s. 11; GOLDBERG, s. 166; RÜHL, s. 166.

Öğretideki bir görüşe göre standart sözleşmeler arasındaki seçimin kriteri “adillik” olarak belirtilirken⁶³; bir başka görüş seçimin kriteri olarak “ekonomik etkinlik” kriterini temel almaktadır⁶⁴. Ekonomik etkinlik belirlenirken, tarafların karşılıklı olarak mutabakata vardıkları anlaşmaların uygulanabilmesi ve işlem maliyetinin olabildiğince düşük seviyede tutulması hususlarının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁶⁵.

En iyi atış kuralı, standart sözleşme hükümleri yeterince adil veya ekonomik açıdan etkin olmayan tarafın standart sözleşmesinin bütünüyle reddedilmesi riskine karşın tarafları, sözleşmenin olası muhataplarının çıkarlarını da gözeterek standart sözleşme hazırlamaya yönlendirmeyi ve böylelikle tarafların standart sözleşmeleri arasındaki farklılıkların azaltılmasını amaçlamaktadır⁶⁶.

63 Bu görüşe göre, çatışan standart sözleşmelerden hangisi daha adil olarak değerlendirilebiliyorsa, o standart sözleşme mahkeme tarafından tercih edilecektir. Adillğin belirlenmesine ilişkin olarak ise net bir ölçüt verilmesi mümkün olmamakla birlikte tarafların davranışları bu bakımdan önem arz edebilmektedir. Diğer bir deyişle, işlemin tarafları ticari hayatta genel olarak hem satıcı hem de alıcı pozisyonunda bulunabildiğinden, bir hükmün adillği değerlendirilirken, bir tarafın, o sözleşmenin karşı tarafı olduğu zaman o hükmü nasıl değerlendirdiği ve o hükme nasıl yaklaştığına bakılması gerekecektir. Bu yaklaşım “altın kural” (golden rule) olarak isimlendirilen ve “bir kimsenin kendisine nasıl davranmasını istiyorsa başkalarına da o şekilde davranması gerektiği” düşüncesine dayanmaktadır. Örneğin; somut olayda sözleşmenin taraflarından olan ve satıcı konumunda bulunan taraf satıcının sorumluluğunun kapsamını daraltıcı hükümler kullanmış, ancak aynı taraf alıcı olarak girdiği benzer bir hukuki ilişkide satıcının sorumluluğunun kapsamını daraltan hükümlerini reddetmiş; bu durum iki tarafın hükümleri arasında tercih yapılırken söz konusu tarafın aleyhine olacak ve alıcı konumunda bulunan tarafın hükümlerinin uygulanmasına yol açabilecektir. GOLDBERG, s. 156; BEN-SHARAR, s. 11, dn. 35. Bununla birlikte en iyi atış kuralını ilk olarak ortaya atan *Goldberg*, adillik kriterinin söz konusu şekilde belirlenmesinin çeşitli zorlukları beraberinde getirdiğini de kabul etmektedir. Nitekim bir tarafın benzer işlerde birden fazla, farklı standart sözleşme kullanması durumunda mahkemenin adillğin belirlenmesinde hangi sözleşmeyi esas alacağı çözümlenmesi gereken bir sorun olarak karışımıza çıkmaktadır. Ancak bu zorluklara rağmen yazar, adillik kriterli en iyi atış kuralının, tarafları sözleşmenin karşı tarafı oldukları zaman kullandıkları standart sözleşme hükümleri ile mevcut ilişkide kullandıkları standart sözleşme hükümleri arasındaki farkları gerekeçlendirmekle yükümlü kılması sebebiyle uygulanabilir olduğu görüşündedir. GOLDBERG, s. 167-168.

64 Bu görüş uyarınca, en iyi atış kuralı sözleşme hukukunun ekonomik analizi kapsamında ele alınmakta ve çatışan standart sözleşme hükümleri arasındaki tercih, ekonomik etkinlik kriteri baz alınarak yapılmaktadır. RÜHL, s. 190. Borçlar hukukuna ekonomik yaklaşım, taraflarca üzerinde mutabakata varılmış olan sözleşmelerin uygulanması ile gönüllü ifa ilişkisinin teşvik edilmesi gerektiği önermesiyle başlar. Bu önermenin temelinde bireylerin refahlarını maksimize etmeye çalışan makul kişiler oldukları ve bu sebeple kendilerini daha iyi bir pozisyona sokmayacağına inandıkları ifa ilişkilerine girmeyeceklerinin kabulü yatar. Bireylerin aralarında mevcut olan sözleşme ilişkisinin detaylarına ilişkin olarak başkalarının bilmediği birçok bilgiye haiz oldukları göz önüne alındığında, yetkin kişiler arasındaki gönüllü sözleşmesel ilişkinin, iki tarafın refahını da daha iyi bir seviyeye çekecek olması yönünde güçlü bir varsayım olacaktır. Bu sözleşmesel ilişkinin tarafların refahını arttırması oranında üçüncü kişilerin refahını azaltmayacağı kabul edildiğinde, bu durum aynı zamanda ekonomik etkinliği sağlayarak, sosyal refahı da arttırmış olacaktır. RÜHL, s. 210. Sözleşme Hukukunun ekonomik analizine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. COOTER Robert / ULEN Thomas, *Law and Economics*, Boston, 2016; SANLI Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul, 2007, s. 11 vd.; SANLI Kerem Cem, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, İstanbul, 2015, s. 21 vd.; POSNER Richard Allen, “Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, No. 53, s. 1-11.

65 Bir hükmün ekonomik bakımdan etkinliği o hükmün taraflardan her birinin elde edeceği faydayı maksimize etmesi ile doğru orantılıdır. Dolayısıyla taraflar aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafının elde edeceği faydayı maksimize edecek yönde hükümler hazırlamaya da teşvik edilmiş olacaklardır. Bunun sonucu olarak standart sözleşme hükümleri arasındaki farklılıklar azalacak ve nihayetinde tarafların mahkemeye başvuru oranları düşecektir. Böylelikle yargılama giderlerinin ortaya çıkması engellenebilecek ve aynı zamanda sözleşmeler, ekonomik bakımdan en etkin olan hükümler çerçevesinde düzenlenmiş olacaktır. RÜHL, s. 221 vd.; SANLI, *Sözleşme Hukuku*, s. 21; SANLI, *Haksız Fiil*, s. 39.

66 GOLDBERG, s. 156; RÜHL, s. 223-224.

Öğretide en iyi atış kuralı mahkemenin, taraflardan birinin standart sözleşmesini bütünüyle seçmek zorunda olması dolayısıyla tercih edilen standart sözleşmede bulunan ve adil veya ekonomik bakımdan etkin olmayan hükümlerin de sözleşmenin içeriğine dahil olarak uygulama alanı bulabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶⁷.

E. MAKUL ATIŞ KURALI (REASONABLE SHOT RULE)

Temelini en iyi atış kuralından alan makul atış kuralı uyarınca da standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda, mahkeme tarafların standart sözleşme hükümleri arasında tercihte bulunacaktır. Ancak en iyi atış kuralından farklı olarak burada mahkeme taraflardan birinin standart sözleşmesini tamamıyla kabul edip, diğer tarafın standart sözleşmesini tamamıyla reddetmeyecek; tarafların standart sözleşme hükümlerini, düzenlenen konulara göre ayrı ayrı değerlendirerek her konu için makul gördüğü hükümleri tercih edecektir. Böylelikle tarafların standart sözleşme hükümlerinin farklı bölümlerini bir araya getirerek, en makul standart sözleşme hükümleri bütünü oluşturacaktır⁶⁸.

Tarafların çatışan standart sözleşme hükümlerinden hangilerinin daha makul olduğunun belirlenmesi bakımından ise kesin bir kriter belirlenmeyerek somut olay bazında değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁹. Somut olayda taraflar arasındaki ilişkiye özgü teamüller, benzer sözleşmelerde sürekli olarak uygulanagelen hükümler ve taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri “makul olma” değerlendirilmesi yapılırken dikkate alınacaktır⁷⁰. En iyi atış kuralında

67 BEN-SHARAR, s. 11-12.

68 Bu yönde bir yaklaşımın tarafların karşılaşılabilecekleri olası riskleri azaltıp, taraflar arasında mevcut olabilecek en makul standart sözleşme hükümlerinin uygulanmasını sağlayacağı belirtilmektedir. Aynı zamanda bu kuralın daha makul standart sözleşme hükümleri hazırlamaya teşvik edeceği ve en iyi atış kuralından farklı olarak tarafların standart sözleşme hükümlerinde bulunan ve makul olmayan hiçbir hükmün hakim tercih ettiği standart sözleşme hükmü içerisinde mevcut olamayacağı kabul edilmektedir. BEN-SHARAR, s. 11-12.

69 Örneğin; satılan mallarda ortaya çıkabilecek ayıptan sorumlu olunmayacağına dair bir hüküm, satıcının alıcının ihtiyaçlarına ilişkin olarak yeterli derecede bilgilendirilmiş olup olmadığı, alıcının malların kalitesini değerlendirebilme yeteneği, mallar kullanılırken karşılaşılabilecek zorlukların dereceleri, malların alıcı tarafından ne şekilde kullanılacağı gibi somut olayın özelliklerine bağlı olarak farklı şekillerde değerlendirilebilecektir. Bir tarafın standart sözleşmesinde tazminatın kapsamının tarafların makul olarak öngörebileceği zararlarla sınırlı olacağına dair bir hüküm düzenlenmiş, karşı tarafın standart sözleşmesinde ise tazminat sorumluluğunun amacına aykırı düşecek şekilde tazminat sınırlandırılmışsa, burada tazminatın kapsamının öngörülebilir zararlarla sınırlandırıldığı kabulü, daha makul olarak nitelendirilebilecektir. Aynı zamanda makuliyet değerlendirmesinin ekonomik etkinlik perspektifine göre yapılabileceği de belirtilmiştir. Örneğin; satıcı malın kalitesini en etkin şekilde kontrol edebilecek veya en az masrafla malı tamir edebilecek pozisyonda ise satıcının mallardaki ayıptan ötürü garanti sorumluluğunun söz konusu olacağını düzenleyen bir hüküm daha makul olarak kabul edilebilecektir. Bununla birlikte aynı düzenleme, malı ayıba karşı korumaya en elverişli olan veya mallardaki olası bir ayıba ilişkin olarak daha üst düzeyde bilgiye sahip olan tarafın alıcı olduğu durumlarda makul olarak değerlendirilemeyecektir. Aynı şekilde işlem maliyetini ve olası yargılama giderlerini aşağı seviyede tutabilecek yönde bir hüküm, tam tersi yönde olan bir hükme göre, daha makul sayılabilecektir. Keza bir hükmün makul sayılıp sayılmayacağı değerlendirilirken hükmü düzenleyene sağladığı maliyet tasarrufunu sözleşmenin karşı tarafına sağlayıp sağlamadığına bakılabilecektir. Mesela satıcının ayıba karşı garanti sorumluluğunu üstlenmemiş olduğu veya alıcının tazminat hakkının sınırlandırıldığı bir durumda satıcı ayıplı malın fiyatını düşürerek alıcıya satmışsa bu durumda bu hüküm de makul sayılabilir. Bu bakımdan öğretide makul olma ölçüsünün hangi kriterlere bağlı olarak tespit edileceğinin mahkeme içtihatlarıyla oluşacağı belirtilmiştir. BEN-SHARAR, s. 15, 25.

70 BEN-SHARAR, s. 16.

olduğu üzere makul atış kuralında da tarafların sözleşmenin karşı tarafının çıkarlarını düşünerek standart sözleşme hazırlamaya teşvik edilmesi söz konusu olacaktır⁷¹.

IV. MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN STANDART SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN ÇATIŞMASI HUKUKİ SORUNUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İNGİLİZ HUKUKU

İngiliz Borçlar Hukuku'nda, sözleşmenin kurulmasında, öneri ve kabule ilişkin olarak aynadaki görüntü ve son atış kuralı kabul edilmektedir⁷². Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak da genel kural olan aynadaki görüntü kuralı ve bu kuralın yansımaları olan son atış kuralı uygulanmakta ve farklı bir çözüm benimsenmemiş bulunmaktadır. Bu kuralın İngiliz Hukuku'nda yüzyılı aşkın süredir uygulanmasıyla birlikte 1977 tarihli Butler Machine Tool Co. Ltd v Ex-Cell-O Corporation Ltd. davasında geleneksel “*aynadaki görüntü*” yaklaşımı fiyat değişimi hükmü çerçevesinde detaylı bir şekilde tartışılmış, ve mahkemenin yargıçlarından *Lord Denning* tarafından klasik aynadaki görüntü ve son atış teorisine alternatif yöntemler ileri sürülmüştür⁷³.

Lord Denning ilk olarak standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda, sözleşmenin kurulması ve sözleşme hükümlerinin belirlenmesinin ayrı ayrı ele alınması gerektiğini önermiştir. Sözleşmenin kurulması açısından, tarafların esaslı konularda anlaşmış olmaları durumunda standart sözleşme hükümlerinde farklılık olsa dahi sözleşmenin kurulabileceğini ve tarafların esaslı konularda anlaşmaya varıp varmadıklarının tespitinde taraflar arasında gönderilen belgeler ve tarafların davranışlarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁷⁴. Sözleşme hükümlerinin belirlenmesi açısından ise çözümün somut olaya göre değişiklik gösterebileceğini belirterek üç farklı çözüm ileri sürmüştür. İlk olarak, açık veya örtülü bir kabulün olması durumunda, son atış kuralının uygulanabileceğini, ikinci olarak kabul beyanının esaslı değişiklikler içermesi ve bu değişikliklere açıkça dikkat çekilmemesi halinde ilk atış kuralının uygulanabileceğini, üçüncü

71 Makul atış kuralında da taraflar standart sözleşme hükümlerini, fazlasıyla tek tarafı ve dolayısıyla makul olmayacak şekilde düzenlemeleri halinde, kendi standart sözleşme hükümlerinin reddedilip karşı tarafın standart sözleşme hükümlerinin hakim tarafından kabul edilmesi riski ile karşı karşıya kalabileceklerdir. BEN-SHARAR, s. 22. Öğretide bu durum tarafların orta yolu bulmaya teşvik edilmesi olarak da tanımlanmıştır. GOLDBERG, s. 166.

72 RICHARDS Paul, **Law of Contract**, Boston, 2017, s. 25, 32; STEMP, s. 256; VERGNE, s. 239; Trollope and Colls Ltd v Atomic Power Constructions Ltd. 1962; Taylor v. Laird, 1856, 25 LJ Ex 329; Hyde v. Wrench, 49 Eng. Rep. 132, 1840. “*Aynadaki Görüntü (mirror image)*” ifadesinin ilk olarak kullanıldığı eser için bkz. HOGAN William E., “The Highway and Some of the Byways in the Sales and Bulk Sales Articles of the Uniform Commercial Code”, **Cornell Law Quarterly**, Vol. 48, No. 1, 1962, s. 44. Öneriden farklılık arz eden kabule yönelik beyanın karşı öneri sayılmasına ilişkin istisnalar da mevcuttur. Örneğin; anlamsız hükümler dikkate alınmayacağı gibi, öneride bulunanın menfaatine olacak şekilde değişiklikler içeren beyan da kabul olarak nitelendirilebilecektir. GABRIEL Henry D., “The Battle of the Forms: A Comparison of the United Nations Convention for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code”, **The Business Lawyer**, Vol. 49, No. 3, 1994, s. 1057; JACOBS, s. 297; Nicolene Ltd. v. Simmonds, Queen’s Bench Division, 1953, 543...t.: (13.06.2018);nti/851.pdf,çısından gündeme gelmeyecektir. Zira bu metinlerdemelerin Çatışması, Genel İşlem Koşullarının Çe

73 Butler Machine Tool Co Ltd v. Ex-Cell-O Corporation Ltd., Court Of Appeal, Civil Division, 25.04.1977, 1 All ER 965, 1 WLR 40, kararın tam metnine erişim için bkz. <http://www.diprist.unimi.it/fonti/851.pdf>. e.t. : 14.12.2018.

74 RICHARDS, s. 33; STEMP, s. 257; von MEHREN, Battle of Forms, s. 272; VERGNE, s. 241; JACOBS, s. 301.

olarak ise tarafların standart sözleşme hükümlerinin birbiriyle uyumlu olması durumunda, bu hükümlerin birlikte sözleşmenin içeriğini oluşturabileceğini, uyumlu olmadıkları durumda ise çatışan hükümlerin çıkartılarak yerlerinin makul hükümlerle doldurulabileceğini belirtmiştir⁷⁵.

Bu yaklaşımdan sonra İngiltere’de, öğretideki bazı yazar ve mahkemelerce “aynadaki görüntü” kuralının yumuşatılmasına yönelik girişimler mevcut olsa da⁷⁶ sözleşmenin kurulması ve standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak, çoğunlukla geleneksel aynadaki görüntü kuralı ve bu kuralın yansıması olan, son atış kuralının uygulandığı görülmektedir⁷⁷.

B. AMERİKAN HUKUKU

Bir başka Common Law ülkesi olan Amerika’da aynadaki görüntü kuralı⁷⁸, ticari hayatın gereklerine uygun olmadığı sebebiyle eleştirilere uğramış ve bu eleştiriler ışığında UCC 2-207 kaleme alınmıştır⁷⁹. UCC 2-207⁸⁰ sözleşmenin kurulması, içeriğinin belirlenmesi ve standart sözleşme

75 Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corporation Ltd, Court Of Appeal, Civil Division, 25.04.1977, 1 All ER 965, 1 WLR 40; STEMP, 257; GABRIEL, Battle of Forms, s. 1055. Lord Denning’in yaklaşımı sonralarda çok fazla eleştiriye maruz kalsa da şunu belirtmek gerekir ki, Lord Denning’in tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında yazılı, sözlü veya davranışlarıyla anlaşmaları durumunda bunun değerlendirilmesi gerektiği ve tarafların standart sözleşme hükümlerinin uzlaştırılması gerektiği yaklaşımı, şu anda standart sözleşme hükümlerinin çatışması konusunda var olan modern yaklaşımlara temel oluşturması bakımından önem arz etmektedir. SHANKER, Morris G., “Battle of the Forms: A Comparison and Criticism of Canadian, American and Historical Common Law Perspectives”, **Canadian Business Law Journal**, Vol. 4, 1980, s. 270 vd.; VERGNE, s. 243; von MEHREN, Battle of Forms, s. 273.

76 GABRIEL, Battle of Forms, s. 1053, 1056; JACOBS, s. 297; G Percy Trentham Ltd v Archital Luxfer Ltd., Court of Appeal, 1992, Lloyd’s Law Reports, s. 25 vd.

77 RICHARDS, s. 33; CHRISTANDL, Art. 2:209, N. 5; Balmoral Group Ltd. v Borealis Ltd., England and Wales High Court, 2006; Tekdata Interconnections Ltd. v Amphenol Ltd., England and Wales Court of Appeal, Civil Division, 2009; Claxton Engineering Services Ltd v TXM Olaj-Es Gazkutato Kft, England and Wales Court of Appeal, 2010. sfdmfM, görüntüKanunu art. 625 (2), CISG art. 19 (2), ...al ve uluslararası likte kurulacağından bahsedilebilmesi için bu husus

78 Bu kural “*American Restatement of Contracts*” art. 59’da açıkça belirtilmekteydi. GABRIEL Henry D.: “Uniform Commercial Code Article Two Revisions: The View Of The Trenches”, **Barry Law Review**, Vol. 23, No. 2, 2018, s. 131; STEPHENS Corneill A., “Escape From The Battle Of The Forms: Keep It Simple Stupid”, **Lewis & Clark Law Review**, Vol. 223, N. 11, 2007, s. 237; SUKURS Charles, “Harmonizing the Battle of the Forms: A Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 34, 2001, s. 1486; von MEHREN, Battle of Forms, s. 277; VERGNE, s. 243.

79 UCC ilk olarak 1952 yılında yayımlanmış olup bağlayıcılığı olmayan tavsiye niteliğinde bir kanundur. Bununla birlikte günümüzde Amerika’da neredeyse tüm eyaletlerin ticaret kanunlarının oluşmasında temel referans olan bir metin niteliğindedir. STEIN Robert A., **Forming a More Perfect Union: A History Of The Uniform Law Commission**, Charlottesville, 2013, s. 86-87; CORTERIER, s. 195; SUKURS, s. 1488; GABRIEL, Revision, s. 131-132. UCC 2-207’de sözleşmenin kurulması ve içeriğinin belirlenmesi düzenlenmekte olup maddenin düzenleniş amaçlarından birinin de standart sözleşme hükümlerinin çatışması hukuki probleminde çözüm bulmak olduğu ifade edilmektedir. MURRAY John E. Jr., “The Definitive “Battle of the Forms”: Chaos Revisited”, **Journal of Law and Commerce**, Vol. 20, 2000, s. 3; STEPHENS, s. 252; von MEHREN, Battle of Forms, s. 278.

80 UCC 2-207: “(1) Açık ve uygun biçimde yapılan bir kabul beyanı veya makul bir süre içerisinde gönderilen yazılı bir onay, öneri beyanında belirtilen veya üzerinde anlaşılmiş olan hükümlere ilave veya bu hükümlerden farklı hükümler içerse bile icabın kabulü sayılır.

(2) İlave hükümler, sözleşmeye eklemeler yapmaya yönelik öneri sayılırlar. Tacirler arasında bu hükümler sözleşmenin bir parçası haline gelir. Yeter ki:

a) Kabul beyanı, öneride bulunan hükümlerle açıkça sınırlanmamış,

b) Kabul beyanındaki ilave hükümler sözleşmeyi esaslı bir biçimde değiştirmiyor,

hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak ilk atış, son atış ve nakavt kurallarını aynı anda bünyesinde barındıran bir hükümdür⁸¹. Söz konusu düzenlemenin standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına çözüm bulunması amacıyla düzenlenmesinden hareketle, bu hükmün yalnızca standart sözleşme hükümlerinin bulunduğu durumlar açısından uygulanabileceği belirtilmiştir⁸².

Maddede sözleşmenin kurulması ve içeriğinin belirlenmesi hususları ayrı ayrı ele alınmıştır. UCC 2-207 (1)'e göre, sözleşmenin, kabul beyanında bulunan ilave veya farklı hükümler çerçevesinde kurulmasına yönelik bir şart bulunmaması halinde, kabule yönelik beyan, önerinin aynen kabulü olmasa dahi sözleşme kurulacaktır⁸³. Kabul beyanında bu yönde bir şart mevcut ise şarta bağlı kabul karşı öneri olarak nitelendirilecek ve öneride bulunan karşı öneriyi kabul etmedikçe sözleşme kurulmayacaktır⁸⁴.

UCC 2-207 (3)'de taraf davranışlarının sözleşmenin kurulmasına etki edebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, sözleşme tarafları, davranışlarıyla sözleşme kurulmuş gibi hareket ederlerse, arada hiç yazışma olmasa veya aralarındaki yazışmalarda birbirleriyle çatışan hükümler yer alsa dahi sözleşmenin kurulduğu kabul edilecektir⁸⁵.

Maddenin birinci⁸⁶ veya üçüncü fıkrasına göre sözleşmenin kurulduğu tespit edildikten sonra, sözleşme içeriğinin belirlenmesi aşamasına geçilecektir. Sözleşme UCC 2-207 (3) uyarınca

c) Kabul beyanındaki ilave hükümlerin reddedileceği bildirilmemiş veya bu yönde bir bildirim, ilave hükümler öğrenildikten sonra makul bir süre içerisinde yapılmamış olsun.

(3) Sözleşmenin mevcudiyetini gösteren taraf davranışları, aksi takdirde tarafların yazışmaları sözleşmeyi kurmayacak olsa dahi, satım sözleşmesinin kurulması için yeterlidir. Böyle bir durumda, sözleşmenin hükümleri, bu kanunda bulunan diğer tamamlayıcı hükümlerle birlikte tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümlerden oluşur.*

81 Karmaşık yapısı nedeniyle madde metni öğretide kafa karıştırıcı ve her kelimesi problemlere davetiye çıkaran hukuki bir felaket olarak nitelendirilmiştir. THATCHER Charles M., "Sales Contract Formation and Content-An Annotated Apology for a Proposed Revision of Uniform Commercial Code § 2-207", **South Dakota Law Review**, Vol. 32, 1987, s. 181, 183; BAIRD/WEISBERG, s. 1224; GOLDBERG, s. 155; STEPHENS, s. 241; STEMP, s. 245; von MEHREN, Battle of Forms, s. 278; MURRAY, s. 4; GABRIEL, Revision, s. 133; JACOBS, s. 308.

82 Album Graphics Inc. v. Beatrice Foods Corporation, Appellate Court of Illinois, 31.07.1980, 408 N.E.2d 1041, 1048; Lockwood Corporation v. Clifford Black and Bill Jim St. Clair, United States Court of Appeals, 5.C, 05.03.1982, 669 F.2d 324. Aksi yönde bir mahkeme kararı için bkz. Klocek v. Gateway Inc., United States District Court For The District Of Kansas, 16.06.2000, 104 F. Supp. 2d 1332.

83 Öğretide üzerinde pazarlık edilen hükümlerde (*dickered terms*) anlaşılırsa, standart sözleşme hükümleri veya diğer hükümler arasında farklılıklar mevcut olsa dahi maddenin birinci fıkrası uyarınca, sözleşmenin kurulmuş sayılacağı belirtilmektedir. STEMP, s. 246; JACOBS, s. 308; SUKURS, s. 1489; von MEHREN, Battle of Forms, s. 279; MURRAY, s. 6.

84 MAZZACANO Peter J., **A Comparison between the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code**, Osgeoode Hall Law School, 2013; STEPHENS, s. 252.

85 Bu bakımdan UCC 2-207, geleneksel Common Law yaklaşımı olan öneriden farklı bir kabulün, karşı öneri oluşturacağı kuralından farklı olarak sözleşmenin kurulmasına daha çok imkan tanıyan bir yaklaşım benimsemektedir. Bu yaklaşımın sonucu olarak standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda sözleşmenin kurulması ihtimali artmış ve standart sözleşme hükümlerindeki esaslı olmayan farklılıklardan dolayı bir tarafın sözleşmenin aslında kurulmamış olduğunu ileri sürerek sonradan ifanın gerçekleştirilmesini kolayca reddedebilmesinin önüne geçilmiştir. CAROLINE N. Brown, "Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work", **North Carolina Law Review**, Vol. 69, No. 3, 1991, s. 893, 897; von MEHREN, Battle of Forms, s. 279; BAIRD/WEISBERG, s. 1224; STEMP, s. 246; STEPHENS, s. 242; SUKURS, s. 1489. Öğretide bazı yazarlarca UCC 2-207 ile aynadaki görüntü kuralının reddedilmediği, kuralın değiştirilmiş bir biçimde uygulandığı da belirtilmektedir. MURRAY, s. 5.

86 Söz konusu hüküm, açık ve uygun şekilde yapılan kabul beyanından ne anlaşılması gerektiği ve öneri beyanından ne

kurulmuşsa, sözleşmenin hükümleri de aynı fıkra uyarınca benimsenen nakavt kuralı çerçevesinde belirlenecektir⁸⁷.

Sözleşmenin UCC 2-207 (1) uyarınca kurulduğu durumda ise sözleşme hükümleri ikinci fıkraya göre belirlenecektir⁸⁸. İkinci fıkra sözleşme hükümlerinin belirlenmesi açısından, tacirler arasındaki sözleşmeler ile taraflarından en az birinin tacir olmadığı sözleşmeler arasında ayrıma gitmiştir⁸⁹. Taraflardan en az birinin tacir olmadığı sözleşmeler bakımından ilk atış kuralı benimsenmiştir⁹⁰. Sözleşme taraflarının tacir olmaları durumunda ise, ikinci fıkrada belirtilen istisnaların mevcut olmaması halinde farklı veya ilave hükümler sözleşmenin parçası haline geleceğinden son atış kuralı uygulama alanı bulmuş olacaktır⁹¹. İstisnalardan birinin mevcut olması halinde ise farklı veya ilave hükümler sözleşmenin içeriğine dahil olmayacaklardır⁹². Bu durumda sözleşmenin içeriğinin ilk atış

derece farklılık içeren bir beyanın, kabul beyanı olarak nitelendirilebileceğinin açık bir şekilde düzenlenmemiş olması nedeniyle öğretilerde eleştirilmektedir. JACOBS, s. 310. Bazı mahkeme kararlarında, kabule yönelik beyan, öneriden esaslı derecede değişiklik arz etse dahi sözleşmenin kurulduğu kanaatine varıldığı görülmektedir. Böyle bir sonucun ortaya çıkması açık bir kabul beyanı ifadesinin muğlaklığından ileri gelmektedir. CBS Inc. v. Auburn Plastics Inc., Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, 4.D, 19.01.1979, 67 A.D.2d 811; People v. Brothers, Court of Appeals of the State of New York, 29.05.1980, 50 N.Y.2d 413. Öğretilerde ise haklı olarak öneriyi esaslı olarak değiştiren bir beyanın açık ve uygun bir kabul beyanı olarak sayılmayacağı belirtilmiştir. von MEHREN, Battle of Forms, s. 280; BAIRD/WEISBERG, s. 1224-25; VERGNE, s. 245. Aynı fıkroda “yazılı onay” ifadesinin kullanımı da “onay” ifadesinin mevcut durumun onaylanması anlamını taşıması ve öneriden farklılaşan bir beyanın onay olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olmayacağı gerekçesiyle öğretilerde yoğun olarak eleştirilmiştir. STEPHENS, s. 242.

87 STEPHENS, s. 245. Düzenlemenin üçüncü fıkrasında nakavt kuralı benimsenmekle birlikte çatışan ve nakavt edilen hükümlerin oluşturacağı boşluğun ne şekilde doldurulacağı açık değildir. Öğreti ve bazı yargı kararlarında boşluğun, yalnızca UCC’de açıkça düzenlenen hükümler çerçevesinde doldurulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. C. Itoh & Corporation v. Jordan International Corporation, United States Court of Appeals, 7.C, 04.04.1977, 552 F.2d 1228, 1237; SUKURS, s. 1492. Ancak UCC 1.205 (3) ve 2.208 (1) hükümleri uyarınca bu boşluğun yalnızca UCC’de açıkça düzenlenen hükümler çerçevesinde değil aynı zamanda taraflar arasındaki ticari teamüller çerçevesinde doldurulması gerektiği yönünde verilen kararlar da mevcuttur. Bkz. Dresser Industries v. Gradall Corporation, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 09.06.1992, 965 F.2d 1442, 1450.

88 MURRAY, s. 29; STEMP, s. 246; SUKURS, s. 1492.

89 Öğretilerde tacir ve tacir olmayanlar arasında yapılan ayrımın yerinde olmadığı ileri sürülmektedir. STEPHENS, s. 245-246. Buna göre, taraflarından en az birisinin tacir olmadığı sözleşmeler bakımından ilk atış kuralının kabul edilmesi, sözleşmenin taraflarından birisine daha avantajlı bir durum sunmakta olup son atış kuralında da mevcut olan bu durum ilk atış kuralı ile devam ettirilmiştir. SUKURS, s. 1490-91. Tarafları tacir olan sözleşmeler açısından ise ikinci fıkrada belirtilen istisnalardan birisinin varlığı halinde hangi kuralın uygulama alanı bulacağı sorusu cevaplanmamıştır.

90 Nitekim ikinci maddede ilave hükümlerin öneri olarak kabul edileceği belirtildikten sonra, bu hükümlerin yalnızca tacirler arasında ve belirli şartlar dahilinde sözleşmenin içeriğine dahil olacağı düzenlenmiştir. Buna göre taraflarından en az birisinin tacir olmadığı sözleşmelerde öneride bulunan, kabul beyanındaki ilave hükümleri kabul etmedikçe sözleşmenin önerideki hükümler çerçevesinde kurulmuş olacaktır. Bu durum da ilk atış kuralının kabul edildiğinin bir göstergesidir. MURRAY, s. 7; BAIRD/WEISBERG, s. 1246; STEPHENS, s. 245.

91 STEPHENS, s. 250; SUKURS, s. 1489.

92 Düzenlemenin birinci fıkrasında hem ilave hem de farklı hükümlerden bahsedilirken ikinci fıkrasında yalnızca ilave hükümler ifadesinin kullanılması farklı hükümler bakımından ikinci fıkranın uygulama alanı bulup bulmayacağı noktasında belirsizliğe yol açmıştır. Öğretilerde bir görüş, farklı kelimesinin bilinçsiz bir şekilde maddenin ikinci fıkrasına dahil edilmediğini ve ikinci fıkranın farklı hükümler ibaresini barındıracak şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüş özellikle Kaliforniya Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir. Northrop Corp. v. Litronic Industries, United States Court of Appeals, 7.C, 18.07.1994, 29 F.3d 1175; Steiner v. Mobil Oil Corp., Supreme Court of California, 11.10.1977, 569 P.2d 751; STEMP, s. 251 vd.; STEPHENS, s. 248. Diğer bir görüşe göre ise birinci fıkrada ilave ve farklı hükümler ifadelerinin ayrı ayrı kullanılması farklı hükümlerin ilave hükümler kapsamında ele alınmayacağını göstermektedir. Farklı hükümler ifadesinin yokluğunda ikinci fıkranın yalnızca ilave hükümler bakımından

kuralı uyarınca mı; yoksa nakavt kuralı uyarınca mı belirleneceği ise tartışmalıdır⁹³. Bu istisnalar: kabul beyanının öneride bulunan hükümlerle açıkça sınırlandırılmış olması; kabul beyanındaki ilave hükümlerin sözleşmeyi esaslı biçimde değiştirmesi⁹⁴; kabul beyanındaki ilave hükümlerin reddedileceğine ilişkin bildirim önceden veya ilave hükümler öğrenildikten sonra makul süre içerisinde yapılmış olması halleridir⁹⁵.

Öğretideki eleştiriler ve birbirinden farklı mahkeme kararları doğrultusunda düzenlemedeki bu eksikliklerin giderilmesi için ilgili komisyon tarafından madde metni yeniden kaleme alınmış ve mevcut halinden daha problemsiz bir düzenleme ortaya koyulmuştur⁹⁶. Ancak revizyonun hiçbir eyaletçe kabul edilmeyip yasalastırılmamasından sonra, komisyon resmi olarak revizyonu iptal ettiğini açıklamıştır⁹⁷. Dolayısıyla Amerikan Borçlar Hukuku'nda hala standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak yeknesak ve tatmin edici bir uygulamanın varlığından söz edilemeyecektir⁹⁸.

C. CISG

CISG'de art. 19'da, sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak geleneksel "aynadaki görüntü" kuralının bazı istisnalar ile birlikte kabul edildiği görülmektedir⁹⁹. Buna göre, önerinin kabulüne

uygulanmasının amaçlanmaktadır. *Dorton v. Collins & Aikman Corp.*, United State Court of Appeals, 6.C, 06.01.1962, 453 F.2d 1161, 1168; *Reaction Molding Technologies. Inc. v. General Electric Company*, United State District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 26.04.1984, 585 F. Supp. 1097, 1106; MURRAY, s. 15 vd. Bununla birlikte bu görüş kabul edildiği takdirde öneri beyanında bulunan hükümlerle çatışacak olan farklı hükümlerin bulunması durumunda ne şekilde bir çözüm yolu izleneceği sorusu ortaya çıkacaktır. Bu durumda bir görüş nakavt kuralının uygulanacağını kabul etmektedir. *Superior Boiler Works Inc. v. R.J. Sanders Inc.*, Supreme Court of Rhode Island, 29.04.1998, 711 A.2d 628, 635; von MEHREN, *Battle of Forms*, s. 287. Diğer bir görüş ise farklı hükümler bakımından ilk atış kuralının uygulanacağını ve kabul beyanında bulunan farklı hükümlerin dikkate alınmayarak sözleşmenin öneri beyanında bulunan hükümler çerçevesinde kurulacağını savunmaktadır. *Reaction Molding Technologies. Inc. v. General Electric Company*, United State District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 26.04.1984, 585 F. Supp. 1097, 1106.

93 STEPHENS, s. 250.

94 UCC 2-207 kapsamında esaslı değişiklik kavramından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Her ne kadar maddenin gerekçesinde esaslı değişiklik kavramına ilişkin olarak çeşitli kriterler getirilmiş ve örnekler verilmişse de, gerekçede kendi içerisinde çelişkiler ve eksiklikler barındırmaktadır. Nitekim gerekçenin dördüncü maddesinde öneride bulunan için şartıcı ve zorluk doğurucu olan hükümlerin esaslı değişiklik olarak sayılabileceği belirtilmişken, beşinci maddesinde aşırı (makul olmayan) derecede şartıcı hükümler esaslı değişiklik bakımından kriter olarak gösterilmiş ve zorluk doğurucu hüküm kriterine hiç değinilmemiştir. Bununla birlikte esaslı değişiklik sayılabilecek durumlara genelleyici şekilde örnekler verilmişse de bir değişikliğin esaslı sayılabilmesi için; sözleşmenin değeri, gönderilecek malların miktarı, taraflar arasında oluşmuş teamüller gibi birden fazla dinamiğin söz konusu olduğu ve her somut olayda esaslı değişiklik kavramının farklılık arz edebileceği göz ardı edilmiştir. STEPHENS, s. 246 vd.

95 UCC 2-207 (2), madde metni için bkz. dn. 78.

96 Revizyonda sözleşmenin kurulması ve hükümlerinin belirlenmesine ilişkin olarak mevcut maddede bulunan eksiklikler giderilse de bazı noktalarda kafa karışıklığına neden olabilecek nitelikte değişiklikler yapılmıştır. Revizyondaki değişikliklerin değerlendirilmesi ve ileri sürülen çözüm önerileri için bkz. STEPHENS, s. 259 vd.

97 GABRIEL, *Revision*, s. 130; STEENSGAARD, s. 14. Söz konusu düzenlemenin tam metnine erişmek için bkz. <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/article2>.

98 STEPHENS, s. 265.

99 SAĞLAM, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, s. 239; VISCASILLAS, s. 137; STEENSGAARD, s. 28; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 148; EISELEN/BERGENTHAL, s. 217; BEN-SHARAR, s. 8; GABRIEL, *Battle of Forms*, s. 1058;

yönelik, eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler içeren cevap, önerinin reddi olup, karşı öneri oluşturacaktır. Kabule yönelik beyanda mevcut olan ve önerinin şartlarını esaslı bir şekilde değiştirmeyen eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler ise bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Bu durumda sözleşme kabul beyanındaki değişiklikler ile birlikte kurulmuş olacaktır. Öneride bulunan taraf böyle bir sözleşme ile bağlı kalmak istemiyorsa, haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmeli veya bu yönde bir bildirim göndermelidir. Hangi değişikliklerin esaslı değişiklik sayılacağı ise sınırlı sayıda olmayacak şekilde art. 19 (3)'te sayılmıştır¹⁰⁰. CISG art. 19 uyarınca, sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak aynadaki görüntü kuralının uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Bununla birlikte standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda ortaya çıkan hukuki problemin ne şekilde çözümleneceği tartışmalıdır¹⁰¹.

Öğretide bir görüş, standart sözleşme hükümlerinin çatışmasının sözleşmenin hükümlerinin geçerliliği ile ilgili bir husus olduğunu ve bu sebeple çatışmanın CISG art. 4 atfı ile iç hukuka gidilerek çözülmesi gerektiğini¹⁰²; ikinci görüş, ilk atış kuralının uygulanması gerektiğini¹⁰³; üçüncü görüş,

MURRAY, s. 41-42; Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GmbH, United States District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 07.12.1999, 76 F.Supp.2d 919, 925.

100 Söz konusu düzenleme gereğince bedele, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğere karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyumsuzlukların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler önerinin şartlarını esaslı şekilde değiştirmiş sayılacaktır. Art. 19 (3)'te sayılan hallerin esaslı değişiklik oluşturacağını aksi ispat edilebilir olup, taraflar arasında oluşan teamüller, sözleşme görüşmeleri ve somut olayın özellikleri çerçevesinde bir değişiklik art. 19 (3)'te sayılan hallere ilişkin olsa dahi esaslı olmayan değişiklik olarak kabul edilebilecektir. Bununla birlikte art. 19 (3)'te sayılan hallere ilişkin bir değişiklik kural olarak esaslı değişiklik niteliğinde olup, bu değişikliğin esaslı olmadığını bunu iddia eden taraf ispat etmekle yükümlüdür. SCHROETER, Ulrich G., **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, (Ed. SCHLECHTRIEM Peter/ SCHWENZER Ingeborg), Oxford, 2016, Art. 19, N. 15; Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere art. 19 (3)'te esaslı değişiklik halleri oldukça geniş bir biçimde sayılmış olup, neredeyse öneri ve kabul beyanı arasında var olan tüm değişiklikler esaslı değişiklik olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla aynadaki görüntü kuralına art. 19 (2) ile esaslı olmayan değişiklikler bakımından getirilen istisnanın etkisiz kaldığı söylenebilecektir. SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 244; VISCASILLAS, s. 137; STEMP, s. 261; BÜYÜKSAGIŞ, s. 150; EISELEN/BERGENTHAL, s. 218; von MEHREN, Battle of Forms, s. 276; BEN-SHARAR, s. 9, dn. 24; GABRIEL, Battle of Forms, s. 1058; RÜHL, s. 196; MURRAY, s. 42.

101 Öğretide CISG kapsamında standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak yoğun tartışmalar mevcut olmakla birlikte, bu tartışmaların standart sözleşme hükümlerinin çatışmasının pratik önemini oldukça aşan bir seviyede olduğu da dile getirilmektedir. SCHROETER, CISG, Art. 19, N. 34; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 242.

102 von HUBER Ulrich, "Der Uncitral-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, 43. Jahrg., Heft: 3, 1979, s. 413. Bu görüş öğretilerde haklı biçimde eleştirilmektedir. Nitekim CISG art. 4, sözleşme hükümlerinin kamu düzenine aykırılığı, sosyal ve ekonomik düzene aykırılığı gibi sözleşme hükümlerinin veya teamüllerinin geçerliliğini etkileyebilecek durumları düzenlemektedir. MOCCIA Christine, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the "Battle of the Forms"", **Fordham International Law Journal**, Vol. 13, 1989/1990, s. 678. Bu durumların aksine standart sözleşme hükümlerinin çatışması hukuki problemi, sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir problemdir. Öğretilerde de bu problemin CISG kapsamında ele alınacağına ilişkin genel bir kabul mevcuttur. CISG-AC, Opn. 13, Eiselen, Rule 3.3; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 237; VISCASILLAS, s. 138; STEENSGAARD, s. 19.

103 Bu görüşü kabul eden bir mahkeme kararına göre, sözleşme taraflar arasında ilk ibraz edilen standart sözleşme hükmü temelinde kurulacaktır. ICT v. Princen Automatisering Oss, Netherlands Appellate Court's-Hertogenbosch 19.11.1996, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961119n1.html>; FEJÖS, Formation of Contracts, s. 29; Öğretilerde bu yaklaşımın CISG

son atış kuralının uygulanması gerektiğini¹⁰⁴; ağırlıklı görüş olarak kabul edilebilecek son görüş ise nakavt kuralının uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁵.

Bu görüş, uygulamaya dikkat çekerek CISG'de benimsenen son atış kuralının standart sözleşme hükümlerinin çatışması bakımından neredeyse hiç uygulama alanı olmadığını ve pratikte çoğu zaman standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına rağmen sözleşmenin kurulmuş olacağını belirtmektedir¹⁰⁶.

ilkelerine uygun, adil ve pratik bir yaklaşım olmadığı belirtilmektedir. SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 258; STEENSGAARD, s. 7.

104 Bu görüş, CISG'de sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak belirli istisnalar ile birlikte geleneksel aynadaki görüntü kuralının benimsendiğinden bahisle bu kuralın standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde de söz konusu olacağını kabul etmektedir. Öyle ki, bu görüşteki yazarlardan bazıları, nakavt kuralının son atış kuralına nazaran daha adil bir kural olduğunu kabul etmekle birlikte son atış kuralının CISG'de kabul edilen kural olması ve yeknesak uygulamanın da göz önünde bulundurulması gerekçesiyle bu kuralın tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedirler. STEENSGAARD, s. 35; BEN-SHARAR, s. 9. CISG metninin düzenlenmesine ilişkin çalışmalarda standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinin düzenlenmesi gerekip gerekmediği tartışılmış ve art.19'un bu problemin çözümü için de yeterli olacağı belirtilmiştir. SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 241. CISG kapsamında standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda son atış kuralının uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre, çatışan standart sözleşme hükümleri birbirlerinden esaslı olacak derecede değişiklik arz etmiyorlar ise sözleşme son olarak gönderilen standart sözleşmedeki değişiklikler çerçevesinde kurulmuş olacaktır. Bununla birlikte çatışan standart sözleşme hükümleri birbirlerinden esaslı derecede değişiklik arz ediyorsa, ancak son olarak gönderilen standart sözleşme hükümlerindeki değişikliklerin karşı tarafça açıkça kabul edilmesi veya bu hükümlere uygun bir şekilde ifade bulunulması durumunda sözleşmenin kurulduğundan bahsedilebilecektir. FARNSWORTH E. Allan, "Article 19", **Commentary on the International Sales Law**, (Ed. BIANCA Massimo/BONELLI M. Joachim), Milan, 1987, N. 2.5; ENDERLEIN Fritz/MASKOW Dietrich, **International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods : Commentary**, New York, 1992, s. 99; KELSO J. Clark, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Contract Formation and the Battle of Forms", **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 21, 1982/83, s. 555, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kelso.html>, s. 32 vd.; VISCASILLAS, s. 148; BEN-SHARAR, s. 9; MURRAY, s. 41; GABRIEL, Battle of Forms, s. 1062; RÜHL, s. 196. CISG kapsamında son atış kuralının uygulanması gerektiğini art. 8 (3)'e dayandıran mahkeme kararlarına da rastlamak mümkündür. BÜYÜKSAĞIŞ, s. 151; Filanto, S.p.A. v. Chilewich International Corp., United States District Court for the Southern District of New York, 1992, 789 F. Supp. 1229.

105 Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı, pratikte genellikle alıcının satın alma teklifine karşılık satıcının kabul beyanı ile sözleşmelerin kurulduğundan ve satıcının son atışı gerçekleştirdiğinden bahisle, art. 19 (1)'de benimsenen son atış kuralının genellikle satıcı lehine sonuçlar doğurduğunu belirtmektedirler. FARNSWORTH, art. 19, N. 2.5. Diğer yazarlar ise, özellikle tipik bazı durumlarda alıcıların teklifte bulunmaları için satıcılara çağrıda bulunarak, satıcıların teklifi üzerine kabul beyanında bulduklarından bahisle bu şekilde bir genellemenin yapılamayacağından bahsetmişlerdir. ENDERLEIN/MASKOW, s. 99; Norfolk Southern Railway Company v. Power Source Supply Inc., United States Federal District Court Pennsylvania, 25.07.2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080725u1.html>; Appellate Court Koblenz, 04.10.2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021004g1.html>; Appellate Court München, 11.03.1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311g1.html>; Appellate Court Köln, 24.05.2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html>.

106 Uygulamada tarafların çoğunlukla standart sözleşme hükümlerinin çatışmasını sözleşmenin kurulması önünde bir engel olarak görmedikleri gözlemlenmektedir. Nitekim taraflar çoğu zaman standart sözleşme hükümlerini okumadan sözleşme ilişkisi içerisine girmektedirler. Tarafların sözleşmenin kurulduğu yönünde hareket etmelerine rağmen standart sözleşme hükümlerinin çatışması nedeniyle sözleşmenin kurulmadığını söylemek taraf iradelerine önemli hukuki sonuçlar bağlayan CISG'in genel ilkelerine uygun olmayacaktır. Bununla birlikte taraf iradeleri, standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinin sözleşmenin kurulması önünde engel teşkil edeceği yönünde ise standart sözleşme hükümlerinin çatışmasında CISG art. 19 uygulanarak çözüme gidileceği söylenebilecektir. Bu durumda kabul beyanındaki değişiklikler önerinin şartlarını esaslı olarak değiştirmiyorsa, sözleşme kabul beyanında bulunan değişiklikler ile birlikte kurulmuş sayılacaktır. Bu tür durumlar özellikle standart sözleşme hükümlerinin taraflar arasında mübadele edilmiş, ancak herhangi bir ifa hareketinde bulunulmamış olunan zamanlarda ortaya çıkacaktır. Ancak bu tarz durumlara ticari uygulamalarda rastlamak neredeyse imkansızdır. Nitekim, standart sözleşme hükümlerinin kapsamı

Söz konusu görüş çerçevesinde standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına rağmen sözleşmenin kurulmuş sayılacağı ilk hal, tarafların aralarında sözlü bir biçimde sözleşmeyi kurduktan sonra birbirlerine standart sözleşme hükümlerini, sipariş ve teyit formları ile iletmeleri halidir. Bu durumda sözleşme halihazırda sözlü olarak geçerli bir biçimde kurulmuş olacak ve bundan sonra tarafların birbirlerine standart sözleşme hükümlerini iletmeleri sözleşmeyi kurmaya değil, değiştirmeye yönelik bir işlem sayılacaktır¹⁰⁷.

Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına rağmen sözleşmenin kurulmuş olacağı ikinci hal ise tarafların CISG art. 6'ya uygun biçimde art. 19'un uygulanmasından vazgeçmeleri, maddenin uygulanmasına istisna getirmeleri veya hükmün doğurabileceği etkileri değiştirmeleri halidir¹⁰⁸. Taraflar bunu açıkça kararlaştırabilecekleri gibi, örtülü olarak da art. 19'un uygulanmasından vazgeçebileceklerdir¹⁰⁹. Tarafların standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde art. 19'un uygulanmasından örtülü olarak vazgeçmeleri art. 9 (1) kapsamında tarafların arasında yerleşmiş olan teamüller yoluyla olabileceği gibi, art. 8 kapsamında tarafların beyan ve davranışlarının yorumlanması ile de ortaya çıkabilecektir¹¹⁰.

Katıldığımız görüş ve bu görüşe paralel olan CISG Danışma Kurulu'nun görüşü uyarınca, sözleşmenin kurulduğu tespit edildikten sonra, sözleşme hükümleri belirlenirken nakavt kuralının uygulanması gerekecektir¹¹¹. Buna göre, tarafların birbiri ile çatışan standart sözleşme hükümleri

tarafların dikkatini ancak sözleşmenin ifasında bir sorun ortaya çıkması halinde çekmektedir. SCHROETER, CISG, art. 19, N. 39, 47; STEMP, s. 263; STEENSGAARD, s. 29; EISELEN/BERGENTHAL, s. 227; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 258, 263; von MEHREN, Battle of Forms, s. 277; BGH, VIII ZR 304/00, 09.01.2002, NJW, 2002, s. 1651 vd., <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>, e.t.: (28.11.2018).

107 Bu durumda gönderilen standart sözleşme hükümleri CISG art. 29 (1) kapsamında ele alınacaktır. Nitekim CISG art. 11'de satım sözleşmesinin kurulması veya ispatının herhangi bir yazılı şekle bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca sözleşmenin sözlü bir şekilde kurulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. CISG-AC, Opn. 13 Eiselen, Rule 4; SCHROETER, CISG, art. 19, N. 40; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 259-260.

108 BÜYÜKSAĞIŞ, s. 155; EISELEN/BERGENTHAL, s. 224-225; SCHROETER, CISG, art. 19, N. 41; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 260 vd.

109 SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 260.

110 BÜYÜKSAĞIŞ, s. 155; EISELEN/BERGENTHAL, s. 225-226.

111 CISG kapsamında standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak birçok farklı görüşün ve mahkeme kararının mevcut olması sebebiyle standart sözleşme hükümlerinin çatışması hususunun nasıl çözümlenmesi gerektiği 20 Ocak 2013 tarihli CISG Danışma Kurulu toplantısında ele alınmıştır. CISG Danışma Kurulu tarafından hazırlanan 13 numaralı görüş yazısında nakavt kuralına yer verilmiştir. CISG-AC, Opn. No. 13, Rule 10; *"Her iki tarafın da kendi genel işlem koşullarını sözleşmeye dahil etmek istemesi ve genel işlem koşulları dışında kalan hususlarda anlaşmaya varılmış olması durumunda, sözleşme, pazarlık konusu edilmiş hükümlerden ve içeriği örtüşen genel işlem koşullarından oluşacak şekilde kurulmuş kabul edilir. Meğerki taraflardan biri sözleşmenin bu şekilde kurulmasına henüz sözleşme kurulmadan veya sözleşmenin kurulmasından sonra makul bir süre içinde itiraz etmiş olsun"*. Öncelikle standart sözleşme hükümlerinin çatışması hukuki probleminin CISG kapsamında sözleşmenin kurulması ve taraf iradelerinin yorumlanmasına ilişkin hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gereken bir problem olduğu ve bu problemin iç hukuka gidilerek çözümlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Son atış kuralının uygulanmasının art. 19'un lafzı ile uyumlu olduğu ancak bu kuralın çoğu zaman adil olmayan, kazuistik ve tarafların öngöremeyeceği sonuçlara yol açacağından bahisle taraf iradeleri ve uluslararası ticari ilişkilerle daha uyumlu olan ve sınır ötesi ticaret bakımından kabul edilebilir sonuçlara yol açan nakavt kuralının uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Nakavt kuralının tercih edilmesinin hukuki gerekçesi bakımından sözleşmenin kurulmasında taraf iradelerini ön plana koyan, öğretide *"süt tozu davası (powdered milk case)"* olarak adlandırılan davada mahkemenin vermiş olduğu karara atf yapılmıştır. Bu kararda Alman Federal Mahkemesi, tarafların sözleşmeyi ifa ederek standart sözleşme hükümlerinin çatışmasının sözleşmenin kurulmasına engel teşkil

birbirini hükümsüz kılacak ve sözleşme tarafların üzerinde anlaştıkları hükümler, birbirleri ile çatışmayan standart sözleşme hükümleri ve çatışan hükümlerin oluşturduğu boşluğu art. 7 (2) kapsamında dolduran CISG kuralları veya bu kurallar mevcut değilse, uygulanması gereken yerel hukuka göre belirlenen hükümler kapsamında kurulmuş olacaktır¹¹². Taraflar standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde nakavt kuralının uygulanmasını istemiyorlar ise önceden ve açık bir şekilde kendi standart sözleşme hükümleri dışındaki hükümlerle bağlı olmak istemediklerini karşı tarafa bildirmek durumundadırlar. Standart sözleşme hükümlerinin içerisinde yer alacak bu yönde bir bildirim, tarafın kendi hükümleri haricindeki hükümlerle bağlı olmama iradesini göstermesi için tek başına yeterli değildir¹¹³. Uygun şekilde yapılmış bir bildirim söz konusu ise bu durumda nakavt kuralının uygulanmasından bahsedilemeyecektir. Taraflardan birinin bu yöndeki bildirimine rağmen karşı taraf sözleşmeyi ifa ederse, bildirimde bulunan tarafın hükümlerini kabul ettiği sonucuna varılacak ve sözleşme bildirimde bulunan tarafın hükümleri çerçevesinde kurulacaktır. Bu durumda hangi tarafın defansif kloz kullandığına bağlı olarak ilk atış veya son atış kuralı uygulanma alanı bulmuş olacaktır¹¹⁴. Ayrıca tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümler ile standart sözleşme hükümlerinde bulunan hükümler arasında bir çatışma söz konusu olursa tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümler uygulanacaktır¹¹⁵.

D. PICC

UNIDROIT İlkelerinde standart sözleşme hükümleri, sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel hükümlerden sonra art. 2.1.19 ve 2.1.22 arasında düzenlenmiştir. Genel hükümlerde sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak aynadaki görüntü kuralı istisnası ile kabul edilmekle beraber¹¹⁶, özel olarak

etmeyeceği yönünde iradelerini ortaya koyduklarını ve bu sebeple art. 19 çerçevesinde sözleşmenin kurulmadığının öne sürülemeyeceğini belirtmiştir. Sözleşme hükümlerinin tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümler ile standart sözleşme hükümlerinde birbiri ile çatışmayan hükümlerden oluşacağı ve çatışan hükümlerin yerlerinin CISG'deki genel hükümler çerçevesinde doldurulacağı belirtilmiştir. Hükümlerin çatışma halinde bulunup bulunmadığı belirlenirken tek tek hüküm bazında değerlendirme yapılmasının uygun olmadığı ve hükümlerin bir bütün halinde değerlendirilerek çatışmanın var olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. CISG-AC, Opn. 13, Eiselen, Rule 1, 10.7, 10.8; EISELEN/BERGENTHAL, s. 221, 226; BGH, VIII ZR 304/00, 09.01.2002, NJW, 2002, s. 1651 vd., <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>, e.t.: (28.11.2018).

112 SCHROETER, CISG, art. 19, N. 49; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 264; EISELEN/BERGENTHAL, s. 225, 227.

113 CISG-AC, Opn. 13, Eiselen, Rule 10.8; ayrıca bkz. PICC, art 2.1.22, Comment 3; PECL, art. 2:209.

114 Standart sözleşme hükümlerinin kendilerine özgü yapısına bakıldığı zaman böyle bir durumda tekrar CISG art. 19'daki genel kurala gidilemeyecektir. Nitekim danışma kurulu kararında açıkça standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin farklı bir çözüm yolu benimsenmiştir. Bu durumda en makul yöntem danışma kurulunun kararıyla paralellik arz eden uluslararası düzenlemelerde benimsenen çözüm yolunun uygulanması olacaktır.

115 CISG-AC, Opn. 13, Eiselen, Rule 8.

116 Bu istisna, CISG'de de sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak mevcut olduğu üzere kabul beyanındaki esaslı olmayan değişiklikler açısından mevcuttur. Buna göre, son atış kuralı uyarınca kural olarak öneriden farklılaşan kabule yönelik bir beyan önerinin reddi olup karşı öneri oluşturacaktır. Ancak öneridekilerden farklı veya öneride yer alanlara ek hükümler içeren kabule yönelik beyan, öneriyi esaslı şekilde değiştirmiyorsa, kabul sayılır ve sözleşme kabul sayılan beyandaki değişiklikleri içerir biçimde kurulur. Bununla birlikte önerinin kabulüne yönelik beyan, öneriyi esaslı şekilde değiştirmese dahi, öneride bulunan gecikmeksizin bu değişiklikleri kabul etmediğini belirtirse sözleşme kurulmayacaktır. PICC, art. 2.1.11. hükmünün gerekçesinde, esaslı değişiklik teşkil edecek değişikliklerin kesin bir şekilde belirtilmesinin mümkün olmadığı ve somut olay bazında değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Fiyata, ödeme türüne, sözleşme konusu

düzenlenen standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda nakavt kuralı kabul edilmiştir¹¹⁷. Bununla birlikte, bir tarafın kendi standart sözleşme hükümleri kapsamında kurulmayacak olan bir sözleşme ile bağlı kalmak istemediğine yönelik iradesini önceden veya gecikmeksizin sonradan karşı tarafa açıkça bildirmesi durumunda nakavt kuralı uygulama alanı bulmayacak ve bu durumda son atış kuralı uygulanabilecektir¹¹⁸.

Gereğede hangi hallerde açıkça bildirimden söz edilebileceğinin kesin bir şekilde tanımlanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra madde kapsamında açıkça yapılan bir bildirimden bahsedilebilmesi için bildirimde bulunan tarafın öneri veya kabul beyanında bu hususa ilişkin olarak karşı tarafa özel bir bildirimde bulunmasının gerekli olduğu da ifade edilmiştir. Standart sözleşme hükümlerinin içerisinde bulunacak bu yönde bir bildirim (defansif klotun), nakavt kuralının uygulanmaması için yeterli olmayacağı ifade edilmiştir¹¹⁹.

Sözleşmenin kurulduğu tespit edildikten sonra, sözleşme içeriğinin belirlenmesi aşamasına geçilecektir. Buna göre sözleşme, tarafların üzerinde anlaştıkları esaslı hükümler ile standart sözleşme hükümlerinde bulunan ortak hükümlerden oluşacaktır. Birbirleriyle çatışan hükümler nakavt kuralı uyarınca, sözleşme içeriğine dahil edilmeyecektir¹²⁰.

Bununla birlikte taraflardan birisi yalnızca kendi standart sözleşme hükümleri çerçevesinde kurulacak bir sözleşme ile bağlı olmak istediğini karşı tarafa uygun bir şekilde bildirmişse, bu

malların teslim yeri ve teslim zamanına, tarafların sorumluluklarının kapsamına ve sözleşmeden doğan uyumsuzlukların çözüm yerine ilişkin düzenlemelerin esaslı değişiklik oluşturabilecekleri aksi kararlaştırılabilir bir şekilde örneğeme yoluyla sayılmıştır. PICC, art. 2.1.11, Comment 2.

117 PICC art. 2.1.21: “İki taraf da standart sözleşme hükümleri kullanmış ve bu hükümler dışında anlaşmaya varmışlarsa, taraflardan birisi böyle bir sözleşme ile bağlı kalmak istemediğini önceden veya gecikmeksizin sonradan karşı tarafa açıkça bildirmedeği sürece, sözleşme, üzerinde karşılıklı olarak anlaşılan hükümler ve içeriği ortak olan standart sözleşme hükümleri çerçevesinde kurulmuş sayılır”. FEJÖS Andrea, Battle of Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Uniform Solution?, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 11, No. 1, 2007, s. 125; MURRAY, s. 44; VISCASILLAS, s. 132.

118 PICC, art. 2.1.22, Comment 3; FEJÖS, A Uniform Solution?, s. 126-27; VISCASILLAS, s. 132.

119 PICC, art. 2.1.22, Comment 3; RÜHL, s. 208; FEJÖS, A Uniform Solution?, s. 127; VISCASILLAS, s. 132; MURRAY, s. 44. Bununla birlikte öğretilerdeki bir görüşe göre, bu düzenleme UNIDROIT ve dolayısıyla PECL’in zaafı bir noktasını teşkil etmektedir. Nitekim, pratikte taraflar kendi sözleşme hükümleri haricindeki hükümlerle bağlı kalmak istemediklerine yönelik bildirimlerini çoğu zaman standart sözleşme hükümlerinden ayrı olarak yapmaktadırlar. Bu durumda da sözleşme ifa edilmiş olsa dahi sözleşmenin kurulmamış sayıldığı savunmasının öne sürülebilecek olması sakıncası meydana gelecektir. SCHLECHTRIEM Peter, “Battle of the Forms in International Contract Law, Evaluation of approaches in German law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC approaches under consideration”, *Festschrift für Rolf Herber zum 70. Geburtstag*, (Ed. THUME Karl-Heinz), (Transl. EIMER Martin), Luchterhand, 1999, s. 36-49, https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem5.html#ps*, e.t.: (11.12.2018). Ancak kanaatimizce tarafların kendi sözleşme hükümleri haricinde hükümlerle bağlı kalmak istemediklerine yönelik geçerli bir bildirim olması durumunda karşılıklı beyanların öneri ve karşı öneri oluşturacak olması ve ifayı yapan tarafın karşı tarafın hükümlerini kabul etmiş sayılması böyle bir sakıncanın önüne geçecektir. Bu durumda sözleşme geçerli bir şekilde kurulmuş olacağından, taraflar ifaya rağmen sözleşmenin kurulmamış olduğunu ileri sürmeyeceklerdir.

120 Bununla birlikte öğretilerde birbiriyle çatışma halinde olmasa dahi öneri veya kabul beyanından değişiklik arz eden hükümlerin de sözleşme içeriğine dahil edilemeyecekleri belirtilmektedir. Ancak bu görüşe göre, bu hükümlerden esaslı değişiklik içermeyenler sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel kural uyarınca sözleşmenin içeriğine dahil olacaktırlar. VISCASILLAS, s. 134.

durumda artık nakavt kuralının uygulanmasından söz edilemeyecektir. Taraflardan birisinin bu yönde bildirimine rağmen karşı taraf sözleşmeyi ifa ederse, bildirimde bulunan tarafın hükümlerini kabul ettiği sonucuna varılacak ve sözleşme bildirimde bulunan tarafın hükümleri çerçevesinde kurulacaktır. Bu durumda hangi tarafın defansif kloz kullandığına bağlı olarak ilk atış veya son atış kuralı uygulanma alanı bulacaktır.¹²¹

Bir standart sözleşme hükmü ile standart sözleşme hükümleri içerisinde olmayan bir hükmün çatışması halinde, ikinci hükmün sözleşmenin içeriğine dahil olacağı da İlkelerde açıkça düzenlenmiştir¹²².

Sözleşmenin tarafının makul olarak standart sözleşme hükümlerinde bulunmasını bekleyemeyeceği hükümler sözleşmenin içeriğine dahil olmayacaktır¹²³. Standart sözleşme hükümlerinin yorumlanması da bu hükümlerin yapısı ve amacı göz önünde bulundurularak ortalama bir standart sözleşme hükmü kullanıcısının bu hükümleri kullanmaktan makul beklentileri çerçevesinde gerçekleştirilecektir¹²⁴.

Bununla birlikte birbiriyle çatıştığı için nakavt edilen sözleşme hükümleri nedeniyle oluşan boşluğun ne şekilde doldurulması gerektiği UNIDROIT İlkelerinde düzenlenmemiştir¹²⁵. Öğretide bu boşluğun UNIDROIT İlkelerindeki hükümler veya somut olaya uygulanabilir ulusal hukuka göre doldurulabileceği belirtilmektedir¹²⁶.

121 Defansif klozu öneride bulunan kullanmışsa ve bunun akabinde karşı taraf ifada bulunmuşsa, sözleşme önerideki hükümler çerçevesinde kurulmuş olacak, yani ilk atış kuralı uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, kabule yönelik beyanda da defansif kloz mevcut ise bu beyan karşı öneri niteliğinde olacak ve akabinde ilk öneride bulunan sözleşmeyi ifa ederse karşı öneriyi kabul etmiş sayılacaktır. Bu durumda da son atış kuralının uygulama alanı bulacağından bahsedilebilecektir. CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4; FEJÖS, A Uniform Solution?, s. 128

122 Art. 2.1.21: “Bir standart sözleşme hükmü ile standart sözleşme hükmü olmayan bir hükmün çatışması durumunda ikincisi geçerli olur”. Bu düzenlemenin altında yatan mantık gerekçede açıklandığı üzere; taraflardan birisi veya üçüncü bir kişi tarafından önceden hazırlanmış olan ve tarafların karşılıklı olarak üzerinde istişare etmedikleri standart sözleşme hükümleri karşısında, tarafların üzerinde ortaklaşa olarak istişare edip anlaştıkları hükümlerin, taraf iradelerini daha çok yansıtır. PICC, art. 2.1.21, Comment 1; VISCASILLAS, s. 134-135.

123 UNIDROIT İlkelerinde bu tarz hükümler, şartıcı hükümler başlığı altında art. 2.1.20’de tanımlanmıştır. Bir hükmün şartıcı hüküm sayılıp sayılmayacağına ilişkin kriterler aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, bir hükmün şartıcı hüküm niteliğinde olup olmadığı hükmün içeriği, dili ve sunuluş şekli göz önüne alınarak belirlenecektir. Sözleşmenin tarafı ile aynı durumda bulunan makul bir kimsenin somut olayda standart sözleşme hükümlerinde bulunmasını beklemeyeceği bir hüküm kullanılmışsa bu hüküm şartıcı hüküm olarak değerlendirilecek ve sözleşme içeriğine dahil edilmeyecektir. Bir hükmün içeriğinin olağandışı olup olmadığına tespitinde, sözleşmenin konusu olan ticari işlemlerde genel olarak kullanılan standart sözleşme hükümleri ve taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri dikkate alınacaktır. Ayrıca hükmün ifa ediliş tarzı, anlaşılmasının güç olması, yazım şekli gibi hususlar da hükmün şartıcı hüküm olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda yol gösterici olacaktır. PICC, Art. 2.1.20, Comment 1,2,3; VISCASILLAS, s. 135; MURRAY, s. 43.

124 Standart sözleşme hükümleri yorumlanırken taraf iradelerinin yorumlanmasına ilişkin PICC Art. 4.1’deki genel kural uygulama alanı bulmayacaktır. Bu kapsamda kişi bakımından kriter, ortalama bir standart sözleşme hükmü kullanıcısı olacak ve somut olaydaki tarafların beklentileri veya somut olaydaki tarafların yerinde olacak makul bir kişinin beklentileri değerlendirilmede esas teşkil etmeyecektir. Bkz. PICC Art. 4.1 Comment 4.

125 RÜHL, s. 208.

126 SCHLECHTRIEM, Battle of Forms in International Contract Law, s. 42.

E. PECL

PECL'da sözleşmenin kurulması ve standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumu UNIDROIT İlkelerine paralel şekilde düzenlenmiştir¹²⁷. UNIDROIT İlkelerinde olduğu üzere PECL'da da sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak genel hükümlerde, aynadaki görüntü kuralının istisnası ile birlikte kabul edilmişken¹²⁸; standart sözleşme hükümlerinin çatışması hali ayrıca ve açıkça düzenlenmiş ve standart sözleşme hükümlerinin çatışması hukuki probleminin çözümü bakımından nakavt kuralı kabul edilmiştir¹²⁹.

PECL art. 2:209'a göre, taraflar standart sözleşme hükümleri dışında anlaşmaya varmışlar ise çatışan standart sözleşme hükümleri ortadan kalkacak ve sözleşme, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları bireysel ve standart sözleşme hükümleri temelinde kurulmuş olacaktır. Bu durumda UCC'den farklı olarak, sözleşmenin kurulması için tarafların standart sözleşme hükümleri dışında anlaşmaya varmaları yeterli olmakta, ayrıca tarafların sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini yerine getirmelerine gerek bulunmamaktadır¹³⁰. Taraflar böyle bir sözleşme ile bağlı kalmak istemiyorlar ise bu yönde bir bildirim önceden veya gecikmesizin sonradan açık bir şekilde karşı tarafa yapmalıdırlar¹³¹. Bu yönde bir bildirim, standart sözleşme hükümleri vasıtasıyla yapılamaz¹³². UNIDROIT İlkelerine benzer şekilde taraflardan birinin kendi sunduğu hükümler dışındaki hükümler ile bağlı kalmak istemediğine ilişkin uygun bildiriminden sonra, artık nakavt kuralının uygulanmasından söz edilemeyecektir. Bu durumda defansif klot kullanan tarafa bağlı olarak ilk atış veya son atış kuralı uygulama alanı bulacaktır¹³³.

UNIDROIT İlkelerinde olduğu gibi, çatışan standart sözleşme hükümlerinin nakavt edilmesi sonucu oluşan boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin bir düzenleme PECL'da da yer almamaktadır¹³⁴. Öğretide bu boşluğun yedek hukuk kuralları uyarınca doldurulacağı belirtilmiştir¹³⁵.

127 LANDO Ole, "Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code", **The Rules of European Contract Law, Working Paper**, Legal Affairs Series, JURI 103 EN, Luxembourg, 1999, s. 129.

128 PECL, art. 2:208; UNIDROIT İlkelerinde olduğu üzere PECL'da da sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel kural olan aynadaki görüntü kuralının istisnasını esaslı olmayan değişiklikler teşkil etmektedir. Bu düzenlemeye göre kabule yönelik beyanda bulunan ve öneriden farklılık arz eden hükümlerin esaslı değişiklik içermemeleri durumunda sözleşme bu beyandaki değişikliklerle birlikte kurulmuş olacaktır. Ancak öneride bulunan, sözleşmenin yalnızca önerideki hükümler çerçevesinde kurulabileceğini belirtmişse veya kabule yönelik beyandaki esaslı olmayan değişiklikleri kabul etmediğini gecikmesizin karşı tarafa bildirmişse veyahut kabul beyanında bulunan taraf, kabul iradesini öneride bulunanın kabul beyanındaki değişikliklere rıza göstermesi şartına bağlamış ve öneride bulunan gerekli rızayı gösterdiğini makul sürede karşı tarafa bildirmemişse, kabule yönelik beyandaki değişiklikler veya eklemeler öneriyi esaslı olarak değiştirmese dahi sözleşme kurulmayacaktır.

129 FEJÖS, A Uniform Solution?, s. 128; CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4.; RÜHL, s. 208.

130 CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4.

131 Bu şekilde çatışan hükümlerin olması halinde sözleşmesel ilişkiye girmek istemeyecek olan tarafların bu yöndeki iradeleri üstün tutulmaktadır. CHRISTANDL, art. 2:209, N. 6; RÜHL, s. 208-209.

132 UNIDROIT İlkelerine göre de nakavt kuralının uygulanmaması bakımından standart sözleşme hükümleri vasıtasıyla yapılacak bir bildirim kabul edilmemektedir. Bu durum UNIDROIT İlkelerinin gerekçesinde ifade edilmişken PECL'da açıkça düzenlenmiştir. RÜHL, s. 209; FEJÖS, A Uniform Solution?, s. 128; CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4.

133 CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4.

134 RÜHL, s. 209.

135 CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4.

F. TÜRK HUKUKU

TBK açısından standart sözleşme hükümlerine ilişkin düzenlemeler m. 20-25 arasında genel işlem koşulları başlığı altında düzenlenmiştir¹³⁶. Söz konusu maddelere baktığımızda, sözleşme taraflarının kendi genel işlem koşullarına atıf yapması ve bu koşulların birbiriyle çatışması halinde nasıl bir hukuki sonucun ortaya çıkacağı ve ortaya çıkan bu hukuki sorunun ne şekilde çözüme kavuşturulacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹³⁷. Bu sorunun çözümü için cevaplanması gereken iki soru vardır. Öncelikle sözleşme taraflarının atıf yapmış oldukları kendi genel işlem koşullarının birbiriyle uyuşmaması halinde TBK kapsamında bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilecek midir? İkinci olarak, taraflar arasında sözleşmenin kurulmuş olduğu bir durumda genel işlem koşullarında yer alan birbiriyle çatışan hükümler açısından bir ihtilaf söz konusu olduğu takdirde, hangi tarafın genel işlem koşulları uygulama alanı bulacaktır?

İlk sorumuzun cevabı, diğer bir deyişle sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeler TBK m. 1 ve 2 de yer almaktadır. TBK m. 1/I uyarınca, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı olarak birbirine uygun irade beyanında bulunmaları gerekmektedir. Diğer bir deyişle tarafların karşılıklı ve içerik olarak birbirine uygun irade beyanları, sözleşmenin kurucu unsurlarını oluşturmaktadır¹³⁸.

O halde bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedebilmek için irade beyanlarının karşılıklı olması gerekmektedir. Karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer alan bu irade açıklamalarından, sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan ve zaman itibarıyla önce gerçekleştirilen beyana öneri, öneriye uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesini sağlayan ve zaman itibarıyla daha sonra gerçekleştirilen beyana ise kabul adı verilir¹³⁹.

136 Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Türk Hukuku açısından bakıldığında bir terim birliğinden söz etmek mümkün gözükmemektedir. TBK'da standart sözleşme kavramına yer verilmemiştir. Genel işlem koşullarıyla ilgili düzenlemeler yalnızca standart sözleşmelerin içeriğinde yer alan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlere ilişkindir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. AYDOĞDU, N. 58. Standart sözleşme hükümlerini, “*hazırlayan*” tarafından gelecekte belirsiz sayıda kurulacak olan, şekil ve içerik yönünden birbirine benzer hukuki işlemlere yönelik tek taraflı hazırlanarak “*karşı taraf*”a sunulan ve önceden formüle edilmiş şart ve koşullar şeklinde tanımlamıştık. Burada standart sözleşme hükümleri olarak ifade ettiğimiz kavram TBK açısından genel işlem koşullarını karşılamaktadır. Bir anlam kargaşasına yer vermemek adına çalışmamızın bu aşamasından sonra, çalışmamın başından itibaren kullandığımız uluslararası bir terim olan “*standart sözleşme hükümleri*” yerine bu kavramın Türk Hukuku’ndaki yansıması olan “*genel işlem koşulları*” kavramına yer verilecektir.

137 Farklı bir inceleme konusu olarak Türk Hukukunda hukuk seçimi anlaşmasına ilişkin genel işlem şartlarının çatışması sorunu ve çözümü hakkında detaylı bilgi almak için bkz. YILMAZ, s. 502 vd.

138 GÖNENSAY A. Samim, **Borçlar Hukuku, Birinci Cilt**, İstanbul, 1948, s. 31; von TUHR Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2**, (Çev: EDEGE Cevat) Ankara, 1983, s. 175; YAVUZ Cevdet, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın ‘Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri’ne İlişkin Düzenlemesinin (m. 1-48) Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, Cilt II, İstanbul, 2007, s. 2037; KOSTKIEWICZ Jolanta Kren, OFK – **Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. KOSTKIEWICZ J. Kren/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland), Zürich, 2016, OR 1, N. 1; FEYZİOĞLU, s. 65; OĞUZMAN/ÖZ, N. 171; EREN, s. 242; ANTALYA, s. 224; NOMER, **Borçlar Hukuku**, N. 19; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 470; SEROZAN, TBK 1, N. 44; CHK-KUT, OR 1, N. 3.

139 HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2017, §4, N. 11; GÖNENSAY, s. 31; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, §18, N. 1; OĞUZMAN/ÖZ, N. 237; EREN, s. 258; ANTALYA, s. 239, 265; SEROZAN, TBK 1, N. 31, 38; AKSOY-DURŞUN, s. 27; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 11, 12, 13; CHK-KUT, OR 1, N. 33, 35. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. SAĞLAM İpek, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt-1 Genel Hükümler**, (Ed. SEROZAN Rona/ÖZ Turgut/ACAR Faruk/GÖKYAYLA Emre/DEVELİOĞLU Murat), İstanbul, 2018, TBK 3.

Sözleşmenin kurulabilmesi için aranılan diğer unsur ise karşılıklı irade beyanlarının içerik olarak birbiriyle örtüşüyor olmasıdır. Tarafların irade beyanları arasındaki örtüşme, “uygunluk”, “uyuşma” veya “uzlaşma” olarak adlandırılmaktadır. Uygunluk ya “gerçek (tabii) uygunluk” ya da “hukuki (normatif) uygunluk” şeklinde gerçekleştirilir¹⁴⁰. İrade beyanları arasındaki uygunluğun var olduğunun kabulü için gerekli uyuşmanın kapsamı ise TBK m. 2/I’de düzenlenmiştir¹⁴¹.

Bir sözleşmenin kurulmuş olduğunun kabul edilebilmesi için gereken uyuşmanın kapsamı hakkında öğretide yer alan görüşlere yer vermeden önce sözleşmenin esaslı noktaları ile yan noktaları ve uyuşmazlık kavramları hakkında kısa bir açıklamanın konunun anlaşılabilmesi adına doğru olacağını düşünmekteyiz.

Sözleşmenin esaslı noktaları, objektif esaslı noktalar ve sübjektif esaslı noktalardan oluşmaktadır¹⁴². Objektif esaslı noktalar, sözleşmenin oluşması için tarafların mutlak surette anlaşmaya varmak zorunda olduğu ve bu noktalar olmadığı takdirde sözleşmenin kurulmayacağı, sözleşmenin tipini belirleyen zorunlu noktalardır¹⁴³. Sübjektif esaslı noktalar ise tarafların attığı önem neticesinde objektif noktaların dışında kalan, ikinci derecedeki yan noktalardan sözleşmenin zorunlu koşulu haline getirdiği noktalardır. Diğer bir deyişle, sübjektif esaslı noktalar bir tarafın karşı tarafa açık şekilde bunların kendisi için olmazsa olmaz nitelikte olduğunu bildirdiği yan noktalardır¹⁴⁴. Sözleşmenin yan noktaları ise objektif ve sübjektif yönden esaslı olmayan noktalardır. Sözleşmenin yan noktaları da objektif yan noktalar ve sübjektif yan noktalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Objektif yan noktalar, sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların üzerinde hiç durmadıkları kanun icabı noktalardır. Sübjektif yan noktalar ise tarafların sözleşme müzakereleri sırasında üzerinde durdukları ancak anlaşamayacaklarını anlamaları üzerine bundan vazgeçtikleri ya da o an için anlaşamamasalar da ileride anlaşmak üzere saklı tuttıkları noktalardır¹⁴⁵.

140 von TUHR, s. 184; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §17, N. 1; EREN, s. 244; ANTALYA, s. 224; HATEMİ/GÖKYAYLA, §4, N. 7; SEROZAN, TBK 1, N. 44; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 565; CHK-KUT, OR 1, N. 24, 25.

141 TBK m. 2/I, “Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır”.

142 Genel işlem koşulları hukuki nitelikleri itibarıyla sözleşme hükümleridir. Öğretide bir görüş, bu sözleşme hükümlerinin yalnızca yan noktalardan oluşabileceğini, tarafların asli edim yükümlülüklerinin, sözleşmenin tip ve niteliğine ilişkin hükümlerin bir tarafça önceden hazırlanıp müzakere edilmeksizin sözleşmeye konulamayacağını dolayısıyla esaslı noktaların genel işlem koşulu olarak düzenlenmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir. EREN, s. 225. Diğer bir görüşe göre ise, genel işlem koşullarında yan noktalarla birlikte tarafların objektif ve sübjektif esaslı nokta haline getirdikleri hususlar da kararlaştırılabilir. Ancak objektif esaslı noktalar içerik denetimine tabi olmazken, sübjektif esaslı noktalar bu denetime tabi olacaktır. AYDOĞDU, N. 78. Kanaatimizce sübjektif esaslı noktalara ve yan noktalara genel işlem koşullarında yer verilebilir. Ancak objektif esaslı noktaların bir sözleşmede yer alabilmesi için ve keza bu noktalar üzerinde bir anlaşmadan bahsedebilmek için tarafların bu noktalar üzerinde mutlaka karşılıklı olarak müzakere etmiş olmaları gerekmektedir. Objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma olmadığı takdirde kanun, örf ve adet hukuku ile hakimnin hukuk yaratmasıyla tamamlanamayacak noktalardır. Bu nedenle objektif esaslı noktaların tarafların özellikle global kabul yoluyla ve müzakere imkânı olmaksızın kurduğu bir sözleşmede genel işlem koşulu olarak düzenlenmesi mümkün gözükmemektedir. AKSOY-DURUN, s. 52.

143 SEROZAN, TBK 2, N. 9; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 7. Öğretide objektif esaslı noktalara ilişkin farklı tanımlar yapılmaktadır. Bu tanımlar için bkz. von TUHR, s. 147; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §17, N. 6, 7; EREN, s. 249; ANTALYA, s. 235; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 574; CHK-KUT, OR 1, N. 30; NOMER, Borçlar Hukuku, N. 26.

144 von TUHR, s. 147; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §17, N. 6, 7; EREN, s. 250; ANTALYA, s. 235; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 574, 575; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 7; SEROZAN, TBK 2, N. 10.

145 von TUHR, s. 147; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §17, N. 8; EREN, s. 252; ANTALYA, s. 236; CHK-KUT, OR 1, N. 31.

Uyuşmazlık, tarafların irade beyanlarının içerik itibarıyla birbirine uygun olmamasıdır. Uyuşmazlık, açık ve gizli uyuşmazlık şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Açık uyuşmazlık halinde, taraflar sözleşmenin meydana gelmemesini istemektedirler. Diğer bir deyişle, “*anlaşamama üzerinde anlaşmaktadırlar*”¹⁴⁶. Bizim için asıl önemli husus ise gizli uyuşmazlık durumudur. Gizli uyuşmazlık, tarafların uyuştukları zannıyla hareket etmesine karşın gerçekte uyuşmazlığın söz konusu olmasıdır. Özellikle tarafların kendi genel işlem koşullarına atıf yaptığı ve karşı tarafın genel işlem koşullarını tam ve doğru bir şekilde okumadan sözleşmenin kendi genel işlem koşullarındaki yer verdikleri hükümlere göre kurulduğu inancıyla hareket etmeleri durumunda gizli uyuşmazlıktan bahsedilecektir¹⁴⁷.

Öğretide bir görüşe göre, kural olarak kabul, önerinin içerdiği objektif veya sübjektif esaslı noktaları genişletiyor, daraltıyor veya değiştiriyorsa, bu durumda kabul beyanında bulunan tarafın irade beyanı duruma göre ya önerinin reddi ya da karşı öneri olarak kabul edilecektir. TBK m. 2/I hükmünde bahsi geçen “*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ... , sözleşme kurulmuş sayılır.*” ibaresinden hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalar üzerinde uyuşamama halinde de sözleşmenin kurulmamış olacağı çıkartılabilir. Dolayısıyla kabul beyanının içeriğinin öneride bulunan tarafın irade beyanında yer alan objektif ve sübjektif esaslı noktalarda uyuşması gerekir¹⁴⁸. Bu görüşe göre sözleşmede yer alan hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalara ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olması halinde hakim bu durumu re’sen göz önünde tutmak ve sözleşmenin kurulmadığına karar vermek zorundadır. O halde bu görüş açısından değerlendirdiğimizde birinci soru açısından varılacak sonuç; sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarında taraflar açısından bir uyuşmadan bahsedilemiyorsa sözleşme kurulmayacaktır. Tarafların girişmiş oldukları birbirlerine genel işlem koşulları gönderme merasimi ise ya önerinin reddi ile son bulacak ya da diğer tarafın karşı bir öneride bulunması suretiyle sürecin devamına sebebiyet verecektir.

Öğretide savunulan ikinci bir görüşe göre ise objektif esaslı noktalarda uyuşma sağlandığı takdirde, sübjektif esaslı noktalarda uyuşma sağlanamamışsa ve konu açık bırakılmışsa, karine olarak sözleşmenin kurulmuş olduğu kabul edilecek, sübjektif esaslı noktalara ilişkin sözleşme kurulduğu sırada kati bir uyuşmazlık söz konusu olmuş ise TBK m. 1 anlamında bir uyuşmadan bahsedilemeyeceğinden sözleşme kurulmamış olacaktır. Keza sübjektif esaslı noktalarda bir uyuşma

146 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, §17, N. 3; EREN, s. 254; ANTALYA, s. 225; HATEMİ/GÖKYAYLA, §4, N. 9; SEROZAN, TBK 2, N. 20; CHK-KUT, OR 1, N. 27; NOMER, Borçlar Hukuku, N. 26.

147 Bir sözleşmenin kuruluşunda ideal olan tarafların sözleşme metnini tam olarak okumasıdır. Ancak günümüzde genel işlem koşullarının taraflarca okunmadan kabul edilmesi global kabul olarak adlandırılmaktadır ve sıklıkla karşılan bir durumdur. Karşı tarafa sözleşmenin içeriğine ulaşma imkânı verilmesine rağmen, karşı taraf sözleşmeyi tam ve doğru şekilde okumayarak kabul ediyorsa, elbette bunun sonuçlarına da katlanacaktır. Dolayısıyla global kabul sözleşmenin kurulması için yeterli olarak kabul edilmektedir. OĞUZMAN/ÖZ, N. 237; ATAMER, Genel İşlem, s. 102; HAVUTÇU, s. 112; ANTALYA, s. 425; YELMEN, s. 90; AYDOĞDU, N. 52; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 8.

148 FEYZİOĞLU, s. 67; OĞUZMAN/ÖZ, N. 607; ANTALYA, s. 234; NOMER, Borçlar Hukuku, N. 25; HATEMİ/GÖKYAYLA, §4, N. 12; SAĞLAM, TBK 3, N. 12; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 2, N. 1; CHK-KUT, OR 2, N. 2; 818 sayılı BK zamanında savunulan bir görüş olarak *Gönensay*, taraflar sözleşmede objektif veya sübjektif bir esaslı noktada uyuşmamış dahi olsalar eğer sözleşmede bu esaslı noktayı daha sonradan belirleyebilecek bir içerik mevcut ise veya bu noktanın tayinini içlerinden birine veya üçüncü bir kişiye bırakmış iseler sözleşme yine kurulmuş sayılır. Ancak böyle bir durumda bu esaslı noktalarda hakkaniyete uygun bir şekilde tayin edilecektir, GÖNENSAY, s. 41; benzer nitelikte bir görüş için bkz. von TUHR, s. 186.

sağlanmış ancak objektif esaslı noktalarda bir uyuşma sağlanamamışsa da sözleşmenin kurulmamış olduğu kabul edilecektir¹⁴⁹.

Öğretide yer alan üçüncü bir görüşe göre, tarafların objektif esaslı noktalarda anlaşmaları, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Sübjektif esaslı noktalar ve yan noktalar açısından bir uyuşmazlık söz konusu olması halinde, sözleşme yine de kurulacaktır. Sübjektif esaslı noktalar ve yan noktalara ilişkin bir uyuşmazlık halinde, sözleşmede bir boşluk ortaya çıktığı kabul edilmelidir¹⁵⁰.

Bizim de katıldığımız öğretilerde yer alan son görüşe göre ise tarafların karşılıklı ilişkisine girdiği sözleşmelerin kuruluş aşamasında sözleşmede yer alan objektif esaslı noktaların mutlaka birbiriyle uyumlu olması gerekir¹⁵¹. Zira objektif esaslı noktalar, kurulmak istenilen sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan zorunlu noktalardır. Bu noktalara ilişkin tarafların irade beyanlarında bir uyuşmazlık bulunması halinde, TBK m. 2/I hükmü uyarınca sözleşmenin kurulamayacağı açıktır¹⁵². Ancak burada objektif esaslı nokta kavramı dar yorumlanmalıdır. Üzerinde anlaşma olmadığı takdirde kanun, örf ve adet hukuku ile hakimin hukuk yaratmasıyla tamamlanamayacak noktalar üzerinde durulmadığı takdirde veya bu noktalar üzerinde bir uyuşmazlık söz konusu olduğu durumda sözleşme kurulmamış olacak ve bu durum hakim tarafından re'sen göz önünde tutulacaktır. Sözleşmenin asgari içeriği dışında kalan noktalar üzerinde durulmaması ise sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez¹⁵³. Sübjektif esaslı noktalar açısından ise hakim, tarafların sübjektif esaslı bir noktada anlaşmamış olduklarını dosyadan tespit etmiş olmasına rağmen taraflar bunu ileri

149 ATAMER Yeşim M., "Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler", İÜHFİM, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 177; SEROZAN, TBK 2, N. 23; *Kocayusufpaşaoğlu*, TBK m. 2/I de yer alan düzenlemenin adı bir karine ve ispat yükünü düzenleyen bir hüküm olmasından ötürü tarafların yalnızca objektif esaslı noktalarda uyuşmasının sözleşmenin kurulmuş olması için yeterli olacağını ifade etmektedir. Taraflardan biri sübjektif esaslı noktalarda uyuşma olmadığı gerekçesiyle sözleşmenin kurulmadığını iddia ediyorsa, bu karinenin aksini ispat etmesi gerekmektedir. Bu karinenin ispatı ise sözleşmede yer verilmemiş olan yan noktaların sözleşme görüşmeleri esnasında ele alınıp görüldüğünün, bu noktaların, davacı açısından sözleşmenin kurulmasına yönelik olmazsa olmaz bir şart niteliği taşıdığı ve davacının bu noktalara bu derece önem verdiğinin karşı tarafa açık bir şekilde bildirildiğinin ispatlaması suretiyle gerçekleştirilir. Bu durumda sübjektif esaslı noktalarda uyuşmamanın sonucu sözleşmenin kurulmaması olacaktır. KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, §17, N. 9, 10.

150 BÜYÜKSACIŞ, Çelişen Genel İşlem Koşulları, s. 145.

151 Objektif esaslı noktalardan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. NOMER Haluk Nami, "Sözleşmedeki Esaslı Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Aktelerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?", *Journal of Yaşar University, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan*, C. 8, Sa. Özel, 2013, s. 2065 vd. *Nomer*, Roma Hukuku'nun etkisi ile dava edilebilirliği sağlamaya yönelik belirli noktalar (*essentialia negotii*) üzerinde uyuşma sağlanarak sözleşme tipinin belirlenmesi gerekliliği kuralının günümüz hukukunda etkisini devam ettirdiğini ancak bu etkinin devamı için geçerli bir neden olmadığını ifade etmektedir. Yazar, TBK m. 2'nin bağlanma iradesine ilişkin bir karine getirdiğini kabul etmektedir. Tarafların objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmuş olmasını sözleşme ile bağlanma iradelerinin varlığı konusunda bir karine yaratacağından bahsetmektedir. Gauch ve Koller tarafından savunulan bu yeni görüş çerçevesinde objektif esaslı noktaların sınırlarının daraltılmak suretiyle yeniden belirlenmesi gerekmektedir. *Gauch*, objektif esaslı noktaları, taraflar anlaşmadığı takdirde arkasında doldurulamayacak bir boşluk bırakan noktalar olarak tanımlamaktadır. *Nomer'e* göre sözleşme serbestisi gereği taraflar sözleşmenin kurulması için gerekli en az içerik üzerinde uyuşma sağladığı takdirde kural olarak esaslı bir nokta üzerinde hiç anlaşma sağlamadan da sözleşme kurabilirler. *Nomer*, sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak tarafların sübjektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma sağlamasının sözleşmenin kurulması için yeterli olacağı görüşündedir.

152 BÜYÜKSACIŞ, Çelişen Genel İşlem Şartları, s. 144; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 7.

153 NOMER, Esaslı Nokta, s. 2065; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 571; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 7.

sürmeden sadece sözleşmenin içeriğinin belirlenmesini kendisinden talep etmekteyseler, tarafların talepleriyle bağlı olma ilkesi uyarınca bu durumu re'sen göz önünde bulunduramayacaktır¹⁵⁴.

Yan noktalarda meydana gelecek bir uyuşmazlığın hukuken ne şekilde sonuçlanacağı ise TBK m. 2/I'de düzenlenmiştir. TBK m. 2/I hükmü uyarınca, taraflar yan noktalar üzerinde hiç durmamışlar veya anlaşamayacaklarını anlayarak bu noktaların düzenlenmesini ileri bir zamana ertelemişlerse, sözleşme kurulmuş olacaktır. Söz konusu hükmün lafzından yan noktalara ilişkin uyuşmazlığın çeşitli ihtimaller dahilinde iki farklı sonucu olabileceği görülmektedir¹⁵⁵. Ancak sözleşmelerin ayakta tutulması prensibi göz önünde bulundurulduğunda, yan noktalarda bir uyuşmazlık söz konusu olduğu durumlarda dahi sözleşmenin kurulmuş olduğunun kabulü gerekir¹⁵⁶. Objektif yönden esaslı olmayan bir yan noktayı taraflardan biri, sözleşme yapma iradesinin zorunlu koşulu olarak öngörüyorsa diğer bir deyişle, sübjektif esaslı nokta haline getirmek istiyorsa, bunu karşı tarafa açık şekilde bildirmelidir. Ancak bu durumda yan noktanın sübjektif esaslı nokta halini aldığı kabul edilebilir¹⁵⁷.

Birinci soru açısından değerlendirilmesi gereken diğer bir husus da sözleşme taraflarının bu süreç devam ederken kendi edimlerini ifa etmeye başlamasının sözleşmenin kurulmasına bir etkisinin olup olmayacağıdır.

Tarafların irade beyanları açısından objektif esaslı noktalar üzerinde bir uyuşmazlık söz konusu ve taraflardan biri edimini ifa etmeye başlamış ise borç olmayan şeyin ifası söz konusu olacaktır¹⁵⁸. Sübjektif esaslı noktalarda bir uyuşmazlık söz konusu ve taraflardan biri edimini ifa etmeye başlamış ise bu durumun dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁵⁹. Çelişkili davranış yasağı gereğince taraflardan biri edimini ifaya başladıktan sonra olası bir uyuşmazlık durumunda

154 Eren bu durumu "taraflar bu talep ile sübjektif yönden esaslı nokta haline getirdikleri bir noktayı tekrar sübjektif yönden yan noktaya dönüştürmekte söz konusu noktanın esaslılık vasfından feragat etmektedirler" şeklinde açıklamaktadır. EREN, s. 257; benzer yönde bir görüş için bkz. SEROZAN, TBK 2, N. 27; ATAMER, Genel İşlem, s. 118.

155 NÖMER, Borçlar Hukuku, N. 25.3, 25.4.

156 TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 572; BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 114; SEROZAN, TBK 2, N. 21; CHK-KUT, OR 1, N. 28, OR 2, N. 5. *Antalya*'ya göre ister objektif ister sübjektif yan noktalara ilişkin olsun, tarafların sübjektif esaslı nokta haline getirmek istediği, ancak bu noktalarda uzlaşmadıkları sonucuna ulaşıldığı takdirde, sübjektif esaslı noktalarda uyuşma sağlanamadığından sözleşme kurulmamış olacaktır. ANTALYA, s. 238. Öğretide TBK m. 2/I ve II'nin lafzından hareketle ağırlıklı görüş olarak, yan noktalarda müzakere gerçekleştirilmiş olmasına karşın yan noktalarda uyuşmama durumu söz konusu olması halinde sözleşmenin kurulamamış olacağı kabul edilmektedir. NÖMER, Borçlar Hukuku, N. 25.

157 TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 576; CHK-KUT, OR 1, N. 31. Bu durumda dahi sözleşmenin kurulmamış olduğu doğrudan kabul edilmemelidir. Tarafların bu yönde bir talebi olmadıkça hakim bu durumu re'sen göz önünde bulunduramayacaktır.

158 *Serozan*, ifa sonrasında objektif esaslı noktalardaki anlaşmazlığın varlığını ileri sürmenin "çelişik davranış" teşkil edeceğini ileri sürmektedir. SEROZAN, TBK 2, N. 14.

159 Bir irade beyanı, beyanda bulunanın gerçek arzusunu yansıtmamasına rağmen karşı tarafın gerçek arzuyu bildiği veya irade beyanında kullanılan deyimler yanlış kullanılmış olmasına rağmen, tarafların her ikisinin bu deyimlere ortak bir anlam vermeleri durumunda, güven teorisine başvurulmayacaktır. Zira bu gibi durumlarda korunacak bir güvenden bahsedilemez ve yorumda tarafların ortak anlayışı esas alınır. Sözleşme, tarafların ortak arzuvarına göre kurulmuş olur. Şayet gerçek arzuvarına göre uyuşma yoksa kurulmamış olur fakat irade beyanlarına taraflar ayrı anlamlar veriyorlarsa beyanların anlamı ve sözleşmenin kurulmuş olup olmadığı güven teorisi uyarınca belirlenecektir. OĞUZMAN/ÖZ, N. 239.

edimini ifa eden taraf, sübjektif esaslı noktalarda uyuşmazlığı gerekçe göstererek sözleşmenin kurulmadığını iddia etmesi kabul edilmemelidir. Zira bu durum, çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil etmektedir¹⁶⁰. Yan noktalar açısından ise uyuşmazlık söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin yine de kurulmuş olacağından yukarıda bahsetmiştik.

O halde bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedebilmek için taraflar kural olarak, objektif ve sübjektif esaslı noktalarda anlaşmış olmalıdırlar. Ancak taraflar olası bir uyuşmazlık halinde, sübjektif esaslı noktalarda bir uyuşmazlık nedeniyle sözleşmenin kurulmamış olduğunu ileri sürmedikçe, hakim bu durumu re'sen göz önünde bulunduramayacaktır. Yan noktalara ilişkin bir uyuşmazlık halinde esaslı noktalarda uyuşma sağlanmış ise sözleşmenin kurulmuş olduğu sonucuna varılabilecektir.

Son olarak değerlendirmemiz gereken husus ise sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olduğu durumlarda elimizde sübjektif esaslı noktaları ve/veya yan noktaları birbiriyle çelişen bünyesinde genel işlem koşulları ihtiva eden kurulmuş bir sözleşme olacaktır. İşte ikinci sorumuz böyle bir durum ile karşılaşıldığı takdirde ve bir uyuşmazlık yaşanması halinde, hangi tarafa ait genel işlem koşullarının uygulanması gerektiğinin tespitine yöneliktir.

Türk Borçlar Hukuku açısından çatışan genel işlem şartları içeren kurulmuş bir sözleşmede, kendi genel işlem şartlarına en son olarak veya ilk olarak atıf yapmış olan tarafa öncelik tanınmaz. Böyle bir durum söz konusu olması halinde sözleşme boşluğu olduğu kabul edilerek nakavt kuralına benzer bir çözüm yolunun öğretide ileri sürüldüğü söylenebilir¹⁶¹.

Sözleşme boşluğu kural olarak tarafların sözleşmenin içeriğine ilişkin hukuki bir sorunu isteyerek veya istemeyerek düzenlememeleri halinde ortaya çıkar. Sözleşmelerin ayakta tutulması prensibi uyarınca sözleşmenin kuruluşuna sirayet eden taraf iradeleri sübjektif esaslı noktalar ve yan noktalarda çelişme halinde ise de sözleşmenin kurulduğu ancak sözleşmede bir boşluk meydana geldiği kabul edilmelidir. Sözleşme boşluklarının söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin tamamlanması yoluna gidilir. Sözleşmenin tamamlanması ise taraflarca, düzenleyici kurallarla veya bizzat hakim tarafından gerçekleştirilebilir¹⁶².

Sözleşme boşluğunun tamamlanması konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki objektif görüş olarak adlandırılmakta ve sözleşme boşluğunun doldurulmasında düzenleyici hukuk kurallarına öncelik tanımaktadır. Sübjektif teori olarak bilinen diğer görüş ise tarafların ortak farazi iradelerine öncelik tanınarak sözleşmenin bu iradelere göre tamamlanması gerektiğini kabul etmektedir¹⁶³.

160 ATAMER, Genel İşlem, s. 118; SEROZAN, TBK 2, N. 14. Tarafların ifa aşamasına geçmesinden sonra, genel işlem koşullarında karşı tarafın genel işlem koşullarının kabul edilmeyeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunması halinde de sübjektif esaslı unsur olarak düzenlenen bu hükümden vazgeçerek yan nokta haline getirdiği kabul edilmeli ve sözleşme yine de kurulmuş kabul edilmelidir. ATAMER, Genel İşlem, s. 119; BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 114. Aksi yönde görüş için bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, Çelişen Genel İşlem Koşulları, s. 145.

161 BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 116; AKSOY-DURSUN, s. 55.

162 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §17, N. 13; OĞUZMAN/ÖZ, N. 599; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 578; AKSOY-DURSUN, s. 55.

163 AKSOY-DURSUN, s. 111; ATAMER, Sözleşme Boşlukları, s. 178.

Sözleşmenin hakim tarafından tamamlanmasında sözleşmenin kurulması sorunu, taraflar arasında uyumsuzluk konusu yapılmamaktadır. Uyumsuzluk, sözleşmenin içeriğini oluşturan noktaların belirlenmesine yöneliktir. Yan noktalara ilişkin boşluğun ne şekilde doldurulacağına ilişkin düzenleme, TBK m. 2/II de yer almaktadır¹⁶⁴. Aynı hüküm, çelişen sübjektif esaslı noktalar açısından da uygulanmalıdır¹⁶⁵. Zira sözleşmedeki yan noktaları, sübjektif esaslı nokta haline getiren taraf iradeleridir. Tarafların sözleşmenin kurulmadığına ilişkin bir talebi söz konusu değilse bahsi geçen sübjektif esaslı noktaların yan nokta haline geldiği kabul edilmelidir.

Genel işlem koşullarının çatışması durumunda taraflar yan noktaları görüşmüşler ancak karşılıklı ve birbirine uygun şekilde bu noktalar üzerinde bir anlaşmaya varamamışlardır. Bu durumda öğretide bir görüş hakim, sözleşmeyi varsa kanunda yer alan düzenleyici kurallar ile yoksa mevcut olmaları halinde örf ve adet kuralları ile bunlarında olmaması halinde, TMK m.1/II'ye göre kendi koyduğu kurallar ile dolduracağını kabul etmektedir¹⁶⁶. Ancak burada katı bir sıralamadan ziyade oluşan boşluğun ne şekilde doldurulacağı hususunda hakim, bir takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Hakim olayın özelliğini ve tüm koşulları dikkate alarak hakkaniyete daha uygun farklı bir sıralama da benimseyebilir¹⁶⁷. Genel işlem koşullarında çelişen noktaya, taraflar karşılıklı müzakere ile hazırladıkları bireysel sözleşmede de yer vermiş ise bu hükme öncelik tanınacaktır. Aynı kural, genel işlem koşulu olarak düzenlenen bir hüküm ve bireysel sözleşme hükmünün çelişmesi halinde de uygulanacaktır¹⁶⁸.

SONUÇ

Standart sözleşme hükümlerinin çatışması, sözleşmenin her iki tarafının atıfta buldukları kendi standart sözleşme hükümlerinin birbirinden farklı içeriğe sahip olmaları durumudur. Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde, ortaya çıkan hukuki uyumsuzluğun ne şekilde çözülmesi gerektiğine ilişkin öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

İlk atış kuralına göre, sözleşme kurulduğu esnada hem öneride bulunan, hem de kabul beyanında bulunan tarafın, kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması ve bu hükümlerin çatışması

164 TBK m. 2/II, “İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hâkim, uyumsuzluğun özelliğine bakarak karara bağlar”.

165 EREN, s. 498.

166 EREN, s. 497; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 572; CHK-KUT, OR 2, N. 7; BÜYÜKSAGIŞ, Çelişen Genel İşlem Koşulları, s. 147. Objektif görüş içerisinde olmakla birlikte kanunda düzenleyici kuralların bulunmaması durumunda hakim kanun boşluğu doldurur gibi TMK m. 1/II'den yararlanmamasını önceliği tarafların ortak farazi iradelerine vermesi gerektiğini kabul eden bir görüş de bulunmaktadır. AKSOY-DURSUN, s. 111.

167 OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 4; SEROZAN, TBK 2, N. 28; CHK-KUT, OR 2, N. 7; BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 115; BGE 107 II 411. Karma teori olarak adlandırılan bu görüş objektif teorinin düzenleyici hukuk kurallarına öncelik vermesinin, sübjektif teorinin ise tarafların ortak farazi iradelerini tespit etmedeki belirsizliğin ortaya çıkardığı sakıncaları gidermeyi amaçlamaktadır. Karma teori somut olayın şartlarının göz önünde bulundurulmasıyla taraf menfaatlerini ön plana çıkarmaktadır. Özellikle sözleşme taraflarının kişisel özelliklerinin ön planda olduğu sözleşmelerde düzenleyici hukuk kurallarının uygulanması her zaman adil bir çözüm ortaya koymayabilir. AKSOY-DURSUN, s. 125; ATAMER, Sözleşme Boşlukları, s. 183 vd.

168 OFK-KOSTKIEWICZ, OR 2, N. 4; BGE 135 III 225; 125 III 263. Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. ATAMULU İsmail, “Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”, ERÜHFD, C.XIII, Sa. 1, 2018, s. 122 vd.

halinde kabul beyanında bulunan taraf, öneride bulunan tarafın atıfta bulunmuş olduğu standart sözleşme hükümlerini açık bir şekilde reddetmemiş ise öneride bulunan tarafın standart sözleşme hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır.

Son atış kuralına göre, tarafların atıfta bulunduğu standart sözleşme hükümlerinde çatışma halinde olması durumunda, zaman olarak son kez atıfta bulunulan standart sözleşme hükümleri herhangi bir çekince ileri sürülmeden kabul edilmiş ise sözleşme söz konusu bu metinde yer alan hükümlere göre kurulmuş olacaktır. Son atış kuralı temelini, sözleşmenin kurulması için öneri ile kabul beyanının birebir örtüşmesini şart koşan aynadaki görüntü (mirror image) kuralından almaktadır.

Nakavt kuralına göre, her bir tarafın atıfta bulunduğu kendi standart sözleşmelerinde yer alan hükümlerin birbiriyle tam bir uyuma halinde olmadığı durumlarda, birbiriyle çatışan hükümler birbirini etkisiz kılacak ve sözleşme tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümler ile standart sözleşme hükümlerinde ortak olarak mevcut olan hükümler çerçevesinde kurulacaktır. Çatışan hükümlerin birbirini hükümsüz kılması sonucu ortaya çıkan boşluk ise genel hükümler ile doldurulacaktır. Bu kural günümüz ticari hayatının gereksinimlerini karşılamakta, diğer kurallara nazaran daha başarılı olarak kabul edildiğinden öğreti ve uygulamada sıklıkla tercih edilmektedir.

En iyi atış kuralına göre, standart sözleşme hükümleri çatışsa dahi tarafların sözleşme ile bağlı olma yönünde iradeleri mevcut ve taraflar esaslı noktalarda anlaşmışlar ise sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Bu durumda sözleşme hükümlerinin belirlenmesi tarafların sunmuş oldukları standart sözleşmelerden birisinin mahkeme tarafından seçilmesi yoluyla olacaktır. Seçim yapılırken standart sözleşme hükümleri bir bütün halinde değerlendirilecek ve bir tarafın standart sözleşmesi bütünüyle tercih edilirken diğer tarafın standart sözleşmesi bütünüyle reddedilecektir. Mahkeme tercihinde bir görüşe göre adillik kriterini, diğer görüşe göre ise ekonomik etkinlik kriterini esas alacaktır.

Makul atış kuralına göre de standart sözleşme hükümleri çatışsa dahi tarafların sözleşme ile bağlı olma yönünde iradeleri mevcut ve taraflar esaslı noktalarda anlaşmışlar ise sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Bir uyuşmazlık yaşanması durumunda ise mahkeme tarafların standart sözleşme hükümlerini bir arada değerlendirerek yeni bir standart sözleşme metni ortaya koyacaktır. Bu değerlendirmede mahkeme, tarafların standart sözleşme hükümlerini, düzenlenen konulara göre ayrı ayrı inceleyerek her konu için makul gördüğü hükümleri tercih edecektir. Böylelikle tarafların standart sözleşme hükümlerinin farklı bölümlerini bir araya getirerek en makul standart sözleşme hükümleri bütünü oluşturacaktır.

Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde nasıl bir hukuki sonucun ortaya çıkacağı ve ortaya çıkan bu hukuki sorunun ne şekilde çözüme kavuşturulacağına ilişkin bir düzenleme Türk Hukukunda bulunmamaktadır. Katıldığımız görüş uyarınca, Türk Hukukunda sözleşmenin kurulduğundan bahsedebilmek için taraflar kural olarak objektif ve sübjektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmalıdır. Ancak taraflar olası bir uyuşmazlık halinde sübjektif esaslı noktalarda bir uyuşmazlık nedeniyle sözleşmenin kurulmamış olduğunu ileri sürmedikçe hakim bu durumu re'sen göz önünde bulundurmayacaktır. Yan noktalara ilişkin bir uyuşmazlık halinde ise esaslı noktalarda uyuma sağlandığı takdirde sözleşmenin kurulmuş olduğu sonucuna varılabilecektir. Öncelikle

objektif esaslı unsurlar, genel işlem koşulu olarak kararlaştırılmayacaktır. Dolayısıyla genel işlem koşulları içerisinde yer alamayan sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının, çatışması da söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte bu çatışma subjektif esaslı unsurlar üzerinde ise taraflar subjektif esaslı unsurlar üzerinde uyuşamadıklarını ileri sürmedikçe bu durum sözleşmenin kurulmasına engel olmayacaktır. Bunun yanı sıra sözleşmenin kurulduğu inancıyla hareket etmişler ise bu durumda da yine sözleşmenin kurulduğundan bahsedilebilecektir. Ancak tarafların sözleşmenin subjektif esaslı unsurları üzerinde anlaşamamaları ve bu uyuşamama nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürdükleri durumda sözleşme kurulamamış olacaktır. Çatışma yan noktalara ilişkin ise yine sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Çatışan genel işlem koşulları içeren kurulmuş bir sözleşmede, kendi genel işlem koşullarına en son veya ilk olarak atıf yapmış olan tarafa öncelik tanınmayacaktır. Böyle bir durum söz konusu olması halinde sözleşme boşluğu olduğu kabul edilerek nakavt kuralına benzer bir çözüm yoluna, diğer bir deyişle sözleşmenin tamamlanması yoluna gidilecektir. Sözleşmenin tamamlanması ise taraflarca, düzenleyici kurullarla veya bizzat hakim tarafından gerçekleştirilebilir. Burada oluşan boşluğun ne şekilde doldurulacağı hakimin takdir yetkisine bırakılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL** Mehmet, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi HFD, C. XVIII, Sa. 1, 2014, s. 49-69.
- AKSOY-DURŞUN** Sanem, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul, 2008.
- ANTALYA**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – I, İstanbul, 2015.
- ATAMER** Yeşim M., “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, İÜHFMD, C. LXIII, Sa. 1-2, 2005, s. 171-191. (Sözleşme Boşlukları)
- ATAMER** Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 2001. (Genel İşlem)
- ATAMULU** İsmail, “Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”, ERÜHFD, C.XIII, Sa. 1, 2018, s. 101-147.
- AYDOĞDU** Murat, Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25), Ankara, 2018.
- BAIRD** Douglas G./**WEISBERG** Robert, “Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207”, Virginia Law Review, Vol. 68:1217, 1982, s. 1217-1262.
- BASEDOW** Jürgen, MüKoBGB – Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, (Hrsg. **SÄCKER** Franz Jürgen/**RIXECKER** Roland/**OETKER** Hartmut/**LIMPERG** Bettina), 2019.
- BAŞ** Ece, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013.
- BAŞ-SÜZEL** Ece/**ADEN** Felix, ““Battle of Forms” im Türkischen AGB-Recht”, RIW, 2017, s. 111-116.
- BEN-SHARAR** Omri, “An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms”, John M. Olin Center Law & Economics University of Michigan, Paper# 04-018, 2004, s. 1-26, <https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2004/Documents/ben-shahar04-18.pdf>, e.t.: (21.05.2018).
- BÜYÜKSAGIŞ** Erdem, “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çelişen Genel İşlem Şartları”, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 15, 2015, s. 135-157. (Çelişen Genel İşlem Şartları)

- BÜYÜKSAĞIŞ** Erdem, “Turkish Contract Law Reform: Standard Terms, Unforeseen Circumstances, and Judicial Intervention”, *European Business Organization Law Review*, 2016, s. 423-449. (Standard Terms)
- CAROLINE N. Brown**, “Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work”, *North Carolina Law Review*, Vol. 69, No. 3, 1991, s. 893-944.
- CISG-AC Opinion No. 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG, (Rapporteur: **EISELEN** Sieg), Adopted by the CISG Advisory Council following its 17th meeting, in Villanova, Pennsylvania, USA, on 20 January 2013, <https://www.cisgac.com/opinions/#op>, e.t.: (21.08.2018). (CISG-AC)
- CHRISTANDL** Gregor, *Commentaries on European Contract Laws*, (Ed. **JANSEN** Nils/**ZIMMERMANN** Reinhard), Oxford, 2018.
- CİVAN** Orhan Ersun, *Genel İş Koşulları*, İstanbul, 2015.
- COOTER** Robert / **ULEN** Thomas, *Law and Economics*, Boston, 2014.
- CORTERIER** Andre, “A Peace Plan for the Battle of the Forms”, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 10:195, 2006, s. 195-215.
- DORNIS** Tim, *Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, (Hrsg. **HONSELL** Heinrich), Berlin, 2010.
- EISELEN** Sieg/**BERGENTHAL** Sebastian, “The Battle of Forms: A Comparative Analysis”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 39, No.2, 2006, s. 214-240.
- ENDERLEIN** Fritz/ **MASKOW** Dietrich, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods : Commentary*, New York, 1992.
- ERCOŞKUN-ŞENOL** Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, *İÜHFH*, C. LXXIV, Sa. 2, 2016, s. 709-737.
- EREN** Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017.
- FARNSWORTH** E. Allan : “Article 19”, *Commentary on the International Sales Law*, (Ed. **BIANCA** Massimo/**BONELL** M. Joachim), Milan, 1987.
- FEJÖS** Andrea, *Battle of Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Uniform Solution?*, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Vol. 11, No. 1, 2007, s. 113-129. (A Uniform Solution?)
- FEJÖS** Andrea, “Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of the Forms under the CISG and the UCC”, *CISG Database*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html>, 2006, e.t.: (25.04.2018). (Formation of Contracts)
- FERRARI** Franco, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band: 5, Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf-CISG*, (Hrsg. **SCHMIDT** Karsten), München, 2018.
- FEYZİOĞLU** Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – I*, İstanbul, 1976.
- GABRIEL** Henry D.: “Uniform Commercial Code Article Two Revisions: The Wiew Of The Trenches”, *Barry Law Review*: Vol. 23, No. 2, 2018, s. 129-153. (Kıs: Revision)
- GABRIEL**, Henry D., *The Battle of the Forms: A Comparison of the United Nations Convention for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code*, *The Business Lawyer*, Vol. 49, No. 3, 1994, s. 1053-1064. (Kıs: Battle of Forms)
- GOLDBERG** P. Victor, “The Battle of Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule”, *Oregon Law Review*, Vol. 76, 1997, s. 155-173.
- GÖNENSAY** A. Samim, *Borçlar Hukuku, Birinci Cilt*, İstanbul, 1948.
- GÖRGEÇ** Başak, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, *MÜHF-HAD*, C. 19, Sa. 1, 2013, s. 403-440.

- HATEMİ** Hüseyin/**GÖKYAYLA** Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2017.
- HAVUTÇU** Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003.
- HOGAN** William E., “The Highway and Some of the Byways in the Sales and Bulk Sales Articles of the Uniform Commercial Code”, *Cornell Law Quarterly*, Vol. 48/1, 1962, s. 1-46.
- JACOBS** Edward J., “The Battle of the Forms: Standard Term Contracts in Comparative Perspective”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, No. 2, 1985, s. 297-316.
- KADNER-GRAZIANO** Thomas, “Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situations: The Hague Solution”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 14, 2013, s. 71-101.
- KARA** Burak, “Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Genel İşlem Koşulları Çerçevesinde Hukuki Mahiyeti”, *Alanya 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı*, 2018, s. 265-278, <https://asoscongress.com/2018alanya/>, e.t.: (02.01.2019).
- KARABAĞ-BULUT** Nil, *Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, İstanbul, 2014.
- KEATING** Daniel, “Exploring the Battle of the Forms in Action”, *Michigan Law Review*, Vol. 98/2678, 2000, s. 2678-2715.
- KELSO** J. Clark, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: contract formation and the battle of forms”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 21, 1982/83, s. 529-556.
- KESSLER** Friedrich, “Some Thoughts on the Evolution of the German Law of Contracts: Part I”, *Faculty Scholarship Series, Paper N. 2644*, 1975.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul, 2017.
- KOSTKIEWICZ** Jolanta Kren, *OFK – Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, (Hrsg. **KOSTKIEWICZ** J. Kren/**WOLF** Stephan/**AMSTUTZ** Marc/**FANKHAUSER** Roland), Zürich, 2016.
- KÖTZ** Hein, *European Contract Law*, (Transl. **MERTENS** Gill/**WEIR** Tony), Croydon, 2017.
- KUT** Ahmet, *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen*, (Hrsg. **FURRER** Andreas/**SCHNYDER** Anton K.), Zürich – Basel – Genf, 2016.
- LANDO** Ole, , “Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code”, *The Rules of European Contract Law, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN*, Luxembourg, 1999.
- MAHÉ** Chantal B.P., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law A Commentary*, (Ed. **SCHELHAAS** Harriët), Nijmegen, 2002.
- MAZZACANO** Peter J., *A Comparison between the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code*, Osgoode Hall Law School, 2013.
- MCKENDRICK** Ewan, “The Battle of Forms and the Law of Restitution”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 2, 1988, s. 197-221.
- MOCCIA** Christine, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the “Battle of the Forms”*, *Fordham International Law Journal*, Vol. 13, 1989/1990, s. 649-679.
- MURRAY** John E. Jr., “The Definitive “Battle of the Forms”: Chaos Revisited”, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 20, 2000, s. 1-48.
- NOMER** Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2018. (Borçlar Hukuku)
- NOMER** Haluk Nami, “Sözleşmedeki Esaslı Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?”, *Journal of Yaşar University C. 8, Sa. Özel*, 2013, s. 2053-2074. (Esaslı Nokta)

- OĞUZ** Cemal, “Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. I, 1998, s. 25-37.
- OĞUZMAN** Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, 2018.
- ÖZCAN** Zeynep, “The Battle of Forms”, E-Journal of Law, Vol.4 (1), 2018, s. 1-13.
- ÖZEL** Çağlar, “Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri”, Sosyoekonomi Dergisi, S.1, 2006, s. 153-167.
- ÖZKAN** Zehra, Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması, AÜHFD, Sa. 66 (1), 2017, s. 157-199.
- PIECK** Manfred, “A Study of the Significant Aspects of German Contract Law”, Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 3, Iss. 1, 1996, s. 111-176.
- POSNER** Richard Allen, “Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law”, John M. Olin Law & Economics Working Paper, No. 53, s. 1-11.
- REHBINDER** Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, (Çev. **TEOMAN** Ömer), İÜHFM, C. 42, Sa. 1-4, 1976, s. 641-653.
- RICHARDS** Paul, Law of Contract, Boston, 2017.
- RÜHL** Giesela, “The Battle of Forms: Comparative and Economic Observations”, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 24:1, 2003, s. 189-224.
- SAĞLAM** İpek, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt-1 Genel Hükümler, (Ed. **SEROZAN** Rona/ÖZ Turgut/ACAR Faruk/GÖKYAYLA Emre/DEVELİOĞLU Murat), İstanbul, 2018. (TBK 3)
- SAĞLAM** İpek, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması, (CISG m. 14-24), İstanbul, 2013. (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler)
- SANDROCK** Otto/GALSTON Nina Moore, “Standard Terms Act 1976 of West Germany”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 26, N. 4, 1978, s. 551-572.
- SANLI** Kerem Cem, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul, 2007. (Haksız Fiil)
- SANLI** Kerem Cem, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul, 2015. (Sözleşme Hukuku)
- SCHÄFER** Hans-Bernd/LEYENS Patrick, Economic Analysis of the DCFR: The Work of the Economic Impact Group Within CoPECL, (Ed. **LAROCHE** Pierre/CHIRICO Filomena) Judicial Control of Standart Terms and European Private Law, Munich, 2010.
- SCHLECHTRIEM** Peter, “The Battle of the Forms under German Law”, The Business Lawyer, Vol: 23, No. 3, 1968, s. 655 – 668. (Battle of Forms under German Law)
- SCHLECHTRIEM** Peter, “Battle of the Forms in International Contract Law, Evaluation of approaches in German law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC approaches under consideration”, Festschrift für Rolf Herber zum 70. Geburtstag, (Ed. **THUME** Karl-Heinz), (Transl. **EIMER** Martin), Luchterhand, 1999. (Battle of the Forms in International Contract Law)
- SCHROETER**, Ulrich G., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), (Ed. **SCHLECHTRIEM** Peter/ **SCHWENZER** Ingeborg), Oxford, 2016. (CISG)
- SCHROETER** Ulrich G., “Ergänzungen, Einschränkungen und sonstige Änderungen zum Angebot”, Kommentar zum Einheitlichen UN – Kaufrecht, (Hrsg. **SCHLECHTRIEM** Peter/**SCHWENZER** Ingeborg), München, 2013. (UN-Kaufrecht)
- SCHWAB** Martin, AGB-Recht Tipps und Taktik, Heidelberg, 2008.
- SEROZAN** Rona, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt-1 Genel Hükümler, (Ed. **SEROZAN** Rona/ÖZ Turgut/ACAR Faruk/GÖKYAYLA Emre/DEVELİOĞLU Murat), İstanbul, 2018.

- SHANKER**, Morris G., “Battle of the Forms: A Comparison and Criticism of Canadian, American and Historical Common Law Perspectives”, 4 Canadian Business Law Journal, 1980, s. 263-276.
- SİRMEN** Lale, Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, 1972.
- STEENSGAARD** Kasper, “A Comparative View on ‘Battle of the Forms’ under the CISG and in the German and US American Experiences”, Nordic Journal of Commercial Law, No. 1, 2015.
- STEIN** Robert A., Forming a More Perfect Union: A History Of The Uniform Law Commission, Charlottesville, 2013.
- STEMP** Kevin C., “A Comparative Analysis of the Battle of the Forms”, Transnational Law & Contemporary Problems, Vol. 15:243, 2005, s. 243-286.
- STEPHENS** Corneill A., “Escape From The Battle Of The Forms: Keep It Simple Stupid”, Lewis & Clark Law Review, Vol. 223, N. 11, 2007, s. 233-245.
- SUKURS** Charles, “Harmonizing the Battle of the Forms: A Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 34, 2001, s. 1481-1515.
- TEKİNAY** S. Sulhi/**AKMAN** G. Sermet/**BURCUOĞLU** Haluk/**ALTOP** Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- TERCIER** Pierre/**PICHONNAZ** Pascal/**DEVELİOĞLU** Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.
- TERRE** François/**SIMLER** Philippe/**LEQUETTE** Yves, Droit civil, Les obligations, Paris, 2009.
- THATCHER** Charles M., “Sales Contract Formation and Content-An Annotated Apology for a Proposed Revision of Uniform Commercial Code § 2-207”, South Dakota Law Review, Vol. 32, 1987, s. 296-312.
- ULUSAN** İlhan, “Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Koşullarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013.
- VISCASILLAS**, Maria del Pilar Pelares: “Battle of the Forms” under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles, Pace International Law Review, Vol. 10 Iss. 1, 1998, s. 97-155.
- von **HUBER** Ulrich, “Der Uncitral-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge”, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 43. Jahrg., Heft: 3, 1979, s. 413-526.
- von **MEHREN** Arthur, “The ‘Battle of Forms’: A Comparative View”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 38, No. 2, 1990, s. 265-298. (Battle of Forms)
- von **MEHREN** Arthur, Contracts in General, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, (Ed. von **MEHREN** Arthur), A General View of Contract, Hague-Boston-London, 2008. (Contracts in General)
- von **TUHR** Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2, (Çev: **EDEGE** Cevat) Ankara, 1983.
- WILDNER** Kaia, “ Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002, Pace International Law Review, Vol: 20, Iss: 1, 2008, s. 1-30.
- YAVUZ** Cevdet, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri”ne İlişkin Düzenlemesinin (m. 1-48) Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2007.
- YELKENCİ** Işıl, CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul, 2014.
- YILMAZ** Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Ankara, 2015.
- YILMAZ** Alper Çağrı, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, Sa. 6, 2018, s. 481-511.

- YÜCESOY-YILMAZ** Yasemin, “Viyana Satım Antlaşmasına Göre Kabul”, TAAD, Yıl: 7, Sa. 30, 2017, s. 423-449.
- ZELLER** Bruno, The CISG and the Battle of the Forms, in: International Sales Law: A Global Challenge, New York, 2014.
- ZERRES** Thomas, “Principles of the German Law on Standard Terms of Contract”, http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German_Standard_Terms_of_Contract_Thomas_Zerres.pdf, e.t.: (14.04.2018).

İnternet Kaynakları

- <http://www.wetten.overheid.nl>
- <http://www.dutchcivillaw.com>
- <http://www.jurawelt.com>
- http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods.html
- <http://www.wipo.int/wipolex/en/>
- <https://www.academic.lexisnexis.eu>
- <https://www.beck-online.beck.de/>
- <https://www.eur-lex.europa.eu>
- <https://www.home.heinonline.org/>
- <https://www.cisg.law.pace.edu>
- <https://www.cisgac.com/>
- <https://www.law.umich.edu>
- <https://www.legifrance.gouv.fr>
- <https://www.swisslex.ch/>
- <https://www.unidroit.org>
- <https://www.link.springer.com>