

MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE LEX MERCATORIA'NIN UYGULANMASI

Dr. Musa AYGÜL*

I. GİRİŞ

Uluslararası ticaret, birden fazla ülke arasında gerçekleşen ve etkilerini birden fazla ülkede meydana getiren ticarî ilişkiler olarak tanımlanmaktadır. Günümüzde uluslararası ticarî ilişkilerin hacimce ve sayıca artmasına bağlı olarak, uluslararası ticarî toplum oluşmuştur. Uluslararası ticaret her biri farklı hukuk sistemine sahip olan devletler arasında gerçekleşmektedir. Devletlerin hukuk sistemleri arasında, temel politik, idarî ve yapısal farklılıklar, uluslararası ticareti engelleyen bir faktör olarak kabul görmektedir¹. Bu sebeple uluslararası ticaretin geliştirilmesi amacıyla, uluslararası ticarete ilişkin kuralların yeknesaklaştırılması çalışmaları yapılmaktadır².

Uluslararası ticaretin aktörleri, hukuk sistemleri arasındaki farklılıklarından ve bu hukuk sistemlerinin uluslararası ticarî ilişkiler için uygunsuzluğundan hareketle kendi uyacakları kurallarını kendileri oluşturmaya başlamışlardır. Tacirler, aralarında geçerli olacak kuralları oluştururken kendi ihtiyaçlarını gözetmekte; hiçbir devletin ekonomik ve politik anlayışını veya herhangi bir ideolojiyi dikkate almamaktadır³. Üstelik hukuk sistemleri tacirlere bu imkanı da vermektedir. Çünkü

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ WIENER, J.: Globalization and Harmonization of Law, London/New York 1999, s. 151; VOLCKART, O. – MANGELS, A.: Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?, Southern Economic Journal, Vol. 65/3, 1999, s. 428.

² BERGER, K. P. : The Lex Mercatoria Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Law and Policy in International Business, Vol. 28, 1997, s. 943, (Lex Mercatoria).

³ STOECKER, C.W.O.: The *Lex mercatoria*: To what Extent does it exist?, Journal of International Arbitration, V.7, No.1, 1990, s. 101.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

uluslararası ticarî ilişkilerde eşit kişiler arasındaki menfaatlerde tarafların iradesine önem verilmekte; taraflar da kendilerine tanınan irade özgürlüğü çerçevesinde ticarî ilişkilerini mümkün olduğu ölçüde devletlerin müdahalelerinden kurtarmaya çalışmaktadırlar.

Tacirler, kendilerine tanınan irade muhtariyeti sebebiyle, aralarındaki yabancı unsurlu ilişkilere istedikleri hukukun uygulanmasını temin edebilmektedirler. İrade muhtariyeti, hemen hemen evrensel nitelikte bir ilkedir ve bütün hukuk düzenlerinde kabul edilmiştir. Bu nedenle tacirler, istedikleri bir ülkenin hukukunu aralarındaki akdi ilişkiye uygulanmak üzere seçebilmektedirler⁴. Yine tacirlere ulus devlet yargısından kurtulma imkânı da tanınmaktadır. Taraflar, millî mahkemelerin yetersiz olduğunu düşündüklerinde, aralarındaki ihtilâfları hakem mahkemelerine götürebilmektedir. Bunun sebepleri, daha seri ve hızlı muhakeme yapılması, delillerin daha iyi ve daha âdil değerlendirilebilmesi ihtimali, hakem mahkemelerinin konusunda uzman kişilerden oluşması nedeniyle daha adil bir karar verme imkânının olması, hakem mahkemelerinin hakkaniyet ve nısfet esaslarına göre karar verebilmeleridir. Uluslararası ticarî ilişkilerde tahkimin seçilmesinin bir diğer nedeni de onun gizlilik özelliğidir. Çünkü tahkim muhakemesi, kamuya kapalı yapılmakta ve tarafların izni olmaksızın yayımlanamamaktadır⁵.

Hukuk düzenleri tarafından tanınan bu imkanlar sayesinde, tacirler, kendilerine özgü hukuk kuralları oluşturmaya başlamışlardır. Taraflar arasında devamlı şekilde tekrarlanan uygulamalar neticesinde, uluslararası ticarete örf, âdet ve teamül hukuku oluşmaya başlamıştır. Ayrıca uluslararası ticaretin aktörleri, millî devletlerden bağımsız olarak kendi birliklerini, kendi odalarını kurmaya başlamışlardır. Bu birlikler, Milletlerarası Müşavir Mühendisleri Federasyonu (FIDIC) ve Hububatçılar Birliği (GAFTA) gibi sektörel bazda olabildiği gibi, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) gibi ticaretin tüm alanlarını kapsayacak şekilde de olabilmektedir⁶. Örneğin hububat, petrol, banka sektörü ve inşaat gibi spesifik alanlarda, uygulamalardan oluşan ticarî örf ve âdetler

⁴ DOĞAN, V. : Banka Teminat Mektupları, Ülke İçi Ticarî İlişkiler - Milletlerarası Ticarî İlişkiler, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 274 vd, (Teminat Mektupları); TİRYAKİOĞLU, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 23 vd.

⁵ Daha fazla bilgi için bkz. ŞANLI, C.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 62 – 68, (Ticarî Tahkim).

⁶ HOUTTE, H.V.: The Law of International Trade, London 1995, s. 26.

bulunmaktadır. Tacirler tarafından kurulan bu birlikler, ilgili oldukları alanlardaki var olan örf ve âdet kurallarını kodifiye etmektedirler. Kodifiye edilen bu kurallara uyulmadığı zaman, uymayanlar, bu birliklere bildirilmekte ve birlikler de uymayan kişi ve kuruluşlara fiilî yaptırım uygulamaktadır. Kurallara uymayanlar bu birlikler vasıtasıyla uluslararası ticarî hayattan dışlanmaktadır⁷. Bu şekilde uluslararası ticarî toplumunda, spontane olarak gelişme gösteren yeni kurallar oluşmaya başlamıştır. Üstelik bu kurallara uymayanlara fiilî yaptırım da uygulanmaktadır. Bu hukukun temelinde teamül hukuku vardır. Çünkü zamanla tekrarlanan davranışlar sonucu bu kurallar oluşmaktadır. Kısaca yeni oluşan bu hukuk; millî devletler dışında, kendiliğinden, bireyler arası ticarî ilişkilerden, teamül hukuku kurallarından oluşmaktadır⁸. Bu yeni oluşum değişik isimlerle anılmaya başlamıştır. Ancak en yaygın olarak kullanılanı *lex mercatoria*'dır.⁹

A) TARİHİ GELİŞİM

Lex mercatoria, Orta Çağda tacirler arasında oluşmaya başlamıştır¹⁰. Batı Avrupa'daki millî devletlerin feodal ve katı bir sisteme sahip olmalarından dolayı, uluslararası ticaret hukuku oluşmamıştır. Orta çağ taciri ise coğrafi bakımından dinamik olması sebebiyle birbirinden farklı ve birbiri ile çelişen kurallarla karşı karşıya kalmıştır. Bu nedenle ülkeler arasında gelişmekte olan ticarete tacirler, kendi ilişkilerini idare edecek kurallara ihtiyaç duymuşlardır. Mahalli devletlerde hükümdarlar tarafından konan kurallar olsa bile bu kurallar, farklı değer sistemine sahip ülkeler arasında yapılan ticarete, tacirlerin ihtiyaçlarına yeterince cevap verememiştir. Uluslararası ticaretle uğraşanların ihtiyaçlarına cevap veren hukuk sisteminin eksikliği nedeniyle, uluslararası ticaretin aktörleri kendi

⁷ HOUTTE, s.26.

⁸ HOUTTE, s. 26; FASSBERG, C. W.: *Lex Mercatoria – Hoist with Its Own Petard?*, Chicago Journal of International Law, Vol. 5/1, 2004, s. 69.

⁹ *Lex mercatoria* yerine yeni ticaret hukuku (*new law merchant*), uluslararası hukuk (*transnational law*), uluslararası ticaret hukuku (*international trade law*), uluslararası *lex mercatoria* (*international lex mercatoria*), yeni *lex mercatoria* (*new lex mercatoria*) kavramları da kullanılmaktadır: STOECKER, s. 101; WILKINSON, V. L. D.: *The New Lex mercatoria Reality or Academic Fantasy?*, Journal of International Arbitration, Vol. 12, 1995, s. 103.

¹⁰ WILKINSON, s.105; ÖZDEMİR, D.: *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, 2003, S. 1 – 2, s. 96.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

uygulamalarından ve kendi koydukları kurallardan oluşan bir hukuk sistemi oluşturmaya başlamışlardır¹¹.

Deniz ticareti ve taşımacılığına ilişkin olarak Akdeniz'de M.Ö. 300'lü yıllarda yaşanan gelişmeler, Rodos'un deniz hukukunu (*Lex Rhodia*) oluşturmuştur. Bu hukuk, Romalılar ve Yunanlılar tarafından iktibas edilmiş, geliştirilmiş ve buradan da Avrupa'ya yayılmıştır. Deniz ticareti hukuku 9. Yüzyılda Doğu Roma imparatoru I. Basil tarafından Roma'da kodifiye edilmiştir, 11. Yüzyılda İtalya'da Amalphi Cumhuriyetinde, 12.Yüzyılda da Fransa'da *Oleron içtihatları* ile geliştirilmiştir. 1350 tarihinde Baltık ülkelerinde Wisby Deniz Kanunları kabul edilmiş ve aynı tarihlerde İspanya'nın Barselona şehrinde derlenen ve *Consolato del Mare* olarak isimlendirilen kanunlar mahkemelerde uygulanmaya başlamıştır. Böylece deniz hukuku açısından yeknesak kurallar oluşmuştur. Denizciliğin örf ve âdetlerinden oluşan bu kurallar, bütün Akdeniz'deki ticarî merkezlerde kabul edilmeye başlamıştır¹².

Kara ticareti alanında da, 11 ve 12. yüzyıllarda paralel bir gelişme yaşanmıştır. Uluslararası ticaretle uğraşan tacirler, farklı ülkelere seyahat etmekte ve ticaret yapmaktaydılar. Ayrıca tacirler, ticarî örf, âdet ve teamülden oluşan, kendi devletlerin hukuklarından bağımsız bir hukuk sistemine sahiptiler. Bu tarihlerde tacirlerin, millî devlet mahkemelerinden bağımsız, kendileri tarafından kurulmuş ticaret mahkemeleri de bulunmaktaydı. Bu mahkemeler, yine tacirler topluluğunun çoğunluğu tarafından oluşturulan ticarî örf ve âdetlerden oluşan hukuka göre ihtilâfları çözüyordu¹³. Bu hukuk çoğunlukla kendiliğinden yürürlüğe girdiği için mahalli kurallardan bağımsızdı. *Lex mercatoria* millî devlet hukuklarından bağımsız olarak, kendi kendine oluşan gelenek hukukunun üstüne bina edilmiştir¹⁴. Tacirler arasından bilgi ve deneyim esas alınarak seçilmiş hakemlerden oluşan ticaret mahkemeleri, bu kuralları tanımlamış ve hukukîlik kazandırmışlardır. Bu mahkemeler bir uyuşmazlığın çözümünde, uluslararası ticarî ihtiyaçları göz önüne alıyorlardı. Bu kurallara ve mahkeme kararlarına uymayanlar tacirler arasından dışlanır, unvanlarını kaybederler ve ticaret yapamazlardı. Mahalli hükümdarlar da

¹¹ STOECKER, s.102.

¹² STOECKER, s.102; TELLİ, S.: Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşma, Ankara 1991, s. 28; TETLEY, W.: The Lex Maritima, CARBONNEAU, T. E.(ed): The lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant, 1998, s. 44.

¹³ STOECKER, s. 103.

¹⁴ WILKINSON, s. 105.

tacirlerin arasında böyle bir hukukun oluşmasına itiraz etmemişler; bilakis desteklemişlerdir. Çünkü bu sayede onların da vergi gelirleri artmaktaydı¹⁵.

Orta Avrupa'da tacirler tarafından oluşturulan ve uluslararası karakterli ilişkilerde uygulanan örf, âdet ve teamüller, millî devletler tarafından 18 ve 19. yüzyıllarda kodifiye edilerek iç hukuklara intikalleri sağlanmıştır. Bu şekildeki kanunlaştırma hareketinin nedenleri, ülkeden ülkeye değişmekteydi. Bazı devletlerin bağımsızlık endişesi ile millî hukuklarından bağımsız bir hukukun varlığını tehdit olarak algılamaları; bazılarının da kendi ticaret politikası ve millî menfaatleri doğrultusunda kanunlaştırma yapmayı tercih sebebiyle, devletler kanunlaştırma yoluna gitmişlerdir. Bunun neticesinde de uluslararası ticarî ilişkiler millî hukukların yetkisine girmiştir. Millî mahkemeler bu tür ilişkilerde kendi usul ve maddî hukuk kurallarını uygulamaya başlamışlardır. Bu şekilde, uluslararası ticarî ilişkileri idare eden ticaret hukuku bağımsız bir nitelikte iken, uluslararası tacirler topluluğunun menfaatlerini aksine, bu niteliği sona ermiş ve millî hukukların yetkisine girmiştir¹⁶.

B) LEX MERCATORIA'NIN TEKRAR ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ

İkinci Dünya Savaşının sona ermesinden sonra uluslararası karakterli ekonomik ilişkilerin artmaya başlaması ile yeni *lex mercatoria* oluşmaya başlamıştır¹⁷. Yirminci yüzyılda iletişimin ve ulaşımının kolaylaşmasıyla uluslararası ilişkiler hızlı bir şekilde artmaya başlamıştır. Hava ve posta ulaşımı gibi karmaşık nakliye metodları ve iletişimdeki yeni gelişmeler sonucu, dünya küçülmeye başlamış, farklı ülkeler arasındaki ticaret hiçbir coğrafi uzaklığa aldirmeden kolaylaşmış ve bu yüzden birçok yeni pazar oluşmuştur¹⁸. Gelişen bu uluslararası ticaret nedeniyle, aralarında temel farklılıkların olduğu hukuk sistemlerinin karşı karşıya

¹⁵ STOECKER, s. 103; TELLİ, s. 30; *lex mercatoria*'nın orta çağda gelişimi hakkında fazla bilgi için bkz: s. VOLCKART – MANGELS, s. 435 vd.

¹⁶ STOECKER, s. 103.

¹⁷ WILKINSON, s. 105.

¹⁸ STOECKER, s. 104; WILKINSON, s. 106; Modern ekonomi pek çok uluslararası ticarî toplum ortaya çıkarmıştır. Mesela uluslararası teknoloji, bankacılık ve muhasebe alanlarında kendine özgü topluluklar ortaya çıkmıştır. Üstelik uluslararası ekonomik ilişkiler de şekil değiştirmiştir. Artık uluslararası ticaret basit satım sözleşmeleri üzerine bina edilmemektedir. Kendi alanlarında uzmanlaşmış uluslararası tacirler, pek çok sözleşmenin iç içe olduğu karmaşık yapılar içerisinde uluslararası faaliyette bulunmaktadırlar: VOLCKART – MANGELS, s. 429.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

gelmesi ve günümüz millî devletlerin hukuklarının muhtelif uygulamaları küresel ticaretin gelişmesine ve büyümesine engel olmaktadır. Millî hukuk sistemleri, uluslararası ticaretin aynı mahiyetteki sorunlarına yeknesak çözümler getirmemektedir. Bu nedenle nerede meydana gelirse gelsin, uluslararası ticarî ilişkileri idare edecek ve millî hukuklardan bağımsız bir hukuka duyulan ihtiyaç giderek kendini hissettirmeye başlamıştır¹⁹. Uluslararası seviyede tacirlerin mülkiyet ve sözleşme yapma özgürlüklerini garanti altına alacak bir otoritenin olmaması da yeknesak kurallara olan ihtiyacı artırmıştır. Mahalli hukukların uluslararası ticarî ilişkileri idare etmedeki yetersizliği *lex mercatoria*'nın gelişmesine neden olmuştur. Devletler de bu eksikliğin farkında olarak uluslararası ticarete ilişkin ortak kuralların oluşturulması amacıyla uluslararası örgütler tarafından hazırlanan birçok uluslararası sözleşmeye taraf olmuşlardır²⁰.

Lex mercatoria'nın ilk savunucuları, bu hukukun, uluslararası ticaretteki örf ve adetler ile uluslararası ticarî uyumsuzluklarda uygulanan genel ilkelerden oluştuğu fikrini ileri sürmüşlerdir. Birçok yazar, bütün dünyada varolan uluslararası ticaretin tekniklerinin ve ilkelerinin benzerliğinin, *lex mercatoria*'nın yeniden keşfedilmesine neden olduğunu ileri sürmektedir. Bir başka anlatımla yeni *lex mercatoria*'nın, uluslararası ticaret hukuku tekniklerinin evrensel kabulü nedeniyle geliştiği ifade edilmektedir²¹. *Lex mercatoria*'nın ortaya çıkışının bir diğer sebebi olarak da, uluslararası ticarî uyumsuzlukların hallinde tahkim müessesinin kullanılmasının artması gösterilmektedir. Yine *lex mercatoria*'nın ortaya çıkışının sebeplerinden birisinin de tacirlerin karmaşık kanunlar ihtilâfi kuralların ve tekniklerinden kurtulmak olduğu ifade edilmektedir²².

Ayrıca tarafların millî hukuk sistemleri yerine millî olmayan kural ve prensipleri seçmelerinin nedenleri olarak aşağıdaki gerekçeler de sayılmaktadır. Bunlar:

Taraflara uygulanacak hukuku seçme hususunda irade muhtariyeti tanındıktan sonra artık bu özgürlük sınırlandırılmamalıdır. Milletlerarası

¹⁹ STOECKER, s. 105; FASSBERG, s. 68; VOLCKART – MANGELS, s. 428.

²⁰ STEPHAN, P. B.: The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law, Virginia Journal of International Law, Vol. 39, 1999, s. 745; bu sözleşmelerden bazıları şunlardır: Menkul Satımına dair 11 Nisan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi, Hava Yolu ile Eşya Taşımacılığına dair Varşova Sözleşmesi, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Hakkında New York Sözleşmesi vs.

²¹ WILKINSON, s. 106.

²² WILKINSON, s. 106; FASSBERG, s. 68.

sözleşmelerde tarafların herhangi bir hukuk sistemini seçebilmesindeki haklı sebep ve gerekçeler²³, aynen hatta daha da fazla millî olmayan hukuk sistemlerini seçebilmesinde de mevcuttur. Millî olmayan kural ve sistemlerinin amacı, uluslararası akitlerde istikrar ve güven sağlamaktır. Özellikle devlet veya devlet kuruluşları ile özel kişilerin yapmış oldukları sözleşmelerde bu açıkça hissedilir. Bu tür sözleşmelerde, akdin tâbi olduğu âkit devletin hukukunun her zaman sonradan keyfi değişikliklere uğrama ihtimali vardır. Bunun ise, diğer âkit taraf için getireceği sakıncalar ortadadır. Bu sebeple akdin, bir millî hukuk yerine herhangi bir ülkeye ait olmayan, milletlerarası ticaret hukukunun genel prensiplerine tâbi kılınması, taraflar için güven ve istikrar sağlar. Ayrıca devletler, taraf oldukları sözleşmenin yabancı hukuka tâbi olmasını, egemenlik ya da prestij gibi nedenlerle istememektedirler. Uluslararası akitlerde, âkit devletler de millî olmayan bir hukuka tâbi olmayı tercih etmektedirler²⁴.

Millî hukuklar daha çok mahalli ihtiyaçlar ve menfaatler gözetilerek oluşturulmaktadır. Bu kurallar uluslararası ilişkilerin mahiyetine uygun düşmeyebilmektedir. Uluslararası tacirlerin, ticarî ilişkilerinin mahalli ilişkilerini düzenlemek amacıyla getirilen kurallar yerine daha eklektik, milletlerarası karakterli akitler bakımından daha uygun çözümler getiren ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarından doğan millî olmayan ticarî örf ve âdetleri seçmelerinde menfaatlerinin olduğu kuşkusuzdur²⁵.

Milletlerarası ticarî tahkimde hakemler her zaman hukukçu kişilerden teşekkül etmeyebilir. Bu nedenle hukukçu olmayan kimselerin millî hukuk sistemleri çerçevesinde karar verebilmeleri zordur. Özellikle ihtilâf konusu olay bakımından uzman kişilerden olan hakemler, o alandaki carî örf ve âdetleri bilmeleri sebebiyle seçilmektedir. Bu sebeple tarafların millî olmayan sistemleri seçmedeki haklılıkları ortadadır²⁶.

C)TANIM

Lex mercatoria hakkında çok farklı görüşler ve buna bağlı olarak da farklı tanımlar bulunmaktadır. Bu tanımlardan bazıları aşağıdaki gibidir:

²³ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 123 vd; FASSBERG, s. 77

²⁴ LANDO, O.: The *lex mercatoria* in International Commercial Arbitration, International and Comparative Law Quaterly, Vol. 34, 1985, s. 747 – 748; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 80; SELDEN, B. S.: Lex Mercatoria in European and U.S. Trade Practice: Time to Take a Closer Look, Annual Survey of International and Comparative Law, Vol. 2/1, 1995, s. 114.

²⁵ SELDEN, s. 115.

²⁶ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s.144 – 146.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

Lex mercatoria, hiçbir milli hukuk sistemini referans almaksızın, uluslararası ticaret anlayışı içinde kendiliğinden oluşmuş ya da seçilmiş, örf ve âdet ve genel prensipler dizisidir(GOLDMAN) veya uluslararası ticaretle ilgili devletlerin tamamı veya çoğu veya uyumsuzlukla ilgili devletler tarafından kabul edilmiş kurallardır. Eğer bu ortak kurallar tespit edilemiyorsa somut olay için en adil ve uygun kurallardır (LANDO)²⁷. Bir başka tanıma göre ise *lex mercatoria*, milletlerarası ticarî ilişkileri düzenlemek amacıyla geliştirilmiş bulunan kurallar ile bu ticarete beynelmilel bir kabule mazhar olmuş(veya en azından yaygın biçimde benimsenmiş) ticarî örf, âdet ve teamülleri kapsar. Bunların bir kısmı genel, bir kısmı ise milletlerarası ticaretin muayyen ve sınırlı alanları ile ilgilidir²⁸.

Tanımlardan anlaşıldığı üzere *lex mercatoria'nın* tam ve kesin bir şekilde muhtevasını tespit etmek güçtür. Her bir tanıma göre muhteva değişmektedir. Ancak tanımların birleştikleri nokta, *lex mercatoria'nın* uluslararası ticaret toplumunun aktörleri tarafından aralarındaki ilişkilerine uygulanmasını arzu ettikleri kurallardan oluştuğudur. Bu kurallar millî hukuklardan bağımsız karakterdedir²⁹.

II. LEX MERCATORIA'NIN KAPSAMI

Yukarıda yapılan tanımlardan anlaşılacağı üzere, *lex mercatoria* yalnızca uluslararası ticarî akitlerle ilgilidir. Diğer bir deyişle, *lex mercatoria'nın* konusu akitlerdir. Taraflar arasındaki uluslararası karakterli akdî ilişkilerden kaynaklanan ihtilâflar yalnızca maddî hukuk kuralları ile sınırlı değildir. Ayrıca akdî ilişkinin tâbi olacağı kanunlar ihtilâfî kuralları ve usul hukuku problemleri de gündeme gelecektir. Özellikle akdî ilişkiden doğan ihtilâf, millî mahkeme yerine hakem mahkemesinin önüne geldiği

²⁷ LANDO, s. 748; başka tanımlar da bulunmaktadır. Bunlar:

- *Lex mercatoria*, bütün ülkelerin taraf olarak katıldığı bankacılık, deniz ve kara ticareti, sigorta vs. gibi işlemlerde, uluslararası topluluğun akdî uygulamalarından ve ticarî anlayışından oluşan bir uluslararası hukuk sistemidir(BERMANN/ KAUFMANN). *Lex mercatoria*, ticarî ilişkilere ilişkin bir prensibi kendi kendine oluşturabilen ve hukukun genel prensiplerini birleştirebilen ticaret topluluğunun örf ve âdetleridir(CRAIG). *Lex mercatoria*, uluslararası ticarî ilişkilerle ilgili olarak hukuk sistemlerinde bulunan ortak prensiplerdir(SCMITHOFF). Daha fazla tanım için bkz: STOECKER, s. 105 – 106; MOLINEAUX, C.: Moving toward a Construction Lex Mercatoria: A Lex Constructionis, Journal of International Arbitration, Vol. 14/1, 1997, s. 56.

²⁸ ŞANLI, Ticarî tahkim, s. 314.

²⁹ WIENER, s. 151 – 152.

zaman, bu problem daha da önem kazanacaktır. Özellikle tahkim usulü, hakem mahkemesinin işleyişinde belirleyici bir role sahiptir³⁰. *Lex mercatoria*'nın bağımsız bir düzen olduğunu iddia eden müellifler, bu hukukun kanunlar ihtilâfi ve usul hukuku kurallarını da kapsadığını savunmaktadırlar. Böylelikle *lex mercatoria*'nın, uluslararası ticarî ilişkilerin her yönünü idare etmesi amaçlanmaktadır³¹. Bu şekilde bir uluslarüstü hukuk, uluslararası ticaretin aktörleri tarafından şiddetle arzulanmasına rağmen, bu tarzda anlaşılabilen *lex mercatoria* doktrinine, dikkatle yaklaşmak gerekir. Her bir bölümü ayrı ayrı incelemek ve *lex mercatoria*'nın bu bölümleri kapsayıp kapsamadığına karar vermek gereklidir.

A) KANUNLAR İHTİLÂFI ALANINDA *LEX MERCATORIA*

Lex mercatoria'nın ortaya çıkış nedenlerinden birisi olarak, uluslararası ticaret aktörlerinin karmaşık kanunlar ihtilâfi kurallarından kurtulmak istemeleri olduğunu belirtmiştik. Fakat bir uluslararası ticarî ilişkiden doğan uyuşmazlık millî mahkemeler ya da hakem mahkemeleri önüne geldiğinde, uyuşmazlığı çözecek hâkim ya da hakemin ilk karşılaşacağı sorunlardan birisi, uyuşmazlığın esasına hangi hukukun uygulanması gerekeceğidir.

Bazı yazarlar kanunlar ihtilâfi kurallarının amaçlarının *lex mercatoria* ile karşıtlığına dikkat çekmektedirler³². *Lex mercatoria*

³⁰ Türk hukukunda doktrin Yargıtay'ın kabul ettiği görüşe göre, hakem kararının yabancılığı, tahkim usulüne uygulanan hukuka göre belirlenecektir. Buna göre, yabancı kanun otoritesi altında verilmiş hakem kararları yabancı hakem kararı olarak kabul edilmektedir: NOMER, E. - ŞANLI, C.: Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 2003, s. 465–461.

³¹ STOECKER, s. 109.

³² GOODE, R.: Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, 1997, s. 27; aslında milletlerarası özel hukukun amaçları ile *lex mercatoria*'nın amaçlarının farklı olduğu ifade edilmektedir. Birincisi, bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku tespit ederken; ikincisi hukukî ihtilâfi doğrudan çözmeyi amaçlamaktadır. *Lex mercatoria* bir kanunlar ihtilâfi kuralına istinad etmeksizin doğrudan hukukî olaya uygulanmaktadır. Bu bakımdan bu iki hukukun birbiri ile bir bağlantısının olmadığı intibai doğabilir. Ancak evrensel anlamı ile *lex mercatoria* orta çağdaki milletlerarası özel hukuk anlamına geldiği bazı yazarlarca da belirtilmiştir. Çünkü orta çağdaki sınır ötesi ticarî ilişkiler tamamen lokal olmayan bu kurallar aracılığı sağlanmıştır: JUENGER, F. K.: The Lex Mercatoria and Private International Law, Louisiana Law Review, Vol. 60, 2000, s. 1133 – 1334.

herhangi bir uyuşmazlığa doğrudan uygulanmak amacıyla geliştirilmiş kurallardır. Bu nedenle bir kanunlar ihtilâfı kuralına gerek olmaksızın doğrudan *lex mercatoria*'nın uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak maddî anlamda *lex mercatoria*'ya dair kuralların uygulanmasında kanunlar ihtilâfı probleminden kurtulabilmek için *lex mercatoria*'nın uyuşmazlığın tüm meselelerine çözüm getirmesi gerekir. Aksi halde kanunlar ihtilâfı problemi varlığını halen devam ettirecektir³³.

Milletlerarası akitlerden kaynaklanan uyuşmazlık, millî mahkemeler önüne geldiği zaman hâkimler, *lex forin*'in tayin ve tespit ettiği çerçeveyi aşamazlar. Hâkim, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı kuralları ile bağlı olduğu için, uygulanacak hukuku bu kurallara göre belirleyecektir³⁴.

Uluslararası ticarî ilişkilerde taraflara irade özgürlüğü tanınmıştır. Bütün ülkelerin kanunlar ihtilâfı hukukunda tanınmış olan bu ilke, taraflara istedikleri hukuka tâbi olma imkânını vermektedir. Hakem mahkemelerinde ise, taraflar akdin esasına uygulanacak hukuku seçebildikleri gibi teorik olarak akit statüsünü tespit edecek kanunlar ihtilâfı sistemini de seçebilmektedirler. Bu gibi durumlarda herhangi bir problem yoktur. Tarafların seçmiş oldukları kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilen hukuk, akde uygulanacaktır. Taraflar açık olarak akde uygulanacak hukuku seçmedikleri zaman zımnî bir hukuk seçiminin yapıp yapılmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Aynı somut olayda bazı hukuk sistemleri, zımnî hukuk seçiminin yapıldığını kabul edebilecekken, diğer

³³ STOECKER, s. 112 – 113; yeknesak ve millî devletlerden ayrı bir uluslararası ticaret hukukunun varlığına inanan ve evrenselci okul (*universalist school*) olarak isimlendirilen görüş taraftarları milletlerarası özel hukukun, bağımsız milletlerüstü bir ticaret hukukunun oluşmasını engellediğini ileri sürmektedirler. Çünkü milletlerarası özel hukuk, milletlerarası ticarî ilişkileri millî hukuk sistemlerine bağlamaktadır. Milletlerarası özel hukuk küreselleşen ticarî aktiviteleri mülkîlik anlayışı içerisinde değerlendirmektedir. Bu konu hakkında fazla bilgi için bkz: CARBONNEAU, T.: The Remarking of Arbitration: Design and Destiny, CARBONNEAU, T. E.(ed): The *lex Mercatoria* and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant, 1998, s. 30 vd; milletlerarası özel hukukun küreselleşmiş uluslararası ticaret hukukuna dair ihtilâfları çözmekte yetersiz kaldığı için *lex mercatoria*'nın ortaya çıktığı da savunulmuştur. Milletlerarası özel hukukun küreselleşmiş uluslararası ticarî ilişkileri çözmede yetersizliği hakkında fazla bilgi için bkz: WIENER, s. 152 vd.

³⁴ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 250; STOECKER, s. 107; Uluslararası Adalet Divanı *Serbian Loans* davasında devletler arasında yapılmayan herhangi bir akitte tarafların ehliyetine bir devletin maddî hukuk kuralının uygulanacağını belirtmiştir: WIENER, s. 152.

bazıları zımnî hukuk seçimin yapılmadığına karar verebilecektir. Yine bazı hukuk sistemleri ise hiçbir şekilde zımnî hukuk seçimine izin vermemektedir. Böyle bir durumda hakem, esasa uygulanacak hukuku ya bir millî kanunlar ihtilâfı kuralı ya da kanunlar ihtilâfına ilişkin bir *lex mercatoria* kuralı ile tespit edecektir³⁵. Eğer hakem mahkemesi, ikincisini tercih ederse muhtemelen esasa da maddî anlamda *lex mercatoria*'yı uygulayacaktır. Bu halde bile *lex mercatoria*'nın, ihtilâfın çözümünde yeterli olmamasından dolayı, esasa uygulanacak hukuku tespit için bir kanunlar ihtilâfı kuralına ihtiyaç vardır³⁶.

Tarafların, millî mahkemeler yerine tahkimi seçmelerinin en önemli sebeplerinden birisi de, aralarındaki ihtilâfı muayyen bir hukuka tâbi kılmaktan ziyade, tarafsız milletlerarası kurum ve kuruluşlara çözdürme arzusudur. Bu arzu, mahalli kanunlar ihtilâfı sistemlerinin sıkı sıkıya uygulanması ile ortaya çıkacak sonuçların dışlanmasını da kapsamaktadır³⁷. Ayrıca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespiti, mahalli kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenirse *lex mercatoria*'nın esasa uygulanması, mahalli kanunlar ihtilâfı sisteminin *lex mercatoria*'ya bakış açısına göre değişecektir. Bu hukuk sistemi *lex mercatoria*'yı bağımsız bir hukuk sistemi olarak tanımazsa- ki birçok hukuk sistemi *lex mercatoria*'yı bir hukuk sistemi olarak tanımakta çok isteksizdirler- uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria* uygulanmayacaktır. Ancak *lex mercatoria* hukuk sistemi olarak kabul edilirse uyuşmazlığın esasına uygulanabilecektir. Bu ise milletlerarası ticarete tarafların arzulamadığı bir sonuçtur. Bu nedenle uluslararası tahkimde, *lex mercatoria*'ya uyuşmazlığın esasına uygulanma şansını tanımak için, *lex mercatoria*'yı tanımayan millî kanunlar ihtilâfı kurallarının bir tarafa bırakılması gerektiği ileri sürülmektedir³⁸.

Hakemlerin mutlaka uygulamak zorunda oldukları bir millî kanunlar ihtilâfı sistemi bulunmamaktadır. Hakemler uygun gördükleri bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarını seçebilecekleri gibi, millî olmayan bir kanunlar ihtilâfı kuralını da seçebilirler. Hakemler; hakemlerin bulunduğu, tarafların ortak merkezlerinin bulunduğu ülke, hakem kararının tenfiz edileceği yerin, tarafların seçtiği ülkenin ya da akdin sıkı irtibatlı olduğu ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarını seçebilirler³⁹. Hakem bu durumda en

³⁵ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 248.

³⁶ STOECKER, s. 110.

³⁷ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 248; CARBONNEAU, s. 30.

³⁸ STOECKER, s. 110.

³⁹ STOECKER, s. 111.

fazla aşına olduğu veya en iyi bildiği hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını tercih edecektir. Kuvvetle muhtemeldir ki bu hukuk da buldukları, tahkimin cereyan ettiği ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralları olacaktır⁴⁰. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi hakem mahkemelerinin uymak zorunda oldukları bir *lex fori* yoktur. Hakem mahkemeleri, yetkilerini tarafların iradelerinden almaktadırlar. Tahkimin yapıldığı yer ile hakemlerin bağlantısı genellikle geçici ve zayıftır. Bu nedenle hakem mahkemelerine tahkimin yapıldığı yerin kanunlar ihtilâfı kurallarına tâbi olmalarını hissettirecek bir neden yoktur. Bu nedenle hakemler, uygulayacağı kanunlar ihtilâfı kurallarını belirlemede kendilerini serbest hissetmektedir. Üstelik hakemler, herhangi millî hukuk sistemine ait kanunlar ihtilâfı kurallarını da uygulamak zorunda değildirler. Hakemler ya kanunlar ihtilâfının genel prensiplerini ya da uygun gördüğü bir millî kanunlar ihtilâfı kuralını tercih edebileceklerdir⁴¹. Mesela hakem, akdin sıkı ilişki içinde olduğu ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralını veya satım akitlerinde satıcının iş merkezinin bulunduğu ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralını uygulayabilecektir⁴².

Kuşkusuz hakemlerin herhangi bir hukuk sistemine ait olmayan kanunlar ihtilâfı kuralını uygulayacakları zaman karşılaşacakları en büyük güçlük, hakemlerin bu kuralları nasıl ve nereden tespit edeceğidir. Ancak genellikle, milletlerarası veya millî olmayan kanunlar ihtilâfı kurallarının kaynağı olarak, milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası nitelikli uygulama kodları ve milletlerarası ticarî tahkim tatbikatında hüsnü kabul görmüş tatbikat ve teamüller gösterilmektedir⁴³. 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticarî Tahkim Sözleşmesinin 7. maddesinde, kanunlar ihtilâfına ilişkin bir kurala yer verilmiştir. Bu maddeye göre “...Eğer taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse, hakemler uygun gördükleri kanunlar ihtilâfı kuralının gösterdiği hukuku uygulayacaklardır”⁴⁴. Aynı şekilde bir ifade UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuk Komisyonu) Tahkim Kurallarının 33. maddesinde de yer almıştır. Bu maddeye göre, hakem mahkemesi, uygun gördüğü kanunlar ihtilâfı kuralının gösterdiği hukuku uygulayacaktır. 1985 tarihli Paris MTO Tahkim Kurallarının 13(3). maddesi de taraflarca akde uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yokluğunda, hakemler uygun gördüğü kanunlar ihtilâfı kuralının gösterdiği

⁴⁰ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 247; STOECKER, s. 112.

⁴¹ JUENGER, s. 1139.

⁴² GOODE, s. 28.

⁴³ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 250; STOECKER, s. 111.

⁴⁴ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 253; STOECKER, s. 111.

hukuku, akit hukuku olarak uygulayacaklarını kabul etmiştir. Bu kurallar göstermektedir ki, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk konusunda hakeme çok geniş bir takdir hakkı tanınmaktadır. Hakemler de vicdanına ve aklına uygun kanunlar ihtilâfi kuralını tespit edeceklerdir⁴⁵.

Bazen hakemler, bu şekilde akdin esasına uygulanacak hukuku belirleyecek kanunlar ihtilâfi kurallarının tespit edilmesi problemlerinden kurtulmak için doğrudan akde uygulanacak hukuku tespit etmektedirler. Bazı olaylarda hakemler, uyuşmazlığın esasına farklı hukuk sistemlerinin uygulanmasının neticeyi değiştirmeyeceğinden hareketle, ilgili maddî hukukları birlikte uygulamaktadırlar. Burada uygulanması muhtemel hukuklar uyuşmazlığın esası hakkında aynı çözümü içermektedir⁴⁶. Bunların haricinde hakem mahkemesi herhangi bir kanunlar ihtilâfi kuralına müracaat etmeksizin uyuşmazlığın esasına doğrudan *lex mercatoria*'yı uygulayabilecekleri de kabul edilmektedir⁴⁷.

B) ULUSLARARASI TİCARÎ TAHKİME İLİŞKİN USUL KURALLARI OLARAK LEX MERCATORIA

Millî bir mahkemede hâkimin uyuşmazlığı çözerken tâbi olduğu usul kuralları olduğu gibi, hakem mahkemesinin de uyuşmazlığı çözerken usul kurallarına ihtiyacı vardır. Devlet yargısında usule daima *lex fori* uygulanır. Buna karşılık tahkimde, hakemlerin yetkisi mahkemelerde olduğu gibi devlet otoritelerinin kendilerine verdiği yetkilerden kaynaklanmadığı ve hakemler devlet adına karar vermediği için, tahkim ile belirli bir devletin usul hukuku arasında sıkı bir bağ bulunmamaktadır⁴⁸. Bununla birlikte kabul edilmektedir ki tahkim, tahkim yeri ülkesinin (*lex loci arbitri*) hukukuna tâbi olmalıdır. Hakem kararının bağlayıcılığını, verildiği ülke hukukundan aldığı ve bu çözüm tarzının belirginlik ve önceden bilinebilirlik sağladığı için en uygun çözüm olduğu vurgulanmıştır⁴⁹.

⁴⁵ STOECKER, s. 111; hakem mahkemesinin millî olmayan kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulamaları hakkında geniş bilgi için bkz. ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 247 – 259.

⁴⁶ STOECKER, s. 112; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 291.

⁴⁷ STOECKER, s. 112; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 314.

⁴⁸ AKINCI, Z.: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s. 57, (Milletlerarası Ticarî Tahkim).

⁴⁹ SMIT, H.: Proper of Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis, CARBONNEAU, T. E.(ed): The lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant, 1998, s. 94; AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 58.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

Tahkim yeri, usul kuralları dikkate alınmadan pratik mülahazalarla seçildiği için bu çözüm tarzının arzu edilmeyen sonuçlara neden olduğu itirazları yapılmaktadır. Çünkü millî tahkim usulü kuralları tamamen mahalli ihtilâflar gözetilerek çıkarılmıştır. Yabancı hakem kararları da tamamen millî bir devletin usul kurallarına istinaden verilmiş kararlardır. Milletlerarası tahkimde ise ihtilâf birden fazla ülke ile irtibatlıdır. Bu sebeple milletlerarası tahkim (*delecolised arbitration*) adı ile anılan millî olmayan tahkim usul hukuku oluşmuştur. Bu tahkimde millî olmayan usul kuralları (*lex mercatoria arbitralis*) uygulanmaktadır⁵⁰.

Tahkim usulünün, tahkim yeri hukukundan ayrılarak millî olmayan usul kurallarına tâbi kılınmasında, taraf iradelerinden ve milletlerarası ticarî tahkimin niteliğinden hareket edilmiştir. Eğer taraflar farklı usul kurallarına tâbi millî mahkemelerden, tahkimi seçerek kurtulmayı amaçlamışlarsa, tahkim usulünü milletlerarası nitelikteki kurallara tâbi tutmak istedikleri sonucu çıkarılmaktadır. Taraflardan birisinin devlet olup olmadığına bakılmaksızın hakem mahkemelerinde, millî olmayan usul kurallarının uygulanması da bu teoriyi desteklemektedir⁵¹.

Bu teorinin arkasındaki neden, mahalli ihtiyaçları gözeterek yürürlüğe konmuş olan millî hukuk sistemlerinin katılığında kaynaklanan dezavantajlardan kurtulmak ve milletlerarası ticaret hayatının dinamizmine uygun, esnek, liberal, tarafsız ve tarafların beklentilerine cevap veren bağımsız bir uluslararası tahkime ulaşmaktır⁵². Üstelik millî devletlerden bağımsız bir uluslararası ticaret hukukunun varlığı da bağımsız bir hakem yargılamasını gerekli kılmaktadır⁵³.

⁵⁰ SMIT, s. 93; STOECKER, s. 113; ŞANLI, C.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1983, s. 176, (Tahkim Yeri); AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 59.

⁵¹ STOECKER, s. 113; ŞANLI, Tahkim Yeri, s. 173 – 174.

⁵² STOECKER, s. 114; CARBONNEAU, s. 33; AKINCI, Milletlerarası Ticarî tahkim, s. 62 – 63; millî olmayan tahkim kurallarının gelişmesinin bir sebebi olarak da tarafların millî hukuktaki sınırlamalardan kurtulmak olduğu ileri sürülmüştür. Ayrıca tahkimin bir millî hukuk sistemi olmaksızın işleyemeyeceği ve var olamayacağı sebebiyle millî olmayan bir tahkimden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Hatta millî olmayan bir tahkime de ihtiyaç olmadığı itirazı yapılmıştır: SMIT, s. 95.

⁵³ CARBONNEAU, s. 33.

Millî olmayan tahkim usulü kavramı uluslararası konvansiyon ve tahkim enstitülerinin kurallarına yansımıştır. Paris MTO Tahkim Kurallarının 11.maddesinde “Tahkim usulüne uygulanacak kurallar, bu tüzükte gösterilmiştir. Bu tüzükte hüküm bulunmayan hallerde; taraflar anlaşamadıkları takdirde, hakem, tahkime uygulanabilecek bir iç hukuk usul hükmünü kaynak göstererek veya göstermeyerek, uygulanacak usul kurallarını karara bağlar” hükmünü getirmiştir. UNCITRAL Model Kanununda da tahkim usulüne ilişkin kurallar getirilmiştir. Bu Model Kanunun 19.maddesine göre:

(1) Bu kanunun hükümlerine tâbi olarak, taraflar tahkim mahkemesince tahkim davasının yürütülmesinde izlenecek usul üzerinde serbestçe anlaşabilirler.

(2) Böyle bir anlaşmanın bulunmaması halinde, tahkim mahkemesi, bu kanun hükümlerine tâbi olmak üzere, tahkimi uygun gördüğü şekilde yürütebilir. Tahkim mahkemesine tanınan bu yetki, delillerin kabul edilebilirliğini, uyuşmazlıkla ilgili olup olmadığını, önemini ve ispat gücünü belirleme yetkisi de içerir⁵⁴.

Bu iki örnek göstermektedir ki farklı millî usul hukuku kurallarından evrensel olarak kabul görmüş ve uluslararası ticaretin aktörleri tarafından uygun görülen millî olmayan kurallara doğru bir kayış söz konusudur. Özellikle *UNCITRAL* Model Kanunu tahkim usulü kurallarının yeknesaklaştırılmasında büyük bir payı bulunmaktadır. Birçok ülke bu kanunu uluslararası ticarî tahkimde uygulanmak üzere iç hukuklarına intikallerini sağlamışlardır⁵⁵. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Hakkındaki New York Sözleşmesi de millî olmayan usul kurallarına göre verilmiş hakem kararlarının tenfizini kabul etmektedir⁵⁶. Hakem yargılamasında millî olmayan kuralların uygulanmasını savunanlar, bu kurallara göre verilen hakem kararlarının başıboş ve yasal dayanağı olmayan kararlar olmadığını, nihayetinde bu kararların da bir millî hukuk sistemlerine bağlanacağını ileri sürmektedirler. Bu görüş taraftarları da millî hukuk sistemlerinin tamamen göz ardı edilemeyeceğini kabul etmektedirler. Çünkü millî olmayan tahkim usulüne göre verilmiş hakem kararları, millî mahkemeler tarafından tenfiz edilecektir⁵⁷.

⁵⁴ Model Kanunun İngilizce ve Türkçe tam metinleri için bkz: Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum, Bildiriler – Tartışmalar, Ankara 1997, s. 224 – 250.

⁵⁵ STOECKER, s. 114.

⁵⁶ CARBONNEAU, s. 33.

⁵⁷ CARBONNEAU, s. 34.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

Bütün bu gelişmelere rağmen herhangi bir millî hukuka tâbi olmaksızın verilen hakem kararlarının tam bir emniyet içinde tenfiz şansına sahip olamayacağı iddia edilmektedir. Her ne kadar bugün çeşitli devlet mahkemeleri bu nitelikteki hakem kararları hakkında tenfiz kararları vermiş olsalar da hakem kararlarının hukukî rejimini millî hukuk dışı kurallara tâbi kılmakta ısrar etmenin, uygulama açısından emniyetli bir tercih olamayacağı itirazları da yapılmaktadır⁵⁸.

C) MADDÎ ANLAMDA LEX MERCATORIA

1. Genel Olarak

Maddî anlamda *lex mercatoria* hakkında yeknesak bir anlayış bulunmamaktadır. *Lex mercatoria* hakkında iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Birinci görüş (otonomist görüş), *lex mercatoria*'nın, uluslararası ticarî toplum tarafından oluşturulan millî olmayan, bağımsız ve kendine özgü yapısı olan bir hukuk sistemi olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, *lex mercatoria* uluslararası ticarete var olan teamüller, örf ve âdetler ve uluslararası tacirler tarafından ittifakla kabul edilen hukukun genel prensiplerinden oluşmaktadır. İkinci görüşe göre (pozitivist görüş) ise, *lex mercatoria*, ülke hukuk sistemlerine intibakları gerçekleştirilmiş uluslararası sözleşmeler, uluslararası organizasyonlar tarafından kodifiye edilmiş kurallar ile hukuk sistemlerince kabul edilen ticarî örf ve âdetlerdir⁵⁹.

Otonomistler, tarihî olarak *lex mercatoria*'ya ilişkin kuralların bir devlet sistemine dahil edilmeksizin uygulandığını savunmuşlardır. Avrupa'da millî devletler öncesinde uluslararası ticaret hukukuna ilişkin kurallar, çoğunlukla devletlerin dışında tacirler arasında oluşan teamül hukukuna dayanmaktaydı⁶⁰. Bu görüş taraftarlarına göre, uluslararası ticaret hukuku, uluslararası karakterdedir. Günümüzde uluslararası ticaretin önündeki millî hukuktan kaynaklanan sınırlamalar kaldırılmaktadır. Uluslararası ticaret evrenselleşme yolunda önemli aşamalar kaydetmiştir. Bu sebeple, bu hukuka milletlerarası bir bakışla yaklaşmak

⁵⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz: STOECKER, s. 114 – 118; AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 63 – 81; SMIT, s. 95; BERGER, K. P.: The Lex Mercatoria Doctrine and The Unidroit Principle of International Commercial Contracts, Law and Policy in International Business, Vol. 28/4, 1997, s. 949 – 950.

⁵⁹ WIENER, s. 161; NYGH, P.: Autonomy in International Contracts, Oxford 1999, s. 178.

⁶⁰ Bkz. tarihi açıklamalar

gerekmektedir⁶¹. Bu bakış açısına göre de millî hukuk sistemlerinden ayrı ve hatta üzerinde kabul edilmesi gereken *lex mercatoria*, taraflarca seçilip seçilmediğine bakılmaksızın milletlerarası ticarî ilişkilerde uygulanmalıdır⁶². Bazı yazarlar bu görüşün yumuşatılması taraftarıdır. *Lex mercatoria* millî hukuk sistemlerini bertaraf etmemelidir. Çünkü *lex mercatoria*'ya ait kurallar, bir uyumsuzluğu çözmede yetersiz olabilir. Bu gibi durumlarda millî hukuk sistemlerine ihtiyaç duyulacaktır. Çünkü henüz *lex mercatoria* uluslararası ticaret hukukunun tüm konularına çözüm getirebilmiş bir hukuk sistemi kuramamıştır. Bununla birlikte *lex mercatoria*, milletlerarası ticarî toplumun ihtiyaçları için yapay ve uygun olmayan sonuçların ortaya çıkmasına yol açan kanunlar ihtilâfî kurallarının yerine kullanılabilir⁶³.

Pozitivist görüşe göre ise, millî hukuklardan bağımsız bir *lex mercatoria* yoktur. *Lex mercatoria* olarak kabul edilen kurallardan bazıları millî hukuk sistemleri tarafından iç hukukun bir parçası haline getirilmiştir. Yine milletlerarası ticarete var olan örf ve âdet kuralları da hukuk sistemleri tarafından hukukun kaynağı olarak kabul edilmektedir. Üstelik bu kuralların hukuk sistemlerine intibaklarının sağlanmasının sebebi *lex mercatoria* da değildir. Bu kuralların kabul edilmesinin sebebi, hukuk sistemlerinde sağlanacak uyumlaştırmadan elde edilecek avantajlardır. Bu durumda uluslararası ticarî ilişkilere uygulanacak *lex mercatoria*'nın kaynağı millî hukuk sistemleridir⁶⁴. *Lex mercatoria* ilişkin kuralların uygulanışı da millî hukuk sistemlerindeki hiyerarşisine göre değişebilecektir.

2. *Lex Mercatoria*'ya Getirilen İtirazlar

a) *Lex Mercatoria*'nın Tespitindeki Belirsizlik

Lex mercatoria'yı bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul edenler dahi *lex mercatoria*'nın kapsamı hakkında ittifak edememiş ve bu kuralların tam bir listesinin verilmesinin mümkün olmadığını kabul etmişlerdir. Mesela *Lord Mustill*, *lex mercatoria*'ya dahil 20 adet ilke saymıştır. *Lord Mustill* dahi bu 20 ilkenin dışında bir başka kuralın olup

⁶¹ WIENER, s. 162.

⁶² NYGH, s. 178.

⁶³ LOWENFELD, A. F.: *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*, CARBONNEAU, T. E.(ed): *The lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, 1998, s. 84.

⁶⁴ WIENER, s. 162; FASSBERG, s. 72 – 73; NYGH, s. 179.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

olmadığından emin değildir⁶⁵. Yine bütün yazarlar bu ilkeler üzerinde uzlaşmamışlardır⁶⁶. Bunun sonucu olarak, bir kimsenin ya da bir hukuk sisteminin bu ilkelerden birisini reddetmesi imkan dahilindedir⁶⁷.

⁶⁵ LOWENFELD, s. 88 – 89; *Lord Mustill*, bu ilkelerin hakem mahkemelerin kararlarından çıkarıldığını ileri sürmüştür: NYGH, s. 183; Bu ilkelerden bazıları şunlardır:

- Pacta sunt servanda (Ahde vefa ilkesi). Sözleşme kurulduğu andaki şartlarla geçerlik kazanır. Taraflar sözleşmede taahhüt ettikleri edimleri yerine getirmelidirler.
- Rebus sic stantibus (Sözleşmenin değişen şartlara göre revizyonu). Sözleşmenin kurulduğu andaki hükümleri öngörülemeyen nedenlerden dolayı bir taraf için yerine getirilemeyecek derecede ağırlaşırsa akdin hükümlerinin yeniden değiştirilmesini isteyebilir.
- Abus de droit (Hakkın kötüye kullanılması yasağı).
- Culpa in Contrahendo (Akit öncesi sorumluluk). Akit kurulmadan önce kusurlu davranışlarıyla zarara sebebiyet veren kimse, zararı tazminle sorumludur.
- Good faith (İyiniyet karinesi).
- Ahlâka ve adaba aykırı akitler geçersizdir.
- Akitte kararlaştırılmış olmasa bile umulmayan ve beklenmedik halleri taraflar müzakere yolu ile çözebilirler.
- Akitlerde yer alan altın kayıtları geçerlidir.
- Akdî sorumluluk öngörülebilir zararlarla sınırlıdır.
- Kesin şartlar altında, mücbir sebep, tarafları akitten doğan borçtan kurtarır.
- İspat külfeti davacıya aittir.
- Alıcı tarafından eşyanın kullanılması, alıcının eşyayı kabul ettiğine dair bir karine teşkil eder.
- Akdin yorumu gerçekçi ve adil olmalıdır.
- Karşı âkit tarafından itiraz edilmemek koşuluyla, bir tarafın davranışı, şüpheye yer bırakmayacak şekilde akdin değiştirilmesi şeklinde yorumlanabiliyorsa, akdin şartları değiştirilmiş kabul edilir.
- Akit konusu bir malın teslim edilmemesinden doğan zarar, o malın piyasadaki fiyatı esas alınarak tespit edilir. Piyasa fiyatından maksat, o malın satın alınmasında cari olan fiyattır.
- Borçlu karşı iddiada (mukabil dava, takas, mahsup) bulunabilir.
- Hiç kimse kendi kusurlu davranışıyla akitten doğan edimini ifa etmekten kaçınmaz: MOLINEAUX, s. 56 – 57; HUOTTE, s. 26 – 27.

Lex mercatoria'ya dahil bazı kurallarda yeknesak sağlanmıştır. Özellikle bazı uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan sözleşmelerin düzenlendiği alanlarda kesinlik sağlanmıştır. Örneğin Birleşmiş Milletler ya da meslek birlikleri gibi kuruluşlar tarafından hazırlanan standart sözleşme tiplerinde ve davranış kodlarında (*Incoterms*) bir yeknesaklığın ve kesinliğin sağlandığı kabul edilmektedir. Yine de bu kuralların sadece belli alanlara ilişkin olduğu ve bütün hukuk sistemlerince de kabul edilemeyebileceği itirazları yapılmaktadır⁶⁸. Ancak *lex mercatoria*'nın içeriğinin tespit edilmesi uygulanacak hukukun kapsamını tayin sorunu ile ilgilidir. Bu ise ayrı olarak ele alınması gereken bir husustur⁶⁹.

Aşağıda açıklanacağı üzere *lex mercatoria*'ya ait kurallar, uluslararası organizasyonlar tarafından, gerek davranış kodları gerek milletlerarası sözleşmeler olarak kodifiye edilmekte ve kesinlik kazandırılmaktadır. Üstelik *lex mercatoria*'nın savunulmasını, öngörülebilirlikten vazgeçilerek anarşinin tercih edilmesi olarak değerlendirilmemesi gerekir. Çünkü klasik kanunlar ihtilâfi hukukunda da birçok belirsizlik söz konusudur. Mesela kanunlar ihtilâfi hukukundaki kaçış kuralları, takdir yetkisi ve kamu düzeni sebebiyle, akit statüsünün tespitinde bir belirsizliğin olduğu ileri sürülmektedir. Üstelik klasik kanunlar ihtilâfi hukukunda bu kuralların uygulanacak hukuk konusunda "eve dönüş=hâkimin hukukunun uygulanması" için birer araç olarak kullanılması eğilimi de vardır⁷⁰.

b) Bağımsız Bir Hukuk Sistemi Olmadığı İtirazı

Lex mercatoria 'ya yapılan itirazlardan en önemlilerinden birisi de bu kuralların millî bir devlet ya da organ tarafından yürürlüğe konmadığı için, bir hukuk sistemi olmadığıdır. *Lex mercatoria*'nın aleyhinde görüş bildiren müellifler, yetki eksikliği nedeniyle *lex mercatoria*'nın tam bir hukuk sistemi kuramadığını ve bu nedenle bir hukuk sistemi olarak kabul edilemeyeceği iddiasını ileri sürmektedirler⁷¹. Millî bir hukuk sistemine

⁶⁶ HIGHER, K.: The Enigma of the Lex Mercatoria, CARBONNEAU, T. E. (ed): The lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant, 1998, s. 139.

⁶⁷ NYGH, s. 183.

⁶⁸ WILKINSON, s. 113; NYGH, s. 184.

⁶⁹ SARGIN, F.: Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002, s. 194.

⁷⁰ NYGH, s. 185.

⁷¹ STOECKER, s. 118; NYGH, s. 182; *Lex mercatoria*'nın, akademik bir fantezi olduğu ve özellikle hukuk sisteminden bahsedebilmek için asgarî bulunması

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

göre yapılmayan sözleşmenin geçerli olamayacağı, çünkü sözleşme ile talep edilebilen haklar oluşturulabileceği halde bir hukukun yaratılamayacağı itirazları yapılmaktadır⁷². Bu kuralların bir hukuk sistemi tarafından yürürlüğü kabul edilmediği sürece, hukuk olarak kabul edilmeleri zordur

Bir hukuk sisteminden bahsedebilmek için dört tane unsur bulunmalıdır. Bunlar; kural koyan bir makam, kural (norm), uygulama makamları ve icra makamlarıdır. İlk ikisi kurucu unsur, sonrakiler etkinlik unsurlarıdır⁷³. Bu unsurların *lex mercatoria*'da olup olmadığını test ettiğimizde, *lex mercatoria*'nın bir hukuk sistemi olduğunu kabul etmek durumunda kalmaktayız. Öncelikle kuralı koyan bir organ vardır ki bu uluslararası ticarî toplumun aktörleridir. Ancak bu sistemde millî hukuk sistemlerinde olduğu gibi kuralı koyan ve kurala uyanlar arasında tam bir ayırım henüz gerçekleşmemiştir. Fakat bu konuda gelişmeler de kaydedilmektedir. Uluslararası organizasyonlar bazı davranış kodları hazırlamakta tacirler de bu kurallara riayet etmektedirler. Bu hukuk sisteminde kural da bulunmaktadır. Uygulama ve icra makamları açısından baktığımızda da bazı gelişmeler görmek mümkündür. Öncelikle günümüzde millî hukuk sistemleri dışında millî olmayan hakem mahkemeleri bulunmaktadır. Örneğin Milletlerarası Ticaret Odasının tahkim mahkemeleri ve tahkim kuralları bulunmaktadır. Bu gelişme *lex mercatoria*'nın uygulama makamlarının da geliştiğini göstermektedir.

gereken şartların bulunmaması sebebiyle bir hukuk sistemi oluşturamadığı yönünde bkz: WILKINSON, s. 112 – 115.

⁷² WIENER, s. 168.

⁷³ Bir görüşe göre bu unsurlar şunlardır: Birincisi, kabul edilebilirlik ve genel uygulanma kabiliyeti; ikincisi yetki ve tutarlılık; üçüncüsü, öngörülebilirlik ve dördüncüsü adil olmasıdır. *Lex mercatoria*'nın kabul edilebilirliği, genel uygulanma kabiliyeti ve adil olması hususunda bir itirazla karşılaşmayacağı belirtilmektedir. Zorlukların daha çok öngörülebilirlik, yetki ve tutarlılık bakımından ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Uzun yıllardan sonra oluşan uluslararası tahkim içtihadı göstermiştir ki bu kurallarda bir tutarlılık ve uyum da sağlanmıştır. Uluslararası ticaret toplumu için tahkim kararlarından bazı temel ilke ve kaideler çıkarılmıştır. *Lex mercatoria* milletlerarası ticarî toplumda carî olan uygulamalardan ve teamüllerden oluştuğu için öngörülebilirlik bakımından bir sıkıntının olmayacağı da kabul edilmektedir. Ancak aynı kesinliğin yetki bakımından olmadığı kabul edilmektedir. Uluslararası ticarete var olan teamüllerin uluslararası ticaret hukukunun *jus cogens* kuralları olduğuna dair iddialar da henüz bir kesinlik kazanmamıştır. Bu konuda fazla bilgi için bkz: LOWENFELD, s. 140 – 141.

Uluslararası ticarî toplumun kabul ettiği ya da uluslararası tahkim mahkemelerinden verilen kararlara uyulmadığı zaman da, uluslararası ticarî toplum bu kararlara uymayanlara kendine özgü yaptırımlar uygulamaktadır⁷⁴. Mesela kurallara uymayan kimseler meslekî birliklerden atılmakta ve ticaret hayatından uzaklaştırılmaktadır. Bu unsurlar birlikte değerlendirildiğinde *lex mercatoria*'nın bir hukuk sistemi olduğunu kabul etmek gereklidir. Bununla birlikte *lex mercatoria*'nın uygulama ve icra makamlarını millî hukuk sistemleri ile karşılaştırdığımızda henüz tam ve etkin bir hukuk sistemi olmadığını da kabul etmek gereklidir. Aynen uluslararası hukuk gibi *lex mercatoria* da gelişmekte olan bir hukuk sistemidir. Henüz gelişmesini tamamlamamış etkin bir hukuk sistemi haline gelememiştir. Üstelik bu kuralların uygulanması millî hukuk sistemlerine bağlıdır. Bu bakımdan millî hukuk sistemleri ile kıyasladığımızda *lex mercatoria*, tekemmül etmemiş veya eksik bir hukuk (*soft law*) sistemidir⁷⁵.

Lex mercatoria'nın bağımsız bir hukuk sistemi olmadığı itirazı, bu kuralların ortaya çıkış nedenlerini ve uluslararası ticarî ilişkileri idare etmede millî hukukların yetersizliğini göz ardı etmektedir. Bu itiraz teorik olarak doğru kabul edilse bile realiteyi göz ardı etmektedir. Bu hukuk sisteminin mevcudiyeti kabul edilmese bile bu kurallar varlığını devam ettirmekte ve tacirler arasında uygulanmaktadır. Üstelik hakem mahkemelerinden verilen kararların millî hukuk sistemlerince tanınması da bu kuralların dolaylı olarak kabul edilmesi anlamına gelmektedir⁷⁶.

2. *Lex Mercatoria*'nın Kaynakları

Lex mercatoria olarak ifade edilen kuralların kaynakları konusunda, doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bazı yazarlar⁷⁷ *lex mercatorina*'nın kaynakları olarak; hukukun genel ilkeleri, devletler umumî hukuku kuralları, örf, âdet ve teamül hukuku kuralları, standart sözleşmeler ve yayımlanan hakem kararlarını saymaktadırlar. Bu yaklaşım

⁷⁴ BERGER, s. 956; bir hukuk kuralının etkinliğinin mutlaka millî hukuk sistemlerinde olduğu gibi cebir ile sağlanmasının şart olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Mesela uluslararası hukukta karşılıklılık ilkesi bir yaptırım aracı olarak kullanılabilir ve bu yaptırım aracı millî hukuktakilerden farklıdır. Milletlerarası hukuk ve *lex mercatoria*'nın yaptırım sorunları hakkındaki karşılaştırma için bkz: WIENER, s. 168 vd.

⁷⁵ LOWENFELD, s. 140.

⁷⁶ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 322; STOECKER, s. 118; NYGH, s. 182.

⁷⁷ STOECKER, s. 120; LANDO, s. 749.

geniş kapsamlıdır⁷⁸. Dar kapsamlı yaklaşım ise, *lex mercatorina*'nın uluslararası ticarî örf ve âdetlerden oluştuğunu kabul etmektedir⁷⁹. Bu çalışmada geniş kapsamlı olarak *lex mercatorina*'nın kaynaklarına kısaca değinilecektir.

a) Ticarî örf, âdet ve teamüller

Lex mercatoria'nın en önemli kaynaklarından birisi, uluslararası tacirler arasında uygulanan ticarî örf, âdet ve teamüllerdir. *Lex mercatoria*'nın özünü bu kurallar oluşturmaktadır⁸⁰. Ticarî örf ve âdetler bir meslek ya da alanda bütün tacirler arasında genel kabul görmüş ve hukuk sistemlerinde belli bir hiyerarşiye yerleşmiş uygulamalardır⁸¹. Ticarî örf ve âdetler mahalli hukuklarda da hukuk kaynağı olarak kabul edilmişlerdir. Ancak mahalli hukuk sistemlerinde örf, âdet ve teamüller boşlukları doldurmada tamamlayıcı nitelikte bir hukuk kaynağıdır. Oysa milletlerarası ticarî ilişkilerde örf, âdet ve teamüller daha önemli ve daha üst derecede bir kaynak olarak telâkkî edilmektedir⁸².

Bir kuralın teamül kuralı olabilmesi için, bütün ticaret topluluğu tarafından kabul edilmesi ve uygulanması gerektiğine dair genel inancın olması gerekmektedir. Bir kuralın *lex mercatoria*'ya dahil olduğunun kabul edilebilmesi için uluslararası ticaret topluluğu tarafından benimsenmelidir. Taraflar kararlaştırmamış olsalar bile bu tür kuralların uygulanması gerektiğine dair bir inanışın olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile taraflar sözleşmelerinde açık olarak kararlaştırmaları bile bu kurallarla bağlıdırlar. Tacirin böyle bir kuralın varlığından haberdar olmaması halinde, kendisinden haklı olarak bu kuralı bilmesi beklenmekteyse, kural bağlayıcı olacaktır⁸³.

Örf ve adet kuralları hakkında iki yaklaşım bulunmaktadır. Birinci yaklaşıma göre bu kurallar, yazılı olmayan uluslararası teamül hukukunun bir parçasıdır. İkinci yaklaşıma göre ise bu tür kurallar, akdin yazılı

⁷⁸ DOĞAN, s. 84.

⁷⁹ WILKINSON, s. 107; STOECKER, s. 119 – 120; DOĞAN, s. 84.

⁸⁰ VOLKART – MANGELS, s. 430;

⁸¹ GOODE, s. 7; VOLKART – MANGELS, s. 430.

⁸² ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 342; Örneğin *lex mercatoria* içinde kabul edilen bir uluslar arası sözleşmenin uygulanabilmesi için, sözleşmenin devletlerce iç hukuklarına intikali gerekmektedir. Hâlbuki ticarî teamüller için bu şekilde bir şart bulunmamaktadır: GOODE, s. 4.

⁸³ VOLKART – MANGELS, s. 430.

olmayan şartlarıdır. İngiliz Hukukunda ikinci yaklaşım tercih edilmiştir⁸⁴. Milletlerarası alanda ticarî örf, âdet ve teamül; bir kısmı genel olarak milletlerarası ticarete; diğer bir kısmı ise özel alanlarda, milletlerarası ticaretin aktörlerinin tamamı ya da çoğunluğu arasında yazısız da olsa, yıllarca uygulana uygulana oluşmuş, uyulması zorunlu davranış kurallarıdır. Uluslararası ticarete katılan aktörler, sözleşmede açıkça belirtmemiş olsalar bile, bu kuralların kendiliğinden uygulanacağını kabul etmektedirler⁸⁵.

Birçok milletlerarası konvansiyon ve belgede ticarî örf, âdet ve teamüllerin, taraflar için bağlayıcı olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Menkul satımına ilişkin 1980 tarihli Viyana Konvansiyonunun 9. maddesinde; *UNDRUIT* tarafından hazırlanan "Uluslararası Ticarî Akitlere ilişkin Prensipler" belgesinin 1.8. maddesinde; akit hukuku alanında Avrupa Birliği Komisyonunun hazırlamış olduğu "Avrupa Akit Hukukunun Prensipleri" belgesinin 1.103. maddesinde, tarafların aralarında carî olan örf, âdet ve teamüllerle bağlı oldukları vurgulanmıştır⁸⁶.

Özellikle milletlerarası ticarî tahkimde, milletlerarası ticarî örf âdet ve teamüllerin önemli bir yeri bulunmaktadır. Çünkü uluslararası tahkimi düzenleyen konvansiyon ve belgelerde, taraflarca esasa uygulanacak hukuk seçilsin ya da seçilmesin, ihtilâfın çözümünde hakemlere daima ticarî örf, âdet ve teamülleri uygulama talimatı verilmiştir. Bunun nedeni, ticarî örf, âdet ve teamüllerin, milletlerarası ticaret camiası için objektif kural ve uygulamalar olarak mütalâa edilmesidir. Milletlerarası ticarî tahkimde, ticarî örf, âdet ve teamüllere, akitlerin icrasında, akit hükümlerinin tarif ve tefsirinde, tarafların hak ve borçlarını tayinde sıkça başvurulmaktadır⁸⁷.

Uluslararası ticarî camiada cari olan örf, âdet ve teamüller uluslararası kuruluşlarca kodifiye edilmektedir. Özellikle, uluslararası ticaretin belirli bir dalındaki uygulamalarından doğan örf, âdet ve teamüller, uluslararası kuruluşlar tarafından "kodlar", "genel şartlar" veya "standart tip sözleşmeler" olarak kodifiye edilmektedir. Kodifiye edilen bu kuralların özü, milletlerarası ticaret camiasının zaman içindeki uygulamalarından doğan ortak anlayış ve tatbikatlardır⁸⁸. Bu tür düzenlemeler, özellikle Milletlerarası Ticaret Odası tarafından

⁸⁴ GOODE, s. 7 – 8; DOĞAN, Akreditif, s. 36.

⁸⁵ WILKINSON, s. 100; s. 465; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 342 – 243.

⁸⁶ VOLCART – MANGELS, s. 430; bu kurallar hakkında fazla bilgi için bkz: BERGER, s. 965 vd.

⁸⁷ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 343 – 344.

⁸⁸ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 332 – 333.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

yapılmaktadır. Milletlerarası Ticaret Odasının en yaygın ve tanınmış düzenlemeleri, milletlerarası karakterli ticarî terimlerin tefsirine ilişkin "INCOTERMS"⁸⁹ ler ve "Vesikalı Kredilerle İlgili Yeknesak Kurallar ve Teamülleri"⁹⁰ dir. Ayrıca milletlerarası ticaretin pek çok sektörü ile ilgili örf, âdet ve teamüller Milletlerarası Ticaret Odası ve o alanda kurulmuş birlikler tarafından kodifiye edilmiştir. Mesela, bankalar, sigorta şirketleri ve diğer garantörler tarafından verilen teminatlar için düzenlenen "Akdî Teminatlar İçin Yeknesak Kurallar" başlığı altında bir düzenleme Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yapılmıştır⁹¹. Bu tür kodların amacı, ilgili oldukları milletlerarası ticaret alanını düzenlemektir. Bu tür düzenlemelerin gerek şekli gerek maddî kaynakları ve gerekse düzenleyen kişi ve kuruluşların nitelikleri göz önüne alındığında bunların *lex mercatoria*'nın kaynaklarından olduğu şüphe edilemez. Hatta bunların gerçek anlamda milletlerarası ticaret hukuku olduğu söylenebilir. Çünkü bu uygulama kodları, ilgili alanlarda milletlerarası ilişkilerden doğan örf, âdet ve teamüllerden oluşmaktadır⁹².

Lex mercatoria'nın kaynaklarından ticarî örf, âdet ve teamül kurallarının bir kısmı da standart sözleşme tipleridir⁹³. Standart sözleşme tipleri, milletlerarası ticaretin muayyen alanlarında faaliyet gösteren işadamlarının oluşturduğu kurum ve kuruluşlarca, kendi aralarında ortak norm ve uygulamalarının geliştirilmesi amacıyla hazırlanmaktadır. Neticede bir standart sözleşme formu da o alanda var olan ticarî örf, âdet

⁸⁹ Milletlerarası Ticaret Odası uluslararası ticarî sözleşmelerde tarafların sorumluluklarını tespit etmek amacıyla sözleşmede kullanılan terimlerin – özellikle de teslim şekillerine dair terimlerin – tanımlanmasına dair ortak bir anlayış geliştirmiştir. Burada kullanılan terimler uluslar arası ticaretin bütün branşlarında kabul görmektedir: VOLCKART – MANGELS, s. 431.

⁹⁰ WILKINSON, s. 110; düzenlemelerin tam metinleri için bkz: EKŞİ, E.: Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, İstanbul 1999, s. 169 – 235, 119 – 156; bu kuralların hukukî niteliği hakkında; hukuk normu, örf ve adet kuralı, ticarî teamül, *lex mercatoria* ve genel işlem şartı görüşleri bulunmaktadır. Bu görüşler hakkında fazla bilgi için bkz: DOĞAN, V.: Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Ankara 2003, s. 30 – 36, (Akreditif).

⁹¹ Geniş bilgi için bkz: ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 336 vd.

⁹² ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 337; DOĞAN, Akreditif, s. 34.

⁹³ LANDO, s. 751; WILKINSON, s. 110; VOLCKART – MANGELS, s. 431.

ve teamüllere göre oluşturulmaktadır⁹⁴. Bu nedenle daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bir milletlerarası kuruluşun standart sözleşme hazırlaması ve bunu *lex mercatoria*'nın kaynağı olarak ileri sürmesi yeterli değildir. Bunun yanında standart sözleşme tipinin o alanda carî olan ticarî örf, âdet ve teamüle göre hazırlanması gerekmektedir⁹⁵. Standart sözleşme tiplerinin *lex mercatoria*'nın kaynağı olarak değerlendirilebilmesi ancak geniş bir uygulama alanına sahip olması ile mümkündür. Bu gün için genel kabul görmüş olarak uygulanan bir standart sözleşme tipinin bulunmadığı itirazları yapılmaktadır. Bu nedenle de bu kuralların uygulanacağı kararlaştırılmadığı müddetçe hâkimlerin ya da hakemlerin kendiliğinden bu kuralları uygulamayacakları ileri sürülmektedir⁹⁶. Bu tür örf, âdet ve teamüller âkit taraflarca akde uygulanması kararlaştırılmışsa uygulanacaktır. Ancak taraflarca böyle bir seçim yapılmamış olsa bile bu tür kuralların, mahkemelere ve hakemlere yol gösterici nitelikte olduğu da kabul edilmektedir⁹⁷.

b) Devletler Umumî Hukukunun Genel Prensipleri

Devletler umumî hukukunun genel prensipleri, *lex mercatorina*'nın önemli kaynaklarından birisidir. Özellikle akdî ilişkinin taraflarından birisi devlet ya da bir devlet kuruluşu olduğu zaman tercihen bu prensipler uygulanmaktadır. Devletler hukukunun prensipleri, milletlerarası karakterli ticarî ilişkilerin mahiyet ve özelliklerine uygun olduğu ölçüde uygulanabilmektedir. Ayrıca bu prensipler, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklara da uygulanabilmektedir⁹⁸.

Bazı yazarlar devletler umumî hukukuna ait bir kuralın devletler umumî hukukuna ait bir kural olduğu için değil, uluslararası ticaret toplumunun anlayışına uygun bir örf ve âdet kuralı olması sebebi ile *lex mercatoria*'nın bir bölümü olarak kabul edilmesinin gerektiğini ileri sürmektedirler⁹⁹. Bu kuralların milletlerarası ticarî ihtilâflara uygulanabileceği konusunda, 18 Mart 1965 tarihli Dünya Bankası Konvansiyonunda bir hüküm bulunmaktadır. Bu Konvansiyonun 42. maddesinde, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda milletlerarası hukukun genel prensiplerinin uygulanabileceği belirtilmiştir.

⁹⁴ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 10; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 333; VOLCKART – MANGELS, s. 431.

⁹⁵ STOECKER, s. 120; WILKINSON, s. 111.

⁹⁶ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 31; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 334; WILKINSON, s. 111.

⁹⁷ LANDO, s. 751.

⁹⁸ LANDO, s. 749.

⁹⁹ STOECKER, s. 120.

Konvansiyonun 42. maddesinde ifade edilen kurallar, millî hukuk sistemlerini, milletlerarası hukuku, hukukun genel prensiplerini ve millî olmayan hukuk sistemlerini kapsamaktadır¹⁰⁰. Özellikle hakemlere, uyuşmazlığı, dostane çözüm aracına (*amiable compositeurs*) göre çözüme yetkisi tanındığında, bu kuralların uygulamasına karşı çıkmanın zor olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹.

c) Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri, millî hukuk sistemlerinin tamamı ya da büyük çoğunluğu tarafından ortak olarak kabul edilen prensip ya da kurallardır¹⁰². Milletlerarası ticarete kabul görmüş bazı teamüller millî hukuk sistemlerinde de bulunduğu için hukukun genel prensipleri olarak kabul görmeye başlamıştır¹⁰³. Bu kurallar *lex mercatoria*'nın gelişmesine paralel olarak örf ve âdet kuralları gibi zaman içerisinde uygulanıyormuş gibi görünmektedir. Gerçi tarihî süreç içerisinde daha ulus devletlerin henüz teşekkül etmediği zamanda bu kuralların oluşmaya başladığı kabul edilmekle birlikte modern anlamda *lex mercatoria* oluşmaya başlamadan önce de bu kurallar millî hukuk sistemlerinde bulunmaktaydı¹⁰⁴. Netice olarak bu kurallar bütün insanlığın ortak değerlerine dayanmaktadır.

Doktrinde hukukun genel ilkeleri olarak; ahde vefa (*pacta sunt servanda*), akdın değişen şartlara uyarlanması (*rebus sic stantibus*), iyiniyet (*bono fide*), kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılmaması, kimsenin sahip olduğu haklardan fazlasını devredemeyeceği, verilen zararın tazmini vs. gibi millî ve milletlerarası hukuk sistemlerinde müştereken bulunan prensipler sayılmaktadır¹⁰⁵.

Ancak hukukun genel ilkelerinin tespiti her zaman kolay olmayabilir. Buna rağmen hukuk sistemlerinin karşılaştırılarak bir analizinin yapılması suretiyle, Dünyadaki millî hukuk sistemlerinin çoğunda mevcut olan genel prensipler tespit edilebilir. Ayrıca bu ilkelerin bütün millî hukuk sistemlerinde bulunmasının gerekli olmadığı da ileri

¹⁰⁰ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 143; LANDO, s. 749.

¹⁰¹ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 302.

¹⁰² WILKINSON, s.108; benzer bir tanım için bkz: DOĞAN, Teminat mektupları, s. 81.

¹⁰³ Milletlerarası ticarete var olan teamül kuralları ile hukukun genel prensipleri arasındaki ilgi ve bağlantı hakkında fazla bilgi için bkz: GOODE, s. 16 vd.

¹⁰⁴ Hukukun genel ilkelerinin antik çağlardan itibaren oluşmaya başladığı kabul edilmektedir: VOLCKART – MANGELS, s. 431.

¹⁰⁵ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 151; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 82; VOLCKART – MANGELS, s. 431.

sürülmektedir. Uyuşmazlıkla ilgili ülkelerde kabul edilen ve aynı sonucu veren genel hukuk prensiplerinin, velev ki diğer ülkelerde kabul edilmemiş olsa da, yeterli olacağı savunulmaktadır¹⁰⁶.

Bazı yazarlar¹⁰⁷, uluslararası ticaret toplumunun farklı ülke insanlarından meydana geldiği ve bütün ülkelerde kabul görmüş genel ilkelerin az sayıda olduğu gerekçesiyle *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında bu kuralların sayılamayacağını ileri sürmektedirler. Üstelik hukukun genel ilkelerinin, hukuk sistemlerinde zor bulunduğu, sanıldığı kadar kullanışlı olmadığı ileri sürülmektedir. Bunun yanında bu prensiplerin çok genel olduğu ve somut olay için çözüm getiremeyeceği itirazları da yapılmaktadır¹⁰⁸.

Bu gün için bu görüş azınlıkta kalmaktadır. Hukukun genel ilkeleri bir ihtilâfın çözümünde kullanılabilir¹⁰⁹. Tatbikatta hakem mahkemelerinde bu prensiplerin seçilmesine büyük bir itina gösterilmektedir. Bu tür kuralların seçimi, muayyen akitler bakımından hayati bir ihtiyacı karşılamaktadır. Özellikle taraflardan birinin devlet ya da bir devlet kuruluşu olduğu ihtilâflarda yaygın biçimde kullanılmaktadır¹¹⁰. Hukukun genel ilkeleri modern anlamda *lex mercatoria*'nın emniyet ağı olarak kabul edilmektedir. Milletlerarası ticarete kabul edilen teamüller hukukun genel ilkeleri tarafından tamamlanmaktadır¹¹¹.

d)Uluslararası Organizasyonların Kodifiye Ettiği Kurallar

Uluslararası ticaretin serbestleşmesi amacıyla, uluslararası alanda faaliyet gösterecek organizasyonlar kurulmuştur. Bu organizasyonların kimi kamu hukuku karakterlidir. Yani devletler tarafından kurulmuştur. Mesela UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu), UNCTAD (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı), UNDROIT (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılmasına dair Milletlerarası Hukuk Enstitüsü) gibi kuruluşlar bu karakterdedir. Kimileri de özel hukuk karakterli olup uluslararası ticaretin aktörleri tarafından

¹⁰⁶ LANDO, s. 750.

¹⁰⁷ WILKINSON, s. 108.

¹⁰⁸ WILKINSON, s. 108; Mesela *rebus sic stantibus* kuralı bir genel hukuk kuralı olarak kabul edilmesine rağmen uygulanışı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde olabilmektedir: GOODE, s. 18.

¹⁰⁹ Geniş bilgi için bkz: ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 295.

¹¹⁰ Geniş bilgi için bkz: ŞANLI, Ticarî Tahkim, s.150 – 163.

¹¹¹ VOLCKART – MANGELS, s. 431.

kurulmuştur. Örneğin Paris'te kurulan Milletlerarası Ticaret Odası bu karakterdedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, sektörel alanlarda kurulmuş uluslararası organizasyonlar da bulunmaktadır. Bu uluslararası kuruluşlar, kendi alanlarında uluslararası ticarî ilişkilerle ilgili olarak çözümler ve tavsiyeler getirmekte ve bu ilişkileri idare eden kodlar kabul etmektedir¹¹². Kural olarak bunlar ülke hukukları için bağlayıcı değildir ancak yol göstericidir. Bu kurallar, uluslararası hakem mahkemelerine rehberlik etmektedir¹¹³.

Sektörel alanlarda kurulmuş olan uluslararası kuruluşlar üyelerinin uyacağı kurallar ve standart tip sözleşmeler hazırlamaktadırlar. Örneğin milletlerarası inşaat sektörü alanında kurulmuş *FIDIC* (Milletlerarası Müşavirler Mühendisleri Federasyonu) inşaat sözleşmeleri ile ilgili olarak standart kurallar hazırlamış ve yayınlamıştır¹¹⁴. Yine bu kuruluşlar, milletlerarası ticarî ilişkilere doğrudan uygulanmak üzere bazı konvansiyon ve model kanun tasarıları hazırlamaktadırlar. Bu konvansiyon ve model kanun tasarılarının amacı uluslararası ticaretin hukukî rejimini oluşturmaktır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu tür konvansiyon veya belgeleri imzalayıp iç hukuklarına intikallerini sağlayan devletler, bu kuralları iç hukukun bir parçası haline getirmişlerdir. Bu nedenle bu kurallar millî mahkemelerde uygulanacaklardır. Hakem mahkemelerinin bu kuralları uygulamaları, bu belge ve konvansiyonların, menşei itibariyle tarafsız normlar teşkil etmesi ve ihtilâf konusu ilişkinin mahiyetine uygun düşmesidir¹¹⁵. Bu tür düzenlemelere örnek olarak Deniz ticaretine ilişkin olarak *La Haye-Wisby* kuralları, Uluslararası Ticarî Tahkime ilişkin *UNCITRAL* Model Kanunu, Uluslararası Menkul Satımına Dair Viyana Sözleşmesi, 1930 ve 1931 tarihli Milletlerarası Poliçe, Bono ve Çek Hukukuna ilişkin Yeknesak Kanun Sözleşmeleri sayılabilir¹¹⁶.

f) Hakem Kararları

Lex mercatoria'nın kaynaklarından bir tanesi de yayınlanmış gerekçeli hakem kararlarıdır. Özellikle milletlerarası camiada kabul edilen kuralları belirleyen, ortaya koyan hakem kararları, *lex mercatoria*'nın

¹¹² LANDO, s. 750.

¹¹³ LANDO, s. 750.

¹¹⁴ MOLINEAUX, C.: Moving Toward a Construction Lex Mercatoria, A Lex Constructionis, Journal of International Arbitration, Vol.14. No.1, 1997, .s 59; AKINCI, Z.: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, s. 24, (İnşaat Sözleşmeleri).

¹¹⁵ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 326.

¹¹⁶ WILKINSON, s. 109; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 327.

kaynaklarından kabul edilmektedir. Bu nitelikteki kararların yayınlanması *lex mercatoria*'nın gelişmesini sağlamaktadır¹¹⁷. Aynı nitelikte bir ihtilâf hakkında hakem mahkemelerinin benzer kararlar vermesi ve bu kararların da tenfiz edilen ülkelerin kamu düzenlerine aykırı olmaması, *lex mercatoria*'ya ilişkin genel prensiplerin oluşumuna katkıda bulunmaktadır. Hatta hakem kararlarının yayınlanması ile birlikte bir içtihat (*case-law*) hukukunun oluşabileceği dahi ileri sürülmektedir¹¹⁸. Milletlerarası hakemler tarafından *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş hakem kararlarının bağlayıcı bir güce sahip olabileceği konusunda bir konsensüs olması durumunda, hakem kararları *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında yer alabilecektir¹¹⁹. Ancak, tarafların tahkime başvurma sebeplerinden birisi olan gizlilik, hakem kararlarından milletlerarası (ticarî örf, âdet ve teamüllerin) genel prensiplerin tespitini güçleştirmektedir. Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yapılan ve tarafların izin verdiği hakem kararları yayınlanmaktadır. Sadece bu kararların yayınlanması ise *lex mercatoria*'ya ait prensiplerin tespit edilmesinde yetersiz kalmaktadır. Bunun yanında, bağımsız olarak yapılan *ad-hoc* hakem kararları da yayınlanmalıdır. Ancak hakem kararlarının yayınlanması, tacirler tarafından arzu edilmemektedir. Bunun başlıca sebebi ticarî sırlarının yayılması ve kamuoyunda oluşabilecek menfi düşüncelerdir. Bu nedenle hakem kararlarının yayınlanması tahkimin ana sebeplerinden olan gizlilik perdesinin kalkması anlamına gelmektedir¹²⁰.

Hakemler, uymak zorunda oldukları bir *lex fori*'ye sahip olmadıkları ve hakkaniyet ve nısfete göre karar verebildikleri için somut olay bakımından öncelikle adaletli bir karar vermek zorundadırlar. Bu nedenle hakem mahkemesi, daha önceki hakem kararlarıyla kendilerini bağlı hissetmemektedirler. Bu şekilde oluşacak bir *case-law* hukuku da *lex mercatoria*'nın gelişimine uygun değildir. Çünkü bir hakem, ticarî örf ve âdetleri diğer bir hakemden farklı yorumlayabilir ve farklı bir sonuca varabilir. Üstelik bir olayda uygulanan katı kurallar, milletlerarası ticaretin çabuk değişmesinden dolayı anlamsız hale gelebilir¹²¹. Bununla beraber, son zamanlarda kısmen de olsa, yayınlanabilen hakem kararlarından, hakemlerin ticarî örf, âdet ve teamüllere istinat eden milletlerarası ticaretin

¹¹⁷ LANDO, s. 751; STOECKER, s. 120; WILKINSON, s. 111.

¹¹⁸ WILKINSON, s. 111.

¹¹⁹ STOECKER, s. 121.

¹²⁰ STOECKER, s. 121.

¹²¹ STOECKER, s. 121.

ihtiyaç ve özellikleri ışığında, yeni bir *lex mercatoria*'nın yaratılmasına katkıda buldukları müşahede edilmektedir¹²².

III. LEX MERCATORIA VE MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

A) GENEL OLARAK

Lex mercatoria'nın ortaya çıkış sebeplerinden birisinin de karmaşık kanunlar ihtilâfi kurallarından kurtulmak olduğunu zikretmiştik. Gerçekten de kanunlar ihtilâfi hukukunun ve *lex mercatoria*'nın aynı probleme yaklaşım tarzı birbirine tamamen zıttır. Kanunlar ihtilâfi kuralları bir ihtilâfi millî hukuk sistemlerinden birine bağlamaya çalışırken, *lex mercatoria* ihtilâfin çözümünü millî hukuk sistemlerinin dışında aramaktadır. Kanunlar ihtilâfi kurallarının tarafların hiç öngörmediği bir hukuku yetkili kılabilmesi ihtimali için bazı yazarlar¹²³ “karanlığa atlama” nitelemesi yapmaktadırlar. Bu sebeple klasik kanunlar ihtilâfi kurallarının tarafların menfaatlerini ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını dikkate almadığı itirazları yapılmaktadır. Bu yazarlara göre, milletlerarası özel adaleti ancak bir ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanmasını diğerlerine tercih etmektedir. Üstelik mahkemeler de kendi hukuklarını uygulama gayreti içinde olmaktadır¹²⁴.

Bununla birlikte *lex mercatoria*'nın millî mahkemelerde uygulanışı ile hakem mahkemelerinde uygulanışını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Yine *lex mercatoria*'nın taraflarca seçilmesi ile seçilmemesinin farklı sonuçları olabilmektedir.

B) LEX MERCATORI'NIN MİLLÎ MAHKELERDE UYGULANMASI

Millî mahkemelerde *lex mercatoria*'nın uygulanması çeşitli ihtimallerde ortaya çıkmaktadır. İlki, tarafların hiçbir ülke hukukunu seçmeden *lex mercatoria*'yı uygulanacak hukuk olarak seçmeleridir. İkincisi de tarafların bir ülke hukuku ile birlikte *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kararlaştırmalarıdır.

1. Herhangi Bir Ülke Hukuku Seçilmeden *Lex Mercatoria*'nın Uygulanması

Millî mahkemeler, ülkelerinde mer'î hukuk kuralları ile – ki bu kurallar bir kanun koyucu tarafından yürürlüğe konulmuş olsun ya da örf ve âdet hukuku şeklinde oluşmuş olsun – bağlıdır. Hâkim kendi ülkesinde yürürlükte olan kanunlar ihtilâfi kuralına göre tespit ettiği yetkili hukuku

¹²² ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 344.

¹²³ BERGER, s. 952.

¹²⁴ Milletlerarası özel hukuk kurallarının milletlerarası ticarî ihtilâflar çözmede yetersizliği ve uygunsuzluğu hakkında fazla bilgi için bkz: BERGER, s. 953.

uygulamak zorundadır. Millî hukuklarda taraflara tanınmış olan irade muhtariyeti gereğince, taraflar akde uygulanacak hukuku serbestçe tespit edebileceklerdir. Pek çok hukuk sisteminde taraflara hukuk seçimi imkanı bir sınırlama olmaksızın tanınmaktadır. Taraflar aralarındaki akdî ilişkinin hükümlerini istedikleri gibi düzenleyebilecekleri gibi akdin hükümlerini tamamen yabancı bir hukuka da tâbi kılabilenlerdir. Pek az hukuk sistemi seçilen hukukun ya da kuralların akitle ya da taraflarla bir bağlantısı olma şartını aramaktadır. Taraflar bir hukuk sisteminin kurallarını akdin hükümleri olarak akde açıkça yazabilecekleri gibi bir ülkenin hukuk kurallarını akit hükümleri olarak da kararlaştırabilirler¹²⁵.

Lex mercatoria'nın akit statüsü olarak seçilip seçilemeyeceği hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, seçilebilecek hukuk sistemleri açısından bazı sınırlamaların olduğu kabul edilerek, taraflar, ancak bir ülkede bağımsız bir otorite tarafından yürürlüğe konmuş hukuk sistemlerini seçebileceklerdir. Bu bağlamda, akdin tarafları akde uygulanmak üzere, herhangi bir ülkenin hukukunu seçmeden, hukukun genel ilkelerini (iyi niyet, nısfet, akde vefa, hakkaniyet adalet...vs.) ya da *lex mercatoria*'yı seçemezler¹²⁶. Şimdiye kadar millî mahkemelerde, *lex mercatoria*'nın akdi idare eden hukuk olarak doğrudan uygulanmadığı iddia edilmiştir¹²⁷. Bunun nedeni olarak da millî hukuk sistemlerinde seçilecek hukukun ancak "ülke hukuku" olması şartı gösterilmiştir. *Lex mercatoria*, asgarî oranda bir hukuk düzeni olmadığı için bir ihtilâfin çözümünde de dayanak olarak kabul edilemeyecektir. Yani tarafların hak ve borçları, sorumlulukları bu kurallara göre tespit edilemez. Tarafların talepleri ve sorumluluklarını tespit bu kurallar hem belirsiz hem de yetersizdir. Yine mahkemeler bir hukuk kuralına istinaden ihtilâfı çözmek zorundadır. Millî mahkemelerin, millî hukuk kurallarını dikkate almadan hakkaniyet ve nısfet esaslarına göre karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Bu sebeple bir millî hukuk sisteminden bağımsız olarak *lex mercatoria*'nın seçilmesi mümkün değildir. Akdî ilişkiden doğan

¹²⁵ FASSBERG, s. 75; NYGH, s. 187; sözleşmeye yabancı hukukunun sadece belli hükümlerinin sözleşme hükmü olarak seçilmesi hakkında fazla bilgi için bkz: EKŞİ, N.: Incorporation, MHB, C. 19 – 20, 2000, s. 263 vd.

¹²⁶ DICEY – MORRIS, The Conflict of Laws, London 1993, s. 1218; JILLANI, A.: The Choice of Law in Commercial Relations: A German Perspective, International and Comparative Law Quartely, Vol. 37, 1998, s. 941; TİRYAKİOĞLU, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 24.

¹²⁷ STOECKER, s. 107; JILLANI, s. 941.

hukukî ihtilâfın çözümünde mutlaka bir millî hukuk sistemi ile bağlantı kurulmalıdır¹²⁸.

Ayrıca bir ülkenin millî mahkemelerinde *lex mercatoria*'nın uygulanacak hukuk olarak seçimine imkan verilmesi, milletlerarası tacirlere millî hukuk kurallarından imtina edebilmelerine izin verilmesini ve alternatif bir hukuk olarak kendilerinin oluşturmuş olduğu *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kabul etmek anlamına gelmektedir. Taraflar akde uygulanacak herhangi bir millî hukuk sistemini seçmeden *lex mercatoria*'yı seçmişlerse bu seçim geçersiz kabul edileceğinden, akit statüsü objektif kriterlere göre tespit edilecektir¹²⁹. Günümüzde hâkim olan doktrin ve mahkeme uygulamalarına göre, âkit taraflar milletlerarası unsuru havi akdî ilişkilere uygulanmak üzere yetkili hukuk olarak *lex mercatoria*'yı seçmişlerse bu seçim, millî mahkemeler tarafından dikkate alınmamaktadır¹³⁰. Bu görüş taraftarlarına göre, belli bir ülkede pozitif

¹²⁸ NYGH, s. 186; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 284.

¹²⁹ DOĞAN, s. 283 – 284; Avrupa Birliğinde Akitlere Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesinin raportörlerinden olan LAGARDE, Sözleşmenin 3. maddesinde kabul edilen irade muhtariyeti ilkesinin millî olmayan bir hukuk sisteminin seçilmesine izin vermediğini, eğer bu şekilde bir seçim yapılmışsa seçimin geçersiz kabul edilerek objektif bağlama esaslarına göre akde uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir: NYGH, s. 187; İngiliz Hukukunda da aynı yaklaşım benimsenmiştir: DICEY – MORRIS, s. 1218.

¹³⁰ Bu görüşe göre, böyle bir seçimin tamamen geçersiz ve etkisiz değildir; yalnızca milletlerarası özel hukuk anlamında irade muhtariyeti anlamına gelmemektedir. Bu görüşte olanlar, tarafların, bir millî hukuku seçimi yapmadan *lex mercatoria*'yı seçmelerinin, iç hukuk anlamında irade muhtariyeti anlamına geldiği, diğer bir ifade ile akit statüsünün izin verdiği ölçüde, bu kuralların uygulanabileceği ileri sürmektedir: DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 283; bir diğer görüşe göre ise, taraflarca seçilen bu kuralların akit hükümleri olarak değerlendirilmesidir. Bu görüşe göre, *lex mercatoria*'ya ait kurallar maddî karakterde kurallardır. Taraflarca bu kuralların sözleşme hükmü haline getirebileceği ancak bunun bir hukuk seçimi anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir. Hâkimin yetkili hukuka göre geçerliliğini saptadığı bu kuralları dikkate almak zorunda olduğu hatta taraflarca bu kurallar seçilmemiş olsa bile uygulanacak yetkili yabancı hukukta konuya dair bir düzenleme bulunmamak ve bu ülke hukukunda ticarî örf ve adet bir hukuk kaynağı olarak öngörülmüş olmak kaydıyla, doğrudan uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bu görüş hakkında fazla bilgi için bkz: ERDEM, B. B.: Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği, MHB, 1990, S. 1 – 2, s. 69 – 79.

geçerliliği olmayan kuralların akit statüsü olarak seçilmesi mümkün görünmemektedir¹³¹. Taraflarca yapılan bu seçimin hukukî sonuçları akit statüsüne göre tespit edilecektir. Akit statüsü bu şekilde bir hukuk seçimine izin vermesi halinde tarafların seçtikleri kurallar uygulanabilecektir¹³².

Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi, *lex mercatoria*'ya ait bazı kurallar ya da prensipler, millî hukukların bir parçası haline gelmiş olabilir. Millî mahkemelerin akit statüsünün bir parçası haline gelmiş bu kuralları uygulayacaklarında bir ihtilâf bulunmamaktadır. Ancak mahkemeler, bu kuralları *lex mercatoria* olarak değil, millî hukuk olarak uygulamak durumdadırlar. Her hukuk sisteminin farklı hukuk politikası ve öncelikleri olduğu için, bu kuralların millî hukuk sistemlerine intikallerinde farklı yaklaşımlar tercih edilebilmektedir. Her ülkenin hukuk uygulaması da farklı olabileceği için *lex mercatoria*'ya ait kuralların millî hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirilmesi yeknesak bir uygulamanın ortaya çıkmasına mani olmaktadır.

Lex mercatoria'nın taraflarca seçilmesi hakkında diğer bir görüş ise, bunun bir hukuk seçimi olarak kabul edilmesidir. Bu görüşe göre, *lex mercatoria*'nın millî mahkemelerde uygulanmasına izin verilmesi, kendi ihtiyaçlarına göre kendi kurallarını oluşturan uluslararası ticaret camiasının sürekli değişen ihtiyaçlarını karşılayan bir çözüm şeklidir¹³³. Bugün milletlerarası ticarete esnek ancak yeknesak bir hukuk sistemine ihtiyaç duyulmaktadır. *Lex mercatoria* millî mahkemelerde doğrudan uygulanmasa da, hakem mahkemelerinde geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca millî mahkemeler dolaylı olarak *lex mercatoria*'yı tanımak zorunda kalmaktadır. Millî mahkemeler, *lex mercatoria*'nın uygulanmış olduğu bir hakem kararının tenfizine karar verdikleri zaman, dolaylı olarak *lex mercatoria*'ya etki tanımış olmaktadır¹³⁴.

Taraflarca *lex mercatoria*'nın seçilmesinin, milletlerarası özel hukuktaki anlamı ile bir hukuk seçimi anlamına gelip gelmeyeceği, *lex mercatoria*'nın bir hukuk düzeni olup olmadığına bağlıdır. Bu kuralların "hukuk" olarak kabul edilmesi durumunda, taraflarca yapılan seçimi geçerli saymak gereklidir. Milletlerarası toplumda oluşan ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılayan bu kurallar, milletlerarası hukuk düzenine aittir. Bu kurallar bağlayıcı gücünü, uluslararası hukuktan almaktadır. Uluslararası hukukta teamüller, örf ve adetler de bir hukuk kaynağı olarak

¹³¹ NYGH, s. 186; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 283.

¹³² NYGH, s. 187; SARGIN, s. 191.

¹³³ STOECKER, s. 108.

¹³⁴ STOECKER, s. 108.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

kabul edilmektedir. Ayrıca devletler de bu kuralları genel olarak uygulamaktadır. *Lex mercatoria*'ya ait kuralları kodifiye eden ya da bu kuralların oluşumuna katkıda bulunan uluslararası kuruluşlar devletlerce tanınmakta hatta devletler katkıda bulunmaktadır. Bu sebeple *lex mercatoria*'nın hukuk kuralı olmadığını ileri sürmek zor görünmektedir. Çünkü, bu kurallar bağlayıcılığını, ilgili uluslararası kuruluşu tanıyan ve bizzat oluşumuna katkıda bulunan devletten almaktadır. Bazı devletlerin bu kuruluşların kuruluşuna katılmamış ya da bu kuruluşları tanımamış olması, söz konusu kuralların hukuk kuralı olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Çünkü daha önce belirttiğimiz üzere, bu kuralların kendine özgü yaptırım gücü bulunmaktadır. Uluslararası toplum bu kurallara uymayanlara kendine özgü yaptırımlar uygulamaktadır.¹³⁵

Birçok hukuk sisteminde, taraflara, aralarındaki akdî ilişkiye uygulanmak üzere istedikleri hukuku seçme hakkı tanınmıştır. Seçilen hukuk sisteminin akitle bir bağlantısının olması aranmamıştır. Taraflar akitle hiçbir bağlantısı olmayan bir hukuk sistemini de seçebilmektedirler¹³⁶. Taraflara bu şekilde geniş bir özgürlük tanındıktan sonra, kendi aralarında carî olan kuralları seçemeyeceklerini kabul etmek, taraflara tanınan irade muhtariyeti ile tezat teşkil etmektedir. Amerika Kıtasındaki devletler arasında imzalanan 1994 tarihli Akitlere Uygulanacak Hukuk Hakkında Amerika Konvansiyonu konu ile yeni düzenlemeler getirmiştir. Konvansiyonun 7. maddesinde, tarafların bir ülke hukukunu seçebilecekleri; 9. maddesinde de hukuk seçiminin yokluğunda akitle sıkı irtibatlı ülke hukukun akde uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak Konvansiyonun 10. maddesinde ticarî örf ve adetler de dahil olmak üzere milletlerarası ticarete kabul edilen teamüller, rehber ilkeler ve ticarî prensiplerin de dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Hatta taraflar açıkça bu kurallara gönderme yapmamış olsalar bile, mahkemelerin bu kuralları dikkate alacakları kabul edilmiştir. Gerçi Konvansiyon, ülke hukuklarını tam olarak dışlamamıştır; ancak Konvansiyonun *lex mercatoria* lehine bir eğilim içinde olduğu da kabul edilmektedir¹³⁷.

Türk Hukukunda da MÖHUK m. 24'de taraflara uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınmıştır. Seçilebilecek hukuk sistemleri açısından bir sınırlama da getirilmemiştir¹³⁸. *Lex mercatoria*'nın seçilip

¹³⁵ SARGIN, s. 193.

¹³⁶ FASSBERG, s. 75.

¹³⁷ NYGH, s. 188.

¹³⁸ TEKİNALP, G.: Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları, İstanbul 1999, s. 260; NOMER. – ŞANLI, s. 293; DOĞAN, Teminat Mektupları, 275.

seçilemeyeceği hakkında ise, farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre¹³⁹, bir hukuk sistemi olmaması sebebiyle *lex mercatoria*'nın seçilemeyeceği ileri sürülmektedir. Diğer bir görüş¹⁴⁰ ise, 24. maddede ifade edilen “seçilen kanun” ifadesinin *lex mercatoria*'yı da içine alacak kadar geniş olduğunu ve dolayısı ile *lex mercatoria*'nın akde uygulanmak üzere seçilebileceği şeklindedir¹⁴¹. Kanaatimizce de ikinci görüş, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına cevap veren daha uygun bir çözüm yolu olarak görünmektedir. Üstelik irade muhtariyeti gereğince taraflara istedikleri hukuku seçme hakkı tanındıktan sonra, tacirler arasında geçerli olan kuralların seçilmesini geçersiz saymak irade muhtariyeti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

2. *Lex Mercatoria*'nın Millî Hukuk Sistemi ile Birlikte Uygulanması

Milletlerarası ticarî sözleşmelerde taraflar, hem bir millî hukuku hem de *lex mercatoria*'yı akit statüsü olarak seçebilmektedirler. Taraflara tanınmış olan irade muhtariyeti çerçevesinde, tarafların böyle bir seçimi yapabilecekleri genelde kabul edilmektedir¹⁴².

Bir millî hukuk sistemi ile birlikte *lex mercatoria*'nın seçilmesi halinde, bu kurallar iki şekilde değerlendirilebilir. Birincisi, bu kuralların bir sözleşme hükmü olarak kabul edilmesidir¹⁴³. İkincisi ise, bu kuralların seçilmesini, akit statüsünde kabul edilen sözleşme özgürlüğü içinde değerlendirilmesidir¹⁴⁴. Aslında her iki görüş de sonuç itibarıyla aynıdır. Çünkü bu kuralların uygulanması, akit statüsünün bu kurallara tanıdığı etkiye bağlı olacaktır.

Bir milletlerarası sözleşmede âkit taraflar, akde uygulanacak bir hukuk seçimi yaptıkları zaman, uyumsuzluğa bu hukuk düzeni tarafından

¹³⁹ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 285; TİRYAKİOĞLU, s. 24; ERDEM, s. 69.

¹⁴⁰ SARGIN, s. 194.

¹⁴¹ “...Türk hâkimi için sorun, milletlerarası toplumca geliştirilen ve iç hukuklardan bağımsız bir hukuk düzeni yarattığı kuşkusuz kabul edilmesi gereken *lex mercatoria*'nın hukuk niteliği değil, *lex mercatoria*'yı oluşturan kuralları, tanıyıp tanımayacağı noktasında ortaya çıkacaktır. Bu çerçevede kanımızca, uygulamada, özel hukuk teşebbüsleri arasında ya da özel hukuk teşebbüsleriyle devletin özel hukuk ilişkisine giren kamu teşebbüsleri arasında akdedilen ticarî sözleşmelerde sıklıkla başvurulmuş kuralların, her ne kadar belli bir devletin millî hukukuna tâbi olmasa da seçimi, Türk Hukuku bakımından da mümkün olmalıdır”: SARGIN, s. 194.

¹⁴² DOĞAN, s. 282; AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 24 – 25.

¹⁴³ ERDEM, s. 70.

¹⁴⁴ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 282.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

tanınan sözleşme özgürlüğü gereğince, sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Taraflar *lex mercatoria*'yı ya da uluslararası ticaretin genel prensiplerini akde uygulanmak üzere seçmişlerse, bu kurallar, seçilen hukukta taraflara tanınan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde uygulama alanı bulabilecektir. Burada taraflar, aralarındaki akdî ilişkiye herhangi bir kanun koyucu tarafından yürürlüğe konmamış kuralların uygulanmasını arzulamaktadırlar. Bu durumda sözleşme hükümlerinden sonra uyuşmazlık, *lex mercatoria*'ya göre çözülecektir. Mesela taraflar, *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında gördüğümüz uluslararası kuruluşlar tarafından düzenlenen bir "kod"a atıfta bulunmuşlarsa, uyuşmazlık bu kurallara göre çözülecektir. Ancak hem akdin hükümleri hem de *lex mercatoria*, akit statüsü olarak seçilen hukukun emredici hükümlerine aykırı olamayacaktır. Yani *lex mercatoria*'nın uygulanması seçilen hukukun emredici kuralları ile sınırlı olacaktır¹⁴⁵.

Türk hukukunda akitler hukuku alanında taraflara sözleşme özgürlüğü tanınmıştır. BK m.19 – 20'ye göre, taraflar aralarındaki sözleşmeyi, kanundaki emredici hükümlere uymak şartıyla istedikleri gibi düzenleyebilmektedirler. Buna göre, *lex mercatoria* ile birlikte akit statüsü olarak Türk hukuku seçildiği vakit, *lex mercatoria* Türk hukukunda emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla uyuşmazlığa uygulanabilecektir. Bu sonuç, irade muhtariyetinin tâbii bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴⁶.

B) LEX MERCATORIA'NIN HAKEM MAHKEMELERİNDE UYGULANMASI

Uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde, tahkim en çok başvurulan bir yoldur. Bunun sebeplerinden birisi de tarafların yetki vermesi ile hakemlerin, hakkaniyet ve nısfet esaslarına göre karar verebilmeleridir. Devlet mahkemelerinde uygulanacak hukukun belirlenmesinde hâkimin kanunlar ihtilâfı kuralları, hiçbir tereddüde yer vermeden uygulanırken, tahkimde böyle bir zorunluluk söz konusu olmamaktadır. Daha önce ifade ettiğimiz gibi, hakemlerin uymak zorunda oldukları bir *lex fori* bulunmamaktadır.

Hakem mahkemelerinde *lex mercatoria*'nın uygulanması, son zamanlarda en çok tartışılan konulardan birisi olmuştur. Hakem mahkemelerince *lex mercatoria*'nın uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalarına rağmen, bu kurallar, milletlerarası ticarî ilişkilerin bünyesine uygun olması sebebi ile hakemlerce tercih edilmektedir. Ayrıca tahkimle

¹⁴⁵ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 25.

¹⁴⁶ DOĞAN, s. 283.

ilgili hazırlanan milletlerarası sözleşmelerde ve metinlerde, açıkça *lex mercatoria*'ya gönderme yapılmaktadır. Hakem mahkemelerinde, milletlerarası ticarî teamüllerin yeri her geçen gün artarak devam etmektedir. Özellikle taraflardan birisinin devlet olduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, *lex mercatoria*'nın önemi daha da artmaktadır. Bu önem, sözleşmeye taraf olan devletin hukuk sisteminin iyi işlememesi ve istikrarlı olmaması halinde daha da artmaktadır. Bu sebeple hakemler, taraflar kararlaştırmamış olsa bile *lex mercatoria*'yı uygulayabilmektedirler¹⁴⁷.

Lex mercatoria'nın hakem mahkemelerinde uygulanması iki şekilde olabilir. Birincisi, *lex mercatoria*'nın taraflarca seçilmesidir. Taraflar tahkim sözleşmesi ile birlikte aralarındaki ihtilâfa millî olmayan kuralların uygulanmasını kararlaştırabilirler. Milletlerarası ticarî tahkimde, taraflara akdî ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilme hakkı hem millî hukuk sistemlerinde hem de tahkime ilişkin milletlerarası sözleşmelerde tanınmaktadır¹⁴⁸. Taraflar millî hukuk sistemlerini seçebilecekleri gibi millî olmayan bir hukuk sistemini de seçebilirler. Bu seçim, tarafların sözleşmeye *lex mercatoria*'nın uygulanacağına dair açık bir şart koyarak hukukun genel ilkelerine, milletlerarası ticaretin yeknesak kurallarına ve milletlerarası ticarete mevcut olan örf ve adet kurallarına gönderme yapılarak açıkça yapılabilmesi gibi zımnî olarak da yapılabilir¹⁴⁹. *Lex mercatoria*'nın akde uygulanmak üzere seçilmiş olması halinde, kendilerine hakkaniyet ve nısfete göre karar verme yetkisi verilmiş olan hakem mahkemeleri, uyuşmazlığa *lex mercatoria*'yı uygulayabileceklerdir. Ayrıca tarafların iradelerinden, yeterli güvenlikte, zımnen *lex mercatoria*'nın uygulanmasını istedikleri sonucuna varılıyorsa, *lex mercatoria*'nın seçildiği kabul edilmektedir¹⁵⁰.

Ancak unutulmamalıdır ki, bir hakem kararının sonuçlarını doğurabilmesi için ilgili ülkelerde geçerli ve tenfiz kabiliyetine sahip olmalıdır. Bu nedenle uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria* uygulanırken, ilgili ülkelerin *lex mercatoria*'ya yaklaşımları, emredici hükümleri ve kamu düzeni göz ardı edilmemelidir. Tarafların akdin esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kararlaştırmaları durumunda, millî mahkemelerin

¹⁴⁷ NYGH, s. 191 – 192.

¹⁴⁸ Milletlerarası tahkimde esasa uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi hakkında fazla bilgi için bkz: ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 123 vd.

¹⁴⁹ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 286 – 287; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 177; ÖZDEMİR, s. 108 – 112.

¹⁵⁰ DOĞAN, s.89.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

müdahalesine konu olabilecek herhangi bir durumun söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir¹⁵¹.

İkincisi, taraflarca açıkça bir seçim yapılmadığı halde, hakemlerin bir millî hukuk sistemi yerine millî olamayan kural ve prensipleri uygulamasıdır. Hakemler, hiçbir kanunlar ihtilâfi kuralına müracaat etmeksizin, doğrudan muayyen bir maddî hukuk veya *lex mercatoria*'yı uygulayabilmektedirler¹⁵². Hakemler, bir kanunlar ihtilâfi kuralının gösterdiği hukuk olarak veya doğrudan *lex mercatoria*'yı uygulayarak ihtilâfi çözüme yoluna gidebilmektedirler. Özellikle, açıkça bir hukuk seçimini yapılmadığı veya taraflarca uluslararası bir tahkim kuruluşunun hakem mahkemesi olarak seçildiği durumlarda, *lex mercatoria*'nın uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁵³. Bu çözüm tarzı, milletlerarası tahkimin mahiyetine de uygundur. Çünkü uluslararası karakterli akdî ilişkilere millî hukukun uygulanması, tarafların beklentilerine ve uyumsuzluğun niteliğine uygun düşmeyebilir. Zira millî hukuk sistemlerinde yer alan maddî hükümler, ne milletlerarası ilişkileri ne de milletlerarası ticaret hukukunun kendine özgü niteliklerini ve gelişmelerini dikkate almaktadır¹⁵⁴. Esasen, uyumsuzluğun devlet mahkemesi yerine, milletlerarası ticarî tahkimde çözülmesini kararlaştıran tarafların arzuları, meseleyi millî hukuklar çerçevesinin dışına taşımak ve milletlerarası platformda çözüm bulmaktır¹⁵⁵.

Tarafların açıkça *lex mercatoria*'yı seçmedikleri halde hakemlerin doğrudan *lex mercatoria*'ya göre karar verdikleri kararların tenfizinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Uygulamada tarafların açıkça seçim yapmadıkları durumlarda hakemlerin *lex mercatoria*'ya göre karar vermelerinin, hakem kararının tenfizine engel olunabileceği kabul edilmektedir. Özellikle hakemlerin kendilerine verilmiş yetkileri aşmış

¹⁵¹ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 111; Türkiye'nin kabul ettiği 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinin VII. maddesi, milletlerarası ticaretin uygulamasının her halükarda dikkate alınacağını öngörmektedir. Dolayısıyla tarafların, hakemlerin milletlerarası ticaretin söz konusu kurallarını dikkate alarak ve herhangi bir millî hukuka tabî olmaksızın karar verilebileceklerini kararlaştırmalarının, 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesini kabul eden Türk hukuku açısından da bir sorun yaratmaması gerekir: AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 177.

¹⁵² ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 291; AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 93.

¹⁵³ STOECKER, s.118.

¹⁵⁴ ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 289; AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 59 vd.

¹⁵⁵ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s.97; karşı görüş için bkz. DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 289.

olmasından veya kamu düzenine aykırılıktan dolayı, hakem kararının tenfizine engel olunabilmektedir¹⁵⁶. Ancak hakemlere uyuşmazlığı dostane çözüm aracı (*amiable compositeurs*) yetkisi verildiğinde, taraflarca *lex mercatoria*'nın uygulanması kararlaştırılmamış olsa bile, hakemlerin milletlerarası ticaretin kendine özgü kurallarını dikkate alabilecekleri kabul edilmektedir¹⁵⁷.

Lex mercatoria'nın mahkemelerde uygulanmasına örnek olarak, bir Türk Şirketi Pabalk Ltd. Şti. ile Fransız şirketi *Norsolor* arasında çıkan ihtilafa dair hakem kararının ilgili ülkelerde tenfizidir. Tarafların aralarında yapılan akitte, Milletlerarası Ticaret Odasının tahkime ilişkin kurallarının 13. maddesinin 3. paragrafına atıfta bulunulmuştur. Bu paragrafta ise, hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygun gördükleri bir hukuku uygulayabilecekleri hükmü yer almaktadır. Bu paragraftan hareketle uyuşmazlığı çözmekle görevli hakemler, uyuşmazlığın uluslararası bir akitten doğması sebebiyle bir milli hukuk yerine *lex mercatoria*'nın uygulanması kanaatine varmışlardır. Böylelikle hakemler, ihtilafa *lex mercatoria*'yı uygulayarak davalı *Norsolor* şirketini tazminat ödemeye mahkûm etmişlerdir. Davalı *Norsolor* şirketi hakem kararının iptali için Viyana mahkemesinde iptal davası açmıştır. Davalı şirket gerekçe olarak, ihtilafın millî bir hukuk sistemi olmayan *lex mercatoria*'nın uygulanmasını ileri sürmüştür. Ancak mahkemece davalının bu itirazı yerinde görülmemiş ve dava reddedilmiştir. Temyiz mahkemesi de mahkemenin bu kararını onamıştır.

Davacı Pabalk şirketi de kararın tenfizi için Fransız mahkemelerine müracaat etmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi de kararın tenfizine karar vermiştir. Bu şekilde hakem mahkemelerinin uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'yı uygulamaları millî mahkemelerce de tanınmaktadır. Ayrıca Fransız Temyiz Mahkemesinin bu kararı, Fransız Medenî Usul Hukukunun yeni düzenlemesine de uygundur. Fransız Medenî Usul Kanununun 1496. maddesinde, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa hakem mahkemesinin uyuşmazlığa uygun gördüğü bir hukuku uygulayabileceği ve ticarî örf ve adetleri de göz önüne alabileceği kabul edilmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi bu kararla, taraflarca akde uygulanmak üzere *lex mercatoria*'nın seçilmemiş olması halinde bile, hakemlerin *lex mercatoria*'yı uygulayabileceklerini kabul etmektedir.

İkinci karar ise, Londra İstinâf Mahkemesi tarafından verilmiştir. Olay milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesinin İsviçre'de verdiği

¹⁵⁶ AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 178.

¹⁵⁷ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 113.

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

bir kararın tenfizine dairdi. Uyuşmazlığın tarafları, sözleşmeye koydukları tahkim şartının yanında, uluslararası toplumda kabul edilmiş hukukun genel prensiplerinin de akdi idare edeceğini kararlaştırmışlardı. Hakem mahkemesi de bu şartı dikkate alarak uyuşmazlığı bu prensiplere göre karara bağlamıştır. Davalı taraf, tenfiz aşamasında, bir millî hukuk sistemi yerine bu prensiplerin uygulanmasının, kamu düzenine aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur. Londra İstinâf Mahkemesi ise, kararın İsviçre'de verildiğini ve uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmasının kamu düzenine aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu şekilde Londra İstinâf Mahkemesi de *lex mercatoria*'nın seçimini dolaylı olarak kabul etmiştir¹⁵⁸.

Bu iki olay göstermektedir ki milli mahkemeler, hakem mahkemelerinin *lex mercatoria*'yı uygulamalarını ve tarafların akdi ilişkiye uygulanmak üzere *lex mercatoria*'yı seçebileceklerini kabul etmektedir. Hakem mahkemelerinde *lex mercatoria*'nın uygulanmasına bu tür olumlu yaklaşımlarına rağmen, *lex mercatoria*'nın uygulanmasında kararın tenfiz edileceği hukuk sistemlerinin dikkate alınması gerektiği de belirtilmektedir. Hakem mahkemesi ne kadar adil bir karar verirse versin, kararın ilgili olduğu ülkelerdeki emredici ve kamu düzenine ilişkin kurallar göz ardı edilmemelidir. Hakem kararının netice verebilmesi için, millî mahkemelerin kararlarına da mutlaka ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle hakem mahkemesi, verilecek kararın tenfiz kabiliyetine sahip olabilmesi için elinden geleni yapmalıdır. Nitekim Milletlerarası Ticaret Odasının tahkime ilişkin kuralların 26. maddesinde “Hakem mahkemesi kararının tenfiz kabiliyetine sahip olabilmesi için elinden geleni yapmalıdır” hükmü yer almıştır. Buna göre hakem mahkemesi, kararın iptal edilmemesi ve tenfizi için ilgili ülkelerin *lex mercatoria*'ya bakış açılarını göz önünde tutmalıdır. *Lex mercatoria*'ya göre verilmiş hakem kararının tenfiz kabiliyeti, millî mahkemelerin bu hukuka nasıl yaklaştığına bağlı olacaktır¹⁵⁹.

SONUÇ

Bu çalışmada milletlerarası ticarî ihtilâflarda öne çıkmaya başlayan *lex mercatoria* ile milletlerarası özel hukuk arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalıştık. Çalışmanın başlangıç kısmında *lex mercatoria*'nın tarihî gelişimi ile ortaya çıkış sebepleri üzerinde durulmuştur. *Lex mercatoria*'nın ortaya çıkış sebepleri olarak mahallî ihtiyaçlar ve menfaatler gözetilerek

¹⁵⁸ STOECKER, s. 123 – 124.

¹⁵⁹ STOECKER, s. 122.

yürürlüğe konan millî hukuk sistemlerinin, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılamaması ve milletlerarası tacirler arasında geçerli olan kuralların aralarındaki ihtilâflara uygulanmasını istemeleri gösterilmiştir.

Milletlerarası ticarî ihtilâflarda sadece akdî ilişkinin esasına uygulanacak hukuk değil kanunlar ihtilâfı ve usul hukuku sorunları da gündeme gelmektedir. Ancak asıl olarak maddî anlamda *lex mercatoria*'ya ait kurallar milletlerarası tacirler tarafından rağbet görmektedir. Teorik itirazlar bir yana bırakılırsa, bu kuralların millî hukuk sistemlerince göz ardı edilemeyeceği ortadadır. Geniş kapsamda maddî *lex mercatoria*'ya ait kuralların; milletlerarası ticarî örf, adet ve teamüllerden, devletler umumî hukukunun genel prensiplerinden, hukukun genel ilkelerinden, uluslararası organizasyonların kodifiye ettiği kurallardan ve hakem kararlarından oluştuğu kabul edilmektedir.

Çalışmanın son kısmında ise, *lex mercatoria*'nın millî mahkemeler ile tahkimde uygulanmasına dair sorunlar incelenmiştir. Her ne kadar millî mahkemelerde *lex mercatoria*'nın bir millî hukuk sistemi olmadığı gerekçesi ile uygulanacak hukuk olarak seçilemeyeceğine dair itirazlar varsa da vardığımız sonuç bu kuralların da taraflarca akde uygulanmak üzere seçilebileceği olmuştur. Çünkü taraflara tanınan irade muhtariyeti, taraflarca *lex mercatoria*'nın seçilebilmesine de imkan tanımaktadır. Hakem mahkemelerinde de tarafların seçimi ile ya da taraflar arasında böyle bir seçim olmasa bile hakemlerce doğrudan *lex mercatoria*'nın uygulanması mümkündür. Ancak hakem kararlarının icrasında millî mahkemelere duyulan ihtiyaç sebebiyle, kararın tenfiz edileceği ülke hukuklarının *lex mercatoria*'ya yaklaşımları hakemlerce dikkate alınmalıdır.