

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN
UYUŞMAZLIKLARA LEX MERCATORIA'NIN
UYGULANMASI**

(DOKTORA TEZİ)

Cansu YENER KESKİN

KOCAELİ 2021

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN
UYUŞMAZLIKLARA LEX MERCATORIA'NIN
UYGULANMASI**

(DOKTORA TEZİ)

Cansu YENER KESKİN

PROF. DR. HAKAN ÇEBİ

Tezin Kabul Edildiği Yönetim Kurulu Karar ve No: 29.12.2021/27

KOCAELİ 2021

ÖNSÖZ

Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanan “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara Lex Mercatoria’nın Uygulanması” isimli tez, Prof. Dr. Hakan ÇEBİ, Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL, Prof. Dr. İlhan HELVACI, Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR, Dr. Öğr. Üyesi Merve ACUN MEKENGECİ tarafından oluşturulan jüri önünde savunulmuş ve oybirliği ile başarılı bulunmuştur. Çalışmada milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara lex mercatoria’nın uygulanması konusunun incelenmesi hedeflenmiştir. Giriş ve sonuç bölümü hariç üç bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde genel olarak lex mercatoria hakkında bilgi verilmesi amaçlanmış ve bu kapsamda kısa bir tarihsel süreç anlatımına, lex mercatoria’nın hukuki niteliğine ve kaynaklarına yer verilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde devlet mahkemelerinde, üçüncü bölümünde ise milletlerarası tahkimde lex mercatoria’nın, milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara hangi hallerde uygulanabileceğine dair inceleme ve değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu incelemeler yapılırken lex mercatoria kapsamında yer alan maddi hükümler ile ticari âdet ve teamüllerin ne şekilde milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların esasına uygulanabilecekleri doktrinsel tartışmalar ve ICC kararları ışığında ayrı ayrı irdelenmiştir.

Öncelikle doktora eğitimim sırasında da derslerini aldığım ve tezimin danışmanlığını kabul ederek çalışmamın ticaret hukuku ayağının yere sağlam basmasına yardımcı olan değerli hocam, tez danışmanım Prof. Dr. Hakan ÇEBİ’ye teşekkürlerimi sunarım.

Milletlerarası özel hukuk alanına ilişkin çok sayıda tespiti içerisinde barındıran, bu açıdan sınanmaya çok açık olan çalışmamı okumayı ve savunmamda jüri üyesi olmayı kabul eden Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL’e titiz okumaları, çalışmama verdiği emek, tezimi kitap olarak bir an önce bastırmam konusunda bana verdiği teşvik ve beni çok mutlu eden kıymetli görüşleri için çok teşekkür ederim.

Bugün doktora tezimi ortaya çıkarabilmemde, danışmanlığını yaptığı yüksek lisans tezimde bana kattığı değerler sayesinde tarifsiz emekleri olan; yıllardır güvenini, desteğini her zaman yanımda hissettiğim, doktora tezimin medeni hukuk boyutu

açısından da ayrıntılı incelemesini ve değerlendirmesini yapan değerli hocam, Prof. Dr. İlhan HELVACI'ya minnettarım.

Doktora eğitimim boyunca bütün akademik çalışmalarına ve tezime verdiği destek için Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR'a; bütün yoğunluğuna rağmen tezime vakit ayıran, titizlikle okumasını yapan, tezime dair birçok hususu değerlendiren, içtenlikle görüş alışverişi yapabildiğim, desteğini benden esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY'a teşekkürü borç bilirim.

Büyük bir dikkat ve titizlikle tezimin okumasını yapan, birçok konuda beni aydınlatan, günler ve saatlerce emeğini esirgemeyen, savunmama kendime güvenle girmemde önemli katkıları olan aynı kürsüde çalıştığım için kendimi her zaman şanslı hissettiğim sevgili hocam Dr. Öğr. Üyesi Merve ACUN MEKENGEC'e ve tezimde yedek jüri üyesi olmayı kabul eden, bütün tez yazım sürecim boyunca desteği ve yüreklendirmesiyle bana güç veren değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Duygu KOÇAK DİKER'e çok teşekkür ederim.

Huzur, anlayış ve sevgi dolu bir çalışma ortamıyla mesleğe adım atmamı ve bu sayede yaptığım işi çok sevmemi sağlayan; hem bilimsel hem manevi desteği ile her zaman yanımda olan değerli hocam Prof. Dr. Pelin GÜVEN'e müteşekkirim.

Çalışmama daha çok vakit ayırabilmem için kendi vaktinden fedakârlık eden ve bana ilk günden beri güç veren Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ ERTAN'a; medeni hukuk boyutunda çalışmama önemli destekleri olan Ar. Gör. Dr. Efe Can YILDIRIR'a; süreç boyunca ihtiyacım olan her an yardımına koşan Ar. Gör. Uğur KAYNAKÇIOĞLU, Ar. Gör. Dr. Murat ESMER ve Ar. Gör. Dr. Mürvet Ece B. BÜYÜKÇAĞLAR'a çok teşekkür ederim. Son olarak yol arkadaşım Oğuzhan, emeklerin her türlü sözün ötesinde...

Cansu Yener Keskin

Kadıköy, Aralık 2021

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
ÖZET	viii
ABSTRACT	viii
KISALTMALAR LİSTESİ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1. GENEL OLARAK LEX MERCATORIA..... 4

1.1. TARİHSEL KÖKEN 4

1.2. LEX MERCATORIA'NIN HUKUKİ NİTELİĞİ 6

1.2.1. Lex Mercatoria Teorisine Genel Bir Giriş..... 6

1.2.2. Lex Mercatoria'nın Bağımsız Bir Hukuk Sistemi Niteliği..... 10

1.2.2.1. Goldman'ın Yaklaşımı ve Bu Yaklaşımı Destekleyen Görüşler..... 10

1.2.2.2. Muhalif Görüşler..... 13

1.2.3. Lex Mercatoria'nın Milli Hukuk Sistemlerinin Bir Parçası Olan Milletlerarası Ticarete Özgü Kurallar Bütünü Niteliği..... 16

1.2.4. Karma Görüş..... 17

1.3. LEX MERCATORIA'NIN KAYNAKLARI 20

1.3.1. Genel Bilgi..... 20

1.3.2. Milletlerarası Sözleşmeler Hukukunun Genel Prensipleri..... 23

1.3.2.1. Genel Bilgi..... 23

1.3.2.2. Sözleşmeler Hukukunun Genel Prensiplerinden Bazıları..... 26

1.3.3. Ticari Âdet ve Teamüller..... 29

1.3.4. Model Kanunlar..... 41

1.3.5. Derlemeler..... 43

1.3.5.1. Genel Bilgi..... 43

1.3.5.2. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri..... 45

1.3.5.2.1. Tarihsel Süreç..... 45

1.3.5.2.2. İzlenen Yöntem ve Amaç..... 47

1.3.5.2.3. Derleme (“*Restatement*”) Niteliği..... 50

1.3.5.2.4. UNIDROIT Prensipleri'nin Lex Mercatoria ile Bağlantısı..... 53

1.3.5.2.5. UNIDROIT Prensipleri'nin Önemi..... 56

1.3.5.3. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri..... 58

1.3.5.3.1. Tarihsel Süreç..... 58

1.3.5.3.2. İzlenen Yöntem ve Amaç..... 59

1.3.5.3.3. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'nin Önemi..... 60

1.3.5.4. TRANS-LEX Veri Tabanı..... 61

1.3.6. Konvansiyonlar..... 65

1.3.7. Yeknesak Kurallar..... 69

1.3.7.1. Genel Bilgi..... 69

1.3.7.2. INCOTERMS..... 70

1.3.7.2.1. Amacı ve Kapsamı..... 70

1.3.7.2.2. Tarihsel Süreç..... 73

1.3.7.2.3. Hukuki Niteliği..... 75

1.3.7.3. Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları (UCP)..... 77

1.3.7.3.1. Genel Bilgi..... 77

1.3.7.3.2. Tarihsel Süreç..... 80

1.3.7.3.3. Hukuki Niteliği.....	81
1.3.8. Model Sözleşme ve Klotlar	82
1.3.9. Davranış Kodları	86
1.3.10. Hakem Kararları.....	87

İKİNCİ BÖLÜM

2. DEVLET MAHKEMELERİNDE LEX MERCATORIA'NIN MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANMASI 92

2.1. LEX MERCATORIA'NIN SÖZLEŞME TARAFLARINCA SEÇİLMESİ 92

2.1.1. Genel Bilgi	92
2.1.2. Kanunlar İhtilafı Kurallarında Yer Alan Sübjektif Bağlama Kurallarına İlişkin Bazı Düzenlemeler	94
2.1.2.1. Milli ve Milletlerarası Düzenlemelerde Yer Alan Bazı Sübjektif Bağlama Kuralları	94
2.1.2.2. Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Prensipler (Lahey Prensipleri).....	98
2.1.3. Lex Mercatoria'nın Seçilmesi Hâlinde Kapsamında Yer Alan Maddi Hükümler Açısından Değerlendirme.....	102
2.1.4. Lex Mercatoria Kapsamında Yer Alan Ticari Âdet ve Teamüller Açısından Değerlendirme.....	108

2.2. TARAFLARCA HUKUK SEÇİMİ YAPILMAMIŞ OLMASI VEYA YAPILAN HUKUK SEÇİMİNİN GEÇERSİZ OLMASI HÂLİNDE SÖZLEŞMEYE LEX MERCATORIA'NIN UYGULANMASI 110

2.2.1. Kanunlar İhtilafı Kurallarında Yer Alan Objektif Bağlama Kurallarına İlişkin Bazı Düzenlemeler	110
2.2.2. Mahkemelerde Lex Mercatoria'nın En Sıkı İlişkili Hukuk Kuralı Olarak Uygulanma İmkânı	114
2.2.3. Lex Mercatoria Kapsamında Yer Alan Ticari Âdet ve Teamüller Açısından Değerlendirme.....	117

2.3. TARAFLARCA UYGULANACAK HUKUK OLARAK BİR MİLLİ HUKUK İLE BİRLİKTE LEX MERCATORIA'NIN SEÇİLMESİ..... 118

2.3.1. Genel Bilgi	118
2.3.2. Taraflarca Sözleşmenin Tamamının Bir Milli Hukuk ile Birlikte Lex Mercatoria'ya Tabi Kılınması.....	119

2.4. YORUMLAMA VE BOŞLUK DOLDURMADA LEX MERCATORIA'NIN UYGULANMASI 122

2.4.1. Milletlerarası Antlaşmaların Yorumlanması ve Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria'nın Uygulanması	122
2.4.2. Milli Hukuk Sisteminin Yorumlanması ve Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria'nın Uygulanması	123
2.4.2.1. Genel Bilgi.....	123
2.4.2.2. Milli Hukuk Sisteminin Yorumlanmasında Lex Mercatoria'nın Uygulanması .	124
2.4.2.2.1. Yorum Hakkında Genel Bilgi.....	124
2.4.2.2.2. Yorumlamada Lex Mercatoria'nın Uygulanması	126
2.4.2.3. Milli Hukuk Sisteminin Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria'nın Uygulanması	127
2.4.2.3.1. Boşluk Kavramı	127
2.4.2.3.2. Boşluk Türleri.....	130

2.4.2.3.2.1. Kanun Boşluğu	130
2.4.2.3.2.1.1. Açık Boşluk.....	130
2.4.2.3.2.1.2. Örtülü Boşluk	131
2.4.2.3.2.2. Kural İçi Boşluk.....	132
2.4.2.3.3. Kanun Boşluğunun Doldurulması	134
2.4.2.3.3.1. Genel Bilgi.....	134
2.4.2.3.3.2. Hâkimin Hukuk Yaratırken Gözeteceği İlkeler	134
2.4.2.3.3.3. Boşluk Türlerine Göre Doldurma Yöntemleri.....	138
2.4.2.3.3.3.1. Açık Kanun Boşluklarının Doldurulması	138
2.4.2.3.3.3.2. Örtülü Kanun Boşluklarının Doldurulması	142
2.4.2.3.3.3.3. Kural İçi Boşlukların Doldurulması	144
2.4.2.3.4. Lex Fori'nin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria'nın Rolü.....	145
2.4.2.3.4.1. Genel Bilgi.....	145
2.4.2.3.4.2. Kanun Boşluğunun “Örf ve Âdet Hukuku” Olarak Lex Mercatoria ile Doldurulması.....	146
2.4.2.3.4.3. Kanun Boşluğunun “Ulusötesi Kanunlar İhtilafı Kuralı” Olarak Lex Mercatoria ile Doldurulması.....	148
2.4.2.3.4.4. Hâkimin Hukuk Yaratırken Lex Mercatoria'ya Başvurması.....	151
2.4.2.3.5. Lex Causae'nin Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria'nın Rolü	155

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. MİLLETLERARASI TAHKİMDE LEX MERCATORIA'NIN MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANMASI 161

3.1. LEX MERCATORIA'NIN LEX CAUSAE OLARAK SÖZLEŞME TARAFLARINCA SEÇİLMESİ VEYA HAKEM HEYETİNCE BELİRLENMESİ..... 161

3.1.1. Lex Mercatoria'nın Sözleşme Taraflarınca Seçilmesi	161
3.1.1.1. Genel Hatlarıyla Milletlerarası Tahkim Mevzuatında Yer Alan Tarafların Hukuk Seçimine İlişkin Düzenlemeler	161
3.1.1.2. Lex Mercatoria Kapsamında Yer Alan Maddi Hükümler Açısından Değerlendirme	164
3.1.1.2.1. Genel Bilgi.....	164
3.1.1.2.2. Farklı Yaklaşımlar	167
3.1.1.2.3. Hakemlerin Altıma Faaliyetine İlişkin Değerlendirme.....	169
3.1.2. Esasa Uygulanacak Hukukun Hakemlerce Belirlenecek Olması Hâlinde Lex Mercatoria'nın Uygulanması	172
3.1.2.1. Esasa Uygulanacak Hukukun Hakemlerce Belirlenme Yöntemleri.....	172
3.1.2.2. Hakemlerin Esasa Lex Mercatoria'nın Uygulanmasına Karar Vermeleri Hâlinde Lex Mercatoria Kapsamında Yer Alan Maddi Hükümler Açısından Değerlendirme.....	177
3.1.2.3. Lex Causae Olarak Tespit Edilen Lex Mercatoria'nın Boşluklarının Doldurulması	183
3.1.3. Taraflarca Uygulanacak Hukuk Olarak Bir Milli Hukuk Sistemi ile Birlikte Lex Mercatoria'nın Seçilmesi	185
3.1.3.1. Bir Milli Hukuk Sistemi ve Lex Mercatoria'nın Uyuşmazlığın Esasına Birlikte Uygulanmaları.....	185
3.1.3.2. Milli Hukuk Sistemi ve Lex Mercatoria Kapsamında Yer Alan Maddi Hükümlerin Çelişmesi.....	186

3.2. LEX MERCATORIA KAPSAMINDA YER ALAN TİCARİ ÂDET VE TEAMÜLLERİN UYGULANMASI	188
3.2.1. Genel Bilgi	188
3.2.2. Bazı Milletlerarası Düzenlemelerdeki İlgili Hükümler.....	189
3.2.3. Lex Causae Olarak Bir Milli Hukuk Sistemi ile Lex Mercatoria'nın Birlikte Seçilmesi Hâlinde Ticari Âdet ve Teamüllerin Uygulanması.....	192
3.2.4. Lex Causae'nın Bir Milli Hukuk Sistemi Olması Hâlinde Ticari Âdet ve Teamüllerin Uygulanması.....	193
3.2.5. Hakem Heyetinin <i>Amiable Compositeur</i> Olarak ya da <i>Ex Aequo Et Bono</i> Karar Verme Yetkisine Sahip Olması Hâlinde Ticari Âdet ve Teamüllerin Uygulanması.....	197
3.3. LEX MERCATORIA'NIN MİLLİ HUKUK SİSTEMİNİN YORUMLANMASINDA, BOŞLUKLARININ DOLDURULMASINDA VE ULAŞTIĞI ÇÖZÜMÜN TEYİT EDİLMESİNDE UYGULANMASI	198
3.3.1 Milli Hukuk Sisteminin Yorumlanmasında Lex Mercatoria'nın Uygulanması.....	198
3.3.2. Milli Hukuk Sisteminin Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria'nın Rolü	200
3.3.2.1. Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılmış Olması.....	200
3.3.2.2. Lex Causae'nın Hakem Heyeti Tarafından Belirlenecek Olması.....	202
3.3.2.2.1. Kanunlar İhtilafı Kurallarına İlişkin Boşluk.....	202
3.3.2.2.2. Hakem Heyeti Tarafından Lex Causae Olarak Tespit Edilen Milli Hukuk Sistemine İlişkin Boşluk	203
3.3.3. Milli Hukuk Sistemiyle Ulaşılan Çözümün Teyidi Amacıyla Lex Mercatoria'nın Uygulanması	205
3.3.3.1. Genel Bilgi.....	205
3.3.3.2. Örnek Hakem Kararları.....	206
3.4. HAKEM HEYETİNİN AMIABLE COMPOSITEUR OLARAK YA DA EX AEQUO ET BONO KARAR VERME YETKİSİNE SAHİP OLMALARI HÂLİNDE LEX MERCATORIA'NIN UYGULANMASI	208
3.4.1. Genel Bilgi	208
3.4.2. <i>Amiable Compositeur</i> ve <i>Ex Aequo et Bono</i> Kavramları Arasındaki İlişki	210
3.4.3. Hakemin <i>Amiable Compositeur</i> Olarak ve <i>Ex Aequo et Bono</i> Karar Verme Yetkisinin Kapsamı.....	212
3.4.4. Hakemin <i>Amiable Compositeur</i> Olarak ve <i>Ex Aequo et Bono</i> Karar Verme Yetkisine İlişkin Modern Tahkim Düzenlemeleri.....	213
3.4.5. Lex Mercatoria'nın Uygulanması	214
SONUÇ	217
KAYNAKÇA	236
ÖZGEÇMİŞ	254

ÖZET

Çalışmanın amacı milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara lex mercatoria'nın uygulanması konusunun incelenmesidir. Giriş ve sonuç bölümü hariç üç bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde genel olarak lex mercatoria hakkında bilgi vermek amaçlanmıştır. Bu kapsamda kısa bir tarihsel süreç anlatımına, lex mercatoria'nın hukuki niteliğine ve kaynaklarına yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde devlet mahkemelerinde, üçüncü bölümünde ise milletlerarası tahkimde lex mercatoria'nın milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara hangi hallerde uygulanabileceğine dair inceleme ve değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu incelemeler yapılırken lex mercatoria kapsamında yer alan maddi hükümler ile ticari âdet ve teamüllerin ne şekilde milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların esasına uygulanabilecekleri ayrı ayrı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Lex mercatoria, milletlerarası ticari sözleşmeler, milletlerarası ticaret hukuku, ulusötesi hukuk

ABSTRACT

The purpose of the study is to examine the application of the lex mercatoria to the disputes that which arise out of international commercial contracts. Besides the introduction and conclusion the study consists three chapters. The first chapter aims to give information about the lex mercatoria in general. In this respect, a short account of the historical process of the lex mercatoria and its legal nature and sources are included.

In the second and third chapter of the study, examinations and evaluations are conducted with regard to the circumstances in which the lex mercatoria can be applied to disputes arising out of international commercial contracts in state courts and international arbitration respectively. As these examinations were being made, material provisions within the scope of the lex mercatoria and how the commercial usages and practices can be applied to the disputes arising out of international commercial contracts are discussed separately.

Keywords: Lex mercatoria, international commercial contracts, international commercial law, transnational law

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AD	: Adalet Dergisi
Aşa.	: Aşağıda
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.t.	: Adı Geçen Tez
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CİSG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CMR	: Convention Marchandise Routier
COTIF	: The Convention Concerning International Carriage by Rail
çev.	: Çeviren
dp.	: Dipnot
D.E.U.	: Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	: Esas
ed.	: Edited
EÜHFD	: Erzinca Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra

FIDIC	: Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils
FOSFA	: The Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Ltd
GAFTA:	: Grain and Feed Trade Association
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHCH	: Hague Conference on Private International Law
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
IPRG	: Gesetz über das Internationale Privatrecht
K	: Karar
LCIA	: The London Court of International Arbitration
Ltd.	: Limited
m.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Tahkim Odası
No	: Number
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı

s.	: Sayfa
Şti.	: Şirketi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: The International Institute for the Unification of Private Law
UTTDER	: Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi
v.	: Versus
vd.	: Ve devamı
Vol	: Volume
WIPO	: World Intellectual Property Organisation
Y.	: Yargıtay
Yuk.	: Yukarıda

GİRİŞ

Milletlerarası ticaret¹, milli hukuk sistemlerinin dışında ulusötesi² nitelikte milletlerarası ticari uyumsuzluklara özgü genel prensiplere, maddi hükümlere, ticari âdet ve teamül kurallarına ihtiyaç duymaktadır. Zira milli hukuklar farklı ülkelerin hukuk sistemlerinin bir parçası olan uyumsuzluk taraflarının milletlerarası ticaretten beklentilerini karşılama konusunda yetersiz kalmaktadır³. Bu sebeple de hem güçlü, dünya çapında faaliyet gösteren aktörler hem de küçük ya da orta ölçekli işletme sahipleri milletlerarası ticaret alanında yaptıkları sözleşmeleri bir milli hukuk sistemine tabi kılma konusunda gönülsüz olabilmektedirler. Milletlerarası ticari ilişkinin tarafları, aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmeden⁴ doğan borç ilişkisine milli hukuk sistemi yerine tarafsız, kaynağını herhangi bir milli hukuk sisteminden değil milletlerarası ticaret camiasından alan, bu sebeple de milli hukuk sistemlerinden bağımsız ve kendiliğinden doğmuş olan hukuk kurallarının uygulanmasını tercih etmektedirler.

¹ Genel anlamda ticaretin “*üretici ve tüketici arasında mal ve hizmetlerin el değiştirmesi işlemi*” olarak ifade edildiğine; milletlerarası ticaretin ise yerleşim yerleri, işyerleri veya mutad meskenleri farklı devletlerde olan ya da farklı devletlerin vatandaşlığına sahip olan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki mal ve hizmete ilişkin mübadeleleri anlattığına ilişkin bkz.: Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumsuzlukların Çözüm Yolları, İstanbul, Beta, 2019, s. 7. Milletlerarası ticaretin iki yönü olduğuna, ilkinin devletlerin imzalamış olduğu ticaret antlaşmaları, ithalat-ihracat yasakları veya kotalar gibi kamu hukuku karakterini taşıyan ve genel çerçeveyi çizen kuralları kapsadığına, diğerinin bu kamusal çerçeve kapsamında tacirler tarafından gerçekleştirilen ticari faaliyetleri ifade ettiğine; milletlerarası ticari ilişkinin de milletlerarası ticaretin menfaatlerine hizmet eden ya da yersel unsurları farklı devletleri işaret eden veya taraflarının farklı ülkelerin vatandaşlarından oluşan ticari ilişki olarak belirtildiğine ilişkin bkz.: Vahit Doğan, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, 2020, s. 11.

² Ulusötesi kavramının anlamına ilişkin tartışmalar için bkz.: Aşa. dn. 25.

³ Abul F. M. Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, American University International Law Review, Cilt 14, Sayı 3, (1999), s. 658. Milletlerarası ticaret hukuku bütün dünyada kabul edilen genel prensiplere dayanmaktadır. Bunun oluşmasının sebebi dünya pazarının varlığıdır. Zira bir ticari işleme uygulanacak hukuk kapitalist veya sosyalist bir hukuk düzeni değildir. Milletlerarası ticari bir işlemde uygulanacak hukuk amaca ulaşmak için bir araç niteliğindedir. Bkz.: Aleksander Goldstajn, “The New Law Merchant Reconsidered”, içinde: Law and International Trade, Festschrift M. Schmitthoff zum 70. Frankfurt: Fritz Fabricius, 1973, s. 174, (http://translex.uni-koeln.de/112500/_/goldstajn-aleksandar-the-new-law-merchant-reconsidered-in-festschrift-schmitthoff-frankfurt-am-1973-at-171-et-seq/) (21.07.2021).

⁴ Hukuki, şahsi veya coğrafi unsurları bakımından yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın maddi unsur açısından milletlerarası ticareti ilgilendiren bütün sözleşmelerin milletlerarası ticari sözleşme olarak nitelendirildiğine ilişkin görüş için bkz.: Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumsuzlukların Çözüm Yolları, s. 9-10; Bilgin Tiryakioğlu, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, ss. 7-8. Ziya Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994, ss. 25-26.

Kanunlar ihtilafı kuralları ise milletlerarası ticarete öngörülebilirliği belirli bir oranda azaltmaktadır. Ayrıca bu kurallar uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk sistemini göstermekle yetinmekte; bu hukuk sisteminin hakkaniyeti sağlayıp sağlamadığı, somut olay adaletini gerçekleştirip gerçekleştirmediğiyle ilgilenmemektedir. Genelde sözleşme taraflarından birinin hukukuna bağlanılmakta ve tarafsız bir hukuk sistemine bağlanma ihtiyacı çoğunlukla kanunlar ihtilafı kurallarıyla karşılanamamaktadır. Yine devlet ve yabancı yatırımcı arasında akdedilen özel hukuk sözleşmelerinde de tarafsız nitelikte maddi kurallara ihtiyaç duyulmaktadır⁵.

Bütün bu sebepler, Orta Çağ *lex mercatoria* anlayışından farklı olarak modern milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılayabilecek, milletlerarası ticari sözleşmelerin özelliklerine, karmaşık yapılarına ve uzmanlık gerektiren uygulanma yöntemlerine uygun⁶ yeni *lex mercatoria* teorisinin doğuşunun zeminini hazırlamıştır.

Altmışlı yılların başında Goldman'ın "Yeni *Lex Mercatoria*" teorisi ve Schmitthoff'un "Yeni Tacirler Hukuku" teorisi milletlerarası ticaret hukuku doktrininde önemli yankı uyandırmış, yıllar boyu tartışılmış, yeni *lex mercatoria* teorisinin temellerini oluşturmuştur⁷. Ortaya çıkışı uygarlığın başlangıcına, yaygın olarak uygulanmaya başlanması da yukarıda ifade ettiğimiz gibi Orta Çağ'a kadar götürülebilen⁸, yirminci yüzyılın ikinci yarısına kadar bir anlamda gömülü kalan *lex mercatoria*, dünyanın birçok farklı ülkesinden hukukçuların katkılarıyla oluşturulmuş çok geniş bir literatüre sahiptir⁹. Milletlerarası ticaret ve tahkim uygulamasında da büyük önem kazanmış, milletlerarası ticaret hukukunun temel kavramlarından biri haline gelmiştir.

Çalışmamız üç bölümden oluşacaktır. İlk bölümde genel olarak *lex mercatoria* hakkında bilgi vermeyi amaçlamaktayız. Bölümün başında tarihsel süreçten bahsettiğimiz kısa bir girişe yer vererek *lex mercatoria*'nın hukuki niteliği kısmına geçeceğiz. Üç temel yaklaşım kapsamında ele alacağımız hukuki nitelik kısmından

⁵ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, ss. 13-14 ve s. 29.

⁶ Goldstajn, "The New Law Merchant Reconsidered", ss. 174-175.

⁷ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 12. Biz çalışmamızın devamında yeni *lex mercatoria*'yı "lex mercatoria" olarak ifade edeceğiz.

⁸ F. Zehra Konuk, *Lex Mercatoria: Orta Çağ Avrupası'nda Ticaret Hukukunun Gelişmesi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 109.

⁹ Maniruzzaman, "The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", ss. 658-659.

sonra milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensipleri, ticari âdet ve teamüller, model kanunlar, derlemeler, konvansiyonlar, yeknesak kurallar, model sözleşme ve klozlar, davranış kodları ve hakem kararlarından oluşan *lex mercatoria*'nın kaynaklarını anlatacağız.

Çalışmamızın ikinci bölümünde devlet mahkemelerinde *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanması konusunu irdeleneceğiz. Bu kapsamda *lex mercatoria*'nın taraflarca seçilmesi, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması ya da yapılan seçiminin geçersiz olması hâlinde sözleşmeye *lex mercatoria*'nın uygulanması, taraflarca uygulanacak hukuk olarak bir milli hukuk ile birlikte *lex mercatoria*'nın seçilmiş olması ihtimallerini *lex mercatoria* kapsamında yer alan maddi hükümler ile ticari âdet ve teamüller açısından ayrı ayrı incelemeye tabi tutacağız. Bölümün devamında ise yorumlama ve boşluk doldurmada *lex mercatoria*'ya başvurulup başvurulamayacağına dair kapsamlı bir incelemede bulunacağız. Yorum ve boşluk doldurma konusunda değerlendirmelerimizi yapabilmemize imkân sağlayacak ölçüde anlatımlara yer verdikten sonra yorumlamada *lex mercatoria*'ya başvurma konusunu milletlerarası antlaşmaların yorumlanması ve milli hukuk sisteminin yorumlanması ayrımı ile kanun boşluklarının doldurulmasında *lex mercatoria*'nın uygulanması konusunu ise *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarının boşluklarının doldurulması ve *lex causae*'nin boşluklarının doldurulması ayrımı ile inceleyeceğiz.

Çalışmamızın üçüncü bölümü milletlerarası tahkimde *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanmasına ilişkindir. Bu kapsamda ilk olarak *lex mercatoria*'nın *lex causae* olarak sözleşme taraflarınca seçilmesi veya hakem heyeti tarafından belirlenmesi konusunu ele alacağız. *Lex mercatoria* kapsamında yer alan ticari âdet ve teamüllere dair değerlendirmelerimizi çeşitli ihtimallere yer vermek suretiyle ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz. Son olarak da *lex mercatoria*'ya milletlerarası tahkim alanında milli hukuk sisteminin yorumlanmasında, boşluklarının doldurulmasında, hakem heyeti tarafından ulaşılan çözümün teyit edilmesinde ve hakem heyetinin *amiable compositeur* (dostane aracı) olarak ya da *ex aequo et bono* (hakkaniyet ve nesafete göre) karar verme yetkisine sahip olması hâlinde başvurulması konularını irdelerek sonuç bölümüne geçeceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. GENEL OLARAK LEX MERCATORIA

1.1. TARİHSEL KÖKEN

Ticaret hukukunu ilk olarak meydana getirenler “mercantile community”dir. Bugün hala onların sözleşmesel pratikleri, ortak anlayışları, onların kurdukları özerk birliklerin düzenlemeleri ve verilmiş hakem kararları bir kısım ticari âdet hukukunun temelini oluşturmakta ve bugünkü milli ve milletlerarası ticari mevzuat da bu temel üzerinde gelişmeye devam etmektedir¹⁰.

Bona fides’in Roma hukukundaki gelişimi ve devamındaki uygulaması, Roma’da ticari ihtiyaçları karşılayan bir hukuk sisteminin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Ancak bu aynı zamanda da bağımsız bir ticaret hukukunun doğmasına engel olmuştur¹¹.

On birinci ve 12. yüzyıllarda Avrupa’da kısmen Doğu ile ticaretin başlaması, kısmen politik ve ekonomik gelişmeler sebebiyle, kısmen de özerk şehirlerin sayısının artmasıyla, ticari bir uyanış gerçekleşmiştir. Avrupa’da ticaretle uğraşan bu yeni kesim kendi ticari işlemlerine uygulanmak üzere yeni bir hukuk sistemi geliştirmiştir¹². Geliştirilmiş bu hukuk sistemi bu alanda uzman hâkimler tarafından basit ve hızlı bir yargılama usulü ile uygulanmıştır. Her ne kadar medeni hukuk alanındaki birçok uyuşmazlık için Roma Hukuku’nun ilgili düzenlemeleri, yabancılarla yapılan veya yabancıların kendi arasında yaptığı ticari uyuşmazlıklar için de “*ius gentium*”¹³ belirli

¹⁰ H. J. Berman, C. Kaufman, “The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)”, Harvard International Law Journal, Cilt 19, Sayı 1, (1978), s. 222-223.

¹¹ Arzu Oğuz, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 3, (2001), s. 19.

¹² Deniz hukuku açısından bu tarihin milattan öncelere kadar gittiğini belirtmek gerekir. “Rodos Deniz Hukuku” Antik Yunan ve Romalılar tarafından oluşturulmuş ve Batı Avrupa’ya bu şekilde aktarılmıştır. Bunun için bkz.: Berman, Kaufman, a.g.m., s. 16.

¹³ *Ius gentium*’un M.Ö. 3. yüzyıl ortalarında günümüz bakış açısıyla üç tane işlevi vardır: Roma İmparatorluğu içerisinde yaşayan topluluklarının hepsini ortak hukuk ilke ve kurumlarına tabi kılmak, Roma vatandaşları ve yabancılar arasında veya yabancıların kendi aralarında doğmuş olan hukuki uyuşmazlıklar için uygulanan hukuk prensiplerini belirlemek ve milletlerarası hukuk işlevini görmek. *Ius gentium* Romalılar ve yabancılar için yeknesak hukuku ifade eder. Bu açıdan kanunlar ihtilafı kuralları olarak kabul edildiği söylenemez. Temelinde yatan düşünce ve hukuku genel prensiplerinin

ölçüde kaynak teşkil ediyor olsa da; ticari uyuşmazlıklara dair Antik Yunan ve Roma Hukuku çok farklı medeniyetler için oluşturulmuştu ve 11. ve 12. yüzyıldaki ihtiyaçları karşılamaya yetersiz kalmıştı¹⁴.

Her ne kadar Orta Çağ'da deniz ticareti alanında yeknesak bir deniz hukuku oluşup oluşmadığı tartışılmalıysa da bu dönemden kalan ve bugün yeknesak bir deniz hukukunun oluşmasında katkıları bulunan “oldukça önemli ve etkili bölgesel ve hatta evrensel deniz hukuku ilke ve kural derlemeleri” mevcuttu.¹⁵ Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi'nin de bir kararında vurguladığı gibi M. Ö. 900'lerden 17. yüzyıla kadar hepsi bünyelerinde benzer ilkeleri bulunduran çeşitli hukuki derlemeler deniz ticareti alanında bir *ius gentium*'un oluştuğuna tanıklık eder.¹⁶ Daha geç bir dönemden başlamakla birlikte benzer bir gelişim kara ticareti için de geçerlidir. Antik dönemlerden Orta Çağ'a, oradan da modern dönemlere kadar izlenebilen gerek deniz gerek kara ticareti alanındaki bu *ius gentium*'a bugün tarihsel veya eski *lex mercatoria* (“*historical law merchant*”, “*old lex mercatoria*”) denmektedir.¹⁷

On dokuzuncu yüzyıla gelindiğinde ibrenin tersine döndüğü, ulus-devletlerin ortaya çıktığı ve kodifikasyon hareketlerinin görüldüğü bu yüzyılda *lex mercatoria*'ya, hatta aslında daha genel olarak ulusötesi hukuk kavrayışına kuşkuyla bakıldığı söylenebilmekte; *lex mercatoria*'yı oluşturan ilke ve kuralların Avrupa devletlerinin ticaret kanunlarında kendilerine yer bulduğu, dolayısıyla da eski *lex mercatoria*'nın yerini ulusal yasama organlarının aldığı görülmektedir.¹⁸

Yirminci yüzyılda ise milletlerarası ticaret yeniden canlanmış, milli sınırları aşan ticari faaliyetlere sadece mal ve teknoloji ihracatı veya ithalatı yapan tacirler değil; aynı zamanda donatanlar, deniz sigorta şirketleri, ticari bankalar gibi aktörler de dâhil olmuştur. Bu aktörlerin akdettikleri sözleşmeler ve kurulan meslek odaları

kabul edilmiş olması açısından *lex mercatoria* ile benzerlik arz eder. Bkz.: Oğuz, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*) – Unidroit İlkelerinin *Lex Mercatoria* Niteliği”, s. 14-15.

¹⁴ Berman, Kaufman, a.g.m., s. 224. *Lex mercatoria*'nın temellerinin Roma Hukuku'nda aranmakta olduğuna ilişkin bkz.: Oğuz, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*) – Unidroit İlkelerinin *Lex Mercatoria* Niteliği”, s. 13.

¹⁵ Berger, “The *Lex Mercatoria* (Old and New) and the TransLex-Principles” http://translex.uni-koeln.de/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8

¹⁶ R.M.S. *Titanic Inc. v. Haver*, 171 F. 3rd. 943, 961 (4th Cir. 1999)'dan aktaran Berger,

¹⁷ Berger, “The *Lex Mercatoria* (Old and New) and the TransLex-Principles” http://translex.uni-koeln.de/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8

¹⁸ Berger, “The *Lex Mercatoria* (Old and New) and the TransLex-Principles” http://translex.uni-koeln.de/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8

milletlerarası ölçekte bir hukuk düzeni yaratmıştır. Dünya ticaretinin çoğunda bu meslek odalarının belirlediği model sözleşmeler temel alınarak ticari faaliyetler yürütülmektedir¹⁹.

1.2. LEX MERCATORIA’NIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.2.1. Lex Mercatoria Teorisine Genel Bir Giriş

Berthold Goldman 1956 yılında Le Monde gazetesinde yayınladığı bir köşe yazısında, Mısır’da Süveyş Kanalı’nı işletmek üzere Fransa’da kurulmuş, oradan yönetilmekte olan ve paylarının yarısı Fransız tabiiyetindeki kişilere %44’ü de Britanya Kraliyeti’ne tabi olan Suez Canal Company’nin özel nitelikteki pay sahipliği, sermaye dağılımı ve faaliyetleri açısından Mısır, Fransız veya Britanya-Fransız tabiiyetinde bir şirket olarak görülmesinin doğru olmadığını; bu sebeple de doğrudan milletlerarası hukuki düzene tabi olan milletlerarası bir şirket (“*une société internationale, relevant directement de l’ordre juridique international*”) olarak algılanması gerektiğini²⁰, bu şirketin oluşumu ve işleyişi mecburi olarak belirli devletlerin topraklarında gerçekleşmiş olsa da hukuki kaynaklar ve hukuki nitelik açısından özünde milletlerarası karakter taşıdığına kabul edilmesinin doğru olduğunu belirtmiştir²¹.

1964 yılında Goldman bazı makalelerinde ticaret hukukuna ilişkin görüşlerini belirtmiştir. Archives de philosophie du droit’da yayınlanan ve büyük yankı uyandıran makalesinde kendisinin bizzat katılmadığı Londra King’s Collage’da düzenlenen “Milletlerarası Ticaret Hukukunun Yeni Kaynakları” başlıklı kolokyumda sunulan bildirilere özellikle de o kolokyumda raportör olarak görev yapan Prof. Clive M. Schmitthoff’un raporunda ileri sürdüğü fikirlere²² dair görüşlerini belirtmiştir²³.

¹⁹ Berman, Kaufman, a.g.m., s. 228.

²⁰ Berthold Goldman, “The Suez Company – an International Company”, Le Monde, 3, (4.10.1956), http://translex.uni-koeln.de/9/_/goldman-berthold-le-monde-p-3/ (Erişim tarihi: 12.11.2020).

²¹ Goldman, “The Suez Company – an International Company”

²² Bkz.: Clive M. Schmitthoff, “The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation”, içinde: Ed. Chia-Jui Cheng, Clive M. Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, s. 137 vd.

²³ Berthold Goldman, Philippe Fouchard, Philippe Kahn, “The Rebirth of the Lex Mercatoria by the French School”, içinde: Ed. Klaus Peter Berger, The New Law Merchant and the Global Market Place

Goldman milletlerarası ticaret camiası tarafından milletlerarası ticaretin ihtiyaçları temelinde geliştirilen, milli hukuk sistemlerinden bağımsız, maddi hükümler ve milletlerarası âdet ve teamülleri kapsayan bir hukuki yapılanmanın varlığına işaret etmiş ve bu görüşleriyle hukukun kaynakları hakkındaki geleneksel doktrin üzerinde şok etkisi yaratmıştır. İleri sürdüğü teorisini “Yeni Lex Mercatoria” olarak adlandırmıştır. Goldman ileriki tarihlerde yaptığı çalışmalar sonucunda milli hukuk sistemlerinin otoritesine tabi olmayan bağımsız bir hukuk sisteminin varlığını ileri sürmeye başlamıştır²⁴.

Goldman’a göre lex mercatoria detaylandırılmasında veya uygulanmasında herhangi bir devletlerarası otoritenin veya devlet otoritesinin müdahalesi olmaksızın, münhasıran değil ama temel olarak ulusötesi²⁵ ve kökeni ticari âdet ve teamüle

– A 21st Century View of Transnational Commercial Law, Lahey, Kluwer Law International, 2001, http://translex.uni-koeln.de/2/_a-21st-century-view-of-transnational-commercial-law/#head_7 (Erişim tarihi: 10.8.2021).

²⁴ Berthold Goldman, Philippe Fouchard, Philippe Kahn, “The Rebirth of the Lex Mercatoria by the French School”. Lex mercatoria’nın kaynaklarının bağlayıcı milletlerarası sözleşmelerden öte model kanunlar ve esnek hukuk kurallarına doğru dönüştüğü yönünde görüş için bkz.: Anna Di Robilant, “Genealogies of Soft Law”, The American Journal of Comparative Law, Cilt 54, Sayı 3, (2006), s. 521. Doktrinde “yeni lex mercatoria” olarak ifade edilen ve model kanunlar ile *soft law* nitelikteki hukuk kurallarından oluşan lex mercatoria’nın yeni evrildiği noktada, şekli anlamda devletlerin kanuni düzenlemelerine benzeyen lex mercatoria’nın kaynakları olan metinlerin, politik etkilerinin olmayışı sebebiyle devlet kanunlarının daha iyi bir versiyonu olarak ifade edilebileceği yönünde görüş için bkz.: Ralf Michaels, “The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State”, Indiana Journal of Global Legal Studies, Cilt: 14, Sayı: 2, s. 457. “Yeni Lex Mercatoria” kavramının Orta Çağ ve Erken Modern Avrupa’da geliştiği ileri sürülen ticaret hukukundan, teorinin farkını ortaya koymak için tercih edildiğine ilişkin bkz.: Nikitas Hatzimihail, “The Many Lives -And Faces- Of Lex Mercatoria: History As Genealogy In International Business Law”, Law and Contemporary Problems, Cilt 71, Sayı 3, (2008), s. 169.

²⁵ Hukukun bugün artık salt ulus-devlet sınırları içerisinde düşünülmediği bilinmektedir. Bununla birlikte birçok hukukçu için “milletlerarası hukuk” terimi, kimi yeni hukukî ilişkileri, düzenleri, doktrinleri, vs. hakkıyla kavrayamamaktadır. Bu nedenle bu kavramsal ihtiyacı gidermek için “ulusötesi hukuk” (“*transnational law*”) şeklinde yeni bir terim önerilmiş ve gitgide daha yaygınlık kazanmıştır. Ne var ki ulusötesi hukuk teriminin kapsamı üzerinde bir anlaşmaya varılabilmemiş değildir. Cotterrell’e göre terim, çoğunlukla ulus-devlet sınırlarını aşan yetki yeri genişletimlerine (“*extensions of jurisdiction*”) atıf yapmaktadır ve böylelikle gerçek ve tüzel kişiler içinde buldukları ulus-devletin yersel yetki alanının dışında ortaya çıkan, ulus-devletin dışındaki otoritelerce yorumlanan veya geçerlilik kazandırılan bir düzenlemeyle karşı karşıya kalmaktadır. Bunun yanında ulusötesi hukuk kimi zaman ne milli kurumlar ne de milletlerarası kurum, antlaşma veya sözleşmeler tarafından güvencelenen bir düzenlemeyi anlatırken kimi zaman da “*henüz (tümüyle) var olmayan ancak sınırlar-arası ilişkilerde ihtiyacı hissedilen bir düzenleme alanını işaret etmektedir*”. Aynı doğrultuda, ulusötesi hukukun kapsamının salt devlet-dışı aktörlere ait mi, yoksa kamu otoritelerinin de dâhil olabileceği bir alan mı olduğu, yine ulusötesi hukukun temel vurgusunun maddî mi usulî mi olduğu; diğer bir deyişle ulusal sınırların ötesinde doğrudan uygulanabilir bir kurallar bütününden mi, yoksa devletler arasında farklılık arz edebilen maddî kuralların uyumlulaştırılması yönünde koordinasyonu sağlayan bir düzenleme alanından mı bahsedilmesi gerektiği tartışma konusudur. Bkz.: Roger Cotterrell, “What is Transnational Law?”, Law & Social Inquiry, Cilt: 37, Sayı: 2, (2012), s. 500-501. Ulusötesi hukuk (“*transnational law*”) kavramı ilk kez Philip Jessup tarafından milli sınırları aşan eylemleri ve olayları düzenleyen bütün

dayanan ve bu sebeple de kendiliğinden oluşan kuralları kapsar²⁶. Yazar içeriğinde kaynaklarını da barındıracak şekilde *lex mercatoria*'yı “*hukukun genel prensipleri, ticari âdet ve teamüller, milletlerarası konvansiyonlar, genel işlem şartları ve hakem kararlarından oluşan; milletlerarası işlemlere özgü ve milli hukuk sistemlerinden bağımsız bir hukuk sistemi*” olarak tanımlamıştır²⁷.

Mustill *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticaretin topraklarında kendiliğinden çıktığından bahseder. Bunu bir yaratılış değil zaten var olan bir şeyin büyümesi olarak

hukuku ifade etmek için kullanılmıştır. Bkz.: Philip C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, s. 2. Milletlerarası ticaret hukuku *lex mercatoria* ile eş anlamlı olarak kullanılmamaktadır. *Lex mercatoria* ile kastedilen milletlerarası ticaret hukukunun ticari sözleşmeler ile ilgili kısmıdır. Zira milletlerarası ticaret hukuku bir üst başlık olarak ticari sözleşmeler dışında milletlerarası şirketler hukuku, milletlerarası bankalar hukuku, milletlerarası sermaye piyasaları hukuku gibi birçok alt dalı da barındırmaktadır. Milletlerarası hukuk da milletlerarası ticaret hukukunu kapsayan bir üst kavramdır. Bu görüş için bkz.: Filip De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Bingley, Emerald, 1992, s. 7, no. 7'den aktaran Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 85, d. n. 265. Bazen hukukçular ulusötesi hukuk ve *lex mercatoria* kavramlarını birbirlerinin yerine kullanabilmektedirler. Bunun için bkz.: Horacio A. Grigera Naón, “The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, içinde: Ed. Norbert Horn, Clive M. Schmitthoff, *Transnational Law of International Commercial Transactions: V. 2 (Studies in Transnational Law)*, Deventer, Kluwer Law International, s. 89-90. Goode ulusötesi ticaret hukuku ile *lex mercatoria*'yı normatif karakterleri temelinde bir ayrıma tabi tutmaktadır. Yazar'a göre ulusötesi ticaret hukuku ticari âdetlere veya konvansiyona dayalı ya da sözleşmesel veya başka bir kaynaktan doğmuş olup olmamasına bağlı olmaksızın bir takım hukuk sistemlerinden oluşur. *Lex mercatoria* ise ulusötesi ticaret hukukunun kodifiye edilmemiş âdete dayalı ticaret hukuku, delil ve usul hukuku ile milletlerarası kamu düzeni dâhil ticaret hukukunun genel prensiplerinden oluşmaktadır. Kuralların kendiliğinden ortaya çıkması *lex mercatoria* kapsamında yer alan kuralların temel niteliğini oluşturmaktadır. Yazar ticari konular söz konusu olduğu zaman ulusötesi ticaret hukuku kavramını (“*transnational commercial law*”) ulusötesi hukuk kavramına tercih etmiştir. Yazar ulusötesi ticaret hukukunun herhangi bir milli hukuka özgü olmadığını, birkaç hukuk sistemini uyumlaştıran tamamen milli hukuk sistemlerinden bağımsız ve bağlayıcılığını milletlerarası âdetlerden ve bunlara milletlerarası ticari aktörlerce uyulmasından alan kurallar bütünü olarak ifade edebileceğini belirtmiştir. Bkz.: Roy Goode, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 46, Sayı 1, (1997), s. 2-3. Schmitthoff'a göre *lex mercatoria* bütün ticaret yapan uluslarca kabul edildiği için bir ulusötesi hukuktur. Ulusötesi hukuk milletlerarası hukukun bir parçası veya kolu değildir. Ulusötesi hukuka ait kurallar bütünü, milletlerarası niteliği sebebiyle yeknesak uygulamaların oluşmasına zemin hazırladıkları ileri sürülse de aslında bunun temelini her milli hukuk sisteminin öncelikle kendi içinde atıldığını ve aslında bunun sonrasında hukukun yeknesaklaştırılmasının zeminini hazırladığı ileri sürülmüştür. Bkz.: Clive M. Schmitthoff, “Nature and Evolution on the Transnational Law of Commercial Transactions” İçinde: Ed. Chia-Jui Cheng, Clive M. Schmitthoff's *Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, ss. 231, 234. Doktrinde ulusötesi bir hukuk biliminin olabileceğine ilişkin iki örnek olarak Kıta Avrupası'nda bir zamanlar geçerli olan “*ius commune*” olarak ifade edilen Roma ve Kilise hukuku ile “*common law*” verilmiştir. Bkz.: Arzu Oğuz, “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, (2000), s. 44.

²⁶ Berthold Goldman, “The Applicable Law: General Principles of Law – The *Lex Mercatoria*”, içinde: Ed. Julian D. M. Lew, *Contemporary Problems in International Arbitration*, Londra: Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1986, s. 114.

²⁷ Tanım için bkz.: Goldman, “The Applicable Law: General Principles of Law – The *Lex Mercatoria*”, s. 116.

nitelendirir²⁸. Horn'a göre “milletlerarası iş ve ekonomik işbirliğinin yeknesak ihtiyaçlarına hizmet eden yeknesak kurallar olgusu bugün yaygın olarak *lex mercatoria* olarak adlandırılmaktadır”²⁹. Lando'ya göre *lex mercatoria* hakemlerin yenilikçi ve yaratıcı karar verme süreçlerinde uygulanan adli bir süreçtir³⁰. Doktrinde *lex mercatoria*'nın devrimci nitelikte bir statüsü olmasının beklenmediği, doğru şekilde uygulandığında işlevinin belirsizlikleri ortadan kaldırmak, uygulanan milli hukuk sistemindeki boşlukları doldurmak ve genellikle milletlerarası işlemler için düzenlenmemiş ülke hukuklarının etkisini azaltmak olduğunu belirtmiştir³¹.

Lex mercatoria'nın hukuki niteliği konusunda üç temel yaklaşım bulunmaktadır. İlki Goldman'a ait olan *lex mercatoria*'nın milli hukuk sistemlerinin dışında, onlardan bağımsız nitelikte bir hukuk sistemi olduğuna dair yaklaşımdır. Diğer Schmitthoff'un *lex mercatoria*'nın milli hukuk sistemlerinin bir parçası olan milletlerarası ticarete özgü kurallar bütünü olduğuna yönelik yaklaşımıdır. Üçüncüsü de Goldman ve Schmitthoff'un görüşlerini birleştiren karma görüş olarak ifade edilen, *lex mercatoria*'nın milli hukuk sistemlerinden bağımsız olduğunu, bağlayıcılığını milli hukuk sistemlerinden değil de milletlerarası ticaret alanında gördüğü genel kabulden aldığını savunan ve bağımsız bir hukuk sistemi gibi uyumsuzluğun esasına uygulanabileceğini iddia eden yaklaşımdır. *Lex mercatoria*'nın hukuki niteliği konusu aşağıda bu üç temel yaklaşım çerçevesinde ele alınacaktır³².

²⁸ Justice Mustill, “The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-Five Years”, *Arbitration International*, Cilt 4, Sayı 2, 1988, s. 90.

²⁹ Norbert Horn, “Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts”, içinde: Ed. Norbert Horn, Clive M. Schmitthoff, *The Transnational Law of International Commercial Transactions: V. 2 (Studies in Transnational Law)*, Deventer: Kluwer Law International, 1982, ss. 15-16.

³⁰ Ole Lando, “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, içinde: Ed. Petar Sarcevic, *Essays on International Commercial Arbitration*, Londra: Graham & Trotman, 1989, s.147.

³¹ Andreas F. Lowenfeld, “*Lex Mercatoria*: An Arbitrator's View”, *Arbitration International*, Cilt 6, Sayı 2, 1990, s. 149. Klasik *lex mercatoria* anlayışının belirli batılı hukukçuların ve hakemlerin görüşlerini temsil ettiğine; tarihsel olarak da bazı batılı ticari milletlerin uygulamalarına ve ticari âdetlerine dayandığına ve milletlerarası ticaret hukuku alanında Avrupa merkezli bir yaklaşım olduğuna ilişkin görüşler ileri sürülmüştür. Bu sebeple de bu anlayış, zamanında bazı üçüncü dünya devletleri hukukçularından olumlu tepkiler almamıştır. Bkz.: Maniruzzaman, “The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, ss. 691- 692 ve dn. 153.

³² Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 30.

1.2.2. Lex Mercatoria'nın Bağımsız Bir Hukuk Sistemi Niteliği

1.2.2.1. Goldman'ın Yaklaşımı ve Bu Yaklaşımı Destekleyen Görüşler

Goldman'a göre lex mercatoria'yı oluşturan maddi norm³³ ve kurallar bağlayıcı güçlerini doğrudan milletlerarası karakterlerinden almaktadır. Diğer bir ifadeyle lex mercatoria bir milli hukuk sisteminin otoritesi ve kontrolüne tabi olmayan bağımsız bir hukuk düzenidir³⁴. Zira ona göre bir hukuk düzeni belirli bir sosyal grubun (ki Yazar burada *societas mercatorum*'u kastetmektedir) oluşumundan ve uygulamasından doğan özellikli kurallardan ve onları uygulamaya niyetli olan organlardan oluşur³⁵. Goldman *societas mercatorium*'un zorlayıcılığı sağlayacak kendi gücü olmadığı için egemen niteliği olmadığını, kararlarının etkinliğinin egemen hukuk düzenlerinin mekanizmalarına başvuru imkânının mevcudiyetine bağlı olduğunu belirtmiştir³⁶.

Goldman lex mercatoria'yı milletlerarası hukukun yeni bir dalı olarak değil, milli hukuk sistemlerinden bağımsız üçüncü bir hukuk düzeni olarak kabul etmektedir. Yazar'a göre lex mercatoria iki tarafın ticari aktör olduğu milletlerarası ticari sözleşmelere uygulanabileceği gibi devletin taraf olduğu sözleşmelere de aynı şekilde uygulanabilecektir³⁷.

Goldman'a göre nasıl ki bir milli hukuk sisteminde boşluklar bulunması hâlinde hukukun genel prensiplerine³⁸ başvurularak bu boşluğun doldurulabileceği kabul

³³ Hukuk normu “belirli bir insan davranışını emreden, ya belirli bir davranışı yasaklayan, ya belirli bir davranışa izin veren ya da belirli bir davranışa yetki veren ve insan iradesinin bir ürünü olan bir önerme” olarak tanımlanabilir. Bkz.: Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Yayınevi, 2013, s. 58.

³⁴ Berthold Goldman, “Lex Mercatoria”, *Forum Internationale*, Cilt 3, 1983, s. 22. Lex mercatoria'nın bağlayıcılığını onun milletlerarası ticaret camiası ve devlet otoriteleri tarafından bağımsız nitelikte hukuk kuralları olarak tanınmasından aldığına ilişkin aynı yönde görüş için bkz.: Ole Lando, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, *International Comparative Law Quarterly*, Cilt 34, Sayı 4, 1985, s. 752. Lex mercatoria'yı milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak tanımlayan Mustill'in aynı yönde görüşü için bkz.: Mustill, a.g.m., s. 88.

³⁵ Goldman, “Lex Mercatoria”, ss. 20-22.

³⁶ Goldman, “Lex Mercatoria”, s. 20.

³⁷ Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, ss. 658-659. Lex mercatoria'nın ve UNIDROIT Prensipleri'nin yeni tür bir “yabancı hukuk” olarak kabul edilmesine hazır olunması gerektiğine ilişkin görüş için bkz.: Fabrizio Marrella, “Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law?”, içinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiörük, *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 87.

³⁸ Yazılı olmayan hukuk kaynaklarından biri olan hukukun genel prensipleri felsefi, ahlaki, sosyolojik ve ekonomik alanda fikir ve inanç birliği açısından ortaklığı temsil eden kavramların hukuk dilindeki

edilmektedir; lex mercatoria'nın kaynaklarından biri uyumsuzluğun esasına uygulanırken de ilgili uyumsuzluk konusuna ilişkin bir boşlukla karşılaşırsa öncelikle lex mercatoria'nın diğer kaynaklarıyla bu boşluk doldurulmaya çalışılacak, mümkün olmaması hâlinde bir milli hukuk sistemiyle tamamlanabilecektir³⁹.

Goldman'ın lex mercatoria'nın bağımsız bir hukuk sistemi olduğu yönündeki görüşü doktrinde önemli ölçüde eleştirildiği kadar (ki aksi görüşlerden aşağıda bahsetmekteyiz) destek de bulmuştur⁴⁰.

Goldstajn, Goldman'ın lex mercatoria'nın bağımsız bir hukuk düzeni olduğu görüşüne katılmaktadır. Ancak bu hukuk düzeninin eksik ve oluşumunu tamamlamamış olduğunu, bu sebeple de milli hukuk sistemlerinin desteğine ihtiyaç duyduğunu belirtmiştir⁴¹.

Türk doktrininde Şanlı, Sargın ve Aygül de Goldman'ın yaklaşımına katılan yazarlar arasındadır. Şanlı lex mercatoria'nın bağımsız bir hukuk sistemi oluşturmayacağı veya yeterli kapsamda içeriğe sahip olmadığı yönünde yapılan itirazların teorik düzeyde kaldığını, tatmin edici gerekçeler sunamadığını ifade etmiş; milletlerarası ticari sözleşmelerde milletlerarası camia tarafından lex mercatoria'nın kaynaklarının yaygın şekilde kullanıldığını ve tarafların açık hukuk seçiminde lex

karşılığıdır. Bu prensipler toplumsal bir gereksinime ve ortak adalet duygusuna dayanmaktadır. Gücünü bu ortak vicdana uygun olmaktan, kaynağını da yüksek ahlaki değerlerden almaktadır. Hukukun ülkeselliğini aşan hukukun genel prensiplerinin üç tipik özelliğinden bahsedebiliriz. Bunlar: Genellik, süreklilik ve aşkınlıktır. "Genellik" ifadesi bir ülkeye ya da belirli bir coğrafyaya ait olmamayı anlatır. Süreklilik özelliği ise hukukun genel prensiplerinin tarihsel gelişim bağlamında genişleyen özgürlük standardı olmasını ifade eder. Bir geri dönüş olmaksızın bu prensip her zaman ileri doğru götürülür. Aşkınlık niteliğinden kastedilen de içeriği insan onuru ile doldurulmuş olan prensiplerin "değer" yanını gösterir. Bkz.: Yasemin Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, ss. 104-105.

³⁹ Goldman, "Lex Mercatoria", s. 22. Aynı yönde bkz.: Goldstajn, "The New Law Merchant Reconsidered", s. 185.

⁴⁰ Aynı yönde görüşler ileri süren yazarlar için bkz.: Francesco Galgano, "The New Lex Mercatoria", Annual Survey of International and Comparative Law, Cilt 2, Sayı 1, 1995, s. 110; Luke Nottage, "The Vicissitudes of Transnational Commercial Arbitration and The Lex Mercatoria: A View From the Periphery", Arbitration International, Cilt 16, Sayı 1, 2000, s. 60; Bernardo M. Cremades, Steven L. Plehn, "The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions", Boston University International Law Journal, Cilt 2, Sayı 3, 1984, s. 324.

⁴¹ Aleksander Goldstajn, "Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention", içinde: Ed. Petar Sarcevic, Paul Volken, International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures 55, 1986, s. 104'ten aktaran Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 33.

mercatoria'ya milli olmayan hukuk sistemi olarak yer verebileceklerini ifade etmiştir⁴².

Sargın lex mercatoria'nın kapsamının yeterli içeriğe sahip olmadığı kabul edilse dahi bunun uyuşmazlığın esasına uygulanırken hukuk kurallarının içeriğinin tespiti noktasında sıkıntı yaratabileceğini ancak onun bağımsız bir hukuk düzeni olmasının önüne geçemeyeceğini ileri sürmüştür. Yazar'a göre lex mercatoria ticari camiadan dışlanma gibi kendine has yaptırımları olan bağımsız bir hukuk düzenidir⁴³.

Aygül lex mercatoria'nın bağımsız bir hukuk düzeni olmadığı yönündeki görüşlerin, lex mercatoria'yı oluşturan kuralların ortaya çıkış sebeplerini ve milletlerarası ticari işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde milli hukuk sistemlerinin yetersizliği gerçeğini dikkate almadıklarını ifade etmiştir⁴⁴.

Doktrinde bir hukuk sisteminin dört tane unsuru olduğu ve bunların da: Kural koyan makam, kural, uygulama makamları ve icra makamları olarak ifade edilebileceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre lex mercatoria bu dört unsuru da barındırmaktadır. Kuralı koyan organın milletlerarası ticari toplumun aktörleri olduğu; ancak kuralı koyan organ ile kurala uyanlar arasındaki ayrımın net olmadığı ifade edilmiştir. Kural olarak milletlerarası organizasyonlar tarafından hazırlanan davranış kodları belirtilmiştir. Milletlerarası hakem mahkemeleri de uygulama makamlarına örnek olarak gösterilmiştir. Milletlerarası hakem mahkemelerinden verilen kararlara uyulmaması hâlinde meslek birliklerinden kovulmak ve ticari hayattan uzaklaştırılmak gibi milletlerarası ticari toplumun kendine özgü yaptırımlarının söz konusu olduğu da icra makamlarının varlığı noktasında vurgulanmıştır. Ancak uygulama ve icra makamları açısından lex mercatoria'nın henüz tam bir hukuk sistemi olduğunun da söylenemeyeceği belirtilmiştir. Bu açıdan eksik ve gelişmekte olan bir hukuk sistemi olarak ifade edilmiştir⁴⁵.

⁴² Cemal Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, ss. 161-162.

⁴³ Fügen Sargın, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, ss. 193-194.

⁴⁴ Musa Aygül, "Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 3-4, 2004, s. 65. Yine aynı yönde görüş için bkz.: Didem Özdemir, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, 2003, s. 128.

⁴⁵ Aygül, a.g.m., ss. 64-65.

1.2.2.2. Muhalif Görüşler

Lex mercatoria'nın bir hukuk düzeni veya hukuk sistemi olarak kabul edilip edilemeyeceği konusundaki cevabın önemi Kelsen'in belirttiği gerçekte yatmaktadır. Kelsen hukuku, “*insan davranışlarına ilişkin bir düzen*” olarak ifade eder. Düzeni de “*bir kurallar sistemi*” şeklinde tanımlar. Hukuk, zaman zaman kimilerince öne sürüldüğü gibi bir kural değildir. Hukuk bir sistem eliyle anladığımız bir tür birliğe sahip kurallar dizisidir. Eğer biz dikkatimizi tek bir izole kuralla sınırlandırırsak, hukukun doğasını kavramak imkânsızdır⁴⁶. Raz, Kelsen'in ileri sürdüğü görüşün bir adım ötesine geçerek bir hukuk sistemi teorisinin yeterli bir hukuk tanımının önkoşulu olduğunu diğer bir ifadeyle bir hukuk sistemi teorisi olmadan yeterli bir hukuk tanımı yapılamayacağını ifade etmektedir⁴⁷.

Esasen John Austin'den etkilenen pozitivistlerden olan Raz'a göre hukukun üç tane genel ve önemli niteliği vardır. O hukuku normatif, kurumsallaşmış ve zorlayıcı olarak nitelendirir. İnsan davranışına rehber olmaya hizmet ettiği veya hizmet etmeyi amaçladığı için normatiftir. Oluşumu, uygulanması ve modifikasyonu büyük ölçüde kurumlar tarafından gerçekleştirildiği ya da düzenlendiği için kurumsallaşmıştır. Uyulmasının eninde sonunda güç kullanımıyla garanti altına alınmış olması bakımından zorlayıcıdır⁴⁸. Bu sebeple pozitivist bir bakış açısıyla bir kurallar veya normlar bütünü bir hukuk düzeni olarak kabul edilebilmesi için bu nitelikleri taşıyor olması gerekmektedir. Buna göre lex mercatoria eğer bir hukuk sistemi olarak kabul edilecek olsa bile kusurlu ve tamamlanmamış bir hukuk sistemi olarak nitelendirilebilir⁴⁹.

Goldman yukarıda da ifade ettiğimiz gibi lex mercatoria'nın kurumsallık niteliğini, kaynaklandığı *societas mercatorium*'a dayandırmaktadır⁵⁰. Ancak pozitivist

⁴⁶ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2005, s. 3.

⁴⁷ Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1980, s. 2.

⁴⁸ Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, s. 3.

⁴⁹ Bu görüş için bkz.: Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 699. Kelsen'in ve Hart'ın “hukuk kavramı” anlayışı çerçevesinde lex mercatoria'nın bir hukuk olarak nitelendirilemeyeceğine ancak her iki hukuk sistemi tanımlamasının da neyin hukuk olup olmadığına karar vermenin kusursuz bir yolu kabul edilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz.: Adam Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Publication de l'Institut Suisse de Droit Comparé, 1989, s. 247.

⁵⁰ Goldman, *Lex Mercatoria*, ss. 20-21.

teoriye göre egemen otoriteye sahip olmadığı için *societas mercatorum* hukukun zorunlu niteliğini karşılamamaktadır. *Societas mercatorum*'u hukukun kurumsal kaynağı olarak egemen otoritenin yerine koymak birçok açıdan tartışılabilir bir iddiadır. Bunların başında varlığının ve kimliğinin belirsizliği, uygulamadaki tutarsızlıklar, tacirler topluluğunda hâkim olan gönüllülük prensibi gibi hususlar gelmektedir. Bunlar hukuku etkisiz ve belirsiz hale getirmektedir⁵¹. Bu bakış açısıyla milli hukuk sistemleri ve milletlerarası hukuk dışında⁵² başka bir hukuk sistemi olmadığı söylenebilir. Zira bu teori, hukuku ve devleti birlikte tanımlamaktadır⁵³.

Lex mercatoria muhalifi yazarların çoğu lex mercatoria'nın bağlayıcı gücünü bir devlet otoritesinden almıyor ve bu açıdan sağlam bir sistem ortaya koyamıyor olması konusunda hemfikirdirler. Bu da lex mercatoria'nın tam manasıyla bir hukuk sistemi olarak nitelendirilmesinin önüne geçmektedir⁵⁴.

Goldman'ın lex mercatoria'nın bağımsız bir hukuk düzeni olduğu yönündeki görüşü uygulamada bunun bir karşılığı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Aksi görüş, milli ve milletlerarası hukuk sistemlerinin lex mercatoria'nın işlevselliğini arttırdığını iddia etmektedir. Bu görüşe göre ilgili milli hukuk sisteminin veya zaman zaman da milletlerarası hukuk düzeninin desteği olmaksızın lex mercatoria işlevi

⁵¹ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 700.

⁵² Her ne kadar milletlerarası hukuk Austin'in pozitivist yaklaşımına göre hukuk kabul edilmese de kimse onun uygulamadaki hukuk düzeni olarak varlığını ve normatif gücünü inkar edemez. Birçokları için Austin'in hukuki pozitivismi bir hukuk sistemi tanımının yapılmasında tek belirleyici değildir. Bir hukuk sistemi veya düzeni anlayışı, bazen Austin tarzı olmasa da bir sistem veya kurallar bütünü olarak milletlerarası hukuka atfedilir. Milletlerarası hukuk ve lex mercatoria'nın ortak noktası ikisinin de Austin'in pozitivist yaklaşımına göre hukuk sistemi olarak kabul edilmiyor olmasıdır. Lex mercatoria *pacta sunt servanda* ve *rebus sic stantibus* gibi hukukun bazı genel prensiplerini milletlerarası hukuk ile paylaşıyor olsa bile uygulama alanları birbirlerinden farklıdır. Milletlerarası hukuk devletlerin arasındaki ilişkilerle ilgilenirken, lex mercatoria özel hukuk kişileri arasındaki ticari işlemlerle ilgilenir. Ancak milletlerarası hukuk ve lex mercatoria arasında hukuki düzen olarak statülerine ilişkin bazı epistemolojik benzerlikler olduğunun söylenebileceğini de belirtmeliyiz. Bkz.: Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 712.

⁵³ Her iki durumda da devletler rol oynamaktadır. Milli hukuk sistemlerinde devlet tek başına, milletlerarası hukukta ise devletler kolektif olarak hukukun yaratılmasında, formüle edilmesinde ve uygulanmasında rol oynarlar. Bkz.: Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", ss. 700-701.

⁵⁴ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 702.

olmayan hukuk kuralları olarak kalacağı için onun hukuki niteliğini bağımsız olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır⁵⁵.

Doktrinde başka bir görüş içtihadî olarak *lex mercatoria*'nın varlığı milli hukuk sistemlerinden bağımsız kurallar veya normlar olarak tanınmış olsa bile bunun, ona bir hukuk sistemi veya hukuk düzeni statüsü vermek için yeterli olmadığını belirtmiştir. Bu görüşe göre *lex mercatoria* destekçisi olan hukukçular dahi onun kendi kendine yetebilen ve tam gelişmiş bir hukuk sistemi olmadığını ifade etmektedirler. Ancak yine belirtmektedirler ki *lex mercatoria* bir yasal süreçtir ve hakemler yaratıcı karar verme fonksiyonları sayesinde *lex mercatoria*'nın gelişim sürecini tamamlayabilmesinde önemli katkılar sunmaktadırlar⁵⁶.

Doktrinde, hukukun toplumda etkin şekilde işleyişi için gerekli başlıca iki temel unsuru olan öngörülebilirlik⁵⁷ ve kesinliğin *lex mercatoria* teorisi açısından biraz eksik olduğu veya garanti edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Ancak burada dile getirilen endişe *lex mercatoria*'nın bir uyuşmazlığın esasına uygulanmasının uygun olup olmadığını sorgulamak değil; hakemin yaratıcı karar verme sürecindeki rolünün önemine vurgu yapmaya dairedir. Yine *lex mercatoria*'nın kaynakları arasından hangisinin üst norm olarak kabul edileceği noktasının açık olmaması da öngörülebilirlik açısından bir problem olarak doktrinde ifade edilmektedir⁵⁸.

Mustill hakkaniyete uygun çözümler getirmesi sebebiyle milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda *lex mercatoria*'nın tercih edildiğini, ancak bağımsız bir hukuk sistemi olarak nitelendirilmesi hâlinde önerdiği çözümün hakkaniyete uygun olsun olmasın her halükarda uygulanması gerekeceğini belirtmiştir⁵⁹.

⁵⁵ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", ss. 670-671; George R. Delaume, *Law And Practice of Transnational Contracts*, New York, Oceana Publications, 1988, s.100'den aktaran Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 671.

⁵⁶ Bu görüş için bkz.: Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", ss. 697, 715.

⁵⁷ *Lex mercatoria*'nın öngörülebilirlik açısından etkililiğine ilişkin inceleme için bkz.: Lando, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", s. 754.

⁵⁸ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 716. *Lex mercatoria*'nın yeterli düzeyde öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği sağlamadığına, bir hukuk düzeninin taşıması gereken alt yapı, sistematik ve şeffaflığa sahip olmadığına ilişkin bkz.: Christiana Fountoulakis, "The Parties' Choice of 'Neutral Law' in International Sales Contracts", *European Journal of Law Reform*, Cilt 7, Sayı 3-4, 2006, s. 328.

⁵⁹ Mustill, a. g. m., s. 103.

Lowenfeld *lex mercatoria*'nın kendi kendine yetebilen bağımsız bir hukuk sistemi olmadığını ve bu konuda Goldman'ın görüşünden ayrıldığını ifade etmiştir. Yazar *lex mercatoria*'yı ticari âdet, teamül, uygulanmış, milletlerarası konvansiyon ve birçok milli hukuk sisteminden oluşan bir hukuk kaynağı olarak nitelendirdiğini belirtmiştir⁶⁰.

Wilkinson *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticaretle uğraşanların güvenilebileceği, içeriği belirli ve bağımsız nitelikte bir hukuk düzeni olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu açıdan *lex mercatoria*'yı “akademik fantezi” olarak nitelendirmiştir⁶¹.

1.2.3. Lex Mercatoria'nın Milli Hukuk Sistemlerinin Bir Parçası Olan Milletlerarası Ticarete Özgü Kurallar Bütünü Niteliği

1964 yılındaki “Uluslararası Ticaret Hukuku'nun Yeni Kaynakları” isimli bilimsel toplantıda genel raportör olan ve “Yeni Tacirler Hukuku” (“*New Law Merchant*”) teorisini, sunduğu raporunda anlatan Clive M. Schmitthoff Orta Çağ tacirler hukukundan esinlenmiş ve milletlerarası ticaret hukukunun kaynaklarının Goldman'ın görüşüne oranla daha sınırlı olduğunu iddia etmiştir. Yazar *lex mercatoria*'nın milli hukuk sistemlerinden bağımsız bir hukuk sistemi olduğunu kabul etmemiş; milli hukuk sistemlerinin otoritesi altında, onların desteğiyle uygulanma imkânı bulan ancak kaynakları milletlerarası niteliğe sahip olan milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına yönelik bir normlar bütünü ifade ettiğini ileri sürmüştür. *Lex mercatoria*'nın bu niteliği ile modern tacirler hukukunun, Orta Çağ tacirler hukukundan ayrıldığını belirtmiştir. Zira Orta Çağ tacirler hukuku milli hukuk sistemlerinin dışında gelişmiş ve ondan bağımsızdır. Schmitthoff *lex mercatoria*'nın kaynaklarından olan milletlerarası konvansiyonların ve model kanunların

⁶⁰ Lowenfeld, a.g.m., s. 144.

⁶¹ V. L. D. Wilkinson, “The New Lex Mercatoria - Reality or Academic Fantasy?”, *Journal of International Arbitration*, Cilt 12, Sayı 2, 1995, ss. 112-115.

milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun şekilde tüm milli hukuk sistemleri tarafından uygulanmalarının çok önemli olduğunu savunmaktadır⁶².

Maniruzzaman *lex mercatoria*'nın bir hukuk düzeni olarak nitelendirilemeyeceğini ancak milli hukuk sistemlerinden bağımsız maddi kurallar bütünü olarak tanınabileceğini ifade etmiştir. Yazar, *lex mercatoria*'nın kendi kendine yetebilen bir hukuk sistemi olmadığına vurgu yaparak hakemlerin *lex mercatoria*'nın gelişim sürecine katkı yapmaya devam ettiklerini belirtmiştir⁶³.

Stoecker *lex mercatoria*'nın içeriğinin belirsizliğine vurgu yaparak bağımsız bir hukuk sisteminden bahsedilemeyeceğini milletlerarası sözleşmeleri yöneten prensipler olarak nitelendirilmesinin daha isabetli olacağını belirtmiştir⁶⁴.

1.2.4. Karma Görüş

Goldman ve Schmitthoff'un görüşlerinin karması olarak nitelendirilebilecek bu görüşe göre *lex mercatoria* bağımsız bir hukuk sistemi değildir ve milletlerarası ticarete özgü maddi kurallar bütünüdür⁶⁵. Ancak Schmitthoff'tan farklı olarak, bu

⁶² Schmitthoff, "The Unification of the Law of Internaitonal Trade", ss. 171-172. Orta Çağ *lex mercatoria*'sı ve modern *lex mercatoria* karşılaştırması için bkz.: Schmitthoff, "The Unification of the Law of Internaitonal Trade", ss. 171-173. Schmitthoff'un kendisinden ilham aldığı Orta Çağ tacirler hukukundan pragmatik sebeplere dayalı olarak ve uygulama kolaylığı için milli hukuk sistemlerini devre dışı bırakmayı tercih etmeyerek ayrıldığı yönündeki görüş için bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 46, dn. 160. *Lex mercatoria*'nın bir hukuk sistemi olarak kabul edilmediğine yönelik biçimci yaklaşımın milletlerarası ticarete dikkate alınmadığına, Orta Çağ tacirlerinin kendi yargılama sistemlerini oluşturmaları gibi bugünkü milletlerarası ticaret camiasının da uyumsuzluklarını milli hukuk sistemlerinin kısıtlamalarına bağlı olmadan tahkim yargılamasıyla çözmeyi tercih ettiklerine ilişkin olarak bkz.: Christoph W.O Stoecker, "The *Lex Mercatoria*: To what Extent does it Exist?", *Journal of International Arbitration*, Cilt: 7, Sayı: 1, (1990), s. 118. *Lex mercatoria*'nın bağlayıcı güce sahip bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul edilmesi iddialı bir görüş olarak kabul ediliyor olsa da milletlerarası tahkimde hakemler *lex mercatoria* kapsamındaki maddi hükümleri doğrudan, somut olay açısından en uygun hukuk kuralı olarak uygulayarak uyumsuzlukları çözmektedir. Bunun için bkz.: Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 320.

⁶³ Maniruzzaman, "The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", ss. 697, 715.

⁶⁴ Stoecker, a.g.m., s. 125. *Lex mercatoria*'nın içeriğinin belirsiz olması sebebiyle pratik ihtiyaçlara cevap vermeyeceği, gerekli kesinlik ve öngörülebilirliği sağlayamayacağına ilişkin benzer yönde görüş için bkz.: Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 300.

⁶⁵ *Lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul edilmeyeceği ve milletlerarası ticaret hukukuna özgü kurallar bütünü olduğu yönünde görüş belirten Türk doktrinindeki yazarlar için bkz.: Ziya Akıncı, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1996, ss. 22- 23; Arzu Oğuz, *Lex Mercatoria*, Ankara,

maddi kurallar bütünü milli hukuk sistemlerinin otoritesinden bağımsızdır ve milletlerarası alanda gördüğü genel kabul sebebiyle bağlayıcıdır⁶⁶. Diğer bir ifadeyle bağlayıcılığını milli hukuk sistemlerinin desteğinden almamaktadır. Böylelikle de tamamlanmış bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul edilmese bile bu *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticari uyuşmazlıkların esasına milli hukukların desteği olmaksızın doğrudan uygulanmasına engel olmamaktadır⁶⁷.

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere *lex mercatoria*'yı seçebilirler ve *lex mercatoria* bağımsız bir hukuk sistemi olmasa da modern milletlerarası tahkim mevzuatında kabul edildiği şekilde “hukuk kuralı” (“*regula iuris*”)⁶⁸ olarak milletlerarası ticari uyuşmazlığın esasına uygulanabilir. Doktrinde ifade edildiği üzere “*fiilen bağımsız bir hukuk düzeni gibi*” işlev görür⁶⁹.

Karma görüşü savunan yazarlar, tarafların aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak mutlaka bağımsız bir hukuk sistemini seçme mecburiyetlerinin olmadığını belirterek, *lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk sistemi oluşturup oluşturmadığını tartışmanın anlamlı olmadığını ifade etmektedirler⁷⁰.

Bu görüşü savunan yazarlardan olan Lando, her ne kadar milli hukuk sistemleri kadar eksiksiz bir sistem olarak kabul edilmese bile *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların esasına uygulanabileceğini ileri sürmüştür⁷¹.

Yetkin, ss. 191, 221-222; Hatice Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, ss. 193-194 dp. 474; Ceyda Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, İzmir, Güncel Yayınevi, 2008, ss. 279-280.

⁶⁶ H. Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 6; Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 51.

⁶⁷ Lando, “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, s. 147.

⁶⁸ Klasik devirde hukuk kuralı pozitif bir hukuk kuralını veya hukukçular arasında ya da uygulamada yerleşik hale gelmiş bir düşünceyi de yansıtabilirdi. O dönemde hukuk kuralı tartışılabilir, istisnalarla uygulanabilir ve değişen koşullara göre hukuk bilim tarafından uyarlanabilir bir kavramdı. Kaynakları ise değişken ve tartışılabilir önerme şeklindedi. Postklasik devre gelindiğinde ise bu kavram kimlik değişimi geçirmiştir. Gücünü imparatorların onayından alan, tüm tartışmalardan ari şekilde uyulması gerekli genel hukuk kuralı haline gelmiştir. Bugünkü genel hukuk kuralı yaklaşımının varlık gücünü klasik devirden zeminini ise postklasik devirden aldığı söylenebilecektir. Bkz.: Havva Karagöz, Hukuk Kuralı (*Regula Iuris*) Kavramı, İstanbul, On iki Levha, 2010, s. 169-170.

⁶⁹ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 52.

⁷⁰ Emmanuel Gaillard, John Savage (ed.), Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration, Lahey, Kluwer Law International, 1999, ss. 808-809.

⁷¹ Lando, “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, s. 147.

Mistelis *lex mercatoria*'nın tarafsız ve gelişmiş bir kurallar bütünü olduğunu, bu sebeple de tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde uyuşmazlığın niteliğine en uygun maddi hukuk kuralı olarak uyuşmazlığın esasına uygulanabileceğini belirtmiştir⁷².

Schultz öngörülebilirlik açısından noksanlığı sebebiyle bağımsız bir hukuk sistemi olarak nitelendirilemeyecek olsa da egemen otorite dışında da hukuk kuralı yaratılabileceğinin önemli bir örneği olarak *lex mercatoria*'nın, kökenlerini farklı milli hukuk sistemlerinden almış kurallar bütünü olduğunu ifade etmiştir⁷³.

Ayoğlu *lex mercatoria* kapsamında yer alan maddi hükümlerin fiilen bağımsız bir hukuk sistemi gibi milletlerarası sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanabileceğini, bu açıdan bağımsız bir hukuk sistemi olarak nitelendirilmesine gerek olmadığını, *lex mercatoria*'nın uyuşmazlığın esasına uygulanmasının bir yargılama tekniği ve altlama faaliyeti ile ilgili olduğunu ifade ederek karma görüşe iştirak ettiğini belirtmiştir⁷⁴.

Kanaatimizce *lex mercatoria* bağlayıcılığını milli hukuk sistemlerinden değil milletlerarası ticaret dünyasında gördüğü genel kabulden almaktadır. Bu sebeple de *lex mercatoria* bağımsız bir hukuk düzeni olarak tanımlanmaya ihtiyaç duyulmaksızın ve milli hukuk sistemlerinin desteği aranmaksızın milletlerarası ticari uyuşmazlıkların esasına milletlerarası ticarete özgü maddi kurallar bütünü olarak uygulanabilmelidir. Zira *lex mercatoria*'yı oluşturan kurallar milletlerarası ticaret camiası tarafından milletlerarası ticari işlemlere uygulanmak üzere geliştirilen, uygulamada yaygın olarak kabul gören maddi hükümler ve ticari âdet ve teamülden oluşmaktadır⁷⁵. Bunlar “hukuk” olarak olmasa da milletlerarası tahkime ilişkin modern mevzuatta kabul edildiği şekilde “hukuk kuralı” olarak milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan

⁷² Loukas Mistelis, “The Unidroit Principles Applied as “Most Appropriate Rules of Law” in a Swedish Arbitral Awards”, *Uniform Law Review*, Cilt: 8, Sayı: 3, (2003), s. 640.

⁷³ Thomas Schultz, “Some Critical Comments on the Juridicity of *Lex Mercatoria*”, *Yearbook of Private International Law*, Cilt: 10, (2008), s. 670.

⁷⁴ Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 80. Yazar'ın *lex mercatoria*'nın hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı incelemesi için bkz.: Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, ss. 29 vd. Hakemlerin altlama faaliyetine ilişkin değerlendirmemiz için bkz.: Aşa. s. 169 vd.

⁷⁵ *Lex mercatoria*'nın bizim de katıldığımız bu tanımı için bkz.: Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 80.

uyuşmazlıklarda taraflarca seçilebilmeli veya böyle bir seçimin mevcut olmaması hâlinde çalışmamızın ileriki bölümlerinde daha ayrıntılarına değineceğimiz bazı durumlarda hâkimler ve hakemler tarafından lex causae olarak tespit edilebilmelidir.

1.3. LEX MERCATORIA’NIN KAYNAKLARI

1.3.1. Genel Bilgi

Lex mercatoria’nın kaynaklarına ilişkin temelde Schmitthoff ve Goldman tarafından savunulan iki farklı yaklaşım vardır. Dar yaklaşım olarak ifade edebileceğimiz Schmitthoff’a ait ilk yaklaşım lex mercatoria’nın kaynaklarını: Milletlerarası konvansiyonlar, model kanunlar ile ticari âdet ve teamüller olarak kabul etmektedir⁷⁶. Goldman’ın savunduğu geniş yaklaşıma göre ise lex mercatoria’nın kaynakları hukukun genel ilkeleri, milletlerarası konvansiyonlar ile model kanunlar, ticari âdet ve teamüller, standart sözleşmeler ile genel işlem şartları, davranış kodları ve hakem kararlardır⁷⁷.

Goldman milletlerarası ticaretle ilgili devletlerarası veya devlet temelli hukukun otomatik olarak lex mercatoria’nın bir parçası kabul edilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu açıdan lex mercatoria’nın kapsamı konusunda Jessup⁷⁸,

⁷⁶ Schmitthoff, “The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation”, ss. 148-149.

⁷⁷ Berthold Goldman, “La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage internationaux: realite et perspectives”, Journal du Droit International, Cilt 106, 1979, ss. 477-478’den aktaran Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 122; Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 669; Yusuf Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, Beta, 2014, s. 26. Doktrinde lex mercatoria’nın kaynakları katı, sıvı ve gaz form olarak sınıflandırılmıştır. Yazar “katı form” kapsamında devlet ve devletlerarası menşeli milletlerarası konvansiyonların, model kanunların, milletlerarası ekonomik ilişkilerle ilgili yerel kodifikasyonların ve milletlerarası ticari tahkimin yer aldığını; “sıvı form” kapsamında milletlerarası kurumlar, ticaret odaları, ticari birlikler ve baroların olduğunu; lex mercatoria’nın “gaz formu” olarak da milletlerarası hakem kararlarında uygulanan formüle edilmemiş kural ve prensiplerin sayılacağını belirtmiştir. Bkz.: Ahmet Cemil Yıldırım, “Solid, Liquid and Gas Forms of the New Lex Mercatoria: How do They Operate in Practice?”. İçinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiyörük. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria. İstanbul: On İki Levha, 2014, s. 20.

⁷⁸ Jessup, a.g.e., s. 1.

Schmitthoff⁷⁹ ve Lando'ya⁸⁰ oranla daha dar bir yaklaşımı kabul ettiği söylenebilir⁸¹. Ancak belirtmek gerekir ki Goldman uygulanma sıklığı açısından milletlerarası ticari âdet ve teamül mertebesine yükselmiş veya milletlerarası âdet ve hukukun genel prensiplerini yansıtan kuralların yapıcısının devlet olup olmadığına bakılmaksızın lex mercatoria'nın parçası olacağını belirtmiştir⁸². Bu açıdan milletlerarası ticari işlemler için bir çerçeve niteliği taşıması amacıyla devlet egemenliğinden bağımsız faaliyette bulunan milletlerarası kuruluşların hazırlamış oldukları metinler milletlerarası ticari âdet ve hukukun genel prensiplerini yansıtır olmaları şartıyla lex mercatoria'nın kapsamında değerlendirilebilir⁸³. Goldman'ın bu yaklaşımı Goode, Dupuy ve Mustill tarafından da desteklenmiştir⁸⁴.

Lando lex mercatoria'nın kaynakları yerine unsurları ifadesini tercih ederek bu kapsamda ilgili unsurları: devletler genel hukuku, yeknesak hukuk, hukukun genel prensipleri, milletlerarası organizasyonların kuralları, âdet ve teamül, model sözleşmeler, hakem kararları olarak belirtmiştir⁸⁵.

Goode lex mercatoria'nın sadece hukukun genel prensiplerinin ve kodifiye edilmemiş ticari âdetlerden oluştuğunu ifade etmiştir⁸⁶.

Goldstajn lex mercatoria'nın kaynaklarını milletlerarası ticari âdetler, milletlerarası mevzuat, milletlerarası hakem kararları ile kamu düzeni ve sözleşmelerdeki boşluğu doldurma işlevi vasıtasıyla yerel hukuk olarak saymıştır⁸⁷.

Doktrindeki ağırlıklı görüş gibi biz de geniş yaklaşımı benimsemekteyiz⁸⁸. Hatta derleme ("*restatement*") tekniği ile hazırlanan Milletlerarası Ticari Sözleşmelere

⁷⁹ Schmitthoff, "The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation", ss. 148-149.

⁸⁰ Ole Lando, "Dicey & Morris, the Conflict of Laws: A Review", The International and Comparative Law Quarterly, Cilt 47, Sayı 2, 1998, s. 394.

⁸¹ Goldman, "Lex Mercatoria", s. 6.

⁸² Goldman, "Lex Mercatoria", s. 5.

⁸³ Goldman, "Lex Mercatoria", s. 7.

⁸⁴ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 666.

⁸⁵ Lando, "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", ss. 144-147.

⁸⁶ Goode Roy, "Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law", The International and Comparative Law Quarterly, Cilt: 46, Sayı: 1, (1997), s. 4.

⁸⁷ Goldstajn, "The New Law Merchant Reconsidered", s. 184.

⁸⁸ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 669; Lando, "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", ss. 145-146. Lex mercatoria'nın kaynaklarını en geniş şekilde milletlerarası ticaret hukukunun bütün kaynaklarının oluşturduğuna ilişkin görüş için bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 7.

İlişkin UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri gibi metinlerin de *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Doktrinde *lex mercatoria*'nın en geniş anlamıyla anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, *lex mercatoria* konvansiyonel olabilir ya da olmayabilir, kodifiye edilmiş veya edilmemiş, hukukun genel prensiplerinden veya ticari âdetlerden meydana gelmiş olabilir. Bu açıdan önemli olan *lex mercatoria*'yı meydana getiren prensip ve kuralların kaynağının ve niteliğinin ulusötesi olması ve milletlerarası ticari işlemlere uygulanabilir olmasıdır. Eğer bu kabul edilirse *lex petrolea*, *lex electronica*, *lex constructionis* ve *lex maritima* gibi bir anlamda *lex mercatoria* ailesinin diğer üyelerini nitelendirmek ve tanımak kolaylaşacaktır. Ayrıca *lex mercatoria*'nın geniş anlamda anlaşılması, gittikçe daha da artan terminolojik karışıklıktan kaçınmayı da sağlayacaktır⁸⁹.

Lex mercatoria çoğunlukla *soft law* niteliğindeki⁹⁰ metinlerden oluşur ve kaynaklarının sadece bir kısmı yazılıdır. *Lex mercatoria*'nın kodifikasyonu için yirminci yüzyıl itibariyle birçok örgüt ve enstitü kurulmuştur. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (HHCH) ve Milletlerarası

⁸⁹ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", ss. 669-670.

⁹⁰ "*Soft law*", milletlerarası camia tarafından taraf iradeleri çerçevesinde uygulanması tavsiye edilen, pozitif hukukun bir parçası olmadıkları için de hukuki olarak bağlanılması ve uygulanması zorunlu olmayan metinler için kullanılan kavramdır. Bkz.: Cynthia Crawford Lichtenstein, "Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?", *The International Lawyer*, Cilt: 35, Sayı: 4, (2001), s. 1433-1434.

Ticaret Hukukuna İlişkin Birleşmiş Milletler Komisyonu (UNCITRAL)'nun⁹¹ da yer aldığı örgüt ve enstitüler yeni *lex mercatoria*'nın temelini oluşturmuşlardır⁹².

1.3.2. Milletlerarası Sözleşmeler Hukukunun Genel Prensipleri

1.3.2.1. Genel Bilgi

Lex mercatoria'nın kaynağı olarak milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensiplerine geçmeden önce norm üst başlığı altında konumlandırabileceğimiz genel prensipler (“*general principles*”) ve kural (“*rule*”) farkına kısaca değinmek isteriz. Bu husus hukuk kuramının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir. Kuralların kapsamı ve uygulama koşulları önceden belirlenmiştir ve nettir. Dolayısıyla çok istisnai bir belirsizlik alanından söz edebiliriz⁹³. Oysa genel prensiplerde önceden saptanmış bir uygulama alanından bahsedemeyeceğimiz için bu açıdan kurallara oranla çok daha muğlak olduklarını söyleyebiliriz; daha genel ve belirsiz durumlar için formüle edilmişlerdir⁹⁴. Davranışlara yön veren genel doğruyu yansıtır⁹⁵.

⁹¹ 1960'ların başlarında iki önemli dönüm noktası yaşanmıştır. Bunlardan ilki 1962 yılında “Milletlerarası Ticaret Hukukunun Kaynakları” konulu bilimsel toplantıda Schmitthoff'un kamu ve özel nitelikteki milletlerarası kurumların milletlerarası ticaret hukuku alanında yeknesaklığın sağlanması konusunda yetersiz kaldıklarını vurgulaması ve bir sonraki adım olarak milletlerarası ticarete ilişkin evrensel nitelikte otonom hukukun geliştirilmesi için BM seviyesinde milletlerarası bir kurumun kurulması gerektiğini önermesidir. Diğeri ise 1964 yılında Macaristan'ın milletlerarası ticaretin gelişmesi için atılması gereken adımlar konusunun BM Genel Kurulu'nun gündemine madde olarak eklenmesine dair talebidir. Bunun üzerine araştırmalar yapılmış, raporlar hazırlanmış ve milletlerarası ticarete yeknesaklığın ve uyumlaşmanın sağlanması amacıyla 17.12.1966 tarihinde Birleşmiş Milletler bünyesinde Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu kısaca UNCITRAL kurulmuştur. Bunun için bkz.: Aron Broches, “Birth of UNCITRAL”. *Uniform Commercial Law in the Twenty-First Century: Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law*, 18-22 May 1992, New York: United Nations, 1995, s. 7-8; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış”. *TAAD*, Cilt: 2, Sayı: 4, (2011), s. 138. Bu Komisyon'un milletlerarası ticarete yeni anlaşmaların akdedilmesine, kanunların çıkarılmasına, örf, âdet ve teamüllere ilişkin düzenlemeler yapılmasına vesile olduğuna ilişkin bkz.: Kemal Dayınlarlı, *UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2012, s. 9.

⁹² Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 7. Yeni *lex mercatoria*'nın en önemli niteliğinin örf ve âdet hukuku temelli olması ve kendiliğinden meydana gelmesi olduğuna ilişkin bkz.: Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 7.

⁹³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, ss. 119-120.

⁹⁴ Klaus Peter Berger, “The *Lex Mercatoria* Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Law and Policy in International Business*, Cilt: 28, Sayı: 4, (1997), s. 970.

⁹⁵ *Gentini Case (Italy v. Venezuela) M. C. C. (1903) X UNRIIAA 556*.

Genel prensipler kuralların belirsiz olduğu hallerde temel bir yorumlama standardı sunarlar veya spesifik bir konuda tatbik edilecek bir kuralın olmadığı durumlarda uygulanabilirler⁹⁶. Zira onların doğrudan bağlayıcılığından söz edilemez. Kurallara en çok benzeyen genel prensipler bile gerekli koşullar gerçekleştiğinde otomatik olarak uygulanacak şekilde hukuki sonuç doğurmazlar⁹⁷.

Lex mercatoria'nın kaynaklarından olan milletlerarası hukukun genel prensipleri sözleşmeler hukukunun mukayeseli hukuk açısından ağırlıkla kabul gören prensipleridir ve devletler genel hukukuna ait prensipleri de kapsayan hukukun genel prensiplerinden⁹⁸ farklıdır. Doktrinde bazı görüşler Milletlerarası Adalet Divanı⁹⁹ Statüsü'nün m. 38/ f. 1/ c'de bahsedilen “*uygar milletlerce kabul edilen hukukun genel prensipleri*”nin de lex mercatoria'nın kaynakları arasında yer aldığını savunmaktadır¹⁰⁰. Goldman hukukun genel prensiplerinin sadece Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü m. 38/ f. 1/c'de atıfta bulunulanlarla sınırlı olmadığını, milletlerarası ticarete genel ve sürekli olarak kullanılarak aşamalı şekilde oluşturulan prensiplerin de bu kapsamda değerlendirilebileceğini ifade etmiştir¹⁰¹. Bu açıdan sınırı Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü m. 38/ f. 1/c ile çizilmiş hukukun temel prensipleri kavramının kapsamını genişletmiştir¹⁰².

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre lex mercatoria ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak maddi normlara ilişkindir ve bu sebeple kaynakları arasında belirtilen genel prensipler sözleşmeler hukuku alanına ait genel

⁹⁶ Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, s. 132.

⁹⁷ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, s. 25.

⁹⁸ Hukukun genel prensipleri kavramı ilk defa bir milletlerarası hukuk kaynağı olarak 1907 yılında II. La Haye Konferansı'nda belirtmiştir. Bkz.: Işıktaç, *Hukuk Başlangıcı*, s. 106.

⁹⁹ Milletlerarası Adalet Divanı Birleşmiş Milletler'in başlıca yargı organıdır. On beş bağımsız yargıçtan oluşmaktadır. Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü BM Antlaşması'nın ayrılmaz bir parçasıdır ve Divan'ın çalışma esaslarını düzenler. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*. Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, 478 vd.

¹⁰⁰ Lando, “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, ss. 144-145; Işıl Özkan, “Yeni Lex Mercatoria'nın Tanımı ve Kapsamı”, içinde: Ed. Işık Özkan, Ceyda Süral Efeçinar, Bengül Kavlak, *Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları*, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 11. Doktrinde devletler genel hukukuna ait genel prensiplerin de özellikle sözleşmesel ilişkinin bir tarafının devlet ya da devlet kuruluşu olduğu uyuşmazlıklarda lex mercatoria'nın kaynaklarından biri olarak uygulanmakta olduğu ifade edilmiştir. Gerekçe olarak da 18 Mart 1965 tarihli Dünya Bankası Konvansiyonu m. 42'de yer alan tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde uyuşmazlığın çözümüne milletlerarası hukukun genel prensiplerinin uygulanabileceğine ilişkin hüküm verilmiştir. Bkz.: Aygül, a.g.m., s. 69.

¹⁰¹ Goldman, “Lex Mercatoria”, s. 21.

¹⁰² Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 664.

prensiplerdir¹⁰³. Ayrıca belirtmek gerekir ki yine aksi görüşlerin varlığına rağmen¹⁰⁴ kanunlar ihtilafı hukukuna, milletlerarası usul hukukuna ve tahkim hukukuna ait prensiplerin, *lex mercatoria*'nın kaynağı olarak nitelendirilmesi kanaatimizce de mümkün değildir¹⁰⁵.

Sözleşmeler hukukunun genel prensipleri ticari âdet ve teamüllerle birlikte *lex mercatoria*'nın temel taşlarından biridir¹⁰⁶. Hatta doktrinde “*modern anlamda lex mercatoira'nın emniyet ağı*” olarak da ifade edilmektedir¹⁰⁷. Goldman ikisi arasında ayrımı çok keskin çizgilerle ortaya koyabilmenin zorluğuna vurgu yaparak hukukun genel prensipleri ve milletlerarası ticarete ilişkin âdetlerin *lex mercatoria*'nın en temel iki kaynağı olduğunu belirtmiştir¹⁰⁸. Bu prensipler insanlığın ortak değerlerine dayanmakta olduğu için bunların, modern anlamda *lex mercatoria* oluşmaya başlamadan önce de milli hukuk sistemlerinde yer almakta olduklarını söylemek mümkündür¹⁰⁹.

Bir kuralın sözleşmeler hukukunun genel prensiplerinden biri olabilmesi için mukayeseli hukukta ağırlıklı olarak kabul edilmesi gerekli ve yeterlidir. Bu açıdan belirleyici hususlar Kıta Avrupası hukuku, Anglosakson hukuku ve İslam hukuku olarak üç temel ekol tarafından kabul edilmesi¹¹⁰ veya kabul edilebilir olması,

¹⁰³ Görüş için bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 123; Stoecker, a.g.m., 119.

¹⁰⁴ Aksi yöndeki “*lex mercatoria arbitralis*” varlığını savunan görüşler için bkz.: Hans Smit, “A-National Arbitration”, *Tulane Law Review*, Cilt: 63, Sayı: 3, (1988-1989), s. 632 vd. Aygül, a.g.m., ss. 55, 58 vd.; Stoecker, a.g.m., s. 113; Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, s. 57. Milletlerarası Barolar Birliği'nin (“*International Bar Association*”) 1983 yılında kabul ettiği “*Supplementary Rules Governing the Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration*”ı *lex mercatoria*'nın *soft law* nitelikte bir kaynağı olarak kabul edilen görüş için bkz.: Yıldırım, a.g.e., s. 16.

¹⁰⁵ Katıldığımız görüş için bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 123.

¹⁰⁶ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 122. Genel prensiplerin somut uyuşmazlıkların çözümlenmesi açısından fazla genel olduğu görüşünün artık azınlıkta kalmakta olduğuna ve uyuşmazlıkların çözümünde kullanılabilirliğinin mümkün olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Aygül, a.g.m., s. 71.

¹⁰⁷ Oliver Volckart / Antje Mangels, “Are The Roots to the Modern *Lex Mercatoria* Really Medieval?”, *Southern Economic Journal*, Cilt: 65, Sayı: 3, (1999), s. 431.

¹⁰⁸ Goldman, “The Applicable Law: General Principles of Law – The *Lex Mercatoria*”, s. 115.

¹⁰⁹ Aygül, a.g.m., s. 70.

¹¹⁰ Tek tek farklı milli hukukların karşılaştırılmasındansa hukuk ailelerine ilişkin araştırma yapılmasının yeterli olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Charles T. Kotuby, Luke A. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 23; Özkan, *Yeni Lex Mercatoria'nın Tanımı ve Kapsamı*, s. 11. Sosyalist hukuk sisteminde mülkiyet hakkı bireylere değil, topluma ait olduğu için milletlerarası ticari

milletlerarası ticaret hukuku doktrinde gördüğü ilgi ve milletlerarası konvansiyonlar ile hakem kararlarındaki benimsenme ve uygulanma yoğunluğu olarak ifade edilebilir. Elbette ki bütün milli hukuklarda ilgili kuralın yer alıyor olması genel prensip olarak kabul edilebilmesi için gerekli değildir¹¹¹.

Lex mercatoria'nın kaynakları konusunda doktrinde bir birlik sağlanamadığı için aynı şey lex mercatoria'nın içeriği için de geçerlidir. Bu konudaki genel kabul lex mercatoria'nın içeriğindeki unsurlara dair teferruatlı bir liste hazırlanabilmesinin mümkün olmadığı yönündedir¹¹². Lex mercatoria kapsamında yer alan sözleşmeler hukukunun genel prensiplerinin sayılması yönünde bazı girişimler olmuştur. Mustill tarafından yirmi adet, Harvard Law Review'da yayınlanan bir öğrencinin yazısında ise hukukun genel prensipleri olarak yedi adet prensip belirtilmiştir¹¹³.

1988 yılında milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensiplerine bazı derleme tekniğiyle hazırlanan metinlerde de yer verilmiştir. Bunlar Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'dir. Ayrıca CENTRAL'in ("*Center for Transnational Law*") yayımlamış olduğu "*Trans-Lex Principles*" gibi metinler de yine bu alanda belirleyiciliği sağlamayı hedeflemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu yayınlanan metinler, yapılan çalışmalar ve listeler, mukayeseli hukuka ilişkin incelemeyi yapabilmeyi kolaylaştıran araçlar olarak kabul edilmelidir. Zira bu hususta sınırlı bir sayım yapabilme yetkisine kimse sahip değildir¹¹⁴.

1.3.2.2. Sözleşmeler Hukukunun Genel Prensiplerinden Bazıları

Milletlerarası sözleşmeler hukukunun temelinde üç prensipten bahsedebiliriz. Bunlardan ikisi her üç hukuk ekolü tarafından da genel prensip olarak kabul

sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara lex mercatoria'nın uygulanmasına ilişkin çalışmamız kapsamında sosyalist hukuk sistemi açısından bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

¹¹¹ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 124; Özkan, "Yeni Lex Mercatoria'nın Tanımı ve Kapsamı", s. 13.

¹¹² Lando, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", s. 749.

¹¹³ General Principles of Law in International Commercial Arbitration, Harvard Law Review, Cilt: 101, Sayı: 8, (1988), s. 1826 vd.

¹¹⁴ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 125.

edilmiştir¹¹⁵. İki “sözleşme serbestisi” prensibidir¹¹⁶. Bu prensip tarafların sözleşmesel ilişkiye girmekte, sözleşmenin içeriğini ve şeklini belirlemekte serbest olduklarını ifade etmektedir¹¹⁷. Bahsetmiş olduğumuz ikinci prensip ise “ahde vefa”¹¹⁸ (“*pacta sunt servanda*”) prensibidir. Bu prensip tarafların kendi aralarındaki, hâkimlerin ve hakemlerin de tarafların arasındaki sözleşmede yer alan hükümlere saygı gösterme ve uyma yükümlülüklerine ilişkindir¹¹⁹. Üçüncü prensip ise iyi niyet ve dürüstlük kuralıdır (“*bona fide rules*”)¹²⁰. Bu prensip tarafların müzakere sürecinde, sözleşmenin kuruluşu, ifası ve yorumu sırasında iyi niyet ve dürüstlük kuralına uygun şekilde davranma borcuna ilişkindir. Her ne kadar Anglosakson ekolünün bu prensibe yaklaşımı olumsuz olsa da iyi niyet ve dürüstlük kuralı milletlerarası sözleşmeler hukukunun temel prensiplerinden biridir¹²¹.

“Hakkın kötüye kullanımı” (“*abus de droit*”) ve “çelişkili davranış yasağı” (“*non concedit venire contra factum prorum*” veya “*venire contra factum proprium nemini licet*”) iyi niyet ve dürüstlük kuralının bir yansımasıdır ve sözleşmeler hukukunun

¹¹⁵ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 128; Oğuz, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği”, s. 29; Sözleşmeler hukukuna ilişkin bir kuralın genel prensip olarak nitelendirilebilmesi için bütün milli hukuk sistemleri tarafından kabul edilmesine gerek olmadığı ancak tespitinin de kolay olmadığına ilişkin bkz.: Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 27.

¹¹⁶ Lando, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, ss. 749-750; İrade serbestisinin sözleşmeler dikkate alınarak sözleşme özgürlüğü olarak da ifade edildiğine ilişkin olarak bkz.: M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 23.

¹¹⁷ İrade serbestisinin sözleşmeler dikkate alınarak sözleşme serbestisi olarak da ifade edildiğine, bir kişinin dilediği kimseyle istediği sözleşmeyi yapmakta serbest olmasını ve istemediği sözleşmeyi de yapma zorunluluğunun olmadığını ifade eden sözleşme yapma özgürlüğü ile sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenleme özgürlüğü olmak üzere iki yönü olduğuna ilişkin bkz.: Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 23 vd. İrade serbestisi ilkesine göre her birey özgür bir varlıktır ve hukuki açıdan kendi kaderini bizzat tayin yetkisine sahiptir. İrade serbestisi ilkesinin de işlerliğini sağlayan en temel araç hukuki işlemler ve esasen sözleşmelerdir. İrade serbestisi ilkesinden sözleşme özgürlüğü ilkesi, eşitlik ilkesi ve şekil özgürlüğü ilkesi olmak üzere üç alt ilke doğmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin, 2021, s. 16 vd.

¹¹⁸ Samuel, a.g.e., s. 243. Sözleşmeler hukukunun köşe taşı olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Özkan, “Yeni Lex Mercatoria’nın Tanımı ve Kapsamı”, s. 12. Milletlerarası hukuk kuralı olduğuna ilişkin bkz.: Faruk Kerem Giray, Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplamasında Kullanılan Yöntemler, İstanbul, Beta, 2013, s. 13.

¹¹⁹ Goldman, “The Applicable Law: General Principles of Law - The Lex Mercatoria”, s. 125.

¹²⁰ Bu ilkenin orta çağ lex mercatoria’sında hâkim ilke ve Roma Hukuku’ndan iktibas edilen bir kavram olduğuna; bugün hala Roma Hukuku’nda olduğu gibi değer yargılarının, biçimci ve şekli hukuka karşı hukukun içine alınmasına yarayan bir araç olduğuna ilişkin bkz.: Arzu Oğuz, “Lex Mercatoria Kurallarında İyi Niyetin Rolü”, içinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiyoörük. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 181 ve s. 188.

¹²¹ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 129.

genel prensiplerindedir. Sözleşmenin kuruluşuna ilişkin olarak culpa in contrahendo; sözleşmeyi veya hükümlerini geçerli kılacak hukukun veya yorumun tercih edilmesi (“*ut res magis valeat quam pereat*”), sözleşmenin kendisini kaleme alanın aleyhine yorumlanması (“*contra proferentem*” veya “*in dubio contra stipulatorem*”) özel hükmün genel hükmün önüne geçmesi (“*lex specialis derogat legi generali*”), kendi hukuka aykırı davranışından kimsenin yarar sağlayamayacağı (“*nullus commodum capere potest de injuria sua propria*”, “*ex injuria non oritur jus*”), evleviyet (“*a fortiori*”), kimsenin sahip olduğundan fazlasını devredemeyeceği (“*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*”), borçlunun önceki alacaklıya karşı sahip olduğu itiraz ve defileri yeni alacaklıya ileri sürme hakkına sahip olduğu, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını öngören işlem temelini çökmesi (“*clausula rebus sic stantibus*”- “*eccesivs onerosita*”)¹²² ve bu bağlamda iyi niyet emrettiği sürece ahde vefa (“*pacta sunt servanda bona fide*”), ödemezlik def’i (“*exceptio non adimpleti contractus*”), mücbir sebep (“*vis maior*”- “*casus fortuitus*”), tam tazmin prensibi ve bu bağlamda bileşik faiz işletilebilmesinin mümkün olması; para borçlarının zamanında ifa edilmemesi sebebiyle zarara uğrayan alacaklıya temerrüt tarihinden itibaren faiz ödenmesi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, sebepsiz zenginleşme hâlinde iade veya tazminat yükümlülüğünün doğacağı (“*nemo sine causa alterius jactura locupletari debet*”- “*condictio indebiti*”), eksik borcun rıza ile ifa edilmesi durumunda iade veya tazminatın talep edilemeyeceği (“*nemo turpitudinem suam allegans auditur*”) prensibi, bütün milletlerarası sözleşme türleri için geçerli kabul edilen genel prensiplere örnek olarak verilebilir¹²³. Ayrıca bazı özel sözleşme türleri bakımından istisna sözleşmesine

¹²² Sözleşmenin bağlayıcılığını etkileyebileceği için bu genel prensibin sınırlı biçimde ve dikkat gözetilerek uygulandığına ilişkin bkz.: Özkan, Yeni Lex Mercatoria’nın Tanımı ve Kapsamı”, s. 12. Milletlerarası hukuk kuralı olarak nitelendirildiğine ilişkin bkz.: Giray, a.g.e., s. 13.

¹²³ Bu örnekler ve ayrıca “*sistemin temelinde yer alan prensipler*”, “*sözleşmenin kuruluşuna ilişkin prensipler*”, “*sözleşmenin ya da belirli hükümlerinin geçersizliğine ilişkin prensipler*”, “*sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin prensipler*”, “*sözleşmeden doğan hakların devrine ilişkin prensipler*”, “*ifaya yönelik prensipler*”, “*ifa engellerine ilişkin prensipler*”, “*sözleşmeye aykırılık ve zararın tazminine ilişkin prensipler*”, “*belirli sözleşme türlerine özgü prensipler*” ile “*usul, tahkim ve devletler özel hukukuna özgü prensipler*” hakkında ayrıntılı inceleme için bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, ss. 128- 155.

ilişkin *lex constructionis*¹²⁴, deniz ticareti alanına dair *lex maritima*¹²⁵, bilişim hukuku alanına ilişkin *lex electronica* veya *lex informatica*¹²⁶ ve petrol ile doğal kaynaklar alanındaki sözleşmelere ilişkin *lex petrolea*¹²⁷ olarak bilinen genel prensipler de bulunmaktadır¹²⁸.

1.3.3. Ticari Âdet ve Teamüller

Örf ve âdet hukuku kanun hükümlerinden farklı olarak bir makamın ya da kurulun iradesine dayalı olarak ortaya çıkmaz. Başta bir toplumda az sayıdaki kişi arasında uygulanan davranış şekli zamanla yayılarak uygulama alanı genişler ve toplumsal yaşamı da etkilemeye başlar. Önceleri belirli bir iradeye dayanmayan davranış şekilleri zamanla bilinçli bir tercih biçimine dönüşür. Böylece örf ve âdet hukuku halkın genel inanç ve uygulamasından doğar. Örf ve âdet hukuku, hukukun ilk ve temel kaynaklarından biridir¹²⁹.

¹²⁴ Çokuluslu mühendislik şirketleri ve kalkınma bankalarının faaliyetleri dolayısıyla milletlerarası inşaat işlerinde de facto tanınmakta olan inşaat hukukuna dair genel prensipleri ifade eden *lex constructionis*'e ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Molineaux, Charles, "Moving Toward a Construction Lex Mercatoria: A Lex Constructionis". *Journal of International Arbitration*, Cilt: 14, Sayı: 1, (1997), s. 55 vd.

¹²⁵ En eski zamandan beri milletlerarası sınırları olmayan, herhangi bir kanunla sınırlanmadıkça veya hariç tutulmadıkça belirli yargı alanlarında kullanılan *lex maritima*'nın âdetler, kodlar, konvansiyonlar ve teamüllerden oluştuğuna ilişkin ve *lex maritima* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: William Tetley, "The General Maritime Law- The Lex Maritima", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Cilt: 20, Sayı: 1, (1994), s. 108 ve ss. 133-134.

¹²⁶ Özel bilgisayar kodları ve matematiksel algoritmaları içeren sanal gerçeklik dünyasını düzenlemenin klasik hukuksal anlamlandırmalarla mümkün olmaması sebebiyle o dünyanın genel prensiplerini düzenleyen *lex electronica* ve *lex informatica* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: E. L., A. V. Dashin Simatova, "Lex Electronica and Lex Informatica as Sources of Smart Contracts Legal Regulation", içinde: Ed. Svetlana Igorevna Ashmarina, Valentina Vyacheslavovna Mantulenko, *Digital Technologies in the New Socio-Economic Reality*, Cham, Springer, s. 103 vd.

¹²⁷ *Lex petrolea* ve petrol endüstrisini içeren modern milletlerarası tahkimlerde gündeme gelen esaslı meseleler hakkında kapsamlı bir yol haritası sunulan inceleme için bkz.: R. Doak Bishop, *International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea*. *Yearbook Commercial Arbitration*, Cilt: 23, (1998), s. 1133 vd. http://translex.uni-koeln.de/131500/_bishop-r-doak-international-arbitration-of-petroleum-disputes:-the-development-of-a-lex-petrolea-yca-1998-at-1131-et-seq/ (Erişim tarihi: 14.1.2021)

¹²⁸ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, ss. 155-158.

¹²⁹ Işıkaç, *Hukuk Başlangıcı*, s. 108; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 138; Selâhattin Keyman, *Hukuka Giriş*, Ankara, Yetkin, 2010, s. 72.

Türk Medeni Kanunu m. 1/ f. 1’de kanunun sözü ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağı belirtildikten¹³⁰ sonra TMK m. 1/ f. 2’de ise kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmaması hâlinde hâkimin örf ve âdet hukukuna göre, onun da olmaması hâlinde kendi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacaksa ona göre karar vereceği düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu m. 1/f. 2 mahkemenin, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlere ilişkin ticari örf ve âdete göre bu da yoksa genel hükümlere göre¹³¹ karar vereceğini düzenlemiştir. Ticari örf ve âdet başlığını taşıyan TTK m. 2/ f. 2’ye göre ise bir bölgeye veya bir ticaret dalına özgü ticari örf ve âdetler genel olanların üstünde tutulur. İlgililerin aynı bölgede olmaması hâlinde kanunda veya sözleşmede aksi düzenlenmedikçe ifa yerindeki ticari örf ve âdet uygulanır. Tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ticari örf ve âdetler ancak onlar tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği halde uygulanır (TTK m. 2/ f. 3). Zira tacirlerin kendi faaliyet alanlarına ilişkin örf ve âdeti bilmeleri gerektiği kabul edilirken, tacir olmayanlar açısından onlar tarafından ticari örf âdetin bilindiği veya bilinmesi gerektiği konusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu (TMK) m. 2/ f. 1’de teamüllerin kanunda aksine hüküm yoksa ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe mahkemenin yargısına esas olmayacağı, ancak irade açıklamalarının yorumunda dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple örf ve âdet kuralları gibi hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmezler. Fiili yorum aracı olarak varlığını iddia eden tarafın ispatı hâlinde göz önüne alınırlar¹³².

Hukukun kaynakları asıl kaynaklar ve yardımcı kaynaklar olarak, asıl kaynaklar da kendi içerisinde yazılı kaynaklar ve yazısız kaynaklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Yazılı kaynaklar anayasa, kanun, cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik ve

¹³⁰ Hüküm uyarınca hâkim kanunun hem sözünü hem özünü dikkate almalıdır. Böylece kanun koyucu kavram içtihatçılığı görüşünden kaynaklı olan kanun metnine sıkı sıkıya bağlı kalmanın ortaya çıkarabileceği sakıncaları bertaraf etmeyi amaçlamıştır. Bkz.: Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 114.

¹³¹ Emredici hükümler öncelikle uygulanmakta olduğu için bu maddede kastedilen genel hükümlerin emredici hükümler dışında kalan yorumlayıcı, tamamlayıcı ya da tanımlayıcı nitelikte genel hükümler olduğunun vurgulanması gerektiğine ve TTK m. 1/ f. 2’de yer alan sıra sebebiyle de emredici nitelikte olmayan genel hükümlere aykırı örf ve âdetin oluşmasının mümkün olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Erol Ulusoy, Ticari Örf ve âdet Hukuku ve Türkiye’de Geçerli Olan Ticari Örf, Adet ve Teamüller Fire ve Zaiyat Kararları, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2001, s. 78.

¹³² Ulusoy, a.g.e., s. 103.

bireysel işlemlerden oluşur. Yazısız kaynak ise örf ve âdet hukukudur¹³³. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi TMK m. 1 uyarınca hâkim önündeki uyuşmazlığı çözmek üzere ilk önce kanunda hüküm arar, eğer kanunda hüküm bulamazsa örf ve âdet hukukuna bakar. Hâkimin kanuna bakmadan doğrudan doğruya örf ve âdet hukukunu uygulayabilmesi mümkün değildir. Medeni hukuk ve ticaret hukuku literatüründe çoğunlukla örf ve âdet hukuku bu sebeple hukukun “tali”, “ikincil” veya “tamamlayıcı” kaynağı olarak ifade edilmektedir¹³⁴. Biz de çalışmamızda bu gerekçeyle hukukun asıl kaynaklarından olan örf ve âdet hukukunu¹³⁵ yer yer ikincil, tali ve tamamlayıcı hukuk kaynağı olarak ifade ettik.

Ticari örf ve âdetler diğer örf ve âdetlere göre daha hızlı oluşurlar. Eğer bir örf ve âdet kuralı TTK m. 3 uyarınca ticari iş niteliğindeki bir ilişkiyi düzenlemekteyse ticari örf ve âdet kabul edilmektedir. Ayrıca ticari hükümlerle belirlenmiş olan davranış şekillerinin türevi olarak nitelendirilebilecek veya doğrudan bir ticari işletmeye ilişkin olmasa da TTK’da düzenlenmiş olması sebebiyle ticari iş olarak kabul edilen bir husustan türetilmiş olan örf ve âdet kuralı da ticari sayılacaktır. 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu m. 17/ f. 1/e uyarınca çalışma alanları içindeki ticari ve sınai örf, âdet ve teamülleri tespit ve ilân etme görevi Odalar’a verilmiştir. Diğer örf ve âdetler açısından böyle bir durum söz konusu değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ticari örf ve âdetler TTK m. 1/ f. 2 uyarınca

¹³³ Gözler, Hukuka Giriş, s. 150.

¹³⁴ Gözler Hukuka Giriş, s. 172. Medeni hukuk alanında aynı yönde kullanım örnekleri için bkz.: M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul, On İki Levha, 2021, ss. 114-115; Mustafa Dural / Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 141; Rona Serozan, Hukukta Yöntem, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 112; Aytekin Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, İstanbul, Der Yayınları, 1995, s. 65. Ticaret hukuk alanında aynı yönde kullanım örnekleri için bkz.: Rıza Ayhan/ Hayrettin Çağlar / Mehmet Özdamar, Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara, Yetkin, s. 61; Erol Ulusoy, a.g.e., s. 62; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 16; Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 163. Aynı yönde kullanım için bkz.: Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 29.

¹³⁵ Örf-âdetin iki anlamı olabilir. Bunlardan birine göre örf insan davranışlarındaki olgusal düzenliliklerin bir türüdür. Diğeri ise kişinin kendisinin belirli şekilde davranması gerektiğini söyleyen normu kabul etmesiyle ortaya çıkan, davranışındaki düzenliliklerdir. Hukuktaki örf-âdet ikincisine karşılık gelmektedir. Örf -âdet hukuku bu kapsamda iki anlama gelir Bunlarda birincisi hukuki otorite sebebi olarak kabul edilmesi gereken halkın sahip olduğu örf-âdetler ve asli anlamı taşır. Buna göre örf-âdet hukuku insanlar arasında ortaya çıkmaktadır ve hâkimler kararlarını bunlara uygun vermelidir. İkinci anlamıyla ise mahkemelerin ve otoritelerin yerleşik hale gelmiş pratikleri olarak ifade edilir. İnsanlar yaratmamıştır. Uygulama mahsulü olarak doğmuşlardır. Bkz.: Ertuğrul Uzun, Hukuk Metodolojisinin Sorunları, İstanbul, Nora, ss. 175-176.

ticari hükümlerden sonra ve genel hükümlerden önce uygulanacağı için boşluk doldurma işlevleri ticari hükümler açısından söz konusu olmaktadır, genel hükümlere göre öncelikle uygulanacak hukuk kuralı olarak düzenlenmişlerdir¹³⁶.

Bir örf ve âdet kuralının hukukun kaynağı olabilmesi için üç temel unsura sahip olması gerekir. Bunlardan ilki maddi unsur olarak ifade edilen toplum içindeki davranışın eskiden beri sürekli tekrarlanıyor olması¹³⁷, Mecelle'nin tabiriyle “kadim” olmasıdır. Âdeti oluşturacak davranışın “*aksine dair hiçbir bir hatıra kalmamış bir zamandan beri*” (“*a tempore cujus contrarii memoria non existet*”) kesintisiz ve istikrarlı bir şekilde tekrarlanıyor olması gerekmektedir¹³⁸.

İkinci bir unsur da manevi unsurdur. Eski zamandan beri sürekli ve istikrarlı bir şekilde tekrarlanmakta olan davranış biçiminin örf ve âdet kuralı olarak nitelendirilebilmesi için bu davranış şekline uyulmasının zorunlu olduğuna dair toplumda genel bir inancın doğmuş olma şartıdır¹³⁹. Yine Mecelle’de “*âdet ancak muttarit yahut galip oldukta muteber olur*” ifadesi de bu unsuru düzenlemektedir. Bu iki unsuru taşıyan davranış biçimleri alelade örf ve âdet kuralıdır. Bunların bir hukuk

¹³⁶ Ulusoy, a.g.e., s. 76 ve ss. 86-87.

¹³⁷ Hem eskilik hem devamlılık unsurunu içerisinde barındırır. Bkz.: Kemal Gözler, Hukukun Temel Kavramları, Bursa, Ekin Yayınevi, 2020, s. 44. Süreklilik unsuru örf ve âdet hukukunun “maddi, dış, objektif” unsurdur. Sadece lütuf ya da bir kolaylık olduğu için bazı iş ve işlemlerin tekrarlanıyor olması örf ve âdetin doğması için gerekli olan süreklilik unsurunu ifade etmez. Günümüzde süreklilik unsuru meslek kuruluşları, milletlerarası hukuk, taşımacılık ve deniz ticareti gibi alanlarda teknolojinin gelişmesiyle katı şekilde aranmamaktadır. Az sayıda uygulama dahi örf ve âdet kuralının oluşması için yeterli kabul edilebilmektedir. Bkz.: Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 110. Süreklilik unsurunun davranış şeklinin sadece uzun süreden beri uygulanıyor olmasını değil uzun süreden beri aynı şekilde uygulanıyor olmasını ifade ettiğine ilişkin bkz.: Erol Ulusoy, a.g.e., s. 53. Doktrinde objektif unsur olarak da ifade edilen bu unsura göre zaman içinde birbirinden kopuk düzensiz davranışların örf ve âdet kuralını oluşturamayacağına ilişkin bkz.: Keyman, a.g.e., s. 87.

¹³⁸ Gözler, Hukuka Giriş, 169. Kanuni Sultan Süleyman dönemine ait bir kanunnamede “*kadim kırk elli yıla denmez; kadim odur ki, anın evvelini kimesne bilmeye*” şeklinde ifadenin yer aldığına ilişkin bkz.: Yasemin Işıқтаç, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997, s. 55. Bugün sürekliliğin davranış şeklinin ilişkili olduğu olaya, yere, zamana ve toplumsal koşullara göre farklılık gösterdiğine; yeni oluşmuş bir davranış şeklinin dahi kısa sürede toplum tarafından benimsenerek örf ve âdet kuralına dönüşebileceğine ilişkin görüş için bkz.: Ulusoy, a.g.e., s. 54.

¹³⁹ Gözler, Hukuka Giriş, ss. 169-170. Toplumda sürekli şekilde tekrarlanan davranışlar sonucunda bu davranış tarzına uymanın zorunlu olduğu kanaatinin yerleşmesi hâlinde ilgili davranışın örf ve âdet hukuku kuralı haline geldiğine ve bu şekilde kuralların tümünün de örf ve âdet hukukunu meydana getirdiğine ilişkin bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 112. Psikolojik unsurun bireylerin somut olay çerçevesinde örf ve âdet kuralı ile karşılaştığında verdiği tepkiyle ilgili olmadığı, bireyler bu kurallarla henüz karşılaşmadan toplumsal düzeyde objektif olarak genel kabulün olup olmadığıyla ilgili olduğuna ve bu unsurun varlığının yarışan kanun hükümleri gibi yarışan örf ve âdet kurallarının oluşmasına engel olduğuna zira aynı konuya ilişkin başka bir örf ve âdet kuralı oluşmuşsa eski olanının toplumda genel kabul görmediği için psikolojik unsur eksikliğinden mülgâ olacağına dair görüş için bkz.: Ulusoy, a.g.e., s. 55. Bu unsur psikolojik unsur olarak da ifade edilmektedir ve süreklilik arz eden toplum içerisindeki davranış tarzının “hukuki yürürlük iradesi”nin veya “hukuki inancının” bir anlatımı olarak kabul edilebilir. Bkz.: Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 111.

kuralı olarak hukukun kaynağı haline gelebilmesi için hukukilik veya diğer bir ifadeyle üçüncü unsur olan devlet desteği unsurunun mevcut olması gereklidir¹⁴⁰.

İlk iki unsuru gerçekleştirmiş olan ve alelade örf ve âdet kuralı olarak nitelendirilen¹⁴¹ kuralın hukuk kaynağı olabilmesi için hukukilik (devlet desteği) unsuru olarak ifade edilen üçüncü unsura göre hukuk düzeni tarafından müeyyideye tabi tutulmuş olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle eğer bir örf ve âdet kuralı hukuk düzeni tarafından tanınmıyorsa veya ona gönderme yapılmıyorsa, ilgili örf ve âdet kuralı toplum içinde çok yaygın şekilde uygulanıyor olsa da hukukun kaynağı olarak kabul edilmez¹⁴². TMK m.1/ f. 2’de yer alan “*kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa,*

¹⁴⁰ Gözler, Hukuka Giriş, ss. 169-170; Keyman, a.g.e., s. 88; Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 45; Mahmut T. Birsnel, “Ticarî Örf ve âdet”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, 1968, s. 205; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, a.g.e., s. 107. Örf ve âdet hukuku açısından olmazsa olmaz bir unsur olan hukukilik unsurunun, bir hukuk kuralının bağlayıcı olduğuna dair inanın mahkemelerin ve idari makamlarının kendilerini uygulamak zorunda hissettirecek diğer bir ifadeyle kamu gücüne kendini kabul ettirecek kadar güçlü ve herkes tarafından benimsenmiş olması şekilde açıklanmasına ilişkin bkz.: Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku -Birinci Cilt, İstanbul, Beta, 2020, ss. 87-88.

¹⁴¹ Alelade örf ve âdet kuralları bir toplum içinde uzun süredir tekrarlanan ve toplum tarafından kendisine uyulması zorunlu kabul edilen ortak davranış kuralları olarak tanımlanabilir. Örneğin TCK örf ve âdet hukukuna göndermede bulunmamıştır. Ceza hukuku alanında Türk Ceza Kanunu m. 2 ve Anayasa m. 38’de kabul edilmiş olan kanunilik ilkesi uyarınca örf ve âdet ile suç ve ceza yaratılması yasaklanmıştır. Bu sebeple bazı bölgelerde bulunan kan davasına ilişkin örf ve âdet kuralı sadece alelade örf ve âdet kuralı olarak kabul edilir. Hukukun bir kaynağı olmadığı gibi, buna uyulması TCK kapsamında ağır bir suç teşkil eder. Bunun için bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, ss. 169-170.

¹⁴² Gözler, Hukukun Temel Kavramları, ss. 44-45. Örf ve âdet kuralının varlığı için devletin desteğinin diğer bir ifadeyle devlet tarafından müeyyidelendirilmesinin aranmayacağı ancak eğer kanun koyucu bazı alanları düzenlemeyip örf ve âdete gönderme yapmışsa o alanda örf ve âdet sayılan kuralın bir hukuk normu değeri kazanacağına ilişkin aynı yönde görüş için bkz.: Keyman, a.g.e., s. 88. Düğün ve sünnetlerde hediye götürmenin veya bayram ziyaretlerinin alelade örf ve âdet olduğu ancak örf ve âdet hukuk kuralı olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin aynı yönde görüş için bkz.: Necip Bilge, a.g.e., s. 45. Hukuki unsurun olduğunun kabul edilmemesi hâlinde örf ve âdet hukukunun töre ve gelenekten ayrılmasının mümkün olmayacağı yönünde görüş için bkz.: Ulusoy, a.g.e., s. 56. İlk iki unsurun varlığını örf ve âdet hukukunun oluşumu için yeterli gören aksi yönde görüş için bkz.: Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 111. Doktrinde başka bir görüş bir kuralın örf ve âdet hukuku olarak kabul edilebilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunlardan bir tanesi süreklilik şartıdır. Bir olaya karşı kişilerin davranış tarzının aynı tür olaylarda sürekli şekilde tekrarlanması durumu kastedilmektedir. Diğer bir şart da sürekli uygulamayla bir gelenek haline gelmiş davranış şekline uyanın zorunlu olduğu kanısının toplumda yerleşmiş olmasıdır. Buna örf ve âdet hukukunun manevi unsuru denilmektedir. Devletin yaptırım gücü ile kuvvetlendirilmiş olma şartının aranması Yazar’a göre gerekli değildir. İlk iki unsurun gerçekleşmiş olması hâlinde örf ve âdet hukukunun doğduğu kabul edilmektedir. Yazar’a göre hâkimin bu kuralın daha önce devlet tarafından yaptırıma bağlanıp bağlanmadığını araştırması ya da mahkemede uygulanıp uygulanmadığını incelemesi gerekmemektedir. Bu görüş için bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., ss. 112-113. Oğuzman, Barlas ile aynı görüşte bkz.: Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 76; Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 112. Biz bir örf ve âdet kuralının hukuk kaynağı olabilmesi diğer bir ifadeyle örf ve âdet hukuku olarak kabul edilebilmesi için devlet desteği ya da hukukilik olarak ifade edilen unsurun aranmasının gerekmediğine ilişkin görüşe katılmaktayız. Zira burada kastedilen bir örf ve âdet kuralının bir yaptırıma tabi tutulması değildir. Bir örf ve âdet kuralının hukuk düzeni tarafından müeyyidelendirilmiş olmasından kastedilen kendisine bir kanun tarafından atıf yapılması mecburiyettir. Yazılı hukuk kuralları gibi örf ve âdet hukuk kuralları

hâkim örf ve âdet hukukuna göre (...) karar verir” hükmü medeni hukuk alanında örf ve âdet kuralının bir hukuk kaynağı olduğu anlamına gelmektedir. Yine aynı şekilde TTK m. 1 uyarınca “mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir” . Bu sebeple sadece medeni hukuk ve bu kapsamda borçlar hukukunda değil ticaret hukukunda da örf ve âdet hukuku bir hukuk kaynağıdır¹⁴³.

Örf ve âdet hukukunun yazılı bir metni yoktur, Resmî Gazete’ye bakılarak tespit edilemez, yazısız hukuk kaynağıdır¹⁴⁴. Bu konuda daha evvelden verilmiş yargı kararları mevcutsa bunlardan yararlanılabilir. Bunun dışında hâkim örf ve âdet hukuku kurallarının tespiti açısından ticaret odaları, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ya da Bankalar Birliği gibi meslek kuruluşlarından görüş alabilir¹⁴⁵.

Hukuki örf ve âdet kuralları normlar hiyerarşisi kapsamında değerlendirilirler. Bu da demektir ki geçerliliğini anayasadan alıyorsa normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde, geçerliliğini kanundan alıyorsa (kendisine bir kanun hükmü tarafından atıfta bulunuluyorsa) normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer alırlar¹⁴⁶. Bu sebeple Gözler hukukun kaynağı niteliğindeki örf ve âdet hukukunu şu şekilde tanımlar: “*Hukuki örf ve âdet kuralları, toplum içinde uzun zamandan beri tekrarlanan ve*

da geçerliliklerini başka bir hukuk kuralından alırlar. Medeni Kanun m. 1/ f. 2’de tam olarak bunu karşılamaktadır. Yine aynı şekilde TTK m. 1’de ticaret hukuku alanında örf ve âdeti bir hukuk kaynağı haline getirmiştir. Biz bu iki kanunda yer alan hükümlere dayalı olarak diyebiliriz ki medeni hukuk ve ticaret hukuku alanında örf ve âdet bir hukuk kaynağıdır. Aynı şekilde diyebiliriz ki örf ve âdete atıf yapmamış olan diğer bir ifadeyle müeyyidelendirmemiş olan Türk Ceza Kanunu kanunilik ilkesi gereği örf ve âdet ile suç ve ceza yaratılmasını diğer bir ifadeyle örf ve âdetin ceza hukuku alanında bir hukuk kaynağı olmasını kabul etmemiştir. Görüşleri aynı yönde olan birçok yazarın da kastettiği kanaatimizce budur. Aksi halde sürekli ve devamlı şekilde eskiden beri uygulanan ve belirli bir toplumda uyulması zorunlu kabul edilen kan davası gibi örf ve âdetler de örf ve âdet hukuku olarak kabul edilebilirlerdi. Ancak Türk Ceza Kanunu ceza hukuku alanında örf ve âdetin bir hukuk kaynağı olmasına müsaade etmemiştir. Bu şekildeki gelenekler örf ve âdet olma şartlarını taşıyor olsalar da örf ve âdet hukuku olarak kabul edilmezler.

¹⁴³ Gözler, Hukuka Giriş, s. 170. Bir örf âdet kuralının toplum bilimi anlamında yaptırımının toplumsal onama ve protesto olduğuna, bu yaptırımların sonucunun bireyin iç dünyasında değişikliğe yol açtığına; bir örf ve âdet kuralının hukuki anlamda yaptırıma tabi tutulması hâlinde hukuki anlamda örf ve âdet kuralından bahsedilebileceğine ilişkin görüş için bkz.: Ulusoy, a.g.e., s. 62.

¹⁴⁴ Gözler, Hukukun Temel Kavramları, s. 44. Örf ve âdet kurallarının da yazısız hukuk kuralları olarak yazılı hukukla birlikte pozitif hukukun bir parçası olduğuna, ancak yazısız oldukları için ikincil hukuk kaynağı olarak kabul edildiğine, yazılı hukuk kurallarına dönüştürülerek hukukun birincil kaynağı haline gelebileceklerine, mesleki kararların yazılı olmalarından ve tacirler sınıfının ortak iradesinden kendiliğinden meydana gelmeyip oda tüzel kişiliğinin iradesi olarak tezahür etmelerinden ötürü örf ve âdet kurallarından ayrıldığına ilişkin bkz.: Ulusoy, a.g.e., ss. 61-62, 88.

¹⁴⁵ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 111.

¹⁴⁶ Yargıtay’ın kanuna aykırı örf ve âdet kurallarının hukukun kaynağı kabul edilmeyeceğine ilişkin kararı için bkz.: Y. 3. HD. T.: 10.12.1951, E.: 16755 (Ulusoy, a.g.e., s. 59, dn. 14).

*toplumun kendisine uyulmasını zorunlu saydığı ve hukuk düzeninin kendisine atıfta bulunduğu ortak davranış kurallarıdır*¹⁴⁷.

Türk medeni hukuku ve ticaret hukukunda örf ve âdet hukukunun TMK m. 1/ f. 2 ve TTK m. 1/ f. 2 uyarınca “tamamlayıcı”, diğer bir ifadeyle “ikincil” hukuk kaynağı niteliğinde olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Ticari teamüller ise TTK m. 2/ f. 1’e göre bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmemektedir. Milletlerarası ticaret hukukunda ise ticari âdetler ikincil (tali) hukuk kaynağı veya teamüller de sadece taraf iradelerini yorumlama noktasında başvurulabilecek bir kaynak olarak kabul edilmemektedirler. Hatta sözleşmeler hukukunun genel prensipleri ile birlikte lex mercatoria’nın sert çekirdeğini oluşturmakta ve bu sebeple milli hukuklara oranla daha etkili ve önemli bir rol oynamaktadırlar¹⁴⁸.

Milletlerarası ticaret hukukuna ilişkin düzenlemelere baktığımızda yine birçok milli hukuk düzenlemesinden farklı olarak ticari “örf” (“*custom*”) kavramı yerine; ticari “âdet” (“*usage*”) ve “teamül” (“*practice*”) kavramlarının yer aldığı görülecektir. Örneklendirecek olursak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)¹⁴⁹ m. 9, UNIDROIT Prensipleri m. 1.9 ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri m. 1:105’e baktığımızda âdet ve teamülden bahsedilirken; örf kavramına yer verilmemektedir. Doktrinde bunun temel sebebi manevi unsur olarak da ifade edilen, bir toplumda örf kuralına uymanın zorunlu olduğuna dair yaygın inancın ticari işlemlerdeki en temel ilke olan sözleşme serbestisi ilkesi ile bağdaşmıyor olması belirtilerek bunun yerine belirli bir ticaret dalında, belirli bir süredir yerleşik hale gelmiş âdetlerden bahsedebilmenin mümkün olduğu ifade edilmiştir¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Gözler, Hukuka Giriş, s. 171. Doktrinde yapılan başka bir tanımda örf ve âdet hukuku “*toplumda uzun süreden beri aynı şekilde uygulana gelerek ilgili kişiler arasında uyma zorunluluğu ihtiyacının yerleşmiş bulunduğu ve devlet organlarınca yaptırım gücü tanınan yazılı olmayan kurallar bütünü*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu tanım için bkz.: Ulusoy, a.g.e., s. 57. Örf ve âdetin “*devamlı bir geleneğe dayanan ve ticaret hayatında riayet edilmesinin mecburi olduğu hakkında ticaretle uğraşanların umumî bir kanaat sahibi oldukları müeyyidelendirilmiş yazılı olmayan hukuk kuralları*” olarak tanımlı için bkz.: Birsal, a.g.m., s. 205.

¹⁴⁸ Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 9; Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 164.

¹⁴⁹ Bkz.: RG T.: 7.4.2010 RG Sayı: 27545. Türkiye Antlaşmayı 7.7. 2010 tarihinde imzalamıştır. Yürürlüğe 1.8.2011 tarihinde girmiştir. Bkz.: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status (Erişim Tarihi: 11.10.2021).

¹⁵⁰ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, ss. 164-165. Schmitthoff “*custom*” kavramına eserlerinde çokça yer vermektedir. Ancak Yazar “*usages*” kavramını kodifye edilmemiş kurallar için kullandığını

Kanaatimizce bu ayrımın sebebi örfün temelde akliselim tarafından iyi karşılanan ve kabul olunanı¹⁵¹ ifade ediyor olması (örf her zaman iyi olandır, kötü örf olmaz), âdetin ise “itiat edilen, işlenegelen şey”¹⁵² olarak alışkanlığa vurgu yapan bir kavram olmasında yatmaktadır. Örf bu sebeple her zaman iyiyi gösterir ancak âdet iyi ya da kötü bir davranış şekli olarak gelişebilir¹⁵³. Belirli bir ticari sektörde belirli zamandan beri yerleşik hale gelmiş diğer bir ifadeyle “işlenegelmüş” ve “itiat edilen” âdetlerden bahsedilebilirken milletlerarası ticari işlemlere dair en temel prensiplerden olan sözleşme serbestisi prensibi iyi karşılanana temel alan örf kavramı ile bağdaşmamaktadır. Örf kuralının uygulanabilmesi için tarafların bunu bilmesi veya buna rızalarının olması aranmazken, milletlerarası ticarete bir âdet kuralının uygulanabilmesi için tarafların bu âdetleri bilmeleri veya bilebilecek durumda olmaları aranır¹⁵⁴. Milletlerarası ticaret hukukunda âdetin yanında belirli bir ticaret dalında alışkanlık haline gelmiş uygulamalardan ve davranış kalıplarından, diğer bir ifadeyle teamüllerden¹⁵⁵ de bahsedebiliriz. Teamül ise bir şeyin aynı şekilde yapılıyor olmasının sağladığı kolaylık olarak anlatılabilir ve teamül bilinçli bir tercihtir¹⁵⁶. Bu sebeple milletlerarası ticaret hukukunda örf ve âdetlerden değil, âdet ve teamüllerden bahsetmeyi yerinde bulmaktayız.

ifade etmiştir. Kodifiye edilmiş olmaları hâlinde milletlerarası “*custom*” olarak nitelendirileceklerini belirtmiştir. Bkz.: Schmitthoff, “The Unification of the Law of International Trade, s. 171.

¹⁵¹ Esat Şener, Hukuk Sözlüğü, Ankara, Seçkin, 2001, s. 622.

¹⁵² Ali Himmet Berki, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi, 2019, ss. 95-96.

¹⁵³ Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 108. Doktrinde örf ve âdet “*Toplumsal düzenin geçerliliğini, belirli bir insan çevresi içinde göreceli olarak saptamalara karşı genel ve etkin bir kınama ile karşılamaya yönelik davranış*” olarak tanımlanmıştır. Bkz.: Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 108.

¹⁵⁴ De Ly, International Business Law and Lex Mercatoria, s. 151’den aktaran Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 165, dn. 481. Lex mercatoria’nın unsurlarından olan örf ve âdetin ticari işlemlerde sıklıkla tekrarlanan bir davranış biçimi olması, uygulama gücüne sahip olması için yeterli değildir; ayrıca bu davranış biçiminin hukuken bağlayıcı olduğunun inancıyla uygulanması aranmaktadır. Örf ve âdetten farklı olarak teamül ise alışkanlıktan, nezaketten veya uygulanması uygun görüldüğü için uygulanır. Lex mercatoria kavramı her üçünü de kapsamaktadır. Bu görüş için bkz.: Sibel Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, Legal, 2008, ss. 148-149. Lex mercatoria’nın kaynakları arasında milletlerarası ticarete kullanılan örf, âdet ve teamüllerin de bulunduğu yönündeki görüş için bkz.: Lando, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, s. 750.

¹⁵⁵ Doktrinde teamül, örf ve âdet kuralı haline henüz gelmemiş itiyati davranış şekli olarak tanımlanmıştır. Bkz.: Ulusoy, a.g.e., s. 87.

¹⁵⁶ Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 108. Sadece kolaylık ve lütuf olması için yapılan işlemler sürekli şekilde tekrarlanmaları hâlinde dahi teamül haline gelemezler. Bir tacirin diğer tacirin müşterisine yaptığı indirim, verilen hediyeler vb. durumlar ne kadar çok tekrarlınsa da ticari örf ve âdet kuralı haline gelemez. Bkz.: Ulusoy, a.g.e., s. 75. Ticari teamülün maddi ve manevi unsuru taşımasına rağmen hukuki unsurdan yoksun olduğu için müeyyidelendirmeyi bekleyen yazılı olmayan kurallar olarak nitelendirilmesi için bkz.: Birsnel, a.g.m., s. 207.

Milletlerarası ticari âdetler modern Avrupa kodifikasyonları ve Anglosakson hukuk ekolünden etkilenmiştir. Bu yüzden bu alanda paylaşılan ortak yaklaşımların olduğuna inanılmaktadır. Lord Mansfield’in meşhur sözünü bu noktada hatırlatmak isteriz “*ticaret hukuku belirli bir devletin değil bütün milletlerin hukukudur*”¹⁵⁷.

Milletlerarası ticaret hukukunda ticari âdet ve teamüller “örtülü hükümler teorisi” çerçevesinde tarafların arasındaki sözleşmenin bir hükmü olarak kabul edilirler. Ayrıca milletlerarası düzenlemelerde uyuşmazlığa uygulanacak hukukun maddi hükümleri ile birlikte ticari âdet ve teamüllerin de dikkate alınma mecburiyeti öngörülmektedir. Bu açıdan ticari âdet ve teamülün milletlerarası ticaret hukukunda iki etkin rolü olduğunu söyleyebiliriz¹⁵⁸.

Milletlerarası ticaret alanında belirli bir ticaret dalına ilişkin âdet ve teamüller genel veya ilgili ticaret dalına ilişkin özel milletlerarası kurumlar tarafından kodifiye edilmiş ve yeknesak kural haline getirilmiş olabilir¹⁵⁹. Ancak her sektöre ait kodifiye edilmemiş âdet ve teamüller bulunabilir. Burada önemli olan nokta ispat konusundadır. Eğer bir âdet kodifiye edilşmemişse taraf, bu âdetin ilgili ticaret dalına ait sektörde varlığını ispat etmelidir¹⁶⁰. Bu noktada uzman tanıklardan¹⁶¹ ve daha önce yayınlanmış hakem kararlarından yararlanılabilmektedir¹⁶². Kodifiye edilmiş âdetler için bir ispat zorunluluğu söz konusu olmayacaktır.

Goode kodifiye edilmemiş milletlerarası ticari âdetlere milli veya ulusötesi bir hukuk sistemi tarafından normatif güç verilebileceğini, normatif kurallar olarak değil

¹⁵⁷ Berger, “The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. s. 967. Ticari âdetlerin lex mercatoria’nın merkezinde olduğuna ilişkin görüş için bkz.: O. Volckart / A. Mangels, a.g.m., s. 430.

¹⁵⁸ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 164.

¹⁵⁹ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 165.

¹⁶⁰ Ch. Pambuokis, “The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods”, Journal of Law and Commerce, Cilt: 25, Sayı: 1, (2005-2006), ss. 124-125. Türk hukukunda mahkeme re’sen uyuşmazlığa uygulanabilecek bir ticari örf veya âdetin mevcut olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür (TTK m. 1/ f. 2). Hâkim bir konuya ilişkin ticari örf ve âdet kuralının olup olmadığını tespit etmek için ticaret ve sanayi odasına, ticaret odasına, sanayi odasına ve deniz ticaret odasına başvurma yükümlülüğü altındadır. Bkz.: Ülgen / Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, a.g.e., s. 107.

¹⁶¹ Goldstajn, “Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention”, s. 99’dan aktaran Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 166.

¹⁶² Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 166.

de kodifiye edilmemiş yerleşik milletlerarası ticari uygulamalar olarak varlığını sürdüren milletlerarası ticari âdetlerin milletlerarası ticari sözleşmelere ve hukuk sistemlerine bir anlamda nüfuz etmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır. Yazar'a göre milletlerarası ticarete sözleşmenin hiçbir tarafı sözleşmesel olarak bağlı kılınmadığı, milli veya ulusötesi bir hukuk sisteminden kaynaklanmayan ya da bu sistemlerin onayını almamış hukuk kurallarının kendisine dayatılmasını istemez¹⁶³.

Milletlerarası ticaret hukukunda hâkim olan örtülü hükümler teorisine göre ilgili ticari sektörde herkes tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken ticari âdet ve teamüller tarafların arasındaki sözleşmede özel olarak belirtilmese bile sözleşmenin bir parçası olarak nitelendirilirler¹⁶⁴; diğer bir ifadeyle o ilgili sektörde faaliyet gösteren herkesin o sektöre ilişkin âdet ve teamüllerin uygulanması konusunda rızaları olduğu kabul edilir. Bu sebeple de ticari âdet ve teamüller sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun diğer bir ifadeyle *lex causae*'nin emredici nitelikte olmayan yedek hükümlerine kıyasla öncelikli olarak uygulanırlar¹⁶⁵. Nitekim milletlerarası düzenlemeler de bu doğrultuda oluşturulmuştur. Örneğin CISG m. 9/ f. 1'de tarafların sözleşmeyle uygulanmasını kararlaştırdıkları âdetler ("*usages*")¹⁶⁶ ve aralarındaki teamüllerle ("*practices*") bağlı kabul edildikleri düzenlendikten sonra ikinci fıkrada aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca bilinen veya bilinmesi gereken, milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan âdetlerin tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmasını zımnen kabul ettiklerinin varsayılacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple de

¹⁶³ Roy Goode, "The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration", *Arbitration International*, Cilt: 8, Sayı: 1, (1992), ss. 12-13.

¹⁶⁴ De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, s. 136, no. 205'ten aktaran Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 166.

¹⁶⁵ Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, ss. 166-167.

¹⁶⁶ Her ne kadar ilgili hükümde yer alan "*usages*" kavramı birçok kaynakta "teamül" olarak çevrilmiş olsa da CISG m. 9, UNIDROIT Prensipleri m. 1.9 ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri m. 1.105'de yer alan düzenlemeler ve "âdet" ile "teamül" kavramlarının Türk ticaret hukuku literatüründeki karşılıkları dikkate alındığında bu milletlerarası düzenlemelerde yer alan "*usage*" ifadesinin hukuki karşılığı yukarıda örf, âdet ve teamül arasındaki farklara da değindiğimiz kısımdaki gerekçelerimiz doğrultusunda kanaatimizce "âdet"tir. Literatürde her ne kadar "*custom*", "*usages*" ve "*practices*" kavramları bazen birbirinin yerine kullanılıyor olsa da biz çalışmamız kapsamında mümkün olduğunca örf, âdet ve teamül kavramlarının Türk hukukundaki kavramsal karşılıklarını dikkate almaya özen gösterdik. Aynı yönde kullanım için bkz.: Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 164; Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, s. 30.

sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilen ticari âdet ve teamüller CISG hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacaktır.

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri m. 1.9'un ilk fıkrasında tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları âdetler ve aralarındaki teamüllerle bağlı oldukları belirtildikten sonra ikinci fıkrada tarafların milletlerarası ticaretle ilgili belirli bir sektörde yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak gözlemlenen âdetlerle bağlı oldukları düzenlenmiştir meğer ki bu âdetlerin uygulanması makul olmayan sonuçlara yol açmasın. CISG m. 9'dan farklı olarak UNIDROIT Prensipleri'nde ilgili ticari sektöre ilişkin âdetlerin taraflarca bilinmesi veya bilinmesi gerekmesi aranmamıştır. Bunun yerine bu âdetlerle tarafların bağlı olabilmesi için makul olmayan sonuçlara yol açmamaları kriteri konulmuştur. Bu açıdan daha objektif bir kriterin esas alındığı söylenebilecektir¹⁶⁷.

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri Âdetler ve Teamüller başlıklı m. 1:105/ f. 1 uyarınca taraflar, uygulanmasını kararlaştırdıkları âdetler ve aralarındaki teamüllerle bağlıdırlar. Hükmün ikinci fıkrasına göre taraflar kendileriyle aynı durumda olan üçüncü kişilerce genellikle uygulanabilir kabul edilen âdetle bağlıdırlar meğerki böyle âdetin uygulanması gayrimakul olmasın.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz her üç milletlerarası düzenlemede de taraflar, aralarındaki sözleşmede yer alan âdetlerle bağlı olmalarının yanında; sözleşmede yer almasa dahi ilgili ticari sektörde yaygın olarak bilinen, uygulanagelmiş ticari âdetlerle de bağlı kabul edilmişlerdir. Bu sebeptendir ki ticari âdetler tarafların arasındaki sözleşmenin bir parçası olarak *lex causae*'nin emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla yedek hükümlerinin önünde uygulanacaklardır¹⁶⁸. Bu noktada Türk hukukunda ticari örf ve âdetlerin ikincil (tali) hukuk kaynağı olarak ticari hüküm

¹⁶⁷ Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Lahey, Kluwer Law International, 1999, s. 170.

¹⁶⁸ Atamer Türk hukukunda milletlerarası ticaret hukukuna ilişkin yukarıda örneklendirdiğimiz milletlerarası düzenlemelerden farklı olarak ticari âdet ve teamüller ile *lex causae*'nin emredici olmayan yedek hükümleri ile çatıştığı noktada yedek hukuk kurallarının uygulanacağını; milletlerarası ticarete ise aksine aynı şekilde çatışma hâlinde uygulanacak olanın ticari âdet ve teamüller olacağını belirtmiştir. Bkz.: Yeşim M. Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul, Beta, 2005, s. 77, dn. 41. Milli hukuk sistemlerinin normatif bir yaklaşımla ticari örf ve âdetleri ikincil (tali) hukuk kaynağı olarak görüyor olmalarının karşısında milletlerarası ticaret hukukunda benimsenen modern yaklaşımla ticari âdet ve teamüllerin sözleşmenin bir parçası olarak kabul ediliyor olmasının dikkat çekici olduğu yönündeki görüş için bkz.: Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 169.

bulunmayan ticari işlerde uygulanabildiği ve teamüllerin ise hükme esas alınmayarak ancak irade açıklamalarının yorumlanmasında dikkate alınabileceğini vurgulamakta fayda olacaktır.

Ticari âdet ve teamüllerin milletlerarası ticaret hukukundaki bir diğer önemli işlevi taraf iradelerinin ve sözleşmenin hükümlerinin yorumlanmasında kullanılmalarıdır. CISG m. 8 / f. 3'te, UNIDROIT Prensipleri m. 4.3'te ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri m. 5: 102'de bu yönde düzenlemeler yer almaktadır. Ticari âdet ve teamüllerin bu işlevine ilişkin düzenlemelerin ortak paydası da tarafların bunları bilmeleri ya da bilebilecek durumda olmalarının aranmamasıdır¹⁶⁹.

Elbette ki yukarıda bahsettiğimiz örtülü hükümler teorisi uyarınca ticari âdet ve teamüllerin sözleşmenin bir parçası kabul edilebilmeleri için tarafların arasındaki sözleşmenin esasına uygulanmak üzere taraflarca milli hukuk sistemlerinden bağımsız nitelikte milletlerarası maddi hükümlerin seçilmiş olması gerekmektedir. Zira uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun bir devletin milli hukuku olması hâlinde belirleyici olan ilgili milli hukukun ticari âdet ve teamüllere hangi statüyü tanıdığı olacaktır. Bu noktada milletlerarası tahkim mevzuatının bu konuda uzmanlığı ve ticari hayattaki hâkim anlayışı ön planda tutan yaklaşımının bir sonucu olarak, hakemlere ticari âdet ve teamülleri *lex causae* ile birlikte dikkate alma zorunluluğu yüklediğini belirtmek yerinde olacaktır¹⁷⁰. Çalışmamızın ileriki bölümlerinde bu husus, çeşitli ihtimaller ele alınmak suretiyle ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

¹⁶⁹ Atamer, a.g.e., s. 77, dn: 40; Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 170.

¹⁷⁰ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 171. Sözleşmeler hukukunun genel prensipleri ile ticari âdet ve teamüller birbirleri ile karıştırılmamalıdır. Aksi halde tahkim mevzuatı hakemlere ticari âdet ve teamülleri her halükârda dikkate alma zorunluluğu yüklediği için buna dayanılarak tarafların seçtiği hukuk yerine sözleşmeler hukukunun genel prensiplerinin uygulanması *lex mercatoria*'nın gelişimini de olumsuz yönde etkileyecektir. Bkz.: Gaillard, *La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, s. 210 ve s. 214'ten aktaran Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 174.

1.3.4. Model Kanunlar

Model kanunlar milli hukukları birbirleri ile uyumlaştırmak ve modernleştirmek amacıyla kullanılmaktadır. Devletler kendi milli hukuklarında düzenlemeler yaparken ilgili oldukları alana ilişkin milletlerarası anlayış ve genel kabulleri yansıtan model kanunlardan yararlanırlar. Milletlerarası ticari sözleşmelere ilişkin genel kabulleri yansıtan model kanunlar *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki *lex mercatoria* milli hukuk düzenlerini uyumlaştırma amacını taşımamaktadır. Diğer bir ifadeyle *lex mercatoria*'nın varlık sebebi devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin birbirine benzer hale getirilmesi değildir¹⁷¹. *Lex mercatoria* milletlerarası ticari işlemler için milli hukuklara alternatif niteliğinde maddi hükümler yaratmayı amaçlamaktadır¹⁷². Model kanunları da *lex mercatoria*'nın kaynağı yapan husus milli hukukları uyumlaştırma amacı değil, milletlerarası ticaret hukuku alanına ilişkin genel kabulü yansıtıyor olmalarıdır. Model kanunlara örnek olarak UNCITRAL tarafından hazırlanan Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun¹⁷³ Elektronik

¹⁷¹ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 175.

¹⁷² Mustill, a.g.m., s. 88.

¹⁷³ Milli hukuklardaki tahkim usulüne ilişkin düzenlemelerde yeknesaklığın sağlanması amacıyla UNCITRAL bünyesindeki bir çalışma grubu tarafından hazırlanan UNCITRAL Model Kanunu 21 Haziran 1985 tarihli toplantıda kabul edilmiştir. 7 Temmuz 2006 tarihinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Kapsamı milletlerarası ticari tahkimle sınırlıdır ve hangi tahkimlerin milletlerarası nitelikte kabul edildiği de Model Kanun m. 1'de belirtilmiştir. Devletler UNCITRAL Model Kanunu'nu aynı şekilde kendi dillerine çevirip, kabul edebilecekleri gibi değişiklikler yaparak veya kısmi olarak da kendi düzenlemelerine entegre edebilmektedirler. UNCITRAL Model Kanunu'nda yer alan hükümler farklı politik ve hukuki sisteme sahip ülkelerin de kullanabilecekleri şekilde düzenlenmiştir. Uygulama alanı ticari faaliyetler kapsamında kullanılan her türlü bilgi olarak belirlenmiş (m. 1) ve Model Kanun m. 2'de belirtildiği üzere veri mesajlarının iletilmesi konusunda teknolojik imkânlar sınırlandırıcı şekilde sayılmamıştır. Diğer bir ifadeyle Model Kanun bütün veri mesajlarını kapsamına almıştır. UNCITRAL Model Kanunu'nun hazırlanmasında farklı hukuki ve ekonomik sistemlere sahip elliden fazla ülke ve on beş milletlerarası organizasyonun milletlerarası tahkim konusunda uzman kişilerden oluşan temsilcisi yer almıştır. Bunun için bkz.: Gerold Hermann, "The UNCITRAL Arbitration Law: a Good Model of a Model Law", *Uniform Law Review*, Cilt: 3, Sayı: 2-3, (1998), s. 487. UNCITRAL Model Kanun'un bir milletlerarası anlaşma değil; milletlerarası ticari tahkim hususunda milli hukuklarda uyumlaşmanın sağlanması için yapılan bir teklif niteliğinde olduğuna ilişkin bkz.: Leyla Keser Berber, *Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu*, İstanbul, Alfa, 1999, ss. 184-185. 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi'nin uygulanmasında devletlerin mevzuatının birbiriyle uyumlu olmasına dair bir ihtiyacın olduğu tespit edilmiştir. Bunun için Birleşmiş Milletler Teşkilatı içerisinde Afrika-Asya Hukuk Danışma Komitesi 1977 yılında yaptığı toplantıda New York Sözleşmesi'nin bazı maddelerinin gözden geçirilmesi, bunun da BM Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanacak Model Kanun ile New York Sözleşmesi hükümlerinin uyumlulaştırılması vasıtasıyla sağlanabileceği öngörülmüştür. Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanunu'nun hazırlanmasının yolu bu şekilde açılmıştır. Bkz.: Dayınlarlı, a.g.e., s. 164.

Ticarete İlişkin Model Kanun¹⁷⁴, Teminat İşlemlerine İlişkin Model Kanun, Elektronik İmzaya İlişkin Model Kanun; UNIDROIT tarafından hazırlanan Franchising Model Kanunu, Finansal Kiralamaya İlişkin Model Kanun¹⁷⁵ verilebilir.

¹⁷⁴ Elektronik posta ve elektronik veri değişimi (“EDI”) gibi yöntemlerin milletlerarası ticari sözleşmelerde kullanılmaya başlanması ve gelişen teknoloji ile bunun daha da artacağı yönündeki beklentilerin, milli hukuk düzenlemelerinde bu konuya ilişkin mevcut düzenlemelerin eksikliğini ve yetersizliğini görünür kıldığına ilişkin görüş için bkz.: Christoph Glatt, “Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts”, *International Journal of Law and Information Technology*, Cilt: 6, Sayı: 1, (1998), s. 57. UNCITRAL’ın elektronik ticaretin önündeki engellerin kaldırılmasına yönelik başlattığı çalışmada ilk olarak 1984 yılında otomatik veri işleme ve milletlerarası ticaretin akışına ilişkin hukuki etkileri gündemine aldığına dair bkz.: United Nations Commission on International Trade Law, Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its seventeenth session, 1984, s. 30, par. 133-135, <https://uncitral.un.org/en/comm/sessions/17> (Erişim tarihi: 21.03.21). Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu 1996 yılında Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu’nu kabul etmiştir. Elektronik ticarete ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırması ve kanun koyucular açısından yol gösterici olması amaçlanan bu metnin elektronik ticarete dair yazılmış ilk metin olduğuna ilişkin bkz.: Özgür M. Falcıoğlu, “Elektronik Satımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler”, içinde: Ed. Yeşim Atamer, *İnternet ve Hukuk*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 72. Model Kanun’un güncel teknolojilerin elektronik ticarete kullanımının kolaylaştırılmasına hizmet etmekte olduğuna ilişkin bkz.: Ayşe Öcal, “Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu ve Elektronik İmzalar Hakkında UNCITRAL Model Kanunu Üzerine Değerlendirme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 129, (2017), s. 104.

¹⁷⁵ Dünya Bankası, Uluslararası Finans Kuruluşu (IFC), Amerikan Ekipman Kiralama ve Finans Desteği (ELFA), Finansal Kiralama ve Uzun ve Kısa Dönem Otomotiv Kiralama Dernekleri Avrupa Federasyonu (Leaseurope) gibi bazı önemli milletlerarası ekonomik aktörlerin görüşlerini de alan UNIDROIT, 2005 yılında gelişmekte olan ülkelerde finansal kiralamanın yaygınlaşması amacıyla bir model kanun geliştirmek için çalışmalar başlatmıştır. Model Kanun’un hazırlanmasında görevli Danışma Kurulu’nda Kuzey Afrika, Orta Doğu, Asya Pasifik, Avrupa, eski Sovyetler Birliği ülkeleri, Latin Amerika ve Kuzey Amerika’dan temsilciler yer almıştır. Danışma Kurulu 17 Ekim 2005, 6-7 Şubat 2006 ve 3-5 Nisan 2006 tarihlerinde Roma’da toplanmış ve UNIDROIT Yönetim Konseyi’nin 8-10 Mayıs 2006’daki toplantısında ilk taslağını sunmuştur. 7-10 Mayıs 2007’de Johannesburg’da ve 6-9 Nisan 2008’de Muskat’ta taslağın geliştirilmesinde daha aktif katılım sağlanması amacıyla ilgili devletlerin temsilcilerinden oluşan Çalışma Komitesi toplantılar gerçekleştirilmiştir. Bu toplantılar sonucu oluşturulan raporlar 21-23 Nisan 2008’de Roma’da toplanan Yönetim Konseyi’ne sunulmuştur. 10-13 Kasım 2008 tarihlerinde gerçekleştirilen UNIDROIT Üye Ülkeler Genel Kurulu ve Çalışma Komitesi’nin ortak toplantısı sonucunda 13 Kasım 2008 tarihinde Model Kanun’un metni kabul edilmiştir. Bkz.: Official Commentary to the UNIDROIT Model Law on Leasing, *Uniform Law Review*, C. 15, 2010, ss. 548, 550, 552-556. Finansal kiralamanın gelişmekte olan ülkelerde yaygınlaşmasının gelişmiş ülke ekonomileri açısından yeni pazarlar anlamına geldiğine ilişkin bkz.: Nikola, Backovic, “Adopting and Adapting the UNIDROIT Model Law on Leasing”, *Uniform Law Review*, Cilt: 15, Sayı: 3-4, (2010), s. 861; Ceyda Süral Efeçinar, “Finansal Kiralama Hakkında UNIDROIT Model Kanunu”, içinde: Ed. Işık Özkan, Ceyda Süral Efeçinar, Bengül Kavlak, *Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları*, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 63. Yabancı yatırımcılar açısından hukuki güvenilirlik hissini sağlanması için devletlerin modern bir mevzuata kavuşmalarının önemli olduğuna ve Model Kanun’un buna hizmet ettiğine ilişkin bkz.: Official Commentary to the UNIDROIT Model Law on Leasing, *Uniform Law Review*, Cilt: 15, Sayı: 2, (2010), s. 550.

1.3.5. Derlemeler

1.3.5.1. Genel Bilgi

Pozitif hukukun bir parçası olmadıkları için hukuki olarak bağlanması ve uygulanması zorunlu olmayan, milletlerarası camia tarafından taraf iradeleri çerçevesinde uygulanması tavsiye edilen metinler “*soft law*” kavramı olarak ifade edilirler¹⁷⁶. Taraflar, mahkemeler ve hakem heyetleri tarafından bağlayıcı kabul edildikleri durumda bağlayıcılık kazanırlar¹⁷⁷.

Soft law araçlarına örnek olarak derleme tekniği ile hazırlanan metinler, standart sözleşmeler, model kanunlar, model formlar, doktrin ve uzman görüşleri vb. verilebilir¹⁷⁸. Doktrinde, sözleşme serbestisi ilkesinin hâkim olduğu milletlerarası ticaret hukuku alanında derleme tekniği ile hazırlanan metinlerin, milli hukukların otoritelerini sarsmaksızın milletlerarası ticaret hukukunun yaratılması açısından¹⁷⁹ diğer pozitif düzenlemelere oranla daha uygun araçlar oldukları ifade edilmektedir¹⁸⁰.

Derleme niteliğinde hazırlanan *soft law* araçlarının en önemlisi Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri’dir. Aşağıda daha ayrıntılarıyla değineceğimiz üzere çok kapsamlı bir mukayeseli hukuk çalışmasıdır. Diğer bir önemli derleme ise Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri’dir ki “*Avrupa’nın lex mercatoria’sı*”¹⁸¹ olarak da adlandırılmaktadır. Doktrinde Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri’nin *lex mercatoria*’nın gelişimindeki önemli dönüm noktaları olduğu ifade edilmiştir¹⁸². Son olarak Prof. Dr. Klaus Pete Berger tarafından Köln Üniversitesi

¹⁷⁶ Lichtenstein, a.g.m., s. 1433.

¹⁷⁷ Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 18.

¹⁷⁸ Henry Deep Gabriel, The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference”, Brooklyn Journal of International Law, Cilt: 34, Sayı: 3, (2009), ss. 658-659.

¹⁷⁹ Di Robilant, “Genealogies of Soft Law”, s. 510 ve ss. 523-524.

¹⁸⁰ Arthur Rosett, “Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law”, American Journal of Comparative Law, Cilt: 40, Sayı: 3, (1998), s. 697.

¹⁸¹ Michael Joachim Bonell, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”. Uniform Law Review, Cilt: 1, Sayı: 2, (1996), s. 243.

¹⁸² Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 677.

CENTRAL bünyesinde hazırlanan Trans-Lex veri tabanı da diğer derleme araçlara alternatif olarak lex mercatoria'nın kaynakları arasında sayılmaktadır.

11 Ekim 2011 tarihinde Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa Satım Hukukuna İlişkin Tüzük Taslağı ("*Draft Regulation for a Common European Sales Law*" - CESL) kabul edilmiştir. Amacı milletlerarası ticaretin sorunlarını ortadan kaldırıp ortak pazarın işleyişini kolaylaştırmaktır. Tüzük olarak AB üyesi devletlerin uymakla yükümlü oldukları bir hukuk kaynağı olsa da, ancak satım sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılması hâlinde uygulama alanı bulabileceği düzenlendiği için alışlagelmişin dışında bir hukuk kaynağı olarak nitelendirilmektedir. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ile başlayan Avrupa Birliği'ne taraf devletlerin milletlerarası ticarete ilişkin düzenlemelerini uyumlaştırma çabaları CESL ile devam etmektedir. Ancak Taslak henüz Tüzük olarak kabul edilmemiştir. Doktrinde CESL'nin de lex mercatoria'nın derleme niteliğindeki kaynaklarından biri olduğu ifade edilmiştir¹⁸³.

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'nin Avrupa Birliği üye ülkelerinin milli hukuklarının uyumlaştırılması sürecine dair açtığı yolda Avrupa Komisyonu 2003 yılında Avrupa Sözleşmeler Hukuku Oluşturulmasına Yönelik Eylem Planı'nı ("*A More Coherent European Contract Law - An Action Plan*")¹⁸⁴ yayınlamıştır. Bu kapsamda Avrupa Birliği için kanunlaştırılması planlanan Ortak Referans Çerçevesi ("*Common Frame of Reference*") olarak adlandırılan bir metnin hazırlanacağı belirtilmiştir. Bu metne temel teşkil etmek üzere Avrupa Özel Hukuku İçin Prensipler, Tanımlar ve Model Kurallar Taslağı ("*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law- Draft Common Frame of Reference*" - DCFR) hazırlanmıştır¹⁸⁵. Her ne kadar Avrupa Birliği mevzuatını uyumlaştırmaya yönelik önemli bir adım olsa da henüz milletlerarası ticari uygulamada yaygın kabul gördüğü ve lex mercatoria'nın kaynakları arasında değerlendirip değerlendirilemeyeceği hususu kanaatimizce belirsizdir.

¹⁸³ Bu görüş ve CESL hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 42 vd.

¹⁸⁴ Action Plan on A More Coherent European Contract Law, COM (2003) final, OJ C 63/1.

¹⁸⁵ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law- Draft Common Frame of Reference, Introduction, s. 1. DCFR'nin ticari işlemleri kolaylaştırmak amacıyla Avrupa Birliği üye ülkelerinin borç ilişkilerinde uygulanan maddi hükümlerini uyumlaştıran anasyonel hukuk kaynakları arasında yer aldığına ilişkin bkz.: Meltem Ece Oba, "Anasyonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı", TBB Dergisi, Cilt.: 129, (2017), s. 318.

Aşağıda *lex mercatoria*'nın önemli kaynakları arasında yer aldıkları kabul edilen UNIDROIT Prensipleri, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ve Trans- Lex Veri Tabanı hakkında daha ayrıntılı bilgiler verilecektir.

1.3.5.2. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri

1.3.5.2.1.Tarihsel Süreç

UNIDROIT (“Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Milletlerarası Enstitü”- “*International Institute for the Unification of Private Law*”- “*L’Institut international pour l’unification du droit privé*”) Milletler Cemiyeti’ne bağlı olarak 1926 yılında Ernst Rabel ve Vittorio Scialoja önderliğinde özel hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla çalışmalar gerçekleştirmek için kurulmuştur¹⁸⁶. 1940 yılında milletlerarası sözleşme ile bağımsız bir statü kazanmıştır. Amacı doğrultusunda konvansiyonlar¹⁸⁷, model kanunlar¹⁸⁸, prensipler ve kılavuzlar¹⁸⁹ yayınlayan Enstitü’nün milletlerarası ticaret hukuku alanına en önemli katkısının Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri (Prensipler) olduğunu söyleyebiliriz. Zira Prensipler hem akademik çevrelerde hem uygulamada büyük başarılar elde etmiştir.

Milletlerarası sözleşmeler hukuku alanında bir kurallar dizisi düzenleme çalışmaları 1960’ların sonunda başlamıştır. UNIDROIT Genel Sekreteri Mario Matterucci milletlerarası sözleşmeler hukuku alanına ilişkin bir derleme niteliğinde

¹⁸⁶ Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 49; Eylem Apaydın, “Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8 (Özel Sayı), (2013), ss. 209-210.

¹⁸⁷ UNIDROIT tarafından yayınlanan konvansiyonlar: 1964 tarihli Milletlerarası Satım İşlemlerine İlişkin Yeknesak Kurallar Konvansiyonu (“*Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods*”), 1964 tarihli Milletlerarası Satım Sözleşmelerinin Kuruluşuna İlişkin Yeknesak Kurallar Konvansiyonu (“*Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*”) (Bu iki konvansiyonun yerine ilerleyen süreçte CISG akdedilmiştir), 1988 tarihli Milletlerarası Leasing İşlemleri Hakkında UNIDROIT Konvansiyonu (“*UNIDROIT Convention on International Financial Leasing*”), Milletlerarası Factoring İşlemleri Hakkında UNIDROIT Konvansiyonu (“*UNIDROIT Convention on International Factoring*”) şeklinde sayılabilir.

¹⁸⁸ UNIDROIT tarafından “*Franchise Model Disclosure Law (2002)*” ve “*UNIDROIT Model Law on Leasing (2008)*” yayınlanmıştır.

¹⁸⁹ UNIDROIT tarafından yayınlanan kılavuzlar: “*UNIDROIT Legislative Guide on Intermediated Securities*”, “*UNIDROIT/IFAD Legal Guide on Agricultural Land Investment Contracts*”, “*Tripartite Legal Guide To Uniform Legal Instruments In The Area Of International Commercial Contracts (With A Focus On Sales)*”, “*UNIDROIT/FAO/IFAD Legal Guide on Contract Farming*” ve “*Guide To International Master Franchise Arrangements*” olarak sayılabilir.

çalışma hazırlanması teklifinde bulunmuştur. Bu teklif UNIDROIT'nın ilk olarak 1971 yılında "*Progressive Codification of the Law of International Trade*"i hazırlamasına vesile olmuştur ki bu, Prensipler'in hazırlanması yolundaki modern çalışmalara dair atılan en önemli adım olarak kabul edilmektedir. Ancak UNIDROIT 1980'e kadar Prensipler'in hazırlanması için bir Çalışma Grubu oluşturmamıştır¹⁹⁰. Daha sonrasında çoğunluğunu Kıta Avrupası hukuk sistemine tabi ülkelerin temsilcilerinin oluşturduğu Prof. Michael Joachim Bonell başkanlığında bir Çalışma Grubu kurulmuştur¹⁹¹. Oluşturulan Çalışma Grubu 31 Ocak- 3 Şubat 1994 tarihlerinde Tulane'de yapılan toplantıda Prensipler'in son halini sunmuştur. Önce İngilizce ve Fransızca yayınlanan Prensipler daha sonra Almanca, İtalyanca, İspanyolca ve diğer dillere de çevrilmiştir¹⁹².

UNIDROIT Yönetim Konseyi 1997 yılında UNIDROIT Prensipleri'nin geliştirilmesine ve bu kapsamda da yeni konular eklenmesine karar vermiştir. Bu amaçla Prof. Michael Joachim Bonell başkanlığında ikinci bir Çalışma Grubu oluşturulmuştur. On yedi üyeden oluşan Çalışma Grubu'nun, on üyesi ilk Çalışma Grubu'nda da yer almıştır. Çalışmalar sonucunda 2004 yılının Nisan ayında UNIDROIT Yönetim Konseyi oybirliği ile 2004 UNIDROIT Prensiplerini kabul ederek bir ay sonra yayınlamıştır¹⁹³. 2004 UNIDROIT Prensipleri ile bazı yeni konulara ilişkin düzenlemeler getirilmiş, 1994 Prensipleri'ndeki bazı ifadeler değiştirilmiş ancak mevcut hükümlerde önem arz eden farklılıklar yaratılmamıştır.

¹⁹⁰ E. Allan Farnsworth, "An International Restatement: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", University of Baltimore Law Review, Cilt: 26, Sayı: 3, (1996), s. 2; Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", ss. 944-945.

¹⁹¹ Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, ss. 49-50. Çalışma Grubu'nu farklı sosyo-ekonomik sistemleri temsil eden milletlerarası ticaret hukuku ve sözleşmeler hukuku alanında uzman akademisyenler, hâkimler ve memurlar oluşturmuştur. Bu Çalışma Grubu yılda iki kere toplantı yaparak kararlaştırdıkları tasarıları UNIDROIT Yönetim Konseyi sunmuş ve Mayıs 1994'te Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri'nin metni Konsey tarafından onaylanmıştır. Bkz.: Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, ss. 49-50. Yüz yirmi maddeden oluşan Prensipler yedi ana bölüme ayrılmıştı. Bu bölümler: Genel hükümler, Sözleşmenin Kuruluşu, Geçerlilik, Yorum Kuralları, Sözleşmenin İçeriği, Sözleşmenin İfası, İfa Etmeme şeklindeydi.

¹⁹² Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 945 ; Farnsworth, a.g.m., s. 2.

¹⁹³ Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s 51. Prensiplerin 2004 versiyonu 185 maddeden oluşmaktaydı ve beş yeni bölüm eklenmişti. Bu eklenen yeni bölümler: Temsilcilerin Yetkisi, Üçüncü Kişi Yarına Sözleşme, Takas, Alacağın Temliki/Borcun Nakli/ Sözleşmelerin Devri ve Zamanaşımı şeklindeydi.

2004 UNIDROIT Prensipleri kabul edilirken UNIDROIT Yönetim Konseyi Prensipler'in devam eden bir proje olarak kabul edilmesini önermiştir. Böylece Sekreteryaya tarafından Prensipler'in milletlerarası hukuk ve iş dünyası açısından kullanımları takip edilmiş ve ilerleyen süreçte yeni versiyonunda yer alacak ek konuların belirlenmesi için önerilerin toplanması sağlanmıştır. Bu süreçte 1994 ve 2004 versiyonlarının hazırlanmasında görevli olanların görüşleri alınmıştır. UNIDROIT Prensipleri'ne eklenecek konularda öneriler sunulmuş ve genişletilmesi yönünde alınan karar doğrultusunda Yönetim Konseyi tarafından 2005 yılında yeni versiyon için üçüncü bir Çalışma Grubu oluşturulmuştur¹⁹⁴.

2010 UNIDROIT Prensipleri, Yönetim Konseyi'nin doksanıncı toplantısında kabul edilmiştir. Bazı yeni konulara ilişkin hükümler eklenmiş, ancak 2004 Prensipleri'nde önemli değişiklikler yapılmamıştır. Üçüncü versiyon itibariyle Prensipler satım sözleşmeleri gibi tek seferde ifayı içeren sözleşmelere ilişkin genel hukuk kurallarının tamamını kapsar hale gelmiştir. Uzun süreli sözleşmeler açısından var olan eksikler Yönetim Konseyi'nin Mayıs 2013'teki toplantısında görüşülmüştür. Mayıs 2014'teki toplantısında Yönetim Konseyi, Prensipler 'deki eksiklerin giderilmesi ve geliştirilmesi amacıyla dördüncü bir Çalışma Grubu oluşturulmasına karar vermiştir. Çalışma Grubu 19-22 Ocak 2015'te Roma'da ve 26-29 Ekim 2015'te Hamburg'da toplanmış; yapılması gereken değişiklikler ve eklemeler belirlenmiştir. Yönetim Konseyi Mayıs 2016'daki toplantısında 2016 UNIDROIT Prensipleri'ni kabul etmiştir. Böylece uzun süreli sözleşmelere yönelik ihtiyaçları da giderebilecek şekilde Prensipler geliştirilmiştir¹⁹⁵.

1.3.5.2.2. İzlenen Yöntem ve Amaç

UNIDROIT Çalışma Grubu'nun nasıl bir yöntem izlediğinden kısaca bahsetmek isteriz. Prensipler oluşturulurken klasik hukuk sistemlerinin yanında özel etnolojik ve kültürel faktörlerden dolayı farklı hukuk kültürlerini etkilemiş hibrit (melez) hukuk

¹⁹⁴ Michael Joachim Bonell, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Leiden, Brill, 2009, s. 363.

¹⁹⁵ Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, ss. 73- 74.

sistemleri de dikkate alınmıştır¹⁹⁶. Buna: Avrupa etkisindeki Cezayir ve Mısır medeni hukukları; Roma, Hollanda ve “*common law*” etkisindeki Güney Afrika medeni hukuku; İslam, Budist, Hinduist, Roma, Hollanda ve “*common law*” etkisindeki Sri Lanka Hukuku; Fransız, İspanyol ve “*common law*” etkisindeki Louisiana medeni hukuku, Fransız hukukuna dayanan ve “*common law*” etkisindeki Quebec medeni hukuku örnek olarak verilebilir¹⁹⁷. UNIDROIT Çalışma Grubu ayrıca daha önce veya hâlihazırda komünist olan ülkelerin yasal sistemlerindeki milletlerarası ticarete ilişkin bazı unsurları da çalışmasına dâhil etmiştir. Bunlara Çekoslovakya, Doğu Almanya ve Çin’in ilgili mevzuat hükümleri örnek verilebilir¹⁹⁸.

UNIDROIT Prensipleri’ne “*esin kaynağı*” olarak ifade edilen düzenlemeler: mecburi bir referans noktası olarak CISG, 1980 Protokolü (“*1974 U.N. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*”), 1983 Cenevre Sözleşmesi (“*1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods*”), 1988 Milletlerarası Faktoringe İlişkin Ottawa Konvansiyonu, 2001 BM Sözleşmesi (“*2001 U.N. Convention on Assignment of Receivables in International Trade*”), 2005 BM Sözleşmesi (“*2005 U.N. Convention on the International Use of Electronic Communications in International Contracts*”) olarak belirtilmektedir. Ayrıca *soft law* unsurlar olan ICC tarafından hazırlanan INCOTERMS ve Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulamalar (“*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*”), 1987 (“*UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works (1987)*”) ile 1992 UNCITRAL rehberleri (“*UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions (1992)*”) ve FIDIC model sözleşmeleri de Prensipler hazırlanırken yararlanılan düzenlemelerdendir¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, s. 231.

¹⁹⁷ Berger, “*The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*”, s. 965. Yeknesaklaştırma hareketlerinin en başında 1900 yılında Paris’te ilk Milletlerarası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi toplandı. Karşılaştırmalı yöntem, hukukun evrensel prensiplerini ve devletler ve özel şirketler arasındaki ilişkilere dair devletler genel hukukunun temel prensiplerini belirlemede alanında çok başarılı bir şekilde uygulandı. Bkz.: Berger, “*The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*”, s. 963.

¹⁹⁸ Berger, “*The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*”, s. 965.

¹⁹⁹ Michael Joachim Bonell, “*The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law*”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 56, Sayı: 1, (2008), s. 17.

UNIDROIT Prensiplerinin birçok hükmü CISG'den alınmıştır. Bazı hükümler neredeyse tamamen aynıdır²⁰⁰. Ancak Prensipler sadece satış sözleşmeleri değil bütün milletlerarası ticari sözleşme türlerini kapsamaktadır. Bu sebeple de Prensipler'de CISG'te olmayan bazı alanlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır²⁰¹. Bonell, UNCITRAL'in CISG'in yorumlanması ve boşluklarının doldurulması noktasında UNIDROIT Prensipleri'nden yararlanılmasına dair resmî bir öneride bulunmasının, CISG'in dünya çapındaki uygulamasına yeknesaklık kazandıracığını ve aynı zamanda da uygulamada UNIDROIT Prensipleri'nin CISG m. 7'de yer alan ilgili koşullara bağlı olarak uygulanmasına hizmet edeceğini ifade etmiştir²⁰².

UNIDROIT Prensipleri'nin giriş kısmında da belirtildiği üzere Prensipler'in var oluş amacı milletlerarası ticari sözleşmeler için genel kurallar ("*general rules*") koymaktır. Buna göre Prensipler bir kurallar sistemini temsil etmektedir ve bu sistemin inşasında hem milli hukuk düzenlemeleri hem milletlerarası ticari hayatın gereklilikleri göz önüne alınmıştır²⁰³. Milli hukuk sistemlerinin gözetilmesi noktasında hazırlayıcılar kasti olarak belirli hukuk sistemlerine özgü terimleri kullanmaktan kaçınmışlardır. Örneğin "*force majeure*" gibi kaçınılması mümkün olmayan bazı terimler kullanılmışsa da yorumlanmasını ilgili hukuk sistemini referans vermeden bağımsız nitelikte kaleme almaya çalışmışlardır²⁰⁴.

Prensipler'de yer alan çoğu hükmün ortak özelliği tarafların arasındaki sözleşmeyi olabildiğince ayakta tutmayı amaçlamasıdır. Bu eğilimin varlığı da milletlerarası ticari tahkim ve milletlerarası sözleşmeler hukukundaki ekonomik pratiklere ilişkin genel ilgiyi yansıtmaktadır. Prensipler'de yorum kısmının olması da yine sözleşmeyi daha hukuka uygun ve işlevsel yapma gayesi taşımaktadır. Ayrıca uzun süreli sözleşmelerde sözleşmenin ifasına ilişkin birçok düzenleme özellikle

²⁰⁰ UNIDROIT Prensipleri ve CISG konusunda daha ayrıntılı inceleme için bkz.: Bonell, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, s. 305 vd.

²⁰¹ Farnsworth, a.g.m., s. 4 vd.

²⁰² Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 27.

²⁰³ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 943.

²⁰⁴ Michael J. Bonell, Die UNIDROIT – Prinzipien der Internationalen Handelsvertäge: Eine neue Lex Mercatoria? (The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?), 37 Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1996, ss. 152, 154'den aktaran Berger "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 944, dn. 6; Ole Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", The American Journal of Comparative Law, Cilt 53 Sayı, 2, 2005, s. 382.

mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükümler de yine aynı amaç gözetilmek suretiyle düzenlenmiştir²⁰⁵.

Prensipier'in bir milletlerarası konvansiyon ya da model kanun olarak düzenlenmemesi özellikle tercih edilmiştir. 1970'lerde formüle edilen bu projenin baştan beri bağlayıcılığı olmaması, milletlerarası sözleşmesel prensiplerin bir derlemesi niteliğinde, milletlerarası ticaretin yenilikçi bir kodifikasyonu olması arzu edilmiştir²⁰⁶.

Prensipier hazırlanırken bunun bir çeşit ulusötesi ticari yasal düzenin "*ratio scripta*"sı olması amaçlanmıştır. Diğer bir ifadeyle bir yasal mecburiyete ("*legal force*") dayalı olarak değil de kendisinin rasyonel ikna ediciliğine dayalı olarak uygulanmasının peşinde olunmuştur. Her ne kadar Prensipier devletlerin yasama organları tarafından yürürlüğe sokulmuş olmasa da milletlerarası sözleşmeler hukukuna ilişkin basit bir prensipier ve kurallar derlemesinden çok daha fazlasıdır.²⁰⁷

Doktrinde Prensipier'in milletlerarası bir konvansiyon olarak kabul edilmemiş olmasının hükümlerinin uygulanmasında taraf iradesinin rolünü arttırdığı²⁰⁸; milletlerarası konvansiyonların metinleri devletlerin kanun koyucuları açısından bir kanun teklifi olarak nitelendirilirse, UNIDROIT Prensipierleri'nin de milletlerarası ticari sözleşme taraflarına, hakim ve hakemlere yapılmış açık bir kanun teklifi olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir²⁰⁹.

1.3.5.2.3. Derleme ("*Restatement*") Niteliği

UNIDROIT Prensipierleri yukarıda da oluşum sürecinden kısaca bahsettiğimiz üzere kapsamlı bir mukayeseli hukuk çalışması sonucu hazırlanmış derleme

²⁰⁵ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 947.

²⁰⁶ The Secretariat of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) (1970). "Progressive Codification of the Law of International Trade", Yearbook of the U.N. Commission on International Trade Law, ss. 285-286; Farnsworth, a.g.m., s. 3.

²⁰⁷ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 949.

²⁰⁸ Arthur Rosett, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Commercial Contracts", The American Journal of Comparative Law, Cilt: 46, Sayı: 1, (1998), s. 349

²⁰⁹ Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipierleri, ss. 52-53.

niteliğinde *soft law* araçlarının en önemli örneğini oluşturan metindir²¹⁰. Borçlar Kanunu'nun "Umumi Hükümler" başlığını taşıyan birinci kısmına benzetilmektedir. Amacı, çoğunluğunu milli hukuk sistemlerinde ortak olarak kabul edilmiş olan prensiplerin oluşturduğu, tüm ticari sözleşmelere uygulanabilen, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını gözeten, tarafsız bir kurallar bütünü oluşturmaktır²¹¹.

Prensipler'in yapısı Amerika Birleşik Devletleri'nde federe devletlerin iç hukukunu yeknesaklaştırmak amacıyla kullanılan derleme tekniğine benzemektedir²¹². Temel bir kural veya prensip "*black letter law*" olarak formüle edilmiştir ve devamında kısa yorum benzeri açıklama ve örnekler yer almaktadır. Amerikan Restatement'tan farklı olarak ilgili kural veya prensibin dayandığı lafza ilişkin hukuki karşılaştırmaları belirten notlar yer almamaktadır. Prensipler'i yerel hukuk sistemlerinden bağımsızlaştırmak ve onların milletlerarası karakterini pekiştirmek amacıyla bu kısım kasıtlı olarak milli hukuk sistemlerine bırakılmıştır²¹³. Doktrinde ağırlıklı görüş UNIDROIT Prensipleri'nin, gelişime açık yapısını desteklemesi sebebiyle derleme tekniği ile hazırlanmasını yerinde bulurken²¹⁴, bazı görüşler konvansiyon olarak hazırlanması gerektiğini²¹⁵ ileri sürmektedir.

Lando, *soft law* niteliği olan UNIDROIT Prensipleri'nin daha sonra Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Küresel Kanun ("*Global Code of International Commercial Contracts*")'nun içeriğine dâhil edilecek ve mahkemeleri bağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesini, içeriğine de özel sözleşme tiplerine ilişkin bir bölüm eklenmesini önermektedir. Bu noktada da CISG'in menkul mal

²¹⁰ Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 382.

²¹¹ Michael Joachim Bonell, "Do We Need a Global Commercial Code?", Dickinson Law Review, Cilt: 122, Sayı: 1, (2017), s. 96.

²¹² Rosett, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Commercial Contracts", s. 355; Roy Goode, "International Restatements of Contract and English Contract Law", Uniform Law Review, Cilt: 2, Sayı: 2, (1997), s. 234; Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 382.

²¹³ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 946. Amerika Birleşik Devletleri'nde federe devletlerin iç hukukunu yeknesaklaştırmak amacıyla kullanılan derleme tekniğinin, bu alanda gösterdiği başarının UNIDROIT Prensipleri'nin de aynı teknikte hazırlanmasına vesile olduğu ileri sürülmektedir. Bkz.: L. Yves Fortier, "The New, New Lex Mercatoria, or, Back To The Future". Arbitration International, Cilt: 17, Sayı: 2, (2001), s. 125.

²¹⁴ Herbert Kronke, "UN Sales Convention, the UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond", Journal of Law & Commerce, Cilt: 25, (2005-2006), s. 458. Bonell, "Do We Need a Global Commercial Code?", ss. 96-97.

²¹⁵ Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 384.

satımına ilişkin düzenlemeleri de önemli bir rol oynayacaktır. Lando'ya göre resmî kodifikasyon prosedürüne dayalı olmadan kabul edilen kurallar ki bunlara Berger'in yavaş yavaş ("*creeping codification*")²¹⁶ ve informal kodifikasyonu da dâhil, CISG'in sağladığı gibi milletlerarası ticari ilişkilerde arzu edilen uygulama gücünü, öngörülebilirliği ve güvenilirliği sağlayamayacaktır. Bu sebepten Berger'in aksine "*Global Code*"un oluşturulmasını arzu ettiğini belirtmiştir²¹⁷.

UNIDROIT Prensipleri'nin derleme niteliğinde hazırlanmış olmasının amacı 1994 versiyonunun giriş bölümünde belirtilmiştir. İlgili açıklamaya göre konvansiyonlar ve model kanunlar devletlerden yeterli katılımı ve ilgiyi görmemeleri durumunda başta ölü doğmaktadırlar. Ancak derleme tekniği, devletlerin egemenliğine ve iradesine dayanmadığı için bu şekilde hazırlanan metinlerin akademik dünyada ve uygulamacılar arasında görece kabul, ikna edebilirliği ile doğru orantılı olmaktadır. Bu sebeple özel hukukun yeknesaklaştırılması yolunda daha fazla verim alınabilecek bir teknik olarak görüldüğü ifade edilmiştir²¹⁸. Öngörüldüğü üzere de UNIDROIT Prensipleri hem akademisyenler hem uygulamacılar tarafından büyük ilgi görmüştür ve özellikle milletlerarası tahkim alanında önemli bir kullanım alanına sahiptir. Milletlerarası ticari sözleşmelerin hukuki alt yapısını oluşturan dengeli kurallar bütünü olan UNIDROIT Prensipleri milletlerarası ticaret hukuku alanında önemli bir itibar kazanmıştır²¹⁹.

Yazım stili açısından UNIDROIT Prensipleri Kara Avrupası kanun metinlerine, Anglosakson kanun metinlerine oranla daha yakındır. Tarz olarak gelenekçilik ve

²¹⁶ "*Creeping codification*" kavramını Ayoğlu Türkçeye "*yavaş yavaş, adım adım kodifiye etme*" şeklinde çevirmiştir. Bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 312, dn. 1017.

²¹⁷ Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 385. Daha ayrıntılı açıklama için bkz.: Ole Lando, "A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles", Uniform Commercial Code Law Journal, Cilt 37, Sayı 2, 2004, s. 3 vd. Lando genel terimlerle sınırlandırılan prensiplerin, toplumsal değişikliklere karşı bağlayıcı hukuki düzenlemelere göre daha dayanıklı olabildiklerini, ancak sonsuza kadar yaşamayacaklarının kesin olduğunu; hukuki değerlerin bugün bize öyle görünmeseler bile zamanla değiştiklerini, bazılarının zamanla başka anlamlar yüklendiğini, bazılarının ise tamamen terkedildiklerini ifade etmiştir. Bkz.: Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 385.

²¹⁸ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, "Introduction", Rome, 1994, s. vii. Bkz.: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994/>. (Erişim tarihi: 10.09.2021). Ortak hukuk bilimi yaratma konusunda yapılması gerekenlere ilişkin bkz.: Oğuz, "Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi", ss. 48 vd.

²¹⁹ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, ss. 196-197.

yaratıcılığın bir birleşimi gibi ifade edilebilir. Hükümlerine baktığımızda Kara Avrupası sistemi açısından tanıdık ancak Anglosakson hukuk sistemi için çok yabancı olan hükümler bulunmakla birlikte, bunun tersine rastlanıldığı hatta bazı hükümlerin her iki hukuk ekolü açısından da yenilik arz ettiği söylenebilir. Bu açıdan da birçok milli hukuk sisteminin iç hukuk düzenlemelerine ilham vermiştir²²⁰.

Milletlerarası ticaret hukukunun yeni bir parçası olarak kabul edilen Prensipler, yayımlandıktan sonra birçok soru işaretinin ve tartışmanın fitilini ateşlemiştir. Prensipler'in hukuki niteliği, uygulanabilirliği ve milletlerarası hakemlerin kararlarına olan muhtemel etkileri bunlardan bazılarıdır²²¹. Prensipler'in lex mercatoria ile ilişkisi ve lex mercatoria'nın bir kaynağı olup olmadığı tartışmalarıyla süreç devam etmiştir.

1.3.5.2.4. UNIDROIT Prensipleri'nin Lex Mercatoria ile Bağlantısı

Modern lex mercatoria teorisi 1960'larda Goldman, Fouchard, Kahn ve Schmitthoff tarafından geliştirilmiştir. Bugün de sayısız yazar bu alanda eserler vermektedir. Bu teorinin gelişmesine katkıda bulunanların ortak görüşü sınır ötesi ticaretten doğan uyuşmazlıklara, ilgili ticari âdetlerin ve tarafların sözleşmesel koşullarının dikkate alındığı milletlerarası ticaret hukukunun genel prensipleri ve kurallarının uygulanması gerektiği yönündedir. Ayrıca bu yazarların çoğu sadece yasal içerik açısından bir konsensüsün oluştuğunu değil; aynı zamanda milletlerarası sözleşmesel uyuşmazlıkların ulusötesi doğasına uygun bir hukuk sisteminin oluşturulduğu ve geliştirildiğini fark etmişlerdir²²².

Milletlerarası ticaret hukuku alanında milli hukukların yetersizliğinin üstesinden gelmek Prensipler'in hazırlanmasının başlıca amacıydı. Bu idealde lex mercatoria'nın kodifikasyonuna ilişkin adımlar, Fransız Profesör René David'in ve Fransız delegasyonunun UNCITRAL'e milletlerarası ticaret hukukuna ilişkin bir çerçeve sözleşme hazırlanması talebinde bulunmasıyla bir anlamda zirve yapmıştır.

²²⁰ Michael Joachim Bonell, "The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the Unidroit Principles", *Uniform Law Review*, Cilt: 23, Sayı: 1, (2018), ss. 22-23.

²²¹ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 945; Michael Joachim Bonell, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?", *Tulane Law Review*, Cilt: 69, Sayı: 5, (1995), ss. 1122-1123.

²²² Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 950.

Milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırılması ve kodifiye edilmesi için getirilen bu öneri daha sonra reddedilmiştir. Birçok ülke bunu kendi hâkimiyet hakkının ihlali olarak görmüştür. Ancak bu konuda başlayan tartışmalar, UNIDROIT'nun uzun soluklu uğraşları sonucunda devletlerin egemenlik haklarını ihlal olarak nitelendirilemeyecek ve milletlerarası ticaret uygulamalarının da ihtiyaçlarını gözetecek şekilde bir uzlaşma yolu bulabilmesini sağlamıştır. Prensipler'in bu erken tarihi, onun *lex mercatoria*'nın bir parçası olduğunun ilk belirtisidir²²³.

Milletlerarası sözleşmeler hukuku alanında bir derleme hazırlanması ve *lex mercatoria* olarak bağımsız bir hukuk sisteminin geliştirilmeye çalışılması milletlerarası ticaret hukukuna olan yaklaşımın değiştiğinin önemli göstergeleri idi. Bunun bir sebebi de milletlerarası ticari işlemlerden doğan uyuşmazlıklara milli hukukların adil ve eşitlikçi çözümler getirme konusunda yetersiz olmasıydı. Bu aşamayla birlikte milletlerarası ticaret hukukunun birleştirilmesi ve uyumlaştırılmasına sadece devletlerin müzakeresine dayanan konvansiyonlar ve model kanunlarla çalışılması dönemi son bulmuştur. Bunun yerine bir anlamda milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırılması özelleştirilmiştir²²⁴.

Prensipler milletlerarası ticari uyuşmazlıklara *lex mercatoria*'nın uygulanmasını iki temel sebepten kolaylaştırmaktadır. İlk olarak Prensipler'in UNIDROIT Çalışma Grubu tarafından ilk defa derleme tekniği ile oluşturulması *lex mercatoria*'nın uygulamanın içinde yer aldığı bir göstergesidir. Bu, ulusötesi hukuk sistemlerini savunanlar açısından çok önemli bir husustur. Zira *lex mercatoria* doktrininin geçerliliğine getirilen en klasikleşmiş eleştiri kimsenin içeriğini netleştiremeyeceği ve milletlerarası uyuşmazlıklara bakan hakemlerin de böylesine karmaşık karşılaştırmalı hukuk araştırmasını yaparak *lex mercatoria*'nın içeriğini netleştirmeye vakitlerinin ve

²²³ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", ss. 958-960. Birçok hükmü birbirine benzer olan CISG'in, UNIDROIT Prensipleri'nin ve Avrupa Prensipleri'nin *lex mercatoria*'nın önemli kaynakları olduklarının artık çoğunlukla kabul edildiğine ilişkin bkz.: Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 382. UNIDROIT Prensipleri'nin tamamının, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün m. 38/ f. 1/ c'de bahsedilen "*uygar milletlerce kabul edilen hukukun genel prensipleri*" olarak nitelendirilsin veya nitelendirilmesin, hukukçu bilim insanlarının arabuluculuğunun bir ürünü olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Marrella, "Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law?", s. 78.

²²⁴ Ernst A. Kramer, Globalisierung der Wirtschaft-Internationalisierung des privaten Wirtschaftsrechts, 39, Österreichisches Bank Archiv, 1991, s. 625'den aktaran Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 951.

finansal kaynaklarının olmadığıdır²²⁵. Prensipler bu açıdan *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticari uyuşmazlıklara uygulanmasını kolaylaştırmıştır. Diğer önemli sebep de Prensipler'in hazırlanış süreci bunu gösteriyor ki ulusötesi kural ve prensiplerin desteklenmesi için karşılaştırmalı hukukta oybirliği mecburi değildir. Ulusötesi ticaret hukukunun metodolojik uygulanabilirlik imkânı sorununun varlığı sebebiyle *lex mercatoria*'nın uygulanmasının imkânsız olduğuna ilişkin teorik tartışmalarla karşı karşıya gelindiğinde bu iki önemli unsur bu argümanları bir anlamda etkisiz kılmaktadır²²⁶.

Doktrinde UNIDROIT Prensipleri'ni *lex mercatoria*'nın bir kaynağı kabul eden çok sayıda yazar olduğu gibi²²⁷ milletlerarası ticaret camiası ve hakemler tarafından kabul edildiği takdirde *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak nitelendirilebileceğini ifade eden yazarlar da vardır²²⁸.

Milletlerarası tahkim alanındaki içtihatlar gösteriyor ki Prensipler *lex mercatoria*'nın daha önceki kodifikasyon denemeleri ile aynı kaderi paylaşmamıştır²²⁹. Prensipler'in hazırlanmasının tarihsel sürecine baktığımızda *lex mercatoria* teorisi ile arasındaki bağlantının ne kadar güçlü olduğu anlaşılmaktadır. Prensipler kapsamında

²²⁵ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 977.

²²⁶ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", ss. 978-979.

²²⁷ Rosett, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Commercial Contracts", s. 354; Fortier, a.g.m., s. 125; Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 958; Lars Meyer, "Soft Law for Solid Contracts - A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization", *Denver Journal of International Law & Policy*, Cilt: 34, Sayı: 1, (2006), ss. 134-135; Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 203; Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 9; Arzu Oğuz, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*) – Unidroit İlkelerinin *Lex Mercatoria* Niteliği", s. 28.; Sülün Güçer "UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri", "UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 2, s. 170; Bonell *lex mercatoria*'nın kaynakları açısından geniş veya dar yaklaşıma göre bu konuya verilecek cevabın değişeceğini geniş yaklaşımın benimsenmesi hâlinde UNIDROIT Prensipleri'nin *lex mercatoria* kapsamında kabul edilmesinin tartışmasız olduğunu, dar yaklaşımın benimsenmesi hâlinde ise bunun zor olacağını ifade etmiştir. Michael Joachim Bonell, "The UNIDROIT Principles and Transnational Law". *Uniform Law Review*, Cilt: 5, Sayı: 2, (2000), ss. 199-200.

²²⁸ Bu görüş için bkz.: Hans van Houtte, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Arbitration International*, Cilt: 11, Sayı: 4, (1995) s. 382.

²²⁹ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 989.

yer alan prensip ve kurallar *lex mercatoria*'yı oluşturmaktadır²³⁰. Doktrinde Prensipler *lex mercatoria*'nın sistematik ve yazılı hale getirilmiş bir derlemesi olarak da ifade edilmektedir²³¹.

1.3.5.2.5. UNIDROIT Prensipleri'nin Önemi

UNIDROIT Prensipleri, bağlayıcı olmayan bir teknikle yapılmış olmasına rağmen hukuk düşüncesinin küreselleşmesi yönünde kayda değer bir adımdır²³². Gerçekten de Prensipler'in dünya sözleşmeler hukukunun gelişimine çok önemli katkıları olmuştur. Birçok ülkenin kanun koyucuları, kendi milli hukuklarında sözleşmeler hukuku alanında reform yaparken Prensipler'den kaynak olarak yararlanmışlardır²³³. Özellikle gerekli alt yapı ve birikime sahip olmayan ancak kendi hukuk sistemlerini milletlerarası ticaretin gereklerine ve milletlerarası sözleşmeler hukukuna uygun olarak düzenlemek isteyen devletler açısından Prensipler iyi bir temel görevi görmektedir²³⁴. Ayrıca Prensipler Lando Komisyonu'nun o dönem çalışmalarına önemli derecede katkı sağlamıştır²³⁵. Doktrinde Prensipler kapsamında yer alan terimlerin milletlerarası yeknesak nitelik taşıyan bir sözlük olarak benimsenmesinin, milletlerarası ticari sözleşmeler hukukunda kavram karmaşalarının ve yorum farklılıklarının engellenmesine hizmet edebileceği ifade edilmiştir.²³⁶

²³⁰ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 958.

²³¹ Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 20. UNIDROIT Prensipleri'nin yeni *lex mercatoria*'nın milletlerarası bir derlemesi olduğuna ilişkin bkz.: Marrella, "Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law?", s. 77.

²³² Joseph M. Perillo, "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review", Fordham Law Review, Cilt: 63, Sayı: 2, s. 282; Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 18.

²³³ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", ss. 18-19. Rusya Federasyonu Medeni Kanunu'nun hazırlanmasında model olarak Prensipler alınmıştır. Diğer örneklerden bahsedecek olursak 2001 yılında yürürlüğe giren Estonya Medeni Kanunu ve Litvanya Medeni Kanunu, 1996'da İskoçya'da yapılan kanun değişikliği, 2004 yılında İspanya Ticaret Kanunu'nda ticari sözleşmelerin genel hükümlerine ilişkin yapılan değişiklikler; Avrupa dışından bir örnek verecek olursak CISG ve Prensipler'den yararlanan 1999 yılında Çin sözleşmeler hukuku alanındaki değişiklikler sayılabilir. Bkz.: Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 19.

²³⁴ Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 27.

²³⁵ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 26.

²³⁶ Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 27.

Prensipier'in ulusötesi ticaret hukukuna önemli ölçüde katkıda bulunmasını sağlayan iki unsur vardır. Bunlardan biri UNIDROIT Çalışma Grubu'nun Prensipier'i hazırlarken izlediği metodolojik yaklaşım, diğeri de Prensipier'in yapısal oluşumudur. Özellikle genel prensipier ve kurallar arasındaki ilişkinin kurulumu bu açıdan çok önemli bir unsurdur²³⁷.

Dava sırasında davacı veya davalı taraf iddiasını güçlendirmek ve milletlerarası standartlara uygunluğunu ifade etmek için de Prensipier'e başvurabilmektedir. Daha da önemlisi sadece taraflar değil hâkimler ve hakemlerin de çeşitli durumlarda kararlarında Prensipier'e referans verdikleri görölmektedir²³⁸. Bazı milletlerarası tahkim kararları verilirken taraflarca uygulanacak hukuk olarak seşitlen milli hukukların milletlerarası alanda daha kabul görecek ve ekonomik anlamda daha makul olacak şekilde yorumlanmasında Prensipier'in belirli hükümlerinden yararlanılmaktadır²³⁹.

Doktrinde ICC Tahkim Kuralları uygulanarak verilen hakem kararları incelendiğinde lex mercatoria'nın kapsamının UNIDROIT Prensipier'i'ne yansıtılmış olduğu konusunda genel bir anlayışın olduğu ifade edilmiřtir²⁴⁰.

Prensipier'in doktrinde belirtilen başkaca kullanım alanları da mevcuttur. Buna göre Prensipier, tarafların aralarında akdedecekleri milletlerarası ticari sözleşmeler açısından bir rehber görevi görebilir. Zira hükümleri tarafsız ve kolay anlaşılır terim

²³⁷ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 962. Genel prensipier ve kurallar veya genel prensipier, kurallar ve standartlar arasındaki farklar hukuk kuramının ayrılmaz bir parçasıdır. Hukuk kaynakları doktrinine göre ("*doctrine of legal sources*") bütün bu terimler norm başlığı altında gruplandırılabilir. Hukuku uygulamak tek yönlü değil iki yönlü bir süreçtir. Bu süreç bir yandan genel prensipten spesifik uyuşmazlık konusu olaya doğru ilerler. Diğer yandan ise bilinen davalardan ve hukuki bakış açılarından genel prensiplere doğru gelir. Bu şekilde bütün hukuk kültürlerinde bir daire tamamlanır ve problemi tespit etme, prensipierleri oluşturma ve sistemi güçlendirme olarak süreç işler. Hukukun genel prensipierleri, spesifik bir olaya bir hukukun uygulanması ve sistemin oluşturulması arasındaki etkileşimin bir anlamda temelini teşkil eder. Bu da devamında bir kuralın türetilmesi ile sonuçlanabilir. UNIDROIT Prensipier'i kural ve genel prensip arasındaki bu diyalektiği kullanır. Bkz.: Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 973.

²³⁸ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 24.

²³⁹ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 982.

²⁴⁰ Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 12. ICC 7110 no'lu Karar için bkz.: ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 1999, s. 40-41. ICC 7375 no'lu karar için bkz.: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=625&step=FullText> (Erişim tarihi: 11.10.2021) ICC 8502 nolu Karar için bkz.: ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 1999, s. 72-73

ve kavramlardan oluşmaktadır ve pek çok dile de çevrilmiştir²⁴¹. Aşağıda daha ayrıntılı değineceğimiz diğer bir kullanım alanına ilişkin görüş de *lex causae* olarak tespit edilen milli hukuk sistemine ait hükümlerin bulunmasının çok zor veya imkânsız olduğu ya da bu uğraşla harcanacak zaman ve kaynaklar arasında açık bir orantısızlığın mevcut olduğu hallerde yine ilgili milli hukuk sistemi yerine UNIDROIT Prensipleri uygulanabileceğine ilişkindir²⁴². Ayrıca karşılaştırmalı hukuk açısından çok önemli bir eğitim kaynağı olarak da Prensipler'e başvurulabilir. Bütün bu uygulama alanlarının varlığı Prensipler'in hazırlanırken "tümünü yakala" ("*catch all*") yaklaşımının esas alındığını ortaya koymaktadır²⁴³.

1.3.5.3. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri

1.3.5.3.1. Tarihsel Süreç

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'nin (Avrupa Prensipleri) tarihinden bahsederken öncelikle Ole Lando'dan başlanması gerekmektedir. Zira 1976 yılında daha CISG hazırlanma aşamasındayken Floransa'da yeni kurulan Avrupa Üniversitesi Enstitüsü'nde ("*European University Institute*") bir sempozyum düzenlenmiş, Ole Lando ticaret hukukuna ilişkin Avrupa ülkeleri için yeknesak bir kod hazırlanması ("*European Uniform Commercial Code*") veya bu çok iddialı olacaksa sözleşmeler hukukuna ilişkin bir derleme düzenlenmesi önerisinde bulunmuştur. Yine Ole Lando'nun büyük emekleri sayesinde 1980'lerin başında Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonu ("*Commission on European Contract Law*"), ki "Lando Komisyonu" olarak da bilinir, kurulmuştur. Bu Komisyon, sonradan Avrupa Birliği'ni oluşturacak, o dönem Avrupa Cemiyeti'ne ("*European Community*") üye ülkelerden bir veya iki temsilciden oluşmuştur. Komisyon'a sürecin sonunda Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri olarak anılacak olan, derleme tekniğiyle kaleme alınmış düzenlemeyi hazırlama yetkisi verilmiştir. Başlangıçta Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda ve Birleşik Krallık'tan oluşan

²⁴¹ Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 28.

²⁴² Bonell, "The UNIDROIT Principles and Transnational Law". s. 212; Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 28.

²⁴³ Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s 28.

Komisyon'a 1987 yılında Portekiz ve İspanya, 1995'ten sonra da Avusturya, Finlandiya ve İsveç eklenmiştir²⁴⁴.

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri öncelikle ifaya, ifa etmemeye ve tazmine ilişkin kurallar getirmiş²⁴⁵ ve birinci kısım 1995'te, ikincisi 2000'de, sonuncusu ise 2003 yılında olmak üzere üç bölüm olarak yayınlanmıştır²⁴⁶.

1.3.5.3.2. İzlenen Yöntem ve Amaç

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri sistematik ve düzenli bir şekilde oluşturulmuş birçok maddeden, bölümden ve sözleşmeler hukukuna ilişkin başlıca bütün konuları kapsayan spesifik kurallardan oluşmaktadır. Herhangi bir mahkeme veya ülke için bağlayıcı değildir; Amerikan Restatement gibi *soft law* araçlarıdır. Bonell "Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri" başlığının yanıltıcı olduğunu ifade etmiştir. Avrupa Prensipleri'nin sadece genel prensiplerin derlenmesinden oluşan üstünkörü hazırlanmış bir çalışma olmadığını, Avrupa Prensipleri'nin hazırlanışında Avrupa dışındaki hukuk sistemlerinden ve en önemlisi CISG'den de yararlandığını ifade etmiştir²⁴⁷. Uygulama alanı UNIDROIT Prensipleri'nden farklı olarak sadece Avrupa Birliği üyesi ülkelerin arasındaki işlemlerle sınırlandırılmıştır²⁴⁸. Birkaç Avrupa ülkesinin ve özellikle Avrupa Birliği'ne yeni üye olan ülkelerin mevzuatını etkilemiştir²⁴⁹.

Avrupa Prensipleri'ni hazırlayan Çalışma Grubu, UNIDROIT Prensipleri'ni hazırlayan Çalışma Grubu gibi bir çeşit "kodifikasyon prosedürü" kabul etmiştir²⁵⁰.

²⁴⁴ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 10, dn. 42. UNIDROIT Prensipleri'ni ve Avrupa Prensipleri'ni hazırlayan çalışma grupları dünyanın her yerindeki hukuk sistemlerinden yararlanmışlardır. Bu düzenlemelerin hiçbiri başlangıç noktası veya yapısal olarak doğrudan herhangi bir hukuk sistemini veya geleneğini esas alarak oluşturulmamıştır. Bkz.: Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 381.

²⁴⁵ Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 381.

²⁴⁶ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 10.

²⁴⁷ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 10.

²⁴⁸ Meyer, a.g.m., s. 131.

²⁴⁹ Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 382.

²⁵⁰ Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ve UNIDROIT Prensipleri çalışma gruplarının izledikleri yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Meyer, a.g.m., ss. 131-132.

Kısaca bu prosedürü ifade etmek gerekirse: Her bölüm ve o bölümün alt başlıkları bir raportör tarafından hazırlanır. Bu raportör hazırlamış olduğu taslağı Çalışma Grubu'nun dört veya beş üyesine iletir ve gözden geçirilerek düzenlenmiş taslak daha sonrasında Genel Kurul'a sunularak üzerinde tartışılır²⁵¹.

Avrupa Prensipleri'nin hem kısa hem uzun vadeli iki temel amacı vardı. Kısa vadeli olan ilk amacı bir an önce tarafların sözleşmelerini hazırlarken yararlanmaları, mahkemelerin ve hakem heyetlerinin sözleşmesel uyuşmazlıklara ilişkin karar verirken ve kanun koyucuların sözleşmesel kuralları belirlerken başvurmalarıydı; uzun vadeli amacı ise Avrupa Birliği'nde sözleşmeler hukuku alanında uyumlaştırmayı sağlamasıydı. Ancak Bonell, Avrupa Prensipleri'nin potansiyelini uygulamada tam anlamıyla gerçekleştiremediğini ve nihayetinde çok değerli de olsa bir akademik çalışma olarak kaldığını belirtmiştir²⁵².

1.3.5.3.3. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'nin Önemi

UNIDROIT Prensipleri'nin yayınlanmasının ardından Lando Komisyonu'nun Mayıs 1995'te Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'ni yayınlaması artık hukuk kuralları ve prensiplerinin ulusötesi kuralların içeriğine dair genel kanıları yansıtan dağınık kurallar topluluğu olmaktan çok daha öte, *“tamamen yapılandırılmış ve geliştirilmiş bir hukuk sistemi”* olduklarını ortaya koymaktadır. UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri milletlerarası ticaret hukuku alanında lex mercatoria'ya yaklaşımı da çok önemli bir şekilde değiştirmiştir. Lex mercatoria'nın kuramsal meşruiyeti artık bir tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Lex mercatoria bugün ticari ve hukuki bir gerçekliktir. UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa

²⁵¹ UNIDROIT Çalışma Grubu'nda da bir raportör ilgili bölümün veya alt başlıklarının taslağını hazırlayıp Çalışma Grubu'na sunar. Birkaç kez daha ek okuma yapıldıktan sonra Yönetim Konseyi'ne taslağın son hali sunulur. Burada da taslağın hükümleri tartışılır ve gereken değişiklikler yapılarak taslak kabul edilir. Bkz.: Lando, “CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law”, s. 380.

²⁵² Bonell, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, ss. 10-11. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'ne milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda başvurunun çok sınırlı kaldığına ve yaygınlaşması için hala biraz zamana ihtiyacı olduğuna dair bkz.: Zeynep Derya Tarman, “Non-national Rules in the Arbitration of Commercial Contracts”, ed. Francisco de Elizalde, Uniform Rules for European Contract Law?: A Critical Assessment, Londra, Hart Publishing, 2018, s. 79.

Sözleşmeler Hukuku Prensipleri²⁵³ ticaret hukukuna ilişkin ulusötesi hukuk sistemi doktrinine, *lex mercatoria*'ya, geçmiş on yılların en büyük katkısını sunmuşlardır²⁵⁴.

1.3.5.4. TRANS-LEX Veri Tabanı

1960'lı yıllarda *lex mercatoria*'nın “yeniden keşfi” ile birlikte bu doktrinin teorik ve metodolojik geçerliliğine ilişkin tartışmalar yoğunlaşmıştır. Bir anlamda kısır bir döngüye girmiştir. Ulusötesi ticaret hukukunu bu tartışmaların domine etmesi uygulamacıları *lex mercatoria*'yı milletlerarası ticari uyuşmazlıklara uygularken yararlanacakları kaynaklar, esas alacakları kurallar ve prensiplerin tespit edilmesi noktasında yalnızlaştırmıştır²⁵⁵.

Berger'e göre Mustill tarafından hazırlanan liste *lex mercatoria*'nın kapsamını sunmayı hedeflememiştir. Ancak buna ilişkin önemli değerlendirmelerin yapılabilmesi için bir zemin hazırlamıştır²⁵⁶.

Fortier ulusötesi hukukun içeriğini tespit etmede yaşanan zorlukların *lex mercatoria*'nın uygulanabilirliğini tartışmalı hale getirdiğini ifade etmiştir²⁵⁷. Aslında tam da bu tartışmalı olan hususa bir açıklık getirmek ve ulusötesi ticaret hukuku teorisi ve milletlerarası uygulamayı birbiri ile bağdaştırmak amacıyla CENTRAL tarafından Trans-Lex Veri Tabanı hazırlanmıştır. Hem uygulamacılar hem akademisyenler için internet aracılığıyla ulaşılabilen ulusötesi ticaret hukukuna ilişkin bir bilgi kaynağı oluşturulmuştur²⁵⁸.

Berger'e göre Trans- Lex Veri Tabanı'nın hazırlanması yeni ve pragmatik bir yaklaşımın benimsenmesinin göstergesidir. Bu yaklaşım milletlerarası ticaret hukukunun ulusötesileşmesi konusundaki süregelen tartışmalara zemin hazırlamıştır.

²⁵³ Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ve UNIDROIT Prensipleri'nin metodoloji, hukuki nitelik, yapı ve dil, uygulanabilirlik ve kapsam açısından karşılaştırmalı ayrıntılı incelemesi için bkz.: Meyer, a.g.m., ss. 131 vd.

²⁵⁴ Berger, “The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, ss. 987-990. Aynı yönde bkz.: Lando, “CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law”, s. 382.

²⁵⁵ Klaus Peter Berger, “*Lex Mercatoria* Online: The Central Transnational Law Database”, Arbitration International, Cilt: 18, Sayı:1, (2002), s. 83.

²⁵⁶ Berger, “*Lex Mercatoria* Online: The Central Transnational Law Database”, s. 87, dn. 24.

²⁵⁷ Fortier, a.g.m., s. 124.

²⁵⁸ Berger, “*Lex Mercatoria* Online: The Central Transnational Law Database”, s. 84.

Zira bu alandaki ilk önemli adım UNIDROIT Prensipleri'nin Mayıs 1996'da yayınlanmasıdır. UNIDROIT Çalışma Grubu ulusötesi ticaret hukukunun geçerliliğine ilişkin teorik tartışmalardan uzak bir şekilde pragmatik bir bakış açısıyla hazırlanmıştır. Aynı pragmatik yaklaşım Lando Komisyonu tarafından hazırlanan Avrupa Prensipleri'nde de benimsenmiştir²⁵⁹.

Berger, hazırlamış olduğu liste sisteminin metodolojik temelini “ulusötesi hukukun yavaş yavaş kodifiye edilmesi” (“*creeping codification of transnational law*”) olarak ifade etmiştir. Yazar bu sistemin üç temel önermeye dayandığını belirtmektedir. Bunlardan ilki *lex mercatoria*'nın açık, esnek ve resmî olmayan karakterini yansıtan bir kodifikasyon tekniğine ihtiyaç duyuyor olması; ikincisi ulusötesi ticaret hukukunun her an ve dünyanın her yerinden hızlı ve kolay ulaşılabilmesine imkan sağlayan bir kodifikasyon metoduna gereksinimi olması; sonuncusu ise kodifikasyon metodunun başvurulabilecek geniş kapsamlı bir hakem kararı içtihadı ve *lex mercatoria*'nın “toplum mühendisleri” olarak milletlerarası kanun yapma uygulamasını içermesi gerektiğidir²⁶⁰.

Ulusötesi hukukun yavaş yavaş kodifiye edilmesi sisteminde *lex mercatoria*'nın prensip ve kurallarının açık liste şeklinde kullanıma sunulması söz konusudur. UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Prensipleri'nden farklı olarak listenin içeriği milletlerarası ticari sözleşmeler hukuku ile sınırlı değildir. Daha çok milletlerarası tahkim uygulaması esas alınarak, bu alanda önemsenen kurallar çerçevesinde listenin kapsamı tespit edilmiştir. Bu sebeple de milletlerarası şirketler hukuku, kanunlar ihtilafı kuralları, deliller, kamulaştırmaya ilişkin milletlerarası hukuk ve genel olarak tahkim hukuku gibi alanlara ilişkin kural ve prensiplere de yer verilmiştir. Ancak aynı zamanda belirtmek gerekir ki açık liste sistemi ile *lex mercatoria*'nın kodifiye edilerek ulusötesi ticaret hukukuna ilişkin kural ve prensiplerin oluşturulması, derleme tekniği ile hazırlanmış milletlerarası sözleşmeler hukuku düzenlemelerinin yerine geçmez. Her ikisinin de farklı hedefleri vardır. Derleme tekniği ile hazırlanmış düzenlemeler Berger'in ifadesiyle “*sadece listenin genişletilmesi ve geliştirilmesi için önemli bir başlangıç noktası ve teşvik sağlamaktadır*”²⁶¹.

²⁵⁹ Berger, “*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*”, s. 84.

²⁶⁰ Berger, “*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*”, ss. 85-86.

²⁶¹ Berger, , “*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*”, ss. 86-67.

Gaillard liste sisteminin hakem heyetinin *lex mercatoria* olarak uygulayacağı normu belirleme için yapacağı karşılaştırmalı hukuk çalışmasında yardımcı kaynak olabileceğini belirtmiştir²⁶².

Milletlerarası Ticaret Odası'nın bazı hakem kararlarında hakemler milletlerarası ticaret hukukuna ilişkin prensip ve kuralların tek bir kitapta bulunamamasının bir sorun olduğunu belirtmişlerdir²⁶³. Berger liste sistemi ile bu ihtiyacın karşılanabildiğini ifade etmiştir²⁶⁴.

Doktrinde Berger'in Trans Lex Veri Tabanı ile ulusötesi hukuka katkısının tartışmasız çok önemli olduğu ve listenin kendisinden ziyade esas alınan tekniğin bu kapsamda listenin açık uçlu olması ve sürekli güncellenmesinin *lex mercatoria*'ya katkısının daha dikkat çekici olduğu ifade edilmiştir²⁶⁵.

Berger yapılan araştırmaların esnek olmayan, kalıplaşmış ve önceden belirlenmiş sistemlerin *lex mercatoria* doktrinin gelişmesi için neredeyse hiç alan bırakmadığını gösterdiğini belirtmiştir. Liste sisteminde ise liste aslında hiçbir zaman tamamlanmamakta ve kapatılmamaktadır. Hatta başlarda listede yer almayan bir prensip veya kural, uygulamada karşılaşılan hukuki meselelerin çözümüne dair daha sonra listede yer alabilmektedir. Berger UNIDROIT Çalışma Grubu ve Lando Komisyonu'nun daha biçimsel ve bir noktada bitirilen diğer bir ifadeyle sonu gelen kodifikasyon yaklaşımı ile karşılaştırıldığında liste sisteminin daha avantajlı olduğunu ileri sürmüştür. Yazar'a göre liste tekniği *lex mercatoria*'nın teleolojik gelişimi açısından da ona gerekli alanı bırakmaktadır²⁶⁶.

Berger'e göre interneti ulusötesi ticaret hukuku açısından dünya çapında bir arşiv olarak kullanmak; bir yandan milletlerarası ticaretin her an değişen doğasına ayak uydurmamızı sağlıyor, bir yandan da esnek ve uygulanması kolay elektronik bir sistemin içinde listenin oluşturulmasına hizmet ediyor²⁶⁷. Yazar bu sistemin aynı

²⁶² Emmanuel Gaillard, "Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?". *Arbitration International*, Cilt: 17, Sayı: 1, ss. 64-65.

²⁶³ Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı'nın kararı için bkz.: ICC Karar No.: 5953 bkz.: *Journal du Droit International*, 1990, s. 1060'tan aktaran Berger, "*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*", s. 87, dn. 56.

²⁶⁴ Berger, "*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*", s. 87.

²⁶⁵ Fortier, a.g.m., s. 127.

²⁶⁶ Berger, "*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*", ss. 88-89.

²⁶⁷ Berger, "*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*", s. 89.

zamanda, Fortier'in milletlerarası ticarete ve özellikle e-ticarete ayak uydurmanın gerektirdiği açıklığı ve esnekliği sürdürebilecek bir kurumsal sistemin oluşturulmasının mümkün olup olmadığı konusundaki endişelerine²⁶⁸ de bir cevap niteliğinde olduğunu ifade etmektedir²⁶⁹.

Trans-Lex Veri Tabanı'nın temel amacı ulusötesi ticaret hukukunun içeriğine dair bilgiyi dünya çapında yaygınlaştırmaktır. Zira ulusötesi ticaret hukukunun içeriğinin ulaşılabilir olmaması, milletlerarası ticaret hukuku alanında çalışan uygulamacıların en fazla zorluk yaşadığı hususlardan biri olarak bilinmektedir. Ulusötesi ticaret hukukuna ilişkin prensip ve kuralların neler olduğunun tahkim yargılaması sırasında veya sözleşme müzakerelerinde tespit etmeye çalışmak sadece tek tarafın değil her iki tarafın da bu alanda önemli derecede bilgiye sahip olmasını gerektirmektedir²⁷⁰.

Trans-Lex Veri Tabanı fazlaca zaman ve para kaybına sebep olan lex mercatoria'nın içeriğini belirlemek için yapılan karşılaştırmalı hukuk araştırmasını ortadan kaldırmaya yardımcı olmaktadır. Ayrıca milletlerarası konvansiyonların ve benzeri yeknesak hukuk düzenlemelerinin yorumlanmasında ve boşluklarının doldurulmasında rol oynamaktadır. Trans-Lex Veri Tabanı milli hukukların milletlerarası uyumsuzluklara uygun olarak revize edilmesine vesile olmuş; politika, ekonomi ve sosyoloji gibi diğer bilim dalları açısından da ulusötesi hukuk hakkında yararlanılabilecek bir bilgi kaynağı konumuna gelmiştir.²⁷¹

Berger'e göre Trans Lex Veri Tabanı ulusötesi ticaret hukukunun işlevsel, pratik, esnek ve uyum sağlayabilen bir kodifikasyon tekniği ihtiyacını karşılamaya çalışmaktadır; diğer bir ifadeyle "*Gordion düğümünü çözmek için çabalamaktadır*". İnternet de bu açıdan lex mercatoria'nın doğasına uygun olarak ulusötesi ticaret hukukuna ilişkin prensip ve kuralların hiç tamamlanmayan açık liste hâlinde yayınlanmasına ve böylece dünya çapında bir arşiv oluşturulmasına hizmet etmektedir²⁷². Radbruch'ın dediği gibi diğer bütün hukuk alanlarının ötesinde ticaret

²⁶⁸ Fortier'in bu görüşü için bkz.: Fortier, a.g.m., s. 126.

²⁶⁹ Berger, "*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*", s. 89, dn. 35.

²⁷⁰ Berger, "*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*", s. 90.

²⁷¹ Berger, "*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*", ss. 90- 91.

²⁷² Berger, "*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*", s. 94.

hukuku, kâğıt üzerinde değil yaşayan bir hukuktur ve dolayısıyla hukukun uygulamasından doğar²⁷³.

1.3.6. Konvansiyonlar

Konvansiyonların *lex mercatoria*'nın bir kaynağı olduğu konusunda şüphe yoktur²⁷⁴. Ancak bazı görüşler konvansiyonların taraf devletlerin iç hukukunun bir parçası olarak uygulanıyor olmasının *lex mercatoria*'nın bir kaynağı olarak nitelendirilmelerine engel olabileceğini ifade etmektedir²⁷⁵. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Kanaatimizce konvansiyonların onaylayan devletin iç hukukunun bir parçası olarak milletlerarası ticari bir sözleşmeye uygulanması ayrı; *lex causae*'nin taraf devlet hukuku olmadığı hallerde “*uyuşmazlığın niteliğine en uygun norm*”²⁷⁶ olarak uygulanması ayrı bir durumdur. Konvansiyon hükümleri sadece taraf devletin iç hukuk sıfatıyla uygulanmak zorunda değildir. *Lex mercatoria* olarak da uyuşmazlığın esasına uygulanabilirler. Zira konvansiyonlar ilgili oldukları alanda milletlerarası ticaretin genel kabulünü yansıtmaları sebebiyle *lex mercatoria*'nın önemli bir kaynağını teşkil ederler²⁷⁷.

²⁷³ Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (1958), s. 113'ten aktaran Berger, “*Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database*”, s. 94.

²⁷⁴ Lando, “*CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*”, s. 382; Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 176; Loukas Mistelis, “*Is Harmonisation a Necessary Evil? - The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law*”, ed. Ian Fletcher, Loukas Mistelis, Marise Cremona, *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, Londra, Sweet & Maxwells, 2001, s. 12. Devletler tarafından çok taraflı milletlerarası sözleşmelerin kabulünü ve devletlerce kabul edilebilecek model kanunların hazırlanmasını kapsayan “milletlerarası mevzuat” olarak ifade edilebilecek terimin *lex mercatoria*'nın bir kaynağı olduğuna ilişkin bkz.: Schmitthoff, “*The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation*”, s. 149.

²⁷⁵ Ramazan Durgut, “*Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması*”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 25 (1-2), 2005, s. 112.: Bu görüşlerin ortak özelliğinin *lex mercatoria*'yı sadece milletlerarası ticari örf ve âdete dayandırmaları olduğuna ilişkin bkz.: Lale Ayhan İzmirli, “*Lex Mercatoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, *MHB*, Cilt: 37, Sayı: 2, (2017), s. 178, dn. 42.

²⁷⁶ Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 176.

²⁷⁷ Katılmış olduğumuz bu görüş için bkz.: Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 176. Aynı yönde bkz.: Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, s. 32. Milletlerarası sözleşmelerin maddi özel hukuku düzenledikleri ölçüde *lex mercatoria*'nın bir kaynağı teşkil ettiklerine yönelik görüş için bkz.: Oğuz, “*Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği*”, s. 25.

Milletlerarası Tahkim Divanı'nın 8502 sayılı kararına konu uyuşmazlıkta hakem heyeti, ilgili sözleşme doğrudan CISG'in uygulama alanına girmiyor olmasına rağmen INCOTERM 1990 ve UCP 500'nin boşluklarını CISG hükümleri ile doldurmuştur. Karar'da CISG'de yer hükümlerin milletlerarası ticarete yaygın olarak kabul edilen ticari âdetleri ve kuralları yansıttığı belirtilmiştir²⁷⁸.

Her ne kadar doktrinde milletlerarası ticaret kanunu niteliğinde bir konvansiyon hazırlanması gerektiği, hâlihazırda var olan konvansiyonların milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılamadığı yönünde görüşler olsa da²⁷⁹ bugün milletlerarası ticarete yön veren çok sayıda konvansiyon vardır. Bunlardan bazılarını CISG, Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR)²⁸⁰, Deniz Yoluyla Eşya Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (Hamburg Kuralları)²⁸¹, Uluslararası Demiryolu Taşımlarına İlişkin Sözleşme (COTIF)²⁸², Uluslararası Hava Taşımlarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme (Varşova Sözleşmesi)²⁸³ olarak sayabiliriz. Aşağıda bugün milletlerarası satım hukukunu yöneten 94 ülkenin²⁸⁴ taraf olduğu, *lex mercatoria*'nın diğer kaynakları açısından da ayrı bir öneme sahip olan CISG konusunda kısa bir bilgi vermeyi gerekli bulmaktayız.

Milletlerarası ticari uyuşmazlıklara hangi hukukların uygulanacağı konusunun yol açtığı belirsizliği gidermek amacıyla dünya hukuklarını yeknesaklaştırmak ve uyumlaştırmak için girişimlerde bulunulmuştur. Bu açıdan en önemli başarı UNCITRAL tarafından düzenlenen ve Nisan 1980 tarihindeki diplomatik konferansta kabul edilen CISG'dir²⁸⁵.

²⁷⁸ ICC Karar No. 8502, International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 1999, s. 72-73.

²⁷⁹ Devletlerin katılım konusunda isteksiz olmalarının konvansiyonların başarılı olma ihtimallerini zayıflattığına; değişen koşullara uyarlanmalarının zor bir prosedür gerektirdiğine ilişkin bkz.: Tolga Ayoğlu, "Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria", içinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiyyörük, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 33.

²⁸⁰ RG Tarih: 4.10.1995, RG Sayı: 22161.

²⁸¹ Türkiye Deniz Yoluyla Eşya Taşınmasına İlişkin Konvansiyon'a (Hamburg Kuralları) taraf değildir.

²⁸² RG Tarih: 27.3.1985, RG Sayı: 18707.

²⁸³ RG Tarih: 3.12.1977, RG Sayı: 16128.

²⁸⁴ Üye devletler için bkz.: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status (Erişim tarihi: 08.11.2021)

²⁸⁵ Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 379. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın hazırlanma süreci uzun sürmüştür. UNIDROIT daha yeni bir oluşumken 1929 yılında Ernst Rabel bir Yeknesak Satış Hukuku ("*Uniform Sales Law*") oluşturmayı kurumun çalışma planına dâhil etmek için öneride bulunmuştur. Bu bağlamda CISG'in ilk hazırlık çalışmalarının 1930 yılında

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması 1980 yılında Viyana'daki Diplomatik Konferans'ta altmış iki ülke delegesinin ve sekiz milletlerarası organizasyonun temsilcisinin katılımıyla kabul edilmiştir. O dönemde Soğuk Savaş hala etkisini göstermekte olduğu için sadece sosyalist ülkeler değil, gelişmekte olan ülkelerde de daha merkezileşmiş bir ekonomi ve ticaret politikası sürdürülmekteydi. Bu sebeple oldukça sıra dışı bir girişim olarak değerlendirilen Viyana Diplomatik Konferansı'na katılan ülkelerin çoğu batı yarımküre ülkesiydi. Bunların bir kısmı “*common law*”, bir kısmı “*civil law*” hukuk sistemine tabi ülkelerdi. Ayrıca Doğu veya Komünist Blok olarak ifade edilen ülkelerden çok sayıda ve üçüncü dünya ülkesi olarak kabul edilen tarafsız ülkelerden ise sayısız temsilci katılmıştı²⁸⁶. Hazırlığı UNCITRAL tarafından yapılmış olan CISG, böylesine jeopolitik farklılığın bir araya gelmesi sonucu oybirliği ile kabul edilmiştir²⁸⁷. Ticaret hacimleri en yüksek olan ABD, Japonya, Hindistan, Rusya, Çin gibi ülkelerin de CISG'e taraf olduğunu düşündüğümüzde menkul malların ithalat ve ihracatının çoğunun aynı kurallara tabi olarak yapıldığı söylenebilecektir²⁸⁸.

Hukuki gelenekler ve sosyoekonomik yapılar açısından devletlerin aralarındaki önemli farklılıklardan ötürü müzakereler sırasında bazı konular CISG'in kapsamı dışında bırakılmıştır. Tüketici sözleşmeleri, menkul kıymetlerin satışları, para satımı, gemi, hava taşıtı satımı gibi hususlar kapsam dışı bırakılırken; normal bir satış

yapıldığı söylenebilir. Çalışma İkinci Dünya Savaşı sebebiyle sekteye uğramış, ancak savaş bittikten sonra tekrar devam edilmiştir. 1964 yılındaki Lahey Konferansı'nda “*Uniform Law of the International Sale of Goods*” (ULIS) ve “*Uniform Law on the Formation of International Sale of Goods*” (ULFIS) kabul edilmiştir. Sadece dokuz devlet tarafından onaylandığı (ki bu devletler daha sonra CISG'ı kabul ederek bu düzenlemelere tabi olmaktan çıkmışlardır) ve bu devletlerin de çoğunun Avrupa devleti olduğu dikkate alınacak olursa, bu açıdan bu iki düzenlemenin de çok başarılı olmadığını söyleyebiliriz. Ayrıca iki düzenleme de modern ticaret hukukunun ihtiyaçlarını karşılamadığı ve daha çok Roma hukuk geleneğine dayandığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir. Yine de belirtmek gerekir ki bu iki düzenleme de 1972 yılından 1990 yılına kadar yürürlükte kalmış, bazı devletlerin kanun koyucuları açısından sözleşmeler hukukuna ilişkin düzenlemeler yapılırken model olarak alınmışlardır. Bkz.: Lando, “CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law”, ss. 379-380.

²⁸⁶ Larry A. DiMatteo, Daniel T. Ostas, “Comparative Efficiency in International Sales Law”, *American University International Law Review*, Cilt 26, Sayı 2, (2011), s. 374.

²⁸⁷ Bonell, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, s. 2-3. Antlaşmanın dünya üzerinde egemen olan *common law* ve *civil law* hukuk sistemlerinin enteresan bir karışımı olduğu yönünde bkz.: DiMatteo, Ostas, a.g.m., s. 372.

²⁸⁸ Aynı yönde bkz.: Zeynep Derya Tarman, *Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak* (CISG'in Uygulama Alanı), İstanbul, Beta, 2015, ss. 10-11. Dünya ticaretinde önde gelen ilk on ülkenin dokuzunun CISG'a taraf olduğuna, dünya ticaret hacminin %78'inin CISG'a taraf ülkelere yapıldığına ilişkin bkz.: Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, “The CISG- Successes And Pitfalls”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 57, Sayı: 2, (2009), s. 457.

sözleşmesine ilişkin birçok önemli hususa da yer verilmemiştir²⁸⁹. Bütün bu uzun ve meşakkatli süreçler ve oluşumlar aslında CISG'in daha iyi bir düzenleme olarak ortaya çıkmasına ve başarılı olmasına katkı sağlamıştır. Yüzlerce mahkeme ve tahkim kararına konu olmuş, bütün dünyada avukatlar ve iş insanlarının aşına olduğu bir antlaşma haline gelmiştir²⁹⁰.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın etkisi sadece milletlerarası menkul mal satışına ilişkin sözleşmelere uygulanmasıyla kalmamıştır. Birçok ülkenin kendi milli hukukundaki reformlar için model olarak alınmıştır²⁹¹. Çoğu hükmü genel anlamda sözleşmelere de uygulanmaya münasip olduğu için 1980'ler civarı sözleşmeler hukukunun genel prensiplerine ilişkin taslak hazırlamaya başlayan iki çalışma grubuna da büyük kolaylık sağlamıştır. Bu çalışma gruplarından bir tanesi dünyanın her tarafından gelen kişilerce oluşturulmuş olan UNIDROIT Prensipleri'ni hazırlayan grup, diğeri ise Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'ni (PECL) hazırlayan gruptur²⁹².

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması UNIDROIT'yi, Prensipler'in hazırlanması gibi önemli bir projeyi başlatma konusunda da harekete geçirmiştir. Diğer bir ifadeyle dünya çapında milletlerarası satış hukukunun yeknesaklaştırılmasına ilişkin böylesine bir konsensüs oluşmuş olmasaydı milletlerarası sözleşmeler hukukuna ilişkin bu önemde bir girişim düşünülemezdi. Ayrıca CISG'in Prensipler açısından diğer bir önemi de CISG, taraf

²⁸⁹ Bkz.: Stefan Kröll, "Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application", *Journal of Law and Commerce*, Cilt 25 (2005-2006), ss. 54 vd. Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 3; DiMatteo, Ostas, a.g.m., s. 372. Bazı konular kapsam dışı bırakılmış ve satış sözleşmelerine ilişkin bazı önemli konulara yer verilmemiş olsa da Bonell, CISG'in milletlerarası satış sözleşmelerine en değerli ve yenilikçi normatif rejimi sağladığını ifade etmektedir. Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 4.

²⁹⁰ Schwenger/Hachem, a.g.m., s. 458 ve s. 463 ; Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 380. CISG'in günümüzde milletlerarası sözleşmeler hukukunun yeknesaklaştırılması uğraşlarının "en gözde meyvesi" ve arzu edilen amaca ulaşılmasını sağlayabilecek en değerli çalışma olduğuna, hakkında yapılan akademik çalışmaların sayısı ile mahkeme ve hakem kararlarında uygulanması açısından benzersiz olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Apaydın, a.g.m., s. 205. CISG'in Türkiye açısından önemine ilişkin bkz.: Tarman, *Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'in Uygulama Alanı)*, s. 12 vd.

²⁹¹ Schwenger, Hachem, a.g.m., s. 462; Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 5.

²⁹² Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 380. Aynı yönde bkz.: Tarman, *Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'in Uygulama Alanı)*, s. 11. Her iki çalışma grubunun çoğu üyesi bağımsız akademisyenlerdir. Bkz.: Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", s. 380.

olan ülkeleri bağlayıcı bir konvansiyon olarak bu açıdan başarılabilir ve varılabilir son noktaydı. UNIDROIT ise bu deneyimdeki süreci temel olarak bağlayıcı nitelikte olmayan, derleme tekniği ile hazırlanmış bir milletlerarası sözleşmeler hukuku ve uygulaması oluşturmayı amaçlamıştır²⁹³.

1.3.7. Yeknesak Kurallar

1.3.7.1. Genel Bilgi

Yeknesak kurallar model sözleşmelerle benzerlik göstermekle birlikte onlardan farklı olarak sözleşmenin bir parçasını oluştururlar ve uygulanabilmeleri için “*incorporation*” yoluyla sözleşmeye dâhil edilmeleri gerekir. Bu kurallar belirli hukuki konulara ilişkin çözüm getirmeyi amaçlarlar. Bu konularla ilgili milletlerarası ticarete kabul gören, uyumsuzluğun tarafları açısından dengeli kurallar bütünü olarak ifade edilebilirler²⁹⁴.

Milletlerarası Ticaret Odası yeknesak nitelikte kuralların hazırlanmasına öncülük etmektedir. Aynı zamanda Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu ve Asya Pasifik Ekonomik Komisyonu da bu yönde çeşitli çalışmalar yapmaktadır. Deniz ticaret hukuku açısından avarya hesaplama yöntemine ilişkin olarak hazırlanan York Anvers Kuralları da bu alandaki yeknesak kurallara örnek olarak belirtilebilir²⁹⁵.

Yeknesak kuralların *lex mercatoria*'nın kaynaklarından biri olarak sayılabilmesinin koşulu bu kuralların milletlerarası ticaret uygulamasındaki kullanım yaygınlığıdır. Bu kurallar ancak önemli ölçüde ilgi görüp uygulama alanı bulabilirlerse bir ticari âdet olarak *lex mercatoria* kapsamında kabul edilebilirler. Bu sebeple de ICC tarafından hazırlanan yeknesak kuralların *lex mercatoria*'nın kaynaklarından biri

²⁹³ Bonell, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, s. 16. Lando'ya göre CISG sözleşmeler hukukunun uyumlaştırılması yolunun bir anlamda kapısını açmış, UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ile birlikte gelecekteki Dünya Sözleşmeler Hukuku için bir model oluşturmuştur. Hızla büyüyen dünya ticaretinin Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Küresel Kanun “*Global Code of International Commercial Contracts*”a ihtiyacı vardır. Bkz.: Lando, “CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law”, s. 401.

²⁹⁴ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 316.

²⁹⁵ Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 8.

olduğunun net olarak ifade edilebilmelerinin sebebi, dünya çapında büyük bir ilgiye ve kullanım alanına sahip olmalarıdır²⁹⁶. Bu yeknesak kurallar: INCOTERMS (“*International Commercial Terms*”), Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları (“*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*”- UCP 600), Vesaik Mukabili Ödeme İşlemlerine İlişkin Tahsiller İçin Yeknesak Kurallar (“*Uniform Rules for Collections*”- URC 522), Akdi Teminatlara İlişkin Yeknesak Kurallar (“*Uniform Rules for Demand Guarantees*”- URDG), Forfaitinge İlişkin Yeknesak Kurallar (“*Uniform Rules for Forfaiting*”- URF 800) ve Banka Ödeme Yükümlülüğüne İlişkin Yeknesak Kurallar (“*Uniform Rules for Bank Payment Obligation*”)’dır. Bu yeknesak kurallardan INCOTERMS ve Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları milletlerarası ticaret uygulamasında çok yaygın kullanılmakta olduğu için bunları çalışmamızda ayrı bir başlık altında inceledik.

1.3.7.2. INCOTERMS

1.3.7.2.1. Amacı ve Kapsamı

Milletlerarası satım sözleşmelerinde tarafların işyerleri çoğunlukla farklı ülkelerde bulunur ve farklı hukuk sistemlerine tabidirler. Taraflar aralarındaki sözleşmenin içeriğini sözleşme serbestisi ilkesine dayanarak düzenlerken yabancılık unsurunun varlığı, yorum ve uygulama farklarına yol açabilmektedir. Devletlerin hukuk sistemlerinde milletlerarası ticari terimlerin anlam ve içerikleri farklılık gösterebilmektedir. Hatta bazı devletlerde ağırlık, uzunluk gibi özellikler bile farklı sistemlere bağlı olabilmektedir. Bu anlam ve yorum karışıklığı tarafların yapmış oldukları sözleşmeyi daha karmaşık ve anlaşılması kolay olmayan bir milletlerarası ticari sözleşmeye dönüştürecektir ki bu da tarafların menfaatine ve milletlerarası ticaretin doğasına uygun olmayacaktır. Zira ticari terimler belirsizlikten uzak, tarafları bu konuda ayrıntılı sözleşmesel düzenlemeler yapmaktan kurtaran, bu açıdan uyumsuzlukların önüne geçen, var olan uyumsuzluklarda da adil ve yeknesak yorumlara

²⁹⁶ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 317.

vesile olan niteliğe sahip olmalıdır²⁹⁷. Taraflar aksi durumun yol açabileceği belirsizliklerin, yorum farklılıklarının önlenmesi amacıyla aralarındaki satım sözleşmesinde yerleşik terimlere yer verme gereksinimini duyarlar. Ticari terimler bu sebepten doğmuş, geliştirilmiş ve günümüze kadar da gelmiştir²⁹⁸.

Milletlerarası Ticaret Odası yaygın olarak kullanılan ticari terimleri kodifiye edip bunları “*International Commercial Terms*”ü (milletlerarası ticari terimler) oluşturan kelimelerin kısaltılmış hali olan “Incoterms” olarak yayınlamak; anlamlarının belirlenmesini ve böylece de bu terimlerin farklı hukuk sistemlerine tabi ticari aktörler tarafından kullanılması hâlinde doğabilecek yorum farklılıklarının önüne geçilmesini sağlamıştır²⁹⁹.

Milletlerarası kuruluşlar tarafından hazırlanan kuralların bağlayıcılığı, bunlara taraflarca aralarındaki sözleşmede yer verilmesine bağlıdır³⁰⁰. Bu durum sözleşme serbestisi ilkesinin milletlerarası hukuktaki yansıması olarak anlaşılabilir. Bu sebeple de Incoterms bir *soft law* kavramı kapsamında değerlendirilmektedir³⁰¹.

Incoterms’ler satış sözleşmelerine ilişkin tacirler arasında uygulanan üç harften oluşan ticari terimleri açıklamaktadır. Bu üç harfli ticari terimler esasen satıcının ana edimi olan teslim ve hasarın geçişi konularına ilişkindir³⁰². Bu bağlamda: malların teslim yerini, malların tesliminde taraflara düşen görevleri, hasarın intikalini, ithalat ve ihracat gümrük masraflarını, malların ambalajlanmasını, alıcının malları teslim alması ve tarafların yükümlülüklerini yerine getirdiğinin ispatı konularını düzenlemektedir. Ancak bir satış sözleşmesi olup olmadığı, satılan malların özellikleri,

²⁹⁷ Cahit Ağaoglu “Incoterms® 2020”, Public and Private International Law Bulletin, Cilt 40 Sayı 2, (2020), s. 1117.

²⁹⁸ H. Ercüment Erdem, “Incoterms® 2010”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan Cilt 1, (2010), ss. 219-220; Hüseyin Akif Karaca, Milletlerarası Özel Hukukta Incoterms, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 5.

²⁹⁹ Ağaoglu, a.g.m., s. 1117; Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 317; Ercüment Erdem, a.g.m., s. 220.

³⁰⁰ Nuray Ekşi, Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul, Beta, 2020, s. 2.

³⁰¹ Ağaoglu, a.g.m., s. 1116. 2010 versiyonundan bu yana Incoterms, iç ticarete de kullanılabilir. Bunun en önemli sebeplerinden bir tanesi dünyanın bazı bölgelerinde Avrupa Birliği benzeri ticaret birliklerinin olması ve gümrük formalitelerinin önemini kaybetmesi; diğeri ise ABD’de ticaret kanununun yürürlükten kalkması ile bu kanunda yer alan teslim kurallarının yerini Incoterms’lerin alabileceğine ilişkin yerleşmekte olan iradedir. Bunun için bkz.: Abdurrahman Özalp, ICC INCOTERMS 2010, UTDER, Cilt: 1, Sayı: 1, ss. 140-141.

³⁰² Ağaoglu, a.g.m., s. 119; Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 215.

mal bedelinin ödenmesi ve yöntemi, ödemenin yapıldığı para birimi, mallar üzerindeki mülkiyetin geçişi, mala dair fikrî hakların geçişi, taşıma sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, satış sözleşmesine aykırılık hâlinde başvurulacak çözümler, sözleşmenin ifasına ve uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hususlar (uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, yetkili mahkemeye ilişkin düzenlemeler ve tahkim şartı), tarifelerin uygulanması, ithalat ihracat yasakları, mücbir sebep veya aşırı ifa gücü Incoterms kapsamında yer almamaktadır³⁰³. Zira Incoterms'ün amacı satım sözleşmesinin konusunu oluşturan malların teslimine ilişkin kuralların kodifiye edilerek açıklanmasını sağlamaktır. Sözleşmeye ilişkin yukarıda saymış olduğumuz ve benzeri diğer hususlar Incoterms'ün kapsamı dışında kalmaktadır³⁰⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki Incoterms'ler taraflara ne yapmaları gerektiğini söylerler; bunları yapmamaları hâlinde ne olacağı konusunda herhangi bir düzenleme içermezler. Bu kısım tarafların aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmeye uygulanacak hukuka bırakılmıştır³⁰⁵.

Amaç ve kapsama ilişkin belirtilen bu hususlar dâhilinde Incoterms: *“taraf iradeleri doğrultusunda, yani kendilerine yapılan atıf sayesinde satım sözleşmesinin parçası haline getirilen; malların teslimi, ithalat-ihracat işlemleri, masrafların paylaşımı ve hasarın geçişi ile sınırlı olarak düzenleme öngören yeknesak kurallar bütünü”*³⁰⁶ olarak tanımlanabilir.

³⁰³ Ercüment Erdem, a.g.m., s. 220; Ağaoğlu, a.g.m., s. 1119; Karaca, Milletlerarası Özel Hukukta Incoterms, ss. 5-6.

³⁰⁴ Ercüment Erdem, a.g.m., s. 221; Jan Ramberg, “Incoterms 2000 – The Necessary Link Between Contracts of Sale and Contracts of Carriage”, Zhornik PFZ, Cilt: 58, Sayı: 1-2, (2008), s. 42. Milletlerarası satım sözleşmesine ilişkin diğer hususlar taraflarca sözleşmede düzenlenmedikleri takdirde kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek olan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukta yer hükümlere tabi olacaktır.

³⁰⁵ Jan Ramberg, “INCOTERMS® 2010”, Penn State International Law Review, Cilt: 29, Sayı: 3, (2011), s. 419.

³⁰⁶ Tanım için bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 319. Ayrıca Yazar, tarafların aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmede Incoterms'e atıf yapılırken, eğer eski tarihli bir versiyonu sözleşmenin bir parçası haline getirmek arzu ediliyorsa bunun açıkça belirtilmesi gerektiğini; aksi halde sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan versiyona atıf yapıldığının kabul edilmesinin isabetli olacağını belirtmiştir. Bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 319, dn. 1036. Kullanılan Incoterms yılını belirtmenin, hangi versiyonun kullanılmasının amaçlandığının belirlenmesi ve bu alandaki uyuşmazlıkların önüne geçilmesi açısından önemli olduğuna ve buna ilişkin MTO'nun “[seçilen Incoterms® kuralı] [belirlenmiş liman, yer veya nokta] Incoerms® 2020” şeklindeki şablonun kullanılmasının tarafların işini kolaylaştıracağına ilişkin bkz.: Ağaoğlu, a.g.m., s. 1123.

1.3.7.2.2. Tarihsel Süreç

Ticari terimler her ne kadar milletlerarası ticari aktörler tarafında uzun süreden beri kullanılıyor olsa da ICC, Milletlerarası Hukuk Derneği'nin çalışmalarına paralel olarak³⁰⁷ 1920'lerde hukukun yeknesaklaştırılması alanında çalışmalara başlamıştır. 1921'de bir Kongre'de bir Komisyon oluşturulmuş ve bu Komisyon'un bir ticari terimler kitabı hazırlaması yönünde karar alınmıştır. İlk kitap altı ticari terimi (FOB, FAS, FOT veya FOR, FREE Delivered, CİF ve C&F) içerecek şekilde 1929 yılında yayınlanmıştır. Aynı yıl gözden geçirilip genişletilerek yeniden basılmıştır³⁰⁸. 1936 yılında ise milletlerarası ticarete en yaygın kullanılan ticari terimlerin yeknesaklaştırıldığı, alıcı ve satıcının haklarının ve yükümlülüklerinin liste hâlinde düzenlendiği ilk ticari terimler kitabı olan "Incoterms 1936" (*Règles internationales pour l'interprétation des Termes Commerciaux* = Ticari Terimlerin Yorumuna İlişkin Milletlerarası Kurallar) yayınlanmıştır³⁰⁹. Bu düzenleme esasen deniz taşımacılığı ile ilgili kuralları içermektedir. Sonrasında karayolu, raylı, hava yolu ve çoklu taşımacılık uygulamaları kurallar kapsamına dâhil edilmiştir. Konteyner taşımacılığının gelişmesi ve yaygınlaşmasıyla malların teslim yerinin değişmesi, riskin ve masrafların paylaşımına ilişkin değişikliklere yol açmıştır. Ayrıca teknolojik ilerlemeler ve bu

³⁰⁷ Milletlerarası Hukuk Derneği (*International Law Association*) Brüksel'de milletlerarası nitelikli konuların yeknesak kurallara tabi olmasını sağlamak için çalışmalar yapmak üzere 1860 yılında kurulmuştur. Dernek 1924 yılında Stockholm Konferansı'ndan itibaren CIF satışlar üzerinde çalışmaya başlamıştır. Bu Konferans'ta ticari satışlarda hasarın geçişi konusunun gerektiğinde sözleşmelere de dâhil edilebilecek şekilde bir takım ortak esaslara bağlanması için hazırlıklar yapılması gündeme gelmiştir. Bu konuda bir Komisyon kurulmasına karar verilmiş, bu Komisyon çalışmalarını Dernek'in 1925 yılında hazırlanan "CIF Satış Sözleşmeleri İle İlgili Kurallar" (*Les règles relatives au contrat de vente CAF*) Projesi'ne dayandırmıştır. Komisyon, raporunu hazırlarken milletlerarası ticaret alanında çalışan kişi ve kuruluşların da katkılarından yararlanmış. Bu rapor Derneğin Denizcilik ve Ticaret Şubesi'ne (*Section maritime et commerciale*) sunulmuştur. Bu Şube'nin Dernek Genel Kurulu'na önerisi sonucunda Komisyon'un görevi "genel olarak CIF satışla ilgili konuların, akitlerin aralarındaki ilişkiye uygulanmasını kararlaştırabilecekleri ortak kurallar oluşturmak amacıyla incelenmesi" olarak değiştirilmiştir. Komisyon'dan ICC ile ortak çalışma yürütmesi istenilmiştir. Bu Komisyon birçok proje daha hazırlamış ve bu projeler Milli Komiteler'e gönderilmiştir. Dördüncü Proje olarak ifade edilen çalışma 28 Ağustos 1928'de Varşova'daki toplantıda ele alınarak "CIF Sözleşmelere İlişkin Milletlerarası Kurallar 1928" (*International Rules Relating to CIF Contracts 1928*) olarak kabul edilmiştir. Kısaca "1928 Varşova Kuralları" olarak da bilinmektedir. Ayrıca ICC ile işbirliği sonucunda 1932 yılında Oxford'da yapılan konferansta "1932 Varşova- Oxford Kuralları" (*Warsaw-Oxford Rules*) olarak bilinen "CIF Sözleşmelere İlişkin Milletlerarası Kurallar 1932" (*International Rules Relating to CIF Contracts 1932*) kabul edilmiştir. 1928 Varşova Kuralları da 1932 Varşova- Oxford Kuralları da "incorporation" yoluyla tarafların aralarında sözleşmeye dâhil etmeleri hâlinde uygulama alanı bulacak şekilde düzenlenmiştir. Gereken ilgiyi görmemiş ancak Türk ticaret hukuku mevzuatını etkilemiştir. Bkz.: H. Ercüment Erdem, "Incoterms 2000", içinde: Ed. H. Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul: Beta, 2008, ss. 221-222.

³⁰⁸ Ağaoğlu, a.g.m., s. 1118.

³⁰⁹ Ercüment Erdem, "Incoterms 2000", s. 222; Ağaoğlu, a.g.m., s. 1118.

bağlamda elektronik ticaretin gelişmesi EDI (“*electronic data interchange*”- elektronik veri değişimi) düzenlemelerinin getirilmesini ve bu kapsamda ticari terimlerin uyarlanmasını sağlamıştır³¹⁰.

Milletlerarası ticaretin gereksinimi doğrultusunda milletlerarası ticari terimler 1953³¹¹, 1967, 1980, 1990, 2000, 2010 ve 2020³¹² yıllarında revize edilerek yeniden yayınlanmışlardır. Ramberg’e göre Incoterms’lerin her on yılda bir revize ediliyor gibi görünmesi aslında yanlış bir algıdır. Zira bu çoğunlukla bir tesadüftür. Incoterms’ler milletlerarası ticaret hukuku uygulamasını yansıtırlar ve bu uygulamanın da düzenli olarak on yılda bir değişmesi söz konusu değildir. Ayrıca Yazar’a göre Incoterms’lerin sadece bir sözleşmesel terimden ibaret oldukları ve her zaman revize edilebilecekleri de genel bir yanlış anlaşılmalıdır. Milletlerarası ticaret uygulamasında ciddi anlamda önemli değişiklikler olmadıkça Incoterms’lerin revize edilmesi mümkün değildir³¹³.

Milletlerarası Ticaret Odası yapmış olduğu revizyonlarda tacirlerin en uygun ticari terimi seçmelerini amaçlamaktadır. Ayrıca her ne kadar milletlerarası ticaret uygulamasında yer almıyor olsa da bazı ticari terimlerin eklenmesi gerektiğinde bu

³¹⁰ Karaca, Milletlerarası Özel Hukukta Incoterms, s. 8; Juana Coetzee, “Incoterms® 2010: Codified Mercantile Custom or Standard Contract Terms?”, Stellenbosch Law Review, Cilt: 23, Sayı: 3, 2012, s. 571.

³¹¹ 1953 yılında Viyana’da yapılan Kongre’de Incoterms’ün ikinci basısının yapılmasına karar verilmiş ve devamında Incoterms 1953 yayınlanmıştır (“*International Rules for the Interpretation of Trade Terms- 1953*”).

³¹² 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe giren bu kuralların hazırlığı 2016 yılında kurulan ve ICC’nin ticaret ve yatırım direktörlerinin de aralarında bulunduğu dünyanın her tarafından katılan dokuz uzmanın oluşturduğu 2020 Çalışma Grubu tarafından yapılmıştır. Bu uzmanların üç tanesi Asya, iki tanesi Amerika ve dört tanesi de Avrupa’dan katılmıştır. Komite, milletlerarası ticaret hukuku alanında uzmanlaşmış beş avukattan ve dört tane de Incoterms kullanıcılarından oluşmaktaydı. Bkz.: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-prepares-launch-incoterms-2020/> (Erişim tarihi: 8.5.2021). Incoterms® 2020 hazırlanırken 2010 versiyonundan bu yana milletlerarası ticari satım uygulamasında ortaya çıkan bazı endişelerin giderilmesi amaçlanmıştır. Özellikle uygulamacılar tarafından doğru Incoterms®’in seçilebilmesi için Incoterms® 2020’nin giriş bölümünde bu konunun üzerinde daha çok durulduğu anlaşılmaktadır. Yine 2020 versiyonunda satış sözleşmesi ve buna bağlı diğer tamamlayıcı sözleşmeler arasındaki sınırların daha net çizildiği ve birbirleriyle olan ilişkilere dair daha fazla açıklama yapıldığı görülmektedir. Incoterms® 2010’daki “Rehber Açıklamalar” geliştirilmiş ve 2020 versiyonunda “Incoterms® Kuralına Dair Açıklama Notları” olarak yayınlanmıştır. Ayrıca Incoterms kurallarının sırası değiştirilmiş; teslim (A2/ B2) ve risklerin transferi (A3/B3) konularının üzerinde daha önemle durulmuştur. Ancak satış sözleşmelerinin taraflarının dikkat etmesi gereken bir nokta da aralarındaki sözleşmeye Incoterms® 2020’nin uygulanabilir olup olmadığının tespitini doğru yapmaları gerekmektedir. Örneğin GAFTA, FOSFA gibi standart nitelikli sözleşmeler içeriklerinde Incoterms®’in geçerli olmadığını belirtmektedirler. Bu değerlendirme için bkz: Ağaoğlu, a.g.m., s. 1145.

³¹³ Ramberg, “INCOTERMS® 2010”, s. 415. Yaklaşık her on yılda bir değişiklik yapılmış olması ticari uygulamaların her on yılda bir değiştiği anlamına gelmemektedir. Teknolojik ilerlemeler sebebiyle ticari uygulamalar sıklıkla değişebilmektedir. Ancak Incoterms, yaygınlığı ve uygulanabilirliğinin azalmaması için önemli ticari uygulamalar ortaya çıktığında değiştirilmektedir. Bkz.: Ercüment Erdem, a.g.m., s. 222.

konuda geri durmamaktadır. Örneğin var olan ticari âdetlere dayanmasa bile DAT, DAP, FCA gibi ticari terimleri dâhil etmekten çekinmemiştir³¹⁴.

Incoterms'ler modern milletlerarası ticaret uygulamasını yansıtır olmaları sebebiyle milletlerarası ticaret camiasında iyi bir bilinirliğe sahiptirler. Bu kuralların yaratılmasında kullanılan metodoloji ICC'nin Milli Komiteleri'nin araştırmalarına dayanır. Bu Komiteler milletlerarası ticaret uygulamasında gerçek anlamda neler olduğunun ve ortak paydaların tespiti yaparlar. ICC aslında geleneksel olarak milletlerarası ticari uygulamalara yönelik ideal çözümü bulup bunu önermeyi değil; hâlihazırda pazarda var olan âdetlerin değerlemesini yapmayı amaçlar³¹⁵.

1.3.7.2.3. Hukuki Niteliği

Incoterms'ün *lex mercatoria*'nın kaynağı olduğu konusunda bir tartışma olmamakla birlikte³¹⁶, ticari âdet niteliğinin doktrinde tartışma konusu olduğunu belirtmeliyiz. Ağırlıklı görüş Incoterms'ün milletlerarası ticarete bilinirlik düzeyi ve yaygın olarak kullanılıyor olması sebebiyle milletlerarası ticaretle ilgilenenler tarafından bilinmesi gereken ticari âdetlerden kabul edilmesinin uygun olduğu yönündedir³¹⁷. Bu noktada da belirleyici olan taraflar arasındaki milletlerarası satım

³¹⁴ Ramberg, "INCOTERMS® 2010", ss. 422-423.

³¹⁵ Ramberg, "INCOTERMS® 2010", s. 419. Aynı yönde bkz.: Coetsee, "Incoterms® 2010: Codified Mercantile Custom or Standard Contract Terms?", s. 578. ICC bu değişiklikleri yaparken Milli Komiteler aracılığıyla farklı ülkelerdeki milletlerarası satımlarla alakalı taşımacılık vb. ticari uygulamalardaki gelişmeleri incelemektedir. Bkz.: Karaca, Milletlerarası Özel Hukukta Incoterms, s. 7.

³¹⁶ Ağaoğlu, a.g.m., s. 1122; Aygül, a.g.m., ss. 45, 68; Sibel Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 149; Bahattin Bahadır Erdem, "Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği", Cilt: 10, Sayı: 1-2, s. 78. Incoterms'ün bütünüyle bir ticari teamül teşkil etmediğine ancak münferit hükümlerinin ticari teamül olarak kabul edilebileceğine, buna yönelik verilmiş hakem kararları da bulunduğu, dolayısıyla Incoterms'ü ticari teamüller açısından güvenilir bir kaynak olarak kabul etmenin mümkün olduğuna ve ticari teamül olarak uygulanmaları yönünde bir karinenin kabul edilmesi önerisinin yaygın olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Martin Schmidt-Kessel, "Md. 8, 9". (Çev. N. Nilay Dayanç), içinde: Ed. Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 337. Incoterms'de yer alan hususların milletlerarası ticarete uzun süredir kullanılan nakliye ve teslim konularına ilişkin yerleşik uygulamayı yansıtmakta olduğuna ilişkin bkz.: Ağaoğlu, a.g.m., s. 1120

³¹⁷ Ramberg, "Incoterms 2000 – The Necessary Link Between Contracts of Sale and Contracts of Carriage", s. 45; Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 323; Pambuokis, a.g.m., s. 127; Fatih Doğan, "INCOTERMS® 2000: Tarihi Gelişimi-Geçerlilik Kaynağı-Münferit Kızlar-Son Değişiklikler", içinde: Ed. Abuzer Kendigelen, Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt 1, İstanbul, Beta, 2002, s. 352; Nagehan Kırkbeşioğlu, "Milletlerarası Ticarete Hakemlerin *Lex*

sözleşmesine uygulanacak hukukun Incoterms'ün milletlerarası ticari âdet olarak hukuki etkisine yaptığı nitelendirmedi. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk Incoterms'ün ticari âdet olarak sözleşmeye nasıl bir etki doğuracağını belirleyecektir. Elbette ki bu tartışma taraflarca aralarındaki sözleşmede Incoterms'ün “*incorporation*” yoluyla sözleşmeye dâhil edilmediği durumlar açısından önemlidir.

Taraflar aralarındaki sözleşmede Incoterms'de yer alan terimlere atıfta bulunmuş olabilirler. Diğer bir ifadeyle Incoterms'ü sözleşmelerinin bir parçası haline getirmiş olabilirler. Böyle bir durumda seçilen hukuktaki veya objektif bağlama kuralına göre tespit edilen uygulanacak hukuktaki emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla bu hukuktaki yedek hükümlere nazaran öncelikle uygulanacaklardır.

Taraflar arasındaki sözleşme CISG kapsamına girmekteyse taraflar kararlaştırarak Incoterms'i sözleşmelerinin bir parçası haline getirmemiş olsalar dahi CISG m. 9/ f. 2 uyarınca Incoterms sözleşmenin bir parçası kabul edilebilecektir. Böylece yine tarafların seçtikleri hukukun veya objektif bağlama kuralına göre uyuşmazlığın esasına uygulanacağı tespit edilen hukukun ticaret hukuku mevzuatının emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla uygulama alanı bulabilecektir.

Tarafların aralarındaki sözleşme CISG kapsamına girmiyorsa ve taraflar Incoterms'ün uygulanacağına dair aralarındaki sözleşmeye bir hüküm koymamışlarsa; Incoterms'ün -eğer uyuşmazlığın esasına uygulanacak milli hukuk sistemi ticari âdetlere böyle bir etki tanımıyorsa- seçilen hukukun ticaret hukuku mevzuatı hükümlerinin yerine geçerek uygulanması mümkün değildir. Ancak bu hükümlerin

Mercatoria'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 64, Sayı 1, 2011, s. 276; Bahadır Erdem, “Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği”, s. 76. Karaca, Incoterms'ün ticari âdet değil de ticari teamül niteliğinde olup olmadığını tartışmıştır. Yazar'a göre Incoterms'ün ticari teamül olarak tarafların arasındaki sözleşmeye olan hukuki etkisini o sözleşmeye uygulanacak hukuk belirleyecektir. Hangi devletin milli hukukunun sözleşmenin esasına uygulanacak olması bu açıdan önemlidir. İngiliz ve Amerikan hukukunun uygulanacak olması hâlinde Incoterms milletlerarası ticari teamül olarak sözleşmeye dâhil kabul edilecek ve *lex causae*'nin yedek hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacaktır. Zira uygulanacak hukukun Anglosakson hukuk sistemine tabi İngiliz hukuku veya Amerikan hukuku olması hâlinde teamüller örtülü hükümler teorisi kapsamında sözleşmenin içeriğine dâhil kabul edilecektir. Ancak Yazar Incoterms'ün teamül niteliğinde kabul edilip edilmemesine göre bir belirleme yaptığı için de Türk hukuku veya Alman hukukunun, diğer bir ifadeyle Kıta Avrupası hukuk sistemini kabul eden ülke hukuklarından birinin, *lex causae* olarak tespit edildiği milletlerarası ticari sözleşmelerde Incoterms'ün ticari teamül olarak ancak bir yorum aracı olarak kullanılabileceğini belirtmiştir. Bunun için bkz.: Karaca, Milletlerarası Özel Hukukta Incoterms, ss. 49 vd.

yorumlanmasında ve boşluklarının doldurulması kullanılabilirliği imkânının olup olmadığı tartışılabilir³¹⁸.

1.3.7.3. Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları (UCP)

1.3.7.3.1. Genel Bilgi

Milletlerarası satım ilişkilerinde sözleşmenin tarafları çoğunlukla farklı ülkelerde bulunduğu için³¹⁹ malın ve paranın nasıl verileceği konusu önemlidir. Zira

³¹⁸ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, ss. 323-324. Incoterms'ün ticari teamül olup olmadığını tartışan Karaca, taraflar arasındaki ticari sözleşmenin CISG'in uygulama alanına girmesi hâlinde CISG m. 9/ f. 1 açısından değinilmesi gereken iki husus olduğunu ileri sürmüştür. Yazar'a göre birincisi ticari alışkanlık, taraflar arasında bir süredir tekrarlanan ve süreklilik arz eden davranışlar olarak ifade edilecek olursa; taraflar bir süredir düzenli ve sürekli olarak aralarındaki ticari ilişkide bazı ticari terimlerin yorumunu Incoterms'e göre yapıyorlarsa; bu ticari terimlere ilişkin Incoterms kurallarının CISG m. 9/ f. 1 uyarınca ticari alışkanlık olarak taraflar arasında uygulanacağı söylenebilir. İkinci husus ise ilgili hükmün tarafların aralarındaki sözleşmede bir ticari teamülün uygulanması konusunda anlaşabilmelerine imkân tanımış olmasıdır. Taraflar Incoterms'e atıf yapmadan aralarındaki satım sözleşmesinde bir ticari terime yer vermiş olabilirler. Bu terimin kodifiye edilmiş hali olarak Incoterms kuralları böyle bir ihtimalde de sözleşmenin parçası haline gelebilecektir. Yazar m. 9/ f. 2 kapsamında ticari teamülün, varsayılan iradeyle dayalı olarak sözleşmenin bir hükmü olarak uygulanabilmesi için fıkra da yer alan şartları taşıması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda FOB, FAS, CIF gibi bazı terimlerin yüzyıllardır milletlerarası ticarete yerleşik olan uygulamaların yeknesaklaştırılması olduğunu ancak bazı ticari terimlerin ise milletlerarası ticarete yaygınlaşmış uygulamaları yansıtır olsalar da ICC tarafından üretilmiş (FCA ve D grubu terimler bunlara örnek olarak verilebilir) olduğunu vurgulamıştır. Yazar ilk bahsetmiş olduğu kuralların CISG m. 9/ f. 2'nin kapsamında sözleşmenin bir parçası olduğu konusu tartışmasız olmakla birlikte, doğrudan ICC tarafından üretilmiş Incoterms kurallarının CISG m. 9/ f. 2 uyarınca sözleşmeye dâhil kabul edilebilmesi için milletlerarası ticarete fıkra da belirtilen şartları taşıyacak ölçüde uygulanıyor olmalarının gerektiğini belirtmiştir. Yazar'a göre bu, ICC tarafından üretilen diğer bütün ticari terimler açısından CISG m. 9/ f. 2'de yer alan şartların varlığının teker teker değerlendirilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Yazar CISG m. 8/ f. 3, m. 9/ f. 1 ve m. 9/ f. 2 birlikte değerlendirildiğinde aradaki farkın tespit edilmesinin öneminden bahsetmiştir. Ticari teamüllere taraf iradelerinin yorumunda bir araç olarak başvurulabileceğini düzenleyen m. 8/ f. 3 ile tarafların aralarındaki sözleşmede bir ticari teamülün uygulanması konusunda kararlaştırma yapmalarına imkân tanıyan CISG m. 9/ 1'de, CISG m. 9 / f. 2'de olduğunun aksine ticari teamül açısından özel nitelikler aranmamakta olduğunu belirtmiştir. Bu görüş için bkz.: Karaca, Milletlerarası Özel Hukukta Incoterms, ss. 102-104. Doktrinde başka bir görüş tahkim yargılamasında taraflar Incoterms'i sözleşmelerinin bir parçası haline getirmemişler ve uyuşmazlıklarının ICC tarafından kurumsal tahkimle çözümlenmesini istemişlerse aralarındaki sözleşmede aksine bir düzenleme mevcut değilse Incoterms'ün ICC'nin vermiş olduğu anlama göre yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz.: Ulusoy, a.g.e., s. 74.

³¹⁹ Ticari ilişkiler önceden aynı pazarda alıcı ve satıcının bir araya gelmesiyle hazırlar arasında kurulurken; artık üretici ve satıcı birbirinden ayrılabilen, alıcı ve satıcı hiç biraraya gelmesizin belgeler ve bankalar vasıtasıyla milletlerarası ticari ilişkiler kurulabilmektedir. Bkz.: Banu Şit, "Kanunlar İhtilafı Hukukunda Akreditif ve Milletlerarası Ticaret Odası'nın Akreditife İlişkin Yeknesak Kuralları". MHB, Cilt: 21, Sayı: 1-2, (2001), s. 27.

alıcı açısından sözleşme konusu malı öngörülen sürede ve kalitede elde etme, satıcı açısından ise mal veya hizmetin bedelini tahsil edebilme hususu bu tip satım ilişkilerinde daha çok risk barındırmaktadır³²⁰. Milletlerarası ticari satım ilişkilerinde bu güvence ihtiyacı, sözleşmenin her iki tarafına da birtakım imkânlar ve garantiler sağlayan bazı milletlerarası ödeme yöntemlerinin geliştirilmesini sağlamıştır. Akreditif, taraflara bu açıdan bazı güvenceler vererek mal ve paranın karşılıklı ve aynı anda değişimini sağlayan milletlerarası bir ödeme yöntemidir³²¹. Vesika karşılığı tahsil ve kredi mektubu gibi diğer milletlerarası ödeme yöntemlerine göre akreditifin daha yaygın ve gelişmiş olduğu³²²; güvence fonksiyonundan hem satıcı hem alıcının azami ölçüde yararlanabiliyor olması açısından da daha çok tercih edildiği söylenebilir³²³.

³²⁰ Nuşen Pelin Dalgıç Atabaş, “UCP 600 Açısından Bankaların Belgelerle Bağlı Olması Kuralı”, TBB Dergisi, Cilt 30, Sayı 134, 2018, s. 347; Şit, a.g.m., ss. 76-77.

³²¹ Mehmet Bahtiyar, “Akreditif ve Milletlerarası Özel Hukukta Doğurduğu Sorunlar”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. Cilt: 15, Sayı: 3, (1990), ss. 73-74. Aynı yönde bkz.: Reha Poroy, Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 225.; Dalgıç Atabaş, a.g.m., s. 488. Bu ödeme yönteminde alıcı ve satıcının edimlerini aynı anda ifa edebilmeleri, akreditifin en güven duyulan yöntem olarak kabul edilmesini sağlamıştır. Bkz.: Şit, a.g.m., s. 75. Akreditifin bir kredi aracı değil, ödeme yöntemi olduğuna; alıcıdan peşin bir bedel almaksızın bankalar tarafından akreditifin açılıyor olmasının, onu kredi aracı haline getirmeyeceği, bu açıdan niteliğini değiştirmeyeceğine ilişkin bkz.: Sibel Özel, “Akreditif İlişkisinde UTO Kurallarının (UCP 600) Bankalar Arası İlişkiye Etkisi”. İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, İstanbul, (2012), <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Prof.Dr.sibel.ZEL.pdf>, (Erişim tarihi: 24.10.2020), s. 347; Erdoğan Göğer, Akreditif Muamelesi ve Hukuki Mahiyeti, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1980, ss. 9-10. Akreditifin hukuki niteliği konusunda iki farklı görüş vardır. İlk görüş akreditifin kapsadığı ilişkiler ve taraflar konusunda herhangi bir ayırım yapmaksızın hukuki niteliği tek bir kurumla açıklar. Bu kapsamda akreditifin kefalet, itibar mektubu, garanti sözleşmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme, alacağın temliki, vekâlet, borcun nakli veya soyut borç ikrarı niteliğinde olduğu yönünde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: M. Reşit Uluç, “Borçlar Hukuku Açısından Akreditif”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 3, s. 446 vd.; Göğer, a.g.e., s. 47 vd. Bu nitelendirmede ağırlıklı görüşün havale görüşü olduğu yönünde bkz.: Bahtiyar, a.g.m., s. 76; Osman Tolun, “Akreditifin Hukuki Mahiyeti”, Adalet Dergisi, Cilt: 48, Sayı: 3, (1957), s. 268 vd.; Ünal Tekinalp, Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 573 vd. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4.11.1964 tarihli 942 sayılı Esas, 637 sayılı kararında akreditifi havale niteliğinde kabul ederek, mülga Borçlar Kanunu hükümlerinin havaleyi düzenleyen hükümlerine tabi kılmıştır. Karar için bkz.: Adalet Dergisi, Yıl: 1965, Sayı: 5-6, ss. 730-731. Akreditifin hukuki niteliğine ilişkin ikinci görüş ise parçalama görüşü olarak ifade edilmektedir. Bu görüş, akreditifin ekonomik açıdan birbirine geçmiş birden çok ilişkiyi kapsadığını ve hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için bu ilişkilerin parçalanması, her bir ilişkinin ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini ileri sürer. Bunun için bkz.: Göğer, a.g.e., s. 52 vd.; Uluç, a.g.m., ss. 460-461. Parçalama görüşü kapsamında, akreditifi oluşturan ilişkilerin ayrı ayrı ayrıntılı incelenmesi konusunda bkz.: Bahtiyar, a.g.m., s. 77 vd. Parçalama kuramının akreditif işlemi sui generis ilişkiler yumağı olarak tanımlamakta olduğuna ilişkin bkz.: Arslan Kaya, Belgeli Akreditifte Lehların Hukuki Durumu, İstanbul, Beta, 1995, s. 8.

³²² Bahtiyar, a.g.m., s. 74. Akreditif dışındaki ödeme yöntemleri alıcının itibarına dayanmaktadır. Oysa akreditifte mal ve onun değeri esas alınmakta ve alıcının itibarı yerine bankalar işlev görmektedir. Bkz.: Göğer, a.g.e., s. 9.

³²³ Sibel Özel, Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği, İstanbul, Beta, 1991, ss. 14-15.

Akreditif sürecinde öncelikle alıcı (ithalatçı) ve satıcı (ihracatçı) arasında ödeme konusunda akreditifin kararlaştırıldığı bir satım sözleşmesi yapılır. Alıcı (akreditif amiri), bankasına (amir banka veya akreditif bankası) başvuru yaparak akreditif açtırır. Banka, akreditif metnini (küşat mektubu) hazırlayarak satıcının bankasına (muhabir banka veya ihbar bankası) gönderir. Satıcının bankası da bu metni satıcıya iletir. Satıcı malları yükledikten sonra gerekli evrakı kendi bankasına verir. Bu belgeler amir bankaya gönderilir ve amir banka alıcıya durumu bildirir. Alıcı elindeki belgelerle malları elde eder ve bedel de amir banka tarafından muhabir banka aracılığıyla satıcıya ulaştırılır³²⁴. Akreditif bu bağlamda kısaca “*bankanın, alıcının talimatı üzerine belirlenen koşulların tam olarak gerçekleşmesi üzerine, satıcıya belli bir miktar para ödemeyi taahhüt etmesi*”³²⁵ olarak tanımlanabilir.

Milletlerarası ticaretin can damarı (“*lifeblood*”) veya omurgası (“*backbone*”) olarak tarif edilen³²⁶ akreditifler milli hukuk sistemlerinde ayrıntılı düzenlemelere konu olmamıştır³²⁷. Milletlerarası ticaretin doğası gereği, yarattığı ticari ilişkiler çoğunlukla ülke sınırlarını aşmaktadır³²⁸. Bu noktada ticari ilişkinin farklı ülkelerin yargı yetkileri ve farklı hukuk sistemleriyle bağlantısı doğabilmektedir. Akreditiflerin dünya çapında çok yaygın bir şekilde kullanılıyor olması bankacılık uygulamasında yeknesaklaştırma girişimlerini beraberinde getirmiştir. Akreditiflere ilişkin en önemli kurallar dizisi ICC tarafından yayınlanmış olan “Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları (UCP)”³²⁹ dır.

³²⁴ Dalgıç Atabaş, a.g.m., s. 489; Özel, “Akreditif İlişkisinde UTO Kurallarının (UCP 600) Bankalar Arası İlişkiye Etkisi”, s. 348; Şit, a.g.m., ss. 80-81. Alıcı, belirli şartlar gerçekleşmeden satıcıya ödemenin yapılmayacağı; satıcı da gerekli koşulları yerine getirdiği takdirde ödemeyi alabileceği güvencesine sahiptir. Bkz.: Özel, Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği, ss. 13- 14. Akreditif işleminde birbirinden bağımsız dört ilişkiden söz edebiliriz: Alıcı ve satıcı arasındaki satım sözleşmesi (esas ilişki), alıcı ve akreditif bankası arasında alıcının talimat vermesi ile kurulan ilişki, akreditif bankası ve muhabir banka arasındaki ilişki ve banka ile lehtar arasındaki ilişki. Bkz.: Şit, a.g.m., ss. 81-82.

³²⁵ Tanım için bkz.: Özel, Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği, s. 13.

³²⁶ W. G. Schulze, “The UCP 600: A New Law Applicable to Documentary Letters of Credit”, South African Mercantile Law Journal, Cilt 21, Sayı 2, 2009, s. 228.

³²⁷ Sadece ABD mevzuatında ayrıntılı düzenlendiğine ilişkin bkz.: Dalgıç Atabaş, a.g.m., s. 490, dn. 10.

³²⁸ Milletlerarası ticarete akreditifin çok yaygın kullanılıyor olması ülkelerin uygulamalarının öngörülebilir olması ihtiyacı doğurmuştur. Bu sebeple öncelikle ulusal çapta bazı çalışmalar yapılmıştır. 1920 yılında New York’da “*The New American Commercial Credits Conference*” toplanmış Amerika’daki bankaların uygulayacakları kurallar dizisini yayınlamıştır. 1923’te Almanya; 1925’te Fransa, Norveç, Çekoslovakya, İtalya, İsveç, 1926’da Arjantin, 1928’de Danimarka ve 1930 yılında da Hollanda benzer düzenlemeler yapmıştır. Genel olarak bu yönde çalışmaların Birinci Dünya Savaşı’nın sona ermesinin ardından başladığı söylenebilir. Bkz.: Dalgıç Atabaş, a.g.m., s. 491, dn. 13.

³²⁹ Schulze, a.g.m., s. 230. Aynı yönde bkz.: Hang Yen Low, “UCP 600: The New Rules on Documentary Compliance”, International Journal of Law and Management, Cilt 52, Sayı 3, 2010, s.

Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları'nın amacı hem bankacılık uygulamasıyla hem yerel hukuk sistemleriyle uyumlu olan, akreditiflere ilişkin çerçeve niteliğinde temel kuralları oluşturmak; böylece alandaki uyuşmazlıkların önüne geçerek, milletlerarası ticaretin düzenli ve etkili bir şekilde işleyebilmesini sağlamaktır³³⁰.

1.3.7.3.2. Tarihsel Süreç

Milletlerarası Ticaret Odası akreditiflere ilişkin yeknesak kurallar oluşturma girişimine ilk olarak 1926 yılında kalkışmıştır. İlk taslak 1930 yılında yayınlanmıştır. İleriki tarihlerde bu taslağın bazı revizyonları olmuştur: 1933 (UCP 82), 1951 (UCP 151), 1962 (UCP 222), 1974 (UCP 290), 1983 (UCP 400), 1994 (UCP 500). En yeni tarihli olanı 2007 yılında yayınlanmış olan UCP 600'dür³³¹.

Milletlerarası ticaretin talepleri, bazı yorumsal uyuşmazlıklar ve modern ticari hayattaki çeşitli gelişmeler UCP 500'nin yeniden gözden geçirilmesini gerektirmiştir. ICC'nin Bankacılık Komisyonu bu revizyon için görevlendirilmiştir. Komisyon iki çalışma grubu oluşturmuştur: Taslak Grubu ve Danışma Grubu şeklinde. Bu iki çalışma grubu, UCP 500 revizyonu için üç yılı aşkın süre çalışmıştır. Taslak Grubu 5000'den fazla yorum ve öneriyi değerlendirmiş, Danışma Grubu yirmi altı ülkeden kırk farklı temsilci ile oluşturulmuştur. Taslağın son versiyonu 25 Ekim 2006 tarihinde Bankacılık Komisyonu'nda oylanmış ve UCP 600 1 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe konmuştur³³².

193. Türkiye, ICC Türkiye Milli Komitesi'ne UCP 600'ün ülkemiz bankaları tarafından uygun bulunduğunu Türkiye Bankalar Birliği aracılığıyla iletmıştır. Bunun için bkz.: Ekşi, a.g.e., s. 253.

³³⁰ Schulze, a.g.m., s. 230.

³³¹ Schulze, a.g.m., s. 230. Çeşitli zamanlarda yapılan revizyonların farklı ülkelerin uzlaşabilecekleri ortak paydayı arttırdığı, uygulamadaki sıkıntıları giderdiği, güncel gelişmelerin kurallara yansımaları sağladığı yönünde görüş için bkz.: Dalgıç Atabaş, a.g.m., s. 493.

³³² Schulze, a.g.m., s. 231. UCP 600 neredeyse tüm dünyada uygulanmaktadır. Türkiye gibi Bankalar Birliği organizasyonu bulunan ülkeler bu birlikler aracılığıyla UCP'de yer alan kurallara katıldıklarını ICC'ye bildirmektedirler. Bu şekilde bir organizasyon bulunmayan ülkelerde ise bankalar münferiden bu katılımı gerçekleştirmektedirler. Ancak günümüzde bütün dünyada bankacılık işlemlerinin bu kurallara göre yürütüldüğü söylenebilecektir. Bkz.: Dalgıç Atabaş, a.g.m., s. 492, dn. 22.

1.3.7.3.3. Hukuki Niteliği

Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları (UCP 600) *lex mercatoria*'nın önemli bir kaynağıdır³³³. Doktrinde bir görüş UCP 600'ün bazı hükümlerinin genel işlem şartı niteliğinde kabul edilebileceği ancak bazı hükümlerinin ise ticari örf ve âdet olduğunu ifade etmiştir. Yazar, ICC'nin hâlihazırda mevcut olan akreditifin niteliği, anlamı ve işleyişi ile ilgili kuralları yazılı hale getirdiğini, örf ve âdet olma unsurlarını barındırdığını, bu sebeple de örf ve âdet olarak kabul edilen yeknesak kuralların Türk hukukunda konuya dair yazılı hüküm mevcut olmadığı için TTK m. 1/ f. 2 uyarınca uygulanma imkânı bulacağını, bu açıdan tarafların sözleşmede bu kurallara atıf yapmalarının gerekmediğini belirtmiştir. Yazar'a göre eğer taraflar atıf yapmışsa aralarındaki sözleşmenin bir hükmü olarak, yapmamışlarsa bir ticari örf ve âdet olarak uygulanabileceklerdir³³⁴.

Başka bir görüşe göre yeknesak kurallar milletlerarası sözleşme veya hukuk normu niteliğinde olmadıklarından milletlerarası sözleşmelere uygulanabilmeleri için tarafların bunları aralarındaki sözleşmede kararlaştırmış olmaları gerekir³³⁵. UCP de bu sebeple sözleşmesel niteliktedir (UCP 600 m. 1'de yer alan hüküm de bunu desteklemektedir). Yazar'a göre bankalar müşterilerine imzalattıkları "Genel Kredi Sözleşmesi"ne UCP'nin akreditif ilişkisine uygulanacağına yönelik hüküm koyarak, UCP'yi bir genel işlem şartı haline dönüştürmüşlerdir³³⁶.

³³³ Lando, "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", s. 146; Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 524. UCP 600'ün *lex mercatoria* niteliğini kabul etmeyen görüşler için bkz.: Ünal Tekinalp, a.g.e., s. 570; Kaya, a.g.e., ss. 21 vd.; Lando, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", s. 751; ICC'nin hazırladığı ve 1995 yılında revize edilmiş olan "Tahsiller için Yeknesak Kurallar" ("*Uniform Rules for Collections*") 522 sayılı broşürün (URC 522) hükümlerinin de UCP 600 gibi *lex mercatoria*'nın kapsamında yer aldığı kabul edilmesinin gerektiğine ilişkin bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 539.

³³⁴ Bu görüş için bkz.: Özel, "Akreditif İlişkisinde UTO Kurallarının (UCP 600) Bankalar Arası İlişkiye Etkisi", ss. 350-351.

³³⁵ Bu görüş için bkz.: Ceyda Süral Efeçınar, "MTO'nun Akreditife İlişkin Yeknesak Teamül ve Uygulama Kuralları (UCP 600)", içinde: Ed. Işık Özkan, Ceyda Süral Efeçınar, Bengül Kavlak, Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 43.

³³⁶ Bu görüş için bkz.: Bahtiyar, a.g.m., s. 79. Aynı yönde görüş için bkz.: Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, ss. 201 vd.; Vahit Doğan, Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Ankara, Savaş Yayınevi, 2005, ss. 34-35; Kaya, a.g.e., s.23-24.

Bizim de katılmış olduğumuz görüşe göre UCP 600'nin milletlerarası ticaret hukukunda ticari âdet olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu durumda uyuşmazlığın esasına örtülü hükümler teorisini kabul etmiş bir milli hukuk sisteminin uygulanacak olması hâlinde UCP 600 taraflarca sözleşmede atıfta bulunulmasa dahi sözleşmenin parçası kabul edilebilecektir³³⁷. Ancak taraflar aralarındaki sözleşmenin içeriğine dâhil etmedilerse ve esasa uygulanacak hukuk Türk hukuku gibi örf ve âdet hukukunu bir tamamlayıcı hukuk kaynağı olarak kabul etmişse³³⁸, UCP 600 sözleşme hükmü değil, ikincil hukuk kaynağı niteliğinde ticari âdet olarak sözleşmeye uygulanabilecektir.

Belirtmek gerekir ki bankacılık uygulamasındaki neredeyse bütün akreditif metinlerinde UCP 600 “*incorporation*” yoluyla sözleşmeye dâhil edilmektedir. Böylece *lex causae*'nin emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla taraflar arasındaki akreditif ilişkisine sözleşme hükmü olarak uygulanmaktadır³³⁹.

1.3.8. Model Sözleşme ve Klozlar

Model sözleşmeler avukatların veya iş insanlarının bir sözleşme hazırlarken belirli hükümleri değiştirerek veya şartlara uygun şekilde uyarlayarak yararlanacakları örnek bir formdur. Bunlar eşit müzakere gücü olan taraflar arasında kullanılmaktadır ve çoğunlukla sözleşmenin müzakeresi sırasında tarafların ekonomik çıkarlarını dengelemek amacıyla üzerinde taraflarca bazı düzenlemeler yapılmaktadır³⁴⁰. Model

³³⁷ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, ss. 338-339. Tarafların aralarındaki satım sözleşmesinde UCP 600 kurallarının uygulanmasına yönelik yapmış oldukları düzenlemenin bir hukuk seçimi anlaşması olduğu, *lex mercatoria*'yı uygulanacak hukuk olarak seçtiklerinin kabul edilmesi gerektiği, UCP 600'de düzenlenmemiş konularda uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralına göre tespit edileceği, Türk hukukunda *lex mercatoria*'nın hukuk olarak seçilmesine mevzuatın izin vermediği bu sebeple de ticari teamül olarak TTK m. 1'e göre uygulanma imkânı bulabileceği yönündeki görüş için bkz.: Şit, a.g.m., s. 118.

³³⁸ Türk hukuku açısından akreditiflere ilişkin yazılı bir düzenleme yoktur. Tarafların arasındaki sözleşmede bir atıf olmasa dahi TTK m. 1/ f. 2 uyarınca ticari âdet olarak uygulanabilecektir.

³³⁹ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 337. Akreditif işleminin birden çok kişi ve ilişkiyi kapsadığı için tek bir hukuki kurumla açıklanmasının mümkün olmadığı ve hukuki niteliği konusunda parçalama kuramının kabul edilmesi hâlinde her ilişki açısından (amir- amir banka, amir banka-muhabir banka, muhabir banka-lehtar, amir-lehtar) uygulanacak hukukun ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz.: Bahtiyar, a.g.m., s. 81-82.

³⁴⁰ Clive M. Schmitthoff, “The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 17, Sayı: 3, 1968, s. 551. Schmitthoff model sözleşmelerin bir standart sözleşme türü olduğunu ifade etmiştir. Buna göre standart sözleşmeler her zaman önceden hazırlanmış ve sözleşme taraflarından birinin diğerine sunduğu

sözleşmelerin yaygın kullanımı üçüncü kişileri bağlayıcı bir kuralın yaratılmasına da hizmet etmektedir³⁴¹.

Model sözleşmelerle birlikte model klozlar da milletlerarası ticarete yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Ülkelerin yasa koyucuları da model sözleşme ve klozlardan kendi hukuk sistemlerindeki değişiklikler için yararlanmaktadırlar³⁴².

Milletlerarası Ticaret Odası tarafından hazırlanan model sözleşme ve klozlar³⁴³ milletlerarası ticarete yaygın olarak kullanılmaktadır. Milletlerarası Ticaret Odası'nın hazırladığı model sözleşmeler yeknesak bir hukuk sistemi kurulmasına katkı sağlamaktadır. Zira ICC'nin model sözleşmeleri hazırlamaktaki amacı da *lex mercatoria*'nın gelişmesine yardımcı olmaktadır³⁴⁴.

Milletlerarası Ticaret Odası'nın hazırladığı model sözleşme ve klozların dışında 1877 yılında kurulan “*London Corn Trade Association*” CIF satışlar için altmıştan fazla model sözleşme hazırlamıştır. FIDIC (“*Fédération internationale des ingénieurs-*

yazılı formlardır. Milletlerarası ticaret uygulamasında standart sözleşmeler iki türlü olmaktadır. Bir tanesi yukarıda açıklamış olduğumuz model sözleşmelerdir (“*model contract forms*”). Diğeri ise genel işlem koşullarını içeren sözleşme türüdür (“*contract of adhesion*”). Bu standart sözleşme türünü Schmitthoff sözleşmenin taraflarından birinin diğerine sunduğu bazı önemsiz hususlar dışında esasında değiştirilmeden kabul edilmesi istenilen, “al ya da git” şeklinde bir yaklaşım benimsenen, hükümlerinin ve koşullarının müzakereye açık olmadığı sözleşmeler olarak tanımlamıştır. Standart sözleşmeler modern milletlerarası ticaret uygulamasında model sözleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Standart sözleşmelere ilişkin bu ayırım, tanımlama ve model sözleşmelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Schmitthoff, Schmitthoff, “The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions”, ss. 551 vd.

³⁴¹ Horn, a.g.e., s. 15.

³⁴² Horn, a.g.e., s. 9.

³⁴³ Örnek olarak: *Force majeure* Klozu, *Hardship* Klozu (Yayın no: 650), Büyük Projeler için Anahtar Teslim Model Sözleşme (Yayın no: 659), Milletlerarası Satım Model Sözleşmesi (Yayın no: 738), Model Konsorsiyum Sözleşmesi (Yayın no: 779), Model Milletlerarası Franchising Sözleşmesi (Yayın no: 712), Model Milletlerarası Teknoloji Transferi Sözleşmesi (Yayın no: 674), Model Milletlerarası Marka Lisansı Sözleşmesi (Yayın no: 673) verilebilir. Bunlar için bkz.: <https://iccwbo.org/resources-for-business/model-contracts-clauses/> (Erişim tarihi: 7.6.2021). Model sözleşmelerin hazırlanmasında ICC'nin farklı devletlerindeki Komiteleri tarafından atanan üyelerden oluşan Ticaret Hukuku ve Uygulamaları Komisyonu (CLP) görevlendirilmiştir. Bu Komisyon tarafından her model sözleşme için ayrı bir Çalışma Grubu oluşturulur. Komisyon farklı hukuk sistemlerinin ve farklı devletlerin, çalışma gruplarında temsil edilmelerini önemsemektedir. İlgili Çalışma Grubu tarafından hazırlanan taslak önce Komisyon tarafından onaylanarak son şeklini alır ve sonrasında görüşleri alınmak üzere Milli Komiteler'e iletilir. Milli Komiteler Model Sözleşme'nin hazırlanmasında Çalışma Grubu'na üyeler atayarak ve taslak üzerinde önerilerde bulunarak bu sürece önemli katkı sunarlar. Bu da model sözleşmelerin Milli Komiteler'in ortak bakış açılarını yansıtmalarını sağlar. Böylece geniş bir kabulün ürünü olarak ortaya çıkarlar. Model Sözleşme taslağına ilişkin Milli Komiteler'in görüşleri geldikten sonra Çalışma Grubu tarafından tartışılarak Model Sözleşme'nin son şekli verilir ve Komisyon'a gönderilir. Komisyon tarafından onaylanan Model Sözleşme Taslağı ICC İcra Kurulu'na onaya sunulur. İlgili model sözleşme İcra Kurulu tarafından da onaylandıktan sonra yayınlanması ICC Publishing SA tarafından gerçekleştirilir. Bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, ss. 38-39.

³⁴⁴ Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 41.

Conseils)³⁴⁵, GAFTA (*The Grain & Feed Association*) ve FOSFA (*The Federation of Oils, Seeds and Fats Associations*), *the Cocoa Association of London Ltd*, *the British Wool Confederation*, *the International Wool Textile Organisation*, *the London Rubber Trade Association*, *the Liverpool Coton Association*, *the General Produce Broker's Association of London*, *the London Jute Association*, *the London Metal Exchange*, *the Refined Sugar Association*, *the Timber Trade Federation of the United Kingdom* tarafından birçok model sözleşme hazırlanmıştır. Almanya'da ticari hayatta en çok kullanılan tip sözleşmeler *Waren-Verein der Hamburger Börse e. V.* ve Alman İhracatçılar Birliği'nin hazırlamış olduğu *“İş Koşulları” (Conditions of Business)*; ABD'de baharat ticareti alanında Amerikan Baharat Ticareti Birliği'nin (*American Spice Trade Association*) hazırladığı tip sözleşmeler bu alandaki kaynaklara örnek olarak verilebilir³⁴⁶.

Model sözleşmeler milli hukuk sistemlerinin kabul ettiği temel prensiplerle de uyum içerisinde olacak şekilde hazırlandıkları için milletlerarası ticaret alanında herhangi bir devletin kamu düzenine aykırılık oluşturacak hükümler içermesi neredeyse mümkün değildir³⁴⁷. Ancak bir model sözleşmeyi aralarındaki ticari ilişki için esas alan taraflar, bu model sözleşmenin herhangi bir hükmünün milletlerarası ticari sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere seçtikleri hukukun emredici hükümlerine aykırılık oluşturup oluşturmadığını araştırmalıdır.

Model sözleşmeler iş camiasının uygulamaları sonucunda milletlerarası ticari âdetlerin³⁴⁸ ortaya çıkmasına vesile olmaktadır. Milletlerarası ticari âdet, milletlerarası ticaretle meşgul olan iş insanlarının sözleşme yapacağı tarafların riayet edeceğini beledikleri çok yaygın kullanılan teamüller, uygulama veya standartlardan oluşur³⁴⁹.

³⁴⁵ FIDIC tarafından hazırlanan model sözleşmeler (özellikle Kırmızı Kitap (*Red Book*)) milletlerarası inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında çok yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. 1957'den beri var olan FIDIC'in model sözleşmesi olan Kırmızı Kitap'ın esasında İngiliz Institution of Civil Engineers (ICE)'ye ait model sözleşmeye dayandığı belirtilmektedir. FIDIC'in hazırladığı model sözleşmelerin çok yaygın bir kullanım alanına sahip olması bunları, *lex mercatoria*'nın kaynaklarından biri haline getirmiştir. Bkz.: Molineaux, a.g.m., ss. 59-60.

³⁴⁶ Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, ss. 10-11.

³⁴⁷ Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 49.

³⁴⁸ Schmitthoff'a göre ticari âdetin oluşması kademeli bir süreç gerektirir. Genellikle bazı önde gelen teşebbüslerin iş prosedürleri bu süreci başlatır. Daha sonra bu belirli bir ticari alanda genel uygulama haline dönüşür, devamında ise ticari teamül haline gelir ve sonunda ticari âdet statüsüne sahip olur. Böylece milletlerarası bir nitelik kazanır. Bkz.: Schmitthoff, *The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions*, s. 554.

³⁴⁹ Schmitthoff, *The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation*, s. 149.

Model sözleşmeleri ticari âdet olarak kabul edip edemeyeceğimiz bu noktada sorulması gereken bir sorudur.

Schmitthoff'a göre taraflarca aralarındaki sözleşmede kabul edilmediği takdirde bağlayıcılığı olması beklenmediği için model sözleşmeler ticari âdet niteliğinde değildirler. Belki duruma göre ticari teamül veya uygulama oldukları tartışılabilir. Ancak genel ve sürekli kullanımları hâlinde ticari âdet haline gelebilme potansiyeli taşımaktadırlar. Model sözleşmelerin milletlerarası ticari uygulama veya teamül niteliğinde kabul edilebilmesi için milletlerarası bir kurum tarafından hazırlanmaları gerekmektedir³⁵⁰. Bu milletlerarası kurum ICC, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyon'u veya ilgili milletlerarası ticari meslek birlikleri olabilir. Milletlerarası ticaretle ilgilenen iş camiasının sadece model sözleşmelerin hazırlanmasında değil; diğer milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırılmasına ilişkin çalışmalarda da ticari hayatın gerçeklerinin dikkate alınması noktasında önemli katkıları vardır. Schmitthoff'a göre model sözleşmelerin milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırılmasındaki başarısı, farklı hukuk sistemlerindeki hükümlerle sözleşme taraflarının ekonomik çıkarlarını dengelemesinden kaynaklanmaktadır. Bu yüzden de uzun vadede model sözleşmelerin milletlerarası konvansiyonlara oranla milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırılmasında daha fazla yararı olacaktır. Yazar'a göre milletlerarası kurumlarca model sözleşmelerin hazırlanması, milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırılması ve uyumlaştırılmasına en önemli katkıyı sunmaktadır³⁵¹.

Model sözleşme ve klozların lex mercatoria'nın kaynağı olduğuna şüphe olmamakla birlikte mevcut tartışma, taraflarca aralarındaki sözleşmede atıf yapılmamış olsa da ilgili sektöre ilişkin model sözleşme ve klozların uyumsuzluğun çözümünde dikkate alınıp alınmayacağı noktasında toplanmaktadır. Ağırlıklı görüş yaygın kullanımları hâlinde ticari âdet olarak kabul edilebilecekleri yönündedir³⁵².

³⁵⁰ Schmitthoff, "The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions", s. 555.

³⁵¹ Schmitthoff, "The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions", ss. 555. Milletlerarası inşaat hukuku alanında model sözleşmelerin katkısına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Molineaux, a.g.m., ss. 59-61.

³⁵² Horn, a.g.e., s. 15. Horn model sözleşme ve klozların yarı resmî milletlerarası kurumlar tarafından yayınlanmış olması hâlinde bunların ticari âdete dönüşebileceğini veya halihazırda olanı yansıtabileceğini ifade etmiştir. Bkz.: Horn, a.g.e., s.15.

Doktrinde model sözleşmenin bir bütün hâlinde ticari âdet olabilmesinin mümkün olmadığı, ancak belirli klozların ticari âdete dönüşebileceği ileri sürülmüştür³⁵³. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Bir model sözleşmenin bir bütün hâlinde ticari âdet kabul edilmesi mümkün olmamakla birlikte milletlerarası ticarete sıkça kullanılan bazı klozların ticari âdete dönüşebilmeleri ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda ticari âdete dönüşen klozların sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun ticari âdetlere tanıdığı hukuki statüye göre taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası olarak nitelendirilmeleri mümkün olabilecektir.

1.3.9. Davranış Kodları

Davranış kodları belirli bir ticari sektörün profesyonel ve teknik standartlarını diğer bir ifadeyle etik kurallarını belirleyen metinler olarak tanımlanabilir³⁵⁴. Bu belirlemeyi yapanlar ilgili ticari sektöre ilişkin meslek örgütleridir.

İlgili ticari alanda faaliyet gösteren sektör üyesinin belirli işlemlere dair göstermesi gereken özenin ölçüsü olarak dikkate alınan, *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında olduğu belirtilen davranış kodları, *soft law* niteliğinde kurallardan oluşurlar ve dolayısıyla uyulması zorunlu kurallar olmadıkları için bunların ihlali hâlinde ancak disiplin cezası söz konusu olabilir³⁵⁵.

Şanlı, davranış kodlarının *lex mercatoria*'nın gelişmesine önemli katkıları olduğunu, ilgili ticari sektörün ortak anlayış ve uygulamalarını yansıttıklarını ifade etmiştir³⁵⁶.

³⁵³Atamer, a.g.e., s. 14, dn. 15; Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 341. Ayoğlu model sözleşmelerin bir bütün hâlinde ticari âdet olarak kabul edilmesi hâlinde esas sözleşme taraflarının model sözleşmeye aralarındaki sözleşmede atıf yapmama yönünde gösterdikleri iradenin bir önemi olmayacağını, bunun model sözleşmeyi taraflara bir anlamda zorla dayatmak anlamına geleceğini, irade serbestisinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde bunun mümkün olmayacağını ileri sürmüştür. Bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 341.

³⁵⁴Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s.33.

³⁵⁵Filali Osman, *Les Principes Généraux de la Lex mercatoria - Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992, ss. 283, 287'den aktaran Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 346. Aynı yönde bkz.: Çalışkan Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 33.

³⁵⁶Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 334.

Davranış kodlarına örnek olarak ICC'nin Reklamcılık Kodu ("*ICC International Code of Advertising Practice*") ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün ("*The Organisation for Economic Co-operation and Development*" -OECD) hazırladığı Çok Taraflı Şirketlere İlişkin Rehber ("*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*") verilebilir³⁵⁷.

1.3.10. Hakem Kararları

Milletlerarası ticari uyuşmazlıklara ilişkin verilmiş hakem kararları çok fazladır ve bunların çok da hızlı bir gelişme gösterdikleri söylenebilir³⁵⁸. Lex mercatoria'nın sabit değil de ticari dünyanın ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde sürekli değişen, dinamik bir yapısı vardır. Milletlerarası tahkim yargılamasında hakem heyeti, karar verme sürecindeki dinamik ve yaratıcı rolü ile bir anlamda lex mercatoria literatürünün oluşmasına önemli katkı sunmaktadır. Ancak hakem kararlarının lex mercatoria'nın kaynaklarından olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Tartışmalı olmasının sebeplerinden bir tanesi tahkimde geçerli olan gizlilik ilkesi³⁵⁹, politik ve benzeri sebeplerde hakem kararlarının çok azına ulaşılabilirliği³⁶⁰. Yayınlanan hakem kararı da çoğunlukla kurumsal tahkim merkezlerinin bültenlerinde özet olarak yer almaktadır ki ad hoc tahkim kararlarına ulaşabilmek ise çok nadir mümkün olmaktadır³⁶¹. Doktrinde bu durumun lex mercatoria'nın büyümesi ve gelişmesinin

³⁵⁷ Frank Baddack, *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*, LLM Thesis, The University of Western Cape Faculty of Law, Cape Town, 2005, s. 66; Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, s. 33.

³⁵⁸ Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 8.

³⁵⁹ Tahkimde gizliliğin öncelikle uyuşmazlığın taraflarınca yüklenilmiş bir sorumluluk olduğuna; tarafların izni olmaksızın tahkim yargılamasına ve bu yargılamada kullanılan bilgi ve belgelere üçüncü kişiler tarafından ulaşılabilmesi olarak ifade edilebileceğine ilişkin bkz.: Faruk Kerem Giray, "Milletlerarası Tahkimde Gizlilik", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, (2015), s. 71.

³⁶⁰ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", ss. 714-715, 729. Milletlerarası satım hukukunda son yıllarda gizlilik prensibinin yumuşatılmasıyla hakem kararlarının milletlerarası ekonomi hukukunun oluşumunda önemli rol oynadığı yönünde görüş için bkz.: Yusuf Çalışkan, "Dispute Settlement in International Investment Law", içinde: Ed. Yusuf Aksar, *Implementing International Economic Law: Through Dispute Settlement Mechanisms* (Nijhoff International Trade Law Series), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, ss. 146-147.

³⁶¹ Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, ss. 346-347.

önünde bir engel olduğu ifade edilmiştir³⁶². Diğer bir sebep ise hakem mahkemeleri arasında hiyerarşi bulunmadığı için hakem kararlarında yeknesaklığın ve bunlar arasında ahengin sağlanabilme ihtimalinin olmaması olarak belirtilmektedir³⁶³.

Stoecker yayınlanan çoğu hakem kararının ICC bünyesinde görülen tahkimler sonucu verilen hakem kararları olduğunu ve bir tahkim kurumunun desteği olmaksızın görülen tahkim davaları sonucu verilen hakem kararlarına ulaşılmasının çok güç olduğunu ifade etmiştir. Zira milletlerarası ticari alanda faaliyet gösterenlerin tahkim anlaşması yapmalarının temelinde yatan sebepler, kendi ticari uyumsuzluklarının gizli kalmasını arzu etmeleri, iş dünyasında bilinmesini istememeleri, ticari sırlarının ifşası konusunda hassas olmalarıdır. Yazar'a göre hakem kararlarının yayınlanması davanın tarafları açısından "sır perdesinin kaldırılması" anlamına gelecektir ki bu tahkimin amacına aykırıdır. Ayrıca hakemler, mahkeme hâkimlerinden farklı olarak belirli bir hukuk sistemine bağlı olmaktan öte, bakmakta oldukları davada en adil çözümü bulmayı amaçlamaktadırlar. Birbirlerinin kararlarıyla da bağlı değildirler. Bir ticari âdeti bir hakem heyeti bir şekilde, başka bir hakem heyeti farklı bir şekilde yorumlayabilir. Bu açıdan karar ahenginin sağlanması da mümkün olmamaktadır. Bütün bu gerekçeler Yazar'a göre *lex mercatoria*'nın gelişmesi ve hakem kararlarının *lex mercatoria*'nın bir kaynağı olarak kabul edilmesinin önünde engel olarak yer almaktadır³⁶⁴.

Ayoğlu hakem kararlarının *lex mercatoria*'nın kaynaklarından biri olduğu konusunda şüphe duyulmaması gerektiğini belirtmektedir. Hakem kararlarının *lex mercatoria* kapsamında yer alan genel prensipleri, maddi normları, ticari âdetleri ve teamülleri somutlaştırma işlevlerinin göz ardı edilemeyeceğini, *lex mercatoria* teorisinin gelişiminde hakem kararlarının rolünün büyük olduğunu ifade etmiştir. Yazar önceki hakem kararlarının yerleşik içtihat teşkil etmediğine ilişkin eleştirilerin doğru olduğunu belirtmekle birlikte bütün mahkeme kararlarının da bağlayıcı olmadığının dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Mahkemeler tarafından verilen önceki tarihli kararların, diğer mahkemelere karşı ikna amacıyla bir araç olarak

³⁶² Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 729.

³⁶³ De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, ss. 202-203, no. 309-310'dan aktaran Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 347.

³⁶⁴ Stoecker, a.g.m., s. 121.

kullanılabildiğini, aynı durumun milletlerarası tahkimde hakem kararları için de geçerli olduğunu, hakemlerin yorumunu etkileyebilecek delil niteliğinde olduklarını vurgulamıştır³⁶⁵.

Lando'ya göre hakem heyetleri *lex mercatoria*'nın oluşumunda ve gelişmesinde vazgeçilmez unsurlardır. Taraflar, aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmenin bir milli hukuk sistemine tabi olmaması konusunda anlaşabilirler. Böylece aralarındaki sözleşmenin devletlerin hepsinde veya çoğunda ya da uyuşmazlıkla bağlantılı olan devletlerde ortak olan milletlerarası ticari âdet ve teamüllere tabi olmasını kabul etmiş olurlar. Bu tür ortak kuralların mevcut olmaması hâlinde hakem heyeti uyuşmazlığa en uygun ve hakkaniyetli olduğunu takdir ettiği kuralı uygular veya çözümü seçer. Hakem heyeti bunun yaparken çeşitli hukuk sistemlerinin kanunlarını dikkate alır. Yazar kısmen ise seçici ve yaratıcı bir süreç olan bu yargılama sürecine, “*lex mercatoria*'nın uygulanması” denildiğini ifade etmiştir³⁶⁶.

Maniruzzaman *lex mercatoria*'nın yaratılmasında ve geliştirilmesinde hakem heyetinin bir “sosyal mühendis” olarak nitelendirilebilecek rolünün çoğunun onun, kararlarını gerekçeli olarak vermesine bağlı olduğunu belirtmiştir. Yazar'a göre her ne kadar hakemlerin *lex mercatoria*'nın gelişimindeki kritik rolü yadsınamazsa da özensiz ve ölçüsüz verilen hakem kararları, onun büyümesine bir o kadar sekte vurmaktadır³⁶⁷. Yazar hakemlerin hâkimlerden farklı olarak birbirlerinin kararlarıyla bağlı olmamaları ile farklı hakem heyetlerinin belirli olayları ve ticari âdetleri ya da aynı hukuki prensipleri birbirlerinden farklı yorumlamalarının *lex mercatoria*'nın gelişiminin de istikrarsız bir seyirde ilerlemesine yol açtığını belirtmiştir. Yazar'a göre *lex mercatoria*'ya ilişkin birçok hukuki mesele, doktrinsel tartışmalar ve hakem kararlarının birbirleriyle uyumsuz olması sebebiyle hala belirsizliğini korumaktadır³⁶⁸.

³⁶⁵ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 350. Yayınlanan hakem kararlarının yeni bir *lex mercatoria*'nın meydana getirilmesine katkıda bulduklarına ilişkin aynı yönde bkz.: Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 344.

³⁶⁶ Lando, “The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration”, s. 747.

³⁶⁷ Maniruzzaman, “The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 693.

³⁶⁸ Maniruzzaman, “The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 727.

Gerçekten de hakem kararlarının çok büyük bir kısmı gizlilik, politik kaygılar veya başkaca sebeplerle yayınlanmamaktadır³⁶⁹. Bununla birlikte yayınlanan bazı hakem kararları gizlilik sebebiyle tağyir edilmiş şekilde yayınlanabilmektedir. Bu da uyumsuzluk konusu olayların değerlendirilmesinde yetersiz bir veri sunmaktadır. Tahkim yargılamasındaki duruşmaların herhangi bir şekilde kayıt altına alınıp raporlanmıyor olması, hukukun sahada gelişiminin gözlenmesinin önüne geçmektedir. Bu durum, yaratılmamış veya bir anda var olmamış, büyüyüp gelişmesi gereken *lex mercatoria*'nın bu sürecinin önünde bir engel olarak belirtilebilir³⁷⁰.

Hakemler çok çeşitli hukuki alt yapılardan gelebilmektedir. Bu sebeple de aynı milletlerarası ticari âdet ve teamüllere, aynı milletlerarası ticari sözleşmeler hukukuna ilişkin prensip ve kurallara farklı yorumlar getirmek suretiyle önlere gelen uyumsuzluğu çözümlenmektedirler. *Lex mercatoria*'nın kapsamında yer alan maddi hukuk kurallarının istikrarlı bir şekilde gelişmesi de bu çeşitlilik sebebiyle sekteye uğrayabilmektedir. Bu sorunu engellemenin yolu olarak tahkimin küresel düzeyde kurumsallaştırılması konusu tartışılmaktadır. Hatta bu kapsamda hakem kararlarına ilişkin milletlerarası düzeyde bir temyiz merciinin yapılandırılması gündeme getirilmiştir³⁷¹.

Doktrinde, küresel düzeydeki kurumsallaşmanın sonucunda hakemlerin daha önce verilmiş hakem kararına erişim imkânının olmasının, böylece az çok içtihat birliğinin sağlanmasının, ilgili kurum tarafından hakem kararlarının temyizinin gerçekleştirilmesiyle diğer hakemleri bağlayıcı emsal kararların meydana getirilmesinin, bu temyiz sürecinde de *lex mercatoria*'nın içeriğini geliştirebilecek

³⁶⁹ Hakem kararlarının yayınlanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Martin Hunter, "Publication of Arbitration Awards and *Lex Mercatoria*", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Cilt: 54, Sayı: 1, 1988, s. 55 vd.

³⁷⁰ Maniruzzaman, "The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 729.

³⁷¹ Bu yönde görüşlerin olduğuna dair bkz.: Maniruzzaman, "The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 730. Vereceği kararları ulusötesi ve milletlerarası prensiplere ve uygulamaya dayandıracak hakem kararlarının temyizi ve tenfizine ilişkin bir Milletlerarası Ticari Mahkeme kurulması yönünde görüş için bkz.: Jan Hendrik Dalhuisen, "The Case for an International Commercial Court". SSRN, s. 931, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2433513>, ss. 12-13 (Erişim tarihi: 21.02.2021). Hakem kararlarına ilişkin milletlerarası bir temyiz mahkemesinin kurulmasının, bu mahkemeden verilecek bağlayıcı kararların tahkim hukukunun, milletlerarası ticaret ve finans hukukunun gerçek anlamda milletlerarası nitelik kazanmasına vesile olacağına; hakem kararlarının tenfizi usulünün uyumlaştırılmasına, tahkim sürecinin öngörülebilirliğine ve böylece milletlerarası ticaret ile yabancı yatırıma önemli katkılar sunacağına ilişkin görüş için bkz.: Serhat Eskiyyörük, "Towards a Transnational Dispute Resolution", içinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiyyörük, *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 178.

nitelikte kararların verilebileceği otonom bir yargılama sisteminin oluşturulmasının önemi vurgulanmıştır³⁷². Ancak doktrinde haklı olarak bu kurumsallaşmanın tarafların tahkimi tercih etmelerindeki başlıca sebeplerden biri olan gizliliğe yönelik haklı kaygılarını da dengeleyecek şekilde işleyebilecek bir sistemin oturtulması suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁷³.



³⁷² Cremades, Plehn, a.g.m., ss. 336-337. Bu kurumsallaşmanın milletlerarası ticari tahkime ilişkin ICSID'in iptal prosedürüne benzer şekilde global düzeyde bir kontrol sistemine dönüştürülmesinin mümkün olup olmadığı konusunun değerlendirilebileceğine ilişkin görüş için bkz.: Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 731.

³⁷³ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 732.

İKİNCİ BÖLÜM

2. DEVLET MAHKEMELERİNDE LEX MERCATORIA'NIN MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANMASI

2.1. LEX MERCATORIA'NIN SÖZLEŞME TARAFLARINCA SEÇİLMESİ

2.1.1. Genel Bilgi

Milletlerarası ticari sözleşmeleri kanunlar ihtilafı kuralları ile bir milli hukuka bağlamak bir anlamda milletlerarası ticaret hayatında “karanlıkta atılan bir adım” olarak ifade edilebilir. Zira klasik milletlerarası özel hukuk metodolojisi uyumsuzluğun taraflarının menfaatini veya ticari işlemin salahiyetini gözetmez. Dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama kuralı, o uyumsuzluğu en hakkaniyetli şekilde çözecek hukuk sistemine bağlayıp bağlamadığıyla ilgilenmez³⁷⁴. Milletlerarası ticaret pratiğinde kanunlar ihtilafı kuralları ile eşitlikçi ve adil bir karar alma ihtiyacı arasındaki bir anlamda ihtilaftan kaçınmak için milletlerarası ticaret hukukunda yeknesak kuralların geliştirilmesi ihtiyacı doğmuştur³⁷⁵.

Lex mercatoria milletlerarası ticaret camiası tarafından milletlerarası ticari ilişkilere uygulanmak üzere geliştirilen ve uygulamada kabul gören maddi hükümler ve ticari âdet ile teamüllerden oluşmakta³⁷⁶ ve milletlerarası ticari sözleşmeleri bir milli hukuk sistemine tabi kılmanın milletlerarası ticari camiada tercih edilmeme sebeplerinin dayanağı olan endişeleri ortadan kaldırmaktadır.

³⁷⁴ Berger, “The *Lex Mercatoria* Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contractss, ss. 953-954.

³⁷⁵ Berger, “The *Lex Mercatoria* Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, s. 954.

³⁷⁶ Bizim de katıldığımız *lex mercatoria*'nın bu tanımı için bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 86. *Lex mercatoria*'nın kaynağını milli hukuk sistemlerinden değil, milletlerarası ticaret camiasından aldığı ve kendiliğinden doğmuş olduğuna ilişkin bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 6. *Lex mercatoria*'nın milletlerarası ticari ilişkileri düzenlemek amacıyla geliştirilmiş ve milletlerarası ticarete yaygın şekilde benimsenmiş ticari örf, âdet ve teamülleri kapsadığına ilişkin görüş için bkz.: Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 143.

Hem güçlü küresel aktörler hem küçük veya orta ölçekli işletmelerin sahipleri milletlerarası ticaret alanında yaptıkları sözleşmeleri bir devletin milli rejimine değil tarafsızlığı ve milli hukuk sistemlerinden bağımsız niteliği sebebiyle bir ulusötesi hukuk rejimine tabi kılmak istedikleri zaman, geleneksel olarak, aralarında yaptıkları sözleşmede “hukukun genel prensipleri”nin veya “lex mercatoria”nın uygulanması gibi bir seçime yer vermektedirler³⁷⁷.

Milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarının aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere lex mercatoria’yı seçmeleri hâlinde bu seçimin geçerli olup olmadığı ve ilgili sözleşmeden doğan uyumsuzluğa nasıl bir etkisi olduğu konusundaki değerlendirmeyi yaparken lex mercatoria kapsamındaki maddi hükümleri ve ticari âdet ile teamülleri ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Çalışmada öncelikle bazı kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan sübjektif bağlama kuralı örneklerine yer verilecek, bu kapsamda Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Prensipler (Lahey Prensipleri) mahkemeler nezdinde yapılan yargılamalarda milletlerarası ticari sözleşme taraflarının lex mercatoria’yı uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk olarak seçmelerine imkân sağlayan önemli bir adım olduğu için ayrı bir alt başlıkta incelenecek ve devamında lex mercatoria kapsamındaki milletlerarası ticari işlemlere uygulanmak üzere milletlerarası ticari aktörler tarafından geliştirilen, uygulamada kabul görmüş maddi hükümler ile âdet ve teamüller açısından ayrı ayrı inceleme yapılacaktır.

³⁷⁷ Bonell, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, s. 23. Prensipler gibi *soft law* hukuk sistemlerinin de taraflarca bir milli hukuk gibi lex causae olarak sözleşmede kararlaştırılabilmesi mümkündür. Bkz.: Bonell, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, s. 22. UNIDROIT Prensiplerinin taraflarca aralarındaki sözleşmede seçim yapılarak mahkemede görülecek uyumsuzluklara uygulanmasının tercih edildiği durumların sayıca az olduğuna ilişkin bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 21.

2.1.2. Kanunlar İhtilafı Kurallarında Yer Alan Sübjektif Bağlama Kurallarına İlişkin Bazı Düzenlemeler

2.1.2.1. Milli ve Milletlerarası Düzenlemelerde Yer Alan Bazı Sübjektif Bağlama Kuralları

Birçok milli hukuk sistemi sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraflara hukuk seçimi imkânı vermiştir³⁷⁸. Sözleşmenin yabancılik unsuru taşımaması hâlinde hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağı tartışmalı olsa dahi³⁷⁹ çalışmamız kapsamında ele aldığımız milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyumsuzluklara ilişkin sözleşme taraflarının irade serbestisi gereği hukuk seçimi yapabilecekleri konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Az sayıda hukuk sistemi seçilen hukukun taraflarla veya sözleşmeyle bağlantılı olmasını arayarak hukuk seçimine bir sınırlandırma getirmiştir³⁸⁰. Çoğunlukla milli hukuk düzenlemelerinde MÖHUK m. 24 uyarınca da

³⁷⁸ Borçlar hukuku alanında sözleşme yapan taraflara tanınan irade serbestisi ticari hayatın gerekleri ile de bağlantılıdır. Bu sebeple yabancılik unsuru taşıyan uyumsuzluklara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen milletlerarası özel hukuk alanına da irade serbestisi konunun niteliği gereği sözleşmenin tabi olduğu hukuku belirleme yetkisinin taraflara tanınması olarak yansımıştır. Taraflar aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmede hukuk seçimi yapabilirler ve bu hukuk akit statüsü olarak emredici ve tamamlayıcı hükümler ile sözleşmeye uygulanır. Bugün neredeyse bütün hukuk sistemlerinin milletlerarası özel hukuk mevzuatında sözleşmeden doğan borç ilişkileri konusunda taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Bkz.: Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Beta, 2021, s. 381.

³⁷⁹ Yabancılik unsuru taşımayan sözleşmeler açısından hukuk seçiminin mümkün olmadığını savunan görüşler için bkz.: Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, Vedat, 2020, s. 279; Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, MHB, Cilt: 30, Sayı: 1-2, s. 33; Rona Aybay/ Dardağan, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, s. 250-251; Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021, s. 402; Gülin Güngör, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Ankara, Yetkin, 2021, s. 175; Nihal Uluocak, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, ss. 185-186. Yabancı hukukun taraflarca seçilmesi ile hukuki ilişkinin yabancılik unsuru taşıyacağına, MÖHUK m. 24’ün bu hususta herhangi bir sınırlama getirmemiş olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Ergin Nomer, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, Beta, 2021, s. 324; Çelikel, Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, ss. 384-385; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 333-334; Sözleşmenin yabancılik unsuru taşıyıp taşımadığından bağımsız olarak maddi unsurları açısından milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmelerin milletlerarası sözleşme olarak nitelendirileceğine ilişkin bkz.: Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 29-31.

³⁸⁰ Sözleşme ile tarafların seçtikleri hukuk arasında bir irtibatın veya tarafların haklı menfaatlerinin arandığı bazı hukuk sistemlerine örnek olarak: Polonya, Portekiz, İspanyol ve ABD (*Restatement II*) verilebilir. Bunun için bkz.: Çelikel, Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 385, dn. 307.

kabul edildiği şekilde açık veya zımni hukuk seçimine imkân tanınmış, önemli sınırlandırmalar getirilmemiştir³⁸¹.

Uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmesi haline ilişkin geleneksel ve hâla ağırlıklı olan görüş tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme özgürlüklerinin kanun koyucular tarafından bir milli hukuk sistemini seçme olarak sınırlandırılmış olduğu yönündedir³⁸². Bu görüşe göre milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar devlet mahkemeleri önüne geldiğinde hâkim kendi (lex fori'nin) kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit ettiği milli hukuk sistemini uygulama yükümlülüğü altındadır. Bu kapsamda aşağıda Türk hukuku başta olmak üzere bazı hukuki düzenlemelerde yer alan sübjektif bağlama kurallarına yer vererek bu anlatımımızı somutlaştırmayı amaçlamaktayız.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde tarafların açık ve sözleşme hükümlerinden ya da halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçimi yapmalarının geçerli olduğunu düzenlemiştir. Maddenin devamında tarafların seçtikleri hukuku sözleşmenin bir kısmına ya da tamamına uygulayabilecekleri belirtilmiştir (m. 24/ f. 2). MÖHUK m. 24/ f. 3 uyarınca taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin seçimi her zaman yapabilirler ya da yapmış oldukları seçimi değiştirebilirler. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkili olarak geçerli olacaktır.

İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (IPRG) m. 116 uyarınca sözleşmelere uygulanacak hukuk tarafların seçtiği hukuktur. Maddenin devamında

³⁸¹ Belirtmek gerekir ki Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü m. 3 sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların seçtikleri hukuka tabi olduğunu; açık ve somut olayın şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılır biçimde yapılan hukuk seçimlerinin de geçerli olduğunu düzenledikten sonra MÖHUK m. 24'ten farklı olarak hukuk seçiminin yapıldığı sırada somut olayın diğer bütün unsurlarının hukuk seçimi ile yetkilendirilmiş devletten başka bir devlette bulunması hali ve yine hukuk seçimi yapıldığı esnada somut olayın diğer bütün unsurlarının bir ya da daha çok Üye Devlet'te bulunması hali için seçilen hukukun uygulanması noktasında bazı sınırlamalar getirmiştir.

³⁸² Çelikel, Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 400; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 329; Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 142; Tekinalp, a.g.e., s. 282; Vahit Doğan, Milletlerarası Ticaret Hukuku, ss. 92-93; Özdemir Kocasakal, a.g.m., 30; Zeynep Derya Tarman, Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, İstanbul, Vedat, 2019, s. 115; İzmirli, a.g.m., s. 219; Tiryakioğlu, s. 24; Nomer, a.g.e., s. 324; Demir Gökyayla, a.g.e., s. 300; Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, ss. 407-408; Güngör, a.g.e., s. 175; Hacı Can, Ekin Tuna, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, Adalet, 2019, ss. 221-222; Oba, a.g.m., s. 308.

hukuk seçiminin açıkça yapılması gerektiği veya sözleşmenin hükümlerinden ya da koşullarından kesin olarak çıkartılıyor olması gerektiği belirtilmiştir (m. 116/ f. 2). IPRG m. 116/ f. 3 uyarınca taraflar hukuk seçimini her zaman yapabilir ve değiştirebilirler. Eğer taraflar hukuk seçimini sözleşmenin akdinden sonra yapmışlarsa hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla sözleşmenin akdedilmesinden itibaren sonuç doğuracaktır.

Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü (Roma I Tüzüğü) ile yürürlükten kaldırılan ve 5718 sayılı MÖHUK düzenlenirken dikkate alınarak birçok paralel düzenlemeye yer verilen Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu m. 3'te³⁸³ de sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin ilk bağlama

³⁸³ Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Konvansiyonu'nun revizyonuna ilişkin Yeşil Kitap'ta Konvansiyon m. 3'ün, sözleşmenin taraflarına bir devletin hukukunun yanında milletlerarası hukuk kurallarının da uygulanacak hukuk olarak seçilmesine imkân sağlanacak şekilde değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi, milletlerarası ticaret uygulamasında taraflarca CISG'in, hukukun genel prensiplerinin, lex mercatoria'nın ve UNIDROIT Prensipleri'nin ve benzeri kodifikasyonların uygulanacak hukuk olarak tercih edilmesi olarak ifade edilmiştir. Bkz.: European Commission, Green Paper on the Conversation of the 1980 Roma Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation of 14 January 2003 (COM (2002) 654), para. 3.2.3, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d60386fe-69d4-4846-bf01-b1d23b20e134> (Erişim tarihi: 05.11.2021) Komisyon 15 Aralık 2005 tarihinde ilgili maddenin tarafların, sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak milletlerarası ve Topluluk seviyesinde kabul edilmiş sözleşmeler hukukuna ilişkin kural ve prensipleri de seçebilecekleri; bu kural ve prensiplerin düzenlenmediği konularda bunların esinlendiği genel prensiplerin, böyle prensipler yoksa ilgili düzenleme uyarınca tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek hukukun uygulanacağı yönünde değiştirilmesi önerisinde bulunmuştur. Bu değişiklik önerisine ilişkin Komisyon yaptığı açıklamalarda, Roma Konvansiyonu'na hâkim olan irade serbestisi ilkesinin geliştirilmesinin amaçlandığını ve bu sebeple UNIDROIT Prensipleri, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri gibi milli hukuk sistemlerinden bağımsız kuralların taraflarca aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmesine imkân tanındığını ifade etmiştir. Bu görüş Ekonomik ve Sosyal Komite tarafından da desteklenmiş, Komite yaptığı açıklamada standart kuralların uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesiyle yeknesaklığın sağlanmasında önemli bir adım atıldığını vurgulamıştır. Bkz.: Official Journal of the European Union, Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for the Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (E-Rome I) of 23.12.2006 (COM(2005)650-final), para. 3.2.3, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006AE1153&from=EN> (Erişim tarihi: 14.02.21). Komisyon'un özellikle belirtmiş olduğu husus, tarafların anasyonel hukuk kurallarını aralarındaki sözleşmede seçebilmelerine tanınan imkânın UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'ni kapsadığı; lex mercatoria gibi belirsiz ve milletlerarası alanda yaygın olarak kabul edilmeyen düzenlemelerin bu kapsamda değerlendirilmediği, diğer bir ifadeyle bu şekilde yapılan hukuk seçiminin geçerli kabul edilmeyeceği şeklindedir. Bkz.: Official Journal of the European Union, Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for the Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (E-Rome I) of 23.12.2006 (COM(2005)650-final), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006AE1153&from=EN>, s. 5 (Erişim tarihi: 14.02.21). Roma Tüzüğü'nün nihai metninde bu yukarıda bahsetmiş olduğumuz değişiklik yer bulmamıştır. Roma I Tüzüğü Giriş kısmında Tüzük'ün tarafların anasyonel hukuk kurallarını ve milletlerarası sözleşmeleri aralarındaki sözleşmenin içeriğine dâhil etmelerini engellemediği belirtilmiştir. Ayrıca yine Tüzük'ün Giriş kısmınının 14. paragrafında Topluluk'un maddi hukuk kuralı olarak kabul etmesi hâlinde taraflarca bunların uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği belirtilmiştir.

noktası tarafların seçtikleri hukuk olarak belirlenmiştir. Hukuk seçimi açık olmalı ya da sözleşmenin içeriğinden ya da halin şartlarından makul bir kesinlikle çıkartılabiliyor olmalıdır. Taraflar seçtikleri hukukun sözleşmenin tümü veya bir kısmı için uygulanmasını kararlaştırabilirler.

Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesi hukuk seçimine ilişkindir. Madde 3'te sözleşmeye uygulanacak hukukun tarafların seçtiği hukuk olduğu, hukuk seçiminin açıkça ya da sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer verilmeyecek şekilde anlaşılması gerektiği, tarafların hukuk seçimini sözleşmenin bir kısmı veya tamamı için yapabilecekleri düzenlenmiştir (m. 3/ f. 1). Taraflar hukuk seçimi ile kararlaştırdıkları veya işbu Tüzük'ün diğer hükümleri uyarınca sözleşmenin tabi olduğu hukuku her zaman değiştirebilirler. Sözleşmenin akdinden sonra yapılacak hiçbir değişiklik Tüzük'ün 11. maddesi uyarınca sözleşmenin şekli geçerliliğine ve üçüncü kişilerin haklarına hâlel getirmez (m. 3/ f. 2). Hukuk seçimi yapıldığı sırada somut olayın bütün unsurları hukuku seçilen devlette değil de başka bir devlette ise tarafların yaptığı hukuk seçimi bu devletin taraflarca aksi kararlaştırılmayacak diğer bir ifadeyle emredici hükümlerinin uygulanmasını engellemez (m. 3/ f. 3). Hukuk seçimi yapıldığı sırada somut olayın bütün unsurları bir veya daha fazla Üye Devlet'te ise tarafların Üye Devletler haricinde başka bir devletin hukukunu seçmeleri Topluluk hukukunun aksi taraflarca kararlaştırılmayacak emredici hükümlerinin uygulanmasına mahkemenin bulunduğu Üye Devlet'teki uygulamaya uygun düştüğü durumlarda hâlel getirmez.

Roma I Tüzüğü m. 3 ile ilgili belirtilmesi gereken önemli bir husus, maddenin tamamı boyunca objektif bağlama kuralının yer aldığı m. 4'ten farklı olarak “devlet hukuku” ifadesi yerine madde boyunca “hukuk” terimi tercih edilmiştir. Yine Roma Konvansiyonu'ndan farklı olarak Roma I Tüzüğü'nün birinci maddesinin ilk fıkrasında Tüzük'ün “devlet hukukları” arasındaki ihtilaf hâlinde değil de “kanunlar ihtilafı” içeren hallerde uygulanacağı belirtilmiştir. Doktrinde Roma I Tüzüğü'nün bu konuyu netleştirmemiş olmasının sebebinin devletlerin bu konuya farklı yaklaşımlarının olması, bu kapsamda irade serbestisini savunan daha liberal

yaklaşımlarla, mahkemelerin ancak bir devletin hukukunu uygulayabileceklerini savunan daha muhafazakâr yaklaşımların bir arada yer alması olduğu belirtilmiştir³⁸⁴.

Farklı yönde bir düzenleme açısından örnek verecek olursak Meksika’da 17.3.1994 tarihinde imzalanan Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka İlişkin Inter- Amerikan Konvansiyonu³⁸⁵ m. 7 uyarınca sözleşme, tarafların seçtiği hukuka tabi olacaktır. Tarafların hukuk seçiminin açık olması gerekir veya tarafların davranışları ve sözleşmenin hükümleri bir bütün olarak ele alındığında anlaşılacak hukuk seçimi de geçerlidir. Söz konusu seçim sözleşmenin tamamı veya bir kısmına dair olabilir (m. 7/ f. 1). Taraflarca bir mahkemenin yetkili kılınması mutlaka uygulanacak hukukun seçimini gerektirmemektedir (m. 7/ f. 2). Taraflar sözleşmenin tamamının veya bir kısmının önceden tabi olduğu hukuktan farklı bir hukuka tabi olmasını, bu hukuk taraflarca önceden seçilmiş olsun olmasın, her zaman kararlaştırabilirler. Bununla birlikte uygulanacak hukuka dair taraflarca yapılan değişiklik, orijinal sözleşmenin geçerliliğini ve üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyecektir (m. 8).

2.1.2.2. Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Prensipler (Lahey Prensipleri)

Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Prensipler, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı tarafından 19 Mart 2015 tarafından yaklaşık dokuz yıllık bir çalışmanın ürünü olarak kabul edilmiştir. Lahey Prensipleri milli, bölgesel, milletlerarası veya ulusötesi hukuk araçları için model olmak, milletlerarası özel hukuk kurallarının yorumlanması, tamamlanması ile geliştirilmesi için kullanılmak ve hâkimlerle hakem heyetleri tarafından uygulanmak üzere *soft law* niteliğinde düzenlenmiştir (Başlangıç)³⁸⁶.

³⁸⁴ Bu görüş için bkz.: Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 185.

³⁸⁵ Meksika’da 17.3.1994 tarihinde imzalanan Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka İlişkin Inter- Amerikan Konvansiyonu 15.12.1996 yılında yürürlüğe girmiştir. Bolivya, Brezilya, Meksika, Uruguay ve Venezuela tarafından imzalanan sözleşme şimdilik Meksika ve Venezuela tarafından onaylanmış ve yürürlüktedir.

³⁸⁶ Lahey Prensipleri’nin irade serbestisini teşvik etmek, seçilen hukukun en geniş kapsamda uygulanmasını sağlamak, milletlerarası özel hukukun uyumlaştırılmasına hizmet etmek amacıyla düzenlendiğine ilişkin bkz.: Sharareh Dastmalchi, Mohsen Sadeghi, “A Comparative Study Of Applicable Law In International Commercial Contracts Within The Hague Conference Principles

Lahey Prensipleri mesleki ve ticari milletlerarası nitelikli sözleşmelerde tarafların hukuk seçimine dair uygulama alanı bulmaktadır. Tüketici ve iş sözleşmeleri Lahey Prensipleri'nin kapsamı dışında kalmaktadır (m. 1). Lahey Prensipleri hangi halde sözleşmenin milletlerarası nitelik taşıyacağını da düzenlemiştir³⁸⁷. Yine Lahey Prensipleri'nin kapsam dışı bıraktığı konular da m. 1/f. 3'te sayılmıştır³⁸⁸.

Lahey Prensipleri m. 2 hukuk seçimine ilişkin genel hükmü düzenlemektedir. Buna göre sözleşme, tarafların seçtiği hukuka tabidir (m. 2/ f. 1). Taraflar sözleşmenin bir kısmına belirli bir hukukun uygulanmasını başka bir kısmına diğer bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler (m. 2/ f. 2). Seçilen hukuk taraflarca herhangi bir zamanda değiştirebilir. Ancak sözleşme akdedildikten sonra yapılan değişiklik sözleşmenin geçerliliğine ve üçüncü kişilerin haklarına hanel getirmeyecektir (m. 2/ f. 3) . Taraflarla veya aralarındaki işlem ile seçilen hukuk arasında herhangi bağlantı olma zorunluluğu aranmamaktadır (m. 2/ f. 4) .

Lahey Prensipleri hukuk kurallarının milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere “hukuk” olarak seçilebilmesine imkân tanımaktadır. İlgili hükme göre taraflar genel olarak milletlerarası, ulusötesi veya bölgesel düzeyde kabul görmüş tarafsız ve dengeli bir kurallar bütününe dair seçim yapabilirler (m. 3)³⁸⁹.

Milletlerarası, ulusötesi veya bölgesel düzeyde kabul görme şartı Lahey Prensipleri'nin Şerhi'nde (Şerh) “*milli düzeyin ötesinde genel manada tanınmış olma*”

(2015), içinde: Ed. Sibel Özel, Mustafa Erkan, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler, İstanbul, On İki Levha, 2018, ss. 141-142. Lahey Prensipleri'nin lex mercatoria'nın bir kaynağı olduğu yönünde görüş için bkz.: Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 49.

³⁸⁷ Tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde olması ve tarafların ve sözleşmenin ilişkili olduğu bütün unsurların tek bir devlette toplanmamış olması hâlinde sözleşme milletlerarası nitelik taşıyacak ve Lahey Prensipleri kapsamında değerlendirilecektir.

³⁸⁸ Gerçek kişi ehliyetine, tahkim ve yetki anlaşmalarına, şirketler hukukuna ilişkin konulara, iflasa, sözleşmenin haklar üzerindeki etkisi ve temsil yetkisine uygulanacak hukuk Lahey Prensiplerinin kapsamı dışındadır.

³⁸⁹ Başta Çalışma Grubu tarafından hukuk kurallarına dair herhangi bir tanımlama ve sınırlamanın yapılmamış olduğuna, hükümet temsilcilerinden oluşan Komisyon'un onayına sunulduğunda adil olmayan tek taraflı kuralların yaygınlaşması ve devlet yargısında bu seçimin kabul edilmesi hâlinde belirsizliklere sebep olacağı gerekçeleriyle gelen itirazlar neticesinde maddede yer alan sınırlamaların kabul edildiğine ilişkin bkz.: Genevieve Saumier, “The Hague Principles and the Choice of Non-State “Rules of Law” to Govern an International Commercial Contract”, Brooklyn Journal of International Law, Cilt 40, Sayı 1, 2014, s. 12. Lahey Prensipleri m. 3'te yer alan hukuk kurallarının seçimine dair aranan koşulların yorumunun ve içeriğinin tespitinin güçlüğüne hukuk seçimindeki esas amaç olan öngörülebilirliği ve belirliliği sağlama amacına aykırılık teşkil edeceğine ilişkin görüş için bkz.: H. Akif Karaca, “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargulamalarda “Hukuk Kurallar”ın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3”, içinde: Ed. Sibel Özel, Mustafa Erkan, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleleri İstanbul, On İki Levha, 2018, ss. 134-135.

şeklinde tarif edilmiştir. Tarafların aralarındaki sözleşme hükümlerinin, bir tarafın genel işlem şartlarının veya yerel endüstri kurallarının bu madde kapsamında değerlendirilmeyeceği vurgulanmıştır. CISG gibi milletlerarası antlaşma ve konvansiyonların taraflarca hukuk kuralı olarak seçilebileceği belirtilmiştir. Eğer CISG devlet tarafından onaylanmış bir antlaşma ve ilgili devletin hukukunun bir parçası olarak değil de taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilmiş kurallar bütünü olarak uygulanırsa herhangi bir devletin CISG’ e yönelik koyduğu beyan ya da çekince dikkate alınmayacaktır. Yine m. 3 uyarınca milletlerarası kurumlar tarafından bağlayıcı olamayacak şekilde düzenlenmiş UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Prensipleri de milletlerarası düzeyde genel kabul görmüş “hukuk kuralları” olarak taraflarca seçilebilecektir. Bu örneklerin sınırlayıcı olmadığı da vurgulanmıştır³⁹⁰. Dolayısıyla Lahey Prensipleri milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarınca *lex mercatoria*’nın uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak seçilmesine imkân tanımıştır.

Hukuk seçiminin konusu olan hukuk kurallarının bir “kurallar bütünü” olması gerektiği Şerh’te vurgulanmıştır. Mutlaka kapsamlılık unsurunun sağlanması zorunlu olmamakla birlikte milletlerarası bağlamda genel sözleşmesel uyuşmazlıkların çözümlenmesini sağlayabilmelidir³⁹¹.

Milletlerarası ticari bir sözleşmeye taraflarca uygulanmak üzere hukuk kurallarının seçilebilmesinin diğer bir koşulu seçilen bu kuralların tarafsız ve dengeli

³⁹⁰ Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Commentary, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>, ss. 40-41, (Erişim tarihi: 11.10.2021). Bu ölçüt, genel kabulün hangi kriterler esasa alınarak tespit edileceğinin belirsiz olması ve taraflarca bir düzenleme hukuk kuralı olarak aralarındaki sözleşmede seçilmişse bu noktada genel kabulün aranmasının önemli olmadığı, taraflar bir milli hukuk sistemini seçselerdi bu milli hukuk sisteminin milletlerarası alanda kabul görmesi gibi bir koşulun aranmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Yazar ayrıca her ne kadar UNIDROIT Prensipleri açısından bir engel teşkil etmese de başkaca yeni düzenlemelerin seçilmesinin önü bu şekilde kapatıldığı müddetçe onların ulusötesi ve bölgesel düzeyde kabul görmesinin de bir anlamda önünün kapatılmış olacağını ifade etmiştir. Bkz.: Ralf Michaels, “Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, içinde: Kai Purnhagen, Peter Rott, Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz, Dordrecht, Springer, 2014, s. 59.

³⁹¹ Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Commentary, s. 41. CISG’in sözleşmenin geçerliliği hususunu kapsam dışı bırakmış olmasının ve INCOTERMS’ün sınırlı konularda düzenleme getiriyor olmasının onların bu kapsamda değerlendirilmelerine engel oluşturabileceği yönünde görüş için bkz.: Karaca, “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda “Hukuk Kuralları”nın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3”, s. 127. Hukuk kurallarına dair getirilen en temel eleştirinin onların eksik olması yönünde olduğuna, Şerh’te belirtilen nitelikleri taşıyan hukuk kuralları var olmadığı için bu şartın sağlanmasının mümkün olmadığına ilişkin görüş için bkz.: Michaels, “Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, s. 60.

olma vasıflarının varlığıdır (Lahey Prensipleri m. 3) Tarafsızlık vasfına ilişkin Şerh'te ilgili hukuk kurallarının kaynağına vurgu yapılarak farklı hukuki, politik, ekonomik bakış açılarını temsil eden kurumlarca hazırlanması gerektiği belirtilmiştir³⁹². Dengeli olma vasfı açısından da ilgili hukuk kurallarında, tarafların hak ve borçları arasındaki dengenin gözetilmiş olmasının arandığı belirtilmiştir. Bu bağlamda belirli bölgesel veya küresel sektördeki işlemlerin bir tarafına fayda sağlayan kuralların bu şartı sağlaması mümkün değildir³⁹³.

Lahey Prensipleri ticari âdetlerin uygulanmasına ilişkin sessiz kalmıştır. Şerh'te tarafların hak ve yükümlülüklerine ticari âdetlerin etkisinin ne olacağına seçilen hukuk veya hukuk kuralının karar vereceği ifade edilmiştir. Taraflar eğer CISG'in uygulanmasını kararlaştırmışlarsa CISG m. 9, UNIDROIT Prensipleri'nin uygulanmasını kararlaştırmışlarsa m. 1.9, UNCITRAL Model Kanun için m. 28/ f. 24 ve ICC Tahkim Kuralları için de m. 21/f. 2 bu konuda belirleyici olacaktır³⁹⁴.

Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarında uyuşmazlık konusuna ilişkin boşluk olması ve ilgili hukuk kurallarında boşluk doldurmaya yönelik herhangi bir düzenlemenin yer almama ihtimali için Lahey Prensipleri'nde bir hüküm bulunmadığının vurgulandığı Şerh'te, taraflara seçtikleri hukuk kurallarında boşluk olması hâlinde bunların hangi hukuk ile doldurulacağını hukuk seçimi maddesinde düzenlemeleri önerilmektedir³⁹⁵.

³⁹² Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Commentary, s. 41. Doktrinde, ancak ilgili sektördeki bütün paydaşların temsil edildiği kurumlarca hazırlanan hukuk kurallarının bu şartı sağlayabileceği; sektörün belirli bir kısmının temsil edildiği kurumlarca hazırlananların, Lahey Prensipleri m. 3'te aranan "tarafsızlık" koşulunu karşılamayacağına ilişkin bkz.: Peter Mankowski, "Article 3 of the Hague Principles: The Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?", Uniform Law Review, Cilt 22, Sayı 2, 2017, s. 376. Avrupa Prensipleri'nin Kıta Avrupası hukuk ekolü esas alınarak hazırlandığı için bu şartı sağladığını ileri sürmenin zor olduğuna yönelik görüş için bkz.: Karaca, "Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kurallar"nın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3", s. 126.

³⁹³ Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Commentary, s. 41. Doktrinde CISG'in satım sözleşmesinde alıcının mı satıcının mı yararını daha fazla gözettiği konusu tartışılıyorken FIDIC gibi meslek kuruluşları tarafından hazırlanan model sözleşmelerin bu koşulu sağlayıp sağlamadığı konusunun tartışmalı olduğu; ilgili hukuk kurallarına ilişkin düzenlemeyi yapan kurumun sözleşmeyle ilgili olabilecek bütün paydaşların temsiline yer verip vermediğinin bu şartın değerlendirilmesi noktasında dikkate alınması gerektiği; devlet hukuklarının bütün vatandaşların ve paydaşların demokratik olarak temsil edildiği yasama organları ile yapılmasının devlet hukuklarını hukuk kurallarına oranla bu koşulu sağlamaya daha fazla yaklaştırdığı ifade edilmiştir. Bkz.: Karaca, "Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kurallar"nın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3", s. 126.

³⁹⁴ Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Commentary, s. 42.

³⁹⁵ Buna örnek olarak "Bu sözleşme, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri'ne ve bu Prensipler'in kapsamına girmeyen hususlarla ilgili olarak X Devleti'nin hukukuna

Lahey Prensipleri bağlayıcı olmayan hukuk kuralları niteliğindedir. Amacı sözleşmeler hukuku alanında irade serbestisini teşvik etmektir. Roma I Tüzüğü'nün hazırlık aşamalarında Ekonomik ve Sosyal Komite tarafından desteklenen UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri gibi milli hukuk sistemlerinden bağımsız kuralların taraflarca aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilebilme imkânının tanınması yönündeki görüşlerin Roma I Tüzüğü'nün nihai hâlinde kabul edilmemesi karşısında Lahey Prensipleri'nde Roma I Tüzüğü gibi bağlayıcı nitelik taşımasa da *lex mercatoria*'nın belirli sınırlar çerçevesinde taraflarca *lex causae* olarak seçilebilme imkânının tanınması kanaatimizce önemli bir adımdır. Bu adımın bazı milli hukuk sistemlerini etkilemesi veya bu yönde, taraf olan devleti bağlayıcı nitelikte bir milletlerarası antlaşmanın akdedilmesinin önünü açması ihtimal dâhilindedir.

2.1.3 Lex Mercatoria'nın Seçilmesi Hâlinde Kapsamında Yer Alan Maddi Hükümler Açısından Değerlendirme

Taraflar arasındaki milletlerarası ticari sözleşmede yer alan, doğacak uyuşmazlıkların hukukun genel prensiplerine veya *lex mercatoria*'ya göre çözüme kavuşturulacağına ilişkin hükümlere klasik kanunlar ihtilafı metodolojisi ile bakacak olursak; bunlar teknik bir hukuk seçimi olarak kabul edilebileceği gibi, "*incorporation*" yoluyla yabancı bir hukukun hükümlerini sözleşmeye eklemek olarak da yorumlanabilir. İlki yabancı bir hukuk sisteminin uygulanacak hukuk olarak seçimi anlamına gelirken; diğeri ise taraflarca müzakere edilerek eklenen hükümler gibi bir kuralı "*incorporation*" yoluyla sözleşmeye dâhil etmek olarak kabul edilmektedir. İkinci ihtimal kabul edilecek olursa, "*incorporation*" yoluyla sözleşmeye dâhil edilen kurallar sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla uygulama imkânı bulabilecektir³⁹⁶.

tabi olacaktır. Şeklinde hukuk seçimi klozu verilmiştir". Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Commentary, s. 42

³⁹⁶ Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 961; Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 63-64; Nuray Ekşi, "Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 19, Sayı 1-2, 1999, s. 267; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 329; Vahit Doğan, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 94; Berk Demirkol,

Klasik kanunlar ihtilafı sistemini kabul etmiş milli hukukların, her ne kadar taraflara aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmelere hukuk seçimi yapabilmeleri konusunda serbesti tanımış olsalar da yapılacak seçimin mutlaka bir devlet hukuku olması konusundaki muhafazakâr yaklaşımları³⁹⁷, lex mercatoria'nın uygulanacak hukuk kuralı olarak seçilmesi, seçilmiş olsa dahi bunun bir akit statüsü olarak kabul edilmeyerek lex mercatoria kapsamında yer alan maddi kuralların “*incorporation*” yoluyla sözleşme içeriğine dâhil edilmiş bir sözleşme hükmü niteliğinde değerlendirilmesi milletlerarası ticaret alanında camiasında hala tartışmalı bir konudur.

Taraflar aralarındaki sözleşmede hukuk seçimi yaparken lex mercatoria yönündeki tercihlerini farklı şekillerde ifade edebilmektedirler. “Milletlerarası ticaret hukukunda kabul edilen genel prensipler”, “hukukun genel ilkeleri”³⁹⁸, “medeni milletler tarafından kabul edilen genel prensipler”, “milletlerarası ticarete geçerli âdet

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 116; Güngör, a.g.e., s. 175; Tarman, Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, s. 115; Özdemir Köseoğlu, Uluslararası Ticari Tahkimde Uyuşmazlık Çözümünün Uygulanacak Hukuk Açısından İncelenmesi, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 12; Can, Tuna, a.g.e., s. 221-222. Demir Gökyayla lex mercatoria'nın bir hukuk sistemi olarak kabul edilmediği için taraflarca seçilmesi hâlinde bunun geçersiz olacağını, lex mercatoria'nın içeriğinin “*incorporation*” yoluyla sözleşmenin bir parçası haline getirilmiş olduğunun dahi kabul edilmesinin mümkün olmadığını zira içeriğinin belirsiz olduğunu ifade etmiştir. Bkz.: Demir Gökyayla, a.g.e., s. 300. “(...) *Akin ifa yeri (eşyanın teslim yeri) Türkiye olduğuna göre, devletler hususi hukuku kuralları gereğince olaya ifa yeri (...) yasalarının yani Türk yasalarının uygulanması gerekmektedir. Esasen bu konuda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, taşıma senedinde taşıyıcı davalı firmanın koymuş olduğu “biz münhasıran Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesi Hükümlerine (ADSP) göre çalışmaktayız” kayıt ve şartından doğmaktadır. Davalı taşıyıcı, Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesi'nin 52/2 maddesi hükmü gereğince, eksik çıkan eşyalardan dolayı azami 1500 Alman Markı değerini aşmamak üzere kilo başına 1,5 Alman Markı ile ve sınırlı olarak sorumlu olduğunu savunmaktadır. Oysa yukarıda belirtildiği gibi, ifa yeri (...) olan TTK'nın 766. maddesi hükmüne göre taşıma akdinde kanunun taşıyıcıya ve hususiyle faaliyetleri Devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mesuliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür. Bu kayıt ve şartların işletme nizamnamelerine, umumi şartnamelere, tarifelere veya bunlara benzer diğer vesikalara konulmuş olması hâlinde de hüküm aynıdır (...) O halde olaya ifa yeri (...) yasalarının uygulanacağına ve ifa yer kanunu olan TTK'nın 766. maddesi taşıma sözleşmelerindeki sorumluluğu hafifleten veya kaldıran hükümlerin geçersiz olduğunu belirtmiş bulunmasına ve bu hükmün yorumlayıcı değil uyulması gereken emredici hüküm niteliğinde olmasına göre, TTK'nın bu hükmü karşısında davalı taşıyıcının dayandığı Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesi'ndeki sorumluluğu sınırlandıran hükümler geçersiz ve olaya uygulama olanağı yoktur” şeklindeki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 1979/11-1775 ve K. 1981/563 sayılı 3.7.1981 tarihinde vermiş olduğu aynı yönde karar için bkz.: Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 65.*

³⁹⁷ Şanlı klasik kanunlar ihtilafı tekniklerinin milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümlenmesinde yeterli olmadığını vurgulamıştır. Bkz.: Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 318.

³⁹⁸ Tarafların, hukukun genel ilkelerini aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına uygulanmak üzere belirlemiş olmaları hâlinde bu ilkelerinin kapsamının belirsiz ve tartışmalı olması sorunu lex mercatoria'nın kaynaklarından biri olan UNIDROIT Prensipleri ile çözülebilecektir. Doktrinde UNIDROIT Prensipleri'nin lex mercatoria'nın sistematik ve yazılı hale getirilmiş bir derlemesi olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 22.

ve teamüller” şeklinde ve bunlara benzer ifadelerin yer aldığı seçimler lex mercatoria’yı oluşturan kurallar bütününe muhtemel uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere taraflarca seçildiği anlamına gelmektedir.

Sözleşmeden veya somut olayın koşullarından aksi anlaşılmadığı sürece yukarıdaki veya onlara benzer şekilde ifadelerin yer alması taraflarca herhangi bir ayırım gözetilmeksizin lex mercatoria’nın bütün kaynaklarının uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçim yapıldığını ifade etmektedir. Elbette ki taraflar lex mercatoria’nın belirli kaynaklarının uygulanması yönünde seçim yapabilirler. Ancak taraf iradelerinin bu yönde olduğunun hukuk seçimine ilişkin sözleşmede yer alan düzenlemenin lafzından veya somut olayın koşullarından anlaşılması gerekmektedir. Özetle taraflar hukuk seçimi yaparken milli hukuk sistemleri yerine lex mercatoria yönünde irade ortaya koymuşlarsa mutlaka lex mercatoria’nın bir bütün olarak seçilmiş olduğunun belirtilmesi gibi bir zorunluluk milletlerarası ticaret hukukunda söz konusu değildir³⁹⁹. Ancak milli hukuk sistemleri mahkeme yargısı açısından tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığa lex mercatoria’yı oluşturan maddi hukuk kurallarının uygulanacağını kararlaştırabilmelerine imkân vermemektedir. Tarafların aralarındaki sözleşmede aslında esasa uygulanacak hukuk kuralı olarak lex mercatoria yönünde yapmış oldukları seçim milli hukuk sistemlerinde geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmemekte, “*incorporation*” yoluyla sözleşmeye dâhil edilmiş bir sözleşme hükmü niteliğinde değerlendirilmektedir. Bu sebeple hâkim uygulanacak hukuku kendi kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan objektif bağlama kuralına göre tespit etmektedir⁴⁰⁰. Böylece tarafların muhtemel uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere yapmış oldukları lex mercatoria seçimi, lex

³⁹⁹ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 87. Ayoğlu tarafların bu ifadelere yer vermelerindeki amacın bilinçli olarak milli hukuk sistemlerini değil de lex mercatoria’yı oluşturan kurallar bütününe aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların esasına uygulanmak üzere tercih ettikleri anlamına geldiğini, tarafların bu tercih yönündeki iradelerini gösterirlerken çoğunlukla lex mercatoria’nın kaynakları arasında kasıtlı bir ayırma gitmeyi amaçlamadıklarını belirtmiştir. Bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 87.

⁴⁰⁰ Tarafların uygulanacak hukuk olarak Prensipler’i seçmiş olmaları, mahkemelerde görülen davalarda Prensipler’in sözleşmenin bir hükmü olarak kabul edilmesi, diğer bir ifadeyle “*incorporation*” yoluyla sözleşmenin bir parçası haline getirilmiş olmaları sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple de Prensipler ancak lex causae’nin emredici hükümlerine aykırı olmayacak şekilde uygulanma imkânı bulacaktır. Bkz.: Bonell, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, s. 22.

causae'nın emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, onun yedek hükümlerinin önünde bir sözleşme hükmü niteliğinde dikkate alınmaktadır.

Belirtmek gerekir ki lex mercatoria kapsamında yer alan bazı maddi kurallar ile ticari âdet ve teamüller bazı milli hukuk sistemlerinin parçası haline gelmiş olabilirler. Mahkemelerin bu kuralları uyuşmazlığın esasına uygulayıp uygulamayacakları noktasında bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak buradaki önemli husus, mahkemenin bu maddi hükümleri lex mercatoria olarak değil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak milli hukuk sisteminin bir parçası niteliğinde uygulayacak olmasıdır⁴⁰¹.

Doktrinde lex mercatoria'nın akit statüsü olarak taraflarca seçilip seçilemeyeceği konusunda farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüş mutlaka bir devletin hukukunun seçilmesinin geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edileceğini iddia etmektedir⁴⁰². Bonell milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere lex mercatoria'nın milletlerarası tahkim alanında seçilebilmesinin kabul edilip de devlet yargısı açısından kabul edilmemesini yapay ve temeli olmayan bir ayırım olarak nitelendirmektedir⁴⁰³. Ayrıca Yazar lex causae olarak bir milli hukuk sisteminin uygulanacağı taraflarca seçilse veya hâkim tarafından tespit edilse dahi ilgili milli hukuk sistemindeki düzenlemenin açık olmadığı ya da çok katı olduğu ve milletlerarası sözleşmelere ilişkin esaslara uygun olmayan çözümler getirdiği hallerde dahi lex mercatoria'nın kaynaklarından olan UNIDROIT Prensipleri'ne başvurulabileceğini ifade etmiştir⁴⁰⁴.

Tarafların lex mercatoria yönünde yapmış oldukları seçimin geçerli bir hukuk seçimi olmadığını savunanlar gerekçe olarak lex mercatoria'nın bir "hukuk"

⁴⁰¹ Aygül, a.g.m., s. 77.

⁴⁰² Demir Gökyayla, a.g.e., s. 300; B. Bahadır Erdem, "Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria", içinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiörük, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 132.

⁴⁰³ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", ss. 21-22, 27.

⁴⁰⁴ Bonell, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ss. 238-239. Lex causae olarak tespit edilen milli hukuk sisteminin uygulanmasının milletlerarası ticarete ve hakkaniyete uygun olmayan çözümü kabul etmesi durumunda UNIDROIT Prensipleri'nden ilgili milli hukuk sistemini tamamlamakta yararlanılabileceği, hâkimlerin her ne kadar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk lex fori olarak tespit edildiğinde kendi hukuklarının hakkaniyete aykırı çözüm getirdiğini veya milletlerarası ticaretin gereklerinin uygun olmadığını kabul etmelerinin çok mümkün olmadığı ancak uygulanacak hukukun yabancı bir devletin hukuku olması hâlinde hâkimin bu hukuku UNIDROIT Prensipleri'ne uygun olarak yorumlamayı ve tamamlamayı tercih ederek daha adil bir şekilde uyuşmazlığı çözebileceği yönündeki görüş için bkz.: Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 164.

olmadığı⁴⁰⁵, diğer bir ifadeyle asgari seviyede hukuk düzeni olmadığı için akit statüsü olarak seçilemeyeceği, aksinin kabul edilmesinin tacirlere milli hukuk kurallarından imtina etmenin yolunu açmak anlamına geleceği, lex mercatoria'yı oluşturan maddi kuralların belirsiz ve yetersiz olduğu gibi görüşler belirtilmişlerdir⁴⁰⁶.

Juenger milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarının milli hukuk sistemlerinden bağımsız nitelikte hukuk kurallarını seçmeleri imkânının kabul edilmemesinin, onları, zorunlu olarak sözleşmeyle objektif açıdan bağlantısı olmayan bir üçüncü milli hukuk sistemini uygulanacak hukuk olarak seçmeleri ihtimaline doğru yönlendirilmiş olacağını ve bunun mantıklı olup olmadığının sorgulanması gerektiğini belirtmiştir⁴⁰⁷. Yazar, taraflara tanınan irade serbestisinin neden sadece bir milli hukuk sistemini seçme hakkıyla sınırlandırılmış olduğunu sorgulamıştır⁴⁰⁸.

Türk hukuku açısından konuyu değerlendirdiğimizde sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralını düzenleyen MÖHUK m. 24, tarafların açık olarak yaptıkları ya da sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçiminin geçerli olduğunu düzenlemiştir. Yine bu seçimin sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını taraflarca kararlaştırılabileceği, hukuk seçiminin taraflarca her zaman yapılabileceği veya değiştirilebileceği ancak sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçiminin üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerli olacağı belirtilmiştir.

Doktrinde ağırlıklı görüş MÖHUK m. 24'te düzenlenmiş olan sübjektif bağlama kuralında yer alan hukuk seçiminden kastedilenin bir devletin hukuku olduğunu⁴⁰⁹,

⁴⁰⁵ Klasik anlayışa göre hukuk “*milli devletlerin kanun koyucuları tarafından veya milli devletlerce ortaklaşa olarak kurallar (anlaşmalar)*” olarak tanımlanmıştır. Bkz.: Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 54.

⁴⁰⁶ Bu değerlendirme için bkz.: Aygül, a.g.m., ss. 75-76. Şanlı lex mercatoria yönünde yapılmış hukuk seçiminin sağlayacağı faydanın yaratılacak belirsizliğe tercih edilebileceğini ifade etmiştir. Bkz.: Şanlı Uluslararası Ticari Akitlerin hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 46.

⁴⁰⁷ Friedrich K. Juenger, “The Lex Mercatoria and Private International Law”. Louisiana Law Review, Cilt 60, Sayı 4, 2000, ss. 1145-1146.

⁴⁰⁸ Friedrich K. Juenger, “The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contracts Choice of Law”, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/138/15.pdf>, 1998, ss. 233-234, (Erişim tarihi: 21.06.2021)

⁴⁰⁹ Nomer, a.g.e., s. 324; Çelikel, Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 400; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 329; Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 329; Vahit Doğan, Milletlerarası Ticaret Hukuku, ss. 92-93; İzmirli, a.g.m., s. 219; Tiryakioğlu, s. 24; Tekinalp, a.g.e., s. 282; Demir Gökyayla, a.g.e., s. 300; Vahit Doğan, Milletlerarası

hangi devlet hukuku olduğu konusunda herhangi bir sınırlandırmaya gidilmediğini (uyuşmazlıkla, sözleşmeyle veya taraflarla sıkı ilişkili bir hukuk olması aranmadığını), ancak lex mercatoria'nın veya kaynaklarının “hukuk” olarak kabul edilmeyeceği için MÖHUK m. 24 uyarınca geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmeyeceğini ifade etmektedir.

Aksi görüş MÖHUK m. 24'te yer alan “hukuk” ifadesinin lex mercatoria'yı da kapsadığını, bunun milletlerarası ticari hayatın gereklerine daha uygun bir yaklaşım ve taraflara tanınan irade serbestisinin gereği olduğunu ileri sürmektedir⁴¹⁰. Doktrinde başka bir görüş de MÖHUK m. 24/ f. 1'de yer alan “hukuk” ifadesi yerine “hukuk kuralları” ifadesinin yer almasının milletlerarası ticaret hayatının ihtiyaçlarına daha uygun olacağını belirtmiştir⁴¹¹.

Kanaatimizce irade serbestisi prensibinin milletlerarası ticaretin ihtiyaçları ile uyumlu hale getirilmesine imkân sağlanmalı ve uyuşmazlığın tahkimde veya mahkemede çözümlenmesine bağlı olarak tarafların sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimine bağlanan sonuçlar açısından adil olmayan farklılık ortadan kaldırılmalıdır. Buna hizmet etmek üzere milli hukuk sistemlerinin, tarafların Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Prensipler (Lahey Prensipleri) m. 3'te de tarif edildiği şekilde “*genel olarak milletlerarası, ulusötesi veya bölgesel düzeyde kabul görmüş tarafsız ve dengeli bir kurallar bütününe*” dair yapmış oldukları seçimin geçerli bir hukuk seçimi olduğuna yönelik yaklaşım değiştirmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda milli hukuk sistemleri ilgili mevzuatı düzenlerken Lahey Prensipleri'nde olduğu gibi seçilecek lex mercatoria'nın kaynağına yönelik belirli koşullar getirebilirler. Zira elbette ki tarafların örneğin bir davranış koduna ya da Incoterms'e yönelik yapmış oldukları seçim, tek başına bir hukuk sistemi seçimi olarak kabul edilmeyecek ve bu kaynaklar “*incorporation*” yoluyla sözleşmenin bir parçası haline gelecektir⁴¹². Ancak milli hukuk sistemleri tarafından, tarafların lex mercatoria'nın

Özel Hukuk, ss. 407-408; Güngör, a.g.e., s. 175; Özdemir Kocasakal, a.g.m., s. 30; Tarman, Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, s. 115; Can, Tuna, a.g.e., s. 221-222.

⁴¹⁰ Bu yönde görüş için bkz. Aygöl, a.g.m., s. 79. Sargın lex mercatoria'nın milli hukuklardan bağımsız, milletlerarası toplum tarafından geliştirilen bir hukuk düzeni olduğunu, taraflarca lex mercatoria'yı oluşturan kurallara ilişkin yapılan seçimin, bir devlet hukukuna dair bir seçim olmasa da geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Sargın, a.g.e., s. 194.

⁴¹¹ Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 182.

⁴¹² Şanlı lex mercatoria'nın taraflarca aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçilmesinin mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte; taraflarca, sözleşmede davranış kodlarına atf yapılmış olmasının hukuk seçimi gibi kabul edilmesinin mümkün olmadığını, doğrudan davanın

veya onun kapsamlı bir mukayeseli hukuk çalışması sonucu oluşturulmuş UNIDROIT Prensipleri ve CISG gibi kaynaklarından birinin aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanması yönünde yapmış oldukları seçimin belirli koşullar dâhilinde *lex causae* olarak kabul edilebilmesine imkân sağlayan kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenebilir. Bu kapsamda *soft law* nitelik taşıyan Lahey Prensipleri model olarak alınabilir. Zira Bonell'in de ifade ettiği gibi milletlerarası ticaret hukuku alanında evrensel düzeyde atılabilecek en önemli adımlardan biri atılmış, Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Lahey Konferansı tarafından *lex mercatoria*'nın sözleşme taraflarınca uygulanmak üzere seçilebilmesi yönünde resmî bir tanıma gerçekleştirilmiş⁴¹³ ve bu kapsamda Lahey Prensipleri yayınlanmıştır. Kanaatimizce bu yoldaki ideal hedef taraf devletler için bağlayıcı nitelikte bir milletlerarası konvansiyonla *lex mercatoria*'nın uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere sözleşme taraflarınca seçilebilmesine imkân sağlanmasıdır. Lahey Prensipleri bu yolda atılmış önemli bir adımdır.

2.1.4. Lex Mercatoria Kapsamında Yer Alan Ticari Âdet ve Teamüller Açısından Değerlendirme

Taraflar aralarındaki ticari sözleşmede uygulanacak hukuk kuralı olarak *lex mercatoria*'yı belirlemişlerse yukarıda bahsettiğimiz iki ihtimalden biri söz konusu olacaktır. Henüz çalışmamız kapsamında yaptığımız araştırmalarda rastlamadığımız şekilde mahkeme bu seçimi geçerli kabul ederek milletlerarası ticari uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmasına karar verebilir. Böylece akit statüsü *lex mercatoria* olarak tespit edilmiş olur. Bu durumda *lex mercatoria* kapsamındaki maddi hükümler herhangi bir milli hukuk sisteminin emredici hükümlerinin denetimi altında olmaksızın *lex causae* olarak uyuşmazlığın esasına uygulanabilir.

Lex mercatoria kapsamında yer alan ticari âdet ve teamüller ise *lex mercatoria* teorisinde hâkim örtülü hükümler anlayışı uyarınca sözleşme hükmü niteliğinde uygulama alanı bulacaktır. Diğer bir ifadeyle ilgili sektörde geçerli olan ve taraflarca

esasına uygulanamayacağını ve böyle bir atfın varlığı hâlinde davranış kodlarının “*incorporation*” yoluyla sözleşmenin bir hükmü niteliği kazanmış olacağını belirtmiştir. Bkz.: Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 334.

⁴¹³ Bu görüş için bkz.: Bonell, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, s. 27.

bilinen ya da bilinmesi gereken ticari âdet ve teamüller sözleşmenin içeriğine dâhil kabul edilirler. Bu noktada karine, tarafların ilgili sektörde yerleşik olan ve herkes için geçerli olan âdet ve teamüllerin uygulanmasına rızaları olduğudur.

Bugün itibariyle milli mahkemelerin vermekte oldukları kararlar lex mercatoria'nın taraflarca lex causae olarak seçilemeyeceği yönündedir. Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken husus, tarafların aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmede yaptıkları lex mercatoria'nın uygulanması yönündeki seçimin geçersiz kabul edilmesi hâlinde ticari âdet ve teamüllerin nasıl uygulama alanı bulacağıdır.

Lex mercatoria yönünde tarafların aralarında ticari sözleşmede yapmış oldukları hukuk kuralı seçiminin mahkeme tarafından teknik anlamda geçerli bir hukuk seçimi kabul edilmemesi hâlinde hâkim kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit edecektir. Bu hukuk bir milli hukuk sistemi olacaktır. Tarafların lex mercatoria'yı ilişkin olarak yapmış oldukları seçim, lex mercatoria kapsamındaki maddi hükümleri “*incorporation*” yoluyla sözleşmenin bir parçası haline getirecektir. Diğer bir ifadeyle lex mercatoria'ya ilişkin maddi hükümler, lex causae olarak tespit edilen milli hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla bir sözleşme hükmü olarak uygulanabilecektir. Lex mercatoria kapsamında yer alan ticari âdet ve teamüllerin ise hangi statüde uygulama alanı bulacağını lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen lex causae belirleyecektir. Diğer bir ifadeyle hâkimin milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere tespit ettiği milli hukuk ticari âdet ve teamüle hangi hukuki statüyü tanıyorsa ticari âdet ve teamüller o statüde uygulama alanı bulacaktır.

Anglosakson hukuk sistemini kabul etmiş milli hukuk sistemlerinden biri lex causae olarak sözleşmeye uygulanacak olursa, ticari âdet ve teamüller bu hukuk sisteminde kabul edildiği şekilde örtülü hükümler teorisi uyarınca sözleşme hükmü statüsünde sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanabilecektir.

Kıta Avrupası hukuk sistemini kabul etmiş bir milli hukuk sistemi hâkim tarafından milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak tespit edilirse, ticari örf ve âdetler ikincil (tali) hukuk kaynağı olarak lex

causae'nın boşluklarını doldurmak üzere uygulanabilecektir⁴¹⁴. Ticari teamüller ise hükme esas alınmayacak, ancak irade açıklamalarının yorumunda dikkate alınabilecektir.

2.2. TARAFLARCA HUKUK SEÇİMİ YAPILMAMIŞ OLMASI VEYA YAPILAN HUKUK SEÇİMİNİN GEÇERSİZ OLMASI HÂLİNDE SÖZLEŞMEYE LEX MERCATORIA'NIN UYGULANMASI

2.2.1. Kanunlar İhtilafı Kurallarında Yer Alan Objektif Bağlama Kurallarına İlişkin Bazı Düzenlemeler

Taraflar aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmede bir hukuk seçimi yapmamışsa veya yapmış oldukları hukuk seçimi lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre geçersizse milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuk lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan objektif bağlama kuralına göre tespit edilecektir.

Türk hukuku açısından değerlendirecek olursak milletlerarası ticari ilişkinin tarafları aralarındaki ticari sözleşmede bir hukuk seçimi yapmamışlar ya da yapmış oldukları seçim MÖHUK m. 24 uyarınca geçersiz ise hâkim sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku MÖHUK m. 24/ f. 4'de yer alan objektif bağlama kuralına göre tespit edecektir. Hükme göre tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Ticari veya mesleki faaliyet gereği kurulan sözleşmelerde bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukukudur⁴¹⁵. Karakteristik edim borçlusunun işyeri bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri

⁴¹⁴ İslam hukuk sisteminde de örf ve âdet hukukun kaynaklarından kabul edilmektedir. Ancak uygulanacak diğer asli ve fer'i kaynaklarda, bu kapsamda Kur'an-ı Kerimde ya da sünnette, uyuşmazlık konusuna ilişkin hüküm yoksa örf ve âdet hukukuna başvurma imkânı doğabilmektedir. Yusuf Ziya Binatlı, "Türk Hukukunda Örf ve âdetlerin Dünkü ve Bugünkü Yeri ve Ticari Hayattaki Önemi", Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi İktisat Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, (1980), s. 8.

⁴¹⁵ Farklı bir milli hukuk sisteminden örnek vermek gerekirse İran Medeni Kanunu'nda sözleşme taraflarının her ikisinin de yabancı uyruklu olması ve taraflarca uyuşmazlık açıkça veya zımni olarak başka devletin kanunlarına tabi kılınmaması hâlinde sözleşmenin ifa yeri hukukuna tabi olacağı düzenlenmiştir (m. 968).

hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartları değerlendirildiğinde sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 117'ye göre taraflar uygulanacak hukuka ilişkin bir seçim yapmadılarsa, sözleşmeyle en sıkı ilişkili devletin hukuku uygulanacaktır. Bu hukuk karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku veya sözleşme mesleki ya da ticari bir faaliyet gereği akdedilmişse karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukudur. Karakteristik edimden kastedilenin ne olduğu aynı maddede açıklanmıştır. İlgili hükme göre temlik sözleşmelerinde temlik edenin edimi, bir şeyin veya hakkın kullanımına dair sözleşmelerde kullandırmanın edimi; vekâlet, istisna ve diğer bütün hizmet sözleşmelerinde hizmette bulunanın edimi, vedia sözleşmelerinde vedia alanın, kefalet sözleşmelerinde kefilin ve teminat sözleşmelerinde teminat verenin edimi karakteristik edim olarak belirtilmiştir. Kanun'un 15. maddesi uyarınca şartların tamamı karşılaştırıldığında bu kanun uyarınca tespit edilen hukuk, uyuşmazlıkla gevşek bir bağa sahipse ve uyuşmazlık başka bir hukukla sıkı ilişki içerisindeyse bu istisnai olarak uygulanmaz.

Roma Konvansiyonu m. 4 taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olmasına dair objektif bağlama kuralı düzenlemiştir. İlgili hükme göre taraflar Konvansiyon m. 3'e göre hukuk seçimi yapmamışlarsa sözleşmeye en sıkı ilişkili devletin hukuku uygulanacaktır. Bununla beraber sözleşmenin bölünebilir bir kısmının başka bir devletin hukuku ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu kısma istisnai olarak bu devletin hukuku uygulanabilir. Konvansiyon'da en sıkı ilişkili hukuka dair bir karine düzenlenmiştir. Konvansiyon m. 3/ f. 2 uyarınca bu hukuk, sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin yapıldığı sıradaki mutad meskeni veya tüzel kişiliği olan ya da olmayan bir ortaklık söz konusu ise genel idare merkezi hukukudur. Mesleki veya ticari bir faaliyet gereği yapılmış bir sözleşme söz konusu ise karakteristik edim borçlusunun merkezi iş yeri hukuku uygulanır. Sözleşmenin konusunun bir gayrimenkul üzerindeki hakka veya bir gayrimenkulün kullanılmasına dair hakka ilişkin olması haline ve bir mal taşıma sözleşmesinin söz konusu olduğu hallere dair üçüncü ve dördüncü fıkrada objektif bağlama kuralı ayrıca düzenlenmiştir. Konvansiyon'un üçüncü maddesinin son fıkrasında karakteristik edimin tespit edilememesi ve halin şartlarından sözleşmenin başka bir devletin hukukuyla daha sıkı

ilişkili olması durumunda ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkra hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Roma I Tüzüğü'nün 4. maddesi sözleşme taraflarınca hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Bazı sözleşme tipleri için ayrı ayrı objektif bağlama kuralı düzenleme yoluna gidilmiştir. Mal satım sözleşmeleri için satıcının mutad mesken hukuku, hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde hizmet sağlayanın mutad mesken hukuku, gayrimenkul aynına ve kiralanmasına ilişkin sözleşmelerde gayrimenkulün bulunduğu yer hukuku, gayrimenkulün altı aydan daha kısa süreli özel kullanım için kiralanması hâlinde kiracının gerçek kişi olması ve mutad meskeninin o devlette olması şartıyla mal sahibinin mutad mesken hukuku, franchise sözleşmelerinde franchise alanın mutad mesken hukuku, dağıtım sözleşmelerinde dağıtıcının mutad mesken hukuku, açık arttırma yoluyla mal satımında eğer bu yer belirlenebiliyorsa açık arttırmanın yapıldığı yer hukuku uygulanacak hukuk olarak belirlenmiştir. Maddenin devamında belirli bir hukukun emredici hükümlerine uygun olacak şekilde yapılan 2004/39 sayılı Direktif m. 4/ f. 1/ 17'de belirtilen finansal araçlardan doğan hakların birden fazla kişi tarafından alımını ve satımını birleştiren ya da birleştirmeyi kolaylaştıran çok taraflı sözleşmelere ilgili hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. Roma I Tüzüğü m. 4 /f. 2'de ise birinci fıkrada belirtilen sözleşme tiplerinden biri söz konusu değilse veya ilgili sözleşme birinci fıkrada belirtilen sözleşme tiplerinin birden fazlasını içeriyorsa karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukunun bulunduğu “devlet hukukunun” uygulanacağı belirtilmiştir. Tüzük'ün 3. Fıkrası uyarınca hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle birinci ve ikinci fıkradaki bağlama kurallarına göre tespit edilenlere nazaran daha sıkı ilişkili bir “devlet hukuku” varsa bu hukuk uygulanacaktır. Son fıkrada ise uygulanacak hukuk dördüncü maddenin ilk iki fıkrasına göre tespit edilemiyorsa da yine uygulanacak hukuk sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan “devletin hukuku” olarak belirlenmiştir.

Amerikan hukukunda “*Second Restatement*” (“*The Restatement (Second) of Contracts*”) uyarınca sözleşmede bir hukuk seçimi yapılmadığı halde tarafların hak ve yükümlülükleri sec. 6'daki prensiplere göre işlem ve taraflarla en sıkı ilişkili devletin hukukuna göre belirlenecektir. Sec. 6'da yer alan düzenlemeye göre uygulanacak hukuk kuralının seçimine ilişkin faktörlerin kapsamında: Milletlerarası ve

eyaletlerarası sistemin ihtiyaçları, mahkemenin konuya ilişkin politikası, diğer ilgili devletlerin konuya ilişkin politikaları, o devletlerin belirli bir konunun tayininde yakın menfaatleri, haklı beklentilerin korunması, belirli bir hukuk alanının altında yatan temel politikalar, kesinlik, öngörülebilirlik, sonucun yeknesaklığı, uygulanacak hukukun belirlenmesi ve uygulanmasındaki kolaylık yer almaktadır. En sıkı ilişkili hukukun tespitinde dikkate alınması gereken kriterler de aynı maddenin ikinci fıkrasında sayılmıştır. Sec. 6’da yer alan prensipler uygulanırken sözleşmenin yapıldığı yerin, sözleşme müzakerelerinin yapıldığı yerin, ifa yerinin, sözleşme konusunun bulunduğu yerin, sözleşme taraflarının vatandaşlığının, ikametgâhının, meskeninin, işyerinin ve tüzel kişilik kazandığı yerin göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir. Eğer sözleşme müzakerelerinin yapıldığı yer ile ifa yeri aynı devlette ise aksi ilgili hükümlerde öngörülmemişse olağan koşullarda bu hukuk uygulanır. İlgili düzenlemelerde objektif bağlama kuralı olarak tespit edilecek hukukun mutlaka bir devletin hukuku olması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka İlişkin Inter-Amerikan Konvansiyonu m. 9 uyarınca sözleşme taraflarının uygulanacak hukuka ilişkin bir seçim yapmamış olmaları ya da yapmış oldukları seçimin geçersiz olması hâlinde sözleşme en sıkı ilişkili olan devletin hukukuna tabi olacaktır⁴¹⁶. Mahkeme bu hukuku belirlerken sözleşmenin bütün objektif ve sübjektif unsurlarını dikkate almak zorundadır. Ayrıca mahkeme, milletlerarası organizasyonlar tarafından kabul edilen milletlerarası ticaret hukukunun genel prensiplerini de dikkate alma mecburiyetindedir⁴¹⁷. Bununla beraber sözleşmenin bölünebilir bir kısmı başka bir devletle daha sıkı ilişkili ise istisnai olarak bu kısma ilgili devletin hukuku

⁴¹⁶ Konvansiyon en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesinde herhangi bir objektif coğrafi kriteri esas almamıştır. Tespit yapılırken milletlerarası ticaret hukukunun genel prensiplerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Doktrinde çoğu milli hukuk sistemlerinde yer alan karakteristik edim bağlantısının Konvansiyon’da yer almama sebebi olarak bunun her zaman en sıkı ilişkili hukukun tespitinde uygun bir bağlama noktası olmayışı; barter, yayın ve dağıtım gibi bazı özel sözleşme türlerinde karakteristik edimin tespit edilmesinin güç oluşu, yine şirket birleşmeleri ile anahtar teslim inşaat sözleşmelerinde bir edimin diğer edimden üstün olduğunu söylemenin mümkün olmadığı bu sebeple karakteristik edim bağlantısının kurulamayışı belirtilmiştir. Bkz.: Friederich K. Juenger, “Contract Choice of Law in The Americas”, The American Journal of Comparative Law, Cilt 45, Sayı 1, (1997), s. 205.

⁴¹⁷ ABD temsilcileri bu madde düzenlenirken tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde milletlerarası organizasyonlar tarafından kabul edilen milletlerarası ticaret hukukunun genel prensiplerinin uygulanacağı şeklinde maddenin düzenlenmesi yönünde öneride bulunmuş sonradan maddenin son hali üzerinde uzlaşa sağlanmıştır. Bkz.: Friedrich K. Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, American Journal of Comparative Law, Cilt 42, Sayı 2, (1994), s. 391.

uygulanabilir. Konvansiyon m. 10 uyarınca milletlerarası ticaret hukukunun rehberleri, âdetleri ve prensipleri ile genel kabul görmüş teamül ve uygulamalar da her somut olay açısından adaletin ve hakkaniyetin gerçekleştirilmesi için uygulanmalıdır.

2.2.2. Mahkemelerde Lex Mercatoria'nın En Sıkı İlişkili Hukuk Kuralı Olarak Uygulanma İmkânı

Yukarıda bazı milli hukuk sistemlerinde ve milletlerarası sözleşmelerde yer alan objektif bağlama kurallarına, diğer bir ifadeyle tarafların hukuk seçimi yapmamış veya geçerli bir hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde sözleşmenin tabi olacağı hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına yer verdik.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24/ f. 4, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması ya da MÖHUK m. 24'ün ilk üç fıkrasına uygun olarak geçerli bir hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukukun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olduğunu belirtmiş ve bu sıkı ilişkili hukuka dair maddenin devamında buna ilişkin karineye yer vermiştir. Bu karine uyarınca karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku veya maddede belirtilen durumlar söz konusuysa işyeri hukuku sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmiştir. Maddenin son cümlesinde gerçek bir istisna kuralına yer verilmiş ve hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmenin bu hukuka tâbi olacağı düzenlenmiştir.

Her ne kadar MÖHUK m. 24/ f. 4'te bazı milli hukuk sistemleri ve milletlerarası sözleşmelerden farklı olarak “devletin hukuku” yerine “hukuk” ifadesine yer verilmiş olsa da yargısal içtihatlar ve doktrinindeki ağırlıklı görüş⁴¹⁸ burada “hukuk” ifadesinin dar yorumlanması ve mutlaka bir devletin hukukunun uygulanacak hukuk olarak tespit edilmesi gerektiği yönündedir.

⁴¹⁸ Nomer, a.g.e., s. 324; Çelikel, Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 403; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 329; Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 142; Vahit Doğan, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 92-93; İzmirli, a.g.m., s. 219; Tiryakioğlu, s. 24; Demir Gökyayla, a.g.e., s. 300; Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, ss. 407-408.

Doktrinde MÖHUK m. 24'te yer alan "hukuk" kelimesinin kanunların günün şartlarına uygun yorumlanması ilkesinin gereği olarak, uyuşmazlıkların milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi için milli hukuk sistemlerinden bağımsız hukuk kurallarını kapsayacak şekilde daha geniş yorumlanması ve böylelikle UNIDROIT Prensipleri'nin de Türk mahkemelerinde uygulanacak hukuk olarak tespit edilmesinin mümkün olması gerektiği ifade edilmiştir⁴¹⁹.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku düzenleyen Roma Konvansiyonu m. 3'te ve Roma Tüzüğü m. 4'te uygulanacak hukukun her ihtimalde bir devletin hukuku ("*law of the country*") olduğu açıkça vurgulanmıştır⁴²⁰. Keza Komisyon, Roma Konvansiyonu'nun değişiklik önerisi kapsamında tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukunun uygulanması yönündeki değişikliğe ilişkin açıklamasında da bu noktaya açıkça değinmiş ve tarafların seçim yapmadıkları diğer bir ifadeyle hukuk seçimine ilişkin bir iradenin söz konusu olmadığı durumda uygulanacak hukukun, kesinlik ve öngörülebilirliğin⁴²¹ sağlanması için mutlaka bir devletin hukuku olarak tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 117'de açıkça tarafların uygulanacak hukuka ilişkin bir seçim yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeyle en sıkı ilişkili devletin hukukunun sözleşme statüsü olarak uygulanacağı düzenlenmiş ve özellikle *lex causae*'nin bir devlet hukuku olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu sebeple *lex mercatoria* ve kaynaklarının İsviçre mahkemeleri tarafından, objektif bağlama kuralı olarak uyuşmazlığın esasına uygulanması mümkün değildir.

⁴¹⁹ Bu görüş için bkz.: Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 241.

⁴²⁰ Bkz.: Official Journal of the European Union, Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for the Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (E-Rome I) of 23.12.2006 (COM(2005)650-final), para. 4.2.

⁴²¹ Hukuki öngörülebilirlik, hukukun gerektirdiği şeyin bireyler tarafından önceden bilinmesini ve bireylerin de davranışlarına buna göre yön verebilmelerini sağlamaktadır. Hukuk kurallarının bütünüyle belirsiz olması hâlinde öngörülebilirliğin sağlanması mümkün değildir. Böyle bir durumda toplumda yaşayan insanların davranış standartlarını belirleyen hukuk kuralları önceden onlar tarafından bilinemeyecektir. Bkz.: Gülriz Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 51, Sayı 2, 2002, s. 7.

Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka İlişkin Inter- Amerikan Konvansiyonu m. 9’da tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukukun sözleşmeyle en sıkı ilişkili devletin hukuku olacağını düzenlenmiştir. Ancak maddenin devamında sözleşmeyle en sıkı ilişkili devletin hukuku uygulanmak suretiyle uyuşmazlık çözümlenirken milletlerarası ticaret hukukunun genel prensiplerinin dikkate alınması gerektiği belirtilerek *lex mercatoria*’nın uygulanacak hukukla birlikte göz önüne alınması sağlanmıştır. Ayrıca Konvansiyon m. 10’da her somut olay açısından adaletin ve hakkaniyetin gerçekleşmesi için milletlerarası ticaret hukukunun rehberleri, âdetleri ve prensipleri ile genel kabul görmüş teamül ve uygulamaların da sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bu hüküm sayesinde *lex mercatoria* sadece *lex causae* olarak tespit edilen devletin hukuku uygulanırken dikkate alınmayacak aynı zamanda somut olay adaletinin ve hakkaniyetin sağlanması gerektiriyorsa doğrudan uyuşmazlığın esasına uygulanabilecektir⁴²².

Tarafların hukuk seçimi yapmadıkları ya da yaptıkları hukuk seçiminin geçersiz olduğu milletlerarası ticarete ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde hâkimlerin *lex mercatoria*’nın veya onun kaynaklarından birinin *lex causae* olarak belirlendiği ve uyuşmazlığın esasına uyguladıkları kararlara çok rastlanmamaktadır. Grenoble Temyiz Mahkemesi’nin 24.1.1996 tarihli kararında mahkeme taraflarca hukuk seçimi yapıp yapılmadığı veya uygulanacak hukuku nasıl belirlediğine ilişkin bir açıklama yapmaksızın UNIDROIT Prensipleri’ni uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenmiştir⁴²³.

Kanaatimizce devlet yargısında *lex mercatoria*’nın objektif bağlama kuralı olarak hâkimler tarafından uygulanabilmesinin ön koşulu milletlerarası ticari uyuşmazlıklara bakan hâkimlerin bu alanda uzmanlaşmasının sağlanmasıdır. Her ne

⁴²² Doktrinde Konvansiyon’un ilgili düzenlemeleri kaleme alınırken UNIDROIT Prensipleri’nin uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Bkz.: Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, s. 184; Süral, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri*, s. 243. Doktrinde bu Konvansiyon Meksika ve Venezuela açısından yürürlükte olsa da Amerika kıtasındaki diğer milli sistemler açısından da örnek alınmasının arzu edildiğine ancak her hâlükârda Konvansiyon’un milli mahkemeler ve yargılamalar için önemli bir standart ortaya koyduğuna ilişkin görüş için bkz.: Juenger, “Contract Choice of Law in The Americas”, s. 206.

⁴²³ Grenoble Temyiz Mahkemesi, 24.1.1996, *Revue de l’Arbitrage*, 1997, s. 87’den aktaran Michael Joachim Bonell, “The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years”, *Uniform Law Review*, Cilt 2, Sayı 1, 1997, s. 41.

kadar ticari uyuşmazlıklar ticaret mahkemelerinde çözüme bağlanıyor olsa da hâkimlerin sadece yabancılık unsuru taşımayan ticari uyuşmazlıklar konusunda değil; yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası ticari uyuşmazlıkları milletlerarası ticaret hayatının gereklerine ve hakkaniyete uygun şekilde çözümleyebilme konusunda da uzmanlığa sahip olması gerekmektedir. Aksi halde bütün ileri sürülen hukuki argümanlar teorik düzeyde tartışmalar olarak kalmaya devam edecektir. Ticari uyuşmazlıklara bakan hâkimlerin milletlerarası ticaret hukuku alanında da uzmanlaşmış olmaları hâlinde lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyuşmazlığın esasına bir milli hukuk sistemi uygulanacak olsa dahi lex mercatoria'nın uyuşmazlık konusuna ilişkin ilgili kaynağının dikkate alınmasını mümkün kılan bir kanun değişikliği önerilebilir. Bu açıdan Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka İlişkin Inter- Amerikan Konvansiyonu'nun ilgili hükümleri dikkate alınabilir. Böylece milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarının gözetildiği, milletlerarası ticari hayatın gerçeklerinin dikkate alındığı ve bu açıdan hakkaniyetin sağlandığı bir yargılama için milletlerarası tahkimi tercih eden milletlerarası ticari aktörlerin, uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde devlet yargısından kaçınmaya dair sundukları gerekçeler belirli açılardan azaltılabilir.

2.2.3. Lex Mercatoria Kapsamında Yer Alan Ticari Âdet ve Teamüller Açısından Değerlendirme

Tarafların aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmede yaptıkları hukuk seçiminin geçersiz kabul edildiği veya taraflarca herhangi bir hukuk seçimi yapılmamış olduğu ihtimallerde hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan objektif bağlama kuralına göre uyuşmazlığın esasına uygulanacak milli hukuku tespit edeceğini, Türk hukuku açısından yaptığımız değerlendirmede hâkimlerin MÖHUK m. 24/ f. 4'te yer alan objektif bağlama kuralını uygulayarak uyuşmazlığın esasına lex mercatoria kapsamında yer alan maddi hükümlerin uygulanması yönünde karar vermelerinin mümkün olmadığının kabul edildiğini yukarıda daha ayrıntılı şekilde ifade etmeye çalıştık. Lex mercatoria kapsamında yer alan ticari âdet ve teamüllerin ise hangi statüde uygulama alanı bulacağını ise bu durumda hâkimin MÖHUK m. 24/ f. 4 uyarınca lex causae olarak tespit ettiği milli hukuk sistemi belirleyecektir. Diğer

bir ifadeyle hâkimin milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere tespit ettiği milli hukuk sistemi, ticari âdet ve teamüle hangi hukuki statüyü tanıyorsa⁴²⁴ ticari âdet ve teamüller o statüde uygulama alanı bulacaktır.

2.3. TARAFLARCA UYGULANACAK HUKUK OLARAK BİR MİLLİ HUKUK İLE BİRLİKTE LEX MERCATORIA’NIN SEÇİLMESİ

2.3.1. Genel Bilgi

Milletlerarası ticari sözleşmede taraflar hem bir milli hukuk sistemini hem lex mercatoria’yı aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere seçmiş ve lex mercatoria’yı seçerken “milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensipleri”, “medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensipler”⁴²⁵ veya lex mercatoria’nın başka bir kaynağına dair bir belirleme yapmış olabilirler.

Geleneksel kanunlar ihtilafı hukuku sözleşmelerden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuka ilişkin kısmi hukuk seçimini kabul etmektedir. Taraflar aralarındaki sözleşmenin belirli bir kısmına bir hukuk sisteminin diğer kısmına başka bir hukuk sistemini uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi herhangi bir seçim yapmayarak diğer kısma hâkim tarafından lex fori’nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen hukukun uygulanmasını arzu etmiş olabilirler.

Bu noktada belirtilmesi gereken iki durum söz konusu olmaktadır. Birincisi birçok milli hukuk sistemine ait kanunlar ihtilafı mevzuatı yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde tarafların kısmi hukuk seçmesine imkân vermektedir. Ancak burada sözleşmenin hangi kısmı için hukuk seçiminin yapıldığının belirli olmasını

⁴²⁴ Hâkim kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan objektif bağlama kuralına göre Anglosakson hukuk sistemini veya örtülü hükümler teorisini kabul etmiş başka bir milli hukukun uyuşmazlığın esasına uygulanacağını tespit etmişse, ticari âdet ve teamüller sözleşme hükmü statüsünde kabul edilecektir. Böylece ticari âdet ve teamüller lex causae olarak tespit edilen milli hukuk sisteminin yedek hükümlerinin önünde ve emredici hükümlerine tabi olarak uygulanacaktır. Ancak hâkim objektif bağlama kuralına göre Kıta Avrupası hukuk sistemini kabul etmiş bir milli hukuk sisteminin uyuşmazlığın esasına uygulanacağını belirlemişse ticari âdetler ikincil (tali) hukuk kaynağı olarak lex causae olarak tespit edilen milli hukuk sisteminin boşluklarını doldurmak üzere uygulanabilecektir. Ticari teamüller ise hükme esas alınmayacak, ancak irade açıklamalarının yorumunda dikkate alınabilecektir.

⁴²⁵ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 53.

aramaktadır⁴²⁶. Herhangi bir kısım belirlemeksizin sözleşmenin tamamını birden fazla hukuk sistemine tabi kılmaya yönelik yapılmış olan taraf seçimleri geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir. Böyle bir durumda uygulanacak hukukun tespiti hâkim tarafından lex fori'nin objektif bağlama kurallarına göre yapılmaktadır.

2.3.2. Taraflarca Sözleşmenin Tamamının Bir Milli Hukuk ile Birlikte Lex Mercatoria'ya Tabi Kılınması

Sözleşme taraflarının bir milli hukuk ile milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensiplerini, milletlerarası ticaret hukukunun genel esaslarını, genel hukuk prensiplerini veya lex mercatoria'nın başka bir kaynağının sözleşmenin bütünü için birlikte uygulanmasını kararlaştırmış olmaları hâlinde taraflar, kendilerinin belirlemiş oldukları milli hukuk sistemi ile lex mercatoria kapsamında yer alan maddi hükümlerin kümülatif olarak uyumsuzluğa uygulanmasını istemektedirler⁴²⁷.

Klasik kanunlar ihtilafı sisteminde herhangi bir kısım belirlemeksizin sözleşmenin tamamı için birden fazla hukukun taraflarca lex causae olarak kararlaştırılması geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir. Kısmi hukuk seçiminin kabul edilmiş olması yukarıda da ifade ettiğimiz gibi sözleşmenin belirli kısmından doğacak uyumsuzluklara uygulanacak hukukun seçilmiş olması diğer kısımlar için ya başka bir milli hukuk sisteminin seçilmesi ya da seçim yapılmaksızın uygulanacak hukukun tespitinin lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan objektif bağlama kuralına göre belirlenmek üzere hâkime bırakılması şeklinde olmaktadır. Tarafların bu şekilde bir belirleme yapmaksızın sözleşmeden doğan borç ilişkisine bir milli hukuk sistemi ve lex mercatoria'nın birlikte uygulanacağı yönünde yapmış oldukları seçim, klasik kanunlar ihtilafı sistemini benimsemiş devlet mahkemelerinde geçersiz kabul edilebilecektir. Doktrinde bir sözleşmesel ilişkinin aynı anda iki farklı milli hukuka tabi tutulması amacıyla yapılan kümülatif hukuk seçiminin MÖHUK açısından da hukukun genel prensipleri açısından da hüküm

⁴²⁶ Tekinalp, a.g.e., s. 281; Rona Aybay, Esra Dardağan, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 256; Tarman, Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, s. 112; Demirkol, a.g.e., s. 148, dn. 428.

⁴²⁷ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, ss. 90-91.

doğurmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁴²⁸. Bu durumda hâkim iki türlü karar verebilir; ya taraflarca yapılmış hukuk seçimini geçersiz kabul edecek ve objektif bağlama kuralına göre uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit edecek ya da seçilen milli hukuk açısından hukuk seçimini geçerli kabul ederek sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına bu hukuku uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenecektir. Bu durumda *lex mercatoria*'yı da “*incorporation*” yoluyla sözleşmeye dâhil edecek, diğer bir ifadeyle *lex mercatoria*'yı sözleşmenin bir hükmü olarak nitelendirecektir. Zira klasik kanunlar ihtilafı sistemini kabul etmiş milli hukuk sistemleri taraflarca yapılacak seçimin mutlaka bir devlet hukuku olması konusundaki muhafazakâr yaklaşımlarını sürdürmektedirler.

Klasik kanunlar ihtilafı sistemini kabul etmiş hukuk sistemleri sözleşmenin tamamının iki milli hukuk sistemine tabi tutulmasını kabul etmemektedir. Ancak yine kanunlar ihtilafı hukuku konusunda daha muhafazakâr yaklaşan milli hukuk sistemleri *lex mercatoria*'nın bir hukuk olmadığı ancak hukuk kuralı olarak nitelendirilebileceği için uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere taraflarca seçilemeyeceğini kabul etmektedirler. Dolayısıyla bu bakış açısıyla eğer taraflar aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere bir milli hukuk ve *lex mercatoria*'yı seçmişlerse, sözleşmenin iki farklı milli hukuk sistemine tabi tutulmasından ayrı olarak, bu yapmış oldukları seçimlerinden bir tanesi zaten bir “hukuk” seçimi kabul edilmeyeceği için geçersiz olacaktır. Ancak “*incorporation*” yoluyla sözleşmenin içeriğine dâhil edilmiş kabul edilecektir. Bu noktada geleneksel kanunlar ihtilafı sistemi açısından tarafların aralarındaki ticari sözleşmede yaptıkları seçimlerden diğeri ise geçerli bir hukuk seçimi olacaktır. Zira tarafların iradesi, sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına belirli bir milli hukuk sisteminin uygulanması noktasında birleşmiştir. *Lex mercatoria*'ya yönelik yapmış oldukları seçim bir hukuk seçimi olarak kabul edilmese de sözleşmenin esasına uygulanacak milli hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla yedek hükümlerinin öncesinde uygulanma imkânı bulabilecektir. Tarafların aralarındaki sözleşmeyi tabi tuttıkları milli hukuku tamamen geçersiz kabul etmek, belki de hiç öngörmedikleri objektif bağlama kuralına göre (zira taraflar sözleşmenin akdi sırasında bir yetki anlaşması yapmamışlarsa muhtemel uyuşmazlığa hangi mahkemenin bakacağı noktası bir ölçüde belirsizlik arz

⁴²⁸ Demirkol, a.g.e., s. 148, dn. 428; Nomer, a.g.e., s. 330.

etmektedir) tespit edilecek başka bir milli hukuku *lex causae* olarak tespit etmek kanaatimizce milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine⁴²⁹ aykırılık teşkil edecektir. Zira uyuşmazlık konusu ve taraflarla en sıkı ilişkili hukuk öncelikle tarafların aralarındaki sözleşmeyi tabi kılmak amacıyla ortak iradeleriyle seçmiş oldukları hukuktur. Aksi halde sözleşmeler hukuku alanındaki irade serbestisi ilkesinin kanunlar ihtilafı hukukundaki yansıması olan tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilmelerine dair esasın ve bu esasa dayalı olarak düzenlenmiş subjektif bağlama kuralına ilişkin hükümlerin bir etkisi kalmayacaktır. Ayrıca taraflar açık bir hukuk seçimi yapmamış olsalar da sözleşme hükümlerinden ve halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılan hukuk seçimini dahi zımni hukuk seçimi olarak geçerli kabul eden bir milli hukuk sisteminde tarafların açıkça aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere yapmış oldukları seçimin hüküm doğurmaması gerektiğini savunmak kanaatimizce klasik kanunlar ihtilafı sistemini kabul etmiş milli hukuk sistemleri açısından dahi mümkün değildir.

Özetle milletlerarası ticari sözleşmenin tarafları, sözleşmenin tamamı açısından *lex mercatoria* ve bir milli hukuk sistemini uyuşmazlığın esasına birlikte uygulanmak üzere belirlemişlerse kanaatimizce hâkim tarafından *lex mercatoria*'ya ilişkin yapılan seçim geçersiz kabul edilse dahi milli hukuk sistemine ilişkin olarak yapılan seçimin geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Sözleşme, taraflarca seçilen milli hukuka tabi olmalı ve *lex mercatoria* “*incorporation*” yoluyla sözleşmenin bir parçası haline gelmelidir.

⁴²⁹ Milletlerarası özel hukukun yabancılık unsuru taşıyan hayat ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklara hangi hukukun uygulanacağını tespitini yapmak ve bu tespiti yaparken milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini gerçekleştirmek şeklinde iki amacı vardır. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ise iki şekilde gerçekleştirilebilir. İlki yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere uygulanacak hukuk kanun koyucu tarafından tanzim edilirken, ilgili hukuki ilişkinin niteliği dikkate alınmak suretiyle taraflar ve uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukukun tesisinin sağlanmasıdır. Diğeri ise mahkemece uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere tespit edilen yabancı hukuk hükmünün kamu düzeni engeli istisna kabul edilmek suretiyle yabancı hukukta olduğu şekliyle yorumlanıp uygulanmasıdır. Bkz.: Faruk Kerem Giray, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Cilt: 9, Sayı:1, (2012), ss. 556, 575. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz.: Giray, Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi, s. 556 vd.

2.4. YORUMLAMA VE BOŞLUK DOLDURMADA LEX MERCATORIA’NIN UYGULANMASI

2.4.1. Milletlerarası Antlaşmaların Yorumlanması ve Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria’nın Uygulanması

Milletlerarası yeknesak hukuk araçlarından olan milletlerarası antlaşmaların yorumlanması ve bu antlaşmalarda yer alan boşlukların doldurulmasında geleneksel yaklaşım bu antlaşmaların dâhil oldukları iç hukuk kurallarına başvurmaktır. Ancak doktrinde milletlerarası sözleşmelerin yorumlanmasında ve boşluklarının doldurulmasında bir milli hukuk sistemine başvurmanın mahkeme kararlarında artık terk edildiği; yeni anlayışın, otonom ve milletlerarası yeknesak prensiplerin esas alınması olduğu belirtilmiştir. Bu yeni yaklaşıma uygun olarak modern milletlerarası antlaşmalarda da bir devletin milli hukukuna göre değil, antlaşmanın esinlendiği ve yeknesaklaştırmayı amaçladığı milletlerarası hukuk kurallarına göre yorumlama ve boşluk doldurma hükümlerine yer verilmektedir⁴³⁰. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 7’de yer alan Antlaşma’nın yorumlanması ve boşluklarını doldurulmasına ilişkin hüküm, Milletlerarası Ticarete Alacağın Devrine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması⁴³¹ m. 7 ve Ürünlerin Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması⁴³² m. 2 bu hususa örnek olarak verilebilir.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 7 uyarınca CISG’in yorumunda Antlaşma’nın milletlerarası niteliği dikkate alınacak ve boşluklar öncelikle Antlaşma’nın temelinde yatan genel ilkelere göre çözümlenecektir. Bunların belirlenmesi noktasında hâkimler Prensipler’e sıklıkla

⁴³⁰ Görüş ve değerlendirme için bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 24.

⁴³¹ Milletlerarası Ticarete Alacağın Devrine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması 2001 yılında kabul edilmesine rağmen 29.11.2021 tarihi itibarıyla üç devlet tarafından imzalanmış ve sadece bir devlet tarafından onaylanmıştır. Antlaşma’nın ilgili hükmü uyarınca yürürlüğe girebilmesi için en az beş devlet tarafından onaylanması gerekmektedir. Türkiye Antlaşma’yı imzalayan ülkeler arasında değildir.

⁴³² Taraf devletler açısından 1 Kasım 1992 tarihinde yürürlüğe giren bu Antlaşma’ya Türkiye taraf değildir.

başvurmaktadırlar⁴³³. Ayrıca doktrinde CISG m. 78'in de yorumlanmasında UNIDROIT Prensipleri'ne başvurulabileceği belirtilmiştir⁴³⁴.

2.4.2. Milli Hukuk Sisteminin Yorumlanması ve Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria'nın Uygulanması

2.4.2.1. Genel Bilgi

Yoruma kıyasla boşluk doldurmanın daha hassas bir konu olduğunu söyleyebiliriz. Zira boşluk doldurulurken bir kanun kuralı yaratılmaktadır, yasama erkinin kural koyma ve değiştirme işlevine bir müdahale söz konudur. Bu sebeple de anayasal güçler ayrılığı ile doğrudan ilgilidir. Yorumda ise yasama erkinin işine karışılması gibi bir durum söz konusu değildir. Bu da daraltıcı veya genişletici fark etmeksizin yorum yapılırken daha rahatlıkla hareket edilebilmesine imkân tanır⁴³⁵.

Aşağıda öncelikle milli hukuk sisteminin yorumlanmasında lex mercatoria'nın rolü anlatılarak milli hukuk sisteminin boşluklarının doldurulmasında lex

⁴³³ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 25. Aynı yönde bkz.: Tarmar, Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'in Uygulama Alanı), s. 82. UNIDROIT Prensipleri'nin milletlerarası yeknesak hukuk araçlarının ve milli hukuk sistemlerinin yorumlanmasında ve tamamlanmasındaki rolüne ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz.: Bonell, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ss. 293-294. CISG m. 78'de "*tarafardan biri semeni ve muaccel diğer meblağı ödemese diğer taraf, 74. madde uyarınca talep etme hakkına sahip olduğu tazminata hanel gelmeksizin, bu meblağ üzerinden faize hak kazanır*" ifadesinin olduğu, faiz oranına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden doktrinde bu maddede yer alan faiz oranına dair boşluğun CISG m. 7/ f. 2 uyarınca antlaşmanın genel ilkeleri göz önünde bulundurularak doldurulabileceği ve bu çerçevede de UNIDROIT Prensipleri'ne başvurulabileceği belirtilmiştir. Bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 223 ve aynı yönde verilen ICC Karar No: 8769 bkz.: ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 11, No. 2, 2000, s. 69. CISG m. 78 kapsamında faiz oranına ilişkin boşluğun hakim milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tespit edilecek milli hukuk sistemine göre doldurulması gerektiğine ilişkin aksi yönde görüş için bkz.: Ulrich Magnus, "CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma", çev. Cüneyt Süzel, içinde: Ed. Yeşim M. Atamer, Milletlerarası Satım Hukuku, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 299.

⁴³⁴ Ralf Michaels, "The UNIDROIT Principles as Global Background Law", Uniform Law Review, Cilt: 19, Sayı: 4, (2014), s. 666.

⁴³⁵ Serozan, a.g.e., s. 111. Yorumun nerede bittiğinin boşluk doldurmanın nerede başladığının net bir şekilde belirlenmesinin her zaman mümkün olmadığına, genişletici yorumun bir adım ötesinde açık kanun boşluğunu dolduran "kıyas"ın, daraltıcı yorumun ise bir adım ötesinde örtülü kanun boşluğunu dolduran "teleolojik redüksiyon"un yer aldığına, "*yasa kuralının söyleminin kalıpları çatlatılmadıkça yorumdan, bu kalıplar çatlatılınca da boşluk doldurmadan söz edilmesinin gelenekten*" olduğuna ilişkin bkz.: Serozan, a.g.e., s. 138.

mercatoria'nın uygulanması konusuna geçilecektir. Bu kapsamda yorum konusunda ve özellikle boşluk kavramı, türleri ve doldurulma yöntemleri konusunda çalışmamızın devamında milli hukuk sistemlerinin yorumlanması ve boşluklarının doldurulmasında lex mercatoria'nın rolüne dair ileri süreceğimiz görüşlerimizin daha iyi anlaşılabilmesine olanak sağlayacak oranda incelemeye yer verilecektir. Zira hem lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan boşluklara hem de lex causae olarak tespit edilen uyumsuzluğun esasına uygulanacak milli hukuk sisteminde yer alan boşluklara lex mercatoria'nın uygulanması konusunda ileri süreceğimiz bütün görüşler bu temel üzerine inşa edilecektir.

2.4.2.2. Milli Hukuk Sisteminin Yorumlanmasında Lex Mercatoria'nın Uygulanması

2.4.2.2.1. Yorum Hakkında Genel Bilgi

Hukukta yorum “*bir hukuk kuralının metninin, daha açıkçası, anayasa, kanun, yönetmelik gibi hukuk kaynaklarındaki bir madde veya fıkra ve hatta bir cümle metninin anlamının belirlenmesi faaliyeti*”⁴³⁶ olarak tanımlanmıştır. Doktrinde yorum daha kısa şekilde “*bir kanun hükmünün anlamının saptanması için yapılan zihinsel işlem*” olarak da ifade edilmiştir⁴³⁷.

Yorum yapılırken kullanılan bazı yöntemler vardır. Kısaca bahsetmek gerekirse hükmün ifade şeklinde bağlı kalan, kullanılan kelimelerin sözlükteki anlamına, kanun metni içindeki yerlerine, cümlelerin kuruluş biçimine, noktalama işaretlerine ve dilbilgisi kurallarına göre yapılan yoruma “söze göre” (lafzi) yorum” denilmektedir⁴³⁸. Söze göre yorum yöntemi ile her zaman hükmün amacına uygun sonucun elde edilmiyor olması sebebiyle amaca uygun yorum yöntemleri ileri sürülmüştür. Bunlar: Kanun koyucunun hükmü düzenlerkenki gerçek iradesini, amacını esas alan subjektif tarihi yorum yöntemi; kanun koyucunun gerçek iradesini değil de yorumu istenilen

⁴³⁶ Tanım için bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, s. 259. Hukuk normunun yorumu da dahil olmak üzere bütün yorumların ortak özelliğinin hepsinin konusunun “*çeşitli temsil edici biçimler içinde dış dünyaya yansıyan bir düşünce, bir duygu*” olduğuna ilişkin bkz.: Keyman, a.g.e., s. 44.

⁴³⁷ Dural, Sarı, a.g.e., s. 127.

⁴³⁸ Dural, Sarı, a.g.e., s. 128; Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 69.

kuralın doğuş zamanındaki anlamı ve gelişim sürecini esas alan objektif tarihi yorum yöntemi; yorumun kanun hükmünün uygulanacağı zamanın şartları ve ihtiyaçları esas alınarak yapılması, diğer bir ifadeyle kanun koyucunun yorumun yapıldığı anda bu hükmü koysaydı nasıl bir hüküm getirirdi bunun değerlendirilmesi gerektiğini savunan objektif zamana uygun yorum yöntemidir⁴³⁹. Adil sayılan çözüme ulaşmak için kanun metnine bağlı kalınmaksızın, serbest bir şekilde yorum yapılmasını kabul eden yönteme ise serbest yorum yöntemi denilmektedir⁴⁴⁰.

Yorum yaparken kullanılan başlıca mantık kuralları kıyas, aksi ile kanıt⁴⁴¹ ve evleviyet⁴⁴² olarak sayılabilir. Kıyas belirli bir durum için kanunda belirtilmiş olan kuralın o duruma benzeyen ancak hakkında herhangi bir kural düzenlenmemiş başka bir duruma uygulanması olarak tanımlanabilir. Aksi ile kanıt kuralına göre ise (“mefhumu muhalif”, *argumentum a contrario*) “eğer bir hukuk kuralının belirli bir durumun belirli bir özelliğini dikkate alarak o hukuki duruma belirli bir sonuç bağlamışsa, bu durumun dışında kalan bütün diğer durumlar, bu sonucun aksi hukuki sonuçlara bağlanmış olur”⁴⁴³. Evleviyet (*argumentum a fortiori*) kuralının temelinde

⁴³⁹ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 71; Dural, Sarı, a.g.e., ss. 128-129.

⁴⁴⁰ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 72. Kanun maddesindeki noktalama işaretlerine bakılarak yapılan yorum “dilbilgisel yorum”dur. Bazen bir virgölün yeri hükmün anlamını başka bir noktaya götürebilir. Kanun maddesinin anlamını tespit etmeye çalışırken maddenin kanunun sistematikiindeki yerine göre yapılan yoruma ise “sistematik yorum” denilmektedir. Kanun maddesinin lafzının değil amacının ön planda tutulduğu yorum metodu “amaçsal (teleolojik) yorum” olarak ifade edilmektedir. Yorum yaparken mantık kurallarından faydalanılıyorsa bu yorum türüne de “mantiki yorum” denilmektedir. Yorum yöntemlerine ilişkin yapılmış bu değerlendirmeye ilişkin bkz.: Gözler, Hukukun Temel Kavramları, s. 126. Kanunun kabulü sırasındaki tarihsel malzemelerden, komisyon, genel kurul çalışmaları veya o tarihlerde mecliste yapılan kanunun hazırlık çalışmaları sırasındaki görüşmelere bakılır ve “tarihi yorum” metodu uygulanır. Bkz.: Aktaş, “Hukukta Yorum Çabaları”, s. 14. Yorum yöntemleri ve yorum teorileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, ss. 264 vd.; Sururi Aktaş, “Hukukta Yorum Çabaları”, EÜHFD, Cilt 15, Sayı 3-4, 2011, ss. 5 vd.; Dural, Sarı, a.g.e., ss. 128-129; Keyman, a.g.e., ss. 46 vd. Yorum türlerinin çıkartılan anlam itibariyle genişletici, daraltıcı ve hükmün aynen uygulanması olarak sonuç doğurduğuna ilişkin bkz.: Dural, Sarı, a.g.e., s. 127.

⁴⁴¹ Zıt anlam, zıt kavram, mefhumu muhalif ve *argumentum a contrario* olarak da adlandırılan bu kavramın temelinde kanunun bir hususa ilişkin hukuksal bir düzenleme getirdiği durumların dışında kalan durumların hukuksal açıdan dikkate alınmadığı düşüncesi yatmaktadır. Bkz.: Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 210.

⁴⁴² Mantıksal anlamda “bütün olan için uygun olanın, bütünün içerdiki parçalar için de uygun olacağı düşüncesine” dayandığına ilişkin bkz.: Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 184.

⁴⁴³ Gözler, Hukukun Temel Kavramları, ss. 126-127. Aksi ile kanıtın öncelikle “hukuk tarafından yasaklanmayan davranışlara izin verilmiştir” ilkesinin kabul edildiği ceza hukukunda uygulama alanı bulduğuna, bu bağlamda bir fiil suçsa bu fiilin aksi suç değildir çıkarımına varıldığına ilişkin bkz.: Yasemin Işıқтаç, Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 245.

yatan düşünce bir şeyin azı yasaksa çoğu da yasaktır ya da bir şeyin çoğuna dair izin verilmişse azına da izin verilmiştir şeklindedir⁴⁴⁴.

2.4.2.2.2. Yorumlamada Lex Mercatoria'nın Uygulanması

Hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarında ya da taraflarca yapılmış bir hukuk seçimi ya da hâkimin kendi (lex fori'nin) kanunlar ihtilafı kurallarını uygulaması sonucunda tespit edilmiş uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun, diğer bir ifadeyle lex causae'nin bir milli hukuk sistemi olması ve bu milli hukuk sisteminde yoruma açık hususların yer alıyor olması hâlinde, ilgili hususlarında milletlerarası ticaretin gereklerine uygun şekilde yorumlanmasında lex mercatoria'ya başvurulabilir⁴⁴⁵. Böylece milletlerarası ticari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda milli hukuk sistemi kapsamında yer alan kanun hükmünün hakkaniyete uygun şekilde yorumlanması ve lex mercatoria ile milli hukuk sistemleri arasındaki çatışmanın da önlenmesi sağlanabilir⁴⁴⁶. Ancak önemle belirtmek gerekir ki lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarının veya lex causae olarak tespit edilen milli hukuk sisteminin yorumlanmasında lex mercatoria'ya başvurulması ilgili milli hukuk sistemindeki yorum kurallarının buna izin vermesiyle mümkün olabilir⁴⁴⁷.

UNIDROIT Prensipleri Başlangıç kısmı paragraf 6'da Prensipler'in milli hukukun yorumlanması ve tamamlanması için kullanılabileceği düzenlenmiştir. ICC Sözleşmesel Ortak Girişim Model Sözleşmeleri ("*ITC Contractual Joint Venture Model Agreements*") m. 31/ f. 3'te bir devletin hukuku uygulanırken tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin uygulanması ve yorumlanmasında milletlerarası ticarete yaygın uygulamaların dikkate alınacağı ve bunların belirlenmesinde lex mercatoria'nın kaynaklarından biri olan UNIDROIT Prensipleri'nden yararlanılacağı belirtilmiştir.

⁴⁴⁴ Gözler, Hukukun Temel Kavramları, ss. 126-127. Evleviyet kıyasın kullanılmasına imkân tanırken zıt anlam yolu ile hukukun uygulanması bunu engeller. Bkz.: Işıktaç, Metin, Hukuk Metodolojisi, s. 245.

⁴⁴⁵ Tarman, Non- national Rules in the Arbitration of Commercial Contracts, s. 78.

⁴⁴⁶ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", ss. 689.-690.

⁴⁴⁷ Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 25.

Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi 17.2.2006 tarihli Proforce Recruit Limited v. The Rugby Group Limited kararında sözleşmede yer alan ifadelerin yorumlanmasında sözleşme öncesi müzakerelerin dikkate alınacağına ilişkin UNIDROIT Prensipleri’nde yer alan kuralı uygulamıştır⁴⁴⁸.

2.4.2.3. Milli Hukuk Sisteminin Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria’nın Uygulanması

2.4.2.3.1. Boşluk Kavramı

Objektif açıdan kanunun planı gereği bir hükmün bulunması gereken bir yerde hüküm yoksa ve yorum yolu ile de bir norma ulaşılamıyorsa orada bir kanun boşluğundan söz edilir⁴⁴⁹.

Kanun koyucunun ortaya çıkabilecek her türlü hukuki ilişki ve olayı önceden tahmin ederek bunlara ilişkin eksiksiz şekilde kural koyabilmesi mümkün olamaz. Bu sebeple kanunlarda boşluk olması önüne geçilebilecek bir durum değildir⁴⁵⁰ ve hâkim böyle bir durumda TMK m. 1/ f. 2 uyarınca hukuk yaratmaktan⁴⁵¹ kaçınmaz⁴⁵². Zira “*hâkim ihkaki haktan imtina edemez*”⁴⁵³ prensibi sadece teorik biri prensip değildir.

⁴⁴⁸ Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi, 17.2.2006, No. 2006 EWCA Civ 69. Karar için bkz.: Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 166.

⁴⁴⁹ Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, s. 177. Çözümlemesi gereken uyuşmazlığa ilişkin olarak kanunda beklenen bir cevabın bulunmaması hâlinde kanunda boşluktan söz edileceğine ilişkin bkz.: Dural, Sarı, a.g.e., s. 136.

⁴⁵⁰ Raz hukuk sistemlerindeki boşluğun kaçınılmaz olduğuna vurgu yapar. Bkz.: Joseph Raz, The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford: Clarendon Press, 1979, s. 77.

⁴⁵¹ Hukukun uygulanması faaliyetinin içinde yer aldığı için hâkimin hukuk yaratmasının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmediğine, bu yetkinin TMK ve TTK’nin ilgili hükümlerinden kaynaklandığına, bunun Anayasa m. 138’de yer alan “*hâkimler, ...kanuna, hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*” hükmüne de uygun olduğuna, zira hükümde yer alan “hukuka” teriminin yasama organının düzenlemediği alanlarda da hâkimin faaliyet gösterebileceği ve gerekirse hukuk yaratabilme yetkisine sahip olduğu sonucunun çıktığının bir göstergesi olduğuna ilişkin olarak bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, ss. 358-359. Doğal hukuk öğretisinde hukuk yaratma deyimi yerine hâkimin “*takdir yetkisi*”nden (“*discretion*”) bahsedilmektedir. Zira doğal hukuk yaklaşımında pozitivist söylemden farklı olarak hâkim, örtülü/saklı olan kurallar arasında seçim yapmaktadır. Bunun için bkz.: Ronald Dworkin, “Is Law a System of Rules?”, içinde: Ed. Robert S. Summers, Essays in Legal Philosophy, Berkeley: University of California Press, 2006, ss. 52-60.

⁴⁵² Y. 19. HD. 8.7.2004, 12100/8151; Y. HGK. 10.12.1997, 19-665/1018; Y. HGK. 01.12.1999, 19-1000/1000; Y. HGK. 4.6.2003, 21-349/382, Y. HGK. 25.2.2004, 10-109/115 (www.kazanci.com).

⁴⁵³ Dural, Sarı, a.g.e., s. 142; Gözler, Hukuka Giriş, s. 356

Pozitif hukuk tarafından da öngörülmüş ve müeyyidelendirilmiştir⁴⁵⁴. Hâkimin bu yükümlülüğü Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁵⁵ m. 46/ f. 1/e’de düzenlenmiş ve hâkimin “hakkın yerine getirilmesinden kaçınmış olması” durumunda devletin tazminat sorumluluğunun doğacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasa m. 36’da herkese hak arama özgürlüğü tanınmış ve bunun doğal bir sonucu olarak da mahkemelerin görev ve yetkisi dâhilindeki davaya bakmaktan kaçınamayacakları düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanunda yer alan boşluğu doldurmak hâkimin hem anayasal hem yasal sorumluluğudur.

Kanun hükmünün yorumlanmasına rağmen hukuksal soruna cevap veren, uyuşmazlık konusu olaya uygulanabilir bir hükmün bulunmaması haline kanun boşluğu denilmektedir⁴⁵⁶. Bu noktada belirtmek gerekir ki “hukukta boşluk” kavramı “kanunda boşluk” kavramından farklıdır. Kanun boşluğunun varlığı hâkimin TMK m. 1/ f. 2 uyarınca örf ve âdet hukukuna başvurma yükümlülüğü altındadır. Örf âdet hukukunda da bu konuda uygulanabilecek bir kural yoksa o zaman artık “hukuk boşluğu” söz konusu olur. Hukuk boşluğunun varlığı hâkimin TMK m. 1/ f. 2 uyarınca hukuk yaratma mecburiyetindedir⁴⁵⁷. Ancak hâkim hukuk yarattıktan sonra hukuk boşluğu ortadan kalkmış olacağı için doktrinde bu kavramın varlığına ihtiyaç

⁴⁵⁴ Fransa’da 19. Yüzyılda “şerhçilik okulu” akımı ile hâkimlerin kanun hükümlerini yorumlayarak kanun yapılırken öngörülmeleyen olaylara çözüm bulmaları kabul edilmiştir. Bu akım, yorum kavramı ve boşluk doldurma arasında fark görmemekteydi. Almanya’da 19. Yüzyılda etkili olan “kavram içtihatçılığı” ise kanundaki boşlukların kanunda yer alan kavramlardan yola çıkılarak doldurulmasına ilişkin ve hâkime hukuk yaratma yetkisi vermemekteydi. 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu kanunda boşluk olması hâkimin doğal hukuk ilkelerine göre uyuşmazlığı çözümlemesini kabul etmiştir. İsviçre ve Türk hukukunda ise bu yöntemler yerine hâkime kanun koyucu gibi kural koyma yetkisi tanınmıştır. Bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 119.

⁴⁵⁵ RG Tarih: 4.2.2011 RG Sayı: 27836.

⁴⁵⁶ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 100. Aynı yönde bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, s. 357. Bu kavrama ilişkin olarak doktrinde farklı deyimler kullanılmıştır. Bir görüş “kanun yanında boşluklar” deyimini tercih etmiştir. Bkz.: Ergun Özsunay, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul: Güryay Matbaacılık, s. 201. Başka bir görüş ise “kanun kuralları yanındaki boşluklar” deyimini kullanmaktadır. Bkz.: Selahattin Sulhi Tekinay, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 75. Bu kavram için “kanun dışı boşluk” ifadesini tercih eden görüş için bkz.: Şener Akyol, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 277.

⁴⁵⁷ Dural, Sarı, a.g.e., s. 135.

ve kullanılmasında pratik bir faydanın mevcut olmadığı ifade edilmiştir⁴⁵⁸. Bu noktada “*hukukta boşluk olmaz, kanunlarda olabilir*”⁴⁵⁹ sözünü hatırlatmak isteriz.

Kanun boşluğunun meydana gelebilmesi için öncelikle hukuk düzeni tarafından düzenlenmesi gereken bir konunun olması gereklidir⁴⁶⁰. Diğer bir husus da uyuşmazlık konusu hem düz hem zıt anlam itibariyle kanunda yer alan hiçbir hükmün kapsamına girmemelidir. Başka şekilde ifade edecek olursak kanun koyucunun “bilinçli susma” durumunun varlığında bir kanun boşluğundan söz edebilmek mümkün değildir⁴⁶¹.

Boşluklara ilişkin klasik ayırım hüküm içi boşluk ve kanun boşluğu şeklindedir. Kanun boşluğu kendi içerisinde gerçek boşluk, gerçek olmayan boşluk olarak ayrılmaktadır. Gerçek boşluk açık boşluk ve örtülü boşluktan oluşmaktadır⁴⁶². Gerçek olmayan boşlukta ise kanunda hüküm bulunmaktadır ancak bu hükmün uygulanması kanunun amacına aykırı ve kabul edilemez sonuçlara sebep olmaktadır. Gerçek olmayan boşluk bazen kanun koyucunun hatasından bazen de toplumda meydana gelen değişikliklerden kaynaklanır⁴⁶³. Gerçek olmayan boşlukları düzeltmek kanun koyucunun işi olduğu için çalışmamızda bu boşluğun *lex mercatoria* ile

⁴⁵⁸ Bu değerlendirmeler ve görüş için bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 101. Yazılı hukuktaki ile örf ve âdet hukukundaki boşluğu kapsayacak şekilde boşluk “*pozitif hukukun bir meseleyi düzenlemesi gerekirken kendi normatif düzenine aykırı olarak düzenlememiş olması*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım için bkz.: Sururi Aktaş, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, EÜHFD, Cilt 14, Sayı 1-2, 2010, s. 10. Kanunda ve gelenek hukukunda hüküm bulunmuyorsa hukuk boşluğundan söz edilir. Bkz.: Tekin Akıllıoğlu, Hangi Hukuka Giriş?: Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş, Ankara, İmaj, 2017, s. 289.

⁴⁵⁹ Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, s. 177.

⁴⁶⁰ Münhasıran görgü, ahlak ve din alanındaki bir konuda kanunda hüküm bulunmaması kanun boşluğu olarak değerlendirilmeyecektir. Bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 96.

⁴⁶¹ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 102; İlhan Helvacı, “Grandparents’ Access to Their Grandchildren. A Comparative and Historical Approach to Turkish and Swiss Civil Codes”, *Annales de La Faculté de Droit D’Istanbul*, Cilt: 38, Sayı: 55, (2006), s. 224.

⁴⁶² Dural, Sarı, a.g.e., ss. 138-139. Boşluk türleri doktrinde farklı ayrımlara tabi tutularak incelenmiştir. Kanun boşluğunu kural içi boşluk, açık boşluk ve örtülü boşluk ayrımıyla inceleyen görüşler için bkz.: Serozan, a.g.e., s. 140; Çiğdem Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 1, 2001, s. 93. Gözler kanun boşluklarını kural içi boşluklar ve kural dışı boşluklar olarak ayırır. Kanun boşlukları açısından bilinci- bilinçsiz boşluk ve gerçek- gerçek olmayan boşluk ayrımlarının da yapıldığını belirtir. Kural içi boşlukları bilinçli, kural dışı boşlukları bilinçsiz boşluk olarak ifade eder. Yazar, gerçek olan ve gerçek olmayan boşluk ayrımının yanlışlığından bahseder. Bir hukuki düzenlemenin olup da bunun tatmin edici olmadığı şeklindeki nitelendirmenin mümkün olmadığını, kanunun düzenleme yetkisi yasama organında olduğu için böyle bir durumda hâkimin hukuk yaratmasının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturacağını iddia eder. Bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, ss. 357-358. Oğuzman, Barlas kanun boşluklarının bilinçli- bilinçsiz boşluklar, açık-örtülü boşluklar ve gerçek- gerçek olmayan boşluklar şeklinde çeşitli ayrımlara tabi tutulduğunu belirtmektedir. Kanun boşluklarının türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 104 vd. Boşluk türlerine ilişkin Aleksander Peczenik’in analizi için bkz.: Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht, Springer, 2009, ss. 18 vd.

⁴⁶³ Dural, Sarı, a.g.e., s. 140.

doldurulmasının mümkün olup olmadığını ele almadık ve ayrı bir başlık altında incelemedik. Konuyu gerçek boşluk türleri olan açık ve örtülü kanun boşluğu ile kural içi boşluk açısından değerlendirdik.

Milli hukuk sisteminin boşluklarından bahsettiğimiz zaman hem *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarındaki boşluklar hem de *lex causae* olarak tespit edilen uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktaki boşluklar bu kapsamda yer almaktadır.

2.4.2.3.2. Boşluk Türleri

2.4.2.3.2.1. Kanun Boşluğu

2.4.2.3.2.1.1. Açık Boşluk

Tüm yorum yolları tüketildiği halde kanun kapsamında uyuşmazlık konusu olaya olumlu ya da olumsuz⁴⁶⁴ çözüm getiren herhangi bir kurala rastlanmaması hâlinde açık boşluktan söz edilir. Bu açık boşluk eğer kanun koyucunun en baştaki ihmali sebebiyle meydana gelmişse buna “birincil boşluk” denir. Ancak bazen bu şekilde kanundaki açık boşluk sonradan meydana gelen gelişmeler neticesinde de oluşabilir. Bu şekildeki açık boşluklar “ikincil boşluk” olarak ifade edilir⁴⁶⁵.

Doktrinde açık boşluk “*hukuken çözüme varılması gerekli olan ve bu yüzden kanun tarafından düzenlenmesi icap eden bir konuda kanunda ne lafzı ne de yorumla*

⁴⁶⁴ Kasıtlı susma olarak da ifade edilen bu durumda kanun koyucu uyuşmazlık konusunu çözümlmek için olumlu bir kurala yer vermese de “karşıt kavram” ya da “mefhumu muhalif” yöntemi ile bir düzenleme yapmayı amaçlamıştır. Bu şekilde bir susma kanun boşluğu olarak değerlendirilmez. Bkz.: Dural, Sarı, a.g.e., s. 109; Hasan Erman, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, Der Yayınları, 2016, ss. 42-43; Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 102, Tekinay, a.g.e., s. 63; Yalçın Kavak, Medeni Hukukun Hakim Tarafından Uygulanması, İstanbul, Legal, 2019, s. 180. Kanunun bir olguya doğrudan doğruya uygulanabilir bir hükme yer vermediği her durum o kanunda ilgili konuda açık boşluk olduğu anlamına gelmemektedir. Kanunun sessiz ve edilgen kaldığı durumlar olumsuz çözüm diğer bir ifadeyle kanunun karşıt anlamı benimsediği anlamına da gelebilir. Açık boşluk olarak nitelendirilebilmesi için kanun koyucunun olumsuz çözüm getirdiği bir durum da söz konusu olmamalıdır. Örneğin aynı hakların ve tüzel kişilerin kanunda sınırlı sayıda tiplendirilmelerinin sebebi kamu düzenini koruma temeline dayalı olarak kanun koyucunun olumsuz çözümü olarak kabul edilir. Diğer bir ifadeyle karşıt anlamdan olumsuz sonuç çıkarmayı gerektirir. Aksi hali kabul etmek hâkimin kıyas yoluyla boşluk doldurarak yeni aynı haklar ve tüzel kişi türleri yaratmasına imkân tanınması demektir. Bkz.: Serozan, a.g.e., ss. 113-114. Bugün kanunda “her zaman bir düzenleme vardır” (*lex semper loquitur*) kuralının geçerli olmadığı, kanunda bir düzenlemenin bulunmadığı her zaman bir kanun boşluğu olduğunun kabulünün mümkün olmadığı, bunun da dayanağının MK m. 1 olduğuna ilişkin bkz.: Dural, Sarı, a.g.e., s. 136.

⁴⁶⁵ Serozan, a.g.e., s. 112.

belirlenen içeriği itibariyle uygulanabilir hiçbir hüküm” olmaması hali olarak tanımlanmaktadır⁴⁶⁶. Açık boşluklar aynı zamanda “tam boşluk hali” ve “teknik bir boşluk” olarak da ifade edilmektedir⁴⁶⁷. Örnek olarak da TMK m. 507/ f. 2 verilmektedir. Ölenin cenaze masraflarının terekeden karşılanacağı düzenlenmiş ancak tereke bu masrafları karşılayacak durumda değilse kim tarafından buna katlanılacağı belirtilmemiştir⁴⁶⁸.

2.4.2.3.2.1.2. Örtülü Boşluk

Örtülü boşluk doktrinde “kanunun çok geniş kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermemiş olan kelime anlamının, kanunun amacı ve negatifeşitlik ilkesi (eşit olmayana eşit şekilde davranmama) esas alındığında bir sınırlandırmayı gerektirmesi durumunda ortaya çıkan boşluk”⁴⁶⁹ şeklinde tanımlanmaktadır.

Kısaca açıklamak gerekirse örtülü boşlukta kanunda uyuşmazlık konusu somut olay ile ilgili bir kural bulunur. Ancak bu kuralın lafzı fazla geniştir. Diğer bir ifadeyle tipik olayı düşünerek hükmü koyan kanun koyucu atipik olayı düşünmemiştir. Bu açıdan sınırlandırıcı ve dışlayıcı ayırık (istisna) sınırdaki somut olay (atipik olay) açısından eksiktir. Her ne kadar daraltıcı yorum yapılmaya çalışılsa da ilgili hüküm somut olaya uygulandığında ortaya çıkan sonuç doyurucu olmaktan uzaktır. Hatta hukukun genel prensiplerine aykırı sonuçlara yol açabilir⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 107.

⁴⁶⁷ Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 178.

⁴⁶⁸ Örnek için bkz.: Dural, Sarı, a.g.e., s. 139.

⁴⁶⁹ Tanım için bkz.: Kırca, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", s. 96. Örtülü boşluğun gizli, iç, eleştirel değerlendirici ve istisnai boşluk olarak da adlandırıldığına ilişkin bkz.: Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 179.

⁴⁷⁰ Örtülü kanun boşluğunda, söz konusu boşluk kuralda değildir; kuralın istisnasındadır (ayrığındadır). Bu sebeple örtülü kanun boşluğuna ayırık (istisna) boşluğu da denilmektedir. Bunun için bkz.: Serozan, a.g.e., ss. 123-124. Daraltıcı yorum ile örtülü boşluk arasındaki farka ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz.: Kırca, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", ss. 107 vd.

Doktrinde TMK m. 979/ f. 3'te⁴⁷¹ ve inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti açısından MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de⁴⁷² bir örtülü kanun boşluğunun bulunduğu ileri sürülmüştür.

2.4.2.3.2.2. Kural İçi Boşluk

Kanun boşlukları sadece yasa ötesi ("*praeter legem*") olarak ifade edilen açık ve örtülü kanun boşluklarından oluşmaz. Kanun koyucunun göze alarak bilinçli bir şekilde kural içi veya yasa içi ("*intra legem*") olarak ifade edilen boşluklara yer verdiği de görülmektedir. Kural içi boşluk bulunan hukuk kurallarında olay veya sonuç unsurlarından biri eksiktir. Bu hukuk kuralında ya kendi uygulama şartları ya da bu şartların gerçekleşmesi hâlinde hükmün ne olacağı kısmı kanun koyucu tarafından bilerek ve isteyerek düzenlenmemiştir ve bu kısımlar hâkimin takdirine bırakılmıştır⁴⁷³.

Kural dışı boşlukta kanunda uygulanabilir bir hüküm mevcut değildir ancak kural içi boşlukta uygulanabilir bir hüküm bulunmakla birlikte hâkim tarafından uygulanabilmesi, onun hüküm dışı unsurlarla tamamlanmasına bağlıdır. Dolayısıyla kural içi boşluk ilgili hükmün uygulanabilmesi ile ilgili bir konudur. Oysa kanun boşluğu örf ve âdet hukukuna başvurulmasını ve örf adet hukukunda hüküm yoksa TMK m. 1/ f. 2 uyarınca hâkimin hukuk yaratmasını zorunlu kılar⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Dural, Sarı, a.g.e., s. 140. TMK m. 979/ f. 3: "*Üçüncü kişi, zilyetliği devredene karşı ileri sürebileceği sebeplerle şeyi edinene vermekten kaçınabilir*" şeklindedir.

⁴⁷² Bu görüş ve ayrıntılı değerlendirme için bkz.: Demirkol, a.g.e., ss. 310 vd. MÖHUK m. 24/ f. 4/ c. 2: "*Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir*" şeklindedir.

⁴⁷³ Gözler, Hukuka Giriş, s. 360; Gözler, Hukukun Temel Kavramları, s. 125; Aktaş, "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", s. 15; Şaban Kayıhan, Hukukun Temel Kavramları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, ss. 244-254. Delillerin serbestçe takdirinin kural içi boşluk kapsamında hâkime verilmiş takdir yetkisinden farklı olarak usul hukuku kavramı olduğuna ve bunun hukuk kuralı uygulanmadan önceki sürece ilişkin olduğuna dair bkz.: Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, Hukukun Temel Kavramları, Bursa, Dora, 2017, s. 105. Takdir yetkisinin geniş ve dar anlamda takdir yetkisi olarak ayrımı ve bunlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Dworkin, "Is Law a System of Rules?", s. 52.

⁴⁷⁴ Dural, Sarı, a.g.e., s. 139; Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 101. Kural içi dışında kalan bütün boşlukların kural dışı boşluk olarak nitelendirildiği ve hâkim tarafından hukuk yaratılarak doldurulduğuna ilişkin bkz.: Kavak, a.g.e., s. 188.

Hâkimin takdir yetkisi iki türlü karşımıza çıkabilmektedir; ya şartlarda bir eksiklik söz konusudur ve hâkim kanundaki hükmün uygulanma şartları üzerinde bir takdir yetkisine sahiptir ya da hâkim bazı şartların varlığı hâlinde vereceği hükmün niteliği ve kapsamına ilişkin bir takdir yetkisine sahiptir. İlkine örnek olarak TMK m. 166/ f. 1'i⁴⁷⁵ ikincisine örnek olarak da TMK m. 120'yi⁴⁷⁶ verebiliriz⁴⁷⁷.

Bir kanun hükmünde kural içi boşluk olduğu, diğer bir ifadeyle hâkime kanun koyucu tarafından takdir yetkisi verilip verilmediği genellikle üç şekilde anlaşılmaktadır. Kanun bazen hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunu “takdir eder” veya “serbestçe takdir eder” ya da “hâkimin takdirindedir” gibi ifadelerle açıkça belirtir⁴⁷⁸. Bazen de hâkimin takdir yetkisine sahip olduğu hukuk kuralında yer alan bazı ifadelerden anlaşılır. Kanunda yer alan “haklı sebep”, “halin icabı”, “durumun gereklerine göre”, “önemli iş”, “gerekli önlemler”, “hakkaniyete göre”, “uygun tazminat”, “hakkaniyet”, “uygun tedbirler” ya da “işin mahiyeti” gibi hâkimin geniş takdir yetkisine bırakılmış hükümlerde kural içi boşluk söz konusudur⁴⁷⁹. Türk Medeni Kanunu m. 120 uyarınca nişanlı ne zaman nişanı “haksız yere” bozmuş kabul edilir, TMK m. 348 gereği velayet kaldırılmasını gerektiren “ağır savsaklama”nın varlığı nasıl tespit edilir, faiz ve cezai şart ne zaman “fahiş” kabul edilebilir gibi örnekler kural içi boşluklar olarak bu kapsamda verilebilir⁴⁸⁰. Zira bu kanun hükümlerinde ilk bakışta bir boşluk olduğu anlaşılmasa da aslında ilgili hükümler uyumsuzluk konusuna ilişkin açık ve kesin bir hukuksal cevap içermezler⁴⁸¹. Üçüncü olarak da bazen kanunlarda ne açıkça hâkime takdir yetkisi verilir ne de yukarıda örneklerini verdiğimiz şekilde kuralın ifadesinden bu anlam çıkarılabilir. Ancak kuralın yazılış biçiminden hâkimin

⁴⁷⁵ TMK m. 166: “Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa eşlerden her biri boşanma davası açabilir”. Bu hükme göre eşler arasındaki geçimsizliğin evlilik birliğini temelden sarsıp sarsmadığının takdirini hâkim yapacaktır.

⁴⁷⁶ TMK m. 120: “(...) kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddî fedakârlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür”.

⁴⁷⁷ Gözler, Hukuka Giriş, ss. 360-361.

⁴⁷⁸ Örnek olarak TBK m. 410/ f. 1 verilebilir. TBK m. 410/ f. 1: “İşçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, başkasına devredilemez ve rehnedilemez. Ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar, bu orana dâhil değildir. Nafaka alacaklılarının hakları saklıdır.”

⁴⁷⁹ Kayıhan, a.g.e., s. 254; Gözler, Hukuka Giriş, s. 361. TBK m. 331/ f. 1'i bu hususta örnek olarak belirtebiliriz. TBK m. 331/ f. 1: “Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir” şeklindedir.

⁴⁸⁰ Serozan, a.g.e., s. 140.

⁴⁸¹ Serozan, a.g.e., s. 140.

takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılır. Örneğin “hükmedebilir”, “kılınabilir” ya da “yapılabilir” gibi ifadeler de hâkimin takdir yetkisine vurgu yapan ifadelerdir⁴⁸².

2.4.2.3.3. Kanun Boşluğunun Doldurulması

2.4.2.3.3.1. Genel Bilgi

Kanun boşluğunun varlığı hâlinde hâkim TMK m. 1/ f. 2 uyarınca örf ve âdet hukukuna başvurma yükümlülüğü altındadır. Örf ve âdet hukukunda da bu konuda uygulanabilecek bir kural yoksa o hâkim TMK m. 1/ f. 2 uyarınca hukuk yaratma mecburiyetindedir.

Belirtmek isteriz ki bir boşluk pozitif hukuk temelinde yatan bir prensibe dayanmıyor ve bunun dışında “olması gereken hukuk” alanında yer alıyorsa bu, hukuk politikası boşluğudur ve yukarıda da belirttiğimiz gibi⁴⁸³ gerçek olmayan boşluk olarak ifade edilir. Bunun doldurulması kanun koyucu tarafından gerçekleştirilir. Dolayısıyla kanun boşluğu dediğimiz zaman “olan hukuk” kapsamındaki boşluklardan bahsedimiz⁴⁸⁴.

2.4.2.3.3.2. Hâkimin Hukuk Yaratırken Gözeteceği İlkeler

Hâkimin hukuk yaratmasının iki temel şartı vardır. Öncelikle uyuşmazlık konusuna uygulanacak bir kanun hükmü bulunmamalıdır. Nitekim Türk Medeni Kanunu m. 1/ f. 1 uyarınca hâkim ilk olarak kanunda hüküm varsa onu uygulayacaktır. Sadece sözüne bağlı kalmayacak kanunun ruhunu da diğere bir deyişle maddedeki ifadesiyle özünü de araştıracaktır. Kanunda yer alan bir hükmün yorumlanması ile çözümlenecek bir konuda hâkimin hukuk yaratma yetkisinden söz edilemez. Diğere şart ise örf ve âdet hukukunda ilgili kanun boşluğunu doldurabilecek bir kural

⁴⁸² Gözler, Hukuka Giriş, s. 362. Örnek olarak TBK m. 35/ f. 2 verilebilir. TBK m. 35/ f. 2: “*Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir*” şeklindedir.

⁴⁸³ Bkz. yuk. s. 129.

⁴⁸⁴ Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, s. 93. Aynı yönde bkz.: Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 178.

bulunmamasına ilişkin gerekliliktir (TMK m. 1/ f. 2). Hâkim örf ve âdet hukukunda somut uyuşmazlığa uygulanabilir bir kural bulamamışsa o zaman kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre kararını verecektir. Zira örf ve âdet hukukunda uyuşmazlık konusu olaya uygulanabilecek bir kuralın varlığı hâlinde hâkimin hukuk yaratma yetkisi yoktur⁴⁸⁵.

Hâkim kural koyarken “kanun koyucu gibi (*modo legislatoris*)” hareket edecektir⁴⁸⁶. Hâkim genel ve soyut nitelikte kural koymalıdır⁴⁸⁷. Uyuşmazlık konusu olayı kişilerden soyutlamalıdır. Bunun için hâkimin öncelikle ilgili genel ve soyut nitelikteki hukuk kuralını yaratması ve sonrasında ilk olarak ilgili uyuşmazlık konusuna uygulaması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle genel nitelikteki normdan hukuksal soruna uygun olan çözüm için bir indirgeme yapılmalıdır⁴⁸⁸. Dolayısıyla önündeki uyuşmazlık konusu olayın somut özelliklerini dikkate alarak düzenleyeceği kural bu prensibe uymayacaktır⁴⁸⁹.

Hâkim tarafların karşılıklı çıkarlarını tespit edip, bunu adalet süzgecinden geçirmeli; içinde bulunduğu hukuk sistemiyle tutarlı ve diğer hukuk kurallarıyla çatışmayacak kural koymalıdır⁴⁹⁰. Basit yorum yöntemlerine başvurmadan, gerçekte

⁴⁸⁵ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 120; Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, s. 14.

⁴⁸⁶ Akyol, a.g.e., s. 298; Dural, Sarı, a.g.e., s. 143; Akipek, Akıntürk, Ateş, a.g.e., s. 131. MK m. 1’de yer alan bu ifadenin hâkimi kanun koyucu haline getirip getirmediğinin değerlendirilmesi gerektiğine; bunun için hâkimin yarattığı kural ve kanununun niteliklerinin farklılığının tespitinin yapılmasının doğru olacağına; bir kanun hükmünün sahip olması gereken genellik, devamlılık, eşitlik ve zorunluluk niteliklerine sahip olmadığı için hâkimin hukuk yaratmasının onu kanun koyucu haline dönüştürmeyeceğine; yine hâkimin kanun koyucu haline dönüşmemesi için hukuk yaratırken, politikalara değil ilkelere dayanması gerektiğine ilişkin değerlendirme için bkz.: Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, s. 15.

⁴⁸⁷ Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, s. 177; Dural, Sarı, a.g.e., s. 143; Gözler, Hukuka Giriş, s. 358; Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 120; Akyol, a.g.e., s. 282-283; Akipek, Akıntürk, Ateş, a.g.e., s. 131.

⁴⁸⁸ Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, s. 177.

⁴⁸⁹ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 121.

⁴⁹⁰ Gözler, Hukuka Giriş, s. 358; Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 121; Dural, Sarı, a.g.e., s. 143. Hâkimin hukuk yaratırken mevcut hukuk sistemine aykırı hükümler getiremeyeceğine, diğer bir ifadeyle pozitif hukuk düzeninin hâkimin hukuk yaratma yetkisini sınırlandırdığına ilişkin olarak aynı yönde görüş için bkz.: Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, s. 14. Hâkimin bir yandan uyuşmazlığın taraflarının menfaat dengelerini gözeterek, bir yandan da toplumun menfaatlerini, diğer bir ifadeyle toplum ve bireyler arasındaki çıkar çatışmalarını, dikkate alması gerektiğine ilişkin bkz.: Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 102. Aynı yönde bkz.: Y. HGK, 13.12.1989, 11-706/661; Y. HGK, 10.12.1997, 19-665/1018; Y. HGK 4.6.2003, 21-349/382; Y. HGK, 15.10.2003, 10-531/567; Y. HGK, 29.11.2003, 21-18/35; Y. 10. HD 8.12.2003, 4841/9019; Y. HGK 25.2.2004 10-109/115; Y. 10. HD, 29.3.2004, 210/2476; Y. 19. HD 8.7.2004, 12100/8151; Y. HGK, 27.2.2008, 21-140/205; Y. 10. HD 26.10.2010, 11494/14365 (www.kazanci.com).

var olmayan olguları varsaymaktan ve sadece somut olaya özgü çözüm getirmekten kaçınmalıdır⁴⁹¹.

Hâkimin koyduğu kuralın genel ve sürekli bir bağlayıcılık niteliği yoktur. Daha sonra benzer bir olayda hâkim başka şekilde bir kural koyabilir⁴⁹². Hâkim tarafından koyulan kural üst mahkemelerin denetimine tabidir⁴⁹³.

Hâkim maddi olgunun hukuksal olarak nitelendirilmesinde, hukuk kuralının yorumlanmasında TMK m. 1/ f. 3 uyarınca bilimsel görüşleri⁴⁹⁴ ve yargı kararlarını da dikkate alır⁴⁹⁵. Bunlar hukukun yardımcı kaynaklarıdır⁴⁹⁶.

Yargı kararları veya diğer bir ifadeyle içtihatlar “mahkemeler tarafından verilen kararlardan çıkan hukuk kuralları” olarak tanımlanabilir⁴⁹⁷. Anglosakson hukuk sisteminin aksine Türk hukukunun içerisinde bulunduğu Kıta Avrupası hukuk

⁴⁹¹ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 121.

⁴⁹² Oğuzman, Barlas, a.g.e., ss. 126-127; Akıllıoğlu, Hangi Hukuka Giriş?: Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş, s. 289. Ancak böyle bir durumda hâkimin bunu esaslı bir gerekçeye dayandırması gerektiğine ilişkin bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 127; Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, s. 153; Özsunay, a.g.e., s. 219; Akyol, a.g.e., s. 299.

⁴⁹³ Gözler, Hukuka Giriş, s. 359; Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 126; Edis, a.g.e., s. 154; Özsunay, a.g.e., s. 219. Doktrinde hâkim tarafından yaratılan hukukun özellikleri: Kanun niteliği taşımaması, benzer olaylar açısından bağlayıcı olmaması (istisnası Yargıtay içtihadı birleştirme kararları), yasal bir yetkiye dayandığı için kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin ve Anayasa hükümlerine uygunluk denetimine tabi olmaması şeklinde belirtilmiştir. Bkz.: Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 104.

⁴⁹⁴ Doktrin veya öğretisi olarak da ifade edilen TMK m. 1/f. 3'te belirtilen hukukun yardımcı kaynaklarından olan bilimsel görüşler tartışmalı olan hukuki konulara ilişkin bilim insanlarının ileri sürdüğü düşünce ve kanaatler olarak ifade edilebilir. Bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, s. 172. Bilimsel görüşler, bilimsel konularda hukukçuların yaptıkları tartışmalar sonucunda ortaya çıkan, doğrulanmış ve benimsenmiş görüşler olarak da belirtilebilir. Bkz.: Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 106. Kastedilen, hukuk bilimi ile uğraşanların eserlerinde hukuki konulara ilişkin yaptıkları açıklamalardır. Bu kapsamda eser türleri olarak sistematik eserler, şerhler, monografiler, makaleler, eser ve içtihat tahlilleri, notlu kanunlar ve diğer eserler kapsamında bibliyografya konusundaki derlemeler ile içtihat derlemeleri sayılabilir. Bunlar dışında taraflarca HMK m. 293 uyarınca temin edilen “uzman görüşleri” ve bilim insanlarının yayınlamış oldukları mütalaalar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., ss. 128–130.

⁴⁹⁵ Bazı hukuk sistemleri, kanun boşluğunun varlığı hâlinde örf ve âdet hukukunda da uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkimin hakkaniyete göre karar vereceğini düzenlemiştir. Buna örnek olarak Louisiana Medeni Kanunu m. 4 verilebilir. Hakkaniyetin TMK m. 4'teki gibi m. 1'de de kanun boşluğu doldurmada bağlayıcı bir ölçü ya da bir kaynak olarak gösterilmemiş olmasına ilişkin eleştiri için bkz.: Aktaş, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, ss. 24-25, 28. Genel olarak kabul gören, işlevsel olan doktrin çalışmalarının bu kapsamda değerlendirilebileceğine ilişkin bkz.: Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, s. 115.

⁴⁹⁶ Doktrin ve mahkeme içtihatlarının, içtihadı birleştirme kararları dışında, hâkimin bunları dikkate alma mecburiyeti olsa da (maddede geçen “yararlanır” ibaresi sebebiyle) bunlarla bağlı olmadığı, bunların hâkime kanun boşluğu doldurmada yardımcı nitelikte bilgi kaynakları olduğuna ilişkin bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., ss. 132-133. Bilimsel görüş ve yargı kararlarının yardımcı hukuk kaynağı olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığına ilişkin görüş için bkz.: Dural, Sarı, a.g.e., s. 145.

⁴⁹⁷ Gözler, Hukuka Giriş, s. 175. Mahkeme içtihatlarının yargı organı olan mahkemelerin verdiği kararlardan doğan prensipleri ifade ettiğine ilişkin bkz.: Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 106.

sisteminde kural olarak mahkeme kararları bağlayıcı değildir. Bu bir mahkemenin belirli bir konuda daha önce verdiği bir kararı, aynı konu önüne geldiği zaman tekrarlama zorunluluğunun olmadığı anlamına gelmektedir. Bu sebeple de Kıta Avrupası hukuk sisteminde yargı kararları hukukun asıl değil yardımcı kaynağı olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁸. Bunun istisnası Yargıtay Kanunu m. 45/ f. 5 uyarınca Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarıdır⁴⁹⁹.

Hâkim hukuk yaratırken evleviyet veya kıyas yolundan⁵⁰⁰, hukukun genel ilkelerinden⁵⁰¹, mehz kanundan⁵⁰², hukuk tarihinden ve karşılaştırmalı hukuktan yararlanabilir. Yine bu kapsamda pozitif kanunlara yansımış olan genel hukuk prensiplerinin yanında objektif iyi niyet, denkleştirici adalet, kişiliğin korunması, adil yargılanma hakkı, hukuk güvenliğinin korunması gibi kurucu nitelikteki prensipler ile yüksek mahkeme kararlarında aksiyom gibi kabul edilmiş olan sosyal bakımdan zayıf konumda olan tarafın korunması gibi amaçlar kanun boşluklarının doldurulmasında

⁴⁹⁸ Gözler, Hukuka Giriş, ss. 175-176. Bir mahkemenin önüne gelen dava konusuna ilişkin daha önce vermiş olduğu bir karar mevcutsa ve önceki kararını emsal alması ve orada çözümü benimseyerek bir karar vermesi hâlinde artık emsal alınan karardaki o çözüm ilgili mahkemenin içtihadı haline gelir ve hukukun yardımcı kaynağını oluşturur. Ayrıca Kıta Avrupası hukuk sisteminde her mahkeme üst mahkemelerin kararlarını önemser. Zira aksi takdirde vermiş olduğu kararın temyiz mercii olan üst mahkeme tarafından bozulabilme ihtimali mevcuttur. Bu sebeple örnek alınan üst mahkeme kararları emsal karar olarak nitelendirilir ve emsal teşkil eden kararlarda belirtilen ilke ve kurallar da mahkemenin içtihadını oluşturarak hukukun yardımcı kaynağı haline gelir. Bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, s. 176. Üst mahkeme kararları ilk derece mahkemesi kararlarına göre daha fazla önem taşır. Verilen kararların niteliği bakımından bir kanunun yorumlanması veya bir kanun boşluğunun doldurulması açısından bir katkısı olmayan sadece bir kanun hükmünün uygulanarak olayın çözümlendiği kararlar “olay kararları” olarak ifade edilirken; bir kanun hükmünü yorumu veya bir kanun boşluğunun doldurulması konusunda bir nitelik taşıyan ya da bir prensip ortaya koyulan kararlar “prensip kararları” olarak adlandırılır. Hâkimlerin önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde emsal alacakları kararlar prensip kararlarıdır. Bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 135. Mahkeme kararları ve özellikle de yüksek mahkeme kararlarının hukukun yardımcı kaynağı olduğu konusunda şüphe duyulmamalıdır. “Prensip kararları” ile hukuk birliğinin sağlanması yolunda adım atılmış olmakta, bu açıdan sağlanan tutarlılık da eşitliği sağlaması sebebiyle adaleti de gerçekleştirmektedir. Bkz.: Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, s. 118.

⁴⁹⁹ İçtihadı birleştirme kararları bir kural koyma işlemidir. Zira ortada bir yargısal faaliyetten bahsedilemez. “*Esasen, içtihadı birleştirme işleminde ortada bir dava yoktur. Davanın olmadığı yerde, yargılama faaliyetinden söz edilemez. Doğal olarak içtihadı birleştirme kurullarının faaliyeti sonucunda ortaya çıkan karar yargısal bir karar, bu kararlarda yer alan prensipler de teknik anlamda yargısal içtihat değildir*”. Bkz.: Fahrettin Kayhan, “Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, 1999, s. 341-363. Bir yasama yetkisi kapsamında değerlendirilebilecek içtihadı birleştirme kararlarının genel manada kuvvetler ayrılığı ilkesine ve özelde Anayasa m. 7’ye aykırılık teşkil ettiği ileri sürülebilirse de Anayasa Mahkemesi bu müessesede bir aykırılık görmemiştir. Bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, s. 177.

⁵⁰⁰ Gözler, Hukuka Giriş, s. 358.

⁵⁰¹ Edis, a.g.e., s. 146 vd.; Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 103. Bazı hukuk sistemleri hâkimin kanun boşluğunu kıyas yöntemiyle doldurmak mümkün değilse hukukun genel prensipleriyle veya doğal hukuk ilkeleriyle dolduracağını açıkça hüküm altına almıştır. Buna örnek olarak Arjantin Medeni Kanunu m. 16 ve Avusturya Genel Medeni Kanunu m. 7 verilebilir. Bunun için bkz.: Aktaş, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, ss. 24-25.

⁵⁰² Serozan, a.g.e., s. 141.

hâkim tarafından yararlanılmaya müsaittir⁵⁰³. Ayrıca hazırlanmış olan bir kanun tasarısı varsa devletin hukuk düzenindeki gelişmeler de dikkate alınarak buradaki hükümlere de kanun boşluğunun doldurulmasında başvurulabilir⁵⁰⁴.

Hâkim kanun koyucu yerine geçerek kural yaratırken rastlantısal veya duygusal bir tavır takınmamalıdır. Hâkim “*yasanın genel ruhunu günün gereklerine ve olayın özelliklerine uyarlayacak, toplumsal konsensüs ve anayasal değer yargılarına uyan, hukuki yerindelik, hukuki güvenlik ve adalet değerleriyle uyumlu bir hüküm üretecektir*”⁵⁰⁵.

Bütün yorumlama ve aşağıda daha ayrıntılı şekilde değinecek olduğumuz bütün boşluk doldurma faaliyetleri için ortak olarak belirtmeliyiz ki uyuşmazlık konusu somut olayın nitelendirilmesinde, soyut hukuk kuralının nesnel- güncel yöntemle dar veya geniş yorumlanmasında, kanunun sessiz kalışından olumsuz sonuç çıkarmada, açık kanun boşluklarının kıyas yoluyla, örtülü kanun boşluklarının amaca uygun sınırlama yöntemiyle, kural içi boşlukların ise hakkaniyet yargısı ile doldurulmasında hâkim, yapacağı bütün hukuksal değerlendirmeleri ve uygulayacağı yöntemleri kanunun amacını ve güncel gerekleri uyumlu ve dengeli şekilde dikkate alarak ve küresel bir incelemeye tabi tutmalıdır⁵⁰⁶.

2.4.2.3.3.3. Boşluk Türlerine Göre Doldurma Yöntemleri

2.4.2.3.3.3.1. Açık Kanun Boşluklarının Doldurulması

Açık kanun boşluklarının hâkim tarafından doldurulmasının yasal dayanağı TMK m.1, anayasal dayanakları ise hak arama özgürlüğü, hak tanımadan kaçınma yasağı ve eşitlik ilkesidir. Anayasa m. 36/ f. 2 uyarınca hâkim mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmayacağı için var olan boşluğu doldurmak zorundadır. Açık kanun boşluğunun kıyas yoluyla doldurulmasından kaçınılmasının doktrinde anayasal eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir. Doktrindeki

⁵⁰³ Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, ss. 177-178..

⁵⁰⁴ Kanun tasarılarının bu kapsamda hâkime bilimsel olarak yol gösterici olabileceğine ilişkin bkz.: Serozan, a.g.e., s. 141.

⁵⁰⁵ Serozan, a.g.e., ss. 112-113.

⁵⁰⁶ Serozan, a.g.e., s. 141.

görüŖe göre kanun kuralını öngöröldüğü olaya benzeyen başka bir olaya kıyas yoluyla yandırmamak, benzer iki olay arasında ayırım gözetmek olarak kabul edilebilecektir ve kişilere karşı hâkimin eşitsizlik yapması olarak nitelendirilebilecektir⁵⁰⁷.

Açık boşlukların doldurulmasında ilk olarak kıyas yoluna başvurulması gerekmektedir⁵⁰⁸. Kıyas “*kanunda belirli bir olgu için öngörölmüş olan bir kuralın korunan menfaatler açısından ona benzeyen, ama kanunda şeklen ve lafzen öngörölmemiş başka bir olguya uyarlanması*”⁵⁰⁹ veya “*aralarında illet ortaklığı bulunan iki şeyden biri hakkında olan hükmün diğereine de uygulanması*”⁵¹⁰ olarak tanımlanabilir. Kısaca benzer bir kuralı örnek alma olarak da ifade edilebilir⁵¹¹. Basitçe anlatacak olursak kanunda belirli bir konuda hüküm var ancak bu konu dışındaki başka bir konuda hüküm yoksa bu iki konu birbiriyle karşılaştırılır diğere bir ifadeyle kıyaslanır. Eğer bu iki konu arasında bir hükmün konuluş sebebi açısından ortaklık söz konusuysa, hakkında hüküm bulunmayan, hakkında hüküm bulunan konunun tabi olduğı hükmün kapsamında kabul edilir. Bu tespite ilişkin yapılan akıl yürütmeye de kıyas denir⁵¹².

⁵⁰⁷ Serozan, a.g.e., s. 112 ve s. 124.

⁵⁰⁸ Kırcı, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, s. 97; Serozan, a.g.e., s. 112; Bir konuya kanunun herhangi bir hükmünün kıyas yoluyla uygulanabiliyor olması hâlinde boşluktan söz edilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz.: Tekinay, a.g.e., s. 64. Kanun koyucunun hangi kurallara dayalı olarak kıyas yapılacağını kendi göstermemiş olması ve hâkimin buna kendisi karar vererek kıyas yapacağı kuralları belirlemiş olması hâlinde kanun boşluğu olduğunun kabul edilmesi gerektiğı yönündeki görüş için bkz.: Aktaş, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, s. 11.

⁵⁰⁹ Tanım için bkz.: Serozan, a.g.e., s. 117. TMK m. 5’ten farklı olarak m. 5’te benzere bağlayan kanundur ancak kıyas yönetiminin uygulanmasında benzere bağlayan hukukçudur, uygulayıcıdır. Zira MK m. 5’in uygulanması noktasında bir boşluk söz konusu değildir. Kıyas yapılmaz, atıf yapılır. Bkz.: Serozan, a.g.e., s. 117.

⁵¹⁰ Gözler, Hukuka Giriş, s. 327. Bu tanımdan da yola çıkılarak kıyasın unsurlarının dört tane olduğunu söyleyebiliriz. Bunlar: Kıyaslanılan şey (asıl), kıyaslanılan şey hakkında hüküm (asılın hükmü), kıyaslanan şey (feri) ve illet ortaklığı. Bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, s. 328. Kıyasın “*belli bir olay için konulmuş bulunan bir kuralda öngörölmüş ilkenin, korunan menfaatler açısından benzer ama şeklen ve lafzen öngörölmemiş başka bir olaya uygulanmasına denir*” şeklindeki tanımı için bkz.: Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 102. “*Belli bir olay için konulmuş bulunan bir kuralda öngörölen ilkenin benzer bir başka olayda uygulanmasına hukukta kıyas*” denildiğine ilişkin bkz.: Edis, a.g.e., s. 143.

⁵¹¹ Türk Borçlar Kanunu’nda alacaklı yüzünden ifanın imkânsızlaşmasına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Kanun’daki bu açık boşluğun kıyas yoluyla TBK’da özel sözleşme türleri için düzenlenmiş hükümlerle kıyas yapılarak doldurulabileceğine ilişkin görüş için bkz.: İlhan Helvacı, Turkish Contract Law, Cham, Springer, 2017, s. 138. Kıyas yoluyla açık boşluk doldurmaya ilişkin başka bir örnek için bkz.: Serozan, a.g.e., s. 119.

⁵¹² Gözler, Hukuka Giriş, s. 327. Kıyasın örneksime, analogi, benzetme ya da *argumentum a priori* olarak da isimlendirildiğine ilişkin bkz.: Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, s. 182.

Kıyasın yapılabilmesinin bazı şartları vardır. İlk şartı kıyaslanan şeyin kıyaslanılan şeyin benzeri⁵¹³ olması ancak tam benzeri de olmaması gerektiğidir. Zira tam benzeri olması hâlinde bu şeyin kendisi asıl olmuş olur, asıla ilişkin de kanunda hüküm bulunmaktadır ve kıyaysa gerek kalmaz. Bu sebeple de kıyaslanan şey kıyaslanılan şeyin her açıdan değil, hükme illet olan niteliği bakımından benzeri olmalıdır. Diğer bir şart ise kıyaslanan şeye ilişkin kanunda herhangi bir hüküm yer almıyor olmalıdır. Buna ilişkin kontrol sadece özel hükümler için değil kanunda yer alan genel hükümlere ilişkin de yapılmalıdır. Kıyaslanan şeyin kanundaki genel bir hükmün de kapsamına girmiyor olması gerekir. Üçüncü olarak belirteceğimiz şarta göre ise sırf bir şeye özgü bir hüküm konulmuşsa, örneğin kanunda ismen belirli bir kişi ya da şey hakkında bir hüküm bulunuyorsa, bu hükmün başka bir şeye kıyas yöntemiyle uygulanabilmesi mümkün değildir. Dördüncü şart kıyaslanan şeye ilişkin hüküm bir istisna hükmü bulunmamalıdır. Eğer ilgili hüküm başka bir genel hükmün istisnası niteliğindeyse onun kıyas yöntemiyle başka bir şeye uygulanması mümkün değildir. Zira kıyas, hakkında herhangi bir hüküm bulunmayan şeyler için tatbik edildiği için genel hüküm kapsamında olan şey için kıyas yapılamaz. Böyle bir durumda o şeye zaten genel hüküm uygulanır. Kıyas yöntemiyle bir istisnaya başka bir istisna eklenmesi, kanun koyucunun belirlemiş olduğu istisnaların kıyas yoluyla arttırılması mümkün değildir. Bunların dışında bir şeyi zikretmek diğerini dışlamaktır (“*expressio unius est exclusio alterius*”) prensibinin geçerli olduğu durumlarda da kıyas yapılamaz. Zira kıyas yapılması hâlinde kanun koyucunun bir şeye ilişkin olarak koymuş olduğu hükmün başka bir şeye uygulanması söz konusu olur ve bu ilkeyle çelişki doğar. Son olarak belirteceğimiz şarta göre de kıyaslanılan diğer bir ifadeyle aslın hükmünde kanun koyucu *numerus clausus* sayma yapmışsa, burada hükme bağlanan şeyler sınırlandırılarak sayılmış olduğu için bunlar dışındaki bir şeye kıyas yoluyla bu hükmün tatbiki mümkün değildir.⁵¹⁴ Kıyas genelde büyükten küçüğe

⁵¹³ Kıyasın yapılacağı olgulardaki ortak özelliklerin fazla olması kıyasın da başarılı olmasına vesile olur. Benzerlik bağlantısının en başta doğru şekilde kurulması önemlidir. Yakın durumların neler olacağına ilişkin tespit, kıyasın teknik anlamdaki başlıca unsurudur. Yakın durumlara ilişkin ilk ve temel kriter de “makuliyet” olarak ifade edilebilir. Makuliyet de mantıksal anlamda akla uygunluk olarak belirtilmektedir. Bkz.: Işıқтаç, Hukuk Başlangıcı, s. 182.

⁵¹⁴ Gözler, Hukuka Giriş, ss. 328-333.

(*argumentum a maiore ad minus*)⁵¹⁵, küçükten büyüğe (*argumentum a minore ad maius*)⁵¹⁶ evleviyetle sonuç çıkarma şeklinde gerçekleşir⁵¹⁷.

Yukarıda belirttiğimiz kıyas olağan, basit, münferit kıyas olarak nitelendirilir (*analogia legis*). Bir kanun boşluğunun birçok kural için ortak, genel ve temel bir prensiple doldurulmasına yarayan kıyas “hukuki kıyas” ya da “ilke kıyası” olarak ifade edilir. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi ile bu kapsamda culpa in contrahendo sorumluluğu, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, sözleşmesel güven sorumluluğu ve kaçınılmaz çevre etkilerine katlanan kişinin özverisinin denkleştirilmesi gereği bu kapsamda verilebilecek örnekler olarak belirtilebilir⁵¹⁸.

Hâkim açık yasa boşluklarını kıyas yapabileceği herhangi bir kural ya da prensibe rastlamazsa “geniş anlamda boşluk” ya da “ilke boşluğu” olarak ifade edilen durum söz konusudur. Bunun gibi kanun ötesi (*extra legem*) boşluğun varlığı hâlinde hâkim çözümü kendisi üretmek zorundadır. TMK m. 1/ f. 2’deki hâkimin “kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir” ifadesinin gerçek anlamı da budur. *Extra legem* ilke boşluğunun varlığı hâlinde diğer bir ifadeyle geniş anlamda kanun boşluğunun varlığında hâkim kural yaratırken hukukun genel ilkelerinden, eşyanın tabiatından (diğer bir ifadeyle toplumsal yaşam ilişkilerinin öz

⁵¹⁵ Çoğu yapmaya yetkili olanın azı da yapmaya yetkili olacağına bir yansıması söz konusudur. Burada kanun koyucu çoğun içinde azın da yer alacağını düşünerek önemli bir konuda düzenleme getirirken daha az önemli olan şeyi düzenleme gereği duymamıştır. Örneğin bütün X’ler A’yı yapabilirse ve bütün B’ler de A ise buradan çıkarılan sonuç bütün X’lerin B’yi de yapabileceğidir. Pozitif hukuktan bir örnek vermek gerekirse: 1) TMK m. 712 uyarınca geçerli hukuki nedene dayanmaksızın tapu kütüğüne malik olarak yazılan kişi taşınmazın üzerindeki zilyetliğini davasız, aralıksız on yıl süreyle iyiniyetle sürdürürse onun bu şekilde kazanmış olduğu mülkiyet hakkına itiraz edilemez. 2) İntifa hakkı kazanmak mülkiyet hakkından daha az önemli bir haktır. O zaman taşınmaza ilgili kanuni süre ile iyiniyetle zilyet olan kişi onun üzerinde intifa hakkı da kazanmış kabul edilir. Açıklamalar ve örnek için bkz.: Işıқтаç, Metin, Hukuk Metodolojisi, s. 244.

⁵¹⁶ Küçükten büyüğe doğru bir akıl yürütmeyi ifade eden bu sonuç çıkarma mantığında A fiili yasaklanmışsa ve B fiili A fiilinden kötü ise B fiili de yasaktır denilebilir. Hafif ihmalden sorumlu tutulmanın ağır ihmali ve kasıttan sorumlu tutulmasında da aynı yaklaşım geçerlidir. Diğer bir görünümünde de hukuk düzeninde daha zayıf bir korumaya tabi tutulmuş durum, daha çok korunmaya değer bir çıkarın ya da hakkın önüne geçemeyecektir. Bu açıdan elde edilecek hukuksal yarar bakımından küçüğün büyükten daha avantajlı olması söz konusu olamayacaktır. Bkz.: Işıқтаç, Metin, Hukuk Metodolojisi, s. 244. Küçükten büyüğe evleviyetle sonuç çıkarma şeklindeki kıyasa örnek: İhmalden sorumlu tutulan kişi kasıttan da sorumlu tutulur veya işçiye dört haftalık fesih süresi tanınması yeterli olan işveren altı haftalık bir fesih süresini elbette ki tanıyabilir. Büyükten küçüğe evleviyetle sonuç çıkarma açısından: Karşılıksız kazandırmada bulunabilen kişinin, karşılıklı kazandırmada da evleviyetle bulunabilmesi veya ağır kusurdan sorumlu tutulmayan hafif kusurdan sorumlu tutulması gibi örnekler verilebilir. Örnek için bkz.: Serozan, a.g.e., s. 120.

⁵¹⁷ Serozan, a.g.e., s. 120. Kıyasta benzer olaya sonuç bağlayan hâkim, bir kanun hükmünün diğer kanun hükmüne göndermede bulunmasında ise kanun koyucu olduğuna ilişkin bkz.: Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 103.

⁵¹⁸ Serozan, a.g.e., s.121.

yasalarından), anayasal değer yargılarından, aklın ve adaletin buyruğundan yararlanacaktır. Karşılaştırmalı hukuk da bu açıdan yol gösterici olabilecektir. Bu noktada “teminaten temlik”, “kişinin başkasının alacağını kendi adına talep yetkisi” veya “aynî beklenen hak” gibi bu yaratım sürecinin mahsulü olan kavramlara örnek olarak değinebiliriz. Yine geçmişte hâkimlerin büyükanne ve büyükbabanın torunlarıyla kişisel ilişki kurma imkânlarını toplumdaki aile yapısındaki duygusal bağın yoğunluğunu dikkate alarak tanımaları da bu kapsamda değerlendirilebilir⁵¹⁹.

2.4.2.3.3.2. Örtülü Kanun Boşluklarının Doldurulması

“Kural aksaklığı” (yetersizliği) olarak ortaya çıkan örtülü kanun boşluğu açık kanun boşluğundan farklı olarak kıyas yoluyla değil genelde “amaca uygun sınırlama”⁵²⁰ (teleolojik redüksiyon/ restriksiyon) yoluyla düzeltilebilir⁵²¹. Zira açık kanun boşluğunda eşit olguya kıyas yoluyla eşit uygulama yapılırken; örtülü kanun boşluğunun varlığında eşit olmayan olgu amaca uygun sınırlama yöntemiyle ayrı ve özel nitelikte ve bu açıdan da eşit olmayan bir uygulamaya tabi tutulur⁵²².

⁵¹⁹ Serozan, a.g.e., ss. 121-122. Hâkimin o dönemde ilgili hükümde kanun koyucunun susmasının bir kanun boşluğu yaratıp yaratmadığının kararını vermesi gerekmektedir. Kararın ne yönde verileceği hâkimin bu susmayı nasıl yorumladığına bağlı olarak değişmektedir. Hâkim bu noktada bir kanun boşluğu olduğu yönünde karar verebileceği gibi kanun koyucunun olumsuz çözüm getirdiğini, diğer bir ifadeyle bilinçli olarak sustuğunu ve kanunda boşluk olmadığını kabul edebilirdi. Bu durumda büyükanne ve büyükbabanın talebini reddedecekti. Bkz.: Helvacı, a.g.m., s. 224.

⁵²⁰ Amaca uygun sınırlama “*kanunun amacı ile karşılaştırıldığında çok geniş kapsamlı, farklılaştırılmamış kelime anlamının, yorum yoluyla elde edilmiş düzenleme amacının (ratio legis’in) gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi veya bu alanla sınırlandırılması*” şeklinde tanımlanabilir. Tanım için bkz.: Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, s. 98.

⁵²¹ Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, s. 98; Serozan, a.g.e., s. 123. Açık kanun boşluğu ve örtülü kanun boşluğunu kısaca kıyaslamak gerekirse: Açık kanun boşluğunda kural fazla dar, örtülü kanun boşluğunda ise kural fazla geniş tutulmuştur. Dolayısıyla açık kanun boşluğunun varlığında ilgili kural sadece kanunda belirtilen olaya özgü kalmamalı ve başka olaylara da “kıyas” yoluyla uygulanmalıdır. Örtülü kanun boşluğunda ise kanun koyucu açık kanun boşluğundan farklı olarak eksiklik değil “fazlalık” yapmıştır. Kuralı sınırlayıcı bir istisna hükmü gerektirecek atipik olay kanun koyucu tarafından hataya düşülerek dikkate alınmamıştır. Eşitlik ilkesi gereği kural bir ayrık diğer bir ifadeyle istisna hükmü eklenerek daraltılmalıdır. Bkz.: Serozan, a.g.e., s. 123. Doktrinde açık boşluk ve örtülü boşluk arasında niteliksel bir farklılığın bulunmadığı, birinde kanun koyucunun bir sorunu önceden öngörmeyerek düzenlememiş olmasından diğerinde ise istisnai durumu öngörmeyerek hükmü fazlaca geniş düzenlemiş olmasından kaynaklı bir boşluk söz konusudur.

⁵²² Serozan, a.g.e., s. 123. Doktrinde açık boşluğu gerçek boşluk, örtülü boşluğu ise gerçek olmayan boşluk olarak ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlerden bir tanesi kanunda uygulanabilir bir hükmün olmayışını açık boşluk, uygulanacak hüküm olup da bunların birbirleriyle çatışması ya da hükmün uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği hallerin de örtülü boşluk

Amaca uygun sınırlama yöntemiyle örtülü boşlukların doldurulmasının dört tane sınırı vardır. Birincisi amaca uygun sınırlama yoluyla kanunun düzeltilmesi pozitif hukukun değerleriyle uyum içerisinde olmalıdır. Zira kanunun amacı belirlenirken pozitif hukukun değerleri esas alınmalıdır. İkincisi düzenlemenin niteliği, amaca uygun sınırlama yapmaya uygun olmalıdır. Bazı durumlar hukuk güvenliğine öncelik verilmesini gerektirmektedir, bu durumda amaca uygun sınırlama yapılması mümkün değildir. Kıyas yasağının bulunduğu durumlarda da amaca uygun sınırlama yapılması söz konusu olamaz. Son olarak belirteceğimiz husus da kanunu tamamen ortadan kaldırmak hâkimin yetkisinde değildir. Dolayısıyla kanunu tam düzeltme için amaca uygun sınırlama yöntemine hâkim başvuramaz⁵²³.

Örtülü kanun boşluklarının hâkim tarafından doldurulması mecburiyetinin dayanağı TMK m. 2/ f. 2’de belirtilen hakkın kötüye kullanılması yasağı⁵²⁴, anayasal dayanağı ise maddi anlamda hukuk devleti ilkesi ile eşitlik ilkesi olarak belirtilebilir⁵²⁵. TMK m. 2/ f. 2 kuralı hâkime kötüye kullanılmaya elverişli olan bir hukuk kuralını düzeltip daraltma yetkisini, diğer bir ifadeyle kuralın biçimsel geçerliliğini sınırlamaya dair yetkiyi vermiş olmaktadır (Bu TMK m. 2/ f. 2 kuralının kural düzeltici işlevi olarak da ifade edilir⁵²⁶). Yine bu bakış açısıyla söylenebilir ki eğer ki bir hâkim, görünüşte somut olaya uyan ancak uygulanması hâlinde açık bir adaletsizliğe yol

olarak belirtmiştir. Bkz.: Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 101. Bazı hukukçular tarafından örtülü kanun boşluğu gerçek olmayan boşluk olarak da ifade ediliyor olsa da aslında gerçek olmayan boşluk, kanunun hukuk politikası yanlışlarından çıkan boşluklar olarak da ifade edilirler ve bu her zaman basit ayrık (istisna hükmü) koyma ihmalleri bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla her zaman gerçek olmayan kanun boşluğu ifadesi örtülü kanun boşluğu ifadesinin yerini doldurmamaktadır. Bkz.: Serozan, a.g.e., s. 124. Örtülü boşluğun gerçek olmayan boşluğun değil gerçek boşluğun açık boşlukla beraber bir alt kavramı olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bkz.: Hatemi, a.g.e., s. 109; Gerçek olmayan boşlukların bir kısmı örtülü boşluğu karşılamaktaysa da gerçek olmayan boşluğun başka durumları da kapsamına aldığına ve dolayısıyla gerçek olmayan boşluk ile örtülü boşluğun aynı şeyi ifade ettiğinin söylenemeyeceğine ilişkin aynı yönde bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 108. Doktrinde gerçek olmayan boşluk ile örtülü boşluk kavramının bağdaştırılmasına ilişkin eleştiri için bkz.: Kırca, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", s. 96. Örtülü boşluğun gerçek olmayan boşluk olarak nitelendirilemeyeceği gerçek boşluğun bir türü olarak kabul edilmesi gerektiği, hâkimin amaca uygun sınırlama yoluyla hukuk yaratarak bu boşlukları dolduracağına ilişkin bkz.: Aktaş, "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", ss. 18-20.

⁵²³ Kırca, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", ss. 109-113.

⁵²⁴ Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, s. 179. Hakkın kötüye kullanılması ve amaca uygun sınırlama arasındaki ilişkiye dair bkz.: Kırca, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", ss. 113-114.

⁵²⁵ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz.: Serozan, a.g.e., s. 131.

⁵²⁶ TMK m. 2/ f. 2’nin iki başlı bir kartalı andırdığına, bir yüzüyle hakları sınırlandırırken bir yüzüyle de kanunun örtülü boşluklarını doldurduğuna ilişkin benzetme için bkz.: Serozan, a.g.e., s. 132.

açabilecek hükme dayanırsa “kural (norm) suistimali” söz konusu olacak ve hâkim de hukuk kuralını kötüye kullanmış kabul edilecektir⁵²⁷.

Hâkimin açık veya örtülü kanun boşluklarını doldurma yetkisi anayasal eşitlik ve hukuk devleti ilkelerinin gereğidir. Dolayısıyla TMK m. 2/ f. 2 olmasaydı da yine örtülü boşluklar hâkim tarafından doldurulabilecekti. Bu açıdan elbette ki örtülü kanun boşlukları açık kanun boşlukları gibi TMK m. 1 kapsamında doldurulabilir⁵²⁸. Ancak belirtmek gerekir ki örtülü kanun boşlukları doldurulurken bir kanun hükmü düzeltildiği için açık kanun boşluklarının doldurulmasına kıyasla daha dikkatli ve çekingen davranmak gerekmektedir. TMK m. 2/ f. 2'nin bu açıdan frenleyici olumlu etkisi vardır. Bu etki hakkın açıkça kötüye kullanılmasını “açıklık” koşuluna bağladığı için mevcuttur⁵²⁹.

2.4.2.3.3.3. Kural İçi Boşlukların Doldurulması

Hâkim kural içi boşlukların doldurulmasında somut olayın özelliklerini dikkate alan bir “hakkaniyet” anlayışıyla hareket etmelidir⁵³⁰. TMK m. 4’de yer alan kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebeplerin dikkate alınmasını emrettiği durumlarda hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceğine ilişkin hüküm kural içi boşlukların doldurulmasında dayanılacak esas ifade etmektedir.

Türk Medeni Kanunu m. 4’te yer alan hâkimin takdir yetkisini “hukuk ve hakkaniyete göre” kullanacağına ilişkin ifadedeki “hukuk” pozitif hukuku ifade

⁵²⁷ Serozan, a.g.e., ss. 131-132. Oğuzman, Barlas kanunda uyuşmazlık konusu olaya ilişkin bir hüküm bulunmasına rağmen bu hükmün lafzı ve ruhunun bağdaştırılmasının mümkün olmadığı ya da mevcut hükmün aynı değerdeki başka bir hükümle çatışıyor olması durumunda veya bir hükmün lafzı ve ruhu itibariyle tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı ve hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde örtülü kanun boşluğundan söz edileceğini belirtmiştir. Bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 107.

⁵²⁸ Uygulanabilir bir kanun hükmünün bulunmamasının, doğru dürüst uygulanabilir bir kanun hükmünün bulunmaması olarak da anlaşılabilmesine ilişkin olarak bkz.: Ataay, a.g.e., s. 239. Örtülü kanun boşluklarının doldurulmasını TMK m. 1 kapsamında değerlendiren hukukçuların, bu doldurma işleminde TMK m. 2/ f. 2’de yer alan sınırlamaya bağlı olmaksızın daha serbestçe hareket edebileceklerine ilişkin görüş için bkz.: Serozan, a.g.e., s. 137.

⁵²⁹ Serozan, a.g.e., ss. 132-133. Örtülü kanun boşluğunun olduğuna hâkimin karar verebilmesi için TMK m. 2/ f. 2 uyarınca açık bir adaletsizliğin, bu açıdan bir anlamda çarpıcı bir haksızlığın söz konusu olması gerekmektedir. TMK m. 2/ f. 2 hâkimi tatmin etmeyen her kanun aksaklığında ona örtülü kural boşluğunun varlığına karar vererek onu doldurma yetkisi vermemektedir. Bkz.: Serozan, a.g.e., s. 136.

⁵³⁰ Serozan, a.g.e., s. 141.

eder⁵³¹. Bu kapsamda hâkimin kanunun çizdiği pozitif sınırlar içinde kalması gerekir. Maddenin konuluş amacını göz önüne almalı, takdir yetkisinin “olay” için mi, “olayın unsurları” için mi yoksa “hukuki sonuçlar” için mi verildiğinin tespitini yapmalıdır. Hâkim kendisine kanun tarafından verilen yetkinin sınırını aşmamalı ve yetki verilmeyen konuya ilişkin bu kapsamda hüküm vermemelidir⁵³².

“Hakkaniyet” ifadesinden hâkimin kanunu uygularken tarafların özel durumları ve şartlarının göz önüne alması hususu anlaşılır. Bu bağlamda hâkim katı ve önceden belirlenmiş kuralları “hakkaniyet” esasına dayalı olarak kişilerin ve somut olayın özelliklerine uydurmalıdır. Bu noktada hâkimin takdir hakkını hissi bir şekilde acıma duygusu vb. dayanaklarla kullanmaması ve objektif bir kavram olan “hakkaniyet”i doğru değerlendirmesi gerektiği belirtilmelidir. Zira hâkim takdir yetkisini kullanırken gerekçesini de kararda belirtmekle yükümlüdür⁵³³.

Hâkimin takdir yetkisini usulüne uygun olarak kullanıp kullanmadığı üst yargı denetimine tabidir. Hâkim bu kapsamda kendisine kanun koyucu tarafından verilmiş yetkinin sınırını aşmamalı, hukuk kuralında öngörülmüş değerleri dikkate almalı, gerekçesini kararda belirtmelidir⁵³⁴.

2.4.2.3.4. Lex Fori'nin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria'nın Rolü

2.4.2.3.4.1. Genel Bilgi

Milli hukuk sisteminde yer alan boşluklardan bahsederken öncelikle milli hukuk sisteminin kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan boşlukların doldurulmasında lex mercatoria'nın rolünden bahsetmek gerektiğini düşünmekteyiz. Zira hâkim milletlerarası ticari sözleşmeye ilişkin bir uyumsuzlıkla karşılaştığında öncelikle kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına

⁵³¹ Kanun koyucunun burada dar anlamda takdir yetkisini kastettiğine ilişkin olarak bkz.: Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, s. 15.

⁵³² Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 105.

⁵³³ Gözler, Hukuka Giriş, s. 363. Açık boşluktan farklı olarak kanun koyucunun kural içi boşlukta bilinçli olarak uygulayıcıya bir yetki vererek bu boşluğu bıraktığına ilişkin bkz.: Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 74.

⁵³⁴ Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 105.

uygulanacak hukuku tespit edecektir. Lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarında boşluk varsa⁵³⁵ diğer bir ifadeyle uyuşmazlığın kaynağı olan ilgili özel hukuk konusuna ilişkin lex fori'nin kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında bir bağlama kuralı düzenlenmemişse kanaatimizce lex mercatoria milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığa ilişkin lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarındaki boşluğu doldurmada uygulama alanı bulabilecektir. Lex mercatoria'ya lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarındaki boşluğun doldurulmasında başvurulması hususuna ilişkin değerlendirmelerimiz aşağıda yer almaktadır.

2.4.2.3.4.2. Kanun Boşluğunun “Örf ve Âdet Hukuku” Olarak Lex Mercatoria ile Doldurulması

Türk Medeni Kanunu m. 1/ f. 2'de kanunda uygulanabilir bir hüküm olmaması hâlinde hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verecektir. Madde gerekçesinde maddenin sadece Medenî Kanun'un uygulanmasını düzenleyen bir madde olmayıp genel olarak hukukun kaynaklarını düzenlediği, maddede belirtilen kaynakların medenî hukukta olduğu kadar özel hukukun diğer dallarında da geçerli olan kaynaklar olduğu, bu sebeple de maddenin kenar başlığının “hukukun uygulanması ve kaynakları” şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir. Gerekçede de ifade edildiği üzere, milletlerarası özel hukuk kapsamında yer alan kanunlar ihtilafı kurallarındaki boşluklar da TMK m. 1/ f. 2 kapsamında yer alan esaslar doğrultusunda doldurulacaktır.

Milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk hâkim tarafından tespit edilirken kendi kanunlar ihtilafı kurallarında uygulayabileceği bir hüküm yoksa, Türk hukuku açısından örnek vermek gerekirse 5718 sayılı MÖHUK'ta ilgili özel hukuk uyuşmazlığına ilişkin uygulanabilir bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamağaysa hâkim TMK m. 1/ f. 2 uyarınca örf ve âdet

⁵³⁵ Doktrinde intifa hakkının konusunun taşınır veya taşınmaz mal olması hâlinde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun MÖHUK m. 21'e göre tespit edilebiliyor olduğu ancak intifa hakkının konusunu bir alacak hakkının oluşturması durumunda bir mal söz konusu olmadığı için MÖHUK m. 21'de düzenlenmiş olan bağlama kuralına göre malın bulunduğu yer hukukunun lex causae olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı ve Türk hâkiminin bu durumda ilgili kanun boşluğunu doldurması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüş için bkz.: Merve Acun Mekengeç, Aynı Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 433.

hukukuna bakarak kanun boşluğunu doldurmak zorundadır. Milletlerarası ticari sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinden bahsettiğimiz için hâkim milli değil milletlerarası ticari âdet hukukuna ikincil hukuk kaynağı olarak başvurmalıdır. Teorik açıdan hâkim milletlerarası âdet hukukunda uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit edebileceği bir kanunlar ihtilafı kuralına rastlarsa buna göre *lex causae*'nin tespitini yapmakla yükümlüdür.

Kanaatimizce yukarıda ifade ettiğimiz gibi⁵³⁶ *lex mercatoria* milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların esasına uygulanacak maddi hükümler ile ticari âdet ve teamüllerden oluşan kurallar bütünüdür. Bu sebeple de yargılama sürecine ilişkin usul hukuku, milletlerarası özel hukuk ve tahkim hukukuna ilişkin temel prensiplerin *lex mercatoria* kapsamında değerlendirilmeye çalışılmasının bir anlamda zorlama niteliğinde olduğunu ifade ettiysek de bir hususu açıklamakta fayda görmekteyiz. Tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemiş olması hâlinde tahkim yeri hukukunun uygulanacak olması, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına taraflarca yapılmış bir hukuk seçimi mevcut değilse sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanması ("*proper law of the contract*"- "*centre of gravity test*"- "*liens les plus*") ya da taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde sözleşmeyi, onu geçerli kılacak hukuk sistemine tabi kılmaya yönelik yorum yapılmasının tarafların menfaatlerine ve haklı beklentilerine uygun kabul edilmesi ("*favor negotii*"- "*lex validitatis*"- "*rule of validation*") gibi⁵³⁷ kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin milletlerarası uygulamada kabul gören temel prensipler bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce bunlar *lex mercatoria*'nın kaynakları kapsamında yer almamaktadır.

Bu prensipler bir an için *lex mercatoria*'nın kapsamında değerlendirilseler dahi ticari örf ve âdet olarak değil milletlerarası sözleşmeler hukukunun temel prensipleri olarak *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında yer alabilirler. Zira yukarıda bir örf ve âdet kuralının hukukun kaynağı olabilmesinin şartlarından bahsetmiştik⁵³⁸. Bunun için maddi unsur olarak belirtebileceğimiz şarta göre toplum içinde ilgili davranışın sürekli şekilde tekrar ediliyor olması gerekmektedir. Manevi unsura göre de sürekli ve

⁵³⁶ Bkz.: Yuk. s. 19.

⁵³⁷ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 162.

⁵³⁸ Bkz.: Yuk. ss. 32-33.

istikrarlı şekilde tekrarlanmakta olan davranış tarzına uyulmasının zorunlu olduğuna dair toplumda genel bir inancın yerleşmiş olması aranmaktadır. Bunlar dışında üçüncü unsur da hukuk düzeni tarafından desteklenme şartının varlığı hususudur ki TMK m. 1 zaten bunu sağlamaktadır.

Kanunlar ihtilafı kurallarının *lex mercatoria*'nın kapsamında olduğu iddia edilebilirse de ilk iki unsur açısından değerlendirdiğimizde bir örf ve âdet kuralı niteliğinde olmadığı⁵³⁹, zira kanunlar ihtilafı kurallarının çoğunlukla gösterici nitelikte kurallardan oluştuğu ve amacının da milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamak olduğu; toplum içerisinde sürekli, istikrarlı şekilde gerçekleştirilen ve toplumda uyulması zorunlu addedilen bir davranış şekline ilişkin kurallar olmadığı aşikârdır⁵⁴⁰. Dolayısıyla vurgulamak isteriz ki kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin milletlerarası uygulamada kabul gören bazı prensipler mevcut olsa da bunların TMK m. 1/ f. 2 kapsamında milletlerarası ticari örf ve âdet olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.

2.4.2.3.4.3. Kanun Boşluğunun “Ulusötesi Kanunlar İhtilafı Kuralı” Olarak *Lex Mercatoria* ile Doldurulması

Türk hâkimi hukuk sisteminin kanunlar ihtilafı kurallarındaki boşluğunu yukarıda ifade ettiğimiz gerekçeye dayalı olarak TMK m. 1/f. 2 uyarınca milletlerarası örf ve âdet hukuku olarak *lex mercatoria* ile dolduramayacağından ötürü kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kanunlar ihtilafı kuralı koyacak idiyse ona göre karar verecektir. Diğer bir ifadeyle milletlerarası örf ve âdet hukukunda uyumsuzluk konusu

⁵³⁹ Milletlerarası özel hukuk alanındaki örf ve âdet hukukunun mahkeme uygulamasından doğduğu, üzerinde görüş birliğine varılmış olan mahkeme kararlarında yer alan çözümlerin, hukuku tatbik edecek olanların bunlara uygun davranışları ile örf ve âdet hukukunun oluşmasına vesile olduğu ve İngiltere'deki sistemin buna örnek olarak verilebileceğine ilişkin görüş için bkz.: Nomer, a.g.e., s. 70-71. Bugün milletlerarası özel hukuk açısından örf ve âdet hukukunun önemli bir hukuk kaynağı olmadığına, zira yazılı kanunlar ihtilafı kurallarının esas alındığı sistemlerde hukuk kurallarının kanunlarla; milletlerarası özel hukukun mahkeme kararlarına dayalı olarak geliştiği hukuk sistemlerinde ise yerleşik mahkeme içtihatlarıyla bu alanın düzenlenmiş olduğuna, ancak neredeyse bütün hukuk sistemlerinde kabul edilen *lex rei sitae*, *locus regit actum*, *lex loci delicti*'nin kaynağının örf ve âdet hukuku olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Çelikel, Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, ss. 45-46. Hukuki işlemin şeklinin yapıldığı yer hukukuna, taşınmazlara ilişkin aynı hak uyumsuzluklarının malın bulunduğu devletin hukukuna, haksız fiillerin meydana geldikleri yer hukukuna tabi olması ve tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku seçme haklarına ilişkin tanınan irade serbestisinin milletlerarası örf ve âdet kuralı hâlinde gelmiş kanunlar ihtilafı kuralları olduğuna ilişkin bkz.: Can, Tuna, a.g.e., s. 86.

⁵⁴⁰ Türk hukukunda milletlerarası özel hukuk alanında örf ve âdet kuralının varlığından söz edilemeyeceği yönünde görüş için bkz.: Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 13.

olaya uygulanabilecek bir kanunlar ihtilafı kuralı mevcut olmadığı için hâkim hukuk yaratarak bu boşluğu dolduracaktır. Ancak belirtmek gerekir ki hâkim kanunlar ihtilafı kurallarındaki boşluğu milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gereği olarak öncelikle bir kanunlar ihtilafı kuralı yaratarak doldurmaya çalışmalıdır. Bu sebeple hâkimin sözleşmeler hukukunun genel prensipleri uyarınca bir maddi milletlerarası özel hukuk kuralı yaratmak yerine yukarıda daha ayrıntılarına değindiğimiz gibi⁵⁴¹ öncelikle genel, soyut ve gösterici nitelikte bir kanunlar ihtilafı kuralı yaratması gerektiği kanaatini taşımaktayız.

Kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin yukarıda da örneklerini vermiş olduğumuz bazı prensipler ticari örf ve âdet olarak kabul edilmese de doktrinde bunların ulusötesi kanunlar ihtilafı kuralları olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda *lex mercatoria*'nın kapsamında yer alıp almayacağı konusu tartışılmaktadır⁵⁴². Ancak ulusötesi kanunlar ihtilafı kurallarının varlığını ve *lex mercatoria*'nın bir parçası olduğunu savunan görüşler, bunları ileri sürenlerin çok azının ulusötesi nitelikte kanunlar ihtilafı kurallarının anlamına ve içeriğine ilişkin tatmin edici açıklamalar yaptığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁴³.

Lex mercatoria niteliğinde kanunlar ihtilafı kurallarının varlığını iddia eden görüşlere karşı ileri sürülen eleştirilerden birine göre eğer “*lex mercatoria* kapsamında yer alan kanunlar ihtilafı kuralları” kanunlar ihtilafı hukukunun genel prensiplerine dayanıyorsa tarafların hukuk seçimi yapmadıkları halde *lex mercatoria* kapsamında yer alan maddi hükümlerin sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına nasıl uygulanacağı sorusu cevapsız kalmaktadır. Zira kanunlar ihtilafı hukukunun genel prensiplerinden

⁵⁴¹ Bkz.: Yuk. s. 135.

⁵⁴² Berthold Goldman, “Les conflits des lois dans l’arbitrage international de droit privé”, Collected Courses of The Hague Academy of International Law – Recueil des cours, Volume: 109, Leiden, Martinus Nijhoff, 1963’ten aktaran Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, ss. 681-682. Ulusötesi menşeli kanunlar ihtilafı kurallarının hakem heyeti tarafından uygulandığına ilişkin bkz.: Gaillard, “Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules”, ss. 217-218.

⁵⁴³ Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, ss. 681-682. Ulusötesi kanunlar ihtilafı kurallarının varlığından bahsedilemeyeceğine ilişkin diğer görüşler için bkz.: Gary Born, International Commercial Arbitration, Zürich, Kluwer Law International, 2014, s. 2659; Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, Lahey, Kluwer Law International, 2003, s. 433

biri “en sıkı ilişki” prensibidir. Buna göre uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, ilgili hukuki ilişkiyle en sıkı ilişkili olan devletin hukukudur⁵⁴⁴.

Doktrinde milletlerarası tahkim yargılaması açısından yapılan bir incelemede, en sıkı ilişkili hukuk kriterini kabul eden bir tahkim düzeninde hakemlerin hukuki ilişkinin en sıkı bağlantılı olduğu maddi hükümleri uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere tespit edeceği, bağlama noktasının fiziksel bir coğrafi alanı işaret etmediği, dolayısıyla da bir milli hukuk sisteminin tespitinin zorunlu kılınmadığı belirtilmiştir. Bu görüş doğrultusunda milletlerarası tahkim alanında uyuşmazlık konusu hukuki ilişkiyle en sıkı bağlantılı bulunan hukuk kuralı *lex mercatoria* kapsamında yer alan maddi hükümler de olabilir. Ancak bu görüş, milletlerarası tahkim alanında hakem heyeti tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi kuralların tespitine ilişkin olarak genel kabul görmüş bir yöntemle ifade edilmiştir. Zira Yazar, tahkim yargılamasının devlet yargılamasından bağımsız olduğunu, MÖHUK m. 24’te yer alan “en sıkı ilişkili olan hukuk” kriterinin bir devletin hukukuna ilişkin olduğunu, diğer bir ifadeyle devlet yargılamasında en sıkı ilişkinin bir devlet hukuku ile kurulmasının mecburi olduğunu belirtmiştir⁵⁴⁵.

Milletlerarası tahkim alanında “en sıkı ilişki” prensibi mutlaka bir coğrafi alanı diğer bir ifadeyle mutlaka bir milli hukuk sistemini işaret etmemektedir. Ancak mahkeme yargılaması açısından, kanunlar ihtilafı hukukunun genel prensiplerinden olan en sıkı ilişki prensibinin -bir an için *lex mercatoria* kapsamında kabul edilse dahi- bir milli hukuk sistemini işaret etmesinin zorunlu olmadığı ileri sürülmesi, milli hukuk sistemlerinin “hukuk kurallarının” taraflarca ya da hâkim tarafından uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak tespitine izin vermeyen düzenlemeleri esas alındığında kanaatimizce bugün için zorlama bir iddia olacaktır. Elbette ki milli hukuk düzenlemelerinde mahkeme yargılaması için getirilen kanunlar ihtilafı kurallarında sadece “hukuk” değil milletlerarası tahkim alanında kabul edildiği gibi “hukuk kuralları”nın da *lex causae* olarak uyuşmazlığın esasına uygulanabileceği yönünde bir

⁵⁴⁴Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 682. Milletlerarası özel hukukun yapısal olarak, uyuşmazlığın maddi çözümünde hangi devletin hukukunun uygulanması gerektiği sorunu ile ilgilendiğine ilişkin görüş için bkz.: Vahit Doğan, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 94.

⁵⁴⁵İlgili görüş için bkz.: Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, ss. 138, 142. Aynı yönde bkz.: İzmirli, a.g.m., s. 219.

yaklaşım değişikliği söz konusu olur ve bu bir genel prensip haline gelirse o zaman bu noktada farklı bir değerlendirme yapmamız mümkün olabilecektir.

Özetle hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarındaki boşluğu ulusötesi nitelikte olduğu iddia edilebilecek kanunlar ihtilafı kurallarına başvurarak doldurmaya çalışması hususuna ilişkin diyebiliriz ki biz bugün için ulusötesi kanunlar ihtilafı kurallarının lex mercatoria'nın kaynakları arasında yer almadığı kanaatini taşımaktayız; bu sebeple de bu kuralların var olup olmadığı ve ne şekilde milletlerarası ticari uyumsuzluğa uygulanacağı⁵⁴⁶ bizim konumuz kapsamında değildir. Zira biz yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda lex mercatoria kapsamında ulusötesi kanunlar ihtilafı kurallarının da var olduğuna dair iddiaların bugün için lex mercatoria teorisi ile çelişen sonuçlar yaratacağı endişesini taşımakta olduğumuzu belirtmek isteriz.

2.4.2.3.4.4. Hâkimin Hukuk Yaratarken Lex Mercatoria'ya Başvurması

Hâkim yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası ticari uyumsuzluğa uygulanacak hukuku tespit etmek için kendi (lex fori'nin) kanunlar ihtilafı kurallarına bakacaktır. Kanunun sözü ve ruhu itibariyle yaptığı incelemede (TMK m. 1/ f. 1) uyumsuzluk konusuna uygulanacak hukuka ilişkin bir kanun boşluğu söz konusu ise hâkim bu boşluğu ticari örf ve âdet hukukuna bakarak genel, soyut ve gösterici nitelikte bir kanunlar ihtilafı kuralı ile yukarıda ifade ettiğimiz gerekçelerle dolduramayacağı için hukuk yaratarak dolduracaktır.

Türk Medeni Kanunu m. 1/ f. 3'te hâkimin karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanacağı düzenlenmiştir. Hâkim bilimsel görüşler ve yargı kararları ile bağlı olmasa da (Yargıtay içtihadı birleştirme kararları hariç) maddenin lafzı bunları dikkate almasının gerektiğini ifade etmektedir. Ancak dikkate alma dışında bir bağlayıcılık atfedilmediği için bunlar, kanun boşluğunu doldurmada yardımcı nitelikte kaynaklar olarak kabul edilmektedirler⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Ulusötesi kanunlar ihtilafı kurallarının milletlerarası ticari uyumsuzluklara uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Emmanuel Gaillard, "Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Cilt: 10, Sayı: 2, (1995), ss. 217-218.

⁵⁴⁷ Aynı yönde bkz.: Oğuzman, Barlas, a.g.e., ss. 127-128.

Öğretide kabul edilen, hâkimin kanun boşluğunu doldururken sadece bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından değil; hukukun genel ilkelerinden, mehz kanundan, karşılaştırmalı hukuktan da yararlanabileceğidir. Bunlar dışında hâkim açık boşluğun varlığı hâlinde kıyas yolunu uygulayarak *lex fori*'nin milletlerarası özel hukuk mevzuatında ya da ilgili diğer kanunlarda uyuşmazlık konusu olaya ilişkin hüküm yok ancak konuluş sebebi açısından ortaklık bulunan başka bir hükümde düzenleme varsa bunu uygulayabilecektir. Örtülü boşluğun varlığı hâlinde de amaca uygun sınırlama yöntemiyle ilgili boşluğu dolduracak hukuk kuralını yaratabilecektir. Yine TMK m. 4'de kural içi boşlukların doldurulmasında hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceği düzenlenmiştir. TMK m. 4'te yer alan hüküm kural içi boşlukların doldurulmasında hâkimi bağlayıcı etkiye sahip olsa da açık boşluklar için kıyas ve örtülü boşluklar için de amaca uygun sınırlama yöntemine başvurma konusunda hâkimin bir mecburiyeti bulunmamaktadır.

Her ne kadar yardımcı kaynaklara başvurma konusunda hâkimin dikkate alması gereken bir öncelik sonralık ilişkisi söz konusu olmasa da *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan bir kanun boşluğunu doldururken öncelikle genel, soyut ve gösterici nitelikte bir kanunlar ihtilafı kuralı yaratması gerektiği yönündeki görüşümüzü ifade etmiştik. Eğer hâkim bu şekilde milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanamayacağını takdir ederse o zaman milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralına ilişkin boşluğu, milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensiplerine dayanarak maddi milletlerarası özel hukuk kuralı yaratmak suretiyle doldurabilir. Bu kapsamda da *lex mercatoria*'nın kaynaklarına başvurabilir.

Bir örnekle açıklamak gerekirse Türk hâkimi önüne gelen milletlerarası ticari uyuşmazlıkta *culpa in contrahendo*'ya uygulanacak hukuku tespit etmek üzere MÖHUK hükümlerine bakacak ve *culpa in contrahendo*'ya uygulanacak hukuku düzenleyen bir kanunlar ihtilafı kuralının yer almadığının tespitini yapacaktır. Kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan bu boşluğu doldurmak için TMK m. 1/ f. 2'ye giderek öncelikle milletlerarası ticari nitelikte olan bu uyuşmazlığa ilişkin olarak milletlerarası ticari âdet haline gelmiş bir kanunlar ihtilafı kuralı olup olmadığını belirleyecektir. Milletlerarası âdet olarak kabul edilebilecek bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığının tespitini yaptıktan sonra kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kanunlar

ihtilafı kuralı koyacak idiyse ona göre karar verecektir. Kıyas yolundan yararlanarak culpa in contrahendo'ya uygulanacak hukuka ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı yaratabilir. Bu çerçevede MÖHUK kapsamında yer alan hükümlerin kıyas yoluyla culpa in contrahendo sorumluluğuna uygulanıp uygulanamayacağının tespitini yapar. Yine bu kapsamda mehaz kanundan, karşılaştırmalı hukuktan yararlanabilir⁵⁴⁸. Böylece kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan kanun boşluğunu yine bir kanunlar ihtilafı kuralı ile doldurmaya çalışır.

Milletlerarası ticari sözleşmeden doğan bir uyumsuzlukta hâkim, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamaya daha çok yaklaştığı kanaatine varırsa lex mercatoria'nın kaynaklarına da başvurarak bir maddi milletlerarası özel hukuk kuralı niteliğinde bir kural da yaratabilir. Yine culpa in contrahendo örneğinden hareket edecek olursak milletlerarası ticari sözleşmelere ilişkin genel prensiplerin derlemesi niteliğinde olan UNIDROIT Prensipleri, Avrupa Sözleşmeler Hukuk Prensipleri ve Trans-Lex Veri Tabanı gibi lex mercatoria'nın kaynağı olan metinlerde culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin münferit düzenlemeler yer almaktadır. Bu kapsamda özellikle iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak sözleşme görüşmelerine girişilmesi, görüşmelerin yürütülmesi veya kesilmesi gibi durumlara ve güven prensibine ilişkin maddi hukuk kuralları düzenlenmiştir⁵⁴⁹. Başvurulabilecek kaynakların başında gelen UNIDROIT Prensipleri çok kapsamlı bir mukayeseli hukuk araştırması sonucunda milletlerarası ticari hayatın doğasına en uygun olacak şekilde milletlerarası ticari sözleşmelere ilişkin prensiplerin bir derlemesidir. Prensipler'den yararlanılarak maddi milletlerarası özel hukuk kuralının yaratılmasının milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine de hizmet edeceği kanaatini taşımaktayız.

Hâkimin kural içi boşlukların doldurulmasında somut olayın özelliklerini dikkate alan bir "hakkaniyet" anlayışıyla hareket etmesi gerektiğini, TMK m. 4'de yer alan kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerinin ya da haklı sebeplerin

⁵⁴⁸ Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin kanun boşluğunun kıyas yönteminden ve karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak doldurulmasına ilişkin bkz.: Zeynep Derya Tarman, "Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", içinde: Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan Cilt II, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, ss. 1670 vd.

⁵⁴⁹ İzmirli, a.g.m., ss. 218-219. Her üç metinde de genel olarak sözleşme öncesi görüşmelerde bütünlük menfaatlerinin ihlâline veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşüne ilişkin bir hüküm bulunmadığına, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin yükümlülükleri tam olarak karşılayacak hükümlerin olmayışı sebebiyle ilgili metinlerin gözden geçirilmesi ve culpa in contrahendo'ya dair ayrı bir başlık altında daha detaylı bir düzenlemenin yapılması gerektiğine, bunun Prensipler'de bulunan boşlukların doldurulmasını sağlayacağına ilişkin görüş için bkz.: İzmirli, a.g.m., s. 219.

dikkate alınmasını emrettiği durumlarda hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceğine ilişkin hükmün kural içi boşlukların doldurulmasında dayanılacak esas ifade ettiğinden yukarıda bahsettik. Lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan kural içi boşlukların doldurulmasında da hâkim kanunun çizdiği pozitif sınırlar içinde kalmalı, hakkaniyete göre karar verirken tarafların özel durumlarını ve şartlarını göz önüne almalıdır.

Kanaatimizce hâkim lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan kural içi boşlukları doldururken de lex mercatoria'dan yararlanabilir. Bir örnekle açıklayacak olursak, MÖHUK m. 24 sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Milletlerarası bir ticari sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit edecek olan Türk mahkemesi hâkimi de MÖHUK m. 24'e göre bu belirlemeyi yapacak ve taraflarca bir hukuk seçimi söz konusu değilse MÖHUK m. 24/f. 4'te yer alan objektif bağlama kuralını uygulayacaktır. Hâkim sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuku uygulama yükümlülüğü altındadır. MÖHUK m. 24/ f. 4 uyarınca ticari ve mesleki sözleşmeler açısından bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilmektedir. Ancak kanun koyucu, hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde hâkimin bu hukuku uygulaması gerektiğini düzenlemiştir. Doktrinde gerçek istisna kuralı olarak da ifade edilen⁵⁵⁰ bu kural, her ne kadar sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığını tespit etmesi hâlinde hâkime bunun uygulanması konusunda bir takdir yetkisi tanımamış olsa da hâkimin öncelikle “sıkı ilişkili hukukun” tespitini yapması gerekecektir. Kanaatimizce MÖHUK m. 24/ f. 4'te yer alan ve hâkime sözleşmeyle “daha sıkı ilişkili bir hukukun” tespitini yapmasını yükleyen, uygulanacak hukukun buna göre tespit edileceğini buyuran hükümde kural içi boşluk söz konusudur. Hâkim “daha sıkı ilişkili hukuk” tespitini TMK m. 4'e göre kanunun çizdiği pozitif sınırlar içinde kalarak, “hakkaniyete göre” yapmalıdır. Bu bağlamda hâkim bir milletlerarası ticari sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun tespitini yaparken temelde “hakkaniyet” anlayışına dayalı olarak milletlerarası ticari işlemlere uygulanmak üzere milletlerarası ticaret camiası tarafından geliştirilmiş, tarafsız

⁵⁵⁰ Çelikel, Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 403.

nitelikte ve milletlerarası ticaret tekniğine uygun olan maddi kurallardan oluşan lex mercatoria'dan yararlanabilir. Hâkim Türk kanunlar ihtilafı kurallarındaki mevcut düzenlemeye göre şüphe yoktur ki bir milli hukuk sistemini lex causae olarak tespit edecektir. Ancak bu milli hukuk sistemini nasıl tespit edeceği, sıkı ilişkinin belirlenmesinde hangi unsurları esas alacağı konusunda lex mercatoria'ya diğer bir ifadeyle lex mercatoria'nın kaynaklarına başvurabilir. Böylece hâkim milletlerarası ticaretin doğasına ve hakkaniyete uygun şekilde milletlerarası ticari sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun tespitini yaparak milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlamaya daha çok yaklaşabilir.

Özetle hâkim yukarıda çizmiş olduğumuz çerçevede, milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kanun boşluklarını doldurmada hukuk yaratırken lex mercatoria'nın milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensipleri, milletlerarası konvansiyonlar, derlemeler, yeknesak kurallar, model sözleşmeler vb. yukarıda daha ayrıntılarıyla değindiğimiz kaynaklarına⁵⁵¹ başvurarak maddi milletlerarası özel hukuk kuralı yaratabilir veya lex mercatoria, lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarındaki kural içi boşlukların doldurulmasında milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlama konusunda hâkime yardımcı olabilir.

2.4.2.3.5. Lex Causae'nin Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria'nın Rolü

Milletlerarası ticari sözleşmenin tarafları, aralarındaki sözleşmede hukuk seçimi yapmış ve bir milli hukuk sistemini lex causae olarak belirlemiş olabilirler. Sözleşme taraflarının bir hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde hâkim kendi kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan ilgili objektif bağlama kuralına göre uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku, diğer bir ifadeyle de lex causae'yı tespit edecektir. Her iki durumda da hâkim tarafından lex causae olarak tespit edilen milli hukuk sisteminin bir

⁵⁵¹ Bkz.: Yuk. s. 20 vd.

konuya çözüm getirmemesi hâlinde⁵⁵², milletlerarası ticari sözleşmeden doğan borç ilişkisine *lex mercatoria* uygulanarak uyuşmazlık çözümlenebilir.

Doktrinde de sadece açık boşluklar hâlinde değil, milletlerarası sözleşmeler söz konusu olduğunda milli hukuk sisteminde yer alan kuralın somut olayın şartlarına uygun nitelikte olmadığı örtülü boşluklar veya hâkime takdir yetkisi verildiği hallerde “haklı sebep, “halin icabı” ya da “makul süre” gibi kavramların içinin doldurulmasına yönelik olarak da *lex mercatoria*’nın uygulanabileceği ifade edilmiştir⁵⁵³.

Türk mahkemesi önüne gelen milletlerarası ticari bir uyuşmazlıkta hâkim gerek sübjektif bağlama kuralına göre gerekse objektif bağlama kuralına göre tespit ettiği *lex causae*’nın boşluklarını ilgili hukuk sisteminin boşluk doldurma yöntemlerini izleyerek doldurabilecektir⁵⁵⁴. Zira uyuşmazlığın esasına bir milli hukuk sistemini uygulamak demek onu sadece maddi hükümleriyle değil, aynı zamanda yorum yöntemleri ve boşluk doldurma mekanizmalarıyla da uygulamak demektir.

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk Türk hukuk olarak tespit edilmişse o zaman hâkim TMK m. 1/ f. 2 uyarınca ilgili boşluğu dolduracaktır. TMK m. 1/ f. 2 kanunda uygulanabilir bir hüküm olmaması hâlinde hâkimin, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vereceğini düzenlemiştir.

Milletlerarası ticaret hukukunda sözleşme serbestisi prensibi hâkim olduğu için belirli bir ticari sektörde belirli zamandan beri yerleşik hale gelmiş diğer bir ifadeyle “işlenegelmiş” ve “itibat edilen” âdetlerden bahsedilebilirken; bu prensibin, “iyi” karşılanı temel alan örf kavramı ile bağdaşmamakta olduğunu ve bu sebepten ötürü de milletlerarası ticaret hukukunda ticari örf ve âdetlerden değil de belirli bir ticari sektörde, belirli bir süredir yerleşik olarak uygulanmakta olan ticari âdet ve teamüllerden bahsetmenin daha doğru olacağını yukarıda ifade etmiştik⁵⁵⁵. Türk

⁵⁵² Milletlerarası satım sözleşmelerinin yorumlanması ve boşluklarının doldurulmasında milletlerarası ticaretin ihtiyaçları gözetilmek suretiyle *lex mercatoria*’nın maddi hükümlerinden yararlanılmasının *lex mercatoria* ve milli hukuk sistemleri arasında uyumun ve buna bağlı olarak da milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanmasına hizmet edeceğine ilişkin görüş için bkz.: Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 21.

⁵⁵³ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 96.

⁵⁵⁴ Aynı yönde bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 27.

⁵⁵⁵ Bkz.: Yuk. s. 36.

hukuku açısından da milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak TMK m. 1/ f. 2 uyarınca maddi hukukta yer alan boşluklar hâkim tarafından ikincil (tali) hukuk kaynağı niteliğinde olan milletlerarası ticari âdetlerle doldurulmalıdır.

Uyuşmazlığın çözümlenmesi için maddi hukuktaki boşluğu doldurabilecek milletlerarası bir ticari âdet yoksa hâkim kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir; diğer bir ifadeyle hâkim hukuk yaratır. Kanaatimizce hâkim maddi hukuktaki boşluğu doldurmak amacıyla hukuk yaratırken milletlerarası ticaret camiası tarafından milletlerarası ticari işlemlere uygulanmak üzere geliştirilen ve uygulamada yaygın şekilde kabul görmüş olan maddi hükümler ile diğer bir ifadeyle *lex mercatoria*'nın ticari âdet ve *teamül* dışındaki kaynaklarını esas almalıdır. Zira milletlerarası ticari uyuşmazlıkların niteliklerine özgü şekilde düzenlenmiş olmayan milli hukuk sisteminde yer alan diğer kanun hükümleriyle kıyas yapılmasından ya da mukayeseli hukuka başvurma yoluyla başka bir milli hukuk sisteminin maddi hukuk hükümlerinin esas alınmasındansa; kanaatimizce -*lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan kanun boşluklarının doldurulmasından farklı olarak- *lex causae*'da yer alan kanun boşluklarının doldurulmasında milletlerarası ticari aktörler tarafından milletlerarası ticari uyuşmazlıkların milletlerarası ticaretin gereklerine uygun şekilde çözümlenmesi amacıyla geliştirilmiş olan *lex mercatoria*'nın maddi hükümlerinin hâkim tarafından öncelikle esas alınarak boşlukların doldurulması, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamaya daha çok hizmet edecektir.

Doktrinde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirli bir uyuşmazlık konusuna çözüm getirmemesi kavramının gerçek anlamda bir imkânsızlığı anlatmadığı, hâkimin *lex causae* olarak belirlediği milli hukuk sisteminin uyuşmazlık konusuna getirdiği çözümün tespiti makul olmayacak bir emek veya masrafa sebebiyet verecek ise bunun da uygulanacak hukukun meseleye çözüm getirememesi kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ve bu noktada uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ Michael Joachim Bonell, "Unification of Law by Non-Legislative Means". American Journal of Comparative Law, Cilt 40, Sayı 3, 1992, s. 633; Bonell, The UNIDROIT Principles and Transnational Law, s. 212; Alejandro M. Garro, "The Contribution of the UNIDROIT Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration", Tulane Journal of International and Comparative Law, Cilt

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 2/ f. 1’de kabul edildiği şekilde hâkim, kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygulama yükümlülüğü altındadır. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir, ancak bununla bağlı değildir ve taraflara bu açıdan bir ispat mecburiyeti yüklenmemektedir. Hâkim yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edememesi hâlinde MÖHUK m. 2/ f. 2 uyarınca Türk hukukunu uygulayarak uyuşmazlığı çözer. İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 16/ f. 2’de de hâkimin uygulanacak hukukun içeriğini belirleyememiş olması hâlinde İsviçre hukukunu uygulayarak uyuşmazlığı çözümleneceği hüküm altına alınmıştır. Yabancı hukukun bir vakıa olarak uygulandığı hukuk sistemlerinde hâkim yabancı hukukun muhtevasının tespiti için tarafların bu muhtevaya dair ispatını aramakta, belirlenememesi hâlinde kendi hukukuna göre karar vermektedir⁵⁵⁷. Hâkimin uygulanacak hukukun içeriğini belirleyememiş olması hâlinde lex fori’nin uygulanması yönünde düzenlemeler içeren hukuk sistemleri lex fori’nin uyuşmazlıkla bağlantısının zayıf olması ihtimalinde milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanamayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bunun yerine lex causae’nın içeriğinin belirlenememesi hâlinde lex mercatoria’nın kaynaklarından biri olan hukukun genel prensiplerine başvurulmasının daha yerinde olacağı, bu bağlamda milletlerarası ticaretin gerekleriyle ve milletlerarası kabul görmüş standartlarla uyum içerisinde olan UNIDROIT Prensipleri’nin uygulanabileceği görüşü ileri sürülmektedir⁵⁵⁸.

Bonell hâkim tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere tespit edilen hukuka ilişkin maddi hükümlerin çözüm getiremediği konular ve yabancılik unsuru içermeyen sözleşmenin taraflarının tacir olduğu ticari uyuşmazlıklarda milli hukuk sisteminin yorumlanması ve tamamlanmasında UNIDROIT Prensipleri’ne başvurulabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca Yazar, sadece hukuk boşluğunun hukukun

3, Sayı 1-2, 1995, s. 114; Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 28; Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 162. Lex causae olarak tespit edilen hukuk sistemine ilişkin maddi hukuk hükümlerinin uyuşmazlık konusuna çözüm getirememesi hususunun çok geniş yorumlanmaması ve ilgili hukukun meseleye getirmiş olduğu çözümün hakkaniyetli olmamasının çözüm getirilmemesi olarak değerlendirilmemesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz.: Garro, a.g.m., s. 114.

⁵⁵⁷ Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 162.

⁵⁵⁸ Berger, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, s. 180.

genel prensipleri, iyi niyet ve hakkaniyet ilkeleri ile doldurulmasını öngören milli hukuk sistemleri açısından değil, bu şekilde düzenlemeler içermeyen milli hukuk sistemlerinde de kanun boşluklarının doldurulmasında UNIDROIT Prensipleri'nden yararlanılabileceğini belirtmiştir⁵⁵⁹.

Doktrinde milli hukuklarda ve öğretilerde kabul edilen ancak ilgili mevzuatta açıkça düzenlenmesine gerek görülmemiş olan sözleşme özgürlüğü, ahde vefa prensibi, şekil serbestisi gibi prensiplerin⁵⁶⁰ somut olaya uygulanmasında da *lex mercatoria*'nın kaynağı olan UNIDROIT Prensipleri'nden yararlanılabileceği belirtilmiştir⁵⁶¹.

Milli mahkemelerde uyuşmazlığın esasına uygulanan milli hukuk sistemlerinde yer alan boşlukların UNIDROIT Prensipleri ile diğer bir ifadeyle *lex mercatoria* ile doldurulması yönünde kararlar verilmiştir. Polonya Yüksek Mahkemesi 6.11.2003 tarihli kararında Polonya hukukunda yer almayan bir düzenleme olmasına rağmen UNIDROIT Prensipleri'nin ilgili hükümleri uyarınca alacaklı zarara uğramasa bile borçlunun cezai şart ödemesi yönünde karar vermiştir⁵⁶². Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 1.7.1996 yılına verdiği kararda Rus Medeni Kanunu'nda yer alan faiz oranının alacaklının ikametgâhındaki banka faiz oranına göre belirlenmesine yönelik kuralın milletlerarası nitelikteki uyuşmazlıklara uygulanamayacağını, bunun yerinde UNIDROIT Prensipleri'nin uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, ss. 236-238.

⁵⁶⁰ Yine örnek olarak UNIDROIT Prensipleri'nde düzenlenmiş ancak milli hukuk sistemlerinin mevzuatında yer almayan *culpa in contrahendo* (Türk ve İsviçre hukukunda kabul edilmektedir), sözleşmenin yorumunda sözleşmenin yapılmasından sonra tarafların tutumunun dikkate alınacağı (Fransa, İsviçre, Türk ve Yeni Zelanda hukukunda kabul edilmektedir), öngörülemeyen hal ve mücbir sebebe dair hükümler (İsviçre ve Türk hukukunda kabul edilmektedir), bir şansın kaybının tazmin edilebileceği (İsviçre, Fransa ve Türk hukukunda kabul edilmektedir) verilebilir. Bkz.: François Dessemontet, "Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law", içinde: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration*, Paris, ICC Publishing, 2002, ss. 48-49; Süral, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri*, s. 165.

⁵⁶¹ Süral, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri*, s. 165.

⁵⁶² Polonya Yüksek Mahkemesi, 6.11.2003, No. III CZP 61/03. Karar için bkz.: Süral, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri*, s. 168.

⁵⁶³ Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, s. 243, dn. 195. Hollanda Yüksek Mahkemesi 22.9.1995 tarihinde verdiği kararda, Hollanda Medeni Kanunu'nun sözleşmenin feshine ilişkin hükmünü UNIDROIT Prensipleri'nde yer alan *âdemi ifanın düzeltilmesi talebi* üzerine alacaklının sözleşmeyi feshedemeyeceği kuralına uygun şekilde yorumlamıştır. Bkz.: Hollanda Yüksek Mahkemesi, 22.9.1995, No. 15754, *Nederlandse Jurisprudentie* 706/1996, s. 4078.-4092 (Bkz.: Süral, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri*, s. 166). Avustralya Federal Mahkemesi



30.6.1997 tarihinde verdiği kararda ihale sürecinde eşit davranılmasının sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda milletlerarası ticari sözleşmelerde uyulması gereken temel prensipler olarak UNIDROIT Prensipleri'ne atıf yaparak iyi niyet sorumluluğunun yabancı hukuklarda da tanındığı gerekçesiyle ihale sürecinde eşit davranılmasının sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Avustralya Federal Mahkemesi, 30.6.1997, No. 558 (Bkz.: Sural, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 167). Avustralya Federal Mahkemesi 12.2.2003 tarihli GEC Merconi Systems Pty Ltd. v. BHP Information Technology Pty Ltd. kararında sözleşme taraflarının iyiniyet ve hakkaniyete uygun olarak davranma yükümlülüğüne ilişkin Avustralya hukukunda açık bir düzenleme olmaması rağmen bu yükümlülüğün örtülü olarak bütün sözleşmeler açısından mevcut olduğuna, sözleşmede yer alan bütünlük hükmünün ("*entire agreement*") buna engel teşkil etmeyeceğine UNIDROIT Prensipleri'ni uygulayarak karar vermiştir. Bkz.: Avustralya Federal Mahkemesi, 12.2.2003, No. NG733 (Bkz.: Sural, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 167). New South Wales Yüksek Mahkemesi 16.7.1998 tarihli Alcatel Australia Ltd. v. Scarcella & Ors kararında Avustralya hukukunun yanı sıra UNIDROIT Prensipleri'ne de dayanarak karar vermiştir. Bkz.: New South Wales Yüksek Mahkemesi 16.7.1998, No. NSWSC 483 (Sural, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 167).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. MİLLETLERARASI TAHKİMDE LEX MERCATORIA'NIN MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANMASI

3.1. LEX MERCATORIA'NIN LEX CAUSAE OLARAK SÖZLEŞME TARAFLARINCA SEÇİLMESİ VEYA HAKEM HEYETİNCE BELİRLENMESİ

3.1.1. Lex Mercatoria'nın Sözleşme Taraflarınca Seçilmesi

3.1.1.1. Genel Hatlarıyla Milletlerarası Tahkim Mevzuatında Yer Alan Tarafların Hukuk Seçimine İlişkin Düzenlemeler

Milletlerarası tahkim⁵⁶⁴ taraf iradesi üzerine kurulu bir yargı yoludur⁵⁶⁵. Taraflar tahkim anlaşmasının tabi olacağı hukuk da dâhil olmak üzere, tahkim yerini, tahkim

⁵⁶⁴ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Kanun m. 1/ f. 1 milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemekte olduğunu belirtmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında Kanun'un yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ya da hakem veya hakem heyeti tarafından seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını düzenlemiştir. Kanaatimizce tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda da, MTK hükümlerinin uygulanmasının taraflarca veya hakem heyetince seçildiği uyuşmazlıklarda da yabancılık unsurunun aranması gerekir. MTK m. 2 kapsamında yer alan hükümler doğrultusunda uyuşmazlık yabancılık unsuru taşır; tahkimin de milletlerarası nitelik taşıyacağını söyleyebiliriz. Bkz.: Cansu Yener Keskin, Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi, İstanbul, On İki Levha, 2017, ss. 116-117. Tahkimin hangi hallerde yabancılık unsuru taşıyacağı ve buna bağlı olarak da hangi hallerde milletlerarası nitelik kazanmış olacağı MTK m. 2'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da iş yerlerinin ayrı devletlerde bulunması hâlinde, MTK m. 2 kapsamında uyuşmazlık yabancılık unsuru taşıyacaktır. Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden, tarafların yerleşim yerinin veya olağan oturma yerinin ya da işyerinin başka devlette bulunması da yabancılık unsuru olarak MTK m. 2'de yer almaktadır. Taraflarca tahkim yeri belirlenmemişse, hakem veya hakem heyeti tahkim yerini "olayın özelliklerine" göre belirleyecektir (MTK m. 9/ f. 1). Burada hakem veya hakem heyetinin sınırsız bir takdir hakkına sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple olayın özelliklerine göre hakemlerce belirlenen tahkim yeri de yabancılık unsurunun tespitinde dikkate alınacaktır. Ayrıca belirtmek isteriz ki MTK m. 2'de yer alan düzenlemeden bütün tarafların yerleşim yerinin veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin tahkim yerinden farklı devletlerde olmasının zorunlu olduğu sonucu çıkarılmaması gerektiridir. Tarafların yerleşim yerinin veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması hâlinde de tahkim, MTK'ya göre milletlerarası nitelik kazanacaktır. Diğer

dilini, tahkimin kapsamını (hangi uyuşmazlıklarda tahkime gidilebileceğini), konusunu (hakem kararına konu olacak unsurların ve sorunların belirlenmesi), hakemlerin sayısını, niteliklerini ve isimlerini, tahkimin süresini, tahkim usulüne uygulanacak hukuku ve çalışmamızın konusunu oluşturan milletlerarası ticari sözleşmeden doğan borç ilişkisine diğer bir ifadeyle uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemekte serbesttirler⁵⁶⁶. Tarafların aralarındaki ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçebilecekleri hem milli hukuk sistemlerinin tahkime ilişkin mevzuatında, hem bu alandaki milletlerarası sözleşmelerde hem de diğer kurumsal tahkim düzenlemelerinde yer almaktadır.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12/C'de hakem veya hakem heyetinin, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verecekleri düzenlenmiştir⁵⁶⁷. Yine aynı şekilde İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 187/ f. 1, Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1496, Rusya Federasyonu Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu m. 28/ f. 1, Japonya Tahkim Kanunu m. 36/ f. 1, İran Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu m. 27, Alman Medeni Usul Kanunu m. 1051/ f. 1, Hollanda Medeni Usul Kanunu m.

bir yabancılik unsuru olarak da tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılması belirtilmiştir. Sözleşmenin taraflarını oluşturan şirket ortaklarının en az birinin getireceği yabancı sermayenin oranı ile ilgili ya da yurtdışından sermaye sağlanması amacıyla yapılacak kredi veya güvence sözleşmesindeki oran ile ilgili olarak MTK'da herhangi bir alt limit veya oran belirlemesine yer verilmemiştir. Son olarak tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirilmesi de MTK m. 2 kapsamında tahkime milletlerarası nitelik kazandıracak unsurlardan biridir.

⁵⁶⁵ Milletlerarası tahkim hukukunda milletlerarası tahkimin kesin bir tanımı yer almamaktadır. Ancak ağırlıklı görüş milletlerarası ticaretin yarar alanına giren sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesi için başvurulacak tahkim yolunu milletlerarası tahkim yolu olarak kabul tanımlamaktadır. Bkz.: Burak Huysal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, ss. 8-9; Nomer, a.g.e., s. 559; Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I, İstanbul, Beta, 2016, s. 7; Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, s. 2. Yine milletlerarası tahkim, yabancılik unsuru taşıyan hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinin uyuşmazlık taraflarınca yapılacak milletlerarası tahkim anlaşması ile hakem veya hakem heyetine bırakılması olarak da ifade edilebilir. Bunun için bkz.: Yener Keskin, a.g.e., ss. 5-6. Milletlerarası sözleşmelerin %80'inde tahkim şartı yer aldığına ilişkin bkz.: Marrella, "Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law?", s. 76.

⁵⁶⁶ Milletlerarası tahkim anlaşmasında düzenlenebilecek konularla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Yener Keskin, a.g.e., ss. 199 vd.

⁵⁶⁷ İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları'nın m. 25/ f. 1'de ve İstanbul Ticaret Odası Tahkim Ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları m. 24/ f. 1'de yer alan düzenlemeler de aynı yöndedir.

1054/ f. 2, Belçika Yargılama Kanunu m. 1700’de de hakemlerin uyuşmazlığı taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre çözümleyeceklerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanunu⁵⁶⁸ m. 28/ f. 1 uyarınca hakem heyeti uyuşmazlığı taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk kurallarına göre çözümlenmekle yükümlüdür⁵⁶⁹. 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi⁵⁷⁰ m. 7/ f. 1’de tarafların, hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulayacakları hukuku belirlemede serbest oldukları düzenlenmiştir. Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme⁵⁷¹ m. 42/ f. 1 uyarınca da hakem heyeti taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk kurallarına göre karar verecektir. 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi⁵⁷² m. 5/ f. 1/a uyarınca taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku ve m. 5/ f. 1/ d uyarınca da tahkimin usulüne uygulanacak hukuku serbestçe seçebilmektedirler. Her ne kadar New York Sözleşmesi’nde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktaysa da doktrinde kıyasen irade serbestisi ilkesinin Sözleşme kapsamında esasa uygulanacak hukuka genişletilebileceği ifade edilmiştir⁵⁷³.

Modern milletlerarası tahkim mevzuatında taraflara tanınmış olan irade serbestisi kapsamında milletlerarası sözleşmenin tarafları, aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisini bir milli hukuk sistemine⁵⁷⁴ (bazen sözleşmenin bir kısmını bir

⁵⁶⁸Yaklaşık otuz ile elli arasında devletin, milli tahkim kurallarını UNCITRAL Model Kanunu’nu esas alarak modernize ettiğine ve bu sayede birbirleriyle de uyumlu hale geldiklerine ilişkin bkz.: Karl Heinz Böckstiegel, “Experiences of an Arbitrator on the Practice of International Arbitration Regarding the Applicable Law”, içinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiörük, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 91.

⁵⁶⁹ UNCITRAL Model Kanunu kabul ederek milletlerarası tahkim alanında yürürlüğe koyan Kanada’daki federe devletlerin çoğunda da irade serbestisi prensibinin kabul edildiğine ilişkin olarak bkz.: Oğuz, Lex Mercatoria, s. 166; Koray Güven, “Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 34, Sayı 2, 2014, s. 23.

⁵⁷⁰ RG Tarih: 23.9.1991, RG Sayı: 21000.

⁵⁷¹ RG Tarih: 2.6.1988, RG Sayı: 19830.

⁵⁷² RG Tarih: 25.9.1991, RG Sayı: 21002.

⁵⁷³ Bu görüş için bkz.: Born, a.g.e., s. 2673-2674.

⁵⁷⁴ Taraflar tek bir devletin hukukunun uyuşmazlığın esasına uygulanacağını kararlaştırabilecekleri gibi bazen sözleşmenin bir kısmına bir devletin hukukunun diğer kısmına da başka bir devletin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bkz.: Born, a.g.e., ss. 2750-2751. Bu kapsamda yüzen hukuk seçimi olarak ifade edilen klozlara da rastlanmaktadır. Buna örnek olarak “*Taraflardan A’nın tahkime taşıdığı uyuşmazlıkta taraflardan B’nin tabi olduğu milli hukuk uygulanacaktır*” klozu verilebilir. Bu durumda uyuşmazlığı tahkime taşıyan tarafa göre uygulanacak hukuk da değişiklik gösterecektir. Ayrıca

milli hukuka diğ er kısmını diğ er bir milli hukuka tabi kılabilenler) veya *lex mercatoria*'ya tabi kılabilecekleri gibi, milli hukuk sistemi ve *lex mercatoria*'yı birlikte uygulanmak üzere de seçebilirler⁵⁷⁵. Ayrıca taraflar hakemlere *amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisi tanımış olabilirler. Aşağıda öncelikle taraflarca milletlerarası ticari sözleşmeden doğ an uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere *lex mercatoria*'nın seçilmiş olması durumu incelenecektir.

3.1.1.2. Lex Mercatoria Kapsamında Yer Alan Maddi Hükümler Açısından Değ erlendirme

3.1.1.2.1. Genel Bilgi

Modern tahkim mevzuatı *lex mercatoria*'nın uyuşmazlığın esasına uygulanmasını kabul etmektedir⁵⁷⁶. Zira bu mevzuat taraflara sadece “hukuk” değil “hukuk sistemi” de seçmeye imkân tanımaktadır. Milletlerarası doktrinde tartışmasız kabul edilir ki bu terminoloji, tarafların *lex mercatoria*'yı aralarındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak seçmelerine olanak sağlamaktadır⁵⁷⁷. Bu yaklaşım Prensipler gibi *lex mercatoria*'nın kaynaklarından birinin tarafların aralarındaki ticari sözleşmede uygulanacak hukuk kuralı olarak seçilmesine ve bu seçimin geçerli bir

milletlerarası ticari sözleşme taraflarının aralarındaki sözleşmede hukuk seçimi yaparken stabilizasyon şartına da yer verdikleri görülebilmektedir. Bkz.: Born, a.g.e., ss. 2751-2752.

⁵⁷⁵ Ilias Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.45. Milletlerarası tahkim uygulamasında *lex mercatoria*'nın maddi hukuk olarak uygulanmasının kabul edilmesinin onun önemini artırdığına ilişkin bkz.: Gilles Cuniberti, “Three Theories of *Lex Mercatoria*”, *Columbia Journal of Transnational Law* Cilt 52, Sayı 1, s. 369.

⁵⁷⁶ Buna ilişkin ilk örnek 1981 yılında Fransa'da kabul edilen Medeni Usul Kanunu m. 1496'dır. Kanun'da tarafların hukuk kurallarını da uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçebilecekleri düzenlenmiştir. Bkz.: Güven, a.g.m., s. 27. Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12/C uyarınca taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere hukuk kurallarını seçebilirler. Tarafların bunu seçmelerinde milli hukuk sistemlerinin teknik sorunlarından kaçma, her sözleşme tarafı açısından diğ erinin milli hukukuna tabi olacağı endişesinden kurtulma, milli hukuk sistemlerinin aralarındaki uyuşmazlığı çözüme yetersiz kalacağı kaygısını taşımama gibi gerekçeler rol oynamaktadır. Bkz.: Bahadır Erdem, “Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda *Lex Mercatoria*”, s. 127.

⁵⁷⁷ Ole Lando, “Assessing the Role of the UNIDROIT Principles in the Harmonization of Arbitration Law”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Cilt: 3, Sayı: 1-2, s. 133; Gaillard, Savage, a.g.e., s. 803; Tarman, Non-national Rules in the Arbitration of Commercial Contracts, s. 74. Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 22; Durgut, a.g.m., ss. 117-118; Can, Tuna, a.g.e., s. 222; Bahadır Erdem, “Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği”, s. 74.

seçim olmasına yol açmaktadır⁵⁷⁸. Zira hakemlerin uygulamakla yükümlü oldukları bir *lex fori* olmadığı için⁵⁷⁹ uygulanmak üzere milli hukuk sistemlerini gösteren klasik kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı değildirler. Bu sayede de tahkim, milli hukuk sistemlerinden bağımsız maddi kuralların taraflarca milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlığa uygulanmak üzere seçilmesine olanak tanımaktadır. Liberal kanunlar ihtilafı kuralları içeren milli tahkim mevzuatında yer alan düzenlemelerin varlığı, yerel mahkemelerin milletlerarası kamu düzenini gözetilen ulusötesi hukuk prensiplerine dayanan liberal içtihatlarının bir sonucudur. Aslında bu da *lex mercatoria* doktrininin zımni olarak kabulü anlamına gelmektedir⁵⁸⁰.

Hakem heyeti, tarafların aralarındaki sözleşmede bu yönde açık bir hüküm varsa⁵⁸¹ veya herhangi bir hukuk seçimi yoksa ve ilgili tahkim kuralları buna izin veriyorsa milletlerarası ticari sözleşmeden doğan borç ilişkisine *lex mercatoria*'yı uygulayarak karar verebilir. Milletlerarası tahkimde tarafların ve hakemlerin *lex causae*'ya ilişkin yapacakları seçim sadece milli hukuk sistemleri ile sınırlı değildir⁵⁸².

Milletlerarası ticari sözleşmede taraflar hukuk seçimi yaparken *lex mercatoria* yönündeki tercihlerini “milletlerarası ticaret hukukunda kabul edilen genel prensipler”, “hukukun genel ilkeleri”, “medeni milletler tarafından kabul edilen genel prensipler”, “milletlerarası ticarete geçerli âdet ve teamüller” vb. şekillerde ifade edebilmektedirler. Eğer tarafların *lex mercatoria*'nın belirli kaynaklarının uygulanması yönünde seçim yaptıkları, hukuk seçimine ilişkin sözleşmede yer alan düzenlemenin lafzından veya somut olayın koşullarından anlaşılıyorsa bu, *lex mercatoria*'yı

⁵⁷⁸ Bonell, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, s. 22. Burada tarafların “*incorporation*” yoluyla Prensipier’i sözleşmenin bir parçası haline getirmesinden değil uygulanacak hukuk olarak diğer bir ifadeyle *lex contractus* olarak tercih etmeleri kastedilmektedir. Bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 20. Tarafların uyuşmazlığın esasına Prensipier’in uygulanması yönünde seçim yaparlarken “*Bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde UNIDROIT Prensipieri 2016 uygulanır*” ifadesine aralarındaki sözleşmede yer verebileceklerine ilişkin bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 20, dn. 80.

⁵⁷⁹ Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 124.

⁵⁸⁰ Berger, “The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, s. 981.

⁵⁸¹ Buna ilişkin ICC Kararı için bkz.: ICC Karar No. 4650, Yearbook Commercial Arbitration, 1987, s. 111.

⁵⁸² Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 706; Vahit Doğan, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 94; Bahadır Erdem, “Incoterm’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği”, s. 73.

oluşturan kuralların bütününün muhtemel uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere taraflarca seçildiği anlamına gelecektir⁵⁸³.

Gerek kurumsal tahkim gerekse milli tahkim mevzuatı uyarınca tarafların *lex mercatoria* yönünde yapmış oldukları seçim geçerlidir. Böyle bir durumda *lex mercatoria* sözleşmeden doğan uyuşmazlığa “*incorporation*” yoluyla bir sözleşme hükmü niteliğinde değil; herhangi bir milli hukukun emredici kurallarının denetimine tabi olmaksızın hukuk kuralı olarak doğrudan uygulanacaktır. Zira milletlerarası tahkim yargılaması taraf iradesinin önceliği ilkesi üzerine kuruludur.

Taraflar *lex mercatoria*'yı aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere belirlerken, milli hukuk sistemlerinin ve milletlerarası ticarete kabul görmeyen başkaca kuralların aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanmasından kaçınma amacı taşımaktadırlar⁵⁸⁴.

Milletlerarası tahkimde milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esası *lex mercatoria*'ya göre çözümlenecek olsa da hukuki ilişkiyle sıkı ilişkili devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabileceğini belirtmek gerekmektedir⁵⁸⁵. Milletlerarası ticari tahkimde hakemler yargılama yaparken sözleşmeyle sıkı ilişkili devletin doğrudan uygulanan kurallarını ya direkt uygulamakta veya dikkate almaktadır. Devlet yargısında örneğin Türk mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta hâkim MÖHUK m. 31 uyarınca sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuku uygularken sözleşmeyle sıkı ilişkili olan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanıyabilir. Hâkim etki tanıyıp tanımama ya da uygulayıp

⁵⁸³ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 87. Aynı yönde bkz.: Bahadır Erdem, “Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda *Lex Mercatoria*”, s. 128; Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 22. Milletlerarası yatırım tahkimi uygulamasında imtiyaz sözleşmelerinde yer alan ifanın iyiniyet, sadakat ya da vicdanla yapılmasına yönelik düzenlemelerin hakem heyetince *lex mercatoria*'nın taraflarca seçildiği anlamına gelecek şekilde yorumlandığına ilişkin bkz.: Giray, a.g.e., s. 13.

⁵⁸⁴ Lando, “The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration”, s. 748.

⁵⁸⁵ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 206. Hakem heyetinin bir *lex fori*'si olmadığı için milletlerarası tahkimde *lex causae*'ya ait olan ve olmayan doğrudan uygulanan kurallar ayrımı söz konusudur. Doktrinde de tahkim yargılamasında *lex contractus* dışında bir devletin doğrudan uygulanan kurallarından bahsedilirken üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ifadesinin kullanıldığı ifade edilmiştir. Ayrıca Yazar milletlerarası davranış kodları, milletlerarası kurumların düzenlemeleri, hakkaniyet, dürüstlük vb. milletlerarası alanda kabul görmüş temel ilkelerin milletlerarası kamu düzeni kavramı kapsamında *lex causae* dışında doğrudan uygulanan kural olarak milletlerarası tahkimde dikkate alınmakta olduğunu belirtmiştir. Bkz.: İbrahim Doğan Takavut, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, İstanbul, On İki Levha Yayınları, ss. 154-155.

uygulamama konusunda kuralların amacını, niteliğini, muhtevasını ve sonuçlarını dikkate alacaktır. Milletlerarası tahkim alanında da sözleşmeyle sıkı ilişkili devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımının (özellikle rekabet hukukuna ilişkin olanların) hakemlerin görevlerinin bir parçası olduğu kabul edilmektedir⁵⁸⁶. Doktrinde uyuşmazlıkla sıkı ilişkili olan milli hukuk sisteminin doğrudan uygulanan kuralları ile *lex mercatoria*'nın maddi hükümlerinin birbiriyle çelişmesi hâlinde hakem heyetinin, vereceği kararın uygulanabilirliğini sağlama gayesiyle kararın icra edileceği devletin doğrudan uygulanan kurallarına öncelik tanımının yerinde olacağı ifade edilmiştir⁵⁸⁷.

3.1.1.2.2. Farklı Yaklaşımlar

Lex mercatoria kapsamında yer alan maddi hükümlerin milletlerarası ticari uyuşmazlığın esasına uygulanmasına ilişkin doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bonell UNIDROIT Prensipleri'nin milletlerarası ticari sözleşmelerin esasına uygulanması yönündeki kararların neredeyse hepsinin hakem kararı olduğunu ifade etmiştir. Bu durumun bazen tarafların, aralarındaki sözleşmede hukuk seçimini UNIDROIT yönünde yapmaları hâlinde, bazen de tahkim prosedürünün başında birlikte kararlaştırmaları hâlinde mümkün olabildiğini belirtmiştir. Çoğunlukla tarafların sözleşmesinde, uygulanacak hukuk olarak “milletlerarası hukukun prensipleri” veya “*lex mercatoria*” gibi bir seçimle karşılaşılmaktadır. Böyle bir durumda hakemler tarafların iradelerinin milli hukuk sistemlerinden bağımsız veya ulusötesi hukuk kurallarından yana olduğu varsayımıyla uyuşmazlığa UNIDROIT prensiplerini uygulamaktadırlar. Hatta bazı hakem kararlarında bunun biraz daha ötesine geçilerek tarafların bu yönde bir seçimi olmasa dahi Prensipler'in tek başına veya bir milli hukukla birlikte uygulanarak uyuşmazlıkların çözümlendiğine rastlanmaktadır. Hakemler bunu yaparken usule uygulanacak hukukta veya ilgili tahkim kuralında yer alan hakemlerin uyuşmazlığa uygun gördükleri hukuk kuralını

⁵⁸⁶ Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 173; Takavut, a.g.e., ss. 153-154.

⁵⁸⁷ Bu görüş için bkz.: Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 206.

uygulayabileceklerine veya uyuşmazlığı çözerken ilgili ticari âdetleri dikkate almaları gerektiğine ilişkin düzenlemelere dayanmaktadırlar⁵⁸⁸.

Texaco v. Libya⁵⁸⁹ davasındaki tek hakem, ilgili imtiyaz sözleşmesindeki tarafların açık hukuk seçimi hükmüne rağmen, tarafların zımni iradesini belirlemesi gerekliliği gibi uygulanacak hukuku tespit etmeye çalışmıştır⁵⁹⁰. Hakem milletlerarasılaştırma teorisini desteklemeye çalışırken zımni hukuk seçimine ilişkin hem sermaye ihraç eden hem de sermaye ithal eden ülkelerin hukukçuları tarafından önemli eleştirilere maruz kalacağı bir karar vermiştir⁵⁹¹.

Doktrinde *lex mercatoria*'nın gelişiminin önündeki engellerden birinin, taraflarca seçim yapılmadığı hallerde hakemlerin uygulanacak hukuk kuralını seçerkenki yaklaşımları olduğu belirtilmektedir. Bazı hakem kararlarında hangi temel prensiplere dayanılarak karar verildiği anlaşılmamakta⁵⁹²; bazılarında ise bu anlaşılabilir olsa da ilgili kural ve prensiplerin kaynağının net bir şekilde kararda belirtilmediğine rastlanmaktadır⁵⁹³.

Bir dönem tarafların aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmeye tahkim şartı koymalarının ve bu şekilde bir hakem heyeti belirlemelerinin ya da bir kurumsal tahkim merkezine göndermede bulunmalarının tarafların *lex mercatoria*'nın aralarındaki borç ilişkisinden doğan uyuşmazlığa uygulanmasını kastettikleri anlamına geldiği görüşleri ileri sürülmüştür. Dolayısıyla bir anlamda tarafların aralarındaki sözleşmede yapmış oldukları bir milli hukuk sisteminin uygulanması yönündeki hukuk

⁵⁸⁸ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 25.

⁵⁸⁹ Texaco & Libya, 53 I. L. R., 297 (1979)'dan aktaran Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 719.

⁵⁹⁰ İlgili davada Dupuy'ın uygulanacak hukukun tespiti konusunda izlediği yola dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz.: Robert B. von Mehren, P. Nicholas Kourides, "International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases". The American Journal of International Law, Cilt 75, Sayı 3, 1981, ss. 499-506. Milletlerarası ticari tahkimde zımni hukuk seçimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Şanlı, Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, ss. 177 vd.

⁵⁹¹ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 719-720; Christopher Greenwood, "State Contracts in International Law: The Libyan Oil Arbitrations", British Yearbook of International Law, Cilt 53, Sayı 1, (1982), s. 46; Robert E. Freer, Jr., "Expropriation: United States Claimants' Rights and the Future of Cuba", University of Miami International and Comparative Law Review, Cilt 4, Sayı 1, 1995, s. 171.

⁵⁹² Aminoil davası buna örnek olarak verilebilir. Bu dava ve ilgili hakem kararına ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz.: Frederick A. Mann, "The Aminoil Arbitration", The British Yearbook of International Law, Cilt 54, Sayı 1, 1983, s. 214 vd.

⁵⁹³ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", ss. 721-722.

seçiminin tahkim şartıyla geçersiz hale gelip gelmeyeceği tartışılmıştır ancak kabul görmemiştir. İlgili görüşler, tahkimin kendisi taraf iradesine dayalı olduğu için irade serbestisi ilkesine çeşitli konularda riayet edilmesi gerektiğini, hakem heyetinin hakkaniyetli bir şekilde de olsa taraflarca yapılmış olan hukuk seçimini dikkate almamasının kabul edilmeyeceğini, lex mercatoria'nın bu açıdan milletlerarası özel hukukun genel prensiplerinden birisi olan tarafların irade serbestliği ilkesiyle çelişecek şekilde anlaşılmasının doğru olmadığını belirtmişlerdir⁵⁹⁴.

3.1.1.2.3. Hakemlerin Ahlaka Faaliyetine İlişkin Değerlendirme

Hakem heyeti, taraflarca veya usule uygulanacak tahkim kuralları tarafından lex mercatoria'yı uyuşmazlığın esasına uygulamak konusunda yetkilendirilmişse, bir sonraki soru hakem heyetinin lex mercatoria kapsamında yer alan hangi maddi hükümleri, hangi hiyerarşik sıra ile uygulayacağıdır. Zira hakem heyetinin önünde lex mercatoria'nın kaynağı olarak uyuşmazlığın esasına uygulanabilecek birçok seçenek olacaktır⁵⁹⁵. Lex mercatoria, çalışmamızın birinci bölümünde ayrıntılarıyla değinmiş olduğumuz üzere milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensipleri, ticari âdet ve teamüller, milletlerarası konvansiyonlar, model kanunlar, derleme metinler, yeknesak kurallar, model sözleşmeler, klozlar, davranış kodları ve hakem kararlarından oluşmaktadır.

Maniruzzaman'a göre lex mercatoria'nın kaynaklarından hangisinin uyuşmazlığın esasına uygulanacağına dair hakem heyetinin mutlak bir seçim özgürlüğüne sahip olduğu kabul edilirse, uyuşmazlığın taraflarının hakem kararı verilene kadar ne yönde karar verileceği konusunda net bir fikri olmayacaktır. Hakem heyetinin, lex mercatoria'nın kaynakları kapsamında uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere uygun hukuk kuralı bulamaması hâlinde ne olacağı da ayrı bir

⁵⁹⁴ İlgili tartışmaların varlığına ilişkin bkz.: Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", ss. 678-679.

⁵⁹⁵ Taraflar aralarındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak lex mercatoria'yı seçmişlerse veya tahkim yargılamasında hakem heyeti bu yönde karar verirse Trans-Lex Veri Tabanı, bunun tespitine imkân sağlamaktadır. Bkz.: Berger, "Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database", s. 90.

sorudur. Yazar'a göre bu sorunun cevabı *lex mercatoria*'nın kavramsal çerçevesi ile ilgilidir⁵⁹⁶.

Ayoğlu'na göre ister *lex mercatoria* taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmede seçilmiş olsun ister de hakemler *voie directe* yöntemini kullanma yetkisine sahip olarak *lex mercatoria*'nın, uyuşmazlığın niteliğine en uygun maddi hüküm olarak kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaksızın doğrudan uygulanmasına karar vermiş olsunlar; her iki durumda da *lex mercatoria* uyuşmazlığın esasına uygulanırken kapsamında yer alan kaynakların hangi hiyerarşik sıra ile uygulanacağı konusu *lex mercatoria* teorisi ile hakemlerin atılma faaliyeti arasındaki bağlantıyı ortaya koymaktadır. Yazar'a göre hakemler her iki ihtimalde de *lex mercatoria*'yı uyuşmazlığın esasına uyuşmazlığın niteliğine en uygun hukuk kuralı statüsünde uygulayacaktır. Hakemler *lex mercatoria*'yı oluşturan maddi kurallar ve ticari âdet ile teamüllerden hangisinin uyuşmazlığın niteliğine en uygun olduğunu tespit edecek ve atılma faaliyeti kapsamında *lex mercatoria*'nın hangi kaynaklarından yararlanacağını ve hangilerini öncelikle uygulayacağını belirleyeceklerdir. Bu sebeple doktrinde karma görüş taraftarları *lex mercatoria* teorisinin, tahkime özgü bir yargılama tekniği olduğunu ileri sürmektedir⁵⁹⁷.

Kanaatimizce hakemler milletlerarası ticari hayatın beklentilerini yansıtabilecek şekilde karar verebilmek için *lex mercatoria*'nın kaynakları arasından uygulayacakları prensip ve kuralları seçerken yaratıcı bir rol oynamaktadırlar⁵⁹⁸. Milletlerarası tahkimdeki karar verme sürecinde, hâkimlerden farklı olarak hakem için taraf beklentileri önemlidir. Zira *lex mercatoria* devletlerden bağımsız olarak iş insanlarının beklentileri ve amaçlarından doğmuştur. Bu nedenle *lex mercatoria*'nın uygulanmasında bağlam önemlidir. Bağlam iş dünyasının çıkarlarını, ihtiyaçlarını ve beklentilerini kapsar. Milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda *lex mercatoria*'nın uygulanmasının amacı bu konulardaki ulusal farklılıklardan bağımsız olarak milletlerarası ticaret camiasının ortak değerlerini desteklemektir. Hakemler de bu noktada ticaret dünyasının beklentileri yönünde karar verirken *lex mercatoria*

⁵⁹⁶ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 711.

⁵⁹⁷ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, ss. 83-84.

⁵⁹⁸ Aynı yönde bkz.: Lando, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", s. 747.

kapsamında yer alan kural ve prensiplerin hangilerini ne şekilde uygulayacaklarına bir “sosyal mühendis”⁵⁹⁹ gibi kendileri karar verirler. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi hakemler *lex mercatoria*’nın gelişmesinde ve daha belirli hale gelmesinde önemli ve yaratıcı bir rol oynarlar. Bu sebeple *lex mercatoria* kavramı ve tahkim işleyişi birbirleriyle iç içe geçmiştir. *Lex mercatoria*’nın somutlaştırılması bir açıdan da hakemin yaratıcı karar verme sürecinde meydana gelmektedir.

Taraflar aralarındaki sözleşmede *lex mercatoria* olarak değil de sözleşmeler hukukunun genel prensiplerini veya UNIDROIT Prensipleri’ni⁶⁰⁰ uygulanacak hukuk kuralı olarak belirlemiş olabilirler⁶⁰¹. Özellikle milletlerarası sözleşmenin bir tarafının devlet bir tarafının yabancı yatırımcı olduğu durumlarda taraflar, içlerinden birinin milli hukuku yerine aralarındaki sözleşmeye hukukun genel prensiplerinin uygulanmasını tercih etmektedirler⁶⁰². Kanaatimizce burada taraflar kasıtlı olarak aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyumsuzluğa bir milli hukuk sisteminin uygulanmasından kaçınmışlardır. Bu sebeple de bu şekilde bir seçimle karşılaşıldığında bunun *lex mercatoria*’nın hukuk kuralı olarak (“*rule of law*”) uyumsuzluğun esasına uygulanmasına yönelik bir seçim olarak kabul edilmesi

⁵⁹⁹ Hakemlerin milletlerarası tahkimde “sosyal mühendis” gibi hareket ettiğine ilişkin bkz.: Lando, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, s. 752.

⁶⁰⁰ Tarafların bu hususta netleştirmeyi karar verici hakem veya hâkimin inisiyatifine bırakmış olmalarının sebep olduğu öngörülmezliğin keyfiliğe yok açabileceğinden bunun eleştirilmekte olduğuna; UNIDROIT Prensipleri’ne başvurmanın içeriğinin kolayca ulaşılabilir olması, kapsamlı olması, öngörülmezliği ortadan kaldırması gibi sebeplerden çok önemli bir alternatif oluşturduğuna ve taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere Prensipler’in seçildiğine gün geçtikçe daha sık rastlandığına ilişkin bkz.: Bonell, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, s. 23. Taraflar doğrudan aralarındaki sözleşmeye Prensipler’in uygulanacağını belirleyebilirler. Ancak Prensipler’in bir sonraki versiyonu öncekileri ortadan kaldırmadığı için taraflara, aralarındaki sözleşmede Prensipler’in hangi versiyonunun uygulanmasını istediklerine ilişkin tercih yapmaları önerilmektedir. Bir belirleme yapılmamışsa yürürlükteki versiyonun uygulanmasının tercih ettikleri kabul edilmektedir. Bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 21. ICC ve Milletlerarası Ticaret Merkezi (ITC) gibi milletlerarası kuruluşların da hazırladıkları sayıları gittikçe artan model sözleşmelerde Prensipler’e referanslar yer almaktadır.

⁶⁰¹ UNIDROIT Prensipleri’nin Giriş kısmının ikinci paragrafında tarafların aralarındaki sözleşmede kararlaştırmaları hâlinde ilgili sözleşmeden doğan uyumsuzluğun esasına Prensipler’in uygulanabileceği düzenlenmiştir.

⁶⁰² Berger, “The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, s. 984. Tarafların her ne kadar aralarındaki sözleşmede hukukun genel ilkelerini uygulanacak hukuk olarak belirlerken UNIDROIT Prensipleri’nin uygulanacağını öngörememiş olabilecekleri ileri sürülebilecek olsa dahi tarafların belirli bir milli hukuk sistemine ilişkin tercih yapmayarak hakem heyetinin uygulayacağı kurallara razı olduklarının, diğer bir ifadeyle hakemlere hukukun genel ilkelerini belirleme özgürlüğünü verdiklerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu görüş için bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 22.

gerekmektedir. Ancak bu noktada sözleşmeler hukukunun genel prensipleri, *lex mercatoria*'nın diğer kaynaklarına göre öncelikli olarak uygulanacaktır⁶⁰³.

3.1.2. Esasa Uygulanacak Hukukun Hakemlerce Belirlenecek Olması Hâlinde *Lex Mercatoria*'nın Uygulanması

3.1.2.1. Esasa Uygulanacak Hukukun Hakemlerce Belirlenme Yöntemleri

Modern milletlerarası tahkim mevzuatına göre milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarının, aralarındaki sözleşmede mutlaka bir milli hukuk sistemini uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak belirleme mecburiyetinde olmadıklarını, *lex mercatoria* veya kaynaklarını seçmekte serbest olduklarını yukarıda belirtmiştik. Dolayısıyla milletlerarası tahkim alanında irade serbestisi hâkim olduğu için tarafların yapmış oldukları hukuk veya hukuk kuralı seçimine göre hakemler uyuşmazlığı çözümlenmekle yükümlüdürler. Ancak taraflar herhangi bir seçim yapmamışlarsa hakem heyeti *lex arbitri*'ye⁶⁰⁴ ya da tahkim anlaşmasına göre belirli bir yöntemi benimseyerek⁶⁰⁵ milletlerarası ticari sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku belirleyecektir.

⁶⁰³ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 125.

⁶⁰⁴ Genelde “*lex loci arbitri*” olarak kabul edilen kavram, tahkim usulüne uygulanan hukuktan farklıdır. *Lex arbitri*, tahkimin hangi milli hukuk sisteminin otoritesinde, diğer bir ifadeyle hangi milli hukuk sistemine ait tahkim kanununun kontrolünde cereyan ettiğini ifade etmektedir. Taraflar veya hakem heyeti ise tahkimin usulüne uygulanmak üzere başka bir milli hukuk sistemini seçmiş olabilirler. Bkz.: bkz.: Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 59 vd. Sıklıkla birbirinin yerine kullanıldığına rastladığımız *lex arbitri* ile tahkim yeri her zaman aynı yer olmak zorunda değildir. Örneğin yabancılık unsuru taşıyan, tahkim yerinin başka bir devlet olduğu ancak MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklarda tahkim, MTK'nın otoritesi altında cereyan eder (MTK m. 1/ f. 2). Diğer bir ifadeyle böyle bir durumda *lex arbitri* MTK'dır. Ancak tahkim yeri başka bir devlet olduğu için tahkim yeri hukuku da başka bir milli hukuk sistemidir.

⁶⁰⁵ Hakemlerin *lex causae*'yi belirleme noktasında izleyebileceği yöntemler doktrinde şu şekilde sıralanmıştır: Tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, kanunlar ihtilafı hukukunun genel prensiplerinin uygulanması, uyuşmazlıkla bağlantısı olan devletlerin kanunlar ihtilafı sistemlerinin birlikte uygulanması, hakemlerin kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin belirlemeyi serbestçe yapmaları, *lex contractus*'un kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, taraflar tahkim anlaşması yapmasalardı hangi devletin hukukunun uygulanması söz konusu olacaksa onun uygulanması, hakem kararının muhtemel tenfiz devletinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, tarafların ikisinin vatandaşlığı veya yerleşim yerlerinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, hakemin vatandaşlığı ya da yerleşim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmaksızın doğrudan maddi hukuk kurallarının uygulanması. Bkz.: Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 131-132. Şanlı, klasik kanunlar ihtilafı tekniğinin milletlerarası ticari

Milletlerarası tahkimde tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun hakemlerce tespit edilmesine ilişkin milli hukuk sistemlerinde ve kurumsal tahkim tüzüklerinde belirli düzenlemeler yer almaktadır. Bunları dört farklı yöntem olarak ifade edebiliriz.

İlk yöntem hakemlerin tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen maddi hukuku uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenmeleridir. Bu yöntem 1957 ve 1959'da Milletlerarası Hukuk Enstitüsü tarafından tavsiye edilmiştir⁶⁰⁶ ve diğer yöntemlere göre daha gelenekseldir. Tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespitini öngören yöntemde tahkim yeri bir anlamda “lex fori” olarak kabul edilmiştir. 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu m. 7 hakemlerin tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı olmalarının önüne geçmiştir. Hükme göre tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları hâlinde hakemler, uyuşmazlığın türüne göre tespit edecekleri bir kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak lex causae'yı belirleyeceklerdir.

Bu yöntem artık birçok milli hukuk ve kurumsal tahkim mevzuatında terk edilmiştir. Zira tahkim yeri çok tesadüfi bir yer olabilmektedir⁶⁰⁷. İngiltere 1996 yılında yeni tahkim kanununu kabul ederek bu yönteme ilişkin son kalan milli hukuk düzenlemesini ortadan kaldırmıştır. Ancak kurumsal tahkim kuralları açısından halen Zürih Ticaret Odası Tahkim Kuralları'nda taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak hakemlerin tespitlerini İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na göre yapacakları düzenlenmektedir (m.

uyuşmazlıkların tatmin edici şekilde çözümlenebilmesi konusunda yetersiz kaldığını, bunun yansımalarının da hakemlerin klasik kanunlar ihtilafı teknikleri dışında yeni yöntemlere başvurmasıyla milletlerarası tahkimde görüldüğünü belirtmiştir. Bkz.: Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 318, dn. 709.

⁶⁰⁶ Lew, Mistelis, Kröll, a.g.e., s. 428. Mann milletlerarası tahkimde uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının tespiti için tahkim yeri hukukuna başvurmanın kaçınılmaz olduğunu vurgulamıştır. Bu görüş için bkz.: Frederick A. Mann, “The UNCITRAL Model Law: Lex Facit Arbitrum”, Arbitration International, Cilt 2, Say 3, 1986, s. 248.

⁶⁰⁷ Lew, Mistelis, Kröll, a.g.e., s. 429; Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, ss. 132-133. Lando hakemlerin yargı yetkisinin taraflar arasındaki tahkim anlaşmasından kaynaklandığını, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespitinde tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulma mecburiyetinin olmadığını belirtmiştir. Bkz.: Lando, “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, s. 137. Tahkim kurumunun kurallarında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit etmek üzere kanunlar ihtilafı kuralları mevcut değilse *ad hoc* tahkimde genel uygulamanın, hakem heyetinin yargılama yaptıkları yerin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak lex causae'yı tespit etmeleri veya doğrudan uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili devlet hukukunu tespit ederek uyuşmazlığın esasına bu hukuku uygulamaları olduğuna ilişkin bkz.: Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 352.

4/ f. 2). Modern milletlerarası tahkim kanunlarında tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespit edileceği yönünde bir düzenleme yer almamaktadır. Bunun yerine milli milletlerarası tahkim kanunlarında özel kanunlar ihtilafı kuralları düzenleme yoluna gidilmiştir⁶⁰⁸.

İkinci yöntem ise herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına gönderme yapılmaksızın lex arbitri'nin milletlerarası tahkime ilişkin mevzuatında doğrudan bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmiş olması ve bu kurala göre tespit edilen maddi hukukun uygulanmasıdır. Bu yöntem 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda kabul edilmiştir. MTK m. 12/C/3 uyarınca taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku kararlaştırmamışlarsa hakem veya hakem kurulu uyuşmazlıkla en yakın bağlantılı olduğunu tespit ettiği devletin maddi hukuk kurallarını uygulayarak uyuşmazlığı çözecektir⁶⁰⁹. Japon Tahkim Kanunu m. 36/ f. 2'de ve İtalya Medeni Usul Kanunu m. 834/ f. 3'te MTK ile benzer yönde bir düzenleme yer almaktadır. İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 187/ f. 1 uyarınca tarafların hukuk seçimi mevcut değilse hakem heyeti olayla en sıkı ilişkili hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözecektir. Alman Medeni Usul Kanunu m. 1051/ f. 2'de de İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile paralel bir düzenleme yer almaktadır. Hollanda m. 1054/ f. 2, Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1496/ f. 1 ve Rusya Federasyonu Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu m. 28/ f. 2 uyarınca hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde hakem heyeti uygun gördüğü hukuk kurallarını uygulayarak uyuşmazlığı çözecektir.

Milletlerarası tahkimde hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespitinde başvurdukları üçüncü yöntem ise hakemlerin uygun buldukları kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak tespit ettikleri maddi hukuk kurallarıyla uyuşmazlığı çözmeleridir⁶¹⁰. Bu yaklaşıma örnek olarak Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu m. 28/ f. 2 verilebilir. İlgili düzenleme uyarınca taraflar

⁶⁰⁸ Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 133.

⁶⁰⁹ MTK'nın ilgili hükmünün muhafazakâr bir yaklaşımı yansıttığına ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalacağına ilişkin görüş için bkz.: F. İtir Bingöl, "Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku'ndaki Yeri". D.E.U. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı, (2017), s. 1969. İstanbul Ticaret Odası Tahkim Ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları m. 24/ f. 1'de yer alan düzenleme de MTK m. 12/C/3 ile aynı yöndedir. İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları m. 25/ f. 1'de ise tarafların hukuk seçimini yapmamış olmaları hâlinde hakemin veya hakem heyetinin uygun bulduğu hukuk kurallarını uygulayacağı düzenlenmiş, lex mercatoria'nın hakemlerce uygulanmasına imkân tanınmıştır.

⁶¹⁰ Bantekas, a.g.e., s. 43.

herhangi bir belirleme yapmamışlarsa hakem heyeti uygun gördüğü kanunlar ihtilafı kuralına göre tespit edeceği hukuku uygulayacaktır⁶¹¹. Yine aynı yöntem İngiliz Tahkim Kanunu m. 46/ f. 3'te, Danimarka Tahkim Kanunu m. 28/ f. 2'de ve Yeni Zelanda Tahkim Kanunu m. 28/ f. 2'de de benimsenmiştir.

Üçüncü yöntemde değinilmesi gereken diğer bir husus da hakemlerin hangi kanunlar ihtilafı kuralını uygulayacaklarıdır. Burada ilk yöntem kümülatif olarak adlandırılan, uyuşmazlıkla ilgili tüm kanunlar ihtilafı kurallarının aynı hukukun uygulanmasını işaret etmesi hâlinde bu hukukun uygulanmasını öngören yöntemdir⁶¹². Bu yöntemde uyuşmazlıkla bağlantılı olan bütün kanunlar ihtilafı kurallarının aynı hukuku işaret etmesi gerekmektedir. Farklı hukukların kanunlar ihtilafı kurallarında sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin farklı bağlama noktaları düzenlenmiş olabilir. Ancak bütün bağlama noktaları aynı hukuka gönderme yapmalıdır. Aksi halde hakem heyeti en uygun gördüğü kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak uygulanacak maddi hukuku tespit edecektir. Bu unsur yöntemin etkinliğini bir ölçüde azaltmaktadır. Üçüncü yöntem ICC hakemleri tarafından kabul edilerek sıklıkla uygulanmıştır. Uyuşmazlıkla bağlantılı olan kanunlar ihtilafı kurallarının birlikte uygulanmasını öngören bu yöntem hakem kararlarının farklı ülkelerde tanınması ve tenfizinde kolaylık sağlamaktadır⁶¹³. Diğer bir yöntem ise hakemlerin bütün kanunlar ihtilafı sistemlerini karşılaştırıp kanunlar ihtilafı hukuku alanında evrensel nitelikte kabul edilmiş prensiplere göre hangi kanunlar ihtilafı kuralını uygulayacaklarını belirlemelerine ilişkindir⁶¹⁴. Doktrinde bu yöntem henüz evrensel düzeyde kanunlar ihtilafına ilişkin ilkelerden ve buna dayalı milletlerarası kanunlar ihtilafı kurallarından bahsedilmeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶¹⁵. Üçüncü yöntem ise uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili olduğu tespit edilen kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanarak *lex causae*'nin tespitini öngören yöntemdir⁶¹⁶. Ancak bu yöntem ilgili kanunlar ihtilafı

⁶¹¹ Buna ilişkin bkz.: Born, a.g.e., ss. 2643-2644

⁶¹² 6149 sayılı ICC Kararı'nda taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı için uygulanacak hukuku tespit edecek olan hakem heyeti uyuşmazlıkla bağlantılı milli hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı kurallarını karşılaştırmış, hepsinin birbiriyle uyumlu olduğunu belirterek, bütün bağlantılı milli hukuk sistemleri için en sıkı ilişkili hukuk olan, satıcının iş yeri hukukunu uygulayarak uyuşmazlığı çözmüştür. Bkz.: ICC Karar No. 6149, Collection of ICC Arbitral Awards V. 3, 1991-1995, s. 327.

⁶¹³ Lew, Mistelis, Kröll, a.g.e., s. 432-433; Özel Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 135.

⁶¹⁴ Savage/ Gaillard, a.g.e. s. 874; Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 135.

⁶¹⁵ Born, a.g.e., s. 2652.

⁶¹⁶ Bu yöntem Amerikan kanunlar ihtilafı sistemi etkisinde gelişmiştir. Tahkimin otonom niteliğini esas alan yöntem hakemin uygulanacak hukuku belirleme yetkisinden bir anlamda feragat etmesi sonucunu

kuralının uygulanması sonucunda tespit edilen hukukun taraflarca hiç tahmin edilemeyen bir hukuk olması tehlikesini içinde barındırmaktadır. Bu sebeple de bazı tahkim kararlarında başvurulduğu görülse de doktrinde çok fazla destek görmeyen bir yöntemdir⁶¹⁷. Dördüncü ve son yöntem de herhangi bir sınırlamaya tabi tutmaksızın, hakemlere bu konuda çok geniş bir takdir yetkisi veren ve “uygun gördükleri” kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit etmelerini ifade eden yöntemdir⁶¹⁸. Bu yöntem yukarıda da belirttiğimiz gibi Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanun m. 28/ f. 2’de ve 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi m. 7’de benimsenmiştir.

Hakemlerin milletlerarası ticari sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına uygulanacak hukuku tespit ederken başvurabilecekleri dördüncü yöntem ise oldukça liberal olarak nitelendirilen, *voie directe* olarak adlandırılan, hakemlerin doğrudan uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuku belirlemelerine ilişkin yöntemdir⁶¹⁹. Zira hakemlerin bir *lex fori*’leri olmadığından⁶²⁰ herhangi bir milli hukuk sisteminin kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı değildirler. “*Bu, milli hukuk düzeninin geleneksel kontrolünden kopan ve otonomist tahkim teorisini destekleyen radikal bir harekettir*”⁶²¹. Bu açıdan da bir uyuşmazlığın çözümlenmesinde hukuk sisteminin

doğurmaktadır. Hakem heyeti uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili devletin kanunlar ihtilafı kurallarını uygularken ilgili devletin kanunlar ihtilafı hukuku alanında tercih ettiği politika ve devlet menfaatini de bir anlamda korumuş olmaktadır. Ancak milletlerarası tahkim alanında hakemler farklı devlete mensup uyuşmazlık taraflarınca uyuşmazlığı çözmek üzere yetkilendirilmişlerdir. Hakemlerin bu yöntemle uygulanacak hukuku tespit etmeleri hakkaniyete aykırı kabul edilmektedir. Bkz.: Lew, Mistelis, Kröll, ss. 430-431; Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, ss. 133-134.

⁶¹⁷ Born, a.g.e. s. 2653.

⁶¹⁸ Bantekas, a.g.e., s. 41; Güven, a.g.m., s. 31; Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 134. Hakemlerin “uygun gördükleri” kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuku tespit edeceklerini öngören yöntemde “uygun” olma kriterinin ne olduğu belirlenmiş değildir. Hakemler uyuşmazlık konusu somut olayın şartlarını değerlendirerek takdir edeceklerdir. Hakemler bir kanunlar ihtilafı sistemi belirleme mecburiyetindedirler. Bunu milli bir kanunlar ihtilafı sisteminden, milletlerarası bir sözleşmeden, doktrinden ya da bir kuraldan çıkarabilirler. Bkz.: Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, ss. 134-135.

⁶¹⁹ Bantekas, a.g.e., s. 42. Milletlerarası ticaret hukuku milletlerarası ticari uyuşmazlıklara bakan hakemlerin *lex fori*’si olarak kabul edilirse, hakem heyetinin uyuşmazlığa doğrudan *lex mercatoria*’yı uygulamasının izahı maddi milletlerarası özel hukuk metodu ile mümkün olabilir. Bkz.: Bahadır Erdem, “Incoterm’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği”, s. 74.

⁶²⁰ Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 320 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 14; Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 193; Bahadır Erdem, “Incoterm’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği”, s. 74.

⁶²¹ Abul F. M. Maniruzzaman, “State Contracts and Arbitral Choice-of-Law Process and Techniques: A Critical Appraisal”, *Journal of International Arbitration*, Cilt 15, Sayı 3, 1998, ss. 70- 72.

pozitivist anlayışına sarılmaya gerek olmadığı anlamına gelmektedir⁶²². Bu yöntemi tahkim mevzuatında Fransa, Hollanda, Macaristan ve Hindistan gibi bazı ülkeler kabul etmiştir⁶²³. Kurumsal tahkim kurallarında çoğunlukla bu yöntem benimsenmiştir. ICC Tahkim Kuralları m. 21/ f. 1’de tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kuralını belirlememiş olmaları hâlinde hakem heyetinin uygun olduğunu tespit ettikleri hukuk kurallarını⁶²⁴ uygulayacakları düzenlenmiştir. Stockholm Ticaret Odası Tahkim Tüzüğü m. 22/ f. 1, LCIA Kuralları m. 22/ f. 3, Alman Tahkim Enstitüsü (DIS) Tahkim Kuralları m. 24/ f. 2 ve WIPO Tahkim Kuralları m. 61/a’da da aynı yönde düzenlemeler yer almaktadır. Taraflar herhangi bir hukuk seçimi yapmamışlarsa hakem heyeti kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit etmek zorunda değildir⁶²⁵. Zira kanunlar ihtilafı kuralları hakem heyetini lex causae olarak uygulanmak üzere bir milli hukuk sistemine götürebilir⁶²⁶.

3.1.2.2. Hakemlerin Esasa Lex Mercatoria’nın Uygulanmasına Karar Vermeleri Hâlinde Lex Mercatoria Kapsamında Yer Alan Maddi Hükümler Açısından Değerlendirme

Hakemlerin taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlerken izleyebilecekleri dört farklı yöntemden yukarıda bahsettik. İlk yöntem olan tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği maddi hukukun uygulanmasına ilişkin

⁶²² Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 708.

⁶²³ Güven, a.g.m., s.31.

⁶²⁴ ICC Tahkim Kuralları’nda ve modern tahkim mevzuatında sözleşme taraflarınca ve hakem heyetince uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere “hukuk kuralı” seçilebileceği yönündeki ifadenin lex mercatoria’ya ilişkin yoğun tartışmaların bir sonucu olduğuna dair bkz.: Böckstiegel, “Experiences of an Arbitrator on the Practice of International Arbitration Regarding the Applicable Law”, s. 96. Taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde hakem heyetinin ICC m. 21 uyarınca lex mercatoria’nın uygulanması yönünde verdiği kararın, MTK m. 12/C/2’ye aykırılık teşkil edeceği için TMK m. 15/A/1/e uyarınca iptali edilebileceği, zira MTK m. 12/C/2’nin emredici nitelikte olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Bahadır Erdem, “Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria”, s. 147.

⁶²⁵ Bu açıdan başka örnek düzenlemeler için bkz.: İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 187/ f. 1, Hindistan Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu m. 28/ f. 1/ b, Hollanda Tahkim Kurumu Kuralları m. 46, Meksika Ticaret Kanunu m. 1145/ f. 2.

⁶²⁶ Abul F. M. Maniruzzaman, “The Conflict of Laws Issues in International Arbitration: Practice and Trends”, Arbitration International, Cilt 9, Sayı 4, 1993, ss. 371-372.

yaklaşımında uygulanacak hukuk bir milli hukuk sisteminde yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecektir. Günümüzde milli hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı kurallarında mutlaka bir devletin maddi hukukunun uygulanacağı düzenlenmiş olduğu için bu yöntemin tercih edilmesi hâlinde *lex mercatoria*'nın hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere belirlenebilmesine imkân bulunmamaktadır⁶²⁷.

Birinci yönteme benzer şekilde sonuç verecek olan üçüncü yöntemin izlenmesi hâlinde hakemler yine uygun buldukları kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak *lex causae*'yı tespit edeceklerdir. Bu noktada yine bir milli hukuk mevzuatında yer alan kanunlar ihtilafı kuralını uygulayacakları için ilk yöntemde vardığımız sonuç gibi burada da varacağımız sonuç hakemlerin bu yaklaşımla tespit edecekleri hukukun bir devlet hukuku olacağı ve *lex mercatoria*'nın uygulanma imkânının olmayacağıdır.

Yukarıda ikinci yöntem olarak belirtmiş olduğumuz yöntemde ise hakemler herhangi bir devletin kanunlar ihtilafı kuralını uygulamaksızın, *lex arbitri*'nin milletlerarası tahkime ilişkin özel olarak düzenlenmiş kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak esasa uygulanacak hukuku tespit edeceklerdir. Burada MTK örneğinden hareket edecek olursak m. 12/C/3 uyarınca taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun kararlaştırılmamış olması hâlinde hakem veya hakem heyeti uyuşmazlıkla en yakın bağlantılı olduğunu tespit ettiği devletin maddi hukuk kurallarını uygulayacaktır. Bu noktada *lex arbitri*'nin milletlerarası tahkime ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralının nasıl bir yaklaşım benimsediği önem kazanmaktadır. Zira MTK uyarınca taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere “hukuk kuralı” kararlaştırabilirler ki bu *lex mercatoria*'nın ve kaynaklarının taraflarca uygulanacak hukuk olarak seçilmesine MTK'nın izin vermesi anlamına gelmektedir; ancak hukuk seçiminin taraflarca yapılmamış olması hâlinde hakemler *lex causae* olarak mutlaka bir milli hukuk sistemini tespit edeceklerdir. Ancak başka bir milli hukuk sisteminin milletlerarası tahkim mevzuatından örnek verecek olursak İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 187/ f. 1 uyarınca hakem heyeti tarafların hukuk kuralı seçimi yapmamış olmaları hâlinde olayla en sıkı ilişkili hukuk kuralını

⁶²⁷ Hakemlerin tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde onların yerine geçerek *lex mercatoria*'nın uygulanmasına karar veremeyeceği yönündeki aksi görüş için bkz.: Thomas E. Carbonneau, “Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreement”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Cilt: 36, s. 1220-1221.

uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenecektir. İsviçre hukukunda yer alan düzenleme sadece tarafların seçmesi hâlinde değil taraflar seçim yapmamış olsa bile olayla sıkı ilişkili ise *lex mercatoria*'nın hakem heyeti tarafından *lex causae* olarak belirlenmesine imkân sağlamaktadır. Özetle ikinci yöntemin tercih edilmesi hâlinde hangi devletin tahkim mevzuatının kanunlar ihtilafı kuralının uygulandığına bağlı olarak *lex mercatoria* hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilebilecektir.

Son yöntem olarak *voie directe* olarak belirtmiş olduğumuz hakemlerin herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına tabi olmaksızın uyuşmazlığın esasına doğrudan uygun buldukları maddi hukuk kurallarını uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenmektedir. Buna göre hakemler hiçbir kanunlar ihtilafı kuralı uygulamak zorunda olmaksızın uyuşmazlığın niteliğine en uygun maddi hüküm sıfatıyla doğrudan *lex mercatoria*'yı oluşturan maddi hükümleri, bu kapsamda örneğin UNIDROIT Prensipleri'ni ya da ticari âdet ve teamülleri, uyuşmazlığın esasına uygulayabileceklerdir. Bu yöntem özellikle tarafların herhangi bir milli hukuk sisteminin aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmasını yasakladıkları ya da sözleşmenin birden fazla milli hukuk sistemi ile ilgili olması ancak bunlardan birinin uygulanacak hukuk olarak tespit edilmesinin somut olayın şartları çerçevesinde haklı gerekçelere dayandırılmaması hâlinde tercih edilmektedir⁶²⁸.

Mistelis *lex mercatoria*'nın tarafsız ve gelişmiş kurallar bütünü olarak taraflarca yapılmış bir hukuk seçimi olmaması hâlinde uyuşmazlığın niteliğine en uygun maddi hukuk kuralı olarak uyuşmazlığın esasına uygulanabileceğini belirtmektedir⁶²⁹.

⁶²⁸ Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 23. Bu yöntem hakemlerce uygun gördükleri her türlü kuralı uygulayabilecekleri şekilde sınırsız olarak uygulanabilir veya hakemlere uyuşmazlıkla bağlantılı olan kuralları seçme zorunluluğunun yüklediği şekilde sınırlı olarak uygulanabilir. Sınırsız uygulamada hakemler uyuşmazlık konusuyla hiçbir bağlantısı olmasa dahi bir konu ya da sözleşme türü için özel olarak düzenlenmiş kuralların yer aldığı bir milli hukuk sistemini veya hukuki ya da hukuki olmayan kuralları uygulayabilirler. Sınırlı *voie directe*'de hakem heyeti uygun bulduğu değil, uyuşmazlık konusuyla yakın bağlantısı olan kuralları uyuşmazlığın esasına uygulamak zorundadır. Buna örnek olarak İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 187/ f. 1 verilebilir. İlgili hükme göre hakem heyeti, dava ile en sıkı ilişkili hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözümlenecektir. Özel, uyuşmazlığın en yakın bağlantıda olduğu veya diğer bir ifadeyle en sıkı ilişkili olduğu hukuk kuralının hakemlerce uygulanmasına ilişkin kuralın bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu, uygulanacak hukuk kuralının tespitinde esas alınacak bağlama noktasının belirlenmiş olduğunu, bunun hakemlerin uygun buldukları hukuk kuralını uyuşmazlığın esasına uygulamalardan farklı olduğunu vurgulamıştır. Açıklamalar ve görüş için bkz.: Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 136-139. Lando, tarafların bir milli hukuk sisteminin uygulanması yönünde arzularının olması hâlinde hakemlerin bunun yerine *lex mercatoria*'yı uyuşmazlığın esasına uygulamalarının yetki aşımı olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Ancak bunun çok rastlanılabilir bir durum olmadığını da vurgulamıştır. Bkz.: Lando, "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", ss. 154-155.

⁶²⁹ Loukas Mistelis, UNIDROIT Principles Applied as "Most Appropriate Rules of Law" s. 640.

Doktrinde uyuşmazlığın taraflarının esasa uygulanacak hukuk olarak hukuk kurallarını belirleyebilme yetkilerinin, *lex mercatoria*'nın, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde hakem heyetince somut olayın şartları açısından uyuşmazlığın esasına en uygun hukuk kuralı olarak uygulanabilmesine yönelik milletlerarası tahkim alanındaki düzenlemelerin önünü açtığı belirtilmiştir⁶³⁰.

Doktrinde *lex mercatoria*'nın kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanma mecburiyetini ortadan kaldırdığı, bunun da teorinin en temel amaçlarından ve en önemli başarılarından biri olduğu ifade edilmektedir⁶³¹.

Mustill kanunlar ihtilafı kurallarının amacının sözleşmeye uygulanacak milli hukuk sisteminin hakem heyetince doğru tespit edilmesini sağlamak olduğunu, bunun da hakem heyetinin ilk adım olarak uygulanacak hukuk olarak herhangi bir milli hukuk sisteminin kabulünü reddetmesi olan *lex mercatoria*'nın öncülüne açıkça aykırı olduğunu ifade etmiştir. Yazar bununla birlikte tahkime götürülen bütün milletlerarası ticaretten doğan uyuşmazlıklar için *lex mercatoria* tarafından düzenlenecek olan tek bir kanunlar ihtilafı sisteminin kabul edilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir⁶³².

Juenger *lex mercatoria*'nın var olan bütün kanunlar ihtilafı kurallarını bir anlamda tehdit ettiğinden bahseder. Yazar'a göre ulusötesi normlar bir kere ortaya çıktıklarında artık hukuk seçimine ilişkin kurallar ve prensipler gereksiz hale gelir. Yazar devletçi ve pozitivist temelli geleneksel kanunlar ihtilafı öğretisinin, ticari uygulamaların devlet müdahalesinden kurtulduğu günümüz koşullarına uyumlu olmadığını ifade etmiştir⁶³³.

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı'nın (Milletlerarası Tahkim Divanı) 13012 sayılı kararına konu uyuşmazlıkta tarafların aralarındaki sözleşmede bir hukuk seçimi yer almamaktadır. Taraflar sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun hangi milli hukuk sistemi olduğuna ilişkin farklı iddialarda bulunmuşlardır. Hakem heyeti

⁶³⁰ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 708.

⁶³¹ F. A. Mann, England Rejects "Delocalised" Contracts and Arbitration, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 33, No: 1, (1984), ss. 196-197.

⁶³² Mustill, a.g.m., ss. 90-91.

⁶³³ Bu görüş için bkz.: Friedrich K Juenger, "American Conflicts Scholarship and The New Law Merchant", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Cilt: 28, (1995), s. 497. Juenger'in bu yaklaşımının temelinde ulusötesi açıdan özel çıkarların, belirli bir bölgesel alanda daha geniş topluluk çıkarlarına üstün gelmesinin yattığına ilişkin görüşü için bkz.: Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 681.

tarafların sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerinin simetrik olduğunu, bu açıdan karakteristik edim borçlusunun tespitinin mümkün olmadığını, katı bir kanunlar ihtilafı analizi yapmanın bu uyuşmazlık bakımından uygun olmadığını, hakemlerin tarafların hukuk seçimi yapmadıkları bu gibi uyuşmazlıklarda çoğunlukla lex mercatoria'ya başvurduklarını belirterek söz konusu uyuşmazlığın esasına Prensip hükümlerini uygulayarak karara varmıştır⁶³⁴.

9875 sayılı ICC kararında ilgili uyuşmazlığın birçok farklı hukuk sistemiyle bağlantısı olduğu ve böyle bir uyuşmazlığın esasına bir milli hukuk sisteminin uygulanmasının uyuşmazlığın çözümlenmesinde yetersiz kalacağı belirtilmiştir. Hakem heyeti Japon ve Fransız şirketler arasında ürün imal etme ve bunları dünyanın çeşitli yerlerinde satma ruhsatına ilişkin olarak akdedilen sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak en uygun hukuk kurallarının lex mercatoria kapsamında yer alan maddi hükümler ve ticari âdetler olduğuna karar vermiştir⁶³⁵.

Milletlerarası Tahkim Divanı'nın 11265 sayılı kararına konu milletlerarası ticari sözleşmede taraflar hukuk seçimi yapmamışlardır. Hakem heyeti ICC Tahkim Kuralları'ndaki ilgili hükme dayanarak en uygun hukuk kuralını tespit ederek uyuşmazlığı çözeceğini belirtmiştir. Sözleşmede Incoterms'e yapılan atfa dayanarak, tarafların uyuşmazlığın çözümlenmesinde milletlerarası ticari teamüllere başvurulmasını arzu ettikleri sonucuna varmıştır. Hakem heyeti sözleşmenin birçok farklı hukuk sistemiyle bağlantısı olduğunu ve bunlardan hiç birinin sözleşmeyle önemli düzeyde sıkı ilişkili olduğunun söylenemeyeceğini belirterek, uyuşmazlığı Prensip'leri uygulayarak çözümlenmiştir⁶³⁶.

Milletlerarası Tahkim Divanı'nın 7110 sayılı kararında taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamıştır. Ancak sözleşme metninde doğal adalet kavramı vurgulanarak uyuşmazlığın bu temelde çözümlenmesi kararlaştırılmıştır. Hakem heyeti de uyuşmazlığın niteliğine en uygun hukuk kuralı olarak UNIDROIT Prensipleri'nin uygulanmasına karar vermiştir⁶³⁷.

⁶³⁴ ICC Karar No. 13012, Uniform Law Review, 2008, s. 137.

⁶³⁵ ICC karar No. 9875, International Court of Arbitration Bulletin, V. 12, No. 2, 2001, s. 96.

⁶³⁶ ICC Karar No. 11265, International Court of Arbitration Bulletin, V. 21, No. 1, 2010, s. 68.

⁶³⁷ ICC'nin 7110 sayılı kararı için bkz.: ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No.2, 1999, s. 40-41.

Milletlerarası Tahkim Divanı'nın 7375 sayılı kararında hakem heyeti tarafların hukuk seçimi yapmamış oldukları davada hukukun genel prensipleri ile hukuk kuralı olarak kabul edilebilecek ve milletlerarası ticaret camiasında geniş ölçüde kabul görmüş milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan borçlara uygulanacak kuralları uygulamıştır. Kararda hukukun genel prensipleri kapsamında da yerleşik âdet ve teamüller ile genel kabul görmüş esasları ve kuralları yansıttığı oranda UNIDROIT Prensipleri'nin yer aldığı belirtilmiştir⁶³⁸.

Milletlerarası Tahkim Divanı'nın 10422 sayılı kararında tek satıcılık sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık doğmuş ve taraflar hukuk seçimi yapmamıştır. Hakem en uygun hukuk kuralının belirlenmesi için tarafların tarafsız bir çözümü arzu ettiklerinin dikkate alınmasının gerektiği vurgulamış, milletlerarası ticaretle uğraşan tacirlerin milletlerarası ticarete uygulanır olarak benimsedikleri kuralları yansıttığı oranda UNIDROIT Prensipleri'nin uygulanarak uyuşmazlığın çözümleneceğini belirtmiştir⁶³⁹.

Petrol arama sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa ilişkin İsviçre'de verilen ve İngiltere'de tenfiz edilen kararda (DST v. Rakoil) hakem heyeti hukuk seçiminin mevcut olmadığı uyuşmazlığın esasına “sözleşmesel ilişkileri düzenleyen milletlerarası kabul görmüş hukuk prensipleri”ni uygulamıştır⁶⁴⁰.

Hakem heyetleri bazen milletlerarası ticari âdetler, teamüller, uygulamalar, hukukun genel prensipleri gibi çeşitli kaynaklarına dayanarak karar veriyor olsa da açıkça uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'yı uyguladıklarını kararda belirtmeyebiliyorlar. Milletlerarası Tahkim Divanı'nın bazı kararlarında *lex mercatoria* açıkça uygulanmış⁶⁴¹ veya tanınmış⁶⁴², ancak bazı kararlarda ise *lex mercatoria*'nın uygulanması reddedilmiştir⁶⁴³.

⁶³⁸ ICC'nin 7375 sayılı kararı için bkz.:

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=625&step=FullText> (Erişim tarihi: 11.10.21). ICC'nin 8502 sayılı kararı da aynı yödedir. Bkz.: ICC International Court of Arbitration Bulletin, V.10, No. 2, 1999, s. 72-73

⁶³⁹ ICC'nin 2001 tarihli ve 10422 sayılı kararı için bkz <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=957&step=FullText> (Erişim tarihi.: 11.10.21).

⁶⁴⁰ Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 709.

⁶⁴¹ 1979 yılı ICC Karar No: 3267 bkz.: Yearbook Commercial Arbitration, 1982, s. 100.

⁶⁴² Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 695, dn. 167.

⁶⁴³ 1985 yılı ICC Karar No. 4650 bkz.: Yearbook Commercial Arbitration, 1987, s. 111

Lex mercatoria'nın hakem heyeti tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere tespit edilmesi hali için belirtmek isteriz ki, lex mercatoria'nın milletlerarası, ulusötesi⁶⁴⁴, tahkim yerine ait veya herhangi bir milli kamu düzenine ya da emredici nitelikteki kurallar dikkate alınmaksızın uygulanması bu şekilde verilmiş hakem kararlarının tenfiz edilebilirliğini olumsuz etkileyebilmektedir⁶⁴⁵. Ayrıca bu durum hakem heyetinin tenfiz edilebilir bir karar vermek için bütün çabayı göstereceği prensibi ile de çelişmektedir⁶⁴⁶.

3.1.2.3. Lex Causae Olarak Tespit Edilen Lex Mercatoria'nın Boşluklarının Doldurulması

Hakemlerin milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulayacakları hukuku tespitte yararlandıkları yukarıda bahsetmiş olduğumuz hem ikinci hem dördüncü yöntem açısından lex mercatoria'nın lex causae olarak tespit edilmesi haline ilişkin değinilmesi gereken bir nokta da lex mercatoria'yı oluşturan maddi kural ve ticari âdet ile teamüllerin uyuşmazlığa ilişkin belirli noktalarda çözüm getirememesi durumudur. Zira uyuşmazlığın esasına herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına başvurulmaksızın lex mercatoria'nın uygulanacağı kabul edilse dahi uyuşmazlığı bütün yönleriyle çözümleyebilmesi mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda hakem, bazı kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak lex mercatoria'nın çözüm getiremediği hususlara uygulanmak üzere bir milli hukuk sisteminin uygulanmasına karar verebilir. Örneğin CISG m. 7/ f. 2'de bu yönde bir hüküm yer almaktadır⁶⁴⁷.

Doktrinde bütün uyuşmazlıklar açısından kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate almamanın mümkün olmadığı, birçok lex mercatoria taraftarı araştırmacının bile lex

⁶⁴⁴ Gaillard, "Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules", ss. 222-223

⁶⁴⁵ Georges van Hecke, "Contracts Subject to International or Transnational Law", İçinde: Hans Smit, Nina M. Galston, Serge L. Levitsky. International Contracts. New York: Matthew Bender, 1981, s. 25'ten aktaran Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 705.

⁶⁴⁶ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 705.

⁶⁴⁷CISG m. 7/ f. 2: "Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması hâlinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir."

mercatoria'nın tamamlanmış ve bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul edilmesi noktasında tereddütleri olduğu, lex mercatoria'nın varlığının milletlerarası sözleşmeler hukuku alanında kanunlar ihtilafı kurallarına olan ihtiyacı ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir⁶⁴⁸.

Hakem veya hakem heyeti ikinci yöntemi uygulayarak herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına gönderme yapmaksızın milletlerarası tahkim için özel olarak düzenlenmiş kanunlar ihtilafı kuralına göre lex mercatoria'nın uyuşmazlığın esasına uygulanacağını tespit etmişlerse ve lex mercatoria'nın çözüm getirmediği hususlara ilişkin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespiti gerekiyorsa yine aynı yöntemle bu sefer bir devletin hukukunun uygulanacağını kararlaştırabilirler. Örneğin İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun milletlerarası tahkime ilişkin özel olarak düzenlenmiş olan kanunlar ihtilafı kuralını içeren 187. maddesinin ilk fıkrasına göre hakem heyeti taraflarca herhangi bir hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde olayla en sıkı ilişkili hukuk kuralını uygulayarak uyuşmazlığı karara bağlar. Bu kanunlar ihtilafı kuralına göre uyuşmazlığın esasına lex mercatoria'nın uygulanmasına karar veren hakem heyeti, lex mercatoria'nın çözüm getirmediği hususlarda da yine aynı milletlerarası tahkime ilişkin özel olarak düzenlenmiş kanunlar ihtilafı kuralına göre bir olayla en yakın ilişkili devletin hukukunu uygulayarak bu boşlukları doldurabilir.

Hakem heyeti dördüncü yöntemi, *voie directe* yöntemini uygulayarak uyuşmazlığın niteliğine en uygun hukuk kuralı sıfatıyla lex mercatoria'yı lex causae olarak tespit etmişse, lex mercatoria'nın çözüm getirmediği uyuşmazlık konularına uygulanacak hukukun tespitini de aynı yöntemle yapabilir. Dolayısıyla böyle bir durumda hakem heyeti doğrudan uygun bulduğu hukuku ki bu aynı zamanda muhtemelen uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili milli hukuk sistemi olacaktır, uygulayarak boşlukları doldurabilir.

⁶⁴⁸ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 684.

3.1.3. Taraflarca Uygulanacak Hukuk Olarak Bir Milli Hukuk Sistemi ile Birlikte Lex Mercatoria'nın Seçilmesi

3.1.3.1. Bir Milli Hukuk Sistemi ve Lex Mercatoria'nın Uyuşmazlığın Esasına Birlikte Uygulanmaları

Milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarının bir milli hukuk sistemi ile birlikte lex mercatoria'nın ya da milletlerarası ticaret hukukunun genel prensipleri gibi lex mercatoria'nın kaynaklarından birinin uygulanmasını aralarındaki sözleşmede kararlaştırmaları şeklinde yapmış oldukları hukuk seçimi klozları⁶⁴⁹ milletlerarası tahkim alanında ilk defa “Libya tahkimleri” olarak adlandırılan yetmişli yıllarda görülen davalarda ortaya çıkmıştır. Libya hükümetine karşı petrol arama ve işletme lisanslarının iptali ile kamulaştırma işlemleri sebebiyle BP Exploration Company, Texaco Overseas Petroleum Company, California Asiatic Oil Company ve Libyan American Oil Company tarafından açılan davalar kapsamında⁶⁵⁰, ilgili taraflar arasında akdedilmiş olan lisans sözleşmelerinde uyuşmazlığın esasına milletlerarası hukuk prensipleri ile Libya hukukunun uygulanacağı, hükümler arasında bir çelişki olması hâlinde genel hukuk prensiplerinin uygulanacağı kararlaştırılmıştır⁶⁵¹.

Özellikle bir tarafın devlet olduğu ya da devlete ait bir kurum, kuruluş veya birimin olduğu diğer tarafın ise yabancı gerçek veya tüzel kişi yatırımcı olduğu uyuşmazlıklarda bu şekilde bir milli hukuk ile lex mercatoria'nın kümülatif şekilde uygulanması yönünde hukuk seçimlerine rastlanmaktadır. Zira devlet kendi hukuk sisteminin uygulanmasını arzu ediyorsa, diğer taraf yabancı yatırımcı bu devletin hukukunun lex mercatoria ile uyduğu ölçüde, diğer bir ifade ile onunla sınırlı olarak uygulanmasını istemektedir. Her iki tarafın menfaatlerinin dengelenmesi için taraf

⁶⁴⁹ Bu şekilde hukuk seçimi klozlarının milletlerarası tahkimde tercih edildiğine ilişkin bkz.: Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 23-24; Aygül, a.g.m., s. 79; Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, ss. 90 vd.; Durgut, a.g.m., s. 123.

⁶⁵⁰ Texaco v. Libya, 53 I.L.R., 389-441 (1979)'dan aktaran Maniruzzaman, “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, s. 694, dn. 161.

⁶⁵¹ Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, ss. 156 vd.

olan devletin milli hukuk sistemi ile birlikte lex mercatoria'nın birlikte seçilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır⁶⁵².

Milletlerarası Tahkim Divanı'nın 7365 ve 8264 sayılı kararları kapsamında, tarafların aralarındaki sözleşmelerde bir milli hukuk sistemi ile birlikte lex mercatoria'nın uygulanmasına yönelik seçimler yer almaktadır. Hakem heyeti bu kararlarda her ikisini birlikte uygulayarak karar vermiştir⁶⁵³.

3.1.3.2. Milli Hukuk Sistemi ve Lex Mercatoria Kapsamında Yer Alan Maddi Hükümlerin Çelişmesi

Bir milli hukuk sistemi ile birlikte lex mercatoria'nın ya da lex mercatoria'nın kaynaklarından birinin kümülatif şekilde uyumsuzluğun esasına uygulanması yönünde milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarınca hukuk seçimi yapıldığı takdirde, ilgili milli hukuk sistemi ve lex mercatoria kapsamında yer alan maddi hükümlerin çelişmesi söz konusu olabilir. Bu durumda uyumsuzluğun çözümünde hangisinin esas alınacağı noktasına değinmek gerekmektedir.

Tarafların bu konuda bir belirlemesi olmuşsa, taraf iradesine uygun şekilde hakem heyeti uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuku belirleyecektir. Taraflar böylesine bir çelişki hâlinde ilgili milli hukuk sistemine üstünlük tanınacağı yönünde irade ortaya koymuşlarsa lex mercatoria'nın "*incorporation*" yoluyla sözleşmenin bir parçası haline getirilmek istendiği kabul edilmelidir. Bu durumda lex mercatoria ilgili milli hukuk sisteminin yedek hükümlerinin önünde olacak şekilde, emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla sözleşme hükmü niteliğinde uygulama alanı bulacaktır.

İkinci ihtimalde taraflar, seçtikleri milli hukuk sistemine ait hükümlerle lex mercatoria kapsamında yer alan maddi hukuk kuralları arasında uyumsuzluk olması hâlinde lex mercatoria kapsamındaki hukuk kurallarının hükme esas alınacağını

⁶⁵² Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 91; Bahadır Erdem, "Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria", s. 129.

⁶⁵³ ICC'nin 7365 sayılı kararı için bkz.: Uniform Law Review, 1999-3, s. 79. ICC'nin 8264 sayılı kararı için bkz.: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, 1999, s. 62-65.

kararlaştırmış olabilirler. Yukarıda “Libya tahkimleri” olarak adlandırılan davalara ilişkin lisans sözleşmelerinde yer alan hüküm bu duruma örnek olarak verilebilir. Zira sözleşmenin tarafları Libya hukuku ile milletlerarası hukukun genel prensiplerinin birlikte uygulanması yönünde hukuk seçimi yaptıktan sonra müşterek prensiplere ulaşılmadığı takdirde genel hukuk prensiplerinin uygulanacağını kararlaştırarak bu konuda iradelerini ortaya koymuşlardır.

Tarafların bir milli hukuk sistemi ile birlikte uygulanması yönünde lex mercatoria ya da lex mercatoria’nın kaynaklarından birine yönelik yapmış oldukları hukuk seçimi mevcut olmakla birlikte milli hukuk sisteminde yer alan hükümlerle lex mercatoria’nın maddi hukuk kuralları arasında bir çelişki olması hâlinde, diğer bir ifadeyle farklı çözümleri kabul etmeleri ve hakem heyetinin uyuşmazlığı çözümlerken hangisini esas alacağına dair bir seçimlerinin olmaması durumunda hakem heyetinin hangisine öncelik tanıyacağı konusu belirsizlik taşımaktadır.

Kanaatimizce milletlerarası tahkim alanında tarafların aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmede bir milli hukuk sistemiyle beraber milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensipleri gibi lex mercatoria’nın kaynaklarını uygulanacak hukuk olarak belirlemiş olmaları hâlinde; tarafların iradelerinin lex mercatoria’nın ilgili milli hukuk sisteminin milletlerarası ticaretin gerekleriyle, milletlerarası ticaret hukukunun standartlarıyla bağdaşmayan hükümlerinin uygulanmasının önüne geçerek milli hukuk sisteminin ancak milletlerarası ticaret hukukuyla, milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensipleriyle bağdaşan hükümlerinin aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına uygulanması yönünde olduğunun kabulü gereklidir⁶⁵⁴. Aksi halde taraflar bu Şekilde bir hukuk seçimi klozu eklemek yerine doğrudan aralarındaki sözleşmeyi bir milli hukuk sistemine tabi kılarlar ve lex mercatoria’yı ya da onun kaynaklarından birini “*incorporation*” yoluyla sözleşmenin bir parçası hâlinde getirmeyi tercih ederlerdi.

⁶⁵⁴ Aynı yönde bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari det – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, ss. 92-93. Goldman iki farklı hukuk sisteminin aynı uyuşmazlığa birlikte uygulanmalarının mümkün olduğunu savunduğu için lex mercatoria, lex fori’nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan başka bir milli hukukla birlikte uyuşmazlığa uygulanabilecektir. Bu iki hukuk sisteminin atışması hâlinde lex mercatoria’da yer alan hükümlerin uygulanması gerekecektir. Bkz.: Berthold Goldman, “Nouvelles rflexions sur la lex mercatoria”, içinde: *tudes de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, Basel, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1993, s. 250’den aktaran Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari det – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 32.

3.2. LEX MERCATORIA KAPSAMINDA YER ALAN TİCARİ ÂDET VE TEAMÜLLERİN UYGULANMASI

3.2.1. Genel Bilgi

Ticari âdet ve teamüller Kıta Avrupası hukuk ekolünü kabul etmiş devlet hukuklarında ikincil (tali) hukuk kaynağı olarak kabul edilirken⁶⁵⁵, Anglosakson hukuk ekolünü kabul etmiş devletlerin hukuk sisteminde ise örtülü hükümler teorisi uyarınca sözleşmenin bir parçası olarak nitelendirilirler⁶⁵⁶. Ancak milletlerarası ticaret hukukunda böyle bir ayırım bulunmamaktadır ve ticari âdet ile teamüller örtülü hükümler teorisi çerçevesinde tarafların arasındaki sözleşmenin bir hükmü olarak kabul edilirler. Böylece sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına uygulanacak hukukun emredici nitelikte olmayan yedek hükümlerine nazaran öncelikle uygulanırlar. Zira ticari âdet ve teamüller milletlerarası ticaret hukukunda milli hukuk sistemlerinkinde oranla daha önemli ve etkin bir role sahiptirler⁶⁵⁷.

Milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarının aralarındaki sözleşmede lex mercatoria'ya ilişkin seçim yapmaları hâlinde bu kapsamda yer alan ticari âdet ve teamüller lex mercatoria teorisinde hâkim olan örtülü hükümler anlayışı uyarınca sözleşme hükmü statüsünde uyumsuzluğun esasına uygulanabilecektir. Böylece taraflar aralarındaki ticari sözleşmede ilgili sektörde geçerli olan, taraflarca bilinen veya bilinmesi gereken ticari âdet ve teamüllere yer vermemiş olsalar dahi örtülü hükümler teorisine göre sözleşmenin bir hükmü niteliğinde kabul edileceklerdir. Uyuşmazlığın

⁶⁵⁵ Başlıca özelliği anayasa, kanun, yönetmelik gibi hukukun biçimsel kaynaklarının büyük bir kısmının yazılı kurallardan oluşması olan Kıta Avrupası hukuk sisteminde örf ve âdet hukuku, hukukun tamamlayıcı kaynağı olarak kabul edilir. Zira yazılı hukuk tarafından (anayasa ve kanunlar) tanınmadıkça geçerliliği söz konusu olamaz. Bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, s. 134.

⁶⁵⁶ Anglosakson hukuk sisteminde örf ve âdet kuralları hukukun asıl kaynaklarından biridir ve geçerliliğini kendisinden almaktadır. Dolayısıyla Kıta Avrupası hukukundan farklı olarak bir kanunun örf ve âdet kuralına atıfta bulunmasına gerek yoktur. Bkz.: Gözler, Hukuka Giriş, s. 138.

⁶⁵⁷ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 164. CISG m. 9/ f. 2'nin Antlaşma'nın taslağının hazırlanması sürecinde bir "politik mesele" haline geldiğine, özellikle gelişmekte olan ve sosyalist ülkelerin kendi tacirlerinin bilmedikleri ya da az bilgiye sahip oldukları gelişmiş ülkelerin ticari âdetleriyle bağlı kılınacaklarından endişe duydıklarına; ancak m. 9/ f. 2'nin son hâlinde anlaşmaya varılabildiğine, bu hükmün ticari âdetlere yönelik öznel ve nesnel yaklaşımları birleştirmeyi amaçladığına ilişkin bkz.: Juana Coetzee, "The Role and Function of Trade Usages in Modern International Sales Law", Uniform Law Review, Cilt 20, Sayı 2, s. 245.

esasına uygulanacak bir milli hukuk söz konusu olmadığı için de bu ticari âdet ve teamüller herhangi bir milli hukukun emredici hükümlerinin denetimine tabi olmayacaklardır.

3.2.2. Bazı Milletlerarası Düzenlemelerdeki İlgili Hükümler

Ticari âdet ve teamüllerin milletlerarası ticaret hukukunda örtülü hükümler teorisi kapsamında sözleşmenin bir parçası olarak nitelendiriliyor olmasına ilişkin milletlerarası düzenlemelerden bazı örnekler vermemiz gerekirse CISG m. 9’da yer alan düzenlemeye bu noktada değinebiliriz. CISG m. 9 uyarınca taraflar sözleşmenin uygulanmasını kararlaştırdıkları âdetler ve aralarındaki yerleşik uygulamalarla bağlı kabul edilirler (m. 9/ f. 1). CISG m. 9/ f. 2 uyarınca taraflarca bilinen veya bilinmesi gereken, ilgili sektörde yaygın olarak tanınan, istikrarlı olarak gözlemlenen âdetler ise taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası niteliğinde kabul edilirler. Görüldüğü üzere CISG tarafların aralarındaki sözleşmede kararlaştırmadığı ancak ikinci fıkrada yer alan şartları sağlayan ticari âdetleri örtülü hükümler teorisi kabul ederek sözleşmenin bir parçası niteliğinde olduğunu düzenlemiştir.

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri’ne baktığımızda tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere kararlaştırmış oldukları ticari âdet ve aralarındaki yerleşik uygulamalarla bağlı oldukları (m. 1.9/1) belirtildikten sonra milletlerarası ticarete ilgili sektörde yaygın olarak bilinen, istikrarlı olarak gözlemlenen âdetlerin uygulanması gayrimakul sonuçlara yol açmadığı müddetçe tarafları bunlarla bağlı olacağı düzenlenmiştir (m. 1.9./2).

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri m. 1:105 uyarınca taraflar aralarında kararlaştırdıkları âdetler ve aralarındaki yerleşik uygulamalarla ve kendileriyle aynı durumda olan üçüncü kişilerce genellikle uygulanabilir kabul edilen âdetle bağlıdırlar meğerki böyle bir âdetin uygulanması gayrimakul olmasın. Ayrıca hem CISG m. 8/ f. 3, hem UNIDROIT Prensipleri m. 4.3 hem de Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri m. 5:102 uyarınca ticari âdet ve teamüller taraf iradelerinin yorumlanmasında da dikkate alınacaklardır.

Milletlerarası ticari sözleşmelere ilişkin yukarıda belirtmiş olduğumuz düzenlemeler de gösteriyor ki milletlerarası ticaret hukukunda örtülü hükümler teorisi benimsenmiştir. Taraflar aralarındaki sözleşmede kararlaştırmamış olsalar dahi ilgili sektörde yaygın olarak bilinen, istikrarlı olarak gözlemlenen ticari âdetlerle bağlıdırlar. Bunlar aralarındaki ticari sözleşmenin bir parçası kabul edilirler.

Milletlerarası tahkim alanına ilişkin gerek milli hukuk sistemlerinin tahkime ilişkin mevzuatında gerekse kurumsal tahkim kurallarında hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hükümler ile birlikte ticari âdet ve teamülleri de dikkate almaları gerektiğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu durum sadece uyuşmazlığın esasına bir devlet hukukunun veya *lex mercatoria*'nın uygulanması hâlinde değil, aynı zamanda hakemlerin *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip olduğunda da geçerlidir. Böyle bir durumda da hakem heyeti ticari âdet ve teamülleri göz önünde bulundurma yükümlülüğüne sahiptir.

1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında Avrupa Konvansiyonu (Cenevre Konvansiyonu) m. 7/ f. 1 uyarınca taraflar aralarındaki sözleşmede hukuk seçimi yapmamışlarsa hakemler uygun gördükleri kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak suretiyle sözleşmenin tabi bulunduğu hukuk sistemini belirleyeceklerdir ve her halükarda sözleşme hükümlerini ve ticari âdetleri göz önünde bulunduracaklardır.

Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu m. 28'de hakem heyetinin, uyuşmazlığın esasına taraflarca seçilen hukuk kuralını uygulayacağı, taraflarca bir seçim yapılmamış olması hâlinde uygun gördüğü kanunlar ihtilafı kuralına göre tayin ettiği hukuku tatbik edeceği, hakem heyetinin taraflarca özellikle kararlaştırılmış olması hâlinde dostane aracı olarak veya hakkaniyet ve nesafete göre karar verebileceği ama her halde hakem heyetinin sözleşme hükümlerini ve ticari âdetleri göz önünde bulundurarak karar vermeleri gerektiği düzenlenmiştir.

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları m. 21/ f. 1 tarafların, hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına uygulayacağı hukuk kurallarını seçmekte serbest olduklarını, böyle bir seçimin yapılmamış olması hâlinde hakem heyetinin uygun gördüğü hukuk kurallarını uygulayacağını düzenledikten sonra ikinci fıkrada hakem heyetinin taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini ve ilgili ticari âdetleri göz önüne

alacağı belirtilmiştir. Yine Dubai Milletlerarası Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları m. 33/ f. 3, Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Kuralları m. 13/ f. 1, Milano Ticaret Odası Tahkim Kuralları m. 3/ f. 4 ve Hong Kong Milletlerarası Tahkim Merkezi Kuralları m. 31/ f. 3 aynı yönde düzenlemeler içermektedir.

4686 sayılı MTK m. 12/C/1 hakem veya hakem kurulunun taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar vereceğini düzenledikten sonra sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüllerin dikkate alınacağını belirtmiştir. MTK m. 12/C/2 uyarınca, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde hakem heyeti, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12/C/2’de UNCITRAL Model Kanunu m. 28’den farklı olarak iki ayrı sınırlamaya gidilmiştir. UNCITRAL Model Kanunu m. 28’de her halde hakem heyetinin sözleşme hükümlerini ve ticari âdetleri göz önünde bulundurarak karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir. MTK ise ticari örf ve âdet hukuku ile ticari teamüllerin ancak sözleşme hükümlerinin yorumunda ve eksik kalan noktalarının tamamlanmasında dikkate alınacağını belirtmiştir. Oysa UNCITRAL Model Kanunu m. 28’de bu şekilde bir sınırlamaya gidilmemiştir. Ayrıca MTK’da yer alan ilgili hükümde sadece taraflarca seçilen hukuka ilişkin ticari örf âdet ve teamüllerin dikkate alınmasının düzenlenmesi milletlerarası ticari tahkimin doğası ile bağdaşmamaktadır. Zira milletlerarası ticarete yaygın olarak bilinen ya da bilinmesi gereken ve uygulanan ticari âdetlerin tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere zımnen anlaşlıklarına ilişkin bir kabul söz konusudur⁶⁵⁸. Bu şekilde bir sınırlandırma yapılmadan ticari âdet ve teamüllerin göz önüne alınacağını belirtilmesi kanaatimizce daha isabetli bir düzenleme olurdu⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ Bkz.: Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 155.

⁶⁵⁹ Milletlerarası tahkim uygulamasında milli hukuk sistemleri içerisinde yer alan değil, milletlerarası ticari uygulama sonucu oluşan ticari örf ve âdetlerin önem kazandığına ilişkin MTK m. 12/C/2 düzenlemesine dair eleştiri için bkz.: Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 352. Hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere hangi milli hukuk sistemini tercih ederse etsin tarafların meşru menfaatleri açısından ilgili ticari teamülleri dikkate alması gerektiğine dair aynı yönde görüş için bkz.: Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 155. Doktrinde MTK’da yer alan

Milletlerarası ticari sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın esasına hakem heyeti tarafından *lex mercatoria*'nın uygulanıyor olması hâlinde milletlerarası tahkimde örtülü hükümler teorisi kabul edildiği için ticari âdet ve teamüller sözleşmenin bir parçası olarak uyuşmazlığın esasına uygulanacaktır. Bu noktada aydınlatılması gerektiği kanaatini taşıdığımız husus, hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına bir milli hukuk sisteminin uygulanacağını tespit etmesi hâlinde kurumsal tahkim kurallarında ve birçok milli hukuk sisteminin tahkim mevzuatında yer alan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarının yanında hakem heyetinin her hâlükârda somut olaya uygulanabilecek ticari âdetleri göz önüne alması gerektiğine yönelik düzenlemelerin ne anlama geldiği konusudur. Zira ticari âdet ve teamüllerin hangi statüde uygulanacağı uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere hakem heyeti tarafından tespit edilen milli hukuka göre belirlenecektir. Örneğin uygulanacak hukuk Türk hukuku ise Türk hukukunda ticari âdetler ikincil (tali) hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir ve ancak kanun boşluklarının bulunduğu hallerde başvurulabilir (TMK m. 1/ f. 2 ve TTK m. 1/ f. 2). Teamüller ise aksine kanun hükmü olmadığı ve ticari örf veya âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe mahkemenin yargısına esas olamayacak ve irade açıklamalarının yorumunda dikkate alınacaktır (TTK m. 2/ f. 1).

3.2.3. Lex Causae Olarak Bir Milli Hukuk Sistemi ile Lex Mercatoria'nın Birlikte Seçilmesi Hâlinde Ticari Âdet ve Teamüllerin Uygulanması

Milletlerarası ticari âdet ve teamüllerin taraflarca seçilen milli hukuk sisteminin mi yoksa *lex mercatoria*'nın mı onlara tanıdığı statüde uygulanacağı da ayrı bir değerlendirme konusudur. Zira taraflar aralarındaki sözleşmede yer alan hukuk seçimi klotunda hem bir milli hukuk sistemine hem de *lex mercatoria*'ya yer vermiş ve

bu hüküm, sözleşmenin yorumlanmasında ve tamamlanmasında dikkate alınacağı düzenlenmiş olan ticari âdet ve teamüllerin sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka ait ticari âdet ve teamüllerle sınırlandırılmış olmasının milletlerarası tahkim mevzuatına egemen olan yaklaşımla bağdaşmadığı; ek olarak sözleşmenin ticari âdet ve teamüllerin hangi amaçla kullanılabileceklerini uyuşmazlığın esasına uygulanan hukukun belirlediği, MTK'nın esasa uygulanacak hukuk adına karar veremeyeceği; ticari âdet ve teamüllerin göz önüne alınması gerektiği belirtilerek bununla yetinilmesinin gerekli olduğu, ticari âdet ve teamüllerin "sözleşmenin yorumlanmasında ve tamamlanmasında" dikkate alınacaklarının düzenlenmiş olmasının teknik açıdan da hatalı ve gereksiz olduğu şeklinde eleştirilmiştir. Bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 172, dn. 506.

hükümler arasında çelişki bulunması hâlinde bunlardan birine üstünlük tanınacağını kararlaştırmışlarsa kanaatimizce ticari âdet ve teamüllerin statüsünü de kendisine tarafların iradesiyle üstünlük tanınan belirleyecektir.

Taraflarca hükümlerin uyuşmaması hâlinde milli hukuk sistemi veya *lex mercatoria*'dan birine üstünlük tanımaya yönelik aralarındaki sözleşmede bir belirleme yapılmamış olması hâlinde yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gerekçeye dayanarak kanaatimizce ticari âdet ve teamüllere, milletlerarası tahkimin doğasına ve tarafların da *lex mercatoria*'yı bir milli hukuk sistemiyle birlikte uygulanmak üzere belirlemiş olmalarındaki gayeye uygun olan *lex mercatoria*'nın kabul ettiği statüyü tanımak gerekmektedir. Bu açıdan da milletlerarası ticari âdet ve teamüller örtülü hükümler teorisi kapsamında sözleşmenin bir parçası olarak sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanabilecektir⁶⁶⁰. Ancak tarafların hukuk seçimi klotunda belirtmiş oldukları milli hukuk sistemine *lex mercatoria*'ya nazaran öncelik tanımış olmaları hâlinde dahi yukarıda daha ayrıntılı bir şekilde açıklamış olduğumuz üzere milletlerarası tahkimde milletlerarası sözleşmeler, milli hukukların milletlerarası tahkime ilişkin mevzuatı ve kurumsal tahkim kuralları uyarınca ticari âdet ve teamüllerin her hâlükârda hakem heyeti tarafından göz önüne alınması gerektiği bu noktada hatırlanmalıdır.

3.2.4. Lex Causae'nın Bir Milli Hukuk Sistemi Olması Hâlinde Ticari Âdet ve Teamüllerin Uygulanması

Lex causae ticari âdete ikincil hukuk kaynağı statüsü tanımışken, diğer bir ifadeyle esasa uygulanacak milli hukukta ancak hüküm bulunmayan hallerde ticari âdet uygulanma imkânı bulabilecekken, milletlerarası tahkim mevzuatında yer alan ve ticari âdetlerin sözleşme hükümleri ile birlikte hakem heyeti tarafından göz önüne alınacağına ilişkin düzenlemenin ne şekilde uygulanabileceğinin⁶⁶¹ belirlenmesi gerekmektedir.

⁶⁶⁰ Aynı yönde bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 93.

⁶⁶¹ Doktrinde milletlerarası tahkimde uyuşmazlığın esasına milletlerarası nitelikteki maddi normların uygulandığı hallerde ticari âdet ve teamüllerin sözleşmenin bir parçası olarak, milli hukuk sisteminin *lex causae* olarak tespit edildiği durumlarda ise ilgili milli hukukun ticari âdet ve teamüllere tanıdığı

Kanaatimizce milletlerarası düzenlemelerde, kurumsal tahkim kurallarında ve milli hukuk sistemlerinin tahkim mevzuatında yer alan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukla birlikte ticari âdetlerin de hakem heyeti tarafından göz önüne alınması gerektiğine ilişkin hüküm hiç düzenlenmemiş olsaydı *lex causae*, ticari âdet ve teamüllerin hangi statüde uyuşmazlığa uygulanacağını belirleyecekti. Eğer örtülü hükümler teorisini kabul etmiş bir milli hukuk sistemi esasa uygulanacaksa hakem heyeti tarafından ticari âdet ve teamüller sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilerek uyuşmazlık çözümlenecekti. *Lex causae* olarak tespit edilen hukuk sistemi ticari âdetlere ikincil hukuk kaynağı statüsü tanıyorsa o zaman ancak kanun boşluklarını doldurmak için uygulanma imkânı bulabilecek, teamüller ise hükme esasa alınamayacak ve taraf iradelerinin yorumunda dikkate alınacaktı. Esasa milletlerarası nitelikli maddi normların uygulanması söz konusu olursa da zaten milletlerarası ticaret hukukunda kabul edildiği şekilde örtülü hükümler teorisi çerçevesinde ticari âdet ve teamüller sözleşme hükmü olarak kabul edilerek uygulanabilecekti. Dolayısıyla milletlerarası tahkim mevzuatında yer alan ticari âdet ve teamüllerin hakemlerce her hâlükârda göz önüne alınması gerektiği yönündeki düzenleme, *lex causae*'nin örtülü hükümler teorisini kabul etmiş bir milli hukuk sistemi veya milletlerarası nitelikteki maddi normlar olması hâlinde bir değişiklik yaratmamaktadır. Zira her iki durumda da yukarıda daha ayrıntılı açıklamış olduğumuz üzere ticari âdet ve teamüller sözleşme

statüye göre uyuşmazlığın esasına uygulanabilecekleri; ancak hakemlerin her hâlükârda somut olaya uygulanabilecek ticari âdet ve teamülleri göz önüne alma mecburiyetleri olduğu belirtilmiştir. Yazar, kurumsal tahkim tüzüklerinde, milletlerarası düzenlemelerde ve birçok milli hukuk sisteminin tahkim mevzuatında hakemlere ticari âdet ve teamülleri “göz önünde bulundurmak” görevi yüklendiğini, mutlaka uygulamaları yönünde bir zorunluluğun olmadığını bunun da sebeplerinden birinin esasa uygulanmak üzere bir milli hukukun tespit edilmiş olması hâlinde ticari âdet ve teamüllere ikincil hukuk kaynağı statüsü tanınması durumunda bunların uygulanamama durumunun ortaya çıkabilme ihtimali olduğu, diğer sebebin de esasa bir milli hukuk sisteminin değil de milletlerarası nitelikli maddi normların uygulanıyor olması hâlinde dahi ticari âdet ve teamüllerin uygulanmasının hakkaniyete aykırı düşeceği gibi durumların hakemlerce dikkate alınmasının istenmesi olduğunu ifade etmiştir. Görüş için bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, ss. 172-173. Yazar'ın milletlerarası düzenlemelerde hakemlere ticari âdetlere ilişkin yüklenen görevin “göz önüne alma” olarak belirtilmiş olmasına yönelik ifade etmiş olduğu gerekçelerden ikincisi olan esasa bir milli hukuk sistemi uygulanıyor olmasa dahi ticari âdet ve teamüllerin uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacaksa hakem heyetine takdir yetkisi tanınarak bunun önlenmesinin amaçlanmış olmasına dair görüşüne katılmakla beraber eklemek isteriz ki esasa bir milli hukuk sistemi uygulanmaması ve milletlerarası nitelikteki maddi hukuk normlarının uygulanıyor olması hâlinde eğer böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olsaydı hakemler elbette ki milletlerarası ticari hayatın gereklerini gözetmek suretiyle hakkaniyete aykırı olacağı kanaatini taşıdıkları ticari âdet ve teamülleri hükme esas almayacaklardı. Ancak Yazar'ın da belirttiği olduğu gibi ilgili milletlerarası tahkime ilişkin mevzuatta “göz önüne alma” ifadesi yerine hakemlerin ticari âdetler ve teamülleri her hâlükârda uygulayacaklarına dair bir ifadeye yer verilmiş olsaydı hakem heyetinin bu noktada normal şartlarda sahip olacakları takdir yetkisi ortadan kalkmış olacaktı.

hükmü niteliğinde uyuşmazlığın çözümlenmesinde hakem heyeti tarafından uygulanacaktır.

Bu düzenlemenin önem kazandığı nokta hakem heyeti tarafından milletlerarası sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere bir milli hukuk sisteminin seçilmiş olması, bu milli hukuk sisteminin ticari âdet ve teamüllere ikincil (tali) hukuk kaynağı statüsü tanınmış olması (veya teamüllerin hükme esas alınmayacağını ancak taraf iradelerini yorumlanmasında dikkate alınabileceğini düzenlemiş olması) hâlidir. Bu durumda eğer söz konusu milletlerarası düzenlemelerde, kurumsal tahkim tüzüklerinde ve milli hukuk sistemlerinin milletlerarası tahkime ilişkin mevzuatında ilgili düzenleme yer almasaydı ticari âdetin uyuşmazlığın esasına hakemlerce uygulanabilmesinin tek imkânı, *lex causae*'da hüküm bulunmaması, diğer bir ifadeyle boşluk olması hali olacaktı.

Kanunlar ihtilafı hukukundan bildiğimiz üzere esas olan *lex causae*'nın uygulanması suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesidir. İlgili düzenlemelerde yer alan “göz önüne alma” ifadesinin tercih edilmesinin sebebi ise ticari âdetlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak milli hukukun maddi hükümlerini bertaraf etmesinin amaçlanmamış olmasıdır. Zira öyle olsaydı hakem heyetine ticari âdet ve teamülleri her hâlükârda “uygulama” yetkisi verilirdi. Milletlerarası tahkimin ticari hayatın gereklerini ve buna egemen uygulamaları öncelemesi sebebiyle amaçlanan, ilgili ticari sektöre ilişkin ticari âdet ve teamüllerin uygulanmamasının milletlerarası ticaret hukuku açısından makul olmayan, hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açma ihtimali varsa bunların uyuşmazlığın esasına ticari âdet ve teamüllere ikincil hukuk kaynağı statüsü tanıyan bir milli hukuk uygulanıyor olsa dahi hakem heyeti tarafından göz önüne alınmasını sağlamaktır.

Ticari âdet ve teamüllerin her hâlükârda hakem heyeti tarafından göz önüne alınmasını sağlamaya bağlanan sonuçların MÖHUK m. 31'de de düzenlenmiş olan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına “etki tanımak” ifadesinin geçtiği hükme bağlanan sonuçlara benzer olduğu belirtilebilir. Zira MÖHUK m. 31'e göre sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanırken sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir derken amaçlanan, *lex causae*'nın bertaraf edilmesi değildir; bu amaçlansaydı MÖHUK m. 6'da olduğu gibi “uygulanır” ifadesine yer verilirdi. Bir hukuk kuralına

“etki tanımak”, o kuralı diğerk bir hukuk kuralının uygulanabilmesi için gereken fiili unsurlardan birisi olarak kabul etmek anlamına gelmekteyken; bir hukuk kuralını uyuşmazlığın çözümünde “uygulamak” ise bir uyuşmazlığın çözümünde bütün sonuçları ve öngörülen yaptırımları ile o kuralı kullanmak olarak ifade edilir⁶⁶². Uygulanacak hukuk yine lex causae olarak tespit edilen hukuktur ancak milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerektirdiği takdirde bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları hâkim tarafından dikkate alınarak sözleşmeyle sıkı ilişkili bir üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları da göz önüne alınabilir. Bu hüküm uyarınca hâkim, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate alacak ancak yine uyuşmazlığın esasına lex causae’yı uygulayarak kararını verecektir.

Milletlerarası tahkim alanında üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları da benzer şekilde dikkate alınmaktadır. Doktrinde milletlerarası tahkimde milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına lex mercatoria uygulanıyor olması hâlinde hukuki ilişkiyle sıkı ilişkili devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabileceği; hakemlerin bunu yaparken de sözleşmeyle sıkı ilişkili devletin doğrudan uygulanan kurallarını ya direkt uyguladıkları ya da dikkate aldıkları, milletlerarası tahkim alanında sıkı ilişkili devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımının hakemlerin görevlerinin bir parçası olduğu belirtilmiştir⁶⁶³.

Kanaatimizce milletlerarası tahkime ilişkin milli ve milletlerarası düzenlemelerde de yer alan ticari âdetlerin (ve bazı düzenlemelerde teamüllerin de) hakem heyeti tarafından dikkate alınması gerektiğine ilişkin düzenlemede “göz önüne alma” ifadesinin tercih edilmesiyle, lex causae olarak tespit edilen ve ticari âdete ikincil hukuk kaynağı hukuki statüsü bahşeden hukuk sisteminin uyuşmazlığın esasına uygulanıyor olması hâlinde hakem heyetinin ilgili ticari sektöre ilişkin ticari âdet ve teamüle de milletlerarası ticari hayatın gereklerine ve hakkaniyete uygun karar için bir anlamda etki tanınması, o etkiyi tanıdıktan sonra yine bu etkinin sonuçlarına lex causae olarak tespit edilen milli hukuku uygulayarak, uyuşmazlığı milletlerarası ticaret hukukunun doğasına uygun şekilde çözümlenmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

⁶⁶² Özdemir Kocasakal, a.g.m., s. 75.

⁶⁶³ Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 173.

3.2.5. Hakem Heyetinin *Amiable Compositeur* Olarak ya da *Ex Aequo Et Bono* Karar Verme Yetkisine Sahip Olması Hâlinde Ticari Âdet ve Teamüllerin Uygulanması

Milletlerarası Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu m. 28/ f. 4 ve UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 35/ f. 3 uyarınca hakem heyeti *amiable compositeur* olarak ve *ex aequo et bono* karar verme konusunda taraflarca yetkilendirilmiş olsalar dahi *lex mercatoria*'nın kaynaklarından olan ticari âdet ve teamülleri her halükarda dikkate almakla yükümlüdürler. Milletlerarası tahkimde ticari âdet ve teamüllerin göz önüne alınması yükümlülüğü açısından hakem heyetinin taraflarca kendisine tanınan bu yetkiyi kullanırken *lex mercatoria* kapsamında yer alan maddi hukuk kurallarının uygulanması yönünde bir tercih yapıp yapmamış olmasının bir önemi yoktur.

Milletlerarası ticaret hukukunda ticari âdet ile teamüllerin örtülü hükümler teorisi çerçevesinde tarafların arasındaki sözleşmenin bir hükmü olarak kabul edileceğini ve sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına uygulanacak hukukun emredici nitelikte olmayan yedek hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağını belirtmiştik. Hakem heyetinin *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip olması hâlinde *lex causae* bir milli hukuk sistemi olmadığı için bizim de katılmış olduğumuz görüşe göre ticari âdet ve teamüller örtülü hükümler teorisi kapsamında sözleşme hükmü niteliğinde kabul edilecektir⁶⁶⁴.

⁶⁶⁴ Aynı yönde bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 106.

3.3. LEX MERCATORIA’NIN MİLLİ HUKUK SİSTEMİNİN YORUMLANMASINDA, BOŞLUKLARININ DOLDURULMASINDA VE ULAŞTIĞI ÇÖZÜMÜN TEYİT EDİLMESİNDE UYGULANMASI

3.3.1 Milli Hukuk Sisteminin Yorumlanmasında Lex Mercatoria’nın Uygulanması

Milletlerarası tahkim alanında ticari sözleşmenin taraflarının sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına uygulanacak hukuk olarak bir milli hukuk sistemini seçmiş olmaları veya tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları ihtimalinde hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak bir milli hukuk sistemini belirlemiş olmaları hâlinde lex mercatoria’nın ilgili milli hukuk sisteminin yorumlanmasında ve boşluklarının doldurulmasında kullanılabileceği kabul edilmektedir⁶⁶⁵.

Özellikle sigorta ve fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin konulara dair tahkim yargılamalarında milli hukuk sistemlerine göre yapılan yorumların milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılamayacağı gerekçesiyle lex mercatoria’nın kaynaklarından biri olan UNIDROIT Prensiplerine sıkça başvurulmaktadır⁶⁶⁶.

Milletlerarası Tahkim Divanı’nın yürütmüş olduğu tahkim yargılamalarında UNIDROIT Prensipleri, tarafların seçmiş olduğu veya hakem heyeti tarafından esasa uygulanmak üzere tespit edilmiş olan milli hukuk sisteminin milletlerarası ticaret hukukuna uygunluğunu sağlamak amacıyla yorumlanmasında kullanılmıştır⁶⁶⁷.

Lex mercatoria’ya bazı yeknesak hukuk kurallarını tamamlamak veya yorumlamak için başvurulmasına tahkim yargılamalarında en çok rastlanan örnek olarak, CISG m. 7 hükmünün uygulanmasını verebiliriz. Zira m. 7’de CISG’in yorumunda Antlaşma’nın milletlerarası niteliğinin dikkate alınacağı ve boşlukların öncelikle Antlaşma’nın temelinde yatan genel ilkelere göre çözümlenmesi gerektiği

⁶⁶⁵ Molineaux, a.g.m., s. 63; Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 168; Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, ss. 19, 25.

⁶⁶⁶ Klaus Peter Berger, “International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, The American Journal of Comparative Law, Cilt 46, Sayı 11, (1998), s.139.

⁶⁶⁷ Berger, Lex Mercatoria Doctrine, ss. 982-983; Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 169.

düzenlenmiştir. Bunların belirlenmesinde hakem heyetleri Prensipler'e başvurumaktadırlar⁶⁶⁸.

Bonell tarafların hukuk seçimi yapmadığı, diğer bir ifadeyle *lex causae*'nin hakem heyeti tarafından tespit edildiği durumlarda milli hukuk sistemini yorumlamak ve boşluklarını doldurmak yerine UNIDROIT Prensipleri'nin doğrudan uygulanabileceğini, bu durumda taraf iradesine uyulmadığı iddiasında da bulunulamayacağını savunmaktadır. Böylece hakem heyeti yabancı bir milli hukuk sisteminin içeriğini belirlemek zorunda kalmayacak ve bu durum tahkim sürecini daha az masraflı ve daha hızlı kılacaktır⁶⁶⁹.

Ayoğlu *lex causae*'nin ticari âdet ve teamüllere ikincil hukuk kaynağı statüsü tanıyan bir milli hukuk sistemi olması, bu sebeple sözleşmenin bir parçası kabul edilmiyor olması hâlinde dahi ticari âdet ve teamüllerin milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tarafların hak ve yükümlülüklerinin milletlerarası ticaretin gereklerine uygun şekilde yorumlanmasında dikkate alınması gerektiğini; zira ticari âdet ve teamüllerin tarafların hak ve borçlarının kapsamı, ifa aşaması ile ilgili olduklarından uyuşmazlığın çözümlenmesinde önemli katkıları olabileceğini ifade etmiştir⁶⁷⁰. Bu görüşün ötesine geçen bir ICC Kararı'nda hakem heyeti tarafların seçtiği milli hukuk sisteminin, ICC Tahkim Kuralları'nda ticari âdetlere yapılan atıf sebebiyle ancak ticari âdetlerde ve sözleşme hükümlerinde düzenlenmeyen hususlarda uygulanabileceğini belirterek öncelikle bunları uygulama suretiyle karar vermiştir⁶⁷¹.

Milletlerarası Tahkim Divanı'nın 10555 sayılı kararında taraflar arasındaki Fransız hukukuna tabi kılınmış bir hisse satım sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığa ilişkin olarak taraflardan biri sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında UNIDROIT Prensipleri'ne ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'ne başvurulmasını önerir. Hakem heyeti ise tarafların arasındaki sözleşmede *lex mercatoria*'ya, hukukun genel prensiplerine veya UNIDROIT Prensipleri'ne atıf yapılmamış olduğu gerekçesiyle,

⁶⁶⁸ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 25.

⁶⁶⁹ Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, s. 259.

⁶⁷⁰ Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, s. 98, dn. 290.

⁶⁷¹ ICC Karar No. 9479 bkz.: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12, No. 2, 2001, s. 67.

UNIDROIT Dibacesi'ndeki düzenlemeyi kanaatimizce yanlış yorumlayarak bu öneriyi reddeder. Doktrinde de bu hakem kararı eleştirilmiştir. UNIDROIT Prensipleri'nin milli sistemlerinin yorumlanması ve boşluklarının doldurulmasında kullanılması için taraflar arasındaki sözleşmede bu yönde bir hüküm olmasına gerek yoktur. Zira bu konuda belirleyici olan, tarafların seçmiş olduğu veya hakem heyeti tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere tespit edilmiş milli hukuk sisteminin yoruma ve boşluk doldurmaya ilişkin kurallarıdır⁶⁷².

3.3.2. Milli Hukuk Sisteminin Boşluklarının Doldurulmasında Lex Mercatoria'nın Rolü

3.3.2.1. Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılmış Olması

Milletlerarası tahkim yargılamasında taraflar bir hukuk seçimi yaptılarsa hakemler bu hukukun ilgili maddi hükümlerini uygulayarak uyuşmazlığı çözerler. Taraflarca seçilen hukukun maddi hükümlerinde boşluk olması hâlinde bu boşluk tarafların iradesi bu yönde olduğu için ilgili milli hukuk sisteminde yer alan boşluk doldurma yöntemi uygulanarak doldurulmalıdır. Taraflar, aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmeyi Türk hukukuna tabi kılmışlarsa, hakem heyeti Türk hukukunda ilgili uyuşmazlık konusunun çözümüne ilişkin hüküm bulunmaması hâlinde yukarıda daha ayrıntılı olarak açıklamış olduğumuz üzere⁶⁷³ TMK m. 1/ f. 2 uyarınca lex mercatoria'yı uygulayarak ilgili boşluğu doldurabilecektir⁶⁷⁴. Bu bağlamda öncelikle ilgili boşluğu doldurabileceği lex mercatoria'nın kaynaklarından biri olan milletlerarası ticari bir âdetin mevcut olup olmadığının tespitini yapacaktır. Mevcut değilse kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verecektir. Bu bağlamda milletlerarası ticari sözleşmeden doğan bir uyuşmazlıkta hakem heyeti hukuk yaratırken milletlerarası ticaret hukukunun genel prensiplerinden

⁶⁷² ICC'nin 2002 tarihli 10555 sayılı Kararı'na ilişkin eleştiriler için bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, ss. 228-229, dn. 707; Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 26.

⁶⁷³ Bkz.: Yuk. s. 134 vd.

⁶⁷⁴ Doktrinde hakem heyetinin seçilen hukukta uyuşmazlık konusuna ilişkin boşluk olması hâlinde lex mercatoria'ya başvurabileceğine ilişkin olarak bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 701.

veya *lex mercatoria*'nın diğer kaynaklarından yararlanabilir. Ayrıca TTK m. 2/ f. 1 uyarınca taraf iradelerinin yorumunda da ticari teamüllerden yararlanılabilecektir.

Gaillard tarafların aralarındaki sözleşmede yapmış oldukları hukuk seçimi dikkate alınmaksızın ulusötesi kuralların uygulanarak uyuşmazlığın çözülmesi konusunda çekincesi olduğunu belirtmiştir. Yazar, ayrıca tarafların hukuk seçimim yaparak aralarındaki borç ilişkisine uygulanmak üzere tespit ettikleri milli hukuk sisteminde yer alan boşlukların tarafların da buna izin verdikleri gerekçesiyle ulusötesi kurallarla doldurulmasına da sıcak bakmadığını dile getirmiştir⁶⁷⁵.

Lowenfeld uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere tespit edilen milli hukuk sisteminin önerdiği çözümün milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ya da işlemin özelliklerine uygun düşmemesi hâlinde *lex mercatoria*'ya başvurulabileceğini belirtmiştir⁶⁷⁶. Her ne kadar sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına uygulanacak hukukun hakem heyeti tarafından belirlenmiş olduğu ihtimalde modern milletlerarası tahkim mevzuatı tarafından hakemlere uygun gördükleri kanunlar ihtilafı kuralını uygulama ya da *voie directe* yöntemini izleme yetkisi verilmiş olduğundan ötürü bu mümkün olsa da⁶⁷⁷ *lex causae*'nin tarafların iradesi ile belirlenmiş olduğu durumlar açısından hakem heyetinin tarafların seçmiş olduğu milli hukuk sisteminin ilgili hükümlerini uygulamayarak *lex mercatoria*'ya başvurması hakemlerin yetki aşımı

⁶⁷⁵ Gaillard, “Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules”, ss. 215-216.

⁶⁷⁶ Lowenfeld, a.g.m., ss. 144-145.

⁶⁷⁷ Hakem heyetinin sözleşmeyle en sıkı ilişkili devlet hukukunun somut olayın şartları açısından öngördüğü çözümü katı ve hakkaniyete aykırı görerek *voie directe* yöntemini uygulayarak *lex mercatoria*'ya başvurmalarının yetki aşımı olarak nitelendirilmeyeceği ve bu şekilde verilmiş hakem kararının tenfizinin New York Konvansiyonu'na göre mümkün olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 97. Kanunlar ihtilafı kuralları usul hukukuna ait kurallar olarak kabul edilmedikleri için hakem heyetinin tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına uymamış olmasının New York Konvansiyonu m. 5/ f. 1/d açısından bir tenfiz engeli olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı yönünde görüş için bkz.: Akıncı, Milletlerarası Tahkim, ss. 593-594. MÖHUK ve New York Sözleşmesi'nin tenfiz hükümlerinde yabancı hakem kararının esasına uygulanan hukukun incelenmesine ilişkin bir hüküm bulunmadığı, her ne kadar tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere bir milli hukuk sistemini seçmeleri ve hakem heyetinin buna rağmen *lex mercatoria*'yı uygulayarak karar vermiş olması hâlinde bu New York Sözleşmesi m. 5/ f. 1/c ve MÖHUK m. 62/ f. 1/ g açısından yetki aşımı sebebiyle tenfiz engeline takılabilecek olsa da, taraflarca böyle bir seçim yapılmamış olması durumunda hakem heyetinin *lex mercatoria*'yı uygulayarak vereceği kararın tenfizini engelleyen bir hükmün New York Sözleşmesi ve MÖHUK hükümleri kapsamında yer almadığına ilişkin bkz.: Bahadır Erdem, “Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria”, s. 140.

olarak kabul edilecek ve bu durum da hakemlerin verecekleri kararın tenfiz edilmesine engel olacaktır⁶⁷⁸.

3.3.2.2. Lex Causae'nın Hakem Heyeti Tarafından Belirlenecek Olması

3.3.2.2.1. Kanunlar İhtilafı Kurallarına İlişkin Boşluk

Taraflar herhangi bir seçim yapmamışlarsa aralarındaki ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk hakem heyeti tarafından belirlenecektir. Yukarıda daha ayrıntılı bir şekilde ele aldığımız üzere⁶⁷⁹ milli hukuk sistemlerinde ve kurumsal tahkim tüzüklerinde kabul edilen dört farklı yöntem söz konusudur.

İlk yöntem hakemlerin tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen maddi hukuku uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenmeleridir. Hakem heyeti tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarında ilgili uyuşmazlık konusuna dair bir boşluk olması hâlinde bu yöntemi izleyerek bir belirleme yapmayacaktır. Zira bu yöntemin modern tahkim mevzuatında çoğunlukla terk edilmiş, diğer yöntemlere göre daha geleneksel olduğuna değinmiştik. Diğer bir yöntem ise herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına gönderme yapılmaksızın lex arbitri'nin milletlerarası tahkime ilişkin mevzuatında doğrudan bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmiş olması ve bu kurala göre tespit edilen maddi hukukun uygulanmasıdır. Bu yöntemin tercih edilmesi hâlinde ilgili modern tahkim mevzuatı bir kanunlar ihtilafı kuralına değil doğrudan bir maddi hukuk sistemine atıf yaptığı için, hakem heyetinin uygulayacağı kanunlar ihtilafı kuralında bir boşluktan bahsetmek mümkün değildir. Milletlerarası tahkimde hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespitte başvurdukları üçüncü yöntem ise hakemlerin uygun buldukları kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak tespit ettikleri maddi hukuk kurallarıyla uyuşmazlığı çözmeleridir. Bu yöntemde hakem heyeti zaten kendi uygulayacağı kanunlar ihtilafı kuralını belirlediği için bir boşluktan

⁶⁷⁸ De Ly, International Business Law and Lex Mercatoria, ss. 115-116'dan aktaran Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 96; Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 175.

⁶⁷⁹ Bkz.: Yuk. s. 172 vd.

söz etmek mümkün olmayacaktır. Dördüncü yöntem olan *voie directe* yönteminde hakem heyeti bir kanunlar ihtilafı kuralı uygulamayacağı için kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin tamamlanması gereken bir boşluktan söz edilemeyecektir.

3.3.2.2. Hakem Heyeti Tarafından Lex Causae Olarak Tespit Edilen Milli Hukuk Sistemine İlişkin Boşluk

Milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanacak milli hukuka ilişkin tarafların herhangi bir seçim yapmamış olmaları, *lex causae*'nin hakem heyeti tarafından yukarıda kısaca tekrar ettiğimiz yöntemlerden birinin uygulanması ile belirlenmiş olması ve ilgili milli hukuk sisteminde boşluk söz konusu olması durumunda hakem heyeti *lex mercatoria*'yı meydana getiren maddi hukuk kurallarını uygulayarak ilgili boşluğu doldurabilir⁶⁸⁰.

Sadece açık boşluklar açısından değil milli hukuk sisteminin önerdiği çözümün somut olayın şartlarına uygun olmadığı örtülü boşlukların ve “haklı sebep” ile “makul süre” gibi kavramların içinin doldurulması noktasında kural içi boşluklar açısından da *lex mercatoria*'ya başvurulması mümkündür⁶⁸¹. Zira modern milletlerarası tahkim mevzuatı hakemlere uygun gördükleri kanunlar ihtilafı kuralını uygulama ya da *voie directe* yöntemini izleme yetkisi vermiştir. Bu sebeple sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına uygulanmak üzere tespit edilen milli hukuk sisteminde yer alan boşluklar hakem heyeti tarafından doğrudan milletlerarası ticarete ilişkin âdet ve teamüller de dâhil olmak üzere *lex mercatoria*'nın kaynaklarından birine başvurulmak suretiyle doldurulabilir. Yine bu noktada belirtmek isteriz ki milletlerarası tahkim mevzuatı ve kurumsal tahkim tüzükleri ticari âdet ve teamülün her hâlükârda dikkate alınması gerektiğini düzenlemiştir. Dolayısıyla gerek taraflarca seçilen milli hukuk sisteminin boşluklarının doldurulmasında gerekse hakem heyeti tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere belirlenen milli hukuk sisteminin

⁶⁸⁰ Bonell, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, s. 25.

⁶⁸¹ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, ss. 95-96. Hakem heyetinin *lex causae* olarak tespit ettiği milli hukuk sisteminin boşluklarını Prensipler ile doldurduğu karar için bkz.: ICC Karar No. 9117, International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 1999, s. 99.

boşluklarının doldurulmasında yukarıda daha ayrıntılı şekilde bahsettiğimiz şekilde hakem heyeti ticari âdet ve teamülleri her hâlükârda dikkate alacaktır.

Ayoğlu hakemlerin sözleşmenin esasına uyguladıkları milli hukuk sisteminde yer alan katı ve hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olan düzenlemenin örtülü boşluk olarak nitelendirilebildiği durumda ilgili boşluğun *lex mercatoria* tarafından doldurulmasının mümkün olduğunu belirtmiştir⁶⁸².

Milletlerarası Tahkim Divanı'nın vermiş olduğu bir kararda hakem heyeti *lex causae* olarak Libya hukukunu tespit etmiş, ancak Libya hukukundaki boşlukların doldurulmasında *lex mercatoria*'nın uygulanabileceğini belirtmiş; hakem kararında da ilk olarak uyuşmazlığın Libya hukuku uygulanarak çözümlenmeye çalışıldığı, ikinci olarak da *lex mercatoria* ve hukukun genel prensiplerinden yararlanıldığı açıkça vurgulanmıştır⁶⁸³. Doktrinde bu açıdan *lex mercatoria*'nın uygulanacak hukuk düzeni açısından bir alternatif değil de bir seçenek niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁶⁸⁴.

Milletlerarası Tahkim Divanı geçmişten günümüze, *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticari uyuşmazlığın esasına uygulanan milli hukuk sisteminin tamamlanması ve yorumlanması amacıyla kullanılabilmesi yönünde birçok karar vermiştir. 8240 sayılı ICC Kararı'nda *lex causae*'nin İsviçre hukuku olduğu acentelik sözleşmesinden doğan para borcuna ilişkin kur oranının tespitinde hakem heyeti Prensipler'in ilgili hükümlerini uygulamıştır⁶⁸⁵.

Başka bir ICC Kararı'nda *lex causae*'yi Kuveyt hukuku olarak tespit eden hakem heyeti Kuveyt hukukundaki tazminatın mahkeme tarafından hesaplanacağına ilişkin genel nitelikteki düzenlemeyi UNIDROIT Prensipleri'nde yer alan hükümlerle ile tamamlamıştır⁶⁸⁶.

⁶⁸² Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet- Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 96.

⁶⁸³ ICC Karar No.:4761. Karar için bkz.: Maniruzzaman, "The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 684, dn. 122.

⁶⁸⁴ Maniruzzaman, "The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 684.

⁶⁸⁵ 834 ICC Award in Case No 8240, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 1999, ss. 60-62. Milletlerarası tahkimde *lex causae*'nin boşluklarının Prensipler ile doldurulduğu başka bir ICC Kararı için bkz.: ICC Karar No. 9797, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 12, No. 2, 2001, s. 89.

⁶⁸⁶ ICC Interim Award in Case No 5835, 1989, The ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 1999, s. 35

Diğer kurumsal ve *ad hoc* tahkim yargılamalarında da *lex mercatoria* milletlerarası ticari sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına uygulanmak üzere tespit edilen milli hukuk sistemini tamamlamak için kullanılmaktadır. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Tahkim Mahkemesi kararında milletlerarası ticari sözleşmelerin yorumunda yaygın bir şekilde kullanılmaya başlandığı gerekçesiyle UNIDROIT Prensipleri'nin sözleşmenin birden fazla dilde yapılmış olmasına ilişkin hükmünü uygulamıştır⁶⁸⁷.

3.3.3. Milli Hukuk Sistemiyle Ulaşılan Çözümün Teyidi Amacıyla Lex Mercatoria'nın Uygulanması

3.3.3.1. Genel Bilgi

Milletlerarası tahkimde ister taraflarca seçilmiş olsun isterse hakem heyeti tarafından *lex causae* olarak belirlenmiş olsun bir milli hukuk sisteminin hükümleri uygulanarak verilmiş milletlerarası ticari uyuşmazlıklara ilişkin kararların milletlerarası kabul görmüş standart ve kurallara uygunluğunu ortaya koyabilmek amacıyla hakemlerin *lex mercatoria*'ya başvurduğu çok sayıda karar mevcuttur⁶⁸⁸. Bu uygulama hem hakem heyeti tarafından ulaşılmış olan çözümün kredibilitelerini arttırmayı sağlamakta⁶⁸⁹, hem taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde hakem heyetinin *lex causae*'ya ilişkin yapmış oldukları tespiti karşı çıkan tarafa bir gerekçe olarak sunulmaları ikna etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bu amaçla genellikle yararlanılan UNIDROIT Prensipleri'nde, çoğunlukla Prensipler'e doğrudan bir atıf yapılmasındansa; Prensipler'de yer alan ilgili hükümlerden alıntı yapılarak bu

⁶⁸⁷ Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Tahkim Mahkemesi, 6.11.2002, No. 11. Bkz.: Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, s. 166.

⁶⁸⁸ Marrella, a.g.m., s. 1167-1168. Hakem heyetinin vermiş olduğu kararın teyidi için Prensipler'e başvurduğu 8540 sayılı ICC Kararı için bkz.: ICC Karar No. 8540, 1996, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=644>. (Erişim tarihi: 27.07.2021).

⁶⁸⁹ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 94. Yazar, kanunlar ihtilafı kurallarına göre hakem heyeti tarafından tespit edilen veya taraflarca seçilen milli hukuk sisteminin uyuşmazlık konusu olaya uygulanan ilgili hükmünün *lex mercatoria* ile uyumlu olduğunun ortaya konulmasının kararın milletlerarası ticaretin gereklerine ve hakkaniyete uygunluğu noktasında ikna ediciliğini pekiştirmekte olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 95.

gerçekleştirilmektedir⁶⁹⁰. Özellikle bazı kararlarda hakem heyetleri bir milli hukukun uygulanması sonucu ortaya çıkan muhtemel çözümlerden birini tercih ederken bu kararlarını desteklemek⁶⁹¹ için *lex mercatoria*'ya başvurumaktadırlar.

Doktrinde taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı⁶⁹² ve sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun hakem heyeti tarafından belirlenecek olduğu davalarda, hakem heyetleri tarafından kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmak yerine Prensipler'e uygun olan veya onunla aynı sonucu veren hukukun *lex causae* olarak belirlendiğine rastlandığı ve bu hukukun da sözleşmeyle sıkı ilişkili bir hukuk olmama ihtimalinin olduğu ifade edilmiştir⁶⁹³.

3.3.3.2. Örnek Hakem Kararları

Milletlerarası Tahkim Divanı'nın 8502 sayılı kararına konu uyuşmazlıkta Fransız ve Hollandalı alıcılar ve Vietnamlı ihracatçı arasındaki sözleşmede taraflar açık bir hukuk seçimi yapmamışlardır. Hakem heyeti taraflar arasındaki yazışmaları incelemiş ve zımni bir hukuk seçiminin varlığını da takdir etmemiştir. Taraflarca fiyatlandırma açısından INCOTERMS 1990, mücbir sebep noktasında ise UCP 500 "*incorporation*" yoluyla sözleşmeye dâhil edilmiştir. Tarafların bu yöndeki tercihleri hakem heyetince, tarafların, sözleşmelerinin milletlerarası kabul görmüş ticari âdetler ve genel prensipler tarafından yönetilmesini arzu ettikleri yönünde yorumlanmıştır. Hakem heyeti kararında, milletlerarası ticari teamüllerin kanıtı olarak CISG hükümlerine ve UNIDROIT Prensipleri'ne atıfta bulunmuştur. Hakem heyeti, ilgili

⁶⁹⁰ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 25. Prensipler'in milli hukuk sistemlerinin ulaştığı çözümü teyit amacıyla sıklıkla kullanıldığına ilişkin bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 19.

⁶⁹¹ Bonell, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", s. 25; Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", ss. 982-983; Berger, "International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", s. 141; Ayrıntılı bilgi için bkz.: Bonell, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ss. 297-298.

⁶⁹² Taraflarca hukuk seçimi yapılmış ancak bu hukukun uygulanması hâlinde ortaya çıkan sonuç *lex mercatoria*'nın uygulanması hâlinde oluşan sonuçla bağdaşmıyor olsa dahi tarafların seçtiği milli hukuk sisteminin öncelikle uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz.: Dessemontet, Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law, s. 43.

⁶⁹³ Fabrizio Marrella, "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Cilt 36, 2003, ss. 1171-1172.

sözleşme doğrudan CISG'in uygulama alanına girmiyor olmasına rağmen INCOTERM 1990 ve UCP 500'nin boşluklarını CISG hükümleri ile doldurmuştur. Karar'da CISG'de yer hükümlerin milletlerarası ticarete yaygın olarak kabul edilen ticari âdetleri ve kuralları yansıttığını belirtmiştir. Hakem heyeti kararını desteklemek için Prensipler'in de bazı hükümlerine başvurmuştur⁶⁹⁴.

8540 sayılı ICC Kararı'nda hakem, tarafların arasındaki anlaşmanın iyi niyetle müzakere edilebileceğine *lex causae* olarak tespit edilen hukukun yanında UNIDROIT Prensipleri'nin ilgili hükümlerine dayanarak karar vermiştir⁶⁹⁵.

Milletlerarası Tahkim Divanı'nın 8486 sayılı Kararı'nda hakem heyeti masraflardaki basit artışın öngörülemez hâl kabul edilemeyeceğine Hollanda hukukunun yanında UNIDROIT Prensipleri'ni de uygulayarak karar vermiştir⁶⁹⁶.

8223 sayılı ICC Kararı'nda hakem heyeti tarafların aralarındaki sözleşmede yer alan devir yasağına dair hükümlerin zımnen değiştirilmiş sayılmasının mümkün olduğuna yönelik kararını Fransız hukukuna ve UNIDROIT Prensiplerine dayandırmıştır⁶⁹⁷.

Milletlerarası Tahkim Divanı 6281 sayılı kararında bir milli hukuk sistemi ile birlikte *lex mercatoria*'yı uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenmiştir⁶⁹⁸.

Zürih Ticaret Odası nezdinde yapılan tahkim yargılamasında hakem heyeti ancak esaslı bir hatanın varlığı hâlinde tarafların sözleşmeden dönebilecekleri ve sözleşme hükümlerinin iyi niyetli ortalama bir tacirin ilgili hükümlere vereceği anlam esas alınarak yorumlanması gerektiği sonucuna İsviçre hukuku ve Prensipler hükümlerine dayanarak varmıştır⁶⁹⁹.

Milletlerarası Tahkim Divanı'nın 9593 sayılı Kararı'nda hakem heyeti Fildişi Sahilleri hukukunun ilgili hükmünü uygularken bu hükmün ticari teamüllere ve

⁶⁹⁴ ICC Karar No. 8502, International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 1999, ss. 72-73.

⁶⁹⁵ ICC Milletlerarası Tahkim Divanı, Paris, 4.9.1996, No. 8540, ICC Case No 8540, Bkz.:

<http://www.unilex.info/case.cfm?id=644> (Erişim tarihi: 5.9.2021)

⁶⁹⁶ ICC Karar No. 8486, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 1999, ss. 69-70.

⁶⁹⁷ ICC Karar No. 8223, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 1999, ss. 58-60.

⁶⁹⁸ ICC Karar No. 6281, Yearbook Commercial Arbitration, V. 15, 1990, ss. 99-100.

⁶⁹⁹ Zürih Ticaret Odası Tahkim Divanı, 25.11.1994, Yearbook of Commercial Arbitration, V. 22, 1997, s. 211-221.

Prensipler'e uygun olduğu belirtmiştir⁷⁰⁰. 8908 sayılı ICC Kararı'nda hakem heyeti *lex causae* olarak tespit ettikleri İtalyan hukukunu uygulayarak vardıkları sonucun Prensipler'e de uygun olacağını karar metninde ifade etmiştir⁷⁰¹.

3.4. HAKEM HEYETİNİN *AMIABLE COMPOSITEUR* OLARAK YA DA *EX AEQUO ET BONO* KARAR VERME YETKİSİNE SAHİP OLMALARI HÂLİNDE *LEX MERCATORIA*'NİN UYGULANMASI

3.4.1. Genel Bilgi

Milletlerarası tahkime ilişkin konvansiyon ve model kanun hükümleri, kurumsal tahkim tüzükleri ile milli hukuk sistemlerinin milletlerarası tahkime ilişkin mevzuatı milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarınca yetkilendirilmiş olmaları hâlinde hakem heyetinin *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip olduğunu düzenlemişlerdir.

Hakem heyeti taraflarca bu yetkilerle donatıldığında hukuk kurallarıyla bağlı olmaksızın, adalete uygun ve makul olduğuna kanaat getirdiği çözümleri uyuşmazlığın çözümünde benimseyerek⁷⁰² hukuk kurallarına katı şekilde bağlı olunması hâlinde ortaya çıkabilecek haksız sonuçların ortaya çıkmasını engelleyebilmektedir⁷⁰³. Bu durum hakem heyetinin sözleşmeyle en sıkı ilişkili milli hukuk sistemi de dâhil herhangi bir hukuk sistemine göre geçersiz bir sözleşmeyi, taraf iradelerinin sözleşmenin ifasına yönelik olduğu, hakkaniyete uygun olanın bu olduğu veya teknik

⁷⁰⁰ ICC Karar No. 9593, bkz.: ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 1999, s. 107.

⁷⁰¹ ICC Karar No 8908, bkz.: ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 1999, s. 86

⁷⁰² Karyn S. Weinberg, "Equity In International Arbitration: How Fair is Fair? A Study of *Lex Mercatoria* and *Amiable Composition*", Boston University International Law Journal, Cilt: 12, Sayı: 1, (1994), s. 231.

⁷⁰³ Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 158; Bahadır Erdem, "Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda *Lex Mercatoria*", s. 131. Arabuluculuk ve uzlaştırma müessesesinden farklı olarak hakem heyetinin hakkaniyete dayalı olarak vermiş olduğu karar, sözleşmenin tarafları açısından bağlayıcıdır. İcrası, iptali ve tenfizi gibi konularda bir milli hukuk sistemine ya da *lex mercatoria* kapsamında yer alan maddi hukuk kurallarına dayalı olarak verilmiş hakem kararlarından herhangi bir farkı yoktur. Bkz.: Özel, s. Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 159. Tarafların bu şekilde tercih yapmalarının daha çok hukukçu olmayan ancak uyuşmazlık konusunda bilgi sahibi olan uzman kişilerin hakem olarak seçilmesi durumunda söz konusu olduğu yönünde bkz.: Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 355.

hukuki noksanlıkların önemli olmadığı gerekçesiyle geçerli kabul edebilmesine imkân tanımaktadır⁷⁰⁴.

Doktrinde uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmasının hakem heyetinin *amiable compositeur* olarak yetkilendirilmiş olması anlamına geldiğini ileri süren görüşler yer almaktadır⁷⁰⁵. Bu görüşe katılmamaktayız. Zira hakem heyetinin bir uyuşmazlıktaki *amiable compositeur* yetkisi iki sebeple var olabilir. Bunlardan bir tanesi tarafların, aralarındaki tahkim anlaşmasında hakem heyetine açıkça bu yetkiyi tanımış olmalarıdır. Diğeri ise *lex arbitri*'nin buna izin veriyor olmasıdır. Bu iki hâlin dışında hakem heyeti uyuşmazlığı çözümlerken *amiable compositeur* olarak davranırsa bu kesin bir şekilde yetki aşımı anlamına gelecek ve bu şekilde verilmiş hakem kararı tenfiz edilmeyecektir.

Hakem heyetinin yukarıda belirtmiş olduğumuz ihtimaller dâhilinde *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar vermeye ilişkin geçerli bir yetkiye sahip olması hâlinde hakem heyeti uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına bağlı kalmaksızın hakkaniyete göre çözümlenebilecektir⁷⁰⁶. Ancak bunun bir mecburiyet olmadığı bir seçenek olduğu dikkate alınmalıdır⁷⁰⁷. Diğeri bir ifadeyle taraflarca *amiable compositeur* veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip hakem heyetinin hukuk kurallarına başvurma yetkisi sınırlandırılmış değildir. Sadece bir hukuk sisteminin katı kurallarıyla bağlı değildir⁷⁰⁸. Bu sebeple de *amiable compositeur* veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip bir hakem heyeti uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmasına karar verebilir⁷⁰⁹. Ancak tersi şekilde

⁷⁰⁴ Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 158; Özdemir, a.g.m., s. 111.

⁷⁰⁵ Bu görüş için bkz.: Laurence Craig, International Chamber of Commerce, New York, Oceana, 1990, s. 295 'den aktaran Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 686.

⁷⁰⁶ *Amiable compositeur* veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip olan hakem heyeti hakkaniyete uygun karar verirken zounlu olarak hukukun genel ilkelerine başvurmaktadır. Bu da *lex mercatoria* ile milletlerarası ticari tahkim arasındaki bağlantının kurulmasına sağlamaktadır. Bu görüş için bkz.: Arzu Oğuz, "Lex Mercatoria Kurallarında İyi Niyetin Rolü", s. 184.

⁷⁰⁷ Aynı yönde bkz.: Samuel, a.g.e., s. 243. *Amiable compositeur* olarak karar vermekle yetkilendirilmiş hakem heyetinin uyuşmazlığı çözümlerken *bona fide* ve hukukun genel prensiplerini diğeri bir ifadeyle *lex mercatoria*'yı dikkate almak zorunda olduğunu tartışmasız bir gerçek olarak ifade eden görüş için bkz.: Sülün Güçer, *Lex Mercatoria in International Arbitration*, Ankara Bar Review, 2009/1, s. 37.

⁷⁰⁸ Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", s. 687.

⁷⁰⁹ Zeynep Özgenç, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemin veya Hakem Kurulunun Ex Aequo Et Bono Karar Verme Yetkisi", MHB, Yıl: 34, Sayı: 1, (2014), s. 48; Çalışkan, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 24; Durgut, a.g.m., s. 124. Örnek hakem kararı için bkz.: ICC Karar No 3267 bkz.: Yearbook Commercial Arbitration 7, 1982, s. 98

uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'yı uygulayan hakem heyetinin taraflarca *amiable compositeur* olarak yetkilendirilmiş olduğunun kabul edilmesi kanaatimizce de mümkün değildir⁷¹⁰.

3.4.2. *Amiable Compositeur* ve *Ex Aequo et Bono* Kavramları Arasındaki İlişki

Aequitas kavramının kayıtlara ilk geçişi Aristoteles'in Nikomakhos'a Etik adlı eseri ile olmuştur. Bu eserde kavram adalet ve uygunluk anlamında kullanılmıştır. M.S. 314 yılında İmparator Constantine tarafından yayınlanmış olan *Constitutio*'da *aequitas*'ın önemi belirtilmiştir. İmparator Justinianus mahkemelerin *ex aequo et bono* karar verme konusunda geniş yetkilere sahip olduklarını ilan etmiştir. İngiltere'de Norman krallar davacının iddiasının hukuk sisteminde yer almaması hâlinde adalet ve hakkaniyete göre karar verilebileceğine ilişkin yargısal yetki kullanmışlardır. Bir Roma hukuku kavramı olan *aequitas* ile Norman kralları döneminde kullanılan "hakkaniyet" kavramı birbiri ile çok benzerdir. Roma hukukunun devamı olan modern İtalyan hukukunda da belirli koşulların gerçekleşmesi hâlinde mahkemenin ve hakem heyetinin *ex aequo et bono* karar verebileceği kabul edilmiştir⁷¹¹.

Amiable composition kavramı ilk olarak Fransa da kullanılmıştır. Fransız hukuk sistemine Napolyon dönemi kanunları ile girmiştir⁷¹². Sonrasında Kıta Avrupası hukuk sistemini kabul eden devletlerde de ortaya çıkmıştır⁷¹³.

Amiable compositeur ve *ex aequo et bono*⁷¹⁴ kavramlarının eşanlamlı olup olmadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur.⁷¹⁵ İsviçre hukukunda *amiable*

⁷¹⁰ Örnek karar için bkz.: ICC Karar No. 3131 bkz.: Yearbook Commercial Arbitration, 9, 1984, s. 109.

⁷¹¹ Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, Huntington, JurisNet, 2014, ss. 461-463; Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 159.

⁷¹² Weinberg, a.g.m., s. 231.

⁷¹³ Laurence Craig, William Park, Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 2000, s. 348'den aktaran Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 159.

⁷¹⁴ *Ex aequo et bono* kavramı ile *lex mercatoria* arasındaki farka dair değerlendirme için bkz.: Özgenç, a.g.m., ss. 45 vd.

⁷¹⁵ Rubino- Sammartano, a.g.e., s. 471 vd.; Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 159. Fransız hukukunda *amiable compositeur*'ün öncelikle hukuk kurallarını uygulamasının esas olduğu, ancak hakkaniyet gerektiriyorsa bu kuralların sonuçlarını değiştirebileceği ya da uygulamaktan vazgeçebileceği; bu karşılık *ex aequo et bono* yetkisine sahip hakemin *lex causae*'nin emredici hükümleri dâhil bütün teknik hukuk kurallarından ayrılabilme imkânı olduğuna

compositeur olarak davaya bakan hakemin sözleşmenin esasına uygulanan hukukun emredici hükümlerine tabi olduğu ancak *ex aequo et bono* karar vermeye yetkisi olan hakemin *lex causae*'nin emredici hükümleri de dâhil olmak üzere bütün hukuk kurallarından bağımsız olarak uyuşmazlığı çözümleyebileceği kabul edilmektedir⁷¹⁶. İtalyan hukukunda hakem heyetinin taraflarca yetkilendirilmesi hâlinde *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiş; *amiable compositeur* olarak hareket etme yetkisine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁷¹⁷. Türk hukukunda her iki kavram arasında fonksiyonel veya niteliksel bir ayrım olmadığı kabul edilmektedir⁷¹⁸. ICC Tahkim Tüzüğü'nün 1998 yılındaki revizyonunda Çalışma Grubu her iki kavramın da aynı anlama geldiği sonucuna varmış ve ilgili hükümde iki kavramı da birlikte kullanmıştır⁷¹⁹. Farklı hukuk sistemleri *ex aequo et bono* ile *amiable compositeur* kavramları arasında anlam farklılığı olup olmadığı noktasında farklı yaklaşımlar benimsemişlerdir. Tahkim yargılaması sırasında bu iki kavram arasında anlam farklılığı olup olmadığı konusunda *lex arbitri* karar verecektir.

Hakemlerin *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisinin taraflarca tanındığı sözleşmeler genellikle teknoloji transferi, anahtar teslim sanayi tesisleri inşaatı, hammadde satım veya üretimi ya da ekonomik kalkınma gibi uzun dönemli sözleşmelerdir. Zira bu sözleşmelerle, ilgili alanlara dair ilgili hukuklarda yeterince düzenlemeler, yargı kararları bulunmamakta ve tarafların ekonomik menfaatleri de hakkaniyet esaslı bir çözümü gerektirmektedir. Ticari sözleşmenin bir tarafının bir devlet ya da devlete bağlı bir kuruluşun olduğu sözleşmelerde de milli hukuk sisteminin tamamen etkisiz bırakılmasına olumlu yaklaşılmamakta, uygulamada

ilişkin olarak bkz.: Gaillard, Savage, a.g.e., s. 836. Bu iki kavramın niteliksel açıdan birbirlerinden farklı olduklarına, hakem heyetine *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisinin taraflarca verilmiş olması durumunda bunun tek başına hakemlere hakkaniyete göre karar verme imkanını da sağladığı anlamına gelmeyeceğine; *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip olan hakem heyetinin taraf menfaatine aykırı olan sözleşme hükümlerini bertaraf etme hakkı varken, sadece *amiable compositeur* olarak karar vermek yetkisine sahip hakem heyeti açısından bunun mümkün olmayacağına ve *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin hakem heyetine daha geniş yetkiler bahsettiğine dair görüş için bkz.: Özgenç, a.g.m., ss. 49-51.

⁷¹⁶ Weinberg, a.g.m., s. 213, dp. 26;

⁷¹⁷ Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 160.

⁷¹⁸ Akıncı, "Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", s. 105, dn. 36; Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 163 Akıncı *ex aequo et bono* kavramının devletler genel hukuku problemlerinin çözümünde ortaya çıktığını ve sonrasında milletlerarası ticari tahkim terminolojisine dâhil edildiğini, kavramların doğduğu alanlar arasındaki fark dışında hâkimin *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip olması arasında işlev ve nitelik bakımından farkın mevcut olmadığını ifade etmiştir. Bkz.: Akıncı, Milletlerarası Tahkim, ss. 355-356, dn. 488.

⁷¹⁹ Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 160.

hakemlere *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi tanınırken aynı zamanda da bir milli hukuk sisteminin uygulanacak hukuk olarak belirlendiği görülmektedir⁷²⁰.

3.4.3. Hakemin *Amiable Compositeur* Olarak ve *Ex Aequo et Bono* Karar Verme Yetkisinin Kapsamı

Hakemin *amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip olması onun teknik ve katı hukuk kurallarından ve yorumlarından bağımsız olarak hakkaniyete göre uyumsuzluğu çözümleyebilmesine imkân sağlamakla birlikte bu, hukukun tamamen bertaraf edilmesi anlamına gelmemektedir. Milletlerarası kamu düzeni⁷²¹, adaletin temel ilkeleri⁷²², adil yargılanma hakkına riayet⁷²³ ve müdahaleci kurallar hakemlerin yetkilerinin sınırını çizmektedir. Hakem *amiable compositeur* olarak hareket etme yetkisine sahip olsa da sözleşmenin ifa yeriyle bağlantılı ithalat ihracat düzenlemeleri gibi müdahaleci kurallarla bağlıdır⁷²⁴. Uygulamada *amiable compositeur* olarak hareket etme yetkisine sahip olan hakemlerin öncelikle hukuk kurallarına başvurdukları, bu şekilde adil olmayan sonuçların ortaya çıkması hâlinde kendilerine tanınan yetkiyi kullanma imkânını saklı tuttıkları gözlemlenmektedir⁷²⁵.

Bir tartışma da *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip olan hakemlerin, tarafların arasındaki sözleşme hükümlerini adaletsizliğe yol açtığı gerekçesiyle etkisiz kılma yetkisini haiz olup olmadıklarına ilişkindir. Ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, teknik hukuk kurallarını uygulamayarak hakkaniyete göre karar verme yetkisine sahip olan hakemler, hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açan sözleşme hükümlerini bertaraf edebileceklerdir.

⁷²⁰ Craig, Park, Paulsson, a.g.e., s. 351'den aktaran Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 163.

⁷²¹ Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 161.

⁷²² Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 101.

⁷²³ Lew, Mistelis, Kröll, a.g.e., s. 161.

⁷²⁴ Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 161.

⁷²⁵ Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 161. Bu uygulamanın *lex causae*'nin uygulanması sonucu ortaya çıkan sonucun hakem heyeti tarafından bir anlamda hakkaniyet süzgecinden geçirilmesi ve uygun görülmezse etkisiz bırakılması anlamına geldiğine ilişkin görüş için bkz.: Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, s. 101, dn. 301.

Doktrinde bunun sınırının sözleşmenin temelinde yatan ekonomik dengelerin hakemlerce korunması olduğu belirtilmiştir⁷²⁶.

3.4.4. Hakemin *Amiable Compositeur* Olarak ve *Ex Aequo et Bono* Karar Verme Yetkisine İlişkin Modern Tahkim Düzenlemeleri

Cenevre Konvansiyonu hakemin *ex aequo et bono* karar verme yetkisine ilişkin bir hükme yer vermemiş, *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisini ise düzenlemiştir. Konvansiyon m. 7/ f. 2 uyarınca hakem heyeti taraflarca kararlaştırılmış olması ve *lex arbitri*'nin izin vermesi hâlinde *amiable compositeur* olarak uyuşmazlığı çözümleyebileceklerdir.

UNCITRAL Milletlerarası Tahkim Model Kanunu m. 28/ f. 3 ve UNCITRAL Tahkim Tüzüğü m. 35/ f. 2'de sözleşme taraflarının açıkça kararlaştırmış olması hâlinde hakem heyetinin *ex aequo et bono* veya *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisine sahip oldukları düzenlenmiştir. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları m. 21/ f. 3 uyarınca taraflarca verilmiş olması hâlinde hakem heyeti *ex aequo et bono* veya *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisine sahiptir⁷²⁷. Cenevre Konvansiyonu m. 7 / f. 2'den farklı olarak *lex arbitri*'nin buna imkân tanıyıp tanımaması hususu bu üç düzenlemede bir koşul olarak belirtilmemiştir.

Modern milletlerarası tahkim mevzuatı, milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarının yetkilendirmiş olması hâlinde hakemlerin, teknik hukuk kuralları ile bağlı olmaksızın *ex aequo et bono* ya da *amiable compositeur* olarak uyuşmazlığı çözümleyebileceklerini düzenlemiştir.

⁷²⁶Gaillard, Savage, a.g.e., s. 839-840. Tarafların hakkaniyete aykırı sözleşme hükümlerinin bertaraf edilebileceği yönünde zımni iradeleri olduğunun kabulünün ileri sürülebileceğine ilişkin bkz.: Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 161.

⁷²⁷ICC Tahkim Kuralları m. 32/ f. 2 uyarınca hakem heyeti kararı dayandırdığı gerekçeleri belirtmelidir. Hakemler dava ile ilgili olarak hukuk kurallarını uygulamak yerine *amiable compositeur* ya da *ex aequo et bono* olarak hakkaniyet esaslı karar vermeleri durumunda kararın hakemlerin adil olduğuna ilişkin gerekçeleri içermesi gerektiğine ilişkin olarak bkz.: Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 637.

Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12/C/3'te hakem veya hakem heyetinin taraflarca açıkça yetkilendirilmiş olmaları koşuluyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilecekleri belirtilmiştir⁷²⁸.

1996 yılına kadar İngiliz hukukunda hakemlerin belirli bir hukuk sistemi uygulamaksızın karar vermesi hâlinde mahkemeler tarafından bunun incelenmeyeceği kaygısıyla *amiable compositeur* kurumuna sıcak bakılmamış olsa da, 1996 Tahkim Kanunu ile bu kurum, İngiliz hukukuna giriş yapmıştır. İlgili hükümde yer alan ifadeler hakemlerin *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisinin, tarafların anlaşması hâlinde mümkün olduğu şekilde yorumlanmaktadır⁷²⁹.

İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 187/ f. 3'te *amiable compositeur* kavramına yer verilmemiş, sözleşmenin taraflarının hakem heyetine *ex aequo et bono* karar vermesine ilişkin yetkilendirme yapabilecekleri düzenlenmiştir.

Alman Tahkim Kanunu m. 105/ f. 3 uyarınca hakemler, taraflarca yetki verilmesi hâlinde *ex aequo et bono* veya *amiable compositeur* olarak karar verebileceklerdir.

İspanyol Tahkim Kanunu'nda hakemlerin taraflarca açıkça yetkili kılınmaları hâlinde *ex aequo et bono* karar verebilecekleri belirtilmiştir (m. 34/ f. 1). Hakemin *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

3.4.5. Lex Mercatoria'nın Uygulanması

Milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarının aralarındaki sözleşmede hakem heyetine *amiable compositeur* veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisi tanımlarının aralarındaki borç ilişkisinden doğan uyuşmazlığın çözümünde *lex mercatoria*'nın uygulanmasını zımnen kabul ettikleri anlamına gelip gelmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler vardır.

⁷²⁸ Sadece taraflarca açıkça yetkilendirilmiş olmaları hâlinde hakemlerin söz konusu yetkilere sahip olabilecekleri, tarafların farazi ya da zımni iradelerini esas alarak bir yetkilendirmenin olduğunu iddia etmenin Türk hukuku açısından mümkün olmadığı yönünde bkz.: Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 355.

⁷²⁹ Craig, Park, Paulsson, a.g.e., s. 350'den aktaran Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, s. 162.

Goldman tarafların, hakem heyetine *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisi tanıyarak uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmasını amaçladıklarını ileri sürmüştür⁷³⁰.

Mustill ise *lex mercatoria*'nın maddi hukuk kurallarından oluştuğunu, ancak tarafların hakem *heyetine amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisi vermek suretiyle *lex mercatoria*'nın da kapsamını oluşturan teknik hukuk kurallarının uygulanarak uyuşmazlığın çözümlenmesi mecburiyetini kaldırdıklarını; eğer *lex mercatoria*'ya göre uyuşmazlığın çözümleneceği kabul edilirse *lex mercatoria*'yı oluşturan maddi hukuk kurallarının uygulanması hâlinde hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıksa dahi mutlaka ilgili hükümler uyarınca uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiğini ki bunun da tarafların sözleşmede hakemlere *amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisi vermelerindeki amaçla bağdaşmadığını belirtmiştir⁷³¹.

Kanaatimizce hakemlere *amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin taraflarca tanınmasında zımnen *lex mercatoria*'nın uygulanmasının amaçlandığının kabul edilmesi mümkün değildir. Zira *lex mercatoria* milletlerarası ticaret camiası tarafından milletlerarası ticari işlemlere uygulanmak üzere geliştirilmiş ve yaygın olarak kabul görmüş maddi hükümler ile ticari âdet ve teamüllerden oluşmaktadır. Bir hukuk sisteminin maddi hükümlerinin uygulanmasını bertaraf etmek ve herhangi bir hukuk sisteminin katı hukuk kuralları ve yorumlarıyla bağlı olmaksızın hakemlerin hakkaniyet temelli karar verebilmesi amacıyla geliştirilmiş olan *amiable compositeur* olarak ve *ex aequo et bono* karar vermeye ilişkin müessese, *lex mercatoria* da dâhil olmak üzere bütün hukuk sistemlerinin maddi hukuk kurallarına bağlı olmaksızın hakemlere uyuşmazlığı çözümlenme yetkisi vermektedir. Aksini kabul etmek bu müessesenin varlık amacına aykırılık oluşturacaktır. Zira uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmasının amaçlandığının ve bunun zımni bir hukuk kuralı seçimi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi hâlinde hakem heyeti *lex mercatoria*'yı oluşturan maddi hukuk kurallarını

⁷³⁰ Goldman, “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: realite et perspectives”, s. 475’ten aktaran Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, s. 102.

⁷³¹ Mustill, a.g.m., ss. 103-104.

uygulamakla bağı olacaktır. Bu hukuk kurallarının uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açsa dahi uygulamaktan kaçınamayacaktır.

Taraflarca aralarındaki sözleşmede *amiable compositeur* olarak ve *ex aequo et bono* karar verebilmeye ilişkin yetkilendirilen hakem heyeti, temelde hakkaniyet anlayışına dayalı olarak milletlerarası ticaret camiası tarafından geliştirilmiş olan *lex mercatoria*'yı oluşturan maddi hukuk kurallarının uygulanmasını tercih edebilirler⁷³². Ancak bu bir tercihten ibarettir, uygulama zorunlulukları yoktur. Bu kurallar uygulanmaları hâlinde hakkaniyete aykırı bir çözüm meydana gelecekse hakemler kendi hakkaniyet anlayışlarını esas alarak uyuşmazlığı çözümlerler⁷³³.

Doktrinde *lex mercatoria*'nın sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına uygulanması ile hakemlerin *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin teknik anlamda birbirlerinden farklı kavramlar oldukları ve farklı hukuki rejimlere tabi tutuldukları belirtilmiştir. Taraflar aralarındaki sözleşmede uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere *lex mercatoria*'yı seçmek yerine hakem heyetine *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisi tanımışlardır. Bunu yaparak da aralarındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi noktasında maddi hukuk kurallarına bağlı kalıp kalmama tercihini hakem heyetine bırakmışlardır. Hakem heyetinin maddi hukuk kurallarına bağlı olmayı tercih etmeleri hâlinde bizim de katılmış olduğumuz görüşe göre milletlerarası ticaret camiası tarafından kabul edilen hakkaniyet anlayışını yansıtan, milletlerarası ticari işlemlere uygulanmak üzere geliştirilmiş, tarafsız nitelikte ve milletlerarası ticaret tekniğine uygun olan maddi hukuk kurallarından oluşan *lex mercatoria*'nın tercih edilmesi yerinde olacaktır⁷³⁴.

⁷³² Aynı yönde bkz.: Özgenç, a.g.m., s. 48. *Lex mercatoria*'nın hakkaniyete uygun karar vermede hakem heyetine yardımcı olduğuna ilişkin bkz.: Durgut, a.g.m., ss. 124-125.

⁷³³ Gaillard, Savage, a.g.e., s. 837; Michael Douglas, "The *Lex Mercatoria* and The Culture of Transnational Industry", *University of Miami International and Comparative Law Review*, Cilt: 13, Sayı: 2, (2006), s. 372.

⁷³⁴ Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet – Teamüller Olarak *Lex Mercatoria*, ss. 104- 105. Hakem heyetinin *amiable compositeur* olarak yetkilendirilmesinin, taraflarca esasa *lex mercatoria*'nın uygulanmasına rıza gösterilmiş olduğu yönünde yerleşik bir anlayışın mevcut olduğuna ilişkin olarak bkz.: Erdem, *Lex Mercatoria* ve ICC Tahkimi, s. 370.

SONUÇ

1. Lex mercatoria Orta Çağ'da yaygın olarak uygulanmaya başlamış olsa da yirminci yüzyılın ikinci yarısına kadar bir anlamda gömülü kalmıştır. 20. yüzyıla gelindiğinde milletlerarası ticari camia yeniden canlanmış, milli sınırları aşan ticari faaliyetlere sadece mal ve teknoloji ihracatı veya ithalatı yapan tacirler değil; aynı zamanda donatanlar, deniz sigorta şirketleri, ticari bankalar gibi aktörler de dâhil olmuştur. Altmışlı yılların başında Goldman'ın "Yeni Lex Mercatoria" teorisi ve Schmitthoff'un "Yeni Tacirler Hukuku" teorisi milletlerarası ticaret hukuku doktrininde çığır açmıştır. Bu iki teori yeni lex mercatoria teorisinin yapı taşlarını oluşturmuştur. Goldman ve Schmitthoff'un açtığı yolda dünyanın her yerinden hukukçular saysız eserler vermiş ve bu sayede geniş bir literatürün oluşması sağlanmıştır. Lex mercatoria milletlerarası ticaret ve tahkimde sıklıkla uygulanmaya başlanmış ve milletlerarası ticaret hukukunun temel kavramları arasına yerleşmiştir.

2. Lex mercatoria'nın hukuki niteliği üç temel görüş etrafında tartışılmıştır. İlki Goldman'a ait olan lex mercatoria'nın milli hukuk sistemlerinin dışında, onlardan bağımsız nitelikte bir hukuk sistemi olduğuna dair görüştür. Diğer Schmitthoff'un lex mercatoria'nın milli hukuk sistemlerinin bir parçası olan milletlerarası ticarete özgü kurallar bütünü olduğuna yönelik görüşüdür. Üçüncüsü de karma görüş olarak ifade edilen, Goldman ve Schmitthoff'un görüşlerini birleştiren; lex mercatoria'nın milli hukuk sistemlerinden bağımsız olduğunu, bağlayıcılığını milli hukuk sistemlerinden değil de milletlerarası ticaret alanında gördüğü genel kabulden aldığını iddia eden ve bağımsız bir hukuk sistemi gibi uyumsuzluğun esasına uygulanabileceğini savunan görüştür. Biz de lex mercatoria'nın hukuki niteliği konusunda karma görüşe iştirak etmekteyiz. Kanaatimizce lex mercatoria bağlayıcılığını milli hukuk sistemlerinden değil milletlerarası ticaret dünyasında gördüğü genel kabulden almaktadır. Bu sebeple lex mercatoria milletlerarası ticari uyumsuzlukların esasına bağımsız bir hukuk düzeni olarak tanımlanmaya ihtiyaç duyulmaksızın ve milli hukuk sistemlerinin desteği aranmaksızın milletlerarası ticarete özgü maddi kurallar bütünü olarak uygulanabilmelidir. Zira lex mercatoria, milletlerarası ticari işlemlere uygulanmak üzere milletlerarası ticaret camiası tarafından geliştirilen, uygulamada yaygın olarak kabul gören maddi hükümler ve ticari âdet ve teamülden oluşmaktadır. Bunlar milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda milletlerarası tahkime

ilişkin modern mevzuatta kabul edildiği şekilde “hukuk kuralı” olarak taraflarca seçilebilmeli ve hâkimler ile hakemler tarafından belirli şartlarda lex causae olarak tespit edilebilmelidir.

3. Lex mercatoria'nın kaynaklarına ilişkin Schmitthoff ve Goldman tarafından savunulan iki temel yaklaşım vardır. Schmitthoff'a ait olan ve dar yaklaşım olarak ifade edebileceğimiz ilk yaklaşım lex mercatoria'nın kaynaklarını: Milletlerarası konvansiyonlar, model kanunlar ile ticari âdet ve teamüller olarak kabul etmektedir. Goldman'ın savunduğu geniş yaklaşıma göre ise lex mercatoria'nın kaynakları: hukukun genel ilkeleri, milletlerarası konvansiyonlar ile model kanunlar, ticari âdet ve teamüller, standart sözleşmeler ile genel işlem şartları, davranış kodları ve hakem kararlarıdır. Doktrindeki ağırlıklı görüş gibi biz de geniş yaklaşımı benimsemekteyiz.

4. Lex mercatoria'nın ilk kaynağı olarak milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensiplerini sayabiliriz. Bunlar sözleşmeler hukukunun mukayeseli hukuk açısından ağırlıklı kabul gören prensipleridir. Ayrıca belirtmek gerekir ki yine aksi görüşlerin varlığına rağmen kanunlar ihtilafı hukukuna, milletlerarası usul hukukuna ve tahkim hukukuna ait prensiplerin, lex mercatoria'nın kaynağı olarak nitelendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

5. Ticari âdet ile teamüller de sözleşmeler hukukunun genel prensipleri birlikte lex mercatoria'nın temel taşlarından biridir. Milletlerarası ticaret hukukuna ilişkin milletlerarası düzenlemelere baktığımızda birçok milli hukuk sisteminden farklı olarak ticari “örf” (“*custom*”) kavramı yerine; ticari “âdet” (“*usage*”) ve “teamül” (“*practice*”) kavramlarının yer aldığı görülecektir. Örneklendirecek olursak CISG m. 9, UNIDROIT Prensipleri m. 1.9 ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri m. 1:105'te âdet ve teamülden bahsedilirken; örf kavramına yer verilmemektedir. Kanaatimizce bu ayrımın sebebi örf kavramının “iyi karşılanan” ve kabul olunanı ifade ediyor olması (örf her zaman iyi olandır, kötü örf olmaz); âdetin ise “itiat edilen, işlenegelen şey” olarak alışkanlığa vurgu yapan bir kavram olmasında yatmaktadır. Örf bu sebeple her zaman iyiyi gösterirken âdet ise iyi ya da kötü bir davranış şekli olarak gelişebilir. Belirli zamandan beri belirli bir ticari sektörde yerleşik hale gelmiş diğer bir ifadeyle “işlenegelmüş” âdetlerden bahsedilebilir. Ancak milletlerarası ticari işlemlere dair en temel prensiplerden olan sözleşme serbestisi prensibi iyi karşılananı temel alan örf kavramı ile bağdaşmamaktadır. Örf kuralının uygulanabilmesi için tarafların bunu

bilmesi veya buna rızalarının olması aranmazken, milletlerarası ticarete bir âdet kuralının uygulanabilmesi için tarafların bu âdetleri bilmeleri veya bilebilecek durumda olmaları aranır. Milletlerarası ticaret hukukunda âdetin yanında belirli bir ticaret dalında alışkanlık haline gelmiş uygulamalardan ve davranış kalıplarından, diğer bir ifadeyle teamüllerden de bahsedebiliriz. Teamül kısaca bir şeyin aynı şekilde yapılıyor olmasının sağladığı kolaylık olarak ifade edilebilir ve bilinçli bir tercihtir. Bu sebeple milletlerarası ticaret hukukunun kaynaklarını ifade ederken örf ve âdetlerden değil, âdet ve teamüllerden bahsetmeyi yerinde bulmaktayız. Belirli bir ticaret dalına ilişkin âdet ve teamüller genel veya ilgili ticaret dalına ilişkin özel milletlerarası kurumlar tarafından kodifiye edilmiş ve yeknesak kural haline getirilmiş olabilir. Ancak her sektöre ait kodifiye edilmemiş âdet ve teamüller de söz konusu olabilir. Burada önemli olan nokta ispat konusundadır. Milletlerarası ticaret hukukunda ticari âdetin varlığını iddia eden taraf, eğer bir âdet kodifiye edilmemişse, bu âdetin ilgili ticaret dalına ait sektörde varlığını ispat etmelidir. Bu noktada uzman tanıklardan ve daha önce yayınlanmış hakem kararlarından yararlanılabilmektedir. Kodifiye edilmiş âdetler için bir ispat zorunluluğu söz konusu olmayacaktır.

6. Milletlerarası ticaret hukukunda ticari âdet ve teamüller “örtülü hükümler teorisi” çerçevesinde tarafların arasındaki sözleşmenin bir hükmü niteliğinde kabul edilirler. Ancak belirtmek gerekir ki örtülü hükümler teorisi uyarınca ticari âdet ve teamüllerin sözleşmenin bir parçası kabul edilebilmeleri için sözleşmenin esasına uygulanmak üzere taraflarca milli hukuk sistemlerinden bağımsız nitelikte milletlerarası maddi hükümlerin seçilmiş olması gerekmektedir. Zira uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun bir devletin milli hukuku olması hâlinde belirleyici olan ilgili milli hukukun ticari âdet ve teamüllere hangi statüyü tanıdığı olacaktır. Milletlerarası tahkim mevzuatı ticari hayattaki hâkim anlayışı ön planda tuttuğu için hakemlere ticari âdet ve teamülleri *lex causae* ile birlikte dikkate alma zorunluluğu yüklemektedir.

7. Sözleşmeler hukukunun genel prensipleri ile ticari âdet ve teamüller dışında milletlerarası ticaret hukuku alanına ilişkin genel kabulü yansıtan model kanunlar; derleme niteliğinde hazırlanan *soft law* araçlardan olan Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ve alternatif olarak Trans-Lex Veri Tabanı, konvansiyonlar, milletlerarası ticarete

yaygın olarak kullanılan yeknesak kurallar, model sözleşme ve klozlar, davranış kodları ve tartışmalı olsa da hakem kararları *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında kabul edilmektedir.

8. Devlet mahkemelerinde *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanması konusunda çalışmamızda ilk değindiğimiz husus *lex mercatoria*'nın sözleşme taraflarınca seçilmesi hâlinde seçimin geçerli olup olmadığı ve uyuşmazlığa nasıl bir etkisi olduğudur. Ancak bu değerlendirmeyi yapmak *lex mercatoria* kapsamındaki maddi hükümleri ve ticari âdet ile teamülleri ayrı ayrı incelemeyi gerektirmiştir.

Her ne kadar tarafların aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilmeleri konusunda klasik kanunlar ihtilafı sistemini kabul etmiş milli hukuklar belirli bir serbesti tanımış olsalar da yapılacak seçimin mutlaka bir devlet hukuku olması konusundaki muhafazakâr yaklaşımlarını sürdürmektedirler. Bu durum da *lex mercatoria*'nın uygulanacak hukuk kuralı olarak seçilebilmesine engel olmakta, seçilmiş olsa dahi bunun bir akit statüsü olarak kabul edilmeyerek *lex mercatoria* kapsamında yer alan maddi kuralların "*incorporation*" yoluyla sözleşme içeriğine dâhil edilmiş bir sözleşme hükmü niteliğinde değerlendirilmesine yol açmaktadır. Diğer bir ifadeyle tarafların muhtemel uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere yapmış oldukları *lex mercatoria* seçimi, *lex causae*'nin emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, onun yedek hükümlerinin önünde bir sözleşme hükmü niteliğinde dikkate alınmaktadır. Doktrinde ağırlıklı görüş MÖHUK m. 24'te düzenlenmiş olan subjektif bağlama kuralında yer alan hukuk seçiminden kastedilenin bir devletin hukuku olduğu, *lex mercatoria*'nın veya kaynaklarının "hukuk" olarak kabul edilmeyeceği için bu yönde yapılan bir seçimin MÖHUK m. 24 uyarınca geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmeyeceği yönündedir.

Belirtmek gerekir ki *lex mercatoria* kapsamında yer alan bazı maddi kurallar ile ticari âdet ve teamüller bazı milli hukuk sistemlerinin parçası haline gelmiş olabilirler. Böyle bir durumda mahkemelerin bu kuralları uyuşmazlığın esasına uygulayabilecekleri tartışmasıdır. Ancak mahkeme, bu maddi hükümleri *lex mercatoria* olarak değil uyuşmazlığın esasına uygulanacak milli hukuk sisteminin bir parçası niteliğinde uygulayacaktır.

Kanaatimizce milli hukuk sistemlerinin, irade serbestisi prensibinin milletlerarası ticaretin ihtiyaçları ile uyumlulaştırılmasına olanak sağlamak ve uyuşmazlığın tahkimde veya mahkemede çözümlenmesine bağlı olarak tarafların sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimine bağlanan sonuçlar açısından adil olmayan farklılığın ortadan kaldırılmasına hizmet etmek üzere, tarafların *lex mercatoria* yönünde ve Lahey Prensipleri m. 3'te de tarif edildiği şekilde “*genel olarak milletlerarası, ulusötesi veya bölgesel düzeyde kabul görmüş tarafsız ve dengeli bir kurallar bütününe*” dair yapmış oldukları seçimin geçerli bir hukuk seçimi olduğuna yönelik yaklaşım değiştirmeleri gerekmektedir. Milli hukuk sistemleri bu kapsamda ilgili mevzuatı düzenlerken, Lahey Prensipleri'ne benzer şekilde, seçilecek *lex mercatoria*'nın kaynağına yönelik belirli koşullar getirebilirler. Örneğin tarafların bir davranış koduna ya da Incoterms'e yönelik yapmış oldukları seçim, tek başına bir hukuk sistemi seçimi olarak kabul edilmeyecektir. Bu yönde yapılan seçimler ilgili kaynakları “*incorporation*” yoluyla sözleşmenin bir parçası haline getirecektir. Ancak milli hukuk sistemlerinde, tarafların *lex mercatoria*'nın veya onun kapsamlı bir mukayeseli hukuk çalışması sonucu oluşturulmuş UNIDROIT Prensipleri ve CISG gibi kaynaklarından birinin aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanması yönünde yapmış oldukları seçimin belirli koşullar dâhilinde *lex causae* olarak kabul edilebilmesine imkân sağlayan kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilebilir. Bu kapsamda *soft law* nitelik taşıyan Lahey Prensipleri model olarak alınabilir. Lahey Prensipleri vesilesiyle atılmış olan önemli adımın ideal hedefinin taraf devletler için bağlayıcı nitelikte bir milletlerarası konvansiyonla *lex mercatoria*'nın uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere sözleşme taraflarınca seçilebilmesine imkân sağlanması olması gerektiği görüşünü taşımaktayız.

9. Tarafların aralarındaki ticari sözleşmede *lex mercatoria* yönünde yapmış oldukları seçimin mahkeme tarafından teknik anlamda geçerli bir hukuk seçimi kabul edilmemesi hâlinde *lex mercatoria* kapsamında yer alan ticari âdet ve teamüller açısından ayrı bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Hâkim böyle bir durumda kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit edecektir. Bu hukuk bir milli hukuk sistemi olacaktır. *Lex mercatoria* kapsamında yer alan ticari âdet ve teamüllerin ise hangi statüde uygulama alanı bulacağını *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen *lex causae* belirleyecektir. Diğer bir ifadeyle hâkimin milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına

uygulanmak üzere tespit ettiği milli hukuk ticari âdet ve teamüle hangi hukuki statüyü tanıyorsa, ticari âdet ve teamüller o statüde uygulama alanı bulacaktır. Örneğin *lex causae* olarak Anglosakson hukuk sistemini kabul etmiş milli hukuk sistemlerinden biri sözleşmeye uygulanacak olursa, ticari âdet ve teamüller bu hukuk sisteminde kabul edildiği şekilde örtülü hükümler teorisi uyarınca sözleşme hükmü statüsünde uyumsuzluğa uygulanabilecektir. Ancak Kıta Avrupası hukuk sistemini kabul etmiş bir milli hukuk sistemi hâkim tarafından milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk olarak tespit edilirse, ticari örf ve âdetler ikincil (tali) hukuk kaynağı olarak *lex causae*'nın boşluklarını doldurmak üzere uygulanabilecektir. Ticari teamüllerin ise hükme esas alınması söz konusu olmayacak ve bunlar sadece irade açıklamalarının yorumunda dikkate alınabilecektir.

10. Devlet mahkemelerinde *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyumsuzluklara uygulanmasına ilişkin değinmemiz gereken diğer bir husus taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması veya yapılan hukuk seçiminin geçersiz olması hâlinde sözleşmeye *lex mercatoria*'nın uygulanma imkânının olup olmadığıdır. MÖHUK taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması ya da MÖHUK m. 24'ün ilk üç fıkrasına uygun olarak geçerli bir hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde MÖHUK m. 24/ f. 4 uyarınca uygulanacak hukukun tespit edileceğini düzenlemiştir. MÖHUK m. 24/ f. 4 sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukukun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olduğunu belirtmiş ve bu sıkı ilişkili hukuka dair maddenin devamında buna ilişkin karineye yer vermiştir. Bu karine uyarınca karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku veya maddede belirtilen durumlar söz konusuysa işyeri hukuku sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmiştir. Maddenin son cümlesinde gerçek bir istisna kuralına yer verilmiş ve hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmenin bu hukuka tâbi olacağı düzenlenmiştir. MÖHUK m. 24/ f. 4'te bazı milli hukuk sistemleri ve milletlerarası sözleşmelerden farklı olarak "devletin hukuku" yerine "hukuk" ifadesine yer verilmiş olsa da yargısal içtihatlar ve doktrindeki ağırlıklı görüşe göre buradaki hukuk ifadesinin dar yorumlanması ve mutlaka bir devletin hukukunun uygulanacak hukuk olarak tespit edilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce devlet yargısında objektif bağlama kuralı olarak hâkimler tarafından *lex mercatoria*'ya başvurulabilmesinin ön koşulu milletlerarası ticari uyuşmazlıklara bakan hâkimlerin bu alanda uzmanlaşmasının sağlanmasıdır. Aksi halde bütün ileri sürülen hukuki argümanlar teorik düzeyde tartışmalar olarak kalmaya devam edecektir. Ticari uyuşmazlıklara bakan hâkimlerin milletlerarası ticaret hukuku alanında da uzmanlaşmış olmaları hâlinde *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyuşmazlığın esasına bir milli hukuk sistemi uygulanacak olsa dahi *lex mercatoria*'nın uyuşmazlık konusuna ilişkin ilgili kaynağının dikkate alınmasını mümkün kılan bir kanun değişikliği önerilebilir. Bu açıdan Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka İlişkin Inter- Amerikan Konvansiyonu'nun çalışmamızda da değindiğimiz ilgili hükümleri dikkate alınabilir. Bu şekilde de milletlerarası ticari hayatın gerçeklerinin dikkate alındığı, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarının gözetildiği ve bu açıdan hakkaniyetin sağlandığı bir yargılama için milletlerarası tahkimi tercih eden milletlerarası ticari aktörlerin, uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde devlet yargısından kaçınmaya dair sundukları gerekçeler belirli oranda azaltılabilir.

11. Milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarınca hukuk seçimi yapılmamış olması veya yapılan hukuk seçiminin geçersiz olması hâlinde *lex mercatoria* kapsamında yer alan ticari âdet ve teamüllerin ne şekilde uygulama alanı bulacağına ilişkin değerlendirme yapacak olursak bu durumda belirleyici olacak olan hâkimin MÖHUK m. 24/ f. 4 uyarınca *lex causae* olarak tespit ettiği milli hukuk sistemidir. Diğer bir ifadeyle hâkimin milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere tespit ettiği milli hukuk sistemi, ticari âdet ve teamüle hangi hukuki statüyü tanıyorsa ticari âdet ve teamüller o statüde uygulama alanı bulacaktır.

12. Milletlerarası ticari sözleşmede taraflar hem bir milli hukuk sistemini hem *lex mercatoria*'yı veya kaynaklarından birini aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere seçmiş olabilirler. Türk hukuku dâhil birçok milli hukuk sistemine ait kanunlar ihtilafı mevzuatı yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde tarafların kısmi hukuk seçmesine imkân vermektedir. Ancak herhangi bir kısım belirlemeksizin sözleşmenin tamamını birden fazla hukuk sistemine tabi kılmaya yönelik yapılmış olan taraf seçimleri geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir. Hâkim böyle bir durumda uygulanacak hukukun tespitini *lex fori*'nin objektif bağlama kurallarına göre yapmaktadır.

Hâkim tarafından *lex mercatoria*'ya ilişkin tarafların yapmış oldukları seçim geçersiz kabul edilse dahi diğer kısma ilişkin olarak yapılan seçimin geçerli kabul edilmesi gerektiği görüşünü taşımaktayız. Tarafların aralarındaki sözleşmenin esasına uygulanması yönünde iradelerinin birleşmiş olduğu milli hukuka ilişkin seçimi geçersiz kabul etmek ve belki de hiç öngörmedikleri objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek başka bir milli hukuku *lex causae* olarak tespit etmek milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırılık teşkil edecektir. Zira uyumsuzluk konusu ve taraflarla en sıkı ilişkili hukuk öncelikle tarafların aralarındaki sözleşmeyi tabi kılmak amacıyla ortak iradeleriyle seçmiş oldukları hukuktur. Nitekim sözleşme hükümlerinden ve halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılan hukuk seçimini dahi zımni hukuk seçimi olarak geçerli kabul eden bir milli hukuk sisteminde tarafların açıkça aralarındaki sözleşmeden doğan uyumsuzluğun esasına uygulanmak üzere yapmış oldukları seçimin hüküm doğurmaması gerektiğini savunmak kanaatimizce klasik kanunlar ihtilafı sistemini kabul etmiş milli hukuk sistemleri açısından bile mümkün değildir. Tarafların *lex mercatoria*'ya yönelik seçimleri hâkim tarafından geçersiz bir hukuk seçimi olarak kabul edilse dahi kanaatimizce, tarafların iradesinin *lex mercatoria*'nın aralarındaki ticari sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanması yönünde olduğunun kabulü ve "*incorporation*" yoluyla *lex mercatoria*'nın sözleşmenin bir parçası olarak uyumsuzluğun çözümlenmesinde uygulanması gerekmektedir.

13. Milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyumsuzluklar devlet yargısında görülürken milli hukuk sistemlerinin yorumlanmasında ve boşluklarının doldurulmasında da *lex mercatoria*'ya başvurulabilir.

14. Hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarında ya da *lex causae* olarak taraflarca seçilen ya da tespit edilen milli hukuk sisteminde yer alan yoruma açık hususların milletlerarası ticaretin gereklerine uygun şekilde yorumlanmasında, ilgili milli hukuk sistemindeki yorum kuralları buna izin veriyorsa, *lex mercatoria*'ya başvurulabilir.

15. Milli hukuk sistemlerinin boşluklardan bahsederken çalışmamızda öncelikle milli hukuk sisteminin kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan boşlukların doldurulmasını hususunu ele aldık Zira milletlerarası ticari sözleşmeye ilişkin bir uyumsuzlukla karşılaştığında hâkim öncelikle kendi kanunlar ihtilafı kurallarını

uygulayarak *lex causae*'yı tespit edecektir. *Lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarında boşluk varsa, *lex mercatoria* milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığa ilişkin *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarındaki boşluğu doldurmada uygulama alanı bulabilecektir.

Türk hukuku açısından örnek vermek gerekirse MÖHUK'ta ilgili milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığına ilişkin uygulanabilir bir kanunlar ihtilafı kuralı yoksa hâkim TMK m. 1/ f. 2 uyarınca örf ve âdet hukukuna bakmak zorundadır. Milletlerarası ticari sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinden bahsettiğimiz için hâkim milli değil milletlerarası ticari âdet hukukuna başvurmalıdır. Teorik açıdan hâkim milletlerarası âdet hukukunda uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit edebileceği bir kanunlar ihtilafı kuralına rastlarsa buna göre *lex causae*'nin tespitini yapmakla yükümlüdür. Ancak kanaatimizce *lex mercatoria* milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların esasına uygulanacak maddi hükümler ile ticari âdet ve teamüllerden oluşan kurallar bütünüdür. Bu sebeple kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin temel prensiplerin *lex mercatoria* kapsamında olduğunun kabulünü zorlama bir yaklaşım olarak değerlendirmekteyiz. Elbette ki kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin milletlerarası uygulamada kabul gören temel prensipler bulunmaktadır. Ancak bunlar *lex mercatoria*'nın kaynakları kapsamında yer almamaktadır. Bu prensipler bir an için *lex mercatoria*'nın kapsamında değerlendirilseler dahi ticari örf ve âdet olarak değil milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensipleri olarak *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında yer alabilirler. Zira kanunlar ihtilafı kurallarının çoğunlukla gösterici nitelikte kurallardan oluştuğu ve amacının da milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamak olduğu; bir örf ve âdet hukuk kuralının taşınması gereken unsurlar açısından değerlendirildiğinde toplum içerisinde sürekli, istikrarlı şekilde gerçekleştirilen ve toplumda uyulması zorunlu addedilen bir davranış şekline ilişkin kurallar olmadıkları aşikârdır.

Milletlerarası örf ve âdet hukukunda uyuşmazlık konusu olaya uygulanabilecek bir kanunlar ihtilafı kuralı mevcut olmadığı için hâkim hukuk yaratarak bu boşluğu dolduracaktır. Ancak belirtmek gerekir ki hâkim kanunlar ihtilafı kurallarındaki boşluğu milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gereği olarak öncelikle bir kanunlar ihtilafı kuralı yaratarak doldurmaya çalışmalıdır. Bu sebeple hâkimin sözleşmeler hukukunun genel prensipleri uyarınca bir maddi milletlerarası özel hukuk kuralı

yaratmak yerine yukarıda daha ayrıntılarına değindiğimiz gibi öncelikle genel, soyut ve gösterici nitelikte bir kanunlar ihtilafı kuralı yaratması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Hâkimin bunu yaparken ulusötesi kanunlar ihtilafı kurallarından yararlanacağı ve bunların da lex mercatoria kapsamında olduğuna dair görüşler ileri sürülebilirse de biz çalışmamızda ayrıntılı olarak gerekçelendirdiğimiz üzere bugün için ulusötesi nitelikte olduğu iddia edilebilecek kanunlar ihtilafı kurallarının lex mercatoria'nın kaynakları arasında yer almadığı kanaatini taşımakta olduğumuz için ulusötesi kanunlar ihtilafı kurallarının var olup olmadığı ve ne şekilde milletlerarası ticari uyuşmazlığa uygulanacağı bizim konumuz kapsamında değildir.

Hakim kıyas yoluyla veya mukayeseli hukuktan yararlanarak bir kanunlar ihtilafı kuralı yaratmaya çalışabilir. Ancak hâkim genel, soyut ve gösterici nitelikte bir kanunlar ihtilafı kuralı yaratarak milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanamayacağını takdir ederse o zaman milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralına ilişkin boşluğu lex mercatoria'nın kaynaklarından yararlanarak maddi milletlerarası özel hukuk kuralı yaratmak suretiyle doldurabilir. Ayrıca lex mercatoria milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarındaki kural içi boşlukların doldurulmasında da milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlama konusunda hâkime yardımcı olabilir.

16. Çalışmamızda MÖHUK m. 24/ f. 4 şeklinde örneklendirdiğimiz üzere hakim kural içi boşlukların doldurulmasında TMK m. 4 uyarınca temelde “hakkaniyet” anlayışına dayalı olarak milletlerarası ticari işlemlere uygulamak üzere milletlerarası ticaret tekniğine uygun olarak milletlerarası ticaret camiası tarafından geliştirilmiş maddi kurallardan oluşan lex mercatoria'ya başvurabilir.

17. Milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda milli hukuk sisteminin boşlukları konusunda değindiğimiz diğer bir konu da uyuşmazlığın esasına uygulanacak milli hukuk sisteminin diğer bir ifadeyle lex causae'nın bir konuya çözüm getirmemesi hâlinde lex mercatoria'ya başvurularak uyuşmazlığın çözümlenebilme imkânıdır. Milletlerarası ticari bir uyuşmazlık Türk mahkemesi önüne geldiğine hâkim gerek subjektif bağlama kuralına göre gerekse objektif bağlama kuralına göre tespit ettiği lex causae'nın boşluklarını ilgili hukuk sisteminin boşluk doldurma yöntemlerini izleyerek doldurabilecektir. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk Türk hukuk

olarak tespit edilmişse o zaman hâkim TMK m. 1/ f. 2 uyarınca ilgili boşluğu milletlerarası ticari âdetle dolduracaktır. Uyuşmazlığın çözümlenmesi için maddi hukuktaki boşluğu doldurabilecek milletlerarası bir ticari âdet yoksa hâkim kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verecektir. Bu kapsamda *lex causae*'da yer alan kanun boşluklarının doldurulmasında milletlerarası ticari uyuşmazlıkların niteliklerine özgü şekilde düzenlenmiş olmayan milli hukuk sisteminde yer alan diğer kanun hükümleriyle kıyas yapılmasından ya da mukayeseli hukuka başvurma yoluyla başka bir milli hukuk sisteminin maddi hukuk hükümlerinin esas alınmasındansa; hâkim tarafından öncelikle milletlerarası ticari aktörler tarafından, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların milletlerarası ticaretin gereklerine uygun şekilde çözümlenmesi amacıyla geliştirilmiş olan *lex mercatoria*'nın maddi hükümlerinin esas alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira hakim bu yolu izlerse milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamaya daha çok yaklaşacaktır.

18. Milletlerarası ticari sözleşmenin tarafları modern milletlerarası tahkim mevzuatında taraflara tanınmış olan irade serbestisi kapsamında aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisini bir milli hukuk sistemine veya *lex mercatoria*'ya tabi kılabilecekleri gibi bir milli hukuk sistemi ve *lex mercatoria*'yı birlikte uygulanmak üzere de seçebilirler. Ayrıca taraflar hakemlere *amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisi tanımış olabilirler.

Modern tahkim mevzuatı taraflara aralarındaki sözleşmeden doğacak uyuşmazlığa uygulanmak üzere sadece “hukuk” değil “hukuk sistemi” de seçmeye imkân tanıdığı için milletlerarası tahkimde *lex mercatoria*'nın uyuşmazlığın esasına uygulanması kabul edilmektedir. Taraflar bu yönde bir seçim yaptıklarında *lex mercatoria* sözleşmeden doğan uyuşmazlığa “*incorporation*” yoluyla bir sözleşme hükmü olarak değil; herhangi bir milli hukukun emredici kurallarının denetimine tabi olmaksızın hukuk kuralı olarak doğrudan uygulanacaktır. Milletlerarası ticari sözleşmede taraflar hukuk seçimi yaparken *lex mercatoria* yönündeki tercihlerini “milletlerarası ticaret hukukunda kabul edilen genel prensipler”, “hukukun genel ilkeleri”, “medeni milletler tarafından kabul edilen genel prensipler”, “milletlerarası ticarete geçerli âdet ve teamüller” vb. şekillerde ifade edebilmektedirler. Hukuk seçimine ilişkin sözleşmede yer alan düzenlemenin lafzından veya somut olayın koşullarından tarafların *lex mercatoria*'nın belirli kaynaklarının uygulanması yönünde

seçim yaptıkları anlaşamıyorsa, *lex mercatoria*'yı oluşturan kuralların bütünü muhtemel uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilmiş kabul edilecektir.

19. Çalışmamızda uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'yı uygulamak üzere yetkilendirilen hakem heyetinin *lex mercatoria* kapsamında yer alan hangi maddi hükümleri hangi hiyerarşik sıra ile uygulayacağı konusuna da değindik. Hakemler *lex mercatoria*'nın kaynakları arasından uygulayacakları prensip ve kuralları seçerken milletlerarası ticari hayatın beklentilerini yansıtan şekilde karar verebilmek için yaratıcı bir rol oynamaktadırlar. Milletlerarası tahkimde hakem için taraf beklentileri önemlidir. Zira *lex mercatoria* devletlerden bağımsız olarak iş insanlarının beklentileri ve amaçlarından doğmuştur. Milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda *lex mercatoria*'nın uygulanmasının tercih edilmesindeki amaç bu konulardaki ulusal farklılıklardan bağımsız olarak milletlerarası ticaret camiasının ortak değerlerini desteklemektir. Ticaret dünyasının beklentileri yönünde karar verme sürecinde hakemler *lex mercatoria* kapsamında yer alan kural ve prensiplerin hangilerini ne şekilde uygulayacaklarını kendileri belirlerler. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi hakemler *lex mercatoria*'nın gelişmesinde ve belirsizliklerin ortadan kaldırılmasında önemli ve yaratıcı bir rol oynarlar. Bu sebeple *lex mercatoria* kavramı ve tahkim işleyişi birbirleriyle iç içe geçtiğini söyleyebiliriz. *Lex mercatoria*'nın somutlaştırılması bir açıdan da hakemin yaratıcı karar verme sürecinde meydana gelmektedir.

Taraflar aralarındaki sözleşmede *lex mercatoria* olarak bir belirleme yapmak yerine *lex mercatoria*'nın kaynaklarından olan sözleşmeler hukukunun genel prensiplerini veya UNIDROIT Prensipleri'ni uygulanacak hukuk kuralı olarak belirlemiş olabilirler. Kanaatimizce böyle bir seçimin varlığı hâlinde sözleşmeler hukukunun genel prensipleri uyuşmazlığın çözümlenmesinde *lex mercatoria*'nın diğer kaynaklarına göre öncelikli olarak uygulanacaktır.

20. Milletlerarası ticari sözleşmenin tarafları herhangi bir hukuk seçimi yapmamışsa hakem heyeti *lex arbitri*'ye ya da tahkim anlaşmasına göre belirli bir yöntemi benimseyerek milletlerarası ticari sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku belirleyecektir. Bu hususa ilişkin milli hukuk sistemlerinde ve kurumsal tahkim tüzüklerinde bazı düzenlemeler yer almaktadır. Bunları dört farklı yöntem olarak ifade edebiliriz.

İlk yöntem hakemlerin tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen maddi hukuku uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenmeleridir. Bu yaklaşımda uygulanacak hukuk bir milli hukuk sisteminde yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edileceği ve günümüzde milli hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı kurallarında mutlaka bir devletin maddi hukukunun uygulanacağı düzenmiş olduğu için bu yöntemin tercih edilmesi hâlinde *lex mercatoria*'nın hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere belirlenebilme imkanı yoktur.

İkinci yöntem ise herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına gönderme yapılmaksızın *lex arbitri*'nin milletlerarası tahkime ilişkin mevzuatında doğrudan bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmiş olması ve bu kurala göre tespit edilen maddi hukukun uygulanmasıdır. Bu noktada *lex arbitri*'nin milletlerarası tahkime ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralının nasıl bir yaklaşım benimsediği önem kazanmaktadır. Örneğin MTK uyarınca hukuk seçiminin taraflarca yapılmamış olması hâlinde hakemler *lex causae* olarak mutlaka bir milli hukuk sistemini tespit edeceklerdir. Dolayısıyla ikinci yöntemin tercih edilmesi hâlinde hangi devletin tahkim mevzuatının kanunlar ihtilafı kuralının uygulandığına bağlı olarak *lex mercatoria*'nın hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilip seçilemeyeceği belli olacaktır.

Milletlerarası tahkimde hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespitinde başvurdukları üçüncü yöntem ise hakemlerin uygun buldukları kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak tespit ettikleri maddi hukuk kurallarıyla uyuşmazlığı çözmeleridir. Birinci yöntemle benzer şekilde sonuç verecek olan üçüncü yöntemin izlenmesi hâlinde hakemler yine bir milli hukuk sisteminin mevzuatında yer alan kanunlar ihtilafı kuralını uygulayacakları için ilk yöntemde vardığımız sonuç gibi burada da varacağımız sonuç hakemlerin bu yaklaşımla tespit edecekleri hukukun bir devlet hukuku olacağı ve *lex mercatoria*'nın uygulanma imkânının olmayacağı yönündedir.

Dördüncü yöntem *voie directe* olarak adlandırılan, hakemlerin doğrudan uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuku belirlemeleri esasına dayanan yöntemdir. Buna göre hakemler hiçbir kanunlar ihtilafı kuralı uygulamak zorunda olmaksızın uyuşmazlığın niteliğine en uygun maddi hüküm sıfatıyla doğrudan *lex mercatoria*'yı oluşturan maddi hükümleri, ticari âdet ve teamülleri uyuşmazlığın esasına uygulayabileceklerdir.

21. Uyuşmazlığın esasına herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına başvurulmaksızın *lex mercatoria*'nın uygulanacağı kabul edilse dahi *lex mercatoria* ve kaynaklarının uyuşmazlığı bütün yönleriyle çözümleyebilmesi mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda hakem bazı kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak *lex mercatoria*'nın çözüm getiremediği hususlara uygulanmak üzere bir milli hukuk sisteminin uygulanmasına karar verebilir. CISG m. 7/ f. 2'de de bu yönde bir hüküm yer almaktadır. Hakem heyeti yukarıda ifade ettiğimiz ikinci yöntemi uygulayarak herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına gönderme yapmaksızın milletlerarası tahkim için özel olarak düzenlenmiş kanunlar ihtilafı kuralına göre *lex mercatoria*'nın uyuşmazlığın esasına uygulanacağını tespit etmişse, *lex mercatoria*'nın çözüm getirmediği hususlara ilişkin aynı yöntemle bu sefer bir devletin hukukunun uygulanacağını kararlaştırarak ilgili boşluğu doldurabilir. Hakem heyeti *voie directe* yöntemini uygulayarak uyuşmazlığın niteliğine en uygun hukuk kuralı sıfatıyla *lex mercatoria*'yı *lex causae* olarak tespit etmişse, *lex mercatoria*'nın çözüm getirmediği uyuşmazlık konularına uygulanacak hukukun tespitinin de yine aynı yöntemle yapılması mümkündür.

22. Milletlerarası tahkime milletlerarası ticari sözleşmenin tarafları bir milli hukuk sistemi ile birlikte *lex mercatoria*'nın ya da *lex mercatoria*'nın kaynaklarından birinin kümülatif şekilde uyuşmazlığın esasına uygulanması yönünde hukuk seçimi yapabilirler. Böyle bir durumda ilgili milli hukuk sistemi ve *lex mercatoria* kapsamında yer alan maddi hükümlerin çelişmesi hâlinde tarafların bu konuda bir belirlemesi olmuşsa, hakem heyeti taraf iradesine uygun şekilde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyecektir. Taraflar böylesine bir çelişki hâlinde ilgili milli hukuk sistemine üstünlük tanınacağı yönünde irade ortaya koymuşlarsa *lex mercatoria*'nın "*incorporation*" yoluyla sözleşmenin bir parçası haline getirilmek istendiği kabul edilmelidir. Kanaatimizce taraflar bu şekilde bir belirleme yapmamışlarsa tarafların iradelerinin *lex mercatoria*'nın, ilgili milli hukuk sisteminin milletlerarası ticaretin gerekleriyle bağdaşmayan hükümlerinin uygulanmasının önüne geçerek milli hukuk sisteminin ancak bunlarla bağdaşan hükümlerinin aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisinin esasına uygulanması yönünde olduğunun kabulü gereklidir. Aksi halde taraflar bu şekilde bir hukuk seçimi klotunu tercih etmek yerine doğrudan aralarındaki sözleşmeyi bir milli hukuk sistemine tabi kılarlar ve *lex*

mercatoria'yı ya da onun kaynaklarından birini “*incorporation*” yoluyla sözleşmenin bir parçası hâlinde getirmeyi seçerlerdi.

23. Çalışmamızda *lex mercatoria* kapsamında yer alan ticari âdet ve teamüllerin milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanması konusuna yer verdik. *Lex causae* örtülü hükümler teorisini kabul etmiş bir milli hukuk sistemi ya da *lex mercatoria* ise tartışılacak bir husus olmamakla birlikte eğer *lex causae* ticari âdete ikincil hukuk kaynağı statüsü tanıyan bir milli hukuk sistemiyse milletlerarası tahkim mevzuatında yer alan ve ticari âdetlerin sözleşme hükümleri ile birlikte hakem heyeti tarafından göz önüne alınacağına ilişkin düzenlemenin ne şekilde uygulanabileceğinin belirlenmesi önemlidir.

Kanaatimizce milletlerarası düzenlemelerde, kurumsal tahkim kurallarında ve milli hukuk sistemlerinin tahkim mevzuatında yer alan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukla birlikte ticari âdetlerin de hakem heyeti tarafından göz önüne alınması gerektiğine ilişkin hüküm hiç düzenlenmemiş olsaydı, ticari âdet ve teamüllerin hangi statüde uyuşmazlığa uygulanacağını *lex causae* belirleyecekti. Bu düzenlemenin önem kazandığı nokta yukarıda da ifade ettiğimiz gibi hakem heyeti tarafından milletlerarası sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere bir milli hukuk sisteminin seçilmiş olması, bu milli hukuk sisteminin ticari âdet ve teamüllere ikincil (tali) hukuk kaynağı statüsü tanımış olmasıdır (veya teamüllerin hükme esas alınmayacağını ancak taraf iradelerini yorumlanmasında dikkate alınabileceğini düzenlemiş olmasıdır). Zira söz konusu milletlerarası düzenlemelerde, kurumsal tahkim tüzüklerinde ve milli hukuk sistemlerinin milletlerarası tahkime ilişkin mevzuatında ilgili düzenleme yer almasaydı ticari âdetin uyuşmazlığın esasına hakemlerce uygulanabilmesinin tek imkânı, *lex causae*'da hüküm bulunmaması, diğer bir ifadeyle boşluk olması hali olacaktı.

Söz konusu düzenlemelerde “göz önüne alma” ifadesi tercih edilmiştir. Zira kanunlar ihtilafı hukukundan bildiğimiz üzere esas olan uyuşmazlığın *lex causae*'nın uygulanması suretiyle çözümlenmesidir. Söz konusu düzenlemeler yapılırken ticari âdetlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak milli hukukun maddi hükümlerini bertaraf etmesi amaçlanmamıştır. Öyle olsaydı hakem heyetine ticari âdet ve teamülleri her hâlükârda “uygulama” yetkisi verilirdi. Kanaatimizce milletlerarası tahkimin ticari hayatın gereklerini ve buna egemen uygulamaları incelemesi sebebiyle bu

düzenlemelerde amaçlanan, ilgili ticari sektöre ilişkin ticari âdet ve teamüllerin uygulanmamasının milletlerarası ticaret hukuku açısından makul olmayan, hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açma ihtimali varsa; bunların, uyuşmazlığın esasına ticari âdet ve teamüllere ikincil hukuk kaynağı statüsü tanıyan bir milli hukuk uygulanıyor olsa dahi hakem heyeti tarafından göz önüne alınmasını sağlamaktır.

24. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12/C/1 hakem veya hakem kurulunun taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar vereceğini düzenledikten sonra sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüllerin dikkate alınacağını belirtmiştir. MTK m. 12/C/2 uyarınca tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde hakem heyeti uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verecektir. Kanaatimizce ticari örf ve âdet hukuku ile ticari teamüllerin ancak sözleşme hükümlerinin yorumunda ve eksik kalan noktalarının tamamlanmasında dikkate alınacağına ilişkin düzenleme ile sadece taraflarca seçilen hukuka ilişkin ticari örf âdet ve teamüllerin dikkate alınacağını belirtmesi milletlerarası ticari tahkimin doğası ile bağdaşmamaktadır. Bu şekilde bir sınırlandırma yapılmadan ticari âdet ve teamüllerin göz önüne alınacağını belirtmesi kanaatimizce daha yerinde olurdu.

25. Kısaca belirtmek isteriz ki hakem heyetinin *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip olması hâlinde lex causae bir milli hukuk sistemi olmadığı için bizim de katılmış olduğumuz görüşe göre ticari âdet ve teamüller örtülü hükümler teorisi kapsamında sözleşme hükmü niteliğinde kabul edilecektir.

26. Milletlerarası tahkim alanında lex mercatoria'nın lex causae olarak tespit edilen milli hukuk sisteminin yorumlanmasında ve boşluklarının doldurulmasında kullanılabileceği kabul edilmektedir.

27. Milletlerarası tahkim yargılamasında tarafların aralarındaki sözleşmede bir hukuk seçimi yapmış olmaları ve bu hukukun maddi hükümlerinde boşluk olması hâlinde bu boşluk tarafların iradesi bu yönde olduğu için ilgili milli hukuk sisteminde yer alan boşluk doldurma yöntemi uygulanarak doldurulmalıdır.

28. Taraflar herhangi bir seçim yapmamışlarsa aralarındaki ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk hakem heyeti tarafından belirlenecektir. Bu noktada öncelikle kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin boşluğun lex mercatoria ile doldurulmasının mümkün olup olmadığının tespitine çalışmamızda yer verdik. Yukarıda daha ayrıntılı bir şekilde ele aldığımız üzere milli hukuk sistemlerinde ve kurumsal tahkim tüzüklerinde hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemeleri konusunda temelde kabul edilen dört farklı yöntem vardır. İlk yöntem hakemlerin tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen maddi hukuku uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenmeleridir. Ancak hakem heyeti tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarında ilgili uyuşmazlık konusuna dair bir boşluk olması hâlinde bu yöntemi izleyerek bir belirleme yapmayacaktır. Bu yöntemin modern tahkim mevzuatında çoğunlukla terk edildiğine ve diğer yöntemlere göre daha geleneksel olduğuna değinmiştik. Diğer bir yöntem ise herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına gönderme yapılmaksızın tahkim yerinin milletlerarası tahkime ilişkin mevzuatında doğrudan bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmiş olması ve bu kurala göre tespit edilen maddi hukukun uygulanmasıdır. Bu yöntemin tercih edilmesi hâlinde ilgili modern tahkim mevzuatı hakem heyetini bir kanunlar ihtilafı kuralına değil doğrudan bir maddi hukuk sistemine göndereceği için kanunlar ihtilafı kuralında bir boşluktan söz etmek mümkün olmayacaktır. Üçüncü yöntem hakemlerin uygun buldukları kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak tespit ettikleri maddi hukuk kurallarıyla uyuşmazlığı çözmeleridir. Bu yöntemde hakem heyeti zaten kendi uygulayacağı kanunlar ihtilafı kuralını belirlediği için bir boşluktan söz etmek mümkün olmayacaktır. Dördüncü yöntem olan *voie directe* yönteminde ise hakem heyeti bir kanunlar ihtilafı kuralı uygulamayacağı için kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin tamamlanması gereken bir boşluktan söz edilemeyecektir.

29. Milletlerarası ticari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanacak milli hukukun hakem heyeti tarafından belirlenmiş olması ve bu milli hukuk sisteminde boşluk söz konusu olması durumunda hakem heyeti lex mercatoria'yı meydana getiren maddi hukuk kurallarını uygulayarak ilgili boşluğu doldurabilir. Bu kapsamda açık boşluklar, örtülü boşluklar ve kural içi boşlukların doldurulmasında da lex mercatoria'ya başvurulması mümkündür.

30. Milletlerarası tahkimde *lex causae* olarak belirlenmiş bir milli hukuk sisteminin hükümleri uygulanarak verilmiş milletlerarası ticari uyuşmazlıklara ilişkin kararların milletlerarası kabul görmüş standart ve kurallara uygunluğunu ortaya koyabilmek amacıyla hakemlerin *lex mercatoria*'ya başvurduğu çok sayıda karar vardır. Uyuşmazlığın esasına dair ulaşılan çözümün teyidi sağlanarak kredibilitelerini yükseltmek ve *lex causae*'ya ilişkin yapılan tespite karşı çıkan tarafa bir gerekçe olarak sunulmak üzere onları ikna etmek amacıyla hakemler tarafından *lex mercatoria*'dan yararlanılmaktadır.

31. Milletlerarası tahkime ilişkin konvansiyon ve model kanun hükümleri, kurumsal tahkim tüzükleri ile milli hukuk sistemlerinin milletlerarası tahkime ilişkin mevzuatı, hakem heyetinin milletlerarası ticari sözleşmenin taraflarınca yetkilendirilmiş olmaları hâlinde *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip olduğunu düzenlemiştir. Hakem heyetinin bu yetkiye sahip olması uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına bağlı kalmaksızın hakkaniyete göre çözümleyebileceği anlamına gelmektedir. Ancak bunun bir mecburiyet olmadığı bir seçenek olduğunu belirtmek gerekir. Diğer bir ifadeyle taraflarca *amiable compositeur* veya *ex aequo et bono* karar vermek yetkisine sahip hakem heyetinin hukuk kurallarına başvurma yetkisi kısıtlanmış değildir. Hakem heyeti sadece bir hukuk sisteminin katı kurallarıyla bağlı değildir.

32. Kanaatimizce hakemlere *amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisinin taraflarca tanınmasında zımnen *lex mercatoria*'nın uygulanmasının amaçlandığının kabul edilmesi söz konusu olamaz. Zira bir hukuk sisteminin maddi hükümlerinin uygulanmasını bertaraf etmek ve hakemlerin herhangi bir hukuk sisteminin katı hukuk kuralları ve yorumlarıyla bağlı olmaksızın hakkaniyet temelli karar verebilmeleri amacıyla geliştirilmiş olan *amiable compositeur* olarak ve *ex aequo et bono* karar vermeye ilişkin müessese; hakemlere, *lex mercatoria* da dâhil olmak üzere bütün hukuk sistemlerinin maddi hukuk kurallarına bağlı olmaksızın uyuşmazlığı çözümlene yetkisi vermektedir. Aksini kabul etmek bu müessesenin varlık amacına aykırılık oluşturacaktır. Taraflarca uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmasının amaçlanmış ve hakemlere bu şekilde bir yetki verilmesinin zımni bir hukuk kuralı seçimi niteliğinde olduğu kabul edildiği takdirde

hakem heyeti *lex mercatoria*'yı oluşturan maddi hukuk kurallarını, uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacak olsa dahi, uygulamakla bağlı olacaktır.

Taraflarca aralarındaki sözleşmede *amiable compositeur* olarak ve *ex aequo et bono* karar verebilmelerine ilişkin yetkilendirilen hakem heyeti, temelde hakkaniyet anlayışına dayalı olarak milletlerarası ticaret camiası tarafından geliştirilmiş olan *lex mercatoria*'yı oluşturan maddi hukuk kurallarının uygulanmasını tercih etmekte serbesttirler. Ancak bu kurallar uygulanmaları hâlinde hakkaniyete aykırı bir çözüm meydana gelecekse hakemler kendi hakkaniyet anlayışlarına göre uyuşmazlığı çözümlerler. Hakemlerin bu açıdan *lex mercatoria*'yı uygulama gibi bir zorunlulukları söz konusu değildir. Kanaatimizce *amiable compositeur* olarak ve *ex aequo et bono* karar verebilmeye ilişkin yetkilendirilen hakem heyetinin maddi hukuk kurallarına bağlı olmayı seçmesi hâlinde milletlerarası ticaret camiası tarafından kabul edilen hakkaniyet anlayışını yansıtan, milletlerarası ticari işlemlere uygulanmak üzere geliştirilmiş, tarafsız nitelikte ve milletlerarası ticaret tekniğine uygun olan maddi hukuk kurallarından oluşan *lex mercatoria*'nın tercih etmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

1. Kitaplar

Acun Mekengeç, Merve (2016). Aynî Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme. İstanbul: On İki Levha.

Akıllıoğlu, Tekin (2017). Hangi Hukuka Giriş?: Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş. Ankara: İmaj.

Akıncı, Ziya (1994). Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

Akıncı, Ziya (1996). Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

Akıncı, Ziya (2021). Milletlerarası Tahkim. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Akıpek, Jale G., Turgut Akıntürk, Derya Ateş (2020). Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku -Birinci Cilt-. İstanbul: Beta.

Akyol, şener (2006). Medeni Hukuka Giriş. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Ataay, Aytekin (1995). Medeni Hukukun Genel Teorisi. İstanbul: Der Yayınları.

Atamer, Yeşim M. (2005). Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları. İstanbul: Beta.

Aybay, Rona, Esra Dardağın (2008). Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar, Mehmet Özdamar (2021). Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar. Ankara: Yetkin.

Ayoğlu, Tolga (2011). Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari âdet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Ayoğlu, Tolga (2014). “Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria”. İçinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiyyörük. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria. İstanbul: On İki Levha, 27-36.

Bantekas, Ilias (2015). An Introduction to International Arbitration. Cambridge: Cambridge University Press.

Berger, Klaus Peter (1999). The Creeping Codification of the Lex Mercatoria. Lahey: Kluwer Law International.

Berki, Ali Himmet (2018). Hukuk Mantığı ve Tefsir. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi.

Bilge, Necip (2019). Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları. Ankara: Turhan Kitabevi.

Bilgili, Fatih, Ertan Demirkapı (2017). Hukukun Temel Kavramları. Bursa: Dora.

Bonell, Michael Joachim (2009). An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Leiden: Brill.

Born, Gary (2014). International Commercial Arbitration, Zürich: Kluwer Law International.

Böckstiegel, Karl Heinz (2014). "Experiences of an Arbitrator on the Practice of International Arbitration Regarding the Applicable Law". İçinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiörük. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria. İstanbul: On İki Levha, 89-99.

Can, Hacı, Ekin Tuna (2019). Milletlerarası Özel Hukuk. Ankara: Adalet.

Cassese, Antonio (1995). Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal. Cambridge: Cambridge University Press.

Çalışkan, Yusuf (2011). "Dispute Settlement in International Investment Law". İçinde: Ed. Yusuf Aksar. Implementing International Economic Law: Through Dispute Settlement Mechanisms (Nijhoff International Trade Law Series). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 123-185.

Çalışkan, Yusuf (2014). Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri. İstanbul: Beta.

Çelikel, Aysel, B. Bahadır Erdem (2021). Milletlerarası Özel Hukuk. İstanbul: Beta.

Dastmalchi, Sharareh, Mohsen Sadeghi (2018). "A Comporative Study Of Applicable Law In International Commercial Contracts Within The Hague Conference Principles (2015)". İçinde: Ed. Sibel Özel, Mustafa Erkan. Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler. İstanbul: On İki Levha, 139-149.

Dayınlarlı, Kemal (2012). UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları.

De Ly, Filip (1992). International Business Law and Lex Mercatoria. Bingley: Emerald.

Demir Gökyayla, Cemile (2013). Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Demirkol, Berk (2011). Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Dessemontet, François (2002). "Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law". İçinde: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration. Paris: ICC Publishing.

Doğan, Fatih (2002). "INCOTERMS® 2000: Tarihi Gelişimi-Geçerlilik Kaynağı-Münferit Klozlar-Son Değişiklikler". İçinde: Ed. Abuzer Kendigelen. Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı C. 1. İstanbul: Beta: 337-369.

- Doğan, Vahit (2005). Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Doğan, Vahit (2020). Milletlerarası Ticaret Hukuku. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Doğan, Vahit (2021). Milletlerarası Özel Hukuk. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Dural, Mustafa, Suat Sarı (2021). Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dworkin, Ronald (1978). Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald (2006). "Is Law a System of Rules?". İçinde: Ed. Robert S. Summers. Essays in Legal Philosophy. Berkeley: University of California Press, 25-60.
- Edis, Seyfullah (1997). Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Ekşi, Nuray (2020). Milletlerarası Ticaret Hukuku. İstanbul: Beta.
- Erdem, B. Bahadır (2014). "Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria". İçinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiörük. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria. İstanbul: On İki Levha, 125-150.
- Erdem, H. Ercüment (2020). Milletlerarası Ticaret Hukuku. İstanbul: On İki Levha.
- Erdem, H. Ercüment (2008). "Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi". İçinde: Ed. H. Ercüment Erdem. Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler. İstanbul: Beta, 321-371.
- Erdem, H. Ercüment (2008) "Incoterms 2000". İçinde: Ed. H. Ercüment Erdem. Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler. İstanbul: Beta, 219-254.
- Erdem, H. Ercüment (2020). Milletlerarası Ticaret Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Eren, Fikret (2021). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin.
- Erman, Hasan (2016). Medeni Hukuk Dersleri. İstanbul: Der Yayınları.
- Eskiörük, Serhat (2014). "Towards a Transnational Dispute Resolution". İçinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiörük. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria. İstanbul: On İki Levha, 89-99.
- Falcıoğlu, M. Özgür (2004). "Elektronik Satımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler". İçinde: Ed. Yeşim Atamer. İnternet ve Hukuk. İstanbul: İ. Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Gaillard, Emmanuel, John Savage (ed.) (1999). Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration. Lahey: Kluwer Law International.
- Giray, Faruk Kerem (2013). Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler. İstanbul: Beta.

Goldman, Berthold (1986). “The Applicable Law: General Principles of Law – The *Lex Mercatoria*”. İçinde: Ed. Julian D. M. Lew. Contemporary Problems in International Arbitration. Londra: Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 113-125.

Göğer, Erdoğan (1980). Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Gözler, Kemal (2020). Hukukun Temel Kavramları. Bursa: Ekin Yayınevi.

Gözler, Kemal (2013). Hukuka Giriş. Bursa: Ekin Yayınevi.

Grigera Naón, Horacio A. (1982). “The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. İçinde: Ed. Norbert Horn, Clive M. Schmitthoff. Transnational Law of International Commercial Transactions: V. 2 (Studies in Transnational Law). Deventer: Kluwer Law International: 89-124.

Güngör Gülin (2021), Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Ankara, Yetkin.

Hart, H. L. A (2012). The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press.

Hatemi, Hüseyin (2020). Medeni Hukuka Giriş. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Helvacı, İlhan (2017). Turkish Contract Law. Cham: Springer.

Horn, Norbert (1982). “Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts”. İçinde: Ed. Norbert Horn, Clive M. Schmitthoff. The Transnational Law of International Commercial Transactions: V. 2 (Studies in Transnational Law). Deventer: Kluwer Law International.

Huysal, Burak (2010). Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

İşıқтаç, Yasemin (2009). Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

İşıқтаç, Yasemin (2015). Hukuk Başlangıcı. İstanbul: Filiz Kitabevi.

İşıқтаç, Yasemin, Sevtap Metin (2021). Hukuk Metodolojisi. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Jessup, Philip C. (1956). Transnational Law. New Haven: Yale University Press.

Karaca, H. Akif (2018). “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda “Hukuk Kurallar”ın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3”. İçinde: Ed. Sibel Özel, Mustafa Erkan. Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler. İstanbul: On İki Levha, 113-137.

Karaca, Hüseyin Akif (2020). Milletlerarası Özel Hukukta Incoterms. İstanbul: On İki Levha.

Karagöz, Havva (2010). Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı. İstanbul: On İki Levha.

Kavak, Yalçın (2019). Medenî Hukukun Hakim Tarafından Uygulanması. İstanbul: Legal.

Kaya, Arslan (1995). Belgeli Akreditifte Lehtarın Hukuki Durumu. İstanbul: Beta.

Kayıhan, Şaban (2020). Hukukun Temel Kavramları. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kelsen, Hans (2005). *General Theory of Law and State*. New Brunswick: Transaction Publishers.

Keser Berber, Leyla (1999). *Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu*. İstanbul: Alfa.

Keyman, Selâhattin (2010). *Hukuka Giriş*. Ankara: Yetkin.

Konuk, F. Zehra (2005). *Lex Mercatoria: Orta Çağ Avrupası'nda Ticaret Hukukunun Gelişmesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Kotuby, Jr., Charles T., Luke A. Sobota (2017). *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*. Oxford: Oxford University Press.

Köseoğlu, Özdemir (2015). *Uluslararası Ticari Tahkimde Uyuşmazlık Çözümünün Uygulanacak Hukuk Açısından İncelenmesi*. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Lando, Ole (1989). "The Law Applicable to the Merits of the Dispute". İçinde: Ed. Petar Sarcevic. *Essays on International Commercial Arbitration*. Londra: Graham & Trotman: 129-159.

Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. Lahey: Kluwer Law International.

Magnus, Ulrich (2012). "CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma". (Çev. Cüneyt Süzel). İçinde: Ed. Yeşim M. Atamer. *Milletlerarası Satım Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 287-307.

Marrella, Fabrizio (2014). "Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law?". İçinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiörük. *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*. İstanbul: On İki Levha, 75-87.

Michaels, Ralf (2014). "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts". İçinde: Kai Purnhagen, Peter Rott. *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*. Dordrecht: Springer: 43-69.

Mistelis, Loukas (2001). "Is Harmonisation a Necessary Evil? - The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law". Ed. Ian Fletcher, Loukas Mistelis, Marise Cremona. *Foundations and Perspectives of International Trade Law*. Londra: Sweet & Maxwell: 3-27.

Nomer, Ergin (2021). *Devletler Hususî Hukuku*. İstanbul: Beta.

Nomer, Ergin, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel (2016). *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I*. İstanbul: Beta.

Oğuz, Arzu (2004). *Lex Mercatoria*. Ankara: Yetkin.

Oğuz, Arzu (2014). "Lex Mercatoria Kurallarında İyi Niyetin Rolü". İçinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiörük. *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*. İstanbul: On İki Levha, 179-188.

- Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz (2021). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, M. Kemal, Nami Barlas (2021). Medeni Hukuk. İstanbul: On İki Levha.
- Özdemir Kocasakal, Hatice (2001). Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
- Özel, Sibel (1991). Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği. İstanbul: Beta.
- Özel, Sibel (2008). Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri. İstanbul: Legal.
- Özel, Sibel, Mustafa Erkan (Ed.) (2018). Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler. İstanbul: On İki Levha.
- Özkan, Işık, Ceyda Süral Efeçınar, Bengül Kavlak (Ed.) (2021). Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları. İstanbul: On İki Levha.
- Özkan, Işıl (2021). “Yeni Lex Mercatoria’nın Tanımı ve Kapsamı”. İçinde: Ed. Işık Özkan, Ceyda Süral Efeçınar, Bengül Kavlak. Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları. İstanbul: On İki Levha: 3-24.
- Özsunay, Ergun (1986). Medeni Hukuka Giriş. İstanbul: Güryay Matbaacılık.
- Pazarıcı, Hüseyin (2021). Uluslararası Hukuk. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Peczenik, Aleksander (2009). On Law and Reason. Dordrecht: Springer.
- Poroy, Reha, Hamdi Yasaman (2019). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Raz, Joseph (1979). The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, Joseph (1980). The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System. Oxford: Clarendon Press.
- Rubino-Sammartano, Mauro (2014). International Arbitration Law and Practice. Huntington: JurisNet.
- Samuel, Adam (1989). Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law. Zürih: Publication de l’Institut Suisse de Droit Comparé.
- Sargın, Fügen (2002). Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Schmidt-Kessel, Martin (2015). “Md. 8, 9”. (Çev. N. Nilay Dayanç). İçinde: Ed. Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi. İstanbul: On İki Levha.
- Schmitthoff, Clive M. (1988). “The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation”. İçinde: Ed. Chia-Jui Cheng. Clive M. Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law. Dordrecht: Martinus Nijhoff: 137-169.

Schmitthoff, Clive M. (1964). "The Unification of the Law of International Trade". İçinde: Ed. Chia-Jui Cheng. Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law. Dordrecht: Martinus Nijhoff: 170-187.

Schmitthoff, Clive M. (1988). "Nature and Evolution on the Transnational Law of Commercial Transactions". İçinde: Ed. Chia-Jui Cheng. Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law. Dordrecht: Martinus Nijhoff: 231-242.

Serozan, Rona (2015). Hukukta Yöntem. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Simatova, E. L., A. V. Dashin. "Lex Electronica and Lex Informatica as Sources of Smart Contracts Legal Regulation". İçinde: Ed. Svetlana Igorevna Ashmarina, Valentina Vyacheslavovna Mantulenko. Digital Technologies in the New Socio-Economic Reality. Cham: Springer: 103-108.

Süral Efeçınar, Ceyda (2021). "Finansal Kiralama Hakkında UNIDROIT Model Kanunu". İçinde: Ed. Işık Özkan, Ceyda Süral Efeçınar, Bengül Kavlak. Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları. İstanbul: On İki Levha: 62-70.

Süral Efeçınar, Ceyda (2021). "MTO'nun Akreditife ilişkin Yeknesak Teamül ve Uygulama Kuralları (UCP 600)". İçinde: Ed. Işık Özkan, Ceyda Süral Efeçınar, Bengül Kavlak. Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları. İstanbul: On İki Levha: 41-47.

Süral, Ceyda (2008). Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri. İzmir: Güncel Yayınevi.

Şanlı, Cemal (1986). Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Şanlı, Cemal (2019). Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları. İstanbul: Beta.

Şanlı, Cemal, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe (2021). Milletlerarası Özel Hukuk. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Şener, Esat (2001). Hukuk Sözlüğü. Ankara: Seçkin.

Takavut, İbrahim Doğan (2018). Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

Tarman, Zeynep Derya (2018). "Non-national Rules in the Arbitration of Commercial Contracts". İçinde: Ed. Francisco de Elizalde, Uniform Rules for European Contract Law?: A Critical Assessment. Londra: Hart Publishing: 71-80.

Tarman, Zeynep Derya (2019). Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı. İstanbul: Vedat.

Tarman, Zeynep Derya (2010). "Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu". İçinde: Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan Cilt II. İstanbul: On İki Levha Yayınları: 1655-1680.

Tarman, Zeynep Derya (2015). Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'in Uygulama Alanı). İstanbul: Beta.

Tekinalp, Gülören (2020). Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları. İstanbul: Vedat Kitapçılık

Tekinalp, Ünal (2009). Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Tekinay, Selahattin Sulhi (1992). Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop (1993). Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Tiryakioğlu, Bilgin (1996). Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Uluocak Nihal (1989). Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Ulusoy, Erol (2001). Ticari Örf ve âdet Hukuku ve Türkiye'de Geçerli Olan Ticari Örf, Adet ve Teamüller Fire ve Zayiat Kararları. İstanbul: Türkmen Kitabevi.

Uzun, Ertuğrul (2020). Hukuk Metodolojisinin Sorunları. İstanbul: Nora.

Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Füsün Nomer Ertan (2017). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: On İki Levha.

van Hecke, Georges (1981). "Contracts Subject to International or Transnational Law". İçinde: Hans Smit, Nina M. Galston, Serge L. Levitsky. International Contracts. New York: Matthew Bender: 25- 50.

Yener Keskin, Cansu (2017). Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi. İstanbul: On İki Levha.

Yıldırım, Ahmet Cemil (2014). "Solid, Liquid and Gas Forms of the New Lex Mercatoria: How do They Operate in Practice?". İçinde: Ed. Ahmet Cemil Yıldırım ve Serhat Eskiyyörük. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria. İstanbul: On İki Levha, 5-26.

2. Makaleler, Bildiriler, Diğer Basılı Yayınlar

Ağaoğlu, Cahit (2020) "Incoterms® 2020". Public and Private International Law Bulletin. 40 (2): 1113-1149.

Akıncı, Ziya (1996). "Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları". Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. 18 (4): 93-109.

Aktaş, Sururi (2010). "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı". EÜHFD. 14 (1-2): 1-28.

Aktaş, Sururi (2011). "Hukukta Yorum Çabaları". EÜHFD. 15 (3-4): 1-33.

Apaydın, Eylem (2013). "Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi". Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8 (Özel Sayı): 201-274.

Aygül, Musa (2004). "Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde *Lex Mercatoria*'nın Uygulanması". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 12 (3-4): 45-85.

Backovic, Nikola (2010). "Adopting and Adapting the UNIDROIT Model Law on Leasing". *Uniform Law Review*, 15 (3-4): 861-867.

Baddack, Frank (2005). *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. LLM Thesis, The University of Western Cape Faculty of Law, Cape Town.

Bahtiyar, Mehmet (1990). "Akreditif ve Milletlerarası Özel Hukukta Doğurduğu Sorunlar". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 15 (3): 71-88.

Berger, Klaus Peter (1997). "The *Lex Mercatoria* Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts". *Law and Policy in International Business*, 28 (4): 943-990.

Berger, Klaus Peter (1998). "International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts". *The American Journal of Comparative Law*, 46 (1): 129-150.

Berger, Klaus Peter (2002). "*Lex Mercatoria* Online: The Central Transnational Law Database". *Arbitration International*, 18 (1): 83-94.

Berman, H. J., C. Kaufman (1978). "The Law of International Commercial Transactions (*Lex Mercatoria*)". *Harvard International Law Journal*, 19 (1): 221-277.

Binatlı, Yusuf Ziya (1980). "Türk Hukukunda Örf ve âdetlerin Dünkü ve Bugünkü Yeri ve Ticari Hayattaki Önemi". *Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi İktisat Fakültesi Dergisi*, 2 (1): 5-27.

Bingöl, F. İtir (2017). "Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku'ndaki Yeri". *D.E.U. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 19 (Özel Sayı): 1953-1969.

Birsel, Mahmut T. (1968). "Ticari Örf ve âdet". *Ankara Barosu Dergisi*, 25 (2): 205-210.

Bonell, Michael Joachim (1992). "Unification of Law by Non-Legislative Means". *American Journal of Comparative Law*, 40 (3): 617-633.

Bonell, Michael Joachim (1997). "The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years". *Uniform Law Review*, 2(1): 34-44.

Bonell, Michael Joachim (1999). "The UNIDROIT Principles: First Practical Experiences". *European Journal of Law Reform*, 1(3): 193-210.

Bonell, Michael Joachim (2000). "The UNIDROIT Principles and Transnational Law". *Uniform Law Review*, 5(2): 199-217.

Bonell, Michael Joachim (2008). "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law". *The American Journal of Comparative Law*, 56 (1): 1-28.

Bonell, Michael Joachim (2017). "Do We Need a Global Commercial Code?". *Dickinson Law Review*, 122(1): 85-98.

Bonell, Michael Joachim (2018). "The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the Unidroit Principles". *Uniform Law Review*, 23(1): 15-41.

Bonell, Michael Joachim (1995). "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?". *Tulane Law Review*, 69 (5): 1121-1148.

Bonell, Michael Joachim (1996). "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?". *Uniform Law Review*, 1 (2): 229-246.

Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru (2011). "UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış". *TAAD*. 2 (4): 135-172.

Broches, Aron (1995). "Birth of UNCITRAL". *Uniform Commercial Law in the Twenty-First Century: Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law, 18-22 May 1992, New York: United Nations: 7-9.*

Carbonneau, Thomas E. (2003). "Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36: 1189-1232.

Coetzee, Juana (2012). "Incoterms® 2010: Codified Mercantile Custom or Standard Contract Terms?". *Stellenbosch Law Review*, 23 (3): 564-582.

Coetzee, Juana (2015). "The Role and Function of Trade Usages in Modern International Sales Law". *Uniform Law Review*, 20 (2-3): 243-270.

Cotterrell, Roger (2012). "What is Transnational Law?". *Law & Social Inquiry*, 37 (2): 500-524.

Cremades, Bernardo M., Steven L. Plehn (1984). "The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions". *Boston University International Law Journal* 2 (3): 317-348.

Cuniberti, Gilles (2013). "Three Theories of Lex Mercatoria". [Columbia Journal of Transnational Law](#) 52 (1): 369-434.

Dalgıç Atabaş, Nuşen Pelin (2018). "UCP 600 Açısından Bankaların Belgelerle Bağlı Olması Kuralı". *TBB Dergisi*, 30 (134): 487-518.

Di Robilant, Anna (2006). "Genealogies of Soft Law". *The American Journal of Comparative Law*. 54 (3): 499-554.

DiMatteo, Larry A., Daniel T. Ostas (2011). "Comparative Efficiency in International Sales Law". *American University International Law Review*, 26 (2): 371-439.

Douglas, Michael (2006). "The Lex Mercatoria and The Culture of Transnational Industry". *University of Miami International and Comparative Law Review*, 13 (2): 367-401.

Durgut, Ramazan (2005). "Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 25 (1-2): 105-128.

Ekşi, Nuray (1999). "Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 19 (1-2): 263-291.

Erdem, Bahattin Bahadır (1990). Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği, MHB. 10 (1-2): 65-79.

Erdem, H. Ercüment (2010). "Incoterms® 2010". Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, 1,: 219-235.

Farnsworth, E. Allan (1996). "An International Restatement: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts". University of Baltimore Law Review, 26 (3): 1-7.

Fortier, L. Yves (2001). "The New, New *Lex Mercatoria*, or, Back To The Future". Arbitration International 17 (2): 121-128.

Fountoulakis, Christiana (2006). "The Parties' Choice of 'Neutral Law' in International Sales Contracts". European Journal of Law Reform, 7 (3-4): 303-329.

Freer, Jr., Robert E. (1995). "Expropriation: United States Claimants' Rights and the Future of Cuba". University of Miami International and Comparative Law Review, 4 (1): 169-183.

Gabriel, Henry Deep (2009). "The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference". Brooklyn Journal of International Law, 34 (3): 655-672.

Gaillard, Emmanuel (1995). "Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules". ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 10 (2): 208-231.

Gaillard, Emmanuel (2001). "Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?". Arbitration International, 17 (1): 59-72.

Galgano, Francesco (1995). "The New Lex Mercatoria". Annual Survey of International and Comparative Law, 2 (1): 99-110.

Garro, Alejandro M. (1995). "The Contribution of the UNIDROIT Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration". Tulane Journal of International and Comparative Law 3 (1-2): 93-128.

General Principles of Law in International Commercial Arbitration (1988). Harvard Law Review 101 (8): 1816-1834.

Giray, Faruk Kerem (2012). "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi". Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 9 (1): 555-577.

Giray, Faruk Kerem (2015). "Milletlerarası Tahkimde Gizlilik". Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi. 4 (2): 65-121.

Glatt, Christoph (1998). "Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts". International Journal of Law and Information Technology, 6 (1): 34-68.

Goldman, Berthold (1983). "Lex Mercatoria". Forum Internationale, 3: 1-24.

Goode, Roy (1992). "The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration". Arbitration International, 8 (1): 1-16.

Goode, Roy (1997). "International Restatements of Contract and English Contract Law". *Uniform Law Review* 2 (2): 231-247.

Goode, Roy (1997). "Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law". *The International and Comparative Law Quarterly*, 46 (1): 1-36.

Greenwood, Christopher (1982). "State Contracts in International Law: The Libyan Oil Arbitrations". *British Yearbook of International Law*, 53 (1): 27-81.

Güçer, Sülün (2005). "UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 23 (2): 147-174.

Güçer, Sülün (2009). "Lex Mercatoria in International Arbitration". *Ankara Bar Review*. 2 (1): 30-39.

Güven, Koray (2014). "*Lex Mercatoria* ve Milletlerarası Tahkim". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 34 (2): 1-57.

Hatzimihail, Nikitas (2008). "The Many Lives -And Faces- Of Lex Mercatoria: History As Genealogy In International Business Law". [Law and Contemporary Problems](#), 71 (3): 169-190.

Helvacı, İlhan (2006). "Grandparents' Access to Their Grandchildren. A Comparative and Historical Approach to Turkish and Swiss Civil Codes". *Annales de La Faculté de Droit D'Istanbul*, 38 (55): 223-229.

Hermann, Gerold (1998) "The UNCITRAL Arbitration Law: a Good Model of a Model Law". *Uniform Law Review*, 3 (2-3): 483-498.

Hunter, Martin (1988). "Publication of Arbitration Awards and Lex Mercatoria". *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 54 (1): 55-58.

İzmirli, Lale Ayhan (2017). "Lex Mercatoria'da Culpa In Contrahendo Sorumluluğu". *MHB*, 37 (2): 170-229.

Juenger, Friedrich K. (1995). "American Conflicts Scholarship and The New Law Merchant", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 28: 487-501.

Juenger, Friederich K. (1997). "Contract Choice of Law in The Americas". *The American Journal of Comparative Law*, 45 (1): 195-208.

Juenger, Friedrich K. (1994). "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons". *American Journal of Comparative Law*, 42 (2): 381-393.

Juenger, Friedrich K. (2000). "The Lex Mercatoria and Private International Law". *Louisiana Law Review*, 60 (4): 1133-1150.

Kayhan, Fahrettin (1999). "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 11 (2): 341-363.

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

- Kırkbeşlioğlu, Nagehan (2011). “Milletlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria’yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 64 (1): 259-290.
- Kramer, Ernst A. (1991). “Globalisierung der Wirtschaft: Internationalisierung des privaten Wirtschaftsrechts”. Bank Archiv: Zeitschrift für das gesamte Bank und Börsenwesen, 39 (9): 621-626.
- Kronke, Herbert (2006). “UN Sales Convention, the UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond”. Journal of Law & Commerce, 25: 451-465.
- Kröll, Stefan (2005-06). “Selected Problems Concerning the CISG’s Scope of Application”. Journal of Law and Commerce, 25: 39-57.
- Lando, Ole (1985). “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”. International Comparative Law Quarterly, 34 (4) :747-768.
- Lando, Ole (1995). “Assessing the Role of the UNIDROIT Principles in the Harmonization of Arbitration Law”. Tulane Journal of International and Comparative Law 3 (1-2): 129-143.
- Lando, Ole (1998). “Dicey & Morris, the Conflict of Laws: A Review”. The International and Comparative Law Quarterly, 47 (2): 394-408.
- Lando, Ole (2004). “A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles”. Uniform Commercial Code Law Journal, 37 (2): 3-46.
- Lando, Ole (2005). “CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law”. The American Journal of Comparative Law, 53 (2): 379-401.
- Lichtenstein, Cynthia Crawford (2001). “Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?”. The International Lawyer, 35 (4): 1433-1441.
- Low, Hang Yen (2010). “UCP 600: The New Rules on Documentary Compliance”. International Journal of Law and Management, 52 (3): 193-210.
- Lowenfeld, Andreas F. (1990). “*Lex Mercatoria*: An Arbitrator’s View”. Arbitration International. 6 (2): 133-150.
- Maniruzzaman, Abul F. M. (1993). “The Conflict of Laws Issues in International Arbitration: Practice and Trends”. Arbitration International, 9 (4): 371-403.
- Maniruzzaman, Abul F. M. (1998). “State Contracts and Arbitral Choice-of-Law Process and Techniques: A Critical Appraisal”. Journal of International Arbitration, 15 (3): 65-92.
- Maniruzzaman, Abul F. M. (1999). “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”. American University International Law Review, 14 (3): 657-734.
- Mankowski, Peter (2017) “Article 3 of the Hague Principles: The Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?”. Uniform Law Review, 22 (2): 369-394.

- Mann, Frederick A. (1983). "The Aminoil Arbitration". *The British Yearbook of International Law*, 54 (1): 213-221.
- Mann, Frederick A. (1984). "England Rejects "Delocalised" Contracts and Arbitration". *The International and Comparative Law Quarterly*, 33 (1) : 193-198.
- Mann, Frederick A. (1986). "The UNCITRAL Model Law: Lex Facit Arbitrum". *Arbitration International*, 2 (3): 241-60.
- Marrella, Fabrizio (2003). "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36: 1137-1188.
- Meyer, Lars, (2006). "Soft Law for Solid Contracts - A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization". *Denver Journal of International Law & Policy*, 34 (1): 119-143.
- Michaels, Ralf (2007) "The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14 (2): 447-468.
- Michaels, Ralf (2014). "The UNIDROIT Principles as Global Background Law". *Uniform Law Review*, 19 (4): 643-668.
- Mistelis, Loukas (2003). "The Unidroit Principles Applied as "Most Appropriate Rules of Law" in a Swedish Arbitral Awards." *Uniform Law Review* 8 (3): 631-640.
- Molineaux, Charles (1997). "Moving Toward a Construction *Lex Mercatoria*: A Lex Constructionis". *Journal of International Arbitration*, 14 (1): 55-66.
- Mustill, Justice (Sir Michael J.) (1988). "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years". *Arbitration International*, 4 (2): 86-119.
- Nottage, Luke (2000). "The Vicissitudes of Transnational Commercial Arbitration and The *Lex Mercatoria*: A View From the Periphery". *Arbitration International*, 16 (1): 53-78.
- Oba, Meltem Ece (2017). "Anasyonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı". *TBB Dergisi*. 12: 297-320.
- Official Commentary to the UNIDROIT Model Law on Leasing (2010). *Uniform Law Review*, 15 (2): 548-609.
- Oğuz, Arzu (2000). "Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 49 (1): 31-65.
- Oğuz, Arzu (2001). "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50 (3): 11-53.
- Öcal, Ayşe (2017). "Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu ve Elektronik İmzalar Hakkında UNCITRAL Model Kanunu Üzerine Değerlendirme". *Terazi Hukuk Dergisi*. 12 (129): 96-114.
- Özalp, Abdurrahman (2010). "ICC INCOTERMS 2010". *UTTDER*, 1(1): 137-152.

- Özdemir Kocasakal, Hatice (2010). “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”. MHB, 30 (1-2): 27-88.
- Özdemir, Didem (2003). “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1-2): 91-131.
- Özkök, Gülriz (2002). “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 51 (2): 1-18.
- Özgenç, Zeynep (2014). “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemin veya Hakem Kurulunun Ex Aequo Et Bono Karar Verme Yetkisi”. MHB. 34 (1): 31-72.
- Pambuokis, Ch. (2005-2006). “The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods”. Journal of Law and Commerce, 25 (1): 107-131.
- Perillo, Joseph M. (1994). “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review”. Fordham Law Review 63 (2): 281-344.
- Ramberg, Jan (2008). “Incoterms 2000 – The Necessary Link Between Contracts of Sale and Contracts of Carriage”. Zhornik PFZ, 58 (1-2): 35-46.
- Ramberg, Jan (2011). “INCOTERMS® 2010”. Penn State International Law Review, 29 (3): 415-424.
- Rosett, Arthur (1992). “Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law”. American Journal of Comparative Law. 40 (3): 683-697.
- Rosett, Arthur (1998). “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Commercial Contracts”. The American Journal of Comparative Law. 46 (1): 347-360.
- Saumier, Genevieve (2014). “The Hague Principles and the Choice of Non-State “Rules of Law” to Govern an International Commercial Contract”. Brooklyn Journal of International Law, 40 (1): 1-29.
- Schmitthoff, Clive M. (1968). “The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions”. The International and Comparative Law Quarterly, 17 (3): 551-570.
- Schultz, Thomas (2008). “Some Critical Comments on the Juridicity of Lex Mercatoria”. Yearbook of Private International Law, 10: 667-710.
- Schulze, W. G. (2009). “The UCP 600: A New Law Applicable to Documentary Letters of Credit”. South African Mercantile Law Journal, 21 (2): 228-248.
- Schwenzer, Ingeborg, Pascal Hachem (2009). “The CISG- Successes And Pitfalls”. The American Journal of Comparative Law, 57 (2): 457-478.
- Smit, Hans (1988-1989). “A-National Arbitration”. Tulane Law Review, 63 (3): 629-646.

Stoecker, Christoph W.O (1990). “The Lex Mercatoria: To what Extent does it Exist?”. *Journal of International Arbitration*, 7 (1): 101-126.

Şit, Banu (2001). “Kanunlar İhtilafı Hukukunda Akreditif ve Milletlerarası Ticaret Odası’nın Akreditife İlişkin Yeknesak Kuralları”. *MHB*, 21 (1-2): 75-123.

Tetley, William (1994). “The General Maritime Law- The Lex Maritima”. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 20(1): 105-145.

Tolun, Osman (1957). “Akreditifin Hukuki Mahiyeti”. *Adalet Dergisi*, 48 (3): 266-280.

Uluç, M. Reşit, (1966). “Borçlar Hukuku Açısından Akreditif”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 3 (3): 432-478.

van Houtte, Hans (1995). “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. *Arbitration International*, 11 (4): 373-390.

Volckart, Oliver, Antje Mangels (1999). “Are The Roots to the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?”. *Southern Economic Journal*, 65 (3): 427-450.

von Mehren, Robert B., P. Nicholas Kourides (1981). “International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases”. *The American Journal of International Law*, 75 (3): 476-552.

Weinberg, Karyn S. (1994). *Equity In International Arbitration: How Fair is Fair? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition*. Boston University International Law Journal, 12 (1): 227-254.

Wilkinson, V. L. D. (1995). “The New Lex Mercatoria - Reality or Academic Fantasy?”. *Journal of International Arbitration*, 12 (2): 103-117.

The Secretariat of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) (1970). “Progressive Codification of the Law of International Trade”, *Yearbook of the U.N. Commission on International Trade Law*, 285-288, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/acn9_1.19.pdf (Erişim tarihi: 10.11.21).

3. Elektronik Kaynaklar

Berger, Klaus Peter (t.y.). “The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles”. İçinde: *TransLex-Principles*. http://translex.uni-koeln.de/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8 (erişim tarihi: 22.05.2021)

Bishop, R. Doak (1998). *International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea*. *Yearbook Commercial Arbitration*, 23, http://translex.uni-koeln.de/131500/_bishop-r-doak-international-arbitration-of-petroleum-disputes-the-development-of-a-lex-petrolea-yca-1998-at-1131-et-seq/ (Erişim tarihi: 14.01.2021)

Dalhuisen, Jan Hendrik (2014). “The Case for an International Commercial Court”. SSRN, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2433513>. (Erişim tarihi: 21.02.2021)

European Commission, Green Paper on the Coversation of the 1980 Roma Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation of 14 January 2003 (COM (2002) 654), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d60386fe-69d4-4846-bf01-b1d23b20e134> (Erişim tarihi: 05.11.2021)

Goldman, Berthold (4.10.1956). “The Suez Company – an International Company”. Le Monde, 3, http://translex.uni-koeln.de/9/_/goldman-berthold-le-monde-p-3/ (Erişim tarihi: 12.11.2020).

Goldman, Berthold, Philippe Fouchard, Philippe Kahn (2001). “The Rebirth of the Lex Mercatoria by the French School”. İçinde: Ed. Klaus Peter Berger. The New Law Merchant and the Global Market Place – A 21st Century View of Transnational Commercial Law. Lahey: Kluwer Law International, http://translex.uni-koeln.de/2/_/a-21st-century-view-of-transnational-commercial-law/#head_7 (Erişim tarihi: 10.08.2021)

Goldstajn, Aleksander (1973). “The New Law Merchant Reconsidered”. İçinde: Ed. Clive M. Schmitthoff. Law and International Trade. Festschrift fur Clive M. Schmitthoff. Frankfurt: Fritz Fabricius. (http://translex.uni-koeln.de/112500/_/goldstajn-aleksandar-the-new-law-merchant-reconsidered-in:-festschrift-schmitthoff-frankfurt-am-1973-at-171-et-seq/) (21.07.2021)

International Chamber of Commerce, “ICC prepares to launch Incoterms” (01/04/2019), <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-prepares-launch-incoterms-2020/> (Erişim tarihi: 08.05.2021).

International Chamber of Commerce, Model Contracts and Clauses, <https://iccwbo.org/resources-for-business/model-contracts-clauses/> (Erişim tarihi: 07.06.2021).

Juenger, Friedrich K. (1998). “The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contracts Choice of Law”. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/138/15.pdf> (Erişim tarihi: 21.06.2021)

Official Journal of the European Union, Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for the Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (E-Rome I) of 23.12.2006 (COM(2005)650-final), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006AE1153&from=EN> (Erişim tarihi: 14.02.21)

Özel, Sibel (2012). “Akreditif İlişisinde UTO Kurallarının (UCP 600) Bankalar Arası İlişkiye Etkisi”. İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi. İstanbul: 347-363. http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Prof.Dr.sibel_ZEL.pdf (Erişim tarihi: 24.10.2020)

Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Commentary, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text> (Erişim tarihi: 11.10.2021).

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, “Introduction”, Rome, 1994,: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994/>. (Erişim tarihi: 10.09.2021)

United Nations Commission on International Trade Law, Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its seventeenth session, 1984, <https://uncitral.un.org/en/comm/sessions/17> (Erişim tarihi: 21.03.21).

United Nations Commission on International Trade Law, Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG), https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status (Erişim tarihi: 08.11.2021)



ÖZGEÇMİŞ

Yüksek Lisans 2015 İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk
Programı

Lisans 2011 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Lise 2006 Ankara Atatürk Anadolu Lisesi