

^HAVRUPA SÖZLEŞMELER HUKUKU'NDA VE TÜRK BORÇLAR HUKUKU'NDA ÖRF VE ÂDETLER İLE TEAMÜL VE UYGULAMALARIN YERİ

*Prof. Dr. Demet ÖZDAMAR**

Öz

Hukuk sistemlerinin hemen hemen tamamında, yazılı hukuk kurallarının önemi ve yeri tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir. Buna karşın; yazılı olmayan hukuk kurallarının yeri ve önemi, birçok hukuk sistemi açısından, aynı ölçüde açık ve net olmayabilir. Yazılı olmayan davranış ve uygulama kuralları (süreklilik, genel inanış, yaptırım, yer, zaman gibi) çeşitli kriterlere göre, farklı etkilerde ve farklı açılardan hukuk alanlarında önem kazanmaktadır. Hatta yazılı olmayan hukuk kuralları; farklı hukuk sistemlerinde, farklı şekillerde dikkate alınabilmekte veya hiç dikkate alınmayabilmektedir. İşte; bu çalışmada; yazılı olmayan hukuk kurallarından, örf ve âdetler; örf ve âdet hukuku kuralları ile teamül ve uygulamaların gerek terim açısından, gerekse taşıdığı anlam açısından, Avrupa Sözleşmeler Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku'ndaki yeri, önemi ve bunlar ile ilgili kriterler karşılaştırmalı olarak tespit edilerek; varılan sonuçlar usul ekonomisi, hakkaniyet, dürüstlük kuralları ve hukukun temel ilkeleri açısından değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Avrupa Sözleşmeler Hukuku, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Türk Borçlar Hukuku, Örf ve Âdetler, Örf ve Âdet Hukuku, Teamül ve Uygula-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı (e-posta: demet.ozdamar@deu.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 13.01.2017-13.01.2017/Makale Kabul Tarihleri: 10.02.2017-18.01.2017)

malar, Kara (Kıta) Avrupası Hukuk Sistemi, Anglo - Sakson Hukuk Sistemi (Ortak Hukuk), Hukukun Birleştirilmesi

THE POSITION OF CUSTOMS, USAGES AND PRACTICES IN THE EUROPEAN CONTRACTS LAW AND IN THE TURKISH OBLIGATIONS LAW

Abstract

Almost in the entirely legal system, the importance and the place of the written rules of law is accepted without dispute. Despite that; the place and the importance of non-written legal rules may not be equally clear in many legal systems. Unwritten behavior and rules of practice (such as continuity, general belief, sanction, place, time) are gaining importance in different effects and in different fields of laws, according to various criteria. Even, non-written legal rules, in different legal systems, different forms can be considered or not taken into consideration at all. Here; in this study; non-written rules of law, customs and customary law, as well as usages and practices, both in terms of terms, and in terms of the meaning they bear, the place and the importance of European Contracts Law and the Turkish Obligations Law and the criteria related to them are determined comparatively. The results have been tried to be evaluated in terms of procedural economics, equity, honesty and basic principles of law.

Keywords

European Contracts Law, Principles of European Contract Law, Turkish Code of Obligations, Customs, Customary Law, Usages and Practices, Institution of Continental European Law, Institution of Anglo - Sakson Law (Common Law), Unification of Laws

GİRİŞ

Türk Hukuk Sistemi; İsviçre ve Alman Kanunları gibi, *Kıta Avrupası* kanunlarını büyük ölçüde iktibas etmiş veya bunlardan etkilenmiştir. Özellikle; *örf ve âdet hukuku ile hâkimin yarattığı hukuk kurallarının* önemli bir rol oynadığı *Anglo - Sakson Hukuk (Common Law; Ortak Hukuk) Sistemi*, esas olarak Türkiye'de pek etkin değildir. Ancak; *Avrupa Birliği Hukuku* ve buna ilişkin hukuk kurallarının, iç hukukumuzda (Tüketici Hukuku, İş Hukuku gibi) bazı alanlarda dolaylı da olsa, etkisinin artması ve özellikle de, uluslararası ticaretin gelişmesi ile, *Anglo - Sakson Hukuk (Common Law; Ortak Hukuk) Sistemine* ilişkin kurallar, büyük önem kazanmaya başlamıştır. Yine; gelişen teknoloji ile birlikte, globalleşen ve uzak ülkelere ticaretin çok geliştiği bir dünyada, çeşitli hukuk sistemleri de, büyük ölçüde birbirine yaklaşıma ve hukukun birleştirilmesi yolundaki uzun süreden beri var olan çalışmalar da giderek artmaya başlamıştır. Bu bağlamda; *Avrupa Sözleşmeler Hukuku* alanındaki temel ilkeler, gerek *Avrupa Sözleşmeler Hukuku*'nun birleştirilmesi, gerekse *Türk Sözleşmeler Hukuku* alanında, özellikle uluslararası ticarî sözleşmeler açısından etkili olmaya başlamıştır. Bu çalışmada; *Avrupa Sözleşmeler Hukuku* ile *Türk Medenî Hukuku* ve özellikle *Türk Borçlar Hukuku* alanındaki *örf ve âdetler*, *örf ve âdet hukuku* ile *teamül ve uygulamaların* yeri karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

I. MODERN HUKUK SİSTEMLERİNDE, YAZILI VE YAZILI OLMAYAN HUKUK KURALLARININ YERİ

A. Genel Olarak Hukuk Kuralları ve Çeşitleri

Hukukun; belli bir toplumda, belli bir zamanda yürürlükte olan kuralları içermesi, "*yürürlükte olan hukuk (pozitif hukuk; dogmatik hukuk)*" kavramının doğmasına neden olmuştur. *Pozitif hukuk*; sadece yazılı olan hukuk kurallarını değil, yazılı olmayan hukuk kurallarını (örf ve âdet hukuku kurallarını) da kapsar. Hukukun; *pozitif (yürürlükteki) hukuk* yanında; *mevzu hukuk (yazılı hukuk kuralları)*, *tarihî hukuk (yürürlükten kalkmış, tarih olmuş hukuk kuralları)* ve *ideal (tabii; olması gereken) hukuk* şeklinde çeşitli anlamları vardır. *Yürürlükteki hukuk (de lege lata)*, *olması gereken hukuka*

(*de lege ferenda*) yaklaştığı ölçüde, adâlet ve hakkaniyet duygusu tatmin edilmiş olur¹.

Özel Hukuk alanındaki, özellikle de Medenî Hukuk alanındaki hukuk kuralları, birçok açıdan gruplandırılabilir². Örneğin; *kaynakları* açısından (yaratıcı kaynaklar; yasaları koyan makam olarak TBMM veya diğer organlara) göre; büründüğü *biçime* (yazılı olup olmamasına ya da hakim tarafından yaratılıp yaratılmadığına) göre; ekonomik, sosyal ve kültürel gereksinmelerin etkisiyle hukukun ortaya çıkmasına *etken* olan (sosyolojik) kaynağa göre veya *birinci* (aslı) kaynak, tamamlayıcı kaynak ve *bilgi* (yardımcı) kaynak olup olmadığına göre (öğreti ve mahkeme kararları); *bağlayıcı* (emredici) nitelik taşıyıp taşımadığına göre çeşitli açılardan ayırma tabi tutulabilirler. Bunlar arasında; *yazılı ve yazılı olmayan hukuk kuralları* yahut da Medenî Hukuk'un *yazılı ve yazılı olmayan kaynağı* şeklindeki ikili bir ayırım, inceleme konumuz açısından özel bir önem taşımaktadır. Nitekim; "*Hukukun uygulanması ve kaynakları*" başlığını taşıyan **Türk Medeni Kanunu'nun** 1.maddesine göre³;

¹ **Öztan**, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, (Turhan Kitabevi), Ankara 2005, s. 33 vd.

² **Öztan**, s. 105 vd.; **Ayan**, Mehmet/**Ayan**, Nurşen: Medenî Hukuka Giriş, 12.B. (Seçkin Yayınevi), Ankara 2016, s. 29 vd.; **Bilge**, Necip: Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kuralları, (Turhan Kitabevi), 10.B., Ankara 1995, s. 48 vd.; **Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami: Medenî Hukuk, (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 18.B., (Beta Basım), İstanbul 2012, s. 43 vd.; **Akıpek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1.C., 4.B., (Beta Basımevi), İstanbul 2002, s. 83,89 vd.; **Umar**, Bilge: Hukuk Başlangıcı, (DEÜ. Hukuk Fak.Yayımları), İzmir 997, s. 72 vd.; **Zevkliler**, Aydın/**Ertaş**, Şeref/**Havutcu**, Ayşe/**Gürpınar**, Damla: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), (Turhan Kitabevi), 7.B., Ankara 2012, s. 10 vd.; **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2005, s. 72 vd.; **Serozan**, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, (Vedat Kitapçılık), İstanbul 2004, s. 75 vd.; **Gözübüyük**, Şeref: Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları (Introduction to Law and Fundamental Concepts of Law), 28.B. (Turhan Kitabevi), Ankara 2008, s. 41 vd.

³ **İsviçre Medenî Kanunu (İngilizce Metni), Swiss Civil Code, Introduction, Art. 1:** "1 The law applies according to its wording or interpretation to all legal questions for which it contains a provision. 2 In the absence of a provision, the court shall decide in accordance with *customary law* and, in the absence of *customary law*, in accordance

“Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, **örf ve âdet hukukuna** göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye ona göre karar verir.

Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

Görüldüğü üzere; hâkim öncelikle, “kanunu” yani, geniş anlamda yazılı hukuk kurallarını (kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, uluslararası sözleşmeleri ve diğer bütün yazılı hukuk kurallarını) uygulayacak; bunlarda bir hüküm yoksa, “örf ve âdet hukukunu” yani, yazılı olmayan hukuk kurallarını uygulayacaktır. Eğer; örf ve âdet hukuku da yoksa, o zaman hâkim kendisi hukuk yaratacaktır. Bu yaklaşımla kanun koyucu; kanuna öncelik ve üstünlük tanımış; kanuna bağlı kalınmadan, hukuk kuralının serbestçe aranması esasına dayanan ve Alman Hukuku'nda XX. Yüzyıl başlarında gelişen “serbest hukuk ekolü (*Schule der freien Rechtsfindung*)” anlayışı reddedilmiş; yine, Medenî Kanunumuzda, kanundan başka hukuk kaynaklarının (örf ve âdet hukukunun) varlığı belirtilerek, hukukun kanundan ibaret olmadığı açıkça ortaya konulmuştur. Böylece;

with the rule that it would make as legislator. 3 In doing so, the court shall follow established doctrine and case law.”: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>;

İsviçre Medenî Kanunu (Almanca Metni), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1:

“1 Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. 2 Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach **Gewohnheitsrecht** und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. 3 Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.”: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201604010000/210.pdf>;

İsviçre Medenî Kanunu (Fransızca Metni), Code civil suisse, Titre préliminaire, Art. 1: “1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. 2 A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon **le droit coutumier** et, à défaut d'une **coutume**, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. 3 Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.”: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>, (e.t.17.11.2016).

Fransız Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden XX.yüzyıl başına kadar Fransız Hukukunda hâkim olan ve her türlü hukukî çözümün kanunda bulunacağı fikrine dayanan, “Şerhçi Okul (*Ecole de l'exégèse anlayışı*)” da aynı şekilde reddedilmiştir⁴. Hâkim karar verirken; “yardımcı kaynak” olarak, *bilimsel görüş ve yargı kararlarından* yararlanabilir. Ancak; yardımcı kaynaklar, hâkim için bağlayıcı nitelik taşımaz, sadece hakime yol gösterici bir nitelik taşırlar. Yargı kararlarının hâkimi bağlamayacağı kuralının bir istisnası da, “*içtihadı birleştirme kararları*”dır (Yargıtay Kanunu, m.45/V; Danıştay Kanunu m.40/IV). Aynı esas, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları için de geçerlidir⁵.

B. Örf ve Âdetler ile Örf ve Âdet Hukuku ve Niteliği

1. Terim Sorunu: *Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanunu ve İsviçre Medenî Kanunu'nundaki Konu İle İlgili Terimler*

Kara (Kıta) Avrupası Hukuk Sistemine dayanan bizim hukukumuzda; “*örf ve âdet hukuku*”, yazılı kural bulunmadığında uygulanacak⁶, “*ikincil*” bir hukuk kaynağıdır. Doktrinde konu ile ilgili; kavram karışıklığına sebebiyet verecek, birçok terim kullanılmaktadır. *Türk Hukuku*'nda (gerek doktrinde, gerekse içtihatlarda); hem “*alelâde örf ve âdetler*”, hem “*teamüller*”, hem de “*gelenek ve görenekler*”, hatta “*örf ve âdet hukuku*” için dahi yer yer aynı terimlerin birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir. Bazı yazarlar; “*örf ve âdet hukuku*” deyimini ile genel olarak aynı anlamda olmak üzere, şu deyimleri de kullanmışlardır: “*örf ve âdet (töre)*⁷ hukuku”⁸;

⁴ Bu konuda bkz.: **Oğuzman/Barlas**, s. 45-46.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Öztan**, s. 115; **Ayan/Ayan**, s. 79 vd.

⁶ “*Kanun koyucu'nun örf ve âdete yollama yaptığı hallerde, örf ve âdetin bir hukuk kuralı haline getirildiği şüphesizdir*”: **Öztan**, s. 144.

⁷ Öz Türkçede, “*Hukuk*” anlamına gelen “*Töre*” sözcüğü ile “*Yurttaşlar Töresi/Medenî Hukuk*” deyimini ve buna ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler hakkında bkz.: **Sungurbey**, İsmet: *Medenî Hukukun Temel Sorunları*, (Adalet Yayınevi), Ankara 2003, s. 17, s. 20 vd.

⁸ **Serozana**, s. 84 vd.; **Ayan/Ayan**, s. 34.

“örf ve âdet (gelenek hukuku)”⁹; “töre (örf ve âdet) hukuku”¹⁰; “gelenek (töre) hukuku”¹¹; “örf ve adetler; örf ve adet kuralları (gelenek hukuku)”¹²; “gelenek ve görenek (örf ve âdet) hukuku”¹³; “gelenek hukuku (Customary Law); teamül hukuku”¹⁴ gibi. *Türk Medenî Kanunu*'nun 1.maddesinin II.fikrasında ise, (doktrinde de bir çok yazar tarafından tercih edilen) “örf ve âdet hukuku”¹⁵ deyimini tercih edilmiştir.

“Örf ve âdet”, “örf ve âdet hukuku”, “yerel âdetler” gibi terimlerin, **Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları ile Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarında (İngilizce, Fransızca ve Almanca karşılıklarında)** genel olarak şu şekilde kullanıldığı gözlemlenmektedir:

1.1.) (Alelâde) “Örf ve âdet” terimi, *Türk Borçlar Kanunu*'nun 129. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeyi karşılayan *İsviçre Borçlar Kanunu*'nun *İngilizce, Fransızca ve Almanca* metinlerinde, “örf ve âdet” terimlerinin karşılığı şu şekildedir¹⁶:

⁹ **Bilge**, s. 49 vd. ayrıca s. 52'de “*Gelenek (Örf ve Âdet) Türleri*” terimleri de kullanılmıştır.

¹⁰ **Adal**, Erhan: *Hukukun Temel İlkeleri*, El Kitabı, 8.B., (Legal Kitabevi), İstanbul 2004, 119 vd.

¹¹ Ayrıca bkz. *gelenekler (custom, coutume, Sitte) ve görenekler (traditio)*: **Serozan**, s. 84 vd.

¹² **Akı**, Erol: *Hukukun Temel Kavramları*, 7.B., (Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi), İzmir 2003, s. 114 vd.

¹³ **Zevkililer/Ertaş/Havutçu/Gürpınar**, s. 15 vd.

¹⁴ “*Gelenek Hukuku/Customary Law...Gelenek hukukuna ‘teamül hukuku’ da denir*”: **Gözübüyük**, s. 56.

¹⁵ **Akıpek/Akıntürk**, s. 89 vd.; **Öztaş**, s. 142 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 108 vd. ayrıca bkz. s. 47, dn.37: “*Türkçede hem alelâde örf (âdet) için, hem örf ve âdet hukuku için aynı tabirlerin kullanılması güçlük yaratıcı mahiyettedir...*”; **Gözler**, Kemal: *Hukuka Giriş*, 1.B. (Ekin Kitabevi), Bursa 1998, s. 175; **Fendoğlu**, Hasan Tahsin: *Hukuk Bilimine Giriş*, 2.B., (Filiz Kitabevi), İstanbul 1997: Yazar esas olarak, “*Pozitif hukukun yazılı olmayan kaynakları (örf ve âdet hukuku)*” terimlerini kullanmıştır (s. 82); bunun yanında, “*Hukuk ve Örf-Adet (Gelenek) İlişkisi*” terimlerini de kullanmıştır (s. 11); **Umar**, s. 73-74: “*Gelenek (örf ve âdet) kurallarından birçoğuna uyarız ama, onlara uymanın aslında zorunlu olmadığını bilerek uyarız...Sıradan gelenek kurallarının hukukta işlev görebilmesi. Bu, ilke olarak, olanaklı değildir...*”.

¹⁶ **a) TBK. m.129/II**: “*Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler*”.

- a) TBK.m.129/II: “**Örf ve âdet**” (Burada kastedilen, “*örf ve âdet hukuku*” değildir).
- b) İsviçre BK.Art.112/II (*İngilizce metinde*): “**custom**”
- c) İsviçre BK. Art.112/II (*Fransızca metinde*): “**l’usage**”; **buna karşın İsviçre Medenî Kanunu’nun 1.maddesinin Fransızca metninde ise; “örf ve âdet” için “coutume”;**
- d) İsviçre BK. Art.112/II (*Almanca metinde*): genel olarak “**Übung**” (Art.73, 81, 112,)¹⁷ bazen de “**Üblich**” (alışılmış, olağan) veya “**Ortsgebrauch**” (yerel âdet) terimleri kullanılmıştır.

b) İsviçre BK. (İngilizce Metni), Swiss Civil Code, (Part Five: The Code of Obligations -CO-),

Art. 112/II: “2 *The third party or his legal successors have the right to compel performance where that was the intention of the contracting parties or is the customary practice.*”: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201507010000/220.pdf>, (e.t.17.11.2016).

c) İsviçre BK. (Fransızca Metni), Code civil suisse, (Livre cinquième: Droit des obligations -DO-),

Art. 112/II: “2 *Le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l’exécution, lorsque telle a été l’intention des parties ou que tel est l’usage.*”: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/201507010000/220.pdf>, (e.t.17.11.2016).

d) İsviçre BK (Almanca.Metni), Schweizerischen Zivilgesetzbuches, (Fünfter Teil: Obligationenrecht -OR-), Art. 112/II: “2 *Der Dritte oder sein Rechtsnachfolger kann selbständig die Erfüllung fordern, wenn es die Willensmeinung der beiden ändern war, oder wenn es der Übung entspricht.*”: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/201607010000/220.pdf>, (e.t.17.11.2016).

¹⁷

a) TBK.m.96: “...Ancak, kanun veya sözleşme ya da **âdet** gereği olmadıkça borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz.”

b) İsviçre BK. (İngilizce metni) Art. 81: “... 2 *However, the obligor is not entitled to apply a discount unless that discount has been agreed or is sanctioned by custom.*”

c) İsviçre BK. (Fransızca metni) Art. 81 Art. 81: “...2 *Il n’a toutefois le droit de déduire un escompte que s’il y est autorisé par la convention ou l’usage.*”

d) İsviçre BK. (Almanca metni) Art. 81 Art. 81: “...2 *Er ist jedoch nicht berechtigt, einen Diskonto abzuziehen, es sei denn, dass Übereinkunft oder Übung einen solchen gestatten.*”

1.2) “Örf ve âdet hukuku” terimi, *Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarından* ziyade; *Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarında*, 1.maddede yer almaktadır. Bu maddeyi karşılayan *İsviçre Medenî Kanunu'nun İngilizce, Fransızca ve Almanca* metinlerinde, “*örf ve âdet hukuku*” terimlerinin karşılığı şu şekildedir¹⁸:

- a) TMK.m.1/II: “**Örf ve âdet hukuku**”
- b) İsviçre MK.Art.1/II (*İngilizce metinde*): “**customary law**”
- c) İsviçre MK. Art.1/II (*Fransızca metinde*): “**le droit coutumier**”
- d) İsviçre MK. Art.1/II (*Almanca metinde*): “**das Gewohnheitsrecht**” terimi ile ifade edilmiştir.

1.3) “Örf ve âdetçe” terimi, *Türk Borçlar Kanunu'nun* (imza ile ilgili) 15.maddesinde yer almaktadır. Bu maddeyi karşılayan *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İngilizce, Fransızca ve Almanca* metinlerinde, “*örf ve âdetçe*” terimlerinin karşılığı şu şekildedir:

- a) TBK.m.15: “**Örf ve âdetçe**”
- b) İsviçre BK.Art.14 (*İngilizce metinde*) : “**customarily**”
- c) İsviçre BK. Art.14 (*Fransızca metinde*) : par “**I'usage**”
- d) İsviçre BK. Art.14 (*Almanca metinde*) : (wo deren Gebrauch im Verkehr) “**üblich**”

¹⁸ a) TMK.m.1/II: “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, **örf ve âdet hukukuna** göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.”

b) İsviçre MK. (İngilizce metni) Art. 1/II: “2 In the absence of a provision, the court shall decide in accordance with **customary law** and, in the absence of **customary law**, in accordance with the rule that it would make as legislator.”

c) İsviçre MK. (Fransızca metni) Art. 1/II: “2 A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon **le droit coutumier** et, à défaut d'**une coutume**, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.”

d) İsviçre MK. (Almanca metni) Art. 1/II: “2 Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach **Gewohnheitsrecht** und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.”

1.4) “Âdet” terimi, *Türk Borçlar Kanunu’nun* (satış ile ilgili) 207/II. maddesinde, tek başına (“*örf*” terimi olmadan) kullanılmıştır. Bu maddeyi karşılayan *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İngilizce, Fransızca ve Almanca* metinlerinde, “*âdet*” teriminin karşılığı şu şekildedir:

- a) TBK.m.207/II: (Özel) “**âdet**”
- b) İsviçre BK.Art.184/III (*İngilizce metinde*): (special) “**custom**”
- c) İsviçre BK. Art.184/III (*Fransızca metinde*): “**l’usage**”
- d) İsviçre BK. Art.184/III (*Almanca metinde*): “**Übung**” terimi kullanılmıştır¹⁹.

1.5) “Yerel âdet” terimi, *Türk Borçlar Kanunu’nun* (bağlanma parası ile ilgili) 177/II. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeyi karşılayan *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İngilizce, Fransızca ve Almanca* metinlerinde, “*yerel âdet*” teriminin karşılığı şu şekildedir:

- a) TBK.m.158/II: “**Yerel âdet**”
- b) İsviçre BK.Art.158/II (*İngilizce metinde*): “**local custom**”
- c) İsviçre BK. Art.158/II (*Fransızca metinde*): “**l’usage local**”
- d) İsviçre BK. Art.158/II (*Almanca metinde*): “**Ortsgebrauch**” terimi kullanılmıştır²⁰.

1.6) (Özel) “teamüller” terimi, *Türk Borçlar Kanunu’nun* (*takasın hükümleri* ile ilgili) 124/III. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeyi karşılayan *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İngilizce, Fransızca ve Almanca* metinlerinde, “*özel teamüller*” terimlerinin karşılığı şu şekildedir:

¹⁹ Benzer şekilde; TBK.m.211/I’de, “*adet*”; bunu karşılayan **İsviçre BK.m.189**’de ise, (İngilizce) “*custom*”; (Fransızca’da) “*l’usage*”; Almanca metinde ise, “*üblich (sıradan, olağan, alışılmış)*” terimlerini yer almaktadır.

²⁰ Benzer şekilde; TBK.m.329’da “*yerel adet*”; bunu karşılayan **İsviçre BK.m.266b**’de ise, (İngilizce metninde) “*local custom*”; (Fransızca metninde) “*l’usage local*”; (Almanca metninde) “*Ortsgebrauch*” terimlerini yer almaktadır. Yine; gerek Türk Medenî Kanunu’nda, gerekse, İsviçre Medenî Kanunu’nda, birçok konuda (miras hukuku, eşya hukuku vs.) “*yerel âdetler (local custom; usages local; Ortsgebrauch)*” terimlerine yer verilmiştir. (örneğin; TBK.m.650; **İsviçre MK.Art.613**).

- a) TBK.m.124/III: (Özel) “**teamüller**”
- b) İsviçre BK.Art.124/III, (İngilizce metinde): (special) “**customs**”
- c) İsviçre BK. Art.124/III, (Fransızca metinde): “**les usages**” (particuliers)
- d) İsviçre BK. Art.124/III, (Almanca metinde): (besonderen) “**Übungen**” terimi kullanılmıştır²¹. Görüldüğü üzere; *Türk Borçlar Kanunu*'nda, “örf ve âdet”, “âdet”, “teamül” gibi birçok terim karşılığı, *İsviçre Borçlar Kanunu*'nda (özellikle, İngilizce ve Fransızca metinlerde; kısmen de Almanca metinde), daha yeknesak olarak, hemen hemen aynı terimlerle (*custom, l'usage, Übung*) ifade edilmiştir.

1.7) Zaman zaman; **İsviçre Borçlar Kanunu**'nun bazı hükümlerinde “örf ve âdet” ile ilgili bazı terimler yer almasına rağmen; bu maddeleri karşılayan **Türk Borçlar Kanunu**'nda, örf ve âdet ile ilgili terimlere yer verilmemişini görmekteyiz. Zira; **İsviçre Hukuku**'nda²², (kira, hizmet, eser, komisyon vs. sözleşmeleri gibi konularda yer alan) “örf ve âdetler”, yeni bir hukuk sistemi benimseyip, eski hukuka²³ veda eden *Türk Hukuku*'na göre daha fazla önem taşımaktadır. Örneğin; *Türk Borçlar Kanunu*'nun 88.maddesindeki “Faiz” ile ilgili düzenlemeyi, (bazı farklar ile birlikte) *İsviçre Borçlar Kanunu*'nun 73.maddesi karşılamaktadır. *İsviçre Borçlar Kanunu*'nun 73.maddesinde, sözleşme ve kanun ile faizin belirlenmesi (yasal faiz) dışında; (*Türk Borçlar Kanunu*'ndan farklı olarak), “örf ve âdet

²¹ Ayrıca; **TBK.m.234**'deki “...Faiz istenebileceği konusunda bir **teamül** varsa...” ifadesinde “**teamül**” kullanılırken; bu maddeyi karşılayan **İsviçre BK.** İngilizce metninde **Art.213**: “...where such **practice is customary**...” ifadesinde, “*practice*” (*uygulama*) ve “*customary*” (*örf ve âdete ilişkin*) terimleri kullanılmıştır. Genel olarak Türk Borçlar Kanunu'ndaki diğer hükümlerde, “örf ve âdet” terimi olarak tercüme edilen “(İngilizce) *custom*, (Fransızca) *l'usage*, (Almanca) *Übung*” terimleri, **TBK.nun 124**.maddesinde ise, “**teamül**” olarak tercüme edilmiştir.

²² Krş. **Bilge**, s. 52-53.

²³ Medenî Kanun; İsviçre için oldukça tutucu bir kanun niteliğinde olduğu halde, Türkiye için, dinsel hukuktan laik hukuka geçiş nedeniyle, devrimci bir karakter taşımakta olup; Türkiye'de Medenî Kanun, sadece Mecelle'yi değil, onun ruhuna uygun olan âdetleri de ilga etmiş kabul edilmektedir. Bu konuda bkz.: **Bilge**, s. 52-53.

(*custom*)” uyarınca da faizin belirlenmesinden bahsedilmektedir²⁴. *Türk Borçlar Kanunu*’nun 88.maddesinin I.fikrasında²⁵; faiz sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, yasal faiz uygulanır; bu hükümde örf ve âdete yer verilmiştir.

1.8) “Teamül” terimine gelince; *Türk-İsviçre Medenî Kanunlarında* ve *Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarında* karşılaştırmalı olarak, durum şu şekildedir: **Türk Borçlar Kanunu**’nda nadiren, “*teamül*” terimi kullanılmıştır²⁶. Türk Borçlar Kanunu’nun, “*teamül*” terimi ile ilgili maddelerini karşılayan **İsviçre Borçlar Kanunu**’nda, “*örf ve âdet*” terimleri (*custom, l’usage, Übung*) kullanılmaya devam edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer alan “*custom; l’usage; Übung*” terimleri, Türk Borçlar Kanunu’nda birçok maddede “*örf ve âdet*” olarak tercüme edildiği halde, bazı maddelerde bu terim, (istisnaen) Türk Borçlar Kanunu’na, “*teamül*” olarak tercüme edilmiştir.

²⁴ **İsviçre Borçlar Kanunu’nun 73.maddesinin I.fikrasına** göre; sözleşme, yasa ve **örf ve âdet (custom)** tarafından faizin belirlenmesinden bahsetmektedir. Eğer, bunlar tarafından bir belirleme yoksa, faiz oranı yıllık, %5’tir. Burada “*yasa*” tarafından bir belirleme yoksa diye bahsedilen “*yasa*”, federe devletler tarafından belirlenen “*yasa*”lardır. İşte, bunlarda da bir hüküm yoksa, örf ve âdete bakılacak; o da yoksa, artık İsviçre Borçlar Kanunu’nun 73.maddesi uygulanacaktır. Kavramlar açısından baktığımızda; İsviçre Borçlar Kanunu’nun 73.maddesinin İngilizce metninde “**custom**” (**örf ve âdet**); Fransızca metninde “**l’usage**” (**örf ve âdet**), Almanca metninde ise, “**Übung**” (uygulama) terimleri geçmektedir. Buna karşılık; **Türk Borçlar Kanunu’nun 88.maddesinde**, “*örf ve âdet*” terimine hiç yer verilmemiştir.

²⁵ TBK.m.88/I : “*Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.*”

²⁶ Aynı şekilde bazı Yargıtay kararlarında da, “*teamül*” terimi geçmektedir: **Yarg. HGK. T. 29.1.2016, E. 2014/23-390, K. 2016/121** (Kazancı): “*Dava, kooperatiften ihraç kararının iptali istemine ilişkindir. Mahkemece davacının müdür maaşı ve ödünç vermekten kaynaklanan alacağına kooperatif uygulamaları ve mali hesap uygulamalarında uzman hesap bilirkişisi aracılığıyla kooperatif defter, kayıt ve belgeleri, bilançolar, yönetim ve denetim kurulu raporları, ... davalı kooperatifin ana sözleşmesinde müdürlere ücret ödeneceğine dair bir hüküm bulunup bulunmadığı, ortaklar kurulunda bu yönde bir karar alınıp alınmadığı veya bu yönde bir **teamül** olup olmadığı, ... hususları da dikkate alınarak, oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekir.*”

1.9) Türk Medenî Kanunu'nda ve İsviçre Medenî Kanunu'nda ise; daha ziyade, “*örf ve âdet (custom; l'usage/coutume; Übung)*” ile “*örf ve âdet hukuku (customary law; le droit coutumier; das Gewohnheitsrecht)*” terimleri kullanılmıştır. Bunun dışında; **Türk Medenî Kanunu'nda** nadiren de olsa, “**teamül**” terimi kullanılmaktadır. Ayrıca; Türk Medenî Kanunu'nda karşılığı bulunmayan, İsviçre Medenî Kanunu'nun “**Federal Hukuk ve Kantonal (Federe) Hukuk, Kantonal Medeni Hukuk ve Yerel Âdet**” başlıklı **5.maddesinin II.fıkrasında;** (Federal) kanunun; “*uygulama ve yerel âdetlere (practice or local custom)*” yollamaya yaptığı durumda, (uygulamadan sapan, farklı bir durum olmadıkça), mevcut kanton hukukunun geçerli olacağını belirtilmektedir²⁷.

1.10) “Örf ve âdet” terimi dışında; “**ahlâk**” terimi de **Türk Medenî Kanunu'nun 23.maddesini** karşılayan **İsviçre Medenî Kanunu'nun 27. maddesinde,** (*İngilizce, Fransızca ve Almanca* metinlerde, sırasıyla) “**public moral(s)**”²⁸; *le(s) moeur(s)*²⁹; *die Sittlichkeit*³⁰ terimleri ile ifade edilmiştir³⁰.

²⁷ a) **İsviçre MK. (İngilizce metni) Art. 5:** “C. Federal law and cantonal law, I. Cantonal civil law and local custom”: “2 Where the law makes reference to **practice or local custom**, the existing cantonal law is deemed a valid expression thereof, provided no divergent **practice** is shown to exist.”

b) **İsviçre MK. (Fransızca metni) Art. 5:** “C. Droit fédéral et droit cantonal, I. Droit civil et **usages locaux**”: “2 Le droit cantonal précédemment en vigueur est tenu pour l'expression de l'**usage** ou des **usages locaux** réservés par la loi, à moins que l'existence d'un **usage** contraire ne soit prouvée.”

c) **İsviçre MK (Almanca metni) Art. 5:** “C. Verhältnis zu den Kantonen, I. Kantonaes Zivilrecht und **Ortsübung**”: “2 Wo das Gesetz auf die **Übung** oder den **Ortsgebrauch** verweist, gilt das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck, solange nicht eine abweichende **Übung** nachgewiesen ist.”

²⁸ Plural (çoğul) eki “s” ile birlikte kullanılmıştır.

²⁹ Plural (çoğul) eki “s” ile birlikte kullanılmıştır.

³⁰ a) **TMK. m.23/II'**ye göre: “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları **hukuka** ya da **ahlâka** aykırı olarak sınırlayamaz.”

b) **İsviçre MK. (İngilizce metni) Art. 27:** “2 No person may surrender his or her freedom or restrict the use of it to a degree which violates **the law or public morals**.”

c) **İsviçre MK. (Fransızca metni) Art. 27:** “2 Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux **lois** ou aux **moeurs**.”

1.11) “Uygulamalar (practices)” terimine gelince; gerek Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında, gerekse Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarında; istisnaî durumlar dışında, “uygulamalar (practices)” terimi kullanılmamaktadır. Bunun yerine; Türk Borçlar Kanunu’nda “örf ve âdet”, istisnaen “teamül” ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda; daha ziyade (İngilizce, Fransızca ve Almanca metinlerde, sırasıyla) “custom; l’usage; Übung” terimleri geçmektedir.

1.12) Özet olarak; “örf ve âdet” terimi için, (İngilizce’de) “custom”³¹, (Fransızca’da) “l’usage”³² veya “la coutume”³³, (Almanca’da) “üblich (alışılmış, olağan) veya der Gebrauch” terimleri kullanılmıştır. “Örf ve âdet hukuku” terimi yerine ise; (İngilizce’de) “customary law”³⁴ (örf ve âdet hukuku)³⁵, (Fransızca’da) “le droit coutumier”, (Almanca’da) “das

d) İsviçre MK. (Almanca metni) Art. 27: “2 Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.”

³¹ Yalçinkaya, Namık Kemal: İngiliz Hukuku, Kaynakları, Kurumları ve Temel İlkeleriyle, (Eroğlu Matbaası), Ankara 1981, s. 31 vd.; Garner/Newman/Jackson/McDaniel, s. 193: “Custom: A practice that by its common adoption and long, unvarying habit has come to have the force of law.”

³² Örnek: İsviçre BK. (Fransızca metni) Art. 81Art. 81: “...2 Il n’a toutefois le droit de déduire un escompte que s’il y est autorisé par la convention ou l’usage.”

³³ İsviçre Borçlar Kanunu’nun “Fransızca metni”nde, birçok maddede “örf ve âdet” terimi için, “l’usage” terimi kullanılırken; İsviçre Medenî Kanunu’nun 1.maddesinin Fransızca metninde, “örf ve âdet” anlamında, “coutume”; “örf ve âdet hukuku” anlamında ise, “le droit coutumier” terimleri kullanılmıştır: İsviçre MK. (Fransızca metni) Art. 1/II: “2 A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur.”

³⁴ Garner/Newman/Jackson/McDaniel, s. 194: “Customary Law: Law consisting of customs that are accepted as legal requirements or obligatory rules of conduct; practices and beliefs that are so vital and intrinsic a part of a social and economic system that are treated as if they were laws.”

³⁵ Ansay, Tuğrul/Wallace, Don Jr. (Edited by)/Güriz, Adnan (Bölüm yazarı): Introduction to Turkish Law, (Turhan Kitabevi), Ankara 2000, (Kluwer Law International), The Hague, London, Boston 1996, s. 1 vd.

Gewohnheitsrecht³⁶ terimleri kullanılmaktadır. “**Alelâde örf ve âdetler ile teamül ve uygulamalar**” terimleri için de³⁷; (İngilizce’de) “**usages**³⁸ and practices”³⁹, (Fransızca’da) “**les usages et les pratiques**”⁴⁰, (Almanca’da) “**der Brauch; der Ortsgebrauch (yerel âdet) und die Übungen**”⁴¹ terimleri kullanılmaktadır.

1.13) Avrupa Sözleşmeler Hukuku’na ait (*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ), UNIDROIT, Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi (CESL), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG; Viyana Sözleşmesi) gibi*) belgelerdeki “**usages and practices**” terimleri ise; kelime anlamı olarak “**teamül ve**

³⁶ **İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB)** 1.maddesinde (**Almanca metinde**), “*Gewohnheitsrecht*”, “*örf ve adet hukuku*” terimleri yerine kullanılmıştır. Ayrıca, bkz.: **Creifelds, Carl/Meyer-Gossner, Lutz:** (Creifelds) Rechtswörterbuch, (C.H.Beck), München 1988, s. 905; **Montasser, Thomas:** Lexikon der Rechtsbegriffe, (Bechtermünz), Eltvile am Rhein 1991, s. 234; **Ulusoy, Erol:** Rechtswörterbuch (Hukuk Sözlüğü), Almanca-Türkçe/Türkçe-Almanca, (Beta Basım), 1.B., İstanbul 1999, s. 88, s. 211, s. 263: “*gelenek, anane: Tradition, die*”, “*geleneksel: traditionell*” (s. 88, s. 589), “*örf ve adet: Sitte und Brauch*”, “*örf ve adet hukuku: Gewohnheitsrecht, das*” (s. 211, s. 437); “*teamül: Brauch, der; Übung, die; Gewohnheit, die*” (s. 263); “*Sitte, die: âdet, teamül*”; “*Sitten (Pl): adap, ahlâk*” (s. 563); “*Brauch, der: örf ve adet*” (s. 370).

³⁷ Krş. **Oğuzman/Barlas**, s. 47, dn.37.

³⁸ **Garner, Bryan A.** (Editor in Chief)/**Newman, Jeff/Jackson, Tiger/McDaniel, Becky R.:** Black’s Law Dictionary, 4.Pocket Edition, (West), United States of Amerika 2011, s. 798: “*A well-known, customary, and uniform practice, usu. In a specific profession or business*”.

³⁹ **Dayınlarlı, Kemal** (Çev.): Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law – Principes Du Droit Européen Du Contrat), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2005, s. 6.

⁴⁰ **Dayınlarlı, Kemal:** (Türkçe-Fransızca) Hukuk Terimleri Sözlüğü, (Teknik Basım), Ankara 1984 (**Sözlük**): “*Geleneğe ait: Traditionnel*” (s. 152); “*örf ve âdet: Coutume. Usage*”; “*örf ve âdet hukuku: Usage dérogatoire. Droit coutimier. Loi coutumiere*” (s. 415); “*Teamül; âdet: Pratique*”; “*Teamül hukuku: Droit coutumier*” (s. 521).

⁴¹ İsviçre Borçlar Kanunu’nun Almanca metinlerinde, “*örf ve âdetler ile teamül*” için ‘*tekil*’ “*der Brauch*” ve “*der Ortsgebrauch (yerel âdet)*”; “*uygulamalar*” için ise, ‘*çoğul*’ olarak; “*die Übungen*” terimleri kullanılmaktadır. Krş. **Brox, Hans:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 10.B., (Carl Heymanns Verlag), Köln-Berlin-Bon-München 1986, s. 3 vd.

uygulamaları” ifade etse de, “geniş anlamda”, tüm “örf ve âdetler”, “örf ve âdet hukuku” ile “teamül ve uygulamaları” kapsar şekilde kullanılmaktadır. Ancak; özellikle milletlerarası ticarete yönelik bu belgelerde, örf, âdet, teamül ve uygulamaların önem kazanması ve uygulanması için, aşağıda ele alınacağı üzere (*sübjektif ve objektif kriterler, makul olma gibi*) başkaca kriterler esas alınmaktadır.

2. Örf ve Âdet Hukuku ve Niteliği

İnceleme konumuzla yakından ilgili olarak; *Türk Medenî Kanun'un* 1.maddesi anlamında “örf ve âdet hukuku”; bir toplumda, *sürekli tekrarlanarak yerleşmiş* bulunan ve toplum tarafından uyulmasının gerekliliği yolunda *genel bir inanç (kanaat)* oluşmuş ve *devlet desteği* almış (hukukî unsur oluşmuş) davranış kurallarıdır. *Örf ve âdet hukuku*, ülke çapında, geniş halk kitlelerince benimsenen ve uyulması zorunluluğuna ilişkin bir “*genel kanı (opinio necessitatis)*” ile pekişmiş sürekli ve kararlı uygulamalardan oluşur⁴². Bir yaşam alışkanlığının, bir geleneğin ve göreneğin (traditio)⁴³, *örf ve âdet hukuku* kuralı düzeyine çıkabilmesi, yani *örf ve âdet hukukunun* oluşması için; basit alışkanlıklardan farklı olarak, bazı özellik ve unsurları taşıması gerekir. Bunlar⁴⁴; “*süreklilik unsuru (maddi unsur; dış unsur)*” ve “*genel inanış unsuru (manevî unsur; psikolojik unsur)*” yanında, “*Devlet desteği (yaptırma bağlı olma; hukukî unsur)*” aranır. Böylece; Devlet tarafından tanınarak müeyyide (yaptırım)⁴⁵ ile güçlendirilmesi de (tartışmalı⁴⁶ olmakla birlikte), genel olarak kabul edilmektedir⁴⁷. “*Süreklilik*

⁴² Serozan, s. 85.

⁴³ Serozan, s. 85 vd.

⁴⁴ Krş. Zevkliler/Ertas/Havutçu/Gürpınar, s. 16 vd.

⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz.: Dural/Sarı, s. 80-81.

⁴⁶ “*Esasında öğretilerdeki bu farklı görüş, yani örf ve âdet hukukunun varlığı için devlet gücünün aranıp aranmayacağı ‘genel inanış’a verilen farklı anlamdan doğmaktadır. Eğer ‘genel inanış’a, toplumun dışında düşünülmecek kamusal güçlerin de sahip olduğu kanaati benimsenirse (Mahkemeler ve idarî merciler), bu takdirde ayrı bir hukukî unsura gerek yoktur*” görüşü için bkz. Öztan, s. 144.

⁴⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz.: Ayan/Ayan, s. 36 vd.; Bilge, s. 51-52: “*Devlet yaptırımına bağlı olmayan bir âdetin hukuk kuralı halini aldığı ileri sürülemez. Örneğin, düğünlerde, sünnetlerde hediye götürmek, bayramlarda ziyarette bulunmak, memleketi-*

unsuru” ile kastedilen; belli bir davranış kuralının, toplumda çok uzun süreden beri⁴⁸, aynı şekilde uygulanmasıdır. “*Genel inanış unsuru*” ise; toplumun ilgili kesiminde, kurala uyma yolunda, genel bir kanaatin yerleşmesini ifade eder. *Örf ve âdet hukukunun*; belli bir olaya uygulanması için, bunun taraflarca önceden bilinmesi veya bilinebilir olmasına gerek yoktur. Bu kuralın bir *istisnası*, Türk Ticaret Kanunu’nun 2.maddesinin III.fikrasında öngörülmüştür. Buna göre; tacir sıfatına sahip olmayan kişiler için *ticarî bir örf ve âdetin* uygulanması, *filen bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesine* bağlıdır⁴⁹.

Örf ve âdet hukuku değişik niteliklerde ortaya çıkabilir ve değişik rollere sahip olabilir⁵⁰. Şöyle ki; *örf ve âdet hukuku*; özellikle Medenî Hukuk açısından, “*kanun boşluklarının doldurulmasında, tamamlayıcı*”, “*belirtici*”, “*yorumlayıcı*” ve “*zorlayıcı*” nitelik taşıyabilir⁵¹. Hâkim; yine “*kural*

mizde devamlı bir âdet halini almıştır ve herkeste bu âdete uymak hususunda bir inanç da vardır. Fakat bütün bunlara rağmen, Devlet tarafından bir yaptırım ile berkitilmiş bulunmadığı için, bu âdetlerin hukuk kuralı niteliğini kazanmış olduğu söylenemez. Böyle bir yaptırımın mevcudiyeti, ancak kanunlardaki yollamalardan (atıflardan) anlaşılır. Örneğin; Medenî Kanun, madde 1’de böyle genel bir yollamada bulunduğu gibi, aynı kanunun 318 ve 590.ncı maddelerinde; keza BK.nun 296 ve 297.nci maddelerinde de özel bir şekilde yöresel (mahalli) âdetlere yollamalar vardır...”.

⁴⁸ **Öztan**, s. 142 vd.; Mecelle’nin ifadesi ile; *teâmülün âdet hukuku* haline gelebilmesi için onun *kadim* (çok eski), yani evvelini bilen kimsenin bulunmaması gerekir. Ayrıca; çok eski ve hatırlanmayan zaman ile, Roma Hukuku’ndaki en uzun zamanaşımından gelen, 40 yılı aşkın bir zamanın kastedildiğine ilişkin olarak bkz.: **Bilge**, s. 50 ve dn.4.

⁴⁹ **Ayan/Ayan**, s. 23.

⁵⁰ Bu konudaki örnekler ve ayrıntılı bilgi için bkz.: **Öztan**, s. 144 vd.; **Dural/Sarı**, s. 82 vd.

⁵¹ **Yarg. HGK. T. 25.5.2016, E. 2014/8-1113, K. 2016/633** (Kazancı): “*Dava, katkı payı alacağı davasıdır. Davacı, davaya konu taşınmazın parasının tamamının kendisi tarafından ödendiğini, davalının hiç katkısının olmadığını, ancak davalı adına tescil edildiğini ileri sürerek istekte bulunmuştur. Bağışı çağrıştıracak başka bir kavram, kelime veya söze rastlanılmamıştır. Karşılıklı güven ve sadakat, gerek örf ve âdet, aile bütünlüğü kavramı ve gerekse olağan yaşam koşulları gereği eşlerden birinin diğerine para intikal ettirmek suretiyle mal edinilmeleri mümkündür. Bunda bağış iradesi ve kastının olduğu sonucuna varmak oldukça güçtür...*”; **Yarg. 8. HD. T. 11.4.2016, E. 2014/26370, K. 2016/6513** (Kazancı): “*Dava, değere katılma alacağı talebine ilişkindir. bir eşin diğer eşe ait bir malvarlığına yaptığı her katkının ya da kazandırmanın bağışlama*

içi boşlukların (Lücken intra legem) ” doldurulmasında, örf ve âdet kural- larından yararlanabilir⁵². Örneğin; TMK.m. 367/I, m.650/II, m.653/II, m.684/II, m.685/II, m.686/II; TBK.m.177/II, m.207/II, m.211/I gibi... Ancak; Türk Medenî Kanunu'nun 1.maddesinin II.fıkrası uyarınca “kanun boşluğunu” doldurmak için başvurulacak, örf ve âdet hukuku kuralı için belli şartlar (süreklilik, genel inanış, devlet desteği) aranırken; “kural içi boşlu- ğu” doldurmak için, kanunun âdete (mahalli örf, geleneğe) yollama yaptığı durumlarda alelâde gelenekten (örften) bahsedebilmek için bir bölgede⁵³ teamül (devamlı uygulama) haline gelen, genel bir örfün (âdetin, geleneğin, teamülün) varlığı yeterlidir. Kanunun; hüküm içi boşluk durumunda yaptığı yollama ile, alelâde örf ve âdet (gelenek, teamül), “dolaylı olarak” kanunun bir kuralı haline gelmektedir⁵⁴.

Örf ve âdet hukuku; ülkenin tamamında veya belli bir yörede etkili olup olmamasına göre (yöresel – ülkesel/yaygın örf ve âdet hukuku), bir ülkedeki tüm kişileri kapsayıp kapsamadığına göre, belli bir meslek grubuna veya bir

olmayacağı kabul edilmektedir...Evlilik birliğinin ömür boyu süreceği inancının hakim olduğu düşünceyle, ortak yaşamı ve geleceği güvence altına almak amacıyla, beraberlikten doğan dayanışmayla ve karşılıklı güvene dayanarak, örf ve adete uygun olarak eşlerin birlikte yatırım yapmaları bağış olarak değerlendirilemez...devredene ağır yükümlülük getiren kazandırmanın bağış olarak değerlendirilmesi için, bağış amacını taşıyan davranış ve iradenin duraksamaya yer vermeyecek şekilde olması gerekir.”; Yarg. 3. HD. T. 27.1.2016, E. 2015/2539, K. 2016/842 (Kazancı): “Dava; düğünde takılan ziynet eşyalarının aynen iadesi; bunun mümkün olmaması halinde değerinin nakden tahsili istemine ilişkindir. Düğün sırasında takılan ziynet eşyaları, kim tara- fından, kime takılırsa takılsın, kadına bağışlanmış sayılır ve artık kadının kişisel malı sayılır...”

⁵² Ayan/Ayan, s. 27.

⁵³ Yine Medenî Hukuk dışındaki alanlarda da, “mahalli örf ve âdet ile yerel gelenekler”in önemine ilişkin olarak bkz.: Yarg. 12. HD. T. 10.9.2015, E. 2015/6904, K. 2015/20550 (Kazancı): “...İİK'nun 82. maddesinin 1. fıkrasının 12. bendi gereğince; borçlunun “haline münasip” evi haczedilemez...Buna göre, kanun maddesinde yer alan evden maksat, yerel geleneklere yani mahalli örf ve adete göre mesken (konut) olarak kulla- nılmaya elverişli yerlerdir. Bağımsız ev, apartman dairesi, kat mülkiyeti kanununa tabi bağımsız bir bölüm veya bir apartmandaki paylı mülkiyet veya el birliği mülkiyeti payı, İİK'nun 82/12. maddesi kapsamında mesken sayılır. Ancak; borçlunun boş arsası mes- ken sayılmaz...”.

⁵⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 47; 108 vd.

zümre ve sınıf mensuplarına özgü olup olmaması açısından (*özel veya genel*⁵⁵ *örf ve âdet hukuku*), yahut da ticarî nitelik taşıyıp taşımadığına göre (*alelâde veya ticarî örf ve âdet hukuku gibi*) çeşitli şekillerde sınıflandırılabilir⁵⁶. *Örf ve âdet hukuku* açısından yukarıda yapılan açıklamalar, *Özel Hukuk* ve daha ziyade *Medenî Hukuk* açısından geçerlidir. *Ticaret Hukuku* açısından; *ticarî örf ve âdet hukukunda* ise; durum farklıdır⁵⁷. *Ticaret Hukuku* alanında; söz konusu kurallar, genel nitelik taşıyan *Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu* hükümlerinden önce gelir (TTK.m.1 ve m.2). *Kamu Hukuku'nda* da tamamen farklı bir durum söz konusu olup; özellikle de, *Ceza Hukuku'nda*, örf ve âdet hukukuna yer verilmemektedir. *Modern ceza kanunlarında* hemen hemen hepsinde; “*Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi (nullum crimen nulla poena sine lege)*”⁵⁸ geçerlidir⁵⁹. Buna göre; kanunun suç saymadığı bir fiile ceza verilemeyeceği gibi, kanunda belirlenenden başka bir ceza da verilemez⁶⁰. *Uluslararası Kamu Hukuku'nda*⁶¹ ise, örf ve âdet hukuku, diğer hukuk dallarından daha önemli bir yol oynar⁶².

⁵⁵ Bütün Türkiye’de genel olan örf ve âdet hukuku kurallarına örnek olarak; semere veren hayvanlarla ilgili olarak yapılan “*ortakçılık*” ve tarımla ilgili olarak yapılan “*yarıcılık*” sözleşmeleri gösterilebilir: **Akipek/Akıntürk**, s. 98. Yarıcılık ve ortakçılık konusunda, Türk Borçlar Kanunu’ndaki ürün kirasına ilişkin hükümler yetersiz olduğu için, kanundaki boşluk, örf ve âdet hukuku kuralları ile doldurulmaktadır; taşınmaz veya hayvan sahibinin alacağı miktar yöreden yöreye değişir: **Öztaş**, s. 143.

⁵⁶ **Ayan/Ayan**, s. 25 vd.; krş. **Öztaş**, s. 146; **Bilge**, s. 52 vd.

⁵⁷ **Ayan/Ayan**, s. 27.

⁵⁸ **Ansary/Wallace** (Editörler)/**Güriz** (Bölüm Yazarı), s. 4: “*there is neither crime nor punishment without law*”; krş. ve ayrıntılı bilgi için bkz: **Demirbaş**, Timur: *Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, 3.B., (Seçkin), Ankara 2005, s. 107 vd.; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa R.: *Ceza Hukuku*, Genel Hükümler ve Özel Hükümler, 4.B., (Turhan Kitabevi), Ankara 2005, s. 4 vd.

⁵⁹ “*Suçta ve cezada kanunilik ilkesi*”, Türk Ceza Kanunu’nun 2.maddesinde; aynı ilke “*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*” başlığını taşıyan Anayasa’nın 38.maddesinde yer almaktadır.

⁶⁰ **Özbudun**, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 8.B., (Yetkin Yayınları), Ankara 2004, s. 119 vd.; **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2.B., (YKY), İstanbul 2001 s. 104.

⁶¹ **Yarg. HGK. T. 21.11.2001, E. 2001/4-955, K. 2001/1073** (Kazancı): “...Devletler Hukuku’nun Kaynakları ilke olarak şunlardan oluşur: a) Uyuşmazlık halindeki devletlerce kabul edilmiş kurallar koyan Genel ve Özel Uluslararası anlaşmalar. b)Hukuk

Örf ve âdet hukukunun saptanması ve uygulanmasına gelince; Türk Hukuku'nda⁶³ bir kanun boşluğu karşısında, *örf ve âdet hukukunu* uygulamak durumunda kalan hâkim, bir örf ve âdet hukukunun varlığını araştıracaktır. Bunun için de; doktrin, mahkeme kararları, ilgili çevrelerden (bilirkişilik kurumuna başvurarak) yardım alabilecektir⁶⁴. Önemi ülkeden ülkeye ve hukuk sistemine göre değişen *örf ve âdet hukukunun başlıca sakıncaları* olarak⁶⁵; bu kuralların açık olmaması, çok uzun zaman içinde (sürekli uygulama sonucu) yavaş yavaş meydana gelmesi, aynı şekilde yavaş yavaş ortadan kalkması, ispatının zor olması gibi nedenler gösterilmiştir. *Örf ve âdet hukuku* kurallarının, kanunun emredici hükümlerine aykırı olamayacağı da kabul edilmektedir. Zira; *Türk Medenî Kanunu'nun* 1.maddesinin II.fikrası'nda; *örf ve âdet hukukuna* ikinci derecede önem verilmiş, öncelik yazılı hukuk kurallarına verilmiştir; *örf ve âdet hukuku*, yazılı hukuk kurallarının uygulanmasını ortadan kaldırmaz (*kanuna aykırı örf ve âdet olmaz kuralının anlamı budur*), ancak *örf ve âdet hukuku* onun değiştirilmesine sebep olabilir⁶⁶.

kuralı olarak kabul edilmiş bulunan **Uluslararası teamüller**, c) Uygur uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkeleri, d) Muhtelif ulusların adli kararları ile en yetkili yazar, düşünürlerin öğretileri...İşte somut uyuşmazlıkta doğru bir sonuca varılabilmesi için bu ilkelerden antlaşma ve uluslararası **teamüllerin** en başta dikkate alınması gerekir... Esasen o tarihte var olan rejim zararsız geçiş rejimidir (Right of innocent passage, droit de passage inoffensif). Bu ilke bir Devletler Hukuku **Örf ve Adet** kuralıdır...Zararsız geçişte kıyı devleti **örf ve adet** hukukundan ve Montrö Sözleşmesinden kaynaklanan 'zararsız olmayan geçişi önleme' kuralı uyarınca gemiye ve yüke karşı yaptırım uygulama hakkına sahiptir..."

⁶² Ansay/Wallace (Editörler)/Güriz (Bölüm Yazarı), s. 4-5.

⁶³ "**Türk hukuku**" teriminin "*örf ve âdet hukukunu*" da kapsayacağına ilişkin Yargıtay 7. HD.'nin kararı şu şekildedir: "...6100 Sayılı HMK'nun 33. maddesine göre hâkim, *Türk hukukunu* resen uygulayacaktır. Maddedeki "**Türk hukuku**" terimi kanunların yanı sıra **mevzuat** ile **örf ve adet hukukunu** ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri de kapsamaktadır... (HGK'nun 2013/21-1791 Esas 2013/1676 Karar sayılı kararı)..." Yarg. 7.HD. 23.2.2016, E. 2016/6242, K. 2016/4085 (Kazancı).

⁶⁴ Akipek/Akıntürk, s. 98.

⁶⁵ Bilge, s. 53 vd.

⁶⁶ Dural/Sarı, s. 83; ayrıca krş.: Bilge, s. 54-55.

C. Teamül ve Uygulamalar İle Bunların Niteliği

Örf ve âdet hukuku yanında; tam anlamıyla örf ve âdet hukuku niteliği kazanmamış; yani, yukarıda bahsedilen “süreklilik”, “genel inanış” ve “Devlet desteği (yaptırım)” unsurlarından, birisini veya bir kaçını taşımayan, bir “gelenek ve görenek” yahut da “olağan (alelade) örf ve âdetler” ile “alışkanlıklar”; kısacası “**teamül ve uygulamalar**” da (*usage and practices; l’usage et practices; der Brauch und die Übungen*) bazı hukuk alanlarında⁶⁷ veya en azından, bazı hukuk sistemlerinde etkili olabilirler. Ancak; **Türk Medenî Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku**, en azından milli hukuk açısından, hukukî bağlayıcılığına ilişkin bir “yaygın kanı (*opinio necessitatis*)” oluşmayan “olağan örf ve âdetler ile teamül ve uygulamalar (*usages and practices*)”, “örf ve âdet hukuku”nun, yasa boşluklarını “doldurucu” ve “düzeltici” gücüne sahip değildir. Bunlar; belirli bir meslek çevresinde veya yörede uyulagelen davranış kuralları anlamına gelirler⁶⁸. Sadece; irade

⁶⁷ Örneğin; İş Hukuku alanında, özellikle “**yerel gelenek, örf ve âdetler**” oldukça önem taşımaktadır: **Yarg. HGK. T. 27.4.2016, E. 2014/22-886, K. 2016/550** (Kazancı): “...4857 sayılı İş Kanunu’nun “Ara Dinlenmesi” başlığını taşıyan 68. maddesi; ‘Günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere; ... Ara dinlenmesi verilir... Ancak bu süreler, iklim, mevsim, o yerdeki gelenekler ve işin niteliği göz önünde tutularak sözleşmeler ile aralı olarak kullanılabilir’...”; **Yarg. 9. HD. T. 2.5.2016, E. 2015/975, K. 2016/10970** (Kazancı): “...İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, **örf ve adetler** göz önünde tutularak belirlenir...”; **Yarg. 7. HD. T. 18.2.2016, E. 2015/5349, K. 2016/3615** (Kazancı): “Dava, kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçi alacaklarının tahsili talebine ilişkindir. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, sözleşmenin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, **örf ve adetler** göz önünde tutularak belirlenir...”, **Yarg. 9. HD. T. 2.5.2016, E. 2015/1518, K. 2016/10884** (Kazancı): “...İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 3. maddesinin ikinci fıkrasında, ara dinlenmelerinin iklim, mevsim, **yöredeki gelenekler** ve işin niteliğine göre yirmi dört saat içinde kesintisiz on iki saat dinlenme süresi dikkate alınarak verileceği hükme bağlanmıştır. Değinilen maddenin birinci fıkrasında ise, ara dinlenme süresinin çalışma süresinden sayılmayacağı açıklanmıştır...”

⁶⁸ **Öztañ**, s. 143; **Serozan**, s. 86 vd.

beyanlarının yorumunda, tamamlanmasında ve takdir yetkisinin⁶⁹ hakkaniyete uygun kullanılmasında rol oynayabilirler (TMK.m.650/II, m.684/II, m.686/II, m.737/II; TTK.m.2/I)⁷⁰.

Türk Ticaret Hukuku açısından ise; *örf ve âdetler* ile ilgili durum farklıdır. Şöyle ki; *Türk Medenî Kanunu*'na göre; somut bir olayda; “*kanun boşluğu*” ile karşılaşan hâkim, bu boşluğu doldurmak için, *örf ve âdet hukukuna* başvurmak zorundadır (TMK.m.1/II). Ancak; *ticarî örf ve âdet* ile ilgili durum farklıdır; söz konusu kurallar, *genel* nitelik taşıyan *Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu* hükümlerinden önce gelir. Ancak; *tacir* sıfatını taşımayanlar hakkında, *ticarî örf ve âdetin* uygulanabilmesi, onlar tarafından *bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi* koşuluna bağlıdır (TTK.m.2/III). Bunun dışında; “*teamüller*” ise, sadece irade beyanlarının “*yorumunda*” dikkate alınır (TTK.m.2/II).

Avrupa Sözleşmeler Hukuku'na ait (*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ), Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi (CESL), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Sözleşmesi; CISG), UNIDROIT* gibi) belgelerdeki “*usages and practices*” ise, kelime anlamı olarak “*teamüller ve uygulamaları*” ifade etse de, (*milletlerarası tahkimde hukuk seçiminde*, seçilen hukuka ilişkin *ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüllerin* hepsinin göz önüne alınmasında olduğu gibi)⁷¹ “*geniş anlamda*”, tüm “*örf ve âdetler ile teamül*

⁶⁹ Yarg. HGK. T. 14.9.1983, E. 1980/1-2378, K. 1983/814 (Kazancı): “*Taşınmaz maliki mülkünü kullanırken komşusuna zarar verecek taşkınlıklardan kaçınmalıdır. Hakim her somut olayın özelliğini, taşınmazın yerini, niteliğini, örf ve adetleri göz ederek, komşuların göstermekle yükümlü oldukları tahammülün sınırını saptamalıdır*”; Yarg. HGK. T. 23.3.1994, E. 1993/1-928, K. 1994/159 (Kazancı): “*(Komşuluk hakkı): Kural olarak, herkes maliki bulunduğu taşınmazda dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Ancak, bu tasarruf hakkı sınırsız değildir. Kavak ağaçlarının, özellikleri gözetildiğinde davacı taşınmazına gölge düşürmek suretiyle meydana getirdikleri zararın mahallin örf ve adetine hoşgörü sınırlarını aşan ölçüye vardığı saptanmıştır...*”.

⁷⁰ Serozan, s. 86 vd.

⁷¹ Yarg. HGK. T. 30.9.2015, E. 2013/13-1847, K. 2015/2020 (Kazancı): “*4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 12/C. maddesinde, ‘Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyumsuzluğun esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve adetler ile ticarî teamüller de göz*

ve uygulamaları” kapsar şekilde kullanılmaktadır. Türk Hukuku açısından da, genel olarak, bu geniş yorum tarzı tercih edilmektedir⁷². Ancak; özellikle milletlerarası ticarete yönelik bu belgelerde; *örf ve âdetler ile teamül ve uygulamaların* önem kazanması ve uygulanması için, aşağıda ele alınacağı üzere (*sübjektif ve objektif kriterler, makul olma gibi*) *başkaca kriterler* de esas alınmaktadır.

D. Çeşitli Ülkelerde Uygulanan, Farklı Bazı Hukuk Sistemleri ve Bu Sistemlerde Örf ve Âdet Hukuku'nun Yeri

1. Genel Olarak

Yazılı ve yazılı olmayan hukuk kuralları yanında; çeşitli ülkelerde uygulanan bazı hukuk sistemleri, özet olarak aşağıdaki şekilde gruplandırılabilir⁷³:

a) *Kara (Kıta) Avrupası Hukuk Sistemi*

b) *Anglo-Sakson Hukuk (Common Law/Ortak Hukuk) Sistemi*

*önüne alınır. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddi hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir.’ hükmü bulunmakta olup, tarafların tahkim şartında hukuk seçimi yapmaları durumunda, aksine bir hüküm yoksa seçilen hukukun esasa uygulanmak üzere seçilmiş olduğu kabul edilmektedir. Yine esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi durumunda, bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının değil, doğrudan maddi hukuk kurallarının ve **ticari örf ve adetlerinin** dikkate alınacağı söz konusu madde kapsamından anlaşılmaktadır.”*

⁷² **Yarg. HGK. T. 14.3.2001, E. 2001/7-182, K. 2001/242** (Kazancı): “...Gerçekten doktrinde ve Yargıtay uygulamasında örf ve adetin kuvvetini yasadan değil teamülden alan kurallar topluluğu olduğu **gelenek ve görenek** gibi kavramlar ile Medeni Kanunun 1. maddesinde yer alan örf ve adet sözlerini **Örf ve Adet Hukuku** şeklinde yorumlanması gerekeceği kararlılık kazanmıştır. Davaya bakan mahkemenin kanun boşluklarını doldururken Devlet Müeyyidesiyle teyit edilmemiş olan örf ve adeti, bir başka deyişle **Örf ve Adet Hukukunu** göz önünde tutabilir. Ne var ki somut olaydaki uyumsuzluğun çözümü yasa koyucu tarafından Maddi Hukuka ve Usul Hukukuna ilişkin kurallarla düzenlendiği gibi olaya ilişkin kurallarda da yasal bir boşluk bulunmamaktadır. Kaldı ki, taraflar yörede böyle bir örf ve adetin varlığını öne sürmedikleri gibi bu doğrultuda **örf ve adetin** bulunduğu da dosya içeriği ile kanıtlanmamıştır...”

⁷³ **Gözler**, s. 137 vd.

c) *İslam Hukuku Sistemi*

d) *Sosyalist Hukuk Sistemi*.

Bunlardan “**İslam Hukuk Sistemi (Fıkıh)**”; ülkemizde, Osmanlı İmparatorluğu döneminde mevcut hukuk sistemi olarak dine ait kurallara dayanmaktadır. İslam Hukuku’nun, başlıca *dört kaynağı* vardır: *Kur’an*, *Sünnet (Hadis)*, *İcma* (belli bir dönemde yaşayan fakihlerin, yani fıkıh bilginlerinin, bir sorun üzerinde aynı düşüncede olmaları) ve *Kıyas (İctihad)*. Ayrıca; Fıkıh yanında, dini ilkelere dayanmayan, Padişah iradesinden ve Padişah fermanlarından oluşan, “**Örfi Hukuk**”⁷⁴ adı verilen bir hukuk da uygulanmakta idi ve belli konularda oluşan fermanlar, “*Kanunname*” adı altında toplanırdı. Tanzimattan sonra; Osmanlı İmparatorluğu’nda, Avrupa Hukuku’ndan esinlenen bazı (Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu gibi) kanunlar kabul edilmiştir. Cumhuriyetin kurulmasından sonra; özellikle, Medeni Kanun ve Ceza Kanunu gibi kanunların kabulünden sonra, ülkemizde, *Kıta Avrupası Hukuk Sistemi* benimsenmiş ve Anayasadaki mevcut olan, “*Devletin dini İslam’dır*” hükmü 1928’de çıkarılmış ve 1934’te bunun yerine devletin *laik* olduğu hükmü getirilmiştir⁷⁵.

“**Sosyalist Hukuk Sistemine**” gelince; esas olarak Rusya’da, 1917 yılında yapılan Bolşevik ihtilalinden sonra uygulanmaya başlayan; temelinde *Marksizm* anlayışının bulunduğu bir hukuk sistemidir. *Marksizm*; toplumsal kurumlar arasında, altyapı ve üstyapı diye ikili bir ayırım yapar. Ekonomi, altyapı kurumudur. Ahlak, örf ve âdet, din ve hukuk ise, üstyapı kurumunu oluşturur. Sosyalist Hukuk Sisteminde; üretim araçlarının özel mülkiyetine izin verilmemiş; Özel Hukukun yerini, büyük ölçüde Kamu Hukuku almıştır. *Sosyalist Hukuk Sistemi*; 1980’lerin sonunda çökmüş ve 1990’ların başında yerini, *Kıta Avrupası Hukukuna* benzer bir hukuk sistemi almıştır⁷⁶. *Anglo-*

⁷⁴ Milâttan iki bin yıl önce Babil’de yapılmış bulunan *Hammurabi Kanunu* ve Atina’daki *Solon Kanunları*, var olan âdetlerin bir araya getirilmesinden oluşmuştur. Ayrıca; Orta ve Yeni Çağlarda, hukukçuların topladıkları, özel âdet koleksiyonları da bulunmaktadır. Osmanlı İmparatorluğu’nda Fatih Sultan Mehmet’in ve Kanunî Sultan Süleyman’ın Kanunnâmelerinin de genellikle, o dönemde geçerli olan âdetlerin toplanmasından meydana geldiği söylenebilir. Osmanlı kanunnamelerine dayanan bu hukuka, *örf hukuku* veya *örfü sultanî* denmesi de bunu doğrular niteliktedir. Bu konuda bkz. **Bilge**, s. 54.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler**, s. 145 vd.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler**, s. 148 vd.

Sakson Hukuk Sisteminde, örf ve âdet hukuku önemli bir yer tutmasına karşılık, Sosyalist Hukuk Sisteminde, örf ve âdet hukukuna hemen hiç yer verilmemiştir⁷⁷.

Kara (Kıta) Avrupası Hukuk Sistemi ve özelliklerine gelince; “*Kara (veya Kıta) Avrupası*” deyiimi, İngiltere dışındaki Avrupa ülkelerini ifade eder. “*Kara Avrupası Hukuku Sistemi*” de; esas olarak, *Roma Hukuku*'na dayanan hukuk sistemine verilen isimdir. *Modern Türk Hukuku* da, *Kara Avrupası Hukuk Sistemini* esas almıştır. *Kara Avrupası Hukuk Sisteminin özelliklerine*⁷⁸ baktığımızda; *Kara Avrupası Hukuk Sisteminde*, hukuk kuralları “*tedvin (codification)*” edilmiştir. Yani; yazılı olmayan kurallar derlenip, *kanun* olarak yazılı hale getirilmiştir. Bu hukuk sistemi; *yazılı* hukuk kurallarına dayanır; *örf ve adet* kuralları, hukukun ancak *tamamlayıcı* kaynağıdır. Mahkeme içtihatları da; kural olarak, hukukun asıl kaynağı değil, yardımcı kaynağı niteliğindedir. Ayrıca; adli yargı ve idari yargı gibi, yargı ayrılığı da vardır. Bunun dışında; Özel Hukuk ve Kamu Hukuku ayrımı da vardır. Ülkemizin de benimsediği modern hukuk sistemi olarak; “*Kara (Kıta) Avrupası Hukuk Sistemi*” yanında, *uluslararası ticaret* ve *Avrupa Birliği* hukukî düzenlemeleri nedeniyle, *dolaylı* olarak etkilendiği “*Common Law (Ortak) Hukuk sistemini*”, özellikle, yazılı ve yazılı olmayan hukuk kurallarının yeri açısından aşağıda ele alacağız.

2. Anglo – Sakson Hukuk Sistemi (Common Law/Ortak Hukuk) ve Özellikleri

Anglo - Sakson Hukuk Sistemi (*Common Law/Ortak Hukuk; Case Law/Vak'a/Olay Hukuku; Judge-Made Law/Hakimin Yarattığı Hukuk*); İngiltere'de, yaklaşık 11.yüzyılda başlayan ve 12.yüzyılda oluşup gelişmesi tamamlanan bir hukuk sistemidir⁷⁹. İngiltere'nin; 1066 yılında Normanlar tarafından istilasına kadar, *İngiliz Hukuku* ada kavimlerinin yazılı olmayan kuralları ve *Kraliyet Emirnamelerinden* esinlenen bir hukuk sistemi idi⁸⁰.

⁷⁷ Bilge, s. 53.

⁷⁸ Gözler, s. 138 vd.

⁷⁹ Gözler, s. 141 vd.

⁸⁰ 1215 tarihli “*Büyük Ferman'dan (Magna Carta'dan)*” başlayarak, 1678 ve 1689 tarihli fermanlarla, bir dizi hukuk ve adalet ilkelerinin gelişimi sonucu, çağdaş hukukun ilk

1066 yılında İngiltere, *Normanlar* tarafından istila edildiği zaman; *Normanlar*, ülkenin çeşitli yerlerine, gezici yargıçlar gönderdiler. Bu gezici yargıçlar, ülkenin çeşitli yörelerindeki örf ve âdet kurallarından, ihtiyaçlara en uygun gelenleri seçip, kararlarında bunları uyguladılar⁸¹. Ayrıca; belli zamanlarda (dönem sonlarında), Londra’da toplanarak, *Kraliyet Mahkemelerini* dinlemeye ve izlemeye başladılar; diğer hakimler tarafından verilmiş kararları öğrendiler ve İngiltere’de *ortak bir hukukun* doğmasını sağladılar. Böylelikle; yargıçlar tarafından yaratılan ve İngiltere’nin *eski örf ve âdet* kurallarına dayanan bu hukuka, “*Common Law*” adı verilmiştir. Kaynağını; çok eski örf ve âdetlerden ve bunlara ait yargı kararlarından alan ilke ve kurallarının tamamından oluşan *Common Law (Ortak Hukuk)*, çeşitli unsurların karışımından meydana gelmiş olup; *Norman Hukuku*, *Sakson Hukuku* ve hatta *Danimarka Hukuku*’nun önemli etkilerini taşımaktadır⁸².

Ancak; *Common Law*, katı ve çok şekilci⁸³ bir hukuk sistemi olduğu için, “*Common Law mahkemelerinde (Courts of Common Law)*” adalet ve hakkaniyete uygun bir karar verilmediğine inanan kişiler, “*Tanrı aşkına ve merhameten (for the love of God and the way of charity)*” Krala başvurmaya başladılar; Kral da, önce bu başvuruları “*Curia Regis*” adı verilen bir kurulda çözmeye çalıştı; daha sonra da *Lord Chancellor’a*⁸⁴ bıraktı ve nihayetinde de “*Chancellor Mahkemesi (Court of Chancery)*” aracılığıyla çözmeye başladı. Bu Mahkemede; serbestçe yazılmış bir “*dilekçe (petition)*” ile dava açılabilirdi ve *Common Law*’ın eksikliklerini gidermek için, bir takım hakkaniyet

yapı taşları ortaya konulmuştur. Bunlardan *Magna Carta*’nın en büyük özelliği; herhangi bir krallık fermanında olduğu gibi belli gruplara veya toplum sınıflarına değil, “*krallığın, bütün hür kişilerin*” hak ve özgürlüklerini tanımasıdır. Böylelikle; “*hukukun üstünlüğü*” fikrinin yerleşmesini ve “*hukuk devleti*” kavramını ortaya koyan ilk yapı taşıdır. Bu konuda bkz.: **Yalçınkaya**, s. 11 vd.

⁸¹ **Gözler**, s. 141 vd.

⁸² **Yalçınkaya**, s. 21 vd.

⁸³ Örneğin; belli bir şekilde uygun “*write*” denen belli bir şekilde uygun dilekçe vermek gerekiyordu. Yine, *Common Law*’a göre mahkemeler, sadece *tazminat* ödemeye mahkum edebiliyor; *aynen ifa (teslim)* gibi müeyyideler yoktu (**Gözler**, s. 141).

⁸⁴ “*Chancellor*”; rektör; yüksek mahkeme hâkimi; (Almanya’da) başbakan; “*Lord Chancellor*” ise; (İngiltere’de) Lordlar Kamarası Başkanı ve Adalet Bakanı anlamlarına gelmektedir: <http://www.zargan.com/tr/q/chancellor-ceviri-nedir/chancellor-turkce-nedem> (e.t.28.12.2016).

ve nesafet kuralları geliştirilmişti. Bu nedenle; *Chancery Mahkemesi* tarafından uygulanan hukuka, “**Equity⁸⁵ Law (Hakkaniyet ve Nesafet Hukuku)**” adı verilmiştir.

Equity Law ile *Common Law* arasındaki çatışma durumunda; 1873-1875 yıllarında çıkarılan “*Judicature Act*”lar⁸⁶ ile, bütün mahkemelerin, duruma göre, hem *Common Law*, hem de *Equity Law* kurallarını uygulama haklarının olduğu düzenlenmiştir. 19. yüzyıldan itibaren; *Common Law* ve *Equity Law*, yeni ekonomik ve sosyal sorunların çözümünde yetersiz kalmıştır. Bunun üzerine; “*İngiltere Parlamentosu*”nun *yasama yoluyla* kurallar çıkarılması yöntemi benimsendi. İşte; *yasama yoluyla* çıkarılan bu kurallara, “**Statute Law (Kanun Hukuku)**” adı verilir. Mahkemeler; bu kuralları da uygulamak zorundadır. Günümüzde; “*geniş*” anlamda “*Common Law*” (özellikle de, *Kıta Avrupası Hukuk Sistemi* ile karşılaştırıldığında), yukarıda belirtilen tüm hukuk kurallarını (“*dar*” anlamda *Common Law*, *Equity Law* ve *Statute Law* kurallarını) da kapsar şekilde kullanılmaktadır⁸⁷.

Anglo-Sakson Hukuk (Common Law/Ortak Hukuk) sisteminin **özelliklerine** kısaca baktığımız zaman şunları tespit edebiliriz⁸⁸: Bu hukuk sistemi; esas olarak *örf ve âdet* kurallarından ve büyük ölçüde *mahkeme içtihatlarından (jurisprudence)* oluşmaktadır; esas olarak, *icthadî* niteliktedir ve *icthat*, *hukukun bir kaynağıdır. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde*; bir mahke-

⁸⁵ **Yalçınkaya**, s. 29 vd.: “*Hakkaniyet Hukuku (Equity Law): Bu hukuk kaynağı, adalete, nasafete, doğal akıl ve mantığa dayanan ve yazılı kurallar dayanmayan ve Ortak Hukuktan bağımsız olarak yöntem, kaynak ve kavramları ayrı bir kurallar topluluğudur. Bu kuralların özünde ise doğal hakkaniyet ilkeleri yatmaktadır...Ortak Hukuk kurallarının yeni sosyal gelişmeler ve değişen toplum koşulları karşısında çağın gereklerini karşılayamaması sonucu ortaya çıkmıştır. Ayrıca Ortak Hukuk kurallarının yazılı hukukla çatışması halinde de bu hukuk ilkeleri başvurulan geçerli bir yoldur...Günümüzde de bir ölçüde geçerliliğini koruyan bu kurallar yazılı hukuk ve Ortak Hukuk ile birlikte modern hukukun ve İngiliz Hukuk Sisteminin üç temel taşından birisini oluşturmaktadır.*”

⁸⁶ “*Judicature Act*”; İngiliz saraylarının yeniden düzenlenmesi amacıyla, Kraliçe Victoria zamanında çıkarılan yazılı kanunlardır: <http://www.zargan.com/tr/q/judicature%20acts-ceviri-nedir/judicature%20acts-turkce-ne-demek> (e.t.28.12.2016); kelime anlamı ise; yargı ile ilgili kanunlar, yargı ile ilgili işlemlerdir.

⁸⁷ **Gözler**, s. 142-143 vd.

⁸⁸ Krş. **Gözler**, s. 143 vd.

menin vermiş olduğu bir kararda ifade ettiği ilke veya kural, hukuk kaynağı olarak kabul edilir. “*Emsal (precedent)*” oluşturan bir kararın asıl gerekçesi veya temel hukuki dayanağı (*ratio decidendi*) bağlayıcıdır. Ancak; kararda kullanılan yan kanıtlar ve destekler (*obiter dicta*) bağlayıcı değil, yol göstericidir (*persuasive precedent*). Üst mahkeme kararları veya aynı mahkemelerin, aynı konuda, daha önce verdiği kararlar *emsal (precedent)*⁸⁹ teşkil eder. Bu sistemde hakimler; karar verirken, önündeki olaya *benzer bir olay ve emsal kararın* var olup olmadığını araştırırlar, bu nedenle *Anglo-Sakson Hukuku’na “Case Law (Vak’a/Olay Hukuku)”* da denir. Parlamento tarafından çıkarılan *kanunlardan (Statutes)* farklı olarak; büyük ölçüde, yeni emsal kararların oluşması, hakimler tarafından hukukun yaratılması anlamına gelir. Bu anlamda da, İngiliz Hukuku, “**hakimler tarafından yaratılmış hukuktur (judge-made law)**”⁹⁰.

Ayrıca; *yasama* yoluyla konulan, *Statute Law (Kanun Hukuk)* kuralları olsa da, bunlar *Kıta Avrupası Hukuk Sistemi* ile karşılaştırıldığında, çok az sayıdadır. İngiltere’de, yazılı bir Anayasa da yoktur. Buna karşın, esas olarak *Anglo-Sakson Hukuku’nu* benimsemiş olsa da, *Amerika’da* yazılı bir Anayasa bulunmaktadır. *Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde*; “*kamu hukuku ve özel hukuk ayırımı da yoktur*”; devlet ve özel kişiler arasındaki uyumsuzluklarda da, aynı hukuk kuralları ve aynı ilkeler uygulanır. Yine; “*yargı birliği ilkesi*” geçerlidir. Yani; mahkemeler yönünden, adli ve idari mahkemeler ayırımı yoktur. Mahkemeler; değişik ad taşısalar da, aynı üst mahkemelere ve nihayetinde, tek ve en yüksek mahkemeye tâbidir. Örneğin; ABD’de Federal Yüksek Mahkeme’ye tâbi olmaları⁹¹. *Common Law (Ortak Hukuk) Sisteminin* en çok eleştirilen yönlerinden birisi de; çağdaş hukukun genel ve temel bir ilkesi olan; kural olarak, “*kanunların geçmişe yürümez*” ilkesinden farklı bir yaklaşım taşınması ve hükümlerin geriye yürüyebilmesinin mümkün olmasıdır⁹².

İngiliz Hukuku’nda “*örf ve âdet hukuku*”; *Common Law (Ortak Hukuk)* ve yazılı hukukun önemli kaynağı olsa da; bugün için, tarihsel bir kaynak

⁸⁹ Gözler, s. 144; Yalçınkaya, s. 30 vd.

⁹⁰ Gözler, s. 144.

⁹¹ Gözler, s. 143 vd.

⁹² Yalçınkaya, s. 22.

olmaktan öte bir fonksiyonu yoktur⁹³. Zira; günümüzde, *örf ve âdete dayanan hukuk ilkeleri ve temel hukuk kuralları* artık belirlenmiş ve bunlar çok sayıdaki mahkeme kararında açıklanmış bulunmaktadır. İngiliz Hukuku'nda, *örf ve âdet hukuku* kuralları iki ana unsur kapsar. *Birinci unsur*; örf ve âdetin hatırlanamayacak kadar çok eski bir zamana ait olması ve *diğer unsur* da; kural olarak, ülkenin her yerinde geçerli bir genellik taşımasıdır. İşte bu nitelikteki *örf ve âdet hukuku* kuralları, "*Ortak Hukuk*"un tarihsel kaynağını oluşturmuştur. Bunun yanında; uygulamada, genellik özelliği taşımayan, yalnızca belli bölgelere has bazı geleneklerin (örf ve âdetlerin) de, o bölge mahkemeleri tarafından benimsendiği ve böylece, bunların da yerleşik bir kaynak olarak kabul edildiğine ilişkin örneklerle de rastlanmıştır⁹⁴. Geniş anlamda *Common Law (Ortak Hukuk)* dışında; "*Avrupa Birliği (AB) Hukuku*" da, İngiliz Hukuku'nun en yeni ve bir anlamda da, en kesin kaynağını oluşturmuştur. Zira; İngiltere, 1973 yılında, o zamanki adıyla "*Avrupa Ekonomi Topluluğu*"na üye olmuş⁹⁵ ve diğer üye devletler gibi, *Avrupa Birliği Hukuku'nu* kendi ulusal hukukunun önünde kabul etmiştir⁹⁶.

Amerikan Hukuk sistemi de, "*Common Law (Ortak Hukuk)*" sistemine tâbidir. *Amerikan Hukuku'nun kaynakları*; esas olarak; "*birincil*

⁹³ Farklı yönde: **Serozan**, s. 84: "*Anglo-Amerikan Hukuk sistemlerinde, örf ve âdet (töre) hukuku, birinci derecede, asıl hukuk kaynağıdır*". Ayrıca, **Gözler**, s. 143: "*Common Law sisteminde, örf ve âdet kuralları hukukun asıl kaynakları arasındadır. Örf ve âdet hukuku geçerliliğini yine kendisinden alır. Kıta Avrupasındaki tersine, hakimlerin örf ve âdet hukukunu uygulayabilmesi için, yazılı kanunların bu hukuka atıfta bulunmasına gerek yoktur*".

⁹⁴ **Yalçınkaya**, s. 31 vd.

⁹⁵ Krş. **Yalçınkaya**, s. 35 vd.

⁹⁶ Ancak; İngiltere'nin, Avrupa Birliği üyeliği, 1973'den beri tartışma konusu olmuş ve 23 Haziran 2016'da Avrupa Birliği üyeliğine yönelik referandum (*AB referandumu; Brexit referandumu*) yapılmıştır. "*Brexit*" kavramı; "*Britain*" (*Britanya*) ve "*exit*" (çıkış) sözcüklerinin birleşmesinden oluşmakta ve İngiltere'nin *Avrupa Birliği'nden* ayrılmasını ifade etmektedir. Brexit referandumu, 23 Haziran 2016 Perşembe günü ülkenin *Avrupa Birliği'ne* üyeliği konusundaki desteği ölçmek amacıyla *Büyük Britanya* ve *Cebelitarık'ta* gerçekleştirilen, bağlayıcı olmayan bir referandumdur. Referandum *sonucunda* % 51.9 ile *AB'den ayrılmaya yönelik oylar birinci çıkmıştır. Ancak*; AB'den ayrılma süreci için; İngiliz Hükümeti'nin *Avrupa Birliği Antlaşması'nın* 50. maddesine (ayrıca, bkz. Lizbon Antlaşması m.49/A) göre karar alması ve iki yıllık bir bekleme süresi gerekmektedir ve henüz böyle bir karar bulunmamaktadır (e.t.09.11.2016).

kaynaklar (primary sources of law)” ve “*ikincil (secondary sources of law) kaynaklar*” şeklinde ikili bir ayırıma tâbi tutulur. *Birincil ve ikincil kaynaklar*; hem *federal devlet*, hem de *federe (state) devletler* düzeyinde söz konusu olabilir. *Birincil hukuk kaynakları*; hukuk kuralları ve prensipleridir. Bunlar (federal ve federe düzeydeki); anayasalar, yasalar, diğer *icraî düzenlemeler (Executive Orders and Proclamations)* ve *hakimin yarattığı hukuk*, yani mahkeme kararlarıdır (*Case Law/Common Law/Judge-made law*). Mahkeme kararlarından da, özellikle “*yerleşik mahkeme kararları (established precent; stare decisis)*” büyük bir önem taşımaktadır. “*Stare decisis*” doktrini; Latince’deki şu deyimden adını almaktadır: “*stare decisis et non quieta movere*”, yani “*karar verilenin yanında dur ve sessizliği (huzuru) bozma (stand by the thing decided and do not disturb the calm)*”⁹⁷ anlamını taşır. *Birincil hukuk kaynakları* ya bağlayıcı, emredici (mandatory) ya da ikna edici (persuasive) niteliktedir. *İkincil kaynaklar* ise; kendileri bizzat hukuk olmadığı için, belki ikna edici nitelik taşıyabilen, ancak hiçbir zaman bağlayıcı olmayan; hukuk ile ilgili bilimsel yorumlar, incelemeler, hukuk dergileri, hukuk ansiklopedileri gibi kaynaklardır⁹⁸.

II. AVRUPA SÖZLEŞME HUKUKU İLKELERİ (PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW) VE HUKUKUN BİRLEŞTİRİLMESİ ÇABALARI

Hukukun, kural olarak, “*ulusal niteliği*” ve esas olarak, sadece ilgili olduğu ülkede uygulanabilme özelliği ve bunun da, gelişen sosyal ve kültürel ihtiyaçlar karşısında yetersiz kalması; özellikle *Sözleşmeler Hukuku* alanında, *hukukun birleştirilmesi* çalışma ve çabalarını (*unification of laws/ Rechtsvereinheitlichung*) da, beraberinde getirmiştir. Bu çalışma ve çabalar, uluslararası düzeyde çeşitli kurum ve kuruluşların öncülüğü ve teşviki ile uzun yıllardır devam etmektedir⁹⁹. Bu çalışmalar içinde; özellikle, Avrupa

⁹⁷ Ferriell, Jeffrey T./Navin, Michael J.: Understanding Contracts, (LexisNexis), New York (USA) 2004, s. 39 vd.

⁹⁸ Fine, Toni M.: American Legal Systems: A Resource and Reference Guide, (LexisNexis), San Francisco (USA) 2008, s. 3, s. 7 vd.; Neacşu, Dana: Introduction to U.S. Law and Legal Research, (Transnational Publishers), NY (USA) 2005, s. 65 vd.

⁹⁹ Bu konuda bkz.: Oğuz, Arzu: “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/292/2663.pdf>, (e.t.25.3.2015).

Özel Hukuku'nu ve Avrupa Sözleşme Hukuku'nu birleştirme çabası olarak, “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHI), (The Principles of European Contract Law -PECL-)” özel bir yer ve önem taşımaktadır¹⁰⁰. Zira; “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri”, son dönemlerde Avrupa Birliği'nde sözleşmeler hukuku ile ilgili olarak hazırlanan, birçok belgenin temelinde yer almaktadır. *Avrupa Sözleşmeler Hukuku* ile ilgili bu belgelerin başında; “Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi (Common European Sales Law-CESL-, 2011)”, “Avrupa Medeni Hukuku Kitabı” niteliğindeki, “Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference -DCFR- 2009)”, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG-, Viyana Sözleşmesi)”, “Milletlerarası Ticarî Sözleşmeler Hakkında Yeknesak İlkeler (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 -UNIDROIT-)”, “Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler ile Uygulamalar (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits -UCP-)” gibi belgeler gelmektedir. Bunlardan CISG, UNIDROIT ve UCP gibi belgeler; sadece Avrupa'da değil, tüm dünyada, ticarî sözleşmeler ile ilgili olarak kullanılan, önemli hukukî belgeler niteliğindedir.

Avrupa Parlamentosu; çeşitli yıllarda (1989 ve 1994'de), “Avrupa Özel Hukuku” konusunda bir kanun yapılması için, gereken çalışmalara başlanmasını karara bağlamıştır. Daha sonra bazı uluslararası örgütler de, hukukun birleştirilmesi için bazı çabalara girişmişlerdir¹⁰¹. Bu amaçla; *Avrupa*

¹⁰⁰ Bu konuda bkz: **Özdamar**, Demet: “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ndeki ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki Zamanaşımı Hükümlerinin Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniv. Hukuk Fak. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun 90.Yılı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2016; ayrıca, **Özdamar**, Demet: “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ndeki Dürüstlük Kuralı ve İşbirliği Yükümlülüğü'nün Türk Borçlar Kanunu'ndaki Görünümü”, Çankaya Üniversitesi 20.Kuruluş Yılı Etkinlikleri, “Evensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu”, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2016, s. 289-320.

¹⁰¹ **Oğuz**, Arzu: “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/292/2663.pdf>, (e.t.25.3.2015); özellikle satım hukuku özelinde hukukun birleştirilmesi ve bu bağlamda; *lex mercatoria*, 1964 Hague Konvansiyonları, CISG, PECL, UNIDROIT İlkeleri, DCFR, CESL, OHADA ve

*Sözleşme Hukuku Komisyonu (The Commission on European Contract Law)*¹⁰², 1982 yılından beri, *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ni (Principles of European Contract Law – PECL-)* meydana getirmek ve geliştirmek için çalışmalarını sürdürmektedir. Danimarkalı hukukçu Ole LANDO başkanlığında oluşturulan bu Komisyon “**Avrupa Sözleşme Hukuku'nun İlkelerini -ASHİ- (The Principles of European Contract Law -PECL-)**” yayınlamıştır¹⁰³. Bu İlkelerin; ifa ve ifa etmeme halini (ademi ifa) ve başvurulacak hukuki yolları düzenleyen I.Bölümü, 1994 yılında kaleme alınarak, 1995 yılında yayınlanmıştır. I Bölümü 1998’de tekrar gözden geçirilmiş ve daha sonra 1998’de kaleme alınan II. Bölüm ile birlikte, 1999’da yayınlanmıştır¹⁰⁴. Son olarak da; 2002’de kaleme alınan III. Bölüm, 2003 yılında yayınlanmıştır¹⁰⁵.

INCOTERM konusunda bkz: **Apaydın** Eylem: “*Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi (The Chronicles of Unification of International Contract Law, Particularly Sales Law)*” <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/8-Eylem-APAYDIN.pdf> (e.t.25.3.2015); **Toker**, Ali Gümrah: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Vienna Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005, s. 19 vd.

¹⁰² Ayrıca, bu çalışma Komisyonu “*LANDO Komisyonu*” olarak da anılmaktadır: **Fernando**, Rohan: “*CISG, UNIDROIT Principles And PECL Compared*” <https://www.linkedin.com/pulse/cisg-unidroit-principles-pecl-compared-rohan-fernando?forceNoSplash=true>; https://en.m.wikipedia.org/wiki/Principles_of_European_Contract_Law (e.t.18.1.2016).

¹⁰³ **Fernando**, Rohan: “*CISG, UNIDROIT Principles And PECL Compared*” <https://www.linkedin.com/pulse/cisg-unidroit-principles-pecl-compared-rohan-fernando?forceNoSplash=true>; https://en.m.wikipedia.org/wiki/Principles_of_European_Contract_Law (e.t.18.1.2016).

¹⁰⁴ **Lando**, Ole: “*CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*”, http://www.jstor.org/stable/30038700?seq=1#page_scan_tab_contents, (e.t.18.1.2016); The American Journal of Comparative Law, Vol. 53, No. 2 (Spring, 2005), pp. 379-401, Published by: American Society of Comparative Law, Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/30038700>, Page Count: 23; Krş. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomments.html>, (e.t.18.1.2016).

¹⁰⁵ <http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf> (e.t.18.1.2016); ayrıca bkz: <https://www.linkedin.com/pulse/cisg-unidroit-principles-pecl-compared-rohan-fernando?forceNoSplash=true>

“LANDO İlkeleri”¹⁰⁶ diye de anılan “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri”¹⁰⁷, bu ilkelerin 1:101(1) maddesinde ifade edildiği gibi¹⁰⁸; Avrupa Birliği’nde, “Sözleşmeler Hukuku”nun Genel Kuralları (İlkeleri) olarak uygulanmak üzere hazırlanmıştır¹⁰⁹. Bu yolda bir çalışmanın bir başka amacı da; uluslararası ticareti geliştirmek yanında, yeknesak, tek bir Avrupa

(e.t.18.1.2016); https://en.m.wikipedia.org/wiki/Principles_of_European_Contract_Law (e.t.18.1.2016); farklı yönde bkz ve krş. **Dayınlarlı**, Kemal (Çev.): Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law – Principes Du Droit Européen Du Contrat), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2005, s.V:”*Bunun için Danimarkalı Profesör Ole LANDO tarafından ve onun önderliğinde 1974 yılında başlatılan faaliyetle oluşturulan çalışma gruplarının yıllar süren yoğun çalışmaları sonunda, önce 1-9 ve daha sonra 10-17 başlıklarını taşıyan muhtelif sözleşme türleri kaleme alınarak 2004 yılında Avrupa Hukuku Sözleşme İlkeleri yayınlanmıştır...*”; ayrıca krş.: **Can**, s. 122: “...Çalışmanın birinci ve ikinci kısımları 1995’de, üçüncü kısmı ise 2000’de yayınlanmıştır.”.

¹⁰⁶ **Dayınlarlı**, s.V.; ayrıca: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> (e.t.2.2.2016).

¹⁰⁷ <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> (e.t.2.2.2016).

¹⁰⁸ **Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Madde 1:101 - İlkelerin Uygulanması:** “(1) Bu ilkeler, Avrupa Birliğinde sözleşmeler hukukunun genel kuralları olarak uygulanmak üzere hazırlanmıştır.

(2) Bu İlkeler, taraflar onları aralarındaki sözleşmeye dahil etme üzerinde anlaşmaya vardıkları veya aralarındaki sözleşmeyi bu ilkelere tabi kıldıkları takdirde uygulanır.

(3) Bu İlkeler tarafların:

(a) Sözleşmelerine “hukukun genel ilkelerinin”, “lex mercatoria” veya benzerinin uygulanması üzerinde anlaşmışları zaman; veya

(b) Sözleşmelerinin tabi olacağı herhangi bir hukuk sistemi veya kurallarını seçmiş oldukları zaman uygulanabilir.

(4) Bu İlkeler, uygulanacak hukuk sistemi veya kurallarının ortaya çıkan soruna bir çözüm bulmada yetersiz kalması halinde bir çözüm getirebilir.”: Bu İlkelerin tercümesi için bkz: **Dayınlarlı**, Kemal (Çev.): Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Dayınlarlı Hukuk Yayınları), Ankara 2005. İlkelerin İngilizce metni için bkz: The Principles of European Contract Law, (Parts I and II revised 1998, Part III 2002):

<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/doc.html>

(e.t.23.3.2015).

¹⁰⁹ **Dayınlarlı**, s.V.

Pazarını güçlendirmeyi hedeflemektedir¹¹⁰. *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*'nin, yasama metni olarak uygulama gücü bulunmamakta; ancak, *sözleşme özgürlüğünün* taraflara tanıdığı yetki ile *seçimlik hukuk* olarak belirlenip ihtilaflara uygulanabilmektedir. Taraflar; sözleşmelerini uluslararası kabul görmüş ilkelere veya hukukun genel ilkelerine tabi tuttıkları zaman, hakemler, Avrupa içerisinde "*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*"ni uygulayabilir. Yani; milletlerarası ticarî işlemlere ilişkin genel hukukî ilkeler niteliğindeki, bir nevi modern *lex mercatoria*¹¹¹. Aynı şekilde; tarafların açık irade beyanları ile seçimlik hukuk olarak "*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*"ni tayin etmeseler de, sözleşmelerinden doğan ihtilafların yukarıda sayılan ilkelere çerçevesinde çözülmesini arzu ettiklerinde, hakemler Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ni uygulayabilecektir. Ayrıca; hâkimler ve hakemler ulusal hukuklarının yetersiz kaldığı noktada, "*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*"ne başvurarak onun önerdiği çözümü, somut ihtilafa uygulayabilecektir¹¹².

Bu çalışmada; sözleşmeler alanındaki, "*Avrupa ortak hukuk anlayışı*"nı yansıtan "*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*"ndeki (ASHİ) ve (CESL, DCFR gibi) diğer hukukî belgelerdeki "*Örf ve Âdetler ile Teamül ve Uygulamalara*" ilişkin kurallar, *Türk Hukuku'ndaki (Türk Medeni Kanunu ve özellikle Türk Borçlar Kanunu'ndaki)* ilgili kurallar ile karşılaştırmalı olarak inceleme konusu yapılmıştır.

¹¹⁰ Krş. **Fernando**, Rohan: "*CISG, UNIDROIT Principles And PECL Compared*" <https://www.linkedin.com/pulse/cisg-unidroit-principles-pecl-compared-rohan-fernando?forceNoSplash=true>; https://en.m.wikipedia.org/wiki/Principles_of_European_Contract_Law (e.t.18.1.2016).

¹¹¹ "*Lex mercatoria*"; Latince'de hukuk anlamına gelen "*lex*" ve ticaret anlamına gelen "*mercatoria*" kelimelerinden oluşmaktadır. "*Lex mercatoria*", en kısa şekilde milletlerarası ticarî işlemlere ilişkin genel hukukî ilkeler olarak tanımlanmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Özdemir**, Didem: "*Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*", http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_4.pdf (e.t.28.12.2016).

¹¹² **Apaydın**, Eylem: "*Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi (The Chronicles of Unification of International Contract Law, Particularly Sales Law)*", <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/8-Eylem-Apaydin.pdf>, (e.t.25.3.2015).

III. AVRUPA SÖZLEŞMELER HUKUKU İLE İLGİLİ BAŞLICA HUKUKÎ BELGELERDEKİ “ÖRF VE ÂDETLER İLE TEAMÜL VE UYGULAMALARA” İLİŞKİN HÜKÜMLER VE ÖNEMİ

A. Avrupa Birliği Hukuku'nda Örf ve Âdetler ile Teamül ve Uygulamalar

Avrupa'daki Sözleşmeler Hukuku alanındaki ortak bakış açısını yansıtan hukukî düzenlemeler ve hukukî kurallar arasında, “*Avrupa Birliği (AB) Hukuku*” önemli bir yer teşkil eder. Avrupa'da ekonomik ve siyasi bir birlik kurmaya yönelik hareketlerin kökeni, çok eskilere dayanır¹¹³. AB hukuk düzeni, ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız, uluslararası hukuk kökenli, özerk¹¹⁴ ve nevi şahsına münhasır bir hukuk düzenidir. Bu özerk ve *supranasyonel (uluslarüstü)*¹¹⁵ hukuk kuralları; üye devletler için bağlayıcı olmak yanında, üye devletlerin iç hukuk düzenlerinde doğrudan etki gösterebilmek ve usulüne uygun AB kurumlarınca yürürlüğe konulmakla birlikte, üye devletlerde, kural olarak doğrudan uygulanma; kişi ve kurumlar lehine, haklar doğurma ve borç yükleyebilme özelliğine sahip olurlar. Bu nedenle; AB hukuku kuralları, aynı zamanda üye devletlerin iç hukuk düzenlerinin bir parçası haline de gelirler. Avrupa Birliği; ayrıca, uluslararası sözleşmelere de taraf olabilir¹¹⁶.

¹¹³ Yirminci yüzyılda; Jean Monnet, Robert Schuman, Konrad Adenauer gibi birçok devlet adamı birleşik bir Avrupa'nın oluşumunda emek harcamışlardır. 9 Mayıs 1950'de, Robert Schuman tarafından bu amaçla bir Bildiri açıklanmıştır. Daha sonra; bu tarihten dolayı, 28-29 Haziran 1985'de AB Milano Zirvesi'nde, “9 Mayıs Avrupa Günü” ilan edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Karlık**, Rıdvan: Avrupa Birliği ve Türkiye, 8.B., (Beta B.), İstanbul 2005, s. 2, s. 4 vd.

¹¹⁴ **Bozkurt**, Enver/**Özcan**, Mehmet/**Köktaş**, Arif: Avrupa Birliği Hukuku, 2.B., (Asil Yayınevi), Ankara 2004, s. 163 vd.

¹¹⁵ *Uluslarüstü (supranasyonel)* nitelik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Günuğur**, Haluk: Avrupa Topluluğu Hukuku, 2.B. (Tarhan Basımevi), Ankara 1993, s. 13 vd.

¹¹⁶ **Can**, Hacı: Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku, (Adalet Yayınevi), Ankara 2015, s. 5-7 vd.

*Avrupa Birliği hukuk düzeni*¹¹⁷ genel olarak; “*hükümetlerarası hukuk*” ve “*supranasyonel (uluslarüstü) hukuk*” şeklinde ikiye ayrılır. Her iki hukuk türünün, *birincil* ve *ikincil* düzeyleri vardır. AB Hukuku’nun supranasyonel (uluslarüstü) kaynakları; “*birincil hukuk*”, ondan türetilen¹¹⁸ “*ikincil hukuk*” ve “*esnek hukuk*”tur (*soft law*)¹¹⁹. Aynen iç hukuktakine benzer şekilde normlar arasında, hiyerarşik bir derecelendirme söz konusudur. AB hukuk düzeninin en üst kaynağını; birincil hukuk kuralları oluşturur, daha sonra da ikincil hukuk kuralları gelir. İkincil hukuk kuralları, birincil hukuk kurallarına aykırı olamaz; onlar ışığında yorumlanırlar. Uluslararası hukukun genel kuralları da, AB Kurucu Antlaşma hükümleri ile çatışmadığı sürece geçerlidir. Bunun dışında; AB tarafından, üçüncü devlet ve uluslararası örgütler ile imzalanan uluslararası antlaşmalar, AB kurumları ve üye devletler için bağlayıcı olup; hiyerarşik sırada, birincil hukuk ve ikincil hukuk arasında yer alır (*Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma*, m.216/II)¹²⁰.

*Avrupa Birliği Hukuku “birincil hukuk kuralları”*nın başlıca kaynakları; AB’nin Kurucu Antlaşmaları, Tadil Antlaşmaları, Ekler ve Protokoller, AB Temel Haklar Şartı, (antlaşma içeriğini değiştirdiğinde, istisnai olarak) Avrupa Konsey Kararları, örf ve âdet hukuku ile hukukun genel ilkelerinden oluşan yazılı olmayan hukuk kurallarıdır. Gerek uluslararası hukuk anlayışı, gerekse Adalet Divanı, Kurucu Antlaşmaları, “*AB’nin anayasal belgeleri*”

¹¹⁷ **Can**, s. 8 vd.; krş. **Bozkurt/Özcan/Köktaş**, s. 141 vd.; **Tekinalp**, Gülören/**Tekinalp**, Ünal/**Atamer**, Yeşim M./**Oder**, Bertil Emrah/**Oder**, Burak/**Okutan**, Güler.; (**Tekinalp/Tekinalp**) Avrupa Birliği Hukuku, (Beta Basım), İstanbul 2000, s. 67 vd.; **Günoğur**, s. 159 vd.

¹¹⁸ “*Türev Hukuk (İkincil Normalar) (Fransızca; Droit dérivé)*” deyimleri ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Günoğur**, s. 200, dn.2 vd.

¹¹⁹ “*Esnek hukuk*” (*soft law*); Avrupa Birliği Hukuku’nda bağlayıcı hukuk kurallarının yanında; bağlayıcı olmayan, “*hukuk öncesi*” safhada bulunan tavsiye edici düzenlemelere (organların tavsiyelerine, Komisyonun belirli bir politika alanına ilişkin yeşil kitaplar ve yeşil kitapların geliştirilmesine yönelik, Komisyon’un hukuk koymaya yönelik somut düşüncelerinin yer aldığı beyaz kitaplara vs...) verilen addır. Bu düzenlemeler; Brüksel’deki siyasi süreci, Avrupa Birliği organlarının yasal düzenleme yapma niyetlerini ve Komisyon planlarını erkenden öğrenmek ve böylece kendi menfaatlerini zamaında kollamak isteyen üye devletler, diplomatlar, firmalar, menfaat grubu temsilciler için büyük önem taşır. Bu konuda bkz.: **Can**, s. 22 vd.

¹²⁰ **Can**, s. 8 vd.

olarak kabul etmektedir¹²¹. Avrupa Birliği Hukuku “ikincil hukuk kuralları” ise; birincil hukuk kurallarının yetkilendirmesi temelinde kabul edilen hukuk kurallarından oluşur. AB organları, kural olarak ikincil hukuk kurallarını, ancak kurucu antlaşmaların kendilerine açık bir yetki tanıdığı anda kabul edebilirler. *İkincil hukuk tasarruflarının* başlıcaları; *Tüzük*¹²², *Yönerge (Direktif)*, *Karar*, *Tavsiye* ve *Görüş*¹²³ gibi tasarruflardır. Bu hukukî tasarruflar, AB organları tarafından yetkileri dahilinde çıkarılırlar¹²⁴.

Avrupa Birliği Hukuku'nda; yazılı olmayan hukuk kuralları, “*örf ve âdet hukuku*” ile “*hukukun genel ilkeleri*”¹²⁵ olarak sayılabilir. Bunlardan; “*örf ve âdet hukuku*”, hem birincil hukuk, hem de ikincil hukuk düzeyinde olabilir. Örf ve âdet hukuku kuralları, birincil hukukun yazılı kurallarını tamamladığında veya değiştirdiğinde birincil hukuk¹²⁶; buna karşın ikincil hukukun yazılı kurallarını tamamladığında veya değiştirdiğinde ise, ikincil hukuk derecesinde yer alır. AB uygulamasında; örf ve âdet hukukunun önemi azdır. Bu hukuk düzeninde; örf ve âdet hukuku kuralları, yalnızca, AB kurumlarının ve AB hukukunun uygulanmasıyla görevlendirilen ulusal kurumları bağlar; ancak, doğrudan uygulanabilirlik koşullarını yerine getirdiklerinde, vatandaş-üye devlet ilişkisinde de geçerli olurlar. “*Hukukun genel ilkeleri*” de, uzun süren içtihat uygulaması ve hukuk sülhelerinin genel onayı sonucunda, AB örf ve âdet hukukuna da dönüşebilir. Örf ve âdet

¹²¹ Adalet Divanı, Rs.1/91 (Birinci AEA-Mütalaası), Slg.1991, I-6079, Rn.21 (**Can**, s. 9 vd.).

¹²² Avrupa Birliği *Yönergeleri*, *Tüzüklerden* farklıdır. Çünkü; soyut ve genel karakterleri nedeniyle, Avrupa Birliği “*yasaları*” olarak ifade edilen “*Tüzükler*”, genel geçerliliğe sahiptir ve her üye devlette, doğrudan uygulanırlar. Oysa; “*Yönergeler*”in; vatandaşlar ve şirketler karşısında doğrudan etki gösterebilmesi için kural olarak, önce ulusal hukuka aktarılması gerekir. Bu konuda bkz.: **Can**, s. 9, s. 24 vd.

¹²³ “*Karar*”, yöneldiği her kurum için tüm yönleriyle bağlayıcıdır. Buna karşın; “*tavsiye ve görüşler*”, bağlayıcı değildir. Bu konuda bkz.: **Bozkurt/Özcan/Köktaş**, s. 145.

¹²⁴ **Can**, s. 19 vd.

¹²⁵ Adalet Divanı'nın verdiği kararlarda yer alan “*hukukun genel ilkeleri*” şunlardır: Savunma hakkı; yasallık; iyiniyet; hukuka ve yasalara saygı; yasal güvence; temyiz hakkı; sorumluluk gibi... Bu konuda bkz.: **Günoğur**, s. 258 vd.

¹²⁶ Krş. **Can**, s. 14 vd.

hukuku olarak kabul edilen hukukun genel ilkeleri, esas itibariyle, birincil hukuk derecesini haiz olurlar¹²⁷.

Avrupa Birliği Hukuku'nda "uluslararası hukuk" ise; AB'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, Adalet Divanı içtihatları gereğince, "uluslararası örgüt kararları" ve "uluslararası örf ve âdet kuralları" olarak karşımıza çıkar. Avrupa Birliği; diğer uluslararası hukuk sükeleri ile uluslararası antlaşmalar akdedebilir ve bu antlaşmalar AB hukukunun bir parçası olup; kural olarak yalnızca, AB kurumlarını ve AB hukukunu uygulamakla görevli olan ulusal makamları bağlarlar. Doğrudan uygulanabilirlik koşulunu yerine getirdiklerinde, birey-devlet ilişkisinde de etki gösterebilirler. AB'nin yapısına uygulanabilir olan "uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları" da, AB hukukunun kaynakları arasındadır. AB hukuk düzeninde bu kuralların hiyerarşik yeri, birincil hukuk ile ikincil hukuk kuralları arasındadır¹²⁸.

B. Avrupa Sözleşmeler Hukuku'na İlişkin Başlıca Belgelerdeki "Teamül ve Uygulamalar" İle İlgili Hükümler ve Aranan Kriterler

1. Genel Olarak Avrupa Sözleşmeler Hukukuna İlişkin Başlıca Belgeler

Avrupa Sözleşmeler Hukuku ile ilgili, birçok düzenlemeye baktığımız zaman, bu düzenlemelerde, "Teamül ve Uygulamalar" ile ilgili bazı hükümlerin esas olarak, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ndekine benzer şekilde düzenlendiğini, ancak bazı farklar olduğunu görmekteyiz. Avrupa Sözleşmeler Hukuku ile ilgili bu düzenlemelerin başında şunlar gelmektedir:

- a) Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (The Principles of European Contract Law -PECL-)*
- b) Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi¹²⁹ (Common European Sales Law -CESL-, 2011)*

¹²⁷ **Can**, s. 14 vd.

¹²⁸ **Can**, s. 18 vd.

¹²⁹ "Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on a Common European Sales Law (CESL)"; (Avrupa Parlamentosu ve Komisyonu'nun) "Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi" olarak tercüme edilebilir. Ancak;

- c) *Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference -DCFR- 2009)*
- d) *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG-, Viyana Sözleşmesi)*¹³⁰
- e) *Milletlerarası Ticarî Sözleşmeler Hakkında Yeknesak İlkeler (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 -UNIDROIT-)*¹³¹
- f) *Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler ile Uygulamalar (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits -UCP-)*¹³²

burada kastedilen, “Avrupa Ortak Satış Kanunu” niteliğinde ve tasarı halindeki bir hukukî belgedir. Çünkü; Avrupa Birliği Tüzükleri, AB Yönergelerinden farklıdır. Zira; soyut ve genel karakterleri nedeniyle, AB yasaları olarak da ifade edilen “Tüzükler”, genel geçerliliğe sahiptir ve her üye devlette, doğrudan uygulanırlar. Oysa; “Yönergeler”in; vatandaşlar ve şirketler karşısında doğrudan etki gösterebilmesi için kural olarak, önce ulusal hukuka aktarılması gerekir: **Can**, s. 9, s. 24 vd., s. 147 vd. Ayrıca; bu Tüzük önerisi, “Common European Sales Law (CESL)” için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635> (e.t.16.11.2016); Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on a Common European Sales Law, * COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD) * 52011PC0635.

¹³⁰ “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG-)”, (1980 BM’de kabul/türkiye2009, 2010, yürürlük:1.10.2011); <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm> (e.t.17.11.2016); ayrıntılı bilgi için bkz.: **Toker**, Ali Gümrah: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005.

¹³¹ <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>; <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>; <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-turkish.pdf> (Özsunay/ 30.06.2016/ UNIDROIT İlkeleri çevirisi.doc), <http://www.unilex.info/instrument.cfm?pid=2&do=comment&pos=10>, (e.t.17.11.2016).

¹³² **Samet**, Mehmet: “ICC Uniform Customs And Practice For Documentary Credits 2007 Revision ICC’nin Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları 2007 Revizyonu”, http://mehmetsamet.weebly.com/uploads/1/8/9/3/18931591/ucp600_en_tr.pdf

gibi hukukî belgeler yer almaktadır. Bunlardan CISG, UNIDROIT ve UCP gibi belgeler; sadece Avrupa’da değil, tüm dünyada, ticarî sözleşmeler ile ilgili önemli hukukî belgeler niteliğindedir.

2. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Belgelerinde, Özellikle de, “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri”ndeki “Teamül ve Uygulamalar” İçin Genel Olarak Aranan Ortak (Sübjektif ve Objektif) Kriterler

Avrupa Sözleşmeler Hukuku’na ait belgeler açısından; “*örf ve âdet hukukuna*” ilişkin bazı unsurlar (*sürekli uygulama, genel bir inanç, hukukî unsur*) aranmamaktadır. *Avrupa Sözleşmeler Hukuku* belgeleri ve düzenlemelerinde; yalnızca, *sıradan teamül ve uygulamalar* açısından hükümler getirilmiştir. Çünkü; bu hukukî düzenlemelerin uygulama alanı, daha ziyade uluslararası ticaretteki sözleşmeler olmaktadır. Çeşitli ülkelerdeki *örf ve âdetler* ile bunlara ilişkin *örf ve âdet hukuku* çok farklı olabileceğinden dolayı, her konuda, *yeknesak* bir *örf ve âdet hukukunun* varlığından söz edilemeyecektir. Yine; birçok ülkedeki, çeşitli *örf ve âdetlere*, tüm milletlerce uyma yönünde bir *inanış* ve *hukukî bir bağlayıcılığın* (yaptırımın) getirilmesinden de söz edilemeyecektir. Bu nedenlerle; *Avrupa Sözleşmeler Hukuku* alanındaki (ASHİ, CESL gibi) hukukî belgelerde, “*örf ve âdet hukuku*” yerine, alelâde (sıradan) “*örf ve âdet kurallarından*”, özellikle de “*teamül ve uygulamalar*”dan bahsedilmektedir. Ancak; aşağıda da daha ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, “*teamül ve uygulamalar*” için, (*sübjektif ve objektif*) bazı özel kriterler aranmaktadır. Avrupa Sözleşmeler Hukukuna ilişkin belgelerde, “*teamül ve uygulamalar*”¹³³ ile ilgili genel olarak aranan ortak sübjektif ve objektif kriterler şunlardır:

- **Sübjektif Kriterler:** Tarafların kabul ettikleri *teamül* ve aralarında yerleşmiş bulunan *uygulamalar* ile bağlı olmasıdır.

¹³³ Krş.: Graffi, Leonardo: “Remarks on Trade Usages and Business Practices in International Sales Law”, (Belgrade Law Review, Year LIX (2011) no. 3 pp. 102-123), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi1.html>, (e.t.18.11.2016); Bout, Patrick X.: “Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, http://www.jus.uio.no/pace/trade_usages_article_9_cisg.patrick_x_bout/_1.html, (e.t.17.11.2016); ayrıca bkz.: Pamboukis, CH.: “The Concept And Function Of Usages In The United Nations Convention On The International Sale Of Goods”, <https://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Pamboukis.pdf>, (e.t.18.11.2016).

- **Objektif Kriterler:** Tarafların aynı durumdaki bütün kişilere (özellikle, tacirlere) uygulanabilir *teamüllerle* bağlı olması **ve** bu *teamüllerin makul* olmasıdır.

“Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri”nin, “Genel Hükümler” başlıklı 1.Bölümünün, 1.Kısımında “İlkelerin Kapsamı”, başlığı altında; **Madde 1:105’de “Teamül ve Uygulamalar”** konusu düzenlenmiştir. Bu hükümler; *Avrupa Özel Hukuku’nda* ve özellikle, *Avrupa Sözleşmeler Hukuku’nda*, “*örf ve âdetler ile teamül ve uygulamalara*” ilişkin konulara “*ortak bakış açısı*”nı göstermektedir. **Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nin “Genel Hükümler”** Bölümü’nde; Türk Borçlar Kanunu’nda olduğu gibi; sözleşme özgürlüğü, temel hukuk konu ve kuralları (emredici kurallar, yorum, boşlukların doldurulması, kıyas gibi konular) düzenlenmiştir.

Yine; aynı “*Genel Hükümler*” Bölümü’nde, **Türk Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak**; “*Teamül ve Uygulamalar*” ile ilgili özel bir hükme yer verilmiştir. *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nde “Teamül ve Uygulamalara”* ilişkin özel bir hükme yer verilmesinin en önemli nedenlerinden birisi; bu ortak *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nin*, uluslararası ticarete yönelik ilkeleri esas alması yanında; (bu konuda, *Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference –DCFR- 2009)* gibi çeşitli çalışmalar olsa dahi), henüz kabul edilmiş, “*ortak*” bir *Avrupa Medenî Kanunu’nun olmamasıdır*. Buna karşın; *Türk Medenî Kanunu’nun* 1.maddesindeki *örf ve âdet hukukuna* ilişkin hüküm, *Türk Borçlar Hukuku* alanında da geçerli, temel bir hükümdür. Bu nedenle; Türk Borçlar Hukuku alanında, ayrıca genel bir düzenleme yapmaya gerek kalmamıştır.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nin “Teamül ve Uygulamalar” başlığını taşıyan, 1:105 maddesine göre¹³⁴; “(1) **Taraflar kabul ettikleri**

¹³⁴ **Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ) (İngilizce metni), Article 1:105 (Ex Art. 1.103) – Usages And Practices:** “(1) *The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practice they have established between themselves.*
(2) *The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties, except where the application of such usage would be unreasonable.*”

herhangi bir **teamül** ve kendi aralarında **yerleşmiş** bulunan, herhangi bir **uygulama** ile bağlıdırlar.

(2) Taraflar, aynı durumdaki **kişiler** tarafından genel olarak uygulanabilir kabul edilen bütün teamüllerle (bu teamüllerin uygulanmasının **makul** olmadığı durumlar hariç olmak üzere) bağlıdırlar.”¹³⁵.

Bu hükme göre; bir sözleşmede, “**Teamül ve Uygulamalar**” ile ilgili hususların uygulanabilmesi için, **I.fıkırada**, “**sübjektif**” kriterler ve **II.fıkırada** da, “**objektif**” kriterler¹³⁶ getirilmiştir. Şöyle ki; **I.fıkra** uyarınca, öncelikle “**taraflara**” ilişkin olarak, tarafların sözleşmede açıkça veya zimnen kabul ettikleri bir “**teamül**” varsa, taraflar bu “**teamül**” ile bağlı olacaklardır. Bunun dışında; yine, kendi aralarında **tespit ettikleri bir “uygulama”** varsa, yine aynı şekilde, bu “**uygulama**” ile de bağlı olacaklardır. Ayrıca; **teamül ve uygulamalar**¹³⁷ için (sürekli uygulama ve genel inanış gibi)

ASHİ (Fransızca metni), Article 1:105: Usages et Pratiques: “(1) Les parties sont liées par **les usages** auxquels elles ont **consenti** et par les **pratiques** qu’elles ont **établies** entre elles.

(2) Elles sont liées par tout **usage** que des personnes placées dans la **même** situation qu’elles tiendraient pour généralement applicable, **à moins que** son application ne soit **déraisonnable**.”

¹³⁵ Ayrıca bu konuda krş.: **Dayınlarlı**, Kemal (Çev.): Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law – Principes Du Droit Européen Du Contrat), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2005.

¹³⁶ Krş.: **Graffi**, Leonardo: “Remarks on Trade Usages and Business Practices in International Sales Law”, (Belgrade Law Review, Year LIX (2011) no. 3 pp. 102-123), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi1.html>, (e.t.18.11.2016); **Bout**, Patrick X.: “Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, http://www.jus.uio.no/pace/trade_usages_article_9_cisg.patrick_x_bout/1.html, (e.t.17.11.2016); ayrıca bkz.: **Pamboukis**, CH.: “The Concept And Function Of Usages In The United Nations Convention On The International Sale Of Goods”, <https://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Pamboukis.pdf>, (e.t.18.11.2016).

¹³⁷ Ancak; herhalde bir uygulamanın “**ticari teamül**” oluşturup oluşturmadığı somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Nitekim bu konuda bkz.: **Yarg. HGK. T. 18.3.2015, E. 2013/6-1236, K. 2015/1042** (Kazancı): “**Dava**, kiralanan petrol istasyonunun tahliyesi istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki kira sözleşmesinin incelenmesinde, kiralayan davacının dağıtım firmalarını tek taraflı olarak belirlemesi ve belirlenen dağıtım firmalarının ürünlerinin, kiracı tarafından kiralanda satılması gerektiğine ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı anlaşıldığından davacı diğer petrol istasyonlarındaki

herhangi bir kriter aranmamakta; sıradan bir teamül ve uygulamanın varlığı yeterli olacaktır. Örneğin; bir uygulama, iki tacirin, sürekli olarak aralarında uyguladıkları, sözleşmeye ilişkin bir davranış biçimi olabileceği gibi, herhangi birisinin veya aynı yerde bulunan tacirlerin olduğu yerdeki yerel bir ticarî uygulama da, kendi aralarında tespit ve kabul etmeleri şartı ile bağlayıcı bir uygulama haline gelebilir¹³⁸.

Teamül ve uygulamaların bağlayıcılığına ilişkin bu “**sübjektif**” özellik, doğrudan taraflara ilişkin durumlardan (sözleşmede teamülün kararlaştırılması veya kendi aralarında bir uygulamanın tespitinden) kaynaklanmaktadır (ASHİ Art.1:105, f.I). “Sözleşme özgürlüğü” çerçevesinde; tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları teamül ile “iyiniyet ve dürüstlük kuralları” çerçevesinde, kendi aralarındaki uygulamalar ile bağlı olmaları konusunda bir tereddüt ve tartışma bulunmamaktadır. İyiniyet ve dürüstlük kuralları; teamül ve uygulamaların bağlayıcılığı yönünden dikkate alınan bir ölçüt

uygulamalarının ticari teamül olduğundan bahisle davalıdan da aynı edimleri yerine getirilmesini isteyemez. Öte yandan, akde aykırılık olgusunun gerçekleşebilmesi için eylemin, kiralananın kullanımıyla ilgili olması zorunludur. Ne var ki iddia edilen olgu, kiralananın kullanımından kaynaklanmadığından akde aykırılık olgusunun gerçekleştiğinden söz edilemeyeceğinden mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın kabulü ile kiralananın tahliyesine karar verilmesi isabet-sizdir.”

¹³⁸ **Yarg. 15. HD. T. 16.12.2014, E. 2014/1640, K. 2014/7290** (Kazancı): “...Gerek mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda gerekse 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda kapalı fatura ismiyle bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak anılan yasaların 2. maddesinde, **ticari örf ve adet** düzenlemesine yer verilmiş, bir bölgeye veya bir ticaret dalına özgü **ticari örf ve adetlerin** genel olanlara üstün tutulacağı belirtilmiştir. Ticari işlerde faturanın altının kapatılarak imzalanması kapalı faturanın varlığını gösterir ise de kapalı faturanın ödemeye karine sayılabilmesi içinde, faturanın düzenlendiği bölgede bedelin ödendiğine karine sayılacağına ilişkin **örf ve uygulamanın** bulunması gerekir. Bu nedenle mahkemece mahalli Ticaret ve Sanayi Odası'ndan bu konudaki uygulama sorulmadan, eksik incelemeyle hüküm tesisi doğru değildir. O halde yapılması gereken iş, takip dayanağı faturanın altının imzalanması suretiyle düzenlenmesinin ödemenin yapıldığının kanıt olup olmadığına ve buna ilişkin **örf ve uygulamanın** varlığını Ticaret ve Sanayi Odası'ndan sormak, ödemeye karine teşkil edeceği anlaşılırsa davayı reddetmek, aksi durumda şimdiki gibi davanın kabulüne karar vermektir. Bu husus üzerinde durulmadan eksik incelemeyle verilen karar, usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması uygun bulunmuştur...”

olurken; diğer taraftan *dürüstlük kuralının* tespitinde, *örf ve âdetler ile teamül ve uygulamalar* da bir kriter (ölçüt) olarak rol oynayabilirler¹³⁹.

Buna karşın; tarafların *sözleşmede bir teamülü kabul etmemeleri durumunda*, bu *teamül* ile bağlı olup olmayacakları, özellikle, **II.fıkra** karşısında tartışmalı olan bir husustur¹⁴⁰. II.fıkroda; **“objektif”** bir ölçüt getirilmiştir. Şöyle ki; tarafların, aynı durumdaki kişiler tarafından, genel olarak uygulanabilir kabul edilen *teamüller* ile de bağlı oldukları varsayılmıştır. Bu kuralın da *sınırı* olarak, bu *teamüllerin* uygulanmasının **“makul”** olması öngörülmüştür. Ayrıca; *kişi* açısından da; *iyiniyetli, orta zekalı, dürüst bir vatandaş (bonus pater familias)* değil, **“aynı konumda bulunan bir kişi”** (örneğin, aynı işi yapan bir tacir) ele alınarak, taraf açısından da, daha somut, daha gerçekçi bir kriter getirilmesi yerinde olmuştur.

3. Avrupa Sözleşmeler Hukukuna İlişkin Diğer Belgelerdeki “Teamül ve Uygulamalar” İle İlgili Hükümlerde Aranılan Kriterler

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri dışındaki, *Avrupa Sözleşmeler Hukuku*'na ilişkin diğer bazı belgelerdeki *“teamül ve uygulamalar”* ile ilgili hükümlerde aranılan (*sübjektif ve objektif*) kriterler şu şekilde düzenlenmiştir:

a. “Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi”nde (Common European Sales Law -CESL-), “Teamül ve Uygulamalar” İle İlgili Hükümler ve Aranılan Kriterler

*“Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi”nde (Common European Sales Law -CESL)*¹⁴¹; *“Genel İlkeler”*in düzenlendiği, 1.Bölümde,

¹³⁹ **Yarg. HGK. T. 7.5.2014, E. 2013/9-1792, K. 2014/584** (Kazancı): “...Dürüstlük kuralı bir kimseden dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı, toplumda geçerli ahlak ölçülerine **gelenek ve göreneklere**, karşılıklı uygulanagelen **teamüllere** ve hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edilir...”

¹⁴⁰ **Graffi**, Leonardo: “Remarks on Trade Usages and Business Practices in International Sales Law”, (Belgrade Law Review, Year LIX (2011) no. 3 pp. 102-123), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi1.html>, (e.t.18.11.2016).

¹⁴¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635> (e.t.16.11.2016): Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The

“Tacirler Arasındaki Sözleşmelerdeki Teamüller ve Uygulamalar (Usages and practices in contracts between traders)” başlığını taşıyan 67. maddeye göre¹⁴²; “1. Tacirler arasındaki bir sözleşmede; taraflar, **kabul** ettikleri ve uygulanabilir herhangi bir **teamül** ve kendi aralarında **yerleşmiş** bulunan, herhangi bir **uygulama** ile bağlıdırlar.

2. Taraflar, aynı durumdaki **tacirler** tarafından genel olarak **uygulanabilir kabul edilen bütün teamüllerle** bağlıdırlar.

3. Münferit olarak (tek tek) **müzakere edilmiş sözleşme koşulları ile çelişen** veya işbu Ortak Avrupa Satış Hukuku'na İlişkin Tüzüğün **emredici hükümlerine aykırı olan teamül ve uygulamalar**, tarafları bağlamaz.”

Görüldüğü üzere; “Ortak Avrupa Satış Hukuku'na İlişkin Tüzük Önerisi'nin (Common European Sales Law -CESL)” 67.maddesi; “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ne (ASHİ)” benzer şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte; ASHİ'de, genel olarak “kişiler”den bahsedilmiştir. Oysa; CESL'de; özel olarak, “tacirler”e yönelik bir hüküm düzenlenmiştir. Ayrıca; ASHİ'de bulunan, “bu teamüllerin uygulanmasının makul olmadığı durumlar hariç olmak üzere” ibaresi, yani “**makul olma**” kriterine, CESL'deki (teamül ve uygulamalar ile ilgili) bu genel hükümde yer verilmemiştir. Ancak; CESL'nin, “Genel Prensipler ve Uygulama (General Principles and Application)” Bölümünde, 5.maddede, “Makul Olma Durumu (Reasonableness)”¹⁴³ düzenlenmiştir.

Bunun dışında; CESL'nin 67.maddesinde düzenlenen ve yukarıda belirtilen III.fıkradaki hüküm, ASHİ'nin bu maddeyi karşılayan 1:105.mad-

Council on a Common European Sales Law, * COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD) * 52011PC0635.

¹⁴² **Ortak Avrupa Satış Hukuku'na İlişkin Tüzük Önerisi (Common European Sales Law - CESL), Article 67 - Usages and practices in contracts between traders:** “1. In a contract **between** traders, the parties are bound by any **usage** which they have agreed should be applicable and by any **practice** they have established between themselves. 2. The parties are bound by a **usage** which would be considered generally applicable by traders in the same situation as the parties. 3. **Usages and practices** do not bind the parties to the extent to which they conflict with contract terms which have been individually negotiated or any mandatory rules of the Common European Sales Law.”

¹⁴³ Bkz. ileride, “Avrupa Sözleşmeler Hukukuna İlişkin Belgelerdeki ‘Teamül ve Uygulamalar’ İle İlgili ‘Makul Olma Durumu’” ile ilgili kısma.

desinde bulunmamaktadır. CESL'nin 67.maddesindeki hüküm; her türlü (sözleşme koşulları veya CESL'nin emredici hükümleri ile çelişen) *teamül ve uygulamanın* tarafları bağlamayacağını düzenleyen ve açıklayan, bu konuda ortaya çıkabilecek tartışmaları bertaraf eden, yerinde bir düzenleme niteliğindedir. Böylece; Türk Hukuku'nda da bulunan ve (her ne kadar tartışmalı olsa da) genel olarak kabul gören; “*kanunun emredici kurallarına aykırı şekilde, örf ve âdet hukuku oluşamaz*” düşüncesi ile paralellik arz eden bir görüş, CESL'de de, “*teamül ve uygulamalar*” açısından, açıkça düzenlenmiştir.

b. “Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı”nda (Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference -DCFR- 2009) “Teamül ve Uygulamalar” İle İlgili Hükümler ve Aranan Kriterler

“*Avrupa Ortak Medenî Kanunu*” niteliğindeki; “*Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference -DCFR- 2009)*”¹⁴⁴; esas olarak, *Sözleşmeler Hukuku*'na (Borçlar Hukuku'nun genel ve özel hükümlerine) ve mülkiyet hakkı ile bu hakkın kazanılmasına ve kaybedilmesine ilişkin bir kısım Eşya Hukuku ile ilgili kurallara yer verilmiştir. Buna karşın; her ülkenin, örf, âdet ve anlayış tarzı çok farklı olduğu için; *Miras Hukuku, Aile Hukuku ve Kişiler Hukuku* ile ilgili ortak kurallara henüz yer verilememiştir. “*Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nın (DCFR), “Sözleşmeler ve Diğer Hukukî İşlemler (Contracts and other juridical acts)”* konusunun düzenlendiği, II.Kitabında, “*Teamüller ve Uygulamalar (Usages and practices)*” başlıklı

¹⁴⁴ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, 2009 by sellier. european law publishers GmbH, Munich, http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf (e.t.16.11.2016).

1:104. Maddesine göre¹⁴⁵; “(1) Bir sözleşmenin tarafları; **kabul** ettikleri herhangi bir **teamül** ve kendi aralarında **yerleşmiş** bulunan, herhangi bir **uygulama** ile bağlıdırlar.

(2) Taraflar, aynı durumdaki **kişiler** tarafından genel olarak uygulanabilir kabul edilen bir teamül ile (bu teamülün uygulanmasının **makul** olmadığı durumlar hariç olmak üzere) bağlıdırlar.

(3) Bu madde; gerekli uyarlamalar ile, diğer hukukî işlemlere de uygulanır.”

“Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı”nda (DCFR); Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nden (ASHİ) ve Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi’nden (CESL) farklı olarak; “teamül ve uygulamalar” ile ilgili hükmün, sadece “sözleşmeler” açısından değil; “gerekli ve uygun uyarlamalar ile diğer hukukî işlemler için de uygulanacağı” (III.fıkra) hükmüne yer verilerek, daha kapsamlı ve yerinde bir hüküm getirilmiştir.

c. “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”nda (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG-, Viyana Sözleşmesi’nde), “Teamül ve Uygulamalar” İle İlgili Hükümler ve Aranan Kriterler

Daha önce de belirtildiği üzere; Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nden önce düzenlenmiş bulunan; 1980 tarihli “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG-, Viyana

¹⁴⁵ Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (Draft Common Frame of Reference –DCFR–), II. – 1:104: Usages and practices: “(1) The parties to a contract are bound by any **usage** to which they have agreed and by any **practice** they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a **usage** which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties, except where the application of such usage would be **unreasonable**.

(3) This Article applies to other juridical acts with any necessary adaptations.”

Sözleşmesi) ”¹⁴⁶ yalnızca, “taşınır malların satışı” ile ilgili konuları düzenleyen bir hukuki belge olmasına karşın; “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri”, esas olarak, *Türk Borçlar Hukuku’nun genel hükümlerine* benzer konuları ve bu konulara ilişkin temel ilkeleri ele almaktadır. *Viyana Sözleşmesi’nin “Uygulama Alanı ve Genel Hükümler”* başlıklı I.Kısımının, I.Bölümünde düzenlenmiş bulunan, “Uygulama Alanı ”¹⁴⁷ başlıklı 4.maddesine göre; “*Bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler. Antlaşmada aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, özellikle;*

(a) sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği;

(b) sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri düzenlenmemiştir.” Böylece; 4.maddedeki bu hüküm ile; açıkça, “teamüllerin geçerliliği”nin CISG ile düzenlenmediği belirtilmiştir.

Bunun dışında; “teamül ve uygulamalar” ile ilgili asıl önemli hüküm, CISG’in 9.maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre¹⁴⁸; “(1) Taraflar, uygulanmasını **kabul** ettikleri **teamüller** ve aralarında yerleşmiş olan **alışkanlıklarla (uygulamalarla)** bağlıdır.

¹⁴⁶ “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG-; Viyana Sözleşmesi)”, (1980 BM’de kabul/türkiye2009, 2010, yürürlük:1.10.2011): <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm> (e.t.17.11.2016).

¹⁴⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Toker, Ali Gümrah: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005.

¹⁴⁸ “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG-), Article 9: “(1) The parties are bound by any **usage** to which they have agreed and by any **practices** which they have established between themselves. (2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a **usage** of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.”

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların **bildiği veya bilmesi gerektiği** ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdenler tarafından **yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin** sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını **zımnen kabul** ettikleri varsayılır.”

Bu hükme göre; öncelikle, sözleşme özgürlüğü gereği, taraflar aralarında *kabul ettikleri teamüller ve yine aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklar (uygulamalar) ile bağlı olacaklardır (CISG Art.9, f.I). Bunun dışında ise; kararlaştırmadıkları, ancak tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete yaygın olarak bilinen ve düzenli uygulanan teamüller ile de bağlı olacaklar (f.II). Bu ikinci durumdaki teamülleri, zımnen kabul ettikleri varsayılacağı yönünde bir karine getirilmiştir. Milletlerarası ticarete ve buna ilişkin literatürde, taraflar arasındaki yerleşik “uygulamalar (practices)” ve kriterleri açısından genel bir uzlaşma bulunurken; “örf ve âdetler ile teamüller (usages)” için aranan kriterler ve tanımı açısından böyle bir uzlaşma bulunmamaktadır¹⁴⁹.*

Nitekim; CISG 9.maddedeki “*teamül ve uygulamalar*” ile ilgili çeşitli tartışmalar vardır. Bazılarına göre¹⁵⁰; CISG 9.madde, iki teoriye dayanmaktadır: Sübjektif ve objektif teori. “**Sübjektif teori**”ye göre; bu teamüller, yalnızca tarafların onları kararlaştırıp, kabul etmeleri durumunda uygulanır. Böylece; *teamüller*, sözleşmenin bir parçası olarak gözlemlenmektedir. Tarafların bilmediği teamüller, hiçbir zaman uygulanmaz. Sübjektif teorinin karşıtı olan “**objektif teori**”ye göre; eğer, *teamüller* hukukî bir kuralı veya hukukî bir kuralın gücünü temsil ediyorlarsa uygulanabilirler. *Teamüllerin* uygulanması; tarafların niyetlerinden bağımsız olup, *teamüllerin* bağlayıcı

¹⁴⁹ **Graffi**, Leonardo: “Remarks on Trade Usages and Business Practices in International Sales Law”, (Belgrade Law Review, Year LIX (2011) no. 3 pp. 102-123), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi1.html>, (e.t.18.11.2016).

¹⁵⁰ **Bout**, Patrick X.: “Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, http://www.jus.uio.no/pace/trade_usages_article_9_cisg_patrick_x_bout/1.html, (e.t.17.11.2016); ayrıca bkz.: **Pamboukis**, CH.: “The Concept And Function Of Usages In The United Nations Convention On The International Sale Of Goods”, <https://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Pamboukis.pdf>, (e.t.18.11.2016).

gücünün kendisinden ortaya çıkan bir husustur. Objektif teoriye göre; iki tarafın da, bilmediği *teamüller* dahi, uygulanabilecektir¹⁵¹.

Kanaatimizce; CISG 9.maddenin I.fıkrası uyarınca; *sübjektif teori*, II.fıkrasında ise, gerekli unsurların gerçekleşmesi şartı ile de, “*kısmen*” *objektif teori* kabul edilmiştir. Böylelikle; her iki teori bağdaştırılmıştır. Yani; *sözleşme özgürlüğü* gereği, taraflar aralarında *kabul ettikleri teamüller* ve yine aralarında *yerleşmiş olan alışkanlıklar (uygulamalar)* ile bağlı olacaklar (f.I); buna karşın, ancak tarafların *bildiği veya bilmesi gerektiği* ve milletlerarası ticarete yaygın olarak *bilinen ve düzenli uygulanan teamüller* ile de bağlı olacaklar (f.II). Bu ikinci durumdaki *teamülleri*, zımnen kabul ettikleri varsayılacağı yönünde bir *karine* kabul edilmiştir.

d. “Milletlerarası Ticarî Sözleşmeler Hakkında Yeknesak İlkeler”de (Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010 -UNIDROIT-), “Teamül ve Uygulamalar” İle İlgili Hükümler ve Aranan Kriterler

Milletlerarası alanda maddî hukukun yeknesaklaştırılma çalışmaları arasında, önemli bir yer tutan ve Roma’da kurulmuş bulunan UNIDROIT Enstitüsü tarafından, 1971’de bu amaçla alınmış bir karar ile başlayan çalışmalar sonucunda, “*Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri*”¹⁵² 1994 yılında kabul edilerek uygulamaya konulmuştur. *Sözleşmeler Hukuku* (özellikle de, milletlerarası ticarî sözleşmeler) alanında; *sözleşme özgürlüğü* çerçevesinde taraflar, bu İlkeleri sözleşmelerine dahil edebilecekleri gibi; milletlerarası yeknesak hukukun herhangi bir belgesinin yorumlanmasında, *milletlerarası ticarî tahkimde* ve çeşitli millî veya milletlerarası *yasama* çalışmaları açısından da bu İlkeler önem arz etmektedir¹⁵³.

¹⁵¹ **Bout**, Patrick X.: “*Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, http://www.jus.uio.no/pace/trade_usages_article_9_cisg_patrick_x_bout/1.html, (e.t.17.11.2016).

¹⁵² <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>; <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>; <http://www.unilex.info/instrument.cfm?pid=2&do=comment&pos=10>, (e.t.17.11.2016).

¹⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Dayınlarlı**, Kemal: Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Roma 1994), Ankara 2003 (*UNIDROIT Kitap*); **Dayınlarlı**,

UNIDROIT İlkeleri'nin çeşitli maddelerinde; *teamül ve uygulamalar* ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Örneğin; UNIDROIT, “*teamül ve uygulamalar*” ile ilgili temel hüküm niteliğindeki Madde: 1.9 yanında; Madde: 2.1.6, Madde: 4.3, Madde: 5.1.2 gibi hükümlerde de “*teamül ve uygulamalara*” yollama yapılmış; bunlardan söz edilmiştir. Bunlardan; “*Teamüller ve Uygulamalar*” başlığı ile düzenlenmiş bulunan, UNIDROIT Madde: 1.9’a göre¹⁵⁴; “(1) Taraflar **kabul** ettikleri herhangi bir **teamül** ve kendi aralarında **yerleşmiş** bulunan, herhangi bir **uygulama** ile bağlıdırlar.

(2) Taraflar; **geniş çapta bilinen** ve uluslararası ticarete özellikle ilgili ticaret dalında, taraflarca **düzenli** olarak göz önüne alınan bir **teamül** ile (bu *teamülün uygulanmasının makul olmadığı durumlar hariç olmak üzere*) bağlıdırlar.”¹⁵⁵

UNIDROIT Madde:1.9’daki bu hükmün I.fikrasında, *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin* (ASHİ) I.fikrasında olduğu üzere; taraflar, sözleşmede açıkça veya zımnen *kabul ettikleri bir teamül* varsa bu *teamül* ile bağlı olacaktırlar. Bunun dışında; yine, *kendi aralarında tespit ettikleri bir uygulama* varsa, yine aynı şekilde, bu uygulama ile de bağlı olacaktırlar. UNIDROIT Madde 1:9’nin II.fikrasında ise; ASHİ’nin II.fikrasından ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku’ndaki diğer birçok belgeden *kısmen farklı* bir hüküm getirilmiştir. Şöyle ki; II.fikrada, sadece “**makul**” olma kriteri aranmamış, bunun

Kemal: “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri” (*UNIDROIT Makale*), <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmhob/article/view/1019002754/1019002344>; Orak, Cem Çağatay: Milletlerarası Ticari Tahkim Bakımından UNIDROIT İlkeleri”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2004-3/5.pdf> (e.t.30.11.2016).

¹⁵⁴ UNIDROIT, Art.1.9, (Usages and practices): “(1) The parties are bound by any **usage** to which they have agreed and by any **practices** which they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a **usage** that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a **usage** would be **unreasonable**.”

¹⁵⁵ Krş. Dayımlarlı, Kemal: “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri”, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmhob/article/view/1019002754/1019002344>; <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-turkish.pdf> (e.t.17.11.2016).

yerine, *teamüllerin, milletlerarası ticarete (ve özellikle ilgili alanda), geniş ölçüde, yaygın olarak bilinmesi*¹⁵⁶ ve *taraflarca düzenli olarak göz önüne alınması* aranmıştır. Böylece; tarafların kararlaştırmadığı bir *teamülün*, taraflara uygulanabilmesi için; *öncelikle*, bu *teamülün*, milletlerarası ticaretteki *özel ilgili alana* ait olması, *ikinci olarak*, geniş ölçüde tanınan, *bilinen* bir *teamül* olması ve *son olarak da*, “*düzenli*” olarak taraflarca *göz önüne alınan* bir *teamül* olması aranmaktadır. *Sonuç* olarak, böyle bir durumda, artık o *teamülün* taraflar açısından bilinmediği ve bu nedenle uygulanamayacağına yönelik itirazlar ve tartışmalar, artık *iyiniyet ve dürüstlük kurallarına* da aykırı düşebilecektir. Bu nedenle de, UNIDROIT’da kabul edilen bu II.fıkra, özellikle “*hukukî güvenlik*” açısından yerinde ve *ASHİ ile diğer Avrupa Sözleşmeler Hukuku’na* ait diğer hukuki düzenlemelere nazaran, daha açık ve net bir düzenleme olduğu kanaatini taşımaktayız.

e. **“Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler ile Uygulamalar”da (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits -UCP-), “Teamül ve Uygulamalar” İle İlgili Hükümler ve Aranılan Kriterler**

Belgeli akreditif; milletlerarası ticarete önemli ödeme araçlarından birisidir. Belgeli akreditifte; bir banka, malı temsil eden belgeler karşılığında akreditif lehtarına (ki, bu genellikle bir satıcıdır) semeni ödeme yapmayı üzerine alır. Belgeli akreditif esas olarak, üç taraftan oluşur; akreditif amiri, banka ve akreditif lehtarı. Belgeli akreditif, Milletlerarası Ticaret Odası’nın çıkardığı hukukî belgeler, özellikle de, “**Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler ile Uygulamalar (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits -UCP-)**” ya da başka bir deyişle, “Milletlerarası Ticaret Odası’nın Belgeli Akreditif ile İlgili Yeknesak İlkeleri ve Teamülleri” ile düzenleme bulmuştur¹⁵⁷. Bu düzenleme de; milletlerarası ticarete,

¹⁵⁶ Benzer şekilde; fakat “*teamül*” değil de, “*ticari örf ve âdet*” yönünden bir hüküm Türk Ticaret Kanunu’nun 2.maddesinin III.fıkrasında bulunmaktadır. Bu hükme göre: “*Ticari örf ve âdet, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır.*”

¹⁵⁷ **Özdamar**, Demet (Çeliktaş): “*Milletlerarası Ticaret Odası’nın 1983’de Gözden Geçirilen Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak İlkeleri ve Teamülleri Işığında Belgeli Akreditif*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:1990, S. 4, s. 506 vd.

özellikle bankacılık alanında, uzun yıllar süren, *örf ve âdetler ile teamül ve uygulamalara* dayanarak oluşturulmuş, akreditif ile ilgili (akreditif ve ilgili tanımlar, yorumlar, ilgili belgeler ve bunların ibrazı, bankaların yükümlülükleri, konşimento, taşıma ve sigorta belgesi gibi konularla ilgili) kurallardan oluşan bir hukukî düzenleme niteliğindedir. Tarihi açıdan bakıldığında; ticarî hayattaki, belgeli akreditif ile ilgili uygulamalar, Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce -ICC-) tarafından 1933'de *standart* hale getirilerek yayınlanmış ve bundan sonraki yıllar içinde, çeşitli aralıklarla güncellenmiştir. *UCP600* adını taşıyan en son versiyonu ise, *Milletlerarası Ticaret Odası Banka Komisyonu*'nun, Paris'teki 25 Ekim 2006 tarihli toplantısında onaylanmış ve 1 Temmuz 2006'de resmî olarak uygulamaya konulmuştur¹⁵⁸. Bu belgede; “*teamül ve uygulamalar*” için, açıkça ve özellikle kriterler öngören özel hükümler düzenlenmemiş; ancak, bu hukukî belgedeki kuralların bizzat tamamı, milletlerarası ticarete ve özellikle, bankacılık alanındaki örf ve âdetler ile teamül ve uygulamalara dayanmaktadır.

4. Avrupa Sözleşmeler Hukukuna İlişkin Belgelerdeki “*Teamül ve Uygulamalar*” İle İlgili “*Makul Olma Durumu*”

a. Genel Olarak “*Makul Olma Durumu*” Kavramının Anlamı ve Türk Hukuku'ndaki Yeri

“*Makul olma*” veya “*makul olma durumu*”na ilişkin herhangi bir kavram, ulusal hukuklarda pek kullanılmayan veya fazla bir önem taşımayan bir kavramdır¹⁵⁹. Kelime anlamı olarak; *makul şekilde, mantıklı şekilde, akla*

¹⁵⁸ **Graffi**, Leonardo: “Remarks on Trade Usages and Business Practices in International Sales Law”, (Belgrade Law Review, Year LIX (2011) no. 3 pp. 102-123), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi1.html>; ayrıca bkz.: https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Customs_and_Practice_for_Documentary_Credits (e.t.18.11.2016); **Samet**, Mehmet: “*ICC Uniform Customs And Practice For Documentary Credits 2007 Revision ICC'nin Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları 2007 Revizyonu*”, http://mehmetsamet.weebly.com/uploads/1/8/9/3/18931591/ucp600_en_tr.pdf; **Şafak**, Elvan: “Teminat Mektubu ve Teminat Akreditiflerinin Uluslararası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” (Yüksek Lisans Tezi) (İstanbul Bilgi Üni.Sos.Bil. Enst. Ekonomi Hukuku), İstanbul 2010, <http://openaccess.bilgi.edu.tr>, (e.t.16.11.2016).

¹⁵⁹ “*Makul şekilde*” kavramı ile bunun yerine önerilen “*mantıklı şekilde*” veya “*akla uygun*” kavramları hakkında bkz: **Can**, s. 332, dn.744, s. 333 vd.

uygun davranma gibi anlamları olan “*makul olma durumu*”, *Türk Borçlar Hukuku* açısından belki “*iyiniyet ve dürüstlük kuralları*”; *Türk Medenî Hukuku* ve özellikle *Kişiler Hukuku* açısından da, “*ehliyet ve ayırt etme gücü*” ile bağlantı kurulabilecek bir durumu çağrıştırmaktadır. Buna karşın; *Avrupa Sözleşmeler Hukuku*’na ait birçok belgede, “*makul*” ve “*makul olma*” veya “*makul olmama*” durumu karşımıza çıkmaktadır. “*Makul olma*” durumuna ilişkin olarak, çeşitli hukukî düzenlemelere ilişkin olarak aşağıda ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır.

b. “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri”nde (ASHİ), “Makul Olma Durumu” ile ilgili Hükümler

“*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*”nin; “*Teamül ve Uygulamalar*” başlığını taşıyan, 1:105 maddesinde bahsedilen, *makul olup olmama* durumuna¹⁶⁰ ilişkin olarak, Madde 1:302’de bir hüküm getirilmiştir. ASHİ’nin “*Makul Olma*” başlığını taşıyan 1:302 maddesine göre; “*Bu İlkelere göre makul olma; iyiniyetle hareket eden ve taraflar gibi aynı konumda olan kişilerin anladığı şekilde sonuca varmadır. Özellikle, sözleşmenin niteliği ve amacı açısından makul olmanın değerlendirilmesinde; olaya ilişkin hal ve şartlar, ilgili ticarî veya meslekî teamül ve uygulamalar gözönüne alınmalıdır*”¹⁶¹.

“*Makul olma*” durumuna ilişkin olarak; yukarıda (ASHİ Art.1:105’de) olduğu gibi, (kişi ve olaya ilişkin) somut kriterler getirilmiştir. Şöyle ki; “*makul olma durumu*” için öncelikle, “*iyiniyetle*” hareket eden kişilerin anladığı şekilde, olaydan bir anlam çıkarılacaktır. Bu arada; özel olarak da,

¹⁶⁰ “*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ)*” gibi çeşitli hukukî belgelerde; “*Makul olma ve olmama*” terimleri için (sırasıyla İngilizce ve Fransızca karşılıkları şu şekilde kullanılmıştır): “*reasonable/raisonnable*”(makul olma) ve “*unreasonable/désraisonnable*” (makul olmama).

¹⁶¹ **ASHİ, Art. 1:302 (Ex Art. 1.108) – Reasonableness:** “*Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.*”

sözleşmenin niteliği ve amacı, olaya ilişkin hal ve şartlar ile iş konusu alandaki ticarî veya meslekî teamül ve uygulamalar da dikkate alınarak, makul olup olmadığı değerlendirilecektir. “Makul olup olmama”; sadece, teamül ve uygulamalar için değil; birçok konuda, bir çok olayı ve durumu yorumlarken dikkate alınacak bir kriter (ölçüt) olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶².

c. “Ortak Avrupa Satış Hukuku’na İlişkin Tüzük Önerisi’nde”
(Common European Sales Law -CESL), “Makul Olma Durumu”
ile ilgili Hükümler

“Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi’nde (Common European Sales Law -CESL)”; “makul olma” kriterine, (teamül ve uygulamalar ile ilgili) 67.maddedeki genel hükümde yer verilmemiştir. Ancak; CESL’nin, “Genel Prensipler ve Uygulama” Bölümünde, 5.maddede, “Makul Olma Durumu (Reasonableness)” düzenlenmiştir. Bu maddeye göre¹⁶³, “1. Makul olma; sözleşmenin amacı ve niteliği göz önüne alınarak, tacirler ve meslek grupları arasındaki teamül ve uygulamalar ile somut olayın hal ve şartlarına göre, objektif olarak değerlendirilir.

2. Aynı durumdaki bir kişiden, özel bir durumda beklenebilecek bir hareket tarzı, makul olma durumunu ifade eder.”

¹⁶² “Makul olma (reasonable)” veya “makul olmama (unreasonable)” teriminin geçtiği Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’ndeki (ASHİ) diğer bazı maddeler şunlardır: ASHİ Art.1:104, Art.1:105, Art.1:301, Art.2:104, Art.2:202, Art.2:206, Art.2:208, Art.3:203, Art.3:205, Art.3:206, Art.3:209, Art.4:108, Art.4:113, Art.4:115, Art.5:101, Art.6:104, Art.6:105, Art.6:106, Art.6:109; Art.6:111, Art.7:102, Art.7:105, Art.7:109, Art.7:110, Art.8:105, Art.8:106, Art.8:108, Art.9:101, Art.9:102, Art.9:201, Art.9:303, Art.9:309, Art.9:505, Art. 9:506, Art.9:509, Art.10:106, Art.11:303, Art.14:402, Art.15:103, Art.15:104.

¹⁶³ Ortak Avrupa Satış Hukuku’na İlişkin Tüzük Önerisi (Common European Sales Law - CESL), Article 5 Reasonableness: “1. Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of the contract, to the circumstances of the case and to the usages and practices of the trades or professions involved. 2. Any reference to what can be expected of or by a person, or in a particular situation, is a reference to what can reasonably be expected.”

“Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin (ASHİ)” “**Makul Olma**” başlığını taşıyan 1:302 maddesine benzer şekilde; ancak CESL'de; “*makul olma*” durumu değerlendirilirken; *herhangi* bir kişiden ziyade, öncelikle, “*tacir*”ler arasındaki “*teamül ve uygulamalar*” ile *somut olayın* hal ve şartları da göz önüne alınacaktır. CESL'nin 5.maddesinde; (bu maddeyi karşılayan, ASHİ'nin 1:302.maddesinden farklı olarak); “*iyiniyet*” terimi geçmese de, her iki düzenlemenin genel hükümleri içinde (CESL Art.2 ve ASHİ Art.1:201) bulunan ve evrensel bir hukuk ilkesi olan, “*iyiniyet ve dürüstlük kuralı*” herhalde dikkate alınacaktır.

d. “Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı”nda (Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference -DCFR- 2009), “Makul Olma Durumu” ile ilgili Hükümler

“Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference -DCFR- 2009)”, I.Kitabında, “*Makul Olma (Reasonableness)*” başlıklı 1:104. Maddesine göre¹⁶⁴; “**Makul olma; yapılmış olan şeyin amacı ve niteliği göz önüne alınarak, somut olayın hal ve şartlarına göre ve ilgili teamül ve uygulamalara göre, objektif olarak değerlendirilir.**” Görüldüğü gibi; DCFR'de de, “*makul olma*” durumu tespit ederken, “*ilgili teamül ve uygulamalar*” dikkate alınmaktadır. Böylece; bir taraftan, “*teamül ve uygulamaların*” uygulanabilmesi için, “*makul olma*” şartı aranırken, diğer taraftan “*makul olma*”nın tespitinde de, “*teamül ve uygulamalar*” dikkate alınarak, birbiriyle bir “*bağlantı*” yaratılmıştır. “*Makul olma*” kriteri ve bunun tespitinde; Avrupa Sözleşmeler Hukuku'na ilişkin tüm belgelerde yer alan, “*iyiniyet ve dürüstlük kuralına*” da dikkat etmek gerekecektir (DCFR, I.Kitap – 1:103).

¹⁶⁴ **Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (Draft Common Frame of Reference –DCFR-), I.Kitap – 1:104: Reasonableness:** “*Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.*”

e) “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”nda (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG-, Viyana Sözleşmesi'nde), “*Makul Olma Durumu*” ile ilgili Hükümler

CISG'in “*teamül ve uygulamalar*” ile ilgili, 9.maddesi dışında; tarafların iradeleri, beyan ve davranışları yorumlanırken, “*aralarında oluşmuş alışkanlıklar (yani, uygulamalar) ve teamüller*” ve “*makul olma*” ölçütü de göz önüne alınacaktır. CISG 8.maddeye göre; “(1) Bu **Antlaşma-nın amacı** çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın.

(2) Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda ‘**makul bir kişinin**’ aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.

(3) Taraflardan birinin iradesini veya **makul** bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki **sözleşme görüşmeleri**, aralarında oluşmuş **alışkanlıklar**, **teamüller** ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır.”

f) “Milletlerarası Ticarî Sözleşmeler Hakkında Yeknesak İlkeler”de (Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010 -UNIDROIT-), “*Makul Olma Durumu*” ile ilgili Hükümler

UNIDROIT Madde:1.9’un II.fikrasına göre¹⁶⁵; “(2) Taraflar; **geniş çapta bilinen** ve uluslararası ticarete özellikle ilgili ticaret dalında, taraflarca **düzenli** olarak göz önüne alınan bir **teamül** ile (bu teamülün uygulanmasının **makul** olmadığı durumlar hariç olmak üzere) bağlıdırlar”.

¹⁶⁵ UNIDROIT, Art.1.9, (Usages and practices): “(1) The parties are bound by any **usage** to which they have agreed and by any **practices** which they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a **usage** that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a **usage** would be **unreasonable**.”

UNIDROIT Madde 1:9'nin II.fikrasında da; Avrupa Sözleşmeler Hukuku'ndaki birçok belgede (ASHİ, CESL, CISG vs.), aranan “*makul olma*” kriteri bulunmaktadır. Bunun yanında; UNIDROIT, II.fikrasında, **sadece “*makul olma*”** kriteri aranmamış, bunun yanında, ***teamüllerin milletlerarası ticarete (ve özellikle ilgili alanda), geniş ölçüde, yaygın olarak bilinmesi ve taraflarca düzenli olarak göz önüne alınması da*** aranmıştır. Böylece; tarafların kararlaştırmadığı bir teamülün, taraflara uygulanabilmesi için; ***öncelikle*** bu teamülün, milletlerarası ticaretteki özel ***ilgili alana ait*** olması; ***ikinci olarak*** geniş ölçüde tanınan, ***bilinen***¹⁶⁶ bir teamül olması ve ***son olarak da, düzenli*** olarak taraflarca ***göz önüne alınan*** bir teamül olmasının aranması, bu konudaki tereddütleri gidermesi açısından yerinde bir hüküm niteliğindedir.

Sonuç olarak; Avrupa Sözleşmeler Hukuku'na ilişkin düzenlemelerde, “*iyiniyet ve dürüstlük ilkesi*” yanında, yeni bir ilke “*makul olma*” ilkesinin getirilerek, bu ilkenin geliştirildiği görülmektedir. Özellikle, ticarî hayatın gerekleri karşısında, yeni ve nisbeten daha uygun ve daha “*rasyonel (duyguya değil; akla ve mantığa dayanan, akılcı)*” bir davranış kuralı ve böylelikle, “*makul olma ilkesi*” yaratılmıştır.

g. “Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler ile Uygulamalar”da (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits -UCP-), “Makul Olma Durumu” ile ilgili Hükümler

“*Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler ile Uygulamalar*”da (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits -UCP-), “*Makul Olma Durumu*” ile ilgili özel olarak hüküm getirilmemiş; ancak, “*bankacılık standartları*”na¹⁶⁷ uygun işlemlerden; “*Tanımlar*” başlıklı

¹⁶⁶ Benzer şekilde; fakat “*teamül*” değil de, “*ticari örf ve âdet*” yönünden bir hüküm TTK.m.2/3'de bulunmaktadır. Bu hükme göre: “***Ticari örf ve âdet, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır.***”

¹⁶⁷ Ayrıca; “*Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler ile Uygulamalar*”ın (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits -UCP-), 14.maddesinde “*Belgelerin incelenmesine ilişkin standart*” hususu düzenlenmiştir.

2.maddede ve “uygun ibraz” başlıklı 15.madde gibi çeşitli maddelerde de, belgelerin “uygun ibraz”ından bahsedilmiştir. Bununla; akreditifin şartlarına, bu kuralların uygulanabilir hükümlerine ve uluslararası standart bankacılık uygulamasına uygun bir ibraz kastedilmiştir (m.2).

5. Avrupa Sözleşmeler Hukuku'na İlişkin Belgelerdeki “Teamül ve Uygulamalara” Yollama Yapan Diğer Bazı Özel Hükümler

a. “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri”nde (ASHİ), “Teamül ve Uygulamalara” Yollama Yapan Diğer Bazı Özel Hükümler

“Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri”nde (ASHİ) Madde: 1:105'deki hüküm dışında; ayrıca, diğer bazı maddelerde de, “teamül ve uygulamalar”a ilişkin hükümler bulunmaktadır. Örneğin; “Sözleşmenin Yapılış Zamanı”na ilişkin Madde 2:205 (III.fıkırad); “icap (öneri) gereğince; tarafların aralarında bir uygulama veya bir teamül yerleşmiş ise, muhatap, icabı yapana bildirimde bulunmaksızın, bir işlemi yerine getirmek suretiyle icabı kabul edebilir; işlemin ifası başladığında, sözleşme de kurulmuş olur”¹⁶⁸. Yine, “Teamül ve Uygulamalara” ilişkin olarak, “İlgili Hâl ve Şartlar” başlığını taşıyan, ASHİ Madde 5:102/e uyarınca; bu İlkeler'in uygulanacağı bir sözleşmenin yorumlanmasında, (iyiniyet ve dürüstlük kuralları gibi unsurlar yanında), “teamüller”in de (usages) gözönünde tutulması gereği vurgulanmıştır.

b. “Ortak Avrupa Satış Hukuku'na İlişkin Tüzük Önerisi”nde (Common European Sales Law -CESL), “Teamül ve Uygulamalara” Yollama Yapan Diğer Bazı Özel Hükümler

Benzer şekilde; “Ortak Avrupa Satış Hukuku'na İlişkin Tüzük Önerisi”nde (Common European Sales Law -CESL), “teamül ve uygulamalara” ilişkin özel olarak düzenlenen 67.madde yanında ayrıca; “sözleş-

¹⁶⁸ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ), Art. 2:205 (Ex.Art. 5.205) – Time of Conclusion of the Contract: “(3) If by virtue of the offer, of practices which the parties have established between themselves, or of a usage, the offeree may accept the offer by performing an act without notice to the offeror, the contract is concluded when the performance of the act begins.”

menin kurulması anı” (m.35); “yorumu ilişkin hususlar” (m.59), “sözleşme şartları” (m.66), “sözleşmede dolaylı olarak ima edilen (zımnî) şartlar” konularında da, *teamül ve uygulamalardan* bahsedilmektedir.

c. “Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı”nda (Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference –DCFR-), “Teamül ve Uygulamalara” Yollama Yapan Diğer Bazı Özel Hükümler

“Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı”nda (Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference -DCFR- 2009)”, **Madde: 1:104’deki “teamül ve uygulamalar” ile ilgili hükmün dışında; ayrıca, diğer bazı maddelerde de, “teamül ve uygulamalar”a ilişkin hükümler bulunmaktadır. Örneğin; “Sözleşmenin Yapılış Zamanı”na ilişkin (II.Kitap) Madde 4:205 (III.fıkıradan)**¹⁶⁹; “*icap (öneri) gereğince; tarafların aralarında bir uygulama veya bir teamül yerleşmiş ise, muhatap, icabı yapana bildirimde bulunmaksızın, bir işlemi yerine getirmek suretiyle icabı kabul edebilir; işlemin ifası başladığında, sözleşme de kurulmuş olur*”. Bu hüküm, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri Madde 2:205, III.fıkıradaki hüküm ile aynı şekilde düzenlenmiştir. Yine, “Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı”nın (Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference -DCFR-) çeşitli maddelerinde, “Teamül ve Uygulamalar”dan söz edilmektedir. Örneğin; “sözleşmelerin yorumunda” (II.Kitap, Madde 8:102), iyiniyet kuralları yanında, teamül ve uygulamaların da göz önünde tutulacağı düzenlenmiştir. Yine; *sözleşmenin koşullarını belirlerken* (II.Kitap, m.9:101); *sözleşmede bedelin (fiyatın) belirlenememesi* durumunda, bedelin nasıl tespit edileceği (II.K.-Madde 9:104); *malın veya bir şeyin niteliğinin* sözleşmede belirlenememesi durumunda, bunun niteliğini belirlerken (II.K.-Madde 9:108); *sözleşme ile ilgili görüşmelerde kullanılacak dilin* belirlen-

¹⁶⁹ **Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (Draft Common Frame of Reference –DCFR-), II. – 4:205: Time of conclusion of the contract:** “ (3) *If by virtue of the offer, of practices which the parties have established between themselves, or of a usage, the offeree may accept the offer by doing an act without notice to the offeror, the contract is concluded when the offeree begins to do the act.*”

mesine yönelik olarak (II.K.-Madde 9:109); bir borç ile ilgili *terimlerin* tanımlanmasında ve belirlenmesinde (III.K.-Madde 1:102); *sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü* (IV.K.-Madde 1:102) gibi konularda; iyiniyet kuralları yanında, *teamül* ve uygulamaların da göz önünde tutulacağı düzenlenmiştir.

d. “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”nda (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG-, Viyana Sözleşmesi’nde), “Teamül ve Uygulamalara” Yollama Yapan Diğer Bazı Özel Hükümler

CISG’de sözleşmenin kurulmasında, *teamül* ve tarafların arasındaki *alışkanlıklara* (uygulamalara) ilişkin olarak, 18.maddenin (III.fikrasında) şu hüküm getirilmiştir: “(3) Ancak taraflar arasında yerleşmiş **alışkanlıklar**, **teamüller** veya icap nedeniyle, muhatap, icapta bulunana haber vermeksizin malın gönderilmesi veya semenin ödenmesi gibi bir eylem icra etmek suretiyle muvafakatini ifade etmişse, kabul, fıkra 2’de öngörülen müddet içinde yapılmak kaydıyla eylem anından itibaren hüküm doğurur”.

e. “Milletlerarası Ticarî Sözleşmeler Hakkında Yeknesak İlkeler”de (Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010 –UNIDROIT-), “Teamül ve Uygulamalara” Yollama Yapan Diğer Bazı Özel Hükümler

UNIDROIT, “*teamül ve uygulamalar (usages and practices)*” ile ilgili temel hüküm niteliğindeki Madde: 1.9 yanında; “kabülün şekli” ile ilgili Madde: 2.1.6’de, Madde: 4.3, Madde: 5.1.2 gibi hükümlerde de “*teamül ve uygulamalara*” yollama yapılmış; bunlardan söz edilmiştir¹⁷⁰. Bunlardan; “*kabülün şekli (Mode of acceptance)*” ile ilgili Madde 2.1.6’nın III.fikrası uyarınca; taraflar arasındaki bir *uygulama* veya *bir teamül* sonucu, öneride

¹⁷⁰ [http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010-blackletter2010-english.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf); <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>; <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-turkish.pdf>; <http://www.unilex.info/instrument.cfm?pid=2&do=comment&pos=10>, (e.t.17.11.2016).

bulunan kişi, “*kabul*” yolundaki iradesini, bir ifa fiili ile de ortaya koyabilir. Yine; “*İlgili durumlar*” başlıklı Madde 4.3 uyarınca; “*teamül ve uygulamalar*”, tarafların niyeti, beyanların ve diğer davranışların yorumunda da dikkate alınacaktır. Ayrıca Madde 5.1.2’de; “*üstü örtülü borçlar*”ın (sözleşmenin niteliği ve amacı ile dürüstlük ilkesi gibi diğer unsurlar yanında), “*teamül ve uygulamalar*” ile “*makul olma durumundan (reasonableness)*” ortaya çıkabileceği de belirtilmiştir.

f. “Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler ile Uygulamalar”da (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits -UCP-), “Teamül ve Uygulamalara” Yollama Yapan Diğer Bazı Özel Hükümler

Daha önce de belirtildiği üzere; “*Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler ile Uygulamalar*”da (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits -UCP-); “*teamül ve uygulamalar*” için, açıkça ve özellikle kriterler öngören özel hükümler düzenlenmemiş; ancak, bu hukukî belgedeki kuralların bizzat tamamı, milletlerarası ticarete ve özellikle, bankacılık alanındaki örf ve âdetler ile teamül ve uygulamalara dayanmaktadır.

6. “Boşlukların Doldurulması” Açısından “Teamül ve Uygulamalar”ın Yeri

a. Genel Olarak, Türk Medenî Kanunu’nda ve Türk Borçlar Kanunu’nda “Boşlukların Doldurulması” Açısından “Teamül ve Uygulamalar”ın Yeri

Türk Medenî Kanunu’nda ve Türk Borçlar Kanunu’nda; “*örf ve âdetler ile teamül ve uygulamalar*”, yasa tarafından açıkça öngörülen münferit hükümlerin yollama yapması durumunda uygulanırlar. Aşağıdaki konularda ele alınacağı üzere; Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nun birçok maddesinde “*yerel âdetlere*”¹⁷¹ yollama yapılmıştır. Türk Medenî

¹⁷¹ Yarg. 14. HD. T. 2.2.2015, E. 2015/485, K. 2015/1008 (Kazancı): “...*Yöresel bir örf ve âdetin mevcudiyetinden söz edilebilmesi için, o yörenin doğal ve ekonomik koşullarına, toplumun kültür seviyesine, telakkilerine, gelenek ve göreneklerine göre oluşan ve uzun*

Kanunu'nun 1.maddesi uyarınca; “*örf ve âdet hukuku*”nun uygulanması ise, daha önce de belirtildiği üzere, ancak “*kanunda boşluk*”¹⁷² olması durumunda, somut olaya uygulanacak, yazılı bir kuralın (geniş anlamda kanun, kanun hükmünde kararname vs...) olmaması durumunda söz konusu olacaktır.

Bunun yanında, “*örf ve âdet hukuku*” kuralının oluşması için de bazı (*sürekli uygulama, uyma yönünde genel bir kanı, inanç –opinio necessitatis- ve hukukî unsur/yaptırım*) unsurların bulunması gereklidir. Buna karşın; *alêlâde (sıradan) bir örf ve âdet* için bu unsurlarının tamamının (özellikle de, hukukî unsur olan yaptırım kriterinin) bulunmasına veya hepsinin bir arada bulunmasına gerek yoktur. Zira; unsurların tamamının bir arada bulunması halinde; *alêlâde (sıradan) bir “örf ve âdet”*, artık “*örf ve âdet hukuku*” haline gelmiş, bu seviyeye erişmiş olur.

b. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ) ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun Diğer Bazı Belgelerinde “Boşlukların Doldurulması” Açısından “Teamül ve Uygulamalar”ın Yeri

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ) m.1:105 ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku'na ait diğer belgeler açısından ise; “örf ve âdet huku-

süredir devam eden, pek çok kimse tarafından kabul edilen bir durumun söz konusu olması gerekir. Münferit ve devamlı olmayan olaylar örf ve âdetin mevcudiyetini göstermez. Hakim örf ve âdetin tespitinde, yerel bilirkişi ve tanıkların bilgilerinden, gerektiğinde uzman bilirkişi görüşü ve raporundan yararlanacak, hak ve nesafet kuralını göz önünde tutacaktır...Tarafların yaşadığı köyde hayvancılık faaliyetinin yaygın olduğu, genellikle köy halkının hayvan beslediği anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemeye davalının taşınmazına gübre dökmemesinin örf ve âdet gereği davacı açısından katlanılabir bir durum olup olmadığı araştırılmalı, katlanılabir bir durum ise davanın reddine karar verilmeli, aksi halde zararın giderilebilmesi için alınması gereken önlemler belirlenmeli, sonucuna göre bir karar verilmelidir...”

¹⁷² **Yarg. HGK. T. 29.1.2016, E. 2014/101, K. 2016/111** (Kazancı): “6100 Sayılı HMK'nunda davalı veya davacı tarafın sağır ve dilsiz olmaları durumunda yargılama usulu hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. (1086 Sayılı HUMK'nunda da bulunmamaktadır) Medeni Kanun 1.maddesi gereğince “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir”. Buna göre **kanundaki boşluğu** doldurmak hakimin görevidir. Hakim bunu yaparken kanunun benzer maddeleri ya da yürürlükte bulunan diğer kanunlardan kıyas yoluyla faydalanabilir.”

kuna” ilişkin bu unsurlar (*sürekli uygulama, inanç, hukukî unsurlar*) aranmamaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere; *Avrupa Sözleşmeler Hukuku* belgeleri ve düzenlemelerinde yalnızca; *alêlâde (sıradan) teamül ve uygulamalar* açısından hükümler getirilmiştir. Zira; bu hukukî düzenlemelerin uygulama alanı, genellikle uluslararası ticaretteki sözleşmeler olmaktadır. Çeşitli ülkelerdeki *örf ve âdetler* ile bunlara ilişkin *örf ve âdet hukuku* çok farklı olabileceğinden dolayı, her konuda, *yeknesak* bir *örf ve âdet hukukunun* varlığından söz edilemeyecektir. Yine; birçok ülkedeki, çeşitli örf ve âdetlere, tüm milletlerce uyma yönünde bir *inanış ve hukukî bir bağlayıcılığın* (yaptırımın) getirilmesinden de söz edilemeyecektir. Bu nedenlerle; *Avrupa Sözleşmeler Hukuku’na* ait (ASHİ, CESL gibi) hukukî belgelerde, “*örf ve âdet hukuku*” yerine, “*örf ve âdet ile teamül ve uygulamalar*”dan bahsedilmektedir. Bu hukukî belgelerde **boşluk olması** durumunda ise; yine, (ASHİ m.1:106’da olduğu gibi) bu düzenlemelerdeki *İlkelerin esinlendiği fıkirlere* göre; bu şekilde de bir çözüm bulunamaması durumunda, *milletlerarası özel hukuk* kurallarının tayin ettiği *hukuk sistemi* uygulanacak ve boşlukların doldurulması söz konusu olabilecektir.

“Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi’nin (Common European Sales Law -CESL)” 68.maddesinde¹⁷³ ise; sadece, sözleşme şartları açısından (sözleşmede bir koşul bulunmaması durumunda), ne olacağı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; sözleşmede taraflarca düzenlenmesi gereken bir konuda, sözleşmede açıkça bir düzenleme yoksa, yine

¹⁷³ **Ortak Avrupa Satış Hukuku’na İlişkin Tüzük Önerisi (Common European Sales Law - CESL), Article 68 Contract terms which may be implied:** “1. Where it is necessary to provide for a matter which is not explicitly regulated by the agreement of the parties, any **usage or practice** or any rule of the Common European Sales Law, an additional contract term may be implied, having regard in particular to:

(a) the nature and purpose of the contract;

(b) the circumstances in which the contract was concluded; and

(c) **good faith and fair dealing.**

2. Any contract term implied under paragraph 1 is, as far as possible, to be such as to give effect to what the parties would probably have agreed, had they provided for the matter.

3. Paragraph 1 does not apply if the parties have deliberately left a matter unregulated, accepting that one or other party would bear the risk.”

bu konuda bir *teamül ve uygulama* veya CESL'de bir *kural* yoksa; sözleşmenin niteliği ve amacı, sözleşmenin kurulduğu sıradaki *hal ve şartlar* ile iyiniyet ve dürüstlük kuralları göz önüne alınarak, *ek bir sözleşme şartı* (dolaylı olarak) öngörülebilir. Ancak; taraflar, *bilinçli* olarak (kasten), bir hususu düzenlenmemişlerse, o zaman böyle bir hüküm uygulanmaz. Bunu kabul eden bir taraf veya diğer taraf, durumun *riskini* üstlenmiş olur. Ancak; bu riskin ne olacağı konusunda açık bir hüküm getirilmemiştir.

“Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”nda (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG-, Viyana Sözleşmesi); bu Antlaşmanın yorumuna ve düzenlenmemiş konulara ilişkin olarak, 7.maddesi uyarınca: *“(1) Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.*

(2) Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir”. Böylece; Antlaşma'da bir boşluk olması durumunda, genel ilkelere göre veya burada da bir çözüm bulunamaması durumunda, milletlerarası hukuk kurallarının öngördüğü hukuka göre bir çözüm aranacaktır.

IV. TÜRK BORÇLAR HUKUKU'NDA “ÖRF VE ADETLER”, “ÖRF VE ÂDET HUKUKU” İLE “TEAMÜL VE UYGULAMALAR”IN YERİ VE ÖNEMİ

A. Genel Olarak

Türk Hukuku'na gelince; “Örf ve âdetler”; “örf ve âdet hukuku” ile “*teamül ve uygulamalara*” ilişkin, 6098 Sayılı **Türk Borçlar Kanunu'nda** “*doğrudan doğruya ve genel nitelikte*” bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşın; 4721 Sayılı **Türk Medeni Kanunu'nun**, “*Hukukun uygulanması ve kaynakları*” başlığını taşıyan Türk Medeni Kanunu'nun 1.maddesinin II.fıkrasında, “*örf ve âdet hukuku*”na yer verilmiştir. Buna göre; “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona*

göre karar verir.”Böylece hâkim öncelikle, “kanunu” yani, geniş anlamda yazılı hukuk kurallarını (kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, uluslararası sözleşmeleri ve diğer bütün yazılı hukuk kurallarını) uygulayacak; bunlarda bir hüküm yoksa, “örf ve âdet hukukunu” yani, yazılı olmayan hukuk kurallarını uygulayacaktır. Eğer; örf ve âdet hukuku da yoksa, o zaman hâkim kendisi hukuk yaratacaktır. Bu hüküm; (TTK.m.1, m.2 gibi) *istisnâ* bazı durumlar dışında, tüm özel hukuk ilişkilerinde ve özellikle Türk Borçlar Hukuku alanında da geçerli olan bir hükümdür.

Türk Medenî Kanunu’nun 1.maddesinin II.fıkrası uyarınca “kanun boşluğunu doldurmak” için başvurulacak, örf ve âdet hukuku kuralı için belli şartlar (süreklilik, genel inanış, devlet desteği)¹⁷⁴ aranırken; “kural (hüküm) içi boşluğu doldurmak” için, kanunun *alelâde (sıradan) bir âdete* (mahalli örfe, geleneğe) yollama yaptığı durumlarda; (örneğin TMK.m. 367/I, m.650/II, m.653/II, m.737/II, m.684/II, m.685/II, m.686/II; TBK.m.177/II, m.207/II, m.211/I gibi) *alelâde (sıradan) bir örf ve âdetten* bahsedebilmek

¹⁷⁴ **Yarg. 4. HD. T. 16.4.2015, E. 2014/8881, K. 2015/4867** (Kazancı): “Davacılar, babaları... vefat ettiğini, ... davalı kardeşin ise makul süre içinde ölümü davacı kardeşlere haber vermediğini ve aynı gün defin işlemini gerçekleştirdiğini, ... ileri sürerek uğradıkları manevi zararın ödetilmesini istemişlerdir...Davalı, ... davacıların babalarıyla sağlığında ve hastalığında ilgilenmediklerini, ... davanın reddini savunmuştur...**Örf ve âdet** kuralları, belli olay ve ilişkilerde toplumun bireylerince belli bir biçimdeki davranışın tekrarlanması ile meydana gelirler. Dolayısıyla, bir **örf ve âdet kuralının** oluşabilmesi bu kuralın **uzun süre uygulanması** ile mümkün olabilir (**maddi unsur**). Ayrıca, bu kurala **uymak konusunda toplumda ortak bir inancın (psikolojik unsur)** ve bu kurala uyulmaması durumunda bir **yaptırım** ile karşılaşılacağı konusunda bir kabulün olması (**hukukilik unsuru**) gerekir. Bunlar, kanunlarda olduğunun aksine yetkili bir otoritenin bilinçli bir işlemiyle vücut bulmazlar. **Örf ve âdet** yazılı olmayıp, toplumsal vicdanda yaşamaktadır. Bu unsurlara ilaveten, **örf ve âdetin** kanuna uygun olması gerektiği ileri sürülmekte ise de, bu koşul ancak aynı konuyu düzenleyen bir kanuni düzenlemenin bulunması halinde geçerli olabilecektir. Bu bağlamda, toplumumuzda ölen bir kişinin şehir dışında bulunan yakınlarına en kısa süre içerisinde ölümün haber verilmesi ve cenaze merasimine katılmak isteyen yakınlarının ulaşabilmesi için defin işleminin makul bir süre bekletilmesi hususunda uzun yıllardır oluşan ve süregelen bir **örf ve âdet** vardır. Somut olayda da; davalının, babalarının ölümünü definden önce bizzat davacılar haber vermesi gerektiği hususunda, **örf ve âdet** anlamında bir yükümlülüğü var ise de, davalının bu davranışı sadece toplum içerisinde hoş karşılanmayacak bir davranış olup, manevi tazminat ile sorumlu tutulmasını gerektirmez.”

için bir bölgede devamlı uygulama haline gelen, genel bir örfün (âdetin, geleneğin, teamülün) varlığı yeterlidir. Kanunun; *kural (hüküm) içi boşluk* durumunda yaptığı yollama¹⁷⁵ ile, *alêlâde (sıradan) örf ve âdet (geleneğe, teamül)*, “*dolaylı olarak*” kanunun bir kuralı haline gelmektedir¹⁷⁶.

4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nda, 1.maddede düzenlenmiş bulunan “*örf ve âdet hukuku*” ile ilgili hüküm dışında; çeşitli maddelerde genel olarak, “*âdet*” veya “*yerel âdet*”ten¹⁷⁷ söz edilmektedir. Az da olsa; “*teamül*” terimi de kullanılmıştır. Bunlardan başlıcaları şunlardır: TMK. m.1, 367, 565, 618, 685 (*âdet*), 650, 653, 684, 686, 730, 737, 748, 751, 760, 789, 815 (*yerel âdetler*), 675 (*geleneğe uygun giderler*). Buna karşın; Yargıtay'ın çeşitli kararlarında, “*teamül*”¹⁷⁸ terimine yer verildiği görülmektedir¹⁷⁹.

¹⁷⁵ “*Kanun koyucu'nun örf ve âdete yollama yaptığı hallerde, örf ve âdetin bir hukuk kuralı haline getirildiği şüphesizdir*”: Öztan, s. 144.

¹⁷⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 47; 108 vd.

¹⁷⁷ **Yarg. HGK. T. 20.4.1994, E. 1993/2-964, K. 1994/219** (Kazancı): “*Evlenme nedeniyle kadına aileler ve yakınlarınca takılan ziynet eşyaları, ülke gerçekleri ve yöresel geleneklere göre bir yerde kadının geleceğinin güvencesidir. Bu nedendir ki kadının oluşan şartlar altında müşterek evi terk ederken geleceğinin güvencesi olan ziynet eşyalarını, beraberinde götürdüğünün kabulü gerekir. Ancak, kadının müşterek yuvadan ayrılışı, iradesi dışında cebir ve şiddete maruz kalması sonucu veya takıları düşünmesinin, olayların doğal akışı içerisinde kendisinden beklenemeyecek derecede açık bulunan bir sebeple gerçekleşmesi halinde, önceki kabulün bir istisnası olduğu kuşkusuzdur.*”

¹⁷⁸ **Yarg. HGK. T. 9.3.2016, E. 2015/101, K. 2016/301** (Kazancı): “*...4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 715. maddesinde, sahihsiz yerler ile yararı kamuya ait malların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerlerin ve bunlardan çıkan kaynakların hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamayacağı düzenlenmiştir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre de akarsular, nehirler, ırmaklar, çaylar kişisel mülkiyetin dışında bırakılmıştır. Bunlar üzerindeki kadim haklar ve teamüller saklı tutulmaktadır...*”

¹⁷⁹ **Yarg. HGK. T. 8.9.1971, E. 1970/8-619, K. 1971/486** (Kazancı): “*(Örf ve adete göre zilyetliğin devri • Kafkasya'da halk arasındaki teamüle göre, 9 senede bir köyün bütün toprağı hamur edilip nüfus sayısına göre ailelere taksim edilir. En son yapılan taksimde tarla davalılara verildiğine, akdın ahlâka ve adaba aykırı bir yönü bulunmadığına göre örf ve âdete göre iktisap edilen zilyetlik muteber olup, bu*

B. “Teamül ve Uygulamalar” İle İlgili Kuralların Türk Borçlar Hukuku’ndaki Yeri ve Buna İlişkin Örnekler

6098 Sayılı **Türk Borçlar Kanunu**’nda genel olarak, “âdet” veya “yerel âdet”ten söz edilmektedir¹⁸⁰. Türk Borçlar Kanunu’nda az da olsa; “teamül” terimi de kullanılmıştır. Bunlardan başlıcaları şunlardır: TBK. m.15, 96, 129, 177, 207, 211, 232, 233 (*ticari teamüller*), 329, 341, 357, 368, 376, 377, 378, 413, 416, (*yerel âdet*), 406, 471, 539 (*âdet*) vs... Türk Borçlar Kanunu’nun bu hükümleri yanında; bazı Yargıtay kararlarında da, “teamül ve fiili uygulamalardan” bahsedilmiş; buna göre, taraflar arasındaki bir teamül veya fiili bir uygulamanın oluşup oluşmadığı ve bu durumun “hakkın kötüye kullanılması” niteliğinde olup olmadığı; dolayısıyla dürüstlük kuralları açısından da bir değerlendirme yapılmıştır¹⁸¹.

zilyetliğin devri de muteberdir...Özel daire ile mahkeme arasındaki uyumsuzluk; Tapusuz taşınmaz malın hakiki zilyetlerinin kimler olduğu ve Selâmet’in tek başına yaptığı tasarrufun hukukî değeri ve bunun hissesinin davaya dahil olup olmadığı konularındadır. Davalı tanığı İlyas Dereli; Dere Köyü halkı Kafkasya’dan gelme oldukları için aralarındaki teamüle göre 9 senede bir köyün bütün toprağının hamur edilip nüfus sayısına göre ailelere taksim edildiğini, Mizalova mevki nızalı tarlanın en son yapılan 1341 taksiminde davalıların babaları İlyas, anaları Selâmet ile bunların çocuklarına verildiğini bildirmiş, diğer tanıklar (Kafkas usulü) taksimi teyit etmişlerse de münazaalı yerin kimlere verildiğinde ittifak edememişlerdir. 2.9.1964 günlü, usulünce tanzim edilen senet muhtevasına göre, hissedarlardan Selâmet Aydemir tarlayı davacıya sattığını, zilyetliğini, devir ettiğini bildirmesine, tanık beyanlarının bu ciheti teyit etmesine, yapılan akdın ahlâka ve adâba aykırı bir yönü olmamasına göre Selâmet hissesinin satışı geçerlidir...”

¹⁸⁰ **Yarg. 15. HD. T. 10.5.2016, E. 2015/5619, K. 2016/2683** (Kazancı): “...Sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereğince sözleşme ancak tarafları hakkında hüküm ifade eder ve sözleşmenin tarafı olmayanlar bu sözleşmeye dayanarak bir edimin ifasını isteyemezler. Genel kural bu olmakla birlikte hukukumuzda bu ilkeye getirilmiş istisnaları içeren kurallar da bulunmaktadır. Bunlardan birisi de 818 Sayılı BK’nın 111. (TBK.m.129) maddesinde düzenlenen başkası lehine şart hükümleridir. Buna göre taraflar sözleşmede, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi yararına bir şart taraflarca kararlaştırılabilir. Bu şart ile sözleşmenin tarafı, sözleşmeye taraf olmayan kişi yararına bir edimi yerine getirmeyi üstlenir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya **örf ve âdete** uygun düşüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler...”

¹⁸¹ **Yarg. HGK. T. 3.6.2009, E. 2009/13-171, K. 2009/228** (Kazancı): “**Teamül ve fiili uygulama** (Sözleşmede Kararlaştırıldan Başka Bir Tarihte Ödeme Yapılması Yolunda

C. Türk Özel Hukuku'nda “Örf ve Âdetler ile Teamül ve Uygulamalara” İlişkin Diğer Bazı Örnekler

Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu dışında; Türk Özel Hukuku'nda, “*teamül ve uygulamalar*” ile ilgili diğer bazı hükümlere örnek olarak şunlar verilebilir:

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un, “*Satıştan kaçınma*” başlıklı 6.maddesinin, III.fıkrasına göre; “(3) *Ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya âdet ya da haklı bir sebep yoksa; bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz.*”

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise; “*örf ve âdetler*” ile ilgili durum farklıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun “*uygulama alanı*” ile ilgili olarak, “I - Ticari hükümler” başlığını taşıyan 1.maddesinin II.fıkrasına göre; “(2) *Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.*” Bunun dışında; Türk Ticaret Kanunu'nun “II - Ticari örf ve âdet” başlığını taşıyan, 2.maddesine göre; “(1) *Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır.*”

Taraflar Arasında Oluştununun Kabulü Kira Paralarının Uzun Bir Süre Her Ayın Belli Bir Gününde Muntazam Şekilde Ödenmesi Gerekliği): Dava, menfi tespit istemidir. Sözleşmede kararlaştırıldan başka bir tarihte ödeme yapılması yolunda taraflar arasında teamül veya fiili uygulama oluştuğunun kabul edilebilmesi için, kira paralarının uzun bir süre, her ayın belli bir gününde muntazam şekilde ödenmesinin gerekir. Kira paralarının, ilişkin oldukları ayların belli bir gününde düzenli olarak değil, farklı tarihlerde, düzensiz bir şekilde ödendiklerinin dosya kapsamından açıkça anlaşılması karşısında, somut olayda böylesi bir teamülden veya fiili uygulamadan söz edilmesi mümkün değildir. O halde, kira parasının, sözleşmedeki açık hükme aykırı olarak ödenmesi nedeniyle, kira döneminin sonu kadarki kira paralarının muaccel hale gelmiş olduğunun kabulü gerekir. Davalı kiralayanın muaccel bu kira paralarının tahsili istemiyle icra takibi yapmasının hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımasına göre, Yerel Mahkemenin davanın reddine ilişkin kararı yerindedir.”

(2) Bir bölgeye veya bir ticaret dalına özgü **ticari örf ve âdetler** genel olanlara üstün tutulur. İlgililer aynı bölgede değillerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe, **ifa** yerindeki **ticari örf ve âdet** uygulanır.

(3) **Ticari örf ve âdet**, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından **bilindiği veya bilinmesi gerektiği** takdirde uygulanır.”

Türk Medenî Kanunu'na göre; somut bir olayda; “kanun boşluğu” ile karşılaşan hâkim, bu boşluğu doldurmak için, **örf ve âdet hukukuna** başvurmak zorundadır (TMK.m.1/II). Ancak; **ticarî örf ve âdet**; söz konusu kurallar, genel nitelik taşıyan Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu hükümlerinden önce gelir. Bununla birlikte; **tacir** sıfatını taşımayanlar hakkında, “**ticarî örf ve âdet**”in uygulanabilmesi, onlar tarafından “**bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi**” koşuluna bağlıdır (TTK.m.2/III). Bunun dışında; “**teamüller**” ise, sadece irade beyanlarının “**yorumunda**”¹⁸² dikkate alınırlar (TTK.m.2/II).

Örf ve âdetler ile **teamül ve uygulamalara** ilişkin olarak; Türk Ticaret Kanunu'ndaki (m.1 ve m.2'deki) temel ve genel nitelikteki hükümler yanında, diğer bazı maddelerde de, **örf ve âdetler** ile **ticarî uygulamalar** ile ilgili hükümler öngörülmüştür. Örneğin; “**haksız rekabet**” ile ilgili Türk Ticaret Kanunu'nun 54.maddenin II.fikrasında; “**Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygula-**

¹⁸² Yazılı olmayan hukuk kurallarının; iradenin yorumunda esas alınacağı ilkesi, sadece Türk Ticaret Kanunu açısından değil; Türk Medenî Kanunu açısından da geçerlidir. **Yarg. 1. HD. T. 20.9.2016, E. 2014/10877, K. 2016/8391** (Kazancı): “*Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil olmazsa tazminat isteğine ilişkindir. Bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun için de ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, mirasbırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alım gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır...*”

malar haksız ve hukuka aykırıdır". Bunun dışında; 55.maddede "**II – Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar**" konusu düzenlenmiş ve bu konuda çeşitli örnekler verilmiştir. Yine, "*kırkambar sözleşmesi*" ile ilgili, 1176.maddesinin II.fikrasına göre; "(2) 1174 üncü madde hükmü kırkambar sözleşmelerine de uygulanır. Bu maddeye göre taşıtana yapılması gereken bildirim **yerel âdete** göre ilan yoluyla olur". Ticarî sözleşmeler¹⁸³ ile yargılama hukuku¹⁸⁴ alanında, "*teamül ve uygulamalar*" ile ilgili terimlere daha fazla rastlanmaktadır.

¹⁸³ **Yarg. HGK. T. 10.6.2015, E. 2013/19-2366, K. 2015/1533** (Kazancı): "*Dava; vade farkı faturalarına dayalı olarak girilen icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Vade farkı istenebilmesi için, yanlar arasında bu yönde yazılı bir sözleşmenin ya da bu doğrultuda oluşmuş bir **teamülün** bulunması şarttır. Yargıtay uygulamasına göre, **teamülün** mevcut olduğunun kabulü için en az iki ya da daha fazla vade farkı faturasının davalı tarafta itirazsız ödenmiş olması gerekmektedir. Taraf delilleri tam olarak toplanmadan eksik inceleme ve araştırmayla sonuca gidildiği anlaşılmaktadır...*"

¹⁸⁴ **Yarg. HGK. T. 10.4.1974, E. 1969/3-592, K. 1974/368** (Kazancı): "*Usulün 293/4. maddesi hükmü sonucu olarak bir bölgede, halin gereklerince ve tarafların durumlarına göre herhangi bir hukuki işlemin devamlı olarak senede bağlanmamasının **adet** haline gelmesi ve bu hususun zamanla herkesçe uylumak suretiyle kararlı bir nitelik kazanır bulunması, aynı zamanda kamu oyu tarafından bu **teamüle** inanılmış olması halinde tanık dinlenebilir.*"; **Yarg. HGK. T. 19.10.2011, E. 2011/12-549, K. 2011/644** (Kazancı): "*Dava, kambiyo senetlerine mahsus yolla yapılan icra takibinde borca ve imzaya itiraz, takibin iptali ve tazminat istemine ilişkindir. Vekaletin şümülünü düzenleyen 818 Sayılı B.K. 'nun 388.maddesi hükmü amir hüküm olmayıp, her zaman için aksi belirli koşulların varlığı ile uygulanabilir; bu hüküm daha çok temsil edilen ile işlem yapan arasındaki ilişkide söz konusu olur ve örneğin kambiyo senedi şirket adına yetkili olmayan kişi tarafından düzenlendiğinde, şirket yetkilisinin bu işlemi kabul etmesi halinde 388.maddedeki koşullar artık aranmaz; bu şekilde işlem yapıp, şirket yetkilisi tarafından buna ses çıkarılmamış, daha önce de **bu tür işlemler yapıla gelmiş ve teamül** halini almışsa burada da zımnî kabulün varlığı söz konusu olur ki, bu durumda da adına işlem yapılan şirketin sorumluluğunun kabulü gerekir. Sonuç itibariyle; yukarıda açıklanan hukuksal dayanaklar yanında, somut olayda, şirket yetkilisinin babasının daha önce de şirket adına kambiyo senedi tanzim ettiği, bunu yetkili bulunan oğlunun sözlü yetkilendirmesi ile yaptığı, bu yetkinin verildiği hususunda da **şirket yetkilisinin** kabulünün bulunduğu hususlarının diğer dava dosyaları ve kesinleşen karar kapsamı ile sabit olduğu, eldeki davaya konu çekin de bu şekilde düzenlendiği, artık taraflar arasında **teamül** haline gelen bu uygulamanın üçüncü kişiler karşısında şirketi bağlayacağı, bu sebeple davacı borçlu şirketin davasının reddine ilişkin mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğu kabul edilmiştir.*"

SONUÇ

Yazılı olmayan hukuk kurallarına (*örf ve âdetler, örf ve âdet hukuku ile teamül ve uygulamalara*) ilişkin konular; *Avrupa Sözleşmeler Hukuku* ile ilgili birçok belgede, *Avrupa Ortak Hukuk anlayışını* yansıtır şekilde, birbirine oldukça benzer şekilde düzenlenmiştir. *Avrupa Sözleşmeler Hukuku* ile ilgili bu düzenlemelerin başında; *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (The Principles of European Contract Law -PECL-)*; *Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi (Common European Sales Law -CESL-2011)*; *Avrupa Özel Hukuku Model Kuralları, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference -DCFR- 2009)*; *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG-, Viyana Sözleşmesi)*; *Milletlerarası Ticarî Sözleşmeler Hakkında Yeknesak İlkeler (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 -UNIDROIT-)*; *Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler ile Uygulamalar (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits -UCP-)* gibi hukukî belgeler yer almaktadır. Bu belgeler sadece Avrupa Birliği'ne üye ülkeler açısından değil; özellikle *sözleşme özgürlüğünün* egemen olduğu tüm dünya ticaretinde, *milletlerarası ticarî sözleşmeler* ile bunların yorumu; *milletlerarası ticarî tahkim*, milli ve milletlerarası *yasama* çalışmaları açısından da önem taşımaktadır.

Yazılı olmayan hukuk kuralları için, gerek Türk Hukuku'nda, gerekse yabancı hukukta ve yabancı dillerde (örneğin; *İngilizce, Fransızca ve Almanca'da*) çeşitli terimler kullanılmaktadır. Hatta; Türk Hukuku'nda, zaman zaman bu terimlerin *geniş anlamda* esas alınarak; birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Yazılı olmayan hukuk kurallarına ait bu terimlerden; *“örf ve âdet”* terimi için, (İngilizce'de) *“custom”*, (Fransızca'da) *“l'usage”* veya *“la coutume”*, (Almanca'da) *“üblich* (alışılmış, olağan) veya *der Gebrauch”* terimleri kullanılmıştır. *“Örf ve âdet hukuku”* terimi yerine ise; (İngilizce'de) *“customary law”* (örf ve âdet hukuku), (Fransızca'da) *“le droit coutumier”*, (Almanca'da) *“das Gewohnheitsrecht”* terimleri kullanılmaktadır. *“Alelâde örf ve âdetler ile teamül ve uygulamalar”* terimleri için de; (İngilizce'de) *“usages and*

practices”, (Fransızca’da) **“les usages et les practices**”, (Almanca’da) **“der Brauch, der Ortsgebrauch (yerel âdet) und die Übungen**” terimleri kullanılmaktadır.

Ancak; tüm *Modern Hukuk Sistemlerinde*, bir *“örf ve âdet hukuku”* kuralının varlığının kabul edilmesi açısından (olağan, alêde, sıradan örf ve âdetler ile teamül ve uygulamalar ile karşılaştırıldığında), sıkı bazı (sürek- lilik, genel inanış ve hukukî unsur gibi) unsurlarının varlığı aranmakta olup; örf ve âdet hukuku kurallarının bağlayıcılığı ve üstünlüğü tartışmasız kabul edilmektedir. *Örf ve âdet hukuku* yanında; tam anlamıyla *örf ve âdet hukuku* niteliği kazanmamış; yani, yukarıda bahsedilen *“süreklilik”, “genel inanış”* ve *“Devlet desteği (yaptırım)”* unsurlarından, birisini veya bir kaçını taşıma- yan, **“örf ve âdetler ile teamül ve uygulamalar”** da (*usage and practices; l’usage et practices; der Brauch und die Übungen*) hukuk alanında; özellikle milletlerarası ticarî sözleşmeler alanında etkili olabilirler.

Avrupa Sözleşmeler Hukuku’na ait (*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri -ASHÍ-, UNIDROIT, Ortak Avrupa Satış Hukukuna İlişkin Tüzük Önerisi -CESL-, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması -CISG-, Viyana Sözleşmesi gibi*) belgelerdeki **“usages and practices”** terimleri ise; kelime anlamı olarak **“teamül ve uygulamaları”** ifade etse de; *“geniş anlamda”*, tüm *“örf ve âdetler”, “örf ve âdet hukuku”* ile *“teamül ve uygulamaları”* kapsar şekilde kullanılmak- tadır. Ancak; özellikle milletlerarası ticarete yönelik bu belgelerde, örf ve âdetler ile teamül ve uygulamaların önem kazanması ve uygulanması için, (*sübjektif ve objektif kriterler*, özellikle **makul olma** gibi) *başkaca kriterler* de esas alınmaktadır. Avrupa Sözleşmeler Hukukuna ilişkin belgelerde, *“teamül ve uygulamalar”* ile ilgili genel olarak aranan ve birbirine az çok benzeyen, bu ortak nitelikteki (*sübjektif ve objektif*) *kriterler* şunlardır: **Sübjektif kriterler**; tarafların *kabul ettikleri teamül ve aralarında yerleşmiş bulunan uygulamalar* ile bağlı olmasıdır. **Objektif kriterler ise**; tarafların *aynı durumdaki bütün kişilere (özellikle, tacirlere) uygulanabilir teamüllerle* bağlı olması ve bu *teamüllerin makul* olmasıdır.

“Makul olma” veya **“makul olma durumu”**na ilişkin **kriter**; *Avrupa Sözleşmeler Hukuku’na* ait birçok belgede bulunmaktadır. Bu kavram; ulusal hukuklarda, pek kullanılmayan veya fazla bir önem taşımayan bir kavramdır. Kelime anlamı olarak; *makul şekilde, mantıklı şekilde, akla uygun davranma*

gibi anlamları olan “*makul olma*” durumuna ilişkin olarak, (kişi ve olaya ilişkin) somut kriterler getirilmiştir (ASHİ Art.1:105). Şöyle ki; “*makul olma durumu*” için öncelikle, “*iyiniyetle*” hareket eden kişilerin anladığı şekilde, olaydan bir anlam çıkarılacaktır. Bu arada; özel olarak da, sözleşmenin niteliği ve amacı, olaya ilişkin hal ve şartlar ile iş konusu alandaki ticarî veya meslekî teamül ve uygulamalar da dikkate alınarak, *makul olup olmadığı* değerlendirilecektir. “*Makul olup olmama*”; sadece, *teamül ve uygulamalar* için değil; bir çok konuda, bir çok olayı ve durumu yorumlarken dikkate alınacak bir kriter (ölçüt) olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece; *Avrupa Sözleşmeler Hukuku*'na ilişkin düzenlemelerde, “*iyiniyet ve dürüstlük ilkesi*” yanında, yeni bir ilke olarak “*makul olma ilkesinin*” getirilerek, geliştirildiği görülmektedir. Özellikle, ticarî hayatın gerekleri karşısında, yeni ve nisbeten daha uygun ve daha *rasyonel* (duyguya değil; akla ve mantığa dayanan, akılcı) bir davranış kuralı ve böylelikle, “*makul olma ilkesi*” yaratılmıştır.

Türk Hukuku'na gelince; “*teamül ve uygulamalar*” ile ilgili olarak, 6098 Sayılı **Türk Borçlar Kanunu'nda** “*doğrudan doğruya ve genel nitelikte*” bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yazılı olmayan hukuk kurallarına (*örf ve âdet hukukuna* ilişkin) temel kural, 4721 Sayılı **Türk Medeni Kanunu'nun** 1.maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; hâkim öncelikle, “*kanunu*” yani, geniş anlamda yazılı hukuk kurallarını (kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, uluslararası sözleşmeleri ve diğer bütün yazılı hukuk kurallarını) uygulayacak; bunlarda bir hüküm yoksa, “*örf ve âdet hukukunu*” yani, yazılı olmayan hukuk kurallarını uygulayacaktır. Eğer; *örf ve âdet hukuku* da yoksa, o zaman hâkim kendisi hukuk yaratacaktır. Buna karşın; *ticarî örf ve âdette*; söz konusu kurallar, genel nitelik taşıyan Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu hükümlerinden önce gelir (TTK.m.1/II). Bununla birlikte; *tacir* sıfatını taşımayanlar hakkında, “*ticarî örf ve âdet*”in uygulanabilmesi, onlar tarafından “*bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi*” koşuluna bağlıdır (TTK.m.2/III). Bunun dışında; “*teamüller*” ise, sadece irade beyanlarının “*yorumunda*” dikkate alınırlar (TTK.m.2/II).

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde “*teamül ve uygulamalara*” ilişkin özel bir hükme yer verilmesinin en önemli nedenlerinden birisi; *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin*, uluslararası ticarete yönelik ortak

ilkeleri esas alması yanında; (bu konuda çeşitli çalışmalar olsa dahi), henüz kabul edilmiş, “*ortak*” bir *Avrupa Medenî Kanunu'nun* olmamasıdır. Buna karşın; *Türk Medenî Kanunu'nun* 1.maddesindeki *örf ve âdet hukukuna* ilişkin hüküm, *Türk Borçlar Hukuku* alanında da geçerli, temel bir hükümdür. Böylece; *Türk Borçlar Hukuku* alanında, ayrıca genel bir düzenleme yapmaya gerek kalmamıştır.

Türk Hukuku'nda; özellikle de, *Türk Medenî Hukuku'nda* ve *Türk Borçlar Hukuku* açısından, *olağan örf ve âdetler* ile *teamüller ile uygulamalar (usages and practices)*; “*örf ve âdet hukuku*”nun, yasa boşluklarını “*doldurucu*” ve “*düzeltilici*” gücüne sahip değildir. Bunlar; belirli bir meslek çevresinde veya yörede uyulagelen davranış kuralları anlamına gelirler. Sadece; irade beyanlarının yorumunda, tamamlanmasında ve takdir yetkisinin hakkaniyete uygun kullanılmasında rol oynayabilirler.

Sonuç olarak; *Sözleşmeler Hukuku* (özellikle de, milletlerarası ticarî sözleşmeler) alanında; *sözleşme özgürlüğü* çerçevesinde taraflar, *Avrupa Sözleşme Hukuku* alanındaki çeşitli ilkeleri *sözleşmelerine dahil* edebilecekleri gibi; milletlerarası yeknesak hukukun herhangi bir belgesinin *yorumlanmasında, milletlerarası ticarî tahkimde* ve çeşitli millî veya milletlerarası *yasama* çalışmaları açısından da bu ilkeler önem arz etmektedir. *Avrupa Sözleşmeler Hukuku'na* ait çeşitli belgelerde yer alan; “*teamül ve uygulamalara*” çeşitli sözleşmelerde yer verilmesi, özellikle ticarî hayatta, sürat ve güvenilirliği sağlayan bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle de; *uluslararası ticarî hayatta sözleşme yapacaklar için*; “*örf ve âdetler*”, “*örf ve âdet hukuku*” ile “*teamül ve uygulamalar*”ın ne anlam taşıyacağı; bunlara ilişkin “*sübjektif ve objektif kriterler*”in neyi ifade edeceği; *Türk Hukuku'ndan farklı bir anlam taşıyabileceği* ve yine *Türk Hukuku'nda* pek kullanılmayan, “*makul olma durumu*”nun, önemli bir kriter (ölçüt) olarak esas alınabileceği hususlarına dikkat etmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Adal**, Erhan: Hukukun Temel İlkeleri, El Kitabı, 8.B., (Legal Kitabevi), İstanbul 2004.
- Akı**, Erol: Hukukun Temel Kavramları, 7.B., (Fakülteler Kitabevi), İzmir 2003.
- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1.C., 4.B., (Beta Basımevi), İstanbul 2002.
- Ansary**, Tuğrul/**Wallace**, Don Jr. (Edited by) /**Güriz**, Adnan (Bölüm yazarı): Introduction to Turkish Law, (Turhan Kitabevi), Ankara 2000, (Kluwer Law International), The Hague, London, Boston 1996.
- Apaydın**, Eylem: “*Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi (The Chronicles of Unification of International Contract Law, Particularly Sales Law)*” <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/8-Eylem-Apaydin.pdf>, (e.t.25.3.2015).
- Ayan**, Mehmet/**Ayan**, Nurşen: Medenî Hukuka Giriş, 12.B. (Seçkin Yayın), Ankara 2016.
- Bilge**, Necip: Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kuralları, (Turhan Kitabevi), 10.B., Ankara 1995.
- Bout**, Patrick X.: “*Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, http://www.jus.uio.no/pace/trade_usages_article_9_cisg.patrick_x_bout/1.html, (e.t.17.11.2016).
- Bozkurt**, Enver/**Özcan**, Mehmet/**Köktaş**, Arif: Avrupa Birliği Hukuku, 2.B., (Asil Yayınevi), Ankara 2004.
- Brox**, Hans: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 10.B., (Carl Heymanns Verlag), Köln-Berlin-Bon-München 1986.
- Can**, Hacı: Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku, (Adalet Yayınevi), Ankara 2015.
- Creifelds**, Carl/**Meyer-Gossner**, Lutz: Rechtswörterbuch, München 1988.

- Dayınlarlı**, Kemal (Çev.): Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law -Principes Du Droit Européen Du Contrat), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2005.
- Dayınlarlı**, Kemal: (Türkçe-Fransızca) Hukuk Terimleri Sözlüğü, (Teknik Basım), Ankara 1984 (*Sözlük*).
- Dayınlarlı**, Kemal: Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Roma 1994), Ankara 2003 (*UNIDROIT Kitap*).
- Dayınlarlı**, Kemal: “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri” <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmhob/article/view/1019002754/1019002344> (e.t.17.11.2016) (*UNIDROIT Makale*).
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 3.B., (Seçkin), Ankara 2005.
- Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2005.
- Fendoğlu**, Hasan Tahsin: Hukuk Bilimine Giriş, 2.B., (Filiz Kitabevi), İstanbul 1997.
- Fernando**, Rohan: “CISG, UNIDROIT Principles And PECL Compared” <https://www.linkedin.com/pulse/cisg-unidroit-principles-pecl-compared-rohan-fernando?forceNoSplash=true> (e.t.18.1.2016).
- Ferriell**, Jeffrey T./**Navin**, Michael J.: Understanding Contracts, (LexisNexis), New York (USA) 2004.
- Fine**, Toni M.: American Legal Systems: A Resource and Reference Guide, (LexisNexis), San Francisco (USA) 2008.
- Garner**, Bryan A.(Editor in Chief)/**Newman**, Jeff/**Jackson**, Tiger/**McDaniel**, Becky R.: Black’s Law Dictionary, 4.Pocket Edition, (West), USA 2011.
- Gözler**, Kemal: Hukuka Giriş, 1.B. (Ekin Kitabevi), Bursa 1998.
- Gözübüyük**, Şeref: Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları (Introduction to Law and Fundamental Concepts of Law), 28.B. (Turhan Kitabevi), Ankara 2008.
- Graffi**, Leonardo: “Remarks on Trade Usages and Business Practices in International Sales Law”, (Belgrade Law Review, Year LIX (2011) no.

- 3 pp. 102-123), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi1.html>, (e.t.18.11.2016).
- Günoğur**, Haluk: Avrupa Topluluğu Hukuku, 2.B. (Turhan Basımevi), Ankara 1993.
- Karlık**, Rıdvan: Avrupa Birliği ve Türkiye, 8.B., (Beta B.), İstanbul 2005.
- Lando**, Ole: “*CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*”, http://www.jstor.org/stable/30038700?seq=1#page_scan_tab_contents, (e.t.18.1.2016).
- Montasser**, Thomas: Lexikon der Rechtsbegriffe, Eltvile am Rhein 1991.
- Neaçoşu**, Dana: Introduction to U.S. Law and Legal Research, (Transnational Publishers), NY (USA) 2005.
- Oğuz**, Arzu: “*Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi*”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/292/2663.pdf>, (e.t.25.3.2015).
- Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami: Medenî Hukuk, (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 18.B., (Beta Basım), İstanbul 2012.
- Orak**, Cem Çağatay: “*Milletlerarası Ticari Tahkim Bakımından UNIDROIT İlkeleri*”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2004-3/5.pdf> (e.t.30.11.2016).
- Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 8.B., (Yetkin Yayınları), Ankara 2004.
- Özdamar**, Demet (Çeliktaş): “*Milletlerarası Ticaret Odası'nın 1983'de Gözden Geçirilen Belgeli Akreditif İle İlgili Yeknesak İlkeleri ve Teamülleri Işığında Belgeli Akreditif*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 1990, S. 4, s. 506-514.
- Özdamar**, Demet: “*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ndeki ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki Zamanaşımı Hükümlerinin Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun 90.Yılı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2016.
- Özdamar**, Demet: “*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ndeki Dürüstlük Kuralı ve İşbirliği Yükümlülüğü'nün Türk Borçlar Kanunu'ndaki Görünümü*”, Çankaya Üniversitesi 20.Kuruluş Yılı Etkinlikleri, “Evrensel Hukuk

- İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu”, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2016, s. 289-320.
- Özdemir**, Didem: “*Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*”, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_4.pdf (e.t.28.12.2016).
- Öztañ**, Bilge: *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, (Turhan Kitabevi), Ankara 2005.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa R.: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Hükümler*, 4.B., (Turhan Kitabevi), Ankara 2005.
- Pamboukis**, CH.: “*The Concept And Function Of Usages In The United Nations Convention On The International Sale Of Goods*”, <https://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Pamboukis.pdf>, (e.t.18.11.2016).
- Samet**, Mehmet: “*ICC Uniform Customs And Practice For Documentary Credits 2007 Revision ICC'nin Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları 2007 Revizyonu*”, http://mehmetsamet.weebly.com/uploads/1/8/9/3/18931591/ucp600_en_tr.pdf, (e.t.16.11.2016).
- Serozan**, Rona: *Medeni Hukuk, Genel Bölüm*, (Vedat Kitapçılık), İstanbul 2004.
- Sungurbey**, İsmet: *Medenî Hukukun Temel Sorunları*, (Adalet Yayınevi), Ankara 2003.
- Şafak**, Elvan: *Teminat Mektubu ve Teminat Akreditiflerinin Uluslararası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, (YL.Tezi, İstanbul Bilgi Üni.Sos.Bil.Enst.ekonomi Hukuku), İstanbul 2010, <http://openaccess.bilgi.edu.tr> (e.t.16.11.2016).
- Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 2.B., (YKY), İstanbul 2001.
- Tekinalp**, Gülören/**Tekinalp**, Ünal/**Atamer**, Yeşim M./**Oder**, Bertil Emrah/**Oder**, Burak/**Okutan**, Güler: (**Tekinalp/Tekinalp**) *Avrupa Birliği Hukuku*, (Beta Basım), İstanbul 2000.
- Toker**, Ali Gümrah: *11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Ankara 2005.

- Ulusoy**, Erol: Rechtswörterbuch (Hukuk Sözlüğü), Almanca-Türkçe/Türkçe-Almanca, (Beta Basım), 1.B., İstanbul 1999.
- Umar**, Bilge: Hukuk Başlangıcı, (DEÜ. Hukuk Fak. Yayınları), İzmir 1997.
- Yalçınkaya**, Namık Kemal: İngiliz Hukuku, Kaynakları, Kurumları ve Temel İlkeleriyle, (Eroğlu Matbaası), Ankara 1981.
- Zevkililer**, Aydın/**Ertas**, Şeref/**Havutcu**, Ayşe/**Gürpınar**, Damla: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), (Turhan Kitabevi), 7.B., Ankara 2012.

WEB ADRESLERİ:

- <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>,
- <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201604010000/210.pdf>,
- <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>,
- <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/201507010000/220.pdf>,
- <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/201607010000/220.pdf>,
- https://tr.wikipedia.org/Avrupa_Birli%C4%9Fi_%C3%BCyeli%C4%9Fi_referandumu,
- <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>,
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635>,
- http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfir_outline_edition_en.pdf,
- <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>,
- <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-turkish.pdf> (Özsunay/30.06.2016/UNIDROIT İlkeleri çevirisi.doc),
- <http://www.unilex.info/instrument.cfm?pid=2&do=comment&pos=10>,
- <http://onlythat.com/catalog/ucp600.pdf> (e.t.17.11.2016).