

LEX MERCATORIA VE TÜRK TAHKİM HUKUKU'NDAKİ YERİ

*Yrd. Doç. Dr. F. İtir BİNGÖL**

Öz

Orta Çağ'da uluslararası ticaret yapan tacirler arasında uyumsuzluklarına uygulanmak üzere lex mercatoria olarak bilinen bir hukuk yaratılmıştır. Bu hukuk 'ulus ötesi hukuk' (transnational law), 'ulus ötesi ticaret hukuku' (transnational commercmail law), 'uluslararası ticaretin ulus ötesi kuralları' (transnational rules of international commerce), gibi başka isimlerle de anılmaktadır. Orta Çağ'da doğan bu hukuk zamanla etkisini yitirmiş olmasına rağmen II. Dünya Savaşı'nın ardından yaşanan ekonomik gelişmeler ve ticaret hayatının kazandığı yeni boyutlar karşısında 'yeni lex mercatoria' adı altında uluslararası kurallara tekrar ihtiyaç duyulmuştur. Lex mercatoria'nın bir hukuk sistemi olmadığına çünkü içeriğinin belirsiz olduğuna dair eleştiriler yapılmıştır, ancak 1994 yılında UNIDROIT'nin hazırladığı Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Prensiplerinin yayımlanmasının ardından bu eleştiriler desteksiz kalmıştır, çünkü birçok hukukçu bu prensiplerin lex mercatoria'nın içeriğini oluşturduğunu kabul etmiştir.

Türk tahkim hukukuna bakıldığında 4686 sayılı kanuna göre lex mercatoria'nın taraflarca uyumsuzluğa uygulanacak hukuk olarak seçilmesinin mümkün olduğunu görmekteyiz. Ancak tarafların bu yönde bir seçimleri olmadığı takdirde hakemlerin uyumsuzluğa uygulayacakları hukuk ancak bir ulusal hukuk olabilmektedir. 4501 sayılı kanuna göre ise uyumsuzluğa uygulanacak hukuk olarak sadece bir ulusal hukukun seçilebileceği kabul

* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

edilmekte ve lex mercatoria'nın uygulanmasına izin verilmemektedir. 2015 yılında kabul edilen İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk kurallarınının 25. maddesinde ise lex mercatoria'nın uygulanabilmesi açısından daha özgür davranılmış ve tarafların uygulanacak hukuku seçmedikleri durumlarda bile hakemlerin uyuşmazlığın çözümü için uygun buldukları hukuk kurallarını yani lex mercatoria'yı uygulayabilecekleri kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Lex mercatoria, ulus ötesi ticaret hukuku, tahkim, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk kuralları

THE LEX MERCATORIA AND ITS ROLE IN TURKISH ARBITRATION LAW

Abstract

In the middle Ages, a law had been originated between the merchants who made international trade in order to be applied to their disputes. This law is also known with the names 'transnational law', 'transnational commercial law', 'transnational rules of international commerce'. Although this law which was originated in the Middle Ages lost its effect by time, due to the economic developments and the new aspects in the commercial life, after the II. World War there was a need for international rules which we call the 'new lex mercatoria'. There were criticism against lex mercatoria declaring that the lex mercatoria can't be accepted as a legal system, because the content of it is not clear. These criticism is not efficient any more, because in 1994 the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts have been published and many jurists accepted that; these principles generate the content of the lex mercatoria.

When we study on the Turkish arbitration law, we see that according to the Code Nr. 4686 the parties can choose lex mercatoria as the applicable law to their disputes, but if they didn't make such a choice then the arbitrators can't apply lex mercatoria as the applicable law. According to

the Code Nr. 4501 it is not possible to apply lex mercatoria in any case. In 2015 İstanbul Arbitration Center Arbitration and Mediation rules came into force. According to article 25 of these rules the application of lex mercatoria is more possible, because even at the situations which the parties don't make a reference the arbitrators has the right to apply lex mercatoria.

Keywords

Lex mercatoria, transnational commercial law, arbitration, İstanbul Chamber of Commerce Arbitration and Mediation Rules

I. GİRİŞ

Ticaretin kurallarının bütün dünya da aynı mantıkla işlediği kabul edilir. Bu savdan yola çıktığımız takdirde bizim uluslararası ticaretin taraflarının ekonomik, politik ve ideolojik farklılıklar gibi uluslararası ticaretin olağan işleyişine engel olabilecek engelleri ortandan kaldırmamız ve ticaret hayatını düzenleyecek ulus ötesi kurallar adıyla anılan ‘yeni *lex mercatoria*’yı kabul etmemiz gerekir¹. Bu kurallar doktrinde ‘ulus ötesi ticaret hukuku’², ‘ulus ötesi hukuk’³, ‘uluslararası ticaretin ulus ötesi kuralları’, ‘uluslararası ticaret hukuku’⁴ gibi... adlarla da anılmaktadır. Her yazar ‘*lex mercatoria*’ kavramını ifade etmek için kavramın farklı unsurlarını öne çıkaracak şekilde kendine göre isimlendirmeyi uygun bulduğundan, doktrinde bu derece fazla isim yer almaktadır, ancak bunların hepsinin birbirinin yerine kullanılabilir terimler olduğu kabul edilmektedir⁵.

-
- ¹ **Stoecker**, Christoph W. O.: ‘The *Lex Mercatoria*: To What Extent Does It Exist?’, J. Int’l Arb., Vol. 7, N. 1, 1990, s. 101.
 - ² **Goode**, Roy: ‘Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law’, Int’l & Comp. L. Q., 1997, Vol. 46, s. 1-3; **Bamodu**, Gbenga: ‘Exploring the Interrelationships of Transnational Commercial Law, “The New *Lex Mercatoria*” and International Commercial Arbitration, African Journal of International Arbitration and Comparative Law, 1998, Vol. 10, s. 32; **Manuruzzaman**, Abul, F. M.: ‘The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?’, Am. U. Int’l L. Rev., 1999, Vol. 14, s. 660.
 - ³ **Jessup**, Philip C.: ‘The Concept of Transnational Law’, Columbia J. Transnat’l L., 1964, Vol. 3, s. 1; **Horn**, Norbert: Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts, **Horn**, Norbert/**Schmitthoff**, Clive: The Transnational Law of International Commercial Transactions: Studies in Transnational Economic Law, 1982, s. 14.
 - ⁴ **Goldstajn**; Alexandar: ‘Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention, ed. **Sarcevic**, Peter/**Volken**, Paul: International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Ocena, 1986, s. 70, Erişim <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goldstain.html> (26.02.2017).
 - ⁵ **Freeman**, Paul, ‘*Lex Mercatoria*: Its Emergence and Acceptances a Legal Basis for the Resolution of International Disputes’, Arb. & Disp. Res. L. J., 1997, Vol. 6, s. 290.

Lex mercatoria, Orta Çağ'da, tacirler tarafından Avrupa'da⁶, Afrika'da ve Küçük Asya'da⁷ kendi aralarında çıkan uyuşmazlıkları çözmek üzere geliştirilmiş bir hukuk sistemidir. Tacirler *lex mercatoria*'nın kurallarını ege-men devletin bir katkısı olmaksızın kendi gelenek⁸ ve uygulamalarına⁹ dayanarak oluşturmuşlardır.

Yabancı tacirlerin ülkelerine gelmelerini sağlamak için bütün Avrupa'da hükümdarlar, tacirlerin uyuşmazlıklarını çözmek için ülkelere özel mahkemeler kurmuşlardır¹⁰. Bu özel mahkemelerde hakim olarak da tacirler görev yapmıştır¹¹.

A. *Lex Mercatoria*'nın Dönemleri

Lex mercatoria bugüne kadar üç aşamadan geçmiştir. İlk dönem Orta Çağ'da tacirler arasında *lex mercatoria*'nın doğumudur¹². İkinci aşamada (18

⁶ **Berman**, Harold J./**Kaufman**, Colin: 'The Law of International Commercial Transactions (*Lex Mercatoria*), Harv. Int'l L. J., 1978, Vol.19, s. 224; **Bamodu**, s. 33.

⁷ **Trakman**, Leon, E.: 'From the Medieval Law Merchant to e-Merchant Law', University of Toronto Law Journal, 2003, Vol. 53, s. 265; **Donahue**, Charles, Jr.: 'Medieval and Early Modern *Lex mercatoria*: An Attempt at the Probatio Diabolica' Chi. J. Int'l L., 2004, Vol.5, s. 22.

⁸ **Thayer**, Philip, W.: 'Comparative Law and the Law Merchant' Brooklyn Law Review, Vol. VI, S. 2, 1936, s. 141; **Trakman**, Leon, E.: 'The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage', Journal of Maritime Law and Commerce, V. 12, N.1; 1980, s. 4; **Medwig**, Michael T.: 'The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality', Law & Policy in International Business, 1993, Vol. 24, s. 590; **Baron**, Gesa: 'Do The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a New *Lex Mercatoria*?' Pace Essay Submission, 1998, s. 2, Erişim: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html> (26.2.2017).

⁹ **Bamodu**, s. 33, 42.

¹⁰ **Cremades**, Bernardo, M./**Plehn**, Steven L.: 'The New *Lex Mercatoria* and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions', Boston University International Law Journal, V.2, 1984, s. 318-319. Bu süreçte loncaların faaliyetleri için bkz. **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006, s. 6.

¹¹ **Berman/Kaufman**, s. 225; **Trakman**, The Evolution, s. 15; **Cremades/Plehn**, s. 319; **Medwig**, s. 590-591, **Baron**, s. 2.

¹² **Schmitthoff**, Clive M.: 'The Unification of the Law of International Trade', Journal of Business Law, 1968, s. 105-106.

ve 19. yy) bu hukuk, Avrupa’da yaşanan milliyetçilik hareketiyle birlikte ulusal hukukların içine dahil edilmiştir¹³. II: Dünya savaşının ardından yaşanan ticari ilişkilerdeki artış ve çeşitlilikle birlikte ticaret hayatının aktörleri aralarındaki bu ilişkilere uygulanabilecek hukuk kurallarıyla ve yasal sistemlerle ilgilenmeye başladılar ve bunun sonucunda yeni *lex mercatoria*’nın oluşumunu sağladılar. Bu üçüncü dönemde *lex mercatoria*’nın uluslararası niteliği ön plana çıkarıldı¹⁴.

Tarihte tacirlerin kendi uyuşmazlıklarına çözüm getiren kuralları da kendilerinin belirlediği *lex mercatoria*’nın varlığına ihtiyaç duyulmuştur. Senede bağlanmış kredi, poliçe gibi müesseseler tacirler tarafından yaratılmıştır¹⁵. Bugün uluslararası ticaret yapan tacirler için özel bir hukuk ihtiyacı hâlen devam etmektedir. Bu nedenle UNCITRAL ve UNIDROIT gibi kurumlar bu hukuku oluşturabilmek için çalışmalar yürütmektedirler. Elbette 21. yy. da tacirler için özel kurallar oluşturmanın eskisine göre daha profesyonel yöntemleri bulunmaktadır. Birçok farklı ülkeden hukukçular ve uygulamacılar bir araya gelerek çıkabilecek uyuşmazlıklara en uygun çözümü getirebilecek kurallar üzerinde görüş alışverişinde bulunmaktadır¹⁶. Bu çalışmaların sonucunda ortaya çıkan belgeler arasında UNCITRAL tarafından hazırlanan CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods-Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) ve UNIDROIT tarafından hazırlanan Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Prensipleri sayılabilir¹⁷.

¹³ Schmitthoff, s. 107; Berman/Kaufman, s. 223, 274; Cremades/Plehn, s. 320; Stoecker, s. 102, Bamodu, s. 2; Juenger, Friedrich K.: ‘The *Lex Mercatoria* and Private International Law’, Uniform Law Review, V. 5, N. 1, 2000, s. 173.

¹⁴ Schmitthoff, s. 108; Cremades/Plehn, s. 320; Bamodu, s. 33.

¹⁵ Baxter, Ian F. G., ‘International Conflict of Laws and International Business’, Int’l & Comp. L. Q., 1985 V. 34, s. 547; Goode, Roy, ‘Rule, Practice, and Pragmatism in Transnational Commercial Law’, Int’l & Comp. L. Q., 2005, Vol. 54, s. 548.

¹⁶ Goode, ‘Rule, Practice’, s. 554.

¹⁷ Juenger, Private Int. Law, s. 178; Berger, Klaus, Peter/Dubberstein, Holger/Lehmann, Sacha/Petzold, Victoria, The CENTRAL Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration’ in Practice of Transnational Law, The Hague, 2001, s. 106.

B. Lex Mercatoria'nın İçeriği

Doktrinde *lex mercatoria*'nın içeriği hakkında görüş birliği bulunmamaktadır¹⁸.

Öncelikle Lando, gibi yazarlar *lex mercatoria*'nın içeriğine bir çok unsur dahil etmektedirler. Örneğin, uluslararası ticaretin örf ve adetlerini, uluslararası konvansiyonlarını, hukukun genel prensiplerini, standart sözleşmeleri, uluslararası kamu hukukunu, UN, UNCTAD, OECD, UNIDROIT ve Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu gibi kurumlarını kuralları, tahkim kararlarını¹⁹ vs...

Diğer taraftan bazı yazarlar *lex mercatoria*'nın içeriğine dahil edilecek unsurları sınırlı sayıda tutmaktadırlar. Örneğin Schmitthoff, sadece uluslararası yasama ürünlerini ve uluslararası ticari örfleri dahil etmektedir²⁰. CISG, uluslararası yasamanın ürünlerine örnek teşkil ederken, Akreditife ilişkin Tektip Örf ve Adet kurallarıyla INCOTERMS, uluslararası ticari örfelere örnek teşkil etmektedir²¹. Berman ve Kaufman, UNCITRAL'in yeknesak kurallarının da uluslararası ticari örfelere dayandıklarını söyleyerek bu görüşü desteklemektedirler²².

Bazı yazarlar doktrinde Lando'nun kabul etmiş olduğu bazı kuralların neden *lex mercatoria*'nın içeriğine dahil edilemeyeceklerini açıklamışlardır: Bu yazarlara göre örneğin standart sözleşmeler ancak ticaret hayatının aktörleri tarafından yaygın bir şekilde kullanıldıkları takdirde *lex mercatoria*'nın içeriğine dahil edilebilirler²³. Sözleşme yapan taraflar standart bir sözleş-

¹⁸ **Wilkinson**, s. 107; **Maniruzzaman**, s. 673; **Oğuz**, Arzu: *Lex Mercatoria*, Ankara, 2004, s. 191.

¹⁹ **Lando**, s.749-751, **Goldstajn**, s. 72.

²⁰ **Schmitthoff**, Clive M.: Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions, in Clive Schmitthoff's Selected Essay's on International Trade Law ed., **Cheng**, Chia-Jui, Londra, 1988, s. 234.

²¹ **Schmitthoff**, Nature, s. 236.

²² **Berman/Kaufman**, s. 275

²³ **Stoecker**, s. 120; **Wilkinson**, s. 111, Akıncı duruma somut bir örnek de vermiştir. FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils- Condition of Contract for Works of Civil Engineering Constructions) kuralları inşaat sektöründe çıkan uyuşmazlıkların %30'una uygulanıyor olsa da bu kuralları *lex mercatoria* olarak kabul

meye uymaları konusunda zorlanamazlar. Aslında bu nitelikte evrensel sözleşmeler de bulunmamaktadır²⁴. Tahkim kararlarının da *lex mercatoria*'nın içeriğine dahil edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bu tartışmada ileri sürülen görüşe göre; eğer uluslararası ticaret hayatının aktörleri arasında *lex mercatoria*'ya göre verilen tahkim kararlarının bağlayıcı olacağı yönünde bir karar alınabilirse, ancak o zaman bu kararlar *lex mercatoria*'nın içeriğini oluşturabilirler²⁵.

Kanımızca *lex mercatoria*'nın içeriğini Lando'nun yaptığı kadar genişletmek uyumsuzluğa bakan hakim ya da hakemin alanlarında yeterince deneyimli olmamaları durumunda haksız sonuçlar yaratabilir.

II. LEX MERCATORIA'YA YÖNELİK ELEŞTİRİLER VE BU ELEŞTİRİLERE CEVAPLAR

Lex mercatoria'ya yöneltilen en önemli eleştiri, *lex mercatoria*'nın ulusal bir hukukun parçası olarak görünmediği sürece bir yasal sistem (legal system) olarak tek başına var olamayacağıdır²⁶.

Doktrinde bu eleştiriye cevap verilebilmektedir: Şöyle ki; bazı durumlarda tacirlerin davranışlarını düzenleyen bağımsız bir yasal düzen bulunduğu inkar edilememektedir²⁷. Örneğin sözleşmenin tarafları yaptıkları sözleşmeden doğan haklarının ve borçlarının ne olduğu konusunda anlaşmaktadır. Sözleşmeden doğan borçlarını da uluslararası ticaret hayatının uygun gördüğü şekilde ifa etmektedirler. Taraflar arasında böyle bir konsensus varsa buna hiçbir devlet otoritesinin müdahale etmesi düşünülemez. Ancak bir uyumsuzluk doğduğunda yasal bir düzene ihtiyaç duyulmaktadır. Orta Çağ'daki tacir sınıfından farklı olarak bugün tacirler, bir uyumsuzluk sonucu

etmenin mümkün olmayacağını belirtmiştir, **Akıncı**, Milletlerarası Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996, s. 31.

²⁴ **Wilkinson**, s.111; **Ramberg**, Jan: 'The Law and Practice of International Commercial Contracts in the 2000s', Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2009, s. 434.

²⁵ **Stoecker**, s. 121.

²⁶ **Highet**, Keith: 'The Enigma of the *Lex Mercatoria*' in *Lex Mercatoria and Arbitration*, A Discussion of the New Law Merchant, ed. CARBONNEAU, Thomas, E., New York, 1990, s. 3; **Wilkinson**, s. 115.

²⁷ **Stoecker**, s. 105; **Freeman**, s. 299.

alınan kararın oluşturacakları baskı sayesinde uygulanmasını sağlayacak kadar ortak bir ruha sahip değillerdir. Bu nedenle de *lex mercatoria*'nın varlığı ulusal mahkemelerin *lex mercatoria*'yı benimsemelerine ve tahkimde *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilen kararların tenfiz edilebilmelerine bağlıdır²⁸.

Son zamanlarda verilen tahkim kararlarından hakemlerin uluslararası ticaretin genel prensiplerine ve uygulamaya hakim olduklarını ve kararlarını verirken bunları uygulayabildiklerini göstermektedir. *Lex mercatoria* asırlar öncesinde olduğu gibi bugün de uluslararası ticari prensiplere, geleneklere ve uygulamalara dayanmaktadır. Bu tahkim kararları yeni *lex mercatoria* nın oluştuğuna dair bir kanıt oluşturmaktadır²⁹.

Diğer bir eleştiri olarak *lex mercatoria*'ya karşı olanlar uluslararası ticaretin ulusal hukuklar dışında bir hukuka (a-national) ihtiyaç duymadıklarını iddia etmektedirler. Bu yazarlara göre eğer uyumsuzluğun tarafları farklı milletlerdense ya da uyumsuzluk başka bir yabancılık unsuru taşıyorsa, kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla bulunan ulusal hukuk uygulanmalıdır. Ancak kanunlar ihtilafı kuralları bizi istenmeyen sonuçlara da götürebilir³⁰.

Klasik kanunlar ihtilafı kuralları, egemen devlet kavramını esas aldığından uluslararası sözleşmeler söz konusu olduğunda uygulanmaları pek tatminkâr sonuçlar vermemektedir. Ne *lex loci contractus* ne de *lex loci solutions* kuralları uygun çözümler bulmaya yeterli değildirlir³¹.

Bunun yanı sıra ulusal hukuklar genellikle modern hayatın getirdiği yeni ticari uyumsuzlıklara çözüm bulmakta yetersiz kalmaktadırlar³². Eğer

²⁸ **Stoecker**, s. 105.

²⁹ **Cremades/Plehn**, s. 335.

³⁰ **Sweet**, Alec Stone: 'The New *Lex Mercatoria* and Transnational Governance', Journal of European Public Policy, V. 13 N.5, 2006, s. 632.

³¹ **Juenger**, Friedrich K.: 'The *Lex Mercatoria* And The Conflict of Laws' in *Lex Mercatoria* and Arbitration A Discussion of the New Law Merchant, ed. **Carbonneau**, Thomas E., New York, 1990, s. 220.

³² **Juenger**, s. 213; **Bernard**, Audit: 'The Vienna Sales Convention and The *Lex Mercatoria*' ed. **Carbonneau**, s. 140; **Stoecker**, s. 106; **Wilkinson**, s.106-107, **Bamodu**, s. 45; **Baron**, s. 3; **Bonell**, Michael Joachim: 'The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice', <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bib2.html#b>, erişim: 15.02.2017; **Özdemir**,

uluslararası nitelikteki bir ticari uyuşmazlığa ticari hayatın gelişimine ayak uyduramamış bir ulusal ticaret hukuku uygulanacak olursa tarafların menfaatleri bundan zarar görür ve varılan çözüm de adil olmaz³³.

Benzer bir durum uluslararası ticari uyuşmazlığa bakan hakemlerin uygulanacak hukuku, ‘en yakın ilişkili hukuk’tan yola çıkarak buldukları zaman da yaşanmaktadır. Böyle bir durumda hakemlerin varacakları çözüm önceden tahmin edilememektedir³⁴. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 12. maddenin (C) fıkrasına göre; ‘tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verir’. Bu kuralların da sebep olabileceği olumsuzlukları önleyebilmek için yeni tahkim düzenlemelerinde taraflarca hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda hakemlerce *lex mercatoria*’nın uygulanabilmesinin önünün açıldığı görülmektedir.

Başka bir eleştiri olarak *lex mercatoria* nın içeriğinin belirsiz olduğu ve dolayısıyla da uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*’yı seçmenin bir risk doğuracağına dair iddia³⁵ da artık pek taraftar bulamayacaktır. Çünkü 1994 yılında UNIDROIT, Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Prensiplerini yani bir tür *lex mercatoria* yayımlamışlardır³⁶. Bu prensipleri hazırlayan hukukçular bunları bir tür *lex mercatoria* olarak kabul etmişler ve

Didem: ‘Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak *Lex Mercatoria*’, s. 19, Erişim: http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_4.pdf (12.02.2017).

³³ **Lowenfeld**, Andreas F.: ‘*Lex Mercatoria*: An Arbitrator’s View, in *Lex Mercatoria* and Arbitration A Discussion of the New Law Merchant, ed. **Carbonneau**, Thomas E., New York 1990, s. 51; **Juenger**, s. 220, 224.

³⁴ **Audit**, s. 140.

³⁵ **Bonell**, Nature and Purposes, s. 3; **Baron**, s. 8-10.

³⁶ **Bonell**, Nature and Purposes, s. 3; **Selden**, Barton, S.: ‘*Lex Mercatoria* in European US Trade Practice: Time To Take a Closer Look, in II Golden Gate University School of Law, Annual Survey of International and Comparative Law, 1995, s. 112, **Bonell**, Michael Joachim: ‘The UNIDROIT Principles and Transnational Law’ in the Practice of Transnational Law’ ed. **Berger**, Klaus Peter, The Hague, 2001, s. 41; **Gaillard**, Emmanuel: ‘Transnational Law: A Legal System or Method of Decision-Making? In the Practice of Transnational Law, ed. BERGER, Klaus Peter, The Hague, 2001, s. 56, aksi görüşte **DROBNIG**, Ulrich: ‘The UNIDROIT Principles in the Conflict of Laws’, Uniform Law Review, 1998-2/3, s. 387-388.

bu prensiplerin hakemler ve mahkemeler tarafından uygulanmasının da bunların *lex mercatoria* niteliğinde olduğunu gösterdiğini belirtmişlerdir. Bu prensiplerin uluslararası ticaret camiası tarafından genel kabul görmesi ve sözleşme yapan tarafların ulusal hukuklar yerine uyumsuzluklarına uygulanacak hukuk olarak bu prensipleri seçmeleri modern bir *lex mercatoria* yaratır bu da uluslararası ticari sözleşme hukukunun hemen hemen bütününe kapsayan bir düzenleme anlamına gelir³⁷.

Uygulamada UNIDROIT prensiplerinin uygulanıp uygulanmadığını görmek için Almanya'da Münster Üniversitesi'nde bulunan CENTRAL (The Centre for Transnational Law) bünyesinde 3 yıl süren bir araştırma yapılmıştır. Bu çalışmanın ileri sürdükleri savlardan biri belirli sözleşme şartlarının düzenli olarak kullanılması, tarafların bu kurallara uymaları *lex mercatoria* olarak anılan yeni bir yasal düzen yaratacaktır³⁸. CENTRAL bir anket formu hazırlayıp uluslararası ticaretin aktörlerine göndermiştir ve alınan sonuçlar ticaret hayatının uygulamadaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere *lex mercatoria*'nın doğduğu yönünde olmuştur³⁹.

Bu anketteki sorulardan birisi şudur: 'Tarafların uluslararası bir sözleşmenin müzakereleri sırasında ya da sözleşmeden doğacak uyumsuzluğa uygulanacak hukuk seçiminde ya da uluslararası tahkim prosedüründe uluslararası hukuku tercih ettiklerine tanık oldunuz mu?'dur. Gelen olumlu yanıtlarda 'hukukun genel prensipleri' ilk sırayı alırken ikinci sırada geniş anlamda *lex mercatoria* ve üçüncü sırada UNIDROIT prensipleri yer almıştır.

Benzer şekilde doktrinde yapılan uygulamalı bir çalışmada son elli yıl içerisinde verilen tahkim kararları arasında geniş anlamıyla *lex mercatoria*'ya dayanılarak kırk karar verilmiştir. Bu çalışmada araştırmacı, *lex mercatoria*'nın bağımsız yasal bir düzene benzer bir yapıya sahip olduğuna fakat marjinal bir rol oynadığı sonucuna varmıştır⁴⁰.

³⁷ **Ramberg**, s. 437.

³⁸ **Berger/Dubberstein/Lehmann/Petzold**, s. 94-95.

³⁹ **Berger/Dubberstein/Lehmann/Petzold**, s. 109.

⁴⁰ **Dasser**, Felix: *Lex Mercatoria- Critical Comments on a Tricky Topic*, Jusletter 6. January 2003, <http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/LMCRIT.pdf> erişim: 15.02.2017.

CENTRAL'ın yaptığı bu araştırmanın sonucuna dayanarak UNIDROIT Prensiplerinin sözleşmelerin müzakeresinden uyuşmazlığın çözümüne kadar geniş bir yelpazede ve giderek artan oranda kabul görmesi bizi, tacirlerin yeni bir *lex mercatoria* yaratıkları sonucuna götürür⁴¹.

III. LEX MERCATORIA'YA GÖRE VERİLEN VE TENFİZ EDİLEN İLK ULUSLARARASI TAHKİM KARARI

Bir Türk şirketi Pabalk ile bir Fransız şirketi olan Norsolor 1971 yılında bir acentelik sözleşmesi yapmışlar ve bu sözleşmeyle ilgili uyuşmazlık çıkması durumunda uyuşmazlığın tahkimde çözüme kavuşturulacağına dair bir şart da belirlemişlerdir. Söz konusu sözleşmeye göre Norsolor bir Türk şirketi olan Aksa'ya kimyasal bir madde satacak ve Pabalk bu satıştan ücret alacaktır. Aksa'yla yaşanan bir anlaşmazlığın ardından Norsolor Pabalkla olan sözleşmesinden de dönmüştür. Ardından Pabalk Norsolor aleyhine tahkime başvurmuş ve doğan zararının tazmin edilmesini talep etmiştir. Tarafların sözleşmelerinde kararlaştırdıkları üzere tahkim mahkemesi olan Milletlerarası Ticaret Odasının Tahkim Mahkemesi, tahkim yeri olarak Viyana'yı ve usule uygulanacak hukuk olarak da Avusturya Medeni Usul Hukukunu seçmiştir⁴². Taraflar, hakemlere dostane arabulucu (*amiable compositeur*) olarak davranmaları için yetki vermemişlerdir.

Hakemler 1979 yılında bir karar vermişlerdir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış oldukları bu sözleşmede hakemler, uyuşmazlığın uluslararası niteliği üstünde durmuşlar ve böyle bir durumda ne Türk Hukuku'nu ne de Fransız Hukuku'nu uygulamanın uygun olmayacağını belirterek, *lex mercatoria*'ya dayanarak karar vermelerinin duruma en uygun düşen çözüm olduğunu belirtmişlerdir. *Lex mercatoria*'yı uygulayarak vardıkları sonuçta Norsolor'un ticaret hayatının gereklerine aykırı şekilde davrandığını belirterek Pabalk'ın talebini yerinde bulmuşlardır.

Bunun üzerine Norsolor Viyana ilk derece mahkemesine tahkim kararının iptali için başvuruda bulunmuş ve hakemlerin *lex mercatoria*'yı uygu-

⁴¹ Berger, Klaus Peter: 'International Arbitral Practice and The Unidroit Principles of International Commercial Contracts', Am. J. Comp. L. 1998, Vol. 46, s. 150.

⁴² Cremades, Bernardo, M.: 'Good Faith in International Arbitration', Am. U. Int'l L. Rev., 2012, V.27, Nr.4, s. 762.

lamak suretiyle tıpkı dostane arabulucu gibi davrandıklarını, bu durumun ise Milletlerarası Ticaret Odasının Tahkim Kurallarının 13. maddesinin 3 fıkrasını yani kamu düzenini ihlal ettiğini iddia etmiştir⁴³. Mahkeme, Norsolor'un talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Norsolor, Viyana İstinaf mahkemesine başvurmuş ve İstinaf Mahkemesi 29 Ocak 1982'de bir karar vermiştir. Viyana İstinaf Mahkemesi talebi kısmen haklı bulmuş ve hakem heyetinin 13. maddenin 3. fıkrasını ihlal ettiğini belirtmiştir. Bunun üzerine bu kararı Pabalk, Viyana Yüksek Mahkemesine taşımış ve Yüksek Mahkeme, 18 Kasım 1982'de tahkim kararının yerinde olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, hakem heyetinin kararını verirken 'dürüstlük kuralı' (good faith)na dayandığını, bu kuralın hem Türk hem de Fransız hukuklarında kabul gören bir ilke olduğunu, bu durumda hakemlerin kararının her iki hukukun da kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğinden Avusturya Medeni Usul Hukuku'nun 595. maddesinin 6. fıkrasını da ihlâl etmediğine karar vermiştir⁴⁴. Bu fıkrada yer alan hükme göre; Avusturya'da verilen bir tahkim kararı ancak hukukun emredici kurallarını ihlal ederse iptal edilebilir.

Ardından Pabalk, Paris ilk derece mahkemesine tahkim kararının tenfizi için başvurmuştur. Norsolor bu başvuruya karşı mahkemede kararın tenfizinin mümkün olmadığını, çünkü hakemlerin bir ulusal hukuku uygulamak yerine *lex mercatoria*'yı uygulamak suretiyle yanlış hareket ettiklerini iddia etmiştir. Daha önce Viyana'da iddia ettikleri gibi bu şekilde davranmak suretiyle hakemlerin Milletlerarası Ticaret Odası'nın Tahkim Kuralları'nın 13. maddesinin 3. fıkrasını ihlal ettiklerini ifade etmiştir.

Paris ilk derece mahkemesi, Norsolor'un iddiasını reddederek 5 Şubat 1980'de kararın tenfizine karar vermiştir. Norsolor bu kararı Paris İstinaf Mahkemesine götürmüştür. Paris İstinaf Mahkemesi, tenfiz kararını yerinde bulmamış ve gerekçe olarak da Viyana İstinaf Mahkemesi'nin kararının tenfiz talebine engel teşkil ettiğini belirtmiştir. Her iki karar da New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine dayanmaktadır. Bu hükme göre; hakem kararının henüz taraflar için mecburi olmadığı veya bunun verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun yönünden yetkili

⁴³ Cremades, s. 763.

⁴⁴ Introductory Note Court of Cassation Decision in *Pabalk Ticaret v. Norsolor*, 9 October 1984, çeviren Gaillard, Emanuel, in *International Legal Materials*, 1985, V. 24, s. 363.

bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrasının geri bırakılmış olduğu kararların tenfiz edilemeyeceği belirtilmektedir.

Daha sonra Pabalk davayı Fransız Yüksek Mahkemesi'ne taşımıştır. Fransız Yüksek Mahkemesi, Paris İstinaf Mahkemesi'nin kararını 1984 yılında bozmuştur. Yüksek Mahkeme kararında, New York Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre 'daha lehe olan hak kuralı' nı uygulamanın Fransız hakimlerin sadece bir hakkı değil, aynı zaman da bir ödevi de olduğunu belirtmiştir⁴⁵. Başka bir ifadeyle Fransız Yüksek Mahkemesi, eğer Fransız hakimler, söz konusu tahkim kararının New York Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre Fransa'da Fransız tahkim hukukuna göre tenfizinin mümkün olup olmadığını incelemeyen, V. maddenin 1. fıkrasının (e) bendine dayanarak kararın tenfizini reddedecek olurlarsa, o zaman New York Sözleşmesi'nin 7. maddesini ihlal etmiş olurlar ki, nitekim Paris İstinaf mahkemesi bu şekilde davranarak New York Sözleşmesi'nin 7. maddesini ihlâl etmiştir⁴⁶. New York Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre, eğer tenfiz talebinde bulunan tarafın daha lehine olan bir kural varsa o kural uygulanmalıdır⁴⁷.

Tahkimde *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilen bir kararın tenfiz edilmiş olması doktrinde *lex mercatoria*'nın zaferi olarak kabul edilmiştir.

IV. TÜRK TAHKİM HUKUKU'NDAKİ DÜZENLEMELERDE LEX MERCATORIA'NIN YERİ

Ocak 2000'de 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanunu ve 2001 yılında da 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmek suretiyle Türk Tahkim kurallarının yenilendiği görülmektedir.

⁴⁵ **Freyer**, Dana: 'The Enforcement of Awards Affected by Judicial Orders of Annulment and the Place of Arbitration' in Chapter 26 of Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards the New York Convention in Practice published by Cameron May, erişim: https://www.skadden.com/sites/default/files/publications/Publications1421_0.pdf (12.11.2016).

⁴⁶ **Koch**, Christopher: 'The Enforcement of Awards Annuled in Their Place of Origin- The French and U.S. Exprience', Journal of International Arbitration, 2009, V. 26, Nr. 2, s. 271.

⁴⁷ **Koch**, s. 269.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12. maddesinin (C) bendi gereğince uyuşmazlığın tarafları uygulanacak hukuk olarak 'hukuk kuralları'nı seçebilirler. Bu yaklaşım tahkim hukukundaki modern bir yaklaşım olup Fransız, İsviçre, Hollanda⁴⁸ ve Alman Hukuku'nda⁴⁹ kabul edilmektedir. Bütün bu ülkelerde taraflar bir 'hukuk' yanında 'hukuk kuralları'nı da uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak seçebilmektedirler.

Bu şekilde 'hukuk kuralları'na yapılan atıf tarafların ulusal olmayan bir hukuku da uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk olarak seçebileceklerini göstermektedir⁵⁰. Ama eğer taraflar uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir şey belirtmemişlerse, 4686 sayılı Kanun'a göre; hakemler ulusal olmayan hukuk kurallarını tek başlarına uygulayamazlar. Böyle bir durumda hakemlerin 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu'na dayanarak kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla uygulanacak ulusal hukuku bulmaları gerekir⁵¹. Kanununun bu yaklaşımı bizim de katıldığımız görüşe göre; uluslararası uyuşmazlıkların tamamen uluslararası nitelikteki kurallarla çözülmesini engellediği için oldukça muhafazakâr bir yaklaşım olarak kabul edilmelidir⁵².

4501 sayılı Kanun'un 4. maddesinde ise 'uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk' ifadesine yer verildiğinden burada ulusal bir hukukun kanunlar ihtilafı kuralları hariç diğer maddi hukuk kurallarının uygulanması söz konusudur⁵³. Kanun Koyucu 4501 sayılı Kanun'un kapsamına giren

⁴⁸ **Jin**, Ning: 'The Status of *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration', The American Review of International Arbitration, V. 7, Nr.2, 1996.

⁴⁹ Deutsches Schiedsverfahrensrecht 98, §1051/1.

⁵⁰ **Bernardini**, Piero: 'International Arbitration and A-National Rules of Law', ICC International Court of Arbitration Bulletin V. 15, Nr. 2, Fall-2004, s. 64; **Pryles**, Michael: 'Application of the *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration', University of New South Wales Law Journal, V. 31, Nr.1, 2008, s. 327; **Özdemir**, s. 32.

⁵¹ **Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003, s. 162.

⁵² **Erdem**, Ercüment: 'Turkey: In Support of *Lex Mercatoria*', International Financial Law Review, 1 April 2009, erişim: <http://www.erdem-erdem.av.tr/Sites/1/upload/files/lex-mercatoria-26.pdf> (13.2.2017); **Özdemir**, s. 34.

⁵³ **Akıncı**, s. 159-160; **Nomer**, Ergin/Şanlı, Cemal: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2008, s. 311-502.

sözleşmeler için açıkça *lex mercatoria*'nın uygulanmasından kaçınmış ve bu nedenle 'maddi hukuk' ifadesini tercih etmiştir.

Eğer bir uyuşmazlık tahkim de değil de Türk mahkemeleri önünde çözüme kavuşturulacaksa o zaman 5718 sayılı kanun uygulama alanı bulacak ve bu Kanun'un 24. maddesinin 4. fıkrasına göre de hâkimler uyuşmazlığı çözmek için sadece bir ulusal hukuku uygulayabileceklerdir.

26 Ekim 2015 tarihinde kabul edilen İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arbuluculuk Kuralları'nın 25. maddesinde uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak tarafların seçmiş oldukları 'hukuk kuralları' ya da eğer böyle bir seçim yapılmamışsa hakemlerin uyuşmazlığın çözümü için uygun buldukları 'hukuk kuralları' uygulanacaktır denmektedir. Bu durumda taraflar hukuk seçimi yapmamış olsalar bile hakemler uluslararası uyuşmazlığın niteliğine uygun düştüğünü düşündükleri takdirde *lex mercatoria*'yı uygulayabileceklerdir.

SONUÇ

Uluslararası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla bulunacak ulusal hukuklara göre çözümlenmesi gerektiği yönündeki görüş, ulusal hukukların uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde yeterince uygun çözümler getirememeleri, ticaret hayatının hızına ayak uyduramadıkları gerekçeleriyle eleştirilmekte ve onun yerine çözümün *lex mercatoria* vasıtasıyla bulunmasının daha uygun olacağı görüşü taraftar bulmaktadır.

Türk tahkim hukukundaki düzenlemeler incelendiğinde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12/C fıkrasına göre, taraflar, sözleşmelerinden doğan uyuşmazlığın çözümünde hukuk kurallarının yani *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kararlaştırabilirler. Ancak aynı fıkranın ikinci cümlesine göre; eğer taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa o zaman hakemler, uyuşmazlık ile yakın bağlantısı olan devletin maddi hukukunu uygulayacaklardır. Burada açıkça bir 'devletin maddi hukuku' ifadesi kullanıldığı için *lex mercatoria*'nın kullanılma imkânı bulunmamaktadır. Bu noktada kanunumuzun uluslararası ticaretin işleyişine uygun çözümleri bulmak için mutlaka bir ulusal hukukun uygulanmasını şart koşmasının muhafazakâr

bir yaklaşım olduğu, ticaret hayatının gereklerine uygun çözümlerin bulunmasını zorlaştıracığı kanaatindeyiz.

4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'un 4. maddesinde ise tarafların seçecekleri hukuk olarak bile *lex mercatoria*'ya yer verilmemiş sadece bir devletin hukukuna imkân tanınmıştır. Maddede 'uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk' denildiğinden bunun sadece bir ulusal hukuk olabileceği anlaşılmaktadır. Bütün dünyada tahkimle ilgili düzenlemelerde devletin taraf olduğu sözleşmelerde *lex mercatoria*'nın uygulanması hususunda bir çekingenlik ve hassasiyet vardır. Bizim 4501 sayılı kanunumuza da bu genel görüşün hakim olduğu söylenebilir.

Ancak 2015 yılında kabul edilen İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk kurallarının 25. maddesindeki düzenlemeye göre; hem taraflar *lex mercatoria*'yı uygulanacak hukuk kuralları olarak seçebilmektedirler hem de tarafların hukuk seçimi bulunmadığı durumlarda hakemler uyuşmazlığın çözümü için uygun görürlerse *lex mercatoria*'yı uygulayabilmektedirler. Kanımızca İstanbul Tahkim Merkezi'nin bu yaklaşımı, ülkemizin tahkimde uluslararası gelişmeleri dikkate alarak modern bir bakış açısıyla tarafların uyuşmazlıklarını ticaret hayatının kendi dinamik kurallarıyla çözme imkânı getirmesi nedeniyle takdirle karşılanmalıdır.

