

LEX MERCATORIA'DA CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

CULPA IN CONTRAHENDO IN THE LEX MERCATORIA

Arş. Gör. Dr./Res. Asst., PhD. Lâle Ayhan İzmirli*

Öz

Milletlerarası ticari ilişkilerde taraflar genellikle uzun süren bir müzakere sürecinin ardından sözleşmeyi imzalarlar. Sözleşmenin akdedilmesinden sonra tarafların karşılıklı birtakım sorumlulukları bulunduğu aşıkardır. Buna karşılık sözleşmenin imzalanmasından önce tarafların verdikleri zararlardan sorumlu tutulup tutulamayacaklarını tespit etmek kolay değildir. Günümüzde bir kısım devletler sözleşme müzakerelerinde karşı tarafa verilen zararlarda culpa in contrahendo sorumluluğu kabul etmektedir. Bu tür bir sorumluluğun lex mercatoria'da uygulanabilirliği ise tartışmalıdır. Hukuki niteliği ve kapsamı konusunda uzlaşma olmamakla birlikte, son dönemde milletlerarası ticaret alanında lex mercatoria olarak anılan kurallar yeniden ele alınmaya başlanmıştır. Çalışma temelde lex mercatoria olarak anılan kurallarda sözleşme öncesi sorumluluğa dayanak olabilecek bir düzenleme bulunup bulunmadığını araştırmıştır. Bu doğrultuda lex mercatorianın kapsamı içinde bulunan UNIDROIT Prensipleri, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ve Trans-Lex prensipleri incelenmiş ve bu metinlerde culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanabilmesini sağlayacak hükümler değerlendirilmiştir.

Abstract

Parties of the international trade relations usually sign the contract after long negotiations. It's obvious that parties have number of responsibilities after the conclusion of the contract. In spite of this, it's not easy whether they're liable for the damages before the conclusion of the contract. At the present time, some countries acknowledge culpa in contrahendo doctrine for the damages

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Ankara, Türkiye, ayhanlale@gazi.edu.tr.

** Makale Gönderim Tarihi:04.08.2017; Makale Kabul Tarihi:04.10.2017.

of the other party during the contract negotiations. It's a contradictive topic whether this kind of liability is applicable in the field of lex mercatoria or not.

Recently, the rules, namely, lex mercatoria is considered again in the field of international trade, even though there's no agreement on its legal character and scope. This study mainly searches whether there's a base for culpa in contrahendo among these rules called lex mercatoria. In this direction, UNIDROIT Principles, Principles of European Contract Law and Trans-Lex Principles are examined and evaluated in order to determine the basis of culpa in contrahendo within the scope of lex mercatoria.

Anahtar Kelimeler: *Lex mercatoria, culpa in contrahendo, Sözleşme öncesi sorumluluk, Milletlerarası ticaret, UNIDROIT, PECL.*

Keywords: *Lex mercatoria, Culpa in contrahendo, Precontractual liability, UNIDROIT, PECL.*

Giriş

Millî hukuk sistemlerinin büyük çaptaki farklılığına rağmen, birçok ülkede tacirler ve şirketler, ticari sözleşme uygulamalarında önemli derecede uyumlaştırma sağlamışlardır¹. Ancak bu uyumlaştırmalar yeterli görülmediğinden olsa gerek ki milletlerarası ticari ilişkilerde uygulanacak farklı kurallar benimsenmiştir. Bu durum, Ortaçağ Avrupası'nda tacirlerin kendi aralarındaki ticari ilişkilere uygulanan *lex mercatoria*'nın modernleştirilmesi olarak yorumlanmaktadır.

Bu çalışmada, *lex mercatoria*'da culpa in contrahendo sorumluluğu, diğer ifadesiyle sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranışla verilen zarardan sorumluluk üzerinde durulacaktır. Bu sebeple öncelikle *lex mercatoria*'nın kapsamı tespit edilecek ve *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında gördüğümüz milletlerarası ticarete kullanılan prensiplerde culpa in contrahendo sorumluluğun uygulanmasını sağlayabilecek bir hüküm olup olmadığı incelenecektir. *Lex mercatoria* kavramı tartışmalı bir kavram olmakla birlikte, milletlerarası

¹ Harold J. BERMAN / Colin KAUFMAN, “*The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*”, 19 Harv. Int'l L.J., 1978, S:221-278, s.221; Tamara Milenković KERKOVİĆ, “*Origin, Development and Main Features of the New Lex Mercatoria*”, University of Niš, The Scientific Journal Facta Universitatis Series: Economics and Organization, Vol: I, No: 5, 1997, S:87-91, s.87. KERKOVİĆ, milletlerarası ticaretin aktörlerinin ticari sözleşmeye ilişkin pratik uygulamalarında önemli derecede uyum sağladığını belirtmiş, BERMAN ve KAUFMAN da milletlerarası ticari sözleşmelerde ödeme yöntemlerine ilişkin hükümler, tahkim anlaşması, yarar ve hasarın geçişi ve benzeri konulardaki milli düzenlemelerin benzer nitelikte olduğunu belirtmiştir.

ticari sözleşmelerin bu kavramın kapsamına dâhil olduğu konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bununla birlikte, *lex mercatoria*'nın sözleşmenin henüz kurulmadığı aşamada uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir görüş birliğinden söz etmek de mümkün değildir.

Çalışmanın ilk kısmında *lex mercatoria* kavramı incelenmiştir. *Lex mercatoria*'nın hukuki niteliği ve kaynaklarına ilişkin tartışmaların yoğunluğuna rağmen, incelemede doktriner tartışmalara fazla girilmemesine özen gösterilmiştir. Ortaçağ Avrupası'nda *lex mercatoria* olarak anılan kavramın bir devlette pozitif geçerliliği olmayan kurallardan oluştuğu konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Asıl tartışma modern *lex mercatoria* olarak anılan kavram sebebiyle yaşanmaktadır. Günümüzde *lex mercatoria* ile ilgili yapılan tartışmaların ağırlık noktası, aşağıda ele alınacağı gibi, bu kuralların bir hukuk sistemi olup olmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Buna ek olarak, birden fazla devletin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların *lex mercatoria*'nın kapsamına dâhil olup olmadığı da tartışılmaktadır. Milletlerarası anlaşmalar hem belirli devletlerde pozitif geçerliliğe sahip olması, hem de sayıca fazla olması sebebiyle çalışmanın inceleme alanı dışında bırakılmıştır. Çalışmada *culpa in contrahendo*'nun uygulanabilirliği bakımından *lex mercatoria* kapsamında kabul ederek incelediğimiz metinler, tarafların atıf yaptığı durumlarda uygulanabilecek olan metinlerdir. Ancak uygulanacak hukuk bağlamında *culpa in contrahendo* sorumluluğuna uygulanacak hukuk konusu çalışmanın sınırlarını aşacağı için dışarıda bırakılmıştır².

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) gibi milletlerarası ticari kuruluşlar veya diğer organizasyonlar tarafından hazırlanıp yayımlanan yeknesak kurallar, standart sözleşmeler gibi kuralları *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında kabul etmemize rağmen, çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira bu tür kurallar veya sözleşmeler sayıca çok fazla olduğu gibi, genel kurallardan ziyade ticari hayatta yer alan belirli sektörlere yöneldiğinden bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Son olarak milletlerarası nitelikli hakem kararları da çalışmanın kapsamını fazlasıyla genişleteceğinden kapsam dışı bırakılmıştır.

Çalışmanın *culpa in contrahendo*ya ilişkin genel bilgi verilen ikinci kısmında ise, *lex mercatoria* kavramında olduğu gibi hukuki niteliğine ilişkin doktriner tartışmalara girilmemeye gayret edilmiştir.

² Milletlerarası özel hukukta *culpa in contrahendo*ya uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sedat SİRMEN, *Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016; Zeynep Derya TARMAN, "*Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010, S:1655-1680.

Çalışmada, milletlerarası ticarete culpa in contrahendo sorumluluğuna esas olabilecek metinlerden yalnızca üçü incelenmiştir. Bağlayıcılığı olmayan UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law – Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Milletlerarası Enstitü*)³ Prensipleri, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (*Principles of European Contract Law-PECL*)⁴ ve Trans-Lex Prensipleri⁵ üzerinde durulmuş, bu prensipler içerisinde milletlerarası ticarete culpa in contrahendo sorumluluğuna temel olabilecek hükümler ele alınmıştır. Adı geçen prensipler, herhangi bir devlette pozitif geçerliliği olmayan milletlerarası ticareti ilgilendiren temel prensiplerdir.

I. *Lex Mercatoria* Kavramı ve Tarihi Süreç

A. *Lex Mercatoria* Kavramı

Lex mercatoria Ortaçağ Avrupası'nda tacirler tarafından uygulanan ve müstakil, uluslararası veya uluslararası özel kurallardan oluşan, 'tacirler hukuku' anlamına gelen ve 'ticari örf ve âdet hukuku'nu ifade etmek için kullanılan Latince bir terimdir⁶. Uluslararası örf ve âdet hukuku, uluslararası ticarete ilişkin sistem olarak daha önce ortaya çıkmış olsa da,⁷ terim olarak *lex mercatoria* adı ilk kez 1290 yılında, İngiltere'de ticari teamüllerin '*Fleta Kanunları*' adı altında toplandığı zaman kullanılmıştır⁸.

Lex mercatoria, uluslararası ticaret çerçevesinde (herhangi bir millî hukuk sistemine dayanmaksızın) kendiliğinden ortaya çıkan ve tacirler topluluğu tarafından kullanılan bir grup

³ Prensiplerin İngilizce metni için erişim adresi: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, erişim tarihi: 21.11.2017.

⁴ Prensiplerin İngilizce metni için erişim adresi: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/textef.html>, erişim tarihi: 21.11.2017.

⁵ Prensiplerin İngilizce metni için erişim adresi: [https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria)), erişim tarihi: 21.11.2017.

⁶ Christine WINDBICHLER, "*Lex Mercatoria*", International Encyclopedia of The Social and Behavioral Sciences (Smelser/Baltes eds.), 2001, S:8740-8743, s.8740, erişim Adresi: <http://windbichler.rewi.hu-berlin.de/Aufsatz%20lex%20mercatoria%20IESBS.pdf>, erişim Tarihi: 02.11.2010; Ejder YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.741.

⁷ Bazı kaynaklar milletlerarası ticarete ilişkin örf-âdet hukukunun bilinen ilk kodifikasyonunun M.Ö.3 yüzyılda Akdeniz bölgesinde *Lex Rhodia* veya Rodos Hukukunda gerçekleştiğini belirtmektedir. Bkz. Leon E. TRAKMAN, *The Law Merchant: Evolution of Commercial Law*, Fred B.Rothman&Co., Colorado, 1983, s.8; Marlene WETHMAR-LEMMER, "*The Development of the Modern Lex Mercatoria: A Historical Perspective*", 11 Fundamina, 2005, S:183-199, s.184.

⁸ Arzu OĞUZ, "*Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 3, S:11-53, s.21.

genel prensip ve teamül kuralı olarak tanımlanmaktadır⁹. Ortaçağ Avrupası'nda ticari ilişkilerde geçerli olan *lex mercatoria*'nın karakteristik özellikleri; sınır aşan yapıda ve usulî açıdan hızlı olması, (kural olarak) tacirlerin örf ve âdetlerine dayanması, prensiplerin özellikle eşitlik ve iyi niyete vurgu yapması ve yargılamanın hâkimler tarafından değil, tacirlerin kendileri tarafından yapılması olarak sıralanmaktadır.¹⁰

Günümüzde *lex mercatoria*, yazılı olmayan, en azından sistematik olarak bir araya getirilmiş olmayan milletlerarası ticaret hukukuna veya örf-âdete ilişkin prensipleri işaret etmek için de kullanılmaktadır¹¹. Ortaçağ Avrupası'nda geçerli olan *lex mercatoria*'ya ilişkin özellikler, günümüz dünyasında geçerli kabul edilen *lex mercatoria*'nın ana hatlarıyla uyum göstermektedir. Günümüz *lex mercatoria*'sının genel özelliklerini belirtmeden önce *lex mercatoria*'nın tarihi gelişimine kısaca değinmek yerinde olacaktır.

B. Lex Mercatoria'nın Tarihi Gelişimi

1. Roma Hukuku

Lex mercatoria'nın kökeni, Roma hukukunda *ius gentium* ve *bona fides*'e dayandırılmıştır¹². *Lex mercatoria* Roma özel hukukundan (*ius civile*'den) daha esnek olan bir çeşit milletlerarası hukuk olan '*ius gentium*'un¹³ bir parçası olup, herhangi bir devlet mahkemesi veya bir devletin yasama organı tarafından oluşturulmuş değildir¹⁴. Bu yapısı sebebi ile *lex mercatoria*, milletlerarası ticarete kullanılan ve millî örf ve âdet hukukunu da ihtiva eden bir yapıyı

⁹ Nikitas E. HATZIMIHALI, "The Many Lives – And Faces – of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law", Law And Contemporary Problems, Vol. 71, No: 3, Summer, 2008, S:169-190, s.170; TRAKMAN, *Lex Mercatoria*, s.8.

¹⁰ BERMAN/KAUFMAN, s.225; KERKOVIC, s.89; Gesa BARON, "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria", Arbitration International, Vol. 15, S:115-130, 1999, s.116; Bernardo M. CREMADES / Steven L. PLEHN, "The New Lex Mercatoria and the Harmonisation of the Laws of International Commercial Transactions", 2 B.U.Int'l L.J., 1984, S: 317-348, s.319.

¹¹ WINDBICHLER, s.8741.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Arzu OĞUZ, *Lex Mercatoria*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.55-61; OĞUZ, *UNIDROIT*, s.13-17.

¹³ 'M.Ö. 3. yüzyılın ortalarında uygulanan ve yabancılar ile Roma vatandaşları arasındaki hukuki ihtilafları konu alan yabancılar hukuku olarak tanımlanan *ius gentium*'un o dönemde:

- Roma İmparatorluğu sınırları içerisinde yaşayan tüm topluluklara ortak hukuk ilkelerinin uygulanmasını sağlamak,

- Yabancıların kendi aralarındaki hukuki ilişkiler ile yabancılarla Romalılar arasındaki hukuki ilişkilerde uygulanacak hukuk ilkelerini ortaya koymak,

- Günümüzdeki anlamıyla devletler umumi hukukunun işlevlerini yerine getirmek

olmak üzere üç temel işlevi olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgileri için bkz. OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.55; OĞUZ, *UNIDROIT*, s.14-15; WETHMAR-LEMMER, s.185-186.

¹⁴ KERKOVIC, s.88; WINDBICHLER, s.8740.

haizdi¹⁵. Diğer bir yaklaşım, *lex mercatoria*'nın kaynağını Roma hukukundaki *bona fides*'te aramıştır. Bu görüş belirli bir bölgedeki ticari alışkanlıklar ve genel ticari teamüllerin *bona fides* yardımı ile belirlenmesine dayanmaktadır¹⁶.

2. Kıta Avrupası Hukuku

Ortaçağ Avrupası'nda *lex mercatoria*, Avrupa'da ticaretle uğraşan grubun, kendi ticari faaliyetlerini yönetmek için Roma hukukundakinden farklı orijinal kuralları uygulamaya başlamaları ile tekrar ortaya çıkmıştır¹⁷. 11. yüzyıldan sonra Avrupa'da ticaretin gelişmesiyle birlikte, milletlerarası alanda kabul edilen ve tacirler arasındaki ihtilaflarda uygulanan ve özellikle büyük fuarlarda ve büyük limanlarda tacirler için kurulan, farklı ülkelerin hukukçularından oluşan hâkimlerin yönettiği mahkemelerce uygulanan bağımsız bir teamül hukuku ortaya çıkmıştır¹⁸. *Lex mercatoria* olarak adlandırılan bu kurallar 19. yüzyılda milli hukuklara aktarılmaya başlanmıştır.¹⁹

Ayrıca Kuzey Avrupa'da ortaya çıkan 'Hansa Birliği hukuku' veya 'Serbest Bölge Hukuku' olarak adlandırılan ve herhangi bir ülkenin doğrudan egemenliğinde olmayıp 200 civarında şehir devlette uygulanan, ticaret hukukuna ilişkin düzenlemeler de içeren kendine özgü bir hukuk kurumu olarak 500 yıl varlığını devam ettirmiştir²⁰.

¹⁵ WINDBICHLER, s.8740.

¹⁶ KERKOVIC, s.89; OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.58; OĞUZ, *UNIDROIT*, s.18-19; TRAKMAN, *Lex Mercatoria*, s.7. Günümüz *lex mercatoriası* konusunda benzer bir yaklaşım için bkz. Thomas CARBONNEAU, "A Definition of and Perspective Upon The Lex Mercatoria Debate", *Lex Mercatoria and Arbitration*, Revised Edition, Ed: Thomas E. Carbonneau, Juris Publishing, 1998, S:11-22, s.17.

¹⁷ BERMAN/KAUFMAN, s.226; KERKOVIC, s.88; TRAKMAN, *Lex Mercatoria*, s.9. Bu dönemde ortaya çıkan bağımsız mahkemeler ve ticari teâmül kuralları, özellikle ticari hayat hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olmayan hâkimlerden ve feodal sistemde uygulanan katı hukuk kurallarının uygulanmasından kaçınabilmeleri için bir yol aramaları sonucunda ortaya çıkmıştır. Bkz. Stephen BAINBRIDGE, "Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of 1964 and 1980 Sales Conventions", 24 *Virginia Journal of International Law*, 1984, S:619-665, Ayrıca Erişim adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>, erişim tarihi: 09.12.2017, s.5; Janak DE SILVA, "The New Law Merchant: Fact or Fiction", 17 *Sri Lanka J. Int'l L.*, 2005, S:167a-182, s.173-174.

¹⁸ BAINBRIDGE, s.5; BARON, s.116; BERMAN/KAUFMAN, s.224-226; DE SILVA, s.172; OĞUZ, *UNIDROIT*, s. 20; TRAKMAN, *Lex Mercatoria*, s.8-9; AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.9-10. Örneğin tacirler arasındaki ilişkilerde, bir ortağın ölümü hâlinde ölenin hak ve borçlarının diğer ortak açısından devam etmesi, irade muhtariyeti prensibinin doğması, bir senedin hamili olan kişinin ödemeyi kabul etme hakkı, asıl malikten çalınan malı pazar gibi yerlerden alarak iyiniyetle zilyet olan üçüncü kişinin asıl malike karşı korunması ve benzeri kurallar bu dönemde tacirler arasında uygulanmaya başlanmıştır. Bkz. BERMAN/KAUFMAN, s.225-226; KERKOVIC, s.89. Ayrıca bkz. TRAKMAN, *Lex Mercatoria*, s.12 vd.

¹⁹ BARON, s.117; DE SILVA, s.177; WETHMAR-LEMMER, s.190 vd.; Peter MAZZACANO,; "The Lex Mercatoria as Autonomous Law", *Comparative Research in Law & Political Economy*, Research Paper Series, 29/2008, Vol: 04, No: 06, 2008, S:1-14, s.11.

²⁰ OĞUZ, *UNIDROIT*, s.21; OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.64.

3. İngiliz Hukuku

Tacirler hukukunun İngiliz hukukunda gelişimi ve evrimi başlangıçta Avrupa'daki sürece benzer şekilde ilerlese de, özellikle 16. yüzyıldan sonra Kıta Avrupası hukuklarından farklı bir yol izlemiştir²¹. Ancak zaman içinde İngiltere'de uygulanan tacirler hukuku (*law merchant*), Kıta Avrupası ile paralellik gösteren bir yapıya doğru evrilmiştir²². *Lex mercatoria* tabirinin ilk kez kullanıldığı İngiltere, önceleri yalnızca tacirlere uygulanan bir hukuk olarak farklı sistemler benimsemiş, daha sonra *common law*'dan daha katı ve resmi olan tacirler hukukunu (*law merchant*) uygulamış²³ ve nihayet 1700'lü yıllarda tacirler hukuku, *common law*'ın içerisine alınmıştır²⁴.

4. Amerikan Hukuku

Amerikan hâkimleri 1900'lü yıllara gelmeden önce tacirlere özgü kuralları tanımışlar ve bu kurallar kadim kurallar olmasa dahi uygulama eğilimi göstermişlerdir²⁵. Son dönemde ise UCC (*Uniform Commercial Code*)'un²⁶ Amerikan hukukunda tacirler hukukunu yeniden dirilttiği ve uygulanmasını teşvik ettiği kabul edilmektedir²⁷.

²¹ BERMAN/KAUFMAN, s.226; TRAKMAN, *Lex Mercatoria*, s.23; WETHMAR-LEMMER, s.190.

²² AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.10-11.

²³ BARON, s.117; WINDBICHLER, s.8741. Bu dönemde İngiltere'de, diğer Avrupa ülkelerindeki uygulamadan farklı olarak, uyumsuzluğa uygulanacak ticari örf ve âdetin de mahkeme öncelikle ve ayrıca ticarî bir teâmül olduğunun kanıtlanması gerekiyordu. Bazı yazarlar tacirler hukukunun İngiliz uygulamasında, aslında tacirler hukukunun karakteristik özelliklerini kaybettiğini belirtmektedirler. Bkz. TRAKMAN, *Lex Mercatoria*, s.29.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. BAINBRIDGE, s.5-6; BERMAN/KAUFMAN, s.226-228; DE SILVA, s.176-177; OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.68; OĞUZ, *UNIDROIT*, s.21-22; WINDBICHLER, s.8740-8741; AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.11-12.

²⁵ TRAKMAN, *Lex Mercatoria*, s.33.

²⁶ *Uniform Commercial Code*, Amerika Birleşik Devletleri hukukunda yer alan ve Birleşik Devletlerin tüm eyaletlerinde ticaret hukukunun uyumlaştırılması amacıyla ilk kez 2001 yılında çıkarılan A.B.D. Yeknesak Ticaret Kanunu'dur. Bkz. Edward G.HINKELMAN, *Dictionary of International Trade*, 8th Edition, World Trade Press, Czech Republic, 2008, s.172. UCC, Amerikan hukukunda sözleşme hukukunun önemli kaynaklarından birisi olarak ticari sözleşmelere uygulanan kurallardan oluşan ve modern ticaretin ihtiyaçlarına cevap veren bir düzenleme olarak görülmektedir. UCC'nin güncel versiyonunda satım, leasing, banka mevduatı, akreditif, kıymetli evrak gibi konulara ilişkin hükümler yer almaktadır. Bkz. Pamela R. TEPPER, *The Law of Contracts and the Uniform Commercial Code*, Third Edition, Cengage Learning, 2015, s.10. UCC hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Erişim adresi: <https://www.law.cornell.edu/ucc>, erişim tarihi: 06.12.2017.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. TRAKMAN, *Lex Mercatoria*, s.33-37. Benzer şekilde CAN da, UCC'nin milletlerarası ticari ilişkileri ve hatta Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)'nı da güçlü şekilde etkilediğini belirtmiştir. Bkz. Mustafa CAN, “*ABD Hukukunda Ticari Satım Sözleşmelerinde Tarafların Hakları*”, *Mevzuat Dergisi*, yıl:5, Sayı:53, Mayıs 2002, Erişim adresi: <https://www.mevzuatdergisi.com/2002/05a/01.htm#>, erişim tarihi: 06.12.2017.

5. 19. Yüzyıldan İtibaren Ortaya Çıkan Gelişmeler

Ortaçağdan sonraki dönemde Avrupa'daki sosyal ve siyasi reformlar tacirler hukukunun yerini sağlamaştırmış ve ticari teamüller genellikle hukuki bir çerçeveye aktarılmaya başlanmıştır²⁸. 19. yüzyılda milletlerarası ticarete ilişkin kuralların iç hukuklarda düzenlenmesi ve milletlerarası ticarete ilişkin ihtilafların çözümünde millî hukukların uygulanması (bunlar her ne kadar milletlerarası özel hukuka atıfta bulunsa da) ticari hayatı olumsuz yönde etkilemiş, bu nedenle özellikle 20. yüzyılda milletlerarası ticaretin hız kazanmasıyla *lex mercatoria* yeniden canlanmaya başlamıştır²⁹.

İçinde bulunduğumuz yüzyılda “*lex mercatoria*” denildiğinde milletlerarası ticarete kabul edilen standartlaşmış hükümler ve milletlerarası ticarete geçerli olan genel hukuk ilkeleri anlaşılmaktadır³⁰. Günümüzde dünya ticaretinin önemli bir bölümü, temelde milletlerarası sözleşmeler ve milletlerarası ticaret alanında faaliyet gösteren kuruluşlar tarafından belirlenen kurallar veya standart sözleşme hükümleri çerçevesinde yürütülmektedir. Bu durum, milletlerüstü özel bir hukuk düzeni yaratılması olarak yorumlanmaktadır.³¹ Milletlerarası ticarete ilişkin günümüzdeki bu düzeni, eski *lex mercatoria*'dan ayırt etmek için bazı yazarlar ‘yeni *lex mercatoria*’, ‘modern *lex mercatoria*’ veya ‘yeni tacirler hukuku’ gibi kavramlar kullanmaktadır³².

Yeni *lex mercatoria* olarak adlandırılan bu yapının karakteristik özelliklerini şu şekilde özetleyebiliriz³³; Herşeyden önce temel kaynağını milletlerarası teamüllerden almakta, milletlerarası sözleşmeler için standartlar belirlemekte ve sürekli olarak kodifiye edilmektedir. Bu çerçevede günümüz *lex mercatoria*'sının milletlerüstü bir yapıda olduğu söylenebilir. Ancak burada ‘milletlerüstü’ yapıdan kasıt, bağımsız bir hukuk sistemine işaret etmemektedir. Zira günümüz *lex mercatoria*'sı henüz bu aşamaya ulaşmamıştır³⁴. Ayrıca bazı yazarlara göre sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğa işaret eden culpa in contrahendo doktrini de modern *lex mercatoria*'nın temel prensipleri arasındadır³⁵.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. TRAKMAN, *Lex Mercatoria*, s.24 vd.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. MAZZACANO, s.12-14.

³⁰ WINDBICHLER, s.8741.

³¹ Bkz. KERKOVIC, s.89.

³² Bkz. WINDBICHLER, s.8741; HATZIMIHAİL, s.169.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. KERKOVIC, s.90-91.

³⁴ KERKOVIC, s. 89

³⁵ DE SILVA, s.180.

C. *Lex Mercatoria*'nın Kaynakları

Lex mercatoria'nın hukuki niteliğini belirleyebilmek için öncelikle kaynaklarının saptanması isabetli olacaktır. Günümüzde *lex mercatoria*, milletlerarası ticaret hukukunda tartışmasız bir gerçek olarak kabul edilmesine rağmen, kapsamı ve sınırları belirsizdir³⁶. Kavramın tarihi gelişiminden anlaşılacağı üzere *lex mercatoria*, kaynağını ticari teamüllerden almış kurallar bütünüdür. *Lex mercatoria*'nın özgünlüğü, kaynağının devletlerin millî hukukları dışında olması ve kendiliğinden tacirler topluluğunun uygulamalarından doğmuş olmasıdır³⁷. Bazı yazarlar *lex mercatoria*'nın kaynaklarının yalnızca milletlerarası ticaret hukukunun yazılı olmayan ve tacirler hukuku olarak devam eden ticari örf-âdet ve teamül kuralları olduğunu belirtmektedirler³⁸. Buna karşılık günümüzde, gerek milletlerarası ticaretin gelişmesi, gerekse uluslararası ve uluslararası düzenlemelerin yapıyor olması sebebiyle *lex mercatoria*'nın kaynaklarının yalnızca ticari teamül hukukunda aranması yeterli olmamaktadır. Bu nedenle günümüzde modern *lex mercatoria*'nın pozitif karakteri haiz milletlerarası düzenlemeler ve milletlerarası ticari teamüller olmak üzere iki ana kaynağının olduğu kabul edilmektedir³⁹. Doktrinde hukukun genel ilkeleri, (ICC, FIDIC, GAFTA ve benzeri) uluslararası ticari kurum ve kuruluşların ve meslek birliklerinin ortaya koyduğu kurallar ve tip sözleşmeler, milletlerarası ticari nitelikli uyuşmazlıklara ilişkin olarak verilen hakem kararları ve nihayet milletlerarası ticari örf ve âdet kuralları *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında kabul edilmektedir⁴⁰. Buna karşılık milletlerarası anlaşmalar bazı yazarlar tarafından *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında görülmesine rağmen,⁴¹ bazı yazarlar milletlerarası anlaşmaları *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında kabul etmemektedir⁴².

³⁶ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.191.

³⁷ Ercüment ERDEM, “*Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi*”, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, S:321-373, s.325.

³⁸ Bkz. Ramazan DURGUT, “*Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması*”, Prof. Dr. Aslan Gündüz Anısına Armağan, MHB Özel Sayısı, Yıl: 25-26, Sayı: 1-2-, 2005-2006, İstanbul, S: 105-128, s.107.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. HATZIMIHAL, s.180; Ferenc MADL, “*Codification of Commercial Practice in Eastern European Countries: Lex Mercatoria from a Hungarian Perspective*”, *Lex Mercatoria and Arbitration*, Revised Edition, Ed: Thomas E. Carbonneau, Juris Publishing, 1998, S:231-247, s.232.

⁴⁰ ERDEM, s.325; Klaus Peter BERGER, *The Creeping Codification of The New Law Merchant*, Second Edition, Wolters&Kluwer, 2010, s.88; Richard J. HOWARTH, “*Lex Mercatoria: Can General Principles of Law Govern International Commercial Contracts?*”, 10 *Canterbury L. Rev.* 2004, S:36-77, s.44-46.

⁴¹ Bkz. OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.108-110; AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.122.

⁴² Milletlerarası anlaşmaları *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında kabul etmeyen görüşlerin ortak özelliği, bunların *lex mercatoria*'yı yalnızca milletlerarası ticari örf ve âdete dayandırmasıdır. Bu görüşe göre *lex mercatoria*, milletlerarası ticaretin kendine özgü kuralları olup, herhangi bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kurallardan meydana gelmektedir. Bkz. Vahit DOĞAN, *Akreditif*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s.145 vd.; Vahit DOĞAN, *Banka Teminat Mektupları*, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s.177 vd. Doğan'a göre milletlerarası anlaşmalar bir devlet tarafından imzalanıp, onaylandıktan sonra usulüne uygun biçimde yürürlüğe

1. Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri, hukuk düzeninin temel taşlarıdır. Bunlar farklı millî hukuk düzenlerinde ortak yönlendirici olan düşünceler⁴³ veya birçok millî hukuk düzeninde yer alan ve milletlerarası hukuk düzenine aktarılmasına hukuk mantığı veya yargısal açıdan engel bulunmayan, devletlerin ortak hukuk değerlerinden oluşan kurallar⁴⁴ olarak tanımlanmaktadır. Hemen her hukuk düzeni tarafından bilinen ve ticari ilişkilerde de uygulanan bu ilkelere; iyi niyet, ahde vefa, sözleşmenin uyarlanması, hakkın kötüye kullanılması yasağı, kazanılmış haklara saygı gibi ilkeler örnek verilebilir⁴⁵.

Bunlar dışında bazı yazarlar, milletlerarası ticaret hukukunun genel ilkelerinden bahsetmektedirler⁴⁶. Bu ilkelere örnek olarak verebileceğimiz Trans Lex İlkeleri⁴⁷ de *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında görülmektedir⁴⁸.

2. Milletlerarası Ticari Teamüller

Ticari teamüller, ticari hayatta uzun zamandır uygulanagelen ve herkesin üzerinde hemfikir olduğu ticari geleneklerdir⁴⁹. Taraflar aralarındaki ticari ilişkide, belli konularda hüküm koymamışlar ise, kendilerinin bildiği veya bilmelerinin gerektiği, milletlerarası ticarete dikkate alınan ticari teamüllere dayandıkları kabul edilmektedir⁵⁰. Bu noktada milletlerarası teâmüllerin içeriği konusunda da farklı yaklaşımlar bulunduğunu da belirtmemiz gerekmektedir. Milletlerarası teâmül hukukunu yalnızca yazılı olmayan milletlerarası hukuk uygulamaları,

sokulmuşsa, artık o devlet açısından pozitif geçerliliği vardır. Bu nedenle, anlaşmayı imzalayan devletler bağlamında pozitif geçerliliği olan kuralların *lex mercatoria* niteliğinden söz edilemez.

⁴³ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.134-135; OĞUZ, *UNIDROIT*, s.28.

⁴⁴ DOĞAN, *Akreditif*, s.143.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. CARBONNEAU, s.18-19; DOĞAN, *Akreditif*, s.144; OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.134-153; OĞUZ, *UNIDROIT*, s.29-31.

⁴⁶ Milletlerarası ticaretin genel ilkeleri olarak adlandırılan kuralların farklı hukuk sistemlerinin karşılaştırılmasıyla ortaya çıktığı ve milletlerarası anlaşmalar, milletlerarası mahkeme içtihatları gibi milletlerarası kaynaklardan doğduğu belirtilmektedir. Bkz. ERDEM, s.326.

⁴⁷ Trans Lex İlkeleri hakkında bilgi için bkz. Erişim Adresi: <http://www.trans-lex.org/content.php?what=8>, erişim Tarihi: 01.12.2017. Söz konusu ilkeler, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde 'Milletlerarası Ticarete Culpa in Contrahendo Sorumluluğa Temel Olabilecek Metinler' başlığı altında incelenmiştir.

⁴⁸ BERGER, *Law Merchant*, s.12.

⁴⁹ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.105. Benzer yönde bkz. Clive M. SCHMITTHOFF, *International Trade Usages*, ICC, 1987, s.9.

⁵⁰ OĞUZ, *UNIDROIT*, s.25.

hukukun genel prensipleri gibi kavramlara dayandıranlar olduğu gibi, örf ve âdet hukukunu, tüm yazılı hukuk kurallarını da içine alacak şekilde geniş yorumlayanlar da bulunmaktadır⁵¹.

Günümüzde ticari hayatın müthiş hızlı akışı, ticari işlemlerin fazlasıyla karmaşık olması karşısında ticari hayatta yer alan taraflar, mümkün olan en az zamanda, her şeyin ayrıntılı biçimde ticari sözleşmelerde dikkate alınmasını istemektedirler. Bu noktada da ticari teamüller boşlukların doldurulması, tarafların yaptıkları sözleşmede kullanılan terminolojinin yorumlanması gibi kolaylıklar sağlamaktadır⁵².

Yazılı hale getirilsin ya da getirilmesin, *lex mercatoria*’nın özünü milletlerarası ticari teamül ve uygulamalar oluşturmaktadır⁵³. Ticari teamüller, günümüzde de milletlerarası ticari ilişkilerde iç hukuk kurallarından daha ağırlıklı olarak kullanılmaktadır⁵⁴. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi gibi bazı anlaşmalarda, ticari teamüller önemli bir yorum aracı olarak kabul edilmektedir⁵⁵.

3. Tip (Standart) Sözleşmeler

Tip sözleşmeler, sözleşmenin esaslı unsurlarının önceden düzenlendiği sözleşme metinleri olup, form veya genel işlem şartları şeklinde düzenlenmektedir⁵⁶. Milletlerarası ticari sözleşmelerde⁵⁷ milletlerarası organizasyonlar tarafından hazırlanan tip sözleşmeler şablon

⁵¹ ‘Milletlerarası örf ve âdet kavramı’ ile görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Akif KÜTÜKÇÜ, *Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku*, Asil Yayınları, Ankara, 2005, s.8 vd. ‘Ticari adet’ ve ‘ticari teamül’ kavramları hakkında ise ayrıca bkz. AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.163-166; Mahmut T. BİRSEL; “*Ticari Örf ve Âdet*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:1968, Sayı:2, S:204-210, s.207-208.

⁵² BAINBRIDGE, s.4.

⁵³ Harold J. BERMAN / Felix J. DASSER, “*The “New” Law Merchant and the “Old”*: Sources, Content, and Legitimacy”, *Lex Mercatoria and Arbitration*, Revised Edition, Ed: Thomas E. Carbonneau, Juris Publishing, 1998, S: 53-70, s.64; DOĞAN, *Akreditif*, s.18, 145 vd.; DOĞAN, *Teminat*, s.177 vd. AYOĞLU ise ticari adet ve teamüllerin, sözleşmeler hukukunun genel prensipleri ile birlikte *lex mercatoria*’nın sert çekirdeğini oluşturduğunu ve her ikisinin de *lex mercatoria*’nın yapı taşı olduğunu belirtmiştir. Bkz. AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.164.

⁵⁴ Bernard AUDIT, “*The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*”, *Lex Mercatoria and Arbitration*, Ed: Thomas E. Carbonneau, Juris Publishing, 1998, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>, erişim Tarihi: 11.01.2017, s.3. Benzer yönde bkz. AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.164.

⁵⁵ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.105; OĞUZ, *UNIDROIT*, s.25. Anlaşmanın 7.maddesinde, anlaşmanın yorumunda anlaşmanın milletlerarası niteliğinin ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının gözetileceği belirtilmiş, 9. maddesinde ise sözleşmede tarafların düzenlemedikleri hususlarda “*bildikleri veya bilmeleri gereken ve milletlerarası ticaret alanında yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan ticari teamüllerin*” uygulanmasını zımnen kabul ettikleri belirtilmiştir. Her iki hüküm de sözleşmenin kurulması aşaması da dahil, sözleşmenin yorumunda ve uygulanmasında milletlerarası ticari teamüllerin dikkate alınacağına işaret etmektedir.

⁵⁶ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.97; OĞUZ, *UNIDROIT*, s.23.

⁵⁷ ‘Milletlerarası ticari sözleşme’ kavramı, Türk hukukunun da dâhil olduğu Kıta Avrupası hukuklarında kullanılan kavramdan farklılık göstermektedir. Burada kastedilen ‘ticari iş’ kavramı olmayıp, bundan çok daha geniş anlamda, her tür iş ve ticaret ilişkisini içerecek şekilde kullanılmakta ve özel veya tüzel kişiler arasında ekonomik

olarak kullanılmakta ve önemli bir boşluğu doldurmakta, aynı zamanda da tarafları sözleşme hazırlama külfetinden kurtarmaktadır⁵⁸.

Milletlerarası nitelikli satımlar için ICC⁵⁹ tarafından hazırlanan ICC Milletlerarası Satım Tip Sözleşmesi; İnşaat sektöründe FIDIC⁶⁰ tarafından hazırlanan tip sözleşmeler; Anglo-Sakson hukukunda GAFTA⁶¹ ve FOSFA'nın⁶²; ABD'de ASTA'nın⁶³ hazırladığı tip sözleşmeler örnek verilebilir⁶⁴.

4. Yeknesak (Birörnek) Kurallar

Yeknesak kurallar, milletlerarası ticari sözleşmelerde sıklıkla yer verilen kavramlara ilişkin tanımlar veya belirlemelerdir⁶⁵. Yeknesak kurallar özellikle milletlerarası ticari sözleşmelerde kullanılan terimlerin anlamı, sözleşmede yer alan şartların yorumlanması gibi konularda yeknesaklık sağlamaktadır. Bu kuralların kendiliğinden bağlayıcılığı ve yaptırım gücü bulunmamaktadır⁶⁶. Yeknesak kurallar standart sözleşmelerden farklı olarak tarafların aralarında yapacağı sözleşmenin tüm detaylarını düzenlemeyip sadece belirli bir kısmını düzenler ve ilgili olduğu alanda sıklıkla kullanıldığı takdirde ticari teamül haline gelmesi de mümkündür⁶⁷.

karaktere sahip olan tüm meseleler 'ticari' olarak kabul edilmektedir. Bkz. Ceyda SÜRAL, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, s.11.

⁵⁸ Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, 2.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.23.

⁵⁹ Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce - ICC*) internet sitesi: www.iccwbo.org, erişim tarihi: 08.12.2017.

⁶⁰ Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu (FIDIC – *International Federation of Consulting Engineers*) internet sitesi: www.fidic.org, erişim tarihi: 08.12.2017.

⁶¹ GAFTA (Hububat ve Yem Ticaret Birliği – *The Grain and Feed Trade Association*) internet sitesi: www.gafta.com, erişim tarihi: 08.12.2017. GAFTA internet sitesinde standart sözleşmelerin bir kısmına ücretsiz olarak erişmek mümkündür.

⁶² FOSFA (Yağlı Tohumlar ve Hayvani Yağlar Federasyonu – *the Federation of Oil, Seed and Fats Association*) internet sitesi: www.fosfa.org, erişim tarihi: 08.12.2017.

⁶³ Amerikan Baharat Ticaret Birliği (*American Spice Trade Association*) internet sitesi: www.astaspice.org, erişim tarihi: 08.12.2017.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi ve diğer örnekler için bkz. ERDEM, s.328-330; OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.100. Ayrıca tip sözleşmeler ve milletlerarası teamül hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Clive M. SCHMITTHOFF, "The Unification or Harmonisation of Law By Means of Standard Contracts and General Conditions", 17 *Int'l&Comp.L.Q.* 1968, S: 551-570, s.554 vd.

⁶⁵ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.101; OĞUZ, *UNIDROIT*, s.23-24; WETHMAR-LEMMER, s.195.

⁶⁶ Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.2.

⁶⁷ Tolga AYOĞLU, "Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria", *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed: Ahmet Cemil YILDIRIM / Serhat ESKİYÖRÜK, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, S:27-36, s.33-34.

Yeknesak kurallar genellikle milletlerarası ticaret alanında uzmanlığı kabul edilen milletlerarası organizasyonlar tarafından yayınlanmakta⁶⁸ ve genellikle millî kanun koyucular için model kanun veya milletlerarası anlaşma şeklinde hazırlanmaktadır⁶⁹. Bazı yazarlar milletlerarası ticaret hukukunun *lex mercatoria*'nın bir parçası olan bu kaynaklar tarafından yönetildiğini belirtmektedir⁷⁰.

Son dönemde yeknesak kuralların en bilinen örnekleri ICC tarafından hazırlanan 'Incoterms'⁷¹ ve 'Akreditife İlişkin Yeknesak Kurallardır'⁷².

5. Restatement (Derleme) Niteliğindeki Kurallar

Bu tür kurallar, Amerikan hukukunda *restatement*⁷³ adıyla hazırlanan düzenlemelerden esinlenilerek hazırlanan kurallardır⁷⁴. Ülkelerin hukuk kurallarını uyumlaştırma konusunda isteksiz davranması, kendilerini bağlayıcı anlaşmalara her zaman sıcak bakmaması sebebiyle yapılan anlaşmaların yeterli ilgi görmemesi ve başarısız olması karşısında ortaya çıkan ihtiyaca binaen oluşturulmuştur⁷⁵. Derleme tekniği ile hazırlanan kurallar, ilgili olduğu milletlerarası

⁶⁸ AYOĞLU, *Sources*, s.34.

⁶⁹ WINDBICHLER, s.8741.

⁷⁰ Bkz. Roy GOODE/Herbert KRONKE/Ewan MCKENDRICK, *Transnational Commercial Law: Text, Cases, Materials*, Oxford University Press, 2007.

⁷¹ Incoterms, milletlerarası ticari ilişkinin tarafları arasındaki mesafe, dil, yerel ticari adetlerdeki farklılıklar gibi nedenlerle milletlerarası ticari terimlerin farklı şekillerde yorumlanması sebebiyle ortaya çıkan problemler karşısındaki ihtiyaç dikkate alınarak ICC tarafından hazırlanan kurallardır. İlk olarak 1936 yılında yayınlanan kurallarda farklı tarihlerde değişiklikler yapılmış, son olarak 2010 yılında güncellenmiştir. Incoterms kuralları, milletlerarası ticari sözleşmelerde terim birliği sağladığı gibi, terimlere yüklenen anlamlara kesinlik kazandırmakta ve sözleşmelerin kılmasına da imkan vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Henry GABRIEL, *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, New York, 2004, s.241-242; Hans van HOUTTE, *The Law of International Trade*, Second Edition, Sweet&Maxwell, London, 2002, s.171; Jan RAMBERG, *International Commercial Transactions*, Fourth Edition, ICC Norstedts Juridik AB, 2011, s.20-21.

⁷² Akreditife İlişkin Yeknesak Kurallar, milletlerarası ticaret alanında akreditife ilişkin olarak farklı yorum ve uygulamaları önlemek amacıyla ICC tarafından 1929 itibaren yapılan yayınlanmaya başlanan kurallardır. Farklı tarihlerde yapılan güncellemelerin sonuncusu 2007 yılında yapılmış ve UCP 600 adı altında kabul edilmiştir. UCP 600 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret*, s.250-277; DOĞAN, *Akreditif*, s.12 vd.

⁷³ *Restatement*, Amerika'nın öne çıkan hakim, avukat ve akademisyenlerinden oluşan Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından ABD ortak hukukunun açıklığa kavuşturulması, sadeleştirilmesi, gelişen sosyal ihtiyaçlara uyum sağlaması gibi amaçlarla, mülkiyet, sözleşme, haksız fiil gibi alanlarda dikkate alınması gereken ilkeler, açıklamalar ve emsal kararları bir araya toplayan, derleme niteliğinde bulunan hukuk eserine verilen isimdir. Yarı resmi bir kod olarak görülen bu derlemeler bağlayıcı olmamakla birlikte, hakimlere yol gösterici niteliktedir. Bkz. Mesut AYGÜN, “*ABD Kanunlar İhtilafı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XX, Yıl: 2016, Sayı:2, S:129-170, s.141 dn.53 ve s.152 dn.109

⁷⁴ Jan H. DALHUISEN, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume I: Introduction – The New Lex Mercatoria and Its Sources*, Hart Publishing, 2013, s.195.

⁷⁵ Benzer şekilde GOPALAN da, derleme niteliğindeki kuralların oluşturulmasında itici gücün hukukun bağlayıcı olmayacak şekilde açıklanması olduğunu belirtmiştir. Bkz. Sandeep GOPALAN, *Transnational Commercial Law*, William S.Hein&Co.Inc., Buffalo, New York, 2004, s.85.

ticaret dalındaki genel kabulü yansıtan ve bağlayıcılığı olmayan düzenlemelerdir⁷⁶. Kural olarak ilgili oldukları konularda milletlerarası ticaret alanındaki genel kabulü yansıtan düzenlemeler içermekle birlikte, ortaya çıkabilecek problemler için yeni çözümler de getirebilmektedir⁷⁷. Ayrıca milletlerarası anlaşmalara nazaran değiştirilmesinin kolay olması⁷⁸ sebebiyle milletlerarası ticari hayatın hızına ve gerekliliklerine daha çabuk cevap verebilecek niteliktedir.

Bu tip çalışmaların en bilinen örnekleri çalışmanın ilerleyen kısımlarında incelenecek olan UNIDROIT tarafından hazırlanan ‘Milletlerarası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT Prensipleri’⁷⁹ ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (PECL)’dir.

6. Milletlerarası Hakem Kararları

Milletlerarası ticari ihtilaflardan doğan hakem kararları hem sayılarının fazlalığı, hem de milletlerarası ticari uygulamalara göre daha hızlı biçimde gelişmesi nedeniyle *lex mercatoria*’nın önemli bir kaynağı olarak görülmektedir⁸⁰. Hakemlerin belirli bir olaya ilişki olarak verdikleri karar, benzer nitelikli diğer olaylar açısından bağlayıcı olmasa da, sonraki olayların çözümünde hakem heyetini belirli bir yoruma ya da çözüme ikna etmek amacıyla etkili bir araç olarak kullanılabilir⁸¹. Doktrinde *lex mercatoria* taraftarları, hakemlerin, bu kuralların yaratıcısı ve uygulayıcısı oldukları milletlerarası hakem kararları ile geliştirilen içtihatları öne çıkarmaktadırlar⁸². Hatta *lex mercatoria*’nın milletlerarası nitelikli hakem kararları ile ayakta durduğu ifade edilmektedir⁸³. Zira tahkim yargılamasında hakemler, herhangi bir ülkenin hukukunu uygulamak zorunda olmayıp, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kurallar konusunda büyük serbestiye sahiptir. Bu serbesti çerçevesinde uyuşmazlığın çözümünde hakemler, belirli bir ülkenin pozitif hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözebilecekleri gibi, belirli bir ülkede pozitif geçerliliği bulunmayan kurallara göre

⁷⁶ AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.190-191, 195.

⁷⁷ Guiditta CORDERO-MOSS, *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press, UK, 2014, s.32, 35.

⁷⁸ GOPALAN, s.87.

⁷⁹ UNIDROIT Prensipleri’nin milletlerarası düzeyde ilk büyük derleme çalışması olduğu belirtilmektedir. Bkz. GOPALAN, s.85.

⁸⁰ ERDEM, s.326; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Andreas F. LOWENFELD, “*Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View*”, *Lex Mercatoria and Arbitration*, Revised Edition, Ed: Thomas E. Carbonneau, Juris Publishing, 1998, S:71-92. Benzer yönde bkz. Sibel ÖZEL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kamunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayınları, İstanbul, 2008, s.150.

⁸¹ AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.349; AYOĞLU, *Sources*, s.35.

⁸² ERDEM, s.325.

⁸³ Bkz. OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.153

de çözebilirler. Hakemler *lex mercatoria*'nın diğer kaynakları olarak belirttiğimiz yeknesak kurallar, derleme niteliğindeki kurallar, standart sözleşmeler, hukukun genel ilkeleri, milletlerarası ticari örf-adet gibi kaynaklara başvurabilecekleri gibi, uyuşmazlığı hakkaniyet ve nesafet esaslarına göre çözmeleri dahi mümkündür⁸⁴. Bununla birlikte bilindiği üzere milletlerarası alanda tahkimin tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden birisi, tahkim yargılamasının gizliliğidir⁸⁵. Bazı yazarlar, tahkimin doğasında bulunan gizlilik gibi unsurların *lex mercatoria*'nın gelişimini sınırladığını da belirtmektedir⁸⁶.

D. *Lex Mercatoria*'nın Hukuki Niteliği

Lex mercatoria'nın bir hukuk kaynağı olduğu konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte,⁸⁷ hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler savunulmaktadır. Tartışmalar, özellikle *lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk düzeni olup olmadığı temelinde yoğunlaşmaktadır.

Lex mercatoria'nın bağımsız bir hukuk düzeni olduğunu savunan görüşler⁸⁸ olduğu gibi, özellikle 'hukuk' nitelendirmesini devlet gücüne bağlayan yazarlarca savunulan ve bağımsız bir hukuk düzeni olmadığını belirten görüşler de mevcuttur⁸⁹. *Lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk düzeni olmadığı yönündeki görüşler, farklı temellere dayanmaktadır. Bir anlayış, *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticari örf ve âdetin ayrı bir 'düzen'i olduğunu ancak bu düzenin tam bağımsız olmadığını savunmaktadır⁹⁰. Diğer anlayışa göre *lex mercatoria*, milletlerarası ticari ilişkilerden doğabilecek bütün hukuki problemlere çözüm getirebilecek kadar kapsamlı

⁸⁴ Hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verilmesi, hakemlerin kendi hakkaniyet ve vicdan anlayışları doğrultusunda değerlendirme yaparak karar vermelerini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.233-235. Hakemlere hakkaniyet ve nesafet esaslarına göre uyuşmazlığı çözüme yetkisi verilen hallerde *lex mercatoria*'nın uygulanması hakkında ayrıca bkz. Didem ÖZDEMİR, "*Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2003, Cilt:7, Sayı:1, S:91-131, s.111 vd.

⁸⁵ Devlet yargısında esas olan alenilik ilkesi iken tahkim yargılamasının gizliliği esastır. Gizlilik ile kastedilen, uyuşmazlığın gizlilik için çözümlenmesi, kural olarak hakem kararlarının yayınlanmamasıdır. Tahkim davası kural olarak hakem heyeti huzurunda, taraflar ve vekilleri ile gerçekleştirilir, duruşma ve müzakereler aleni değildir. Tarafların mali durumunun, ticari defterlerindeki bilgilerin, mali sırlarının ve ticari sırlarının korunması, kişisel itibarlarının ve ticari itibarlarının zedelenmemesi gibi gerekçelerle tahkim yargılamasında gizlilik taraflar açısından önem taşır. Bkz. Nevhis Deren YILDIRIM, "*Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri*", Ankara Barosu Dergisi 2002-4, S:37-44, s.40-41; Kemal DAYINLARLI, *Milletlerarası Tahkim Rehberi*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2014, s.8; Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.294; ÖZEL, s.26; AKINCI, s.9.

⁸⁶ Bkz. CREMADES/PLEHN, s. 336 vd.; LOWENFELD, s.71 vd.

⁸⁷ BERGER, *Law Merchant*, s.62.

⁸⁸ Bkz. GOLDMAN, (*Lecture Prof.Dr.Berthold Goldman*) *Lex Mercatoria*, Forum Internationale, No:3, November 1983, s.22; SCHMITHOFF, *Usages*, s.43-44.

⁸⁹ Bkz. WINDBICHLER, s.8742.

⁹⁰ BERMAN / DASSER, s.53, 63; KERKOVIC, s. 90.

hukuki yapıya sahip değildir⁹¹. Sonuncu anlayış, *lex mercatoria*'nın varlığını tamamen reddeden ve yalnızca klasik anlamda ticari örf ve âdetin var olduğunu belirten görüşler olarak üçe ayrılabilir.⁹²

Ayrı bir hukuk düzeni olarak nitelenmesine karşı çıkanlar özellikle *lex mercatoria* kavramının muğlâklığının, içeriğinin tespit edilmesinin güç ve yetersizliğinin hukuk düzeni olarak nitelenmesine engel olduğunu ileri sürmektedirler⁹³. Bu görüşe göre *lex mercatoria*, milletlerarası ticari ilişkiler açısından bir hukuk düzenini değil, bir hukuk kaynağını ifade etmektedir⁹⁴. Milletlerarası sözleşmelerde de, *lex mercatoria* bağımsız bir kaynak olarak benimsenmekte⁹⁵ ve bu görüşü desteklemektedir. *Lex mercatoria*'nın başlı başına bir sistem kurmaya yetmediğini belirtip, kurallar bütünü olarak tanımlayan görüşe karşılık, bu görüşü eleştirerek *lex mercatoria*'nın bir kurallar bütünü oluştursa dahi, bunun milletlerarası hukuktan farklı olacağı ve pozitif hukuk kuralı olma niteliğini taşımayacağı belirtilmektedir⁹⁶. *Lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk olarak kabul edilmesi hâlinde ise bunun, millî hukuklar ile milletlerarası hukuk arasında bir hukuk olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁹⁷. Bunun dışında bu iki zıt yaklaşımın sentezi olarak niteleyebileceğimiz üçüncü bir görüş ise, *lex mercatoria*'yı bu ikisinin arasında bir noktaya koymaktadır⁹⁸. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre *lex mercatoria*, milletlerarası hukukta geçerli olan az sayıdaki maddi hukuk kuralını tamamlamak üzere oluşturulan, millî hukuklardan bağımsız ve doğrudan milletlerarası ticari örf ve âdetten doğan milletlerarası ticaret hukukuna özgü normlar bütünüdür⁹⁹.

E. Uyuşmazlığın Çözümünde *Lex Mercatoria*'nın Uygulanması

Lex mercatoria'nın uyuşmazlığın esasına uygulanabilirliği tartışmalıdır. Taraflar, aralarındaki ilişkiye *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kararlaştırarak, milletlerarası ilişkilerin

⁹¹ Bkz. DOĞAN, *Akreditif*, s.146-147; DOĞAN, *Teminat*, s.178; AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.75.

⁹² Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BERGER, *Law Merchant*, s.61-64; ERDEM, s.232-325.

⁹³ BARON, s.121; WINDBICHLER, s.8742.

⁹⁴ DOĞAN, *Akreditif*, s.18; DOĞAN, *Teminat*, s.175.

⁹⁵ DOĞAN, *Akreditif*, s.146.

⁹⁶ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BERGER, *Law Merchant*, s.61 vd.; ERDEM, s.332.

⁹⁷ WINDBICHLER, s.8742.

⁹⁸ MAZZACANO, s.1.

⁹⁹ ERDEM, s.322. Aynı yönde bkz. Jorge JARAMILLO-VARGAS, "*Lex Mercatoria: A Flexible Tool to Meet Transnational Trade Law Needs Today*", *Revist@ e-Mercatoria* Volumen 1, Numero 2, 2002, s.4; Alexander GOLSTAJN, "*Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention*", *International Sales of Goods, Dubrovnik Lectures*, Ed: Paul VOLKEN/Petra SARKEVIC, Oceana Publications, Yugoslavia, 1989, S:55-110, s.71; Nagehan KIRKBEŞOĞLU, "*Milletlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar*", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXVI, Sayı 1, 2006, S: 259-290, s.264.

yapısına uygun olmayan iç hukuk kurallarından ve milli hukuk prosedürlerinden kaçınma imkanına sahip olacaklardır¹⁰⁰. Bazı yazarlara göre tarafların *lex mercatoria* 'nın uygulanmasını kararlaştırdığı hallerde bu bir hukuk seçimi olarak değerlendirilip, uygulanabilir¹⁰¹. Aksi yöndeki görüşe göre ise *lex mercatoria* olarak adlandırılan kurallarda her durumda belirlilik ve öngörülebilirlik gibi unsurlar bulunmadığından uyuşmazlığı tüm yönleriyle çözmeye yetecek nitelikte değildir¹⁰². Bir yazarın da haklı olarak belirttiği gibi *lex mercatoria* bütün ve otonom bir hukuk sistemi değildir ve *lex mercatoria*'nın varlığı milletlerarası bir ilişkide tarafların hukuk seçimi yapma gerekliliğini bertaraf etmez¹⁰³. Bu konuda bir değerlendirme yapmadan önce ikili bir ayırım yapmak ve *lex mercatoria*'nın uygulanabilirliğini ülke mahkemelerinde yapılan yargılamalar ile tahkim yargılaması açısından ayrı ayrı ele almak gerekir.

1. Devlet Mahkemeleri Önündeki Uyuşmazlıklarda Uygulanması. Öncelikle ülke mahkemelerinde görülen bir uyuşmazlıklarda tarafların aralarındaki ilişkiye *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kararlaştırmaları halinde bu tür bir seçimin geçerli olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Klasik yaklaşıma göre, pozitif düzenlemelerde taraflara hukuk seçme imkanı tanınan hallerde belirli bir ülkede pozitif geçerliliği olan kurallara işaret edildiğinden, taraflarca seçilen hukuk bir devlet hukuku olmalıdır¹⁰⁴. Belirli bir devlette pozitif geçerliliği olmayan kurallar bir 'hukuk' sistemi olarak kabul edilememektedir. Hukuk kurallarına bağlayıcılık kazandıran ve meşrulaştıran bağımsız devlet iradesi olduğu için ancak milli devletlerin kanun koyucuları tarafından veya milli devletlerce ortaklaşa hazırlanan kuralların hukuk 'sistemi' olarak kabul edilmesi mümkündür¹⁰⁵. Belirtilen nedenlerle taraflar açıkça '*lex*

¹⁰⁰ Leon E. TRAKMAN, “From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law”, University of Toronto Law Journal, Vol.53, 2003, S:265-304, s.300; Ole LANDO, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, International Comparative Law Quarterly, Vol.34, October 1985, S:747-768, s.79.

¹⁰¹ DALHUISEN, s.268-269.

¹⁰² Fabio BORTOLOTTI, *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts, A Practical Guide*, ICC Publications, 2008, s.57-58; ICC, “Developing Neutral Legal Standards for International Contracts, Anational Rules as the Applicable Law in International Commercial Contracts with Particular Reference to the ICC Model Contracts”, Erişim adresi: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/Developing-Neutral-Legal-Standards-Int-Contracts.pdf>, erişim tarihi: 09.12.2017.

¹⁰³ Schmitthoff'un Ekim 1980'de yaptığı Basel Konferansından aktaran Georges A. van HECKE: “Contracts Subject to International or Transnational Law”, International Contracts, Eds.: Hans SMIT / Nina M. GALSTON / Serge L. LEVITSKY, *Parker School of Foreign and Comparative Law*, Columbia University, Matthew Bender, 1981, S:25-50, s.37.

¹⁰⁴ BORTOLOTTI, s.34; Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Yayınları, No. 503, Ankara, 1996, s.23-24.

¹⁰⁵ ŞANLI, s.47.

mercatoria'yı uygulanacak hukuk olarak seçseler dahi, devlet mahkemesinde bu tür bir seçim kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir hukuk seçimi olarak kabul edilmeyecektir¹⁰⁶.

Emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile bütünlüğü bulunan bir hukuk düzeni dışında yapılan seçim, iç hukuktaki sözleşme serbestisi çerçevesinde değerlendirilebilir¹⁰⁷. Tarafların belirli bir ülke hukukunda yer almayan, ancak milletlerarası ilişkilerde kabul edilen yeknesak kurallar, standart sözleşmeler, derleme yöntemiyle hazırlanan kurallar, hukukun genel ilkeleri gibi kavramlara atıf yapması halinde bunların sözleşmenin bir parçası olarak uygulanması da ancak sözleşme serbestisi çerçevesinde söz konusu olabilir. Burada belirtmek gerekir ki, bu tür bir seçimin geçerliliği ve etkinliği, başvuru yargı merciinin değerlendirmesine göre değişebilir¹⁰⁸. Taraflarca geçerli bir hukuk seçimi yapılan hallerde ya da hukuk seçimi yapılmamışsa veya yapılan hukuk seçimi geçersizse, mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen hukukun sınırları içinde bu tür kuralların uygulanması mümkün olabilir. Başka bir deyişle çalışmada incelenen UNIDROIT Prensipleri, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri, Trans-Lex Prensipleri gibi metinlere yahut *lex mercatoria* kapsamında olmakla birlikte çalışmanın kapsamı dışında bırakılan standart sözleşmeler, yeknesak sözleşmeler gibi metinlere atıfta bulunulduğu takdirde, bu metinler aktarım (*incorporation*)¹⁰⁹ yoluyla sözleşme hükmü olarak uygulanacak, ancak metinlerin çözümsüz bıraktığı konular hakkında uygulanacak hukukun yetkisi devam edecektir¹¹⁰. Zira bu tür metinler ulusal bir hukuk niteliğine sahip olmadıkları gibi, milletlerarası anlaşma nitelikleri de yoktur. Bunun bir sonucu olarak da sözleşmeye uygulanacak hukukun denetimi altında ve bu hukukun izin verdiği çerçevede uygulanabilecektir¹¹¹.

2. Hakem Heyeti Önündeki Uyuşmazlıklarda Uygulanması. Milli hukuk sistemlerinde '*lex mercatoria*' olarak anılan kuralların seçilmesi halinde bu tür bir seçimin kanunlar ihtilafı

¹⁰⁶ Ole LANDO, *Assessing The Role of the UNIDROIT Principles in the Harmonisation of Arbitration Law*, Tulane J. of International & Comparative Law, Vol.3, 1994, S:129-143, s.131.

¹⁰⁷ Gülören TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.280.

¹⁰⁸ ŞANLI, s.47; DOĞAN, *Akreditif*, s.147 vd. Benzer yönde bkz. GOPALAN, s.89.

¹⁰⁹ Aktarım veya önceden hazırlanmış kuralların sözleşmeye dahil edilmesi (*incorporation*), tarafların, önceden hazırlanmış olan bir metni aralarında yaptıkları sözleşmeye dahil etmesi anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle aktarım, daha önce hazırlanmış olan bir belgeye atıf yapılarak yeni hazırlanan belgenin bir parçası haline getirilmesidir. Bu şekilde önceden var olan bir metnin, sözleşmeye aktarılması milletlerarası alanda kullanılan standart terimler, model kanun hükümleri, derleme tekniği ile hazırlanan kuralların dahil edilmesi şeklinde olabileceği gibi, belirli bir ülke hukukunda yer alan kuralların dahil edilmesi şeklinde de olabilir. Bkz. *The Law Dictionary*, 2nd Ed., Erişim adresi: www.thelawdictionary.org, erişim tarihi: 10.12.2017; EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret*, s.66-67; EKŞİ, *Incorporation*, s.52; Lâle AYHAN İZMİRLİ, *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.260-261.

¹¹⁰ EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret*, s.78; ŞANLI, s.57.

¹¹¹ LANDO, *Lex Mercatoria*, s.131; EKŞİ, *Incorporation*, s.24, 26-27; EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret*, s.69-70; ŞANLI, s.57.

hukuku anlamında bir hukuk seçimi olarak kabul edilmesi mümkün olmamasına rağmen¹¹², tahkim yargılamasında uygulanabileceğini kabul etmek gerekir¹¹³. Bu kabulün gerekçesi, tarafların millî mahkemeler yerine milletlerarası tahkimi tercih etmeleri halinde, milli mahkemelerce kullanılan kanunlar ihtilafı tekniklerini zımnen bertaraf ettiklerinin kabul edilmesi olarak açıklanabilir¹¹⁴. Zira milletlerarası tahkimde taraf iradesi, öne çıkan ve neredeyse evrensel düzeyde kabul edilen ilkelerden birisidir¹¹⁵. Bu çerçevede taraflar, uyuşmazlığın esasına uygulanacak kuralları tespit edebilirler. Tarafların bu yönde bir tespit yapmamış olması halinde, uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak kurallar hakemlerce tespit edilecektir.

Tahkim yolunda hakemler, uyuşmazlığı belirli bir devlette pozitif olarak geçerliliği bulunan kurallara göre çözebilecekleri gibi, ilk kısımda *lex mercatoriana*nın kaynakları arasında saydığımız hukukun genel ilkeleri, yeknesak kurallar, derleme tekniği ile hazırlanan kurallara göre ve hatta hakkaniyet ve nesafet esaslarına göre çözmeleri dahi mümkündür. Milletlerarası ticari tahkimi ilgilendiren bir çok metinde de, belirli bir ülkenin hukuku seçilsin veya seçilmesin, hakemlerin ticari örf-adeti uygulayabileceği kabul edilmiştir¹¹⁶. Bu bağlamda temelinin ticari teamüllere dayanması sebebiyle *lex mercatoria*'nın tahkim yolunda uygulanabileceği kabul edilebilirse de, *lex mercatoria*'nın kaynakları açısından bir ayırım yapmak gerekir. Belirli bir yeknesak kurala, standart sözleşmeye veya derleme tekniği ile hazırlanan kurallara başvurulması halinde, hakemlerin bu metinleri tespit etmesi ve uygulamasında problem yaşanmaz. Buna karşılık, hukukun genel ilkeleri veya milletlerarası ticari teamüllere başvurulması halinde hakemlerin öncelikle bu kavramların kapsamını tespit etmesi gerekir. Zira hukukun genel ilkeleri gibi kavramların kesin bir listesini ortaya koyacak bir otoritenin varlığı söz konusu değildir¹¹⁷. Hakemlerin belirli bir hususun genel prensip olup olmadığını tespit etmesi gereken bu gibi hallerde, hukuk sistemlerinin konuya yaklaşımı ve

¹¹² ŞANLI, s.57.

¹¹³ Abul F.M. MANIRUZZAMAN, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration", American University International Law Review Vol.14, ,1999, S:657-736, s.706-707; Emmanuel GAILLARD, "Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts", International Business Lawyer, Vol. 27, May 1999, S:214-224, s.214 vd.; ICC, s.8; LANDO, *Lex Mercatoria*, s.131; ÖZEL, s.142.

¹¹⁴ KIRKBEŞOĞLU, s.268. Benzer yönde bkz. ÖZDEMİR, s.110.

¹¹⁵ ÖZDEMİR, s.105 vd. Benzer yönde ŞANLI, s.292-293.

¹¹⁶ ÖZDEMİR, s.107; KIRKBEŞOĞLU, s.268; ŞANLI, s.293; SÜRAL, s.213; ÖZEL, s.154.

¹¹⁷ AYOĞLU da benzer şekilde 'milletlerarası sözleşme hukukunun genel prensipleri 'nin belirli bir sistematik halinde listelenmesini sağlayacak bir otorite bulunmadığını belirtmiştir. Bkz. AYOĞLU, *Sources*, s.29.

milletlerarası ticaret hukuku alanında kabul görme derecesini dikkate almaları gerektiği belirtilmektedir¹¹⁸.

Belirtildiği üzere tahkimde tarafların ve hakemlerin uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak maddi kurallara ilişkin olarak sahip oldukları bu geniş serbesti sayesinde *lex mercatoria*'nın uygulanması tercih edilebilir ve bu tür bir seçim milletlerarası tahkim yolunda da genellikle geçerli olarak kabul edilir¹¹⁹. Bu çerçevede tahkim yargılamasında *lex mercatoria*'nın uygulanması farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Temel olarak taraflar aralarındaki uyuşmazlığa *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kararlaştırmış olabilirler veya taraflarca seçim yapılmamakla birlikte hakemlerce *lex mercatoria*'nın kaynaklarının uyuşmazlığın niteliğine en uygun kurallar olarak öngörülmesi veya hakemlere dostane aracılık (*amiable compositeur*) yapma yetkisi verilmesi veya hakkaniyet esaslarına (*ex aequo et bono*) göre uyuşmazlığı çözebilme yetkisi verilmesi hallerinde hakemler bu kuralların uygulanmasını öngörebilirler¹²⁰. Bunlar dışında taraflar arasındaki ilişkiye bir devlet hukukunun uygulandığı durumlarda *lex mercatoria*'nın doğrudan bu hukukla birlikte uygulanması söz konusu olabileceği gibi, ilgili hukuk sisteminin yorumlanması veya boşlukların doldurulması amacıyla yahut ilgili hukuk sisteminin ulaştığı çözümü teyit etmek amacıyla da *lex mercatoria*'nın uygulanması söz konusu olabilir¹²¹. Çalışmada incelenen UNIDROIT Prensipleri, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ve Trans-Lex Prensipleri de bu çerçevede tarafların doğrudan bu prensiplere atıf yapmasıyla uygulanabileceği gibi, yapılan atıf prensipleri açıkça ismen belirtmese dahi, belirttiğimiz çerçevede *lex mercatoria* kapsamında değerlendirilerek ve *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak da uygulanabilir.

Gerçekten de milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda tarafların uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kuralları seçmemesi halinde hakemlerin uyuşmazlığın niteliğine en uygun kurallar olarak UNIDROIT Prensipleri gibi kuralları uyguladıkları görülmektedir¹²². Benzer şekilde

¹¹⁸ AYOĞLU, *Sources*, s.29.

¹¹⁹ AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.71. Ancak ÖZEL'in de belirttiği gibi, modern milletlerarası tahkim düzenlemeleri taraflarca veya hakemlerce bu tür kuralların uygulanmasına cevaz verdiği halde, bazı hukuk sistemleri hakemlere yalnızca milli hukuka göre karar verme yetkisi tanımış olabilir. Bu gibi hallerde hakemlerin herhangi bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kuralları uygulamaları halinde, bu durumun yetki aşımı olarak değerlendirilme ihtimali de gündeme gelebilir. Bkz. ÖZEL, s.143, 151.

¹²⁰ SCHMITTHOFF, *Usages*, s.48-49. *Lex mercatoria*'nın bu ihtimaller çerçevesinde uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.185 vd.; AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.85-90, 98-106. Benzer yönde bkz. ÖZDEMİR, s.111 vd.; SÜRAL, s.212 vd.; ÖZEL, s.121 vd.

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.188-118; AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.90-98. Benzer yönde bkz. LANDO, *Lex Mercatoria*, s.131 vd.; ÖZDEMİR, s.112, 116.

¹²² Bkz. ICC Court of International Arbitration Arbitral Award, No:13012, Erişim adresi: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1409&step=Abstract>, erişim tarihi: 14.12.2017.

tarafaların aralarındaki uyuşmazlığın milletlerarası ticari teamüllere göre çözülmesinin kararlaştırıldığı hallerde de bu prensipler uygulanabilmektedir¹²³. Yine tarafların aralarındaki ihtilafa milletlerarası hukuk ilkelerinin, hukukun genel prensiplerinin veya *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kararlaştırdıkları hallerde hakem heyetlerinin UNIDROIT Prensipleri ve PECL'i uyguladıkları görülmektedir¹²⁴. Tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarına ilişkin olarak hukukun genel ilkeleri, milletlerarası ticari teamüllere atıf yapmaları halinde bazı hakem kararlarında, söz konusu prensipler *lex mercatoria*'yı en iyi yansıtan ilkeler olarak değerlendirilmiştir¹²⁵. Bununla birlikte Trans-Lex Prensiplerinin uygulandığı yayınlanmış bir hakem kararına rastlanmamıştır.

II. *Lex Mercatoria*'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğun Temelleri

A. Culpa in Contrahendo Kavramı, Culpa in Contrahendonun Hukuki Niteliği ve Sorumluluğun Unsurları

Latince bir terim olan culpa in contrahendo, 'sözleşme öncesi kusur'¹²⁶ veya 'sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki kusur'¹²⁷ olarak çevrilmekte ve kavram, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa işaret etmektedir¹²⁸. Bu sorumluluk türünün doktrin ve mahkeme kararları ile bir gelenek olarak ortaya çıktığı belirtilmektedir¹²⁹. Türk hukukunda culpa in contrahendo kurumu özel olarak düzenlenmemekle birlikte, münferit hükümlerin culpa in contrahendo sorumluluğunun alt yapısını oluşturabileceği doktrinde kabul edilmekte,¹³⁰ ve

¹²³ Bkz. ICC Court of International Arbitration Arbitral Award, No:12040, Erişim adresi: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1418>, erişim tarihi: 13.12.2017.

¹²⁴ Örnek kararlar için bkz. ICC Court of International Arbitration Arbitral Award, No:12111, Erişim adresi: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=956&step=Abstract>; ICC Court of International Arbitration, NewYork, Arbitral Award, No:16314, Erişim adresi: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=2116>, erişim tarihleri: 13.12.2017.

¹²⁵ Ancak yine bazı hakem kararında, PECL'in *lex mercatoria*'yı yansıttığı kabul edilmekle birlikte, akademik bir çalışma olduğu ve henüz milletlerarası ticarete geniş çapta herkesçe kabul görece nitelik kazanmadığı gerekçesiyle hakemler PECL'in uygulanmasının uygun olmayacağına karar vererek UNIDROIT Prensiplerini uygulamışlardır. Bkz. ICC Court of International Arbitration Arbitral Award, No:12111, Erişim adresi: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=956&step=Abstract>, erişim tarihi: 12.12.2017.

¹²⁶ YILMAZ, s.221.

¹²⁷ SİRMEN, s.28.

¹²⁸ Sözleşme öncesi görüşmelerden kusurlu sorumluluğu işaret etmek için bazı yazarlar 'sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk', 'sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk' gibi farklı kavramlar kullanmışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU, *Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.41-42.

¹²⁹ Bkz. GEZDER, s.105-106.

¹³⁰ SİRMEN, s.36; GEZDER, 106; Ahmet M.KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013, 82-84; . M. Kemal OĞUZMAN / Turgut M. ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel hükümler Cilt I*, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.489

yargı kararlarında¹³¹ da bu sorumluluk türüne yer verilmektedir. *Lex mercatoria*'da culpa in contrahendo sorumluluğun uygulanabilirliğini tespit edebilmek için, kavramın kapsamını tespit etmek gerekmektedir.

1. Culpa in Contrahendo Kavramı

Culpa in contrahendo nispeten yeni bir sorumluluk türü gibi görülmesine karşın, aslında sözleşme öncesi görüşmelerin iyi niyetle yürütülmesi yükümlülüğü Roma hukukundan beri kabul edilmektedir¹³². İyi niyet ilkesi Türk hukukunda TMK m. 2'de düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan 'iyiniyet kuralları' terimi doğruluk ve güven kurallarına işaret etmekte ve kuralın tarihi çıkış noktası güven düşüncesine dayanmaktadır¹³³. Buna rağmen iyiniyet ile güven kuralları farklı kavramlardır. Zira iyiniyet ruhsal bir olguyu ifade etmekteyken, doğruluk ve güven kavramı belirli bir davranışı gerektiren, kişilerin dışında kendiliğinden oluşan kuralları kapsamakta ve toplum tarafından zorla benimsetilmektedir¹³⁴.

Güven ilişkisi yalnızca sözleşmeye dayanmayıp, sözleşme öncesi ilişkilerde de bir güvenin varlığı bulunmaktadır¹³⁵. Bir sözleşme kurmak üzere görüşmelere başlayan kişiler arasında temelini dürüstlük kuralından alan bir güven ilişkisi doğmaktadır¹³⁶. İşte culpa in contrahendo sorumluluğu tam bu noktada karşımıza çıkmaktadır.

¹³¹ Bkz. Yargıtay 13.HD.29.9.2010 tarihli ve E.2010/2762 K.2010/12361 karar; HGK 12.03.1997 tarihli ve E.1996/13-850 K.1997/186 sayılı karar; 19.HD.30.11.2004 tarihli ve E.2004/4912 K.2004/11803 sayılı karar; 13.H.D. 13.11.1995 tarihli ve E.1995/9375 K.1995/9860 sayılı karar; 19.HD.1.12.2005 tarihli ve E.2005/2865 K.2005/11959 sayılı karar; Yargıtay 13.HD.09.11.1998 tarihli ve E.1998/6043 K.1998/8836; Yargıtay 3.HD.15.09.1997 tarihli ve E.1997/6603 K.1997/8864 karar.

¹³² Bkz. Omer TENE, "Good Faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective", Kasım 2006, Erişim Adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943383&rec=1&srcabs=1098856, erişim tarihi: 09.12.2017, s.2.

¹³³ Seyfullah EDİS, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara, 1975, S:447-460, s.447. MK m. 2'de yer alan iyiniyet kurallarının güven düşüncesinden kaynaklandığını belirten bu görüşe karşılık, güvenin, MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralından doğduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, dürüstlük ilkesi 'ahde vefa ilkesi' ve 'güven ilkesi' olarak anılan iki alt ilkenin doğmasına sebep olmuştur. Dürüstlük ilkesi önce culpa in contrahendo ilkesinin doğmasına yol açmış, daha sonra ise yine dürüstlük ilkesine dayanan, ancak (tartışmalı olmakla birlikte) culpa in contrahendodan daha geniş bir kavram olarak görülen güven ilkesini doğurmuştur. Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Burcu Kalkan OGUZTÜRK, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

¹³⁴ EDİS, s.457.

¹³⁵ Fikret EREN; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.1152; EDİS, s.448; John CARTWRIGHT / Martin HESSELINK, (Ed.); "Precontractual Liability in European Private Law", Cambridge University Press, 2008, s.454; Ümit GEZDER, "Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.30-31.

¹³⁶ Cem BAYGIN, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, Sa. 1-2, S: 345-377, s.345; Friedrich KESSLER / Edith FINE, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study",

2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğa Hukuk Sistemlerinin Yaklaşımı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir çok ülkede 'müzakere özgürlüğü' kabul edilmekte ve taraflar herhangi bir sorumlulukla karşılaşmaksızın sözleşme müzakeresi yapabilmekte, salt müzakerelerin başarısız olması sorumluluğu gündeme getirmemektedir¹³⁷. Bununla birlikte bazı şartlar altında müzakereler sebebiyle sorumlu olmaları söz konusu olabilmektedir. Hukuk sistemlerinin konuya bakışını genel olarak değerlendirdiğimizde culpa in contrahendo sorumluluğu tanımayan ülkeler, genel hükümlerle bu sorumluluğu kabul eden ülkeler ve özel hükümlerle bu sorumluluğu kabul eden ülkeler şeklinde üç farklı yaklaşımla karşılaşılmaktadır.

Anglo-Amerikan hukukunun hakim olduğu ilk gruptaki ülkelerde müzakere sürecinin ayrı bir hukuki ilişki meydana getirdiği kabul edilmemekte ve culpa in contrahendo sorumluluk ayrı bir sorumluluk türü olarak kabul görmemektedir¹³⁸. Zira bu hukuk sistemlerinde sözleşme öncesi sorumluluk, sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması olarak görülmektedir¹³⁹. İskoçya, İrlanda, İngiltere ve Amerika bu yaklaşıma sahip ülkelerdir. Bununla birlikte müzakere sürecinde hazırlanan bazı belgelerin 'sözleşme' olarak kabul edilmesi halinde sözleşme hukukuna ilişkin kurallar veya şartları varsa haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kurallar devreye girebilmekte, yahut yine şartları bulunduğu takdirde bu hukuk sistemlerinde yer alan başka kurumlara dayanarak müzakere sürecinde karşı tarafa verilen zararın giderilmesi söz konusu olabilmektedir¹⁴⁰. Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuklarının bu sorumluluğa yaklaşımındaki farklılık, temelde müzakereleri iyiniyetle yürütme yükümlülüğüne bakışlarındaki farklılık sebebiyle doğmaktadır. Zira Anglo-Amerikan yaklaşımında müzakereci

Harvard Law Review, Vol. 77, No: 3, January 1964, S: 401-450, s.404; Gökhan ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, Beya Yayınları, İstanbul, 2012, s.127; Pierre TERCIER / Pascal PICHONNAZ / H.Murat DEVECİOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, 196. Sözleşme öncesi ilişkinin TMK m.2'deki dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana getirdiği Yargıtay kararlarında da vurgulanmaktadır. Örnekler için bkz. Yargıtay 13. HD. E.2015/10155 K.2015/19267 sayılı kararı; Yargıtay 13. HD. E.2013/28660 K.2014/9003 kararı; Yargıtay HGK. E.2012/13-1220 K.2013/239 kararı; Yargıtay 19. HD. E.2004/4912 K.2004/11803 sayılı kararı; Yargıtay 11.HD. E.2009/3852 K.2011/2528 sayılı kararı.

¹³⁷ E. Allan FARNSWORTH, “*Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*”, Columbia Law Review, Vol. 87, No:2, March 1987, S:217-294, s.221; E.Allan FARNSWORTH, “*General Report*”, Formation of Contracts and Precontractual Liability, Institute of International Business Law and Practice, International Chamber of Commerce, ICC Yayınları, 1990, S:15-35, s.17.

¹³⁸ SİRMEN, s.35.

¹³⁹ FARNSWORTH, *Precontractual Liability*, s.221.

¹⁴⁰ CARTWRIGHT/HESSELINK, s.61; SİRMEN, s.35. Güven teorisi (*reliance theory, promissory estoppel*), hileli/aldatıcı beyan (*misrepresentation*), cebir (*duress*), mantıksızlık (*unconscionability*), özel vaatte bulunma (*specific promise*), nüfuzu kötüye kullanma (*undue influence*) gibi bu hukuk sistemlerinde yer alan kurumlara dayanarak sözleşme öncesi süreçte verilen zararın tazmini söz konusu olabilmektedir. Zira bu kurumlardan bazıları, fonksiyonel olarak culpa in contrahendo sorumluluğa benzeyen sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Bununla birlikte adı geçen kurumlardan bazıları sözleşme öncesi süreçte ortaya çıkan zararın tazmin edilmesine her durumda olanak sağlamamaktadır. Adı geçen bu kavramlar hakkında bkz. AYHAN İZMİRLİ, s.208-210.

tarafkların uzun süren müzakerelerde dahi kötünietli olarak müzakereleri sona erdirebilmesi ve müzakereler sebebiyle herhangi bir yükümlülüğünün doğmaması kabul edilirken, Kıta Avrupası sistemlerinde tarafların müzakerelerinin iyiniyetle yürütülmesi yönünde bir yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir¹⁴¹.

İkinci grupta yer alan ülkelerde ise culpa in contrahendo sorumluluk ayrı ve özel olarak düzenlenmemekle birlikte pozitif düzenlemelerinde yer alan genel hükümlere veya münferit hükümlere dayanarak örtülü olarak bu sorumluluğu kabul eden ülkeler bulunmaktadır. Örneğın Danimarka, Norveç ve İsviçre'de hukukun temel ilkelerine dayanarak bu sorumluluğın ortaya çıkması mümkünken, Avusturya ve İsviçre hukukları örtülü olarak bu sorumluluğu kabul etmektedir¹⁴². Türk hukukunda da culpa in contrahendo sorumluluk ayrı olarak düzenlenmemekle birlikte, bazı kanun hükümleri çerçevesinde bu sorumluluğın ortaya çıkabileceğı kabul edildiğinden bu grupta değerlendirilmektedir¹⁴³.

Üçüncü grupta ise culpa in contrahendoyu ayrı bir sorumluluk kategorisinde ele alıp özel hükümlerle düzenleyen ülkeler yer almaktadır. Culpa in contrahendo doktrininin ortaya çıktığı

¹⁴¹ CARTWRIGHT/HESSELINK, s.464-466; COLOMBO, s.341 vd.

¹⁴² CARTWRIGHT/HESSELINK, s.61; SİRMEN, s.34.

¹⁴³ Türk hukukunda, TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralının yanında, kendi kusuruyla hataya düşerek sözleşmeyi iptal eden tarafın, karşı tarafın bu durumdan doğan zararını tazmin etmesine ilişkin TBK m.35/1; temsil yetkisinin sona ermesinden sonra yetki belgesini geri almayan temsil olunan ve haleflerinin üçüncü kişilerin bundan doğan zararını tazmine ilişkin TBK m.44; yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin TBK m.47; gerçeğe aykırı olarak kendisini ehil gösteren vesayet altındaki kişinin sorumluluğuna ilişkin TMK m.452/II; icap ve kabule ilişkin TBK m.3 ve m.5; satılanın zaptı halinde satıcının sorumluluğunu düzenleyen TBK m.217; ayıplı maldan satıcının sorumluluğuna ilişkin TBK m.229; bağışlayanın sorumluluğuna ilişkin TBK m.294; vedia verenin (saklatanın) sorumluluğuna ilişkin TBK m.562 hükümlerinin culpa in contrahendo sorumluluk için uygulanabileceğı belirtilmektedir. Bkz. DEMİRCİOĞLU, s.72-74; EREN, 1157; TARMAN, s.1659 ve dn.14; KILIÇOĞLU, s.82-84. Bununla birlikte DEMİRCİOĞLU, bu hükümlerin hiç birisinin culpa in contrahendoya genel ve bağımsız bir sorumluluk niteliğı kazandırmadığını vurgulamaktadır. Yargıtay'ın da son yıllarda farklı tarihlerde verdiğı bir çok kararda culpa in contrahendo sorumluluğu açıkça kabul ettiğı artık tartışmasızdır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin verdiğı E.2015/10155 K.2015/19267 sayılı kararda da MK m.2'den hareketle culpa in contrahendonun yeni bir sorumluluk türü olarak kabul edilmesi gerektiğı şu şekilde belirtilmiştir; "... *uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak, öncelikle borç doğurucu sorumluluk kaynakları üzerinde durulmasında yarar vardır. Toplumsal hayatın hızla gelişmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik olay ve problemlerin çözümünü klasik borç doğurucu sorumluluk kaynakları olarak nitelendirilen haksız fiil, sözleşme ve sebepsiz zenginleşme içerisinde bulabilme ve aynı unsurları bu yeni olay ve problemlere uygulayabilme, hemen hemen imkansız hale gelmiştir. Kanunların çözüm öngöremediğı bu tip durumlara, 19. yüzyılın sonralarına doğru doktrin kayıtsız kalamayacağını anlamış, özü ve niteliğı farklı yeni hukuki müessese ve sorumluluk türlerini belirleme yoluna gitmiştir. Bu yeni belirlenen sorumluluk türlerinden olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu (culpa in contrahendo) genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse, sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralı (MK m.2) gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelen sorumluluktur.... "*

Alman hukuku ve bu ekolü takip eden Yunan, İtalyan, İsrail hukukları bu grupta yer almaktadır¹⁴⁴.

3. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Culpa in contrahendo sorumluluğunu haksız fiile veya sözleşmeye dayandıranlar olduğu gibi kendine özgü veya karma bir nitelik taşıdığını savunan görüşler de bulunmaktadır. Culpa in contrahendo teorisinin hukuki niteliğine ilişkin görüşlerin çeşitliliği, çokluğu ve karmaşıklığı sebebiyle bu çalışmada değerlendirilmesi mümkün olmadığından, aşağıda konuyla ilgili görüşler detaya girilmeksizin belirtilmiştir.

a. Sözleşme Görüşü. Culpa in contrahendoyu sözleşme sorumluluğuna dayandıran görüşler, hedeflenen/tasarlanan sözleşme görüşü, sorumluluk sözleşmesi veya bağımsız sözleşme görüşü, sosyal temastan doğan fiili sözleşme ilişkisi görüşü, sözleşme benzeri güven ilişkisi görüşü gibi, taraflar arasındaki sözleşmenin farklı özelliklerini ön plana çıkararak kendi içerisinde farklılaşmaktadır.

Hedeflenen sözleşme görüşünü savunanlara göre, sözleşme görüşmeleri ilişkisinde ortaya çıkan kusurlu davranış sebebiyle sorumluluk, sözleşme görüşmeleri ilişkisi de sözleşmenin bir parçasını oluşturduğundan sözleşmeden doğan sorumlulukla aynı niteliktedir. Buna göre sözleşme görüşmeleri de bir hukuki işlem olarak sözleşmeye geçit oluşturmaktadır. Ancak bu görüş, doktrinde belirtildiği üzere doğacak bir sözleşmeye dayanan sorumluluğun mümkün olmayacağı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir¹⁴⁵. Culpa in contrahendoyu bağımsız sözleşme yükümlülüklerinin ihlâli olarak değerlendiren görüş ise, sözleşme öncesi özen yükümlülüklerini, görüşmeleri yapılan sözleşmeden ayrı tutarak, bu görüşmeler sırasındaki yükümlülüklerin ihlâlinden doğan sorumluluğa bağımsız bir nitelik vermektedir. Buna göre culpa in contrahendo sorumluluğunu ‘açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren bağımsız sözleşme’ olarak değerlendirenler olduğu gibi, ‘sosyal temastan doğan fiili sözleşme ilişkisi’ olarak değerlendirenler de bulunmaktadır. Ayrıca bu ilişkiyi iki taraflı veya tek taraflı bir hukuki ilişki veya kanundan doğan bir borç ilişkisi olarak nitelendiren görüşler de mevcuttur.

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. SİRMEN, s.32-33; DEMİRCİOĞLU, s.68; CARTWRIGHT/HESSELINK, s.60-61; Sylviane COLOMBO, “The Present Differences Between the Civil Law and Common Law Worlds With Regard to Culpa in Contrahendo”, *Tilburg Foreign Law Review*, Vol.2, 1993, S:341-375, s.349 vd. ve dn.47.

¹⁴⁵ DEMİRCİOĞLU, s.79; YALMAN, s.74; OĞUZTÜRK, s.102.

Bütün bu görüşler, özellikle culpa in contrahendonun hukuki niteliğini açıklamakta yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁴⁶

Yargıtay'ın bazı kararlarında 'müzakere' ilişkisi sözleşme benzeri bir ilişki olarak kabul edilerek, sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur¹⁴⁷.

b. Haksız Fiil Görüşü. Bu görüşün en önemli dayanağı, sözleşme sorumluluğunun bulunmaması hâlinde zararın tazmin edilebilmesinin ancak haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde mümkün olduğu düşüncesidir¹⁴⁸. Bu görüşe göre, sözleşme müzakereleri sırasında henüz sözleşme kurulmamış olduğundan, sözleşmeye ilişkin kuralların uygulanması mümkün değildir. Çünkü sözleşme görüşmelerinden sorumluluk için sözleşmenin kurulması ve sözleşmenin içerdiği bir yükümlülüğün ihlâli gerekmektedir. Buna göre akitsiz akdi sorumluluk olmayacağından, sözleşme öncesi aşamada söz konusu olan yükümlülükler genel yükümlülüklerdir ve bu da kimseye zarar vermeme (*neminem leadere*) ilkesinin, davranışlarda gerekli özeni göstermeye ilişkin genel bir yükümlülüğün ihlâli olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu görüş doktrinde bir çok nedenle eleştirilmektedir. Öncelikle sözleşme görüşmelerinde genel bir özen gösterme yükümlülüğü değil, taraflar arasındaki yakınlaşma sebebiyle belirli bir kişiye karşı özel bir özen gösterme yükümlülüğü söz konusudur¹⁴⁹. Başka bir ifadeyle taraflar

¹⁴⁶ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYGIN, s.348-350; EREN, s.1155-1156; ERGÜNE, s.83-84; KIRCA, s.141; DEMİRCİOĞLU, s.77-90; OĞUZTÜRK, s.102; GEZDER, s.64-73; SİRMEN, s.56-58; Süleyman YALMAN, *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.73-78.

¹⁴⁷ Yargıtay'ın 19.HD.30.11.2004 tarihli ve E.2004/4912 K.2004/11803 sayılı kararına göre; "... savunma ve toplanan delil ve belgelerin ışığında bir değerlendirme yapıldığında olaya "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (CULPA İN CONTRAHENDO) kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Gerçekte de akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar, bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK.md.2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermeme için gerekli özeni göstermesi koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar"

Yargıtay 11.HD. 10.3.2001 tarihli ve E.2009/3852 K.2011/2528 sayılı kararında, yerel mahkemenin müzakere ilişkisini 'sözleşme benzeri' bir hukuki ilişki olarak değerlendirmesine ve sözleşme sorumluluğu hükümlerine tabi tutmasına ilişkin kararı onamıştır. Yerel mahkemenin kararına göre; "... akit öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) adı verilen sorumlulukta aktin kurulmasından önceki safhada, taraflardan birinin diğer tarafa veya onun koruma alanında bulunan kişilere aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan akit benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumluluk anlamına gelmektedir... Davalıların sorumluluğunun akit öncesi sorumluluğu dayandırılmasının en önemli sonucu olaya Borçlar Yasasının 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zaman aşımı süresinin uygulanması olacaktır....".

¹⁴⁸ Bkz. KILIÇOĞLU, s.85.

¹⁴⁹ OĞUZTÜRK, s.104.

sokaktaki herhangi birine nazaran birbirlerine daha yakın konumda bulunduğundan daha fazla özen göstermeleri beklenir. Ayrıca bu görüş, her zaman adil sonuçlar vermemektedir.¹⁵⁰

c. Kendine Özgü Nitelik, Karma Nitelik ve Benzeri Diğer Görüşler. Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun haksız fiil görüşü veya sözleşme görüşleri ile açıklanmasının yetersiz kalması üzerine ‘kendine özgü görüş’ veya ‘karma görüş’ olarak adlandırılan ve yine kendi içinde farklılaşan yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerin ortak noktası culpa in contrahendo sorumluluğu ne tam anlamıyla haksız fiil sorumluluğu, ne de tam anlamıyla sözleşme sorumluluğu olarak görmeleridir. Bunun yerine hem haksız fiil sorumluluğu, hem de sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Karma görüşler de kendi içerisinde farklılaşmaktadır. Hukuki kıyas görüşü, güven sorumluluğu görüşü, kendine özgü sorumluluk görüşü, edim yükümlerinden kaynaklanan borç ilişkisi görüşü gibi farklı yaklaşımlar bulunmaktadır¹⁵¹.

Görüldüğü gibi culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda bir uzlaşma bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre sözleşme öncesi görüşmelerden kusurlu sorumluluğun dayanağı, sosyal temas veya hukuki işlem teması ile ortaya çıkan, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi olarak değerlendirilmektedir¹⁵². Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkileri de sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkileri ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde söz konusu olmaktadır¹⁵³. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi, sözleşme ilişkisindeki gibi taraf iradesinden doğmadığı gibi haksız fiildeki gibi hukuka aykırı fiilden de doğmamaktadır. Sorumluluğun temeli taraflar arasındaki sosyal temas sonucu ortaya çıkan güven ilişkisidir ve bu ilişki de bir borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir¹⁵⁴. Bununla birlikte bazı yazarların da

¹⁵⁰ Görüşler ve eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çiğdem KIRCA, *Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 411, Ankara, 2004, s.73; DEMİRCİOĞLU, s.90-111; EREN, s.1154; OĞUZTÜRK, s.102-104; GEZDER, s.974-78; BAYGIN, s.347; Mehmet Serkan ERGÜNE, *Olumsuz Zarar*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.92-97; YALMAN, s.70-72.

¹⁵¹ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYGIN, s.352; EREN, s.1156-1157; KIRCA, s.140; DEMİRCİOĞLU, s.111-118; OĞUZTÜRK, s.104 vd.; YALMAN, s.78-81; SİRMEN, s.60 vd.

¹⁵² Bkz.. BAYGIN, s. 356 vd.; DEMİRCİOĞLU, s.119 vd.; ANTALYA, s.14, 127; Rona SEROZAN, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006, s.250. HATEMİ ve GÖKYAYLA'da tarafların müzakere aşamasındaki ilişkisini 'asli edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi' olarak nitelemektedir. Bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Bası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.8, 107.

¹⁵³ Bkz. EREN, s.43; SEROZAN, s.250.

¹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, s.128-129; OĞUZTÜRK, s.90, 93; YALMAN, s.13; KIRCA, s.101, 172; ANTALYA, s.13-14; OĞUZMAN/ÖZ, s.37-38.

belirttiği gibi edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi görüşü konuya ilişkin bir çok görüşü birleştirici olması ve adalete uygun olmasına rağmen, sınırlarının iyi belirlenmesi ve uygulama alanının fazla genişletilmemesi de gerekir¹⁵⁵. Yargıtay'ın bazı kararlarında bu görüşe yaklaştığı görülmektedir¹⁵⁶.

4. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Şartları

Culpa in contrahendo sorumluluğa hukuk sistemlerinin yaklaşımlarının farklı olması ve bu sorumluluğun nispeten yeni bir sorumluluk türü olarak görülmesi karşısında, sorumluluğu ortaya çıkaran unsurlar ve bunların kapsamı hakkında henüz herkesçe kabul edilen kuralların bulunduğunu söylememiz zordur. Bununla birlikte, culpa in contrahendo sorumluluğu kabul eden ülkelerde sorumluluğun ortaya çıkabilmesi gereken şartlar benzer şekilde ele alınmaktadır.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun şartlarını, genel şartlar ve özel şartlar şeklinde incelenmesi gerekir.

a. Sorumluluğun Genel Şartları. Hukuk sistemlerinde hemen hemen aynı şekilde kabul edilen, her türlü hukuki sorumluluğun doğabilmesi için gereken genel şartlar zarar, kusur ve illiyet bağının varlığı culpa in contrahendo sorumluluğunda da aranmaktadır. Tazminat borcunun doğması için, öncelikle güveni ihlâl edici davranış neticesinde bir zarar ortaya çıkmış olmalıdır¹⁵⁷. İkinci olarak, zarara sebep olan davranışın da kusurlu olması gerekir ki culpa in contrahendo nedeniyle sorumlu tutulabilsin¹⁵⁸. Son olarak güveni ihlâl edici davranış ile zarar arasında illiyet bağı olmalı, yani zarar, sözleşme görüşmeleri aşamasındaki kusurlu davranıştan kaynaklanmış olmalıdır¹⁵⁹.

¹⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.40.

¹⁵⁶ Söz konusu kararlarda Yargıtay, taraflar arasındaki ilişkisinin 'sözleşme benzeri bir güven ilişkisi' olduğunu kabul etmekle birlikte, tarafların sözleşme görüşmeleri için hazırlığa başlaması ile birlikte edim yükümlerinden ayrı bir takım yükümlülükleri bulunduğunu vurgulamıştır. Yargıtay HGK E.2012/13-1220 K.2013/239 sayılı kararında "... (işlemsel değinme) temas kuramına göre, bir kimsenin, sözleşmenin görüşülmesine başlamadan önce de "işlemsel ilişkiler hazırlığına girişmesi" durumunda güven ilişkisinden, tarafların birbirlerinin kişi ve mal varlığına zarar vermemek yolunda davranış yükümleri doğacağı kabul edilmektedir.... bu özen yükümleri, sözleşmeden doğan edim yükümünden farklı olarak, yasadan doğan davranış yükümü niteliğindedir...." şeklinde tespit edilmiş ve bu ilişkinin sözleşme benzeri nitelikte olduğu yönünde kanaatini belirtmiştir. Yine Yargıtay HGK E.2010/13-593 K.2010/623 sayılı kararında da benzer şekilde söz konusu sorumluluğun edim yükümlerinden ayrı olarak değerlendirildiğini vurgulamıştır.

¹⁵⁷ ERGÜNE, s.38 vd; YALMAN, s.84; ANTALYA, s.131. Zarar veren tarafın bu durumdan bir menfaat sağlamış olup olmamasının önemi yoktur Bkz. Joachim DIETRICH, "Classifying Precontractual Liability: A Comparative Analysis", 21 Legal Stud. June 2001, S: 153-191, s. 166

¹⁵⁸ ERGÜNE, s.52; KESSLER / FINE, s.404; YALMAN, s.103; ANTALYA, s.135.

¹⁵⁹ YALMAN, s.101.

b. Sorumluluğun Özel Şartları. Culpa in contrahendo sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğu ve sözleşme sorumluluğundan ayıran şartlar bir güven konusu, bu güvenin korunmaya değer olması ve güvenin ihlâl edilmiş olması şartlarıdır¹⁶⁰.

aa. Bir Güven Konusunun Varlığı. Sözleşme görüşmeleri, taraflar arasında "sözleşme görüşme ilişkisi" olarak adlandırılabilir özel bir hukuki ilişki meydana getirmektedir¹⁶¹. Sorumluluğun temeli, sözleşme görüşmelerinde taraflardan birinin diğer tarafta, sözleşmenin yapılacağına veya korunacağına ilişkin bir beklenti yaratmasında yatmaktadır¹⁶². Ayrıca taraflar, sözleşme görüşmeleri sebebiyle birbirleriyle daha yakın ilişkiye girdiklerinden, şahıs ve malvarlığı değerlerinin karşı tarafça korunacağına ilişkin bir güven duygusu içindedirler. Taraflar arasındaki bu yakın ilişki sebebiyle, özellikle öngörülebilir zararlara karşı birbirlerini koruma, uyarma, aydınlatma anlamında pozitif bir yükümlülük altındadırlar¹⁶³. Sözleşme görüşmeleri açısından bu yükümlülükleri somutlaştırmak gerekirse taraflar birbirlerini aydınlatma, birbirlerini aldatmama, sözleşme yapma niyeti olmaksızın müzakerelere girişmeme yahut müzakereleri haksız ve nedensiz olarak kesmeme, müzakereyi ciddiyetle yürütme, yanlış bilgi vermeme, yanlış yönlendirmeme, karşı tarafın şahıs ve malvarlığını koruma gibi yükümlülükleri örnek verebiliriz¹⁶⁴. Taraflar arasındaki güvenin, sorumluluğa temel olabilmesi için tarafların davranışlarını belirleyici etkisi olmalıdır¹⁶⁵.

bb. Güvenin Korunmaya Değer Olması. Taraflar arasında güven duygusunun varlığı hâlinde, bunun korunmaya değer olup olmadığı tespit edilmelidir. Zira meşru ve makul güven koruma kapsamında kabul edilmektedir¹⁶⁶. Buradaki 'güven' kavramı, haksız fiil ilişkisindeki güvenden daha güçlü, fakat sözleşme ilişkisindeki güvenden daha zayıf bir güveni ifade eder¹⁶⁷. Taraflar arasındaki güven, ancak taraflar arasında özel bir bağlantı bulunması ve güvenen kişinin iyiniyetli olması¹⁶⁸ hâlinde normatif anlamda korunmaya layık kabul edilmektedir¹⁶⁹.

¹⁶⁰ DEMİRCİOĞLU, s.177-178.

¹⁶¹ GEZDER, s.42.

¹⁶² KESSLER / FINE, s. 404; DIETRICH, s.165.

¹⁶³ JOACHİM, s.169.

¹⁶⁴ TERCİER/PICHONNAZ/DEVECİOĞLU, s.196-199; GEZDER, s.155-187; ANTALYA, s.134; AYHAN İZMİRLİ, s.170-202; Damla GÜRPINAR, *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt ve Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s.156.

¹⁶⁵ DEMİRCİOĞLU, s.180; DIETRICH, s.187; ANTALYA, s.127.

¹⁶⁶ CARTWRIGHT / HESSELINK, s.455-456; DIETRICH, s.171 vd.

¹⁶⁷ CARTWRIGHT / HESSELINK, s.453; OĞUZTÜRK, s.100; SEROZAN, s.248-249.

¹⁶⁸ İyiniyetin sözleşme öncesi görüşmeler sebebiyle sorumluluğun belirlenmesinde oynadığı rol sebebiyle, bazı yazarlar sözleşme öncesi sorumluluğu, müzakerelerin iyiniyetle yürütülmesi yükümlülüğü ile eş anlamlı kabul etmektedirler. Bkz. CARTWRIGHT / HESSELINK, s.473 vd.

¹⁶⁹ DEMİRCİOĞLU, s.181; ERGÜNE, s.50; KIRCA, s.143.

Yargıtay’ın bazı kararlarında da güvenen kişinin iyiniyetli olması halinde culpa in contrahendo sorumluluğun ortaya çıkacağı belirtilmiştir¹⁷⁰.

cc. Korunmaya Değer Güvenin İhlali. Normatif anlamda korunmaya değer güvenin ihlâl edilmesi muhtelif şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin; sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmesi yapmak;¹⁷¹ sözleşme görüşmelerini dürüstlük ve iyiniyet kurallarına aykırı biçimde yarıda kesmek; ahlaka, hukuka veya şekle aykırı ya da içeriği imkânsız olan sözleşme yapmak suretiyle sözleşmenin geçersizliğine sebep olmak; yetkisiz temsilde bulunmak; irade sakatlığına sebep olmak; açıklama, aydınlatma ve özenli biçimde bilgi verme, tavsiyede bulunma yükümlülüğünü ihlâl etmek; bütünlük menfaatlerini ihlâl edici davranışlarda bulunmak¹⁷². Bu yükümlülüklerin ihlâlinin culpa in contrahendo sorumluluğa esas olabilmesi için, ihlâl edici fiil veya davranışın sözleşme görüşmeleri sırasında, en geç sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkması gerekmektedir¹⁷³.

B. Milletlerarası Ticarete Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Temel Olabilecek Metinler

Lex mercatoria’nın uygulama alanına girebilecek ticari sözleşmeler¹⁷⁴, genellikle uzun bir müzakere süreci sonunda ortaya çıkmaktadır. Bu müzakereler esnasındaki kusurlu davranış

¹⁷⁰ Yargıtay 11.HD. E.2013/15053 ve K.2014/8989 sayılı kararına göre, davacının culpa in contrahendo çerçevesinde yaptığı tazminat talebini yerel mahkeme, “culpa in contrahendo ilkesinin uygulanabilmesi için güvenen kişinin iyiniyetli bulunması gerektiği ancak davada tarafların tacir olup vekilleri huzurunda imzaladıkları sözleşmenin şekli geçerlilik şartlarını taşımadığını biliyor oldukları gerekçesiyle” reddetmiş, Yargıtay’da kararı bu yönden bozmamış, güvenen kişinin iyiniyetli olmasını culpa in contrahendo sorumluluğun bir şartı olarak görmüştür.

¹⁷¹ Sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmelerine girişilmesi her şeyden önce dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Ancak altını çizmemiz gerekir ki bir tarafın sözleşme görüşmelerine girişmesi, mutlaka o sözleşmeyi yapma yükümlülüğü doğurmaz. Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde diledikleri kişi ile sözleşme görüşmesi yapmakta serbesttirler ve bu görüşmelerin bir sözleşmenin yapılması ile sonuçlanmaması hâli tek başına sorumluluk doğurmaya elverişli değildir. Ancak sözleşme görüşmeleri yapan taraf, bir şekilde görüşmeler neticesinde sözleşmeyi akdetmeyeceğini biliyorsa sözleşme görüşmelerini yürütürken dürüstlük kuralına aykırı davranış söz konusu olur. Her hakkın kullanılmasında olduğu gibi, sözleşme görüşmeleri yapma hakkını kullanırken de, taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmak durumundadırlar. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak burada karşımıza dürüstlük kuralı çıkmaktadır. Bu noktada sözleşme görüşmelerine şüphe ile başlanması hâli ile sözleşme yapma niyetinin hiç olmaması hâli birbirinden ayrılmaktadır. Aynı husus sözleşme görüşmelerinin kesilmesi için de geçerlidir. Yani salt sözleşme görüşmelerinin kesilmesi culpa in contrahendo sorumluluğu doğurmaz. Fakat dürüstlük kuralına aykırı biçimde görüşmelerin kesilmesi, hakların dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması ilkesini ihlâl ettiği için culpa in contrahendo sorumluluğu doğurabilir.

¹⁷² Örnekler için bkz. DEMİRCİOĞLU, s.191 vd.; EREN, s.1157 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.488; ERGÜNE, s.152 vd.; DIETRICH, s.165-166; KESSLER / FINE, s. 413 vd.; KIRCA, s.139; YALMAN, s.87 vd.

¹⁷³ YALMAN, s.88; GEZDER, s.101. Sözleşme kurulduktan sonra bunlar veya benzer yükümlülüklerin ihlâli hâlinde sözleşme sorumluluğu söz konusu olacaktır.

¹⁷⁴ Musa AYGÜL, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatorianın Uygulanması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Sa. 3-4, Yıl: 2004, S:45-85, s.52.

sebebiyle ortaya çıkacak zararın tazmininde sorumluluğun kaynağı ne olacaktır? Bu soruya kesin bir cevap verilebilmesi için elbette öncelikle sözleşme öncesi sorumluluğa uygulanacak hukukun tespit edilmesi gereklidir. Ancak uygulanacak hukuk bu çalışmanın sınırlarını aşacağından, burada, yalnızca milletlerarası ticarete ortaya çıkan zararlarda aşağıda incelenen ilkelerin uygulanması hâlinde karşımıza çıkabilecek ihtimaller üzerinde duracağız.

Yukarıda da açıkladığımız gibi, günümüzde *lex mercatoria* için yapılan tanımlarda birlik bulunmadığı gibi, kaynaklarına ilişkin belirlemelerde de farklılıklar bulunmaktadır. Aşağıda, yalnızca milletlerarası ticari teamüller ve bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan milletlerarası ticaretin kendine özgü kurallarını *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında kabul eden ve bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda inceleme yapılmıştır. Bu kapsamda *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında bulunduğu kabul edilen Milletlerarası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT Prensipleri, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (PECL) ve Trans-Lex Prensipleri incelenerek, bu metinler kapsamında culpa in contrahendo sorumluluğa temel olabilecek hükümler değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, aşağıdaki bölümünde, ilgili metinlerde ne şekilde nitelendirildiğine bakılmaksızın ve (iyiniyet kuralı, dürüstlük kuralı, güven ilkesi gibi) dayandıkları prensiplere ilişkin doktriner tartışmalara girilmeksizin, milletlerarası ticarete ilişkin bazı metinlerde sözleşme öncesi kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa temel alınabilecek hükümler üzerinde durulmuştur.

Milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensipleri olarak kabul edilen bu metinler, tarafların bu kurallara atıf yapmaları halinde veya tahkim yargılamasında *lex mercatoria*'ya, hukukun genel prensipleri, milletlerarası ticari teamüller veya benzer kavramlara atıf yaptıkları hallerde ya da bu tür bir atıf yapılmaya dahi hakemlerce *lex mercatoria*'nın uygulanmasına karar verilen hallerde uygulanabilecektir¹⁷⁵. Elbette bu kuralların uygulanması, taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak hukukun emredici kuralları çerçevesinde mümkün olacaktır.

¹⁷⁵ AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.125-126.

1. Milletlerarası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT Prensipleri (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*)

UNIDROIT, devletlerin özel hukuk ve özellikle ticaret hukukunun uyumlaştırılması, koordine edilmesi ve modernleştirilmesi metotlarının araştırılması için oluşturulan ve hâli hazırda 63 devletin üye olduğu bağımsız milletlerarası bir kuruluştur¹⁷⁶.

a. UNIDROIT Prensiplerinin Amacı ve Kapsamıç. UNIDROIT'in amacı ülkeler arasındaki özel hukuk kurallarının uyumlaştırılması için yapılması gerekenleri gözden geçirmek ve devletlerin özel hukuk kurallarının uyumlaştırılması için tedrici olarak yeknesak kurallar hazırlamaktır¹⁷⁷. Nitekim UNIDROIT tarafından hazırlanan taslakların birçoğu yeknesak bir hukuk için milletlerarası anlaşmaya veya diğer milletlerarası hukuk araçlarına dönüştürülmüştür¹⁷⁸. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) ilk taslağının hazırlanması¹⁷⁹ ve Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri UNIDROIT'in en önemli çalışmaları arasındadır.

Devletlerin hem sözleşmeler hukuku gibi geniş bir konuda bağlayıcı bir metni imzalamak istememesi, hem milletlerarası anlaşmaların hazırlık ve imza süreçlerinin çok uzun olması, hem de özel hukuka ilişkin konuları egemenliklerinin önemli bir parçası olarak görmeleri nedeniyle devletler için bağlayıcı bir anlaşma konusunda uzlaşmanın güç olması gibi nedenlerle UNIDROIT Prensipleri milletlerarası bir anlaşma olarak hazırlanmamıştır¹⁸⁰. UNIDROIT Prensipleri, bağlayıcı olmayan, milletlerarası bir anlaşma veya yeknesak bir hukuk için temel olması planlanmayan, ancak uygulamada kullanılan kuralları kapsamaktadır¹⁸¹. Prensipler ilk

¹⁷⁶ UNIDROIT internet sitesi, Erişim Adresi: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>, erişim Tarihi: 05.12.2017. Türkiye bu Enstitüye 1950 yılında üye olmuştur. Üye ülkeler listesi için bkz. Erişim Adresi: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>, erişim tarihi: 05.12.2017.

¹⁷⁷ BONELL, s.253; SÜRAL, s.49; WINDBICHLER, s.8741; Barton S. SELDEN, “*Lex Mercatoria in European And U.S. Trade Practice: Time to Take A Closer Look*”, 2 Ann. Sriv. Int'l&Comp. L., 1995, S:111-129, s.122.

¹⁷⁸ WINDBICHLER, s.8741.

¹⁷⁹ SÜRAL, s.49.

¹⁸⁰ Sayılan nedenlerle hazırlanan prensipler belgesi hem ülkeler için bağlayıcı olmaması sebebiyle taraf iradelerinin rolünü artırmakta, hem de yukarı da belirttiğimiz zorlukların bertaraf edilmesinde kullanılan bir yöntem olmaktadır. Bu bağlamda UNIDROIT prensipleri, iç hukukun bir parçası olarak milletlerarası sözleşmelere uygulanacak ayrı maddi hukuk kurallarının kabul edilmesi ile millî kanunlar ihtilafî kurallarının yeknesaklaştırılması arasında bir yöntem olarak görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜRAL, s.51-54. Benzer yönde bkz. GOPALAN, s.85 vd.

¹⁸¹ WINDBICHLER, s.8741. Benzer yöndeki görüş için bkz. Michael Joachim BONELL, “*UNIDROIT Principles and the Lex Mercatoria*”, *Lex Mercatoria and Arbitration*, Revised Edition, Ed: Thomas E. Carbonneau, Juris Publishing, 1998, S:249-256, s.251.

kez 1994 yılında hazırlanmış, gelişen ihtiyaçlar doğrultusunda 2004, 2010 ve son olarak 2016 yıllarında yeni versiyonları yayınlanmıştır¹⁸².

b. UNIDROIT Prensipleri'nin Uygulama Alanı ve *Lex Mercatoria* İlişkisi. UNIDROIT prensipleri, her türlü ticari sözleşmede¹⁸³ uygulanabilecek, sözleşmeler hukukunun geniş bir alanını kapsayan genel kurallar belirlemiştir¹⁸⁴. UNIDROIT prensiplerinde, sözleşme özgürlüğü, şekil serbestisi, ahde vefa ilkesi, iyiniyet ilkesi, uygulama ve teamüller ve benzeri hususlar sözleşmeler hukukunda uygulanması gereken genel hükümler arasında sayılmıştır. Prensipler, *lex mercatoria*'nın somutlaştırılmasında çok önemli bir adımdır¹⁸⁵. Metinde ele alınan prensipler, *lex mercatoria*'nın temel yapıtaşlarından birisi olarak,¹⁸⁶ modern *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında gösterilmektedir¹⁸⁷. ICC Tahkim Kuralları çerçevesinde verilen hakem kararları incelendiğinde, *lex mercatoria*'nın kapsamının UNIDROIT ilkelerine yansıtıldığı belirtilmektedir¹⁸⁸. Zira *lex mercatoria*'nın kapsamında kabul edilen ve nötral nitelikte¹⁸⁹, ulusal hukukların üzerinde yer alan uluslararası prensipler UNIDROIT ilkelerinde sistematik ve yazılı bir biçimde ortaya konmuştur¹⁹⁰. Prensipler yayınlandığı tarihten itibaren uygulamada ve akademik çevrede oldukça etkileyici bir başarı elde etmiş ve geniş kabul görmüştür¹⁹¹.

Taraflar arasındaki ticari ilişkiye UNIDROIT prensiplerinin uygulanabilmesi için tarafların bu prensiplere atıfta bulunmaları gerekir¹⁹². Taraflar prensiplerin hangi versiyonunun uygulanacağını da belirtmelidirler. Aksi halde yürürlükteki versiyonuna atıf yaptıkları kabul edilecektir¹⁹³. Prensiplerin giriş kısmında, bu prensiplerin *lex mercatoria* veya hukukun genel

¹⁸² Prensiplerin tüm versiyonları için Erişim adresi: www.unidroit.org, erişim tarihi: 07.12.2017.

¹⁸³ Ancak buradaki 'ticari sözleşme' terimi, tarafların tacir sıfatına veya 'ticari iş' kavramına bağlı olan ticari sözleşmelere işaret etmemektedir. UNIDROIT Prensipleri anlamında ticari sözleşme terimi, yalnızca tüketici sözleşmelerini bu prensiplerin uygulama alanı dışında bırakmak için kullanılmış, klasik anlamda tüketici sözleşmesi sayılmayacak mal, sermaye, hizmet, teknoloji veya diğer ekonomik ve finansal malvarlığının sınır aşan dolaşımına ilişkin, kâr amacı güden sözleşmeleri kapsamına almıştır. Örneğin sınıraşan alışverişini amaçlayan; ortak girişim, lisans, teknik yardım, yönetim, franchising, anahtar teslim, ürün paylaşımı, risk hizmeti, finansal kiralama sözleşmeleri gibi sözleşmelerdir. Bkz. SÜRAL, s.59.

¹⁸⁴ BONELL, s. 250; SÜRAL, s.55.

¹⁸⁵ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.133.

¹⁸⁶ AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.122.

¹⁸⁷ BERGER, *Law Merchant*, s.10; OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.111 vd.; Friedrich K. JUENGER, "The *Lex Mercatoria and Private International Law*", 60 *La.L.Rev.*1999-2000, S:1133-1150, s.1141.

¹⁸⁸ ERDEM, s.330.

¹⁸⁹ Prensipler belirli bir devlet tarafından hazırlanmadığı için nötral kurallar bütünü olarak görülmektedir. Bkz. GOPALAN, s.88-89.

¹⁹⁰ Bkz. BARON, s.124; ERDEM, s.331-332. Benzer yöndeki görüş için bkz. BONELL, s.250.

¹⁹¹ AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.193-194; AYOĞLU, *Sources*, s.29. Benzer yönde bkz. GOPALAN, s.93.

¹⁹² UNIDROIT prensiplerinde taraf iradesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. JUENGER, s.1144 vd.

¹⁹³ AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.208.

prensipileri olarak, taraflarca uygulanacak hukuk seçilmediği takdirde veya yeknesak kurallar getiren milletlerarası metinlerin veya iç hukuk kurallarının yorumlanmasında, tamamlanmasında veya hukuki düzenlemelerde model olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir¹⁹⁴. Dolayısıyla taraflar, Prensiplere doğrudan atıfta bulunarak uygulanmasını sağlayabilecekleri gibi, özellikle tahkim yargılamasında *lex mercatoria*'ya veya hukukun genel ilkelerine atıfta buldukları hallerde veya hakemlerce, tarafların herhangi bir milli hukuk sistemine atıf yapmadıkları durumlarda da bu kurallar uygulanabilecektir¹⁹⁵. Bunun dışında tarafların belirli bir ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırdıkları durumlarda veya klasik kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirli bir ülke hukukunun uygulandığı durumlarda dahi, uygulanması gereken hukukta boşluk bulunması durumunda bu boşluğun doldurulmasında yardımcı araç olarak kullanılarak yine uygulanması söz konusu olabilir¹⁹⁶.

c. UNIDROIT Prensiplerinde Culpa in Contrahendo Sorumluluğun Uygulanabilirliği.

Belirtildiği üzere UNIDROIT Prensipleri, bağlayıcı olmamakla birlikte, sözleşmeler hukuku için genel ilkeler ortaya koymaktadır.

Prensipilerin ilk maddesinde tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen 'sözleşme özgürlüğü' ilkesi belirtilmiş, bu özgürlük çerçevesinde tarafların tarafların emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla diledikleri kişiyle, diledikleri şartlarda, diledikleri şekilde sözleşme yapabilecekleri kabul edilmiştir. Bu hüküm yapılması planlanan sözleşmeyi müzakere etme ve müzakereler sonucunda sözleşmeyi yapıp yapmama serbestisini de içine almaktadır. Dolayısıyla salt yürütülen müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması, tarafların sözleşme öncesi sorumluluğunu ortaya çıkarmayacaktır¹⁹⁷. Bununla birlikte temelinde 'iyiniyet' prensibine dayanan bazı hükümlerden hareketle sözleşme öncesi sorumluluğun ortaya çıkması da mümkündür. Hukuk sistemlerinde olduğu gibi *lex mercatoria*'nın da temel ilkelerinden kabul edilen iyiniyet ilkesi¹⁹⁸ UNIDROIT Prensipleri'nde de ele alınmıştır. Özellikle culpa in contrahendo sorumluluğun uygulanmasına esas teşkil edebilecek hükümlerin temelde iyiniyet

¹⁹⁴ Milletlerarası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT Prensipleri, Giriş Kısmı, paragraf 3.

¹⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.208-216; OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.119-132; Kemal DAYINLARLI, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S.1, V.23, N.1-2, Haziran 2011, S:203-250, s.207.

¹⁹⁶ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.121; DAYINLARLI, *UNIDROIT*, s.207.

¹⁹⁷ John KLEIN / Carla BACHECHI, *Precontractual Liability and the Duty of Goodfaith Negotiation in International Transactions*, Houston Journal of International Law, Vol.17, No:1, Fall 1994, S:1-25, s.16; KESSLER/FINE, s.412.

¹⁹⁸ SELDEN, s.122.

ilkesine dayandığını söyleyebiliriz. Prensiplerde özellikle iyiniyet ilkesi (m. 1.7), çelişkili davranışlar (m.1.8), müzakerelerde kötünuyetle (m. 2.1.15), gizlilik yükümlülüğü (m.2.1.16) ve yetkisiz temsile ilişkin hükümler (m.2.2.5) culpa in contrahendo sorumluluğa esas teşkil edebilir.

(i) Prensiplerin 1.7. maddesinde tarafların, milletlerarası ticarete iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun hareket edecekleri ve bu yükümlülüğü sınırlamayacakları veya dışlayamayacakları hükmüne yer verilmiştir. İyiniyet ilkesine ilişkin bu hüküm, Prensiplerde yer alan az sayıdaki emredici hükümlerden birisidir¹⁹⁹. Maddenin yorumunda iyiniyet ilkesinin prensiplerin temelinde bulunan bir ilke olduğu ve metinde yer alan prensiplerin bir çoğunun doğrudan veya dolaylı olarak iyiniyet ilkesinin yansıması olduğu vurgulanmıştır²⁰⁰. İyiniyet ilkesi genel bir ilke olarak tanınmış, yalnızca sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamayı değil, sözleşme müzakerelerini de içerecek biçimde bu ilkeye yer verilmiştir. Bu yönüyle iyiniyetin genel olarak kabul edilen tanımından daha kapsamlı bir tanım yapılmıştır²⁰¹.

Buna ek olarak, prensiplerde iyiniyet ilkesinin milletlerarası ticarete dikkate alınacağıının vurgulanması, millî hukuk düzenlerinde bu konuya ilişkin olarak yer alan ilkelerin değil, hukuk sistemlerinin geneli tarafından kabul edilen ilkelerin dikkate alınacağını vurgulamak için yapılmıştır²⁰².

(ii) Prensipler m. 2.1.15'te sözleşme özgürlüğüne değinilmiş ve sözleşme müzakerelerine girişmenin de bu özgürlük kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Ancak bu hakkın kötünuyetli olarak kullanılması hâlinde, kötünuyetli tarafın sorumluluğunun gündeme geleceği belirtilmiştir. Sözleşme yapma amacı olmadığı halde müzakerelere girişen veya devam eden kişilerin ise kötünuyetli olarak kabul edileceği açıkça belirtilmiştir. Yorumda, müzakerelerin kötünuyetle kesilmesinin iyiniyet ve dürüstlük prensiplerine de aykırı olacağı vurgulanmıştır. Taraflardan birinin icapta bulunmasının ardından m.2.1.4'te öngörülen süreler²⁰³ geçtikten sonra icaptan vazgeçilmesi veya henüz bu aşamaya ulaşmasalar dahi müzakere sürecinde icap

¹⁹⁹ AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.234.

²⁰⁰ Örneğin UNIDROIT Prensipleri m.1.8, m.1.9(2), m.2.1.4(2-b), m.2.1.15, m.2.1.16, m.2.1.18, m.3.2.2, m.3.2.5, m.4.1(2), m.5.3.4, m.6.1.5, m.7.1.2, m.7.1.6, m.9.1.4.

²⁰¹ BERGER, *Law Merchant*, s.204-206; SELDEN, s.122; OĞUZ, *UNIDROIT*, s.38; OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.117.

²⁰² OĞUZ, *UNIDROIT*, s.38; OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s.117.

²⁰³ 'İcaptan Dönme' başlığını taşıyan m.2.1.4'e göre, Sözleşme akdedilene kadar, icaptan dönüldüğüne ilişkin bildirim, muhataba kabulü göndermesinden önce ulaşırsa icaptan dönülebilir. Bununla birlikte,

(a) Kabul için belirli bir süre tespit edilerek veya başka şekilde icabın dönülemez olduğu belirtilmişse, veya

(b) Gönderilen kişinin haklı nedenlere dayanarak icabın dönülemez olduğunu varsayması ve buna göre hareket etmesi halinde icaptan dönülemez.

ve kabul zamanının net şekilde tespit edilmediği durumlarda birdenbire ve haksız olarak müzakereleri kesemeyeceği açık olarak belirtilmiştir. Sorumluluğun sınırı ise karşı tarafın bu yüzden uğramış olduğu zararlardır. Bu tazminatın kapsamına müzakerelerin yürütülmesi için yapılan masrafların yanında, üçüncü kişi ile kuracağı bir sözleşme fırsatını kaçırmaması sebebiyle mahrum kaldığı kazanç, yani menfi zarar da dâhildir. Buna karşılık sözleşmenin yapılmasından beklediği menfaat sebebiyle elde edemediği menfaatler, başka bir deyişle müspet zararların bu genel yükümlülük kapsamında tazmin edilmesinin genellikle mümkün olmadığı belirtilmiştir.

2010 versiyonundan biraz daha farklı olarak aynı maddenin 2016 versiyonunun yorumunda ‘iyiniyetle müzakere etme anlaşması’ başlığı eklenmiş, bu başlık altında, tarafların özel olarak iyiniyetle müzakere etme yükümlülüğü konusunda anlaşmış olmaları haline genişletilmiş şekilde yer verilmiştir. Buna göre taraflar müzakereleri iyiniyetle yürütülmesi konusunda özel olarak anlaşmışlarsa, bu anlaşmanın ihlali halinde aynen ifa da dahil ifa etmemenin tüm sonuçlarının ortaya çıkabileceği kabul edilmiştir. Bu halde de iyiniyetle müzakere etme konusunda anlaşmış olmalarının, sözleşmenin kurulması amacıyla ciddi biçimde müzakere etme veya tekrar müzakere etme yükümlülüğü anlamına geldiği ve bu tür bir anlaşmanın müzakereler sebebiyle ortaya çıkan diğer yükümlülüklerin yerine geçemeyeceği belirtilmiştir. Başka bir deyişle, tarafların bu konuda özel olarak anlaşmaları sır saklama yükümlülüğü, çelişkili davranma yasağı gibi yükümlülükleri ortadan kaldırmayacaktır. İyiniyetle müzakere etme konusunda özel olarak anlaşmaları halinde ise tazmin edilecek zararın kapsamı genişletilmiştir. Kural olarak taraflar, özel olarak iyiniyetle müzakereleri yürütme yönünde bir anlaşma yapmışlarsa, (menfi zarar yanında) müspet zararın tazmini de, başka bir deyişle sözleşmenin yapılmasından beklediği menfaatlerin tazmini de söz konusu olabilecektir.

Her ne kadar prensiplerin Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupa hukuklarının sentezi olduğu belirtilse de Prensipler, culpa in contrahendo sorumluluğu ayrı bir sorumluluk türü olarak kabul etmeyen Anglo-Sakson yaklaşımının aksine iyiniyet ilkesinin yansıması olarak culpa in contrahendo sorumluluğu kabul eden Kıta Avrupası hukuklarının yaklaşımını benimseyerek açıkça bu sorumluluğu düzenlemiştir²⁰⁴.

Prensiplerin her bir maddesinin altında maddenin yorumuna ve örnek olaylara yer verilmiş ve iyiniyetle müzakere yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilen durumlar örneklerle somutlaştırılmıştır. Satım sözleşmesi yapılması amacıyla müzakereye giren taraflardan birisinin gerçekte satış niyeti olmadığı halde, satım konusu malı rakibinin satın almasını

²⁰⁴ AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.241.

önlemek amacıyla sözleşme görüşmelerine girişmesi, şubenin imza yetkisi olmadığını bilmesine rağmen sözleşme görüşmelerine girişmesi ve yetkisizliğini ileri sürerek uzun süren görüşmeleri kesmesi gibi davranışlar müzakerelerin kötüniyetle kesilmesine verilen örnekler arasındadır²⁰⁵. Ancak örnekleme yapılmış olsa da, kötüniyetin ne olduğu açıkça tanımlanmamıştır. Örneğin, tarafların aynı konuda üçüncü kişilerle paralel müzakereler yürütmeleri tek başına kötüniyet sayılmamıştır. Zira taraflar bu görüşmelerin hangisinin başarı ile sonuçlanacağını henüz bilmemektedirler²⁰⁶. Öte yandan, müzakerelerin bir sözleşmenin kurulması ile sonuçlanmayacağından emin olan tarafın, bunu karşı tarafa bildirmeyerek, müzakereleri devam ettirmesi, onun kötüniyetli olduğuna karine kabul edilmiştir²⁰⁷. Bu noktada, müzakerelerin sonuca ulaşmayacağına emin olma ile şüphe duymayı birbirinden ayırmak gerekecektir. Taraflar, sözleşme özgürlüğü kapsamında, müzakereler sonucunda sözleşmeyi akdedip akdetmemekte serbesttirler. Ancak müzakerelerin birdenbire ve haklı bir sebep bildirilmeksizin kesilmesi, kötüniyet olarak kabul edilmesine karşın, müzakereleri kesen taraf herhangi bir taahhütte bulunmamış, müzakerelerin yürütülmesinden haksız kazanç sağlamamış, karşı tarafa yanlış bilgi vermemiş veya yanlış anlamaya sebep olacak davranışlarda bulunmamış ise kötüniyetli olduğu kabul edilmemelidir, dolayısıyla sorumluluğu da ileri sürülmemelidir²⁰⁸.

(iii) Prensiplerde, sözleşme müzakerelerine girişilmesi ile tarafların sır saklama (gizlilik) yükümlülüğünün başladığına ilişkin bir hüküm getirilmiştir. Prensipler m. 2.1.16'ya göre, sözleşme kurulsun veya kurulmasın, diğer taraf, bu bilgiyi ifşa etmemek veya kendi amaçları için uygunsuz biçimde kullanmamak yükümlülüğü altındadır. Aksi halde tazminat sorumluluğu doğabilecektir. Burada müzakereler sebebiyle ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali söz

²⁰⁵ UNIDROIT Prensipleri m. 2.1.15'te kötüniyetli davranış olarak addedilen davranışlar, örneklemelerin bazılarında aşağıdaki şekilde yer almıştır;

Örnek 1: *A, B'nin restoranını satmaya niyetli olduğunu öğrenir ve gerçekte restoranı satın alma niyeti olmamasına rağmen, B'nin restoranı kendi rakibi olan C'ye satmasını önlemek amacıyla B ile uzun süren görüşmelere başlar. A, C diğer bir restoranı satın aldığı zaman B ile müzakereleri keser. Bu durumda A, C'nin önerdiğinden daha düşük bir fiyata restoranını satmak zorunda kalan B'ye karşı verdiği zarardan sorumludur.*

Örnek 3: *A, B'nin şubesinden alacağı banka kredisi için B ile uzun görüşmelere başlar. Ancak B'nin şubesi son dakikada imza yetkisi olmadığını ve banka merkezinin, sözleşme taslağını kabul etmemeye karar verdiğini açıklar. Bu arada başka bir bankadan kredi alabilecek olan A, görüşmeler sebebiyle yaptığı masraflar ve yoksun kaldığı kârı istemeye hak kazanacaktır.*

Örnek 4: *“Yüklenici A ve tedarikçi B, fiyat teklifi öncesi sözleşmeye (pre-bid agreement) başlarlar, ki buna göre taraflar, A'nın ilk yüklenici olduğu büyük inşaatın yapımında kullanılacak ekipmanın tedariki için iyiniyetle görüşeceklerini taahhüt etmişlerdir. A, inşaat sözleşmesini imzalar. Ancak B ile yaptığı ön görüşmelerden sonra B, müzakerelere devam etmeyi reddeder. Bu durumda B, müzakerelerin iyiniyetle yürütülmesi yükümlülüğünün yerine getirilmesini talep edebilecektir.”*

²⁰⁶ SÜRAL, s.80.

²⁰⁷ SÜRAL, s.79.

²⁰⁸ SÜRAL, s.80.

konusudur. Çıkarlarının karşı tarafça korunacağına güvenen müzakereci tarafın güveninin boşa çıkarılması ve sırlarının ifşa edilmesi suretiyle zarar görmesi bu anlamda sorumluluk doğurmaktadır.

Prensiplerin yorumuna göre normal şartlarda tarafların genel bir sır saklama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, karşı tarafa sunulan bilginin ‘gizli’ nitelikte olduğu açıkça belirtilmişse bu yükümlülük ortaya çıkacaktır. Yahut açıkça belirtilmemekle birlikte somut olayın koşulları değerlendirildiğinde söz konusu bilginin doğası, tarafların nitelikleri dikkate alınarak da aynı sonuca ulaşılması mümkün olacaktır. Gizlilik yükümlülüğünün ihlali sebebiyle sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için, taraflardan birinin diğer tarafa belirli bir amaçla açıkladığı hususların başka amaçlarla kullanılması gerekir. Görüşmeler sebebiyle öğrenilen sırların açıklanmasından karşı taraf zarar gördüğü takdirde, -sözleşme kurulsun veya kurulmasın– sözleşme öncesi görüşmeler sebebiyle kusurlu davranışla verilmiş bir zarar ortaya çıkabilecektir. Bu durumda yine culpa in contrahendo sorumluluk gündeme gelebilecektir.

(iv) Sözleşme öncesi görüşmeler sebebiyle sorumluluğun doğduğunun kabul edildiği bir diğer madde, yetkisiz temsile ilişkindir. Prensipler m. 2.2.5’e göre yetkisiz temsil veya yetki aşımı hâlinde taraflar, yetkisiz temsilci veya verilen yetkiyi aşan temsilcinin yaptığı işlemle bağlı olmayacaktır. Şu kadar ki, temsil olunan, temsilcinin bu işlemi yapmaya yetkili olduğu yönünde bir kanaat uyandırmaz. Bu madde özellikle asılın tüzel kişi olması ve üçüncü kişinin, temsilcinin tüzel kişiliği temsil ettiğine inanması halinde önem kazanacaktır. Bu gibi durumlarda üçüncü kişi, temsilcinin tüzel kişiliği temsil ettiğine inanmakta haklı kabul edilebiliyorsa ve bu inancın ortaya çıkmasına temsil olunan neden olmuşsa, artık üçüncü kişiye karşı yetkisizliği ileri sürme imkanı olmayacaktır. Bu şekilde bir sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için, dış görünüş itibarıyla temsilcinin yetkili olduğu veya yetkisi kapsamında hareket ettiği imajı yaratılması yeterlidir. Bu kural da iyiniyet prensibinin bir başka yansımasıdır. Bu madde bağlamında da sözleşmenin henüz kurulmadığı aşamada belirttiğimiz şartlarda temsilcinin davranışları sebebiyle karşı tarafın uğradığı zararın tazmini mümkün olabilir.

(v) Prensiplerin ‘çelişkili davranışlar’ başlığı altında m. 1.8’de ise taraflar arasındaki güven ilişkisi üzerinde durulmuş ve *“Bir taraf, diğer tarafta oluşturduğu bir beklentiye karşı tarafın haklı olarak inanması ve buna göre hareket etmesine sebep olacak şekilde çelişkili hareket edemez”* hükmüne yer verilmiştir. Bu maddeye ilişkin yorumda, maddenin aslında genel hükümlerde yer alan iyiniyet ile dürüstlük ilkesine dayandığı ve taraflara, karşı tarafın makul

güven oluşturan davranışlar sebebiyle tutarlı davranma yükümlülüğü yüklediği belirtilmiştir. Yorumda özellikle güven sebebiyle sorumluluk üzerinde durulmuştur. Ancak maddenin yorumunda geçen ‘sözleşmeye ilişkin sorumlulukları’ ibaresi bu yükümlülüğün sözleşme öncesi görüşmeler için geçerli olmayacağı algısı yaratmakta, öte yandan örnekler içinde de sözleşme öncesindeki güven ilişkisine yer verilmektedir²⁰⁹. Bu durum çelişki yaratma ve ilgili hükmün sözleşme öncesi süreçte uygulanıp uygulanmayacağı konusuna tereddüt ortaya çıkarmaktadır. Kanaatimizce, maddenin uygulama alanına ilişkin her hususun bizzat madde metnine dahil edilmesinin mümkün olmadığı dikkate alınmalı ve hükmün yorumundan yola çıkılarak ilgili maddenin sözleşme öncesi görüşmeleri de içine aldığı kabul edilmelidir.

2. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (*Principles of European Contract Law - PECL*)²¹⁰

Avrupa Birliği’nde sözleşmeler hukukuna ilişkin genel bir kaynağın bulunmaması nedeniyle uzun zamandır hissedilen bu eksikliği gidermek amacıyla başlatılan çalışmalar sonucunda 2002 yılında ortaya bir dizi prensip konulmuştur²¹¹. Avrupa Birliği Komisyonu’nun finansal destek

²⁰⁹ Örnek 1: *B'nin arazisi üzerinde bulunan bir binanın yıkılması ve yerine A'nın özellikleriyle belirttiği türden bir binanın yapılması işi için A ile B uzun süren müzakereler yürütürler. A,B ile B'yi makul biçimde müzakerelerin tamamlandığı ve B'nin ifaya başlayabileceğini anlayacak şekilde ikna edecek biçimde iletişim kurmuştur. Daha sonra B, binayı yıkarak, yeni binanın yapımı için inşaatçılara meşgul etmiştir. Sonrasında A, halen görüşülmesi gereken ek şartların bulunduğunu belirtmiştir. Burada A, B'nin durumu bu şekilde anlamasına engel olmamıştır.*

²¹⁰ Prensiplerin İngilizce metni için bkz. <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>, erişim tarihi: 14.12.2017.

²¹¹ PECL'de yer alan prensiplere 2002 yılından sonra, 2008 ve 2009 yıllarında yine AB bünyesinde hazırlanan Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nda da (*Draft Common Frame of Reference-DFCR*) yer verilmiştir. 'AB Müktesebatı Prensipleri' olarak adlandırılacak bu prensipler AB bünyesinde özel hukuka ilişkin temel prensipleri ihtiva eden ve derleme (*restatement*) tekniği ile akademisyenler tarafından hazırlanan bir çalışmadır. DCFR yasalaşmamakla birlikte, birlik bazında ülke düzenlemelerinin uyumlaştırılmasında rol oynamıştır. Müktesebat Prensipleri'nin giriş kısmında belirtildiği gibi, sözleşmelere ilişkin temel prensiplerde "*kısmen veya belirli bir dereceye kadar*" PECL'de yer alan prensiplerden yola çıkılarak hazırlanmıştır. Bununla birlikte Müktesebat Prensipleri yalnızca sözleşmelere ilişkin genel prensiplerle sınırlı olmayıp, özel borç ilişkileri, sözleşme dışı yükümlülükler, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, taşınır mülkiyetine ilişkin bazı konuları da kapsamına alacak nitelikte olduğundan oldukça geniş bir alana ilişkin kuralları derleyerek ortaya koymaktadır. Bunun dışında metin sadece prensipleri içermemekte, tanımlar ve model kurallar da içermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / ACQUIS GROUP (Research Group on EC Private Law), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference)*, Eds: Christian von BAR/Eric CLIVE/Hans SCHULTE-NÖLKE, Erişim adresi: ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf; erişim tarihi: 05.12.2017; ACQUIS GROUP (Research Group on Existing EC Private Law), *Principles of the Existing Contract Law (Acquis Principles), Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier European Law Publishers, 2007; ACQUIS GROUP (Research Group on Existing EC Private Law), *Principles of the Existing Contract Law (Acquis Principles), Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier European Law Publishers, 2009; Hector L. MACQUEEN, "The Common Frame Reference in Europe", Tulane European&Civil Law Forum, Vol.25, 2010, S:1-19. AB Müktesebatı Prensiplerinin İngilizce metni için bkz.

sağladığı proje çerçevesinde ve 1982 yılında ilkelerin isim babası olan Ole Lando başkanlığında kurulan komisyon, uzun yıllar süren çalışmalar neticesinde, UNIDROIT Prensiplerinden sonra sözleşmeler hukukunun genel prensiplerini bir araya getiren en önemli metin olarak kabul edilen ilkeleri ortaya koymuştur²¹². Hukuki olarak bağlayıcı olmamasına rağmen, PECL’de ortaya koyulan prensipler birçok Avrupa ülkesi tarafından kabul edilmektedir²¹³.

a. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensiplerinin Amacı ve Kapsamı. AB’de özel hukuka ilişkin genel bir düzenleme olmaması ve üye ülkelerde özel hukuka ilişkin farklı düzenlemeler bulunması sebebiyle, ortak pazarın düzgün şekilde işleyememesi sözleşmeler hukukuna ilişkin düzenleme yapma ihtiyacını doğurmuş ve neticede bu ilkeler ortaya çıkmıştır²¹⁴. Prensiplerin hazırlanma amacı, yalnızca ortak pazarda bu tür olumsuz etkilerin azaltılması değil, aynı zamanda birlik bünyesinde ortak bir sözleşmeler hukukunun oluşumu, sözleşmeler hukukunun uyumlaştırılmasıdır²¹⁵. Dolayısıyla prensipler, (UNIDROIT Prensiplerinden farklı olarak) yalnızca ticari sözleşmelerle sınırlı olmayıp, her tür sözleşme için geçerlidir²¹⁶. Prensiplerin bir diğer amacı da, üye ülkeler için bağlayıcı hale getirilecek olan ve gelecekte hazırlanması planlanan, sözleşmelere ilişkin yeknesak kurallara temel oluşturmaktır²¹⁷. Metne, *lex mercatoria*’ya ilişkin hükümlerin konulmasının amacı, prensiplerin geliştirilmesine katkıda bulunmak, bunların aşamalı olarak kanunlaştırılmasında ticari teamüllerin ve milletlerarası ticaret alanındaki hukukun genel ilkelerinin önünü açmaktır²¹⁸.

b. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensiplerinin Uygulama Alanı ve *Lex Mercatoria* İlişkisi. Modern bir *lex mercatoria* oluşturulması, bu prensiplerin ortaya konulmasının amaçları

https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwj2gbaBn8TSAhWE2SwKHaryDSOQFggtMAM&url=https%3A%2F%2Fjura.urz.uni-heidelberg.de%2Fmat%2Ffile_viewer.php%3Ffid%3D13889&usq=AFQjCNH2Y1J_BTCoFfeAjrghCSfIYRAA, erişim tarihi: 07.03.2017. Sözleşmeler hukukuna ilişkin ilkeler PECL esas alınarak hazırlansa da, Müktesebat Prensipleri’nin içeriği PECL’e nazaran daha farklı ve oldukça geniş olduğundan, bu çalışmada Müktesebat Prensipleri incelenmemiş. PECL’in yalnızca sözleşmeler hukukunun genel prensiplerine ilişkin hükümler içermesi sebebiyle bu metin üzerinde durulmuştur.

²¹² AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.300-301.

²¹³ TENE, s.3.

²¹⁴ BERGER, *Law Merchant*, s.234-239; Vijay KAMATH, “An Analysis of Principles of European Contract Law as an Autonomous/Universal Lex Mercatoria”, Erişim Adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1613142, erişim tarihi: 09.12.2017, s.4; Hugh BEALE, “The Development of European Private Law and the European Commission’s Action Plan on Contract Law”, *Juridica International* X/2005, s.6-7.

²¹⁵ BERGER, *Law Merchant*, s.238-339; KAMATH, s.4.

²¹⁶ EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret*, s.52.

²¹⁷ Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri, Giriş Kısmı, xxii. Bununla birlikte, prensiplerin hazırlanmasında yalnızca AB üyesi ülkelerde yer alan düzenlemeler incelenmemiş, üye ülkeler dışındaki ülkelerde yer alan düzenlemelerden de yararlanılmıştır. Bkz. EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret*, s.52.

²¹⁸ KAMATH, s.5.

arasında gösterilmektedir²¹⁹. Çünkü bu belge yalnızca içeriğindeki prensipleri değil, ayrıca çeşitli milletlerarası ticari uygulamalardan doğan kuralları da tanımaktadır²²⁰. Bunun aksini belirten ve prensiplerin şu an için tek başına evrensel bir *lex mercatoria* oluşturamayacağını, belki gelecekte bunun mümkün olabileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır²²¹. Burada prensiplerin *lex mercatoria* niteliği tartışılırken, bu prensiplerin tüm ülkelere yönelik olmayıp, yalnızca AB üyesi ülkelere yönelmiş bir çalışma olduğunun da gözden uzak tutulmaması gerekir. Nitekim Prensipler, Avrupa'nın *lex mercatoria*'sı olarak anılmaktadır²²². Prensiplerin 1:101. maddesinde de, bu prensiplerin, “Avrupa Birliği'nde” sözleşmeler hukukunun genel kuralları olarak uygulanması niyetiyle hazırlandığı belirtilmiştir.

Prensipler, tarafların aralarındaki sözleşmeye bu kuralların uygulanmasını kararlaştırdıkları takdirde uygulanacaktır (m.1:101/2). Ayrıca tarafların, aralarındaki sözleşmeye hukukun genel ilkelerinin veya *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kararlaştırdıkları hallerde veya herhangi bir hukuk sistemi veya kurallar bütünüünün uygulanacağını belirtmemiş olmaları hâlinde de bu kurallar uygulanabilir (m. 1:101/3).

c. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'nde Culpa in Contrahendo Sorumluluğun Uygulanabilirliği. Prensiplerde sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluğa temel olabilecek bir kısım hüküm mevcuttur. Bu hükümlere dayanarak culpa in contrahendo sorumluluğun, haksız fiil sorumluluğu altında olmadığı, Avrupa sözleşmeler hukukunun bir parçası olduğu ifade edilmektedir²²³.

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri, UNIDROIT Prensiplerine paralel şekilde düzenlenmiştir. Her iki metin birlikte incelendiğinde, birçok hükmün kaleme alınmasında benzer yöntem izlendiği, aynı veya benzer ifadelerin kullanıldığı, hatta bazı fıkraların hemen hemen aynı olduğu görülecektir. Bu nedenle ilgili kısımlarda UNIDROIT Prensipleri'nin ilgili kısmıyla ilgili değerlendirmelere atıf yapılmıştır.

(i) Prensiplerin birinci bölümünde, tarafların iyiniyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiştir (m. 1:102/1). UNIDROIT Prensiplerinde sözleşme özgürlüğüne ilişkin olarak belirttiğimiz hususlar bu hüküm için de geçerlidir.

²¹⁹ Bkz. BERGER, *Law Merchant*, s.239; Arzu OĞUZ, “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 49,Sayı: 1-4, Yıl: 2000, S:31-65, s.53.

²²⁰ KAMATH,1.

²²¹ Bkz. KAMATH, s.1-2. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensiplerinin evrensel *lex mercatoria* değil, ancak Avrupa için bir *lex mercatoria* olup olmadığına ilişkin bir tartışma hakkında bkz. KAMATH, s.9 vd.

²²² AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.192, 301.

²²³ Bkz. BEALE, s.8.

(ii) Prensipler m. 1:105'te, tarafların, üzerinde uzlaştıkları veya kendi aralarındaki alışkanlıklar ile bağlı oldukları gibi, kendileriyle aynı durumdaki kişilere uygulandığı genellikle kabul edilen teamüllerle de bağlı oldukları belirtilmiştir. Bu madde doğrudan sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin olmamasına rağmen, teamüllere atıfta bulunması sebebiyle *lex mercatoria*'nın uygulanmasını gündeme getirebilir. Özellikle belirli bir sektörde uygulanan yeknesak kurallar veya UNIDROIT prensipleri gibi milletlerarası ticaret ilkeleri arasında yer alan sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin herhangi bir hüküm, bu madde bağlamında uygulanabilecektir.

(iii) Prensipler m. 1:106/1'de, prensiplerin amaca uygun olarak yorumlanması ve geliştirilmesi gerektiği, m. 1:201'de ise, tarafların, iyiniyet ve dürüstlük kuralına uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları, bu yükümlülüğü bertaraf edemeyecekleri veya sınırlayamayacakları belirtilmiştir. Burada da, UNIDROIT Prensipleri m.1.7'de olduğu gibi iyiniyet kuralı emredici nitelikte düzenlenmiştir. Ancak UNIDROIT prensiplerinden farklı olarak sözleşme müzakerelerini de içine alacak şekilde genel bir işbirliği yükümlülüğü öngörülmüştür²²⁴. Madde 1:202'ye göre taraflar, sözleşmenin yürürlüğe girebilmesi için karşılıklı olarak işbirliği yapma yükümlülüğü altındadır. Bu hüküm de iyiniyet ilkesinin doğal bir uzantısı olarak görülmektedir²²⁵.

İlkelerin isim babası olan Lando'ya göre, iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun davranma yükümlülüğü yalnızca sözleşmenin kurulmasına ve ifasına ilişkin olmayıp, aynı zamanda sözleşme müzakerelerine ilişkindir. Bir tarafın gerçekte bir sözleşme yapma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmeleri yapması da bu kurallara aykırılık teşkil edecektir²²⁶.

(iv) Prensiplerin 2:301 ve 2:302. maddeleri 'müzakerelerden sorumluluk' başlığı altında sözleşme görüşmelerinden sorumluluğu, UNIDROIT m.2.1.15 ve m.2.1.16'yla neredeyse aynı

²²⁴ UNIDROIT Prensipleri m.5.1.3 'taraflar arasında işbirliği' başlığını taşımaktadır. Ancak bu madde, yalnızca taraflar arasındaki sözleşmenin ifasına ilişkin işbirliği yapma yükümlülüğünü belirtmektedir. Aynı maddenin yorumunda ise sözleşmenin meydana gelmesi sürecinde de işbirliği yapabileceklerinin belirtilmesi sebebiyle UNIDROIT Prensipleri'nde de tarafların müzakere sürecinde bu yönde bir yükümlülükleri bulunup bulunmadığı tartışılabilir. Ancak kanaatimizce bu madde kapsamında müzakere sürecini de içine alacak şekilde işbirliği yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının tartışılmasında bir fayda yoktur. Zira UNIDROIT Prensipleri kapsamında culpa in contrahendo sorumluluğun uygulanabilirliğini değerlendirdiğimiz diğer hükümler, somut olaya uygun düşecek biçimde yorumlanabilecek ve sözleşme müzakerelerinde sorumluluk konusunda adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasını önleyebilecek niteliktedir.

²²⁵ Bkz. AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s.307.

²²⁶ Ole LANDO / Hugh BEALE (Ed.) *The Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, Cambridge, 2000, s.113.

şekilde kaleme almıştır²²⁷. İyiniyet kavramına verilen önem bu maddeye de yansımıştır²²⁸. Prensiplere göre, “ *taraflar sözleşme müzakereleri yürütmekte serbesttirler ve müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması sebebiyle sorumlu tutulamazlar. Ancak, müzakereleri iyiniyet ve dürüstlüğe aykırı biçimde sürdüren veya kesen taraf, diğer tarafa bu yüzden verdiği zararlardan sorumludur. Özellikle gerçekte bir anlaşmaya ulaşma niyeti olmaksızın müzakerelere girişmek veya devam etmek iyiniyet ve dürüstlüğe aykırı kabul edilir*” (m. 2:301).

Bu hüküm, özellikle tarafların iyiniyet ve dürüstlük kuralına aykırı olarak sözleşme görüşmelerine başlaması, devam etmesi veya yarıda kesmesinden dolayı karşı tarafa verdiği zarardan sorumluluk ile ilgilenmektedir²²⁹. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluk, esasen prensiplerin bu maddesinde yer almaktadır. Tarafların sözleşme müzakereleri yürütmesi elbette sözleşme yapma zorunluluğu doğurmamaktadır. Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde diledikleri şekilde sözleşme görüşmeleri yapmakta serbesttirler²³⁰. Ancak bir tarafın, müzakerelerin hiçbir zaman sözleşme ile sonuçlanmayacağını bilmesi hâlinde veya görüşmeleri sözleşme kurma niyeti olmaksızın sürdürmesi hâlinde burada da iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırılık gündeme gelecektir. Bunun yanında Prensiplerin her ne kadar sözleşme hukukuna ilişkin düzenleme getirdiği kabul edilse, bu madde kapsamında yer verilen sorumluluğun temellerinin hata veya hileye dayandırılabilmesi, birçok üye ülkede haksız fiil kapsamında ele alındığı da belirtilmektedir²³¹.

Bu kapsamda tazmin edilecek zarar, sözleşmenin yapılacağına ilişkin karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa çıkmasından dolayı uğranılan fiili zarardır. Bazı durumlarda görüşmeler sebebiyle kaçırılan fırsatların da tazmini mümkün olduğu belirtilmektedir²³². Her ne kadar açıkça belirtilmemiş de olsa, maddenin UNIDROIT Prensipleri ile birebir ayniyet arz etmesi sebebiyle, müspet zararın tazmini konusunda UNIDROIT Prensipleri'nin ilgili maddesinin yorumu dikkate alınarak, aynı şartlar altında PECL'de de bu hükme dayanarak müspet zararın da tazmin edilebileceği kabul edilmelidir.

(v) Prensipler m. 2:302'de ise müzakereler sırasında karşı tarafa ait sırların öğrenilmesi halinde ortaya çıkan sır saklama yükümlülüğü üzerinde durulmuştur. Metinde belirtilen bu

²²⁷ Her iki düzenlemenin içeriği de ayniyet arz etmekle birlikte, PECL'de 'iyiniyete aykırılık' tabiri kullanılırken, UNIDROIT Prensiplerinde 'kötüniyet' ifadesi kullanılmıştır.

²²⁸ BERGER, *Law Merchant*, s.246-247.

²²⁹ LANDO / BEALE, s.189.

²³⁰ KESSLER / FINE, s.412.

²³¹ Bkz. LANDO / BEALE, s.190.

²³² LANDO / BEALE, s.191.

yükümlülük UNIDROIT m.2.1.16 ile paralellik gösterdiği için ilgili madde kapsamında yapılan değerlendirmeler PECL'in bu maddesi açısından da geçerlidir.

(vi) Prensipler m.3:201 ve 3:204'te yer verilen yetkisiz temsile ilişkin hükümlerde de culpa in contrahendo sorumluluğun uygulanması mümkün olabilir. PECL'in bu maddeleri bazı nüanslar içermekle birlikte, içerik olarak UNIDROIT prensiplerinde yer alan yetkisiz temsile ilişkin düzenlemelere benzediğinden UNIDROIT m.2.2.5'e ilişkin olarak söylediklerimiz burada da geçerlidir. Farklı olarak PECL m.3:201'de de temsilcinin yetkili olduğuna güvenen kişinin iyiniyetli olması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

3. Trans-Lex Prensipleri (*Principles of Transnational Law*)

a. Trans-Lex Prensiplerinin Ortaya Çıkışı ve Yapısı. Trans-Lex Prensipleri, *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında belirttiğimiz hukukun genel ilkelerinin bir türü olarak milletlerarası ticaret hukukunun genel ilkelerini belirten kurallardır. Prensipler, Almanya Cologne Üniversitesi Uluslararası Hukuk Merkezi'nde Profesör Klaus Peter Berger başkanlığındaki bir grubun yaptığı çalışmalar neticesinde ilk kez 1982'de yayınlanmaya başlanmış, 2001'de ise çevrimiçi bir veritabanı haline getirilmiştir²³³. 2009 yılında ise daha kolay kullanılabilir bir internet sitesi olarak geliştirilmiş ve yeniden tasarlanmıştır²³⁴. Halihazırda yine Berger başkanlığındaki araştırma grubu tarafından hazırlanmakta ve güncellenmektedir²³⁵. Prensiplerin herkese açık ve kolay ulaşılabilir olması ile açık uçlu bir yapıda devamlı güncellenen bir kaynak olması sebepleriyle özellikle son yıllarda milletlerarası ticaret alanındaki kişilerin ilgisini çekmeye başlamıştır. Veri tabanında yalnızca prensip metinleri değil, akademik çalışmalar, monografiler, bir çok ülkenin ilgili yasaları ve prensiplerle ilgili hakem kararlarına yapılan atıflar gibi çeşitli kaynaklar da bulunmaktadır.

b. Trans-Lex Prensiplerinin *Lex Mercatoria* Niteliği. Trans-Lex prensipleri “milletlerüstü hukuk için çevrimiçi yeknesak kurallar ve araştırma platformu” olarak, yani 'yeni *lex mercatoria*' olarak kendisini tanımlamaktadır²³⁶. Bu prensipler milletlerarası hakem kararları, millî kanunlar, milletlerarası anlaşmalar, standart sözleşmeler, ticari teamül ve uygulamalar, akademik çalışmalar gibi kaynakları kullanarak ve karşılaştırmalı hukuk ışığında çalışarak

²³³ Trans-Lex prensiplerinin tarihi süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BERGER, *Law Merchant*, s.271-273.

²³⁴ BERGER, *Law Merchant*, s.274.

²³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.trans-lex.org/team_ID20/, erişim tarihi: 11.12.2017.

²³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Trans-Lex internet sitesi, Erişim Adresi: www.trans-lex.org, erişim tarihi: 11.12.2017.

milletlerarası ticarete geçerli olan prensipleri bir araya getirmektedir²³⁷. Daha önce incelediğimiz UNIDROIT ve PECL prensiplerinden farklı olarak, Trans-Lex prensipleri tamamlanmış, bitmiş bir kurallar bütünü değildir. Aksine prensipler, yeni *lex mercatoria*'nın dinamik yapısına uygun biçimde, *lex mercatoria*'nın gelişime açık ve sürekli yenilenen ilkeler ve kurallar olarak tanımlanmıştır²³⁸. Milletlerarası ticarete ilişkin yaklaşık 130 prensip, bibliyografya, ilgili dokümanlar ve linkler yer almaktadır.

Milletlerarası ticarete ilişkin uygulanabilecek kuralların belirlenmesi, *lex mercatoria*'nın diğer kaynaklarında yer alan boşlukların doldurulması, milletlerarası anlaşmaların yorumlanması, milletlerarası ticarete ilişkin tartışmalı anahtar hukuki terimlerin tespit edilmesi, milletlerüstü hukuk hakkında bilgi sağlanması gibi amaçları bulunmaktadır²³⁹.

Trans-Lex prensiplerini UNIDROIT ve PECL'den ayıran en önemli özellik kapsamının sözleşmeler hukuku ile sınırlı olmamasıdır²⁴⁰. Ayrıca UNIDROIT ve PECL gibi metinlerin en zayıf yönü, milletlerarası ticaretin esneklik gerektiren dinamik yapısına rağmen *restatement* tekniğiyle yapılan kodifikasyonların ister istemez yazılı hukuk metni olarak düzenlenmesidir²⁴¹. Bu anlamda liste sistemiyle düzenlenen ve sürekli olarak güncellenen Trans Lex Prensipleri esneklik sağlamakta ve güncel gelişmelerle ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap verme noktasında hareket kabiliyetine sahip bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, yeni *lex mercatoria* hareket halindeki hukuktur ve en yüksek ölçüde esneklik ve açıklık gerektirdiğinden yazılı hukuk metinleriyle sabitlenemez²⁴². Bu bağlamda UNIDROIT ve PECL bu çelişkiyi bünyesinde barındırırken, Trans-Lex prensipleri herkese açık ve her gün yenilenebilen yapısı itibarıyla kuralların sabitlenmesinin önüne geçerek, adı geçen belgelerin bu zayıf yönünü bünyesinde taşımamaktadır²⁴³.

c. Trans-Lex Prensiplerinde Culpa in Contrahendo Sorumluluğun Uygulanabilirliği.

Sahip olduğu esneklik sebebiyle gerçek bir *lex mercatoria* olarak kabul edilebilecek Trans-Lex prensiplerinde culpa in contrahendo sorumluluğun uygulanmasına dayanak teşkil edebilecek hükümleri aşağıdaki şekilde belirtebiliriz;

²³⁷ BERGER, *Law Merchant*, s.270.

²³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Klaus Peter BERGER, "The Lex Mercatoria and the Trans-Lex Principles", Erişim Adresi: <http://www.trans-lex.org/content.php?what=8#1>, erişim tarihi: 10.12.2017.

²³⁹ Bkz. BERGER, *Trans-Lex*.

²⁴⁰ BERGER, *Law Merchant*, s.276.

²⁴¹ BERGER, *Law Merchant*, s.287.

²⁴² BERGER, *Law Merchant*, s.291.

²⁴³ BERGER, *Law Merchant*, s.287-288, 291.

(i) Trans-Lex prensiplerinin ilk bölümü iyiniyet ve dürüstlük üst başlığı altında genel hükümleri düzenlemiştir. ‘Milletlerarası ticarete iyiniyet ve dürüstlük’ başlığı altında m. I.1.1’de yer alan düzenlemenin ilk fıkrasına göre, “*Taraflar, milletlerarası ticari işlemlerinde, milletlerarası ticarete iyiniyet ve dürüstlüğe uygun hareket etmek zorundadırlar. Bu hüküm, milletlerarası sözleşmelerin müzakeresi, kurulması, ifası ve yorumunda uygulanır.*” Fıkırada yer alan düzenleme, milletlerarası ticaretin yukarıda incelenen prensiplerinden farklılık arz etmemektedir. PECL ve UNIDROIT prensiplerinin iyiniyet ve dürüstlüğe ilişkin hükümlerinde yer verilen ‘müzakere’ ibaresine burada da yer verilmiştir. Dolayısıyla ilgili bölümde yaptığımız açıklamalar bu hüküm için de geçerlidir. Maddenin yorumunda da iyiniyet ve dürüstlük kurallarının sözleşme öncesi aşamayı içine alacağı ve özellikle uzun süren ilişkilerde bu yükümlülüğün arttığı açıkça belirtilmiştir²⁴⁴. Bu hüküm, özellikle müzakerelerin uzun sürdüğü aşamada tarafların sözleşme öncesi yükümlülüklerinin ağırlaştırıldığı şeklinde de yorumlanabilir.

(ii) Prensip m. I.2.2’de ‘Ticari Uygulamalar’ başlığı altında yer alan hükümde ise sözleşme öncesi sorumluluğun ticari teamül ve uygulamalar arasında bulunması veya taraflar arasında bu yönde bir anlaşma olması hâlinde sözleşme kurulmasa dahi sözleşme görüşmelerinden sorumlulukları gündeme getirilebilir kanaatindeyiz. Trans-Lex prensiplerine göre, “*Taraflar, üzerinde anlaştıkları ticari uygulamalarla ve aralarında oluşturdukları alışkanlıklara bağlıdırlar. Aksini kararlaştırmadıkları sürece, tarafların bildikleri veya bilmeleri gereken uygulamalar ile milletlerarası ticarete geniş ölçüde bilinen ve düzenli olarak gözlemlenen uygulamaların, aralarındaki sözleşmeye uygulanmasını zımnen kabul ettikleri farz edilir.*” (m. I.2.2). Trans-Lex prensiplerinde doğrudan sözleşme öncesi sorumlulukla ilgili herhangi hükümler uygulama alanı bulmasa dahi, tarafların milletlerarası ticaretin genel prensiplerini bildiği kabul edilmeli, dolayısıyla UNIDROIT ve PECL prensiplerinin sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin hükümleri Trans-Lex Prensiplerinin I.2.2. maddesi kapsamında da uygulanabilmelidir.

(iii) Bu iki hüküm dışında prensiplerde, ‘Sözleşme öncesi sorumluluk prensibi’ başlığı altında, doğrudan sözleşme öncesi sorumluluğu düzenleyen bir madde de bulunmaktadır. Prensip m. IV.8.1’de, tarafların sözleşme müzakeresi yapmakta serbest olduğu ve anlaşma sağlanamaması hâlinde sorumlu olmayacağı, ancak müzakereleri kötüniyetle kesen tarafın, diğer tarafın uğradığı kayıplardan culpa in contrahendo çerçevesinde sorumlu olacağı

²⁴⁴ Trans-Lex Principles Art.I.1.1 Commentary para.3.

belirtmiştir. Maddenin son fıkrasında ise özellikle sözleşme kurma niyeti olmaksızın, diğer tarafta sözleşmenin kurulacağına ilişkin bir kanı oluşmasına izin vererek müzakerelere girişen veya müzakerelere devam eden tarafın kötünietli kabul edileceği belirtilmiştir. Aynı şekilde, kabul beklentisi için hiçbir avantajı olmayacak, açıkça makul olmayan nitelikteki sözleşme şartlarında ısrar eden tarafın, tasarlanan sözleşmenin yapılmasının engellenmesinde menfaati bulunduğu ispatlandığı takdirde bu taraf için de prensiplerin bu hükmü uygulanacak ve culpa in contrahendo sorumluluk söz konusu olacaktır. Son ihtimalde culpa in contrahendo sorumluluğun kabul edilebilmesi için ilgili sözleşme şartının/şartlarının objektif olarak ‘makul’ kabul edilmemesi ve ‘ispat edilebilmesi’ şeklindeki iki koşulun yerine getirilmesi gerekir²⁴⁵. UNIDROIT (m.2.1.15) ve PECL (m.2:301)’den farklı olarak Trans-Lex Prensipleri’nin bu maddesinde açıkça ‘culpa in contrahendo’ ifadesi kullanılarak sorumluluğun türü noktasında oluşabilecek tereddütler önlenmiştir.

(iv) Prensiplerin IV.6.13. maddesinde sır saklama yükümlülüğü ve (v) yetkisiz temsil hali UNIDROIT ve PECL metinlerine paralel şekilde düzenlendiğinden ilgili kısımlarda yaptığımız açıklamalar Trans-Lex Prensipleri’nin bu hükmü açısından da geçerlidir.

Görüldüğü gibi sözleşme öncesi sorumluluk diğer prensip metinlerine paralel olarak düzenlenmiş, hatta kötünietin tanımında daha ayrıntılı bir hüküm getirmiştir. Culpa in contrahendo sorumluluk için gerekli olan ‘karşı tarafta güven oluşturmaya elverişli davranış’ unsuruna bu ilkelerde yer verilmiş görünmektedir. Zira metinde, “*diğer tarafta, sözleşmenin kurulacağı yönünde bir kanı oluşturan*” ifadesi yer almaktadır. Aynı fıkranın devamında ise aslında sözleşmeyi geçersiz kılacak şartların veya maddelerin sözleşmeye konulmasında ısrar eden taraftan bahsedilmiştir. Bu hüküm de, diğer metinlerde yer almayan bir hükümdür. Kanaatimizce bu fıkra, ticari hayattaki uygulamalar ve gereklilikler göz önünde bulundurularak yazılmıştır.

C. Milletlerarası Ticarete Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Uygulanabileceği Metinlerin Değerlendirilmesi

Yukarıda incelediğimiz çalışmaların hemen hepsi ekonomik gereklilikler sonucunda ortaya çıkmış ve *lex mercatoria*’nın pratik olarak uygulanmasını kolaylaştırmıştır²⁴⁶. UNIDROIT ve

²⁴⁵ Trans-Lex Principles Art.IV.8.1.Commentary para.3.

²⁴⁶ OĞUZ, *UNIDROIT*, s.51.

PECL hükümlerinde sözleşme öncesi görüşmeler sebebiyle sorumluluk birbirine paralel şekilde ele alınmış, Trans-Lex Prensipleri'nde ise daha yüzeysel şekilde kaleme alınmıştır. Trans-Lex Prensipleri'nin önemli farklı kötüniyetin tanımına daha ayrıntılı şekilde yer vermesi ve özellikle makul olmayan sözleşme şartlarında ısrar eden tarafın sözleşme öncesi sorumluluğunun bulunduğunu açıkça kabul etmesidir.

UNIDROIT Prensipleri, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri gibi çalışmalar, milletlerarası ticaret hukukuna ilişkin tartışmalarda çözüme bir adım daha yaklaşılması olarak nitelenebilir²⁴⁷. Metinlerin ortak özelliği, sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluğun iyiniyet ve dürüstlük kurallarına dayandırılmasıdır. Metinlerde iyiniyet ve dürüstlük prensibi milletlerarası ticaretin temel ilkeleri arasında sayılmıştır. Burada sözleşme kurulsa da, kurulmasa da müzakereler sırasında diğer müzakereciye zarar veren tarafın, verdiği zarardan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Verilen zarar kötüniyetle sözleşme müzakerelerine girilmesi veya devam edilmesi veya kesilmesi, müzakereler sırasında öğrenilen sırların açıklanması gibi şekillerde ortaya çıkabilecektir.

İncelenen metinlerde müzakereler sırasında müzakerecilerin birbirlerine verdikleri zararlar ele alınmıştır. Buna karşılık doğrudan müzakereci tarafa değil de, onun koruma alanında bulunan birine zarar verilmesi hâline hiç değinilmemiştir. Dolayısıyla culpa in contrahendo doktrinde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşü gibi yaklaşımların prensip metinlerine yansımadağını söyleyebiliriz²⁴⁸. Oysa culpa in contrahendonun, 'edim yükümlerinden bağımsız ilişki' olarak nitelendirilmesi sebebiyle, sözleşme görüşmeleri aşamasında tarafların birbirlerine doğru ve aydınlatıcı bilgiler vermesi, görüşmelerde iyiniyetle

²⁴⁷ OĞUZ, *UNIDROIT*, s.51.

²⁴⁸ Üçüncü kişiyi koruyucu etki, müzakereci dışındaki kişiler açısından söz konusu olmaktadır. Buna göre doğrudan müzakereye katılmayan, fakat müzakerecilerden birinin hakimiyet alanında bulunan kişilerin zarar görmesi halinde de güven sorumluluğu devreye girebilecektir. Sözleşme görüşmelerine girişmekle birlikte tarafların birbirlerinin hukuki değer ve menfaatlerine etki edebilme imkanı ortaya çıktığını çalışmanın önceki kısımlarında belirtmiştik. Aralarındaki ilişki sebebiyle taraflar, birbirlerinin müdahalesine açtıkları değer ve menfaatlerin karşı tarafça korunacağına haklı olarak güvenmektedir. İşte bu güven, aynı şekilde tarafların hakimiyeti altında bulunan kişiler açısından da geçerli olmakta ve doğrudan müzakerecinin tarafı olmamakla birlikte, bir tarafın hakimiyet alanında bulunan ve menfaatlerinin karşı tarafça korunacağını haklı olarak bekleyen diğer kişiler için de geçerli kabul edilmektedir. Müzakereci taraflardan birisinin hakimiyet alanında bulunan üçüncü kişinin, diğer müzakereci tarafla herhangi bir sözleşme kurma niyeti veya müzakere yapma amacı bulunmamaktadır. Ancak yukarıda bahsettiğimiz gerekçelerle bu gibi durumlarda edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin üçüncü kişileri koruyucu etkisi söz konusu olabilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve konuya ilişkin farklı yaklaşımlar için bkz. DEMİRCİOĞLU, s.155-156; KIRCA, s.6-7; SİRMEN, s.49-50; GÜRPINAR, s.200-205; ANTALYA, s.138; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014, s.20 vd. Üçüncü kişinin zararı hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Haluk TANDOĞAN, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963.

hareket etmesi gibi yükümlülükler dışında, tarafların ve tarafların koruma alanında bulunan kişilerin şahıs ve mal varlığını koruyacak tedbirleri alma yükümlülüğünü de içermektedir²⁴⁹. Elbette üçüncü kişilerin zararının bu çerçevede giderilmesi imkanını kabul edebilmek için, üçüncü kişinin müzakereci tarafların özel etki ve güven alanında olması gerekir²⁵⁰.

Prensiplerin, müzakere sürecinde sorumluluğa temel olabilecek hükümlerinin, üçüncü kişinin gördüğü zararları kapsayacak genişlikte olmamasının sebebi kanaatimizce bu hükümlerin salt iyiniyet ilkesine dayandırılmasıdır. İçsel bir olguyu ifade eden iyiniyet ile kişilerin dışında kendiliğinden oluşan güven kuralları farklı kavramlardır²⁵¹. Kavramların farklılığı doğal olarak bunların kapsamalarını farklılaştırmaktadır. Culpa in contrahendo sorumlulukta karşı tarafın iyiniyetinden bağımsız olarak, taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanan ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle de ortaya çıkması mümkündür. Bu anlamda metinlerde bir boşluk bulunduğunu söyleyebiliriz. Bu boşluğun doldurulması amacıyla tarafların müzakere sürecindeki yükümlülüklerine net ve belirgin şekilde metinlerde ya da en azından metinlerin yorumunda tereddüt yaratmayacak şekilde belirtilmesi daha isabetli olabilir.

Metinlerde genellikle kötüniiyetin tanımı yapılmamıştır. Bu durum “acaba kötüniiyet olarak nitelendirilebilecek hallerin yorum yoluyla genişletilmesini sağlamak amacıyla mı bu şekilde düzenlenmiş” sorusunu akla getirmektedir. Kanaatimizce kötüniiyetin tanımının yapılmaması, milletlerarası ticaretin hızlı akışına uygun düşecek biçimde, yeni ihtiyaç ve gereklilikler doğrultusunda yorumlanması için, metni hazırlayanların tanıdığı bir esnekliktir. Ancak burada bir soru daha akla gelmektedir. Acaba sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan tarafların ağırlaştırılmış özen yükümlerini ihlâl edici her durum, bu kapsama alınabilir mi? Başka bir deyişle, tarafların yakın teması sebebiyle ortaya çıkan her zarar verici durum kötüniiyet olarak nitelendirilebilir mi? Bu soruya olumlu cevap vermek mümkün görünmemektedir. Özellikle yukarıda bahsettiğimiz, müzakereci olmayan, ancak müzakerecilerden birinin koruma alanında bulunan şahısların gördüğü zararlarda kötüniiyetin varlığı her zaman gerekmez. Oysa bu gibi haller de culpa in contrahendo sorumluluğun uygulama alanına girebilmektedir.

Çalışmalarda göze çarpan bir başka ortak özellik ise tarafların ticari teamüllerle bağlı olmasını öngören hükümlerdir. İyiniyet ilkesi kapsamında culpa in contrahendo sorumluluğun

²⁴⁹ BAYGIN, s.356.

²⁵⁰ SEROZAN, s.250.

²⁵¹ EDİS, s.457.

uygulanarak zararın tazmin edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, milletlerarası ticari teamüllerle bağlı olunmasına ilişkin hükümler kapsamında zararın tazmini gündeme gelebilir mi? Bu soruya net bir cevap vermek uygun olmayacaktır. Çünkü bu gibi durumlar için bir genelleme yapmak yerine her somut olay için ayrı değerlendirme yapılması gerekir. Şöyle ki, milletlerarası ticarete akdedilen sözleşmelerde, yalnızca incelediğimiz prensipler veya milletlerarası anlaşmalar değil, milletlerarası ticari organizasyonlar bünyesinde hazırlanan diğer kurallar da bulunmaktadır. Bunların bir kısmı ise ticari hayatta yer alan sektörlere göre belirlenmiştir. Dolayısıyla sözleşme öncesi görüşmelerde bir güvenin doğup doğmadığının tespitinde ve zararın kapsamının belirlenmesinde ‘teamül’ niteliğini tespiti önem taşımaktadır. Teamül niteliğinin verilmesinde ise taraflar arasında sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan güven ilişkisinin tespit edilmesinde incelenen prensipler dışında somut olayın özellikleri ve diğer milletlerarası ticari ilke ve kurallardan da faydalanılmalıdır.

Sonuç

Bu çalışmada, culpa in contrahendo sorumluluğun *lex mercatoria*'da uygulanabilirliğini araştırmaya çalıştık. Bu bağlamda öncelikle milletlerarası ticarete sorumluluğa dayanak teşkil edebilecek, milletlerarası ticarete ilişkin temel ilkeler ve prensipler incelenmiş, incelenen metinler çerçevesinde culpa in contrahendo sorumluluğun uygulanmasına imkan verecek bazı düzenlemeler bulunmakla birlikte, bu hükümler sözleşme öncesi sorumluluğun ortaya çıkabileceği tüm durumları içine almamaktadır. İncelenen milletlerarası metinlerin hemen hepsi sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluğa ilişkin hükümleri genellikle ‘iyiniyet ve dürüstlük prensiplerine aykırılık’ olarak düzenlemiştir. Zaten culpa in contrahendo teorisinin, günümüzde iyiniyet ve dürüstlük kurallarında kendine bir dayanak noktası bulduğu kabul edilmektedir.²⁵² Ancak metinlerden UNIDROIT Prensipleri ve PECL'de doğrudan ‘culpa in contrahendo’ terimi kullanılmamış, Trans-Lex Prensipleri'nde ise culpa in contrahendo ifadesi kullanılarak sorumluluğun türü noktasındaki soru işaretleri giderilmiştir.

Özetle, milletlerarası ticaretin prensipleri olarak anılan UNIDROIT, PECL, Trans-Lex gibi prensiplerde culpa in contrahendo sorumluluğun dayandırılabilabileceği münferit düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemeler kapsamlı olmamakla birlikte, özellikle iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak sözleşme görüşmelerine girilmesi, görüşmelerin yürütülmesi veya

²⁵² Bkz. KESSLER / FINE, s.404.

kesilmesi gibi durumlarda milletlerarası ticarete uygulanacaktır. Bunu dışında güven ilkesine de yer verilmiştir. Ancak genel olarak sözleşme öncesi görüşmelerde bütünlük menfaatlerinin ihlâline veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşüne hizmet eden bir hüküm metinlerde bulunmamaktadır.

Prensip her hangi bir devlette pozitif geçerliliği olmayan kurallardan olduğu için, bu kuralların ne şekilde uygulanacağı ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkabilir. Çalışmanın ilk kısmında belirtildiği üzere devlet mahkemelerinde bu kuralların uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesi mümkün olmamakla birlikte, taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak hukukun izin verdiği ölçüde aktarım (*incorporation*) yoluyla sözleşme hükmü haline getirildiği kabul edilirse uygulanması mümkün olabilir. Buna karşılık hakem heyetleri önündeki uyuşmazlıklarda, ilk kısımda belirttiğimiz çerçevede uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ancak burada da sözleşmenin kurulmaması hali ile sözleşme öncesi yükümlülüklerin ihlâline rağmen sözleşmenin kurulmuş olduğu durumları birbirinden ayırmak gerekir. Şayet sözleşme öncesi yükümlülüklerin ihlâline rağmen, taraflar arasında geçerli bir sözleşme kurulmuşsa ve kurulan sözleşmede *lex mercatoria*'nın veya hukukun genel prensipleri, milletlerarası ticari teamüllerin uygulanacağı belirtilmişse veya hakemler bu kuralların uygulanmasına karar vermişse prensipler uygulama alanı bulabilecektir. Sözleşmenin kurulmaması veya geçersiz olması hâlinde ise taraflar aralarındaki uyuşmazlığa bu prensiplerin uygulanmasını kabul ettikleri takdirde prensipler uygulama alanı bulacaktır. Her halükarda prensiplerin uygulanması kabul edildiğinde, sözleşme görüşmeleri sırasında verilen zarardan kusurlu sorumluluk kapsamında, zararın tazmini için incelediğimiz hükümler uygulanabilir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, metinlerde ele alınan hükümler *culpa in contrahendo* sorumluluğun uygulanmasına temel olabilecek nitelikte olmasına rağmen, *culpa in contrahendo* sorumluluğu tam olarak karşılamamakta, özellikle tarafların güven ve etki alanında bulunan üçüncü kişinin uğradığı zararın giderilmesine imkan vermemekte ve tarafların sözleşme öncesi yükümlülüklerini belirgin şekilde tespit etmemektedir. Bu nedenlerle ilgili metinlerin gözden geçirilmesi ve *culpa in contrahendo* sorumluluğa ayrı bir başlık altında daha detaylı biçimde yer verilmesi düşünülebilir. Yapılacak bu türden bir çalışma, konuya ilişkin olarak prensiplerde bulunan boşlukların doldurulmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- ACQUIS GROUP (Research Group on Existing EC Private Law); *Principles of the Existing Contract Law (Acquis Principles), Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier European Law Publishers, 2007.
- ACQUIS GROUP (Research Group on Existing EC Private Law); *Principles of the Existing Contract Law (Acquis Principles), Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier European Law Publishers, 2009.
- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Tahkim*, 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- ANTALYA, Gökhan; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, Beya Yayınları, İstanbul, 2012.
- AYGÜL, Musa; “*Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatorianın Uygulanması*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Sa. 3-4, Yıl: 2004, S:45-85.
- AYGÜN, Mesut; “*ABD Kanunlar İhtilafı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, II.Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XX, Sayı:2, S:129-170.
- AYHAN İZMİRLİ, Lâle; *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- AYOĞLU, Tolga; “*Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria*”, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed: Ahmet Cemil Yıldırım/Serhat Eskiyyörük, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, S:27-36. (*Sources*)
- AYOĞLU, Tolga; *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011. (*Lex Mercatoria*)
- BAINBRIDGE, Stephen; “*Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of 1964 and 1980 Sales Conventions*”, 24 Virginia Journal of International Law, 1984, S: 619-665, Ayrıca Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>, Erişim Tarihi: 09.12.2017.
- BARON, Gesa; “*Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria*”, Arbitration International, Vol. 15, S:115-130, 1999.

BAYGIN, Cem; “*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, Sa. 1-2, S:345-377.

BEALE, Hugh; “*The Development of European Private Law and the European Commission’s Action Plan on Contract Law*”, *Juridica International* X/2005.

BERGER, Klaus Peter; “*The Lex Mercatoria and the Trans-Lex Principles*”, Erişim Adresi: <http://www.trans-lex.org/content.php?what=8#1>, Erişim Tarihi: 10.12.2017. (*Trans-Lex*)

BERGER, Klaus Peter; *The Creeping Codification of The New Law Merchant*, Second Edition, Wolters&Kluwer, 2010. (*Law Merchant*)

BERMAN Harold J. / DASSER, Felix J.; “*The “New” Law Merchant and the “Old”*: Sources, Content, and Legitimacy”, *Lex Mercatoria and Arbitration*, Revised Edition, Ed: Thomas E. Carbonneau, Juris Publishing, 1998, S:53-70.

BERMAN, Harold J. / KAUFMAN, Colin; “*The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*”, 19 *Harv. Int’l L.J.*, 1978, S: 221-278.

BİRSEL, Mahmut T.; “*Ticari Örf ve Âdet*”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:1968, Sayı:2, S:204-210.

BONELL, Michael Joachim; “*UNIDROIT Principles and the Lex Mercatoria*”, *Lex Mercatoria and Arbitration*, Revised Edition, Ed: Thomas E. Carbonneau, Juris Publishing, 1998, S:249-256.

BORTOLOTTI, Fabio; *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts, A Practical Guide*, ICC Publications, 2008.

CAN, Mustafa; “*ABD Hukukunda Ticari Satım Sözleşmelerinde Tarafların Hakları*”, *Mevzuat Dergisi*, yıl:5, Sayı:53, Mayıs 2002, Erişim adresi: <https://www.mevzuatdergisi.com/2002/05a/01.htm#>, Erişim tarihi: 06.12.2017.

CARBONNEAU, Thomas; “*A Definition of and Perspective Upon The Lex Mercatoria Debate*”, *Lex Mercatoria and Arbitration*, Revised Edition, Ed: Thomas E. Carbonneau, Juris Publishing, 1998, S:11-22.

CARTWRIGHT, John / HESSELINK, Martin (Ed.); “*Precontractual Liability in European Private Law*”, Cambridge University Press, 2008.

COLOMBO, Sylviane; “*The Present Differences Between the Civil Law and Common Law Worlds With Regard to Culpa in Contrahendo*”, *Tilburg Foreign Law Review*, Vol.2, 1993, S:341-375.

CORDERO-MOSS, Guiditta; *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press, UK, 2014.

CREMADES, Bernardo M. / PLEHN, Steven L.; “*The New Lex Mercatoria and the Harmonisation of the Laws of International Commercial Transactions*”, 2 *B.U.Int’l L.J.*, 1984, S:317-348.

DALHUISEN, Jan H.; *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume I: Introduction – The New Lex Mercatoria and Its Sources*, Hart Publishing, 2013.

DAYINLARLI, Kemal; “*Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri*”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S.1, V.23, N.1-2, Haziran 2011, S:203-250. (UNIDROIT)

DAYINLARLI, Kemal; *Milletlerarası Tahkim Rehberi*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2014. (Tahkim)

DE SILVA, Janak; “*The New Law Merchant: Fact or Fiction*”, 17 *Sri Lanka J. Int’l L.*, 2005, S:167a-182.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan; *Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

DIETRICH, Joachim; “*Classifying Precontractual Liability: A Comparative Analysis*”, 21 *Legal Stud.* June 2001, S:153-191.

DOĞAN, Vahit; *Akreditif*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016. (Akreditif)

DOĞAN, Vahit; *Banka Teminat Mektupları*, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015. (Teminat)

DURGUT, Ramazan; “*Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Lex Mercatoria’nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması*”, Prof. Dr. Aslan Gündüz Anısına Armağan, MHB Özel Sayısı, Yıl: 25-26, Sayı:1-2-, 2005-2006, İstanbul, S:105-128.

EDİS, Seyfullah; “*Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği*”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’na 70. Yaş Armağanı, Ankara, 1975, S:447-460.

EKŞİ, Nuray; *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, 2.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010. (*Incorporation*)

EKŞİ, Nuray; *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015. (*Milletlerarası Ticaret*)

ERDEM, Ercüment H.; “*Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi*”, *Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, S:321-373.

EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

ERGÜNE, Mehmet Serkan; *Olumsuz Zarar*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

FARNSWORTH, E. Allan; “*Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*”, *Columbia Law Review*, Vol. 87, No:2, March 1987, S:217-294. (*Precontractual Liability*)

FARNSWORTH, E.Allan; “*General Report*”, *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, *Institute of International Business Law and Practice*, *International Chamber of Commerce*, ICC Yayınları, 1990, S:15-35. (*General*)

GABRIEL, Henry; *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, New York, 2004.

GAILLARD, Emmanuel; “*Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts*”, *International Business Lawyer*, Vol. 27, May 1999, S:214-224.

GEZDER, Ümit; “*Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

GOLDMAN, Berthold; (*Lecture Prof. Dr. Berthold Goldman*) *Lex Mercatoria*, *Forum Internationale*, No:3, November 1983.

GOLSTAJN, Alexander; “*Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention*”, *International Sales of Goods, Dubrovnik Lectures*, Ed: Paul VOLKEN/Petra SARKEVIC, Oceana Publications, Yugoslavia, 1989, S:55-110.

GOODE, Roy / KRONKE, Herbert / MCKENDRICK, Ewan; *Transnational Commercial Law: Text, Cases, Materials*, Oxford University Press, 2007.

GOPALAN, Sandeep; *Transnational Commercial Law*, William S.Hein&Co.Inc., Buffalo, New York, 2004.

HATEMİ/GÖKYAYLA; *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

HATZIMIHAİL, Nikitas E.; “*The Many Lives – And Faces – of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law*”, *Law And Contemporary Problems*, Vol. 71, No: 3, Summer, 2008, S:169-190.

HECKE, Georges A. van: “*Contracts Subject to International or Transnational Law*”, *International Contracts*, Eds.: Hans SMIT / Nina M. GALSTON / Serge L. LEVITSKY, *Parker School of Foreign and Comparative Law*, Columbia University, Matthew Bender, 1981, S:25-50.

HINKELMAN, Edward G.; *Dictionary of International Trade*, 8th Edition, World Trade Press, Czech Republic, 2008.

HOUTTE, Hans van; *The Law of International Trade*, Second Edition, Sweet&Maxwell, London, 2002.

HOWARTH, Richard J.; “*Lex Mercatoria: Can General Principles of Law Govern International Commercial Contracts?*”, *10 Canterbury L. Rev.* 2004, S:36-77.

ICC; “*Developing Neutral Legal Standards for International Contracts, Anational Rules as the Applicable Law in International Commercial Contracts with Particular Reference to the ICC Model Contracts*”, Erişim adresi: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/Developing-Neutral-Legal-Standards-Int-Contracts.pdf>, Erişim tarihi: 09.12.2017.

JARAMILLO-VARGAS, Jorge; “*Lex Mercatoria: A Flexible Tool to Meet Transnational Trade Law Needs Today*”, *Revist@ e-Mercatoria Volumen 1, Numero 2*, 2002.

JUENGER, Friedrich K.; “*The Lex Mercatoria and Private International Law*”, *60 La.L.Rev.*1999-2000, S: 1133-1150.

KAMATH, Vijay; “*An Analysis of Principles of European Contract Law as an Autonomous/Universal Lex Mercatoria*”, Erişim Adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1613142, Erişim Tarihi: 09.12.2017.

KERKOVIĆ, Tamara Milenković; “*Origin, Development and Main Features of the New Lex Mercatoria*”, University of Niš, The Scientific Journal Facta Universitatis Series: Economics and Organization, Vol: I, No: 5, 1997, S:87-91.

KESSLER, Friedrich / FINE, Edith; “*Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*”, Harvard Law Review, Vol. 77, No: 3, January 1964, S:401-450.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013.

KIRCA, Çiğdem; *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 411, Ankara, 2004.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan; “*Milletlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria’yi Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXVI, Sayı 1, 2006, S: 259-290.

KLEIN, John / BACHECHI, Carla; *Precontractual Liability and the Duty of Goodfaith Negotiation in International Transactions*, Houston Journal of International Law, Vol.17, No:1, Fall 1994, S:1-25.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014.

KÜTÜKÇÜ, M. Akif; *Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku*, Asil Yayınları, Ankara, 2005.

LANDO, Ole / BEALE, Hugh (Ed.); The Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, Cambridge, 2000.

LANDO, Ole; “*The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*”, International Comparative Law Quarterly, Vol.34, October 1985, S:747-768. (*Lex Mercatoria*)

LANDO, Ole; *Assessing The Role of the UNIDROIT Principles in the Harmonisation of Arbitration Law*, Tulane J. of International&Comparative Law, Vol.3, 1994, S:129-143. (*UNIDROIT*)

LOWENFELD, Andreas F.; “*Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View*”, *Lex Mercatoria and Arbitration*, Revised Edition, Ed: Thomas E. Carbonneau, Juris Publishing, 1998, S:71-92.

MACQUEEN, Hector L.; "*The Common Frame Reference in Europe*", Tulane European&Civil Law Forum, Vol.25, 2010, S:1-19.

MADL, Ferenc; "*Codification of Commercial Practice in Eastern European Countries: Lex Mercatoria from a Hungarian Perspective*", Lex Mercatoria and Arbitration, Revised Edition, Ed: Thomas E. Carbonneau, Juris Publishing, 1998, S: 231-247.

MANIRUZZAMAN, Abul F.M.; "*The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration*", American University International Law Review Vol.14, ,1999, S:657-736.

MAZZACANO, Peter; "*The Lex Mercatoria as Autonomous Law*", Comparative Research in Law & Political Economy, Research Paper Series, 29/2008, Vol: 04, No: 06, 2008, S: 1-14.

OĞUZ, Arzu; "*Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 3, S:11-53. (UNIDROIT)

OĞUZ, Arzu; "*Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 49, Sayı: 1-4, Yıl: 2000, S:31-65.

OĞUZ, Arzu; *Lex Mercatoria*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004. (*Lex Mercatoria*)

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut M.; *Borçlar Hukuku Genel hükümler Cilt I*, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan; *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

ÖZDEMİR, Didem; "*Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2003, Cilt:7, Sayı:1-2, S:91-131.

ÖZEL, Sibel; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayınları, İstanbul, 2008.

RAMBERG, Jan; *International Commercial Transactions*, Fourth Edition, ICC Norstedts Juridik AB, 2011.

SCHMITHOFF, Clive M.; *International Trade Usages*, ICC, Publication II 440/4, France, 1987. (*Usages*)

- SCHMITTHOFF, Clive M.; “*The Unification or Harmonisation of Law By Means of Standard Contracts and General Conditions*”, 17 Int’l&Comp.L.Q. 1968, S:551-570. (Unification)
- SELDEN, Barton S.; “*Lex Mercatoria in European And U.S. Trade Practice: Time to Take A Closer Look*”, 2 Ann. Sruv. Int’l&Comp. L., 1995, S:111-129.
- SEROZAN, Rona; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006.
- SİRMEN, Sedat; *Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğa Uygulanacak Hukukun Tayini*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / ACQUIS GROUP (Research Group on EC Private Law); *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference)*, Eds: Christian von BAR/Eric CLIVE/Hans SCHULTE-NÖLKE, Erişim adresi: ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf; Erişim tarihi: 05.12.2017.
- SÜRAL, Ceyda; *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.
- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- TANDOĞAN, Haluk; *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963.
- TARMAN, Zeynep Derya: “*Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010, S:1655-1680.
- TEKİNALP, Gülören; *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- TENE, Omer; “*Good Faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective*”, Kasım 2006, Erişim Adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943383&rec=1&srcabs=1098856, Erişim Tarihi: 09.12.2017.
- TEPPER, Pamela R.; *The Law of Contracts and the Uniform Commercial Code*, Third Edition, Cengage Learning, 2015.

TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVECİOĞLU, H.Murat; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Yayınları, No. 503, Ankara, 1996.

TRAKMAN, Leon E.; “*From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law*”, University of Toronto Law Journal, Vol.53, 2003, S:265-304. (*E-Merchant Law*)

TRAKMAN, Leon E.; *The Law Merchant: Evolution of Commercial Law*, Fred B.Rothman&Co., Colorado, 1983. (*Lex Mercatoria*)

WETHMAR-LEMMER, Marlene; “*The Development of the Modern Lex Mercatoria: A Historical Perspective*”, 11 Fundamina, 2005, S:183-199.

WINDBICHLER, Christine; “*Lex Mercatoria*”, International Encyclopedia of The Social and Behavioral Sciences (Smelser/Baltes eds.), 2001, S:8740-8743, s.8740, Erişim Adresi: <http://windbichler.rewi.hu-berlin.de/Aufsatz%20lex%20mercatoria%20IESBS.pdf>, Erişim Tarihi: 02.11.2010.

www.kazanci.com

www.law.cornell.edu

www.thelawdictionary.org

www.trans-lex.org

www.unidroit.org

www.unilex.info

www.yargitay.gov.tr

YALMAN, Süleyman; *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

YILDIRIM, Nevhis Deren; “*Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri*”, Ankara Barosu Dergisi 2002-4, S:37-44.

YILMAZ, Ejder; *Hukuk Sözlüğü*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.