

MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU'NA GÖRE LEX MERCATORIA'NIN ESASA UYGULANABİLİR HUKUK OLMASI

Araş. Gör. Ramazan DURGUT*

Giriş

İçinde bulunduğumuz XXI. yüzyıla kadar ki süreçte, özellikle XX. Yüzyılda, uluslararası ticarî ve ekonomik ilişkiler ile bunlardan doğan uyuşmazlıklar birbirlerine paralel olarak artmıştır. Ortaya çıkan bu ihtilâflar millî mahkemelerde veya tarafların anlaşması ile tahkimde çözümlenmektedir¹. Uluslararası ticaretin yaygınlaşması ve gelişmesini sürdürmesi için uluslararası ve uluslar üstü ekonomik kuruluşlarının varlığına rağmen uluslararası ticarî uyuşmazlıklara bakacak milletlerarası nitelikte bir ticaret mahkemesi kurulamamıştır². Bu nevi bir mahkemenin sahip olacağı işlev ve fonksiyonları, bugün tahkim müessesesi karşılamaktadır.

Uluslararası ticarî uyuşmazlıkları çözüme kavuşturacak mahkeme ya da müesseselerde yeknesaklık olmadığı gibi uluslararası ticarete ilişkin tek düzen kurallar koyan bir hukuk sistemi de yoktur. Bununla beraber tahkim kurumunun kilit bir rol oynadığı ve yeknesak bir hukuk oluşturulmasına yardımcı olduğu söylenebilir. Bu bağlamda uluslararası ticaretin baş aktörü tacirlerin hukuku olan 'lex mercatoria' da yeni bir anlam kazanmakta ve gelişmektedir.

Uluslararası ticarete tahkim müessesesinin gittikçe artan önem ve işlevine binaen ülkemizde de tahkim konusunda yasal ve anayasal düzenlemeler ya-

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

¹ Uluslararası ticaret, farklı ülkelerde ikametgahı, iş merkezi veya mutlak meskeni olan ya da farklı devletlerin vatandaşlığına tabi olan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki mal veya hizmet mübadelesini ifade eder (Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmalıkların Çözüm Yolları*, 3. Bası, İstanbul 2005, 3). Ayrıca uluslararası ticarete tarafların tahkim müessesesini tercih nedenleri için bakınız (bkz.):[ŞANLI, dipnot (dp. 1), 219 - 222; Feyiz ERDOĞAN, *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Ankara 2004, 89 - 92].

² ŞANLI, (dp. 1), 6; ERDOĞAN, (dp. 1), 87.

pılmıştır. Bu amaçla ilk önce “TC. Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”³ çıkarılmış ve kanunun 2 nci maddesiyle Anayasanın 125 inci maddesine eklenen bir fıkra ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ihtilâfların tahkim yoluyla çözümü kabul edilmiştir. Anayasada yapılan değişikliği takiben “Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmalıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun”⁴ çıkarılmış ve Türk hukukunda bu tür uyuşmazlıklar için de tahkime gitme yolu açılmıştır. Son olarak çıkarılan “Milletlerarası Tahkim Kanunu”⁵ ile uluslararası ticarî sözleşmelerden doğan uyuşmalıkları çözmek için Türk hukukunda da milletlerarası gelişmelere ve ihtiyaçlara uygun bir tahkim kanunu kabul edilmiştir⁶.

Ticaretin evrensel olması, özellikle günümüzde zaman ve mekan ile sınırlanamaması, yine kişiler için vazgeçilmez bir olgu olması sebebiyle ilk çağlardan beri ticaretle uğraşılmaktadır. Ticaretle uğraşan kişiler, kendi aralarındaki ilişkilerde uygulanmak üzere özel bir hukuk geliştirmişlerdir. Orta Çağ Avrupa’sında ticarî hayatın gelişmesi sonucu, öncelikle tacirler için uluslararası alanda tanınan bağımsız bir teamül hukuku ortaya çıkmıştır⁷. Hatta bu gelişme sürecinde tacirler, kendi hukuklarının aralarında uygulanmasını temin için mahkemeler de ihdas etmişlerdir⁸.

³ 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun [Resmi Gazete (RG.) 14.08.1999, Sayı (S.) 23786].

⁴ 21.01.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun (RG. 22.01.2000, S. 23941).

⁵ 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Kanun (RG. 05.07.2001, S. 24453).

⁶ Milletlerarası Tahkim Kanunu hakkında yapılan değerlenme ve açıklamalar için bkz.: Ziya AKINCI, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt (C.) II, İstanbul 2003, 965 – 986; Nurray EKŞİ, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Gülören Tekinalp’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl 23, 2003, 295 – 337; Günseli ÖZTEKİN GELGEL, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, 1081 – 1094; Aykut AYDOĞAN, *Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü*, İstanbul 2003.

⁷ Tarihi süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Arzu OĞUZ, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 50, S. 3, 20 ve devamı (vd.); F. Zehra KONUK, *Lex Mercatoria: Ortaçağ Avrupa’sında Ticaret Hukukunun Gelişmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2005, 105 – 143.

⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: KONUK, (dp. 7), 123 - 132; Roy GOODE, *Commercial Law*, New Edition, Penguin Books, London 1995, 3 vd.; W. O. Christoph STOECCKER, “The Lex Mercatoria: To What Extent Does It Exist?”, JIA, 1990, C.VII, S.1, s. 102; Didem ÖZDEMİR, “Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran – Ara-

Tacirler arasındaki hukukî ilişkiler, ulusal hukuklardan çok, uluslararası ticarete ilişkin genel kabul görmüş kuralların hakimiyeti altındadır. Her ne kadar uluslararası ticaret hukuku tacirler hukuku, diğer bir ifadeyle 'lex mercatoria' olarak ortaya çıkmış ve gelişmişse de, XIX. yüzyıldan itibaren devletlerin ve uluslararası ticarî kuruluşların müdahaleleri ile yazılı uluslararası ticaret hukuku kaynakları da oluşturulmaya başlanmıştır⁹. Özellikle uluslararası kuruluşların hazırladığı model kurallar, kodlar, broşürler ve konvansiyonlarla somut bir ortak ticaret hukuku oluşturulmaya başlanmıştır¹⁰. Bu noktada uluslararası ticaret hukukunun yazılı¹¹ ve yazılı olmayan kaynakları ortaya çıkmış bulunmaktadır. Günümüzde gelinen aşamayla beraber 'lex mercatoria' dendiğinde, uluslararası ticaret hukukunun yazılı olmayan ve tacirler hukuku olarak devam eden ticarî örf, adet ve teamül kuralları anlaşılmaktadır¹². Dolayısıyla uluslararası tacirler hukukuna 'lex mercatoria' denilmektedir¹³.

lık 2003, C. VII, S. 1-2 (D. ÖZDEMİR), 96 – 97; Musa AYGÜL, "Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, YIL 2004, C. 12, S. 3 – 4, 47 – 51.

⁹ GOODE, (dp. 8), 6 - 7.

¹⁰ Yazılı hale getirilen bu türden kaynaklara örnek olarak, uluslararası konvansiyonlar, topluluk antlaşmaları ile Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL / United Nations Commission on International Trade Law), Uluslararası Ticaret Odası (ICC / International Chamber of Commerce), Uluslararası Hava Taşıma Birliği (IATA / International Air Transport Association), Milletlerarası Müşavir Mühendisleri Federasyonu (FIDIC), Hububatçılar Birliği (GAFTA / Grain and Feed Trade Association) ve benzeri kurum düzenlemeleri sayılabilir. Özellikle alım satım ve taşıma alanı tamamen konvansiyonlarla düzenlenmiş ve uluslararası ticaret hukukuna özgü yazılı hukuk kaynakları oluşturulmuştur [AYGÜL, (dp. 8), 46 – 47; GOODE, (dp. 8), 17 vd.; H. V. HOUTTE, *The Law Of International Trade*, London 1995, 26]. Uluslararası eşya satımı ve taşımalarına ilişkin hazırlanan konvansiyonların metni ve ayrıntılı incelemesi için bkz.: Yeşim ATAMER, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmelere Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul 2005; Abuzer KENDİGELEN / Alihan AYDIN, *Bibliyografyalı Notlu – İçtihatlı Taşıma Hukuku Mevzuatı*, İstanbul 2001; Muharrem GENÇTÜRK, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk)*, İstanbul 2006; Turkyay ÖZDEMİR, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu)*, İstanbul 2006.

¹¹ Ticaret hukukunu ilişkin ulusal ve uluslararası yazılı hukuk kaynaklarının menşeinde ticarî örf, adet ve teamül kurulları bulunmaktadır. Özellikle Avrupa'da ortaçağın sonlarında başlayan kanunlaştırma döneminde tacirler arasında uygulanan ticarî örf, adet ve teamül kurulları yazılı hale getirilmiştir ve bu yasalardaki çoğu hüküm lex mercatoria'nın kurullarıydı [KONUK, (dp. 7), 145 – 146].

¹² Bununla beraber lex mercatoria'nın kapsamına konvansiyonlar ve diğer yazılı kaynakların da girdiğini savunanlarda bulunmaktadır [D. ÖZDEMİR, (dp. 8), 101; AYGÜL, (dp. 8), 47; Sülün GÜÇLER, "Unidroit Uluslararası Ticarî Sözleşmelerin Genel İlkelere", *Batider*, 2005, C.XXIII, S. 21, 167 dp. 62].

¹³ Lex mercatoria için 'modern tacirler hukuku' deyimini kullanılmakta, ulusal ya da ulus-

Çalışmamızın konusu milletlerarası ticarî tahkimde esasa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'nın seçilmesidir. Konu, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun esasa uygulanacak hukuk ile ilgili düzenlemesi etrafında işlenmiştir.

I. Lex Mercatoria ve Kapsamı

Uluslararası ticaret hukuku, milletlerarası ticarî ilişkileri düzenlemek amacıyla getirilmiş bulunan kurallar, konvansiyonlar, andlaşmalar ile bu ticarete uluslararası kabul görmüş ve yaygın bir şekilde uygulanan ticarî örf, adet ve teamüller bütünüdür. Özellikle bu hukuk dalı dünya ticaretinin 1950'li yıllardan sonra hızla gelişmesi ve küreselleşmenin de etkisiyle ve bunların bir nevi sonucu olarak, bir çok ticarî örgüt ve organizasyonların kurulması; uluslararası konvansiyonlar ve model kanunların yapılmasıyla uluslararası ticaret hukuku diğer hukuklardan ayrı ve kendine özgü bir hâl almaya başlamış ve gelişmesini devam ettirmektedir¹⁴. Uluslararası ticaretteki gelişmelere bağlı olarak *lex mercatoria*'nın kapsamının da genişlediği, konvansiyon ve kurallar ile uluslararası ticarî kuruluşlarca konulan hukuksal kurumlara ilişkin açıklama ve düzenlemelerinde dahil olduğu ileri sürülmektedir¹⁵. Oysa, *lex mercatoria*'nın değil uluslararası ticaret hukukunun kaynaklarında bir artış ve çeşitlenme söz konusudur¹⁶.

Lex mercatoria'nın kapsamına nelerin girdiği yani *lex mercatoria*'nın kaynaklarının neler olduğu konusu tam olarak netleşmemiş, tartışmalı durumdadır¹⁷. Biz çalışmamızın hacmini artıracak ve esas inceleme konumuzdan uzaklaşılması sonucunu doğuracağından dolayı bu tartışmalara girmemeyi uygun bulduk. Sadece genel kabul görmüş olanlarını belirtip, kısaca açıkladık.

lararası yazılı metin haline getirilen hukuk kaynakları bu kavramın dışında tutulmaktadır (Alan REDFERN / Martin HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Second Edition, Sweet & Maxwell, London 1991, 117).

¹⁴ OĞUZ, (dp. 7), 22.

¹⁵ Bkz.: dp. 12'deki yazarlar.

¹⁶ REDFERN / HUNTER, (dp. 13), 118.

¹⁷ *Lex mercatoria*'nın değişik tanımları ve kapsamı hakkında geniş bilgi için bkz.: REDFERN / HUNTER, (dp. 13), 117 – 120; OĞUZ, (dp. 7), 20 vd.; D. ÖZDEMİR, (dp. 8), 100 – 107; AYGÜL, (dp. 8), 51 – 64; Cemal ŞANLI, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, 314 - 315 ve dp. 702; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir 1996, 13 vd.; Vahit DOĞAN, *Banka Teminat Mektupları*, Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara 2002, 281; Fatma İtir BİNGÖL, *Lex Mercatoria*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2001, 1 vd.; Nagehan KIRKBEŞOĞLU, "Milletlerarası Ticarete Hakemlerin *Lex Mercatoria*'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, S. 1, 260 vd.

Standart sözleşmeler, tek tip hale getirilmiş kurallar, ticarî örf, adet ve teamüller, uluslararası kanunlaştırmalar, hukukun genel ilkeleri ve uluslararası hakem kararlarının genel olarak lex mercatoria'nın kaynağı olduğu ileri sürülmektedir¹⁸.

Standart sözleşme, sözleşmenin esaslı unsurlarını içeren ve önceden hazırlanmış ve özellikle genel işlem şartları ile birlikte bulunan sözleşme metnidir. Bu sözleşmeler belirli bir iş kolunda çalışanların kendi aralarında geçerli olan örf, adet ve uygulamaları yazılı hale getirmeleri sonucu ortaya çıkmaktadırlar. Örnek olarak milletlerarası inşaat sözleşmeleri için hazırlanmış FIDIC¹⁹ kurallarını verebiliriz. Bu kurallar yazılı akit metninde belirtilmedikçe, lex mercatoria'nın kaynağı olarak kabul edilebilmeleri için örf, adet veya teamül kuralları mertebesinde olup olmadıkları araştırılması yapılması gerekir.

Tek tip hale getirilmiş kurallar (bir örnek kurallar), sözleşmesel belirlemelerdir. Taraflar bu kuralları yapacakları sözleşmelere ekleyebilecekleri gibi²⁰, bunlara atıfta bulunarak da uygulanmalarını sağlayabilirler. Ticarî terim olarak da adlandırılan tek tip hale getirilmiş kurallara, Uluslararası Ticaret Odasını yayınladığı "Incoterms"ler²¹ ile Belgeli Akreditif ve Vesaik Mukabili Ödemeye İlişkin Yeknesak Kurallar örnektir. Ancak bu kurallar bir kanun veya uluslararası anlaşma niteliğinde değildir ve taraflarca akdi ilişkide atıfta bulunulduğunda uygulanabileceklerdir²². Bu sebeple lex mercatoria olarak değil, sözleşme hükmü olmaları nedeniyle hukuk kaynağı olabilirler. Eğer ICC tarafından yapılan düzenlemeler uluslararası ticarî örf, adet

¹⁸ BİNGÖL, (dp. 17), 4 - 10; OĞUZ, (dp. 7), 20 - 32; D. ÖZDEMİR, (dp. 8), 100 - 103; AY-GÜL, (dp. 8), 65 - 74; DOĞAN, (dp. 17), 281 - 282.

¹⁹ Fédération Internattionale des Ingénieurs Conseils.

²⁰ ŞANLI, (dp.1), 244; Nuray EKŞİ, *Deniz Ticareti Alanında Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, İstanbul 2005, 21 - 41; Nuray EKŞİ, "Kanunlar İtilâfı Alanında "Incorporation", Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, MHB, Yıl 19-20, S.1-2, 1999-2000, 276, 280.

²¹ Incoterms (International Commercial Terms), uluslararası satımlarda malların sevk ve teslimine ilişkin kuralların yorumuna dair bir dizi kurallardır. Incoterms'ler ilk defa Milletlerarası Ticaret Odası tarafından 1936 yılında düzenlenmiş; daha sonra 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 yılında gözden geçirilerek düzeltilmiştir (Cemal ŞANLI / Nuray EKŞİ, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2006, 113).

²² Arslan KAYA (Hüseyin ÜLGEN / Ömer TEOMAN / Mehmet HELVACI / Abuzer KENDİGELEN / Füsün NOMER ERTAN), *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2006, 255. EKŞİ'ye göre de, genel işlem şartları, standart sözleşmeler, broşürler ve model kanunlar devletin yarattığı hukuka eşdeğer sonuç doğurmamakta; ticarî hayattaki ihtiyaçları daha iyi şekilde karşılayan bu metinlerin uygulanması hususunda tarafların iradelelerini beyan etmeleriyle bunlar sözleşmeye dahil edilip, bir başka ifadeyle sözleşmenin parçası veya eki haline getirilip sözleşme hükmü olarak tarafları bağlar ve mahkeme ile hakemler bunları sözleşme hükmü olarak dikkate alırlar [EKŞİ, (dp. 6), 308].

ve teamüllerin kodifiye edilmesi şeklinde ise, bu durumda *lex mercatoria*'nın kaynağı olabileceklerdir²³. Buna karşın ICC gibi kurumların yaptığı düzenlemeler ticarî uygulamayı kodifiye etmekten öte, yeni bir takım düzenlemeler de getiriyorsa ancak akdi olarak seçilerek uygulanabilirler²⁴. Bunun haricinde söz konusu ticari terimlerin ancak sözleşmelerin yorumlanmasında bir anlamları olacaktır²⁵.

Lex mercatoria denilince esas itibarı ile ticarî örf, adet ve teamül kuralları akla gelmektedir²⁶. Eğer ticarî örf, adet ve teamül kuralı belli bir devlet sınırları içerisinde uygulanıyorsa ulusal; sınır ötesinde uygulanıyorsa uluslararası ticarî örf, adet ve teamül kuralı niteliğini kazanır. Bu kuralların varlığından bahsetmek için birden çok ülkedeki tacirler tarafından tanınıyor ve aynı şekilde uygulanıyor olması gerekir. Ticarî örf, adet ve teamüller dünyanın bütününde uygulanıyor olabileceği gibi, belirli bir kısmında veya sadece iki ülke arasında da geçerli olabilirler²⁷. İşte bu kurallar özel olarak taraflar arası akdi ilişkide atıfta bulunulsun ya da bulunulmasın hukuk kaynağı yani *lex mercatoria* olarak uygulayıcılar tarafından dikkate alınması gerekir²⁸.

²³ “*Codified custom and usage*” terimi altında konuyu ele alan GOODE; kodifiye edilen ve yazılı hale getirilen bu düzenlemelerin ticarî örf, adet ve teamül kurallarının yanında uygulamanın ötesine geçen yeni hükümler de taşıyabileceklerini ve bu durumda dahi söz konusu kuralların uluslararası ticaret hukuku kaynağı olarak akdi seçimle uygulanabileceğini ifade etmektedir [GOODE, (dp. 8), 14 – 15].

²⁴ Buna karşın KIRKBEŞOĞLU, taraflarca kendilerine herhangi bir atıf yapılsın veya yapılmıyın bu kuralların hakemlerce doğrudan uygulanabileceğini ileri sürmektedir [KIRKBEŞOĞLU, (dp. 17), 276].

²⁵ KAYA, *Ülgen Ticari İşletme Hukuku*, (dp. 22), 255.

²⁶ Kanaatimizce *lex mercatoria*; milletlerarası ticarete yaygın olarak kullanılan ve kural olarak yazılı bir hukuk kaynağı haline getirilmemiş bulunan ticarî örf, adet ve teamül kurallarının bütündür. Aynı yönde KIRKBEŞOĞLU, (dp.17), 260 – 261; Yavuz KAPLAN, *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Ankara 20002, 208 dp. 152; Gase BARON, “*Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new Lex Mercatoria?*” (1998), <www.cisg.pace.law.edu/cisg/biblio/baron.html> (19.09.2005), 4 [naklen GÜÇLER, (dp. 12), 167 (dp. 63)]. Ancak KIRKBEŞOĞLU, çalışmasının devamında ticarî örf, adet ve teamül kuralları dışında yazılı birer hukuk kaynağı haline getirilmiş model kurallar, konvansiyonlar ve uluslararası andlaşmaları da *lex mrecatoria*'nın kapsamına dahil etmektedir [KIRKBEŞOĞLU, (dp. 17), 270, 275 – 277].

²⁷ Erol ULUSOY, *Ticarî Örf ve Adet Hukuku*, İstanbul 2001, 72 vd.

²⁸ Eğer hakem ya da hakem heyeti bir sözleşme ile ilgili uyuşmazlığın çözümünde hangi ulusal hukuk sisteminin uygulanacağı konusunda çelişkiye düşerse; uluslararası *lex mercatoria*'dan hareketle sözleşmenin iyi niyet ve hakkaniyet ölçüleri dikkate alınarak uygulanması cihetine gidebilir. Bu yönde verilen bir tahkim kararında Avusturya Temyiz Mahkemesi “*şüphesiz geçerliliği olan dünya hukuku*” kavramı ile *lex mercatoria*'yı açıklamaktadır. Buna karşın Yüksek Mahkeme, Temyiz Mahkemesi kararı

Ticarî örf, adet ve teamüller, mahalli hukuk sistemlerinde de hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir²⁹. Buradaki hususiyetleri, mahalli kanunlardaki boşlukları doldurmak ve tamamlayıcılıktır. Yani ikincil (tali) hukuk kaynağıdır. Milletlerarası ticarî tahkimde ise, hakemler bu kuralları taraflar arası maddi bir hukuk seçimi olmadığı takdirde, birinci sıradan ve doğrudan esasa uygulamaktadırlar³⁰. Hakemlerin bu şekilde hareket etmelerinin sebebi, tahkime giden tarafların yaptıkları sözleşmeyle ilgili ticarî örf, adet ve teamül kurallarını iyi bildiklerini ve bunların akdi ilişkinin mahiyetine uygun oldukları karinesidir³¹.

Taraflar akdi ilişkilerine uygulanacak ulusal ya da uluslararası bir hukuk seçiminde bulunmuşlar ise; bu durumda lex mercatoria aynen Türk ulusal hukukunda olduğu gibi tali olarak uygulanabilecektir. Akdi ilişkilerde esas itibariyle uygulanacak hukuk tamamlayıcı ve yorumlayıcı bir rol üstlenmekte olduğundan lex mercatoria'nın sadece bu amaçla, diğer hukuk kaynağının ise doğrudan uygulanacağı gibi bir sonuca da varılmamalıdır. Hakemler sözleşmenin yorumlanması ve sözleşmenin uygulaması sırasında ortaya çıkan sorunları tespit ederken her halde yardımcı kaynak olarak ticarî örf, adet ve teamül kurallarından yararlanabilirler. Netice itibariyle ticarî örf, adet ve teamül kuralları milletlerarası ticarî tahkimde asli veya tali nitelikte olmak üzere esasa ilişkin uyuşmazlığın çözümünde kullanılmaktadırlar.

Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12/C maddesinde "...sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve adetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır..." denilerek ticarî örf, adet ve teamüllerin esasa uygulanacak hukuk olarak tamamlayıcı niteliğe sahip olacaklarını açıkça belirtmiştir. Her ne kadar madde metninde "bu hukuka ilişkin" ibaresine yer verilmiş ise de; bu ilişkinlik uluslararası ticarî örf, adet ve teamül kuralları olarak kabul edilen lex mercatoria'nın da bu kapsamda

nın ilgili ulusal hukukların emredici hükümlerini uygulanan lex mercatoria kuralının ihlal edip etmediğinin de test edilmesi gerektiği şeklinde bir değerlendirmede bulunmuş ise de; kararı bu teste tabi tutuktan sonra geçerli saymıştır. Aynı karar Fransa'da da tenfiz ve icra edilebilir bulunmuştur [*Soc. Pabalk Ticaret Şirketi V Soc. Anon. Norsolor 1985*, Yearbook Commercial Arbitration 1986 XI, 484 (naklen REDFERN/HUNTER, (dp. 13), 118)].

²⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Yasemin IŞIKTAÇ, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2004.

³⁰ ŞANLI, (dp. 17), 342 - 343. Taraflar kendi aralarındaki akdi ilişkiye ulusal ya da uluslararası bir hukukun uygulanmasını öngörmüşler ise; artık lex mercatoria sadece bunlardan sonra tali olarak uygulama alanı bulabilir. Ancak bu tali uygulama sadece yorumlama ve tamamlama maksatludur da denilemez. Zaten uluslararası ticarî bir ilişkinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda sözleşmenin kendisinden başka, bütün hukuk kaynakları yorumlayıcı ve tamamlayıcı niteliktedir.

³¹ ŞANLI, (dp. 17), 342 - 343.

değerlendirilmesini bertaraf edici nitelikte değildir. Bu hükme dayanarak hakemler uyuşmazlığın çözümünde taraflarca esasa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'nın seçilmemesi halinde dahi tali bir şekilde başvurulabilir. Uluslararası ticarî örf, adet ve teamül kuralları iç hukuklardakilerle çoğu zaman aynıdırlar³². Bu sebeple ticarî örf, adet ve teamül kuralların uygulanması, *lex mercatoria*'nın uygulandığı anlamına gelir.

Lex mercatoria kapsamındaki uluslararası kanunlaştırmalar kavramının içine devletler arasında yapılan ikili veya çok taraflı anlaşmalar girdiği gibi model kanunların da girdiği ileri sürülmektedir³³. UNCITRAL tarafından hazırlanan 01 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren Viyana Satım Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon buna bir misal olarak gösterilmektedir³⁴.

Kanaatimizce; devletler arasında yapılan anlaşmaların özel hukuk ilişkilerini düzenleyen hükümleri, model kanun ve kurallar ile davranış kodları ancak *lex mercatoria*'nın değil, uluslararası ticaret hukukunun birer kaynağı olabilirler. Zira bu anlaşma, konvansiyon ve kodlar artık hukuki metinler olarak taraflarca özel olarak seçilerek uygulanacak hukuk haline getirilmişlerdir. Ayrıca bunlara ulusal bir hukuka atıfta bulunularak dahi uygulanacak hukuk niteliği kazandırılabilir. Örneğin Viyana Konvansiyonu, Lahey Kuralları veya ICC tarafından tanımlanan Incoterms metinleri taraflarca özel sözleşmede atıfta bulunularak ya da seçili ulusal hukuka dahil olmaları halinde uygulanabilirler. Yoksa salt *lex mercatoria*'ya yapılan atıf bunların uygulanması sonucunu doğurmaz. Ancak bu durumda hakemlerin, bu metinlerin *lex mercatoria* olarak yani ticarî örf, adet ve teamül mertebesinde uygulanabilip uygulanamayacağını da test etmeleri gerekir.

Taraflarca yapılan sözleşmede FOB³⁵ ya da CIF³⁶ diye bir terime atıf yok iken, bu terimlerden birinin uluslararası ticarî örf, adet ve teamül mertebesinde olduğu tespit edilebiliyorsa artık o terime göre teslim şekli belirlenmiş gibi somut uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması yoluna gidilecektir. Yine

³² Kanunun hazırlanması sırasında yapılan tartışmada bu hükümle sadece ticarî örf, adetin yorumlayıcı ve tamamlayıcı bir hususiyet arz etmesi gerektiği, *lex mercatoria*'nın kastedilmediğini belirtilmiş ise de bu tespit isabetsizdir. Uluslararası ticarî örf, adet ve teamül kuralları da iç hukuklarda ki uygulamalardan doğmaktadırlar. Ayrıca uyuşmazlığın çözümünde ticarî örf, adet ve teamül kurallarının tek başına yeterli olacağı gözden kaçırılmıştır. Tartışmalar için bkz: *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum- Bildiriler- Tartışmalar*, Abant 25-28 Eylül 1997, Ankara 6 Haziran 1998, Ankara 1999 (Sempozyum '11 Abant Toplantısı), 154, 155.

³³ D. ÖZDEMİR, (dp. 8), 101 - 102; OĞUZ, (dp. 7), 25 - 26.

³⁴ OĞUZ, (dp. 7), 25 - 26.

³⁵ Free On Board / Gemide Masrafsız Teslim.

³⁶ Cost, Insurance And Freight / Mal Bedeli, Sigorta ve Navlun.

tarafklar arasđ bir taşıma s3zleşmesinde hukuk seçimi olarak CMR³⁷ ile ilgili Konvansiyona atıfta bulunulmamış ve uygulanacak hukuk olarak sadece lex mercatoria g3sterilmiş ise; CMR somut uyuşmazlıkta doğrudan uygulanamaz³⁸. Bu halde uyuşmazlıkla ilgili ticarđ 3rf, adet ve team3l kuralının bulunup bulunmadığına bakılması gerekir. Bu araştırma neticesinde tespit edilenle ticarđ 3rf, adet ve team3l kuralının CMR'nin d3zenlemesi ile aynı olduğu sonucuna varılması CMR h3k3mlerini lex mercatoria kuralı haline getirmeyecek; sadece CMR'nin ilgili h3km3n3n lex mercatoria kaynaklı olduğu teyit edilmiş olacaktır.

Model kanunlar ise, hukukun tek bir kaynakta birleştirilmesi, yeknesak bir uygulamanın oluşması için “*ilgili devletlerin kendi hukuklarına dahil edilmesi amacıyla*” hazırlanmaktadırlar. Bu bağlamda Avrupa Komisyonunca “*Avrupa S3zleşme Hukukunun İlkeleri (Lando Kuralları)*” hazırlatılmış ve 1952 yılında yayınlanmıřtır³⁹. Aynı amaca y3nelik olarak 3zel Hukukun Yeknesaklaştırılmasına Dair Milletlerarası Hukuk Enstit3s3 (UNIDROIT) tarafından da, uluslararası ticarđ s3zleşmeler için “*Uluslararası Ticarđ S3zleşmelerin Genel İlkeleri*” hazırlanmış ve 1994 yılında uluslararası ticaret camiasının hizmetine sunulmuştur. Unidroit ilkeleri, kodifikasyon ve uluslararası anlaşma olarak nitelenmeyip, daha çok uzlaşma metni olarak kabul g3rmektedirler. Bu ilkeler meşruiyetini, uluslararası ticarete uygulanabilir olmaları ve taraf iradelerinden almaktadırlar. Unidroit ilkeleri, uluslararası ticarđ s3zleşmeler için genel kurallar içeren, uluslararası ticarđ s3zleşmelerin yapılması sırasında ulusal hukuk d3zenlerindeki parçalanmadan dolayı ortaya çıkan engelleri aşmaya y3nelik olarak hazırlanmış uluslar 3st3 bir s3zleşme hukukunun genel h3k3mleri olarak deęerlendirilmektedirler⁴⁰. Ancak s3zleşme taraflarınca ilgili devlet hukukuna dahil olmasalar bile, model kanun ve kodlar s3zleşme metni haline getirilebilir. Bu durumda s3z ko-

³⁷ Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road / Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma S3zleşmeleri Hakkında Konvansiyon.

³⁸ CMR'nin uygulama şartları için bkz.: 3ZDEMİR, (dp. 10), 15 – 33; GENT3RK, (dp. 10), 45 – 54; Alihan AYDIN, *CMR'ye G3re Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, Beta, İstanbul 2002, 5 - 27.

³⁹ Lando Kuralları hakkında bkz.: Kemal DAYINLARLI, “*Avrupa Birliği 3lkelerinde S3zleşme Hukukunun Yeknesaklaştırma alışmaları ve Ole Lando İlkeleri*”, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, 327 – 396.

⁴⁰ Unidroit ilkelerinin hukuki niteliği ve lex mercatoria'nın kaynağı olarak g3sterdiği 3zelliklerle ilgili geniş bir inceleme için bkz.: OğUZ, (dp. 7), 32 - 51; BİNG3L, (dp. 17), 70 – 85; G3LER, (dp. 12), 150 – 170; Kemal DAYINLARLI, “*Milletlerarası Ticarđ S3zleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri*”, MHB, 2003, Yıl 23, S. 1-2, 203 – 216; Kemal DAYINLARLI, *Milletlerarası Ticari S3zleşmelere İlişkin İlkeler (Roma 2004)*, Ankara 2005.

nusu metinler *lex mercatoria*'nın değil, uluslararası ticaret hukukunun bir kaynağı ve sözleşme hükmü gereği uygulanacaklardır.

Unidroit ilkeleri, taraflarca sözleşmenin bu ilkelere tabi olacağına kararlaştırması halinde uygulanabilir. Ayrıca taraflar sözleşmenin *lex mercatoria*'nın genel ilkelerine tabi olacağını belirtmişlerse, yine bu ilkeler uygulama alanı bulabilir. Çünkü bu ilkeler ticarî örf, adet ve teamüllerden kaynaklı ve bunları yazılı hale getirmek amacıyla hazırlanmıştır. Burada üzerinde durulması gereken önemli bir husus da, Unidroit ilkelerin *lex mercatoria*'ya belirli bir sistem getirdiği ve *lex mercatoria*'nın kapsamındaki belirsizliği giderdiği'dir. Böylece taraflar sözleşmeyi *lex mercatoria*'ya tabi kıldıklarında önceden hangi kuralların uygulanacağını bilebileceklerdir⁴¹. Unidroit ilkeleri hazırlanırken dünyadaki değişik hukuk sistemleri karşılaştırılmış ve bunlarda var olan ortak noktalar tespit edilip bir araya getirildiğinden uluslar üstü bir ticaret hukuku kurallarının oluştuğunu söyleyebiliriz. Aslında yazılı olmalarına rağmen kaynağını *lex mercatoria*'dan aldıkları ve bu amaçla hazırlandıklarından dolayı hakemler bu ilkeleri somut uyuşmazlıkta ilgili *lex mercatoria*'nın ne olduğunu araştırırken de dikkate almak durumundadırlar. Bu ilke ve kurallar model kurallar ya da konvansiyonlardan farklı ve tamamen *lex mercatoria*'nın ne olduğunu tespiti yönelik çalışmalar sonucu hazırlanmışlardır.

Esas itibarı ile iyi niyet (*bono fides*), ahde vefa (*pacta sunt servande*), mücbir sebep (*force majeure*) ve akdin uyarlanması (*rebus sic stantibus*) gibi hukukun genel ilkeleri *lex mercatoria*'nın kaynağıdır⁴². Hukukun genel ilkeleri, çeşitli ulusal hukuk sistemlerinde ortak olan, yönlendirici düşüncelerdir. Genel ilkeler, kararların dolaysız yapı taşları olduklarından belirsizdirler; uygun bir ortamda uygulanma imkanı buldukları zaman somutlaşırlar⁴³. Aslında bu kurallar ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemelerinde de yer alan hukukun temel ilkeleri mertebesinde *lex mercatoria*'ya da hakim ilkelere⁴⁴.

⁴¹ OĞUZ, (dp. 7), 44 - 45; BİNGÖL, (dp. 17), 73 - 74; KIRKBEŞOĞLU, (dp.17), 272 - 273; DAYINLARLI, (dp.40), 209.

⁴² Ahde vefa (*pacta sunt servande*) ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması (*rebus sic stantibus*) ilkeleri *lex mercatoria*'nın önemli bir kaynağı kabul edilmektedirler. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve verilmiş hakem kararları ve değerlendirilmesi için bkz: Yves DERAİNS (Çeviren Aydoğan ÖZMAN), "Milletlerarası Ticaret Odası Hakemlerinin Sözleşmelere İlişkin Uluslararası Hukukun Yaratılmasına Katkıları", Batider, 1978, C. 9, S. 3, 819 - 831; Yusuf ÇALIŞKAN, "Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensibinin Uygulanması", Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, MHB, Yıl 24, S. 1 -2, 2004, 365 - 377.

⁴³ ŞANLI, (dp. 17), 355 vd.; OĞUZ, (dp. 7) 28.

⁴⁴ D. ÖZDEMİR, (dp. 8), 100; Okezie CHUKWUMERJERA, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, London 1994, 112.

Hukukun genel ilkeleri nitelikleri gereği özel hukuka ilişkindirler. Uluslararası Lahey Adalet Divanı Statüsü'nün 38 inci maddesinde "...medeni ülkelerin genel hukuk ilkelerinin devletler hukukunun kaynaklarından sayılması bu konuda bir şey değiştirmez." denilmektedir ve sözü edilen genel ilkeler lex mercatoria'nın kaynağı olan genel ilkelerle özdeşirler⁴⁵. Hakemler bu kuralları milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve özelliklerine uygun olarak yorumlamakta ve mahalli hukuklardaki değişik anlam ve muhtevalarından farklı bir hüviyette uygulamaktadırlar. Özellikle sözleşmelerin değişik şartlara uyarlanması ilkesine hakem kararlarında sıkça başvurulmaktadır⁴⁶.

Lex mercatoria'yı hukuk kaynağı olarak somut olayda uygulayan uluslararası hakem kararları da lex mercatoria açısından yardımcı bir kaynaktır⁴⁷. Hatta lex mercatoria hakem kararlarıyla varlığını ve gelişmesini sürdürmektedir⁴⁸. Hakemler, ticarî teamülleri ve hukukun genel ilkelerini saptamak suretiyle yeni kurallar oluşturmaktadırlar. Hakemler uyuşmazlıkla ilgili alanda uzman kişilerden seçildiklerinden, meselenin özüne daha uygun karar verirler ve daha özgür bir oluşum içindedirler. Bu durumda uluslararası ticaret hukukunun ve lex mercatoria'nın uygulamasını millî mahkemelerden ziyade tahkim mahkemelerinde görmekteyiz ve dolayısıyla hakem kararları uluslararası ticaretin kurallarının somutlaştırılmasına yardımcı olmaktadır⁴⁹. Bununla birlikte bir hakem kararında lex mercatoria olarak tespit edilen bir hususun lex mercatoria olup olmadığını tartışmak ve kararı bağlayıcı olarak kabul etmemek gerekir. Yani her hakem kararı ancak yardımcı bir lex mercatoria kaynağı olarak kabul edilmelidir.

II. Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria'nın Seçimi

A. Genel Olarak

Milletlerarası ticarî tahkimde "*tahkim*" üst bir kavramdır, müessesenin adıdır. Tahkim kavramı altında çeşitli hukuki unsur ve ilişkiler mevcuttur. Taraflarla hakem veya hakemler arasında yapılan anlaşmaya "*hakem sözleşmesi*" denir. Hakem sözleşmesi, bir borçlar hukuku sözleşmesidir ve borçlar hukuku ile uluslararası sözleşmeler hukukunun genel prensiplerine bağlıdır. Tahkim kavramının altında bulunan ikinci sözleşme ise, taraflar arasında yapılan "*tahkim sözleşmesi*"dir. Bu sözleşme tahkimin temelini teşkil eder. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde bunun çözümünün tah-

⁴⁵ Aynı yönde OĞUZ, (dp. 7), 29; BİNGÖL, (dp. 17), 5 - 6.

⁴⁶ İlgili kararlar için bkz: DERAINS, (dp. 42), 820 - 830; ÇALIŞKAN, (dp. 42), 342 - 376.

⁴⁷ CHUKWUMERJERA, (dp. 44), 114; D. ÖZDEMİR, (dp. 8), 103; AYGÜL, (dp. 8), 72.

⁴⁸ AYGÜL, (dp. 8), 73 ve dp. 117'deki yazarlar.

⁴⁹ OĞUZ, (dp. 7), 31 - 32.

kim yoluyla olacağını belirtir. Tahkim sözleşmesi ana sözleşmeden ayrı olarak yapılabileceği gibi, maddi hukuk sözleşmesinin içine eklenecek bir tahkim klozu ile de yapılabilir. Tahkim sözleşmesi ile millî mahkemelerin yetkileri ortadan kaldırılmakta; uyuşmazlığın çözümü için hakem mahkemesi yetkilendirilmektedir. Tahkim sözleşmesinin istenilen sonuçları sağlayabilmesi için ehliyet, şekil ve esas bakımından ilgili olduğu hukuka göre geçerli olması gerekir⁵⁰.

Tahkim kavramı altında yer alan üçüncü sözleşme, tahkim sözleşmesinin kurulmasına sebebiyet veren ve oluşacak uyuşmalıklara kaynaklık teşkil eden, alım-satım, hizmet, istisna, vekalet ve benzeri maddi hukuk sözleşmesidir. Bu sözleşme, geçerlilik, amaç, nitelik bakımından tahkim sözleşmesinden farklıdır. Tahkim sözleşmesi, maddi hukuk sözleşmesinin içinde bir kloz şeklinde yapılsa bile bu iki sözleşme birbirlerinden bağımsız durumdadırlar. Başka bir ifadeyle, geçerlilik bakımından maddi hukuk sözleşmesi kendi hukukuna, tahkim sözleşmesi kendi hukukuna tabidir. Bu bağlamda somut olayda, tabi oldukları hukuka göre taraflar arasındaki maddi hukuk sözleşmesi geçersiz olmasına rağmen, tahkim sözleşmesi geçerli olabilir veyahut da maddi hukuk sözleşmesi geçerli olmasına rağmen tahkim sözleşmesi geçersiz olabilir⁵¹.

Maddi hukuk sözleşmesinin kuruluşu, işleyişi ve sona ermesi ile ilgili konularda uygulanacak hukuka esasa uygulanacak hukuk denilmektedir. İşte bu hukuk, sözleşme ilişkisinde olası ihtilafların hallinde uygulanan ve esas itibarı ile tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kurallarını düzenleyen hukuktur. Çalışmamızın devamında esasa uygulanacak hukuk olarak *lex marcotaria*'nın seçilebilmesini inceledik.

⁵⁰ Tahkim kavramı kapsamındaki “hakem akdi” ve “tahkim sözleşmesi” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ŞANLI, (dp. 1), 223 - 224; Turgut KALPSÜZ, “*Tahkim Anlaşması*”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, 1028 vd.; Erol ERTEKİN, “*Özel Hukuk Bildirim V ‘Tahkim’ / Tartışmalar*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Özel Hukuk - Basın Hukuku, C.3, Ankara 2000, 114 – 115; Alim TAŞKIN, *Hakem Sözleşmesi*, Ankara, 2005; Yavuz ALANGOYA, *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul 1973, 20 vd.; Kemal DAYINLARLI, HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997, 14 – 57; İzzet KARATAŞ, *Uygulamada İhtiyari Tahkim*, Ankara 1999, 13 vd.; Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.6, Ankara 2001, 5937 vd.

⁵¹ ŞANLI, (dp. 1), 225, 245; ERDOĞAN, (dp. 1), 139; Kemal DAYINLARLI, *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Ankara 2000, 52.

B. Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Esasa Uygulanacak Hukukun Seçimi

1. Taraflarca Lex Mercatoria'nin Seçilmesi

Taraflar esasa uygulanacak maddi hukuku serbestçe seçebilirler. Bu seçim maddi hukuk sözleşmesi içinde yer alan tahkim klozu veya bu klotdan ayrı olarak bağımsız olarak yapılan bir hukuk seçimi anlaşması ile yapılabilir⁵². 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12/C maddesinde “hakem veya hakem kurulu taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyumsuzluğunun esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir.” hükmüne yer vererek bu hususu açıkça düzenlemiştir.

a. Açık Seçim

İç hukuklarda geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası ticarî tahkimdeki karşılığı irade serbestisidir⁵³. Tarafların ana sözleşmede veya müstakil bir sözleşmede yer alan akdi ilişkilerin hangi hukuka tabi olacağına yönelik anlaşmaları, akdi ilişkiyi belirli bir hukuka tabi kılma iradesini gösteriyorsa açık hukuk seçimi söz konusudur⁵⁴. Seçilen hukuk Türk hukuku gibi belirli bir devlet hukuku olabileceği gibi, lex mercatoria gibi hukuk kuralları da olabilir⁵⁵. Milletlerarası ticarî tahkimde belirleyici olan unsur taraf iradeleri olduğundan, tarafların açıkça lex mercatoria'yı esasa uygulanacak hukuk olarak seçmeleri halinde, hakemlerin taraf iradelerine uygun olarak, onların tercihleri doğrultusunda hareket etmeleri gerekir⁵⁶. Aksi takdirde hakemlerin kendilerine verilen

⁵² ŞANLI, (dp. 1), 227.

⁵³ REDFERN / HUNTER, (dp. 13), 97; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: ŞANLI, (dp. 17), 103 - 201.

⁵⁴ ŞANLI, (dp. 17), 104; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, Ankara 2003, 158 - 159.

⁵⁵ REDFERN / HUNTER, (dp. 13), 101; ŞANLI, (dp. 17), 162 - 163; AYGÜL, (dp. 8), 81; Turgut KALPSÜZ, “İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum – Bildiriler - Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara 1997, 28; Turgut TURHAN, “Fransız Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum- Bildiriler- Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara 1997, 81. Her ne kadar taraflar esasa uygulanacak hukuk seçiminde iyiniyet, adalet ve kamu düzeni gibi tenfize ilişkin kıstasları gözetmekte ise de böyle bir gözetme zorunluluğu ve tarafların iradelerinin bu noktada sınırlı olduğunu söylemek de mümkün değildir [REDFERN / HUNTER, (dp. 13), 100].

⁵⁶ REDFERN / HUNTER, (dp. 13), 98; AKINCI, (dp. 17), 23; DOĞAN, (dp. 17), 286. Tarafların ikameti ya da vatandaşlığının bağlı olduğu ülke devleti ister Anglo-Sakson hukuk sisteminde, ister Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde isterse sosyalist hukuk sisteminde olsun, uluslar arası ticaret alanında irade serbestisi tam olarak tanınmakta ve seçilen hukuk esasa uygulanmak gerekmektedir [LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration* (1978), 75 (naklen REDFERN / HUNTER, (dp. 13), 98 dp. 93)].

yetkilerini aşmaları söz konusu olur ki; bu durum New York Sözleşmesinin V-1c maddesine göre kararın tenfiz edilmemesine yol açabilir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12/C maddesine göre *lex mercatoria* esasa uygulanacak hukuk olarak seçilebilir. Kanuni düzenleme, belirli bir devletin hukuk sistemini seçme zorunluluğunu yüklememekte, taraflara istedikleri "hukuk kuralları"nı seçme imkanını sunmaktadır. Bu durum hukuk sistemimiz açısından yeniliktir. Milletlerarası özel hukukta taraflar "hukuk kurallarını" değil, belli bir devletin "hukuk düzenini" seçebilmektedirler. MÖHUK (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun) m. 24 taraflara irade serbestisi prensibi gereğince hukuk seçimi hakkını vermiştir; ancak "sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir" şeklinde düzenleme getirerek sadece belli bir devletin hukukunu seçebileceklerini belirtmektedir.

Aynı şekilde Kamu Hizmetleri ile İmtiyaz ve Şartlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanununun 4 üncü maddesi de uyuşmalığın esasına uygulanacak maddi hukuku seçme imkanını taraflara tanımıştır. İdari sözleşme niteliğindeki imtiyaz sözleşmeleri için hukuk seçimi imkanının getirilmesi büyük bir yeniliktir; ne var ki taraflara "hukuk kurallarını" seçme imkanı verilmediği için *lex mercatoria* esasa uygulanacak hukuk olarak seçilemez. Ancak, imtiyaz dışı uluslararası ticarî sözleşmeler açısından bu sonuca varılamayacağı, zira *lex mercatoria*'nın kurallarının da hukuk kuralları kapsamında kaldığı aşikardır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu ile getirilen düzenlemede yer alan "hukuk kuralları" tabiri, "hukuk düzeni" ya da "kanun" kavramından daha geniştir. Şöyle ki; bu durum taraflara belli bir devletin hukuk düzenini seçme hakkı verdiği gibi, millî kanunlardaki ortak hükümleri, hukukun genel ilkelerini, devletler hukuku kurallarını, ticarî örf ve adet kurallarını, hakemlerin belli bir tip veya belirli bir tahkim merkezinde uyguladıkları maddi hukuk kurallarını ve genel olarak "*lex mercatoria*" da taraflarca seçebilir⁵⁷.

Ayrıca Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hazırlanması aşamasında yapılan çalışmalarda esasa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'dan açıkça bahsedilmiştir⁵⁸. Buna karşın açıkça *lex mercatoria*'nın uygulanacak hukuk olarak seçilip seçilemeyeceği hususunda bir hükme yer verilmemiştir. Öte yandan özellikle "hukuk kuralları"nın seçilebileceği belirtildikten sonra

⁵⁷ TURHAN, (dp. 55), 83; AYDOĞAN, (dp. 6), 85.

⁵⁸ Mahmut T. BİRSEL / Ali Cem BUDAK, "Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler- Türk Tahkim Hukuku ve Uncitral Kanun Örneği", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum - Bildiriler - Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara 1997, 184.

hükmün devamında “sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve adetler ile ticarî teamüllerin de göz önünde bulundurulacağı” şeklinde formüle edilen düzenleme sanki hukuk kuralları değil de bir hukuk düzenine atıf yapılması gerektiği gibi bir sonuç doğurmakta ise de; böyle bir sonuca varmak hatalı olur. Temel kriter ‘hukuk kuralları’ seçimi olmalıdır. Ayrıca ticarî örf, adet ve teamül kurallarının da dikkate alınması gerektiği hususuna da açıkça madde metninde yer verilmiştir. Yine özel hukuk alanındaki hukuk kurallarının esas itibarı ile tamamlayıcı ve yorumlayıcı bir işlev yürüttüğü gözetildiğinde varılması gereken sonuç; lex mercatoria'nın da uygulanacak hukuk kuralları olarak seçilebileceğidir. Sırf lex mercatoria'nın esasa uygulanacak hukuk olması başlı başına tenfiz ve icra engeli olmayacaktır⁵⁹.

Netice itibarıyla Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre yapılan bir tahkimde taraflar lex mercatoria'yı esasa uygulanacak hukuk olarak hukuk kuralları şeklinde seçebilirler⁶⁰. Hakemlerin, tarafların bu yöndeki tercihlerine uygun hareket etmeleri gerekir; aksi takdirde Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A maddesinin 1-e fıkrasına göre hakemlerin yetkilerini aştıkları sebebiyle taraflar kararın iptalini isteyebilirler.

b. Zımnî Seçim

Milletlerarası ticarî tahkimde taraflar maddi hukuk seçimini zımnî olarak da kararlaştırabilirler. Hukuk seçimine ilişkin iradelerin zımnî olması, tarafların belli bir hukuku veya hukuk kurallarını akdi ilişkiye uygulamak istedikleri, bu konuda şuurlu oldukları ancak iradelerini açıkça beyan etmedikleri şeklinde anlaşılmalıdır. Genellikle sözleşmede kullanılan ifadelerin

⁵⁹ ICC Kuralları'na tabi bir uyuşmazlıkta tahkim heyeti esasa uygulanacak hukuk olarak “sözleşmesel ilişkilere ilişkin uluslararası kabul görmüş kuralları” tercih etmiş ve bu çerçevede verilen karar, sırf lex mercatoria esasa uygulanan hukuk olarak belirlendiği için kamu düzenine aykırıdır iddiası İngiliz Temyiz Mahkemesince kabul görmüştür [*Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrergesellschaft V Ras Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd. (DST V Rakoil)*, (Lloyd's Reports 1987-2, 246)]

⁶⁰ Bu seçim yapıldığında artık tahkim heyeti uluslararası hukukun genel ilkeleri, ticarî teamüller, ticarî örf, adet kuralları ile bunlarla aynı mahiyette ve bunların kodifikasyonu şeklinde oluşan uluslararası düzenlemeleri uygulayabilecektir. Yoksa tüm model kurallar, konvansiyonlar ve sair milletlerarası mevzuatı uygulayamayacaktır. Zira bu mevzuat başlı başına uluslararası ticaret hukukunun kaynağı mertebesine gelmiş ve lex mercatoria olarak adlandırılan ve yeni lex mercatoria doktrinine göre tacirler hukukunu tespit eden kurallardan ayrılmış düzenlemelerdir. Bunlara has kendi uygulama şartları gerçekleşmediği sürece lex mercatoria içinde uygulama alanı bulmazlar. Ancak özel seçilmiş hukuk kuralları olmaları da her zaman olasıdır [karşı görüş için bkz. D. ÖZDEMİR, (dp. 8), 109].

ve hukuki müesseselerin hep aynı hukuka ait olması, hep aynı hukuktaki örf, adet ve teamül kurallarının esas alınması, tarafların o hukuku seçtikleri anlamına gelir. Ancak tarafların bu konuda bilinçli olması önemlidir; çünkü yabancı olan taraflar belli bir dil ve onun kavramlarını sözleşme üzerinde sadece anlaşma sağlamak içinde kullanabilirler⁶¹.

Milletlerarası ticarî tahkimde, tarafların tahkim veya tahkim konusu akitle ilgili muayyen davranış ve tercihleri yahut da tahkim konusu ilişkinin bazı özellikleri, onların belirli bir hukuk sistemini seçtiklerine karine teşkil etmektedir. Zımnî hukuk seçimini dört kategoriye ayırabiliriz. Birincisi, ana sözleşmenin hüküm ve şartlarını veya bizzat tahkim münasebetini oluşturan hal ve şartların muayyen bir maddi hukuk sözleşmesini göstermesi; ikincisi, taraflarca esas sözleşmede veya tahkim ilişkisinde münhasıran belirli bir hukuk sistemine has şekil, dil ve terminolojinin kullanılması; üçüncüsü, tahkim yargılamasında tarafların talep ve savunmalarını aynı hukuka dayandırmaları; dördüncüsü de belirli bir ülkenin tahkim yeri olarak seçilmesi veya uyuşmazlığın belirli bir ülkedeki daimi tahkim kuruluşuna sunulması hallerindedir⁶². Belirttiğimiz bu durumlarda zımnen *lex mercatoria*'nın uygulanacak hukuk olarak seçilmesi söz konusu olabilir⁶³. Örneğin tarafların tahkim yargılamasında iddia ve savunmalarını *lex mercatoria*'nın ilkelerine dayandırmaları veya tarafların kurdukları sözleşmeyi kodifiye edilmiş ticarî örf adet ve teamüllerde yer alan terimlere göre yapmaları hallerinde *lex mercatoria*'nın zımnen seçilmesi söz konusudur⁶⁴.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 12/C maddesi esasa uygulanacak hukuku belirleme imkanını taraflara vermiştir ve taraflar bu seçimi zımnen de yapabilirler⁶⁵. Kanun metninde zımnî hukuk kuralları seçiminin de yapılabileceği hususunun açıkça belirtilmemiş olması, bunun yapılamayacağı anlamına

⁶¹ Gülören TEKİNALP, "Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk - MÖHUK m.24 ve Zımnî Hukuk Seçimi", MHB, 1985/1, 29.

⁶² ŞANLI, (dp. 17), 178 -179.

⁶³ CHUKWUMERJERA, (dp. 44), 122; D. ÖZDEMİR, (dp. 8), 111; AYGÜL, (dp. 8), 81. Ancak, *amiable compositeur* şeklinde hakem heyetinin oluşturulacağı, tahkim kaydı konulmuş olması ve hukuk seçimine yer verilmemesi ya da benzer şekilde tahkime başvurulması halinde zımnen *lex mercatoria*'nın seçilmiş olduğu sonucuna varılamaz [karşı görüş için bkz. D. ÖZDEMİR, (dp. 8), 111 - 112]. Tarafların aralarındaki sözleşmeyi uluslararası yapmaları, farklı dil ya da farklı hukuk sistemlerini sözleşmeye uygulamaları halinde dahi *lex mercatoria*'nın zımnen seçildiği sonucuna varmak mümkün değildir. Bu durumda olsa olsa taraflar esasa uygulanacak hukuku değiştirmek istemektedir ve salt *lex mercatoria* değil, somut bir hukukun uygulanmasına yönelik kabul edilmelidirler [karşı görüş için bkz. D. ÖZDEMİR, (dp. 8), 112 - 113].

⁶⁴ Esasa uygulanacak hukuk olarak zımnen *lex mercatoria*'nın seçilmiş olduğu hususunda verilmiş kararlar için bkz.: ŞANLI, (dp. 17), 179-181.

⁶⁵ AKINCI, (dp. 54), 158; AYDOĞAN, (dp. 6), 84 - 85.

gelmemektedir. Hukuk seçimi hakkının verilmesi yeterlidir, ayrıca bunun nasıl yapılacağına açıklanması gerekmez⁶⁶. Özellikle bir hukuk kuralları bütününe atıf yapılması halinde o kurallar bütününe ticarî örf, adet ve temül kurallarının da dahil olması kabul edildiğine göre lex mercatoria'nın zımnen seçilmesi dolaylı olarak kabul edilmiştir.

2. Hukuk Seçiminin Yapılmaması Durumunda Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria

Taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarının kararlaştırılmamış olması halinde esasa uygulanacak hukuku, hakemler belirler⁶⁷. Hakemler bu halde uyuşmazlığın çözümünde en uygun olacak hukuku belirleme konusunda serbestiye sahiptirler⁶⁸. Bununla beraber millî mahkemelerdeki hakimler gibi kanunlar ihtilâfî kurallarına sahip olmadıklarından, hukuk seçiminde güçlüklerle karşı karşıyadırlar. Milletlerarası Tahkim Kanunu tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde hakemlerin hangi hukuku uygulamaları gerektiği hususunu düzenlemiştir. Kanununun 12/C maddesinin 2 nci fıkrasında “...*tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk*

⁶⁶ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ilgili maddesinin komisyon tartışmalarında zımî hukuk seçiminin milletlerarası tahkimde de geçerli olduğu ve getirilmek istenen metinde açıkça bu hususun belirtilmesinin gerekmediği ifade edilmiştir [Sempozyum II (Abant toplantısı), s. 152 - 154].

⁶⁷ Milletlerarası ticarî tahkimde esasa uygulanacak hukukun hakemlerce belirlenmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: ŞANLI, (dp. 17), 216 - 262. Ayrıca taraf avukatları kendi hukukî durumlarını tesbit edip tahkimde takip edecekleri strateji ve taktiği belirleyebilmek bakımından hakem mahkemesinden o davada hangi sistemi veya kuralları uygulayacaklarını, bir ara kararla belirtmelerini talep edebilirler. Bu konuda hakem mahkemesi davanın ilk safhalarında karar vermeyi sakıncalı bulabilir ve ara karar vermeden usul hukukunun genel ilkelerine göre davaya devam edebilir; hakem mahkemesi nihaî kararını verirken gerekçede tarafların taleplerinin niçin kabul edildiği veya edilmediğini belirtebilir (Yaşar KARAYALÇIN, “Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü”, Batider, Haziran 1998, C.XIX, S.3, 28).

⁶⁸ KAPLAN, milletlerarası ticarî tahkimde taraflarca bir hukuk seçimi yapılmaması halinde hakemlerin uygulanacak maddi ve usul hukukunu seçmede ve bu seçimin nasıl yapılacağını gösteren metodu da belirlemede tam bir serbestiye sahip olduklarını belirttikten sonra; “...*tarafların milletlerarası ticarî tahkime uygulanmasını istedikleri maddi hukuk veya kanunlar ihtilafî kurallarını seçmemiş olmaları halinde, hakemlerce millî olmayan kuralların uygulanmasından; uyuşmazlığa öncelikle, lex mercatoria denilen millî hukuk sistemlerinden bağımsız olarak ortaya çıkmış bulunan maddi hukuk kurallarının uygulanmasını anlamaktayız...*” şeklinde görüş bildirmekte ve taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde hakemlerin millî hukuk sistemleri yerine millî olmayan hukuk sistemlerini seçmelerini ve özellikle lex mercatoria'ya öncelik tanınması gerektiğini ifade etmektedir (Yavuz KAPLAN, “Milletlerarası Ticari Tahkime Millî Hukuk Dışı Kuralların Uygulanması”, www.jura.uni-sb.de/turkish/YKaplan.html, 28.03.2006).

kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verir.” hükmünü getirerek hakemler için bir nevi bağlama kuralı öngörmüştür.

Hakemler önlerine gelen somut olayın özelliklerine göre uyuşmalıkla en yakın bağlantı içinde olan devletin maddi hukuk kurallarını belirleyip, ona göre kararını vereceklerdir. Milletlerarası Tahkim Kanunu 12-C maddesinin birinci paragrafın 2. cümlesinde ilgili hukuka ilişkin ticarî örf adet ve teamüllerin sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanmasında dikkate alınacağı açıkça düzenlemiştir. Bu dikkate alma uygulamaktan başka bir şey değildir. Zira tarafların sözleşmede kararlaştırmadığı hususları yorumlayıcı ve tamamlayıcı işlev gören hukuk kuralları olan uygulanacak hukuk kurallarına, ticarî örf, adet ve teamüllerden oluşan *lex mercatoria* da dahil olacaktır⁶⁹. Ancak bu dahil olma doğrudan değil, ikinci sıradan dolaylı bir şekildedir. Eğer doğrudan ulaşılan hukuk kuralları ile gerekli yorum ve tamamlama işlevi yerine geliyorsa; artık *lex mercatoria* uygulanamayacaktır. Buna rağmen böyle bir yorum ve tamamlama ihtiyacı halen varsa *lex mercatoria*'ya bakılacaktır.

Taraflarca seçim yapılmaması halinde Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12/C maddesinin 2. paragrafı gereği “...*hakem veya hakem kurulu uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verir.”* Bu çerçevede maddi hukuk kurallarına ilgili devlet ticarî örf adet ve teamülleri de dahildir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre tahkim yoluna gidilen maddî hukuk sözleşmesinin en yakın bağlantılı olduğu hukuklardan biri de Türk hukuku

⁶⁹ Buna karşın aksi görüşte olan D. ÖZDEMİR: “Söz konusu düzenleme ile hukuk seçiminin taraflarca yapılmamış olması durumunda bir taraftan hakemlere uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyebilme imkanı tanınırken diğer taraftan da bu imkan her hangi bir devletin maddi hukuku ile sınırlandırılmıştır. Dolaysı ile hakemler uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını tespit etmek durumunda kaldıklarından mezkur düzenleme çerçevesinde sadece millî hukuklara başvurabilecekler, milletlerarası ticarete yaygın bir şekilde kullanılan ama millî olmayan hiçbir hukuk kuralından ya da milletler arası ticarî örf ve adetler ile teamüllerden yararlanamayacaklardır.” ifadelerine yer vermektedir [D. ÖZDEMİR, (dp. 8), 123]. Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira hükümde yer alan ilk cümle açıkça hukuk yerine hukuk kuralı terimine yer vermekle; bu kuralın ulusal ya da uluslararası olmasını ayırt etmemiştir. Yine ulusal bir hukuk sisteminde kabul edilip uygulanan örf, adet ve teamül kuralları da milletlerarası örf, adet ve teamül kuralları olarak kabul edilip uygulanabilirler. Sonuçta tacirler arasında uygulanan örf, adet ve teamül kurallarının da kaynağı ulusal hukuk veya hukuklardır. Bu sebeplerle sözü edilen ifade dar bir şekilde yorumlanıp, *lex mercatoria*'nın uygulanmasına bir engel olarak görülmemelidir.

olacaktır. Türk hukukuna göre uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak hakemler, Türk Ticaret Kanunu'na ve bu kanunun 1/2 nci maddesine göre ticarî örf ve adet kurallarına başvuracaklardır. Bu halde dahi, hakemler *lex mercatoria*'yı esasa uygulayabilirler. Şöyle ki; *lex mercatoria*'nın kapsamında saydığımız ticarî örf ve adetler ile kodifiye edilmiş örf adet ve teamüller Türk hukukunun da bir parçasıdır. Türk Ticaret Kanunu (TTK.) m. 1/2 uyarınca ticarî örf ve adetler genel hükümlerden önce uygulanırlar. Hakemler uyuşmazlıkla ilgili uluslararası ticarî örf ve adet kuralına göre veya taraflarca bilinmek şartıyla yerel örf ve adet kuralına göre kararını verebilirler. Ayrıca TTK m. 25/5'de atıfta bulunulan TTK m. 1139 - 1158'de düzenlenen SİF satış ile TK m.1138'de yer alan FOB satış Milletlerarası Ticaret Odası tarafından hazırlanan Incotermslerde tanımlanmış ve *lex mercatoria* mertebesinde terimlerdenendir. Hakemler TTK'nın ilgili hükümleriyle beraber veya doğrudan *lex mercatoria* olarak kabul edilebilecek nitelikteki Incotermslere giderek meseleyi çözüme kavuşturabilirler. Netice itibariyle, tarafların uygulanacak hukuku belirlememeleri halinde hakemlerce tespit edilecek en yakın irtibatlı devletin maddî hukuk kurallarının verdiği yetki ve çizdiği sınır içinde hakemler *lex mercatoria*'yı esasa uygulayabilirler.

3. Taraflarca Bir Hukuk Seçimi Yapılması Halinde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

Milletlerarası Tahkim Kanunu taraflarca esasa uygulanacak hukuk olarak, hukuk kuralları seçimine cevaz vermektedir. Bu durumda taraflar bir uluslararası konvansiyon, model kurallar, ICC veya benzer kurumlarca hazırlanan hukuk kaynaklarını seçebileceği gibi bir devlet hukukunu ya da bir devlet hukuku içindeki bir kanunu da hukuk olarak seçebilirler. Bu durumda da yukarıda açıklandığı gibi seçilen hukuk kurallarının izin verdiği ölçüde *lex mercatoria* uygulama alanı bulabilecektir.

Ayrıca taraflar ikili bir seçim yapıp hem *lex mercatoria*'nın hem de ulusal veya uluslararası bir hukuk kaynağının birlikte uygulanmasını da isteyebilirler⁷⁰. Kanaatimizce bu durumda hakemler, somut uyuşmazlığın çözümünde hangi hukuk kuralları daha uygunsa ona göre karar vermelidirler. Başka bir ifadeyle seçilen hukuk kuralları ile *lex mercatoria*'dan hangisi uyuşmazlık açısından daha uygun çözüm öngörüyorsa; o uygulanmalıdır. Bunun yanında *lex mercatoria* ile seçilen hukuk kuralları birbirinden farklı veya ilişkili olursa, hakemler seçilen hukuk sisteminin emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere *lex mercatoria*'ya üstünlük tanıyabilirler. Aksi takdirde seçilen ulusal veya uluslararası hukuk kuralları uygulamalıdır. Yani bu durum bakımından *lex mercatoria*'nın uygulanması seçilen hukukun emredici hükümleri ile sınırlı olacaktır⁷¹.

⁷⁰ AYGÜL, (dp. 8), 79; AKINCI, (dp. 17), 24 – 25; DOĞAN, (dp. 17), 282.

⁷¹ AYGÜL, (dp. 8), 80; AKINCI, (dp. 17), 25.

4. Hakemlere Hakkaniyet ve Nasafet Kurallarına Göre veya Dostane Aracı Olarak Karar Vermeleri Yetkisi Verilmesi Halinde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

Milletlerarası ticarî tahkimde taraflar, hukuk kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalmanın yaratacağı sakıncaları gidermek, ticarî hayatın özelliklerini ve somut olayın gösterdiği hususiyetlerin hakemler tarafından daha isabetli bir şekilde belirlenmesi için; hakemlerden belirli hukuk kurallarına bağlı olmadan hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar vermelerini isteyebilirler⁷². Hakem veya hakem kurulunun, hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar vermeleri için taraflarca açıkça yetkilendirilmeleri lazımdır. Bu açıkça yetkilendirme gerek olumsuz gerekse olumlu ifadelerle formüle edilebilir. Ancak verilen kararda hukukun genel ilkeleri ile uyumlu, adil ve hakkaniyetli bir sonuca ulaşıyor olması gerekir. Hatta hukuk kuralları ile aynı sonuca ulaşılması dahi mümkündür⁷³.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12/C maddesinin 3. paragrafında da tahkim heyetinin hakkaniyet veya nasafete göre ya da dostane aracı olarak karar verebilmeleri için taraflarca açıkça yetkilendirme şartı belirtilmiştir⁷⁴. Hakemler, bu şekilde yetkilendirildikleri takdirde her iki tarafın menfaatlerini gözeterek, adil bir şekilde karar vermeleri gerekir. Hakemler belli bir devletin maddi hukuku ile bağlı değildirler ve tamamen bir serbestiye sahiptirler. Ancak yine de sahip olunan serbestinin de belli bir sınırı vardır. Bu sınır verilecek olası kararın tenfizi şartlarının gözetilmesi ile ilgili kurallarıdır. Bu çerçevede verilen kararların tenfizi açısından hakemler, karar verirken taraflara eşit davranma ve kararın kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi hususlarına riayet etmeleri gerekir.

Bu şekilde yetkilendirilmiş hakemler dahi, lex mercatoria'nın kaynaklarından biri olan hukukun genel prensiplerini uyuşmazlığın çözümünde ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesi aşamalarında dikkate almalıdırlar⁷⁵. Bu hallerde lex mercatoria hakemlere hakkaniyeti sağlama

⁷² REDFERN / HUNTER, (dp. 13), 121.

⁷³ REDFERN / HUNTER, (dp. 13), 122.

⁷⁴ AKINCI, (dp. 54), 163. Hakemlerin, hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilmeleri için açıkça yetkilendirilmeleri gerektiği Milletlerarası Ticarî Hakemlik Hakkındaki 1961 tarihli Cenevre-Avrupa Anlaşmasında (m. VII/2) ve UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğinde (m. 33/2) de açıkça belirtilmiştir [KAPLAN, (dp. 26), 225; DAYINLARLI, (dp. 51), 81; Ergin NOMER / Nuray EKŞİ / Günseli GELGEL, *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2003, 49, 68].

⁷⁵ Hakemlerin bu hususa göre verdikleri karar örneği için bkz: Ziya AKINCI, "Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi", Batider, 1994, C. XVII, S. 3, 134.

hususunda bir nevi rehberlik etmektedir. Hakemlerin yüklenmiş oldukları ağır vazifenin icrasında, lex mercatoria kolaylaştırıcı bir unsur olmaktadır.

III. Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria'nın Seçilmesi Hususundaki Sınırlamalar

Gerek milletlerarası ticarî tahkim ile ilgili metinlerde⁷⁶, gerekse Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun da belirtilen genel sınırlama sebebi, kararın tenfiz ve icra edilmesi gerekecek kamu düzenidir⁷⁷. New York Konvansiyonunun V/2-b maddesinde, 2675 sayılı MÖHUK'nun 45/b maddesinde ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A - 2b maddesinde, verilen kararın kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği belirtilmiştir. Kamu düzeni kavramıyla ifade edilen, belirli bir devlette hakim olan hukuki, sosyal, siyasal ve ahlaki sistemlerin temel kuralları ve kurumlarıdır⁷⁸.

Milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni kavramı ile milletlerarası ticarî tahkimde kamu düzeni kavramı birbirinden farklıdır. İç hukuklarda yer alan emredici hükümler, ahlaka ve adaba aykırılık gibi genel sınırlama sebepleri hakemler için geçerli değildir. Uluslararası ticarî tahkimde hakemler öncelikle tarafların yaptıkları anlaşmalarla bağlıdırlar. Bununla birlikte, hakemlerin muhtemel tenfiz ülkesi veya ülkelerindeki kamu düzeni veya emredici kuralları dikkate almaları gerekmesede; prensip olarak uluslararası hukuk ile uluslararası ticaretin genel ilkeleriyle bağlıdırlar⁷⁹.

Yukarıda belirttiğimiz gibi hakemler uluslararası ticarete hakim olan temel ilkelere göre karar vermek durumunda olduklarından ve lex mercatoria'nın kapsamına bu ilkeler de gireceğinden; lex mercatoria'nın esasa uygulandığı kararlar kamu düzenine aykırı teşkil etmezler. Ancak yine de milletlerarası ticarî örf, adet kuralı gibi lex mercatoria'yı oluşturan bazı kuralların kamu

⁷⁶ Kamu düzenine aykırılık New York Sözleşmesinde (m. V72 b) tenfiz engeli; UNCITRAL Model Kurallarında [m. 36/1 b (ii), 34/2 b (ii)] ise hem tenfiz engeli hem de iptal sebebi olarak gösterilmiştir [ERDOĞAN, (dp. 1), 222].

⁷⁷ Milletlerarası ticarî tahkimde kamu düzeni kavramı için bkz. ŞANLI, (dp. 17), 392 - 493; Ergin NOMER, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi", Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, MHB, Yıl 19 - 20, 1999 - 2000, S.1 - 2, 555 - 576; Kemal DAYINLARLI, "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara 1988, 653 - 692; Ergin NOMER / Cemal ŞANLI, *Devletler Hususî Hukuku*, 14. Bası, İstanbul 2006, 160 - 181; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara 1994, 160 - 172; Kemal DAYINLARLI, *Millî ve Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*, Ankara 1994; Banu ŞİT, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 2005, 166 - 173 ve 217 - 224.

⁷⁸ ŞANLI, (dp. 1), 349 ve dipnot 77'deki yazarlar.

⁷⁹ ŞANLI, (dp. 1), 350.

düzenine aykırı olabilme ihtimali olursa; bu karardan açıkça anlaşılmadıkça tenfiz engeli sayılmamalıdır. Ayrıca bu tür kararların iptali için de aykırılığın açıkça gözükmesi gerekir. Hakem kararlarının hem tenfizi hem de iptali aşamalarında mahkemelerin esasa girip inceleme yapmaları yasak olduğundan bariz bir şekilde kamu düzenine aykırı olduğu anlaşılmayan kararların onanması gerekir. Sadece hakkaniyet ve nasafete göre ya da dostane aracı sıfatları ile hakemlerce oluşturulan veya *lex mercatoria*'yı esas alarak verilen kararlar doğrudan doğruya kamu düzeni engeli ile karşılaşmamalıdır.

Sonuç

- *Lex mercatoria* tacirler hukuku olarak gelişmiş; ticarî örf, adet ve teamül kuralları bütünüdür. Ancak bunlardan bir kısmı UNIDROIT, ICC, IATA gibi kurumlarca kodifiye edilerek, yazılı metinler haline getirilmiştir. Yazılı hale getirilen bu hukuk metinleri sırf yazılı oldukları için değil; ticarî örf, adet ve teamüllerin kodifikasyonu olmalarından dolayı *lex mercatoria*'nın içindedirler. Bu bakımdan *lex mercatoria*'dan farklı ve konvansiyonlar, andlaşmalar, model kuralları da kapsayan üst bir uluslararası ticaret hukuku vardır.
- Türk hukuku bakımından *lex mercatoria* kendisi hukuk kuralları niteliğinde olup başlı başına esasa uygulanacak hukuk olarak, taraflarca tahkim heyetlerinin uygulamaları için seçilebilir. Ancak MÖHUK'da özel olarak seçilmesi öngörülen kanun ve hukuk düzenine atıftan dolayı ulusal yargı mercilerinin uygulayacakları hukuk olarak seçilmeleri mümkün değildir.
- Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre *lex mercatoria* Türk hukuku bakımından hakemlerin esasa uygulayacakları hukuk olarak seçilebilir. Böyle bir açık seçim olmasa dahi zımnen esasa uygulanacak hukukun *lex mercatoria* olduğu anlaşılabiliriyorsa bu durumda dahi hukuk kuralları olarak *lex mercatoria* seçilmiş sayılır.
- Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda taraflar arasındaki sözleşmenin yorum ve tamamlanmasında sadece ilgili hukukun örf, adet ve ticarî teamüllerine atıfta bulunulmuş olması *lex mercatoria*'nın bu kapsam dışında kaldığı anlamına gelmez. Zira ilgili hukuka bağlı örf, adet ve ticarî teamüller arasında uluslararası karakterli olanlar da vardır. Açıkça *lex mercatoria* seçilmese dahi ilgili hukukun örf, adet ve ticarî teamüllerinin yorum ve tamamlayıcı nitelikte olmasından dolayı ve kanunda yapılan atıf gereği uygulanacaktır.
- Açıkça hakemlerin uygulayacakları bir hukuka yer verilmediği gibi hukuk kurallarından bağımsız ve dostane aracı (*amiable compositeur*)

olarak ya da hakkaniyet ve nasafete göre karar vermeleri konusunda açık anlaşma olan hakemler dahi *lex mercatoria* ve buna dahil hukukun temel ilkelerinden yararlanabileceklerdir.

- Hakem ya da hakeme heyetince esasa hangi hukuk uygulanırsa uygulan-
sın, ya da hukuk kuralları dışında hakkaniyet ve nasafete göre çözüm
üretilsin kararın, tenfiz ve icra edileceği ülke devleti kamu düzeni ve
diğer tenfiz şartlarının da göz önünde bulundurulması gerekir.