

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI**

LEX MERCATORIA VE UYGULAMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Hatice İdil SELÇUK ÖLÇEK**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ**

Ankara - 2010

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI**

LEX MERCATORIA VE UYGULAMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Hatice İdil SELÇUK ÖLÇEK**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ**

Ankara - 2010

ONAY

H. İdil SELÇUK ÖLÇEK tarafından hazırlanan “Lex Mercatoria ve Uygulaması” başlıklı bu çalışma, tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı/Ticaret Hukuku Bilim Dalı alanında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

.....
Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL (Başkan)

.....
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ

.....
Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK

ÖNSÖZ

Günümüzde küreselleşme ile beraber uluslararası ticaret ve uluslararası projeler yaygınlaşmıştır. Bu uluslararası nitelikteki hukuki ilişkilere, tarafların yaptıkları sözleşmeler dışında hangi ulusal hukukun ve/veya hangi uluslararası anlaşmanın uygulanacağı, ya da bu ilişkide hangi ticarî teamüllerin geçerli olduğu, bir uyuşmazlık çıktığında ise hangi ülkenin hukukuna göre çözüm bulunacağı, bu çözümün hangi mahkeme tarafından bulunacağı (yerel mahkeme ya da tahkim gibi), bu aşamada ne gibi durumlarla, risklerle ve istenmeyen ya da öngörülemeyen sorunlarla karşılaşılacağı günümüzde en çok tartışılan ve çözümlenmeye çalışılan hukuki sorunlardan biri haline gelmiştir¹. Zira, bilindiği gibi dünyada birçok hukuk sistemi mevcuttur: Örneğin, belli başlı hukuk sistemlerinden biri olan Kıta Avrupası Hukuku ve Anglosakson Hukuku hem usul hem de içerik olarak kendi aralarında birçok farklılıklar göstermektedir². Diğer taraftan, bu sistemlere dâhil olan ülkeler arasında dahi farklar bulunmaktadır. Kıta Avrupası Hukuk sisteminde yer alan bir Türkiye ile Almanya, bir Fransa³'daki hukuki düzenlemelerin farklılık göstermesi gibi. Ayrıca, uluslararası ticaret alanında ulusal hukukların yanında uluslararası ticaret yapan kişiler tarafından dikkate alınması gereken devletlerüstü kuralların da çoğaldığı görülmektedir⁴.

¹ Sabih ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Onuncu Baskıdan Onbirinci Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 2008, sh. 14 vd.

² Büyük hukuk sistemleri için bkz: Mostépha TRARI TANI, William PISSOORT, Patrick SAERENS, Droit Commercial International Conforme aux conventions internationales ratifiées par l'Algérie, Berti Editions, Collection Droit Pratique, Alger 2007, sh. 36 vd..

³ Avrupa Hukuku'nda Fransız Medeni Kanunu açısından bkz. Jean-Pierre GRIDEL, Le code civil français dans le droit européen, <http://www.institut-idef.org/Le-code-civil-francais-dans-le.html> (31.08.2008)

⁴ Arzu OĞUZ, Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği, 2001, sh. 12.

Hukuk tarihine baktığımızda Avrupa’da tacirlere uluslararası alanda tanınan bağımsız teamül hukukunun bulunduğunu görmekteyiz: “ius mercatorium” ve “Serbest Bölge Hukuku” gibi. “lex mercatoria” tabirinin ilk kez İngiltere’de 1290 yılında ticari teamüllerin toplanarak Fleta Kanunları adı altında yayınlandığı sırada ortaya çıktığı görülmektedir. Daha sonraki yüzyıllarda ulusallaşmanın etkileriyle tacirler için yapılmış olan bu uluslararası düzenlemeler yerini ulusal ticaret kanunlarına bırakmıştır⁵.

İkinci Dünya Savaşından sonra dünyada ticaretin artması ile evrensel olma niteliğini yitirmiş ve ulusallaşmış ticaret hukukuna yönelik uluslararası alanda çözüm sunabilecek düzenleme çalışmaları başlamıştır. Bazı örgütler tarafından çeşitli kurallar düzenlenmiş, model kanun çalışmalarına başlanmış, standart sözleşmeler düzenlenmiş, birörnek kurallar öngörülmüş, devletler kendi aralarında anlaşmalar yapmaya başlamışlardır.

Uyuşmazlıkların kanunlar ihtilafı kuralları ile çözümlenmesinin yarattığı sürprizlere, hak kayıplarına engel olmak için yeni bir eğilim olarak, özel hukukun; borçlar hukuku ve ticaret hukukunun birleştirilmesi, model kanunların oluşturulması çabaları üzerine birtakım çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar sürekli geliştirilmektedir⁶. Öğretide bu model kanunlar; “yeni lex mercatoria” olarak adlandırılmakta ve uyuşmazlıkların çözümünde bir hukuk kaynağı olarak seçilmektedir.

Çalışmamızın amacı uluslararası ticaret hukukundaki sözkonusu birleştirme çalışmalarını ve uygulamasını ortaya koymaktır. Çalışmamızda kısaca Türk ticari örf ve âdetlerine yer verdikten sonra sırayla lex mercatoria ve yeni lex mercatoria olarak kabul edilen model kanunlara değinerek bu ilkelerin uygulanması konusunu incelemeye çalıştık. Konunun yeni ve oldukça geniş olması, uygulamanın henüz yaygınlaşmamış olması ve bu

⁵ Arzu OĞUZ, a.g.m., sh. 20 vd.

⁶ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 16 vd.

konuda yazılmış az sayıda Türkçe eser olması ve yabancı kaynaklara erişim sorunu çalışmamızdaki en büyük güçlükleri oluşturmuştur.

Diğer konularda olduğu gibi sözkonusu tezin hazırlanmasında da, yardım ve desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen başta annemle babam Fehime – Y. Teoman SELÇUK olmak üzere, tez danışmanım Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ, Av. Nazan – Ayhan YILMAZ'a ve diğer tüm yakınlarıma teşekkürlerimi sunarım.

H. İdil SELÇUK ÖLÇEK

ANKARA, 2010

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ÖRF ve ÂDET KURALLARI ile TEAMÜL

I. ÖRF ve ÂDET KURALLARI	2
A. Örf ve Âdet Kuralının Tanımı	2
B. Örf ve Âdet Kurallarının Unsurları	3
1. Maddî Unsur	4
2. Manevî Unsur	5
3. Hukukî Unsur	6
C. “Örf ve Âdet” ile “Örf ve Âdet Hukuku” Arasındaki Fark	7
D. Örf ve Âdet Kurallarının Türleri	7
1. Yaygın Örf ve Âdet Hukuku ile Yöresel Örf ve Âdet Hukuk Kuralı Ayrımı	7
2. Genel Örf ve Âdet Hukuku ile Özel Örf ve Âdet Hukuk Kuralı Ayrımı	9
3. Alelade Örf ve Âdet Hukuku ile Ticarî Örf ve Âdet Hukuku Kuralı Ayrımı	9
E. Ticarî Örf ve Âdet Hukuku Kuralı	9
F. Örf ve Âdet Hukuku Kuralının Uygulanması	10
G. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Uygulamadaki Rolü	11
1. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Tamamlayıcı Rolü	11
2. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Belirtici Rolü	13
3. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Yorumlayıcı Rolü	14
II. TEAMÜLLER	15
A. Teamülün Tanımı	15
B. Ticarî Teamülün Tanımı	15
C. Teamülün Unsurları	16
1. Maddî Unsur	16
2. Manevî Unsur (Opinio Juris)	17
D. Teamülün Türleri	17
1. Ticarî Teamül ile Medenî Teamül Ayrımı	17
2. Özel Teamül ile Genel Teamül Ayrımı	18
E. Teamül ile Örf ve Âdet Arasındaki Fark	18

F. Kanun Koyucunun Teamülü Bir Kaynak Olarak Belirtmesinin Sonuçları	19
G. Bir Kuralın Örf ve Âdet Kuralı mı Yoksa Teamül mü Olduğunun Saptanması	19
H. Teamül Ne Zaman Dikkate Alınır? Hangi Hallerde Uygulanır?	20
III. ÖRF ve ÂDET KURALLARI ile TEAMÜLÜN TİCARET KANUNUNDAKİ YERİ	22
A. Tacirler Arasında Ticarî Örf ve Âdet Kuralları Uygulanır (Ticarî Örf ve Âdetin Tacirler Hakkında Mutlak Olarak Uygulanması)	22
B. Örf ve Âdet Kuralının Tacir Olmayan Kişilere Uygulanıp Uygulanmayacağı Hususu ve İspat Külfeti	23
C. Bir Hükmün Ticarî Olarak Nitelendirilmesinin Sonuçları Açısından Örf ve Âdet Hukuku	23
D. Örf ve Âdetin günümüzdeki Yeri ve TTK. Açısından Eleştiri	25
E. Ticaret Ortaklıklarına TTK. md. 138 Uyarınca Uygulanacak Hükümlerde Sıra ve Örf ve Âdet Kurallarının Bu Sıralamadaki Yeri .	26
F. Kollektif Ortaklığın İç İlişkideki İşleyişi Bakımından Örf ve Âdetin Rolü	28
G. Ticari Örf ve Âdetin Bir Uygulaması Olarak Fatura (TTK. md. 1/ f.1 ve TTK md. 2/ f.2).....	29
H. Bankaların İşlemlerinde Kullandıkları Genel Şartlar Örf ve Âdet Kuralları	30
I. Kanunî Faiz ile Örf ve Âdet Arasındaki İlişki	31
J. Ticarî Örf ve Âdet Ne Zaman Hâkim Tarafından Dikkate Alınır?.....	31
K. Yerel Ticaret Odası'ndan Gelecek Örf ve Âdete İlişkin Cevabın Niteliği	33
L. Hukuk Kuralı Seviyesine Çıkınca Örf ve Âdet, Yazılı Hükümler ve Hattâ Emredici Hükümlere Karşı Oluşabilir Mi?	34
M. Tamamlayıcı, Yorumlayıcı Hükümlere Aykırı Örf ve Âdet Kuralı Oluşabilir Mi?	34

İKİNCİ BÖLÜM

LEX MERCATORIA

I. LEX MERCATORIA.....	35
A. Lex Mercatoria KavramınınTarihsel Gelişimi.....	37
1. Roma Hukuku ve Lex Mercatoria	38
a. Ius Gentium.....	38
b. Bona Fides	39
2. Ortaçağ'da Kıta Avrupası Hukuku ve Lex Mercatoria.....	41
3. Serbest Bölge Hukuku	43
4. İngiltere'deki Gelişmeler	43
5. Kıta Avrupası Hukuku'ndaki Gelişmeler	45
6. Son Zamanlardaki Gelişmeler	45

B. Lex Mercatoria'nın Kaynakları.....	48
1. Standart Sözleşmeler (Tip Sözleşmeler).....	48
a. Form Şeklinde Düzenlenmiş Sözleşmeler.....	49
b. Genel İşlem Şartları	49
2. Bir örnek Kurallar ve Bir Örnek Kural Olarak INCOTERMS'ler.....	50
a. Genel Olarak Bir Örnek Kurallar.....	50
b. Bir Örnek Kurallar Olarak Uluslar arası Ticari Terimler (INCOTERMS)	51
3. Ticarî Teamüller	53
4. Uluslararası Kanunlaştırmalar	54
a. Devletler Arasında Yapılan Uluslararası Anlaşmalar.....	54
(1) Taşımacılık Alanındaki Anlaşmalar	54
(2) Satım Sözleşmesi Alanındaki Anlaşmalar.....	55
(3) Devletler Umumi Hukuku Kapsamına Giren Anlaşmalar	56
b. Model Kanunlar	56
(1) Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri	57
(2) Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İlkeleri	58
(3) Avrupa Birliği Hukukunda Tüzük ve Yönergeler.....	58
5. Hukukun Genel İlkeleri	59
a. İyiniyet İlkesi (Bona Fides)	60
b. Ahde Vefa İlkesi (Pacta Sunt Servanda)	60
c. Mücbir Sebep (Vis Major) ve Sözleşmenin Yeni Koşullara Uyarlanması (Clausula Rebus Sic Stantibus)	61
6. Uluslararası Tahkim	63
C. Lex Mercatoria Kavramının Kapsamı.....	65
D. Lex Mercatoria Kavramının Hukuk Teorisindeki Yeri	67
1. Özerk (Otonomist) Yaklaşım	69
2. Pozitivist Yaklaşım	70
3. Diğer görüşler.....	70
II. YENİ LEX MERCATORIA VE UYGULAMASI	73
A. Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Çözümlemesi ve Tahkim.....	73
1. İrade Serbestisi ve Uluslararası Sözleşmelerde Tarafların Hukuk Seçimi.....	77
2. Lex Mercatoria ve MTO Tahkim Kuralları.....	81
a. Tarafların Hukuk Seçimi İle İlgili Olasılıklar ve Lex Mercatoria'nın Uygulanması	82
b. Hakemlerin Hakkaniyete ve Nesafete Göre Karar Vermeleri, Dostane Çözüm ve Lex mercatoria	83
c. Milletlerarası Hukukta Uyuşmazlığın Çözümüne Uygulanacak Hukuk olarak Lex Mercatoria ve Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tüzüğü md. 17 / f. 2 Uyarınca Hakemlerim Milletlerarası Örf, Âdet ve Teamülleri Uygulamasının Yarattığı Sorunlar	85
B. Hakemlerce Uygulanan Çeşitli Lex Mercatoria Kuralları	89
1. Hakemlerce, Uluslararası Ticareti Düzenleyen Bazı Belge ve Sözleşmelerde Yer Alan Maddi Normların Doğrudan Uygulanması.....	89

2. Hakemlerce, Uluslararası Ticareti Düzenleyen Bazı Uygulama Düzenlemelerinin Doğrudan Uygulanması	92
3. Hakemlerce, Milletlerarası Örf, Âdet ve Teamüllerin Doğrudan Uygulanması.....	94

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELER İÇİN UNIDROIT İLKELERİ

I. GENEL OLARAK.....	97
A. UNIDROIT İlkelerin Amacı	98
B. Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü (UNIDROIT) .	100
C. UNIDROIT İlkelerinin Hukuki Niteliği	102
D. UNIDROIT İlkelerinin Özellikleri	102
1. Genel Kurallar İçermesi.....	102
2. Uluslararası Sözleşmelere İlişkin Olması	103
3. Ticari Sözleşmelere İlişkin Olması	103
II. YAYINLANAN UNIDROIT İLKELERİ KİTABININ BİÇİMİ, PLANI VE TERMİNOLOJİ	104
A. Yayınlanan Kitabın Biçimi	104
B. UNIDROIT ilkelerinin Planı	104
C. UNIDROIT İlkelerinde Kullanılan Terminoloji	105
III. UNIDROIT İLKELERİNİN İÇERİĞİ	106
A. İlkelerin Kaynakları.....	106
B. İlkelere Esas Teşkil Eden Temel Düşünceler.....	107
1. Sözleşme Özgürlüğü ve Şekil Serbestisi.....	107
2. Uygulama ve Ticari Teamüller.....	108
3. Sözleşme Lehine Hareket (Favor Contractus)	108
4. İyi Niyet İlkesi	109
5. Adaletsizliğe Karşı Denetim	110
6. Gabin	111
IV. UNIDROIT İLKELERİNİN UYGULAMADAKİ İŞLEVLERİ.....	112
A. Unidroit İlkelerinin Ulusal ve Uluslararası Kanunlaştırmalarda Model İşlev Görmesi.....	112
B. UNIDROIT İlkelerinin Özel Hukuk Sözleşmelerinde Örnek Olarak Kullanılması	113
C. UNIDROIT İlkelerinin Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanması.....	114
D. UNIDROIT İlkelerinin Uygulanması Gereken Hukukun Uygulanmaması Durumunda Yedek Olarak Uygulanması	115
E. UNIDROIT İlkelerinin Uluslararası Yeknesak Hukukun Yorumunda Yardımcı Araç Olarak Kullanılması	117
V. UNIDROIT İLKELERİNİN LEX MERCATORIA KURAMI İLE İLİŞKİSİ ..	118
A. Lex Mercatoria ile Özel Bağlantı Noktası: “BAŞLANGIÇ” Kısmı	118

B. Genel Bakış Açıları	119
1. UNIDROIT Çalışma Grubunun Metodu (Karşılaştırmalı Hukukta İşlevsel Denklik İlkesi).....	119
2. Bir Hukuk Sisteminin Yapı Taşları: Genel Hukuk İlkeleri ile Hukuk Kurallarının Bir Araya Getirilmesi.....	126
VI.UNIDROIT İLKELERİNİN BENZER ULUSLARARASI KURALLARDAN FARKLILIĞI	129
A. Viyana Satım Sözleşmesi ve UNIDROIT İlkelerinin Karşılaştırılması.....	130
1. Hazırlık Aşaması	130
2. İçeriklerinin Karşılaştırılması	132
3. Her İki Düzenlemenin de Birlikte Yürürlükte Olması.....	133
B. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ile UNIDROIT İlkelerinin Karşılaştırılması.....	134
1. Hazırlık Aşaması	134
2. İçeriklerinin Karşılaştırılması	136
3. Her İki Düzenlemenin de Birlikte Yürürlükte Olması.....	138
VII.UNIDROIT İLKELERİNİN HUKUKUN BİRLEŞTİRİLMESİNE OLAN ETKİSİ	139
A. Hukukun Birleştirilmesinin Altında Yatan Nedenler	140
B. UNIDROIT İlkelerinin Yeni Bir Lex Mercatoria Oluşturup Oluşturmadığı Hususu	140
C. UNIDROIT İlkelerinin Hukukun Birleştirilmesi Amacını Gerçekleştirip Gerçekleştirmedeği	143
SONUÇ	145
KAYNAKÇA	148
ÖZET	166
ABSTRACT	167

KISALTMALAR

AAA	: American Arbitration Association (Amerikan Tahkim Derneği)
AB	: Avrupa Birliği
ABGB	: Avusturya Medeni Kanunu
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
ALR	: Prusya Medeni Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
Aşa.	: Aşağıda
A.Ş.	: Anonim Şirket
Avr. Sözl. H.	: Avrupa Sözleşme Hukuku
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt

Çev.	: Çeviren
CIDIP-5	: Uluslararası Özel Hukuk 5. Inter-Amerikan Konferansı
cif	: cost, insurance, freight/masraflar (sigorta ve navlun ödenmiş olarak teslim)
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi kısaca Viyana Satım Sözleşmesi)
CIPL	:İsviçre Federal Devletler Özel Hukuku Kanunu
dn.	: Dipnot
Der.	:Derleyen
ddp	: delivered duty paid (gümrük vergileri ödenmiş olarak teslim)
Doç. Dr.	: Doçent Doktor
E.	: Esas
ECE	: Economic Commission for Europe (Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu)
ed.	: Editor

ESCAP : Economic and Social Commission for Asia and the Pasific

(Birleşmiş Milletler Asya Pasifik Ekonomik Komisyonu)

f. : fıkra

fas : free alongside ship

(gemi doğrultusunda teslim)

FIDIC : Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils

(Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu)

fob : free on board

(gemi bordasında teslim)

H.D. : Hukuk Dairesi

ILA : International Law Association

(Uluslararası Hukuk Derneği)

INCOTERMS : International Commercial Terms

(Uluslararası Ticari Terimler)

K. : Karar

karş. : karşı

KO. : Kollektif Ortaklık

KOOP.	: Kooperatif
md.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
M.Ö.	: Milattan Önce
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce - ICC)
n.:	: numara
OAS	: Organisation of American States (Amerikan Devletler Örgütü)
PECL	: Principles of European Contract Law (Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri)
pp.	: page
Prof.	: Profesör
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı

sh.	: sahife
t.	: tarih
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
UCC	: United Commercial Code (Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu)
UN	: United Nations (Birleşmiş Milletler)
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
ULF	: Uniform Law on the Formation of Contracts for the International International Sales of Goods (Malların Satımına İlişkin Sözleşmelerin Oluşumu Konusunda Yeknesak Kanun)
ULIS	: Uniform Law on the International Sale of Goods (Malların Satımına İlişkin Yeknesak Kanun)
UNIDROIT	Institut International Pour l'Unification du Droit Privé (International Institute for the Unification of Private Law) Özel Hukukun Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Uluslararası Enstitü

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Vol. : Volume

Y. : Yıl

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Bu çalışmanın ilk bölümünde öncelikle Türk Hukuku'nun özel hukuk alanında özellikle ticaret hukuku açısından önemli bir yeri olan örf ve âdet kurallarının tanımı yapılacak, unsurlarına yer verilecek, daha sonra ise bu kuralların çeşitleri belirtilecektir. Bu bölümde görüleceği üzere, bu kuralların tanımı, unsurları ve çeşitleri konusunda öğretilerde farklı görüşler ve tanımlar mevcut bulunmaktadır. Çalışmamızda kısaca öğretilerde yer alan bu çeşitli görüş ve tanımları orta koymaya çalıştık. Bu incelemenin ardından ise, teamülün tanım ve çeşitleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Hemen belirtelim ki, Türk öğretisinde maalesef teamülün tanım ve unsurları açısından, örf ve âdet kuralları açısından yapılan incelemeler kadar geniş incelemelere rastlanılamamıştır. Teamülün genellikle, örf ve âdet kuralları ile arasındaki farklar açısından incelendiği gözlenmiştir. Bu ilk bölümün son kısmında ise, bu kavramların Ticaret Kanunumuz açısından çeşitli uygulamalarına değinilecektir.

İkinci Bölüm ise tez çalışmamızın esas konusunu oluşturan "lex mercatoria"ya ayrılmıştır. Bu bölümde sırasıyla lex mercatoria'nın tanımı yapılmaya çalışılacak, daha sonra ise kaynakları, tarihçesi, milletlerarası ticari tahkimdeki rolü üzerinde durulacaktır.

Üçüncü bölümde, öğretilerde kimi yazarlarca "yeni lex mercatoria" olarak adlandırılan Uluslararası Ticari Sözleşmeler için Unidroit İlkeleri incelenmiştir. Unidroit ilkelerinin amacı ortaya koyulmaya çalışılmış, bu ilkelerin hazırlanma aşamasına ve Unidroit Enstitüsü'ne değinilmiştir. Daha sonra bu ilkelerin içeriği ve benzer düzenlemelerden farkları (Viyana Satım Sözleşmesi ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri bundan sonra Avr. Sözl. H. İlkeleri olarak anılacaktır) genel olarak ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Tez çalışması bir sonuç kısmıyla tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ÖRF ve ÂDET KURALLARI ile TEAMÜL

I. ÖRF ve ÂDET KURALLARI

A. Örf ve Âdet Kuralının Tanımı

Örf ve âdet kuralları, uzun zamandan beri uygulanan, tekrarlanan ve bunun sonucunda toplumda ya da en azından ilgili çevrelerde⁷, uyulmasının zorunlu (mecburî) olduğu yolunda halkta yaygın bir inancın yerleşmiş olduğu davranış kurallarını ifade eder⁸.

Örf ve âdet kuralları, kanundan farklı olarak bir makamın yazılı şekilde açıklanmış iradesine dayanmaz; halkın vicdanından doğan bir kanaatin ürünüdür. Belirli bir olay karşısında ilgililerin davranış tarzı, toplumu oluşturan fertler tarafından her seferinde aynı şekilde tekrarlanmak suretiyle, toplumda bu davranış tarzına uyulmasının zorunlu olduğu kanaati yerleşir. Böylece söz konusu davranış tarzı bir örf ve âdet kuralı halini almış olur⁹.

Örf ve âdet kuralları, yazılı olmayan uygulamalar¹⁰; başka bir deyişle *“henüz yazılmamış kanunlardır”*¹¹.

⁷ Nitekim TTK’nın 2/II. maddesinde de, örf ve âdetin bir bölgeye ya da bir ticaret şubesine özgü olabileceğine işaret olunmuştur.

⁸ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 88 vd., aynı görüşte bkz. Sami KARAHAN, Ticaret Hukukunun Temel Kavramları, Konya 1991, sh. 36. Aynı görüşte bkz, Kemal OĞUZMAN, Medenî Hukuk Dersleri, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, sh. 64.

⁹ Kemal OĞUZMAN, a.g.e., sh. 64.

¹⁰ Bkz. Sami KARAHAN, a.g.e., sh. 36.

¹¹ Ahmet BATTAL, Ticari İşletme Hukuku (Ticaret Hukukunun Temel Kavramları), Kolay Hukuk Serisi: 9, Gazi Kitabevi, Ankara 2005, sh. 14.

Toplumsal örf ve âdetler, hukuk kuralı niteliği taşımakta olup hukuki ilişkilerin adil bir şekilde çözüme kavuşturulmasında ikinci sırada kullanılabilecek bir kaynağı oluşturmaktadır¹². Zira özel hukuk alanındaki kanunlar da esasen, toplum tarafından benimsenmiş ve uzun süre uygulanmış örf ve âdet kurallarının sonradan kanun koyucu tarafından yazıya geçirilmesi ile ortaya çıkmışlardır. Bu nedenle kanun koyucu yazılı örf ve âdet durumunda olan bir kanun hükmü bulunmadığında çözüm için, yazılı olmayan kanun durumunda olan örf ve âdet kuralına sıra geleceğini kabul etmektedir¹³. Bu halde hâkim, uygulayacak yazılı bir kural bulunmadığı takdirde örf ve âdet hukukuna başvuracaktır¹⁴.

Ticarî örf ve âdet kuralları ise; devamlı bir geleneğe dayanan ve uyulmasının zorunluluğu hakkında ticaretle uğraşanların genel bir kanaat sahibi oldukları, müeyyidelendirilmiş, yazılı olmayan hukuk kurallarıdır¹⁵.

B. Örf ve Âdet Kurallarının Unsurları

Örf ve âdet kurallarının unsurları konusunda öğretilde henüz bir görüş birliği mevcut bulunmamaktadır¹⁶.

Örf ve âdet kurallarının unsurları medeni hukuk, ticaret hukuku, devletler genel hukuku gibi çeşitli hukuk alanlarında; aşağıda da görüleceği üzere maddi, manevi ve hukuki unsur olarak üçe ayrılarak incelenmektedir. OĞUZMAN gibi kimi yazarlar, sadece iki unsuru yeterli görürken, örneğin

¹² İkranda bulunma, selamlaşma gibi örf ve âdeter görgü kuralı ya da kültür unsuru durumundadır. Bunların toplumu ayakta tutma rolü olmakla birlikte, hukuk kuralı olacak bir değeri yoktur.

¹³ Ahmet BATTAL, a.g.e., sh. 14.

¹⁴ Ahmet BATTAL, a.g.e., sh. 14.

¹⁵ Mahmut Tefrik BİRSEL, Ticarî İşletme Hukuku, Cilt I, İzmir, 1970, sh. 38.

¹⁶ Antoine KASSIS, "Théorie Générale des Usages du Commerce, droit comparé contrats et arbitrage internationaux lex mercatoria", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1984, sh. 17. A. Kassis, uluslararası ticarî örf ve âdetler ile ilgili kitabının ilk bölümünü iç hukukta örf ve âdet teorisine ayırmıştır.

GÜRİZ gibi bazı yazarlar¹⁷; bazıları zorunlu bazıları zorunlu olmayan şu unsurları saymaktadır: kesinlik, akla uygunluk, kanuna ve hukuk sisteminin genel esaslarına aykırı olmamak¹⁸, süreklilik, eskilik¹⁹ ve genel inanç²⁰.

Kimi yazarlara göre, ticarî örf ve âdet hukukunun unsurları da TMK. md. 1’de belirtildiği gibidir.²¹ Diğerlerine göre ise ticari örf ve âdet hukukunun unsurlarını genel hukuk örf ve âdetinin (TMK. md. 1) unsurlarında olduğu gibi üç noktada toplamak mümkündür²². Biz de bu üçlü ayırımdan hareket ederek yeri geldikçe farklı görüşlere de değineceğiz.

1. Maddî Unsur

Öğretide mevcut bulunan genel kanaate göre bu unsurdan kastedilen bir âdetin, örf ve âdet kuralı haline gelebilmesi için, uzun süreden beri toplum içinde uygulanagelmiş olmasıdır²³.

Maddi unsur; devamlılığı, örf ve âdet kuralının “uzun zamandan beri uygulanmakta olmasını”, “tekrarlanmasını”²⁴ ve “sürekliliğini”²⁵ ifade etmektedir.

¹⁷ Örneğin Erem, şu unsurlardan bahsetmektedir: 1. Uzun zamandan beri devamlı olarak kullanılmış olması, 2. Umumun kanaatlerini ifade etmesi ve herkesce bilinmesi, 3. Riayet mecburiyeti inancının tahakkuk etmesi, 4. Müeyyidesinin mevcut olması, 5. Kanunlara (ahlaka ve kamu düzenine) muhalif olmaması. Turgut S. EREM, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku Prensipleri, Cilt I, Ticarî İşletme, İkinci Baskı, İstanbul 1962, sh. 84.

¹⁸ Rıza AYHAN, (Hayrettin ÇAĞLAR, Mehmet ÖZDAMAR’ın katkılarıyla) Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, sh. 28.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge UMAR, Hukuk Başlangıcı Ders Kitabı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları n.: 70, İzmir 1997, sh. 73. Yazar söz konusu eserinde bu unsuru; örf ve âdet kuralının kadîm (geçmişi çok eskiye dayanan) nitelikte olması gerektiği ile açıklamaktadır. Yazara göre bu konuda öğreti görüş birliği içindedir.

²⁰ Adnan GÜRİZ, Hukuk Başlangıcı, 10. Baskı, Ankara 2005, sh. 10 vd.

²¹ İrfan BAŞTUĞ, Ercüment ERDEM, Ticarî İşletme Hukuku (Ders notları), Ankara 1993, sh. 11.

²² Mahmut Tevfik BİRSEL, a.g.e., sh. 38. Aynı doğrultuda bkz. Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36.

²³ Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36.

²⁴ İrfan BAŞTUĞ, Ercüment ERDEM, a.g.e., sh. 11.

Bir davranışın “tekrarlanmasının gelenek haline gelmesi” için ne kadar bir süre gerekir sorusuna kesin bir cevap verilemez. Bu süre; devirlere, çevreye, hayatın temposuna, konunun sık veya seyrek olarak ortaya çıkışına göre değişir²⁶.

2. Manevî Unsur

Bir örf ve âdetin uygulanmasının gerekli olduğuna ilişkin bireylerde yerleşmiş olan inanç²⁷; genel kanı (*opinio necessitatis*)²⁸’dir.

Ticaret hukuku açısından bu unsur; tacirler arasında uzun zamandır uygulanan bu kurala uymanın gerekli olduğu yolunda yerleşmiş bir kanının varlığını ifade etmektedir²⁹.

Manevi unsur başka bir açıdan şu şekilde tanımlanmıştır; toplum içinde örf ve âdet uygulamasının, bir hukuk kuralı olduğuna inandıran ve kabul ettiren ve söz konusu örf ve âdet kuralını, hukukî ilişkilerde dikkate almaya götüren bir sosyal ortamın oluşması³⁰.

²⁵ Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36. Erol ULUSOY, Ticari Örf ve Âdet Hukuku ve Türkiye’de Geçerli Olan Ticari Örf, Âdet ve Teamüller Fire ve Zayıat Kararları, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2001, sh. 53. Yazarlar bu unsuru “süreklilik unsuru” olarak nitelendirmiştir.

²⁶ Kemal OĞUZMAN, a.g.e., sh. 65. Antoine KASSIS; a.g.e., sh. 20.

²⁷ Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36. Yazar tarafından bu unsur “ruhî unsur” olarak nitelendirilmiştir. A. Kassis ise bu unsuru “psikolojik unsur” olarak nitelendirmiştir. Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 21.

²⁸ İrfan BAŞTUĞ, Ercüment ERDEM, a.g.e., sh. 11. Erol ULUSOY, a.g.e., sh. 54. Yazarlar tıpkı dipnot 23’de değinmiş olduğumuz Kassis gibi bu unsuru “psikolojik unsur” olarak nitelendirmişlerdir.

²⁹ İrfan BAŞTUĞ, Ercüment ERDEM, a.g.e., sh. 11.

³⁰ Tamer İNAL, Ticarî İşletme Hukuku, Kazancı Hukuk Yayınları: 170, İstanbul 2004, sh. 19. Yazar bu unsuru “sosyal unsur” olarak nitelendirmektedir.

3. Hukukî Unsur

Bazı yazarlara göre, sadece maddî ve manevî unsurun bulunması (başka bir deyişle devamlılık ve genel kanaat unsurlarının bulunması) bir örf ve âdeti, örf ve âdet hukuku haline getirmeye yeterli değildir. Ayrıca örf ve âdet kuralına uyulmaması halinde Devletin (kamu kuvveti yoluyla) bunlara uymayı zorla temin etmesi (yaptırım altına almış olması) da gereklidir³¹. Bu doğrultuda ancak bir örf ve âdet kuralına uyulmaması halinde Devlet tarafından ona bir yaptırım öngörüldüğü halde örf ve âdet hukuku kuralından söz edilebilir³².

Hukukî unsur kapsamı içinde örf ve âdetin yürürlükte olan emredici nitelikteki mevzuata uygun olması da yer almaktadır³³.

Buna karşın kimi yazarlar, yukarıda bahsetmiş olduğumuz maddî ve manevî unsurların, örf ve âdet kuralının oluşması için yeterli olduğunu düşünmektedir³⁴. Dolayısıyla yazar, hukukî unsur olarak belirtmiş olduğumuz bu üçüncü unsurun, hukukumuzda şart olarak aranmasının söz konusu olmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre, örf ve âdet hukuku kuralının uygulanmasını gerektiren durumla (kanun boşluğu ile) karşılaşan hâkimlerin ilki dahi bu kuralı uygulamak zorundadır. Bu kuralı daha önce devletin müeyyidelendirmiş olup olmadığını veya daha önce bir mahkemede uygulanıp uygulanmadığını hâkimin araştırması söz konusu olmaz. Örf ve âdet hukuku kuralının uygulanması zorunluluğu Medeni Kanun'un 1. maddesine dayanır³⁵.

³¹ TTK'nın 57'inci maddesinin 10'uncu bendinde “.....mahallî âdetlerle tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmek” haksız rekabet sayılmak suretiyle müeyyidelendirilmiştir.

³² Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36. Aynı görüşte İrfan BAŞTUĞ, Ercüment ERDEM, a.g.e., sh. 11. Aynı görüşte Mahmut Tefik BİRSEL, a.g.e., sh. 38.

³³ Mahmut Tefik BİRSEL, a.g.e., sh. 38.

³⁴ Kemal OĞUZMAN, a.g.e., sh. 65.

³⁵ Kemal OĞUZMAN, a.g.e., sh. 65.

C. “Örf ve Âdet Kuralı” ile “Örf ve Âdet Hukuku Kuralı” Arasındaki Fark

Basit bir örf ve âdet kuralı ile örf ve âdet hukuku kuralı arasındaki farkı bir örnek ile açıklamaya çalışalım: Bilindiği gibi, yeni evlenen kimseye hediye götürmek bir örf ve âdettir. Ancak siz arkadaşınız evlendiği zaman ona hediye götürmezseniz, belki toplum sizi ayıplar, fakat Devlet işe karışıp, sizi hediye götürmeye zorlayamaz. Buna karşılık bazı bölgelerde yürürlükte olan yarıcılık veya ortakçılığa ilişkin örf ve âdet kuralına uymayacak olursanız, Devlet sizi zorla bunlara uydurur, yani size karşı bir yaptırım uygular. Bu sebeptendir ki, yarıcılık ya da ortakçılığa ilişkin kurallar örf ve âdet hukuku kuralı haline gelmiştir³⁶.

D. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Türleri

1. Yaygın Örf ve Âdet Hukuk Kuralı ile Yöresel Örf ve Âdet Hukuk Kuralı Ayrımı

Çeşitli yazarlar farklı isimlendirmeler altında, örf ve âdet hukuku uygulandıkları yer bakımından bir ayırma gitmişlerdir.

Bir örf ve âdet hukuku kuralı bütün ülkede uygulanmakta ise “yaygın”, buna karşılık bir ülkenin sadece belirli bir yöresinde (örneğin Ege Bölgesi’nde) uygulanmakta ise, “yöresel” bir örf ve âdet hukukundan bahsedilir³⁷.

³⁶ Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36.

³⁷ Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36. Aynı görüşte fakat farklı isimlendirmeler altında: Ali BOZER, Celal GÖLE, Bankacılar için Ticaret Hukuku Bilgisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın n.: 405 Bankacılar Serisi n.: 8 (Onyedinci Bası), Ankara, sh. 47 vd. Yazarlara göre, örf ve âdet kuralları bütün yurtda uygulanan veya bir bölgede uygulanan örf ve âdet kuralları olarak ikiye

Kimi yazarlara göre ise, bir bölgedeki ticari işlere mahsus, fakat herkesçe uygulanma zorunluluğu kabul edilmiş bir örf ve âdet kuralı olabilir³⁸.

Başka bir yazar ise, hukuk kuralı seviyesine çıkınca, örf ve âdet kuralının sadece bir bölgeye münhasır olmasını yadırgadığını belirtmiştir³⁹.

Bir uyuşmazlık çıktığı zaman hangi örf ve âdet hukuk kuralı uygulanacaktır? Bölgesel nitelikteki örf ve âdetin varlığı halinde, ilgililer aynı bölge içinde bulunuyorlarsa sorun yoktur. Özel nitelikteki örf ve âdet, genel niteliktekine üstün tutulur (TTK. md. 2 / f. 2). Fakat, ilgililerin ayrı bölgelerde bulunması hâlinde, kanun veya sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, ifa yerindeki örf ve âdet kuralı uygulanır (TTK. md. 2 / f.2, 2. cümle). Bununla beraber, bu hususun aksi sözleşme ile belirlenebilir⁴⁰.

Gerçekten bir tacirin farklı bir bölgedeki örf ve âdet kuralını bildiğinin karine olarak kabulü de yerinde olmaz. Bu esastan hareket eden kanunkoyucu TTK md. 2 / f. 2 de şöyle bir hüküm sevk etmiştir: *“Bir bölgeye veya bir ticaret şubesine mahsus (=yani meslekî) olan ticarî örf ve âdetler umumî olanlarla tercih olunur. İlgililer aynı bölgede bulunmadıkları takdirde, kanun veya mukavelede aksine hüküm olmadıkça, ifa yerindeki örfler uygulanır”*⁴¹.

ayrılabilir: Bütün yurttaki uygulanan örf ve âdet kurallarına genel örf ve âdet kuralı, diğerine ise, özel örf ve âdet kuralı denir. Örneğin, aynı konuda İstanbul’da uygulanan örf ve âdet kuralı ile Ankara’da uygulanan örf ve âdet kuralı birbirinden farklı olabilir. Aynı görüşte bkz. Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 90. Yazar, otomobil alım-satımlarında komisyonculara düşen sorumluluğa ilişkin örf ve âdet kuralını örnek göstermektedir.

³⁸ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, Ticarî İşletme Hukuku, Beta Yay. İstanbul 1998, n.: 133, sh. 79.

³⁹ Naklen Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 133, sh. 79.

⁴⁰ Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 47 vd. Aynı görüşte bkz. Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 90. Ayrıca bkz. Sami KARAHAN, a.g.e., sh. 36. Yazara göre, bir bölgeye veya ticaret şubesine mahsus olan ticarî örf ve âdetler genel olanlara tercih edilir.

⁴¹ İrfan BAŞTUĞ, Ercüment ERDEM, a.g.e., sh. 11 vd.

2. Genel Örf ve Âdet Hukuk Kuralı ile Özel Örf ve Âdet Hukuk Kuralı Ayrımı

Bu ayırım sadece tek bir yazar tarafından yapılmıştır. Yazara göre, örf ve âdet hukuk kurallarının “uygulandıkları kişilere göre” bir ayırıma gitmiştir. Yazara göre, bir örf ve âdet hukuku herkese uygulanıyorsa “genel”; herkese değil de belirli bir zümreye (örneğin işçilere, tacirlere) uygulanıyorsa, “özel” örf ve âdet hukuku kurallarından söz edilir⁴².

3. Alelade Örf ve Âdet Hukuku Kuralları ile Ticarî Örf ve Âdet Hukuku Kuralları Ayrımı

Bir örf ve âdet hukuku kuralı, ticarî işletmelere ve tacirlere uygulanıyorsa, “ticarî örf ve âdet hukuku”ndan, buna karşılık ticarî işler dışında kalan işlemlere uygulanıyorsa, “alelade örf ve âdet hukuku”ndan söz edilir⁴³.

E. Ticarî Örf ve Âdet Hukuku Kuralı

Daha önce de belirttiğimiz gibi ticarî örf ve âdetler, uzun zamandan beri uygulanan ve bunlara uyulmasının gerekliliği hakkında tacirlerin genel bir kanı sahibi oldukları, Devlet tarafından müeyyidelendirilmiş, yazılı olmayan hukuk kurallarıdır⁴⁴.

⁴² Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36.

⁴³ Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36.

⁴⁴ İrfan BAŞTUĞ, Ercüment ERDEM, a.g.e., sh. 11. Ticari örf ve âdet kurallarının yazılı olmaması ile ilgili olarak bkz. Mahmut Tevfik BİRSEL, a.g.e., sh. 38. Aynı doğrultuda İrfan BAŞTUĞ, Ercüment ERDEM, a.g.e., sh. 11. Ziya AKINCI, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, sh. 170 n.: 602. Erol ULUSOY, a.g.e., sh. 67 vd.

Bu kurallar, ticaret âleminde herkesin uyulması gerekliliğini kabul ettiği bir takım kurallardır⁴⁵. Ticarî hükümlerde boşluk bulunması halinde hâkim ticari örf ve âdeti araştırarak ve olaya uygulanabilecek olanı bulursa onu uygulayacaktır (TTK. md. 1 / f. 2)⁴⁶. Ticarî âdetler, ticaret hayatının getirdikleri nedeniyle özellikle tacirler arasında meydana gelir ve ancak onlar tarafından bilinir⁴⁷.

Diğer yazarlar ticarî örf ve âdet hukuku kurallarını ticaret hukuku ve bu hukuk dalının branşlarına göre ikiye ayırarak incelemiştir: Yazarlara göre, örf ve âdet hukuku kuralları, bütün ticaret branşlarına uygulanıp uygulanılmamalarına göre ikiye ayrılmaktadır. Yazarlar, bütün ticaret branşlarına uygulanan örf ve âdet hukku kurallarını genel örf ve âdet kuralı olarak adlandırmaktadırlar. Belli ticaret kollarında uygulanan örf ve âdet hukuku kurallarını ise özel örf ve âdet kuralı olarak ifade etmektedirler. Örneğin, zahire komisyonculuğu alanında mevcut örf ve âdet hukuku kuralı toptan kumaş ticareti için geçerli olmayabilir. Bu gibi hallerde, özel örf ve âdet hukuku kuralı genel örf ve âdet hukuku kuralına tercih edilir⁴⁸.

F. Örf ve Âdet Hukuku Kuralının Uygulanması

Örf ve âdet hukuku; alelade örf ve âdet hukuku açısından uygulamasını Medeni Kanun'dan almaktadır. Genellikle bir uyuşmazlığın mahkemeye intikal ettiği durumlarda hukuken uygulama alanı bulmaktadır. Konumuz genel olarak ticarî örf ve âdetlerle ilgili olduğu için, bu bölümde

⁴⁵ Mahmut Tevfik BİRSEL, a.g.e., sh. 38. Aynı doğrultuda İrfan BAŞTUĞ, Ercüment ERDEM, a.g.e., sh. 11.

⁴⁶ Mahmut Tevfik BİRSEL, a.g.e., sh. 38.

⁴⁷ Yaşar KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku Dersleri, Ankara 1957, sh. 77.

⁴⁸ Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 47 vd. Aynı yönde Tamer İNAL, a.g.e., sh. 18. KARAYALÇIN ise, coğrafi bakımdan ulusal ve uluslararası ticarî örf ve âdet olarak bir ayırım daha yapmıştır: Yaşar KARAYALÇIN, a.g.e., sh. 77.

alelade örf ve âdet kurallarının uygulanmasına ilişkin açıklamayı kısa tutmayı uygun bulduk.

Ticarî örf ve âdet hukuku kurallarının uygulanması ise ticarî uyuşmazlıklarda mahkeme tarafından Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde, ya da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan düzenlenen İç Tahkim veya 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamında görülen tahkim esnasında hakemler tarafından dikkate alınacaktır.

G. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Uygulamadaki Rolü

Ticarî örf ve âdetlerin uygulamadaki rolüne gelince; kanuna göre sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında ve tamamlanmasında, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan ticarî işlerde mahkeme ticarî örf ve âdete göre karar verir. Bu suretle ticarî örf ve âdet kanun hükmü mertebesine yükseltilmiştir⁴⁹.

1. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Tamamlayıcı Rolü

Yazılı olmayan hukuk kurallarını içeren örf ve âdet hukukunun en önemli rolü TMK. md. 1'de de belirtildiği gibi, hakkında yazılı bir hukuk kuralı bulunmayan olaylara tamamlayıcı olarak uygulanmasıdır. Başka bir deyişle bu kurallar, çözümde genel hükümlerden önce geliyor demektir⁵⁰. Hâkim

⁴⁹ Turgut KALPSÜZ, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, sh. 73.

⁵⁰ Bu önceliğin nedeni açıktır. Çünkü örf ve âdet, kuşaktan kuşağa geçe geçe kökleşen ve uyulması yaptırıma bağlı zorunluluk haline gelen inanış ve tutum tarzlarından oluşur. Bu niteliği ile, yasalara

önüne gelen bir olaya, kanun, tüzük ve yönetmeliklerde ne lafız ne de anlam yönünden uygulanacak bir hüküm bulamaz ise, tamamlayıcı bir kaynak olan örf ve âdet hukukuna başvurur⁵¹.

Tamamlayıcı hukuk kaynakları, asıl kaynaklarda bir hükmün bulunmaması halinde başvuru kaynaklarıdır. Bu da örf ve âdet hukukudur⁵². Dolayısıyla ticarî örf ve âdetler ancak hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan işlerde uygulanması söz konusu olduğundan, tamamlayıcı bir norm niteliğindedir⁵³.

Kanun ayrıca, ticari örf ve âdetler arasında da bir sıra gözetmekte, bir bölgeye veya ticaret dalına ilişkin törelere, daha yaygın alanı olanlara oranla, öncelik tanımaktadır (TMK. md. 2/ f.2)⁵⁴.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 12 / c uyarınca, “sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır”. Görüldüğü gibi, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda uygulanacak hukukun maddi kurallarının yanı sıra, bu hukukun ticarî örf ve âdetlerinin de dikkate alınacağı ifade edilmiştir⁵⁵.

öncülük eden güçlü bir kaynak meydana getirir. Sosyal yaşamın her bölümünde gelişen törelerin en yaygın alanı kuşkusuz ticaret hayatıdır. Bu alanda töreler kolaylıkla bölgesel, hatta ulusal olmaktan çıkarak uluslararası ticaret piyasalarına yayılmaktadırlar. Tarih bunun çeşitli örnekleri ile doludur. Bir zamanların Akdeniz ticaretini düzenleyen (Lex Rhodia de Jacta) ve (Consolado del Mar) ile Fransa, İngiltere ve Hollanda’nın deniz ticaretine uzun süre yön vermiş olan (Rôles d’Oléron), bu tür törelerin adeta müeyyide hale gelmiş örneklerindendir (Bu konuda daha etraflı bilgi için bkz. Prof. Dr. Turgut S. EREM, a.g.e., sh. 12 vcm., Reşat D. TESAL, Hukukun Temel Prensipleri, sh. 20) naklen Reşat D. TESAL, Ticaret Hukuku, İstanbul 1984, sh. 12.

⁵¹ Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36.

⁵² Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36.

⁵³ Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 73.

⁵⁴ Reşat D. TESAL, a.g.e., sh. 12. Ayrıca bkz. Rıza AYHAN, Hayrettin ÇAĞLAR, Mehmet ÖZDAMAR, a.g.e., sh. 29.

⁵⁵ Ziya AKINCI, a.g.e., 2007, sh. 170, n.: 603.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12/C maddesi, esas itibariyle Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) Model Kanunu'nun 28/4. maddesinden alınmıştır. Ancak, UNCITRAL Model Kanunu'nda taraflar arasındaki "ilişkiye uygulanması" söz konusu olan ticarî örf ve âdetten bahsetmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun metni esas alındığında, göz önüne alınacak ticarî örf ve âdet, uygulanacak hukuka ait örf ve âdettir. Model Kanundan farklı olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda "esasa uygulanacak hukuk sistemine ilişkin" ticarî örf ve âdet dikkate alınmaktadır. Oysa milletlerarası tahkim uygulaması incelendiğinde, (dış ticarete ilişkin olsa dahi) ulusal hukuk sistemleri içinde yer alan ticarî örf ve âdet kurallarından ziyade, uluslararası ticarî uygulama sonucunda oluşan ticarî örf ve âdetlerin önem kazandığı dikkati çekmektedir⁵⁶.

Ayrıca, bir ticarî uyuşmazlığın çözümünde, yukarıda sayılan kaynakların (ticaret hükümleri, ticari örf ve âdet, teamül, umumî hükümler) yeterli olmaması halinde, aslında ticarî olmayan genel törelere, umumî yaşama yön veren gelenek ve göreneklere de başvurmak olanağı vardır⁵⁷.

2. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Belirtici Rolü

Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu ile Ticaret Kanunu, birçok maddelerinde bazı hususların saptanması ve özelliklerinin tayinini örf ve âdet hukukuna bırakmıştır. Örneğin Borçlar Kanunu'nun 257. maddesine göre, kiracı kira bedelini, sözleşme ya da örf ve âdetle belirtilen zamanlarda öder⁵⁸. Hemen yeri gelmişken belirtmek isterim ki, düşüncemize göre Cumhuriyet'in kurulmasıyla İsviçre Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunu'nun yabancı dilden çevrilerek ve üzerinde çok az değişiklik yapılarak ülkemizde uygulanacak

⁵⁶ Ziya AKINCI, a.g.e. 2007, sh. 170, n.: 604.

⁵⁷ Reşat D. TESAL, a.g.e., sh. 14.

⁵⁸ Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36.

kanun olarak tercih edilip meclis tarafından kabul edilmesinin belki de en önemli sebeplerinden biri de söz konusu kanunlar tarafından örf ve âdet hukukuna sık sık atıfta bulunulmasıdır. Bu şekildedir ki, Türkiye'nin dört bir tarafında uygulanan farklı örf ve âdet kuralları mahkemeler aracılığıyla uyuşmazlıkların çözümünde yeri geldiğinde dikkate alınmakta, çözüme esas olabilmektedir. Böylece Türk toplum yapısına ve yaşantısına uygun çözümler rahatlıkla mahkemeler tarafından uygulamaya konulabilmektedir.

3. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Yorumlayıcı Rolü

Bazı hallerde örf ve âdet hukuku bir hukuk kuralının ne şekilde anlaşılması gerektiğine yardımcı olur⁵⁹.

Türk Ticaret Kanunu'nun 2. maddesinin I. fıkrasında ise, ticarî teamüllerin hükme esas olamayacağı, ama irade beyanlarının yorumlanmasında dikkate alınacağı belirtilmiştir. Onun için 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12. maddesinin (c) fıkrasının I. Paragrafı 2. cümlesinde “ticarî örf ve âdet” ve “ticarî teamüller” birlikte ifade edilmiştir⁶⁰.

⁵⁹ Mustafa DURAL, a.g.e., sh. 36.

⁶⁰ Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 73.

II. TEAMÜLLER

A. Teamülün Tanımı

Uluslararası hukuk açısından öğretide teamül “yapılageliş” kelimesi tercih edilerek tanımlanmıştır. Bu tanıma göre; aynı yöndeki davranış ve tutumların giderek gelenek değerini kazanması ile yapılageliş (teamül) kuralları biçimlenmeye başlamaktadır. Ancak, genel nitelikli toplumsal örf ve âdet kurallarını hukuksal güce sahip yapılageliş (teamül) kurallarından ayırmak gerekmektedir. Zira, yapılageliş (teamül) kurallarına gelenek değerlerinin yanı sıra ayrıca bir hukuk kuralı oluşturdukları inancı ile uyulduğu gözlenmektedir⁶¹. Söz konusu yazar ardından, teamülün iki unsurunun bulunduğu bahsetmiştir: maddî unsur ve manevî (yazarın ifadesiyle psikolojik) unsur.

B. Ticari Teamülün Tanımı

Ticarî teamül; örf ve âdetten ayrı bir kavramdır. Ticarî teamül; uzun süreden beri uygulanan ve uygulanmasının gerekliliği hakkında genel bir kanı olan, fakat müeyyidelendirilmemiş, başka bir değişle henüz örf ve âdet haline gelmemiş yazılı olmayan kurallardır⁶².

Başka bir tanıma göre ise ticari teamüller örf ve âdet haline gelebilmek için kamu müeyyidesiyle himaye edilmeyi bekleyen yazılı olmayan kurallardır⁶³. Yukarıda, ticarî örf ve âdetin maddi, manevî ve hukukî olmak

⁶¹ Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, sh. 209.

⁶² İrfan BAŞTUĞ, Ercüment ERDEM, a.g.e., sh. 11. Rıza AYHAN, Hayrettin ÇAĞLAR, Mehmet ÖZDAMAR, a.g.e., sh. 28.

⁶³ Mahmut Tefik BİRSEL, a.g.e., sh. 38.

üzere üç unsurdan oluştuğu belirtilmişti. Ticarî teamül bu unsurlardan maddi ve manevî unsurları içerse de, hukukî unsurdan yoksundur.

Toplum ilişkilerinde rastlanan bir diğer ortak tutum türü olan teamül (yapılageliş, alışkanlık) ticarî işlemlerde örf ve âdetler gibi güçlü ve kesin bir kaynak sayılmamakla beraber, sözleşmenin yorumlanmasında yardımcı değer taşımaktadır. Bu açıdan teamül; örf ve âdet türünden geleneklerin hemen ardından gelen ikinci derecede bir başvuru aracı olarak sayılmalıdır⁶⁴.

Ticarî teamüller örf ve âdet gibi bir hukuk kaynağı değildirler. Ticarî teamüller fiilî âdetler olup bunlar işin aynı şekilde yapılması alışkanlığından doğarlar⁶⁵.

C. Teamülün Unsurları

1. Maddî Unsur

Aynı durumlarda, aynı davranış ve tutumların sürekli olarak tekrarlanması maddi unsuru oluşturmaktadır. Böylece, bir davranış ya da tutum tekrarlanmak yoluyla bir alışkanlık; gelenek değeri kazanmaktadır⁶⁶.

Teamülün bu maddi unsuru çerçevesinde, söz konusu davranış ya da tutumların bir örnek olması gereği vardır. Bu bir örneklik olumlu davranışlar biçiminde olabileceği gibi olumsuz davranışlar biçiminde de olabilmektedir. Başka bir deyişle; teamülü oluşturan bu davranışlar bir şeyi yapma, bir şeyin

⁶⁴ Reşat D. TESAL, a.g.e., sh. 12.

⁶⁵ Halil ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumî Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1969, sh. 30.

⁶⁶ Hüseyin PAZARCI, a.g.e., sh. 209. Rıza AYHAN, Hayrettin ÇAĞLAR, Mehmet ÖZDAMAR, a.g.e., sh. 28.

yapılmasına karşı çıkma, ya da birşeyi yapmama biçiminde ortaya çıkabilmektedir. Esas olan bu davranışların aynı doğrultuda istikrarlı bir biçimde yapılmış olmasıdır. Birbirleriyle çelişen davranışlar, çok sayıda da olsalar, bir teamül kuralı oluşturmaktan uzaktırlar⁶⁷.

2. Manevî Unsur (Opinio Juris)

Bir teamül kuralının doğması için, aynı yönde bir örnek davranışların sürekli olarak tekrarlanması yeterli olmayıp bu davranışların hukukun bir gereği olarak zorunlu olduğu konusunda bir inancın varlığı da gerekmektedir. Bu inanç gerekliliği Latince şu özdeyişle belirtilmektedir: <<*Opinio juris sive necessitatis*>>. Nitekim, çeşitli ahlak ya da görgü kurallarını teamülden ayıran fark, bu hukuksal zorunluluk inancının varlığı olmaktadır. Ancak, söz konusu inancın soyut bir inanç olması yeterli değildir. Bu inancın gerçekten bir taraf için somut bir hak doğururken öteki taraf için de bu hakka saygı gösterme yükümlülüğünü getirmiş olması gerekmektedir⁶⁸.

D. Teamülün Türleri

1. Ticarî Teamül ile Medenî Teamül Ayrımı

Kanun koyucu teamülü, medenî teamül ve ticarî teamül olarak ikiye ayırmamış olmakla beraber, TTK.'nın bazı maddelerinde sadece ticarî teamüle atıf yapılmıştır. Örneğin; tellâl ücretini tayin eden 108. maddede ticarî teamülden söz edilmektedir⁶⁹. Diğer bir hüküm; TTK. md. 799'a göre yükün sözleşme veya ticarî teamül ile belli olan ve bunların yokluğu halinde

⁶⁷ Hüseyin PAZARCI, a.g.e., sh. 209 vd.

⁶⁸ Hüseyin PAZARCI, a.g.e., sh. 211 vd.

⁶⁹ Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 49 vd.

halin icabına göre uygun görülen süre içinde taşınması lâzımdır. Dolayısıyla taşıma süresinin belirlenmesinde, yerine göre, ticarî teamülün de dikkate alınması söz konusu olabilir. Bu konuya ilişkin diğer örnekler için bkz. TTK. md. 88 / f. 5, md. 104 / f. 2, md. 108, md. 623 / f. 2, md. 1140 / f. 1, md. 1156; BK md. 209 / f. 3. Ticarî teamüller de, tacir sıfatını haiz olmayanlar hakkında, ancak bu kişiler tarafından bilindiği ya da bilinmesinin gerekli olduğu hallerde uygulanabilir⁷⁰.

2. Özel Teamül ile Genel Teamül Ayrımı

Teamüller de tıpkı örf ve âdetler gibi genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılır: özel teamüller belli bir branşa veya belli bir bölgeye özgü olabilir⁷¹.

E. Teamül ile Örf ve Âdet Arasındaki Fark

Ticarî işlere teamülün uygulanıp uygulanamaması üzerinde ayrıca durmak gerekir. TTK.'da, örf ve âdet ile teamül arasında bir ayırım yapılmıştır. Teamül, kanun açıkça kaynak göstermediği sürece esas itibariyle tarafların iradelerinin yorumlanmasında yardımcı olur. Örneğin, taraflar arasında borcun ifası için süre olarak “hafta” öngörülmüş ise, “hafta”dan neyin anlaşılması gerektiği teamüle müracaat suretiyle tespit edilir (BK. md. 76)⁷².

⁷⁰ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 91.

⁷¹ Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 49 vd.

⁷² Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 49 vd.

TTK.'da fiilî bir itiyat (alışkanlık) olan teamül ile, hukuk kuralı halini almış olan örf ve âdet arasında fark gözetilmiştir (gerekçe, III, 10). Fakat bunun ölçüsü verilmiş değildir⁷³. Arslanlı ise;

1) Uzun zamandan beri uygulanmış olma⁷⁴ (veya modern ticarete tekrarlanma) ve

2) Uygulanma zorunluluğunun herkesçe kabul edilmiş olması, şartlarının aranıldığını ifade etmektedir.

F. Kanun Koyucunun Teamülü Bir Kaynak Olarak Belirtmesinin Sonuçları

Kanun koyucunun teamülü kaynak gösterdiği yerlerde teamüle tıpkı bir örf ve âdet kuralı gibi başvurulacak ve bu gibi durumlarda teamülün sırası ticarî hükümlerden hemen sonra gelecektir. Teamül ister kaynak olarak, ister yorumlayıcı bir kural olarak kullanılsın, hâkim tarafından doğrudan doğruya göz önüne alınır⁷⁵.

G. Bir Kuralın Örf ve Âdet Kuralı Mı Yoksa Teamül Mü Olduğunun Saptanması

Hemen belirtelim ki, yazılı olmayan bir hukuk kuralının teamül mü, yoksa örf ve âdet hukuku kuralı mı olduğunu saptamak son derece zordur. Bu itibarla, yazılı olmayan kurallardan hangisinin kaynak, hangisinin de yorumlayıcı kural olarak kullanılabileceğini ayırmak hususunda hâkim

⁷³ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., sh. 79. Rıza AYHAN, Hayrettin ÇAĞLAR, Mehmet ÖZDAMAR, a.g.e., sh. 28.

⁷⁴ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., sh. 79.

⁷⁵ Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 49 vd.

güçlükle karşılaşmaktadır. Öğreti, bize teamül ile örf ve âdeti birbirinden ayıran kıstaslar vermekte ise de, bu kıstaslardan yararlanmak suretiyle kesin bir sonuca varmak her zaman mümkün olmamaktadır. Bu konuda öğretide ileri sürülen kıstaslara göre, yazılı olmayan bir hukuk kuralı, uzun zamandan beri uygulanıyorsa ve bu kurala uymanın zorunlu olduğu hususuna herkes inanmış ise, bu takdirde bu yazılı olmayan hukuk kuralı örf ve âdet hukuku kuralıdır. Bu niteliğe sahip bulunmayan yazılı olmayan bir hukuk kuralına ise, teamül denir. Teamül, daha ziyade fiili bir haldir. Ticaret hayatını çoğu zaman teamülün düzenlediği, örf ve âdet ile teamül arasında ayırım yapmanın güçlüğü göz önüne alınacak olursa, Kanun'un bu ayırımının uygun olduğu söylenemez. Kaldı ki, bazı  lkelerde teamül de kaynak görevini g rmektedir⁷⁶.

H. Teamül Ne Zaman Dikkate Alınır? Hangi Hallerde Uygulanır?

“Ticari  rf ve âdet seviyesine ulaşmamış teamül kaideleri, hükme esas olamazsa da, yani bu kaidelere müsteniden davanın red veya kabul  mümkün değilse de, bunlar tarafların iradelerinin yorumlanmasında dikkate alınabilir”, TTK. md. 2 / f. 1. Teamül hakkında TTK. md. 2'nin genel hükmü bu olmakla beraber, Ticaret Kanunumuz çeşitli hükümleriyle teamül kurallarının da, bazı hallerde uyuşmazlığın  z m ne esas alınabileceğini kabul etmiřtir⁷⁷.

Kural olarak, ticarî teamül örf ve âdet hukuku kuralı haline gelmedikçe hâkim tarafından hükme esas olarak alınamaz⁷⁸. Uyuşmazlıkların üzümünde istisna  olarak teamüller uygulanabilir. Ancak, bu uygulama için, kanun koyucunun teamülün uyuşmazlığa uygulanmasını açıkça kabul etmesi

⁷⁶ Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 49 vd.

⁷⁷ Hayri DOMAN  , Ticaret Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul 1970, sh. 13. Aynı doğrultuda bkz. Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., sh. 80.

⁷⁸ Sami KARAHAN, a.g.e., sh. 37.

gerekir (TTK. md. 2/ f.1). Örneğin, “tellâl ücretini” hangi tarafın ödeyeceği sözleşme veya kanun ile tayin edilmemişse mahallindeki ticarî teamül dikkate alınır; ticarî teamül de yoksa taraflar bu ücreti yarı yarıya öderler (TTK. md. 108)⁷⁹. Şu maddeler de örnek olarak verilebilir: TTK. md. 88/ b.5, md. 104/ f.2, md. 108, md. 623/ f.2, md. 1140/ f.1, md. 1156⁸⁰.

Fiilî bir itiyat (alışkanlık) niteliğinde olan ve örf ve âdet düzeyine ulaşmamış teamüller ise, objektif hukuk kuralı niteliğinde değildir. Dolayısıyla bunlardan sadece taraf iradelerinin yorumlanmasında yararlanılır, ancak kanunda açıkça gösterilen hallerde, teamül dahi hükme esas oluşturabilir (TTK. md. 2/ f.1)⁸¹.

Hal böyle iken, hükümlerin uygulanması sırasında ikinci sırada yer alan sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında kullanılan teamül ile burada beşinci sırada yer alan teamül birbirine karıştırılmamalı ve bir çelişkinin var olduğu zannedilmemelidir. Gerçekten, bu iki durum birbirinden tamamıyla farklıdır. Örneğin, TTK. md. 106’da düzenlenen tellâlın ücret isteme hakkı ile durum açıklığa kavuşturulmak istenirse, eğer taraflar aralarında yapmış oldukları sözleşmeye ücret konusunda hiçbir hüküm koymamış iseler, bu takdirde ortada açıklanması gereken bir irade bulunmadığından ticarî hayatta sözkonusu olan teamül ancak beşinci sırada tatbik edilecektir. Buna karşılık, taraflar tellâlın ücret isteyebileceğini kararlaştırmışlar ve fakat miktarını belirlememişler ise, burada ücretin miktarı konusunda belirsiz olan iradenin açıklanması gerekecektir ki, bu da ikinci sırada yer alan ticarî teamül ile giderilecektir⁸².

⁷⁹ Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 49 vd.

⁸⁰ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., sh. 79.

⁸¹ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 87. Aynı doğrultuda Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., sh. 79, 80.

⁸² Sami KARAHAN, a.g.e., sh. 38.

Bununla beraber başka bir görüşe göre, sıralamadaki bu öncelik dışında bu farklılığın pratik bir anlamı bulunmayıp sadece teorik bir anlamı vardır⁸³.

Karayalçın⁸⁴ ise, teamülün irade beyanının yorumundaki rolünden yola çıkarak, irade beyanı sözleşmede olduğuna göre, teamüllerin de bir bakıma “sözleşme” seviyesine çıktıklarının iddia edilebileceği fikrindedir.

III. ÖRF ve ÂDET KURALLARI ile TEAMÜLÜN TİCARET KANUNUNDAKİ YERİ

A. Tacirler Arasında Ticarî Örf ve Âdet Kuralları Uygulanır (Ticarî Örf ve Âdetin Tacirler Hakkında Mutlak Olarak Uygulanması)

Tacirler arasında çıkan uyuşmazlıklara ticarî örf ve âdet kuralı uygulanır. Buna karşın, hâkim hukukî uyuşmazlığa uygulanacak alelade bir örf ve âdet kuralının bulunup bulunmadığını araştırmak zorunda değildir. Başka bir deyişle hâkim alelade örf ve âdet kuralını re’sen dikkate almaz⁸⁵.

TTK. md. 2 / f. 3, tacir sıfatını haiz olmayanlar hakkında ticarî örf ve âdetin ancak, onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanacağını öngörmektedir⁸⁶. Eğer taraflardan birisi tacir niteliğini taşımıyorsa bu kimse hakkında ticarî örf ve âdetin uygulanması ancak o kimsenin bu kuralı bilmesine veya bilmesi gerektiğine dayanır. Her iki taraf tacir niteliğini taşımıyorsa gene aynı kural uygulanır (TTK md. 2 / f. 3)⁸⁷.

⁸³ Sami KARAHAN, a.g.e., sh. 38.

⁸⁴ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., sh. 80.

⁸⁵ Rıza AYHAN, Hayrettin ÇAĞLAR, Mehmet ÖZDAMAR, a.g.e., sh. 29.

⁸⁶ Aynı doğrultuda bkz. Sami KARAHAN, a.g.e., sh. 36.

⁸⁷ Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 81 vd

Böylece TTK. tacirlerin ticarî örf ve âdet bildikleri varsayımından hareket etmiş ve bunlar hakkında mutlak uygulama yoluna gitmiştir⁸⁸. Başka bir deyimle, bu hükmün mefhumu muhalifi yoluyla çıkarılan sonuç, ticarî örf ve âdetin tacirler bakımından mutlak olarak uygulanacağıdır⁸⁹.

B. Örf ve Âdet Kuralının Tacir Olmayan Kişilere Uygulanıp Uygulanmayacağı Hususu ve İspat Külfeti

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, bir tür objektif hukuk kuralı olmasına rağmen ticarî örf ve âdetlerin, sadece tacirler arasında doğrudan doğruya uygulama alanı bulacağı; tacir sıfatına sahip olmayan kişiler hakkında uygulanmalarının ise, ancak onlar tarafından bilinmesi ya da bilinmesinin gerekli olması koşuluna bağlandığı TTK. f. 2 / 3'de gösterilmiştir. Bu hüküm tacir sıfatının sonuçları arasında yer almaktadır. Dolayısıyla tacir olmayan tarafın, ticarî örf ve âdeti bildiği ya da bilmesinin gerekli olduğunu ispat etmek, bunu iddia edene düşer (TMK. md. 6)⁹⁰. Dolayısıyla, ispat külfeti ticari örf ve âdetin uygulanılmasını isteyen tarafa düşmektedir⁹¹.

C. Bir Hükmün Ticarî Olarak Nitelendirilmesinin Sonuçları Açısından Örf ve Âdet Hukuku

Bir hükmün ticarî olması, ilk planda ticarî işlere uygulanacak hükümler arasında öncelik alması sonucunu doğurur. Eğer bir iş, TTK. tarafından düzenlenmiş olduğu için ticarî nitelik taşımakta ise, esasen uygulanacak hüküm de ortada olup sıra ile hüküm aramak gerekmeyecektir. Fakat, söz konusu işin o işi ticarî yapan hüküm tarafından düzenlenmemiş tarafları varsa

⁸⁸ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 191, sh. 108.

⁸⁹ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 134.

⁹⁰ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 90. Aynı doğrultuda bkz. İrfan BAŞTUĞ, Ercüment ERDEM, a.g.e., sh. 11 vd., Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 47 vd.

⁹¹ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 133, sh. 81.

veya hüküm dışında bir kıstas ile ticarîlik niteliği almış bir iş karşısında ise; uygulanacak hüküm için sıra gözetmek durumu ortaya çıkabilir⁹².

TTK. md. 1 / f. 2 bu sırayı ticarî hüküm –ticarî örf ve âdet – genel hüküm olarak tespit etmiştir. Öğretide bu sıra yadırganmaktadır⁹³. Bir taraftan emredici hükümlerin ve sözleşmenin sayılmamış olması, diğer taraftan da hukuk kuralı kuvvetinde örf ve âdetin âmir bir nitelik kazanabileceği hususları ileri sürülmektedir. Bu durum, kimi yazarlara göre, konuya bakış açısına göre değişecek bir durumdur.

Gerçekten, teorik alanda uygulanacak hükümlerin öncelik sırasını tespit etmek ile belirli bir ticarî işe uygulanacak hükmün aranmasının gerekmesi birbirinden ayrı sorunlardır. Teorik alanda bir işe sözleşme ile yorumlayıcı hükümlerin getirdikleri düzenden değişik bir düzenin uygulanacağı öngörülebilir, fakat âmir hükümlere uymak zorunluluğu vardır. Diğer taraftan, esasen bir husus sözleşme ile düzenlenmiş ise, uygulanacak hüküm aramak gerekmez ki, sıra söz konusu olsun. Sözleşmede öngörülmemiş veya herhangi bir irade mutabakatı ile ilgili olmayan bir ticarî iş karşısında bulunduğumuz zaman uygulanacak hükümlerin sırası anlam kazanır. Bu halde, ilk sırada ticarî hükümler uygulanır. Ticarî hüküm bulunan ticarî işlerde örf ve âdet uygulanmaz⁹⁴. Başka bir deyişle, olaya uygulanabilecek herhangi bir ticarî hüküm yoksa, o işe uygulanabilecek geçerli bir örf ve âdetin bulunup bulunmadığı araştırılır. Görülüyor ki, kanun koyucu ticarî örf ve âdetin ticari hükümlerden sonra uygulanmasını hüküm altına almaktadır⁹⁵. Uygulamada, ticarî hükmün emredici veya yorumlayıcı olmasının hiçbir önemi bulunmamakta olup böyle bir ayırımın gözetilmesi gereği de yoktur. Bu ayırım, ancak tarafların irade mutabakatının hukuken muteber olup olmadığı konusunda işlev kazanır. Örf ve âdet hukukunun

⁹² Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 125, sh. 76.

⁹³ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., sh. 77.

⁹⁴ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 126, sh. 77.

⁹⁵ Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 47 vd.

re'sen dikkate alınmaması dolayısıyla yanlış bir karar verilmesi halinde Yargıtay hükmü bozabilir⁹⁶.

Emredici veya yorumlayıcı ticarî bir hüküm yoksa ticarî örf ve âdetin mevcut olup olmadığına bakılacaktır. Burada da, kimi yazarlara göre emredici nitelikte örf ve âdet kuralı olur mu, olmaz mı sorusunun bir önemi yoktur. Zira bir sözleşme hükmünün geçerliliği tartışılmamaktadır. Ancak yazarlara göre, yorumlayıcı bir ticarî hüküm mevcutsa, emredici bir örf ve âdetin bunun önüne geçip geçmeyeceği tartışılabilir. Yazarların görüşüne göre, teorik cevap ne olursa olsun, TTK. md. 1 / f. 2 hükmünün kesinliği karşısında buna olumlu bir cevap verilemeyecektir⁹⁷. Eğer ticarî örf ve âdet dahi yoksa, Kanunun terimiyle “umumî”, yazarların kullanmayı yerinde gördükleri terimiyle “adi” hükümlere gidilecektir. Burada da yazarlara göre sıra bahis konusu olabilir ve MK. md. 1 hükmü bize ışık tutmalıdır⁹⁸.

Sonuç itibariyle, örf ve âdet hukuku kuralları, sözleşmede hüküm yoksa veya anlaşmazlığı çözmeye yarayan bir kanun hükmü bulunmuyorsa, mevcut boşluğu doldurmakta ve bu suretle hukukun kaynağını oluşturmaktadır⁹⁹.

D. Örf ve Âdetin Günümüzdeki Yeri ve TTK. Açısından Eleştiri

Kimi yazarlara göre, ticaret hukukunda klasik anlamdaki örf ve âdetin uygulanma alanı, modern sistemdeki kanunlaşma hareketleri ve uluslararası

⁹⁶ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 126, sh. 77.

⁹⁷ Yargıtay Ticaret D. 1.5.1973, 73/1241 E., 73/2166 K.sayılı kararına göre: “Hakkında açık bir kanun hükmü bulunan bir konuda ticarî örf ve âdetin teessüsü mümkün değildir. Bu itibarla, uygulamada, bir çekin provizyon sormak suretiyle muhataptan başka bir banka tarafından ödenmekte olması, bankaların müşterilerine bir hizmet ifasından ibaret olup, çekin ödenmesi için açıkça muhataba ibraz şartını arayan TTK. 708, madde karşısında bu yolda bir örf ve âdetin oluştuğundan bahse imkân yoktur.” (YKD. 1973, S. 9-11, sh. 434).

⁹⁸ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 127, sh. 77.

⁹⁹ Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 47 vd.

alanda uygulanan tip sözleşmeler sonucunda çok daralmıştır¹⁰⁰. Hemen belirtelim ki, uluslararası alanda örf ve âdetin uygulama alanının daraldığına ilişkin görüşe katılmamaktayız. Zira, ilerleyen bölümlerde açıkça görüleceği gibi başka yazarlara göre “yeni lex mercatoria” olarak adlandırılan uluslararası ticari örf ve âdet kuralları açısından son zamanlarda uygulamada bir artış gözlenmektedir¹⁰¹. Uluslararası planda sadece tip sözleşmeler değil, kanun modelleri ve standart kurallar da hazırlanmaktadır. Bu model kanunlar ve kurallar hazırlanırken ise, şüphesiz çeşitli ülkelerdeki örf ve âdet kuralları, uygulamalar dikkate alınmaktadır.

Ayrıca, bazı yazarlar, TTK. açısından bir eleştiride bulunmaktadır. Görüşlerine göre, ticaret kanunun düzenlenmesinde TTK. hazırlayıcılarının terim bakımından özenle hareket ettiklerinin söylenemeyeceği görüşünü ileri sürmektedirler¹⁰².

E. Ticaret Ortaklıklarına TTK. md. 138 Uyarınca Uygulanacak Hükümlerde Sıra ve Örf ve Âdet Kurallarının Bu Sıralamadaki Yeri

Hukuk alanında belirli bir muamele, fiil veya işe uygulanacak hükümlerin sırası; ya teorik açıdan genel olarak ya da uygulamada belirli bir işi düzenleyici hükmün bulunması şeklinde ele alınabilir. Teorik açıdan irade özerkliği ilkesi gözönüne alınırsa: Emredici hüküm, sözleşme, yorumlayıcı veya boşluk doldurucu hüküm, örf ve âdet şeklinde bir sıra düşünülebilir. Ancak, ticaret hukuku alanında, hükümlerin adî ve ticarî hüküm olarak ikiye ayrıldığı göz önüne alınırsa, ticarî işlere uygulanacak hükümlerin sırasında TTK. md. 1 / f. 2 uyarınca bir genişletme yapmak gerekecektir. Bu konu

¹⁰⁰ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 133, sh. 81.

¹⁰¹ Ercüment ERDEM, Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 6 Nisan 2004, ICC Türkiye Milli Komitesi tarafından yayınlanan tebliğ, sh. 134.

¹⁰² Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 133, sh. 81.

ortaklıklar bakımından, ayrıca TTK. md. 138 hükmü ile özel bir düzenlemeye bağlanmış bulunmaktadır¹⁰³.

TTK. md. 138 ticaret ortaklıkları ile ilgili özel bir hükümdür. Bu hüküm şöyle bir sıralama yapmaktadır¹⁰⁴:

1) Her ticaret ortaklığı türüne ait özel hükümler (kollektif, komandit – âdî ve sermayesi paylara bölünmüş-, anonim, limited ve kooperatif ortaklıkları özel olarak düzenleyen hükümler: TTK. İkinci Kitap md. 136 – md. 556 ve Koop K.)

2) Medenî Kanunun tüzel kişilikleri düzenleyen hükümleri ile beraber ve aynı sırada olmak üzere, Ticaret kanununun ticaret ortaklıkları ile ilgili genel hükümleri (TTK md. 136 – md. 152).

3) Borçlar Kanununun âdî ortaklıkları düzenleyen hükümleri (BK. md. 520 – md. 541), hangi ticaret ortaklığı türü söz konusu ise, o türün niteliklerine uygun geldiği oranda.

Bu sıra ticaret ortaklıkları ile ilgili olduğu için âdî ortaklıklar ticarî işletme işletmeler dahi, TTK. hükümlerine tâbi olmazlar¹⁰⁵.

Yukarıdaki üçlü sıranın başına emredici hükümler ve bunlara aykırı olmamak üzere ortaklık sözleşmesi hükümleri konulabilir. Sıranın sonuna ise, diğer ticarî hükümler, ticarî örf ve âdet ve nihayet TTK. md. 1 / f. 2'nin atfıyla TMK md. 1 anlamında umumî hükümler konulacaktır. Böylece, TTK. md. 1 / f.

¹⁰³ Reha POROY, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Beta Yay., Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2000, sh. 13, n.: 17.

¹⁰⁴ Reha POROY, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU, a.g.e., sh. 13, n.: 17.

¹⁰⁵ Reha POROY, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU, a.g.e., sh. 13, n.: 17.

2 hükmüyle tamamlanan bu sıra, her uyuşmazlıkta duruma göre belirli bir noktadan başlayarak uygulanacaktır¹⁰⁶.

Uygulamada, ortaklık sözleşmesi, emredici hükümlere aykırı olamaz. Ortaklıkla ilgili hususlar öngörülmüş ise, ortaklık sözleşmesi hükümleriyle çözümlenir. Bu hususlar öngörülmemiş ise, yukarıdaki üçlü sıra izlenmek suretiyle çözüm sağlayacak hüküm aranır. Böyle bir hüküm bulunamazsa, sıranın sonundaki kademelere başvurulur. Onlarda da hüküm yoksa, hâkim kendisi kanun koyucu imiş gibi karar verecektir¹⁰⁷.

Emredici hükümler, özel ortaklık tipini düzenleyenlerden başlamak üzere geriye; daha doğrusu genele doğru aranmak gerekir. Ancak, nerede bulunursa bulunsun, kuvvet bakımından aynı sıradadır. Örneğin, KO'nun ana sözleşmesinin yazılı yapılmasını emreden hüküm ile BK. md. 20 aynı sıradadırlar. Ancak, TTK. md. 154 sadece kollektif ortaklıklarda, BK. md. 20 ise bütün ortaklıklara uygulanır¹⁰⁸.

F. Kollektif Ortaklığın İç İlişkideki İşleyişi Bakımından Örf ve Âdetin Rolü

Kollektif ortaklıklarda iç ilişkiyi düzenleyen hükümler genellikle düzenleyici (yedek) hukuk kuralı niteliğindedir. (Bu açıdan karşı. TTK. md. 161, md. 167, md. 170 / f. 2, md. 187, md. 197). İç ilişkinin düzenlenmesinde sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir (TTK. md.159). İç ilişkide¹⁰⁹:

- 1) Önce istisnaen mevcut olan âmir hükümler yürür.

¹⁰⁶ Reha POROY, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU, a.g.e., sh. 13, n.: 17.

¹⁰⁷ Reha POROY, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU, a.g.e., sh. 13, n.: 17.

¹⁰⁸ Reha POROY, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU, a.g.e., sh. 13, n.: 17.

¹⁰⁹ Reha POROY, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU, a.g.e., sh. 153, n.: 224.

- 2) Bundan sonra ortaklık sözleşmesinin hükümleri gelir.
- 3) Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde Ticaret Kanununun iç ilişkiyi düzenleyen hükümleri (TTK. md. 160 – md. 173) ve
- 4) Ticaret ortaklıklarına ait genel hükümler (TTK. md. 136 – md. 145),
- 5) Ticarî örf ve âdet ve son olarak;
- 6) Genel hükümler başka bir deyişle Borçlar Kanunu'nun âdi ortaklıklara ilişkin 520 - 541. maddeleri ve Medenî Kanun'un tüzel kişileri düzenleyen 46 vd. maddeleri uygulanır.

G. Ticari Örf ve Âdetin Bir Uygulaması Olarak Fatura (TTK. md. 1/ f. 1 ve TTK. md. 2 / f. 2)

Bir ticari iş konusunda, yorumlayıcı hükümler de yoksa, dördüncü derece ticari örf ve âdet kuralları uygulanır (TTK. md. 1 / f. 1). Örneğin, ticaret hukukumuzda ve vergi kanunumuzda açık fatura ve kapalı fatura kavramları bulunmamaktadır. Bu kavramlar ticarî örf ve âdet hukukundan doğmuştur¹¹⁰. Kapatılmış faturanın, fatura bedelinin ödendiğine dair delil teşkil etmesi ticari örf ve âdet kuralının bir gereğidir. Bu konuda kanun hükmü bulunmadığından iradi bir beyan da ispat edilmediğinden, ticari örf ve âdet uygulanarak, bedelin ödendiğine hükmedilir. Ancak, bir ticari işe örf ve âdet kurallarının uygulanması için, ya işle ilgili tarafların tamamının tacir olması veya tacir

¹¹⁰ Oğuz Kürşat ÜNAL, Türk Ticaret Kanunu'nda ve Vergi Usul Hukukunda Fatura ve İspat Kuvveti, Bilge Yay., 4. Baskı, Ankara 2006, sh. 26. Fatura ile ilgili çeşitli yerlerdeki ticari örf ve âdet kuralları açısından bkz. Erol ULUSOY, a.g.e., sh. 129 vd.

olmayan taraf yahut tarafların uygulanması söz konusu örf ve âdeti bilmesi yahut bilebilecek durumda olması gerekir (TTK. md. 2 / f. 2)¹¹¹.

Ticaret Odalarınca derlenmiş örf ve âdete örnek olarak fatura açısından Ticaret Odası'nın bir teamül kararını eklemekte yarar görüyoruz:

“Ticarethane tarafından satışı yapılan mallara ait tanzim edilen fatura muhteviyatı, alıcı tarafından ödendiğinde, bayi tarafından faturanın altına ... damga pulu yapıştırılarak tarih, ticarethane klişe veya mührü ile birlikte selâhiyettar olan tarafından imza edilerek pul iptal olunur. Bu şekilde faturaya bedeli alınmış (kapanmış, akite edilmiş) fatura denir. “Bedeli alınmıştır” kaydını ihtiva etmeyen faturada yukarıdaki izahata göre ... damga pulu üzerine ticarethane klişe veya mührü ve selâhiyetli olanın imzası mevcut olduğu takdirde, bu kaydın mevcut olmaması bir hüküm ifade etmez. Yani fatura bedeli ödenmiş, akite edilmiş sayılır”¹¹².

Ankara Ticaret Odası, Oda Meclisi'nin bir başka kararına göre de “idrofil pamukların brüt olarak alınıp satılması ticarî teamüldendir”¹¹³.

H. Bankaların İşlemlerinde Kullandıkları Genel Şartlar ile Örf ve Âdet Kuralları

Büyük ticarî işletmelerin (örneğin bankalar) müşterileri ile yaptığı işlemlerde kullandıkları genel şartlar ise, örf ve âdet kuralı niteliğinde değillerdir. Zira genel şartlar, uzun süren toplu bir uygulama sonucunda oluşmamışlardır. Ayrıca bu şartların müşteriler bakımından bağlayıcı

¹¹¹ Hayri DOMANİÇ, a.g.e., sh. 12. Fatura açısından daha detaylı bilgi için bkz. Oğuz Kürşat ÜNAL, a.g.e., sh. 26 vd.

¹¹² Ankara Ticaret Odası, Oda Meclisi'nin 21.12.1948 gün ve 6 sayılı teamül kararı (Teamül Kararları, Ankara Ticaret Odası Yayınları, 1968, sh. 7) naklen Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 89.

¹¹³ 27.12.1962 gün ve 31 sayılı karar (Teamül Kararları, s. 15) naklen Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 89. İstanbul'daki satış usulü için bkz. Erol ULUSOY, a.g.e., sh. 223.

sonuçlar doğurması, bunların müşteriler tarafından açık veya zımnî şekilde kabul edilmelerini gerektirir¹¹⁴. Oysa bir örf ve âdet kuralının, tarafların kabulüne bağlı olmadan uygulanması söz konusudur¹¹⁵.

İ. Kanunî Faiz ile Örf ve Âdet Arasındaki İlişki

Taraflar arasında faiz sözleşmede kararlaştırılmış, fakat miktarı tespit edilmemişse 3095 sayılı Kanun'un 5. maddesi hükmü uygulanır. Bu maddenin 2. fıkrasında, BK.'nda ve TTK.'nda kanunî faiz oranlarını belirleyen hükümlerin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, BK.'nın 2. maddesinin 1. fıkrası ile TTK.'nın 9. maddesi yürürlükten kalkmıştır. Bu konuda akdî ve ticarî iş ayrımı fark yaratmaz. Bu konuda örf ve âdet kurallarına bakılır. Eğer herhangi bir örf ve âdet kuralı yok ise faiz %5 olarak hesap edilir. BK.'nunda %5 olan bu oran yeni düzenlemelerde %30'a çıkarılmıştır. Bakanlar Kurulu, ekonomik şartlara göre, bu oranda %80'ine kadar artırma veya eksiltme yapabilir¹¹⁶.

J. Ticarî Örf ve Âdet Ne Zaman Hâkim Tarafından Dikkate Alınır?

Eğer taraflar arasındaki sözleşmede ya da ticarî hükümlerde uyuşmazlığın çözümünde yararlanılabilecek bir düzenleme yer almamışsa hâkim, uyuşmazlığı ticarî örf ve âdeti dikkate alarak çözümler (TTK. md. 1 / f. 2)¹¹⁷.

Ancak değişik konulara ilişkin bütün örf ve âdet kurallarının, hâkim tarafından bilinmesine de imkân yoktur. Bu durum dikkate alınarak, 5590

¹¹⁴ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 89.

¹¹⁵ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 89.

¹¹⁶ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 118, sh. 71.

¹¹⁷ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 88 vd.

sayılı Kanun; Ticaret Odaları'na bölgeleri içindeki örf ve âdeti, teamülleri tespit etmek görevini vermiş olup (md. 5 / g) 17. maddesinin (d) bendi ile de, ticaret, sanayi ve deniz ticaret odalarının bir organı olan Oda Meclislerine, bölgeleri içindeki ticarî-sınaî örf ve âdetleri tesbit etmek görevi verilmiştir¹¹⁸. Ayrıca ilgili tüzükte bu konuda verilecek belgeler ve tutulması zorunlu defter düzenlenmiştir. Uygulamada Ticaret Odaları, mahkemelerden gelen müzekkereyi, Meslek Komitelerine sevketmekte ve Komitenin mütalaasını Ticaret Odası cevabı olarak bildirmektedir¹¹⁹.

Bir uyuşmazlığın çözümünde ticarî örf ve âdeti uygulamak durumunda kalan hâkim kuşkuya düştüğü hallerde, olaya uygulayabileceği örf ve âdet kuralı olup olmadığını ilgili ticaret ve sanayi odaları ile diğer meslek kuruluşlarına sorarak öğrenmek durumundadır¹²⁰. Bu konuda araştırma yapılmadan, eksik inceleme sonucunda verilen kararlar ise, Yargıtayca bozulmaktadır¹²¹. Odanın vereceği mütalaanın içeriği mahkemenin Odanın vereceği cevabi yazıya uygun karar verme zorunluluğunda olup olmadığı tartışmalıdır¹²². Bununla beraber, bazı görüşlere göre Yargıtay'ın Ticaret Odası mütalaasını bilirkişi mütalaası ile eş tuttuğu ve ona uyulmasını zorunlu bulmadığı söylenebilir¹²³.

Örf ve âdet, bir tür objektif hukuk kuralı olduğundan, uygulamaya uygun örf ve âdet hukuku kuralının bulunup bulunmadığının hâkim tarafından

¹¹⁸ 5590 sayılı Kanun'un 5. maddesinde odaların görevleri sayılırken, "bölgeleri içindeki ticarî teamülleri tesbit edip, örf ve âdet haline getirmek"den de söz edilmiştir (h bendi). Bu bendin kaleme alınış biçimi ARKAN'a göre hatalıdır; zira yazara göre bir teamülün ilgili oda tarafından tesbiti, henüz örf ve âdet düzeyine çıkmamış bir fiilî itiyada, örf âdet kuralı niteliğini kazandıramaz.

¹¹⁹ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 133, sh. 80.

¹²⁰ 5590 sayılı Kanun'la ilgili Tüzük'te, resmî makamların veya ilgililerin isteği üzerine ticaret ve sanayide geçerli örf ve âdetlere ilişkin bilgi ve belgelerin oda yönetim kurallarınca verileceği veya onaylanacağı gösterilmiştir (md. 7/M). Aynı görüşte bkz. Sami KARAHAN, a.g.e., sh. 37.

¹²¹ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 88.

¹²² Sami KARAHAN, a.g.e., sh. 37.

¹²³ Sami KARAHAN, a.g.e., sh. 37. Oğuz Kürşat ÜNAL, a.g.e., sh. 29.

re'sen (doğrudan) araştırılması ve dikkate alınması gerekir. Bu itibarla taraflar, ticarî örf ve âdetin varlığını ispat ile yükümlü değillerdir¹²⁴.

K. Yerel Ticaret Odası'ndan Gelecek Örf ve Âdete İlişkin Cevabın Niteliği

Danıştay 8. Dairesi, odadan gelen cevabın bilirkişi raporu niteliğinde olduğunu belirtmiştir¹²⁵.

Arkan'a göre, odaların belli bir konuda ticarî örf ve âdet bulunup bulunmadığı hususunda verdiği rapor, mahkemeyi bağlayıcı olmamalı; örf ve âdet için aranan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda mahkeme ayrıca araştırma yapabilmelidir. Dolayısıyla mahkeme gerek görürse, odadan alınan cevaptan sonra yeni bir bilirkişi aracılığıyla inceleme de yaptırabilir¹²⁶.

Başka yazarlara göre, TTK. md. 2 ticarî işe uygulanacak hükümlerin sırasını tespit etmiş olup bu sırada sayılmış olan ticarî örf ve âdetin tespiti de kanunla Ticaret ve Sanayi Odaları'na verilmiş olduğuna göre, burada herhangi bir bilirkişi mütalaası durumu yoktur ve mahkeme gelen cevaba göre karar vermek zorunluluğundadır¹²⁷.

¹²⁴ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 88. Aynı doğrultuda bkz. Ali BOZER, Celal GÖLE, a.g.e., sh. 47 vd.

¹²⁵ Sabih ARKAN, a.g.e., dipnot, sh. 89.

¹²⁶ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 89. Bu yönde Yasemin IŞIKTAÇ, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku, İstanbul 1992, sh. 72.

¹²⁷ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 133, sh. 81. Aynı görüşte; Oğuz Kürşat ÜNAL, a.g.e., sh. 29.

L. Hukuk Kuralı Seviyesine Çıkınca Örf ve Âdet, Yazılı Hükümler ve Hattâ Emredici Hükümlere Karşı Oluşabilir Mi?

Bazı yazarlar bu sorun karşısında, Alman öğretisinde bu imkanların öngörülmekte olduğunu¹²⁸ fakat, TTK. md.1 / f. 2'nin koyduğu kesin sıra karşısında, örf ve âdetin yazılı hükümler ve hatta emredici hükümlere karşı olamayacağını ifade etmişlerdir¹²⁹.

M. Tamamlayıcı, Yorumlayıcı Hükümlere Aykırı Örf ve Âdet Kuralı Oluşabilir Mi?

Acaba tamamlayıcı, yorumlayıcı ticarî hükümlere aykırı örf ve âdet kuralı oluşabilir mi? TTK.'nın 1/II. maddesindeki sıralama dikkate alındığında ticarî örf ve âdetin, ancak ticarî hükümlerden sonra uygulanabileceği görülür¹³⁰. Dolayısıyla, bir konuda sözleşmede hüküm varsa, ticarî örf ve âdet uygulanamaz¹³¹. Bir görüşe göre, Kanun'un bu hükmüne dayanarak düzenleyici hükümlere aykırı örf ve âdet kuralı oluşamayacaktır¹³². Ancak öğretilde, emredici nitelikte olmayan yazılı hukuk kurallarına aykırı örf ve âdetin oluşup uygulanabileceğinin, özel hukukta geçerli olan irade serbestisi ilkesinden hareketle savunulduğu da görülmektedir¹³³.

¹²⁸ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 133, sh. 79.

¹²⁹ Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., n.: 133, sh. 79. Erol ULUSOY, a.g.e., sh. 58 ve 59.

¹³⁰ MK md. 1 / f. 1'de yapılan sıralamada da, örf ve âdet, kanun hükümlerinden sonra yer almıştır.

¹³¹ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 90.

¹³² Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 90.

¹³³ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 90. Aynı doğrultuda bkz. Erol ULUSOY, a.g.e., sh. 60.

İKİNCİ BÖLÜM

LEX MERCATORIA

I. LEX MERCATORIA

Öğretide, lex mercatoria'nın kavramının ne olduğunun çeşitli yöntemlerle açıklanmaya çalışıldığı tespit edilmiştir. Bu kavramın ne olduğu; kavramın hukuk tarihi içerisinde Roma Hukuku ile ortaya çıkışı, Ortaçağ'da gelişimi ve bu süreç içerisinde değişen kapsamının, lex mercatoria'nın kaynaklarının ne olduğu ortaya koyularak ve uluslararası hukuktaki yerinin ne olduğu tartışmalarına değinilerek açıklanmaktadır. Tez çalışmamızda kısaca lex mercatoria kelimesinin anlamı açıklandıktan sonra, kavramın tarihsel gelişimine, daha sonra ise kaynakları ve uygulamasına yer verilecektir.

“Lex mercatoria” latince kökenli bir sözcük olup Black’s Law Dictionary’de tanımı için “tacirlere uygulanan hukuk” (İngilizce mercantile law, law merchant) kelimesine atıf yapılmaktadır¹³⁴. Lex kelimesi, Latince’de “hukuk” anlamına gelmektedir¹³⁵. Kelimenin bir diğer anlamı da hukuki yaptırımı bulunmayan kanunlaştırılmamış kurallardır. Sözlükte bu kelimenin daha çok “statuary law”un karşılığı olduğu belirtilmektedir. Başka bir deyişle; doğal hukukun karşısında yer alan pozitif hukuku anlatmak için kullanılan bir kelimedir. “Jus” kelimesi genel olarak hukuku ifade ederken, “lex mercatoria”

¹³⁴ Black’s Law Dictionary, a.g.e., sh. 931.

¹³⁵ Black’s Law Dictionary, a.g.e., sh. 927. Lex: 1. Law, statuary law. 2. Positive law, as opposed to natural law. Strictly speaking, lex is a statute, whereas jus is law in general (as well as a right). 3. A system or body of laws, written or unwritten, that are peculiar to a jurisdiction or to a field of human activity. 4. A collection of uncodified laws within a jurisdiction. ...9. A term of a contract, treaty, or other agreement.

nın karşılığı olan tacirlere uygulanan hukuk (law merchant¹³⁶) ise; Ortaçağ'da ve 17. yüzyılda tacirler arasında uygulanan kuralları ifade eder.

Lex mercatoria kavramı, Türkçe'de aynen kullanılmakta olup kimi yazarlarca "milletlerarası ticari örf ve âdetler" olarak da nitelendirilmektedir. Ayrıca öğretilerde kimi kaynaklarda "ius mercatorium", İngiliz kaynaklarında ise "law merchant" terimi tercih edilmektedir. Tez çalışmamızda daha çok "lex mercatoria" kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir. Fakat Kıta Avrupası Hukuku ya da Anglosakson Hukuku'ndan bahsederken o hukuk sistemine göre kullanılan kavramlar tercih edilmiştir.

Farklı milliyetlere ve hukuk sistemlerine ait olan tacirlerin uluslararası ticaret alanındaki faaliyetlerinin ortak ilkeler oluşturması sonucunda ortaya çıkan ulusal hukuklardan bağımsız ve özerk bir hukuk sisteminin olduğu teorisi lex mercatoria kavramının doğumuna ve kabulüne yol açmıştır¹³⁷.

Öğretilerde yapılan tanımları dikkate alarak, lex mercatoria'ya ilişkin bir tanım verecek olursak: Lex mercatoria, milletlerarası ticari ve sınaî sektörde hukuki ilişkiye giren tarafların birbirleriyle olan ticari ilişkilerini düzenlemede kullandıkları yaygın bir biçimde benimsenmiş olan ticari örf, âdet ve teamüllerin bütünü ve bu maksatla geliştirilmiş olan kuralları ifade etmektedir.

¹³⁶ Black's Law Dictionary, a.g.e., sh. 903. Law Merchant: A system of customary law that developed in Europe during the Middle Ages and regulated the dealings of mariners and merchants in all the commercial countries of the world until the 17th century. Many of the law merchant's principles came to be incorporated into the common law, which in turn formed the basis of the Uniform Commercial Code. Also termed commercial law; lex mercatoria.

¹³⁷ Ceyda SÜRAL, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, Güncel Yayınevi, İzmir 2008, sh. 204.

Lex mercatoria kuralları; uluslararası ticaret hakemlerinin lex fori¹³⁸si olarak kabul edilmekten ziyade, bu kurallar bütününün, uyuşmazlık konusu olayın içerik ve özelliği gereği uluslararası ticaretin ihtiyaçları ve beklentilerine cevap verebilecek <<en uygun hukuk normları>> olarak mütalaa edilmektedir.

Çalışmamızda da görüleceği üzere, ulusallaşma hareketinin etkileriyle tacirler için yapılmış olan bu uluslararası düzenlemelerin yerini ulusal ticaret kanunlarına bırakmasından sonra, küreselleşmenin etkileriyle beraber içeriği farklı “yeni bir lex mercatoria” kavramı tekrar gündeme gelmiştir¹³⁹. Uluslararası ticaretin artmasıyla tüm dünyada uygulanabilir ortak kurallara ihtiyaç duyulmuştur¹⁴⁰. Günümüzde uzun zamandan beri bu doğrultuda çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Tez çalışmamızın son bölümünde değineceğimiz özellikle Unidroit İlkeleri öğretide yeni lex mercatoria olarak kabul edilmektedir.

A. Lex Mercatoria Kavramının Tarihsel Gelişimi

Lex mercatoria'nın daha iyi anlaşılmasını sağlamak için bu kavramın tarih içerisinde ortaya çıkışına ve gelişimine değinmek gerekir.

¹³⁸ Black's Law Dictionary, a.g.e., sh. 929. Lex fori: The law of the forum; the law of the jurisdiction where the case is pending <the lex fori governs whether the death penalty is a possible punishment for a first-degree-murder conviction>. Also termed lex ordinandi.

¹³⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m., sh. 20 vd.

¹⁴⁰ Lex mercatoria kavramı ve kimi “3. Dünya” ülkelerinin bu kavrama bakış açısı ile ilgili olarak bkz. Mostefa TRARI TANI, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, BERTI Editions, 1^{ère} Edition, Alger 2007, sh. 145 vd.

1. Roma Hukuku ve Lex Mercatoria

Günümüzde lex mercatoria hakkında yapılan yeni araştırmalara bakıldığında, lex mercatoria'nın köklerinin Roma hukukunda arandığı görülmektedir.

a. Ius Gentium

Kimi yazarlarca lex mercatoria kavramının köklerinin Klasik Dönem'in "ius gentium"¹⁴¹ kavramında bulunduğunu ileri sürmektedir¹⁴². Roma Hukuku'na bakıldığında, ius gentium kavramının, farklı topluluklar arasında yapılan ticareti gözetir biçimde düzenlendiği görülmektedir. Bilindiği gibi, ius gentium M.Ö. 3. yüzyılın ortalarında, yabancılar ve yabancılarla Roma vatandaşları arasındaki hukukî uyuşmazlıklara uygulanan yabancılar hukukudur¹⁴³. Bu kavram, Romalılar ve yabancılar için geçerli olan bir yeknesak hukuk olarak, lex mercatoria'nın temel düşüncesi ile büyük bir yakınlık göstermektedir. Bu alanda hukukun genel ilkelerinin kabul edilmiş olması da yine lex mercatoria ile paralellik göstermektedir. Ancak lex mercatoria'nın tarihsel köklerinin ius gentium'dan çok, yine Roma Hukuku'nun en büyük buluşlarından biri olan ve ius gentium ile büyük yakınlık oluşturan "bona fides" kavramında aranması gerektiğini ileri süren görüşler vardır¹⁴⁴.

¹⁴¹ Belgin ERDOĞMUŞ, Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 74, Hukuk 3, İstanbul 2004, sh. 68. Ius gentium: Kavimler Hukuku, Uluslararası Hukuk olarak tanımlanmıştır.

¹⁴² Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 13. Aynı yazarın diğer bir kitabı bkz. Lex Mercatoria Tarihçe Kaynaklar Tahkim Uygulamasındaki Yeri, Hukuk Teorisi İçerisindeki Yeri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004, sh. 55 vd.

¹⁴³ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 14.

¹⁴⁴ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 15.

b. Bona Fides

Kanunlardaki katı hükümlerin yanı sıra ortaya çıkan ve formula sistemi¹⁴⁵’nin katı sonuçlarının aşılması konusunda başarı sağlayan bona fides¹⁴⁶, hukuk dışında birtakım değer yargılarına dayanmaktadır. Fides, en eski dönemlerde, bir kişinin sözüyle bağlanması anlamına geliyordu: Bu bağlanma ilk başlarda dinsel, daha sonra ise “geleneksel” nitelik taşımaktadır. Fides, geleneksel nitelik taşımaya başladığında ise sözleşme hukuku için anlam taşımaya başlamıştır. Çünkü bu durumda kişinin kendi sözüyle, sözleşmenin diğer tarafına karşı yükümlülük altına girmesi söz konusu olmuştur¹⁴⁷.

Bu temel üzerinden gelişen fides kavramı, ayrı bir değer yargısı halini alarak, bona fides’e dönüşmüştür. Bu anlamıyla bona fides, basit bir biçimde ifade edilen, sözünü tutma kavramından, kişinin hem kendine hem de başkalarına karşı kesin olarak dürüst ve vefalı olması haline gelerek daha üst düzeyde bir kavram biçimini almıştır¹⁴⁸.

Bu gelişim çizgisi içerisinde bona fides’in kanunlarla belirlenen dava haklarının yanı sıra bir borçlandırıcı neden olarak tanınması anlaşılabilir¹⁴⁹. Bu kavram ile dürüstlük ve güven ilkelerinin vesayet, şirket, inançlı işlemler, vekâlet, alım-satım gibi hukuki işlemlerde dikkate alınması gerektiği o zamanki öğretide ifade edilmektedir¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Özcan KARADENİZ ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, sh. 292.

¹⁴⁶ Black’s Law Dictionary, a.g.e., sh. 187. Bona fides: 1. Good faith. 2. Roman Law. The Standard of conduct expected of a reasonable person, esp. in making contracts and similar actions; acting without fraudulent intent or malice. Belgin ERDOĞMUŞ, a.g.e., sh. 16. Bona fide: İyi niyetli; dürüst. Bona fides: Dürüstlük, iyi niyet, TMK md. 2, TMK md. 3.

¹⁴⁷ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 16. Aynı yazarın diğer kitabında konu açısından bkz. a.g.e. 2004, sh. 56 vd. ve sh. 135 vd.

¹⁴⁸ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 16.

¹⁴⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 16.

¹⁵⁰ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 17.

Roma Hukukunda usul hukukuna ilişkin nedenlerle geliştirilen bona fides ilkesi, Ortaçağ'da maddî hukuka ilişkin birçok hükme temel oluşturmuştur. Ayrıca bu ilke, bütün hukukî yükümlülükler için genel bir ilke halini almış, hukuki işlemlerin yorumu ve boşlukların doldurulması konusunda uygulanmıştır. Aynı şekilde bu ilke yardımı ile belli bir yöredeki ticarî alışkanlıklar ve genel ticarî teamüller belirlenmiştir. Klasik Sonrası Dönem hukukundaki gelişim sürecinde, Roma Hukuku'nun ticarete önem veren yapısı içerisinde bona fides daha fazla önem kazanmıştır¹⁵¹.

Çalışmamızın ileriki bölümlerinde görüleceği gibi günümüzde bona fides kavramı; örneğin TMK md. 2 ve md. 3'de olduğu gibi ulusların iç hukuklarında yer almakta olup ayrıca uluslararası alanda da Unidroit, Avr. Sözl. H. İlkeleri gibi çalışmalarda bu kavrama yer verildiğinden, önemi giderek artmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, Roma Hukuku'ndaki ticarî ilişkilere hoşgörü ve yaklaşımın, yapısal, şeklî ve değer yargılarına dayanan hukukî düşünce biçimlerinin getirdiği karşılıklı iddialardan kaynaklandığı anlaşılabilmektedir. Uzun zaman devam eden bona fides geleneği olmasaydı, Roma'da ticaretin gereklerini karşılayan bir hukuk sisteminin ortaya çıkması düşünülemezdi¹⁵².

Bona fides, sadece somut olayda adalet sağlamada, yapısal ve şeklî hukukun eksikliklerini gideren düzeltici bir ilke değil, aynı zamanda bona fides kavramının Roma Hukuku tarihindeki gelişiminin de gösterdiği gibi, Roma Özel Hukukunun, Roma İmparatorluğu'nun çeşitli evrelerinde değişkenlik gösteren ticarî ihtiyaçlara uyum sağlamasında yardımcı olan ve hukukun gelişimini sağlayan bir ilkedir. Böylece bona fides, fides (güven) düşüncesi sadece Roma hukuk geleneğine saplanıp kalmamış, aynı zamanda

¹⁵¹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 18.

¹⁵² Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 19.

yabancılarla yapılan ticari işlemlere uygulanacak kuralların yaratılmasında da önemli rol oynamıştır. Bona fides, başlangıçtan beri uluslararası hukukun unsurları ile birleşik bir özellik göstermiştir¹⁵³.

2. Ortaçağ'da Kıta Avrupası Hukuku ve Lex Mercatoria

Roma İmparatorluğu döneminde son derece canlı bir ticaret hayatı vardı. Ancak gelişmiş bir ticaret ağı bulunmasına rağmen, henüz Roma Hukuku, ticari ilişkileri ayrı bir hukuk dalı olarak kabul etmiyor, bu alana ilişkin tamamen bağımsız kurallar öngörmüyordu. Roma Hukuku'nda ticarete ilişkin kurallar medeni hukukun bir parçası olarak düzenlenmekteydi¹⁵⁴.

Ticaret hukuku, XI. yüzyıldan sonra ticarî hayatın canlanmasıyla¹⁵⁵ Roma İmparatorluğu döneminden farklı olarak, kendi kurum ve kurallarıyla medeni hukuktan bağımsız bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmıştır¹⁵⁶. Böylece tacirler için uluslararası alanda tanınan teamül hukuku olarak, uygulamasında devlet egemenliğinin¹⁵⁷ söz konusu olmadığı, ülkesellik esasına tâbi olmayan, tâcirler tarafından bizzat yönetilen, bağımsız bir hukuk gelişmiştir¹⁵⁸.

¹⁵³ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 20.

¹⁵⁴ Zehra KONUK, Lex Mercatoria: Ortaçağ Avrupası'nda Ticaret Hukukunun Gelişmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, sh. 105. Ayrıca bkz. Arzu OĞUZ, a.g.e. 2004, sh. 61 vd.

¹⁵⁵ Erol ULUSOY, a.g.e., 68.

¹⁵⁶ Zehra KONUK, a.g.e., sh. 105.

¹⁵⁷ Devlet egemenliği ile ilgili olarak bkz. Peter HAGGENMACHER, Vitoria'dan Vattel'e Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak Egemen Devlet, makaleyi çeviren: İdil SELÇUK, Devlet Kuramı, Derleyen: Cemal Bâli AKAL, Dost. Yay., Ankara 2000, sh. 257 vd.

¹⁵⁸ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 20. René DAVID, Le Droit Comparé, Droits d'hier, Droits de demain, Collection Etudes Juridiques Comparatives dirigée par André Tunc, Professeur à L'Université de Paris I, Economica, Paris 1982., sh. 344. Yazar lex mercatoria kavramının Ortaçağ'da ortaya çıkışına ve bu kavramın özelliklerine değinmektedir. Ayrıca lex mercatoria'nın Ortaçağ'da yeknesak olup olmadığı hakkında bkz. René DAVID, Le Droit du Commerce International, sh.15, n.: 14.

Lex mercatoria'nın en önemli bölümlerinden biri usul hukukuydu. Uyuşmazlıklar “ius mercatorium” konusunda uzman hâkimler tarafından hızlı bir muhakeme usulü ve basitleştirilmiş bir delil sistemi ile uygulanmıştır¹⁵⁹. Tacirler için geçerli olan bu hukukun doğmasının en önemli nedeni, malların ve paranın değiş-tokuşu, kıymetli evrak, deniz ticareti ile taşımacılığı¹⁶⁰ ve sigorta, mahkemelerin hızlı çalışması konularında hızlı ve güvenli bir hukuka duyulan ihtiyaç olmuştur¹⁶¹.

Tacirlerin gelenekleri, pazarlarda, borsalarda ve uluslararası fuarlarda¹⁶² doğup gelişmişti. Bu bağlamda özellikle deniz taşımacılığının ve büyük fuarlarda ve limanlarda tacirler için kurulan özel mahkemelerin büyük önemi vardır. Bu mahkemeler, çoğu zaman değişik ülkelerin hukukçularından oluşmaktaydı. Bunların günümüzdeki anlamıyla tahkimle kıyaslanması mümkündür¹⁶³.

Avrupa Kıtası'nda ticarî işlerle ilgili olarak yazılı bir hukuk olmakla birlikte, ticarî loncalar tarafından bağımsız olarak yaratılan ve uygulanan teamül ve alışkanlıklar da vardı¹⁶⁴. Bu yazılı hukuk, özellikle, doğuda loncaların veya Devletin hukuku olarak geçerliydi. Ancak, her Devletin hukuku birbiriyle geniş ölçüde bağdaşmaktaydı. Çünkü ticarî loncaların alışkanlıkları her yerde birbirine çok benzemekteydi¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Zehra KONUK, a.g.e., sh. 121 vd.

¹⁶⁰ Mertol ÇAN, Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Ankara 2001.

¹⁶¹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 20. Zehra KONUK, a.g.e., sh. 121 vd.

¹⁶² Fuarlar konusunda daha detaylı bilgi için bkz. Zehra KONUK, a.g.e., sh. 72 vd.

¹⁶³ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 20. Daha detaylı bilgiler için bkz. Zehra KONUK, a.g.e., sh. 110 vd.

¹⁶⁴ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 3 vd., Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 20. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Zehra KONUK, a.g.e., sh. 34 vd., sh. 36.

¹⁶⁵ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 20.

3. Serbest Bölge Hukuku

Kuzey Avrupa’da ortaya çıkan serbest bölge hukuku, sadece ticaret hukuku alanında değil, genel olarak yeknesak veya uyumlaştırılmış hukuk için bir örnektir. Serbest bölge, hiçbir egemenlik alanı ile doğrudan bir bağlantı içinde değildir. Serbest bölge Ortaçağ’da kendine özgü bir kurum olarak 500 yıl varlığını sürdürmüş olup deniz kenarında ya da içeride bulunan aşağı yukarı 200 şehri kapsıyordu. Serbest bölgenin hukuku, buraya bağlı olan Devletlerin hukuklarının yanı sıra, bu bölgenin ekonomik ilişkilerinde yeknesak ve ortak bir düzenleme sağlama işlevini gayet güzel bir biçimde yerine getiriyordu¹⁶⁶.

4. İngiltere’deki Gelişmeler

İngiltere’de ticaret hukukunun gelişim çizgisinin bu konu için özel bir önemi vardır

İngiltere’de Kraliyet tarafından kabul edilen 1215 tarihli Magna Carta Libertatum’da tacirlerin yasal statüsüne ilişkin bir madde bulunmaktadır¹⁶⁷.

Magna Carta Libertatum’dan sonraki 1283 tarihli Statute of Acton Burnell, 1285 tarihli The Statute of Merchants tacirlerin yasal statüsüne ilişkin düzenlemeler ve ayrıcalıklar içermektedir¹⁶⁸.

“Lex mercatoria” tâbirinin ise ilk kez 1290 yılında ticari teamüllerin toplanarak, Fleeta Kanunları¹⁶⁹ adı altında yayınlandığı sırada ortaya çıktığı görülmektedir¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 21.

¹⁶⁷ Zehra KONUK, a.g.e., sh. 107. Latince’de Magna Carta Libertatum; “Büyük Özgürlükler Sözleşmesi” anlamına gelmektedir.

¹⁶⁸ Zehra KONUK, a.g.e., sh. 107.

1. Edward döneminde 1303 yılında ise “Carta Mercatoria” çıkarılmıştır. Bu kanun yerli ve yabancı tacirlere hızlı bir muhakeme usulü sağlamakta ve uyuşmazlıkların, yarısı yabancılardan oluşan bir jüri tarafından çözülmesini mümkün kılmaktaydı. Ayrıca bu kanun tacirlere uygulanan hukuku (law merchant) İngiliz hukukunun bir parçası olarak da kabul ediyordu¹⁷¹.

Daha sonra, “pie powder court”¹⁷² adını taşıyan, hızlı mahkemelerin ticarî davaları karara bağladıkları ve bu kararları verirken Anglo-Sakson Hukuku’nu (common law) değil, Avrupa’da ortak olan tacirlere uygulanan hukuku (law merchant) uyguladıkları görülmektedir. 17. yüzyılda bu hukukun, tacirler arasında “sadece tek bir ülkede değil, medenî Dünyanın tamamında”¹⁷³ uygulanan bir hukuk olduğu belirtilmiştir¹⁷⁴.

Tacirlere uygulanan hukuk (law merchant) daha sonra Anglo-Sakson Hukuku (common law) içerisine alınmıştır. 1765 yılında Lord Mansfield¹⁷⁵ tarafından ele alınan bir olayda, tacirlere uygulanan hukukun (law merchant)’ın mahkeme tarafından re’sen göz önüne alınması gereken ve

¹⁶⁹ Black’s Law Dictionary, a.g.e., sh. 670. Fleta seu Commentarius Juris Anglicani. The title of an ancient treatise on English law, composed in the 13th century and first printed in 1647. The work is largely derivative, being based on Bracton’s De Legibus et Consuetudinibus. The unknown author may have been a judge or lawyer who wrote the treatise while in London’s Fleet prison – Often shortened to Fleta.

¹⁷⁰ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 21. Aynı yazarın diğer kitabı a.g.e. 2004, sh. 64. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 205.

¹⁷¹ Stephen Edward SACHS, The Law Merchant and The Fair Court of St.Ives, 1270-1324, Cambridge 2002, (çevrimiçi) [http:// www. stevesachs.com.thesis/pdf](http://www.stevesachs.com.thesis/pdf), 23/12/2003 sh. 15 naklen Zehra KONUK, a.g.e., sh. 128; Black’s Law Dictionary, a.g.e., sh. 227. Carta Mercatoria: An English statute (enacted in 1303) establishing various rules that favored certain foreign merchants. In Exchange for paying customs duties, merchants received extensive trading rights throughout England, the power to export their merchandise, the liberty to dwell where they pleased, and certain legal rights. – Also termed Statutum de Nova Custuma.

¹⁷² ROBINSON OF, TD FERGUS, WM GORDON, European Legal History, 2, baskı, London, Butterworths, 1994, sh. 97 (naklen Zehra KONUK, a.g.e., sh. 128); Zehra KONUK, a.g.e., sh. 19; Black’s Law Dictionary, a.g.e., sh. 1184. Piepowder court: In medieval England, a court having jurisdiction over a fair or market and presided over by the organizer’s steward. The name is a corruption of two French words (pied and poudre) meaning “dusy feet” – Also termed court of piepowder. Also spelled piepoudre, piedpoudre, pipowder, py-powder.

¹⁷³ “not only in one particular country, but throughout the civilised world”

¹⁷⁴ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 21.

¹⁷⁵ Zehra KONUK, a.g.e., sh. 144; Reha POROY, Hamdi YASAMAN, a.g.e., sh. 8.

sadece tacirlere değil, bütün vatandaşlara uygulanabilecek bir hukuk olduğu belirtilmiştir. Ancak bu tarihlerde İngiltere’de ticaret hukukunun ulusallaştırılmaya başlandığı da görülmektedir¹⁷⁶.

5. Kıta Avrupası Hukuku’ndaki Gelişmeler

Kıta Avrupası¹⁷⁷,’nda ise bu durum, Fransa’da 1673’te Kara Ticareti Emirnamesi (ordonnance sur le commerce de terre)¹⁷⁸ ve 1681’de Deniz Ticareti Emirnamesi (ordonnance de la marine) ile başlamıştır¹⁷⁹. Bu emirnameler, modern Avrupa ticaret kanunlarının ilk adımları olarak kabul edilebilir. Bu kanunlar daha sonra XIX. yüzyıl başında yürürlüğe giren Fransız Ticaret Kanunu’na temel teşkil etmişlerdir¹⁸⁰.

6. Son Zamanlardaki Gelişmeler

Geride kalan yüzyılda, ticarî hayat, evrensel olma niteliğini yitirmiş, ulusal nitelik kazanmaya başlamıştır. Bununla birlikte münferit ülkelerin ticaret kanunlarının birbiri ile çok benzediğini veya birbirini etkilediğini görmek mümkündür. Özellikle uluslararası ticarete İtalyan, Fransız ve Hollanda hukuklarının etkisini görmezden gelmek mümkün değildir. 19. ve 20.

¹⁷⁶ Arzu OĞUZ, a.g.m., 2001, sh. 21. Ayrıca sözleşme konusunda İskoç Hukuku ve İngiliz Hukuku açısından bkz. Hector L. MACQUEEN, Scots and English Law: The Case of Contrat, (This is a lightly revised version of the J.A.C. Thomas Lecture delivered at University College London on 15 March 2001), 2001, 54 Current Legal Problems 205-229, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/MacQueen/Scots%20and%20English%20Law.pdf (31.08.2008).

¹⁷⁷ Bkz. Arzu OĞUZ, a.g.e., 2004, sh. 63.

¹⁷⁸ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 3.

¹⁷⁹ Fahiman TEKİL, Ticari İşletme Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981 sh.6 naklen Zehra KONUK, a.g.e., sh. 145; Arzu OĞUZ, a.g.m., 2001, sh. 21.

¹⁸⁰ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 4. Fahiman TEKİL, Ticari İşletme... a.g.e., sh. 6 naklen Zehra KONUK, a.g.e., sh. 145.

yüzyıldaki modern kanunlaştırma hareketleriyle (kodifikasyon / codification) ticaret hukukunun ulusal niteliği iyice belirgin hale gelmiştir¹⁸¹.

O tarihlerde, uluslararası bir ticaret hukuku ve liberal bir dünya ekonomisinin evrensel hale getirilmesi düşüncesi, ulusal varlığını güvence altına almayı ve münferit Devletlerin güç alanını genişletmeyi amaçlayan Devletin üstünlüğü ilkesi tarafından geri plana itilmiştir¹⁸².

Ülkemizde de, 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret¹⁸³ ve Cumhuriyet'in ilânı ile 1926 tarihli Ticaret Kanunu kabul edilmiştir. Her iki kanun da ticaret hukuku alanda ticari örf ve âdetleri özel bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmiş, kanunda açık hüküm bulunmayan durumlarda ticari örf ve âdetin öncelikli kaynak olacağı, ancak burada da bir hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere başvurulabileceği düzenlenmiştir¹⁸⁴. Hem ticaret hem de medeni hukukumuzdaki örf ve âdet kuralları ile teamüllere çalışmamızın ilk bölümünde geniş bir yer vermiştik.

Ancak, 20. yüzyıldaki gelişmelerin tam aksi yönde olduğu görülmektedir. Bunun nedeni Dünya ticaretinin hızlı bir şekilde gelişmesidir. Özellikle 2. Dünya savaşıdan sonra uluslararası ticaret¹⁸⁵ patlama noktasında artmıştır. Örneğin Dünya ticaretinde ihracatın 1950'lerden 2000'li yılların sonuna kadar en az 50 kez arttığı görülmektedir. Bu ekonomik gelişmelerin sonucu olarak, bazı örgütler, uluslararası sözleşmeler (convention) ve model kanunlar yaratmak suretiyle "uluslararası kanun koyucu" işlevini görmeye başlamıştır. Bunların yanı sıra uluslararası alanda

¹⁸¹ Arzu OĞUZ, a.g.m., 2001, sh. 22. Kanunların Geleceği ile ilgili olarak bkz. Jean PINEAU, Le Destin des Codes, Barreau du Quebec, Le Journal du Barreau 2004, Vol. 36, n.: 18, <http://www.barreau.qc.ca/journal/frameset.asp?article=/journal/vol 36/no18/destin.html> (2005).

¹⁸² Arzu OĞUZ, a.g.m., 2001, sh. 22. René DAVID, "Le Droit Comparé.", a.g.e., Paris 1982, sh. 300.

¹⁸³ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 6.

¹⁸⁴ Zehra KONUK, a.g.e., sh. 145

¹⁸⁵ Uluslararası ticaret ve ticaret kavramları açısından bkz. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 8 ve sh. 11.

birçok ticarî teamül ve alışkanlıklar belirlemiştir¹⁸⁶. Çalışmamızın ilerleyen safhalarda bu konulara yer verilecektir.

Uluslararası ticaretin gelişmesi sonucunda hukukun birleştirilmesinin zorunlu hale geldiği, dolayısıyla bu yönde çalışmalar yapılması gerektiği, uzun zamandan beri dile getirilmektedir¹⁸⁷. Bu çerçevede dünyada sıkça kullanılan metinler, Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşme¹⁸⁸, UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri ve Avr. Sözl. H. İlkeleridir¹⁸⁹. Tez çalışmamızın son bölümü bu konuya ayrılmıştır.

Bu metinlerle ulaşılmak istenilen amacın, uluslararası ticaret hukukunun birleştirilmesi, başka bir deyişle yeni bir modern lex mercatoria'nın yaratılması olduğu ifade edilmektedir. Bu birleştirmenin sonucunda ticari faaliyetin artacağı, zira ticari uyuşmazlıkların çözümünün daha kısa zamanda, daha az maliyetle sağlanabileceği düşünülmektedir¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 22.

¹⁸⁷ Sülün GÜÇER, UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri, BATİDER, Aralık 2005, sh.149. René DAVID, “Le Droit Comparé..”, a.g.e., Paris 1982. Yazar, kitabın VIII. Bölümünü “Hukukun Uluslararası Birleştirilmesi”ne ayırmıştır. Bu bölümde, esas sorgulanan Avrupa’da hukukun geleceğinin ne olacağıdır: Hukuk kuralları yeknesaklaştırılacak mıdır yoksa birleştirilecek midir?

¹⁸⁸ Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 273.

¹⁸⁹ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 149. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri açısından bkz. Ole LANDO, Principles of European Contract Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando.html>. (28.01.2005). Lando bu makalesinde, Avrupa’daki mevcut hukuk sistemleri ve bunlar arasındaki farklara değinmiş, özellikle Anglo Sakson ve Kıta Avrupası hukukundaki belirgin farklılıklara değinmiş, daha sonra neden Avrupa’da hukuku birleştirmek gerektiği konusuna açıklık getirmeye çalışmıştır. Aynı doğrultuda başka bir makale Ole LANDO, Some Features of the Law of Contract in The Third Millennium, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/litterature/lando01.htm (19.12.2005). Bu makalesinde Lando, lex mercatoria ile bu metinler arasında bir ilişki kurmuş, lex mercatoria’yı bu doğrultuda değerlendirmiştir.

¹⁹⁰ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 149. Ayrıca bkz. Thomas Kadner GRAZIANO, Le Futur de la Codification du droit civil en Europe: harmonisation des anciens Codes ou création d’un nouveau Code? www.unige.ch/droit/transnational/docs/Codification.pdf (31.08.2008). Graziano bu makalesinde, uyuşmazlıklar sırasında “sürprizler”in ortadan kalkacağını, güvenliği bozan unsurların ortadan kalkacağını, masraf ve risklerin önleneceğini belirtmektedir.

B. Lex Mercatoria'nın Kaynakları

Lex mercatoria'nın kaynaklarının ve içeriğinin ne olduğu konusu tartışmalıdır. Zira bilindiği gibi, tarihten günümüze kalan lex mercatoria adı altında yazılı bir düzenleme bulunmaması nedeniyle¹⁹¹, lex mercatoria'nın hangi hukukî kaynaklardan çıkarılabileceğini saptamak gereklidir. Uluslararası ticaret hukukunun kaynakları olarak nitelenebilecek kaynaklar aşırı derecede fazla ve kavranması zor olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk bakışta, ticari teamüller ve hukukun genel ilkeleri, lex mercatoria'nın kaynaklarıdır. Ancak bunların dışında da Devletlerin kendi iç hukuk düzenlerinden kaynaklanmayan birçok hukuk kaynağı da vardır¹⁹².

Genel olarak ifade etmek gerekirse günümüzde uygulama alanı bulan lex mercatoria'nın kaynakları; standart sözleşmeler (tip sözleşmeler), bir örnek kurallar, milletlerarası ticari örf ve âdet, ticarî teamüller, uluslararası kanunlaştırmalar, uluslararası hakem kararları, hukukun genel ilkeleri (genel prensipler), uluslararası ticarete ilişkin kurallar, meslekî birlikler tarafından geliştirilen kurallar olarak gösterilmektedir¹⁹³. Aşağıda düzenleniş şekline göre uluslararası ticaret hukukunda lex mercatoria'nın kaynakları ve uygulamadaki önemleri belirtilecektir.

1. Standart Sözleşmeler (Tip Sözleşmeler)

Standart sözleşmeler, uluslararası ticarete önemli bir rol oynamaktadır. Standart sözleşme kavramına, bir sözleşmenin esaslı unsurlarının önceden formüle edildiği bütün sözleşme metinleri dâhildir¹⁹⁴.

¹⁹¹ Bu konuda bkz. Zehra KONUK, a.g.e., sh. 115.

¹⁹² Arzu OĞUZ, a.g.m., 2001, sh. 22 vd.

¹⁹³ERCÜMENT ERDEM, adı geçen tebliğ, sh. 122, ayrıca bkz. Arzu OĞUZ, a.g.m., 2001, sh. 22 vd. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 208.

¹⁹⁴ Erol ULUSOY, a.g.e., sh. 69.

Bunlar, form şeklinde ya da genel işlem şartları şeklinde düzenlenmiş olabilmektedir.

a. Form Şeklinde Düzenlenmiş Sözleşmeler

Form şeklinde düzenlenmiş sözleşmelerde taraflar, mal ve hizmet, fiyat, ifa zamanı ve ifa yeri hakkındaki özel anlaşmalarını yazabilecekleri boşluklar içeren birtakım formlar doldurmak suretiyle sözleşmeyi kurarlar¹⁹⁵.

b. Genel İşlem Şartları

Genel işlem şartlarında ise, sözleşme metnine eklenebilen ve tarafların atıf yapabilecekleri, önceden hazırlanmış şartlar söz konusudur¹⁹⁶. Form şeklinde düzenlenmiş sözleşmelerle genel işlem şartlarını türü birbirinden ayırmak uygulamada her zaman mümkün olmamaktadır. Genel işlem şartları çoğu zaman sözleşme formlarının arka sayfasında yer alır. Uluslararası ticarete katılan taraflar, bu tür araçlarla, ticari ilişkilerini ulusal kanunlardan bağımsız olarak özgürce ve olabildiğince yeknesak bir biçimde düzenlemeye çalışmaktadırlar¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Tip sözleşmelerin tanımı için bkz. Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 149 n.: 241, sh. 408 n.: 641 vd. Ayrıca Arzu OĞUZ, a.g.e., 2004, sh. 100.

¹⁹⁶ Tip sözleşmeler ile genel işlem şartlarının mukayesesi açısından bkz. Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 149 n.: 241.

¹⁹⁷ Arzu OĞUZ, a.g.m., 2001, sh. 23. Ayrıca bkz. Ole LANDO, "Some Features of..." a.g.m. (19.12.2005). Tip sözleşmelerin tanımı için bkz. Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 149 n.: 241, sh. 408 n.: 641 vd.

2. Bir Örnek Kurallar ve Bir Örnek Kural Olarak INCOTERMS'ler

a. Genel Olarak Bir Örnek Kurallar

Bir örnek kurallar, sözleşmesel bir takım belirlemelerdir. Bunlar, cümle kalıpları şeklinde sözleşmelere eklenebilir. Aynı zamanda taraflar, bu kurallara atıf yapabilirler¹⁹⁸.

Bir örnek kurallar, standart sözleşmeler ile çok büyük bir benzerlik gösterir. Her ikisi de taraflara yardımcı bir araç olarak, sözleşmenin kurulmasını kolaylaştırır ve kelimesi kelimesine ya da sözleşmede atıf yapılmak suretiyle, sözleşme metninin kapsamına alınabilir. Ancak, bir örnek kurallar, sadece sözleşmedeki bir ya da birkaç sorunu çözüme kavuştururken, standart sözleşmeleri sözleşmenin bütün metnini belirler. Ayrıca, bir örnek kurallar, standart sözleşmelerin aksine, bütün sözleşme tiplerinin birleştirilmesine değil, sadece belli kuralların birleştirilmesine yaramaktadır¹⁹⁹.

Bunlardan başka, bu şekildeki kuralların sadece ticari ilişki içine giren taraflarca değil, bazı uluslararası idari organlar tarafından oluşturulması da özel bir anlam taşımaktadır. Bu organlara örnek olarak, Paris'teki Milletlerarası Ticaret Odası (MTO)²⁰⁰, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (ECE)²⁰¹, Birleşmiş Milletler Asya Pasifik Ekonomik Komisyonu (Economic and Social Commission for Asia and the Pasific / ESCAP)²⁰² veya

¹⁹⁸ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 23. Ayrıca aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 101.

¹⁹⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 24.

²⁰⁰ www.iccwbo.org

²⁰¹ www.unece.org

²⁰² www.unescap.org

Uluslararası Hukuk Birliği (International Law Association / ILA)²⁰³ gösterilebilir²⁰⁴.

Gerçekten de, bir örnek kuralların en yaygın örneği, ticari terimler (trade terms)'dir²⁰⁵. Bir dizi model sözleşmeler, önemli ticari teamüller, (MTO) ve ECE gibi kuruluşlar tarafından uluslararası derlemelerde yayınlanmıştır. Bu derlemeler, Dünya ticaretinde dikkate alınmakta ve âdeta kanun gibi uygulanmaktadır²⁰⁶. Örneğin MTO'nun yayınladığı Uluslararası Ticari Terimler (INCOTERMS / International Rules for the Interpretation of Trade Terms)'ler²⁰⁷, ve "Belgeli Akreditif İçin Yeknesak Teamül ve Uygulamalar (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits)" bunlar arasında sayılabilir²⁰⁸.

b. Bir Örnek Kurallar Olarak Uluslararası Ticari Terimler (INCOTERMS)

Gerçekten de, bir örnek kuralların uluslararası ticarete kullanılan en yaygın örneği Uluslararası Ticari Terimler (INCOTERMS)²⁰⁹lerdir. INCOTERMS, uluslararası satımlarda malların sevk ve teslimine ilişkin kuralların yorumuna dair bir dizi kuralları ifade eder. Taraflar sözleşmelerinde

²⁰³ www.ila-hq.org

²⁰⁴ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 24.

²⁰⁵ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 23 vd.

²⁰⁶ René DAVID, Le Droit du Commerce International, Réflexions d'un copmaratiste sur le droit international privé, Economica, Paris, 1987, sh. 70, n.: 66.

²⁰⁷ Cemal ŞANLI, Nuray EKŞİ, a.g.e., 2003, sh. 12 ve 133 vd. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 42. Incoterms'ler açısından bkz. Yves DERAİNS et Jacques GHESTIN (sous la direction de); La Convention de Vienne Sur la Vente Internationale et les Incoterms, Acte du Colloque des 1er et 2 décembre 1989, Centre du Droit des Obligations de l'Université de Paris I, L.G.D.J. 1990.

²⁰⁸ Belgeli Akreditif İçin Yeknesak Teamül ve Uygulamalar'ın niteliğini (standart sözleşme ya da bir örnek kural olup olmadığı) öğretide tartışmalı olduğu görülmektedir. Bu tartışma, tez çalışmamızın esaslı unsuru olmadığından konu hakkında detaylı bilgi verilmemiştir. Fakat bu konudaki farklı görüşler açısından bkz. Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 23 vd. Aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 100 ve sh.102.

²⁰⁹ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 17. Erol ULUSOY, a.g.e., sh. 74. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh 42 vd. Arzu OĞUZ, a.g.e. 2004, sh. 104. Bkz. Incoterms 2000, Règles officielles ICC pour l'interprétation des termes commerciaux, Edition G.A.L., Collection <<Savoir-Plus>>, Alger 2003.

INCOTERMS'lerden birine atıf yapmak suretiyle satım konusu malın teslim şeklini, şartlarını, malla ilgili risk ve masrafların hangi tarafa ait olacağını, maldaki hasar, risk ve masrafların hangi andan itibaren bir taraftan diğerine intikal edeceğini belirlemiş olurlar. INCOTERMS'ler ilk defa MTO tarafından 1936 yılında düzenlenmiştir. 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 ve son olarak 2000 yılında INCOTERMS'ler gözden geçirilerek yeniden bir broşür olarak basılmıştır. 2000 tarihli ve 560 sayılı broşür ile düzenlenen teslim şekilleri 1990 tarihli düzenleme ile karşılaştırıldığında çok önem taşıyan değişikliklerin yapılmadığı görülmektedir. Yalnızca, DEQ (rıhtımda teslim / delivery ex quay), FAS (gemi doğrultusunda teslim / free alongside ship) ve FCA (ana taşıma ödenmemiş olarak / teslim free carrier) teslim şekillerinde gümrük işlemleri ve verginin kimin tarafından ödeneceği, FCA teslim şeklinde ise yükleme ve boşaltma masrafları hususu yeniden düzenlenmiştir. 560 nolu broşürde yer alan kurallar, tarafların aralarında yaptıkları sözleşmede bu kurallara atıf yapmaları halinde uygulanacaktır²¹⁰.

Ticari terimler sözleşmeye bağlı yan koşulları, anlamları ticari örf tarafından ya da açıkça belli bir tanım ifade edilerek belirlenmiş birtakım kısaltmalara tabi kılmayı mümkün hale getirmektedir. Örneğin, taraflar bir malın taşınmasının “gemi bordasında teslim / free on board” (fob)²¹¹ şeklinde yapılacağını ve bu kavramların anlamlarının da INCOTERMS'lere göre belirleneceğini kararlaştırabilirler. Söz konusu ticarî teamüller, münferit branşlarda ve bölgelerde bazı küçük farklar göstermekle birlikte, Dünya çapında birlik arz eder. Bundan başka, “masraflar, sigorta ve navlun ödenmiş olarak teslim / cost, insurance, freight” (cif)²¹², “gümrük vergileri ödenmiş olarak teslim / delivered duty paid” (ddp)²¹³, “gemi doğrultusunda teslim / free alongside ship” (fas)²¹⁴, “belgeler karşılığında ödeme / payment against

²¹⁰ Cemal ŞANLI, Nuray EKŞİ, a.g.e., 2003, sh. 133.

²¹¹ Cemal ŞANLI, Nuray EKŞİ, a.g.e., 2003, sh. 138. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 43.

²¹² Cemal ŞANLI, Nuray EKŞİ, a.g.e., 2003, sh. 139. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 44.

²¹³ Cemal ŞANLI, Nuray EKŞİ, a.g.e., 2003, sh. 143.

²¹⁴ Cemal ŞANLI, Nuray EKŞİ, a.g.e., 2003, sh. 137.

documents” gibi tipik şartların yorumu, hemen her zaman kendine özgü ve uygulamada kazanılan kural ve alışkanlıklara göre yapılmaktadır²¹⁵.

3. Ticarî Teamüller

Çalışmamızın başında Türk hukuk sisteminde medeni hukuk teamül tanımına ve ticaret hukukunda teamül konusuna yer verilmişti.

Yabancı mevzuatta ise, örneğin Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu (UCC / Uniform Commercial Code), § 1-205, 2 ticari teamülleri şu şekilde tanımlamaktadır: “Belirli bir yerde, bir meslekte veya bir ticaret alanında söz konusu işlem bakımından kendisine tabi olunacağına yönelik bir beklentiyi haklı çıkaracak kadar düzenli biçimde riayet gören herhangi bir karşılıklı davranış tarzı veya biçimi”²¹⁶.

Ticari teamüller, alışkanlık, uzun zaman uygulanma veya ticarî hayattaki gelenekler olarak da belirtilmektedir. Bunlar, gelenek hukuku olabileceği gibi, olmayabilir de. Kural olarak, taraflar ticarî teamüllere hukukî anlam verirler. Taraflar, bunu bilinçli olarak yapabilecekleri gibi, bilinçsiz olarak da yapabilirler²¹⁷.

Viyana Satım Sözleşmesi de, aşağıda aktardığımız 9. maddesi ile başka hukuk düzenleri gibi, ticari teamülleri önemli bir yorum aracı olarak kabul etmektedir²¹⁸.

“Taraflar hiçbir şey kararlaştırmamışlarsa, yaptıkları sözleşmede zımni olarak, daha önceden bildikleri ya da bilmeleri gereken ve uluslararası ticaret

²¹⁵ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 23 vd.

²¹⁶ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 24. Aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 105.

²¹⁷ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 25.

²¹⁸ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 25. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 31. Viyana Satım Sözleşmesi açısından detaylı bilgi için bkz. Yves DERAİNS et Jacques GHESTIN (sous la direction de); a.g.e.

alanında bu şekildeki, bu ticari alanda geniş ölçüde bilinen ve kendilerince de düzenli olarak dikkate alınan ticari teamüllere dayandıkları kabul edilir”²¹⁹.

4. Uluslararası Kanunlaştırmalar

Uluslararası kanunlaştırma kavramına uluslararası nitelik taşıyan bütün kurallar girmektedir. Aslında, bu kuralların uluslararası bir kanunkoyucu tarafından konulmamış olmaları dikkate alınacak olursa, uluslararası kanunlaştırma teriminin de çok doğru olmadığı düşünülebilir. Bu kurallar ya uluslararası anlaşmalara ya da model kanunlara dayanır²²⁰.

a. Devletler Arasında Yapılan Uluslararası Anlaşmalar

Devletler arasında yapılan anlaşmalar, ulusal kanun koyucu tarafından kısmen ortak bir biçimde, kanun gücünü taşıyarak ulusal hukuk düzenine alınır. Böylece, hukukun ulusal niteliği, bu alanda da kendini göstermektedir. Ancak Devletler arası anlaşmalar, maddi özel hukuku düzenledikleri ölçüde *lex mercatoria*’nın kaynağı olabilir²²¹. Bu anlaşmalara pek çok örnek verilebilir:

(1) Taşımacılık Alanındaki Anlaşmalar

1924 tarihli, gerek gemi, gerekse yük sahiplerinin menfaatlerini göz önünde bulundurmak suretiyle taşıyanın sorumluluğunu adil bir şekilde

²¹⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 25.

²²⁰ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 25. Aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 108. René DAVID, “Le Droit Comparé.”, a.g.e. Paris 1982, sh. 347. Yazar bu kısımda, Tahkim kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin Cenevre Sözleşmesi, New York Sözleşmesi ve 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi’nden bahsetmektedir. *Lex mercatoria*’nın tahkim kararları ile yönetildiğini belirtmektedir. *Lex mercatoria* kendisi gibi bağımsız olan tahkim kararları dolayısıyla kabul görmektedir.

²²¹ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 28.

düzenleyen ve ademi sorumluluk şartlarını sınırlayan Lahey kuralları, özellikle işletenin zarar görmesine engel olma amacını gütmektedir. Bu kuralların uygulanması sırasında ortaya çıkan bazı aksaklıklar, 1968 yılında Brüksel’de yapılan bir protokol ile düzeltilmiştir. Ancak “Konişmentoya Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında 25.08.1924 tarihli Brüksel Andlaşmasının Tadiline Dair Protokol (Lahey-Visby Kuralları)” olarak adlandırılan bu anlaşma, geniş bir uygulama alanı bulamamıştır. Bundan dolayı, UNCITRAL, aynı alanda daha geniş kapsamlı olarak; Eşyaların Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (United Nations Conventions on the Carriage of Goods by Sea)’nu ortaya çıkarmıştır. Hamburg Kuralları olarak adlandırılan 1978 tarihli bu anlaşma, birçok ülke tarafından imzalanmış olmasına karşın, henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu da özerk ve pozitif anlamda yeknesak bir lex mercatoria’dan henüz ne kadar uzak olduğunu göstermektedir²²².

(2) Satım Sözleşmesi Alanındaki Anlaşmalar

Yıllardan beri özellikle satım alanında hukukun uluslararası alanda birleştirilmesi için büyük çaba gösterilmektedir. Yeknesak satım hukuku hakkında 1 Temmuz 1964 tarihli sözleşmelerin başarılı olamadığı görülmektedir. Bunun üzerine yine UNCITRAL, 11 Nisan 1980 yılında Viyana’da yapılan genel kurul toplantısında geniş ölçüde kabul gören bir tasarı hazırlamıştır. On ülkenin imzalaması üzerine bu tasarı, 1 Ocak 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. Viyana Satım Sözleşmesi, sözleşmeye üye farklı ülkelerde bulunan işyerleri arasındaki satım sözleşmelerine uygulanır²²³. Sözleşme, milletlerarası özel hukuk kuralları (kanunlar ihtilafı kuralları) uyarınca, sözleşme taraflarından birinin ülke hukukuna atıf yapması

²²² Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 25 vd. Aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 108. Ayrıca bkz. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 32.

²²³ Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 16, Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 29.

durumunda da uygulanır²²⁴. Bu nitelikleriyle, Viyana Satım Sözleşmesi'nin de lex mercatoria'nın bir parçası olduğu kabul edilmelidir²²⁵.

(3) Devletler Umumi Hukuku Kapsamına Giren Anlaşmalar

Bunlardan başka Devletler arasındaki ticarî ilişkilerden de bir hukuk doğmaktadır. Bu hukuk Devletler umumî hukukunun konusuna girmektedir. Devletler arasındaki uyuşmazlıklarda hakemler, sıkça, özellikle kamulaştırmadan doğan zararların giderilmesini tanıyan Devletler Umumî Hukukuna başvurumaktadırlar. Bu konuda da 1969 tarihli “Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi” örnek olarak verilebilir. Bu anlaşma, Devletler umumî hukukuna ilişkin genel hukuk ilkelerini, hukukun genel ilkelerini ve bugüne kadar hukukî olarak henüz bağlayıcılığı olmayan teamülleri düzenleme altına almıştır. Bu Anlaşmanın 1. maddesi, anlaşmanın, sadece bu anlaşmaya üye Devletler arasındaki sözleşmelerde uygulanacağını belirtmektedir. Ancak Devletler umumî hukukunun lex mercatoria için kaynak teşkil etme özelliği son derecede sınırlıdır. Lex mercatoria için asıl önemli olan, Devletler umumî hukukuna göre verilen mahkeme, hakem kararları ve bilimsel çalışmalar sonucunda elde edilen hukukun genel ilkeleridir²²⁶.

b. Model Kanunlar

Uluslararası anlaşmaların yanında hukukun model kanunlarla birleştirilmesi çabalarına değinmek gerekir.

²²⁴ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 29.

²²⁵ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 26.

²²⁶ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 26 vd.

(1) Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri

Bu bağlamda Avrupa Komisyonu'nun ve bazı özel sponsorların desteğiyle Danimarkalı hukukçu Ole Lando başkanlığında oluşturulan Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu²²⁷ (Commission on European Contract Law) 20 yıllık bir çalışmanın sonucunda "Avrupa Sözleşme Hukuku'nun İlkeleri (The Principles of European Contract Law)"ni yayınlamıştır²²⁸. Bu çalışma, sözleşmelerle ilgili bir dizi genel kuralın yanı sıra, sözleşmelerin ifa edilmesi ve ifa edilmemesi ile ilgili olarak birçok kural içermektedir. Bu çalışmanın Amerikan hukukundaki derlemelerden (restatement)²²⁹lerden ilham aldığını söylemek mümkündür. Bu ilkeler Avrupa Özel hukukunun kanunlaştırmaya benzer bir biçimde yeknesaklaştırılması konusunda bir denemedir²³⁰.

²²⁷ Şu zamana kadar oluşturulmuş Komisyonlar ve üyeleri için bkz. http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/members.htm (30.03.2010)

²²⁸ Bkz. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 34 vd.

²²⁹ Restatement; Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından belli konularda oluşan ve bu kavramları açıklayan çalışmalardır. İçinde mahkeme kararları, çeşitli kararlara atıflar yer almaktadır. Daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Black's Law Dictionary, a.g.e., sh. 1339. Restatement: One of several influential treatises published by the American Law Institute describing the law in a given area and guiding its development. The restatements use a distinctive format of blackletter rules, official comments, illustrations, and reporter's notices. Although the Restatements are frequently cited in cases and commentary, a Restatement provision is not binding on a court unless it has been officially adopted as the law by that jurisdiction's highest court. Restatements have been published in the following areas of law: Agency, Conflict of Laws, Contracts, Foreign Relations Law of the United States, Judgements, Law Governing Lawyers, Property, Restitution, Security, Suretyship and Guaranty, Torts, Trusts, and Unfair Competition – Also termed Restatement of Law.

²³⁰ Thomas Kadner GRAZIANO, a.g.m. (31.08.2008). Éric DESCHEEMAER, "Faut-il codifier le droit privé européen des contrats?" (Cet article est une version remaniée d'un travail réalisé comme mémoire de DEA en droit privé à l'université de Paris-I Panthéon-Sorbonne, et récompensé par le I^{er} prix ex aequo du Centre français de droit comparé, déc. 2001), (2002) 47 (4) Mc Gill Law Journal pp. 791-853, <http://www.journal.law.mcgill.ca/abs/vol47/4desch.pdf>. (2005). Graziano, bu makalesinde Avrupa'da medeni hukuk alanında eski kanunların yeknesaklaştırılmasının mı daha iyi olacağı yoksa yeni bir Kanun'un mu yaratılması gerektiği konusunu işlemiştir. Uluslararası sözleşmeler hazırlanırken yabancı bir hukuk seçiminin taraflar açısından hukuki güvenliği engellediği, taraflar bir sözleşme hazırladıklarında birbirlerinden farklı hukuk sistemlerinde eğitim görmüş, farklı hukuk nosyonlarına sahip hukukçuların beraber hazırladıkları sözleşmeler sonrası, tarafların uyumsuzluk söz konusu olduğunda bu farklılıklar nedeniyle mağdur olduklarına değinmiştir. Tüm bunlar karşısında Avrupa Sözleşme Hukuku'nun özelliklerine değinilmiş ve bu hazırlanan metnin gelecekte hangi statüde işlevselliğini sürdüreceği konusunda çeşitli görüşlere yer verilmiştir. Avrupa'da ortak bir borçlar kanununa ihtiyaç olup olmadığı, böyle bir ortak kanun yapılırsa ülkelerin kendi borçlar kanunlarını da aynı zamanda muhafaza etmelerinin gerekip gerekmediği, bu bağlamda söz konusu kanunların uygulama alanlarının sınırının ne olması gerektiği

(2) Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İlkeleri

Aynı amaca yönelik olan bir başka çalışma da UNIDROIT'nın uluslararası ticari sözleşmeler için oluşturduğu ilkelerdir (Principles of International Commercial Contracts)²³¹. Bu çalışmanın daha iddialı olduğu söylenebilir. Çünkü bununla Dünya üzerindeki bütün önemli hukuki düzenlemeleri yansıtan ve Dünya üzerinde uygulanırlığı olan ilke ve kurallar saptanmaya çalışılmıştır. Bu ilkeler meşruiyetini, herhangi bir Devletin ya da Devletlerarası kanun koyucunun otoritesinden değil, uluslararası ticarî yaşamda uygulanabilir kalitede olmalarından almaktadır²³². Tez çalışmamızın son bölümünde geniş olarak bu İlkelere yer verilmiştir.

(3) Avrupa Birliği Hukukunda Tüzük ve Yönergeler

Bundan başka münferit Devletlerin hukuk yaratma yetkilerini devrettikleri uluslarüstü (supra) örgütler vardır. Bunların en önemli örneği, Avrupa Birliği'dir. Avrupa Birliği, gerek Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerde doğrudan geçerli olan tüzüklerle gerek münferit Devletleri, hukuklarında değişiklik yapma yükümlülüğü altına sokan yönergelerle hukuk yaratma yetkisini kullanmaktadır. Avrupa Birliği içerisinde özellikle ticaret hukuku ve

tartışılmıştır. Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun hazırlanmasından sonra, Avrupa Medeni Hukukunun kanunlaştırılması açısından hangi etaplardan geçilmesi gerekeceğine değinilmiştir. Yazar, her ülkenin kendi içindeki uyumsuzluklarda kendi medeni ve borçlar kanunlarının uygulanması, uluslararası konularda ise ortak bir borçlar kanununun uygulanması sonucuna varmıştır. Ayrıca, ortak bir Avrupa Kanunlaştırması açısından, Avr. Sözl. H. İlkelerinin örnek alınmasının her türlü riski ortadan kaldıracağını ifade etmektedir. Bu konuda Eric DESCHEEMAEEKER'in tezinde yer alan görüşler ile Graziano'nun görüşleri birbirlerinin zıttıdır. Descheemaeker, Avrupa'da "tek, yeknesak bir hukuk"un olmaması gerektiğini savunmaktadır. Kendisi, ulusal hukukların varlığını koruması gerektiği görüşündedir.

²³¹ Michael Joachim BONELL, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the same purposes? <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell96.html>. (31.08.2008). Yazar bu makalesinde, Unidroit ve Avr. Sözl. H. İlkeleri'ni uygulama alanları açısından incelemekte, her iki İlkelerin aynı amaca hizmet edip etmedikleri sorusunu irdelemektedir. Ayrıca Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 16.

²³² Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 27 vd. Aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 110.

şirketler hukuku alanında hukukun uyumlaştırılması büyük ölçüde gerçekleştirilmiştir²³³.

5. Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri kavramı, gerek teori gerek uygulama tarafından sıkça kullanılmakla birlikte seyrek olarak tanımlanmıştır. Söz konusu ilkeler <<ulusların ortak hukuku>>nu oluşturmaktadır. Başka bir deyişle sözkonusu kurallar ulusal hukuk sistemlerinin ortak kurallarıdır²³⁴. Hukukun genel ilkeleri, çeşitli ulusal hukuk düzenlerinde ortak olan yönlendirici düşüncelerdir. Bunların dışında, uluslararası ticaret alanında, bütün önemli hukuk düzenlerinde yer alması zorunlu olmayan genel ilkelerden de söz edilebilir. Örneğin, uluslararası ticarete Devletlerin hakem olabilme niteliği²³⁵.

“Hukukun genel ilkeleri hukukun temel taşlarıdır. Genel ilkeler, kararların dolaysız yapı taşları oldukları için belirsizdir”. Uygun bir ortamda uygulama alanı buldukları zaman somutlaşır. Bu anlamda doğrudan herhangi bir vakıanın bağlanabildiği ticarî teamüllerden farklılık gösterir²³⁶.

Hukukun genel ilkeleri, genel nitelikleri itibarıyla özel hukuka ilişkindir. Bu ilkeleri; uluslararası hukukun kaynağı olarak sayanlar bulunmaktadır. Zira bu yönde düşünenler, bu ilkeleri halkların hukuki bilinçlerinin bir ifadesi olarak görmektedirler²³⁷. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesinde “medenî ülkelerin genel hukuk ilkelerinin devletler hukukunun kaynaklarından sayılması bu konuda bir şey değiştirmez” hükmü vardır. Madde 38’de sözü

²³³ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 27. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 33 vd.

²³⁴ Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 528 n.: 820.

²³⁵ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 28. Aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 134 vd. Lex mercatoria ilkeleri ile uluslararası ve ulusal hukuktaki ortak hukukta genel ilkeler arasındaki ilgi açısından bkz. Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 528.

²³⁶ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 28 vd.

²³⁷ Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 532 n.: 827.

edilen genel ilkeler, aynı zamanda lex mercatoria'nın da kaynaklarından biri olabilecek, bilinen genel ilkelerden başka bir şey değildir. Hukukun genel ilkelerine birkaç örnek verilebilir²³⁸:

a. İyiniyet İlkesi (Bona Fides)

İyiniyet ilkesi hemen her hukuk düzeni tarafından bilinmekte ve ticarî ilişkilerin de temelini oluşturmaktadır. Bu genel ilke, bütün diğer ilkelerin de kaynağı olarak nitelendirilebilir. Zira, sözleşmeye ve tahkim anlaşmalarına bağlılık, mücbir neden dolayısıyla sözleşmeden doğan yükümlülüklerden kurtulma, sözleşmenin değişen koşullara uydurulması, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi diğer bütün ilkelerin uygulanması sırasında iyi niyet ölçüt alınır²³⁹. Bu konuya lex mercatoria ve Roma Hukuku başlığı altında daha önce değinilmişti. Bu kavrama daha sonra, çalışmamızın UNIDROIT İlkeleri'ne ilişkin ileriki bölümünde de değinilecektir.

b. Ahde Vefa İlkesi (Pacta Sunt Servanda)

Ahde Vefa İlkesi (pacta sunt servanda), özel ya da kamuya ilişkin, ulusal ya da uluslararası tüm sözleşme hukukunun temelini oluşturmaktadır. Öyle ki, bu ilke olmasa sözleşme (anlaşma) kelimesi tüm anlamını yitirir²⁴⁰. Kilise hukukçularına ve doğal hukuk savunucularına, Roma hukukundaki her hakkın bir dava (actio²⁴¹) ile korunmuş olması ve sözleşmelerde belli tiplere bağlılık ilkelerine karşı savaşıma olanağı sağlamıştır. Bu ilkeye göre, bağlayıcı olarak kararlaştırılan bir hususa uyulmalıdır. Bu ilke ile zaten olması gereken bir şey ifade edilmekle birlikte, birçok istisna da getirilmiştir. Örneğin,

²³⁸ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 29 vd.

²³⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 29. Aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 135 vd.

²⁴⁰ Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 533 n.: 830.

²⁴¹ Özcan KARADENİZ ÇELEBİCAN, a.g.e., sh. 122.

irade sakatlıklarından ötürü sözleşmeden dönülmesi, butlan nedenleri vs. Özellikle, uluslararası ticarete sık görülen uzun süreli sözleşmelerde, bu ilkeye uyulması bazen tarafları zorlayabilmektedir. Bu nedenle bu ilkenin şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir: Ahde vefa (pacta sunt servanda)²⁴², bona fides; sözleşmeler iyi niyet ilkesi uyarınca ifalar talep edilebildiği sürece, bağlanma niyeti olduğu ve irade sakatlıkları ve değişen koşulların mevcut bulunmadığı çerçevede geçerlidir²⁴³.

c. Mücbir Sebep (Vis Major) ve Sözleşmenin Yeni Koşullara Uyarlanması (Clausula Rebus Sic Stantibus)

Değişen koşulların sözleşmeye uydurulmasının koşulları ve hukukî sonuçları, her ülkede farklılık göstermektedir. Uluslararası ticarete bu konuda bir karmaşa vardır. Bu konu bazen, mücbir sebep (vis major)²⁴⁴, bazen akdin uyarlanması (clausula rebus sic stantibus)²⁴⁵, bazen de engellenme (frustration²⁴⁶) olarak nitelendirilmektedir. Bu konuda bağımsız

²⁴² Black's Law Dictionary, a.g.e., sh. 1140. Pacta sunt servanda: "Agreements must be kept". The rule that agreements and stipulations, esp. those contained in treaties, must be observed <Quebec courts have been faithful to the pacta sunt servanda principle>.

²⁴³ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 29. Aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 150.

²⁴⁴ Mücbir sebep. Black's Law Dictionary, a.g.e., sh. 1603. Vis Major: Latin "superior force". 1. A greater or superior force; an irresistible or overwhelming force of nature; FORCE MAJEURE. 2. A loss that results immediately from a natural cause without human intervention and that could not have been prevented by the exercise of prudence, diligence, and care. – Also termed act of nature, act of providence; superior force; irresistible force; vis divina.

²⁴⁵ Black's Law Dictionary, a.g.e., sh. 267. Clausula rebus Sic Stantibus: 1. A treaty provision stating that the treaty is binding only as long as the circumstances in existence when the treaty was signed remain substantially the same. 2. A doctrine by which the law supplies such a provision to a treaty that does not expressly contain one; REBUS SIC STANTIBUS. The doctrine may be invoked when a fundamental change in circumstances (1) alters the essential basis for the parties' consent to be bound by the treaty, and (2) radically transforms the extent of the parties' performances under the treaty. But the doctrine does not apply to treaties establishing boundaries. Vienna Convention on the Law of Treaties art. 62. – Often shortened to clausula. Bu ifade "clausula rebus sic stantibus ya da sadece clausula olarak da adlandırılır.

²⁴⁶ Black's Law Dictionary, a.g.e., sh. 694. Frustration: 1. The prevention or hindering of the attainment of a goal, such as contractual performance. 2. Contracts. The doctrine that if a party's principal purpose is substantially frustrated by unanticipated changed circumstances, that party's duties are discharged and the contract is considered terminated. – Also termed frustration of purpose. Cf. IMPOSSIBILITY, IMPRACTICABILITY; MISTAKE.

bir kavram, kayıtlarla geliştirilmiştir: Mücbir sebep (vis major) ve hardship kuralı. Ancak uygulamanın bu konuda ortak bir noktaya ulaşmadığı görülmektedir²⁴⁷. Örneğin Fransa ve İngiltere’de bu kavramların farklı şekilde uygulandığı görülmektedir.

Uygulamada bu konuda oluşan benzerlikler, hakem kararlarından çıkarılmaktadır. Borçlanılan ifanın imkânsız hale gelmesi veya aşırı derecede zorlaşması durumunda mücbir sebebe (vis major)’e başvurulabilir. Ancak bu durum tarafların kusurlu bir davranışından ötürü meydana gelmiş, önceden öngörülebilir ve taraflardan beklenebilecek ölçüde fedakârlıkla giderilebilir nitelikte olmamalıdır. Bütün bu koşullar haklı olarak oldukça katı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Özellikle uluslararası alanda çalışan girişimcilerden, sayısız riskleri önceden hesaba katmaları, önceden öngörülmesi mümkün olmayanların ise, sözleşmeye genel hükümlerin konulması yoluyla çözüme bağlanması beklenmektedir²⁴⁸.

Mücbir sebebin (vis major) doğuracağı hukukî sonuçlar konusunda yapılan önerilerin daha az birlik oluşturduğu görülmektedir. Yakın zamanlarda, mücbir sebebin (vis major), sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması (clausa rebus sic stantibus) ilkesinin aksine ifa yükümlülüğü sona erdirmediği, sadece kesintiye uğrattığı görüşü yaygınlaşmaya başlamıştır. Ayrıca sözleşmenin, para değerindeki değişimlere uydurulması ve ifalar arasında denge kurulması da mümkün görülmeye başlanmıştır. Genel olarak, hem uluslararası tahkimde, hem de ulusal mahkemelerde, önceden öngörülemeyen durumlardan doğan zararların, olabildiğince taraflar arasında dağıtılması eğilimi yaygınlaşmaktadır. Taraflardan, devam eden bir sözleşmede, beklenmeyen zorlukların ortaya çıkması durumunda, yeniden masaya oturup sözleşme hükümlerini tekrar müzakere etmeleri

²⁴⁷ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 30.

²⁴⁸ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 30.

beklenmektedir. Bu durum, uluslararası ticaretin bir ilkesi olmaya başlamıştır²⁴⁹.

Hukukun genel ilkeleri ile ilgili olarak çok sayıda karşılaştırmalı hukuk çalışması yapıldığı görülmektedir. Lex mercatoria açısından yaklaşıldığında, bu hukukun kaynağı olabilecek ilkelerin, bütün hukuk sistemlerinde tanınan ilkeler olmaları gerektiği açıktır. Bugüne kadar, hukukun genel ilkelerini kodeks (codex) şeklinde toparlayan bir çalışma olmadığından, bu durumun saptanması büyük zorluklara neden olmaktaydı. Fakat, UNIDROIT'nın uluslararası sözleşmeler için genel ilkeleri yayınlaması ile bu eksikliğin giderildiği söylenebilir²⁵⁰. Çalışmamızın son bölümünde bu hususa da yer verilmiştir.

6. Uluslararası Tahkim

Uluslararası ticaretten doğan hukuki uyuşmazlıklar, yukarıda anılan kurallara göre özel hakemler tarafından çözülmektedir. Lex mercatoria'nın hakem kararları ile ayakta durduğu söylenebilir²⁵¹. Hakemler, ticarî teamülleri ve hukukun genel ilkelerini saptamak suretiyle yeni kurallar yaratırlar. Bu açıdan bakıldığında hukukun genel ilkeleri hakem kararıyla somutlaştırılmış olur²⁵². Hakemler, genellikle, uzman kişilerden oluşmaktadırlar. Dolayısıyla hukukun uygulanmasında da fiilen (de facto) daha fazla özgürlükleri vardır. Bu durum, onların giderek, uluslararası ticaret hukuku uygulamasında, ulusal mahkemelerden daha fazla önem kazanmalarına neden olmaktadır.

²⁴⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 30.

²⁵⁰ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 31.

²⁵¹ René DAVID, "Le Droit Comparé..." a.g.e., Paris 1982, sh. 339 "Unification du Droit et Arbitrage, Conférence prononcée à la Faculté de Droit de l'Université Erasme, Rotterdam le 20 Septembre 1976, sur l'initiative de la Fondation G. Ph. Verhagen, Rotterdam. Yazarın kitabının bu bölümü, "Unification du Droit et Arbitrage"; hukukun birleştirilmesi ve tahkime ayrılmış olup konferans notlarından oluşmaktadır. Hukukun birleştirilmesi ile tahkim arasındaki ilişki irdelenmiştir.

²⁵² Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 536, n.: 833.

Tahkimde uygulanan muhakemeye esas teşkil eden yönetmelikler, kısmen Devletler Hukuku uyarınca yapılan araştırmalara dayanır; kısmen de özel örgütler tarafından çıkarılır. Devletler tarafından yapılan resmî anlaşmalar, ağırlıklı olarak hakem kararlarının tenfizi ve hakemler tarafından verilen kararların tanınmasını düzenlerken, özel ya da gayri resmî hakem yönetmelikleri hakemlerin uyguladıkları muhakeme usulünü somut olarak düzenleme amacını güderler²⁵³.

Ticaret hukuku alanında çok yanlı (multilateral) anlaşmalardan en önemlileri, Tahkim Şartlarına ilişkin 1923 tarihli Cenevre Protokolü²⁵⁴, Yabancı Hakem Kararlarının İcrasına ilişkin 1927 tarihli Cenevre Anlaşması²⁵⁵, yine Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkında 1958 tarihli Birleşmiş Milletler (New York) Anlaşması²⁵⁶, Milletlerarası Ticari Hakemlik konusundaki 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi²⁵⁷ ve Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıkların Çözümlemesi Hakkında 1965 tarihli Washington Sözleşmesi (Dünya Bankası Anlaşması)²⁵⁸'dir. Ayrıca 1985'den bu yana uluslararası tahkim hakkında UNCITRAL Model Kanunu bulunmaktadır. Bu Model Kanun, Devletlere, Devletler hukukuna ilişkin yükümlülük yüklemeksizin, uluslararası tahkimle ilgili geniş kapsamlı normları iç hukuklarına alma olanağı sağlamaktadır²⁵⁹.

²⁵³ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 31. Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 501. vd. A. Kassis bu bölümde, hakem kararlarını uluslar arası ticaret hukukunun bir kaynağı olarak ele alıp incelemektedir.

²⁵⁴ René DAVID, Le Droit Comparé... a.g.e., Paris 1982, sh. 347. Arzu OĞUZ, a.ge. 2004, sh. 170.

²⁵⁵ René DAVID, Le Droit Comparé... a.g.e., Paris, 1982, sh. 347. Arzu OĞUZ, a.ge. 2004, sh. 170.

²⁵⁶ Bkz. Ziya AKINCI, a.g.e. 2007, sh. 44, sh. 321, sh. 326. Erol ERTEKİN, İzzet KARATAŞ, Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, sh. 520, 522 ve 523 vd., sh. 587. René DAVID, Le Droit Comparé... a.g.e., Paris, 1982, sh. 324, 348 ve 349. Arzu OĞUZ, a.ge. 2004, sh. 170.

²⁵⁷ Bkz. Ziya AKINCI, a.g.e. 2007, sh. 45 vd., sh.331, sh. 338. Erol ERTEKİN, İzzet KARATAŞ, a.g.e., sh. 520, 522 ve sh. 546, sh. 593. René DAVID, Le Droit Comparé... a.g.e., Paris, 1982, sh. 348. Arzu OĞUZ, a.ge. 2004, sh. 171.

²⁵⁸ Bkz. Ziya AKINCI, a.g.e. 2007, sh. 46 vd., 345, sh. 361. René DAVID, Le Droit Comparé... a.g.e., Paris, 1982, sh. 348. Arzu OĞUZ, a.ge. 2004, sh. 171.

²⁵⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 31 vd. Aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 173.

Özel örgütler tarafından tahkim yargılama usullerine ilişkin olarak çıkarılan yönetmelikler, Devletler arasında yapılan anlaşmalardan daha fazla önem taşımaktadır. Bu örgütler, uluslararası tahkim yargılama usullerine ilişkin idari bir çerçeve çizerler. Bunların en önemlileri Paris'teki MTO ve New York'taki American Arbitration Association (AAA)'dır²⁶⁰.

Uluslararası ticaretle ilgili uyuşmazlıklarda, kural olarak, ulusal mahkemeler değil, uluslararası bir tahkim mahkemesi karar vermektedir. Tahkimde hakemin verdiği kararlar, herhangi bir Devletin herhangi bir organı tarafından zorla tenfiz edilmemektedir. Birçok olayda böyle bir zorlama da gerekmemektedir zira hakem yargılamasının başında ödenen paranın kaybedilmesi, kötü iş yapanlar listesine kaydedilme, işin diğer tarafınca boykot edilme, birliklerden veya belli bir organın üyeliğinden ihraç gibi ekonomik bazı yaptırımlar daha etkili olabilmektedir. Tahkim uygulaması, uluslararası ticaretin maddi hukukunun somut olarak belirlenmesine yol açmaktadır²⁶¹.

C. Lex Mercatoria Kavramının Kapsamı

Tarihte lex mercatoria'yı uygulayan özel mahkemelerin, özellikle Kıta Avrupası fuar mahkemelerinin, XIV. yüzyıldaki büyük veba salgını öncesi döneme ilişkin kayıtlarının bir kısmı günümüze ulaşmamış olduğundan lex mercatoria kurallarının tam ve ayrıntılı bir dökümünü yapmak mümkün görünmemektedir. Ancak zaman zaman yapılan derleme çalışmaları ve özellikle İngiliz fuar mahkemelerinin ayakta kalan kayıtları ışığında içeriği hakkında kısmen de olsa fikir edinebilmekteyiz²⁶².

²⁶⁰ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 32.

²⁶¹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 32.

²⁶² Zehra KONUK, Lex Mercatoria: Ortaçağ Avrupası'nda Ticaret Hukukunun Gelişmesi, İstanbul 2005, sh. 115.

Lex mercatoria'nın içeriğinin ne olduğu kısmen belirsizdir. Fakat kesinlikle tacirler arasında ve konsül ya da ticaret mahkemelerinde uygulanan, bir kısmı esasa ilişkin hükümler bir kısmı ise ispat ve usul kuralları olan hukuk olarak açıklanmaktadır.”²⁶³

Yeni ticaret hukuku, ilk olarak temel birtakım hukuk ilkelerinin benimsenmesini öngörüyordu. Bunlar hukukun genel ilkeleri; iyiniyet (good faith) kuralları vs.dir. Temel ilkelerden sonra lex mercatoria kurallarının en sık karşımıza çıktığı alan usul hukukudur. Bunun dışında deniz ticareti ve sigorta, kıymetli evrak ve şirketler hukukuna²⁶⁴ ilişkin hükümler içermekte olduğunu söyleyebiliriz. Tacirlere uygulanan hukuk (law merchant) yalnızca satışı değil ayrıca ticari ilişkilerin taşımacılık, sigorta ve finans da dahil olmak üzere diğer yönlerini de düzenlemekteydi²⁶⁵.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, günümüzde yeni lex mercatoria'nın kapsamı (kaynakları ve içeriği) öğretide tartışmalı bir konudur²⁶⁶. Öğretide kimi yazarlara göre yeni lex mercatoria'nın kapsamı içerisinde ulusal hukuklar üstü genel ilkeler olan Unidroit İlkeleri²⁶⁷, Viyana Satım Sözleşmesi, Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu (FIDIC) Kuralları vs. yer almaktadır²⁶⁸. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, lex mercatoria'nın

²⁶³ Helen West BRADLEE, History of The Law Merchant, The Law Merchant or Lex Mercatoria", Boston, 1929, (çevrimiçi) <http://szabo.best.vwh.net/lex.html>, 05/11/2004 sh. 3 naklen Zehra KONUK, a.g.e., sh. 116.

²⁶⁴ Anonim Şirketler açısından detaylı bilgi için bkz. Yedigâr İZMİRLİ, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesinin Hukuki Sonuçları, Nobel Yay., 2001.

²⁶⁵ Harold BERMAN, Law and Revolution, Cambridge, Harvard University, 1983, sh. 334 naklen Zehra KONUK, a.g.e., sh. 116.

²⁶⁶ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 208.

²⁶⁷ UNIDROIT ve Uluslararası Hukuk açısından bkz. Michael Joachim BONELL, The Unidroit Principles and Transnational Law, Uniform Law Review, 2000-2, <http://www.unidroit.org/english/publications/rewiev/articles/2000-2.htm> (29.08.2008)

²⁶⁸ Ercüment ERDEM, adı geçen tebliğ, sh. 123. Ole LANDO, "Some Features of..." a.g.m. (19.12.2005); Lando bu makalesinin üçüncü bölümünü "lex mercatoria" kavramına ayırmıştır. Lex, mercatoria kavramının günümüzde ne olduğu, nasıl tekrar ortaya çıktığı ve bu kavramın ileriki yıllardaki gelişimi ve son olarak 2000 yılında lex mercatoria kavramının "statüsü" ana başlıklarıyla konuya açıklık getirmeye çalışmıştır.

kapsadığı kurallar artık Unidroit İlkeleri'nde somutlaşmıştır²⁶⁹. Bu nedenle tez çalışmamız içerisinde yeni lex mercatoria ilkeleri olarak daha çok Unidroit İlkeleri'ne yer verilmiştir. Ulusal hukuklar üstü genel ilkeler açısından lex mercatoria'nın kapsadığı kurallara klasik örnekler olarak akde vefa, sözleşmelerin müzakerelerinde ve ifasında iyiniyet dürüstlük kuralına uyulması, taraf iradelerine şekle kıyasen öncelik tanınması, zarar gören tarafın zararın azaltılması için gerekli önlemleri alması, sözleşmede karşılıklı edimlerin mali açıdan dengeli olması, tacirlerin basiretli hareket etme yükümlülükleri ve ödemezlik def'i gösterilmektedir. Sözleşmelerin yeni koşullara uyarlanması ise lex mercatoria kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır²⁷⁰.

D. Lex Mercatoria Kavramının Hukuk Teorisindeki Yeri

Lex mercatoria kavramının hukuk teorisindeki yeri de oldukça tartışmalı bir konudur. Bu açıdan en temel sorular ise şu şekilde özetlenebilir: Lex mercatoria başlı başına bir hukuk düzeni, bir hukuk sistemi oluşturur mu? Tacirler topluluğu, kendi özel normlarını üretebilme yeteneğine sahip bir topluluk mudur²⁷¹? Lex mercatoria bir hukuk sistemi midir yoksa bir hukuk düzeni midir?²⁷²

20. yüzyılda lex mercatoria kavramı Edouard Lambert, Clive Schmitthoff, Berthold Goldman ve Philippe Kahn tarafından geliştirilmiştir.

1920'lerin sonunda Edouard Lambert, uluslararası ticaretin sadece ulusal hukuklar ve mahkemelerce idare edilmediğini, genel şartlar, ticari

²⁶⁹ Ercüment ERDEM, adı geçen tebliğ, sh. 133.

²⁷⁰ Ercüment ERDEM, adı geçen tebliğ, sh. 123 ve 133.

²⁷¹ Ercüment ERDEM, adı geçen tebliğ, sh. 123.

²⁷² Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 375 vd.

teamüller ve tahkimle kendine özgü bir hukuk sistemi yaratıldığını ifade etmiştir.

1954'den sonra, Clive Schmitthoff uluslararası sözleşmeler, yeknesak hukuk kuralları ve teamüllerin önemine ve bunların MTO gibi uluslararası meslek kuruluşlarınca formüle edildiğine dikkat çekmiştir. Bu kuralların bağlayıcı etkisi taraf iradesine tabidir²⁷³.

Aynı dönemde Berthold Goldman *lex mercatoria*'nın kaynakları olarak uluslararası maddi hukuk kuralları, ticari teamüller, sözleşmeler, hukukun genel ilkeleri ile bunların hukuki niteliğini ve bağlayıcılığını ve uluslararası ticari tahkimi incelemiş, *lex mercatoria*'nın eksik de olsa bir hukuk sistemi oluşturduğunu savunmuştur.

Philipp Kahn, sosyolojik perspektiften, tacirlerin gerekli homojenik ve dayanışma içinde organize olmuş bir toplum olduğunu; her toplum gibi uluslararası tacirlerin de kendi hukuk kurallarını yaratabileceğini; teamüller, genel şartlar, genel sözleşme şartları ve hukukun genel ilkelerinin de *lex mercatoria* adı altında tacirlerin yarattığı hukuk sistemi olduğunu ileri sürmüştür²⁷⁴.

Bu yazarları takiben Fransız, İsviçre, Alman, Hollanda ve Belçika öğretisinde *lex mercatoria* değişik yazarlarca incelenmiş; kimilerince savunulmuş, kimilerince reddedilmiştir. *Lex mercatoria*'nın hakemlerce doğrudan esasa uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesi; ikiden fazla ulusal hukukla ilgili olan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığı yerelleştirme çabasının yapay olacağı ve *lex mercatoria*'nın uyuşmazlıkların çözümüne doğrudan uygulanması savunulmuştur. Tahkim yargılamasında asıl amacın belirli bir

²⁷³ Schmitthoff'a göre ticaret hukuku, borçlar hukukuna egemen olan irade serbestisine dayanmaktadır. Sabih ARKAN, a.g.e., sh. 2.

²⁷⁴ De LY, *Lex Mercatoria*, sh. 208-216 naklen Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 205.

soruna çözüm bulmak olduğu, bu nedenle lex mercatoria'nın bir hukuk sistemi olmasının önemli olmadığı ve lex mercatoria uygulamasının ulusal kanunlar ihtilafı kuralları sonucu uygulanacak ulusal bir hukuka kıyasen daha fazla belirsizlik teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Öte yandan, öğretilde lex mercatoria teorisini eleştirenler de olmuştur. Lex mercatoria, en çok tutarlılık ve bağımsızlık bakımından eleştirilmiş; lex mercatoria uygulamasının emredici ulusal hukuk kurallarıyla sınırlı olduğu; lex mercatoria'nın bazı kamusal ve özel menfaatleri korumakta yetersiz kalacağı ifade edilmiştir. Kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı olan devlet mahkemelerinde lex mercatoria'nın uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir²⁷⁵.

Lex mercatoria konusunda yapılan çalışmalarda çoğunlukla Antoine Kassis, Clive Schmitthoff ve Berthold Goldman'un görüşlerine atıf yapılmaktadır. Kassis'e göre <<profesyonel ve ulusötesi yeni hukuk>> bir sentez olarak iki büyük yazar tarafından ele alınmıştır: Goldman ve Schmitthoff²⁷⁶.

1. Özerk (Otonomist) Yaklaşım

Özerk (otonomist) yaklaşıma göre, lex mercatoria, hiçbir yerel hukuka başvurmadan uygulanabilecek ve bu anlamda da özerk (otonom) bir yapıya sahip olan genel ilkeler, örf ve âdetlerin bütününe ifade etmektedir²⁷⁷. Başka bir deyişle lex mercatoria, ulusal hukuklardan bağımsız ve doğrudan uluslararası ticaretin örf ve âdetlerinden doğan normlardır. Başka bir deyişle bu yaklaşım lex mercatoria'yı bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul etmekte, bunun sonucu olarak da lex mercatoria'nın taraflarca uygulanacak

²⁷⁵ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 206 ve 207.

²⁷⁶ Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 279 vd.

²⁷⁷ GOLDMAN, "Frontières du Droit et Lex Mercatoria", Archives de Philosophie du Droit 9, 1964, sh. 89.

hukuk olarak seçilmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedirler.²⁷⁸ Goldman'a göre, lex mercatoria henüz "natamam ve tam olarak özerk olmayan bir hukuk sistemidir"²⁷⁹.

2. Pozitivist Yaklaşım

Bu yaklaşıma göre özünde uluslarüstü bir kimliği taşıyan, ancak varolmasındaki etkiyi yerel hukuk sistemlerinden alan ilkeler bütünüünü ifade etmektedir. Öğretide bu görüşü savunanların, hukuk kurallarının arkalarında devletin kanun yapma otoritesi olmaksızın hukuk sayılamayacağını düşündükleri ve bu nedenle lex mercatoria uygulamasını kabul etmedikleri ifade edilmektedir²⁸⁰.

3. Diğer görüşler

Lex mercatoria kavramı var olduğu günden beri öğretinin varlığına ilişkin teoriler ürettiği ve fakat hep görüş ayrılıklarına düşüldüğü bir konu olmuştur. Öğretideki bazı yazarlar, lex mercatoria'nın objektiflikten uzak, belirsiz, içi doldurulması güç ve uluslarüstü bir hukuk sistemi olma özelliklerinden uzak olduğundan yola çıkarak herhangi bir uygulama alanı bulamayacağını ileri sürmektedirler. Zira bu görüşe göre, meşru hukuk kuralları bütününden bahsedebilmek için bu kuralların dört unsuru içermesi gerekmektedir: Bu kurallar belirlenebilir, tanımlanabilir, bağlayıcı gücü olan, özerk ve yeknesak yapısı olan kurallar olmalıdır. Ancak, lex mercatoria'yı bu şekilde bir kenara itmeden önce Berthold Goldman'ın da işaret ettiği gibi, bu hukuk sisteminin tarihi, ekonomik ve sosyolojik boyutlar da dikkate alınmalıdır. Zira, lex mercatoria'yı bir hukuk sistemi olarak kabul etmeyen

²⁷⁸ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 207.

²⁷⁹ Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 285 vd.

²⁸⁰ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 207.

görüŖ, tacirlerin uluslarüstü nitelikli bu kurallara başvurmalarında içinde bulundukları psikolojiyi de bertaraf etmektedir²⁸¹.

Schmithoff ise, uluslararası ticaretin deęiŖken dinamiklerine uyum sağlayan milletlerarası ticaret hukuku kurallarının; bu kuralların ulusal hukuklara dahil edilerek bağlayıcı güç kazanmaları Ŗartıyla kabul edilebileceğini belirtmiŖtir²⁸².

Kassis'e göre; *lex mercatoria*'nın her ne kadar bağlayıcılık gücünden yoksun olduğu düşünölebilirse de; bu ilkelerin tamamının uluslararası alanda tacirler arasında bağlayıcılık gücüne sahip kurallar bütünü olarak kabul edildiği aşıkârdır. Nitekim tacirler, bu teamöllerle uymayan tarafları, bu kurallara razı olmalarını sağlamak üzere zorlayıcı baskı mekanizmalarına sahiptir. Örneğin; kara listeye almak, ticari itibarını zedeleme ve ticaret odalarındaki üyelik haklarını sona erdirmek gibi. Bunun sonucu olarak, tacirler söz konusu teamöl ve genel ilkelere uymakla kendilerini zorunlu hissetmektedirler²⁸³.

Sonuç olarak; *lex mercatoria* ilkeleri; bir bakıma hukuki varlığı olan kurallar olarak karşımıza çıksa da, baŖlı baŖına bir hukuk sistemi olarak değerlendirilmemektedir. Zira uluslararası alanda ticaretle uğraŖan tacirler, kendi yaptırım ve kurallarını sistematik bir düzen içerisinde ortaya koymamıŖ durumdadır. Diğer taraftan, bütün ölkelerde bankacılık, sigorta, denizcilikle vs. uğraŖan ticaret Ŗirketlerinin; uluslararası alanda giriŖtikleri hukuki iliŖkilere yön vermek üzere yarattıkları ticari teamöller, ilkeler ve uygulamaların varlığının inkâr edilemez olduğunu da kabul etmek gerekir. Zira uluslararası ticaret sektörünün üzerinde anlaŖtıęı ve uzlaŖtıęı bütün kurallar, hukukun bir

²⁸¹ Nagehan KIRKBEŖOęLU, ICC Tüzüğü Md. 17/2 Uyarınca Hakemlerin Milletlerarası Örf, Adet ve Teamöllerini Uygulamasının Yarattığı Sorunlar, İstanbul 2004, İstanbul Üniversitesi Yüksek Lisans Seminer Ödevi, www2.turkstudent.net/papers/viewpaper.php?paper=812 –64 K (2007), sh.4. Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 282 vd.

²⁸² Nagehan KIRKBEŖOęLU, a.g. ödev, sh. 5. Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 279.

²⁸³ Nagehan KIRKBEŖOęLU, a.g. ödev, sh. 5.

parçasıdır. Bir yandan, ulusal ekonomilerin küresel ekonomiye bütünleşmesi (intégration); hukukun yeni uluslarüstü kaynaklarından yararlanmayı da gerektirmekte ve diğer taraftan; uluslararası hukukun, birbirinden bağımsız siyasi varlıkların birbirleriyle uyum içinde olmasını sağlayan en önemli unsur olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Öyle ki; uluslararası ticaretin bireysel yönü artık, uluslararası ticaret odaları, ticaret birlikleri ve hakem mahkemelerinin ortak amaçlara hizmet eden faaliyetleri sonucu, ulusal hukukun dışında oluşan ve giderek daha geniş bir kapsam ve daha çok etkinlik kazanan yeni milletlerarası ticaret hukuku (new law merchant, yeni lex mercatoria)'nın yönetim ve yönlendirilmesine, göz ardı edilemeyecek bir ölçüde tabi olma durumuna gelmiş bulunmaktadır²⁸⁴.

Gerçekten de, ticaretin küreselleşmesinin bir etkisi olarak, kamu ve özel sektördeki ekonomik ilişkilerin genel olarak kabul gören ayrımındaki kesin çizgiler yer değiştirmiş ve bunun bir etkisi olarak; özel hukuk ve kamu hukuku kavramlarının tam olarak kapsamlarının belirlenmesi çalışmaları yapılmıştır²⁸⁵.

1960'lı yıllarda, birçok bilim adamı yeni bir lex mercatoria kavramını geliştirmeye başlamıştır. Lex mercatoria kavramının yaygınlaşmasına kadar; yazılı olmayan bu kuralları tanımlarken yeni lex mercatoria, ortak uluslararası kurallar, ulus ötesi hukuk, milletlerarası ticaret hukukunun genel ilkeleri gibi kavramlar da kullanılmıştır²⁸⁶. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, lex mercatoria, bu kuralların kökeninden ziyade, uluslararası alanda tacirler arası ilişkilere yön veren kuralların içeriğini ifade eden bir kavramdır²⁸⁷.

²⁸⁴ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, a.g. ödev, sh. 5 vd.

²⁸⁵ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, a.g. ödev, sh. 6.

²⁸⁶ Bkz. Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 10 n.: 11.

²⁸⁷ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, a.g. ödev, sh. 6.

1980'li yıllardan sonra yeni bir görünüm kazanan lex mercatoria, milletlerarası ticaret hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Günümüzde artık; teknik bir ifadeyle lex mercatoria; uluslararası ticaret alanında tacirler arasında gelişen ticari ilişkilerden doğan teamül ve uygulamaların bir bütünü ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır²⁸⁸.

II. YENİ LEX MERCATORIA VE UYGULAMASI

A. Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Çözümlemesi ve Tahkim

Uluslararası ticaret ve çeşitli ülkelerden katılan temsilcilerle oluşturulan uluslararası ticari örgütler, hukuken düzenlenmiş bir alanda faaliyet göstermektedirler. Bu hukukî alan, bir yandan sözleşme taraflarının kendi iradeleri ile yaptıkları ve tarafları bağlayıcı sözleşmelerden²⁸⁹, diğer yandan ticaret yapan kişilerin, yaptıkları iş nedeniyle herhangi bir şekilde bağlı oldukları ulusal hukukî düzenlemelerden, bir diğer yandan da uluslararası anlaşmalardan oluşur. Bütün bunlardan başka, her yerde aynı ya da benzer ölçüde hukuken kabul gören uluslararası ticarî teamüller vardır²⁹⁰.

Bu durum, uluslararası alanda ticaret yapan kişilerin birden fazla yetkili organ tarafından konulmuş çeşitli hukukî kurallara tâbi olması sonucunu doğurmaktadır. Tarafların tabi olacakları kural ulusal hukuk düzenlerinden birisine ilişkin ise, hangi ulusal hukuk kuralının uygulanacağı sorunu

²⁸⁸ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, a.g. ödev, sh. 6.

²⁸⁹ Sözleşme ve Hukuk, Sözleşme-Sözleşme Tarafları açısından bkz. Laurent AYNES, Loi et Contrat, Le Contrat-Loi des Parties, Etudes et Doctrines, Cahiers du Conseil Constitutionnel n. 17, 2004, www.conseil-constitutionnel-fr/cahiers/ccc17/contrat_2.html (2005).

²⁹⁰ U, BLAUROCK, Übernationales Recht des Internationalen Handels, ZeuP 1993 (1) 247 naklen Arzu OĞUZ, a.g.m., 2001., sh. 11 vd.

gündeme gelir. Bu sorunu kanunlar ihtilafı kuralları çözmektedir. Ulusal hukukların yanında, uluslar arası alanda ticaret yapan kişiler tarafından dikkate alınması gereken devletlerüstü kuralların da çoğaldığı görülmektedir. Uluslararası ticaretin bu hukukî düzenlemelerden hangisinin içinde görülmesi ve devletlerüstü kuralların hukukî açıdan nasıl değerlendirilmesi gerektiği ticaret hukukunun en tartışmalı konularından biri haline gelmiştir²⁹¹.

Uluslararası ticarete ilişkin hukuki sorunların hangi hukuka göre çözüleceği Avrupa'da yüzyıllardan beri tartışma konusu yapılmaktadır. Son yıllarda özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle beraber uluslararası ticaretin artması ve uluslararası tahkimin güncellik kazanmasından sonra bu tartışmalar yoğunluk kazanmıştır. Uluslararası sözleşmelerin değerlendirilmesi, bazı uluslararası örgütlerin hazırladıkları model kanunların bağlayıcılığı ve uluslararası tahkim kurumunun önemi ve işleyişi son yıllarda sıkça tartışılır olmuştur. Günümüzde, uluslararası ticaretten doğan sorunların ulusal kanunlar ihtilafı kuralları ile çözülmesi gerektiğini savunan "gelenekçi yaklaşım" ve uluslararası ticareti ulusal hukuk düzenlerinden tamamen bağımsız kılmak isteyen iki yaklaşım bulunmaktadır²⁹².

Artık, uluslararası ticaret hukukundan anlaşılması gereken uluslararası ticaret alanında uygulanan kanunlar ihtilafı kuralları değildir. Bu konuda özel bağlama kurallarının olduğu uluslararası ticaret alanında kanunlar ihtilafı yoktur²⁹³. Uluslararası ticaret hukuku ile konu edilen, günümüzde hızla gelişen, ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız, onların üzerinde ve birleştirilmiş bir ticaret hukukudur²⁹⁴.

²⁹¹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 12 vd.

²⁹² U, BLAUROCK, sh 248 naklen Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 12 vd.

²⁹³ V. Bar C., Internationales Privatrecht, 2. Band, Besonderer Teil, München 1991, sh. 441 naklen Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 12 vd.

²⁹⁴ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 12 vd.

René David'e göre, tahkim yoluyla "yeni bir lex mercatoria" oluşmaktadır.²⁹⁵ Goldman'ın ifadesiyle ".... Milletlerarası ticari tahkimin, uluslararası ticaretten doğan uyuşmazlıklarda en yaygın tercih edilen metot olarak kabul edilmesinden ve tacirlerin hukuki gücünü simgelemesinden bu yana, lex mercatoria'yı uygulamak; milletlerarası ticari hakem heyetlerinin en doğal görevidir"²⁹⁶. Milletlerarası ticari tahkimde; hakemler uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit etmekte çeşitli metotlara sahiptir. Hakemlerin klasik kanunlar ihtilafı metodunu izleyerek uyuşmazlığa yerel bir hukuk sistemini uygulamaları, çoğu zaman adil olmayan sonuçlar doğurabilmektedir²⁹⁷. Bu uygulamaya yapılan eleştirilerin bir sonucu olarak, uluslararası karakterli ilişkiler için düzenlenmiş maddi normların uygulanmasını öngören "Maddi Devletler Hususi Hukuku" metodu geliştirilmiştir. Bu metodun geliştirilmesindeki en önemli ideal, uluslararası karakterli bir uyuşmazlığa, onun sosyal, ekonomik yapısına, içeriğine ve amacına uygun düşen hukukun uygulanmasını sağlamaktır. Eğer taraflar uyuşmazlığın çözümü için milletlerarası tahkim yargılamasını tercih etmişlerse, hakemler tarafından yerel mahkemelerce izlenen kanunlar ihtilafı kurallarını zımnen dışlamış olmaktadır. Bununla beraber, milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen birçok belge, sözleşme ve yerel mevzuat, taraflarca herhangi bir yerel hukuk seçimi yapılsın veya yapılmaz; hakemlerce, her halükarda milletlerarası ticari örf, âdet ve kuralları uygulanmasını öngörmektedir. Örneğin, 1981 tarihli kararname ile Fransız Yeni Usul Kanunu'na eklenen 1496. madde²⁹⁸, 1961 tarihli Milletlerarası Ticari

²⁹⁵ René DAVID, "Le Droit Comparé..", a.g.e., Paris 1982, sh. 349.

²⁹⁶ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, a.g. ödev, sh. 9.

²⁹⁷ Uluslararası ticaret hukuku ve kanunlar ihtilafı arasındaki ilişki açısından bkz. Antoine KASSIS, a.g.e., sh. 425.

²⁹⁸ Bkz. http://www.lexinter.net/NCPC/l%27arbitrage_international.htm, (23.06.2009). Gerçekten de n° 81-500 sayılı ve 12 Mayıs 1981 tarihli Kararname 14 Mayıs 1981 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak Fransız Yeni Usul Kanunu'na Uluslararası Tahkim ile ilgili maddeler eklenmiştir. Söz konusu 1496. maddenin Fransızcası şöyledir: "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce." Aynı konuda bkz. Kemal DAYINLARLI, HUMK'da... a.g.e., 2004, sh. 8.

Hakemlik Konusunda Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi (md. VII/I)²⁹⁹, 1976 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu Tahkim Kuralları (md. 33/3)³⁰⁰, Milletlerarası Enerji Ajansı'nın 1981 tarihli Tahkim Kuralları (md. 17/ f. 3) ve MTO'nun 1998 tarihli Tahkim Kuralları (md. 17/ f.2³⁰¹) ve Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (md. 42)³⁰², hakemlerin uyuşmazlığın karara bağlarken daima ticari örf, âdet ve teamül kurallarını da dikkate alacaklarını ifade etmektedir³⁰³.

²⁹⁹ Bu konuda daha detaylı için bkz. Erol ERTEKİN, İzzet KARATAŞ; a.g.e., sh. 546 vd. Ayrıca 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin orijinal tam metni için Bkz. <http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/portrait.pdf> (23.06.2009). Söz konusu Sözleşme'nin VII. Maddesi aşağıdaki gibidir:

“Article VII - Applicable Law

1. The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages.

2. The arbitrators shall act as amiables compositeurs if the parties so decide and if they may do so under the law applicable to the arbitration.”

³⁰⁰ Bkz. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) www.uncitral.org. Komisyon'un Tahkim Kuralları için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html (23.06.2009)

³⁰¹ Bkz. Règlement d'Arbitrage de la CCI en vigueur à compter du 1er janvier 1998, Publication CCI N.: 581, Paris 1997, sh. 22. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları'nın 17. maddesi uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukla ilgili kuralları düzenlemektedir. 17. maddenin 2. fıkrası; tüm hallerde hakem heyetinin sözleşme hükümlerini ve ilgili ticari uygulamaları dikkate alması gerektiğini hüküm altına almıştır.

³⁰² http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf (23.06.2009).

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States.

Söz konusu Sözleşme'nin 42. maddesi şöyledir:

“Article 42. Subject to any stay of enforcement in connection with any of the above proceedings in accordance with the provisions of the Convention, the parties are obliged to abide by and comply with the award and Article 54 requires every Contracting State to recognize the award as binding and to enforce the pecuniary obligations imposed by the award as if it were a final decision of a domestic court. Because of the different legal techniques followed in common law and civil law jurisdictions and the different judicial systems found in unitary and federal or other non-unitary States, Article 54 does not prescribe any particular method to be followed in its domestic implementation, but requires each Contracting State to meet the requirements of the Article in accordance with its own legal system.”

³⁰³ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, a.g. ödev, sh. 9. vd

Aynı şekilde Amerikan Devletler Örgütü (Organisation of American States - OAS)³⁰⁴ tarafından Uluslararası Özel Hukuk 5. Inter-Amerikan Konferansı'nda (CIDIP-5) hazırlanan ve 1994'de Meksika'da imzaya açılan Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Inter-Amerikan Sözleşmesi'nin (Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts - Contracts Convention") 9. maddesi³⁰⁵; hakemlerin, sözleşme ile en yakın irtibatlı yerel hukuk sistemini araştırmaları gerektiğinden bahsederken, 2. fıkrasında uluslararası sektörde yaygın olarak kabul görmüş örf, âdet ve teamüllerin de dikkate alınması gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu düzenlemelerde göze çarpan bir diğer husus da; aynı sözleşmenin 10. maddesi uyarınca taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere yerel bir hukuk sistemi seçilmiş olsa dahi, hakemlerin öncelikle uyuşmazlık konusu hukuki ilişkiye ilişkin uygun olan milletlerarası ticari örf, âdet ve teamülleri uygulayacağının belirtilmesiyle birlikte, lex mercatoria'yı ön plana çıkarmalarıdır³⁰⁶.

1. İrade Serbestisi ve Uluslararası Sözleşmelerde Tarafların Hukuk Seçimi

Uluslararası Özel Hukuk'ta irade serbestisi, tarafların milletlerarası nitelikli özel hukuk ilişkilerinin tabi olacağı hukuku serbestçe tayin

³⁰⁴ Bkz. www.oas.org. Ayrıca Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 26.

³⁰⁵ Söz konusu Anlaşmanın metni için bkz. <http://www.oas.org/juridico/English/treaties/b-56.html> (23.06.2009). Sözleşmenin 9. maddesi şöyledir:

"If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties.

The Court will take into account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations.

Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract."

³⁰⁶ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, a.g. ödev, sh. 10. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 27.

edebilmelerini ifade etmektedir³⁰⁷. Başka bir deyişle, uluslararası özel hukuk alanında sözleşmesel ilişkilerden doğan sorunlara uygulanacak hukukun tespiti konusunda tarafların irade serbestisi vardır³⁰⁸. Aynı şekilde, bilindiği gibi taraflar sözleşmelerine koydukları tahkim şartı³⁰⁹ ya da tahkimname³¹⁰ ile aralarında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünü de hakemlere bırakabilmektedirler. Gerçekten de; sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca açık olarak tespit edilmesi, sözleşmesel ilişkiden dolayı ileride herhangi bir uyuşmazlık çıktığında, hangi hukuk kurallarının uygulanacağını belirlenmesinde tahkim şartının bulunduğu hallerde hakemlere büyük kolaylık sağlayacaktır.

Örneğin, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun seçiminde taraf iradesine üstünlük tanımıştır. Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddî hukuku serbestçe tayin edebilirler. Bu anlamda, Kanun'un 12. maddesinin C fıkrasında hakemlerin taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar vereceği düzenlenmiştir³¹¹.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ilk iki taslağında bu hüküm; UNCITRAL Model Kanunu'nun 28. maddesinin I. fıkrası hükmü ile İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'un 187. maddesinin I. fıkrası hükmüne uygun olarak³¹² "Hakem heyeti, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre

³⁰⁷ Cemal ŞANLI, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk; Ankara, Sevinç Matbaası, 1986, sh. 106 - 107.

³⁰⁸ Cemal ŞANLI, Nuray EKŞİ, a.g.e., 2000, sh. 36.

³⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal DAYINLARLI, HUMK'da.. a.g.e., sh. 21. İzzet KARATAŞ; a.g.e., sh. 51.

³¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal DAYINLARLI, HUMK'da... a.g.e., sh. 23. İzzet KARATAŞ; Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, sh. 49.

³¹¹ Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 73.

³¹² Bkz. Kemal DAYINLARLI, HUMK'da... a.g.e., 2004, sh. 9.

karar verir” şeklinde kaleme alınmıştı. Son taslakta bu ifadeye “ taraflar arasındaki Sözleşme hükümlerine ve” ibaresi eklenmiştir³¹³. Son taslağın müzakerelerinde hükme böyle bir ilavenin yapıldığına, hangi amaç ile buna gerek duyulduğuna dair vs. hiçbir açıklama yoktur. Bu ibare metne muhtemelen hakemlerin karar verirken her şeyden önce, tarafların kanunu mertebesinde olan aralarındaki sözleşmenin hükümleri ile bağlı olduklarını ifade etmek üzere eklenmiştir³¹⁴.

Gerçekten de, bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak hukuku taraflar bizzat seçebilir veya bu seçimi hakemlere bırakabilirler³¹⁵.

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk seçimin, asıl sözleşmede, ayrı bir tahkim sözleşmesinde veya sonraki bir mutabakatta, örneğin görev belgesinde vs. yapmış olabilirler. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun MÖHUK’un 25. maddesinin I. fıkrasında öngörüldüğü gibi³¹⁶ tarafların açık olarak seçtikleri bir kanuna tabi olmasını emreden bir hüküm yoktur³¹⁷. Esasen tahkimde buna bir zorunluluk da bulunmamaktadır³¹⁸.

Tarafların hukuk seçimini bizzat yapmaları halinde aşağıdaki olasılıklar söz konusu olabilir:

³¹³ Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? C. II, sh. 338 md. 28 ve sh. 357, md. 25, karşı sh. 362, md. 26 naklen Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 73.

³¹⁴ Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 73.

³¹⁵ Ercüment ERDEM, adı geçen tebliğ, sh. 121.

³¹⁶ Erol ERTEKİN, İzzet KARATAŞ, a.g.e., sh. 582.

³¹⁷ Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? C. II, sh. 152 ve 154 naklen Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 158 vd.

³¹⁸ Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 74.

a. Taraflardan birinin ulusal hukuku öngörülebilir;

Kanaatimizce, uygulamada sözleşme müzakereleri esnasında her iki taraf da kendi hukukunun uygulanmasını arzu edecek, karşı tarafın ulusal hukukunun uygulanmasına karşı çıkacaktır. Bu nedenle, eşit güçlere sahip taraflar arasında uygulamada böylesi bir hukuk seçimi ile sıklıkla karşılaşamayacağını düşünmekteyiz.

b. Tarafların ulusal hukukları dışında üçüncü bir ülkenin ulusal hukuku öngörülebilir;

Uygulamada genellikle sözleşme tarafları kendi ulusal hukuklarının uygulanması konusunda anlaşılmayacakları için müzakereler esnasında kendi hukuk sistemlerine yakın buldukları ya da tercüme ederek kendi kanunları olarak kabul ettikleri yabancı bir kanunu, bir başka ülkenin hukukunu karşı tarafa önerebilmektedirler. Örneğin, Türk şirketler yabancı şirketlerle imzaladıkları anlaşmalarda üçüncü bir ülkenin hukuku olarak mehz İsviçre Cenevre Kantonu Borçlar Kanunu ve ilgili mevzuatının uygulanmasını sıklıkla önermektedirler.

c. Uluslararası bir sözleşmenin uygulanması benimsenebilir (örneğin, Birleşmiş Milletler'in 1980 tarihli Viyana Mal Satım Sözleşmesi gibi);

d. Hiçbir ulusal hukuka bağlanmamak üzere uluslararası ticari uygulamaların ve milletlerarası ticari örf ve âdetlerin uygulanmaması kararlaştırılabilir³¹⁹.

Gerçekten de, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu ele alırsak taraflar md. 12'de kendilerine bırakılan esasa uygulanacak hukuk seçimini, belli bir devlet hukukuna –Türk Hukuku, İsviçre Hukuku vs. gibi –atıfta

³¹⁹ Ercüment ERDEM, adı geçen tebliğ, sh. 121 ve 122.

bulunmak suretiyle yapabilecekleri gibi, uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan genel işlem şartları, model kanunlar, tip sözleşmeler veya yorum kuralları gibi (örneğin INCOTERMS'ler) yahut milletlerarası teamüllere (lex mercatoria) veyahut hukukun genel ilkelerine atıf da yapabilirler³²⁰.

Tarafların esasa uygulanacak hukuku seçme serbestisi, milletlerarası özel hukukta yaygın olan bir uygulamadır. MTO Tahkim Kurallarında da aynı esas benimsenmiştir (MTO Tahkim kuralları md. 17)³²¹.

Hemen belirtelim ki, tarafların esasa uygulanacak hukuku seçme serbestisinin sınırları, bir yandan taraflarca seçilen hukukun amir kamu hukuku kuralları ile sözleşmenin tabi kılındığı hukukun dahilî kamu düzeni, diğer yandan milletlerarası kamu düzenidir³²².

2. Lex Mercatoria ve MTO Tahkim Kuralları

Ne var ki, yukarıdaki seçeneklere karşın uygulamada, tarafların bu tür hukuk seçimi hükümlerine yer vermeden sözleşmesel ilişki içerisine girdikleri sıkça görülmektedir. Bu durum genellikle sözleşmede MTO Tahkim Kuralları'na atıf yapmanın yeterli olacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bazı hallerde ise, tarafların hukuk seçimi imkânlarının bulunduğunu bilmedikleri görülmektedir. Bu noktada tahkimin öngörüldüğü durumlarda hakemler, eğer taraflar hukuk seçimi yapmamışlar ise, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlemekte ciddi bir sorunla karşı karşıya kalmaktadırlar³²³. Zira, milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin başvurabileceği bir lex fori mevcut

³²⁰ Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 74.

³²¹ Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 74.

³²² Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 74. Kamu düzeni açısından ayrıca bkz. René DAVID, Le Droit Comparé... a.g.e., Paris 1982, sh. 355.

³²³ Cemal ŞANLI, a.g.e., sh. 213 vd.

değildir³²⁴. Bu aşamada, hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlerken başvurabilecekleri çeşitli metotlar mevcut bulunmaktadır.

a. Tarafların Hukuk Seçimi İle İlgili Olasılıklar ve Lex Mercatoria'nın Uygulanması

MTO Tahkim Kurallarının uygulanacağı taraflarca kararlaştırıldığı durumda ve hukuk seçiminin hakemlere bırakıldığı, başka bir deyişle tarafların herhangi bir hukuk seçiminde bulunmadıkları hallerde ise, hakemlerin herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına başvurmaksızın MTO Tahkim Kuralları md. 17 uygulanır³²⁵. Bu halde lex mercatoria uyuşmazlığın esasına MTO hakem kararlarında dört şekilde uygulanır:

- (1) Seçilen ulusal hukukla beraber uygulanması;
- (2) Hukuk seçimi yapılmayan hallerde uygulanması;
 - (i) Doğrudan lex mercatorianın uygulanması
 - (2) Lex mercatoria'nın hakemlerce belirlenen bir ulusal hukukla beraber uygulanması
- (3) Hukuk seçimi yapılan hallerde uygulanmaması;
- (4) Hukuk seçimi yapılmayan hallerde uygulanmaması³²⁶.
- (5) Tarafların bizzat lex mercatoria'yı tercih etmeleri halinde;

³²⁴ Ziya AKINCI, "Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi", Ankara Üniversitesi Basımevi, 1994, sh. 176., Cemal ŞANLI, a.g.e., sh. 213.

³²⁵ Bkz. Règlement d'Arbitrage de la CCI, en vigueur à compter du 1 er janvier 1998, publiée en Août 1997, Chambre de Commerce Internationale, Paris, sh. 22.

³²⁶ Ercüment ERDEM, adı geçen tebliğ, sh. 121 ve 122.

Gerçekten de, uluslararası alanda ticaretle uğraşan taraflar; iş dünyasının büyük bir kısmının üzerinde mutabık kaldığı yani bir karar birliği ile uygulandığı (consensus) lex mercatoria kurallarının aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanmasını açıkça sözleşmelerinde kararlaştırabilirler.

Hemen belirtelim ki, tarafların lex mercatoria'yı açıkça seçmeleri durumu dışında; milletlerarası tahkimde lex mercatoria'nın uygulanma sebebi, bunların dava konusu olay bakımından "en uygun hukuk norm"ları olarak mütalaa edilmesidir. Zira, Fransız hakem Berthold Goldman, lex mercatoria'nın milletlerarası ticari tahkimde uluslararası karakterli uyuşmazlıkların çözümünde yaygın olarak hakemlerce uygulandığına işaret etmektedir.

b. Hakemlerin Hakkaniyete ve Nesafete Göre Karar Vermeleri, Dostane Çözüm ve Lex mercatoria

Hakkaniyet ve nesafete göre karar vermeye yetkili kılınmış olan hakemlerin kararlarında hareket ettikleri hakkaniyet ve nesafet kurallarını göstermeleri gerekir. Bu hakemler de keyfi karar veremezler; her iki tarafa eşit muamele etme, taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme fırsatını verme, mahkeme huzurunda karşılıklılık esasına göre dinlenme gibi yargılamanın aslî ilkelerine uymak zorundadırlar. Keza ilgili ülke veya ülkelerin kamu düzeni ile transnasyonal kamu düzenini gözetmekle mükelleftirler. Hakkaniyete göre hükmetme yetkisi, hakemlere devlet hukukunu uygulamadan kaçma imkânı verir. Bu anlamda, hakkaniyet ve nesafete göre verilmiş bir karar, hakemlerin hakkaniyet düşüncelerini ön

plana alarak belli bir devlet hukukunu veya belirli hükümleri uygulama mükellefiyetinden uzak tutulmak suretiyle verdikleri bir kararı ifade eder³²⁷.

Kanunda “dostane aracı” terimi ile ifade edilen “amiable compositeur” tarafların aralarındaki uyuşmazlığa sulhen son vermek hususunda aracılık eden kişiyi anlatmak üzere kullanılmıştır. Dostane aracılık gene uyuşmazlığın halli yollarından biri olan uzlaşma (conciliation)’dan farklıdır. Dostane aracılık bir tahkim çeşididir. Dostane aracının verdiği karar da bir hakem kararı niteliğini taşımakta olup bağlayıcıdır³²⁸. Hakemlere dostane arabuluculuk yetkisi verilen hallerde tarafların lex mercatoria’nın uygulanmasına zımnen rıza gösterdikleri yolunda yerleşmiş bir kanı ve uygulama vardır³²⁹.

Son yıllarda hakemlerin kendilerine verilen dostane çözüm (amiable compositeurs) veya adalet ve hakkaniyet (ex aequo et bono) yetkisinden hareketle doğrudan lex mercatoria kurallarını uyguladıkları gözlenmektedir. Dostane çözüm (amiable compositeurs), belirli bir hukuk sistemi ile bağlı olmayan hakem anlamına gelmektedir ve dolayısıyla genel olarak hukuk, adalet ve hakkaniyete göre (ex aequo et bono) karar vermek durumundaki (amiable compositeurs)’ün adil olarak karar verebilmesi için, milletlerarası ticari örf, âdet ve teamülleri de dikkate alması gerekmektedir. Ancak ifade etmeliyiz ki; hakemlerce milletlerarası ticari örf, âdet ve teamüllerin doğrudan uygulanması, hakemlere tanınan dostane çözüm (amiable compositeurs) yetkisinin bir sonucu olarak açıklanamaz. Ancak, uygulamada ve teoride, (amiable compositeurs) kaydı, dolaylı olarak lex mercatoria’nın uygulanmasına aracılık ettiği mütalaa edilmektedir.

³²⁷ Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 77.

³²⁸ Turgut KALPSÜZ, a.g.e., sh. 78.

³²⁹ Ercüment ERDEM, adı geçen tebliğ, sh. 133.

c. Milletlerarası Hukukta Uyuşmazlığın Çözümüne Uygulanacak Hukuk olarak Lex Mercatoria ve Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tüzüğü md. 17 / f. 2 Uyarınca Hakemlerim Milletlerarası Örf, Âdet ve Teamülleri Uygulamasının Yarattığı Sorunlar

Lex mercatoria, uluslararası ticari ilişkilerin artması ve milletlerarası ticari tahkimin güncellik kazanmasından bu yana en fazla tartışılan konu olmuştur. Bu tartışma sadece teorik değil, pratik alanda da önem taşımaktadır. Şöyle ki; milletlerarası ticari hakemlerin, bu teamülleri kararlarına dayanarak yapıp yapamayacakları ve bu teamüllere göre karar verilmiş olan hakem kararlarını tenfiz etmek durumunda kalan yerel mahkemeler için lex mercatoria'nın niteliğini, anlamını ve kapsamını belirlemek sorunu vardır. Çalışmamızın bu kısmında; herhangi bir yerel hukuka tabi olmaksızın verilen hakem kararlarının tenfizi ve tenfize ilişkin düzenlemelerin bu tür hakem kararlarının tenfizini engelleyen hükümler içerip içermediği meselesi üzerinde durulacaktır³³⁰.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, milletlerarası ticari uyuşmazlıklar alanında söz konusu olan hakem kararlarının ulusal hukuklardan ayrılması düşüncesinin temelinde, milletlerarası ticari tahkim kurumunun, ulusal hukuk sistemlerinin kısıtlayıcı ve engelleyici kurallardan kurtarılarak, uluslararası ticaret hayatının dinamizmine uygun, esnek ve ticari hayatın beklentilerine cevap veren bir kurum olmasını sağlamaktır. Ancak, hakemlerin uyuşmazlığın esasına doğrudan doğrudan milletlerarası ticari örf, âdet ve teamülleri esas alarak verdikleri kararların tanınması ve tenfizinin mümkün olamayacağı noktasında itiraz ve eleştiriler gündeme gelmiştir³³¹.

Tarafların, uyuşmazlığın çözümü için belirli bir hukuk sistemini yetkili kılmaksızın açıkça lex mercatoria'yı seçmeleri veya bu kuralların dikkate

³³⁰ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, a.g. ödev, sh. 19.

³³¹ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, a.g. ödev, sh. 19.

alınması gerektiğini öngören kurallara atıf yapmaları ve uyuşmazlığın esasına da bu kuralların dayanak yapılarak karar oluşturulması; hakem kararının tenfizine engel bir durum teşkil etmemektedir. Zira 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa Sözleşmesi'nin VII. maddesi³³², uluslararası ticaret uygulamasının her halükarda dikkate alınacağını öngörmektedir. Ancak sorun; tarafların yerel bir hukuk seçimi yaptıkları durumda, hakemlerin uyuşmazlığa doğrudan *lex mercatoria*'yı uygulayarak verdikleri kararının tenfizinin mümkün olup olamayacağı noktasında çıkmaktadır. Zira, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere yetkili hukuku belirlemeleri durumunda, hakemlerin tarafların bu seçimini dikkate almaksızın karar vermeleri; New York Sözleşmesi'nin V/1-c maddesi uyarınca, hakemlerin yetkilerini aşarak karar vermeleri (*ultra vires*) olarak kabul edilebilir. Bu durumun da, söz konusu hakem kararının tenfizine engel teşkil edeceği aşikârdır. Yine; bu tarz bir hakem kararının verildiği bir davayı kaybeden taraf, hakem kararının verildiği yer ülkesi mahkemesine başvurarak, hakemlerin yetkilerini aşarak karar vermelerinden bahisle, kararın iptalini isteyebileceklerdir. İşte bu durum, birçok ülke hukukunda söz konusu hakem kararının iptali için bir sebep teşkil edeceği için, tahkim yeri ülkesi (*lex facit arbitrum*) mahkemesi tarafından iptal edilmiş olan bu hakem kararının tenfiz şansı da New York Sözleşmesi'nin V./1-e maddesi uyarınca azalmış olacaktır. Söz konusu madde uyarınca ; “....verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun bakımından selahiyetli bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunursa.....” söz konusu hakem kararının tenfizi reddedilebilecektir. Ancak, söz konusu madde, iptal edilmiş olan hakem kararının tenfizini reddetme hususunda hâkime herhangi bir zorunluluk öngörmemektedir. Bunun yanında verildiği ülkede iptal edilmiş olan bir hakem kararının diğer ülkelerde tenfiz edilebilmesinde nadir olarak

³³² 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin tam metni için Bkz. <http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/portrait.pdf> (23.06.2009). Madde 7 için bkz. dipnot 214.

rastlansa dahi, söz konusu kararın tenfiz şansının önemli ölçüde azalacağı da bir gerçektir³³³.

Bunun dışında, tarafların esasa uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir seçim yapmadıkları durumda da, hakemlerin *lex mercatoria*'yı uygulayarak verdikleri kararın tenfiz edilebilirliği tartışmalıdır. Bu konulardaki tartışmaların özü, *lex mercatoria*'nın hukuki niteliği ve varlığına yönelik yapılan itirazlardan kaynaklanmaktadır. Zira yukarıda da izah edildiği üzere, halen daha bazı hukuk sistemleri, bu teamül ve uygulamaların belirsiz, anlaşılması güç ve bağlayıcı güçten yoksun oldukları düşüncesi ile bu kuralların uyuşmazlığa uygulanmasının uygulamada sıkıntı doğuracağını kabul etmekte ve bu kuralların benimsenmesini eleştirmektedirler. Bu sebeple, tarafların açıkça seçmediği hallerde *lex mercatoria*'nın uygulanmasına karar vermek durumunda kalan hakemlerin; kararın tenfiz edilmesinin muhtemel olduğu ülke hukuklarının konuya yaklaşımını dikkate almalarının yerinde olacağı mütalaa edilmektedir. Bunun dışında, *lex mercatoria* kurallarının uygulanması suretiyle verilen bir hakem kararının, tahkim yeri ülke mahkemelerince, bu hukuk sistemine olan yaklaşımı neticesinde iptal edilmesi ihtimali de mümkündür. Bu durumda, söz konusu kararın tenfiz şansının New York Sözleşmesi'nin V/1-e maddesi sebebiyle önemli ölçüde azalacağı da bir gerçektir. Ancak az önce ifade edildiği üzere, tahkim yeri ülkesinin iptal ettiği bir hakem kararının, diğer bir devlette tenfiz edilebilmesi nadir de olsa mümkündür³³⁴.

Bu konuda oldukça iyi bir örnek teşkil eden bir karara değinmek gerekir. 1984 yılında Fransız Yüksek Mahkemesi'nin verdiği kararda, tahkim yeri ülkesinin hakem kararını iptal etmesine rağmen, tenfize izin verilmiştir. Karara konu olan olayda; Türk firması Pabalk Ticaret Ltd. ve Fransız

³³³ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, a.g. ödev, sh. 20.

³³⁴ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, a.g. ödev, sh. 21.

Norsolor firması³³⁵ arasındaki uyuşmazlığa MTO tahkimi ile MTO kuralları uygulanarak çözümlenmesi kararlaştırılmıştır. Tahkim yerinin Viyana olarak belirlendiği davada, hakemler lex mercatoria kurallarına dayanarak verdikleri kararda Pabalk'ı haklı bulmuşlardır. Bunun üzerine, tahkim yeri ülkesi sıfatıyla Viyana İstinaf Mahkemesi, uyuşmazlığın esasına lex mercatoria kurallarının uygulanmış olması sebebiyle hakem kararını iptal etmiştir. Bu arada, Pabalk, hakem kararını tenfiz etmek üzere, Paris İlk Derece mahkemesine başvurmuştur. Davalı Norsolor, hakemlerin yetkilerini aşarak dostane arabulucu (amiable compositeurs) gibi karar vermiş olduklarını ve söz konusu hakem kararının iptal edilmiş olduğunu ileri sürmüştür. Paris ilk derece mahkemesi, bu iddiaları yerinde bularak, tenfiz talebini reddetmiştir. Ancak, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin temyiz itirazı üzerine verdiği karar; klasik görüşün benimsenmediği, liberal bir yaklaşıma örnek teşkil etmektedir. Mahkeme, iptal sebebini Fransız Hukuku açısından inceleyerek verdiği kararda, lex mercatoria uygulanarak verilen hakem kararının Fransız Hukuku açısından geçerli olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, New York Sözleşmesi'nin tenfiz yeri ülkesi hukukunun, New York Sözleşmesi kurallarına kıyasen daha elverişli hükümler içermesi durumunda, tenfiz isteyen tarafa, söz konusu elverişli hükümlerden yararlanması imkânını sağlayan VII. Maddesine dayanarak, kararın tahkim yeri ülkesi mahkemesi tarafından iptal edilmiş olsa bile; Fransız Hukuku açısından geçerli olduğu için tenfizini engelleyen bir durum olmadığına hükmetmiştir.

Lex mercatoria'ya dayanılarak verilen mahkeme kararlarının ulusal mahkemeler tarafından tanınması konusunda daha başka önemli kararlar da bulunmaktadır. Örneğin Société Fougèrolle v. Banque du Proche Orient Hakem kararı, Fratelli Daviana v. August Töpfler & Co GmbH kararı gibi³³⁶.

³³⁵ Uyuşmazlığın süreci ve karar açısından bkz. <http://arb.rucil.com.cn/enarticle/default.asp?id=196> (01.07.2009). Ayrıca bkz. Arzu OĞUZ, a.g.e. 2004, sh. 196.

³³⁶ Bu konudaki diğer örnek mahkeme kararları açısından bkz. Arzu OĞUZ, a.g.e. 2004, sh. 192 vd.

B. Hakemlerce Uygulanan Çeşitli Lex Mercatoria Kuralları

1. Hakemlerce, Uluslararası Ticareti Düzenleyen Bazı Belge ve Sözleşmelerde Yer Alan Maddi Normların Doğrudan Uygulanması

Hakemlerin, “milletlerarası mevzuat” olarak adlandırılan ve uyuşmazlığa doğrudan uygulayabilecekleri pek çok sözleşme ve yeknesak kurallar mevcuttur. Lex mercatoria’nın kaynakları olarak değerlendirilen bu belge ve sözleşmelere pek çok örnek verilebilir: 1924 tarihli “Konişmentoya Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında Brüksel Antlaşmasının Tadiline Dair Protokol (Lahey-Visby Kuralları)”³³⁷, 1969 tarihli “Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienne Convention on the Law of Treaties)”³³⁸, 1964 tarihli Mal Satımına İlişkin Yeknesak Kanuna İlişkin Sözleşme, Milletlerarası Hava Taşımacılığına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi³³⁹, Milletlerarası Demiryolu ile Eşya Taşımacılığına Dair 1961 tarihli Bern Anlaşması, Milletlerarası Demiryolu ile Yolcu ve Bagajlarının Taşınmasına Dair 1961 tarihli Bern Anlaşması sayılabilir. Uluslararası ticaretin belirli alanlarını düzenleyen ve devletlerin önemli bir kısmı tarafından onaylanmak suretiyle yaygın bir uygulamaya erişen bu tarz sözleşme, anlaşma ve belgeleri, hakemler Milletlerarası Ticaret Hukuku’nun bir parçası olarak doğrudan uygulamaktadır.

Bunun dışında uluslararası ticaret hukukunun model kanunlarla birleştirilmesi çabalarına özellikle değinmek gerekir. İlerideki bölümlerde detaylarıyla izah edileceği üzere; uluslararası ticari sözleşmelere uygulanan 1994 tarihli UNIDROIT İlkeleri³⁴⁰ ve 1999 tarihli Avr. Söz .H. İlkeleri (The

³³⁷ Bkz. <http://ulr.unidroit.org/mm/1968BrusselsProtocol.pdf> (23.06.2009)

³³⁸ Bkz. http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (23.06.2009)

³³⁹ Bkz. <http://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.warsaw.convention.1929/doc.html> (23.06.2009)

³⁴⁰ Bkz. www.unidroit.org

Principles of European Contract Law)³⁴¹, bu alanda bahsedebileceğimiz en önemli çalışmalardır. UNIDROIT İlkelerinin genel amacı; uluslararası ticaret hayatının ihtiyaçlarına cevap vermek ve Uluslararası Ticaret Hukuku’nun belirlilik kazanması suretiyle uygulanmasını teşvik etmek için, ulusların üzerinde bir sözleşme hukukunun genel hükümlerini ortaya koymaktır. Uluslararası ticarete tarafların yerel bir hukuk sistemini seçmedikleri durumda, UNIDROIT İlkelerinin hakemler tarafından uyuşmazlık konusu hukuki ilişkiye uygulandığı uygulamada görülmektedir. UNIDROIT İlkeleri, tarafların sözleşmenin bu ilkelere tabi olacağını kararlaştırmaları durumunda uygulanabilir (md. I/II). Eğer taraflar, sözleşmenin “lex mercatoria” veya “Hukukun Genel İlkeleri”ne tabi olacağını kararlaştırırlarsa (md. II) yine UNIDROIT İlkeleri uygulanır. MTO Hakem Heyeti 1997 yılında önüne gelen bir uyuşmazlıkta; tarafların belli bir yerel hukuku seçmiş olmalarından dolayı UNIDROIT ilkelerinin uyuşmazlığa uygulanamayacağını belirtmiştir³⁴². Bu konudaki Grenoble İstinaf Mahkemesi’nin UNIDROIT İlkelerinin uygulanması yönündeki karara, tez çalışmasının son bölümünde UNIDROIT İlkelerinin Uygulamadaki İşlevleri kapsamında (D.) bendinde yer verilmiştir³⁴³.

Lex mercatoria teorisinin herhangi bir yöntem bilimsel (metodolojik) temele dayanmaması, meşruiyeti konusunda birtakım şüpheler yaratmış, Lex mercatoria’nın uygulanmasını çoğu zaman imkânsız hale getirmiştir. UNIDROIT İlkeleri ve Avr. Sözl. H. İlkeleri; uluslararası alanda ticaretle uğraşan tacirler arasında var olan bütün kural ve uygulamaların, içerikleri üzerinde ortak bir uyuşma (consensus) olduğu ölçüde, tam anlamıyla meşru ve özerk bir hukuk sistemine dâhil edilmesi amacıyla gerçekleştirilen en

³⁴¹ Bkz. Kemal DAYINLARLI, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Ankara 2005. Macaristan Adalet Bakanı Genel Sektör Yardımcısı’nın A.S.H.İ. hakkındaki görüşleri için bkz. Judit FAZEKAS, Contribution à la conférence sur le droit européen des contrats, Bruxelles, 28 Avril 2004, http://www.euparl.europa.eu/comparl/juri/events/20040428/fazekas_fr.pdf (31.08.2008)

³⁴² ICC Award Case N.: 8873; Journal de droit international 1998, sh. 1017; BONELL, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts-Nature, Purposes and First Experiences in Practice”; sh. 23.

³⁴³ Ayrıca bkz. Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 41 vd.

önemli çalışmalardır. Bu çalışmalar, sadece lex mercatoria'nın pratik olarak uygulanmasını kolaylaştırmakla kalmayıp, bu hukuk sisteminin somutlaştırılması konusunda da önemli bir takım sonuçlar doğmuştur. Öyle ki; son yıllarda UNIDROIT İlkelerini birçok tahkim kararı ve bu kararları tanıyan birçok yerel mahkeme kararı göze çarpmaktadır.

Öğretide, bu düzenlemelerin lex mercatoria'nın yeni kaynakları arasında yer alacağı da ifade edilmektedir. Hiçbir bağlayıcılığı olmayan bu İlkeler, ulusal ve uluslararası alanda faaliyette bulunan tacirler tarafından sözleşmelerin yorumunda model olarak alınabilecek ve sözleşmelerde uygulanabilecek alternatif ilkeler olarak belirlemektedir. Böyle olunca da lex mercatoria'ya belirsizlik ve öngörülemezlik noktalarında yapılan eleştirilerin de artık son bulacağı düşünülmektedir. Bu çalışmalar, lex mercatoria'ya belirlilik, anlaşılabilirlik, netlik ve kesinlik kazandırma bakımından atılan en önemli adım olmuştur. Öyle ki, bu ilkelerin bazı yerel hukuk sistemlerine de dahil edildiğini ve uygulamasının yaygınlaştığını görmekteyiz.

Gerçekten de; milletlerarası karakterli uyuşmazlıklar bakımından en ideal olanı, hakemlerin uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olarak uyuşmazlık konusu ilişkinin dahil bulunduğu ticari sektörde, ticari örf, âdet ve teamülün bulunup bulunmadığını araştırmak ve eğer bu tür kural ve standartlar mevcut ise, taraflarca seçilen yerel hukuk sistemine gerek duymaksızın, bu kuralları uyuşmazlığın esasına uygulamaktır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere, uluslararası alanda faaliyette bulunan tacirler ihtiyaç duyduğu bazı teamül veya uygulamalar, önemli bazı belge ve sözleşmelerde ya da anlaşmalarda ve hatta yerel hukuk düzenlerinde normlaştırılmış olabilir. Hakemler bu normları uyuşmazlığa, ulusal veya uluslararası hukukun bir hükmü olarak değil de, Milletlerarası Ticaret Hukuku lex mercatorianın bir normu olarak uygulayacaklardır. Örneğin hakemler birçok kararda; Viyana Satım Sözleşmesi kurallarını, uluslararası ticaretin ihtiyaç ve ilkelerini doğrudan

yansıttığı ve uluslararası ticarete yaygın olarak kabul görmüş genel ilkeleri ortaya koyduğu için³⁴⁴; sözleşme taraflarının sözleşmeye taraf olup olmadıklarına bakmaksızın, uyuşmazlığın esasına uygulanmasını uygun görmektedir. Zira, hakemler için burada önemli olan; başvurulana maddi normların tarafsızlığı, olaya uygunluğu ve objektif olarak taraflar arasındaki hukuki eşitliği bozmayacak kadar uluslararası alanda yaygınlığıdır. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası tahkim mahkemeleri, bu normları kaynağı itibariyle tarafsız olmaları ve uyuşmazlık konusu ilişkinin arz ettiği özelliklere uygun düşmeleri sebebiyle doğrudan uygulayacaklardır. Bunu yaparken de, bu normların kaynağını oluşturan sözleşme, anlaşma veya belgenin; tarafların mensup olduğu veya ikamet ettiği yahut da tahkim usulünün uygulandığı ülkelerce onaylandığını dikkate almayacaktır. Bu uygulamada hakemler, herhangi bir Kanunlar İhtilafı kuralına başvurmamaktadırlar.

2. Hakemlerce, Uluslararası Ticareti Düzenleyen Bazı Uygulama Düzenlemelerinin Doğrudan Uygulanması

Daha önce de ifade edilmiş olduğu gibi, milletlerarası karakterli ilişkilere, ulusal hukukların uygulanması çoğu defa sakıncalar doğurmaktadır. Zira, bunlar esas itibariyle, milletlerarası nitelikli ilişkilerin içeriğine uygun biçimde düzenlenmemiştir. Uluslararası ticarete katılan taraflar, her ne kadar kendi aralarındaki ilişkiyi yerel hukukların olumsuz etkilerinden uzak bir şekilde yürütmek isteseler de, yaptıkları işlemin hukuksal çerçevesi ile ilgili olarak belirli bir istikrara, kesinlik ve belirliliğe ihtiyaç duyarlar. İşte bu ihtiyaç nedeniyle, genel olarak uluslararası ticarete veya bu veya bu ticaretin bazı özel dallarında belirli bir “genellik” kazanmış uygulamalar, bazı uluslararası nitelikli özel veya kamu kuruluşlarınca “Düzenleme”ler (codes), “Genel Şartlar” veya “Standart Sözleşme” tipleri şeklinde düzenlenmektedir.

³⁴⁴ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 31.

Genel Şartlar, ilgili oldukları ticari veya sınaî sektörlerdeki zaman içinde gelişmiş olan genel anlayış ve uygulamaları formüle etmektedir. Taraflar sözleşmelerinde, bu şartlara atıfta bulundukları takdirde, hakemler bunlarda yer alan kural ve standartları doğrudan uygulayacaktır.

Uluslararası ticari ve sınaî sektörlerde faaliyet gösteren iş adamlarının oluşturduğu mesleki birliklerince geliştirilen Standart Sözleşme tipleri de uluslararası ticaretin belirli alanlarında ortak normların geliştirilmesi bakımından önemli bir yer tutmaktadır. Bu tarz sözleşmelerinin ilk bakışta (prima facie) tacirler arasında uygulanagelen teamüller ve ilkeleri içerdikleri gözlenirse de, bu sözleşmelerde hâlâ daha uygulanabilir hukuk olarak yerel hukukların tayin edildiğini sıkça görmekteyiz. Bu da, halen daha lex mercatoria'nın özerk ve bağımsız bir hukuk sistemi olarak tanınmasından ne kadar uzak olduğunu göstermektedir.

Bununla beraber, Genel Şartlar'a atıf yapılması veya ilişkilerde standart sözleşme kullanılması durumunda, hakemler bunların içeriğindeki kuralları sözleşmesel düzenlemeler olarak uyuşmazlığa uygulayacaklardır. Standart sözleşme veya Genel Şart'ın yorumu ile ilgili bir uyuşmazlık çıktığında, hakemler seçimi yoluna gidebilecekleri gibi, Standart Sözleşme veya Genel Şart'lara hâkim olan müşterek ilkelerden yararlanabilirler.

Milletlerarası nitelikli özel veya kamu kuruluşlarınca yapılan "Düzenleme"ler (code), "INCOTERMS"ler, "Belgeli Akreditif için Yeknesak Kural ve Teamüller" v.b., Standart Sözleşme tipleri ve Genel Şartlardan farklı olarak, taraflarca kendilerine herhangi bir atıf yapılsın veya yapılmıyın, hakemlerce uyuşmazlık konusu olaya uygulanabilir.

Hemen belirtelim ki, uluslararası tahkimde hakemlerin Milletlerarası Ticaret Hukuku'nun maddi normları olarak doğrudan uygulayabilecekleri bu

düzenlemelerin oluşturulmasında, MTO³⁴⁵, Uluslararası Hukuk Birliği (International Law Association-ILA)³⁴⁶, ECE³⁴⁷ aktif rol oynamaktadır.

3. Hakemlerce, Milletlerarası Örf, Âdet ve Teamüllerin Doğrudan Uygulanması

Uluslararası tahkimde hakemlerin uyuşmazlığı çözüme bağlamak için doğrudan uygulanan lex mercatoria'nın diğer bir kaynağı da ticari örf, âdet ve teamüllerdir. Ancak, yerel hukuklarda örf, âdet ve teamüller tamamlayıcı ve talî nitelikte bir hukuk kaynağı olurken; milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin başvurabilecekleri bir (lex fori) mevcut olmadığından, onların örf, âdet ve teamülleri birinci sırada uygulamaları mümkündür. Bu uygulama, tarafların tahkim usulünü tercih iradelerine ve bizatihi tahkim kurumunun³⁴⁸ yapısına da uygun düşmektedir. Gerçekten de; tahkimin tercih edilmesindeki en önemli sebeplerden biri, tarafların kendi aralarındaki ilişkiyi hiç aşına olmadıkları herhangi bir yerel hukuk sisteminin olumsuz etkilerinden bertaraf ederek, bu ilişkiyi uzun zamandır kendi aralarında uygulanagelen örf, âdet ve teamüllere tabi kılma arzusudur. Ticari örf, âdet ve teamüllerin hakemlerce doğrudan uygulanması, bu kural ve uygulamaların, uyuşmazlık konusu olayın içerik ve özelliğine uygun, uluslararası ticaretin ihtiyaçları ve beklentilerine cevap verebilecek “en uygun hukuk normları” olduğu karinesine dayanmaktadır. İşte bu sebeple, birçok milletlerarası karakterli belge ve sözleşme (ya da anlaşma) bugün, hakemlere hiçbir kanunlar ihtilafı kuralına başvurmaksızın, doğrudan Milletlerarası Ticaret Hukuku'nu uygulamaları için yetki veren düzenlemeleri getirmiştir. Son yıllarda, hakemlerin bu kural ve

³⁴⁵ Bkz. www.iccwbo.org

³⁴⁶ Bkz. www.ila-hq.org

³⁴⁷ Bkz. www.unece.org

³⁴⁸ Tahkim sözleşmesinin ve hakem kararlarının hukuki niteliği konusunda çeşitli teoriler bulunmaktadır: Akit teorisi (irade serbestisi ilkesi), kazaî teori, karma teori ve bağımsız teori. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Erol ERTEKİN, İzzet KARATAŞ, a.g.e., 1997, sh. 43, sh. 418 vd. ve 421 vd. Ayrıca bkz. Kemal DAYINLARLI, HUMK'da Düzenlenen... a.g.e., sh. 18 vd.

uygulamaların uluslararası tacirlerce bilindiği faraziyesinden yola çıkarak *lex mercatoria*'yı doğrudan veya dolaylı olarak uyguladıkları pek çok karar mevcuttur.

Hakemler, milletlerarası nitelikli ticari örf, âdet ve teamüllerin yanı sıra; ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*), ödemelik def'i, sözleşmenin uyarlanması (*clausa rebus sic stantibus*), mücbir sebep (*vis major*) gibi yerel hukuklarda da çoğunlukla bilinen bir takım Genel Hukuk İlkelerini de Milletlerarası Ticaret Hukuku'nun kuralları olarak doğrudan uygulayabilirler.

Belirtmek gerekir ki, uluslar arası tahkimde hakemler, uluslararası ticaretin belirli alanlarında karşılaştıkları uyuşmazlıklarda Milletlerarası Ticaret Hukuku kurallarının yetersiz kalması durumunda, âkit hukuk veya yerel bir hukuk sisteminden faydalanarak, elde ettikleri verileri bir Milletlerarası Ticaret Hukuku normu olarak uygulayabilmektedirler. Örneğin, kamu hizmeti imtiyaz şartları ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, MTO hakem heyeti verdiği birçok kararda, tahkim sözleşmesine taraf olan Devletin kendi iç hukukuna dayanarak imtiyaz sözleşmesini iptal etmesi veya benzeri işlemlerle tahkim anlaşmasının da geçerliliğini yitirmesini sağlayarak, hakemlerin yetkisine yaptığı itirazları geçersiz kabul etmektedir. Bu kararların gerekçesi olarak da İsviçre Federal Devletler Özel Hukuku Kanunu'nun (CPL) md. 177 / f. 2'de yer alan "Eğer bir Devlet veya Devletin bir organı tahkim anlaşmasının tarafı ise; ortaya çıkacak uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasının kendi iç hukukuna göre geçersiz kaldığını ileri süremez" ifadesine dayanılmaktadır. Açıkça görülmektedir ki; yerel hukuklarda yer alan ve fakat uluslararası ticaret alanında faaliyet gösteren tarafların beklentileri ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikteki bazı kural ve ilkeler, hakemler tarafından yorumlanarak uygulanmak suretiyle âdeti bağımsız orijinal metot ve standartlar yaratılmak istenmektedir.

Son olarak ifade etmek isteriz ki, bilişim teknolojisindeki yenilikleri de kuşkusuz ki ticari ilişkilere yansıdığı ölçüde yeni örf, âdet ve teamül hukukuna etkide bulunduğu aşıkârdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELER İÇİN UNIDROIT İLKELERİ

I. GENEL OLARAK

Lex mercatoria uzun bir gelişme sürecinden sonra daha yoğun bir şekilde gündeme gelmeye başlamıştır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, bu gelişim sürecinde lex mercatoria ile ilgili iki zıt tavır göze çarpmaktadır: Bir grup, uluslararası ticaretin, ilgili Devletlerin hukuklarından tamamen bağımsız, özerk (otonom) bir hukuk olarak lex mercatoria anlayışının tamamen yanında yer alırken; diğer bir grup, bu şekilde tanımlanan hukuk alanına karşı çıkmışlar, hakemlerin kendi kendilerine buldukları çözümleri, uygulanması gereken objektif hukukun yerine geçirmek için kullandıkları bir araç olarak nitelendirmiştir³⁴⁹.

Ancak son zamanlarda tartışma konusu lex mercatoria kavramının varlığı değil, bu kavramın içeriğinin nasıl oluşturulacağıdır. Bu konudaki düşüncelerin değişmesinin en büyük nedeni, yeni Dünya düzeninde Devletlerin sayısının sürekli artması nedeniyle ortaya çıkan ticarî uyuşmazlıkların çözümü için, tahkimin keşfedilmesi ve bu kurumun yeniden düzenlenmesidir. Tahkimin Dünya çapında kabul edilmesinde en önemli gösterge, 1985 yılında Viyana'da kabul edilen, uluslararası tahkim hakkında UNCITRAL Model Kanunu'dur. Bu Model Kanun'dan başka UNIDROIT³⁵⁰ tarafından çıkarılan, uluslararası ticarî sözleşmeler hakkında temel ilkeler, bu konudaki gelişmelerin son halkası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ilkeler,

³⁴⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 32 vd.

³⁵⁰ www.unidroit.org. Bu ilkeler birçok dile tercüme edilmiş bulunmaktadır. İlkelerin Türkçe tercümesi için bkz.; Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler 2004 (UNIDROIT), Dayınlarlı Yay., Ankara 2005.

uluslararası ticaretin en son ürünü olarak nitelendirilebilir. Gerçekten de bu ilkelerin bugüne kadar uluslararası alanda yapılan kural koymaya yönelik bütün çalışmalardan daha farklı bir yapısı vardır³⁵¹.

Milletlerarası tahkimde, tarafların ayrı tabiiyette olmaları, aralarında çıkan uyuşmazlığın esasına kendi ülkelerinin maddi hukuk kurallarının uygulanmasını istemeleri ve hatta bunda ısrar etmeleri karşısında çıkan sorun, tarafsız ve uluslarüstü maddi hukuk kurallarına başvurma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. İşte, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere ilişkin UNIDROIT İlkeleri, bu hususta taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkları, bu İlkelerin uygulanması suretiyle çözüme kavuşturma imkânı vermektedir³⁵².

A. UNIDROIT İlkelerin Amacı

Günümüzde uluslararası ticarî ilişkilerin hukukî durumu çok tatmin edici değildir. Gerek birbirinden farklılıklar gösteren ulusal hukuk düzenleri, gerek iç hukuka alınmalarında sorunlar ve eksiklikler yaşanan uluslararası anlaşmalar; yabancı uluslu ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları çözmeye yetmemektedir³⁵³. Ayrıca çeşitli örnek anlaşmalar, şartnameler de bu konudaki ihtiyaca cevap vermemektedir. Bu tür sözleşmeler, genellikle sadece tek bir tarafın yararını korumaya yönelik oldukları gibi, zorunlu olarak belli bir hukuk düzeninin hukuk anlayışını yansıtır ve bu hukuk düzeninin kavramlarından etkilenmiş olurlar. MTO tarafından son derece tarafsız olarak hazırlanmış olan INCOTERMS ve Belgeli Akreditif Hakkında Yeknesak

³⁵¹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 33.

³⁵² Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası Ticari..., a.g.e., 2005, sh. V. Bkz. François DESSEMONTET, Use of the UNIDROIT Principles... a.g.m., 2002.

³⁵³ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 150, Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 33 vd.; Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 23, Sayı 1-2, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, sh. 203.

Kurallar bile sınırlı bir alanda düzenleme getirdikleri için, kısmî bir çözüm olanağı sunmaktadır³⁵⁴.

Taraflar ilke olarak, yaptıkları sözleşmede karşılıklı hak ve yükümlülüklerini ayrıntılı ve kapsamlı bir biçimde belirleyebilirler. Böylece, taraflar sözleşmelerine istemedikleri başka normların uygulanmasını önleyebilirler. Ancak bu durumda da, sözleşmenin tarafları arasındaki dil farkından ve farklı hukukî terminolojiye sahip olmaktan kaynaklanan sorunların aşılması mümkün olmayacaktır³⁵⁵.

Tarafların, aralarında yaptıkları sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme olanağına sahip olmaları da tatmin edici bir çözüm sunmamaktadır. Özellikle, taraflardan birinin, itibar kaybı korkusu nedeniyle başka bir Devletin hukukunun uygulanmasını kabul edemeyeceği, ancak kendi tâbi olduğu hukuk düzeninin de söz konusu sözleşmenin bağlı olacağı hukuku belirlemek açısından son derece yetersiz kaldığı durumlar olabilir³⁵⁶.

Bütün bunların yanı sıra, politik açıdan oldukça büyük güçlükler ortaya çıkabilmektedir. Özellikle ulusal mahkemeler önünde hukuk seçimi, kural olarak hâlihazırdaki hukuk düzenlerinden birisi ile sınırlıdır. Bunun sonucunda, bir taraf veya her iki taraf da, ya çok az ilgili oldukları ya da hiç ilgili olmadıkları bir hukuk sistemini veya çok iyi tanıdıkları nedeniyle reddetmek istedikleri bir hukuk düzenini seçmek zorunda kalacaklardır³⁵⁷.

UNIDROIT ilkelerinin amacı ise, uluslararası ticarete ortaya çıkabilecek bu eksiklikleri gidermek veya en azından hafifletmektir. Unidroit İlkelerinin amacı Başlangıç (préambule)³⁵⁸ bölümünde belirtilmiştir (Başlangıç

³⁵⁴ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 33 vd.

³⁵⁵ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 34.

³⁵⁶ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 34.

³⁵⁷ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 34.

³⁵⁸ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası..., a.g.e., 2005, sh. 1.

1 / 1.1). Uluslararası ticarî sözleşmeler için genel kurallar içeren ilkeler, uluslararası sözleşmelerin yapılması sırasında, ulusal hukuk düzenlerindeki parçalanmadan dolayı ortaya çıkan engelleri aşmaya yönelik olarak, ulusların üzerinde bir sözleşme hukukunun genel hükümleri olarak değerlendirilmelidir³⁵⁹. UNIDROIT İlkelerinin temel amacı ülkelerin özel hukuklarının yeknesaklaştırılması ve koordinasyonu için metotlar araştırmak ve yeknesak bir özel hukuk uygulamasının gelişimini hızlandırmaktır³⁶⁰.

Unidroit ilkeleri, tarafların sözleşmenin bu ilkelere tâbi olacağını kararlaştırmaları durumunda uygulanabilir (Başlangıç md. I / f.II). Eğer taraflar, sözleşmenin “lex mercatoria’nın genel hukuk ilkeleri”ne tabi olacağını kararlaşırlarsa (Başlangıç md. II) yine Unidroit ilkeleri uygulanır. Bundan başka bu ilkeler, uygulanacak hukukta uygun bir kural bulunmaması durumunda (Başlangıç md. III), ayrıca uluslararası yeknesak hukukun (uniform law) kurallarının yorumlanmasında ya da boşlukların doldurulmasına kullanılabilir (Başlangıç md. IV). Ayrıca bu ilkeler, ulusal ve uluslararası kanun koyucular için model işlevi görebilir (Başlangıç md. V)³⁶¹.

B. Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü (UNIDROIT)

UNIDROIT (Institut international pour l’unification du droit privé-International Institute for the Unification of Private Law) Roma’da 1926 yılında büyük Roma hukukçusu Vittoria Scialoja’nın çabalarıyla, Milletler Cemiyeti’ne bağlı olarak özel hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla çalışmalar yapmak üzere kurulmuştur³⁶².

³⁵⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 34.

³⁶⁰ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 49 ve sh. 55.

³⁶¹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 34 vd. Ayrıca bkz. Ole LANDO, “Some Features of....” a.g.m. (19.12.2005) sh. 17.

³⁶² Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 49.

Enstitü, 1940 yılında uluslararası bağımsız bir örgüt statüsünü elde etmiş ve statüsünü bugüne kadar korumuştur.

İlkelerin tarihçesine bakıldığında, 1971 yılında Kıta Avrupası Hukukunu, Anglo-Sakson Hukuku'nu (common law) ve Sosyalist Devletler Hukuku'nu temsil eden üç karşılaştırmalı hukukçudan oluşan bir grubun bu konuda çalışmalara başladığı görülmektedir³⁶³. Başka bir deyişle, dünyanın en önemli bölgelerini ve/veya hukuk sistemlerini temsil eden tanınmış hukukçulardan oluşan bir çalışma grubu oluşturulmuştur³⁶⁴. Bu grupta, Amerika Birleşik Devletleri'nden, Japonya'dan, Çin'den, Avustralya'dan, Quebec'den ve Yeni Gine'den hukukçular vardı. Ayrıca Unidroit Komisyonu'nda ağırlıklı olarak profesörler yer almaktaydı. Bu profesörler öğretim üyeliğinin yanı sıra hukuk uygulamasında da görev yapmaktaydılar. Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu (Commission on European Contract Law) başkanı Ole Lando ve Unidroit çalışma grubu başkanı Michael Bonell, Almanya'dan Ulrich Drobnig ve Fransa'dan Dennis Tallon'un katılımlarıyla her iki grup arasında bir koordinasyon sağlamaya çalışmıştır³⁶⁵.

Enstitünün 58 üyesi bulunmaktadır. Ev sahibi ülke olan İtalya, Enstitü'ye en büyük katkıyı sağlamakla birlikte, İsviçre, Enstitü'nün özel hukuku birleştirme çabalarına, gerek uzman hukukçular göndererek, gerek mali destekte bulunarak uzun yıllardan beri yardımcı olmaktadır. UNIDROIT, kuruluşundan bu yana, çeşitli alanlarda birçok proje gerçekleştirmiştir. Bunlardan en yenisi, anılan ilkeler ve 1994 ve 1995 yıllarında kabul edilen "Çalınan veya Hukuka Aykırı Bir Biçimde Kullanılan Kültür Malları" hakkındaki anlaşmadır³⁶⁶.

³⁶³ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 35.

³⁶⁴ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası... a.g.e., 2005, sh. Xiii.

³⁶⁵ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 35.

³⁶⁶ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 35. Sülün GÜÇER; a.g.m., sh. 149. Ole LANDO, "Some Features of..." a.g.m. (19.12.2005) sh. 17. Lando'nun makalesinde belirttiği gibi, Unidroit Komisyonu'nda

C. UNIDROIT İlkelerinin Hukuki Niteliği

UNIDROIT İlkeleri, ne bir kanunlaştırma, ne örnek bir sözleşme ya da şartname, ne de uluslararası bir anlaşmanın niteliğindedir³⁶⁷. Bu ilkelerin bağlayıcı bir etkisi olmadığı gibi, uygulamada sadece kendi içlerinde taşıdıkları ikna gücünden destek alarak, geçerlilik kazanacaktır³⁶⁸. Başka bir deyişle; ilkeler daha çok anlaşmaya (consensus) dayalı bir metindir. Bu nedenle İlkeler, nitelikleri gereği modern bir ortak hukuk (ius commune³⁶⁹) ya da “lex mercatoria” oluşturmaktadırlar³⁷⁰.

D. UNIDROIT İlkelerinin Özellikleri

1. Genel Kurallar İçermesi

Unidroit İlkeleri Başlangıç 1. maddesi uluslararası ticari sözleşmeler için genel kurallar belirlediğini açık olarak ifade etmiştir.

sadece akademisyenler değil, hâkimler, kamu çalışanları gibi çeşitli hukukçular da bulunmaktadır. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 49.

³⁶⁷ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 152, Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 33.

³⁶⁸ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 33. Bkz. François DESSEMONTET, “Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law”, International Court of Arbitration, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, reflections on their Use in International Arbitration, Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin. Yazara göre, Unidroit İlkelerine göre verilmiş uluslararası tahkim kararlarının, Unidroit İlkeleri’nin baskılarında dipnot olarak yayınlanması yerinde olacaktır. Bu şekilde, ilkelerin ileriki yıllarda revizyonu kolaylaşacaktır. Bu şekilde, Unidroit İlkelerinin uygulamada da anlaşılması sağlanacak, bu usul düzeltici bir işlev görecektir.

³⁶⁹ Özcan KARADENİZ ÇELEBİCAN, a.g.e., sh. 93.

³⁷⁰ Arzu OĞUZ, Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, AÜHFD, 2000, S. 1, sh. 57.

Unidroit İlkeleri'nin genel kurallar belirlemesi, kısa ve ayrıntısız düzenlemeler içerdiğini değil, sözleşmeler hukukunun geniş bir alanını kapsadığını ifade etmektedir³⁷¹.

2. Uluslararası Sözleşmelere İlişkin Olması

Gerçekten de bu İlkeler uluslararası sözleşmelere uygulanır³⁷².

3. Ticari Sözleşmelere İlişkin Olması

Ticari sözleşmeler ile sadece sınır aşan alışverişi amaçlayan malların temini veya değişimine yönelik sözleşmeler değil, yatırım, imtiyaz ve hizmet sözleşmelerini içeren daha geniş bir yelpaze hedeflenmiştir. Bu anlamda, ticari sözleşmeler, ortak girişim, lisans, teknik yardım, yönetim, franchise, anahtar teslim, ürün paylaşımı, risk hizmeti, finansal kiralama gibi sözleşmeler içermektedir. Bir başka deyişle, UNIDROIT İlkeleri, klasik anlamda tüketici sözleşmesi sayılmayacak olan mal, sermaye, hizmet, teknoloji veya diğer ekonomik ve finansal malvarlığının sınır aşan dolaşımına ilişkin, kâr amacı güden tüm sözleşmelere uygulanabilir³⁷³.

³⁷¹ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 55.

³⁷² Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 57.

³⁷³ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 59.

II. YAYINLANAN UNIDROIT İLKELERİ KİTABININ BİÇİMİ, PLANI VE TERMİNOLOJİ

A. Yayınlanan Kitabın Biçimi

1994 yılının sonuna doğru UNIDROIT'nın çalışmalarıyla ortaya çıkan Uluslararası Ticaret İlkeleri (Principles of International Commercial Contracts) Roma'da yayınlanmıştır. Bu ilkelerin bazı değişiklikleri içeren ikinci baskısı 2004 yılında yapılmıştır³⁷⁴.

Temel bir kural ve ilkedен oluşan kanun metnini (black letter text) açıklayıcı şerh tarzı kısa açıklamalar ve örnekler izlemektedir³⁷⁵.

B. UNIDROIT İlkelerinin Planı

Unidroit ilkeleri'nin 2004 yılı baskısı 185 maddeden oluşmuştur (1994 yılı baskısında madde sayısı 120 idi)³⁷⁶. Bu ilkeler, on ana başlığa bölünmüştür. Birinci bölümde (md. 1.1. – md. 1.12.) Genel Hükümler düzenlenmiş, sözleşme ve şekil serbestisi ilkelerine yer verilmiştir. İkinci Bölümün (md. 2.1. – md. 2.2.10.) konusu sözleşmenin kurulması ve temsilcinin yetkisini içermektedir. Üçüncü bölümde (md. 3.1. – md. 3.20.) sözleşmenin geçerliliğine ilişkin hükümlere yer verilirken, Dördüncü Bölüm (md. 4.1. – md. 4.8.) sözleşmenin yorumlanmasına ayrılmıştır. Beşinci Bölümde (md. 5.1.1-5.1.9.) sözleşmenin içeriğine, Altıncı Bölümde ifa ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Altıncı Bölümün birinci kısmında (md. 6.1.1. – md. 6.1.17) ifa konusu genel olarak ele alınırken, 2. kısım (md. 6.2.1. – md.

³⁷⁴ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası..., a.g.e., 2005, sh. Xiii.

³⁷⁵ E. Allen FARNSWORTH, The American Provenance of the Unidroit Principles, Tulane Law Review, V: 72, 1997-1998, (American Provenance), s.1991 vs. naklen Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 61, dipnot 223.

³⁷⁶ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası... a.g.e., 2005, sh. Xiv.

6.2.3.) işlem temelinin çökmesi ile ilgili hükümleri düzenlemiştir. Yedinci Bölümün konusunu ademi ifa oluşturmaktadır. Bu bölümün birinci kısmında (md. 7.1.1 – md. 7.1.7.) genel olarak ademi ifa, ikinci kısmında (md. 7.2.1 – md. 7.2.5.) ifa hakkı, üçüncü kısmında (md.7.3.1. – md. 7.3.6.) sözleşmenin ortadan kaldırılması (fesih), dördüncü kısmında ise (md. 7.4.1. – md. 7.4.13.) tazminat hükme bağlanmıştır. Sekizinci Bölüm (md. 8.1. – md. 8.5.) takas konusunu içermektedir. Dokuzuncu Bölüm üç kısma ayrılmıştır. Birinci kısım (md. 9.1.1 – md. 9.1.15.) alacağın temliki, ikinci kısım (md. 9.2.1. – md. 9.2.8.) borcun nakli, üçüncü kısım ise (md. 9.3.1 – md. 9.3.7.) sözleşmelerin devrini düzenlemektedir. Son olarak ise Onuncu Bölümde zamanaşımı konusu düzenlenmiştir (md. 10.1. – md. 10.11.)³⁷⁷.

Orijinal metinde, her maddenin sonunda, kuralın amacını ve çeşitli kullanım şekillerini belirlemeye yönelik bir açıklama vardır. Bu açıklamalarda kısmen, somut mahkeme kararlarına dayanan örnekler yer almaktadır³⁷⁸.

C. UNIDROIT İlkelerinde Kullanılan Terminoloji

UNIDROIT ilkelerinde, mevcut hukuk düzenlerindeki uzmanlık terimleri kullanılmasından olabildiğince kaçınılmıştır. Buna karşın, ticaret hayatında yaygın olarak kullanılan terimlere yer vermeye çalışılmıştır³⁷⁹. Kısmen ise, uluslararası sözleşmeler uygulamasında tercih edilen terimler kullanılmıştır. Örneğin hardship kavramı, “işlem temelinin çökmesi”, “Wegfall der Geschäftsgrundlage”, “impracticability”, “frustration of purpose”, “imprévision”, “eccessiva onerosita sopravvenuta” kavramlarını ifade etmektedir. Ancak istisnaî olarak, örneğin, “force majeure” (mücbir sebep) gibi belli hukuk düzenlerinde yer alan bir ifade kullanılmış ise, bu ifadeler, bu

³⁷⁷ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası... a.g.e., 2005, sh. Xiv.

³⁷⁸ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 157; Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 36.

³⁷⁹ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, a.g.m., 2003, Y. 23, S. 1-2, sh. 205.

hukuk düzenlerinde taşıdıkları anlama göre değil, UNIDROIT ilkelerindeki metinde taşıdığı anlama göre anlaşılmalıdır³⁸⁰.

Ayrıca, UNIDROIT İlkeleri md. 1.11, metninde yer alan bazı ifadelerin tanımlarına açıklık getirmektedir³⁸¹.

III. UNIDROIT İLKELERİNİN İÇERİĞİ

A. İlkelerin Kaynakları

İlkelerin oluşturulması sırasında Dünyadaki bütün hukuk düzenlerinin dikkate alınamamış olması, dikkate alınanların da ilkeler üzerinde aynı ölçüde etki yapmamış olması doğaldır. Bu bağlamda, ulusal hukuk düzenlemelerinden en yeni tarihli olanlar dikkate alınmıştır. Örneğin, derleme yöntemi olarak Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün kullandığı yöntemini ve şeklen Amerikan Sözleşmeler Hukukunun Derlemelerini (Second Restatement of the Law of Contracts) örnek almıştır. 1975 tarihli Cezayir Medenî Kanunu, Hollanda Medenî Kanunu'nun Taslağı ve Québec'in yeni Medenî Kanunu³⁸².

Uluslararası kanunlaştırmalardan, en önemlisi ve yaygın bir uygulama alanına sahip olanı Viyana Satım Sözleşmesi olup bu nedenle de en çok dikkate alınan kaynaklardan biridir³⁸³. Bundan başka, INCOTERMS, FIDIC³⁸⁴, "Belgeli Akreditif Hakkında Yeknesak Kurallar" gibi kaynaklar da dikkate alınmıştır³⁸⁵.

³⁸⁰ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 36.

³⁸¹ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 72.

³⁸² Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 151, Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 36 vd.

³⁸³ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 31

³⁸⁴ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 39.

³⁸⁵ Sülün GÜÇER, a.g.m. sh. 152, Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 37.

B. İlkeler Esas Teşkil Eden Temel Düşünceler

1. Sözleşme Özgürlüğü ve Şekil Serbestisi

UNIDROIT ilkelerine temel teşkil eden en önemli düşünce sözleşme özgürlüğü düşüncesidir. Bu düşünce açıkça, md. 1.1.'de ifade edilmiştir:

“Taraflar, sözleşme yapmak ve onun içeriğini belirlemede özgürdürler.”

Açıklamalarda da belirtildiği gibi, girişimci, malını ve emeğini kime sunacağı veya bunları kimden elde edeceğine karar verme konusunda özgür olduğu gibi, sözleşmenin koşullarını serbestçe belirlemek hakkına sahiptir³⁸⁶.

Ulusal hukuklarda yer alan doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzenine yönelik düzenlemeler (antitröst, paranın değerinin korunmasına yönelik kurallar, genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler vs.) sözleşme serbestisinin sınırlarını oluşturmaktadır³⁸⁷.

Şekil serbestisi ise sözleşmenin ve sözleşmeye ilişkin değişikliklerin geçerli olması için yazılı olarak akdedilmesi ve tespitinin gerekmemesini ifade eder. Dolayısıyla, sözleşmenin geçerli olarak kurulması için yazılı olması gerekmediği gibi; yazılılık bir ispat şartı da değildir³⁸⁸.

³⁸⁶ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 37. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 61.

³⁸⁷ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 62.

³⁸⁸ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 62.

2. Uygulama ve Ticari Teamüller

UNIDROIT ilkelerine temel teşkil eden diğer bir düşünce de ticari teamüllerin dikkate alınması gerekliliğidir. Bu düşünce, ilkelerin, uluslararası ticaretin sürekli değişen teknik ve ekonomik koşullarına uyum sağlayabilecek yeterli ve esnek bir eser meydana getirme amacına uygundur. Ticari teamüllerin, UNIDROIT ilkelerinde rol oynaması, md. 1.9.'da (âdet ve uygulamalar başlıklı madde) dile getirilmiştir. Buna göre taraflar, sadece “üzerinde anlaştıkları teamüllerle” veya “kendi aralarında oluşturdukları alışkanlıklarla” değil, “uluslararası ticarete yaygın bir biçimde tanınan ve taraflarca, uygulanması hakkaniyete uygun olduğu sürece söz konusu işletmede düzenli olarak dikkate alınan teamüllerle” bağlıdır³⁸⁹.

3. Sözleşme Lehine Hareket (Favor contractus)

Sözleşme lehine hareket ilkesi de UNIDROIT ilkelerine temel teşkil eden ilkelerdendir. Bunun nedeni, tarafların, sözleşmenin kurulmasında veya uygulanmasında meydana gelebilecek olumsuzluklara rağmen, sözleşmeyi feshetmek ve diğer taraftan tazminat elde etmeye uğraşmak yerine, sözleşmeyi ayakta tutmakta daha fazla çıkarlarının olduğuna inanmasıdır.

Bu konudaki birçok maddeden bazılarını belirtmek yeterli olabilecektir: Md. 2.1.1'de değiştirerek kabul, md. 2.1.14'deki bilinçli olarak düzenlenmeyen koşullar, md. 2.1.22'deki birbiriyle çelişen genel işlem şartları (battle of forms), md. 3.2'deki sadece sözleşmenin geçerliliği, md. 6.2.1'den md. 6.2.3'e kadar, işlem temelindeki değişiklikler, md. 7.3.1.'den md.

³⁸⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 37.

7.3.6.'ya kadar sözleşmenin feshi ve md. 7.1.4'deki temerrüde düşen tarafın sonraki ifası örnek olarak gösterilebilir³⁹⁰.

4. İyi Niyet İlkesi

Buraya kadar ifade edilen temel düşünceler, UNIDROIT ilkelerinin gereksinimlerine ve uluslararası alanda sözleşmelerin uygulanmasına yöneliktir. Diğer temel düşünceler ise, uluslararası ticarete olabildiğince dengeli ve adil koşullar yaratabilmektir. Buna en önemli örnek, md. 1.7.'de³⁹¹ iyiniyet ilkesini dile getiren şarttır: "Taraflardan her biri, uluslararası ticarete iyi niyet ve dürüstlük ilkesine göre davranmak zorundadır"³⁹².

Bu noktada iki açı vurgulanmalıdır:

- a. Taraflar, UNIDROIT ilkeleri çerçevesinde sözleşme görüşmeleri sırasında ve sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece, iyi niyet ilkesine uygun davranmak zorundadırlar. Buna uygun olarak UNIDROIT ilkeleri, iyi niyet ilkesini genel bir ilke olarak tanımıştır. Anglo-Sakson Hukuk sistemi (common law) ise söz konusu ilkeyi, sadece sözleşmenin ifa edilmemesi durumu ile sınırlandırmıştır. UNIDROIT ilkeleri ise, Kıta Avrupası sisteminin çözümünü benimsemiştir.
- b. İyi niyet ilkesinin uluslararası ticarete dikkate alınacağını vurgulanması, genel şarttan çıkarılan kuralın, ulusal hukuk düzenlerinden alınamayacağını vurgulamak içindir. Daha kesin bir

³⁹⁰ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 38.

³⁹¹ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası..., a.g.e., 2005, sh. 9.

³⁹² Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 38. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 67 vd.

ifadeyle, dürüst davranışın, sadece hukuk düzenlerinin geneli tarafından tanınan ilkeleri dikkate alınmalıdır³⁹³.

5. Adaletsizliğe Karşı Denetim

Uzun zaman, hem ulusal hem uluslararası alanda, ticari sözleşmelerin, ilke olarak sadece tecrübeli ve uzman girişimciler tarafından dürüstlük ve iyi niyet ilkesi dikkate alınarak yapılabileceği düşüncesi hâkim olmuştur. Ancak, günümüzde bu varsayım tartışılmaktadır. Gerçekten ticaret adamları da farklı ölçülerde teknik bilgi ve yeteneğe sahip olabilirler ve en az diğer insanlar gibi başkalarının zayıflıklarından ve zor durumlarından yararlanabilirler³⁹⁴.

Unidroit ilkeleri, sözleşmelerin maddi geçerliliğiyle ilgilenmeyen diğer uluslararası kuralların aksine uluslararası ticari ilişkileri daha gerçekçi bir açıdan ele almakta ve sözleşmeleri, tümüyle veya münferit bölümleriyle, hem usul hukuku açısından hem içerik açısından denetleme olanakları yaratmaktadır. Bu bağlamda md. 3.8'de³⁹⁵ ve md. 3.9'da³⁹⁶ yer alan hile ve tehdit konuları örnek gösterilebilir³⁹⁷.

UNIDROIT ilkeleri, bütün sözleşme koşullarının ve en azından genel işlem şartlarının içeriğinin, içeriksel olarak hakkaniyete aykırı olmalarından ötürü geçersiz kılınabilecekleri genel hükümler içermemektedir. Böyle doğrudan doğruya içerik denetimi, sözleşme koşullarının iki özel türünde öngörülmüştür. Örneğin, md. 7.1.6.'da öngörülen, sözleşme taraflarından birinin sorumluluğunun sınırlandırılmasına ya da tamamen ortadan

³⁹³ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 38.

³⁹⁴ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 38.

³⁹⁵ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası... a.g.e., 2005, sh. 53. Hile açısından daha detaylı bilgi için bkz. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 94.

³⁹⁶ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası... a.g.e., 2005, sh. 54. Tehdit açısından daha detaylı bilgi için bkz. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 94.

³⁹⁷ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 39. Hile ve tehdit açısından daha detaylı bilgi için bkz. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 94.

kaldırılmasına yönelik muafiyet hükümleri (exemption clauses) ve zararın önceden tespit edilmesi (agreed payment for non-performance) ile ilgili md. 7.4.13. (sözleşmede tespit edilen tazminat başlıklı hüküm)³⁹⁸ buna örnek olarak gösterilebilir³⁹⁹.

6. Gabin

Gabin (gross disparity)'in düzenlendiği md. 3.10⁴⁰⁰ belirtilmelidir. Bu maddeye göre, bir sözleşme veya sözleşmenin somut koşulu, şu durumların ortaya çıkması ile feshedilebilir:

- a. Sözleşmenin taraflarına karşılıklı hak ve yükümlülüklerinde, tek bir tarafı önemli ölçüde zarara uğratacak kadar büyük bir farklılık olmalıdır.
- b. Bu zarar haksız olmalıdır. Zararın haksız olması demek, bir tarafın, diğer sözleşme tarafınca, kendisine ekonomik veya sosyal açıdan herhangi bir bağlılığından, ekonomik olarak zor durumda olmasından, ihtiyaç halinden veya bir hususu öngörememesinden, bilgisizliğinden, tecrübesizliğinden veya pazarlıktaki beceriksizliğinden ötürü aşırı derecede zarar görmüş olması demektir. Bu maddenin, gerek usul hukukundaki, gerek maddi hukuktaki hakkaniyete aykırılık vakıasını, birbirlerinden ayrı iki bakış açısı olarak görmekle birlikte, birbirine sıkı

³⁹⁸ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası... a.g.e., 2005, sh. 139.

³⁹⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 39.

⁴⁰⁰ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası... a.g.e., 2005, sh. 55. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 95.

sıkıya bağlı bakış açıları olarak gören ve ulusal hukuk düzenlerinde de yayılmaya başlayan bir görüşü izlediği görülmektedir⁴⁰¹.

IV. UNIDROIT İLKELERİNİN UYGULAMADAKİ İŞLEVLERİ

UNIDROIT İlkelerinin hukuki niteliği başlığı altında da belirttiğimiz gibi bu ilkelerinin doğrudan doğruya bağlayıcı gücü bulunmamaktadır. Fakat, uygulamada birçok yönden önemli rol oynayabileceği kabul edilmektedir. İlkelerin en önemli işlevi, Başlangıç kısmında da belirtilmiştir⁴⁰².

A. Unidroit İlkelerinin Ulusal ve Uluslararası Kanunlaştırmalarda Model İşlev Görmesi

UNIDROIT ilkeleri, içerik ve yapısı itibariyle, sözleşmeler hukukunda, genel veya özel hükümler alanında, ulusal veya uluslararası kanunlaştırmalara örnek teşkil edebilir. Söz konusu ilkeler özellikle, hiçbir şekilde yeterli bir sözleşme hukukuna sahip olmayan veya şimdiye kadar sahip olduğu sözleşme hukuku eskimiş olan ve bu nedenle bu alanda yeni bir kanunlaştırma yapmak isteyen ülkelerde yararlı olabilir. Bunun ilk örnekleri de görülmeye başlanmıştır. UNIDROIT ilkeleri, Rusya'nın yeni Medeni Kanunu'nun Genel Hükümler kısmının oluşturulmasında önemli bir rol oynamıştır. Yine bunun gibi, Estonya, Endonezya, Kamboçya, Litvanya, Çin Halk Cumhuriyeti ve Slovenya'nın reform projelerinde de ilkeler büyük ölçüde dikkate alınmaktadır.

Ancak, UNIDROIT ilkelerinin etkisi, hukuklarında kökten bir reform yapmak istemeyen ülkelerde de görülmektedir. Örneğin Amerika Birleşik

⁴⁰¹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 39.

⁴⁰² Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 40.

Devletleri'nde Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu (UCC)'nin 2. md.'sinin değiştirilmesi sırasında UNIDROIT ilkelerinde öngörülen çözümlerin sıkça örnek gösterildiğine rastlanmıştır. Bunun gibi, Alman Borçlar Kanunu'nun yeniden gözden geçirilmesi için kurulan Komisyon'un raporunda UNIDROIT ilkelerinin çözümlerinin gösterildiği iki atıf yer almaktadır⁴⁰³.

B. UNIDROIT İlkelerinin Özel Hukuk Sözleşmelerinde Örnek Olarak Kullanılması

UNIDROIT ilkeleri, uluslararası sözleşmelerin düzenlenmesinde, aralarında sözleşmeyi yapan taraflara örnek olabilir. Taraflar, UNIDROIT ilkelerinde yer alan kavram ve cümleleri kullanmak suretiyle, sözleşmeyi, kendi ulusal hukuk düzenlemelerinden bağımsız, kendileri için ortak kavramları içeren bir tür ortak 3. dil (lingua franca) olarak kabul edebilirler⁴⁰⁴.

UNIDROIT ilkeleri, "kontrol listesi" (check list) olarak işlev görebilir. Böylece taraflar eksik bir hüküm bırakıp bırakmadıklarını kontrol edebilirler. İlkeler, bir yandan taraflara yaptıkları sözleşme tipi ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek hukuki sorunları gösterirken, diğer yandan tarafların münferit olayda içinden seçim yapabilecekleri çözüm önerilerini sunar⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Michael Joachim BONELL; The UNIDROIT Principles in Practice – The Experience of the First Two Years, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pr-exper.html>, sh. 3. (29.08.2008)

Michael Joachim BONELL, "Towards a Legislative Codification of the Unidroit Principles?", <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Bonell.pdf> (29.08.2008) Ayrıca bkz. Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 40.

⁴⁰⁴ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 40.

⁴⁰⁵ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 40.

C. UNIDROIT İlkelerinin Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanması

UNIDROIT ilkelerinin Başlangıç kısmında, ilkelerin, tarafların, yaptıkları sözleşmenin, bu ilkelere tabi olacağını kararlaştırmaları halinde sözleşmeye uygulanacağı belirtilmiştir⁴⁰⁶.

UNIDROIT ilkelerinin, sözleşme taraflarınca açık bir şekilde sözleşmeye uygulanan hukuk olarak seçilmesinin, uygulamada sadece batılı girişimcilerle, doğulu Devletler veya üçüncü Dünya ülkelerinin Devlet organları arasındaki ilişkilerle sınırlı olduğunun düşünülmesi doğru değildir. Yakın bir geçmişte, bir Japon girişimci ile İtalyan girişimci arasındaki bir sözleşme ilişkisinde, her iki tarafın da diğer tarafın hukuku ile bağlı olmayı reddetmesi üzerine, sözleşmeyi UNIDROIT ilkelerine tabi kıldıkları bilinmektedir⁴⁰⁷.

Eskiden hâkim olan düşünceye göre, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme konusundaki özgürlükleri, mevcut ulusal hukuk düzenleri ile sınırlı idi. Günümüzde ise en azından uluslararası tahkim konusu ile ilgili olarak, taraflara, yaptıkları sözleşmeyi, ulusal ya da uluslararası düzenlemelere tâbi kılmak konusunda daha fazla bir özgürlük tanımak gerektiği düşüncesi yaygınlık kazanmaktadır.

Ancak yine de bu konudaki ilk hakem kararlarının da gösterdiği gibi, UNIDROIT ilkelerinin bu konudaki uygulama alanının Devlet'in dahil olduğu sözleşmelerde daha yoğun olduğunu söylemek mümkündür. Bu konuyla ilgili iki ilginç örnek verilebilir:

⁴⁰⁶ Detaylı bilgi için bkz. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 161, bu konuda oluşabilecek sorunlar için bkz. sh. 187.

⁴⁰⁷ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 41.

1. Kuzey Amerikalı bir girişimci ile, Suudi Arabistan'ın bir Devlet dairesi arasında yapılan bir sözleşmede, sözleşmenin İngiliz-Amerikan Hukuku'nun İlkeleri'ne (Anglosaxon principles of law) tâbi olacağı belirtilmiştir.
2. İkinci olayda ise, bir İngiliz girişimci ile İran Devlet dairesi arasında yapılan sözleşmede, sözleşmenin "Doğal Adaletin İlkeleri'ne (principles of natural justice) tâbi olacağı belirtilmiştir. Her iki olayda da hakemler, UNIDROIT ilkelerini uygulamaktan kaçınmamışlardır⁴⁰⁸.

Bundan başka, ilkelerin, tarafların, sözleşmenin, "hukukun genel ilkeleri"ne, "lex mercatoria"ya veya bunlara benzer kurallara tâbi olacağını kararlaştırmaları halinde de uygulanabileceği belirtilmiştir⁴⁰⁹.

D. UNIDROIT İlkelerinin Uygulanması Gereken Hukukun Uygulanmaması Durumunda Yedek Olarak Uygulanması

UNIDROIT İlkeleri, sözleşmenin, kanunlar ihtilaf kuralları uyarınca belli bir hukuk düzenine tabi olması durumunda dahi uygulama alanı bulabilir. Bu husus ilkelerin Başlangıç kısmında şöyle belirtilmiştir: "Uygulanması gereken hukukta uygun bir kural bulunmaması halinde....".

Bundan başka, ilkelerin, uygulanması gereken hukukta olabilecek bir boşluğun doldurulmasında yardımcı bir araç olarak kullanılması gündeme gelebilir. Bu konuda somut örnekler vardır.

⁴⁰⁸ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 41 vd. Aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 120.

⁴⁰⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 40. Bu konuda kapsamlı bilgi için ayrıca bkz. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 204.

Örneğin, Hollanda Yüksek Mahkemesi 22.09.1995 tarihli kararında, Hollanda Medeni Kanunu'nun sözleşmenin feshine ilişkin hükmünü Unidroit İlkeleri md. 7.1.4'te yer alan borçlunun ademi ifanın düzeltilmesi talebi üzerine alacaklının sözleşmeyi feshedemeyeceği kuralına uygun olarak uygulamıştır⁴¹⁰.

Başka bir örnek vermek gerekirse; Grenoble'daki İstinaf Mahkemesi'nin (court d'appel) 24.01.1996 tarihinde karara bağladığı bir olayda, sorumluluktan kurtulma şartının yorumu söz konusu olmuştur. Olayda, Kuzey Amerikalı taşımacılıkla uğraşan bir firma ile Fransız bir yüklenici firmanın yaptıkları bir sözleşmede kararlaştırdıkları bireysel koşullar, taşıyıcı firmanın genel işlem şartlarına aykırıdır. Mahkeme, bireysel olarak kararlaştırılan koşulun öncelik taşıyacağı veya genel işlem şartlarındaki yorum kurallarına başvurulacağını belirterek, uygulanması gereken hukukta açık bir kural olmadığı gerekçesiyle UNIDROIT ilkelerini (md. 2.21 ve md. 4.6 "aleyhe yorum kuralı"⁴¹¹) uygulamıştır. Mahkeme, bu ilkelerin uluslararası ticaret hukukunun ilkeleri olduğunu belirtmiştir⁴¹².

Başka bir kararda, 01.07.1996 tarihli Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi ve Rusya Federasyonu Tahkim Yüksek Mahkemesi'nin ortak kararında Rus Medeni Kanunu'nda yer alan faiz oranının alacaklının ikametgâhındaki banka faiz oranına göre belirleneceği kuralının uluslararası karakterli uyuşmazlıklarda uygulanmayacağına, bunun yerine Unidroit İlkeleri'nin faizlere ilişkin (m. 7.4.9) hükmünün uygulanacağına karar vermiştir⁴¹³.

⁴¹⁰ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 166 ve dipnot 712.

⁴¹¹ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası... a.g.e., 2005, sh. 70.

⁴¹² Michael Joachim BONELL, ZfRV (1996) sh. 157 naklen Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 42. Aynı yazar, a.g.e. 2004, sh. 121. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 166.

⁴¹³ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 166.

Yukarıda bahsettiğimiz kararlar gibi Avusturya Federal Mahkemesi'nin, New South Wales Yüksek Mahkemesi'nin, Polonya Yüksek Mahkemesi'nin, Birleşik Krallık temyiz Mahkemesi'nin de kararları bulunmaktadır.⁴¹⁴

E. UNIDROIT İlkelerinin Uluslararası Yeknesak Hukukun Yorumunda Yardımcı Araç Olarak Kullanılması

UNIDROIT ilkelerinin bir başka işlevi de, halihazırda yapılmış uluslararası anlaşmaların yorumunda yardımcı olmasıdır. İlkelerin bu işlevi, başlangıç kısmının altıncı paragrafında belirtilmiştir⁴¹⁵.

Uluslararası sözleşmeler (convention), çeşitli hukuk kurumlarınca hiç boşluk içermeksizin hazırlanamamakta, ayrıca her sözleşme, çeşitli hukuki, politik ve ekonomik düzenlerden gelen temsilcilerin görüşlerinin uyuşması ile hazırlanmakta ve bu nedenle de üzerinde tam olarak uyuşulamayan konularda boşluklar olabilmektedir. Yeknesak hukuku yaratmaya yönelik anlaşmalardaki boşlukların hukukun genel ilkeleri ile doldurulması hâkim görüştür. Ancak, bu konuda da sorunlar vardır.

Öncelikle hangi ilkelerin, boşlukları doldurulması gereken anlaşma anlamında genel hukuk ilkesi olduğunu saptamak gerekmektedir. İkinci olarak, hangi olaylarda bu ilkenin uygulanacağını saptamak gerekmektedir. Bilindiği üzere, yeknesak hukuku, ulusal hukukun ölçütlerine göre değil, özerk ve uluslararası ilişkilerin özelliğine uygun bir biçimde olabildiğince aynı kurallara göre yorumlama ve tamamlama görüşü yaygınlık kazanmaktadır. Bu yöntemin yeni tarihli anlaşmalarda açıkça hükme bağlandığı da

⁴¹⁴ Diğer kararlar için bkz. Ceyda SÜRAL, a.g.e. sh. 167 vd.

⁴¹⁵ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 42.

görülmektedir. Viyana Satım Sözleşmesi'nin 7. maddesi bunun en açık örneğidir⁴¹⁶.

Bugüne kadar hâkimler ve hakemler, özerk ilkeleri ve ölçütleri, her münferit olayda kendi karşılaştırmalı hukuk çalışmaları ile bulmaktaydılar. UNIDROIT ilkelerinin bu konuda hâkim ve hakemlere kolaylık sağladığı kabul edilmektedir⁴¹⁷.

V. UNIDROIT İLKELERİNİN LEX MERCATORIA KURAMI İLE İLİŞKİSİ

A. Lex Mercatoria ile Özel Bağlantı Noktası: “BAŞLANGIÇ” Kısmı

UNIDROIT İlkelerinin özerk bir Dünya ticaret hukuku kuramı ile ilişkisi hakkında ilk bağlantı noktası, Başlangıç bölümünde belirtilmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Başlangıç bölümünde, ilkelerin işlevleri sayılmış, özellikle, tarafların, yaptıkları sözleşmeyi, “hukukun genel ilkeleri”ne ya da “lex mercatoria”ya tâbi kılmaları durumunda sözleşmeye, ilkelerin uygulanacağı belirtilmiştir. Tarafların bu belirlemeleri UNIDROIT ilkelerinin hukuki niteliğini tanımlamaya yeterli değildir. Milletlerarası özel hukuk açısından bakıldığında, tarafların bu belirlemeleri, hem kanunlar ihtilafı bakımından, hem de maddi hukuk bakımından bir atıf sayılabilir. Kanunlar ihtilafı açısından atıf sayılması durumunda, yabancı bir hukuk düzeni ile sübjektif bir bağlantı söz konusu iken, maddi hukuk açısından atıf olarak kabul edilmesi durumunda, kuralların, genel işlem şartları veya bireysel olarak kararlaştırılmış sözleşme şartları

⁴¹⁶ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 42 vd. Aynı yazar a.g.e., 2004, sh. 123 vd. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 31. Yazarın da değindiği gibi md. 7/I uyarınca, Sözleşme'nin yorumunda, Sözleşme'nin uluslararası niteliği, yeknesak bir uygulamanın başarılmaması ve uluslararası ticarete iyiniyet esasının gözetilmesi gereği dikkate alınmalıdır. Md. 7/II uyarınca, Sözleşme ile düzenlenen konulara ilişkin olan fakat Sözleşme'de açıkça düzenlenmeyen konular, Sözleşme'nin ilham aldığı genel hükümler ve bunların yokluğunda kanunlar ihtilafı kurallarına göre saptanacak uygulanacak hukuka göre düzenlenir.

⁴¹⁷ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 43.

olarak, sözleşmenin bir parçası haline getirilmesi söz konusudur. Ancak bu seçimle uygulanması gereken hukuk bertaraf edilmemektedir. UNIDROIT İlkelerinde md. 1.4.'de⁴¹⁸, ister ulusal, ister uluslararası, ister uluslararası nitelikte olsun, zorlayıcı kuralların önceliğinin olduğu belirtilmiştir. Teoride, ulusal hukuklardan bağımsız bir hale getirilmiş, uluslararası bir kavram olan kamu düzeni (ordre public)'in, Dünya ticaret hukukunun ahlaki ve geleneksel temeli olduğu kabul edilmekle birlikte, ilkelerin hukukî niteliğine ilişkin soru yanıtsız kalmaktadır. Bu anlamda UNIDROIT İlkeleri de, lex mercatoria ile aynı çizgide kalmaktadır. Zira, lex mercatoria'dan da, bir "sistem" ya da özerk bir "hukuk düzeni" olarak söz edilmemekte, kişilerin üzerinde anlaşma halinde olduğu bir "kurallar topluluğu"ndan söz edilmektedir⁴¹⁹.

B. Genel Bakış Açıları

1. UNIDROIT Çalışma Grubunun Metodu (Karşılaştırmalı Hukukta İşlevsel Denklik İlkesi)

İlkeler belirlenirken çalışma metodu olarak, ilkelerin hukuku şekillendirmesi değil, belirlemesi amacı hedef alınmıştır. Dolayısıyla İlkelerin bütün ülkelerin hukuk sistemleri olmasa da çoğu hukuk sisteminin temel yapıtaşlarını içerdiği belirtilmektedir⁴²⁰.

UNIDROIT çalışma grubunun kuralları oluştururken seçtiği metod, karşılaştırmalı hukukta işlevsel denklik metodudur. Bu metoda göre, birbiriyle karşılaştırılma imkânı olmayan kurumların karşılaştırılması mümkün değildir. Sadece, aynı ödevi gören, aynı işlevi yerine getiren kurumlar birbirleriyle

⁴¹⁸ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası... a.g.e., 2005, sh. 7.

⁴¹⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 43 vd. Aynı yazar, a.g.e. 2004, sh. 124.

⁴²⁰ Jürgen BASEDOW, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and German Law, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/basedow.html (19.11.2004), sh. 1., naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 151.

karşılaştırılabilir. Bu açıklama ilk anda son derece olağan gibi görünebilir. Ancak bu konuda edinilen bir takım deneyimler, bu hususun bir metod olarak belirlenmesi gereğini gündeme getirmiştir. Sadece karşılaştırılabilir olanların karşılaştırılacağı ilkesi, her şeyden önce, her toplumun hukukunda aynı sorunlara rastlanması, toplumların sonuçta aynı çözüme ulaşırsalar bile, bu sorunu farklı yollardan giderek çözdüklerinin belirlenmesinden sonra kabul edilmiştir. Bundan dolayı, her karşılaştırmalı hukuk çalışmasının çıkış noktasında, sadece kurumların işlevleri dikkate alınmalı, araştırılan sorun, araştırmacının ulusal hukuk düzenindeki kavramlardan bağımsız olarak ele alınmalıdır. Bu metotta, karşılaştırmalı hukuk araştırmasına konu olacak somut bir vakıanın, birbiri ile karşılaştırılan hukuk düzenlerindeki çözümleri incelenmekte ve bu çözümler dogmalardan kurtarılarak, hukukî çözümlerdeki ortak noktalar incelenmekte ve bu vakıa olabildiğince ortak bir ad altında toplanmaktadır. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse; sözleşme görüşmelerinin, güven ilkesine aykırı bir biçimde kesilmesinden doğan sorumluluğun çeşitli hukuk sistemlerinde nasıl değerlendirildiğine bakmak gerekir. Bu sorumluluk, Alman hukukunda sözleşme öncesinde kanun gereği kurulan ilişkiden, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*)’dan çıkarılır. Fransız hukukunda ise, sözleşmeden bir sorumluluk doğması için, her zaman taraflar arasında bir anlaşma aranır. Bu nedenle, Fransız hukukunda, bu durumlarda, menfi zarardan ötürü sorumluluk, haksız fiili düzenleyen genel hüküm, madde 1382’den çıkartılır. İlk bakışta farklı gibi görünen, iki dogmatik-teknik nitelendirmenin arkasında aynı düzenleme amacı yatmaktadır⁴²¹.

Uluslararası özerk bir ticaret hukukunun metodolojik bir temele dayanması son derece büyük bir anlam taşımaktadır. *Lex mercatoria* teorisinin herhangi bir metodolojik temele dayanmaması, meşruiyeti konusunda birtakım şüpheler yaratmış, *lex mercatoria*’nın uygulanmasını

⁴²¹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 44 vd. Aynı yazar a.g.e. 2004, sh. 124.

bazen şüpheli bazen de imkânsız hale getirmiştir. OĞUZ'a göre, *lex mercatoria*'ya karşı ileri sürülen bu itiraz son derecede yerindedir. Zira yazara göre bu metod, bütün alanlarda hukukun yaratılmasının ve belirginleşmesinin olmazsa olmaz (*conditio sine qua non*) koşuludur⁴²².

Özerk bir Dünya ticaret hukukunun savunucuları da bu hukuk sisteminin içeriğinin karşılaştırmalı hukukta kullanılan işlevsel denklik metodu ile elde edilebileceğini ileri sürmektedirler. Bu hukukçular, çalışmalarında, ulusal hukuk düzenlerinde birbiri ile kıyaslanabilecek hukuki normlarını, bunları düzenleyen kuralların arkasında yer alan düzenleme amaçlarını ve ilgili hukuk düzeninde bu kuralların ortaya çıkmasını sağlayan sosyo-ekonomik değerleri incelemektedirler. Bu çalışmanın sonucunda, teleolojik veya yapısal olarak ortak noktalara ulaştıklarında ise, söz konusu hukukî sorunun temelinde yatan ve hukuk düzeni tarafından tanınmış olan hayata ilişkin tipik vakıya ve böylece, uluslararası bir hukukî sistem için gereken, özerk (otonom) olarak geçerli genel hukuk ilkesine ulaşılır⁴²³.

İşlevsel denklik ilkesi, bu sonuca ulaşabilmek için, hem karşılaştırılacak hukuk düzenlerinin seçimi, hem karşılaştırılacak hukuk alanlarının ve hukuk kurumlarının seçimi açısından büyük önem taşıyan “aşamalı karşılaştırma” yöntemini belirlemiştir⁴²⁴.

UNIDROIT çalışma grubu, karşılaştırılacak kanunları seçerken, sadece Kıta Avrupası, Anglo-Sakson Hukuku (*common law*) gibi klasik hukuk düzenlerini değil, çeşitli hukuk kültürlerinin özel bir takım etnolojik ve kültürel etkilerde bulunduğu melez hukuk düzenlerini de dikkate almıştır. Burada

⁴²² Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 45.

⁴²³ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 45.

⁴²⁴ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 45 vd.

özellikle, Kıta Avrupası tarafından etkilenen Cezayir⁴²⁵ ve Mısır Medenî Kanunları, Roma-Hollanda ve Anglo-Sakson (common law) hukuklarından etkilenen Güney Afrika Medeni Kanunu, İslam⁴²⁶, Buda, Hindu, Roma-Hollanda ve Anglo-Sakson Hukuku'ndan c(ommon law) etkilenen Sri Lanka Medenî Kanunu, Fransız, İspanyol ve Anglo-Sakson (common law) hukuklarından etkilenen ABD eyaleti Louisiana'nın Medenî Kanunu⁴²⁷ ve Fransız ve Anglo-Sakson Hukuku (common law etkisi) altında 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren Quebec Medeni Kanunu örnek olarak sayılabilir. Bundan başka UNIDROIT çalışma grubu, uluslararası ticaret hukuku alanında özel kanunları ve komünist Devletlerin hukuklarını da dikkate almıştır. Örneğin, 1963 tarihli uluslararası ticaretten doğan hukuki ilişkiler hakkında Çekoslovakya Kanunu⁴²⁸, eski Doğu Almanya'nın 1976 tarihli Uluslararası Ekonomik Sözleşmeler Hakkındaki Kanun'u ve 1985 tarihli Dış Ticaret Sözleşmeleri Kanunu karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının önemli kaynakları olarak ele alınmıştır. Bu Kanunların da dikkate alınmasının nedeni, onların Dünya piyasasında hukukî rekabete elverişli bir biçimde hazırlanmış olmalarıdır. Çekoslovakya Kanunu, hemen bütün sözleşme tipleri ile ve uluslararası sözleşme hukukunun Borçlar Hukuku'na ilişkin düzenlenme sorunları ile ilgili 700'den fazla paragrafa sahip olup sözleşme özgürlüğü (§§ 5, 722 1) ve kendi içinde ilerleme (§723) gibi temel ilkelere dayanmaktaydı. Bundan başka söz konusu Kanun'da, bu Kanun'un eski Çekoslovakya'daki ulusal Medeni Kanun karşısındaki özel durumu da belirtilmişti. Ayrıca Kanun, çok geniş kapsamlı bir şekilde karşılaştırmalı hukukta işlevsel denklik ilkesine göre yapılan çalışmalar sonucunda meydana getirilmiş, bu çalışma yapılırken sadece komünist ülke Kanunları değil,

⁴²⁵ Cezayir Medeni Kanunu'nun Arapça ve Fransızca olarak son hali için bkz. Code Civil, Texte intégral du code mis à jour au 13 mai 2007, annotations et jurisprudence en arabe, Berti Editions, Edition 2007-2008, Alger 2007.

⁴²⁶ Büyük hukuk sistemlerinden biri olarak İslam Hukuku açısından bkz. Mostépha TRARI TANI, William PISSOORT, Patrick SAERENS, a.g.e., sh. 39.

⁴²⁷ René DAVID, "Le Droit Comparé.." a.g.e., sh. 299.

⁴²⁸ René DAVID, "Le Droit Comparé.." a.g.e., sh. 314. Yazar, 1963 yılında yayımlanan Sosyalist Çekoslovakya'nın Uluslararası Ticaret Kanunu'nun ekonomik kanundan farkına dikkat çekmektedir.

kapitalist hukukî düşünce biçimini yansıtan, Lahey Satım Sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu, İtalyan ve Yunanistan Medenî Kanunları ve Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu (UCC) dikkate alınmıştır. Çekoslovakya Kanunu, bütün bu Kanunlarda yer alan düşünceleri mekanik olarak değil, uluslararası ticaretin hukukî problemlerini çözebilecek bir şekilde, kendi içinde tutarlı bir hukuk düzeninin yaratılmasını mümkün kılacak biçimde almıştır. Kanun, bu niteliğinden ötürü, eski Doğu Alman Cumhuriyeti Medeni Kanunu'nda da örnek oluşturmuştur⁴²⁹.

Karşılaştırılacak hukuk düzenlerinin seçimindeki başarıyı, karşılaştırmak üzere seçilen alanda da görmekteyiz: “Uluslararası Sözleşmeler Hukuku”.

Bilindiği gibi, Ortaçağ'ın başlarından 18. yüzyılın sonlarına kadar, İngiltere istisna olmak üzere Roma-Kilise hukuku orta ve batı Avrupa'da hukukun temelini oluşturmaktaydı. Bu hukukun Ortaçağ'dan beri “ratio scripta” olarak görülmesi ve uzun zaman bütün üniversitelerde hukuk olarak okutulması geçerlilik nedenini oluşturuyordu. Roma Hukuku metinlerinin yorumlanması ve kullanılması ortak bir hukuk temeli yarattı ve bu temel üzerinde Avrupa hukuk bilimi oluşturuldu.

Avrupa hukuk bilimi, hukuk uygulaması üzerinde etkili oldu ve bu uygulama bütün Avrupa Devletlerinde geçerli hale geldi. Özellikle Corpus Iuris Civilis⁴³⁰'in birçok olayı çözüme kavuşturmuş olan kazuistik metinleri genel gerekçeler olarak kullanıldılar. Bu şekilde Klasik Dönem'e ait metinlerin daha sonraki dönemlerde gelişen ve karmaşık bir hal alan hukuki ilişkilere de uygulanabilmeleri mümkün hale geldi. Bununla birlikte ortak hukukun (ius commune) hiçbir yerde doğrudan doğruya yürürlükte olmadığını, geçerliliğinin

⁴²⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 46. René DAVID, “Le Droit Comparé..”, a.g.e., sh. 314.

⁴³⁰ Corpus Ius Civilis hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Özcan KARADENİZ ÇELEBİCAN, a.g.e., sh. 64.

ikincil nitelikte olduğunu belirtmek gerekir. Her yerde örf ve âdet hukuku ve Devletlerin kendi koydukları kurallar öncelik taşımaktaydı. Ancak, bunlar ortak hukuk bilimi çerçevesinde yorumlandılar ve ortak hukuk bilimi içinde eritildiler.

Bölgesel hukukların olması gerçeği, ortak bir hukuk biliminin doğmasına engel olmadı. Üstelik bu sistem Almanya'da Pandekt hukuku⁴³¹ adı altında 19. yüzyılda da geçerliliğini sürdürdü. Bu gelişme, ayrıntılardaki bütün farklılıklara rağmen, birçok ortak genel hukuk kuralı ve örnek kararlar doğmasına yol açmıştır. Bunun da ötesinde, uluslararası ticari teamüller, hem 19. yüzyıl Avrupa kanunlaştırma hareketlerini (codification), hem Anglo-Amerikan hukukunu (common law) etkilemiştir. Öyle ki, hâkimler kararlarını bu ortaklığı vurgulayarak gerekçelendirmişlerdir. Tacirlerin hukuku belli bir ülkenin değil, bütün ulusların hukukudur. Bir karşılaştırmalı hukuk çalışması için gereken temel koşul varsayımsal benzerlik (praesumptio similitudinis) bu alanda öncelikle gerçekleşmiştir⁴³².

Karşılaştırmalı hukuk metodu, ya karşılaştırılan hukuk düzenlerinin ortak temellerini bulmaya ya da herhangi bir hukukî problemin çeşitli hukuk düzenlerinde ele alınış biçiminin karşılaştırılmasıyla daha iyi bir çözüme ulaşılmasına yönelik olabilir. UNIDROIT İlkeleri karşılaştırmalı hukuk metodunun her iki yönünü de içinde barındırmaktadır. İlkeler, belli bir hukukî sorunun çözümü için, münferit hukuk düzenlerinde belli bir alanı inceleyerek ortak noktaları tesbit etmiş, bu yolla uluslararası ticarete en uygun çözüme ulaşmaya çalışmıştır. Bu durum özellikle işlem temelinin çökmesinde (hardship) ve mücbir sebep (vis major) kavramlarında kendisini göstermektedir⁴³³.

⁴³¹ Özcan KARADENİZ ÇELEBİCAN, a.g.e., sh. 33.

⁴³² Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 47.

⁴³³ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 47 vd.

UNIDROIT İlkelerinde karşılaştırmalı hukukta işlevsel denklik ilkesinin kullanılması olgusuna, medeni hukukun iyiniyet gibi klasik konularında da rastlanılmaktadır. Kıta Avrupası Hukukunda ve Amerikan hukukunda bu ilke kabul görmektedir. Fakat, İngiliz Hukuku'nda bu ilkeye gerek duyulmadığı halde Ancak UNIDROIT İlkelerinin işlevsel denklik ilkesi açısından bakılarak iyiniyet ilkesini genel bir hukuk ilkesi olarak tanıması haklı görülebilir. Bu ilke, zaten Viyana Satım Sözleşmesi'nin 7. maddesinde de ifade edilmiştir⁴³⁴.

Genel anlayışına rağmen, İngiliz mahkemelerinin de münferit olaylarda sözleşmenin yorumlanması çerçevesinde bu tür temel ilkeleri tanıdığı görülmektedir. Bundan başka iyi niyet ilkesinin, Anglo-Sakson Hukuk (common law) sisteminde de birçok hukuk kurumuna temel oluşturduğu görülmektedir. Örneğin, “promissory estoppel⁴³⁵” veya “estoppel in pais⁴³⁶”. UNIDROIT İlkeleri, 1.7. maddesinde⁴³⁷ uluslararası ticarete dürüst davranış (fair dealing in international trade) düşüncesine yer vermekle, iyi niyet ilkesini genel olarak tanımıştır. Bununla, sözleşme taraflarının davranışlarının sadece kendi ikili ya da çok taraflı hukuki ilişkilerine göre değil, bunun da ötesinde, ticarî ilişkilerde dürüstlük anlamında tacirlerin objektif davranış ölçütlerine göre ölçülmesi gerektiği belirtilmektedir.

Davranış biçimlerinin bu şekilde objektifleştirilmesi, sadece, tacirlerin söz konusu olduğu durumlarda iyiniyetin fiilen ve ticarete dürüst davranışın ticari standartların gözetilmesindeki iyiniyet olduğunu hükme bağlayan Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu (UCC) § 2-103 ya değil, iyiniyetin sürekli dürüstlük, nezaket ve akılcılık anlamında kullanıldığı İngiliz hukuk uygulamasına da uygundur. Her halukarda UNIDROIT İlkelerinin 1.7. maddesinin içerdiği “iyi niyet ve dürüst davranış (good faith and fair dealing)

⁴³⁴ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 31.

⁴³⁵ Estoppel; dava engeli anlamına gelmektedir.

⁴³⁶ Estoppel by matter in pais ise belirli bir hareket tarzı sonucunda zımnen mevcut sayılan fiili veya hukuki durumun sonradan inkâr edilememesi anlamına gelmektedir.

⁴³⁷ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası... a.g.e., 2005, sh. 9.

temel ilkesi, ulusal hukuklardan bağımsız, “uluslararası” hale getirilmiş ve aynı zamanda ticaret hukukunun özelliklerine uydurulmuş davranış biçimleri olarak anlaşılmalıdır⁴³⁸.

2. Bir Hukuk Sisteminin Yapı Taşları: Genel Hukuk İlkeleri ile Hukuk Kurallarının Bir Araya Getirilmesi

UNIDROIT İlkelerinin yeni bir lex mercatoria oluşturup oluşturmadığı hususunun sonuca bağlanması için ikinci dayanak noktası ilkelerin, hukukun genel ilkelerinin ve hukuk kurallarının sistematik bir düzenlenmesini oluşturup oluşturmadığıdır. Genel hukuk ilkeleri ve hukuk kuralları arasında yapılan ayırım, bugün bütün hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçasıdır. Hukukun kaynakları teorisi açısından, bütün bu kavramlar “norm” üst kavramının altında yer alırlar. UNIDROIT İlkeleri norm olarak düzenlenmemiş, Amerikan Derlemeleri (restatements) gibi, gerektiği yerlerde uygulanabilecek bir biçimde norm gibi yazılmıştır⁴³⁹.

Bir hukuk kuralının belli bir uygulama alanı vardır ve belli koşullar gerçekleştiğinde az ya da çok belli olan bu alanda uygulanır. Ancak genel hukuk ilkeleri, belirsiz bir alanda uygulanmak üzere daha az kesin bir biçimde ifade edilmiştir. UNIDROIT İlkelerinin ise hukuk kuralı ile genel hukuk ilkeleri arasındaki bu diyalektiği uyguladığı görülmektedir. Diğer maddelerin yanı sıra bu bağlamda, sözleşmenin kurulması ile ilgili md. 2.1.1 vd., ödeme türü ve biçimi ile ilgili md. 6.1.7 vd. ve md. 6.1.9, ifa masraflarını kimin karşılayacağı ile ilgili md. 6.1.11, ademi ifa defisinin düzenlendiği md. 7.1.3, ödeme talebinin ileri sürülmesi ile ilgili md. 7.2.1, ademi ifa durumunda tazminatı konu edinen md. 7.4.1, fark teorisine göre tazminatın hesaplanmasını konu

⁴³⁸ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 48 vd.

⁴³⁹ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 49. Aynı yazar sh. 129.

edinen md. 7.4.6 ve faizden doğan zararlarda tazminatı konu alan md. 7.4.9⁴⁴⁰ örnek gösterilebilir.

UNIDROIT İlkeleri, sözleşmenin kurulması konusunda, klasik icap, kabul teorileri ile, sözleşmenin ifası konusunda da ikincil nitelikteki taleplerle sınırlı kalmamış, daha çok 2. bölümden 7. bölüme kadar, genel şartlar biçiminde bir dizi genel hukuk ilkeleri yaratmış, bunu yaparken de hukukun genel ilkeleri ile hukuk kuralları arasında oluşturulmak istenen dengede bir ipucu vermeyi mümkün kılmaya çalışmıştır. Bu, sözleşmeler hukuku alanında hukuk yaratılmasının, ahde vefa ilkesi (pacta sunt servanda) ile genel hakkaniyet ilkesi arasında gidip gelmesi deneyimine uygundur.

Hukukun genel ilkeleri, boşlukların doldurulması işlevini büyük ölçüde görmektedir. Ulusal hukuk düzenlerinde, hukukun genel ilkelerine çok sık başvurulduğu görülmektedir. Bu da her hukuk sisteminin, dolayısıyla kuramsal olarak bir temele oturtulması gereken uluslararası ticaret hukukunun da bu alanda boşluklar içerdiği kabul edilmelidir.

Hemen her konuyu tam olarak düzenleme iddiasında olan Prusya Medeni Kanunu (ALR) § 49'da hukukun genel ilkelerine atıfta bulunmuştur. BGB'nin ilk tasarısının 1. paragrafında da, uygulanacak bir kuralın bulunmaması durumunda, hukukun ruhundan doğan genel ilkelerin uygulanabileceği belirtilmiştir.

İsviçre / Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrası da, hâkimin kendisini kanun koyucu yerine koyarak kural koyabileceğini belirtmiştir.

Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)'nin 7. paragrafında, İtalyan Medeni Kanunu (Codice Civile)'nin 12 II 2. maddesinde, İspanyol Medeni

⁴⁴⁰ Unidroit İlkeleri'nde yer alan belirttiğimiz maddeler için bkz. Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası..., a.g.e., 2005, sh. 135.

Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında, Mısır Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında bu yönde kurallar yer almaktadır. Fransız Medeni Kanunu'nun 4. maddesine göre, hâkim, kanunun münferit olaya uygulanacak bir kural içermediği gerekçesiyle karar vermekten kaçınırsa sorumlu tutulur.

UNIDROIT İlkeleri'nin 1.6./f.2⁴⁴¹ maddesinde de, ilkelerin uygulama alanı içerisinde bulunan bir hukukî sorunun çözümü, ilkelerde açıkça yer almıyorsa, sorunun, UNIDROT İlkelerine temel teşkil eden genel hukuk ilkeleri ile olabildiğince uyumlu bir şekilde çözüme kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir. Bu genel hukuk ilkeleri ya açık bir biçimde ilgili maddede yer alır (iyi niyet ilkesi vs.); ya da özel kuralın özerk bir biçimde yorumlanması yoluyla elde edilmelidir. Bu şekilde uluslararası alanda sisteme bağlı yeknesak bir yorum düşüncesi ve buna bağlı olarak ulusal hukuk düzenlerindeki hükümlerin uygulanmasından kaçınılması uluslararası yeknesak hukukun izlediği en başta gelen yollardan birisidir. Lahey Satım Sözleşmesi'nin 17. maddesinde ve Viyana Satım Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 2. fıkrasında da bu husus belirtilmiştir⁴⁴². Bu maddeler, yine ulusal hukuk düzenlerinde aynı konuya tekabül eden hukuk kurallarına dayanılarak formüle edilmiştir. UNIDROIT'nin resmi şerhinde de buna uygun olarak, boşlukların, ulusal hukuk düzenlerine başvurulmadan önce, kuralların sistematigi içerisinde doldurulması gerektiği belirtilmiştir. Böylece, UNIDROIT İlkeleri ile yaratılan sistemin açıklığı ve bu sistemin içerisinde yer alan hukukun genel ilkelerinin uygulanırlığı tanınmıştır⁴⁴³.

İlk kez hukukun genel ilkelerinin kullanılması ile yaratılan bir sistem, gerçekçi bir karşılaştırmalı hukuk temeli olarak ortaya çıkmaktadır. Lex mercatoria'ya bakıldığında ise, bunun, uluslararası tahkimde hakemlerin, hukuki düşünceleri, kurumları ve değerleri eleştirel bir biçimde analiz

⁴⁴¹ Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası... a.g.e., 2005, sh. 8.

⁴⁴² Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 31.

⁴⁴³ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 49 vd.

etmeleri, benimseyip uygulamaları, değiştirerek uygulamaları veya reddetmeleri ile gerçekleşmekte olduğu görülmektedir. Bu uygulama, aşamalı bir biçimde münferit genel ilkelerin ve ilkeleri karakterize eden kavramların onaylanması sonucunu doğurmakla beraber, UNIDROIT İlkelerindeki kuralların ve genel ilkelerin özerk bir Dünya ticaret hukukunun ayrılmaz bir parçası haline gelmesini de sağlamaktadır⁴⁴⁴.

VI. UNIDROIT İLKELERİNİN BENZER ULUSLARARASI KURALLARDAN FARKLILIĞI

Yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, UNIDROIT İlkeleri hazırlanırken birçok ulusal ve uluslararası kaynaktan yararlanılmış ve sonuçta uluslararası ticari sözleşmelerin genel ilkelerinin belirlenmesine çalışılmıştır. Bu çabanın başarılı olduğu, İlkelerin gördüğü ilgiden ve uluslararası tahkim davaları yanında ulusal mahkemelerin dahi, söz konusu İlkeleri bir referans noktası olarak kullanmasından anlaşılmaktadır⁴⁴⁵.

Yukarıda da açıkladığımız gibi her ne kadar İlkeler yoğun ilgi görmüş olsa da, özellikle uluslararası hukuka yabancı kişiler tarafından bazı uluslararası metinlerle karıştırılabilmektedir⁴⁴⁶. Bu metinler Viyana Satım Sözleşmesi ile Avr. Sözl. H.'nin ilkeleridir (The Principles of European Contract Law)⁴⁴⁷. Bu nedenle çalışmamızda genel çerçevesiyle sözkonusu düzenlemelerin farklarını aşağıda ortaya koymaya çalışacağız. Öğretide ise yaygın bir şekilde her üç düzenleme açısından düzenledikleri hukuki

⁴⁴⁴ Arzu OĞUZ, a.g.m. 2001, sh. 51.

⁴⁴⁵ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 152.

⁴⁴⁶ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 152.

⁴⁴⁷ Viyana Satım Sözleşmesi md. 85 - 88 ile Avr. Sözl. H. İlkelerinin ilgili düzenlemeleri açısından bkz. Francesco G. MAZOTTA, Preservation of the Goods: Comparison of Articles 85-88 CISG and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law, May 2004, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mazotta1.html> (31.08.2008).

kavramlara göre yapılan detaylı karşılaştırmalı çalışmalar mevcut bulunmaktadır⁴⁴⁸.

A. Viyana Satım Sözleşmesi ve UNIDROIT İlkelerinin Karşılaştırılması

1. Hazırlık Aşaması

Viyana Satım Sözleşmesi düzenlemesi 1980 yılında yaklaşık 50 yıllık bir çalışmanın sonucunda kabul edilmiştir. Bu sözleşme, devletlerin her birinin teker teker onaylayıp, kendi hukuk sistemlerine aktarması gereken kurallar bütünü olarak görülmüştür. Zira, o yıllarda hukukun birleştirilmesi denince, devletlerin kendi hukuk sistemlerine dahil edecekleri kurallardan başka bir seçenek akla gelmemekteydi⁴⁴⁹.

Malların uluslararası satımına ilişkin ilk taslak metinler 1935 ve 1939 yıllarında hazırlanmış, ancak İkinci Dünya Savaşı'nın patlak vermesiyle bu çalışmalara ara verilmiştir. Nihayet, 1964 yılında Hague'da toplanan bir diplomatik konferans sonucunda Malların Satımına İlişkin Yeknesak Kanun (Uniform Law on the International Sale of Goods, ULIS)⁴⁵⁰ ve Uluslararası Malların Satımına İlişkin Sözleşmelerin Oluşumu Konusunda Yeknesak Kanun (Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale

⁴⁴⁸ Detaylı karşılaştırmalar için Bkz. Camilla Baasch ANDERSEN, Comparative Analysis Selected Notice Requirements under CISG, PECL and UNIDROIT Principles CISG Arts. 39 & 26; Principles Arts. 1,9, 3,14, 7,3,2; PECL Arts 1,303, 3,304, 4,112, 9,303, 13,104, November 2004, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen2.html> (31.08.2008). Friedrich BLASE and Philipp HÖTTLER, Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC), December 2004, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/blase3.html> (31.08.2008)

⁴⁴⁹ Michael Joachim BONELL, CISG-Alternatives or Complementary Instruments, sh. 26-27, naklen Sülün GÜÇER, a.g.m, sh. 152 vd.

⁴⁵⁰ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html> (01.07.2009)

of Goods, ULF)⁴⁵¹ yürürlüğe girmiştir⁴⁵². Ne var ki, her iki Kanun da başarılı sonuçlar verememiştir (bu anlaşmaları yedisi Batılı ülkelerden olmak üzere sadece dokuz ülke hukuk sistemlerine geçirmiştir)⁴⁵³.

Bu nedenlerle yeni kurulan UNCITRAL⁴⁵⁴ bu konuda bağlayıcı bir anlaşma hazırlamayı görev edinmiştir. Zira, uluslararası ticaret artık sadece Batılı zengin ülkelerin arasındaki ilişkilerden değil, sosyalist ülkeler ve üçüncü dünya ülkeleri de dahil olmak üzere, tüm dünya ülkelerinin birbirleri arasındaki ticari ilişkilerden oluşmaktadır. Bu nedenle tüm ülkelerin ortaklaşa kabul edebileceği bir anlaşmanın hazırlanmasının zorunlu olduğu düşünülmüştür⁴⁵⁵.

Bu çerçevede üye devletlerin temsilcilerinin katılımı ile uluslararası düzeyde bir satış anlaşması hazırlanmıştır. Ancak özellikle o dönemde devletlerin arasındaki ekonomik ve siyasal farklılıkların daha da fazla olması nedeniyle, bazı konularda görüş birliği sağlanamamıştır. Bu nedenle Viyana Satım Sözleşmesi bazı konularda boşluklar, bazı konularda ise, genellikle yüzeysel ve değişik anlamlara çekilebilecek hükümler içermektedir⁴⁵⁶.

İşte Viyana Satım Sözleşmesi'nin yukarıda belirtilen bu eksiklikleri ve karmaşıklığı, UNIDROIT'ı ticari sözleşmelerin genel ilkelerini belirleme görevine itmiştir. Bu çerçevede UNIDROIT, Viyana Satım Sözleşmesi'nin gelebileceği en ileri noktaya gelmiş olduğunu da dikkate alarak, tüm devletlerde ortak olacak bir ticaret kanununun hazırlanması amacını bir kenara bırakmış ve ulusal hukukları birleştirme amacı olmayan, sadece mevcut uluslararası sözleşme hukukunun ilkelerini tespit eden bir metin

⁴⁵¹ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulf.html> (01.07.2009)

⁴⁵² Michael Joachim BONELL, CISG-Alternatives... a.g.m., sh. 27, naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 153.

⁴⁵³ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 153.

⁴⁵⁴ <http://www.uncitral.org>

⁴⁵⁵ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 153.

⁴⁵⁶ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 153., Michael Joachim BONELL, CISG-Alternatives... a.g.m., sh. 27.

hazırlanması konusunda görüş birliğine varmıştır. Bu nedenle hazırlanacak metin için tüm ulusal hukukların dikkate alınması gerekmediği gibi, metin üzerinde her ulusal hukukun eşit ilkesinin bulunması hususu da aranmamıştır⁴⁵⁷

2. İçeriklerinin Karşılaştırılması

UNIDROIT İlkeleri hazırlanırken, dünyada geniş kabul görüş olan Viyana Satım Sözleşmesi⁴⁵⁸ hükümlerinden yararlanılmaması düşünülemezdi⁴⁵⁹. Bu nedenle her iki düzenlemede de yer alan bazı hükümler son derece benzersizdir⁴⁶⁰.

Ancak her iki düzenlemede de belirgin farklılık gösteren hükümlere örnek verilmek gerekirse, UNIDROIT İlkeleri tarafların iyi niyetinin sözleşme görüşmeleri de dahil olmak üzere tüm sözleşme süresince bulunması gerektiğini ifade ederken (md. 1.7), Viyana Satım Sözleşmesi iyiniyetin sadece Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında geçerli olacağını ifade etmektedir.

Ayrıca tarafların makul olmayan ticari âdetlerle bağlayıcı olmayacakları hususu (md. 1.8 / f.2) UNIDROIT İlkelerinde yer almakla birlikte, Viyana Satım Sözleşmesi'nde bulunmamaktadır.

⁴⁵⁷ Michael Joachim BONELL, CISG-Alternatives... a.g.m., sh. 28. naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 153 vd.

⁴⁵⁸ Viyana Satım Sözleşmesi, Jelena VILUS, Views of commentators on references to reasonableness in the CISG, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html#overv> (2005).

⁴⁵⁹ Michael Joachim BONELL, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2. Edition, Rome 1997, sh. 65, naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 154 vd. Michael Joachim BONELL, "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and The Harmonisation of International Sales Law", <http://www.themis.umontreal.ca/pdf/rjvol36num2/bonell.pdf> (29.08.2008)

⁴⁶⁰ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 154.

Bir diğer farklılık ise, UNIDROIT İlkeleri uyarınca bir tebligatın veya bildirimin hüküm doğurabilmesi için karşı tarafa varması gerekirken (md. 1.9), Viyana Satım Sözleşmesi kuralları uyarınca yapılan bildirimin karşı tarafa ulaşmaması, gecikmesi veya bildirimde bir hata yapılmış olması gönderenin bu bildirime dayanmasını engellememektedir⁴⁶¹.

Tüm bu farklılıklara rağmen, UNIDROIT İlkeleri bağlayıcı bir metin olarak düşünülmediğinden, Viyana Satım Sözleşmesi hükümlerinden daha anlaşılır bir metindir⁴⁶². İlkelerin bağlayıcı niteliği bulunmadığından, İlkelerin içine Viyana Satım Sözleşmesi kurallarına eklenemeyen hükümler ilave edilebilmiştir⁴⁶³. Diğer taraftan, UNIDROIT İlkelerine Viyana Satım Sözleşmesi hükümlerine eklenemeyen hükümlerin eklenebilmesinin bir diğer nedeni de, Viyana Satım Sözleşmesi'nin sadece satım sözleşmelerine ilişkin olması, fakat İlkelerin, tüm sözleşme tiplerini (tüketici sözleşmelerin dışında) kapsar nitelikte olmasıdır⁴⁶⁴.

3. Her İki Düzenlemenin de Birlikte Yürürlükte Olması

UNIDROIT İlkelerinin kapsamının geniş olması, Viyana Satım Sözleşmesi düzenlemesinin ise sadece satış sözleşmesine ilişkin kurallar içermesi nedeniyle, her iki düzenlemenin satış sözleşmeleri dışında çakışması mümkün değildir.

⁴⁶¹ C. LIU, Remedies for Non-Performance, September 2003, <http://www.cisg.pace.law.edu/cisg/biblio/chengwei.html> (19.09.2005), sh. 182; C. M. BIANCA, Michael Joachim BONELL, Commentary on the Sales Law, Milan 1987. naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 154.

⁴⁶² Michael Joachim BONELL, CISG-Alternatives... a.g.m., sh. 32.

⁴⁶³ Sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bir bölüm (Bölüm 3, md. 3.1. – md.3.20d), contra proferentem kuralına ve dil farklılıklarına (md. 4.6, md. 4.7, md. 4.8), zımni yükümlülöklere (md. 5.2.), çek veya başka yollarla ödeme yapılmasına (md. 6.1.7, md. 6.1.8) ve ödemenin yapılacağı kura ilişkin (md. 6.1.9) hükümler eklenmiştir (BONELL, CISG-Alternatives... a.g.m., sh. 33) naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 154 vd.

⁴⁶⁴ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 154.

Satış sözleşmeleri konusunda çakışmaları durumunda dahi, her iki düzenlemenin de bir arada tek bir sözleşmeye tatbiki mümkün gözükmemektedir. Zira, UNIDROIT İlkeleri genel hükümler niteliğinde olduğundan, Viyana Satım Sözleşmesi'nin hükümlerini tamamlayıcı hatta bazen açıklayıcı nitelikte olabilecektir⁴⁶⁵. Ne var ki, sözleşmede Viyana Satım Sözleşmesi kurallarına atıfta bulunulması bu kuralların bağlayıcı karakterinden ötürü, Viyana Satım Sözleşmesi kurallarının UNIDROIT İlkelerinin önüne geçmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak sözleşmelere uygulanacak hukuk olarak Viyana Satım Sözleşmesi'nin tayin edilmiş olması halinde dahi, İlkeler Viyana Satım Sözleşmesi'nin yorumlanmasında kullanılabilecektir. Zira, Viyana Satım Sözleşmesi md. 7.1. uyarınca, Viyana Satım Sözleşmesi hükümleri uluslararası nitelikleri göz önüne alınarak yorumlanacaktır⁴⁶⁶. Dolayısıyla Viyana Satım Sözleşmesi hükümlerinin yorumlanmasında yine uluslararası nitelikte olan UNIDROIT İlkeleri kullanılabilecektir⁴⁶⁷.

B. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ile UNIDROIT İlkelerinin Karşılaştırılması

1. Hazırlık Aşaması

Bir Avrupa Ticaret Kanunu oluşturulmasını 1976 yılında ilk defa Prof. Ole Lando teklif etmiştir⁴⁶⁸. Bu teklifini gerçekleştirmek üzere Avrupa ülkelerinin ileri gelen hukukçuları ve akademisyenlerinin oluşturduğu Avrupa

⁴⁶⁵ Michael Joachim BONELL, An International Restatement... a.g.e., sh. 73 - 75, BONELL, CISG-Alternatives... a.g.m., sh. 34. naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 155.

⁴⁶⁶ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 31.

⁴⁶⁷ C. M. BIANCA, Michael Joachim BONELL, a.g.e. s. 65 vd.; Michael Joachim BONELL, CISG-Alternatives... a.g.e., sh. 35. naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 155.

⁴⁶⁸ European Principles of Contract Law, International Contract Adviser, 1998, Vol. IV; n. 1, sh. 16. naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 155.

Sözleşme Hukuku⁴⁶⁹ Komisyonu (Lando Komisyonu) Avrupa Komisyonu'nun sağladığı bir fon sayesinde kurulmuştur. Avr. Sözl. H. İlkelerinin temel amaçları; ileride oluşturulacak Avrupa Özel Hukuku Kanunu'na temel teşkil etmesi⁴⁷⁰, Avrupa Birliği, Avrupa Birliği organlarına ve üye devletlere oluşturulacak yeni ticaret kanunlarında yol göstermesi, mahkemelerce Avrupa Birliği sözleşmelerine uygulanması ve taraflarca seçilmesi halinde sözleşmelere uygulanacak hukuk olarak tayin edilmesi olarak belirtilmiştir⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Bkz. Commission des Communautés Européennes, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen Concernant le Droit Européen des Contrats, Bruxelles, 11.07.2001 COM (2001) 398 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2001/com2001_0398fr01.pdf (31.08.2008). Conférence Commune du Parlement Européen et de la Commission sur le Droit Européen des Contrats, Contribution de la Délégation Allemande, Bruxelles, 28 Avril 2004, http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/events/20040428/stein_fr.pdf (31.08.2008). Conférences des Notariats de l'Union Européenne, Position de la CNUE sur le Droit Européen des Contrats, Position –CNUE-Droit Européen Contrats, Octobre 2001, http://www.cnue-nouvelles.be/pdf/pdf_fr_20030913071035-2.pdf (31.08.2008). Conférences des Notariats de l'Union Européenne, Prise de position sur le <<résumé des réponses à la communication de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats du 11 juillet 2001>>, http://www.cnue-nouvelles.be/pdf/pdf_fr_20030913070954-2.pdf (31.08.2008). Conférences des NOTariats de l'Union Européenne, Réponse au <<Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent>> de la Commission européenne, www.cnue-nouvelles.be/pdf/pdf_fr20030913070905-2 (2005). Conseil de la Consommation, Avis, C.C:257, sur la communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, Bruxelles, 18 octobre 2001, http://mineco.fgov.be/protection_consumer/councils/consumption/pdf_avis_2001/257.pdf (31.08.2008). Avis de l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs, Droit européen des contrats – la voie à suivre (Communication de la Commission du 11.10.2004), la site de Union Luxembourgeoise des Consommateurs, www.ulc.lu/faq/Avis/2005/050215-Droit-europeen.htm (2005)

⁴⁷⁰ Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri ve Avrupa'da Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması açısından bkz. Jan SMITS, The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe, Published in: Antoni Vacquer (ed.), La Tercera de Los Principios de Derecho Contractual Europeo, Valencia 2005 (Tirant), pp. 567-590, <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3131> (20.08.2008).

⁴⁷¹ European Principles of Contract Law, sh.16 naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh.156. Ayrıca Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri hakkında daha geniş bilgi için bkz. Maud CLERMONT, “Le Rapprochement du Droit Européen des Contrats, Enjeux et Perspectives” (Mémoire de DEA sous la Direction du Professeur Christophe Jamin, DEA Droit des Contrats Opinion Droit des Affaires, Promotion 2002-2003, Lille 2 – Université du Droit et de la Santé),

2. İçeriklerinin Karşılaştırılması

A.S.H.İ.'ni hazırlayan Lando Komisyonu⁴⁷², Genel İlkelerle ilişkin ilk bölümü, UNIDROIT İlkeleri ile aynı yılda, 1994 yılında yayınlanmıştır. Lando Komisyonu, yapmış olduğu bu hazırlıkta, Avrupa'da halen yürürlükte olan kuralları değil, olması gereken hukuku belirlemiştir⁴⁷³.

Bu aşamada UNIDROIT İlkeleri ile Avr. Sözl. H. İlkelerinin bire bir maddeler halinde karşılaştırılmasının kolay olmadığını ifade etmek gerekir. Zira belli bir konu bir düzenlemede birkaç maddede birden ele alınmakta, diğerinde ise farklı farklı maddelerde düzenlenebilmektedir⁴⁷⁴.

Ancak UNIDROIT İlkelerinin referans olarak alınması halinde, yaklaşık yetmiş madde birbirini karşılamaktadır⁴⁷⁵. Aykırılıklar ise, maddelerin içeriğinde karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu aykırılıkların bir bölümü teknik olmakla birlikte, diğer bir bölümü ise politiktir. Zira bilindiği gibi hukuk, Avrupa bütünleşmesinin temel unsurlarından biridir⁴⁷⁶. Dolayısıyla Avr. Sözl. H. İlkeleri de bütünleşmenin önemli unsurlarından biri olarak kabul edilmiş ve

⁴⁷² Lando Komisyonu Çalışması açısından alternatif bir bakış açısı için bkz. Kristina RIEDL, The Work of the Lando – Commission From an Alternative Viewpoint, <http://www.storme.be/Riedl.html> (28.09.2008). Ayrıca Ole LANDO and Hugh BEALE, The Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000, http://www.garde.se/swe/pdf/EuropeanContractLaw_JK.pdf (2005).

⁴⁷³ European Principles of Contract Law, sh. 17 naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 156.

⁴⁷⁴ Michael Joachim BONELL, Similar Rules for the Same Purposes, a.g.m. Uluslararası sözleşmelerin hazırlanmasında uygulanan hukukun yeknesaklaştırılması açısından Unidroit ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin karşılaştırılması açısından bkz. Sylvette GUILLEMARD; “Comparaison des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l’harmonisation du droit applicable à la formation des contrats internationaux”, 23 Mai 1999, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard.html> (31.08.2008)

⁴⁷⁵ Bu maddenin detayları için bkz. BONELL, Similar Rules for the Same Purposes, a.g.m.

⁴⁷⁶ Avr. Sözl. Hukukunun Geleceği konusu açısından bkz. Jan SMITS, The Futur of European Contract Law: on Diversity and the Temptation of Elegance (Discussion paper, to be presented at the conference Towards a European Ius Commune in legal Education and Research, held at the occasion of the 20 th Anniversary of the Maastricht Faculty of Law, 25-26 October 2001) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=803144 (29.08.2008)

bazı hükümler bu görüş çerçevesinde düzenlenmiştir⁴⁷⁷. Bu düşüncenin yansımalarından en önemlisi, her iki düzenlemenin giriş bölümünden anlaşılmaktadır. UNIDROIT İlkeleri uluslararası ticari sözleşmelerin genel ilkelerini belirlerken, Avr. Sözl. H. İlkeleri Avrupa Topluluklarının sözleşme hukukunun genel ilkelerini belirlemektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, UNIDROIT İlkeleri sadece “uluslararası” ve “ticari” sözleşmelere uygulanırken⁴⁷⁸, Avr. Sözl. H. İlkeleri tüketici sözleşmeler de dahil olmak üzere her tür sözleşmeye uygulanmaktadır⁴⁷⁹. Şu halde her iki düzenleme arasındaki temel farklılıkların politika ve kapsam sorunundan kaynaklandığı ortaya çıkmaktadır⁴⁸⁰.

Ayrıca her iki düzenleme arasında oluşumu safhasında büyük benzerlik olmasına rağmen, belirgin diğer bir farklılık, Avr. Sözl. H. İlkelerinin madde metinleri dışında hükümlerin hangi ülkenin kanunlarından alındığını da gösteren yorumların ve açıklamaların bulunmasıdır⁴⁸¹.

Avr. Sözl. H. İlkeleri ayrı bir tez konusu olduğundan, çalışmamıza bu konuya sadece UNIDROIT İlkeleri ile genel bir karşılaştırma yaparak yer verdik. Oysa öğretilde, Avr. Sözl. H. İlkeleri’nde yer alan kavramlara göre yapılmış birçok araştırma ve makaleler yer almaktadır⁴⁸². Ayrıca hemen

⁴⁷⁷ Avr. Sözl. H. İlkeleri ve Avrupa’da Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması açısından bkz. Jan SMITS, *The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe*, Published in: Antoni Vacquer (ed.), *La Tercera de Los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Valencia 2005 (Tirant), pp. 567-590, <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3131> (20.08.2008).

⁴⁷⁸ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 57 vd.

⁴⁷⁹ Michael Joachim BONELL, *Similar Rules for the Same Purposes*, a.g.m.

⁴⁸⁰ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 156.

⁴⁸¹ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 156.

⁴⁸² Richard BACKHAUS, *The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law*, <http://www.ejcl.org/81/art81-2.doc>, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol 8.1., March 2004 (31.08.2008). İngiliz Hukuku perspektifinden Avr. Sözl. H. İlkelerinde dolaylı temsil kavramı ile ilgili olarak bkz. D. BUSCH, *Indirect Representation and The Lando Principles, An Analysis of Some Problem Areas from the Perspective of English Law*, <http://www.ejcl.org/23/art23-1.doc> (31.08.2008). Reinhard ZIMMERMANN, *Introduction: Towards a restatement of The European Law of Obligations*, Cambridge University Press, http://assets.cambridge.org/97805218/14614/excerpt/9780521814614_excerpt.pdf (29.08.2008). Maria del Pilar Perales VISCASILLAS, *The Formation of Contracts and the Principles of European Contract Law*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales.html> (2005). Matthias E. STORME,

belirtelim ki, Viyana Satım Sözleşmesi ile Avr. Sözl. H. İlkelerinin kıyaslandığı çalışmalar da bulunmaktadır⁴⁸³.

3. Her İki Düzenlemenin de Birlikte Yürürlükte Olması

Yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, gerek hazırlık aşamasında gerekse içerik açısından büyük oranda benzer iki ayrı metne neden ihtiyaç duyulmuş olabileceği ilk akla gelen sorudur. Bu sorunun en basit cevabı, her iki düzenlemenin de hazırlık aşamasında diğer düzenlemenin yürürlüğe girme beklentisinin bulunmamasıdır⁴⁸⁴.

Ne var ki, her iki düzenlemenin de yürürlüğe girmiş olduğu günümüzde, akla gelen ikinci soru, bu iki düzenlemenin birbiri ile yarışıp yarışmadığı veya her ikisinin de varlığının ne ölçüde gerekli olduğudur⁴⁸⁵.

Her şeyden önce farklı kapsam ve kaynakları nedeniyle her iki düzenlemenin Avrupa dışında, birbiri ile yarışmasının zor olduğu ifade edilmektedir⁴⁸⁶. Nitekim Avrupa ülkeleri dışındaki bir ülkede bulunan bir tacirin sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak Avr. Sözl. H. İlkelerini benimsemesi zor görünmektedir. Ancak bu durum imkânsız değildir. Taraflarının Avrupa'da olduğu bir sözleşmede ise, uygulanacak hukuk olarak Avr. Sözl. H. İlkelerinin benimsenmesi normal görünmektedir. Ne var ki,

Information Requirements and Remedies in The Principles of European Contract Law, Europäische Rechtsakademie Trier, januari 2003, ter perse, <http://www.storme.be/PECLinformationTrier.pdf>, <http://webh01.ua.ac.be/storme/PECLinformationTrier.pdf> (29.08.2008).

⁴⁸³ Allison E. BUTLER, "Limitation of Remedies Due to Failure of Performance Caused by Other Party: Comparison Between Provisions of The CISG and Counterpart Provisions of the Principles of European Contract Law, August 2004, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler1.html> (31.08.2008). Jonathan YOVEL, The Seller's Right to Cure a Failure to Perform: an Analytic Comparison of the Perspective Provisions of the CISG and the PECL, Nordic Journal of Commercial Law, issue 2005 #1, http://www.njcl.utu.fi/1_2005/commentary1.pdf. (29.08.2008).

⁴⁸⁴ European Principles of Contract Law, sh. 24; BONELL, Similar Rules for the Same Purposes, a.g.m.

⁴⁸⁵ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 157.

⁴⁸⁶ Michael Joachim BONELL, Similar Rules for the Same Purposes, a.g.m.

Avrupa'da bulunan ve Avrupalı olan sözleşme tarafları da uygulanacak hukuk olarak, Avr. Sözl. H. İlkeleri yerine UNIDROIT İlkelerini seçmekte özgürdür⁴⁸⁷.

Sonuç olarak her iki düzenleme de birbirine benzemekte ise de, temel farklılık düzenlemelerin kapsamlarında ortaya çıkmaktadır. Nitekim, UNIDROIT İlkeleri evrensel düzeyde uygulanabilirken, Avr. Sözl. H. İlkeleri⁴⁸⁸ genellikle Avrupa sınırları içerisinde uygulanmaktadır. Dolayısıyla her iki düzenleme birbiri ile çakışmamakta ve ayrı ayrı varlıklarını sürdürebilme niteliğine sahip bulunmaktadır⁴⁸⁹.

VII. UNIDROIT İLKELERİNİN HUKUKUN BİRLEŞTİRİLMESİNE OLAN ETKİSİ

Günümüzde ulusal hukukların birleştirilmesiyle devletler üstü bir hukukun yaratılması gerektiği görüşüne ağırlık verilmektedir. Devletler üstü bir hukukun yaratılmasının iki örneği mevcuttur: Bunlardan ilki ortak hukuk (ius commune) adı verilen Roma ve Kilise hukuku ile, günümüzde Amerika Birleşik Devletleri'nin hukuk sistemi olan Anglo- Amerikan (common law) sistemidir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 157.

⁴⁸⁸ Ole LANDO, The Unidroit Principles and the Principles of European Contract Law in a Global Commercial Code, http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Conferences/Lando_CISG.pdf (29.08.2008). Aynı yazarın başka makaleleri; The Rules of European Contract Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html> (29.08.2008), Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/litterature/lando01.htm (19.12.2005).

⁴⁸⁹ Michael Joachim BONELL, Similar Rules for the Same Purposes, a.g.m.

⁴⁹⁰ Arzu OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, sh. 56; Arzu OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, sh. 44.

A. Hukukun Birleştirilmesinin Altında Yatan Nedenler

Hukukun birleştirilmesinin altında yatan temel neden, uluslararası ticaret hayatında etkin rol oynayan tacirler ve onların hukuki uyuşmazlıklarıdır. Küreselleşen ve gelişen günümüz dünyasında ticaret; ekonomik, politik ve siyasal bir konu haline geldiğinden, ticaret hayatında yaşanan sorunlara hiçbir devlet ilgisiz kalamamakta ve bu nedenle hukukun birleştirilmesi yolundaki belki de tek gerçek neden bu konu olmaktadır. Bu amaca yönelik olarak evrensel düzeyde yapılan bir çalışma da UNIDROIT İlkeleridir⁴⁹¹.

Ancak hukukun birleştirilmesi olgusuna ilişkin belirtilmesi gereken bir diğer neden, Avrupa Birliği gibi uluslarüstü bir örgütün, daha sıkı bütünleşme (intégration) hedefini hukukta birliği sağlayarak gerçekleştirmesidir. Avrupa Birliği hukukunu birleştirme çabaları doğrultusunda Avr. Sözl. H. İlkeleri yayımlanmıştır⁴⁹².

B. UNIDROIT İlkelerinin Yeni Bir Lex Mercatoria Oluşturup Oluşturmadığı Hususu

UNIDROIT İlkelerinin bağlayıcı bir metin olmaksızın ortaya çıkması ile birlikte öğretide bir kısım yazarlar, bu İlkelerin tamamen ya da kısmen yeni bir lex mercatoria oluşturup oluşturmadığı konusunda tartışmaya başlamışlardır⁴⁹³. Lex mercatoria ile kastedilmek istenilenin ne olduğunu II. Bölüm'de ortaya koymaya çalışmıştık. Bu nedenle, tekrar yapmadan

⁴⁹¹ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 166.

⁴⁹² Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 166.

⁴⁹³ L. Yves FORTIER, The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future, Arbitration International, V. 17, No. 2, 2001, sh. 125 naklen Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 214, dipnot 885.

doğrudan aşağıda UNIDROIT İlkelerinin lex mercatoria ile ilişkisi üzerinde durulacaktır.

UNIDROIT İlkeleri herhangi bir bağlayıcı niteliği olmaksızın uluslararası sözleşme hukukunun genel ilkelerini belirlemeye çalışan, lex mercatoria'nın sözleşmelere ilişkin kısmının bir kurallar bütünlüğü içerisinde derlenmesinden ibaret bir düzenlemedir⁴⁹⁴. Bu niteliğiyle uluslararası ticaret hukukunu belirleyen modern bir ortak hukuk (ius commune) olma özelliği göstermektedir.⁴⁹⁵ Nitekim İlkeler, bizzat giriş bölümünde kendisini lex mercatoria'ya bağlamaktadır.

Ayrıca bu aşamada, UNIDROIT İlkelerinin tamamen uluslararası ticari kuralları tespit edebilecek nitelikte hazırlanmış olduğunu, zira madde hükümlerinin altında yer alan açıklayıcı hükümlerin, karşılaştırmalı atıfları içermeyerek (ulusal hukukların belirli maddi hükümleri, mahkeme kararları, hakem kararları, sözleşmeler, öğreti vs.) herhangi bir ulusal hukuka atıf yapmayarak, notlara yer vermeyerek bu niteliği güçlendirmiş olduğunu da belirtmek gerekmektedir⁴⁹⁶.

İlkelerin yeni bir lex mercatoria oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi hususuna gelinecek olursa, İlkelerin bu şekilde bir niteliğinin olabilmesi için her şeyden önce uluslararası nitelik taşımaları, tek bir kaynağa dayanmaları, ticari uygulamaları yansıtmaları ve özellikle ticari sorunlara çözüm getirmesi gereklidir⁴⁹⁷. UNIDROIT İlkelerinin uluslararası nitelik taşıdıklarına ve tek bir kaynağa dayanmakta olduklarına ilişkin bir şüphe bulunmamaktadır. Zira İlkeler hiçbir ulusal hukuka bağlı olmadıkları gibi, bu hukuklara atıf da yapmamaktadırlar. Ayrıca İlkelerin ticaretin uygulamalarını da içeren bir

⁴⁹⁴ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 214.

⁴⁹⁵ Gesa BARON, Do The Unidroit Principles of International Commercial Contracts form a new Lx Mercatoria (1998), <http://www.cisg.pace.law.edu/cisg/biblio/baron.html> (19.09.2005) sh. 1-18 naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 168

⁴⁹⁶ Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 61.

⁴⁹⁷ Gesa BARON, a.g.m., sh. 8 naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 168.

özellik taşıdıklarını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim İlkeler birçok maddesinde uygulamaya atıfta bulunmaktadır⁴⁹⁸. İlkelerin bu şekilde ticari uygulamaya da açık olması sonucunda, ticari uygulamaları yansıttıkları da ifade edilebilecektir. Dolayısıyla İlkelerin tüm şartları karşılıyor olduğu, bu nedenle de ticaret hayatının gereklerini sağlıyor olduğu söylenebilecektir⁴⁹⁹.

Ne var ki lex mercatoria'ya karşı ileri sürülen iddiaların ilki, bu kuralların bağlayıcılığının bulunmamasıydı. Bu anlamda İlkelerin de devletleri bağlayıcılığı “kanun” niteliğinde bir yapısının bulunmadığını belirtmek gerekir. Ancak İlkelerin fiilen bağlayıcılığının, sürekli uygulanmaları nedeniyle arttığını göstermektedir. Lex mercatoria'ya karşı ileri sürülen ikinci önemli iddia ise, bu kuralların yeteri derecede uyumlu ve bütünlüğü sağlayıcı kurallar olmadığıdır. Ancak İlkelerin bir kanunda görülebilecek şekilde öncelikle genel kurallar ardından somut kurallardan oluşacak şekilde öncelikle genel kurallar ardından somut kurallardan oluşacak şekilde bir yapısının bulunduğunu, dolayısıyla birbirleriyle uyumlu ve bütünlüğü sağlayan hükümlerden oluştuğunu söylemek mümkündür⁵⁰⁰.

Sonuç olarak, UNIDROIT İlkelerinin bağlayıcılık dışında bir eksikliğin bulunmadığını, bağlayıcılık konusunun ise, eski dönemlerde var olan lex mercatoria'da olduğu gibi tacirler ve bu hukuku uygulayanlar tarafından sürekli uygulanmasıyla güçlenerek bağlayıcı niteliğinin artacağı ifade edilmektedir. Bu kuralların uygulanmasının arttırılmasının ise, bu kuralların uygulayıcısı konumunda olan hâkimler ve hakemler eliyle gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Örneğin madde 2.6.(3)

⁴⁹⁹ Gesa BARON, a.g.m. sh. 10 naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh 169.

⁵⁰⁰ Gesa BARON, a.g.m. sh. 10 naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh 169.

⁵⁰¹ Gesa BARON, a.g.m. sh. 11 naklen Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 169.

C. UNIDROIT İlkelerinin Hukukun Birleştirilmesi Amacını Gerçekleştirip Gerçekleştirmedığı

Hukukun birleştirilmesi günümüze kadar kanunlaştırma ya da buna benzer yöntemlerle gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Zira bu yol tek yöntem olarak düşünülmüştür⁵⁰². Ancak hukuk tarihinde de görüldüğü üzere, farklı birleştirme yöntemleri de bulunmaktadır⁵⁰³.

Bu çerçevede yeni *lex mercatoria*'yı oluşturan UNIDROIT İlkelerinin hukukun birleştirilmesi amacını ne kadar gerçekleştirdiği sorusu akla gelebilir. Bu sorunun cevabının olumlu olması gerektiği kuşkusuzdur. Zira bir model kanun veya sözleşme niteliğine sahip olmayan İlkelerin göstermiş olduğu başarı açıktır. Ayrıca ilkeler, özel (*spécifique*) bir konu üzerinde hükümler içermemekte, tüm dünyada yürürlükte olan hukukların genel ilkelerinin bir birleşimini oluşturmaktadır⁵⁰⁴.

Tüm bu nedenlerle, uluslararası ticaretin kaynaklarının yorumlanmasında tek kaynak olan ve sözleşmelere uygulanacak hukuk olarak da tek başına kullanılabilecek olan İlkelerin, hukukun birleştirilmesi gibi uzun bir yolun başlangıcında atılmış önemli ve sağlam bir adım olduğuna kuşku yoktur⁵⁰⁵.

Sonuç olarak; uluslararası ticaret hukukunun birleştirilmesi, dolayısıyla ticaretin kolaylaştırılması ve arttırılması amacıyla hazırlanan uluslararası metinlerden biri olan UNIDROIT İlkelerinin bağlayıcı niteliği bulunmamasına

⁵⁰² Arzu OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, a.g.e., sh. 56.

⁵⁰³ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 169. Uluslararası hukukun birleştirilmesinde iki metod bulunmaktadır: Kanunlar ihtilafı kurallarının birleştirilmesi ve esasa ilişkin kuralların birleştirilmesi bkz. René DAVID, “Le Droit Comparé..”, a.g.e., sh. 304. Aynı doğrultuda bkz. Ceyda SÜRAL, a.g.e., sh. 15 vd.

⁵⁰⁴ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 170.

⁵⁰⁵ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 170.

karşın sürekli uygulanarak kendiliğinden oluşan bağlayıcılığının bulunduğu görülmektedir⁵⁰⁶.

Ayrıca, İlkelerin hukukun birleştirilmesi amacına hizmet etmek amacıyla Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile Anglo-Sakson (common law) hukuk sisteminin bir karışımı olduğu, bu çerçevede ortak bir hukuk yaratılmaya çalışıldığı açıktır⁵⁰⁷.

Bu iki büyük hukuk sisteminin birleşimi sonucunda ortaya çıkan metin başarısı ise, tartışmasızdır. Zira dünyada birçok uyuşmazlık İlkelerle dayanılarak çözümlenmekte, hatta İlkeler diğer ulusal ve uluslararası metinlerin boşluklarını da doldurmakta kullanıldığından, kullanım alanı daha da artmaktadır⁵⁰⁸.

Bu çerçevede uluslararası ticaretin genel ilkelerini belirleyen, ticari örf ve âdete önem veren İlkelerin nitelikleri gereği modern lex mercatoria'nın bir parçası oldukları ifade edilmelidir. Zira bu İlkeler meşruiyetlerini herhangi bir devletin ya da uluslararası bir kanun koyucunun otoritesinden almamaktadır. Bilakis İlkelerin meşruiyeti, ticari hayata uygulanabilir nitelikte olmalarından kaynaklanmaktadır⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 170.

⁵⁰⁷ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 170.

⁵⁰⁸ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 170.

⁵⁰⁹ Sülün GÜÇER, a.g.m., sh. 170.

SONUÇ

İlk bölümde görüldüğü üzere, gerek örf ve âdet kurallarının gerekse teamülün tanımı, unsurları, çeşitleri açısından öğretide bir görüş birliği mevcut değildir. Diğer taraftan, kimi yazarlar da örf ve âdet kuralları ile teamül ayırımının uygulamada çok da önemli olmadığını belirtmektedirler. Ne var ki, örf ve âdet kuralları, kanun boşluğu olduğu durumlarda, özellikle ticarî hayatta bu boşluğu doldurmakta kullanılmaktadır. Teamül ise farklı bir işlevi yerine getirmekte, irade beyanlarının yorumlanmasında kullanılmaktadır. Kanaatimizce, sırf bu nedenle örf ve âdet kuralları ile teamül ayırımının uygulamada önemli bir farkı bulunmaktadır. İncelememizde de görüldüğü gibi, ticarî uyuşmazlıklarda, uyuşmazlıkla ilgili herhangi bir ticarî örf bulunup bulunmadığı hâkim tarafından Ticaret Odaları'ndan görüş sorularak araştırmaktadır. Diğer taraftan, tez çalışmamızda ortaya koymaya çalıştığımız gibi uluslararası ticaret hukukunda, uluslararası örf ve âdet kurallarının önemi de hızla artmaktadır. Günümüzde, uluslararası seviyede görülen özel hukuku birleştirme çalışmaları kapsamında, ulusal ticarî örf ve âdet kurallarımızın öneminin gittikçe artacağı düşünülmektedir.

Çalışmamızda, milletlerarası ticari örf ve âdetler olarak *lex mercatoria* kavramının ortaya çıkışı, gelişimi ve günümüzdeki anlamı ve yeri üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Ayrıca bu kavramın uygulanması, uygulamada yarattığı güçlükler tespit edilirken; *lex mercatoria*'nın yerel hukuk sistemlerinden bağımsız karakterine ve bu karaktere yapılan eleştirilere kısaca değinilmiştir.

Çağdaş milletlerarası ticari tahkim öğreti ve uygulaması tarafından; özerk bir milletlerarası ticari tahkim kurumu düşüncesi desteklenmektedir. Bu düşünce, uluslararası ticaret camiasının geliştirdiği tarafsız teamül ve uygulamaların hakemlerce uyuşmazlığa uygulanmasını imkân dâhiline sunacaktır. Çalışmamızda değindiğimiz gibi, UNCITRAL, MTO, 1961 tarihli

Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi gibi birçok belge ve sözleşme, esasa uygulanacak hukukun tespitinde hakemlere geniş bir serbesti tanımaktadır. Hakemlerin bu serbestiye dayanarak Kanunlar İhtilafı metodundan hareketle esasa, yerel bir hukuk sistemi uygulamalarının çoğu zaman adil olmayan sonuçlar doğurduğunu tespit ettik. Bu noktada hakemler, uygulamada sıkça görüldüğü gibi, uluslararası uygulama düzenlemeleri ve Genel Şartlardan bazen de milletlerarası ticari örf, âdet ve teamüllerden yararlanmaktadır. Klasik Kanunlar İhtilafı metodu dışında gelişen bu uygulama, yerel uygulamalardan bağımsız, özerk bir Milletlerarası Ticaret Hukuku (lex mercatoria)'nın varlığı düşüncesine dayanmaktadır. Lex mercatoria'nın belirsizliği, öngörülemezliği, bağlayıcı güçten yoksun oluşu noktalarında meşruiyetine yönelik yapılan itirazlara rağmen, uygulamada bu teamül ve kuralların taraflarca tayin edildiğine ve hakemlerin de bu kuralları esasa uyguladıklarına tanık olmaktadır. Bunun da ötesinde, birçok belge ve sözleşme artık, uluslararası alanda faaliyet gösteren tacirlerin zaman içinde kendi uygulamalarından doğup, gelişen bu standartların hakemlerce uygulanmasını teşvik etmektedir. Hakemlerin de zaman zaman gerek ulusal hukuk düzenlerinde yer alan bazı hükümleri gerekse uluslararası belge ve sözleşme hükümlerini, uyuşmazlığa uygulanacak “en uygun hukuk normları” olarak değerlendirip, bunları Milletlerarası Ticaret Hukuku'nun normları olarak uyguladıklarını tespit etmiş durumdayız. Lex mercatoria'nın uygulanmasını kolaylaştırmak ve bu hukuk sisteminin somutlaştırılmasını sağlamak üzere, son yıllarda uluslararası uygulama düzenlemeleri ve düzenleme çalışmaları (Unidroit İlkeleri ve Avr. Sözl. H. İlkeleri gibi) geliştirilmiştir.

Uluslararası ticarî sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri'nin yayınlanmasından sonra da, özerk bir Dünya ticaret hukukunun varlığına ilişkin tartışmaların sona ermeyeceği söylenebilir. Bu konu ile ilgili her çalışma, uluslararası ticaret ya da ekonomi hukukunun varlığı temel sorununa ilişkin çözüme bir yaklaşma olarak nitelendirilebilir. Bu çalışmaların yapılması ise, ekonomik gerekliliklerin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. UNIDROIT İlkeleri'nin yayınlanmasından kısa bir süre sonra,

benzer alanda Avr. Sözl. H.'nun Genel İlkelerinin ilk bölümünü yayınlanmıştır. Daha sonra Komisyon'nun o günlerden bu yana sürdürmekte olduğu çalışmalar da sona erdirilerek, Avr. Sözl. H.'nun Genel İlkelerinin tamamı yayınlanmıştır.

Bu çalışmaların hepsi, uluslararası ticaret hayatında var olan bütün hukukî araçların, içerikleri üzerinde ortak bir uyuşma olduğu ölçüde, tam anlamıyla kabul görececek bir hukuk sistemine doğru uzadığının bir göstergesidir. Bu çalışmalar, sadece lex mercatoria'nın pratik olarak uygulanmasını kolaylaştırmakla kalmayıp, bunun yanı sıra bu hukuk sisteminin somutlaştırılması konusunda temel birtakım sonuçlar doğurmaktadır.

Bütün bu çalışmalar sonucunda, lex mercatoria öğretisine bakış açısında da büyük değişimler vardır. Artık lex mercatoria'nın teorik olarak meşru hale getirilmesi değil, onun kanunlaştırılmasında hangi tekniğin daha doğru olduğu tartışılmaktadır. Bu noktada Amerikan Hukuku'nun derleme (restatement) teknikleri kullanılarak hazırlanan UNIDROIT İlkeleri de Avr. Sözl. H. İlkeleri gibi, bu konuya çok büyük bir katkı sağlamaktadır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya; “Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi”, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1994.

AKINCI, Ziya; “Milletlerarası Tahkim”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

ANDERSEN, Camilla Baasch; “Comparative Analysis Selected Notice Requirements under CISG, PECL and UNIDROIT Principles CISG Arts. 39& 26; Principles Arts. 1,9, 3,14, 7,3,2.; PECL Arts 1,303, 3,304, 4,112, 9,303, 13,104”, November 2004,
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen2.html> (31.08.2008)

ARKAN, Sabih; “Ticarî İşletme Hukuku”, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Onuncu Baskıdan Onbirinci Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 2008.

ARSLANLI, Halil; “Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler”, 3. Bası, İstanbul 1960.

AYHAN, Rıza, (**ÇAĞLAR**, Hayrettin, **ÖZDAMAR**, Mehmet katkılarıyla); “Ticarî İşletme Hukuku”, Genel Esaslar, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

AYNES, Laurent; “Loi et Contrat, Le Contrat – Loi des Parties, Etudes et Doctrines, Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 17, 2004”, www.conseil-constitutionnel-fr/cahiers/ccc17/contrat2.html (2005)

BACKHAUS, Richard; “The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law”, <http://www.ejcl.org/81/art81-2.doc>., Electronic Journal of Comparative Law, vol 8.1., March 2004 (31.08.2008)

BARON, Gesa; "Do The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria?", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html> (19.09.2005), sh. 1-18.

BASEDOW, Jürgen; “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and German Law”, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/basedow.html (19.11.2004), sh.1-23.

BAŞTUĞ, İrfan, **ERDEM**, H. Ercüment; “Ticarî İşletme Hukuku (Ders Notları)”, Ankara 1993.

BATTAL, Ahmet; “Ticari İşletme Hukuku (Ticaret Hukukunun Temel Kavramları)”, Gazi Kitabevi, Kolay Hukuk Serisi: 9, Şubat 2005.

BERMAN, Harold J.; “Law and Revolution”, Cambridge, Harvard University, 1983.

Black’s Law Dictionary, Thomson West, Bryan A. Garner Editor in Chief, Eighth Edition, United States of America 2nd Reprint 2007.

BLASE, Friedrich and **HÖTTLER**, Philipp; “Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)”, December 2004,

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/blase3.html>. (31.08.2008)

BİRSEL, Mahmut Tevfik; “Ticarî İşletme Hukuku”, Cilt: I, İzmir 1970.

BONELL, Michael Joachim; “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”, Uniform Law Review, 1996.

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell96.html>. (31.08.2008)

BONELL, Michael Joachim; “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, Uniform Law Review, 2000-2,

<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2.htm>

(29.08.2008)

BONELL, Michael Joachim; “The UNIDROIT Principles in Practice-The Experience of the First Two Years”, Uniform Law Review, 1997-1.

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pr-exper.html> (29.08.2008)

BONELL, Michael Joachim; “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law”, R.J.T. 36, 2002. <http://www.themis.umontreal.ca/pdf/rjvol36num2/bonell.pdf>

(29.08.2008)

BONELL, Michael Joachim; "An International Restatement of Contract Law, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", 2. Edition, Rome 1997.

BONELL, Michael Joachim; "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts-Nature, Purposes and First Experiences in Practice".

BONELL, Michael Joachim, "CISG-Alternatives or Complementary Instruments".

BONELL, Michael Joachim; "Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?",

<http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Bonell.pdf> (29.08.2008)

BONELL, Michael Joachim; "An International Restatement of Conflict Law".

BONELL, Michael Joachim, **BIANCA**; "Commentary on the Sales Law", Milan 1987.

BOZER, Ali, **GÖLE**, Celal; "Bankacılar için Ticaret Hukuku Bilgisi", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın nu: 405 Bankacılar Serisi nu: 8 (Onyedinci Bası), Ankara

BRADLEE, Helen West; "History of The Law Merchant, The Law Merchant or Lex Mercatoria", Boston, 1929, (çevrimiçi)

<http://szabo.best.vwh.net/lex.html> (05/11/2004)

BUSCH, D; “Indirect Representation and The Lando Principles, An Analysis of Some Problem Areas from the Perspective of English Law”, <http://www.ejcl.org/23/art23-1.doc> (31.08.2008)

BUTLER, Allison E; “Limitation of Remedies Due to Failure of Performance Caused by Other Party: Comparison Between Provisions of The CISG and Counterpart Provisions of the Principles of European Contract Law”, August 2004, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler1.html>. (31.08.2008)

CAN, Mertol; “Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi”, Ankara 2001.

CLERMONT, Maud; “Le Rapprochement du Droit Européen des Contrats, Enjeux et Perspectives” (Mémoire de DEA sous la Direction du Professeur Christophe Jamin, DEA Droit des Contrats Opinion Droit des Affaires, Promotion 2002-2003, Lille 2 – Université du Droit et de la Santé), http://edoctrale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_I_chargement/memoires/contrats/clermontm03.pdf (31.08.2008)

Code Civil, Texte intégral du code mis à jour au 13 mai 2007, annotations et jurisprudence en arabe, Berti Editions, Edition 2007-2008, Alger 2007.

Commission des Communautés Européennes, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen Concernant le Droit Européen des Contrats, Bruxelles, 11.07.2001 COM (2001) 398 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2001/com2001_0398fr01.pdf (31.08.2008)

Conférence commune du Parlement Européen et de la Commission sur le Droit Européen des Contrats, Contribution de la Délégation Allemande, Bruxelles, 28 Avril 2004,
http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/events/20040428/stein_fr.pdf
 (31.08.2008)

Conférences des Notariats de l'Union Européenne, Position de la CNUE sur le Droit Européen des Contrats, Position –CNUE- Droit Européen Contrats, Octobre 2001, http://www.cnue-nouvelles.be/pdf/pdf_fr_20030913071035-2.pdf (31.08.2008)

Conférences des Notariats de l'Union Européenne, Prise de position sur le <<résumé des réponses à la communication de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats du 11 juillet 2001>>, http://www.cnue-nouvelles.be/pdf/pdf_fr_20030913070954-2.pdf
 (31.08.2008)

Conférences des Notariats de l'Union Européenne, Réponse au <<Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent>> de la Commission européenne,
www.cnue-nouvelles.be/pdf/pdf_fr20030913070905-2.pdf (2005)

Conseil de la Consommation, Avis, C.C.257, sur la communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, Bruxelles, 18 octobre 2001, http://mineco.fgov.be/protection_consumer/councils/consumption/pdf_avis_2001/257.pdf. (31.08.2008)

ÇELEBİCAN KARADENİZ, Özcan; “Roma Hukuku”, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

DAVID, René; “Le Droit du Commerce International, Réflexions d’un Comparatiste sur le Droit International Privé”, Economica, Paris 1987.

DAVID, René; “Le Droit Comparé, Droits d’hier, Droits de demain”, Economica, Paris 1982.

DAYINLARLI, Kemal; “HUMK’un düzenlenen İhtiyari İç Tahkim”, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2004.

DAYINLARLI, Kemal; “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler”, Roma 2004, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2005.

DAYINLARLI, Kemal; “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri”, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2005.

DAYINLARLI, Kemal; “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, yıl: 23 / Sayı 1-2 / 2003.

DERAINS, Yves et de **GHESTIN**, Jacques (sous la direction de); “La Convention de Vienne Sur La Vente Internationale et Les Incoterms”, Actes

du Colloque des 1^{er} et 2 décembre 1989, Centre du Droit des Obligations de l'Université de Paris I, L.G.D.J.1990.

DESCHEEMAEKER, Éric; “Faut-il codifier le droit privé européen des contrats?” (Cet article est une version remaniée d'un travail réalisé comme mémoire de DEA en droit privé à l'université de Paris-I Panthéon-Sorbonne, et récompensé par le 1^{er} prix ex aequo du Centre français de droit comparé, déc. 2001), (2002) 47 (4) Mc Gill Law Journal pp. 791-853, <http://www.journal.law.mcgill.ca/abs/vol47/4desch.pdf>. (2005)

DESSEMONTET, François; “Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law”, International Court of Arbitration, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, reflections on their Use in International Arbitration, Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin

DOMANIÇ, Hayri; “Ticaret Hukukunun Esasları”, İstanbul 1970.

DOĞANAY, İsmail; “Türk Ticaret Kanunu Şerhi”, I. Cilt, Yeniden incelenip Genişletilmiş İkinci Baskı, Madde 1 – 398, Ankara 1981.

DURAL, Mustafa; “Medeni Hukuk Dersleri Giriş - Temel Kavramlar (Ders notu niteliğinde el kitabı)”, Gözden geçirilmiş üçüncü bası, Güryay Matbaacılık, İstanbul 1983.

Avis de l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs, Droit européen des contrats – la voie à suivre (Communication de la Commission du

11.10.2004), la site de Union Luxembourgeoise des Consommateurs, www.ulc.lu/faq/Avis/2005/050215_Droit-europeen.htm. (2005)

ERDOĞMUŞ, Belgin (derleyen); “Hukukta Latince Teknik Terimler, Özlü Sözler”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 74, Hukuk 3, 1. Bası, İstanbul 2004.

ERDEM, Ercüment; “Lex Mercatoria” ve ICC Tahkimi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi tarafından yayınlanan tebliğ, Ankara 6 Nisan 2004.

EREM, Turgut S; “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku Prensipleri”, Cilt I, Ticari İşletme (İkinci Baskı), İstanbul 1962.

ERTEKİN, Erol, **KARATAŞ**, İzzet; “Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması”, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

FAZEKAS, Judit; “Contribution à la conférence sur le droit européen des contrats”, Bruxelles, 28 Avril 2004, http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/events/20040428/fazekas_fr.pdf (31.08.2008)

FORTIER, L. Yves; “The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future”, Arbitration International, V. 17, No. 2, 2001

GRAZIANO, Thomas Kadner; “Le futur de la Codification du droit civil en Europe: harmonisation des anciens Codes ou création d’un nouveau Code?”, Université de Genève, www.unige.ch/droit/transnational/docs/Codification.pdf (31.08.2008)

GRIDEL, Jean-Pierre; “Le Code civil français dans le droit européen”, <http://www.institut-idef.org/Le-code-civil-francais-dans-le.html> (31.08.2008)

GUILLEMARD, Sylvette; “Comparaison des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l’harmonisation du droit applicable à la formation des contrats internationaux”, 23 Mai 1999, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard.html> (31.08.2008)

GÜÇER, Sülün; “UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri”, BATİDER, Aralık 2005.

GÜRİZ, Adnan; “Hukuk Başlangıcı”, 10. Baskı, Ankara 2005.

GOLDMAN, Berthold; “Frontières du Droit et Lex Mercatoria”, Archives de Philosophie du Droit Tome 9, 1964.

HAGGENMACHER, Peter; “Vitoria’dan Vattel’e Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak Egemen Devlet”, Devlet Kuramı, Derleyen: Cemal Bâli AKAL, sh. 257 vd., makaleyi çeviren: İdil SELÇUK, Dost. Yay., Ankara 2000.

HEUTGER, Viola; “Steps Towards a European Sales Law”, Vol. 7.5 December 2003, <http://www.ejcl.org/75/art75-3.html> (31.08.2008)

Incoterms 2000, Règles officielles ICC pour l'interprétation des termes commerciaux, Edition G.A.L., Collection <<Savoir-Plus>>, Alger 2003.

İŞIKTAÇ, Yasemin; “Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku”, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992.

İNAL, Tamer; “Ticarî İşletme Hukuku”, Kazancı Hukuk Yayınları: 170, İstanbul 2004.

İZMİRLİ, Yadiğâr; “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesinin Hukuki Sonuçları”, Nobel Yay., 2001.

JOERGES, Christian; “Who would be the Author of a Common European Private Law?”, Bremen/Florence, <http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Projects/TenancyLawCJoerges.pdf> (31.08.2008)

KALPSÜZ, Turgut; “Türkiye’de Milletlerarası Tahkim”, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Yayın nu: 436, Ankara 2007.

KARAHAN, Sami; “Ticaret Hukukunun Temel Kavramları”, Konya 1991.

KARAYALÇIN, Yaşar; “Ticaret Hukuku Dersleri”, I. Giriş – Ticarî İşletme, Ankara 1957.

KASSIS, Antoine; “Théorie Générale des Usages du Commerce, droit comparé contrats et arbitrage internationaux lex mercatoria”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1984.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan; ICC Tüzüğü Md. 17/2 Uyarınca Hakemlerin Milletlerarası Örf, Adet ve Teamülleri Uygulamasının Yarattığı Sorunlar, İstanbul 2004, İstanbul Üniversitesi Yüksek Lisans Seminer Ödevi, www2.turkstudent.net/papers/viewpaper.php?paper=812 –64 K (2007).

KRITZER, Albert H; “Reasonableness, Overview Comments”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html#overv>. (31.08.2008)

KONUK, Zehra; “Lex Mercatoria: Ortaçağ Avrupası’nda Ticaret Hukukunun Gelişmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2005.

LANDO, Ole; “Principles of European Contract Law”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando.html>. (28.01.2005)

LANDO, Ole; “The Rules of European contract law”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html>. (29.08.2008)

LANDO, Ole; "The Unidroit Principles and the Principles of European Contract Law in a Global Commercial Code",

http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Conferences/Lando_CISG.pdf. (29.08.2008)

LANDO, Ole; "Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/litterature/lando01.htm (19.12.2005)

LANDO, Ole and **BEALE**, Hugh; "The Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law, Parts I and II", Kluwer Law International, 2000, ISBN 90-411-1305-3, 561 pp.,

http://www.garde.se/swe/pdf/EuropeanContractLaw_JK.pdf. (2005)

MACQUEEN, Hector L; "Scots and English Law: The Case of Contract", (This is a lightly revised version of the J.A.C. Thomas Lecture delivered at University College London on 15 March 2001), 2001, 54 Current Legal Problems 205-229,

http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/MacQueen/Scots%20and%20English%20Law.pdf. (31.08.2008)

MAZZOTTA, Francesco G.; "Preservation of the Goods: Comparison of Articles 85-88 CISG and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law", May 2004,

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mazzotta1.html> (31.08.2008)

MERCADAL, Barthélemy; "Sur un Droit Européen du Contrat", IABA Law Review,

http://www.iaba.org/LAW%20REVIEW/Mercadal_Barth_Sur_un_droit_fr.htm
(31.08.2008)

OĞUZ, Arzu; “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, 2001, sayı: 3, sh. 11-53, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/1755.pdf> (31.08.2008)

OĞUZ, Arzu; “Karşılaştırmalı Hukuk”, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

OĞUZ, Arzu; “Lex Mercatoria Tarihçe Kaynaklar Tahkim Uygulamasındaki Yeri, Hukuk Teorisi İçerisindeki Yeri”, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004.

OĞUZ, Arzu; “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, AÜHFD, 2000, s.1, Sh. 31-65 (Hukukun Birleştirilmesi)<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2000-49-01-04/AUHF-2000-49-01-04-Oguz.pdf> (29.08.2008)

OĞUZMAN, Kemal; “Medenî Hukuk Dersleri, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar”, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

PAZARCI, Hüseyin; “Uluslararası Hukuk Dersleri”, I. Kitap, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997.

PINEAU, Jean; “Le Destin des Codes”, Barreau du Quebec, Le Journal du Barreau 2004, Vol. 36 no:18

<http://www.barreau.qc.ca/journal/frameset.asp?article=/journal/vol36/no18/destin.html>. (2005)

POROY, Reha, **TEKİNALP**, Ünal, **ÇAMOĞLU** Ersin; “Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku”, Beta Yay., İstanbul 2000.

POROY, Reha, **YASAMAN**, Hamdi; “Ticarî İşletme Hukuku”, Beta Yay., İstanbul 1998.

Règlement d’Arbitrage de la CCI, en vigueur à compter du 1^{er} janvier 1998, Chambre de Commerce Internationale, Paris publiée en Août 1997.

RIEDL, Kristina; “The Work of the Lando – Commission from an Alternative Viewpoint”, <http://www.storme.be/Riedl.html>. (28.09.2008)

SCHMID, Christoph U.; “Research Fellow and Project Coordinator”, EUI Florence, General Report, <http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Projects/TenancyLawGeneralReport.pdf>. (28.09.2008)

SMITS, Jan; “The Futur of European Contract Law: on Diversity and the Temptation of Elegance” (Discussion paper, to be presented at the conference Towards a European Ius Commune in legal Education and Research, held at the occasion of the 20th Anniversary of the Maastricht Faculty of Law, 25-26 October 2001), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=803144 (29.08.2008)

SMITS, Jan; “The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe”, Published in: Antoni Vacquer (ed.), La Tercera de Los Principios de Derecho Contractual Europeo, Valencia 2005 (Tirant), pp. 567-590, <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3131>. (29.08.2008)

STORME, Matthias E.; “Information Requirements and Remedies in The Principles of European Contract Law”, Europäische Rechtsakademie Trier, januari 2003, ter perse, <http://www.storme.be/PECLinformationTrier.pdf>. <http://webh01.ua.ac.be/storme/PECLinformationTrier.pdf> (29.08.2008)

SÜRAL, Ceyda; “Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri”, Güncel Yayınevi, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No: 4, İzmir 2008.

SACHS, Stephen Edward; “The Law Merchant and The Fair Court of St. Ives”, 1270-1324, Cambridge, 2002, (çevrimiçi) <http://www.stevesachs.com.thesis/.pdf>, 23/12/2003.

ŞANLI, Cemal; “Milletlerarası Ticari Tahkimde, Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu”, Bildiriler-Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984.

ŞANLI, Cemal; “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”; Sevinç Matbaası, Ankara 1986.

ŞANLI, Cemal, **EKŞİ**, Nuray; “Uluslararası Ticaret Hukuku”, 2. Bası, Beta Yay, İstanbul 2000.

TEKİL, Fahiman; “Ticari İşletme Hukuku”, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981.

TESAL, Reşat; D.; “Ticaret Hukuku”, İstanbul 1984.

TOKSAL, Baki; “Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt: I (1 ilâ 99 maddeler), Ankara 1986.

TRARI TANI, Mostefa; “Droit Algérien de l’arbitrage Commercial International”, Berti Editions, Collection Droit Pratique, 1^{ère} Edition, Alger 2007.

TRARI TANI, Mostépha, **PISSOORT**, William, **SAERENS**, Patrick; “Droit Commercial International Conforme aux conventions internationales ratifiées par l’Algérie”, Berti Editions, Collection Droit Pratique, Alger 2007.

The Commission on European Contract Law,
http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/members.htm (30.03.2010)

UMAR, Bilge; “Hukuk Başlangıcı Ders Kitabı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 79, İzmir 1997.

ULUSOY, Erol; “Ticari Örf ve Âdet Hukuku ve Türkiye’de Geçerli olan Ticari Örf, Âdet ve Teamüller Fire ve Zayiat Kararları”, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2001.

ÜNAL, Oğuz Kürşat; “Türk Ticaret Kanunu’nda ve Vergi Usul Hukukunda Fatura ve İspat Kuvveti”, Bilge Yay., 4. Baskı, Ankara 2006.

VILUS, Jelena; “Views of commentators on references to reasonableness in the CISG”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html#overv> (2005)

VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales; “The Formation of Contracts and the Principles of European Contract Law”,
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales.html> (2005)

VRELLIS, Spridon; “Major Problems of International Civil Procedure as Compared to the ALI/UNIDROIT Principles and Rules”, *Revue Hellénique de Droit International*, publiée par L’Institut Hellénique de Droit International et Etranger, Editions Ant. N. SAKKOULAS, 1/2003.

YOVEL, Jonathan; “The Seller’s Right to Cure a Failure to Perform: an Analytic Comparison of the Perspective Provisions of the CISG and the PECL, *Nordic Journal of Commercial Law*”, issue 2005 #1, http://www.njcl.utu.fi/1_2005/commentary1.pdf. (29.08.2008)

ZIMMERMANN, Reinhard; “Introduction: Towards a Restatement of The European Law of Obligations”, Cambridge University Press,
http://assets.cambridge.org/9780521814614/excerpt/9780521814614_excerpt.pdf (29.08.2008)

ÖZET

SELÇUK ÖLÇEK, HATİCE İDİL. Lex Mercatoria ve Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

Tez çalışmamızda, küreselleşen dünyada önem kazanan uluslararası ticari örf ve âdet kuralları ve uygulaması incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak, ülkemiz hukuku temel alınarak örf ve âdet kuralları incelenmiş daha sonra lex mercatoria kavramı ve son olarak Unidroit İlkelerine yer verilmeye çalışılmıştır.

Konunun teorik açıdan geniş olması, uygulama açısından ise Mahkeme içtihatlarının dağınık olması ve Tahkim Kararlarına erişim güçlüğü çalışmamızın en önemli zorluğunu oluşturmuştur.

Özellikle Unidroit İlkeleri olmak üzere, lex mercatoria'nın ve yeni lex mercatoria kapsamında olan tüm kuralların, özel hukukta irade serbestisi ilkesi sebebiyle her alanda uygulamasının daha da artacağı sonucuna varılmıştır.

Anahtar Sözcükler:

1. Lex Mercatoria
2. Unidroit
3. Ticari Örf ve Adetler

ABSTRACT

SELÇUK ÖLÇEK, HATİCE İDİL. Lex Mercatoria and It's Application, Master of Thesis, Ankara 2010.

In our thesis study, international commercial custom and usages rules and their applications, which started to gain importance within the globalized world have been discussed. In this manner, first of all commercial custom and usages rules are discussed on the basis of our country's legal system, and then lex mercatoria terms and finally Unidroit Principles are mentioned in the study.

The main difficulties that has been experienced during our study, the issue's being theoretically wide and the Court jurisprudences messy in application and the Arbitration Awards' being very hard to access.

It has been concluded that the application of the rules (especially Unidroit Principles) in lex mercatoria and new lex mercatoria within all aspects is assumed to become widespread within the course of time due to edict autonomy principle in private law.

Keywords:

1. Lex Mercatoria
2. Unidroit
3. Commercial custom and usages