

# MİLLETLERARASI TİCARETİN OTONOM KURALLARI

## LEX MERCATORIA

HAZIRLAYAN

Av. Şeyma AY

İzmir, 2018

## GİRİŞ

Giriş Tahkim şartı içeren bir sözleşmede taraflar dilerlerse uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçebilirler. Eğer taraflar bu hukuku kararlaştırmazsa, uyuşmazlığı çözüme bağlayacak olan hakemlerin seçimi yapması gerekir. Bazen taraflar veya hakemler - her ülkenin milletlerarası tahkim mevzuatları buna izin vermese de - ulusal hukuk düzenleri yerine uluslar ötesi hukuk kurallarını uyuşmazlığa uygulamayı tercih edebilir. Zaman zaman uluslar ötesi, zaman zaman da ulusal olmayan hukuk kuralları olarak anılan bu kurallar, ticari teamülleri de kapsayacak biçimde (yeni) *lex mercatoria* şemsiye kavramı altında ifade edilmektedir. Kavramın savunucuları tarafından, ulusal hukuklardan bağımsız bir kurallar bütünü, tacirler toplumunun (*societas mercatorum*) ihtiyaçlarını daha iyi karşıladığından bahsedilmektedir. Buna göre, ulusal hukuk düzenlerinin kanunlar ihtilafı kuralları, her ülkede farklılaşarak gereksiz derecede karmaşık ve teknik yöntemler sunmakta, böylece kesinliği azaltmakta, bir taraftan da uyuşmazlığın çözümünü daha meşakkatli hale getirmektedir. Uluslar ötesi bir ticaret hukuku ise, bu karmaşadan sıyrılarak, uluslararası ticaretin kendine özgü problemlerine biçilmiş bir kaftan gibi uyum sağlamaktadır.

Ne var ki ulusal hukuklardan bağımsız bir normlar bütünü anlatan bu kavramlar arasından, en çok *lex mercatoria* tartışma konusu olmuş, 1960'lı yıllardan bu yana, söz konusu tartışma etrafında pek çok akademik çalışma yayımlanmıştır. Çalışmaların konuya yaklaşımına bakıldığında, genellikle lehte veya aleyhte tavır aldıkları, başka bir deyişle *lex mercatoria*'nın varlığını ya tamamı ile reddettikleri ya da bu kavrama büyük önem atfederek sahiplendikleri görülür. Genellikle *lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk düzeni oluşturup oluşturmadığı meselesi üzerine, teorik bir çerçevede gelişen tartışmalar; zaman zaman *lex mercatoria*'nın uygulanabilirliğini de sorgulamaktadır. *Lex mercatoria*'nın pratik önemi söz konusu olduğunda ilk akla gelen çalışma sahası milletlerarası tahkimdir. Milletlerarası ticari uyuşmazlıklardan doğan *lex mercatoria* teorisi ya bu uyuşmazlıklarda artık neredeyse kural haline gelmiş olan tahkim yargılamalarında ya da ulusal mahkemelerin bu hakem kararları karşısında takındıkları tavır çerçevesinde biçimlenmektedir. Hakemler *lex mercatoria*'nın hem yaratıcısı hem de uygulayıcısıdır. Bir başka deyişle tahkim yargılamaları hem *lex mercatoria*'nın geliştirildiği forumlar, hem de onun gerçekten var olduğunu kanıtlayan akademik çalışma sahalarıdır. Aşağıda öncelikle 'yeni' *lex mercatoria*'nın modern hukukta ne anlama geldiği, tarihsel kökenleri, kaynakları ve kısaca teorik temelleriyle birlikte konuya getirilen eleştirilere değinilecektir. Ardından, *lex mercatoria*'nın uygulanma sahası olan, milletlerarası tahkimde esasa uygulanacak hukuk sorunu hakkında uzunca bir parantez açılacaktır. Bu konunun peşinden de *lex mercatoria*'nın milletlerarası tahkimde nasıl uygulandığı anlatılacaktır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### 1. LEX MERCATORIA KAVRAMI

Milletlerarası ticarî tahkim literatüründe yaygın bir kullanıma sahip olan lex mercatoria ifadesi, Latince’de hukuk anlamına gelen lex ve ticaret anlamına gelen mercatoria kelimelerinden oluşmaktadır. Milletlerarası ticaretin yasal tekniklerinin, politik, ideolojik ve ekonomik görüşleri farklı olsa bile tüm ülkelerde aynı olması, lex mercatoria, law merchant ve milletlerarası ticaret hukuku gibi çeşitli isimlerle anılan genel kabul görmüş olan kuralların gelişmesine öncülük etmiştir. Aynı kavramı adlandırmadaki bu çeşitlilik, tanımlandırmada da mevcuttur. Lex mercatoria, en kısa şekilde, milletlerarası ticarî işlemlere ilişkin genel hukukî ilkeler olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, lex mercatoria’yı, farklı ülkeleri ilgilendiren özel ticarî ilişkileri düzenleyen hukukî kurallar bütünü ; hiçbir millî hukuk sistemine dayanmadan, milletlerarası ticaret çerçevesinde spontane bir biçimde oluşmuş genel ilkeler ve örf ve âdet kuralları bütünü ; milletlerarası ticaretle uğraşan veya uyumsuzlukla ilgisi olan devletlerin hepsinde veya büyük bir kısmında ortak olan hukuk kuralları ve milletlerarası ticaret camiası tarafından yaratılan bağımsız bir hukuk sistemi olarak tanımlayanlar da vardır.

Lex mercatoria’yı bir hukuk kuralları bütünü veya millî hukuklardan bağımsız bir hukuk sistemi olarak tanımlayan bu görüşlerin yanında, lex mercatoria’yı bağımsız bir hukuk sistemi olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını savunan görüşler de mevcuttur. Bu görüşte olanlara göre, bir hukuk sisteminin belirlenebilirlik, kesinlik, uygulanabilirlik ve özerklik gibi niteliklere sahip olması gerekir. Lex mercatoria ise, milletlerarası ticaretle uğraşanların güvenilebileceği belirli, kesin, uygulanabilir ve özerk bir hukuk sistemi oluşturmamaktadır. Lex mercatoria’nın bir hukuk sistemi olarak tanımlanmasını reddeden görüşler, milletlerarası ticaret uygulaması incelendiğinde temelsiz kalacaktır. Zira günümüzde, milletlerarası ticaretle ilgili hukukî ilişkileri düzenleyen ve lex mercatoria’nın kaynaklarını oluşturan çok sayıda milletlerarası karakterli maddî kural, teamül ve uygulamalar mevcuttur. Tüm bu kural, teamül ve uygulamalar, milletlerarası ticaret hayatında etkin bir şekilde uygulanmakta ve millî devletlerin iradesinden bağımsız bir şekilde sürekli gelişmektedir. Ayrıca, hukuk, sadece millî devletlerin iradesinden kaynaklanan kurallardan da ibaret değildir. Milletlerarası hukukun asıl kaynaklarını milletlerarası anlaşmalar, örf ve âdet kuralları ve hukukun genel ilkeleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla, konuya bu açıdan bakıldığında, tüm bu kaynaklar yanında milletlerarası kuruluşlarca hazırlanan ve milletlerarası ticareti konu edinen genel şartlar, standart sözleşmeler ve yeknesak kurallardan oluşan lex mercatoria, bağımsız bir milletlerarası ticaret hukuku olarak ortaya çıkmaktadır. Milletlerarası ticaret hukukunun, yani lex mercatoria’nın bağımsız bir hukuk kuralları bütünü olarak ortaya çıkışı, XX’nci yüzyılda hukuk alanında yaşanan gelişmelerin en önemlilerinden birini oluşturmaktadır. Bu gelişim sonucunda, geleneksel ticaret hukuku, iç hukuk ilişkilerine ve milletlerarası ticarî ilişkilere uygulanan ticaret hukuku olarak ikiye ayrılmıştır. İç hukuk ilişkilerine uygulanan kurallar, ekonomik yönden zayıf olan tüketici, işçi ve küçük yatırımcıyı korumaya yönelik olan sosyal sorumluluk ilkesine dayanırken, milletlerarası ticaret hukukunda böyle eğilimler genellikle yoktur. Ayrıca, millî ticaret hukukları, millî hukuklara sıkı sıkıya bağlıyken, milletlerarası ticaret hukukunda, millî hukukun engellerinden uzaklaşma ve ortak bir milletlerarası içerik saptama eğilimi ağır basmaktadır. Milletlerarası ticaret alanında, millî hukukların uygulanma

alanları gittikçe daralırken, millî hukukların kısıtlamalarından sıyrılmaya çalışan ticarî uygulamaların etkisi ise artmaktadır. Millî hukuklardaki farklılıkların milletlerarası bir piyasanın oluşumunu elverişsiz hale getirmesi, millî hukukların, milletlerarası ticaret hayatının problemlerini çözüme kavuşturmada gittikçe yetersiz hale gelmeleri ve milletlerarası ticarî akitlere tahkim kaydının konması gereği gibi sebepler, özerk bir milletlerarası ticaret hukukunun ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.

## 2. LEX MERCATORIA'NIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Milletlerarası ticaret hukuku, eski lex mercatoria (ortaçağ tacir hukuku) süreci, ortaçağ tacir hukukunun millî hukuklara dâhil edilmesi süreci ve modern yaklaşım süreci olmak üzere üç aşamalı bir gelişim göstermiştir. I. Eski Lex Mercatoria (Ortaçağ Tacir Hukuku) Süreci Milletlerarası tacir toplumu tarafından Avrupa'da geliştirilen uygulamalarla oluşmaya başlayan ve zamanla örf ve âdet hukuku haline gelen ortaçağ tacir hukuku, bu uygulamaların Avrupa'nın her yerinde aynı ölçüde kabul görmesinden dolayı milletlerarası bir niteliğe sahip olmuştur. Tacir toplumu tarafından geliştirilen bu hukuk, önce İtalyan şehirlerinde uygulanmaya başlanmış, daha sonra Fransa, İspanya ve İngiltere de dahil olmak üzere tüm Avrupa'ya yayılmıştır. Bu dönemde, Batı Avrupa ortaçağ toplumunun feodal yapısı, özerk bir tacir hukukunun gelişimine zemin hazırlamıştır. Feodal toplum toprağa bağlı ve içine kapanık bir toplumdur. Ortaçağ taciri ise coğrafi bakımdan dinamiktir ve bunun sonucu olarak birbirinden farklı ve birbiriyle çelişen kurallarla karşı karşıya gelmiştir. Ancak, farklı otoritelerin koydukları bu kurallar, milletlerarası ticaretle uğraşanların ihtiyaçlarına cevap vermekte çoğu zaman yetersiz kalmıştır. Bu yetersizlik karşısında tacirler, kendi ticaret uygulamalarını oluşturup, kendi kurallarını kendileri koymaya başlamışlardır. Bu kurallar, yine tacirler tarafından oluşturulan ticaret mahkemeleri sayesinde kuvvetlenmiş ve hukukî dayanaklarına kavuşmuştur. Bu gelişmeler karşısında Avrupa'daki otoriteler ise, kendi kuralını kendisi koyan ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları, yine kendisinin oluşturduğu mahkemelerde çözen tacir sınıfına karşı, yüksek vergi geliri ve tacirler tarafından sağlanan yabancı mallara ulaşma hevesi nedeniyle sıcak bir yaklaşım göstermişler ve tacirleri, mahallî düzeni ihlâl etmemek kaydıyla kendi ilişkilerini düzenlemek konusunda serbest bırakmışlardır. Dinamik bir çevredeki esneklik ve güven ihtiyacını karşılayan normlardan oluşan ortaçağ tacir hukuku, bu şekilde, ticarî uygulamalardan doğmuş ve bölgesel ihtiyaçlar ile statik bir feodal topluma bağlı olan mahallî hâkimlerin uyguladıkları hukuktan farklı bir nitelik arz etmiştir. II. Ortaçağ Tacir Hukukunun Millî Hukuklara Dâhil Edilmesi Süreci XVII'nci yüzyıldan XIX'uncu yüzyıla kadar devam eden bu dönemde, modernleşme yolundaki devletlerin yöneticileri, lex mercatoria'yı, bağımsızlıklarına karşı dış bir tehdit olarak algılamaya başlamışlar ve bunun sonucunda tüm vatandaşlarını kendi millî hukuklarına tâbi kılmak için, ortaçağ boyunca tacirlere tanınan imtiyazları ortadan kaldırdıkları gibi, tacir mahkemelerini de millî mahkemelerin sistemleriyle birleştirmişlerdir. Bu dönemde hâkim olan düşünce, söz konusu olan tek hukukun millî hukuk olduğu ve dolayısıyla, milletlerarası ilişkilerin de sadece millî hukuklarla düzenlenebileceği düşüncesidir. Bu düşünceyle, devlet politikalarına ve millî menfaatlere uygun düştüğü ölçüde, lex mercatoria'nın evrensel kuralları millî hukuk sistemlerine dâhil edilmiştir. Avrupa

kıtasında bu geçiş, büyük oranda kanunlarla, İngiltere’de ise Sir John Holt ve Lord Mansfield gibi ünlü yargıçların verdikleri kararlarla sağlanmıştır. Fransa’da 1807 yılında kabul edilen Code de Commerce ve Almanya’da 1861 yılında yürürlüğe giren Allgemeines Handelsgesetzbuch, bu amaçla Avrupa’da çıkarılan kanunlara örnek olarak gösterilebilir 26 . Bu tür kanunlaştırmaların sonucu olarak ticarî meseleler, kendi usûl kurallarını ve maddî hukukunu uygulayan ve tacir olmayan yargıçlardan oluşan millî mahkemelerin yargılama yetkileri kapsamına girmiştir. Ancak bu durumun, tacir toplumunun menfaatlerine ve temelleri milletlerarası ilişkilere dayanan davaların yapısına ters düştüğü de aşikârdır. Sonuç olarak denebilir ki, lex mercatoria’nın bu şekilde farklı hukuk sistemlerine dâhil edilmesi, onun, millî politika ve menfaatlere tâbi hale gelmesi ve homojen ve özerk bir hukuk sistemi olma özelliğini yitirmesi sonuçlarını doğurmuştur<sup>28</sup> .

III. Modern Yaklaşım (Yeni Lex Mercatoria) Süreci II. Dünya Savaşından sonra milletlerarası ticaret, artan bir şekilde genişlemeye başlamış ve 1980’lerin başlarındaki ekonomik durgunluk bile, bu genişlemeyi, yavaşlatmasına rağmen, durduramamıştır. Ayrıca, ticaret alanındaki bu gelişmeye paralel olarak, bilim ve teknoloji alanlarında da olağanüstü gelişmeler yaşanmıştır. Sanayi ve tarım ürünlerinin imalâtında yaşanan artış ise çok daha geniş piyasalara ve gelişmiş dağıtım sistemlerine olan ihtiyacı gündeme getirmiştir. Özellikle ulaşım ve iletişim alanlarında yeni metotların keşfedilmesiyle, dünya küçük bir yer haline gelmiştir. Birbirlerinden coğrafî olarak çok uzak olsalar da, farklı milletler arasındaki ticaret kolaylaşmış ve böylece çok sayıda yeni pazar oluşmuştur. Değişik hukuk sistemleriyle karşı karşıya gelen tacir toplumu ve modern devletler, bağımsız millî hukuk sistemlerinin, milletlerarası ticarî işlemlere uygulanmasının, global ticaretin gelişimini engelleyeceğini fark ederek, nerede yapılırsa yapılsın tüm ticarî işlemlere uygulanacak kurallar oluşturma gereğini duymuştur. Bu amaçlarla, 1950’li ve 1960’lı yıllarda, farklı ekonomik yapıda ve ekonomik gelişme sürecinin farklı aşamalarında olan ülkelerden gelen hukukçuların katıldığı milletlerarası konferanslar düzenlenmiş ve bu konferanslar sonucunda önemli bir gerçek ortaya çıkmıştır. Bu gerçek, milletlerarası ticareti yöneten yasal tekniklerin, söz konusu ülkelerin politik, ekonomik ve ideolojik eğilimleri ne olursa olsun, her yerde aynı olduğudur. Ticarî işlemleri düzenleyen hukuk, ne kapitalist, ne de sosyalisttir; dolayısıyla, bu işlemlerden faydalananların kapitalist veya sosyalist bir ülkede bulunması, milletlerarası ticaretin gelişimi için bir engel teşkil etmemektedir. Milletlerarası ticaret hukuku, tüm dünyada kabul gören ortak kurallara dayanmaktadır ve modern ticaret de, bütün ülkelerde kabul gören yeknesak kurallara dayanan milletlerarası bir ticaret hukukunun varlığını gerektirmektedir. Milletlerarası ticarî işlemlere uygulanacak ortak kuralların kabulü, XX’nci yüzyılda hukuk alanında yaşanan gelişmelerin en önemlilerinden biridir ve bu gelişim yeni lex mercatoria olarak adlandırılmaktadır. Millî hukukların çizdikleri sınırlardan uzaklaşma yolunda yaşanan bu gelişimin belli başlı üç sebebi vardır. Bunlar, çeşitli hukuk sistemlerindeki büyük farklılıkların, milletlerarası bir piyasanın varlığını elverişsiz hale getirmesi; millî hukukların, milletlerarası ticaretle ilgili meseleleri çözme konusunda gittikçe yetersiz hale gelmesi ve milletlerarası ticarete ilişkin sözleşmelere tahkim kaydının konmasıdır. Lex mercatoria’nın bu aşamadaki gelişimi üç özelliğe sahiptir. Bu özelliklerden ilki, milletlerarası ticaret kurallarının tüm millî hukuklarda dikkate değer bir benzerlik göstermesi; ikincisi, bu kuralların değişik millî yargılamalarda uygulanmasının millî

otoritelerce sağlanıyor olması; üçüncüsü ise, bu kuralların milletlerarası kuruluşlar tarafından formüle edilmesidir. Yeni lex mercatoria olarak adlandırılan bu oluşumun kökleri her ne kadar ortaçağ tacir hukukuna dayansa da , bu iki hukuk arasında önemli farklılıklar vardır. Bunlardan ilki, yeni lex mercatoria'nın, dünya düzeninin hâlâ kendisine dayandığı millî egemenlik görüşüyle uzlaştırılması gereği; ikincisi ise, ortaçağ tacir hukukunun gelişiminin gelişigüzel ve plânsız olmasına rağmen, modern lex mercatoria'nın, bu konuda düzenlemeler getiren kuruluşlar tarafından önceden tasarlanmış olması ve milletlerarası sözleşmelerde, model kanunlarda ve ICC gibi kurumlar tarafından basılan dokümanlarda ifade edilmesidir.

### **3. LEX MERCATORIA'NIN KAYNAKLARI**

Lex mercatoria kavramına ilişkin olarak getirilen ortak bir tanım olmadığı gibi, lex mercatoria'nın kaynakları konusunda da doktrinde bir fikir birliği yoktur. Bazı yazarlara göre, lex mercatoria'nın kaynakları, milletlerarası mevzuat ve milletlerarası ticarî örf ve âdetle sınırlıyken, bazı yazarlar farklı bir liste sunmakta ve lex mercatoria'nın kaynaklarını yeknesak kurallar, hukukun genel ilkeleri, milletlerarası kuruluşların koydukları kurallar, örf ve âdet kuralları, standart sözleşmeler ve tahkim kararları olarak sıralamaktadırlar. Doktrindeki farklı görüşlere rağmen, yine bu görüşlere dayanan ve hukukun genel ilkelerini, milletlerarası mevzuatı, davranış kodlarını, milletlerarası ticarî örf ve âdet kurallarını ve hakem kararlarını kapsayan bir kaynaklar listesi oluşturmak mümkündür.

#### **I. Hukukun Genel İlkeleri**

Hukukun genel ilkeleri, millî hukuk sistemlerinin tümünde veya büyük bir çoğunluğunda ortak olarak kabul edilen ilkelerdir. Bu ilkelerin, lex mercatoria'nın bir kaynağı olarak kabul edilmelerinin sebebi, genel kabul görmüş olmaları ve dolayısıyla bir çeşit evrensel uygulama oluşturmalarıdır. Hukukun genel ilkelerine örnek olarak “ahde vefa” (pacta sunt servanda), “iyiniyet” (bono fide) ve “irade muhtariyeti” gibi ilkeler gösterilebilir. Ayrıca, bir tarafın sözleşmeyi esaslı ihlâli halinde, diğer tarafın fesih hakkının bulunduğu ilişkin kural da, hukukun genel ilkeleri arasında sayılmaktadır.

#### **II. Milletlerarası Mevzuat**

“Milletlerarası mevzuat” terimi, milletlerarası bir yasama organı mevcut olmadığından yanıltıcı gibi görünse de, bu terim, bir şekilde milletlerarasında oluşan ve millî yasama organları tarafından millî hukuk sistemlerinde etkili hale getirilen normatif düzenlemeleri tanımlamak için uygun bir terimdir. Bu anlamda milletlerarası mevzuat, çok taraflı milletlerarası sözleşmelerin devletler tarafından kabulü ve yine devletler tarafından kabul edilebilecek model kanunların formüle edilmesi olarak iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL), Birleşmiş Milletler

Ticaret ve Kalkınma Konferansı (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD), Özel Hukukun Birleştirilmesine Dair Milletlerarası Hukuk Enstitüsü (Institut International pour L'Unification du Droit Privé, UNIDROIT), Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce, ICC) ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Milletlerarası Merkez (International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID) gibi bazı milletlerarası kuruluşlar, lex mercatoria'nın kaynaklarından birini oluşturan sözleşme ve model kanunların hazırlanmasında özellikle etkindir. Çok-terafli sözleşmelere örnek olarak 1921 tarihli Konşimentoya İlişkin Hague Kuralları (Hague Rules Relating to Bills of Lading) ile 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi (New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards); model kanunlara örnek olarak ise 1964 tarihli Milletlerarası Menkul Satımı Hakkındaki Yeknesak Kanun (Uniform Law on International Sale of Goods), Milletlerarası Menkul Satımı Sözleşmelerinin Kurulmasına İlişkin Yeknesak Kanun (Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sale of Goods), Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ile Poliçe ve Bonolara İlişkin Yeknesak Kanun (Uniform Law for Bill of Exchange and Promissory Notes) gösterilebilir.

### **III. Davranış Kodları**

Lex mercatoria'nın diğer bir kaynağı olan davranış kodları, milletlerarası ticaret toplumunun veya bu toplumun belli bir branşında faaliyet gösterenlerin, kendi aralarındaki uygulamalardan doğan örf ve âdet kurallarını yazılı şekilde formüle eden kodlardır ve bu kodlar genel şartlardan, standart sözleşmelerden ve bunlar dışındaki yeknesak düzenlemelerden oluşmaktadır. Anlaşılacağı üzere, bu genel şart ve standartların özü, milletlerarası ticaret toplumunun zaman içindeki uygulamalarından doğan ortak anlayış ve teamüllerdir. Genel şartlar konusunda Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun (United Nations Economic Commission for Europe, UNECE) çalışmaları ön plana çıkarken, yeknesak düzenlemelerin oluşturulmasında ise ICC aktif bir rol oynamaktadır. ICC'nin bu konudaki en yaygın düzenlemeleri, milletlerarası karakterli ticarî terimlerin yorumuna ilişkin INCOTERMS ile Vesikalı Kredilerle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler'dir (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits).

### **IV. Milletlerarası Ticarî Örf ve Âdet Kuralları**

Milletlerarası ticaretteki örf ve âdet kurallarına, milletlerarası ticaret hayatındaki genel uygulamalarda, milletlerarası kuruluşlar tarafından yapılan yazılı düzenlemelerde ve standart sözleşmelerde rastlamak mümkündür. Bunların bir kısmı, genel olarak milletlerarası ticaretle, bir kısmı ise milletlerarası ticaretin bazı özel alanlarıyla ilgilidir. Genel uygulamalardaki örf ve âdet kuralları, belli bir ticaret sektöründe kullanılan ve yazılı olmamalarına rağmen bu sektördeki tacirlerin çok büyük bir kısmı için ortak olan uygulamalardır. Ticaretin belli bir alanında faaliyet gösteren tacirler, kendileriyle ilgili örf ve âdet kurallarını bilmekte ve aralarında yaptıkları işlemlerde bunları kendiliklerinden uygulamaktadır. Ayrıca, ICC gibi

bazı milletlerarası kuruluşlar tarafından ticaretin belli alanlarında uygulanmak üzere oluşturulan kural ve düzenlemeler de bu alandaki tecrübe ve uygulamaları ifade etmektedir.

## **V. Hakem Kararları**

Millî hukuk sistemlerinin milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmadaki başarısızlıkları ve bu tür uyuşmazlıkları millî mahkemelerin hüküm alanından uzak tutma isteği, tacirleri, milletlerarası ticarî tahkime yönelten sebeplerin başında gelmekte olup, milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların büyük bir kısmı hakem kararlarıyla çözülmektedir. Bu nedenle, hakem mahkemeleri, *lex mercatoria*'nın ilkelerinin belirlenmesi için bir araç olarak görülmekte ve bunların verdikleri kararlar *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında önemli bir yer tutmaktadır. Bu düşüncede olan yazarlar, gerekçeli kararların daha çok yayınlanmasını istemekte ve böylece belli bir millî hukuka dayanma ihtiyacı duyulmadan uygulanabilecek genel kabul gören ilkelerin gelişiminin kolaylaşacağını ileri sürmektedirler. Ancak, milletlerarası ticarete her uyuşmazlığın rekabet amaçlı kullanımı yaygın olduğundan hakemlik kurumuna ilişkin çoğu tüzük hakem kararlarının yayımına engel olmaktadır.

## **4. LEX MERCATORIA İLE MİLLÎ HUKUK DÜZENLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ**

Bütün millî hukuk sistemlerinde kurallar, taraflarca değiştirilemeyecek emredici kurallar ve tarafların iradelerine tâbi olan ihtiyarî kurallar olarak iki grupta toplanırlar. Belli bir kuralın ihtiyarî veya emredici bir nitelik taşıması, devlet düzeniyle ilgili bir menfaatin söz konusu olup olmamasına bağlıdır. Kamu menfaatinin söz konusu olduğu bir kural emredici olarak nitelendirilirken, devletin tarafsız olduğu alanlara ilişkin kurallar ihtiyarî kurallardır ve bu alanlarda kendi ilişkilerinin hukukî düzenlerini oluşturmak taraflara bırakılmıştır. Taraflar, emredici kuralları, isteseler de istemeseler de kabul etmek durumundayken, ihtiyarî kuralları kabul edip etmeme ve hatta bu kuralları kendi menfaatleri doğrultusunda değiştirme imkânına sahiptirler. Dünyadaki tüm ülkelerde, sözleşmeler hukukunun geniş bir kısmı ihtiyarî kurallarla düzenlenmiştir ve bu alanda irade muhtariyeti ilkesi uygulanmaktadır. Ancak, bu alanda, etkileri küçümsenemeyecek emredici kurallar da mevcuttur ve tüm millî hukuk sistemleri, kamu düzenini, irade muhtariyeti ilkesinin bir istisnası olarak kabul etmektedir. Türk Hukukunda da 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) kabulü ile milletlerarası sözleşmelere uygulanacak hukuk alanındaki boşluk bu Kanun'un 24'üncü maddesi ile giderilmiş ve 24'üncü maddenin 1'inci fıkrasında sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbi olacakları hüküm altına alınmıştır. Anılan fıkrada her ne kadar "kanun" kelimesi geçse de MÖHUK tasarısı ile ilgili olarak yapılan sempozyumda bunun "hukuk" şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun yanında, dünyadaki uygulamaya paralel bir şekilde kamu düzeni irade muhtariyeti ilkesinin istisnası olarak kabul edilmiş ve MÖHUK'un 5'inci maddesinde yetkili yabancı hukukun uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hükmün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, millî otoritelerin, sözleşmeler hukuku alanında taraflarca geliştirilen özerk bir milletlerarası ticaret hukukuna, kamu düzeni istisnası dışında, herhangi bir müdahalesi olmamaktadır. Ayrıca, özellikle ICC tarafından formüle edilen yeknesak düzenlemeler, millî ülkelerde, millî devletlerin zımnî rızası desteğinde



uygulanmakta ve millî düzenlemeler içerisinde yer alan bazı hükümler de milletlerarası nitelikli yeknesak kural ve teamüllere atıfta bulunabilmektedir. Örneğin, 12 Mayıs 1981 tarihli Kararname ile Fransız Medenî Usûl Kanunu'na eklenen 1496'ncı maddede hakemin, uyuşmazlığı tarafların seçmiş olduğu, böyle bir seçim yapılmamışsa kendisi için uygun olan hukuk kurallarına göre karara bağlayacağı ve her hâlükârda ticarî örf ve âdetleri dikkate alacağı hüküm altına alınmıştır. Sonuç olarak denilebilir ki, sözleşmeler hukuku alanındaki millî düzenlemelerin, taraflarca geliştirilen özerk bir milletlerarası ticaret hukukuna, kamu düzeni istisnası dışında, herhangi bir müdahalesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, milletlerarası ticaret hukuku, kendi özerk karakterini, millî otoritelerin verdikleri izin ve yetkilerle elde etmiştir. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası ticaret hukukunun temeli, millî hukuklara dayanmaktadır; ama, tüm millî otoritelerin, kural olarak tarafsız oldukları bir alanda, milletlerarası ticaret toplumu tarafından geliştirilmiştir.

## **5. LEX MERCATORIA İLE İRADE MUHTARİYETİ İLKESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ**

Milletlerarası Özel Hukuk'ta irade muhtariyeti, âkit tarafların, aralarında yaptıkları akdi, belli bir hukuka tâbi tutabilme yetkilerini ifade eder. Akitler alanında taraf menfaatinin söz konusu olması, bu alanın düzenlenmesinin taraf iradelerine bırakılması sonucunu doğurmuştur. İç hukukta, emredici kuralların izin verdiği ölçüde sözleşmenin içeriğinin taraflarca belirlenmesine imkân veren irade muhtariyeti prensibi (akit serbestisi), Milletlerarası Özel Hukuk'da, taraflara, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme yetkisi vererek, daha geniş bir kapsama ulaşmaktadır.

İrade muhtariyetinin en önemli avantajı, taraflara, en iyi bildikleri hukuku seçebilme imkânı vermesidir. Ayrıca, bu durumda taraflar, birbirlerinden neler talep edebileceklerini, yani yükledikleri borçların neler olduğunu da bildiklerinden, kesinlik ve öngörülebilirlik de sağlanmış olacaktır. Millî hukuk sistemlerinin büyük bir kısmı, yaptıkları sözleşmenin tâbi olacağı hukuku seçebilme imkânını taraflara tanımaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda da, irade muhtariyeti ilkesi, MÖHUK'un 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiş ve yabancı unsurlu özel hukuk sözleşmelerinde, uygulanacak hukukun taraflarca belirlenebilmesi imkânı getirilmiştir. Ancak, anılan maddeyle getirilen hukuk seçimi imkânı, sadece açık hukuk seçimini kapsamakta, zımnî hukuk seçimine yer vermemektedir. Bunun sebebi, zımnî seçimde tespit zorlukları olması şeklinde açıklanmıştır. Ayrıca bu ilke, tahkim ve sözleşme hukukuyla ilgili tüm milletlerarası sözleşmelerde kabul edilmekte ve milletlerarası tahkim uygulamasının devamlı ve yaygın bir özelliğini oluşturmaktadır. İrade muhtariyeti ilkesinin, millî ve milletlerarası düzenlemelerde genel kabul görmesi, onun, genel bir hukuk ilkesi olma niteliğini ortaya koymakta ve bunun sebebi ise, ilkenin, milletlerarası akitlerin mahiyetine ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun düşmesi şeklinde açıklanmaktadır. İrade muhtariyeti ilkesinin genel hukuk ilkeleri arasında yer alması, onun lex mercatoria ile olan ilişkisini ortaya koymaktadır. Zira hukukun genel ilkeleri, lex mercatoria'nın kaynakları arasında sayılmakta ; sözleşmeler hukuku alanındaki bu ilke, özerk bir milletlerarası ticaret hukukunun üzerine oluşturulabileceği bir temel olarak kabul edilmekte ve böylece, milletlerarası ticaretle uğraşanların, millî hukuk sistemlerinin eskimiş kurallarını bertaraf edebilme imkânına sahip olacakları ileri sürülmektedir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### MİLLETLERARASI TİCARÎ TAHKİMDE ESASA UYGULANACAK HUKUK OLARAK LEX MERCATORIA'NIN SEÇİMİ

Milletlerarası ticarî tahkimde, hakemlerin, davanın esasına uygulayabilecekleri bir milletlerarası ticaret hukuku sisteminin mevcut olup olmadığı ve eğer mevcutsa bu hukuk sisteminin bağlayıcılık gücünün ne olduğu gibi sorulara verilecek cevaplar, milletlerarası ticarî tahkim doktrininin en tartışmalı konularını oluşturmaktadır. Konunun tartışmalı olmasına rağmen, millî hukuk sistemlerinin, milletlerarası ticarî ilişkilerin yapısına uygun olmaması ve son derece dinamik olan milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde gelişmemesi gibi nedenlerle, milletlerarası ticarî ilişkileri ve bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünü, bu alanda genel kabul gören kural ve uygulamalardan oluşan milletlerarası ticaret hukukuna tâbi tutma eğilimi ağır basmaktadır. Bu düşüncelerin sonucu olarak, 1950'lerden sonra hazırlanan tahkimle ilgili birçok kural ve sözleşmede, lex mercatoria ön plana çıkarılmış ve hakemlerin, taraflarca yapılmış bir hukuk seçimi olsa bile, uyuşmazlık konusuyla ilgili milletlerarası ticarî örf ve âdet kurallarını göz önünde bulunduracakları hüküm altına alınmıştır. Yapılan bu tür düzenlemeler, tahkim kurumunun ve milletlerarası ticaretin mahiyetine de son derece uygundur. Zira ideal olan, milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, milletlerarası ticaret camiasının kendi kurallarını uygulamaktır. Milletlerarası ticarî tahkimde, lex mercatoria'nın esasa uygulanması, tarafların yapacakları lex mercatoria lehindeki hukuk seçimiyle sağlanabileceği gibi, taraflar arasında bu yönde bir anlaşma olmasa bile, milletlerarası ticarî tahkim hakemlerinin, doğrudan doğruya lex mercatoria'yı uygulamaları da mümkündür.

#### 1. LEX MERCATORIA'NIN TARAFLARCA SEÇİMİ

Milletlerarası bir sözleşmenin tarafları, bazen, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlığın, herhangi bir millî hukuka göre çözüme kavuşturulmasını istemeyebilirler. Bunun yerine taraflar, bu uyuşmazlığın çözümünü, milletlerarası ticaretle uğraşan veya uyuşmazlıkla ilgisi olan devletlerin çoğunda veya büyük bir kısmında ortak kabul gören kurallara bırakabilirler. Tarafların bu şekilde yapacakları bir seçim, lex mercatoria'nın seçimidir. Taraflar, yaptıkları sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıkların çözümünü, değişik nedenlerle lex mercatoria'ya tâbi tutmak istediklerinde, sözleşmeye bu konuda bir kayıt koyabilecekleri gibi; tarafların, lex mercatoria'nın seçimi konusundaki zımnî iradeleri, sözleşmeye konan diğer kayıtlardan da anlaşılabilir. Dolayısıyla, taraflarca lex mercatoria'nın uygulanması doğrultusunda yapılacak hukuk seçimini, sözleşmede geçen ifadelerle göre, açık ve zımnî seçim olarak iki ayrı başlık altında incelemek uygun olacaktır.

##### I. Açık Hukuk Seçimi

Daha önce de belirtildiği gibi, millî hukuk sistemlerinin büyük bir kısmı, yaptıkları sözleşmenin tâbi olacağı hukuku belirleyebilme imkânını taraflara tanımaktadır. Taraflar, kendilerine tanınan bu imkân sayesinde, yaptıkları sözleşmeyi herhangi bir millî hukuka tâbi tutabilecekleri gibi, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümü için lex mercatoria'yı da seçebilirler. Millî hukuk sistemlerinin tanıdığı bu esneklik yanında, milletlerarası ticaretle

ilgili sözleşmelerin tahkime ilişkin maddelerinde de, hakemler tarafından olayın esasına uygulanacak hukuku seçebilme imkânı taraflara tanınmaktadır. Bu konuda, milletlerarası ticarî tahkimde uygulanacak hukuk sorununa ilişkin model bir düzenleme getiren 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi (European Convention on International Commercial Arbitration) örnek olarak verilebilir. Sözleşmenin “Uygulanacak Hukuk” başlıklı VII’nci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi şu hükmü içermektedir: “Taraflar, aralarında yaptıkları anlaşmayla, hakemler tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleme konusunda serbesttirler.” Sözleşmenin uygulanacak hukuka ilişkin bu hükmü, 1966 tarihli “Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonunun Tahkim Kuralları”na (Arbitration Rules of the UN Economic Commission for Europe) ve yine 1966 tarihli “Birleşmiş Milletler Asya ve Uzak Doğu Ekonomik Komisyonunun Ticarî Tahkim Kuralları”na (Rules for International Commercial Arbitration of the UN Economic Commission for Asia and the Far East) da dâhil edilmiştir. Ayrıca, Milletlerarası Ticaret Odası’nın 1 Ocak 1998’de yürürlüğe giren Tahkim Kurallarının “Uygulanacak Hukuk Kuralları” başlığını taşıyan 17’nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde de, benzer şekilde, hakem mahkemesi tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği hüküm altına alınmıştır. Uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*’nın belirlenmesi için yapılacak açık hukuk seçimi, *lex mercatoria*’nın uygulanacak hukuk olarak seçildiğini içeren bir kaydın sözleşmeye konulmasıyla sağlanabileceği gibi, hukukun genel ilkelerine, milletlerarası ticaretin yeknesak kurallarına ve milletlerarası ticarete söz konusu olan örf ve âdet kurallarına yapılan atıfları içeren hukuk seçimine ilişkin kayıtlar da *lex mercatoria*’nın uygulanması sonucunu doğuracaktır. Taraflar, sözleşmelerini tâbi tutmayı amaçladıkları hukuku açıkça belirlemek istediklerinde, eğer herhangi bir millî hukuk üzerinde anlaşamazlarsa, bu tür bir seçim yapma imkânları zorlaşacaktır. Ayrıca, seçilecek millî hukuk hakkında, taraflar arasında bir uzlaşma sağlansa bile, seçilen hukuk, söz konusu sözleşmeye uygulanmak açısından hiç de uygun olmayabilir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak millî bir hukukun seçiminde söz konusu olabilecek bu olumsuz ihtimaller, uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*’nın seçilmesi halinde ortadan kalkacaktır.

*Lex mercatoria*’nın seçimine ilişkin kayıtlara, özellikle, taraflardan birini bir hükümetin, diğerini ise bir özel teşebbüsün oluşturduğu sözleşmelerde çok sık rastlanmaktadır. Hükümetler, yabancı bir devletin hukuk kurallarına tâbi olmayı istememektedir. Özel teşebbüsler de, sözleşme yapıldıktan sonra, çok rahat bir şekilde kendi aleyhlerine olarak değiştirilebilecek yabancı bir devletin kurallarının sözleşmeye uygulanmasını kabul etmemektedir. Böyle bir durumda *lex mercatoria*, tarafların üzerinde uzlaşabilecekleri tek alternatif olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*’nın seçilmesine, iki özel teşebbüs arasında yapılan sözleşmelerde de rastlanmaktadır. Bir devlet için, diğer bir devletin hukukuna tâbi olmayı istememe sebebi böyle bir durumda geçerli değilken, bahsedilen diğer sebep olan, millî hukuk sistemlerindeki kuralların, sözleşme yapıldıktan sonra değiştirilebileceği ihtimali, iki özel teşebbüs arasında yapılan sözleşmelerde, uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*’nın seçimi konusunda etkisini korumaktadır. Her iki tarafın da özel teşebbüs olduğu sözleşmelerde, *lex mercatoria*’nın seçimi sonucunu doğuran başka sebepler de mevcuttur. Bu sebeplerin başında, milletlerarası ticarî sözleşmelerin yapısına uygun olmayan millî hukuk sistemlerinin hükümlerinden kaçınma arzusu ve *lex*

mercatoria'nın esnek ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçları doğrultusunda sürekli gelişen yapısı gelmektedir. Bunlara ek olarak, taraflar, yaptıkları sözleşmeye ve bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı seçtiklerinde, millî hukuk sistemlerinin teknik ayrıntılarından kurtulabilecekler, garip formaliteleri, kısa zamanaşımı sürelerini ve bazı millî hukuk sistemlerinde söz konusu olup da, diğer ülkelerde bilinmeyen zorlukları bertaraf etmiş olacaklardır.

## II. Zımnî Hukuk Seçimi

Hakkında açık bir hukuk seçimi yapılmamış olan milletlerarası nitelikli bir sözleşmeden doğan ihtilâf, millî mahkemelerin önüne geldiğinde, bu mahkemeler, ihtilâfın esasına uygulanacak hukuku belirleyecek bağlama kurallarına sahip olduklarından, tarafların zımnî iradelerinin araştırılması yoluna başvurup vurmamak konusunda, bir dereceye kadar, daha rahat davranmak imkânına sahiptir. Milletlerarası ticarî tahkim alanında ise, bu tür bağlama kuralları bulunmamakta ve tahkimin mahiyeti, daima taraf iradelerinin araştırılmasını ve bunun dikkate alınmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, hakemler, çözmek durumunda oldukları milletlerarası ticarî uyuşmazlıklarda, tarafların zımnî hukuk seçimi konusundaki iradelerini de araştırıp, dikkate alacaklardır. Milletlerarası ticareti konu edinen bir sözleşmenin taraflarının, bazen, sözleşmelerine uygulanmasını istedikleri hukuku seçebilme imkânlarını açık bir şekilde kullanmamaları zımnî hukuk seçimi teorisinin gelişmesini sağlamıştır. Bu teoriye göre, tarafların, sözleşmelerine uygulanmasını istedikleri hukuk hakkındaki zımnî iradeleri, sözleşme metninin yorumlanması suretiyle belirlenebilir. Tarafların zımnî iradelerinin yorumlanması sonucunda, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak millî bir hukuk sistemine ya da *lex mercatoria*'ya ulaşmak mümkündür. Diğer bir ifadeyle taraflar, herhangi bir millî hukuk sisteminin sözleşmelerini idare etmesini istemediklerinde, sahip oldukları hukuk seçimi imkânı sayesinde, uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı seçmektedirler. Bu seçim bazen açık olarak yapılırken, bazen de, tarafların *lex mercatoria*'nın seçimi konusundaki zımnî iradeleri, sözleşmedeki bazı kayıt ve ifadelerden çıkartılmaktadır. *Lex mercatoria*'nın, uygulanacak hukuk olarak taraflarca zımnî bir şekilde seçildiği sonucuna ulaştırılacak kayıtların başında, hakemlere “dostane aracı” (*amiable compositeur*) yetkisi veren kayıtlar gelmektedir. Çünkü, sözleşmede böyle bir kaydın bulunması halinde hakemler, ihtilâfı, maddî hukuk hükümlerine bağlı kalmaksızın hak ve nısfetle çözebilme yetkisine sahip olacaklardır. Kendilerine bu tür bir yetki verilen hakemler, *amiable compositeurs* gibi karar verme yetkisine sahip olacaklar ve bir uyuşmazlığı, eşitlik ve adalet ilkelerine göre çözebileceklerdir. Dolayısıyla, hakemler, teknik bakımdan geçersiz bir sözleşmeyi, tarafların bu sözleşmeyle bağlı olmayı amaçladıkları açıksa, geçerli ve etkili kılmak doğrultusunda karar verebileceklerdir. Bu kayıt, olumlu etkisini, özellikle, hakem olarak uyuşmazlık konusuyla ilgili bilgi sahibi olan teknik uzmanların seçildiği davalarda göstermektedir. Çünkü, bu kayıt sayesinde, hakemlerin hukukî bilgisizliği, onların karar vermesinin önünde bir engel oluşturmamakta ve uyuşmazlık konusu olan teknik alanda uzman olan bu hakemler, meslekî tecrübelerine, çalıştıkları alanda geçerli olan örf ve âdet kurallarına ve uygulamalara göre karar verebilmektedirler. Genel bir kural olarak, *amiable compositeur* yetkisine sahip hakemler, kararlarını benzer kriterlere dayandırmaktadırlar. Bu yetkiye sahip hakemler, olayların ayrıntılarını, teknik kuralların izin vereceğinden daha geniş bir şekilde

inceleyebilecekler ve bunu yaparken de, hukukun genel ilkelerine ve milletlerarası ticaret uygulamalarına başvuracaklardır. Ayrıca, amiable compositeur yetkisine sahip hakemlerin tarafsız yaklaşımları, yeknesak bir hukuk felsefesine ve milletlerarası ticarete yeni bir ahlâk anlayışına ulaşmalarını da sağlayacaktır. Dolayısıyla, hakemin böyle bir yetkiyle donatılması, onun, *lex mercatoria*'yı uygulamasına hem imkân vermekte, hem de bunu gerektirmektedir. Ticarî bir sözleşmeye, uygulanacak hukukla ilgili olarak konan amiable compositeur kaydından başka, böyle bir sözleşmeye, sadece milletlerarası tahkim kaydının konması da, bu sözleşmenin milletlerarasılaştırılması için bir araç olarak kabul edilmekte ve bunun sonucu olarak da, sözleşmeye konan tahkim kaydıyla, milletlerarası ticaretin genel ilke ve uygulamalarına zımnî bir atıfta bulunduğu yorumuna ulaşılmaktadır. Bunlardan başka, sözleşmede yer alan diğer bazı kayıt ve ifadeler de, tarafların, uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'ya yönelik zımnî bir iradeleri olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Böyle bir hakem kararına örnek olarak, ICC'nin 1969 tarihli bir kararı gösterilebilir. Bu karara konu olan uyuşmazlıkta, taraflardan birini bir İsveç vatandaşı, diğerini ise üç Fransız oluşturmaktadır. Davaya bakan Belçikalı hakem, tarafların farklı vatandaşlıkta olmalarından, sözleşme metninin tarafların ana dillerine yabancı olan İngilizce ve Almanca olarak kaleme alınmasından ve sözleşmenin Fransa'da yapılmış olmasına rağmen Almanca olarak tasarlanmasından yola çıkarak, tarafların, sözleşmelerini herhangi bir millî hukuk sistemine tâbi tutmayı düşünmediklerini belirtmiş ve tarafların, böyle bir yöntem izleyerek, sözleşmelerini "milletlerarasılaştırmak" istedikleri; dolayısıyla, "zımnî" genel hukuk ilkelerini ve milletlerarası ticarî örf ve âdet kurallarını seçtikleri sonucuna varmıştır.

## 2. LEX MERCATORIA'NIN HAKEM TARAFINDAN SEÇİMİ

Milletlerarası nitelikli sözleşmelerde, tarafların açık bir hukuk seçiminde bulunmaları istenen bir durumdur. Çünkü, bu tür bir hukuk seçimi, taraflar açısından belirlilik, güven ve istikrar sağlayacağı gibi, herhangi bir ihtilâf çıktığında hakemlerin işini de kolaylaştıracaktır. Ancak, çeşitli nedenlerle, bir hukuk seçimi kaydının bulunmadığı sözleşmelere milletlerarası ticaret uygulamasında çok sık rastlanmaktadır. Açık veya zımnî bir hukuk seçiminin taraflarca öngörülmemesinin sebebi ne olursa olsun, milletlerarası nitelikli bir sözleşmeden doğan ihtilâfi çözecek olan hakemler, genellikle, ihtilâfin hangi hukuka göre çözüleceğini tespit etmek durumunda kalmaktadırlar. Bu durumda hakemler, herhangi bir millî kanunlar ihtilâfi kuralına ihtiyaç duymadan, *lex mercatoria*'yı doğrudan doğruya uygulayabilmektedirler. Hakemler, *lex mercatoria*'ya atıfta bulunan bir sözleşme kaydının bulunmaması halinde *lex mercatoria*'yı uyguladıkları gibi, yeterli bağlama noktalarının bulunmadığı durumlarda da doğrudan doğruya *lex mercatoria*'yı uygulamaktadırlar. Başka bir ifadeyle, sözleşme, hukuk seçimine ilişkin bir kayıt içermediğinde, hakemler, millî olmayan hukuk kurallarını veya böyle kuralların yokluğu halinde ticarî teamülleri uygulamakta ve böylece, millî mahkemelerin bazen gözden kaçırdıkları en iyi hukuk kuralını seçme özgürlüklerini kullanabilmektedirler. Tarafların, sözleşmelerini idare etmek üzere millî bir hukuk sistemini belirlediği ve hakemin de belirlenen bu hukuk sistemine yabancı olmadığı birçok durumda, bu millî hukuk sistemi, taraflara, *lex mercatoria*'ya nazaran daha fazla kesinlik sağlayacaktır. Ancak, birçok olayda taraflar, sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçmemekte ve hangi hukukun uygulanacağı belirsiz kalmaktadır. Sözleşmelerde yer alan hukuk seçimi kayıtları,

gittikçe daha yeknesak hale gelse de, bu kayıtlar hâlâ problem yaratmaktadır. Bu problemlerden en önemlisi, hakemin, kendine yabancı bir hukuk sisteminin kurallarını uygulamak durumunda kalması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, hakemin karşılaştığı zorluklar büyük bir önem arz etmekte ve bu zorluklar sonucunda yapılan yanlışlıklara da sık sık rastlanmaktadır. Hatta hakemler, iyi bildikleri bir millî hukuku uygularken bile, verecekleri kararın önceden tahmin edilmesini imkânsızlaştıran zorluklarla karşılaşabilmektedirler. Zira, millî hukuk kurallarının büyük bir çoğunluğu sadece mahallî ilişkileri düzenlemekte ve yabancı unsur taşıyan olaylarda uygulanabilir bir nitelik arz etmemektedir. Bu tür kurallarla karşılaşan bir hakem, hukuk ile eşitlik arasında bir ikilem yaşayacaktır. Böyle bir durumda ise, *lex mercatoria*'nın, millî bir hukuka nazaran daha fazla kesinlik sağlayacağı aşikârdır. Tarafların, *lex mercatoria*'nın uygulanmasına yönelik açık veya zımnî bir iradeleri bulunması durumu dışında, hakemlerin, *lex mercatoria*'yı uygulama nedenleri, *lex mercatoria*'nın, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına, uyuşmazlık konusu meselenin niteliğine, tarafların beklentilerine ve milletlerarası ticarî tahkim kurumunun hukukî niteliğine uygun düşmesi şeklinde açıklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu durumda *lex mercatoria*, hakemlerce, dava konusu somut olayın çözümü bakımından “en uygun hukuk” olması sebebiyle uygulanmaktadır. Hakemlerin, *lex mercatoria*'yı, dava konusu somut olayın çözümü bakımından “en uygun hukuk” olması sebebiyle uygulamalarının yanında, milletlerarası ticarî tahkimi konu edinen hemen hemen tüm modern belge, sözleşme ve millî düzenlemeler, hakemleri, taraflarca herhangi bir millî hukuk seçimi yapılsın veya yapılmasın, her halükârda, milletlerarası ticarî örf ve âdet kurallarını göz önünde bulundurmaya çağırılmaktadır. Örneğin, 12 Mayıs 1981 tarihli Kararname ile Fransız Medenî Usûl Kanunu'na eklenen 1496'ncı maddede hakemin, uyuşmazlığı tarafların seçmiş olduğu, böyle bir seçim yapılmamışsa kendisi için uygun olan hukuk kurallarına göre karara bağlayacağı ve her hakükârda ticarî örf ve âdetleri dikkate alacağı hüküm altına alınmıştır. ICC'nin, 1 Ocak 1998'de yürürlüğe giren Tahkim Kuralları'nın 17'nci maddesinde de, tarafların, hakem mahkemesi tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemekte serbest oldukları, bu hususta taraflar arasında bir anlaşma olmaması halinde, hakem mahkemesinin, uygun bulunduğu hukuku uygulayacağı, hakem mahkemesinin, tarafların yetki vermesi durumunda, bir *amiable compositeur* yetkisine sahip olacağı düzenlenmiş ve tüm bu hallerde, hakem mahkemesinin, ilgili ticarî örf ve âdeti göz önünde bulunduracağı belirtilmiştir. Bu konuda verilebilecek başka bir örnek de, 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin VII'nci maddesidir. Bu maddede de, taraflara, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyebilme imkânı tanınmış; taraflarca bir seçim yapılmaması halinde, hakemlerin, uygun buldukları hukuku uygulayacakları belirtilmiş ve her iki durumda da hakemlerin, sözleşme şartlarını ve ticarî teamülleri dikkate alacakları düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, gerek millî düzenlemelerde ve gerekse milletlerarası metinlerde, milletlerarası ticarî tahkimlerde uyuşmazlığı çözmek durumundaki hakemler, *lex mercatoria*'nın kaynaklarından olan ticarî örf ve âdeti uygulamaya davet edilmektedir. *Lex mercatoria*'nın diğer bir kaynağını oluşturan milletlerarası mevzuat kapsamındaki belge ve sözleşmeler de, milletlerarası karakterli ihtilâfların çözümünde, hakemlere daima rehberlik etmektedir. Hakemler, söz konusu belge ve sözleşmelerde, önlerindeki meselenin çözümüne ilişkin tarafsız ve millî olmayan kurallar bulabildiklerinde, bu belge ve sözleşmelerin tarafların mensup olduğu, ikâmet ettiği veya tahkim prosedürünün cereyan ettiği ülkelerde

onaylanıp onaylanmadığına bakmaksızın, bu kuralları doğrudan uygulayabilmektedirler. Hakemler için burada önemli olan, bu kuralların tarafsızlığı, olaya uygunluğu ve objektif olarak taraflar arasındaki hukukî eşitliği bozmayacak kadar milletlerarası düzeyde yaygınlığıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, *lex mercatoria*'nın önemli diğer bir kaynağı da davranış kodlarıdır ve bu kodlar, genel şartlardan, standart sözleşmelerden ve bunlar dışındaki yeknesak düzenlemelerden oluşmaktadır. Genel şartlar ve standart sözleşmelerin özü, milletlerarası ticaret camiasının zaman içindeki uygulamalarından doğan ortak anlayış ve teamüller olmasına rağmen, hakemlerce, bunların doğrudan doğruya uygulanması söz konusu olamaz. Ancak, taraflar sözleşmelerinde, söz konusu şartlara atıf yaptıklarında veya aralarındaki ilişkide doğrudan söz konusu standart sözleşmeleri kullandıklarında, bunların içeriğinde yer alan kurallar, akdî düzenlemeler olarak uygulama alanı bulur. Bununla beraber, genel şartlar ve standart sözleşmeler dışında kalan diğer yeknesak düzenlemeler ise, taraflarca kendilerine herhangi bir atıf yapılsın veya yapılmaz, hakemlerce doğrudan uygulanabilmektedir. Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında, tarafların herhangi bir genel şarta atıfta bulunduğu veya belirli bir standart sözleşme tipini kullandığı ya da hakemlerin, tarafların iradesine veya söz konusu kuralların ihtilâfin mahiyetine uygunluğuna dayandığı durumlarda, bu tür davranış kodlarının uygulandığı kararlara çok sık rastlanmaktadır. Sonuç olarak denilebilir ki, *lex mercatoria*, özellikle 1960'lardan sonra yapılan birçok milletlerarası düzenlemede ön plana çıkmış ve milletlerarası ticarî tahkim prosedüründe yaygın bir uygulama alanına kavuşmuştur. Milletlerarası ticarî tahkim hakemleri de, *lex mercatoria*'ya, bazen sözleşme hükümlerinin tarif ve yorumunda, bazen tarafların hak ve borçlarını tespit, bazen de tahkime ilişkin hukukî sorunların karara bağlanmasında başvurmakta ve bu kararların bazılarında, doğrudan doğruya *lex mercatoria*'yı uygularken, bazılarında da taraflarca belirlenen millî hukuk sistemi içerisinde ulaştıkları sonuçları *lex mercatoria* ile desteklemektedirler.

### **3. ESASA LEX MERCATORIA'NIN UYGULANMASI HALİNDE TAHKİM KARARININ TENFİZİ SORUNU**

#### **I. Genel Olarak**

Mahallî tahkimlerin hukukî statülerini belirleyen millî hukuk sistemleri, milletlerarası ticarî tahkimlerin hukukî rejimleri konusunda, genellikle, bir düzenleme getirmemektedir. Milletlerarası ticarî tahkimin tâbi olacağı rejimi, millî hukuk sistemlerinde arayan klâsik görüş, milletlerarası ticarî tahkimin, milletlerarası ticarî alanda sonuçlar doğurduğunu savunanlar tarafından eleştirilmektedir. Klâsik görüşü eleştirenlere göre, milletlerarası nitelikli bir ilişkiden çıkan uyuşmazlığın çözümü için tek bir millî hukuk sisteminin yetkili olacağı fikri, uyuşmazlığın birden çok devlet ile bağlantılı olduğu düşünüldüğünde, kendi içinde çelişmektedir. Milletlerarası ticaret hakemlerinin, uygulamak zorunda oldukları ve kanunlar ihtilâfî kurallarını da içeren bir *lex fori* bulunmadığı için, milletlerarası ticarî tahkimlerde uygulanacak hukukun, mutlaka bir kanunlar ihtilâfî kural ve sistemi uygulanarak belirlenmesi zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla, milletlerarası ticaret hakemleri, uyuşmazlığın çözümünü sağlayabilecek nitelikte ve millî hukuk sistemleri dışında maddî kurallar tespit ettiklerinde, *lex mercatoria* olarak adlandırılan bu kuralları uygulayabileceklerdir. Günümüzde milletlerarası ticarî tahkim, özerk bir milletlerarası kurum olarak kabul

edilmekte, bunun sonucu olarak da, milletlerarası nitelikli ticarî ilişkilerden doğan pek çok tahkim, herhangi bir millî hukuk sistemine dayanmaksızın, tarafların düzenledikleri iradî hükümlere, milletlerarası nitelikli kanunlar ihtilâfî kurallarına veya milletlerarası ticaretin maddî normlarına dayanılarak karara bağlanmaktadır. Ancak, esas sorun, tahkim veya tenfiz ülkesi hukukunun, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş hakem kararlarına karşı, olumsuz bir yaklaşım sergilemesi durumunda ortaya çıkmaktadır .

## **II. Lex Mercatoria'ya Dayanan Hakem Kararlarının Tenfize İlişkin Sorunlar**

Millî bir mahkeme, kendi yargı alanı dâhilinde verilmiş veya kendi yargı alanı dâhilinde yerine getirilecek bir hakem kararını denetlemek isteyecektir. Eğer, bu mahkemenin bağlı olduğu devlet, hakem kararlarının uygulanmasını düzenleyen milletlerarası bir anlaşmanın tarafıysa, millî mahkeme, söz konusu anlaşmaya göre hakem kararını ya reddedecek ya da kabul edecektir. Böyle bir anlaşma olmadığında ise, hakem kararının uygulanması, Milletlerarası Özel Hukuk'a ait bir mesele olacaktır. Bununla beraber, bazı millî mahkemeler, özellikle *lex mercatoria*'ya dayanan hakem kararlarını uygulamak konusunda isteksizdir 125 . Doktrinde de, hakem kararlarının, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmesinin, bu kararların tenfizi ile ilgili sorunlara yol açacağı savunulmakta; tahkim yeri ülkesinin emredici usûl kurallarının göz ardı edilmesinin veya uyuşmazlığın esasına millî hukuklar dışı kuralların uygulanmasının, bu tür kararların tenfizini engelleyeceği yolunda itirazlar ileri sürülmektedir. Söz konusu olan bu itirazları, 1958 tarihinde New York'da yapılan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfize İlişkin Sözleşme (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) çerçevesinde değerlendirmek yerinde olacaktır. Zira bu sözleşme, milletlerarası ticarî hakem kararlarının tenfize ilişkin olarak getirilen en önemli düzenlemedir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, hakemlerin, uyuşmazlığın esasına, millî hukuklar dışı kuralları uygulamaları, New York Sözleşmesi'nde, hakem kararlarının tenfize engel olabilecek bir husus olarak düzenlenmemiştir. Ancak, esasa uygulanan hukuk, Sözleşme'de öngörülen diğer ret sebeplerinin kapsamına sokulabiliyorsa, hakem kararlarının tenfizde etkili olabilecektir. Sözleşme'nin V'inci maddesinde ise, bu ret sebepleri, sınırlayıcı olarak sayılmıştır. Bu sebeplerden konumuzla ilgili olanlar, hakem kararının, tenfizi istenen ülkenin kamu düzenine aykırı olması (m.V/2/b), hakem kararının iptal edilmiş olması (m.V/1/e) ve hakemlerin yetkilerini aşmalarıdır (m.V/1/c). Tenfiz istenen ülke mahkemesi, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararını, ülkesinin kamu düzenine aykırı bulduğu zaman, bu kararın tenfizi talebini, New York Sözleşmesi'nin V/2/b maddesine dayanarak reddedebilecek ve bu durum, hakem kararının bu ülkede tenfize engel olacaktır. Tenfize engel diğer bir sebep ise, hakem kararının iptal edilmiş olması durumudur. Ancak, New York Sözleşmesi, hangi nedenlerle iptal edilmiş hakem kararlarının tenfiz edilemeyeceğine dair bir düzenleme içermemektedir. New York Sözleşmesi'nin bu eksikliğini, 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin IX'uncu maddesi tamamlamaktadır. Zira bu maddede, hangi nedenlere dayanılarak iptal edilmiş bir hakem kararının tenfiz edilemeyeceği, sınırlayıcı bir şekilde sayılmıştır ve bu nedenler arasında, hakemlerin, uyuşmazlığın esasına millî hukuklar dışı kuralları uygulamaları yer almamaktadır. Dolayısıyla, Avrupa Sözleşmesi kapsamına giren bir hakem kararının *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş olması, bu kararın iptali için yeterli bir sebep teşkil



etmemekte; böyle bir karar, bu gerekçeye dayanılarak iptal edildiğinde ise, artık bu iptal kararı, New York Sözleşmesi açısından tenfizi engelleyici bir nitelik arz etmemektedir. Ayrıca, New York Sözleşmesi'nin ilgili maddesi, iptal edilmiş bir hakem kararının tenfizinin reddedilebileceğini düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle, bu madde, tenfiz ülkesi hâkimine, iptal edilmiş bir hakem kararının tenfizini reddetme doğrultusunda bir zorunluluk yüklememektedir. Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında da, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararının, tahkim yeri ülkesinin yetkili makamları tarafından iptal edilmiş olması, bu kararın tenfizine her zaman engel olmamaktadır. Zira, tahkim yeri ülkesi tarafından iptal edilmiş olan bu tür bir kararın tenfizi talebi, tenfizin talep edildiği ülke mahkemelerince kabul edilebilmektedir. Tahkim yeri ülkesinde iptal edilen bir kararın, diğer bir devlette tenfiz edilmesine ilişkin olarak Pabalk Ticaret Limited Şirketi (Türkiye) ile Norsolor S.A. (Fransa) arasındaki dava örnek olarak gösterilebilir. Bu davanın konusu olan olayda, Türk firması Pabalk Ticaret Ltd.Şti. ile Fransız firması Norsolor, bir iş görme sözleşmesi yapmışlar ve bu sözleşmede, doğacak uyuşmazlıkların ICC tahkimi ile ve ICC kuralları uygulanarak karara bağlanmasını kararlaştırmışlardır. Tahkim yeri Viyana olarak belirlenmiş ve hakemler, *lex mercatoria*'ya dayanarak verdikleri kararda Pabalk'ı haklı bularak, davalı Fransız şirketini tazminat ödemeye mahkûm etmişlerdir. Bunun üzerine Norsolor, tahkim yeri ülkesi mahkemesi sıfatıyla Viyana İstinaf Mahkemesi'ne, hakem kararının iptali için başvurmuş ve Viyana İstinaf Mahkemesi de, hakemlerin, uyuşmazlığı *lex mercatoria*'ya dayanarak çözmüş olmaları sebebiyle, kararı iptal etmiştir. Bu arada, Pabalk, hakem kararının tenfizi için Paris ilk derece mahkemesine başvurmuş, ancak tenfiz talebi reddedilmiştir. Ret kararının temyizi üzerine ise Fransız Yargıtayı, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararının, Fransız Hukuku açısından geçerli bir karar olduğuna; dolayısıyla, tahkim yeri ülkesi mahkemesi tarafından iptal edilmiş olsa da, Fransız Hukuku açısından geçerli olan bir kararın, New York Sözleşmesi uyarınca tenfizini engelleyen bir durumun bulunmadığına ve söz konusu hakem kararının Fransa'da tenfizinin mümkün olduğuna karar vermiştir. *Lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararının tenfizine engel teşkil edebilecek diğer bir sebep ise, hakemlerin, yetkilerini aşarak karar vermiş olmalarıdır. Tarafların, uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı seçmeleri veya *lex mercatoria*'nın dikkate alınmasını öngören kurallara atıfta bulunmaları durumunda, hakemler, bu seçim doğrultusunda *lex mercatoria*'ya dayanarak karar verdiklerinde, herhangi bir yetki aşımı iddiası söz konusu olamayacaktır. Ancak, tarafların, esasa uygulanacak hukuk hakkında bir seçim yapmamış olmaları durumunda ve hatta, uyuşmazlığın esasına bir millî hukukun uygulanmasını kararlaştırmalarına rağmen, hakemlerin, uyuşmazlığı çözmek için *lex mercatoria*'yı uygulaması halinde, bir yetki aşımı itirazının söz konusu olup olamayacağı ise tartışmalı bir konudur. Aslında, daha önce de belirtildiği gibi, milletlerarası ticarî tahkimi konu edinen modern belge, sözleşme ve millî düzenlemeler, hakemleri, taraflarca herhangi bir hukuk seçimi yapılsın veya yapılsın, milletlerarası ticarî örf ve âdet kurallarını göz önünde bulundurmaya çağırılmaktadır. Ayrıca, uygulamada, tarafların seçimi olmasa bile, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş hakem kararlarının, millî mahkemelerce tanınması söz konusu olabilmektedir. Örneğin, 1981 yılında, Fransız Asliye Mahkemesi, tarafların, herhangi bir hukuk seçiminde bulunmamış ve hakemleri, *amiable compositeur* yetkisiyle donatmamış olmalarına rağmen, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararını onaylamıştır. Günümüzde, kaç tane millî mahkemenin bu şekilde hareket edeceği ise, tamamen belirsizdir.

Bu tartışmanın temeli, millî hukuk sistemlerinin, lex mercatoria'ya karşı gösterdikleri yaklaşımların farklılığına dayanmaktadır. Dolayısıyla, uygulamada, tarafların açıkça seçmedikleri hallerde, hakemlerin lex mercatoria'ya dayanarak karar vermeleri, tenfize engel olabilmektedir. Sonuç olarak denebilir ki, tarafların, uygulanacak hukuk olarak açıkça veya zımnen lex mercatoria'yı seçmeleri halinde, uyuşmazlığın esasına lex mercatoria'nın uygulanmış olması, kamu düzenine dayalı gerekçeler dışında, hakem kararının tenfizinin engellenmesi için bir sebep oluşturmayacaktır. Tarafların, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemedikleri hallerde ise, hakemlerin lex mercatoria'ya göre karar vermelerinin, bu kararın tenfizine engel olup olmayacağı meselesi tartışmalıdır. Dolayısıyla, hakemlerin, bu gibi durumlarda, kararın tenfiz edilmesinin muhtemel olduğu ülke hukuklarının konuya yaklaşımını dikkate almaları tavsiye edilmektedir.

#### **4. TÜRK HUKUKUNDA DURUM**

Türk Hukuku, 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (bundan sonra Kanun olarak anılacaktır) yürürlüğe girmesiyle tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği milletlerarası tahkimlere ilişkin usûl ve esasları düzenleyen ve diğer hukuk sistemlerindeki benzerlerine paralel bir Kanun'a kavuşmuştur. Kanun'un 1'inci maddesinde hüküm altına alındığı üzere Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır. Uyuşmazlığın ne zaman yabancılık unsuru taşıdığı ve buna bağlı olarak tahkimin ne zaman milletlerarası tahkim vasfını kazanmış sayılacağı ise 2'nci maddede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

- 1.** Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması,
- 2.** Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;
  - a.** Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,
  - b.** Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması,
- 3.** Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması,
- 4.** Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi durumlarından herhangi birinin varlığı uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterecek ve bu durumda tahkim milletlerarası nitelik kazanacaktır.

## I. Esasa Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası ticarî tahkime konu bir uyuşmazlığın esasına hangi hukukun uygulanacağı Kanun'un 12'nci maddesinin "C" bendinde düzenlenmiştir. Söz konusu bent; "Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilâfi kurallarının veya usûl kurallarının değil, doğrudan doğruya maddî hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir. Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir. Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir." hükmünü âmirdir. Mezkur düzenleme çerçevesinde, Kanun'un uygulanacağı milletlerarası ticarî tahkimlerde hakem veya hakem kurulu, tahkime konu uyuşmazlığı sözleşme hükümlerine ve tarafların seçtikleri hukuk kurallarına göre karara bağlayacaktır. Böylece, millî hukuk sistemlerinde ve milletlerarası ticarî tahkim belgelerinde yaygın şekilde benimsenen hukuk seçimi konusundaki irade muhtariyeti ilkesi Kanun'da da yerini almıştır. Ayrıca, yine millî ve milletlerarası düzenlemelere paralel bir şekilde, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmasını istedikleri hukuku açıkça belirtmeleri koşulu getirilmeyerek açık hukuk seçimine olduğu kadar zımnî hukuk seçimine de imkân tanındığı gibi, tarafların sahip oldukları hukuk seçimi serbestisi herhangi bir devletin hukukuna hasredilmeyerek milletlerarası ticarî tahkim müessesesinin ruhuna da uygun davranılmıştır. Bu bağlamda, milletlerarası ticarî tahkimde esasa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'nın seçimi hususunda yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerli olup, Kanun kapsamında kendilerine tanınan imkân sayesinde tarafların tahkime konu uyuşmazlıklarının esasına uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı açık ya da zımnî şekilde seçmeleri mümkündür. Taraflarca açık ya da zımnî olarak uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarının kararlaştırılmamış olması durumunda hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verecek, tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak uyuşmazlığı çözebilecektir. Söz konusu düzenleme ile hukuk seçiminin taraflarca yapılmamış olması durumunda bir taraftan hakemlere uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyebilme imkânı tanınırken diğer taraftan da bu imkân herhangi bir devletin maddî hukukuyla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, hakemler, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını tespit etmek durumunda kaldıklarında mezkur düzenleme çerçevesinde sadece millî hukuklara başvurabilecekler, milletlerarası ticarete yaygın şekilde kullanılan ama millî olmayan hiçbir hukuk kuralından ya da milletlerarası ticarî örf ve âdetler ile teamüllerden yararlanamayacaklardır. Oysa, hakemlerin kendilerine yabancı bir hukuk sisteminin kurallarını uygulamak durumunda kaldıklarında çeşitli zorluklarla karşılaştıkları âşikardır. Zira, millî hukuk kurallarının büyük bir çoğunluğu sadece mahallî ilişkileri düzenlemekte ve yabancı unsur taşıyan olaylarda uygulanabilir bir nitelik arz etmemektedir. Ayrıca, söz konusu bentte, hakem veya hakem kurulunun tarafların seçtikleri hukuka ilişkin

ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamülleri sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında göz önüne alacağı şeklinde getirilen düzenleme de isabetli olmamıştır. Zira, bu konudaki millî ve milletlerarası düzenlemelerin ve özellikle ülkemizin de onaylayarak iç hukukunun bir parçası halinde getirdiği 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin esasa uygulanacak hukuka ilişkin maddelerinde hakemlerin, uyuşmazlığı ister tarafların seçtikleri isterse kendilerinin tespit ettikleri hukuka göre çözsünler, daima ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamülleri dikkate alacakları hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, milletlerarası ticaretle uğraşan tacirler tarafından bilinen ve uyuşmazlığın çözümünde hakemlere büyük kolaylık sağlayacak nitelikte olan ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüllerin hakemler tarafından sadece sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında göz önüne alınacağına hüküm altına alınmış olması evrensel normlara uygun olarak hazırlanmış Kanun'un milletlerarası ticarî tahkime ilişkin modern yaklaşımına gölge düşürmüştür.

## II. Lex Mercatoria'ya Dayanan Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi

Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizine ilişkin olarak hukukumuzda geçerli olan iki adet düzenleme mevcuttur. Bunlardan ilki 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), diğeri ise 25.09.2001 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi'dir. Ancak, özel hükümler içermesi sebebiyle New York Sözleşmesi, MÖHUK'un tenfizle ilgili hükümlerine nazaran MÖHUK'un 1'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizinde öncelikle uygulanacaktır. New York Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinin 3'üncü bendinde devletlere, Sözleşme'yi onaylarken iki tür çekince koyabilme imkânı tanınmıştır. Buna göre, onay sırasında devletler, Sözleşme'nin sadece kendi millî hukuklarına göre ticarî sayılan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen hakem kararlarının ve/veya diğeri bir âkit devlette verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacağı yönünde çekince koyabilirler. Türkiye, New York Sözleşmesi'ni onaylarken her iki hususta da çekince koymuştur. Dolayısıyla Sözleşme, Türkiye'de, Türk Hukuku'na göre ticarî sayılan işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak Sözleşme'ye taraf olan devletlerde verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacaktır. Bu durumda, Türk Hukuku'na göre ticarî nitelikte sayılmayan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan yabancı hakem kararları ile ticarî nitelikteki uyuşmazlıklar hakkında çözüm öngörmesine rağmen New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlette verilmiş yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi MÖHUK hükümleri çerçevesinde mümkün olacaktır. Ancak, şunu belirtmek gerekir ki, milletlerarası ticaret hayatında rol oynayan devletlerin neredeyse tümü New York Sözleşmesi'ne taraf olduğu için milletlerarası ticarî hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi büyük ölçüde Sözleşme hükümlerine tâbi olacaktır. Bu bağlamda, MÖHUK'da yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin olarak yer alan hükümlerin uygulanma kabiliyetinin oldukça azaldığı söylenebilir. Daha önce de izah edildiği gibi, Sözleşme'nin V'inci maddesinde hakem kararlarının tenfizine engel olabilecek hususlar sınırlayıcı olarak sayılmış olup, uyuşmazlığın esasına lex mercatoria'nın uygulanmış olması tek başına bir ret sebebi teşkil etmemektedir. Dolayısıyla, lex mercatoria'ya dayanan bir hakem kararının

Sözleşme kapsamında tenfizi hususunda yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerli olup, esasa *lex mercatoria*'nın uygulanmış olması Sözleşme'de öngörülen ret sebepleri kapsamına sokulabildiği ölçüde söz konusu hakem kararının Türkiye'de tenfizine engel teşkil edecektir. New York Sözleşmesi'nin kapsamına girmeyen yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi hususunda ise MÖHUK'un ilgili hükümleri uygulanacaktır. MÖHUK'un yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen 43-45'inci maddeleri genel olarak Sözleşme ile uyum içindedir. Konumuz açısından önem arz eden ret sebeplerinden hakem kararının kamu düzenine aykırı olması durumunu düzenleyen MÖHUK'un 45'inci maddesinin "b" bendi ile hakemlerin yetkilerini aşarak karar vermeleri durumunu düzenleyen "h" bendi Sözleşme'nin V'inci maddesi ile aynı hükümleri içermektedir. Ancak, gerek MÖHUK'un 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrası gerekse MÖHUK'un 45'inci maddesinin "i" bendi uyarınca kesinleşmemiş, icra kabiliyeti kazanmamış ya da verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş bir hakem kararının Türkiye'de tenfizi mümkün olmayacaktır. New York Sözleşmesi'nin V'inci maddesinde ise "kesinleşme" ifadesi yerine "bağlayıcılık" ifadesi kullanılmıştır. Sözleşme metninde kullanılan bu ifade, bilinçli bir tercihin sonucu olup hakem kararlarının tenfizini güçleştiren çifte tenfiz (*double exequatur*) engelini ortadan kaldırmaya yöneliktir. Dolayısıyla, MÖHUK'daki söz konusu ifadenin milletlerarası ticarî tahkim alanındaki liberalleşme eğilimi ve bu alandaki çağdaş gelişmelerle uyumlu olmadığı, New York Sözleşmesi'ndeki düzenleme doğrultusunda yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıca, Sözleşme ile MÖHUK arasında tenfizi istenen hakem kararının iptal edilmiş olması durumuyla ilgili olarak da farklılık mevcuttur. Zira, Sözleşme'nin V'inci maddesi tenfiz ülkesi hâkimine herhangi bir zorunluluk yüklememekte, maddede sınırlı bir şekilde sayılan sebeplerden birinin varlığı durumunda tenfiz talebinin reddedilebileceğini hükme bağlamaktadır. Bu bağlamda, Sözleşme, iptal edilmiş bir hakem kararının tenfizi talebini kabul veya reddetme hususunda tenfiz ülkesi hâkimine bir takdir hakkı tanımakta, söz konusu hakem kararının iptal edilmiş olması tenfize mutlaka engel teşkil etmemektedir. MÖHUK'un 45'inci maddesindeki kesin ifade ise iptal edilmiş bir hakem kararının Türkiye'de tenfizine imkân tanımamaktadır. Yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tenfizi bağlamında, yukarıda izah edilen farklılıklar dışında, genel olarak New York Sözleşmesi'ne paralel bir düzenlemeye sahip MÖHUK'da da tahkime konu uyuşmazlığın esasına millî hukuklar dışı kuralların uygulanmış olması bir tenfiz engeli olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla, bir hakem kararının tenfizi talebi ister New York Sözleşmesi isterse MÖHUK kapsamında değerlendirilsin, söz konusu kararın *lex mercatoria*'ya dayanması Sözleşme'de ya da MÖHUK'da sayılan ret sebeplerinden herhangi birinin kapsamına girdiği ölçüde tenfize engel teşkil edecektir.

## SONUÇ

Bu çalışmada; milletlerarası ticarî tahkimde, *lex mercatoria*'nın, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak seçilip seçilemeyeceği ve *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararının tenfiz aşamasında karşılaşılabileceği sorunlar incelenmiştir. Çalışmanın birinci bölümünde, *lex mercatoria* kavramı üzerinde durulmuş, *lex mercatoria*'nın tarihsel gelişimi ve kaynakları incelendikten sonra, kavramın, millî hukuk düzenleri ve irade muhtariyeti ilkesi ile olan ilişkisine değinilmiştir. Bu bölümden çıkan sonuç, *lex mercatoria*'nın, bazı eleştirilere maruz kalsa bile, özerk bir hukuk sistemi olduğudur. *Lex mercatoria*'nın, özerk bir hukuk sistemi olarak ortaya çıkmasının altında yatan sebepler ise, millî hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların, milletlerarası bir piyasanın oluşumunu elverişsiz hale getirmesi; millî hukukların, milletlerarası ticaretle ilgili meseleleri çözme konusunda gittikçe yetersiz hale gelmesi ve milletlerarası ticarete ilişkin sözleşmelere tahkim kaydının konması olarak belirtilmiştir. Özellikle II'nci Dünya Savaşından sonra, milletlerarası ticaret alanında yaşanan olağanüstü gelişmelere ayak uyduramaz hale gelen ve milletlerarası ticaretin yapısıyla bağdaşmayan millî hukukların çizdiği sınırlardan uzaklaşmak adına yaşanan bu gelişim, XX'nci yüzyılda hukuk alanında yaşanan gelişmelerin en önemlilerinden biri olarak nitelendirilmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, milletlerarası ticarî tahkimde, uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanabilme imkânı ve bunun ne şekilde olabileceği incelenmiş; *lex mercatoria*'ya dayanan bir hakem kararının tenfiz aşamasında karşılaşılabileceği sorunlar tartışılmıştır. Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında, milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünü, bu alanda genel kabul gören kural, uygulama ve örf ve âdetlerden oluşan milletlerarası ticaret hukukuna tâbi tutma eğilimi ağır basmaktadır. Zira ideal olan da, milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, milletlerarası ticaret camiasının kendi kurallarını uygulamaktır. Hakemler tarafından uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanıp uygulanamayacağı konusundaki tartışmalar gün geçtikçe azalırken, esas sorun, tahkim veya tenfiz ülkesi hukukunun, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş hakem kararlarına karşı olumsuz bir yaklaşım sergilemesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, özellikle tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemedikleri durumlarda, hakemlerin, kararın tenfiz edilmesinin muhtemel olduğu ülke hukuklarının konuya yaklaşımını dikkate almaları tavsiye edilmektedir.