

**HUKUK TARİHİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK
AÇISINDAN ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU
(Lex Mercatoria) -Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria
Niteliği**

*Ticarete, kapılarını açan
pazarlardan ve fikirlere kapılarını açan
ruhlardan başka savaş alanlarının
olmadığı bir gün gelecektir. (Victor Hugo')*

*Doç. Dr. Arzu OĞUZ***

I. Giriş

Uluslararası ticaret hukuku veya bu kavranın otantik ifadesi *lex mercatoria*, son zamanların en çok tartışılan konularından biri haline gelmiştir. Bu alanın teorik ve kavramsal olarak belirlenmesi hususu, ekonomik gerekliliklerin bir sonucu olarak ortaya çıktığı gibi, Dünya barışının gerçekleştirilmesi için de bir araç olarak görülmeye başlamıştır¹. Uluslararası ticaret ve yeryüzündeki çeşitli ülkelerden katılan temsilcilerle oluşturulan uluslararası ticaret örgütleri, hukuken düzenlenmiş bir alanda faaliyet göstermektedir. Bu hukukî alan, bir yandan sözleşme taraflarının kendi iradeleri ile yaptıkları ve tarafları bağlayıcı sözleşmelerden, diğer yandan ticaret yapan kişilerin, yaptıkları iş nedeniyle herhangi bir şekilde bağlı oldukları ulusal hukukî düzenlemelerden, bir diğer yandan da uluslararası anlaşmalardan oluşur. Bütün bunlardan başka, her yerde aynı ya da benzer ölçüde hukuken kabul gören uluslararası ticaret teamülleri vardır².

(¹) 22.9.1949 tarihinde Paris'te yapılan 2. Uluslararası Barış Kongresinde yapılan konuşmadan alınmıştır.

(²) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Fabricius, F.: Internationales Handelsrecht und Weltfrieden -Eine Bestandsaufnahme-, Law and Internatioanal Trade, Recht und International Handel, FS für Clive M. Schmitthof, 1973, 101 vd.

² Blaurock, U.: Übernationales Recht des Internationalen Handels, ZEuP 1993 (1) 247.

Bu durum, uluslararası alanda ticaret yapan kişilerin birden fazla yetkili organ tarafından konulmuş çeşitli hukukî kurallara tâbi olması sonucunu doğurmaktadır. Tarafların tâbi olacakları kural ulusal hukuk düzenlerinden birisine ilişkin ise, hangi ulusal hukukun kuralının uygulanacağı sorunu gündeme gelir. Bu sorunu, kanunlar ihtilâfı çözmektedir. Ulusal hukukların yanında, uluslararası ticaret yapan kişiler tarafından dikkate alınması gereken devletlerüstü kuralların da çoğaldığı görülmektedir. Uluslararası ticaretin bu hukukî düzenlemelerden hangisinin içinde görülmesi ve devletlerüstü kuralların hukukî açıdan nasıl değerlendirilmesi gerektiği ticaret hukukunun en tartışmalı konularından biri haline gelmiştir.

Uluslararası ticarete ilişkin sorunların hangi hukuka göre çözüleceği konusu, Avrupa'da 600 yıldan beri tartışma konusu yapılmaktadır. Ancak son yıllarda özellikle ikinci Dünya savaşının sona ermesinden ve uluslararası hakemliğin güncellik kazanmasından sonra bu tartışmalar yoğunluk kazanmıştır. Uluslararası sözleşmelerin değerlendirilmesi, bazı uluslararası örgütlerin hazırladıkları model kanunların bağlayıcılığı ve uluslararası hakemlik kurumunun önemi ve işleyişi son yıllarda sıkça tartışılır olmuştur. Günümüzde iki yaklaşım biçimi birbiriyle çatışmaktadır: Uluslararası ticaretten doğan sorunların ulusal kanunlar ihtilâfı kuralları ile çözülmesi gerektiğini savunan gelenekçi yaklaşım ve uluslararası ticareti ulusal hukuk düzenlerinden tamamen bağımsız kılmak isteyen yaklaşım³.

Bu tartışma sadece kuramsal değil, pratik alanda da önem taşır. Şöyle ki, uluslararası hakemlerin, uluslararası ticarî teamülleri kararlarına dayanak yapıp yapamayacakları veya kendilerini herhangi bir ulusal hukuk düzeninin kuralları ile bağlı kılmak istemeyen sözleşme taraflarının, sözleşmenin bağlı olacağı bir "*lex mercatoria*" yaratıp yaratamayacakları konusunun belirliliğe kavuşturulması gerekmektedir. Uluslararası ticaret hukukunun genel ilkelerine göre verilmiş veya bu ilkeleri ihlâl eden bir hakem kararını tenfiz etmek durumunda kalan ulusal mahkemeler için "*lex mercatoria*"nın niteliğini, anlamını ve kapsamını belirlemek sorunu vardır⁴.

Uluslararası ticaret hukukundan anlaşılması gereken uluslararası ticaret alanında kanunlar ihtilâfı kuralları değildir. Bu konuda özel bağlama kurallarının olduğu uluslararası ticaret alanında kanunlar ihtilâfı yoktur⁵. Uluslararası ticaret hukuku ile konu edilen, günümüzde hızla gelişen, ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız, onların üzerinde ve birleştirilmiş bir ticaret hukukudur. Uluslararası ekonomik ilişkilerden doğan hukukî sorunların

³ Blaurock, Zeup 1 (1993) 248.

⁴ Blaurock, ZEuP 1 (1993) 248.

⁵ v. Bar, C.: Internationales Privatrecht, 2. Band, Besonderer Teil, München 1991, 441.

uluslararası niteliği ile hukukun genel olarak ulusal nitelik taşıması hususları arasındaki çelişki bu konunun incelenmesini gerekli hale getirmektedir⁶.

II. Uluslararası Ticaret Hukukunun Tarihsel Gelişimi

1. Roma Hukuku

Jhering'in düşüncesine göre, Roma hukukunu ulusal hukukların içine kapalı yapısına karşın, kozmopolit bir yapıya kavuşturan unsur ticarettir⁷. Günümüzde *lex mercatoria* hakkında yapılan yeni araştırmalara bakıldığında, *lex mercatoria*'nın köklerinin Roma hukukunda arandığı görülmektedir. Birçok yazar, Klasik Dönem'in *ius gentium*'unda *lex mercatoria*'nın köklerinin bulunduğunu ileri sürmektedir⁸. Roma hukukunun birden çok kültürden oluşan toplumsal yapısını kavrayabilmek için Roma İmparatorluğu'nda ticaretin rolünü incelemek gerekmektedir. Her ne kadar *Cicero*, ticareten olumsuz olarak söz ediyor ve tarımı övüyorsa da⁹, Roma İmparatorluğu'nun refahını ticarete borçlu olduğu bilinmektedir. Aslında Roma İmparatorluğu'nda ticaret, yüzyıllar boyunca süren bir gelişme sonucunda önem kazanmaya başlamıştır. İlk zamanlarda Roma toplumu, bir tarım toplumu idi¹⁰. Roma toplumunun, tarım toplumu olmaktan ticaret merkezi olmasıyla, Şehir Devleti olmaktan İmparatorluğa geçmesi arasında bir paralellik vardır. Bu konudaki en önemli tarihi dönüm noktası ise birinci Pön savaşıdır. Bu savaşı izleyen zamanlarda, Roma'nın coğrafi konumunun da etkisiyle özellikle deniz ticaretinde büyük bir gelişme görülmektedir. M.Ö. 3. yüzyıl ticarî ilişkilerin gelişimi için önemli bir tarihtir, zira bu tarihte Roma'da ilk gümüş para tedavüle konulmuştur¹¹.

Roma hukukunda bağımsız bir ticaret hukuku yoktu¹². Roma hukukunda birtakım, münferit ticaret hukuku kurumlarına ve davalarına

⁶ Blaurock, ZEuP 1 (1993) 248.

⁷ Jhering, R.: Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung I, 3. Aufl., Leipzig 1873, 232.

⁸ Goldman, B.: Lex mercatoria, Forum internationale No. 3, Deventer 1983, 3 vd.; David, R.: Arbitrage international ou Arbitrage étranger, FS für Hans G. Ficker, hrsg. von M. Ferid, Frankfurt am Main/Berlin 1967, 121-136; Berman, H. J./Kaufman, C.: The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria), Harvard International Law Journal 19 (1978), 221-277; Wejse, P.F.: Lex mercatoria, Frankfurt a.M. 1990, 9 vd.; Dasser, F.: Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria, Zürich 1989, 32; Coing, H.: Rezension zu Eugen Langen: Transnational Commercial Law, 1973, JZ 30 (1975) 40; Rabel, E.: Das Recht des Warenkaufs, I. Bd., Berlin/Leipzig 1936, 35.

⁹ Cicero, De officiis I, 42.151: *mercatura autem, si tenuis est, sordida putanda est* (Yalnız küçük çapta yapılan bir ticaret saygın değildir).

¹⁰ Goldschmidt, L.: Universalgeschichte des Handelsrechts, I. Lieferung, Handbuch des Handelsrechts, I. Bd., 2. Abt., 2. Aufl., Stuttgart 1875, ve 3. Aufl., Stuttgart 1891, 58-94.

¹¹ Wieacker, F.: Römische Rechtsgeschichte, I. Abschn., München 1988, 349.

¹² Kaser, Das römische Privatrecht, I. Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht (Handbuch der Altertumswissenschaft), 2. Aufl., München 1975, 178.

(*actiones*) rastlanmaktadır. Bunlar, *lex Rhodia de iactu, receptum nautarum* veya *actio exercitoria* gibi özellikle deniz hukukuna ait kurumlardır¹³. Ancak bu dava ve kurumların varlığı, bağımsız bir ticaret hukukundan söz etmek için yeterli değildi. Roma hukuku, ticarî ilişkilerden doğan sorunları çözmek için özel hükümlere gereksinim duymayacak kadar esnek bir hukuk sistemiydi¹⁴.

a) *Ius Gentium*

Hukuk tarihine bakıldığında, ticaretin uluslararası niteliği ile hukukun ulusal niteliği arasındaki çelişkinin geride bıraktığımız yüzyıla ait olduğu görülmektedir. Örneğin Roma hukukuna bakıldığında, *ius gentium*'un, farklı topluluklar arasında yapılan ticareti gözetir bir biçimde düzenlendiği görülmektedir. *Ius gentium*, M.Ö. 3. yüzyılın ortalarında, yabancılar (*peregrinus*) ve yabancılarla Roma vatandaşları arasındaki hukukî ihtilaflarda uygulanan yabancılar hukukudur¹⁵. Bu hukukun ortaya çıktığı tarih, birinci Pön savaşının sona ermesi ve Romalıların dış ticaretinin artış göstermesi ile aynı zamana denk gelmektedir. *Ius gentium*'un Roma hukukundaki yeri hakkında ilk bilgiyi *Gaius*'un *Institutiones*'inde bulmaktayız:

Gai. Inst. 1.1: Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsis proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.

Gai. Inst. 1.1: Kanuna ve adaba göre yönetilmesi gereken halklar, kısmen kendi hukuklarına, kısmen de bütün insanlar için geçerli olan hukuka tâbidirler. Çünkü, her halkın kendisinin bizzat oluşturduğu hukuk, onun Devleti için özeldir ve *ius civile* olarak adlandırılır. Ancak, doğal olarak bütün insanlar için oluşturulan hukuk, herkes için eşit oranda dikkate alınır ve bu hukuk, bütün halklar için geçerli olmasından ötürü *ius gentium* olarak adlandırılır. Bundan dolayı Roma halkı kısmen kendi hukukunu, kısmen de bütün insanlar için ortak olan hukuku kullanır.

Günümüzdeki anlayışa göre değerlendirirsek, Roma hukukunda *ius gentium*'un üç işlevi olduğunu görürüz: Roma İmparatorluğu içinde yaşayan

¹³ Wieacker (1988) 349 vd., 443.

¹⁴ Kaser, RPI, 178.

¹⁵ Wieacker (1988) 438 vd.; Kaser, M.: *Ius Gentium*, Köln-Weimer-Wien 1993.

tüm topluluklara ortak hukuk ilkeleri ve kurumlarının uygulanmasını sağlamak, yabancıların kendi aralarındaki ve yabancılarla Romalılar arasındaki hukukî ilişkilerde geçerli olacak hukukî ilkeleri saptamak ve geliştirmek ve günümüzdeki anlamıyla Devletler Umumî hukukunun işlevini yerine getirmek¹⁶.

Ius gentium'un, günümüzdeki anlamıyla kanunlar ihtilâfının işlevini yerine getirdiği söylenemez. *Ius gentium*, Romalılar ve yabancılar için geçerli olan bir yeknesak hukuk olarak, *lex mercatoria*'nın temel düşüncesi ile büyük bir yakınlık arz etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin kabul edilmiş olması da yine *lex mercatoria* ile paralellik göstermektedir¹⁷. Ancak *lex mercatoria*'nın tarihsel köklerinin *ius gentium*'dan çok, yine Roma Hukuku'nun en büyük buluşlarından biri olan ve *ius gentium* ile büyük yakınlık arz eden *bona fides*'de aranması gerektiğini ileri süren görüşler vardır¹⁸.

b) *Bona Fides*

Bona fides Roma hukukunun en büyük buluşlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Wieacker'in *bona fides* konusundaki çalışmasında da¹⁹ belirttiği gibi, Roma hukuk tarihinde *bona fides*'in gelişimi iki açıdan değerlendirilebilir: Bir yandan *bona fides*'in gelişiminin usul hukukuna dayanması, diğer yandan sosyal değerlerin *bona fides* yardımı ile hukuk düzenine alınması.

aa) *Bona Fides*'in Usul Hukukuna İlişkin Yönü

Bilindiği üzere Roma hukukunda, her hakka bir dava (*actio*) verilmişti²⁰. Verilen davalar ve bunlara ilişkin dava *formula*'ları, *praetor*'ların beyannamelerinde sayılı olarak belirtiliyordu. Eğer bir hakka, bir dava verilmemiş ise, bu usul hukukunda, davanın reddi sonucunu doğuruyordu. Böyle tamamen şekli bir yargılama usulü, somut olaylarda çok katı ve haksız birtakım sonuçlara yol açabiliyordu. *Praetor*'lar, haklı buldukları, ancak bir kanun (*lex*) ile koruma altına alınmamış davaları reddetmemek için M.Ö. 3. yüzyıldan itibaren *bona fides*'in, talep hakkının nedeni olarak, kanunun (*lex*) yerine geçtiği *bonae fidei iudicia* davaları öngörmüşlerdi. Bu davalarda dava *formula*'sı şöyle düzenleniyordu: İyi

¹⁶ Honsell, H./Mayer-Maly./Th./Selb. W.: Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin 1987, 57 vd.

¹⁷ Meyer, R.: Bona fides und lex mercatoria in der europäischn Rechtstradition, Göttingen 1993, 50-51.

¹⁸ Meyer (1993) 51.

¹⁹ Wieacker, F.: Zum Ursprung der bonae fidei iudicia, SZ 80 (1963) 1-41.

²⁰ Çelebicin, Ö.: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar- Şahsın Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 2000, 310 vd.

niyetin gerektirdiği her şey²¹. Bu şekilde *bona fides* yardımıyla, dava *formula*'larının *numerus clausus* olmasından kaynaklanan engelleri aşmak ve bu nedenle somut olaylarda ortaya çıkabilecek haksızlıkları önlemek amacıyla, davalı ve davacılar arasında yeni bir hukukî durum yaratılmıştır. Böylece bir genel hukuk ilkesi olarak *bona fides*'in çıkış noktası, *praetor*'lar tarafından katı dava *formula*'ları ile somut olay hakkaniyeti arasında bir denge kurma çabaları olmuştur. *Bona fides*, hukuk uygulamasına değer yargılarının katılmasını sağlamıştır²².

bb) *Bona Fides* ve Sosyal Değer Yargılarının Hukuk Düzenine Alınması

Kanunlardaki katı hükümlerin yanı sıra ortaya çıkan ve *formula* sisteminin katı sonuçlarının aşılması konusunda başarı sağlayan *bona fides*, hukuk dışı birtakım değer yargılarına dayanmaktaydı. *Fides*, en eski dönemlerde, bir kişinin sözüyle bağlanması anlamına geliyordu; bu bağlanma ilk başlarda, dinsel, daha sonra ise geleneksel nitelik taşımaktadır. *Fides*, geleneksel nitelik taşımaya başladığında ise sözleşme hukuku için anlam taşımaya başlamıştır. Çünkü, bu durumda kişinin kendi sözüyle, sözleşmenin diğer tarafına karşı yükümlülük altına girmesi söz konusu olmuştur²³.

Bu temel üzerinde gelişen *fides*, ayrı bir değer yargısı halini alarak, *bona fides*'e dönüşmüştür. Bu anlamıyla *bona fides*, basit bir biçimde ifade edilen, sözünü tutma kavramından, kişinin hem kendine hem de başkalarına karşı kesin olarak dürüst ve vefalı olması haline gelerek daha üst düzeyde bir kavram biçimini almıştır²⁴.

Bu gelişim çizgisi içerisinde *bona fides*'in kanunlarla belirlenen dâva haklarının yanı sıra bir borçlandırıcı neden olarak tanınması anlaşılabilir. *Bona fides*, *Quintus Mucius Scaevola* tarafından "summa vis (en büyük güç)" olarak nitelendirilmiştir²⁵:

Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus his arbitriis in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manere latissime, idque versari in tutelis, societatis, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae

²¹ Çelebican (2000) 342; Kaser, RP I, 484.

²² Meyer (1993) 52.

²³ Wieacker (1988) 505.

²⁴ Wieacker (1988) 506.

²⁵ Cicero, De officiis, 3.17.70.

societas contineretur; in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

Quintus Mucius Scaevola, pontifex maximus (en büyük din adamı), doğal olarak, “güven” ve “dürüstlük” ilkelerinin eklendiği dâva formulalarının en yüksek güce sahip olduğunu söylemiştir. Bundan başka, “güven” ve “dürüstlük” eklemelerine çok sık rastlandığını, bu ilkelerin, hayata ilişkin birliktelikleri içinde barındıran hukukî işlemler olan, vesayette, şirkette, inançlı işlemde, vekâlette, alım-satımda ve kira, hizmet, istisna akitlerinde dikkate alınması gerektiğini ve bu sayılan hukukî kurumlarda, birinin diğerine ne ifa etmek zorunda olduğunu belirlemenin, hakimin en önemli ödevi olduğunu belirtmiştir.

Cicero'nun metninde, satım, şirket ve vekâlet gibi, ticaret için en önemli sözleşmelerin sayıldığı görülmektedir. Bundan başka, *Ulpianus D. 17.1.29.4*'de *bona fides*'in uygulanması konusunda somut bir örneğe rastlanmaktadır:

D. 17.1.29.4 (Ulp. 7 disp.):

... : *de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare.*

...: burada hukukî titizlik nedeniyle değil, kişinin borçlu olup olmadığını belirlemek amacıyla uygulanan iyi niyet söz konusudur.

Bu metnin daha sonra bütün orta çağ boyunca hukukî literatürde işlendiği görülmektedir. Metnin ifadesine göre ayrıntılarla uğraşmak yani aşırı derecedeki hukukî titizlik *bona fides* ile bağdaşmamaktadır. Bu düşüncenin arkasında yatan değer yargısı, yargılamanın adil ve açık bir biçimde yapılması hususudur ve bu değer yargısı ticarî hayatın gereksinimlerine cevap vermektedir²⁶.

Klâsik Hukuk Dönemi'nde *bona fides, ius civile* içine alınmış, kanunlarla verilen dâvaların yanı sıra, ayrı bir borçlandırıcı neden olarak bağımsızlığa kavuşmuştur²⁷.

Böylece Roma hukukunda usul hukukuna ilişkin nedenlerle geliştirilen *bona fides* ilkesi, orta çağda maddî hukuka ilişkin bir çok hükme temel

²⁶ Meyer (1993) 53.

²⁷ Bkz. Gai. Inst. 4.45; D. 18.5.8; D. 4.9.3.1; D. 21.1.33; Wieacker (1988) 506; Kaser, RP I. 487.

oluşturmuştur. Ayrıca bu ilke, bütün hukukî yükümlülükler için genel bir ilke halini almış, hukukî işlemlerin yorumu ve boşluklarının doldurulması konusunda uygulanmıştır. Yine *bona fides* yardımı ile, belli bir yöredeki ticarî alışkanlıklar ve genel ticarî teamüller belirlenmiştir. Klâsik Sonrast Dönem hukukundaki gelişim sürecinde, Roma hukukunun ticarete önem veren yapısı içerisinde *bona fides* daha fazla önem kazanmıştır²⁸.

c) *Bona fides* ve Roma Özel Hukukunda Yapı - Değer İkilemi

Ulusçuluk ve evrensellik, hukukun gelişimini etkileyen değişik kutuplardaki güçler olarak değerlendirilebilir; ancak bu durum sadece Roma hukuku için geçerli değildir. *Bona fides*'in incelenmesi, evrensel olarak değerlendirilebilecek bu dönemde iki farklı kutup olduğunu göstermektedir. Bu kutuplardan da sonuç olarak esnek ve ticarî ilişkilere uygun bir özel hukuk doğmuştur. Bu aşamada usul hukukundaki şekilciliğin yol açtığı katılık, *bona fides* ile yumuşatılmıştır. Roma hukukunun, yapısal ve çoğunlukla şekli hukuk anlayışı ile değer yargılarına dayalı ve adalet arayışına yönelmiş hukuk anlayışı arasındaki zıtlıkla biçimlendirildiği görülmektedir²⁹.

Yapısal hukuk anlayışı, hakların ancak kesin olarak formüle edilmiş bazı hukukî koşulların yerine getirilmesi ile ileri sürülebilmesinde kendisini gösterir. Değer yargısı içeren hukuk anlayışı ise, doğaları gereği kesin olarak tanımlanamayan hukukî ilkelere dayanır³⁰.

Behrends, Roma hukukundaki yapısal ve değer yargılarına dayanan hukuk anlayışlarının gelişim çizgisini incelediği eserinde³¹, bu gelişim çizgisini, şekli hukuka ağırlık veren *Proculianus*'lar okulu ve değer yargılarına önem veren *Sabinianus*'lar okuluna dayandırmaktadır. Daha sonra bu iki farklı yaklaşım, gerek *skeptiker*'ler gerek *stoacı*'lar tarafından etkilenen *veteres* hukuk uygulaması tarafından da biçimlendirilmiştir³².

Bu her iki düşünce biçimi arasında yapılan ayırmada *bona fides*'in yeri çok önemlidir. *Bona fides* stoacı felsefe içerisinde, ilke olarak insanların

²⁸ Meyer (1993) 53.

²⁹ Behrends, O.: Struktur und Wert. Zum institutionellen und prinzipiellen Denken im geltenden Recht. Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, hrsg. Von O. Behrends, M. Diesselhorst und R. Dreier (=Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Nr. 181), Göttingen 1990, 138 vd.

³⁰ Behrends, O.: Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, SZ 95 (1978), 187.

³¹ Behrends, SZ 95 (1978) 192 vd.

³² Behrends, SZ 95 (1978) 216 vd.

birbirine karşılıklı olarak besledikleri güvene dayanan dayanışma ilkesi olma işlevine sahiptir³³. Dayanışma ilkesi işlevine sahip *bona fides*, M.Ö. 1. ve 2. yüzyılların hukuk uygulamasını etkisi altına almış ve en yüksek güç (*summa vis*) haline gelmiştir. *Bona fides* geleneğine karşı olarak, septiklerin etkisi altında, hukukun genel ilkelerinden çok, kesin olarak belirlenmiş ve sınırları çizilmiş kurumlara öncelik veren hukukî düşünce etkisini duyurmaya başlamıştır. Klâsik Dönem Roma hukuku, yapısal ve şekilci bir biçimde düşünen *Proculianus*'lar okulu ile değer yargılarına dayanarak karar veren *Sabinianus*'lar okulunun savları ile biçim almıştır³⁴. Bu dönemden sonra yapısal ve şekli hukukî düşünce biçiminin varlığını sürdürmeye devam etmesine karşın, *bona fides* anlamını asla yitirmemiştir. *Bona fides*, bir yandan hukuk yaratılmasında etkili olurken, diğer yandan yapısal ve şekli hukuku düzeltici bir etki göstermiştir³⁵.

Bona fides'in Roma hukukundaki gelişiminin belirtilmesi, uluslararası ticaret hukukunun gelişiminde oynadığı rolü açıklayabilmek için yararlı olacaktır. Yukarıdaki açıklamalardan, Roma hukukundaki ticarî ilişkilere hoşgörülü yaklaşımın, yapısal, şekli ve değer yargılarına dayanan hukukî düşünce biçimlerinin getirdiği karşılıklı savlardan kaynaklandığı anlaşılacaktır. Uzun zaman devam eden *bona fides* geleneği olmasaydı, Roma'da ticaretin gereklerini karşılayan bir hukuk sisteminin ortaya çıkması düşünülemezdi.

d) Sonuç

Romalıların ticarî hayatı kolaylaştıran bir hukuk sistemi yaratmış olmaları, bağımsız bir ticaret hukukunun yaratılmasını gereksiz kılmıştır. Bu durum üç etkenin bir araya gelmesi sonucu gerçekleşmiştir: *Bona fides*'in gelişmesi, *ius gentium*'un yaratılması ve yapısal, şekli hukukî düşünce biçimi ile, bu hukuktaki eksiklikleri gidermeye yönelik olarak uygulanan değer yargılarına dayanan hukukun birarada yaşaması.

Ticaret, bir yandan hukukî işlemlerin yapılmasında güven, hız ve açıklığı sağlayan katı kurallara ihtiyaç duyarken, gelişmiş düzeydeki ticaret hayatında ise, somut olayın özelliklerinden kaynaklanan bir adalet arayışında katı kurallardan vazgeçilmesi gerekir. Genellikle bir hukukî işlemin kurulması veya sona erdirilmesi konularında, katı kurallara uyulmasında ısrar etmekten vazgeçmek gerekmektedir. Bundan başka ticaret, kendi özel dinamiği ve sürekli gelişmeye açık niteliği ile, değiş-tokuş işlemlerini

³³ Behrends, SZ 95 (1978) 219.

³⁴ Behrends, SZ 95 (1978) 192 vd.

³⁵ Meyer (1993) 55.

uygulamada hızlı ve adil kılacak özel birtakım değer yargılarına ihtiyaç duymaktadır³⁶.

Bona fides, sadece somut olay adaletini sağlamada, yapısal ve şekli hukukun eksikliklerini gideren düzeltici bir ilke değil, aynı zamanda *bona fides* kavramının Roma hukuku tarihindeki gelişiminin de arz ettiği gibi, Roma özel hukukunun, Roma İmparatorluğu'nun çeşitli evrelerinde değişkenlik gösteren ticarî ihtiyaçlara uyum sağlamasında yardımcı olan ve hukukun gelişimini sağlayan bir ilkedir. Böylece *bona fides*, *fides* (güven) düşüncesi sadece Roma hukuk geleneğine sapanıp kalmamış, aynı zamanda yabancılarla yapılan ticarî işlemlere uygulanacak kuralların yaratılmasında da önemli rol oynamıştır. *Bona fides*, başlangıçtan beri milletlerarası hukukunun unsurları ile birleşik bir özellik arz etmiştir³⁷.

2. Kıta Avrupası Hukuku

Orta çağ Avrupası'nda 11. yüzyıldan sonra ticarî hayatın canlanmasıyla tacirler için uluslararası alanda tanınan teamül hukuku olarak bağımsız bir hukuk gelişmiştir. Bu hukuk, "*ius mercatorium*" konusunda uzman hakimler tarafından hızlı bir muhakeme usulü ve basitleştirilmiş bir delil sistemi ile uygulanmıştır³⁸. Tacirler için geçerli olan bu hukukun doğmasının en önemli nedeni, malların ve paranın değiş-tokuşu, deniz taşımacılığı ve sigorta konularında hızlı ve güvenli bir hukuka duyulan ihtiyaç olmuştur³⁹.

Tacirlerin gelenekleri, pazarlarda, borsalarda ve uluslararası fuarlarda doğup gelişmişti. Bu bağlamda özellikle deniz taşımacılığının ve büyük fuarlarda ve limanlarda tacirler için kurulan özel mahkemelerin büyük önemi vardı. Bu mahkemeler, çoğu zaman değişik ülkelerin hukukçularından oluşmaktaydı. Bunların günümüzdeki anlamıyla hakemliklerle kıyaslanması mümkündür⁴⁰.

Avrupa Kıtasında ticarî işlemlerle ilgili olarak yazılı bir hukuk olmakla birlikte, ticarî loncalar tarafından bağımsız olarak yaratılan ve uygulanan teamül ve alışkanlıklar da vardı. Bu yazılı hukuk, özellikle, doğuda loncaların veya Devletin hukuku olarak geçerliydi. Ancak, her Devletin hukuku birbiriyle geniş ölçüde bağdaşmaktaydı. Çünkü, ticarî loncaların alışkanlıkları her yerde birbirine çok benzemekteydi⁴¹.

3. Serbest Bölge Hukuku

³⁶ Meyer (1993) 55.

³⁷ Meyer (1993) 56.

³⁸ Kappus, A.: "*lex mercatoria*", Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention Frankfurt 1980, 1990, 33 vd.

³⁹ Blaurock, ZEuP 1 (1993) 249.

⁴⁰ Blaurock, ZEuP 1 (1993) 249.

⁴¹ Blaurock, ZEuP 1 (1993) 249.

Kuzey Avrupa'da ortaya çıkan serbest bölge hukuku, sadece ticaret hukuku alanında değil, genel olarak yeknesak veya uyumlaştırılmış hukuk için bir örnektir. Serbest bölge, hiç bir egemenlik alanı ile doğrudan bir bağlantı içinde değildir. Serbest bölge orta çağda kendine özgü bir kurum olarak 500 yıl varlığını sürdürdü⁴² ve aşağı yukarı 200 şehri -deniz kenarında veya içeride- kapsıyordu. Serbest bölgenin hukuku, buraya bağlı olan Devletlerin hukuklarının yanı sıra, bu bölgenin ekonomik ilişkilerinde yeknesak ve ortak bir düzenleme sağlama işlevini gayet güzel bir biçimde yerine getiriyordu⁴³.

4. İngiltere'deki Gelişme

İngiltere'de ticaret hukukunun gelişim çizgisinin bu konu için özel bir önemi vardır. "*Lex mercatoria*" adının da ilk kez 1290 yılında ticarî teamüllerin toplanarak, *Fleta Kanun*'ları adı altında yayınlandığı sırada ortaya çıktığı görülmektedir⁴⁴. 1303 yılında 1. *Edward* döneminde yerli ve yabancı tacirlere hızlı bir muhakeme usulü (*secundum legem mercatoriam*) sağlayan ve ihtilafların, yarısı yabancılardan oluşan bir jüri tarafından çözülmesini mümkün kılan *carta mercatoria* çıkarılmıştır⁴⁵. Daha sonra, "*piepowder-court*" adını taşıyan, hızlı mahkemelerin ticarî davaları karara bağladıkları ve bu kararları verirken "*common law*"ı değil, Avrupa'da ortak olan "*law merchant*"ı uyguladıkları görülmektedir⁴⁶. 17. yüzyılda bu hukukun, tacirler arasında sadece tek bir ülkede değil, medenî Dünya'nın tamamında⁴⁷ uygulanan bir hukuk olduğu belirtilmiştir⁴⁸.

Law merchant daha sonra *common law* içerisine alınmıştır. 1765 yılında *Lord Mansfield* tarafından ele alınan bir olayda, *law merchant*'in mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınması gereken ve sadece tacirlere değil, bütün vatandaşlara uygulanabilecek bir hukuk olduğu belirtilmiştir⁴⁹. Ancak bu tarihlerde İngiltere'de ticaret hukukunun ulusallaştırılmaya başlandığı da görülmektedir. Kıta Avrupası'nda ise bu durum, Fransa'da 1673'te *ordonnance du commerce* ve 1881'de *ordonnance de la marine* ile başlamıştı.

⁴² Dollinger, P.: Die Hanse, 4. Aufl., 1989, 9; Gierke, O.: Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1. Bd., Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868; 463; Goldschmidt, L.: Universalgeschichte des Handelsrechts, 1. Bd., Stuttgart 1891, 115.

⁴³ Ebel, W.: Hansisches Recht, 1949, 3.

⁴⁴ Güterbock, K.: Zur Geschichte des Handelsrecht in England, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 1861, 13-15-17; Kappus (1990) 34.

⁴⁵ V.Bar, C.: Internationales Privatrecht, 1. Bd., Allgemeine Lehren, 1987, 30.

⁴⁶ Zimmermann, R.: Der europäische Charakter des englischen Rechts, ZEuP 1 (1993), 4 vd.; Kappus (1990) 39.

⁴⁷ "not only in one particular country, but throughout the civilised world"

⁴⁸ C.J. Holt in Lethulier's Case (1962) 2 Salk 443 (Blaurock, ZEuP 1 (1993) 252'den naklen).

⁴⁹ Pillans and Rose v. van Mierop and Hopkins [1765] 3 Burr. 1663; E.R. 97, 1035 (Blaurock, ZEuP 1 (1993) 252'den naklen).

5. Son Zamanlardaki Gelişmeler

Geride kalan yüzyılda, ticarî hayat, evrensel olma niteliğini yitirmiş, ulusal olmaya başlamıştır. Bununla birlikte münferit ülkelerin ticaret kanunlarının birbiri ile çok benzediğini veya birbirini etkilediğini görmek mümkündür. Özellikle uluslararası ticarete İtalyan, Fransız ve Hollanda hukuklarının etkisini görmezlikten gelmek mümkün değildir⁵⁰. 19. ve 20. yüzyıldaki modern kodifikasyonlarla ticaret hukukunun ulusal niteliği iyice belirgin hale gelmiştir. Uluslararası bir ticaret hukuku ve liberal dünya ekonomisinin evrensel hale getirilmesi düşüncesi, ulusal varlığını güvence altına almayı ve münferit Devletlerin güç alanını genişletmeyi amaçlayan Devletin üstünlüğü ilkesi tarafından geri plana itilmiştir⁵¹.

Ancak 20. yüzyıldaki gelişmelerin tam aksi yönde olduğu görülmektedir. Bunun nedeni Dünya ticaretinin hızlı bir şekilde gelişmesidir. Özellikle 2. Dünya savaşından sonra uluslararası ticaret patlama noktasında artmıştır. Örneğin Dünya ticaretinde ihracatın 1950'lerden 2000'li yılların sonuna kadar en az 50 kez arttığı görülmektedir⁵². Bu ekonomik gelişmelerin sonucu olarak, bazı örgütler, uluslararası konvansiyonlar ve model kanunlar yaratmak suretiyle "uluslararası kanun koyucu" işlevini görmeye başlamıştır. Bunların yanı sıra uluslararası alanda birçok ticarî teamül ve alışkanlıklar belirmiştir⁵³.

Dünya ticaretinin gelişmesi sonucunda kendiliğinden doğan bu hukuk, Avrupa'da önemli dogmatik sorunlara yol açmıştır. En önemli tartışma konusu, Dünya ticaretinin otonom hukukunun ayrı bir hukuk kaynağı olarak görülüp görülememesi noktasında toplanmaktadır. Bu konuya sağlıklı bir biçimde yaklaşabilmek için *lex mercatoria*'nın kaynaklarını topluca gözden geçirmek gerekmektedir.

III. Uluslararası Ticaret Hukuku'nun Kaynakları

Lex mercatoria adı altında bir kodifikasyon olmadığına göre, *lex mercatoria*'nın hangi hukukî kaynaklardan çıkarılabileceğini saptamak gereklidir. Uluslararası ticaret hukukunun kaynakları olarak nitelenebilecek kaynaklar aşırı derecede fazla ve kavranması zor olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk bakışta, ticarî teamüller ve hukukun genel ilkeleri, *lex mercatoria*'nın kaynaklarıdır. Ancak bunların dışında da Devletlerden

⁵⁰ Sherner, K.O.: Die Wissenschaft des Handelsrechts, Coing (Hg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. II I, 1977, 797, 867 vd.

⁵¹ Blaurock, ZEuP 1 (1993) 252.

⁵² Weise, (1990) 15 vd.

⁵³ Blaurock, ZEuP 1 (1993) 252.

kaynaklanmayan bir çok hukuk kaynağı vardır. Burada kaynakların doğduğu yere göre uluslararası ticaret hukukunun kaynakları ve uygulamadaki önemleri belirtilecektir:

1. Standart Sözleşmeler

Standart sözleşmeler, uluslararası ticarete önemli bir rol oynamaktadır. Standart sözleşme kavramına, bir sözleşmenin esaslı unsurlarının önceden formüle edildiği bütün sözleşme metinleri dahildir. Bunlar, form şeklinde ya da genel işlem şartları şeklinde düzenlenmiş olabilir. Form şeklinde düzenlenmiş sözleşmelerde taraflar, mal ve hizmet, fiyat, ifa zamanı ve ifa yeri hakkındaki özel anlaşmalarını yazabilecekleri boşluklar içeren birtakım formlar doldurmak suretiyle sözleşmeyi kurarlar. Genel işlem şartlarında ise, sözleşme metnine eklenebilen ve tarafların atıf yapabilecekleri, önceden hazırlanmış şartlar söz konusudur. Bu iki türü birbirinden ayırmak uygulamada her zaman mümkün olmadığı gibi, önemli de değildir. Zaten çoğu zaman genel işlem şartları, sözleşme formlarının arka sayfasında yer alır⁵⁴. Uluslararası ticarete katılan taraflar, bu tür araçlarla, ticarî ilişkilerini ulusal kanunlardan bağımsız olarak özgürce ve olabildiğince yeknesak bir biçimde düzenlemeye çalışmaktadırlar⁵⁵.

2. Birörnek Kurallar

Birörnek kurallar, sözleşmesel bir takım belirlemelerdir. Bunlar, cümle kalıpları şeklinde sözleşmelere eklenebilir. Aynı zamanda taraflar, bu kurallara atıf yapabilirler.

Birörnek kuralların en yaygın örneği, ticarî terimler (*trade terms*)'dir. Ticarî terimler sözleşmeye bağlı yan koşulları, anlamları ticarî örf tarafından ya da açıkça belli bir tanım ifade edilerek belirlenmiş birtakım kısaltmalara tâbi kılmayı mümkün hale getirir. Örneğin, taraflar bir malın taşınmasının *free on board (fob)* şeklinde yapılacağını ve bu kavramların anlamlarının da *Incoterms*'lere göre belirleneceğini kararlaştırabilirler. Söz konusu ticarî teamüller, münferit branşlarda ve bölgelerde bazı küçük farklar göstermekle birlikte, Dünya çapında birlik arz eder⁵⁶. Bundan başka "*cost, insurance, freight (cif)*", "*free on board (fob)*", "*free alongside ship (fas)*", "*payment against documents*" gibi tipik şartların yorumu, hemen her zaman kendine özgü ve pratikte kazanılan kural ve alışkanlıklara göre yapılmaktadır. Bir

⁵⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Dasser (1989) 77 vd. ; milletlerarası özel hukukta standart sözleşmeler için bkz., Güngör, G.: Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, 35 vd.

⁵⁵ Blaurock, ZEuP 1 (1993) 255.

⁵⁶ Dasser (1989) 85.

dizi model sözleşmeler, önemli ticarî teamüller, uluslararası ticaret odası ve Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu gibi kuruluşlar tarafından uluslararası derlemelerde yayınlanmıştır. Bu derlemeler, Dünya ticaretinde dikkate alınmakta ve adeta kanun gibi uygulanmaktadır. Örneğin uluslararası ticaret odasının yayınladığı INCOTERMS (*International Rules for the Interpretation of Trade Terms*)'ler, ve "Belgeli Akreditif İçin Yeknesak Teamül ve Uygulamalar (*Uniform Customs and Practice For Documentary Credits*)" bunlar arasında sayılabilir⁵⁷.

Birörnek kurallar, standart sözleşmeler ile çok büyük bir benzerlik gösterir. Her ikisi de taraflara yardımcı bir araç olarak, sözleşmenin kurulmasını kolaylaştırır ve kelimesi kelimesine ya da sözleşmede atıf yapılmak suretiyle, sözleşme metninin kapsamına alınabilir. Ancak, birörnek kurallar, sadece sözleşmedeki bir ya da birkaç sorunu çözüme kavuştururken, standart sözleşmeler, sözleşmenin bütün metnini belirler. Ayrıca, birörnek kurallar, standart sözleşmelerin aksine, bütün sözleşme tiplerinin birleştirilmesine değil, sadece belli kuralların birleştirilmesine yarar⁵⁸.

Bundan başka, bu şekildeki kuralların sadece ticarî ilişki içine giren taraflarca değil, bazı uluslararası idarî organlar tarafından oluşturulması da özel bir anlam taşımaktadır. Bu organlara örnek olarak, Paris'teki uluslararası ticaret odası (*International Chamber of Commerce, ICC*), Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (*Economic Commission for Europa, ECE*), Birleşmiş Milletler Asya Pasifik Ekonomik Komisyonu (*Economic and Social Commission for Asia and the Pasific, ESCAP*) veya Uluslararası Hukuk Birliği (*International Law Association, ILA*) gösterilebilir.

3. Ticarî Teamüller

Amerikan *Uniform Commercial Code*, ticarî teamülleri şu şekilde tanımlamaktadır: Belirli bir yerde, bir meslekte veya bir ticaret alanında söz konusu işlem bakımından kendisine tâbi olunacağına yönelik bir beklentiyi haklı çıkaracak kadar düzenli biçimde riayet gören herhangi bir karşılıklı davranış tarzı veya biçimi⁵⁹.

⁵⁷ Baumbach/Duden/Hopt. *Handelsgesetzbuch*, 28. Aufl., 1989, 2. Teil: Handelsrechtliche Nebengesetze 6.

⁵⁸ Dasser (1989) 86.

⁵⁹ "any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction" (§ 1-205, 2).

Ticarî teamüller, alışkanlık, uzun zaman uygulanma veya ticarî hayattaki gelenekler olarak da belirtilmektedir. Bunlar, gelenek hukuku olabileceği gibi, olmayabilir. Kural olarak, taraflar, ticarî teamüllere hukukî anlam verirler. Taraflar, bunu bilinçli olarak yapabilecekleri gibi, bilinçsiz olarak da yapabilirler⁶⁰.

“Taraflar hiç bir şey kararlaştırmamışlarsa, yaptıkları sözleşmede zımnî olarak, daha önceden bildikleri ya da bilmeleri gereken ve uluslararası ticaret alanında bu şekildeki, bu ticarî alanda geniş ölçüde bilinen ve kendilerince de düzenli olarak dikkate alınan ticarî teamüllere dayandıkları kabul edilir”⁶¹.

Bu madde ile Viyana Satım Sözleşmesi de başlıca hukuk düzenleri gibi, ticarî teamülleri önemli bir yorum aracı olarak kabul etmektedir.

4. Uluslararası Kanunlaştırmalar

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

a) Devletler Arasında Yapılan Anlaşmalar

Devletler arasında yapılan anlaşmalar, ulusal kanun koyucu tarafından kısmen ortak bir biçimde, kanun gücünü taşıyarak ulusal hukuk düzenine alınır. Böylece, hukukun ulusal niteliği bu alanda da kendini göstermektedir⁶². Ancak Devletlerarası anlaşmalar, maddî özel hukuku düzenledikleri ölçüde *lex mercatoria*'nın kaynağı olabilir. Bu anlaşmalara pek çok örnek verilebilir: 1924 tarihli, gerek gemi, gerek yük sahiplerinin menfaatlerini gözönünde bulundurmak suretiyle taşıyanın sorumluluğunu adil bir şekilde düzenleyen ve ademi sorumluluk şartlarını sınırlayan Lahey kuralları, özellikle işletenin zarar görmesine engel olma amacını gütmektedir⁶³. Bu kuralların uygulanması sırasında ortaya çıkan bazı aksaklıklar, 1968 yılında Brüksel’de yapılan bir protokol ile düzeltilmiştir. Ancak “Konişmentoya dair bazı kaidelerin birleştirilmesi hakkında 25.08.1924 tarihli Brüksel anlaşmasının tadiline dair protokol (Lahey-

⁶⁰ Dasser (1989) 90.

⁶¹ 1980 tarihli Viyana Satım Sözleşmesi md. 9 II.

⁶² Blaurock, ZEuP 1 (1993) 254.

⁶³ Bu konuda ilgi için bkz., Çağa, T.: Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, 7. Bası, İstanbul 1984, 18.

Wisby Kuralları)⁶⁴ olarak adlandırılan bu anlaşma, geniş bir uygulama alanı bulamamıştır. Bundan dolayı, UNCITRAL, aynı alanda daha geniş kapsamlı olarak, “Eşyaların Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (*United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea*)”nu ortaya çıkarmıştır. Hamburg kuralları olarak adlandırılan 1978 tarihli bu anlaşma, birçok ülke tarafından imzalanmış olmasına karşın, henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu da otonom ve pozitif anlamda yeknesak bir *lex mercatoria*’dan henüz ne kadar uzak olduğunu göstermektedir⁶⁵.

Yıllardan beri özellikle satım alanında hukukun uluslararası alanda birleştirilmesi için büyük çaba gösterilmektedir. Yeknesak satım hukuku hakkında 1 Temmuz 1964 tarihli sözleşmelerin⁶⁶ başarılı olamadığı görülmektedir⁶⁷. Bunun üzerine yine UNCITRAL, 11 Nisan 1980 yılında Viyana’da yapılan genel kurul toplantısında geniş ölçüde kabul gören bir tasarı hazırlamıştır. On ülkenin imzalaması üzerine bu tasarı, 1 Ocak 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. Viyana Satım Sözleşmesi, sözleşmeye üye ülkelerde yaşayan kişiler arasındaki satım sözleşmelerine uygulanır. Sözleşme, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca, sözleşme taraflarından birinin ülke hukukuna atıf yapması durumunda da uygulanır⁶⁸. Bu nitelikleriyle, Viyana Satım Sözleşmesi’nin de *lex mercatoria*’nın bir parçası olduğu kabul edilmelidir⁶⁹.

Bunlardan başka Devletler arasındaki ticarî ilişkilerde de bir hukuk doğmaktadır. Bu hukuk Devletler umumî hukukunun konusuna girmektedir. Devletler arasındaki ihtilâflarda hakemler, sıkça, özellikle kamulaştırmadan doğan zararların giderilmesini tanıyan Devletler umumî hukukuna başvurumaktadırlar. Bu konuda da 1969 tarihli “Anlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi”⁷⁰ örnek olarak verilebilir. Bu anlaşma, Devletler umumî hukukuna ilişkin genel hukuk ilkelerini, hukukun genel ilkelerini ve bugüne kadar hukukî olarak henüz bağlayıcılığı olmayan teamülleri düzenleme altına almıştır⁷¹. Bu anlaşmanın 1. maddesi, anlaşmanın, sadece bu anlaşmaya üye Devletler arasındaki sözleşmelerde

⁶⁴ Çağa (1984) 18.

⁶⁵ Dasser (1989) 101.

⁶⁶ Bir eki ile birlikte Maddî Taşınır Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Yeknesak Hukuk Hakkında Sözleşme (Yeknesak Satım Hukuku Sözleşmesi) ve iki eki ile birlikte Maddî Taşınır Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Akitlerin Kuruluşuna İlişkin Yeknesak Hukuk Hakkında Sözleşme (Kuruluşa İlişkin Yeknesak Hukuk Sözleşmesi). Sözleşmenin İngilizce ve Fransızca metinleri ve ekleri için bkz., Graveson, R. H./Cohn, E. J./Graveson, d. M.: Uniform Laws on International Sales Act 1967, London 1968, 124-191.

⁶⁷ Dasser (1989) 102.

⁶⁸ Tiryakioğlu, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

⁶⁹ Dasser (1989) 102.

⁷⁰ “Vienne Convention on the Law of Treaties”

⁷¹ Shaw, M.N.: International Law, 2. Ed., Cambridge 1986, 459 vd.

uygulanacağını belirtmektedir. Ancak Devletler umumî hukukunun *lex mercatoria* için kaynak teşkil etme özelliği son derece sınırlıdır. *Lex mercatoria* için asıl önemli olan, Devletler umumî hukukuna göre verilen mahkeme, hakem kararları ve bilimsel çalışmalar sonucunda elde edilen hukukun genel ilkeleridir⁷².

b) Model Kanunlar

Bunun dışında hukukun model kanunlarla birleştirilmesi çabalarına değinmek gerekir. Bu bağlamda Avrupa Komisyonu'nun ve bazı özel sponsorların desteğiyle Danimarkalı hukukçu *Ole Lando* başkanlığında oluşturulan Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonu (*Commission on European Contract Law*) 20 yıllık bir çalışmanın sonucunda "Avrupa Sözleşme Hukuku'nun İlkeleri (*The Principles of European Contract Law*)"ni yayınlamıştır⁷³. Bu çalışma, sözleşmelerle ilgili bir dizi genel kuralın yanı sıra, sözleşmelerin ifa edilmesi ve ifa edilmemesi ile ilgili olarak bir çok kural içermektedir. Bu çalışmanın Amerikan hukukundaki "*Restatement*"lerden ilham aldığını söylemek mümkündür⁷⁴. Bu ilkeler Avrupa özel hukukunun kanunlaştırmaya benzer bir biçimde yeknesaklaştırılması konusunda bir denemedir. Aynı amaca yönelik olan bir başka çalışma da UNIDROIT'nin uluslararası ticari sözleşmeler için oluşturduğu ilkelerdir (*Principles for International Commercial Contracts*). 1926 yılında yalnızca özel hukukun birleştirilmesi amacıyla uluslararası bir Enstitü kurulmuştur. Bu Enstitünün merkezi Roma'da olup UNIDROIT (*Institut international pour l'unification du droit privé*) adını taşımaktadır. Bu kuruluş uzun yıllar süren çalışmaların sonucunda 1994 yılının sonlarına doğru Roma'da "*Principles for International Commercial Contracts*" (Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri)'i yayınladı⁷⁵. Bu çalışmanın daha iddialı olduğu söylenebilir. Çünkü bununla Dünya üzerindeki bütün önemli hukukî düzenlemeleri yansıtan ve Dünya üzerinde uygulanırlığı olan ilke ve kurallar saptanmaya çalışılmıştır. *Unidroit* ilkeleri ne bir kodifikasyon ne de uluslararası bir anlaşma niteliğindedir. Bu ilkeler

⁷² Dasser (1989) 106; Lorenz, W.: Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts, Bericht und Gedanken über ein Programm der Cornell Law School (Ithaca, New York) JZ 9 (1962) 269 vd.

⁷³ Lando, O./Beale, H.: Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised, Cambridge 2000, Ayrıca bkz., İdem: European Contract Law, Am. J. Comp. L. 31 (1983) 653-659; İdem: Principles of European Contract Law, An Alternative or a Precursor of European Legislation, RabelsZ 56 (1992) 261 vd.

⁷⁴ Zimmermann, R.: Konturen eines Europäischen Vertragsrecht, JZ 50 (1995) 477; Coing, H.: Europäisierung der Rechtswissenschaft, NJW 15 (1990) 939.

⁷⁵ Bonell, M.J.: An International Restatement of Contract Law; The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, New York 1994; The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, New York 1994; Bu kitapta ilkelerin içeriği hakkında bilgi verilmiş ve ilkeler, İngilizce, Fransızca, Almanca, İtalyanca, İspanyolca, Portekizce, Çince, Japonca, Rusça ve Arapça yayınlanmıştır.

daha çok uzlaşma (*consensus*)'ya dayalı, Dünya Ticarî Sözleşmeler Hukuku'nun "*Restatement*"leri gibi anlaşılmalıdır. Bu ilkeler nitelikleri gereği modern bir "*Ius Commune*" ya da bu kavramın otantik ifadesi "*lex mercatoria*"⁷⁶ niteliğindedir. Bu ilkeler meşruiyetini, herhangi bir Devletin ya da Devletlerarası kanun koyucunun otoritesinden değil, uluslararası ticarî yaşamda uygulanabilir kalitede olmalarından almaktadır⁷⁷. Bu ilkelerin uygulamada yaygınlık kazanmaları, içlerinde taşıdıkları ikna gücünden kaynaklanacaktır⁷⁸.

Bundan başka münferit Devletlerin hukuk yaratma yetkilerini devrettikleri uluslararası (supra) örgütler vardır. Bunların en önemli örneği, Avrupa Birliği'dir. Avrupa Birliği, gerek Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerde doğrudan geçerli olan tüzüklerle (*Verordnung*) gerek münferit Devletleri, hukuklarında değişiklik yapma yükümlülüğü altına sokan yönergelerle (*Richtlinie*) hukuk yaratma yetkisini kullanmaktadır. Avrupa Birliği içerisinde özellikle ticaret hukuku ve şirketler hukuku alanında hukukun uyumlaştırılması büyük ölçüde gerçekleştirilmiştir⁷⁹.

5. Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri kavramı, gerek teori gerek uygulama tarafından sıkça kullanılmakla birlikte seyrek olarak tanımlanmıştır. Hukukun genel ilkeleri, çeşitli ulusal hukuk düzenlerinde ortak olan yönlendirici düşüncelerdir. Bunların dışında, uluslararası ticaret alanında, bütün önemli hukuk düzenlerinde yer alması zorunlu olmayan genel ilkelerden de söz edilebilir. Örneğin, uluslararası ticarete Devletlerin hakem olabilme niteliği⁸⁰.

"Hukukun genel ilkeleri hukukun temel taşlarıdır. Genel ilkeler, kararların dolaysız yapı taşları oldukları için belirsizdir"⁸¹. Uygun bir ortamda uygulama alanı buldukları zaman somutlaşır⁸². Bu anlamda doğrudan herhangi bir vakianın altlanabildiği ticarî teamüllerden farklılık

⁷⁶ Bonell, M.J.: Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge, *RabelsZ* 56 (1992), 287.

⁷⁷ Wolf, S.: Unidroit Principles: Grundregeln der internationalen Handelsverträge, *Recht* 2 (1998) 83 vd.

⁷⁸ Bonell, M.J.: Die Unidroit-Prinzipien der internationalen Handelsverträge: Eine neue Lex Mercatoria?, *ZiRVgl.* (1996) 153.

⁷⁹ Blaurock, U.: Wege zur Rechtseinheit im Zivilrecht Europas, Starck (Hg.) *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze*, 1992, 90.

⁸⁰ Dasser (1989) 107; Weise (1990) 120 vd.

⁸¹ Dasser (1989) 107.

⁸² Esser, J.: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1964, 49; Schlesinger, R./Gündisch, H.J.: *Allgemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen in Schiedsgerichtsverfahren. Ein Beitrag zur Theorie der Entnationalisierung von Verträgen*, *RabelsZ* 28 (1964), 4 vd.

gösterir. Somut olayda bir kuralın hukukun genel ilkesi mi yoksa belli bir norm mu olduğu konusu sorun yaratabilir. *Lex mercatoria* bağlamında hem hukukun genel ilkeleri hem de ticarî teamül kuralları uygulanabilir olduğu için bu konudaki ayırım önemli değildir⁸³.

Hukukun genel ilkeleri, genel nitelikleri itibariyle özel hukuka ilişkindir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde “medenî ülkelerin genel hukuk ilkelerinin devletler hukukunun kaynaklarından sayılması bu konuda bir şey değiştirmez” hükmü vardır. Md. 38’de sözü edilen genel ilkeler, aynı zamanda *lex mercatoria*’nın da kaynaklarından biri olabilecek, bilinen genel ilkelerden başka bir şey değildir⁸⁴. Hukukun genel ilkelerine birkaç örnek verilebilir:

a) İyi Niyet İlkesi

İyi niyet ilkesi hemen her hukuk düzeni tarafından bilinmekte ve ticarî ilişkilerin de temelini oluşturmaktadır. Bu genel ilke, bütün diğer ilkelerin de kaynağı olarak nitelendirilebilir. Zira, sözleşmeye ve hakemlik anlaşmalarına bağlılık, mücbir neden dolayısıyla sözleşmeden doğan yükümlülüklerden kurtulma, sözleşmenin değişen koşullara uydurulması, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi diğer bütün ilkelerin uygulanması sırasında iyi niyet ilkesi ölçüt alınır⁸⁵.

b) *Pacta sunt servanda* (Ahde Vefa İlkesi)

Pacta sunt servanda ilkesi, kilise hukukçularına ve doğal hukuk savunucularına, Roma hukukundaki her hakkın bir *actio* ile korunmuş olması ve sözleşmelerde belli tiplere bağlılık ilkelerine karşı savaşıma olanağı sağlamıştır. Bu ilkeye göre, bağlayıcı olarak kararlaştırılan bir hususa uyulmalıdır. Bu ilke ile zaten olması gereken bir şey ifade edilmekle birlikte, birçok istisna da getirilmiştir. Örneğin, irade sakatlıklarından ötürü sözleşmeden dönülmesi, butlan nedenleri vs. Özellikle, uluslararası ticarete sık görülen uzun süreli sözleşmelerde, bu ilkeye uyulması bazen tarafları zorlayabilmektedir. Bu nedenle bu ilkenin şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir: *Pacta sunt servanda bona fide*; sözleşmeler iyi niyet ilkesi uyarınca ifalar talep edilebildiği sürece, bağlanma niyeti, irade sakatlıkları ve değişen koşulların da dikkate alınmasıyla geçerlidir⁸⁶.

⁸³ Dasser (1989) 107.

⁸⁴ Dasser (1989) 107.

⁸⁵ Dasser (1989) 109; Weise (1990) 124.

⁸⁶ Dasser (1989) 110; Weise (1990) 123; Bischoff, J.: *Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus*, Zürich 1983.

c) *Vis maior* ve *clausula rebus sic stantibus* (Mücbir sebep-Akdin Uyarlanması)

Değişen koşulların sözleşmeye uydurulmasının koşulları ve hukukî sonuçları, her ülkede farklılık göstermektedir. Uluslararası ticarete bu konuda bir karmaşa vardır. Bu konu bazen, *vis maior*, bazen *rebus sic stantibus*, bazen de *frustration* olarak nitelendirilmektedir. Bu konuda bağımsız bir kavram, kayıtlarla geliştirilmiştir: *Vis maior*- ve *hardship* kuralı. Ancak uygulamanın bu konuda ortak bir noktaya ulaşmadığı görülmektedir⁸⁷.

Uygulamada bu konuda oluşan benzerlikler, hakem kararlarından çıkarılmaktadır⁸⁸. Borçlanılan ifanın imkânsız hale gelmesi veya aşırı derecede zorlaşması durumunda *vis maior*'e başvurulabilir. Ancak bu durum tarafların kusurlu bir davranışından ötürü meydana gelmiş, önceden öngörülebilir ve taraflardan beklenebilecek ölçüde fedakârlıkla giderilebilir nitelikte olmamalıdır. Bütün bu koşullar haklı olarak oldukça katı bir değerlendirmeye tâbi tutulmaktadır. Özellikle uluslararası alanda çalışan girişimcilerden, sayısız riskleri önceden hesaba katmaları, önceden öngörülmesi mümkün olmayanların ise, sözleşmeye genel hükümlerin konulması yoluyla çözüme bağlanması beklenmektedir⁸⁹.

Vis maior'un doğuracağı hukukî sonuçlar konusunda yapılan önerilerin daha az birlik oluşturduğu görülmektedir. Yakın zamanlarda, *vis maior*'un, *clausula rebus sic stantibus*'un aksine, ifa yükümlülüğünü sona erdirmediği, sadece kesintiye uğrattığı görüşü yaygınlaşmaya başlamıştır. Ayrıca sözleşmenin, para değerlerindeki değişmelere uydurulması ve ifalar arasında denge kurulması da mümkün görülmeye başlanmıştır. Genel olarak hem uluslararası hakemliklerde, hem de ulusal mahkemelerde, önceden öngörülemeyen durumlardan doğan zararların, olabildiğince taraflar arasında dağıtılması eğilimi yaygınlaşmaktadır⁹⁰. Taraflardan, devam eden bir sözleşmede, beklenmeyen zorlukların ortaya çıkması durumunda, yeniden masaya oturup görüşmeleri beklenmektedir. Bu ödev, uluslararası ticaretin bir ilkesi olmaya başlamıştır⁹¹.

⁸⁷ Dasser (1989) 110; Weise (1990) 123.

⁸⁸ Dasser, sh. 110, dn. 149.

⁸⁹ Dasser (1989) 111.

⁹⁰ Bucher, A.: Transnationales Recht im Internationalen Privatrecht, Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter (Hg. Schwind), Veröffentlichungen der Kommission für Europarecht 5 Wien 1986, 16; Dasser (1989) 112.

⁹¹ Dasser (1989) 112; Weise (1990) 134.

Hukukun genel ilkeleri ile ilgili çok sayıda karşılaştırmalı hukuk çalışması yapıldığı görülmektedir. *Lex mercatoria* açısından yaklaşıldığında, bu hukukun kaynağı olabilecek ilkelerin, bütün hukuk sistemlerinde tanınan ilkeler olmaları gerektiği açıktır. Bu güne kadar, hukukun genel ilkelerini *codex* şeklinde toparlayan bir çalışma olmadığından, bu durumun saptanması büyük zorluklara neden olmaktadır. UNIDROIT'nın, uluslararası sözleşmeler için genel ilkeleri yayınlaması ile bu eksikliğin giderildiği söylenebilir⁹².

6. Uluslararası Hakemlik

Uluslararası ticaretten doğan hukukî ihtilaflar, yukarıda anılan kurallara göre özel hakemler tarafından çözülmektedir. *Lex mercatoria*'nın, hakem kararları ile ayakta durduğu söylenebilir. Hakemler, ticarî teamülleri ve hukukun genel ilkelerini saptamak suretiyle yeni kurallar yaratırlar. Hakemler, genellikle, uzman kişilerden oluşmaktadır. Dolayısıyla hukukun uygulanmasında da *de facto* daha fazla özgürlükleri vardır. Bu durum, onların giderek, uluslararası ticaret hukuku uygulamasında, ulusal mahkemelerden daha fazla önem kazanmalarına neden olmaktadır. Hakemliklerde uygulanan muhakemeye esas teşkil eden yönetmelikler, kısmen Devletler hukuku uyarınca yapılan anlaşmalara dayanır; kısmen de özel örgütler tarafından çıkarılır. Devletler tarafından yapılan resmî anlaşmalar, ağırlıklı olarak hakem kararlarının tenfizi ve hakemler tarafından verilen kararların tanınmasını düzenlerken, özel ya da gayri resmî hakem yönetmelikleri hakemlerin uyguladıkları muhakeme usulünü somut olarak düzenleme amacını güderler⁹³.

Ticaret hukuku alanında çok yanlı (*multi literal*) anlaşmalardan en önemlileri, tahkim şartlarına ilişkin 1923 tarihli Cenevre Protokolü⁹⁴, yabancı hakem kararlarının icrasına ilişkin 1927 tarihli Cenevre anlaşması⁹⁵, yine yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında 1958 tarihli Birleşmiş Milletler (New York) anlaşması⁹⁶, Milletlerarası Ticarî hakemlik konusundaki 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi⁹⁷ ve Devletler ve diğer Devlet

⁹² Bkz. a.ş. sh. 32 vd.

⁹³ Blaurock, ZEuP I (1993) 256.

⁹⁴ R GBl. 1925 II, 47.

⁹⁵ R GBl. 1930 II, 1067.

⁹⁶ RG 25.09.1991, 21002; Bugüne kadar aşağı yukarı altmış Devlet bu anlaşmaya imza atmıştır. Bu anlaşma sayesinde hakem kararları günümüzde, ulusal mahkeme kararlarına oranla daha fazla icra edilebilme şansına kavuşmuştur. Zira bu ulusal mahkeme kararlarının icra edilebilmesi için, özellikle Avrupa Birliği ülkeleri dışındaki ülkeler arasında ikili anlaşmaların olması gerekmektedir. Bu icra edilebilirlik özelliğinden dolayı, taraflar doğrudan hakeme gitmeyi tercih etmektedir.

⁹⁷ RG 23.09.1991, 21000; Bu anlaşma hakem yargılama usulüne ilişkin birçok ikincil nitelikte uygulanan kural içerir. Bu anlaşmaya birçok Avrupa Devleti ve Doğu bloku ülkeleri

vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi hakkında 1965 tarihli Washington Sözleşmesi (Dünya Bankası Anlaşması)⁹⁸'dir. Ayrıca 1985'den bu yana uluslararası hakemlik hakkında UNCITRAL model kanunu vardır. Bu model kanun, Devletlere, Devletler hukukuna ilişkin bir yükümlülük yüklemeksizin, uluslararası hakemlikle ilgili geniş kapsamlı normları iç hukuklarına alma olanağı sağlamaktadır⁹⁹.

Özel örgütler tarafından hakemlik yargılama usullerine ilişkin olarak çıkarılan yönetmelikler, Devletler arasında yapılan anlaşmalardan daha fazla önem taşımaktadır. Bu örgütler, uluslararası hakemlik yargılama usullerine ilişkin idarî bir çerçeve çizerler. Bunların en önemlileri Paris'teki uluslararası ticaret odası¹⁰⁰ ve New York'taki *American Arbitration Association (AAA)*'dir¹⁰¹.

Uluslararası ticaretle ilgili ihtilaflarda, kural olarak, ulusal mahkemeler değil, uluslararası bir hakem karar vermektedir. Bu hakemin verdiği kararlar, herhangi bir Devletin herhangi bir organı tarafından zorla tenfiz edilmemektedir. Birçok olayda böyle bir zorlama da gerekmemektedir. Çünkü, hakem yargılamasının başında ödenen paranın kaybedilmesi, kötü iş yapanlar listesine kaydedilme, işin diğer tarafınca boykot edilme, birliklerden veya belli bir organın üyeliğinden ihraç gibi ekonomik bazı müeyyideler daha etkili olabilmektedir¹⁰². Hakem uygulaması, uluslararası ticaretin maddi hukukunun somut olarak belirlenmesine götürmektedir¹⁰³.

IV. Uluslararası Ticarî Sözleşmeler İçin UNIDROIT İlkeleri

-Yeni bir *lex mercatoria*-

1. Genel Olarak

Yukarıda da kısaca açıklandığı gibi, *lex mercatoria* uzun bir gelişme sürecinden sonra daha yoğun bir şekilde gündeme gelmeye başlamıştır. Bu

katılmıştır. Bu nedenle anlaşma. Doğu-Batı ülkeleri arasındaki ticaretin kolaylaştırılmasında önemli rol oynamıştır.

⁹⁸ RG 06.12.1988, 20011; Bu anlaşma özel ya da Devlet tarafından yabancı ülkelerde yapılan yatırımlarla ilgili olayları konu almaktadır. Hakemlik merkezi (ICSID=International Centre for Settlement of Investment Disputes) Washington'dadır. Şu anda 87 ülke buraya üyedir. Başlangıçta ICSID'in pratik bir önemi yoktu. Ancak bugüne kadar, 20'den fazla davanın ICSID önüne götürüldüğü görülmektedir. Türkiye bu Sözleşmeyi 1988 tarihinde 3450 sayılı Kanun ile onaylamıştır.

⁹⁹ Lörcher, G.: Schiedsgerichtbarkeit: Übernahme des UNCITRAL-Modellgesetzes?, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1987, 230 vd.

¹⁰⁰ 1919 yılında kurulmuştur.

¹⁰¹ 1926 yılında kurulmuştur. Hazırladıkları listede birçok hakem adı yer almaktadır. Diğer hakemlik yönetmeliklerinin yanı sıra, Commercial Arbitration Rules hazırlamışlardır. AAA ne alan olarak ne de bölgesel olarak bir bağlılık arz etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Kellar, F./Domke, M.: Arbitration in International Controversy, New York [].

¹⁰² Kappus (1980) 257.

¹⁰³ Blaurock, ZEuP 1 (1993) 257.

gelişim sürecinde *lex mercatoria* ile ilgili iki zıt tavır göze çarpmaktadır. Bir grup, uluslararası ticaretin, ilgili Devletlerin hukuklarından tamamen bağımsız, özerk bir hukuk olarak *lex mercatoria*'nın tamamen yanında yer alırken; diğer bir grup, böyle bağımsız bir hukuka karşı çıkmışlar, hakemlerin kendi kendilerine buldukları çözümleri, uygulanması gereken objektif hukukun yerine geçirmek için kullandıkları bir araç olarak nitelendirmiştir¹⁰⁴.

Ancak son zamanlarda tartışma konusu bir *lex mercatoria*'nın olup olmayacağı değil, ne zaman ve nasıl olacağıdır. Bu konudaki düşüncelerin değişmesinin en büyük nedeni, yeni Dünya düzeninde Devletlerin sayısının sürekli artması nedeniyle ortaya çıkan ticarî ihtilâfların çözümü için, hakemliklerin keşfedilmesi ve yeniden düzenlenmesidir. Hakemliğin Dünya çapında kabul edilmesinde en önemli gösterge, 1985 yılında Viyana'da kabul edilen, uluslararası hakemlik hakkında UNCITRAL Model Kanunu'dur. Bu Model Kanun'dan başka UNIDROIT tarafından çıkarılan, uluslararası ticarî sözleşmeler hakkında temel ilkeler, bu konudaki gelişmelerin son halkası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ilkeler, uluslararası ticaretin en son ürünü olarak nitelendirilebilir. Gerçekten de bu ilkelerin bugüne kadar uluslararası alanda yapılan kural koymaya yönelik bütün çalışmalardan daha farklı bir yapısı vardır. UNIDROIT ilkeleri, ne örnek bir sözleşme ya da şartname, ne uluslararası bir anlaşmanın konusu olarak nitelendirilebilir. Bu ilkelerin bağlayıcı bir etkisi olmadığı gibi, uygulamada sadece kendi içlerinde taşıdıkları ikna gücünden destek alarak, geçerlilik kazanacaktır¹⁰⁵.

2. UNIDROIT İlkelerinin Amacı

Yukarıda da değinildiği gibi, günümüzde uluslararası ticarî ilişkilerin hukukî durumu çok tatmin edici değildir. Gerek birbirinden farklılıklar gösteren ulusal hukuk düzenleri, gerek iç hukuka alınmalarında sorunlar ve eksiklikler yaşanan uluslararası anlaşmalar, yabancı unsurlu ticarî ilişkilerden doğan ihtilâfları çözmeye yetmemektedir. Ayrıca çeşitli örnek anlaşmalar, şartnameler de bu konudaki ihtiyaca cevap vermemektedir. Bu tür sözleşmeler, genellikle sadece tek bir tarafın yararını korumaya yönelik oldukları gibi, zorunlu olarak belli bir hukuk düzeninin hukuk anlayışını yansıtırlar ve bu hukuk düzeninin kavramlarından etkilenmiştir. Uluslararası ticaret odası tarafından son derece tarafsız olarak hazırlanmış olan INCOTERMS ve Belgeli Akkreditif Hakkında Yeknesak Kurallar bile sınırlı

¹⁰⁴ Bonell, ZfRvgl. (1996) 152.

¹⁰⁵ Bonell, ZfRvgl. (1996) 153.

bir alanda düzenleme getirdikleri için, kısmî bir çözüm olanağı sunmaktadır¹⁰⁶.

Taraflar ilke olarak, yaptıkları sözleşmede karşılıklı hak ve yükümlülüklerini ayrıntılı ve kapsamlı bir biçimde belirleyebilirler ve böylece, sözleşmelerine istemedikleri başka normların uygulanmasını önleyebilirler. Ancak bu durumda da, sözleşme tarafları arasında dilden ve farklı hukukî terminolojiye sahip olmaktan kaynaklanan sorunların aşılanması mümkün olmayacaktır¹⁰⁷.

Tarafların, aralarında yaptıkları sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme olanağına sahip olmaları da tatmin edici bir çözüm sunmamaktadır. Özellikle, taraflardan birinin, prestij kaybı korkusu nedeniyle başka bir Devletin hukukunun uygulanmasını kabul edemeyeceği, ancak kendi tâbi olduğu hukuk düzeninin de söz konusu sözleşmenin bağlı olacağı hukuku belirlemek açısından son derece yetersiz kaldığı durumlar olabilir¹⁰⁸.

Bütün bunların yanı sıra, politik açıdan oldukça büyük güçlükler ortaya çıkabilmektedir. Özellikle ulusal mahkemeler önünde hukuk seçimi, kural olarak halihazırdaki hukuk düzenlerinden birisi ile sınırlıdır. Bunun sonucunda, bir taraf veya her iki taraf da, ya çok az ilgili oldukları ya da hiç ilgili olmadıkları bir hukuk sistemini veya çok iyi tanıdıkları nedeniyle reddetmek istedikleri bir hukuk düzenini seçmek zorunda kalacaklardır¹⁰⁹.

UNIDROIT ilkelerinin amacı ise, uluslararası ticarete ortaya çıkabilecek bu eksiklikleri gidermek veya en azından hafifletmektir. *Unidroit* ilkelerinin amacı dibace (*Präambel*)'de belirtilmiştir (*Präambel* I/1.1). Uluslararası ticarî sözleşmeler için genel kurallar içeren ilkeler, uluslararası sözleşmelerin yapılması sırasında, ulusal hukuk düzenlerindeki parçalanmadan dolayı ortaya çıkan engelleri aşmaya yönelik olarak, ulusların üzerinde bir sözleşme hukukunun genel hükümleri olarak değerlendirilmelidir¹¹⁰.

Unidroit ilkeleri, tarafların sözleşmenin bu ilkelere tâbi olacağını kararlaştırmaları durumunda uygulanabilir (*Präambel* I/11). Eğer taraflar, sözleşmenin "*Lex Mercatoria*'nın Genel Hukuk İlkeleri"ne tâbi olacağını kararlaştırırlarsa (*Präambel* II) yine *Unidroit* ilkeleri uygulanır. Bundan

¹⁰⁶ Bonell, ZfRvgl. (1996) 153.

¹⁰⁷ Bonell, ZfRvgl. (1996) 153.

¹⁰⁸ Bonell, ZfRvgl. (1996) 153.

¹⁰⁹ Bonell, ZfRvgl. (1996) 153.

¹¹⁰ Wolf, S.: *Unidroit Principles: Grundregeln der internationalen Handelsverträge*, Recht 1998, 2. Heft, 83.

başka bu ilkeler, uygulanacak hukukta uygun bir kural bulunamaması durumunda (*Präambel* III), ayrıca uluslararası yeknesak hukukun (*Uniform law/Einheitsrecht*) kurallarının yorumlanmasında ya da boşlukların doldurulmasında kullanılabilir (*Präambel* IV). Ayrıca bu ilkeler, ulusal ve uluslararası kanun koyucular için model işlevi görebilir¹¹¹ (*Präambel* V).

3. Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü (UNIDROIT)

UNIDROIT (*Institut international pour l'unification du droit privé-International Institute for the Unification of Private Law*) Roma'da 1926 yılında büyük Roma hukukçusu *Vittorio Scialoja*'nın çabalarıyla, bir Devletler Topluluğu olarak kurulmuştur. Enstitü, 1940 yılında uluslararası bağımsız bir örgüt statüsünü elde etmiş ve statüsünü bugüne kadar korumuştur. Enstitünün 58 üyesi bulunmaktadır. Ev sahibi ülke olan İtalya, Enstitü'ye en büyük katkıyı sağlamakla birlikte, İsviçre, Enstitü'nün özel hukuku birleştirme çabalarına, gerek uzman hukukçular göndererek, gerek malî destekte bulunarak uzun yıllardan beri yardımcı olmaktadır. UNIDROIT, kuruluşundan bu yana, çeşitli alanlarda birçok proje gerçekleştirmiştir. Bunlardan en yenisi, anılan ilkeler ve 1994 ve 1995 yıllarında kabul edilen "çalınan veya hukuka aykırı bir biçimde kullanılan kültür malları" hakkındaki anlaşmadır¹¹².

4. UNIDROIT İlkelerinin Biçimi ve Plânı

1994 yılının sonlarına doğru UNIDROIT'nin çalışmalarıyla ortaya çıkan "*Principles of International Commercial Contracts*" Roma'da yayımlanmıştır. İlkelerin tarihçesine bakıldığında, 1971 yılında Kıta Avrupası Hukukunu, *Common Law*'ı ve Sosyalist Devletler Hukuku'nu temsil eden üç karşılaştırmalı hukukçudan oluşan bir grubun bu konuda çalışmalara başladığı görülmektedir. Bu arada, *Lando* Komisyonu ile aynı anda 200 üyeden oluşan başka bir grup da çalışmalarını sürdürmekteydi. Bu grupta, Amerika Birleşik Devletleri'nden, Japonya'dan, Çin'den, Avusturya'dan, Quebec'den ve Yeni Gine'den hukukçular vardı. Ayrıca *Unidroit* Komisyonu'nda da *Lando* Komisyonu'nda olduğu gibi, ağırlıklı olarak Profesörler yer almaktaydı. Bu Profesörler öğretim üyeliğinin yanı sıra hukuk uygulamasında da görev yapmaktaydılar¹¹³. Avrupa Sözleşme

¹¹¹ Bonell, *RabelZ* 56 (1992) 283.

¹¹² Wolf, *Recht* 2 (1998) 83.

¹¹³ Bu komisyonun üyeleri şu hukukçulardan oluşmaktadır: Patrick Brazil (Canberra); Paul - André Crépeau (Montreal); Samuel K. Date-Bah (Accra); Adolfo Di Majo (Roma); Ulrich Drobnig (Hamburg); E. Allan Farnsworth (New York); Marcel Fontaine (Louvain-la-Neuve); Michael P. Furmston (Bristol); Alejandro Garro (Buenos Aires); Arthur S. Hartkamp (Lahey); Hisakazu Hirose (Tokyo); Huang Danhan (Pekin); Alexander S. Kamarov (Moskova); Ole Lando (Kopenhag); Dietrich Maskow (Berlin-Potsdam); Denis Tallon (Paris); Michael Joachim Bonell komisyonun başkanı olarak görev yapmıştır. Lena Peters komisyonun sekreterliğini üstlenmiştir.

Hukuku Komisyonu (*Commission on European Contract Law*) başkanı *Lando* ve *Unidroit* çalışma grubu başkanı *Michael Bonell*, Almanya'dan *Ulrich Drobnig* ve Fransa'dan *Dennis Tallon*'un katılımlarıyla her iki grup arasında bir koordinasyon sağlanmaya çalışılmıştır.

Unidroit ilkeleri *Prüambel* ile birlikte 119 maddeden oluşmaktadır. Bu ilkeler yedi ana başlığa bölünmüştür. Birinci Bölümde (md. 1.1-1.10) Genel Hükümler düzenlenmiş, sözleşme ve şekil özgürlüğü ilkelerine yer verilmiştir. İkinci Bölümün (md. 2.1-2.22) konusu sözleşmenin kurulmasıdır. Üçüncü Bölümde (md. 3.1-3.20) sözleşmenin geçerliliğine ilişkin hükümlere yer verilirken, Dördüncü Bölüm (md. 4.1-4.8) sözleşmenin yorumlanmasına ayrılmıştır. Beşinci Bölümde (md. 5.1-5.8) sözleşmenin içeriğine, Altıncı Bölümde ifa ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Altıncı Bölümün birinci kısmında (md. 6.1.1-6.1.17) ifa konusu genel olarak ele alınırken, 2. kısım (md. 6.2.1-6.2.3) işlem temelini çökmesi ile ilgili hükümleri düzenlemiştir. Yedinci Bölümün konusunu ademi ifa oluşturmaktadır. Bu bölümün birinci kısmında (md. 7.1.1-7.1.7) ifa etmeme genel olarak ele alınırken, ikinci kısmında (md. 7.2.1-7.2.5) ifa talebi, üçüncü kısmında (md.7.3.1-7.3.6) sözleşmenin ortadan kaldırılması, dördüncü kısmında ise (md. 7.4.1-7.4.13) tazminat hükme bağlanmıştır.

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

UNIDROIT ilkelerinde, mevcut hukuk düzenlerindeki uzmanlık terimleri kullanılmasından olabildiğince kaçınılmıştır. Kısmen, uluslararası sözleşmeler uygulamasında tercih edilen terimler kullanılmıştır. Örneğin, *hardship* kavramı, "işlem temelini çökmesi", "*Wegfall der Geschäftsgrundlage*", "*impracticability*", "*frustration of purpose*", "*imprévision*", "*excessiva onerosità sopravvenuta*" kavramlarını ifade etmektedir. Ancak istisnaî olarak, örneğin, "*force majeure* (mücbir neden)" gibi belli hukuk düzenlerinde yer alan bir ifade kullanılmış ise, bu ifadeler, bu hukuk düzenlerinde taşıdıkları anlama göre değil, UNIDROIT ilkelerindeki metinde taşıdığı anlama göre anlaşılmalıdır¹¹⁴.

5. UNIDROIT İlkelerinin İçeriği

a) İlkelerin Kaynakları

İlkelerin oluşturulması sırasında Dünyadaki bütün hukuk düzenlerinin dikkate alınmamış olması, dikkate alınanların da ilkeler üzerinde aynı ölçüde etki yapmamış olması doğaldır. Bu bağlamda, ulusal hukuk

¹¹⁴ Bonell, ZfRvgl. (1996) 154.

düzenlerinden en yeni tarihli olanlar dikkate alınmıştır. Örneğin, Kuzey Amerika UCC ve *Restatement (Second) of the Law of Contracts*, 1975 tarihli Cezayir Medenî Kanunu, Hollanda Medenî Kanunu'nun Taslağı ve Québec'in yeni Medenî Kanunu.

Uluslararası kanunlaştırmalardan, en önemlisi ve yaygın bir uygulama alanına sahip olanı Viyana Satım Sözleşmesi'dir ve bu nedenle en çok dikkate alınan kaynaklardan biridir. Bundan başka, INCOTERMS¹¹⁵, "Belgeli Akreditif Hakkında Yeknesak Kurallar"¹¹⁶ gibi kaynaklar da dikkate alınmıştır.

b) İkelere Esas Teşkil Eden Temel Düşünceler

aa) Sözleşme Özgürlüğü

UNIDROIT ilkelerine temel teşkil eden en önemli düşünce sözleşme özgürlüğü düşüncesidir. Bu düşünce açıkça, md. 1.1'de ifade edilmiştir: "Taraflar, sözleşme yapmak ve onun içeriğini belirlemede özgürdürler".

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

bb) Ticarî Teamüllerin Anlamı

UNIDROIT ilkelerine temel teşkil eden diğer bir düşünce de ticarî teamüllerin dikkate alınması gerekliliğidir. Bu düşünce, ilkelerin, uluslararası ticaretin sürekli değişen teknik ve ekonomik koşullarına uyum sağlayabilecek yeterli ve esnek bir eser meydana getirme amacına uygundur. Ticarî teamüllerin, UNIDROIT ilkelerinde rol oynaması, md. 1.8'de dile getirilmiştir. Buna göre taraflar, sadece "üzerinde anlatıkları teamüllerle" veya "kendi aralarında oluşturdukları alışkanlıklarla" değil, "uluslararası ticarete yaygın bir biçimde tanınan ve taraflarca, uygulanması hakkaniyete uygun olduğu sürece söz konusu işletmede düzenli olarak dikkate alınan teamüllerle" de bağlıdır.

cc) *Favor contractus* (Sözleşme lehine hareket)

Sözleşme lehine hareket ilkesi de UNIDROIT ilkelerine temel teşkil eden ikelerdendir. Bunun nedeni, tarafların, sözleşmenin kurulmasında veya uygulanmasında meydana gelebilecek olumsuzluklara rağmen, sözleşmeyi

¹¹⁵ "Incoterms"lerin ilk yayımı 1936 yılında yapılmıştır; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Erdem, E.: SİF Satışlar, İstanbul 1999, 31 vd.

¹¹⁶ "Belgeli Akreditif Hakkında Yeknesak Kurallar"ın ilk yayımı 1933 yılında yapılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Özel, S.: Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukukî Niteliği, İstanbul 1991.

feshetmek ve diğer taraftan tazminat elde etmeye uğraşmak yerine, sözleşmeyi ayakta tutmakta daha fazla çıkarlarının olduğuna inanılmaktadır.

Bu konudaki birçok maddeden bazılarını belirtmek yeterli olabilecektir: Md. 2.11'de değiştirilerek kabul, md. 2.14'teki bilinçli olarak düzenlenmeyen koşullar, md. 2.22'deki birbiriyle çelişen genel işlem şartları (*battle of forms-kollidierende Geschäftsbedingungen*), md. 3.2'deki sadece sözleşmenin geçerliliği, md. 6.2.1'den md. 6.2.3'e kadar, işlem temelindeki değişiklikler, md. 7.3.1'den md. 7.3.6'ya kadar sözleşmenin feshi ve md. 7.1.4'teki temerrüde düşen tarafın sonraki ifası örnek olarak gösterilebilir.

dd) İyi Niyet İlkesi

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

Bu noktada iki açı vurgulanmalıdır: İlk olarak taraflar, UNIDROIT ilkeleri çerçevesinde sözleşme görüşmeleri sırasında ve sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece, iyi niyet ilkesine uygun davranmak zorundadırlar. Buna uygun olarak UNIDROIT ilkeleri, iyi niyet ilkesini genel bir ilke olarak tanımıştır. *Common law* sistemi ise söz konusu ilkeyi, sadece sözleşmenin ifa edilmemesi durumu ile sınırlandırmıştır. UNIDROIT ilkeleri, kıta Avrupası sisteminin çözümünü benimsemiştir. İkinci olarak, iyi niyet ilkesinin uluslararası ticarete dikkate alınacağını vurgulanması, genel şarttan çıkarılan kuralın, ulusal hukuk düzenlerinden alınamayacağını vurgulamak içindir. Daha kesin bir ifadeyle, dürüst davranışın, sadece hukuk düzenlerinin geneli tarafından tanınan ilkeleri dikkate alınmalıdır.

ee) Adaletsizliğe Karşı Denetim

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

UNIDROIT ilkeleri, sözleşmelerin maddi geçerliliğiyle ilgilenmeyen diğer uluslararası kuralların aksine uluslararası ticarî ilişkileri daha gerçekçi bir açıdan ele almakta ve sözleşmeleri, tümüyle veya münferit bölümleriyle, hem usul hukuku açısından hem içerik açısından denetleme olanakları yaratmaktadır¹¹⁷. Bu bağlamda md. 3.8'de ve 3.9'da yer alan hile ve tehdit konuları örnek gösterilebilir.

Bundan başka, “beklenmeyen koşullar” hakkındaki md. 2.20 ve taraflardan birinin “Genel İşlem Şartları” kullanması durumunda, diğer tarafı, bundan doğacak sakıncalara karşı korumayı (*contra proferentem*) amaçlayan md. 4.6 bu bağlamda değerlendirilebilir.

UNIDROIT ilkeleri, bütün sözleşme koşullarının veya en azından genel işlem şartlarının içeriğinin, içeriksel olarak hakkaniyete aykırı olmalarından ötürü geçersiz kılınabilecekleri genel hükümler içermemektedir. Böyle doğrudan doğruya içerik denetimi, sözleşme koşullarının iki özel tipinde öngörülmüştür. Örneğin, md. 7.1.6'da öngörülen, sözleşme taraflarından birinin sorumluluğunun sınırlandırılmasına ya da tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik yasak (*Exemption clauses/Freizeichnungsklauseln*) ve zararın önceden tesbit edilmesi (*Agreed payment for non-performance/Vereinbarte Zahlung wegen Nichterfüllung*) ile ilgili md. 7.4.13 buna örnek olarak gösterilebilir.

Son olarak gabin (*Grobes Mißverhältnis/Gross disparity*)¹'in düzenlendiği md. 3.10 belirtilmelidir. Bu maddeye göre, bir sözleşme veya sözleşmenin somut koşulu, şu durumların ortaya çıkması ile feshedilebilir: Birincisi, sözleşmenin taraflarına karşılıklı hak ve yükümlülüklerinde, tek bir tarafı önemli ölçüde zarara uğratacak kadar büyük bir farklılık olmalıdır. İkincisi, bu zarar, haksız olmalıdır. Zararın haksız olması demek, bir tarafın, diğer sözleşme tarafınca, kendisine ekonomik veya sosyal açıdan herhangi bir bağlılığından, ekonomik olarak zor durumda olmasından, ihtiyaç halinden veya bir hususu öngörememesinden, bilgisizliğinden, tecrübesizliğinden veya pazarlıktaki beceriksizliğinden ötürü aşırı derecede zarar görmüş olması demektir. Bu maddenin, gerek usul hukukundaki, gerek maddi hukuktaki hakkaniyete aykırılık vakiasını, birbirinden ayrı iki bakış açısı olarak görmekle birlikte, birbirine sıkı sıkıya bağlı bakış açıları olarak gören ve ulusal hukuk düzenlerinde de yayılmaya bağlayan bir görüşü izlediği görülmektedir¹¹⁸.

¹¹⁷ Bonell, ZfRvgl. (1996) 155.

¹¹⁸ Bonell, ZfRvgl. (1996) 155.

6. UNIDROIT İlkelerinin Uygulamadaki İşlevleri

UNIDROIT ilkelerinin doğrudan doğruya bağlayıcı bir gücü olmamakla birlikte, uygulamada birçok yönden önemli rol oynayabileceği kabul edilmektedir¹¹⁹. İlkelerin en önemli işlevi, dibacede belirtilmiştir. Aşağıda ilkelerin diğer işlevlerine değinilecektir.

a) UNIDROIT İlkelerinin Ulusal ve Uluslararası Kanunlaştırmalarda Model İşlevi Görmesi

UNIDROIT İlkeleri, içerik ve yapısı itibariyle, sözleşmeler hukukunda, genel veya özel hükümler alanında, ulusal veya uluslararası kanunlaştırmalara örnek teşkil edebilir. Söz konusu ilkeler özellikle, hiçbir şekilde yeterli bir sözleşme hukukuna sahip olmayan veya şimdiye kadar sahip olduğu sözleşme hukuku eskimiş olan ve bu nedenle bu alanda yeni bir kanunlaştırma yapmak isteyen ülkelerde yararlı olabilir. Bunun ilk örnekleri de görülmeye bağlanmıştır. UNIDROIT İlkeleri, Rusya'nın yeni Medenî Kanunu'nun Genel Hükümler kısmının oluşturulmasında önemli bir rol oynamıştır. Yine bunun gibi, Estonya, Endonezya, Kamboçya, Litvanya, Çin Halk Cumhuriyeti ve Slovenya'nın reform projelerinde de ilkeler büyük ölçüde dikkate alınmaktadır. Ancak UNIDROIT ilkelerinin etkisi, hukuklarında kökten bir reform yapmak istemeyen ülkelerde de görülmektedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde UCC'nin 2. md. sinin değiştirilmesi sırasında UNIDROIT İlkelerinde öngörülen çözümlerin sıkça örnek gösterildiğine rastlanmıştır. Bunun gibi, Alman Borçlar Kanunu'nun yeniden gözden geçirilmesi için kurulan Komisyon'un raporunda UNIDROIT İlkelerinin çözümlerinin gösterildiği iki atıf yer almaktadır¹²⁰.

b) UNIDROIT İlkelerinin Özel Hukuk Sözleşmelerinde Örnek Olarak Kullanılması

UNIDROIT İlkeleri, uluslararası sözleşmelerin düzenlenmesinde, sözleşme taraflarına örnek olabilir. Taraflar, UNIDROIT İlkelerinde yer alan kavram ve cümleleri kullanmak suretiyle, sözleşmeyi, kendi ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız, kendileri için ortak olabilecek kavramlarla -bir tür *lingua franca*- yapabilirler.

¹¹⁹ Bonell, ZfRvgl. (1996) 155.

¹²⁰ Bonell, ZfRvgl. (1996) 156; Schlechtriem, P.: Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtreform in Deutschland, ZEuP 1 (1993) 230.

UNIDROIT İlkeleri, “kontrol listesi (*checklist*)” olarak da işlev görebilir. İlkeler, bir yandan taraflara, yaptıkları sözleşme tipi ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek hukukî sorunları gösterirken, diğer yandan tarafların münferit olayda içinden seçim yapabilecekleri çözüm önerilerini sunar.

c) UNIDROIT İlkelerinin Uluslararası Özel Hukuk Sözleşmelerine Uygulanması

UNIDROIT İlkelerinin dibacesinde, ilkelerin, tarafların, yaptıkları sözleşmenin, bu ilkelere tâbi olacağını kararlaştırmaları halinde sözleşmeye uygulanacağı belirtilmiştir. Bundan başka, ilkelerin, tarafların, sözleşmenin, “hukukun genel ilkeleri”ne, “*lex mercatoria*”ya veya bunlara benzer kurallara tâbi olacağını kararlaştırmaları halinde de uygulanabileceği belirtilmiştir.

Eskiden hâkim olan düşünceye göre, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme konusundaki özgürlükleri, mevcut ulusal hukuk düzenleri ile sınırlı idi. Günümüzde ise en azından uluslararası hakemlik konusu ile ilgili olarak, taraflara, yaptıkları sözleşmeyi, ulusal ya da uluslararası düzenlemelere tâbi kılmak konusunda daha fazla bir özgürlük tanımak gerektiği düşüncesi yaygınlık kazanmaktadır. UNCITRAL’in yukarıda anılan model kanunu ile de bu gelişme yazılı kural olarak ifadesini bulmuştur. Gerçekten de bu Model Kanun’un 28. md. sinin 1. fıkrası, hakem mahkemesinin taraflarca seçilen hukukun kurallarına göre uyumsuzluğu çözeceğini, aynı maddenin 2. fıkrası ise taraflarca uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun seçilmemiş olması halinde, kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukukun uygulanacağını belirtmektedir.

UNIDROIT İlkelerinin, sözleşme taraflarınca açık bir şekilde sözleşme statüsü olarak seçilmesinin, uygulamada sadece batılı girişimcilerle, doğulu Devletler veya üçüncü Dünya ülkelerinin Devlet organları arasındaki ilişkilerle sınırlı olduğunun düşünülmesi doğru değildir. Yakın bir geçmişte, bir Japon girişimci ile İtalyan girişimci arasındaki bir sözleşme ilişkisinde, her iki tarafın da diğer tarafın hukuku ile bağlı olmayı reddetmesi üzerine, sözleşmeyi UNIDROIT ilkelerine tâbi kıldıkları bilinmektedir¹²¹.

Ancak yine de bu konudaki ilk hakem kararlarının da gösterdiği gibi, UNIDROIT ilkelerinin bu konudaki uygulama alanının Devlet’in dahil olduğu sözleşmelerde daha yoğun olduğunu söylemek mümkündür. Bu konuyla ilgili iki ilginç örnek verilebilir: Birinci olayda, kuzey Amerikalı bir girişimci ile, Suudi Arabistan’ın bir Devlet dairesi arasında yapılan bir

¹²¹ Bonell, ZfRvgl. (1996) 157.

sözleşmede, sözleşmenin, “*Anglosaxon principles of law* (İngiliz-Amerikan Hukuku'nun İlkeleri)”a tâbi olacağı belirtilmiştir. İkinci olayda ise, bir İngiliz girişimci ile İran Devlet dairesi arasında yapılan sözleşmede, sözleşmenin “*Principles of natural justice* (doğal adaletin ilkeleri)”e tâbi olacağı belirtilmiştir. Her iki olayda da hakemler, UNIDROIT ilkelerini uygulamaktan kaçınmamışlardır¹²².

d) UNIDROIT İlkelerinin, Uygulanması Gereken Hukukun Uygulanamaması Durumunda Yedek Olarak Uygulanması

UNIDROIT İlkeleri, sözleşmenin, Kanunlar İhtilâfı kuralları uyarınca belli bir hukuk düzenine tâbi olması durumunda bile uygulama alanı bulabilir. Bu husus dibacede şöyle belirtilmiştir: “Uygulanması gereken hukukta uygun bir kural bulunamaması halinde...”. Bundan başka, ilkelerin, uygulanması gereken hukukta olabilecek bir boşluğun doldurulmasında yardımcı bir araç olarak kullanılması gündeme gelebilir. Bu konuda da somut örnekler vardır. Kısa bir süre önce Grenoble'daki *Court d'Appel*'in karara başladığı olayda, sorumluluktan kurtulma şartının yorumu söz konusu olmuştur. Olayda, kuzey Amerikalı bir taşıyıcı firma ile bir Fransız yükleyici firmanın yaptıkları bir sözleşmede kararlaştırdıkları bireysel koşullar, taşıyıcı firmanın genel işlem şartlarına aykırıdır. Mahkeme, bireysel olarak kararlaştırılan koşulun öncelik taşıyacağı veya genel işlem şartlarındaki yorum kurallarına başvurulacağını belirterek, uygulanması gereken hukukta açık bir kural olmadığı gerekçesiyle UNIDROIT ilkelerini (md. 2.21 ve 4.6) uygulamıştır. Mahkeme, bu ilkelerin uluslararası ticaret hukukunun ilkeleri olduğunu belirtmiştir¹²³.

e) UNIDROIT İlkelerinin Uluslararası Yeknesak Hukukun Yorumunda Yardımcı Araç Olarak Kullanılması

UNIDROIT İlkelerinin bir başka işlevi de, halihazırda yapılmış uluslararası anlaşmaların yorumunda yardımcı olmasıdır. İlkelerin bu işlevi, dibacenin altıncı paragrafında belirtilmiştir.

Uluslararası konvansiyonlar, çeşitli hukuk kurumlarınca hiç boşluk içermeksizin hazırlanamamakta, ayrıca her konvansiyon, çeşitli hukukî, politik ve ekonomik düzenlerden gelen temsilcilerin görüşlerinin uyuşması ile hazırlanmakta ve bu nedenle de üzerinde tam olarak uyuşulamayan konularda boşluklar olabilmektedir. Yeknesak hukuku yaratmaya yönelik anlaşmalardaki boşlukların hukukun genel ilkeleri ile doldurulması hakim

¹²² Bonell, ZfRvgl. (1996) 157.

¹²³ Bonell, ZfRvgl. (1996) 157.

görüşür. Ancak, bu konuda da sorunlar vardır. Öncelikle hangi ilkelerin, boşlukları doldurulması gereken anlaşma anlamında genel hukuk ilkesi olduğunu saptamak gerekmektedir. İkinci olarak, hangi olaylarda bu ilkenin uygulanacağını saptamak gerekmektedir¹²⁴. Bilindiği üzere, yeknesak hukuku, ulusal hukukun ölçütlerine göre değil, otonom ve uluslararası ilişkilerin özelliğine uygun bir biçimde olabildiğince aynı kurallara göre yorumlama ve tamamlama görüşü yaygınlık kazanmaktadır¹²⁵. Bu yöntemin yeni tarihli anlaşmalarda açıkça hükme bağlandığı da görülmektedir. Viyana Satım Sözleşmesi'nin 7. maddesi bunun en açık örneğidir.

Bugüne kadar hâkimler ve hakemler, otonom ilkeleri ve ölçütleri, her münferit olayda kendi karşılaştırmalı hukuk çalışmaları ile bulmaktaydılar. UNIDROIT ilkelerinin bu konuda hakim ve hakemlere kolaylık sağladığı kabul edilmelidir¹²⁶.

V. UNIDROIT İlkelerinin *Lex Mercatoria* Kuramı ile İlişkisi

1. Özel Bağlantı Noktası: Dibace

UNIDROIT İlkelerinin otonom bir Dünya ticaret hukuku kuramı ile ilişkisi hakkında ilk bağlantı noktası, dibace'de belirtilmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi, dibace'de, İlkelerin işlevleri sayılmış, özellikle, tarafların, yaptıkları sözleşmeyi, "hukukun genel ilkeleri"ne ya da "*lex mercatoria*"ya tabi kılmaları durumunda sözleşmeye, ilkelerin uygulanacağı belirtilmiştir. Tarafların bu belirlemeleri UNIDROIT İlkelerinin hukukî niteliğini tanımlamaya yeterli değildir. Milletlerarası özel hukuk açısından bakıldığında, tarafların bu belirlemeleri, hem kanunlar ihtilâfı bakımından, hem de maddi hukuk bakımından bir atıf sayılabilir. Kanunlar ihtilâfı açısından atıf sayılması durumunda, yabancı bir hukuk düzeni ile sübjektif bir bağlantı söz konusu iken, maddi hukuk açısından atıf olarak kabul edilmesi durumunda, kuralların, genel işlem şartları veya bireysel olarak kararlaştırılmış sözleşme şartları olarak, sözleşmenin bir parçası haline getirilmesi söz konusudur. Ancak bu seçimle uygulanması gereken hukuk bertaraf edilmemektedir. UNIDROIT İlkelerinde md. 1.4'de, ister ulusal, ister uluslararası, ister uluslararası nitelikte olsun, zorlayıcı kuralların önceliğinin olduğu belirtilmiştir. Teoride, ulusal hukuklardan bağımsız bir hale getirilmiş, uluslararası bir kavram olan *ordre public* (kamu düzeni)'in, Dünya ticaret hukukunun ahlâkî ve geleneksel temeli olduğu kabul

¹²⁴ Ferrari, F.: Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen, JZ 1 (1998), 9 vd.

¹²⁵ Bonell, ZfRvgl. (1996) 156.

¹²⁶ Bonell, ZfRvgl. (1996) 156.

edilmekle¹²⁷ birlikte, ilkelerin hukukî niteliğine ilişkin soru yanıtız kalmaktadır. Bu anlamda UNIDROIT İlkeleri de, *lex mercatoria* ile aynı çizgide kalmaktadır. Zira, *lex mercatoria*'dan da, bir "sistem" ya da otonom bir "hukuk düzeni" olarak söz edilmemekte, kişilerin üzerinde anlaşma halinde olduğu bir "kurallar topluluğu"ndan söz edilmektedir¹²⁸.

2. Genel Bakış Açıları

UNIDROIT İlkelerinin çekingen bir tavırla ayrıntılarda düzenleme yapmamasına rağmen, bütününden, uluslararası ticaret hukuku teorisi için, genel dayanak noktaları çıkarmak mümkündür. Burada çeşitli bakış açılarından özellikle ikisi, UNIDROIT İlkelerinin bu konudaki katkısını ortaya koyar niteliktedir. Bunlardan birincisi, UNIDROIT çalışma grubunun tercih ettiği metodik çalışma biçimi, ikincisi, ilkelerin yapısı, yani, kuralların ve hukukun genel ilkelerinin bir araya getirilmesidir.

a) UNIDROIT Çalışma Grubunun Metodu-Karşılaştırmalı Hukukta İşlevsel Denklik-

UNIDROIT çalışma grubunun kuralları oluştururken seçtiği metod, karşılaştırmalı hukukta işlevsel denklik metodudur¹²⁹. Bu metoda göre, birbiriyle karşılaştırılma imkânı olmayan kurumların karşılaştırılması mümkün değildir. Sadece, aynı ödevi gören, aynı işlevi yerine getiren kurumlar birbiriyle karşılaştırılabilir. Bu açıklama ilk anda son derece olağan gibi görünebilir. Ancak bu konuda edinilen birtakım deneyimler, bu hususun bir metod olarak belirlenmesi gereğini gündeme getirmiştir. Sadece karşılaştırılabilir olanların karşılaştırılacağı ilkesi, her şeyden önce, her toplumun hukukunda aynı sorunlara rastlanması, toplumların sonuçta aynı çözüme ulaşmalar bile, bu sorunu farklı yollardan giderek çözdüklerinin belirlenmesinden sonra kabul edilmiştir. Bundan dolayı, her karşılaştırmalı hukuk çalışmasının çıkış noktasında, sadece kurumların işlevleri dikkate alınmalı, araştırılan sorun, araştırmacının ulusal hukuk düzenindeki kavramlardan bağımsız olarak ele alınmalıdır. Bu metotta, karşılaştırmalı hukuk araştırmasına konu olacak somut bir vakıanın, birbiri ile karşılaştırılan hukuk düzenlerindeki çözümleri incelenmekte ve bu çözümler dogmalardan kurtarılarak, hukukî çözümlerdeki ortak noktalar incelenmekte ve bu vakıa olabildiğince ortak bir ad altında toplanmaktadır. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse, sözleşme görüşmelerinin, güven ilkesine aykırı

¹²⁷ Dasser (1989) 100; Berger, K.P.: Die UNIDROIT-Prinzipien für Internationale Handelsverträge, Indiz für ein autonomes Weltwirtschaftsrecht?, ZVglRWiss 94 (1995) 224.

¹²⁸ Langen, E.: Transnationales Recht, Heidelberg 1981.

¹²⁹ Zweigert, K./Kötz, H.: Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen 1996, 32 vd.; Sandrock, O.: Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, Frankfurt-Berlin 1966, 9 vd., 29 vd.; Özsunay, E.: Karşılaştırmalı Hukuka Giriş, İstanbul 1976, 139.

bir biçimde kesilmesinden doğan sorumluluğun çeşitli hukuk sistemlerinde nasıl değerlendirildiğine bakmak gerekir. Bu sorumluluk, Alman hukukunda sözleşme öncesinde kanun gereği kurulan ilişkiden, *culpa in contrahendo*'dan çıkarılır. Fransız hukukunda ise, sözleşmeden bir sorumluluk doğması için, her zaman taraflar arasında bir anlaşma aranır. Bu nedenle, Fransız hukukunda, bu durumlarda, menfi zarardan ötürü sorumluluk, haksız fiili düzenleyen genel hüküm, md. 1382'den çıkarılır¹³⁰. İlk bakışta farklı gibi görünen, iki dogmatik-teknik nitelendirmenin arkasında aynı düzenleme amacı yatmaktadır¹³¹.

Uluslararası otonom bir ticaret hukukunun metodolojik bir temele dayanması son derece büyük bir anlam taşımaktadır. *Lex mercatoria* teorisinin herhangi bir metodolojik temele dayanmaması, meşruiyeti konusunda birtakım şüpheler yaratmış, *lex mercatoria*'nın uygulanmasını bazen şüpheli bazen de imkânsız hale getirmiştir¹³². *Lex mercatoria*'ya karşı ileri sürülen bu itirazın son derece yerinde olduğunu belirtmek gerekir; çünkü, metod, bütün alanlarda hukukun yaratılmasının ve geliştirilmesinin olmazsa olmaz (*conditio sine qua non*) koşuludur¹³³.

Otonom bir Dünya ticaret hukukunun savunucuları da bu hukuk sisteminin içeriğinin karşılaştırmalı hukukta kullanılan işlevsel denklik metodu ile elde edilebileceğini ileri sürmektedirler. Bu hukukçular, çalışmalarında, ulusal hukuk düzenlerinde birbiri ile kıyaslanabilecek hukukî figürleri, bunları düzenleyen kuralların arkasında yer alan düzenleme amaçlarını ve ilgili hukuk düzeninde bu kuralların ortaya çıkmasını sağlayan sosyo-ekonomik değerleri incelemektedirler. Bu çalışmanın sonucunda, teleolojik veya yapısal olarak ortak noktalara ulaştıklarında ise, söz konusu hukukî sorunun temelinde yatan ve hukuk düzeni tarafından tanınmış olan hayata ilişkin tipik vakiya ve böylece, uluslararası bir hukukî sistem için gereken, otonom olarak geçerli genel hukuk ilkesine ulaşılır¹³⁴.

İşlevsel denklik ilkesi, bu sonuca ulaşabilmek için, hem karşılaştırılacak hukuk düzenlerinin seçimi, hem karşılaştırılacak hukuk alanlarının ve hukuk

¹³⁰ Kötz, H.: *Europäisches Vertragsrecht I*, Tübingen 1996, 50 vd.

¹³¹ Berger, *ZVglRWiss* 94 (1995) 226.

¹³² Herdegen, M.: *Internationales Wirtschaftsrecht: ein Studienbuch*, München 1993, § 2 Rdn. 37; Kropholler, J.: *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., Tübingen 1991, § 11 I.3; Reithmann, C./Martiny, D.: *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 4. Aufl., Köln 1988, Rdn. 37.

¹³³ *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, (Hg. Okko Behrends), Köln 1993, 77, 85.

¹³⁴ Berger, K. P.: *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtbarkeit. Verfahrens- und materielle rechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis*, Berlin 1992, 115; Esser, J.: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl., Tübingen 1990, 346 vd.

kurumlarının seçimi açısından büyük önem taşıyan “aşamalı karşılaştırma” yöntemini belirlemiştir¹³⁵.

UNIDROIT çalışma grubu, karşılaştırılacak kanunları seçerken, sadece Kıta Avrupası, *Common Law* gibi Klasik hukuk düzenlerini değil, çeşitli hukuk kültürlerinin özel birtakım etnolojik ve kültürel etkilerde bulunduğu melez hukuk düzenlerini de dikkate almıştır. Burada özellikle, Kıta Avrupası tarafından etkilenen Cezayir ve Mısır Medenî Kanunları, Roma-Hollanda ve *Common Law* hukuklarından etkilenen Güney Afrika Medenî Kanunu, İslam, Buda, Hindu, Roma-Hollanda ve *Common Law*'dan etkilenen Sri Lanka Medenî Kanunu, Fransız, İspanyol ve *Common Law* hukuklarından etkilenen ABD eyaleti Louisiana'nın Medenî Kanunu ve Fransız ve *Common Law* etkisi altında 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren Quebec Medenî Kanunu örnek olarak sayılabilir. Bundan başka UNIDROIT çalışma grubu, uluslararası ticaret hukuku alanında özel kanunları ve komünist Devletlerin hukuklarını da dikkate almıştır. Örneğin, 1963 tarihli uluslararası ticarettten doğan hukukî ilişkiler hakkında Çekoslovakya Kanunu, eski Doğu Almanya'nın 1976 tarihli Uluslararası Ekonomik Sözleşmeler Hakkındaki Kanun'u ve 1985 tarihli Dış Ticaret Sözleşmeleri Kanunu karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının önemli kaynakları olarak ele alınmıştır. Bu Kanunların da dikkate alınmasının nedeni, onların Dünya piyasasında hukukî rekabete elverişli bir biçimde hazırlanmış olmalarıdır. Çekoslovakya Kanunu, hemen bütün sözleşme tipleri ile ve uluslararası sözleşme hukukunun Borçlar Hukuku'na ilişkin düzenlenme sorunları ile ilgili 700'den fazla paragrafa sahip olup, sözleşme özgürlüğü (§§ 5, 722 1) ve kendi içinde ilerleme (*systemimmanenten Fortschreibung*) (§723) gibi temel ilkelere dayanmaktaydı. Bundan başka söz konusu Kanun'da, bu Kanun'un eski Çekoslovakya'daki ulusal Medenî Kanun karşısındaki özel durumu da belirtilmişti. Ayrıca Kanun, çok geniş kapsamlı bir şekilde karşılaştırmalı hukukta işlevsel denklik ilkesine göre yapılan çalışmalar sonucunda meydana getirilmiş, bu çalışma yapılırken sadece komünist ülke Kanunları değil, kapitalist hukukî düşünce biçimini yansıtan, Lahey Satım Sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu, İtalyan ve Yunanistan Medenî Kanunları ve Amerikan Yeknesak Ticaret Kodu (UCC) dikkate alınmıştır¹³⁶. Çekoslovakya Kanunu, bütün bu Kanunlarda yer alan düşünceleri mekanik olarak değil, uluslararası ticaretin hukukî problemlerini çözebilecek bir şekilde, kendi içinde tutarlı bir hukuk düzeninin yaratılmasını mümkün kılacak biçimde almıştır. Kanun, bu niteliğinden ötürü, eski Doğu Alman Cumhuriyet'i Medenî Kanunu'na da örnek oluşturmıştır¹³⁷.

¹³⁵ Kropholler, Internationales Einheitsrecht, Tübingen 1975, 160 vd.; Constantinesco, L.J.: Rechtsvergleichung, Bd. II: Die rechtsvergleichende Methode, München 1972, 31 vd.

¹³⁶ Berger, ZVglRWiss 94 (1995) 227 vd.

¹³⁷ Berger, ZVglRWiss 94 (1995) 228.

Karşılaştırılacak hukuk düzenlerinin seçimindeki başarıyı, karşılaştırmak üzere seçilen alanda da görmekteyiz: “Uluslararası Sözleşmeler Hukuku”. Bilindiği gibi, orta çağın başlarından 18. yüzyılın sonlarına kadar, İngiltere istisna olmak üzere Roma-Kilise hukuku orta ve batı Avrupa’da hukukun temelini oluşturmaktaydı. Bu hukukun orta çağdan beri “*ratio scripta*” olarak görülmesi ve uzun zaman bütün üniversitelerde hukuk olarak okutulması geçerlilik nedenini oluşturuyordu. Roma hukuku metinlerinin yorumlanması ve kullanılması ortak bir hukuk temeli yarattı ve bu temel üzerinde Avrupa hukuk bilimi oluşturuldu. Avrupa hukuk bilimi, hukuk uygulaması üzerinde etkili oldu ve bu uygulama bütün Avrupa Devletlerinde geçerli hale geldi. Özellikle *Corpus Iuris Civilis*’in bir çok olayı çözüme kavuşturmuş olan kazuistik metinleri genel gerekçeler olarak kullanıldılar. Bu şekilde Klâsik Dönem’e ait metinlerin daha sonraki dönemlerde gelişen ve karmaşık bir hâl alan hukukî ilişkilere de uygulanabilmeleri mümkün hale geldi. Bununla birlikte *Ius Commune*’nin hiç bir yerde doğrudan doğruya yürürlükte olmadığını, geçerliliğinin ikincil nitelikte olduğunu belirtmek gerekir. Her yerde örf-adet hukuku ve Devletlerin kendi koydukları kurallar öncelik taşımaktaydı. Ancak bunlar, ortak hukuk bilimi çerçevesinde yorumlandılar ve ortak hukuk bilimi içinde eritildiler. Bölgesel hukukların olması gerçeği, ortak bir hukuk biliminin doğmasına engel olmadı. Üstelik bu sistem Almanya’da Pandekt hukuku adı altında 19. yüzyılda da geçerliliğini sürdürdü¹³⁸. Bu gelişme, ayrıntılardaki bütün farklılıklara rağmen, birçok ortak genel hukuk kuralı ve örnek kararlar doğmasına yol açmıştır. Bunun da ötesinde, uluslararası ticarî teamüller, hem 19. yüzyıl Avrupa kodifikasyonlarını, hem anglo-amerikan *Common Law*’ını etkilemiştir. Öyle ki, hâkimler kararlarını bu ortaklığı vurgulayarak gerekçelendirmişlerdir¹³⁹: “Tacırlerin hukuku belli bir ülkenin değil, bütün ulusların hukukudur”¹⁴⁰. Bir karşılaştırmalı hukuk çalışması için gereken temel koşul *praesumptio similitudinis* (varsayımsal benzerlik)¹⁴¹ bu alanda öncelikle gerçekleşmiştir.

Karşılaştırmalı hukuk metodu, ya karşılaştırılan hukuk düzenlerinin ortak temellerini bulmaya (*Konsolidierung*) ya da herhangi bir hukukî problemin çeşitli hukuk düzenlerinde ele alınış biçiminin karşılaştırılmasıyla daha iyi bir çözüme ulaşılmasına (*Kodifizierung*) yönelik olabilir.

¹³⁸ Coing, H.: Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet: *Ius Commune* I (1967) 1-33; idem., Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet, *Gesammelte Aufsätze II*, Frankfurt 1982, 67, 99.

¹³⁹ Lorenz, JZ 1962, 269; Gutteridge, H. C.: *Comparative Law: An introduction to the comparative method of legal study and research*, Cambridge 1949, 32 vd.

¹⁴⁰ “*Mercantile Law is not the Law of a particular country, but the law of all nations*”: Lord Mansfield in *Luke v. Lyde*, 2 Burrows Rep. [1759] 887.

¹⁴¹ Zweigert, K.: Die “*Praesumptio similitudinis*” als Grundsatzvermutung Rechtsvergleichender Methode, Rotondi (Hrg.) *Inchieste di dritto comparato* 1973, 735 vd.

UNIDROIT İlkeleri karşılaştırmalı hukuk metodunun her iki yönünü de içinde barındırmaktadır. İlkeler, bir yandan, belli bir hukukî sorunun çözümü için, münferit hukuk düzenlerinde belli bir alanı inceleyerek ortak noktaları tesbit etmiş, bu yolla uluslararası ticarete en uygun çözüme ulaşmaya çalışmıştır. Bu durum özellikle işlem temelinin çökmesinde (*hardship*) ve mücbir sebep (*vis maior*) kavramlarında kendisini göstermektedir¹⁴².

UNIDROIT İlkelerinde karşılaştırmalı hukukta işlevsel denklik ilkesinin kullanılması olgusuna, medenî hukukun klâsik konularında da rastlanmaktadır. Örneğin, iyi niyet ilkesi Kıta Avrupası hukukunun ayrılmaz bir parçasıdır¹⁴³ ve Amerikan UCC tarafından da tanınmış bir ilkedir¹⁴⁴. İngiliz mahkemeleri ise, bugüne kadar, iyi niyet (*good faith*) ilkesinin, sözleşme taraflarının sözleşme görüşmeleri ya da bir sözleşme ilişkisi içerisinde sadece kendi çıkarlarını düşünmelerinin doğal olduğu, bu nedenle de bu ilkenin pratik bir yarar sağlamadığı gerekçesi ile ilkeyi reddetmişlerdir¹⁴⁵. Ancak UNIDROIT İlkelerinin işlevsel denklik ilkesi açısından bakarak iyi niyet ilkesini genel bir hukuk ilkesi olarak tanıması haklı görülebilir. Bu ilke, zaten Viyana Satım Sözleşmesinin 7. maddesinde de ifade edilmiştir. İngiliz mahkemelerinin de münferit olaylarda sözleşmenin yorumlanması çerçevesinde bu tür temel ilkeleri tanıdığı görülmektedir¹⁴⁶. Bundan başka iyi niyet ilkesinin, *common law* sisteminde de birçok hukuk kurumuna temel oluşturduğu görülmektedir. Örneğin, "*promissory estoppel*"^{147a} veya "*estoppel in pais*"¹⁴⁸. UNIDROIT İlkeleri, 1. 7. maddesinde "*fair dealing in international trade* (uluslararası ticarete dürüst davranış)" düşüncesine yer vermekle, iyi niyet ilkesini genel olarak tanımıştır. Bununla, sözleşme taraflarının davranışlarının sadece kendi ikili ya da çok taraflı hukukî ilişkilerine göre değil, bunun da ötesinde, ticarî ilişkilerde dürüstlük anlamında tacirlerin objektif davranış ölçütlerine göre

¹⁴² Bonell (1994) 14 vd.

¹⁴³ § 242 BGB; Art. 18 I OR; md. 18 I BK; Art. 1366 İtalyan Medenî Kanunu, Art. 1134 III Fransız Medenî Kanunu.

¹⁴⁴ § 1-201 (19) UCC: "Good faith means honesty in fact in the conduct or transaction concerned".

¹⁴⁵ Berger, ZVgIRWiss 94 (1995) 229.

¹⁴⁶ O'Connor, J. F.: Good faith in English Law, Aldershot 1990, 84.

¹⁴⁷ Bir söz veya davranış sonucu verilen veya verildiği varsayılan bir taahhüdün bağlayıcı kabul edilerek, adaletsizliğin bertaraf edilebilmesi için bu taahhüdün icra edilmesinin zorunlu hale gelmesi. Bunun için, lehine taahhüde bulunan kimsenin de, bu taahhüde karşılık bir eylem veya kaçınmada bulunması makul biçimde beklenmeli ve fiilen de gerçekleşmiş olmalıdır. Böylece lehine taahhüde bulunan kimsenin, kendisinden beklenen davranışta bulunduğu takdirde, bu nedenle elde ettiği mal veya hakkı kaybetmesine veya bir zarar görmesine yol açacak bir talepte, taahhütte bulunan kimse bulunamaz ve taahhüdünü yerine getirmesi gerekir. Başlangıçta şartları başka türlü göstermeye yönelik kusurlu bir davranışta bulunulması, bu tür "*estoppel*"'in kullanılması için gerekli değildir.

¹⁴⁸ Belirli bir hareket tarzı sonucunda zımnen mevcut sayılan fiilî veya hukukî durumun sonradan inkâr edilememesi; Berger, ZVgIRWiss 94 (1995) 229.

ölçülmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁹. Davranış biçimlerinin bu şekilde objektifleştirilmesi, sadece, tacirlerin söz konusu olduğu durumlarda iyiniyetin fiilen ve ticarete dürüst davranışın ticarî standartların gözetilmesindeki iyiniyet olduğunu hükme bağlayan UCC § 2-103¹⁵⁰’ya değil, iyiniyetin sürekli dürüstlük, nezaket ve akılcılık anlamında kullanıldığı İngiliz hukuk uygulamasına da uygundur¹⁵¹. Her halükârda UNIDROIT İlkelerinin 1. 7. maddesinin içerdiği “iyi niyet ve dürüst davranış (*good faith and fair dealing*)“ temel ilkesi, ulusal hukuklardan bağımsız, “uluslararası” hale getirilmiş ve aynı zamanda ticaret hukukunun özelliklerine uydurulmuş davranış biçimleri olarak anlaşılmalıdır¹⁵².

b) Bir Hukuk Sisteminin Yapı Taşları: Genel Hukuk İlkeleri ile Hukuk Kurallarının Bir Araya Getirilmesi

UNIDROIT İlkelerinin yeni bir *lex mercatoria* oluşturup oluşturmadığı hususunun sonuca bağlanması için ikinci dayanak noktası ilkelerin, hukukun genel ilkelerinin ve hukuk kurallarının sistematik bir düzenlemesini oluşturup oluşturmadığıdır. Genel hukuk ilkeleri (*general principle/allgemeine Rechtsgrundsätze*) ve hukuk kuralları (*rule/Regel*) arasında yapılan ayırım, bugün bütün hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçasıdır. Hukukun kaynakları teorisi açısından, bütün bu kavramlar “norm” üst kavramının altında yer alırlar¹⁵³. UNIDROIT İlkeleri norm olarak düzenlenmemiş, Amerikan *Restatement*’leri gibi, gerektiği yerlerde uygulanabilecek bir biçimde “norm” gibi yazılmıştır¹⁵⁴.

Bir hukuk kuralının belli bir uygulama alanı vardır ve belli koşullar gerçekleştiğinde az ya da çok belli olan bu alanda uygulanır. Ancak genel hukuk ilkeleri, belirsiz bir alanda uygulanmak üzere daha az kesin bir biçimde ifade edilmiştir. UNIDROIT İlkelerinin ise hukuk kuralı ile genel hukuk ilkeleri arasındaki bu diyalektiği uyguladığı görülmektedir¹⁵⁵. Diğer maddelerin yanısıra bu bağlamda, sözleşmenin kurulması ile ilgili md. 2.1 vd.; ödeme türü ve biçimi ile ilgili md. 6.1.7 vd. ve md. 6.1.9, ifa masraflarını kimin karşılayacağı ile ilgili md. 6.1.11, ademi ifa def’isinin düzenlendiği md. 7.1.3, ödeme talebinin ileri sürülmesi ile ilgili md. 7.2.1, ademi ifa durumunda tazminatı konu edinen md. 7.4.1, fark teorisine göre tazminatın hesaplanmasını konu edinen md. 7.4.6 ve faizden doğan

¹⁴⁹ Bonell (1994) 230.

¹⁵⁰ § 2-103 UCC: “Good faith in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade”.

¹⁵¹ O’Connor (1990) 67.

¹⁵² Bonell (1994) 81.

¹⁵³ Schneider, H.: Gesetzgebungslehre. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Heidelberg 1991, § 2, Rdn. 16.

¹⁵⁴ Berger, ZVglRWiss 94 (1995) 231.

¹⁵⁵ Berger, ZVglRWiss 94 (1995) 233.

zararlarda tazminatı konu alan md. 7.4.9 örnek gösterilebilir. UNIDROIT İlkeleri, sözleşmenin kurulması konusunda, klâsik icap, kabul teorileri ile, sözleşmenin ifası konusunda da ikincil nitelikteki taleplerle sınırlı kalmamış, daha çok, 2. bölümden 7. bölüme kadar, genel şartlar biçiminde bir dizi genel hukuk ilkeleri yaratmış, bunu yaparken de hukukun genel ilkeleri ile hukuk kuralları arasında oluşturulmak istenen dengede bir ipucu vermeyi mümkün kılmaya çalışmıştır. Bu, sözleşmeler hukuku alanında hukuk yaratılmasının, *pacta sunt servanda* ilkesi ile genel hakkaniyet ilkesi arasında gidip gelmesi deneyimine uygundur. Hukukun genel ilkeleri, boşlukların doldurulması işlevini büyük ölçüde görmektedir. Ulusal hukuk düzenlerinde, hukukun genel ilkelerine çok sık başvurulduğu görülmektedir. Bu da her hukuk sisteminin, dolayısıyla kuramsal olarak bir temele oturtulması gereken uluslararası ticaret hukukunun da bu alanda boşluklar içerdiği kabul edilmelidir. Hemer her konuyu tam olarak düzenleme iddiasında olan Prusya Medenî Kanunu (ALR) § 49'da hukukun genel ilkelerine atıfta bulunmuştur. BGB'nin ilk tasarısının 1. paragrafında da, uygulanacak bir kuralın bulunmaması durumunda, hukukun ruhundan doğan genel ilkelerin uygulanabileceği belirtilmiştir¹⁵⁶. İsviçre/Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrası da, hakimin kendisini kanun koyucu yerine koyarak kural koyabileceğini belirtmiştir. Avusturya Medenî Kanunu (ABGB)'nin 7. paragrafında, İtalyan Medenî Kanunu (*Codice Civile*)'nin 12 II 2. maddesinde (*Disposizioni sulla legge generale*), İspanyol Medenî Kanunu (*Código Civil*)'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında, Mısır Medenî Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında bu yönde kurallar yer almaktadır. Fransız Medenî Kanunu (*Code Civil*)'nin 4. maddesine göre, hakim, kanunun münferit olaya uygulanacak bir kural içermediği gerekçesiyle karar vermektan kaçınırsa (*deni de justice*) sorumlu tutulur. UNIDROIT İlkeleri'nin 1.6 (2) md.sinde de, ilkelerin uygulama alanı içerisinde bulunan bir hukukî sorunun çözümü, ilke erde açıkça yer almyorsa, sorunun, UNIDROIT İlkelerine temel teşkil eden genel hukuk ilkeleri ile olabildiğince uyumlu bir şekilde çözüme kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir. Bu genel hukuk ilkeleri ya açık bir biçimde ilgili maddede yer alır (iyi niyet ilkesi vs.); ya da özel kuralın otonom bir biçimde yorumlanması yoluyla elde edilmelidir¹⁵⁷. Bu şekilde uluslararası alanda sisteme bağlı yeknesak bir yorum düşüncesi ve buna bağlı olarak ulusal hukuk düzenlerindeki hükümlerin uygulanmasından kaçınılması uluslararası yeknesak hukukun izlediği en başta gelen yollardan birisidir. Lahey Satım Sözleşmesi¹⁵⁸'nin 17. maddesinde ve Viyana Satım Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 2. fıkrasında da bu husus belirtilmiştir. Bu maddeler, yine ulusal hukuk düzenlerinde aynı konuya tekabül eden hukuk kurallarına dayanılarak

¹⁵⁶ Schmidt, K.: Die Zukunft der Kodifikationsidee. München 1985, 46.

¹⁵⁷ Bonell (1994) 39 vd.

¹⁵⁸ Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, Collection of Conventions (1951-1996).

formüle edilmiştir. UNIDROIT'nın resmî şerhinde de buna uygun olarak, boşlukların, ulusal hukuk düzenlerine başvurulmadan önce, kuralların sistematığı içerisinde doldurulması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁹. Böylece, UNIDROIT İlkeleri ile yaratılan sistemin açıklığı ve bu sistemin içerisinde yer alan hukukun genel ilkelerinin uygulanırılığı tanınmıştır.

İlk kez hukukun genel ilkelerinin kullanılması ile yaratılan bir sistem, gerçekçi bir karşılaştırmalı hukuk temeli¹⁶⁰ olarak ortaya çıkmaktadır¹⁶¹. *Lex mercatoria*'ya bakıldığında ise, bunun, uluslararası hakemliklerin, hukukî düşünceleri, kurumları ve değerleri eleştirel bir biçimde analiz etmeleri, benimseyip uygulamaları, değiştirerek uygulamaları veya reddetmeleri ile gerçekleşmekte olduğu görülmektedir¹⁶². Bu uygulama, aşamalı bir biçimde münferit genel ilkelerin ve ilkeleri karakterize eden kavramların onaylanması sonucunu doğurmakla beraber, UNIDROIT İlkelerindeki kuralların ve genel ilkelerin otonom bir Dünya ticaret hukukunun ayrılmaz bir parçası haline gelmesini de sağlamaktadır¹⁶³.

VI. Sonuç

Uluslararası ticarî sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri'nin yayınlanmasından sonra da, otonom bir Dünya ticaret hukukunun varlığına ilişkin tartışmaların sona ermeyeceği söylenebilir. Bu konu ile ilgili her çalışma, uluslararası ticaret ya da ekonomi hukukunun varlığı temel sorununa ilişkin çözüme bir yaklaşma olarak nitelendirilebilir. Bu çalışmaların yapılması ise, ekonomik gerekliliklerin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. UNIDROIT İlkeleri'nin yayınlanmasından kısa bir süre sonra, aynı alanda Lando Komisyonu'nun hazırladığı Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun Genel İlkelerinin ilk bölümü yayınlanmıştır¹⁶⁴. Lando Komisyonu'nun o günlerden bu yana sürdürmekte olduğu çalışmalar da sona erdirilerek, geçen yıl Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Genel İlkelerinin tamamı yayınlanmıştır¹⁶⁵. Bu çalışmaların hepsi, uluslararası ticaret hayatında var olan bütün hukukî araçların, içerikleri üzerinde ortak bir uyuma olduğu ölçüde, tam anlamıyla kabul görececek bir hukuk sistemine doğru uzandığının bir göstergesidir. Bu çalışmalar, sadece *lex mercatoria*'nın pratik olarak uygulanmasını kolaylaştırmakla kalmayıp,

¹⁵⁹ UNIDROIT (Hg.), Principles of International Commercial Contracts, 1994, 15.

¹⁶⁰ Esser (1990) 6.

¹⁶¹ Berger, ZVglRWiss 94 (1995) 235.

¹⁶² Schmitthoff, C. M.: International Trade Usages, Paris: Institute of Internationale Business Law, 1987, Rdn. 71.

¹⁶³ Berger, ZVglRWiss 94 (1995) 235.

¹⁶⁴ Lando, O/Beale, H. (Hg.): The Principles of European Contract Law, Part I. Cambridge 1995.

¹⁶⁵ Lando, O/Beale, H. (Hg.): Principles of European Contract Law, Parts I and II. Cambridge 2000.

bunun yanısıra bu hukuk sisteminin somutlaştırılması konusunda temel birtakım sonuçlar doğurmaktadır¹⁶⁶. Ancak bu konuya şüpheyle yaklaşan görüşler de vardır. Örneğin, tarafların verdiği bir yetkiye dayanmaksızın *lex mercatoria*'ya göre verilmiş bir hakem kararının, ulusal mahkemeler tarafından iptal edilebileceği veya uygulanmayabileceği endişeleri vardır¹⁶⁷. Bu endişeler yersizdir. *International Law Association*'ın 26 Nisan 1992 tarihinde Kahire'de hukukun uluslararası genel ilkeleri hakkındaki kararında da¹⁶⁸ dolaylı olarak, bu tür hakem kararlarının geçerliliği ile bazı özel temel ilke ve kuralların tesbiti ve boşluklarının doldurulması karara bağlanmıştır.

Bütün bu çalışmalar sonucunda, *lex mercatoria* öğretisine bakış açısında da büyük değişimler vardır. Artık *lex mercatoria*'nın teorik olarak meşru hale getirilmesi değil, onun kanunlaştırılmasında hangi tekniğin daha doğru olduğu tartışılmaktadır. Bu noktada *Restatement* teknikleri kullanılarak hazırlanan UNIDROIT İlkeleri de Lando Komisyonu'nun İlkeleri gibi, bu konuya çok büyük bir katkı sağlamaktadır¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Berger, ZVglRWiss 94 (1995) 236.

¹⁶⁷ v. Bar (1991) Rdn. 113.

¹⁶⁸ "Resolution on Transnational Rules Adopted at the 65th International Law Association Conference in Cairo on April 26, 1992, Gaillard (Hg.): Transnationales Rules in International Commercial Arbitration, 1993, 247.

¹⁶⁹ Berger, ZVglRWiss 94 (1995) 236.

KISALTMALAR

AAA	: American Arbitration Association
ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Absch.	: Abschnitt
Abt.	: Abteilung
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
ALR	: Allgemeines Landesrecht
Am. J. Comp. L.	: American Journal of Comparative Law
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
D.	: Digesta
dn.	: Dipnot
Fn.	: Fußnote
FS:	: Festschrift
Gai.	: Gaius
Hg.	: Herausgeber
Incoterms	: International Commercial Terms
Inst.	: Institutiones
Int. Enc. Comp. L.	: International Encyclopedia of Comparative Law
JZ	: Juristenzeitung
Kap.	: Kapitel
M.Ö.	: Milattan önce
md.	: Madde
MK	: Medenî Kanun
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
RabelsZ	: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdn.	: Randnummer
RG	: Resmî Gazete
R GB1	: Reichsgesetzblatt
s.	: Sayfa
SZ	: Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte
UCC	: United Commercial Code
UN	: United Nations
ZeUP	: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	: Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZvglRWiss	: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft