

LEX MERCATORIA ve MİLLETLERARASI TAHKİM

Koray GÜVEN*

Öz

Lex mercatoria, özerk bir hukuk düzeni teşkil eden, ulusal ve uluslararası hukuklardan bağımsız bir kurallar bütünü olarak tanımlanır. Adının da çağrıştırdığı gibi, kökleri Ortaçağ'da Avrupa boyunca ticaret yapan tacirler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere ortak bir hukuk olarak biçimlenmiş, eski bir hukuk düzenine dayandırılır. 'Yeni' lex mercatoria, bu teorinin taraftarlarınınca, modern uluslararası ticaretin gereklerine daha iyi cevap veren bir hukuk düzenine yönelik olarak tacirler toplumunun ortaya koyduğu taleplere bir çözüm olarak önerilmektedir. Öte yandan karşıtları ise, gerçek bir hukuk düzeni olarak adlandırılması için gereken hayati nitelikleri içermediği gerekçesiyle bu teoriye karşı durmaktadır. Bu tartışmadan kaynaklanan teorik sorunlar bir tarafa bırakılacak olursa, tahkimin hem lex mercatoria'nın varlığını kanıtlayan hem de onu geliştiren bir araç olduğu görülür. Bu çalışmada, lex mercatoria'nın temel nitelikleri özetlenecektir. Ardından, hakemler önündeki uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk meselesi –ki tahkim lex mercatoria'nın uygulamasındaki yegâne 'forum'dur- açıklanacaktır. Son olarak, lex mercatoria'nın uyuşmazlığın esasına uygulandığı bazı hakem kararları örnekleneyecektir.

Anahtar Kelimeler: *Lex Mercatoria, Milletlerarası Tahkim, Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Dostane Arabulucu, Lex Mercatoria'nın Kaynakları.*

LEX MERCATORIA AND INTERNATIONAL ARBITRATION

Abstract

Lex mercatoria is described as a body of rules which constitutes an autonomous legal system independent from national laws and international law. As its name implies, it dates back to an old body of law which took its form in the Middle Ages as a common legal system for the disputes between merchants who traded across Europe. The 'new' lex mercatoria, by proponents of the theory, is offered as a solution towards the demands of society of merchants for a legal system which responds to the needs of the modern international trade

* Lisansüstü Öğrenci, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Karşılaştırmalı Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı, Ankara, Türkiye, [koray.s.guven@gmail.com].

better. Opponents of the theory, on the other hand, attack on it arguing that it lacks essential features to be defined as a proper legal system. Leaving the theoretical issues arising out of this discussion, arbitration is a tool employed to prove existence of lex mercatoria and at the same time employed to develop it. In this article, basic features of lex mercatoria will be summarized. Then the problem of the law applicable to the merits in arbitration which is the unique 'forum' for lex mercatoria will be explained. Finally, some arbitral cases in which lex mercatoria was applied as substantial law will be illustrated.

Keywords: *Lex Mercatoria, International Arbitration, Law Applicable to the Merits in Arbitration, Amiable Compositeur, Sources of Lex Mercatoria.*

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 uluslararası hukuk kurallarını uyuşmazlığa uygulamayı tercih edebilir. Zaman zaman uluslararası (*transnational*), zaman zaman da ulusal olmayan (*anational*) hukuk kuralları olarak anılan bu kurallar, ticari teamülleri de kapsayacak biçimde (yeni) *lex mercatoria* şemsiye kavramı altında ifade edilmektedir.¹ Kavramın savunucuları tarafından, ulusal hukuklardan bağımsız bir kurallar bütünü, tacirler toplumunun (*societas mercatorum*) ihtiyaçlarını daha iyi karşıladığından bahsedilmektedir.² 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. Uluslararası bir ticaret hukuku ise, bu karmaşadan sıyrılarak, uluslararası ticaretin kendine özgü problemlerine biçilmiş bir kaftan gibi uyum sağlamaktadır.³

¹ John SAVAGE/Emmanuel GAILLARD, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, the Hague, 1999, s. 802.

² Tolga AYOĞLU, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler; Maddi Hükümler ve Ticari Adet - Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 1.

³ Gbenga BAMODU, *Exploring the Interrelationships of Transnational Commercial Law, "the New Lex Mercatoria" and International Commercial Arbitration*, African Journal of International and Comparative Law, Vol. 10(1), 1998, s. 45.

Ne var ki ulusal hukuklardan bağımsız bir normlar bütününü 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 tahkim⁴ yargılamalarında ya da ulusal mahkemelerin bu hakem kararları karşısında takındıkları tavır çerçevesinde biçimlenmektedir. Hakemler *lex mercatoria*'nın hem yaratıcısı hem de uygulayıcısıdır. ⁵ 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 (Alt başlık I). Ardından, *lex mercatoria*'nın uygulanma sahası olan, milletlerarası tahkimde esasa uygulanacak hukuk sorunu hakkında uzunca bir parantez açılacaktır (Alt başlık II). Bu konunun peşinden de *lex mercatoria*'nın milletlerarası tahkimde nasıl uygulandığı anlatılacaktır (Alt başlık III).

I. LEX MERCATORIA

'Yeni' *lex mercatoria*, uluslararası ticari uyuşmazlıkları, ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız olarak çözmek için; ticari ilişkiler, mahkeme veya

⁴ Arzu OĞUZ, *Lex Mercatoria*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 162, 163.

⁵ H. Ercüment ERDEM, *Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi*, H. Ercüment ERDEM (ed.), Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 325.

hakem kararlarından organik biçimde gelişen,⁶ milletlerarası ticaret hukukuna özgü bir normlar bütünü⁷ olarak tanımlanabilir. Modern milletlerarası ticari uyumsuzluklardan doğan *lex mercatoria*, zaman zaman başına konulan ‘yeni’ sıfatının çağrıştırdığı üzere, kökenleri daha eskiye -kimilerine göre Ortaçağ’a hatta Roma hukukuna kadar- dayandırılan bir kavramdır.

A. *Lex Mercatoria*’nın Tarihsel Kökenleri

Ulusal hukukların zincirlerinden kurtulmuş ortak bir tacirler hukuku düşüncesi, kaynağını Ortaçağ’daki Avrupa ortak hukukunda (*ius commune*) bulur. Ortaçağ’ın, Batı Roma İmparatorluğu’nun çöküşü olan 476’da başladığı ve kapitalizmin ekonomik ve sosyal bir sistem olarak baskınlaştığı, mutlak monarşilerin güç kazandığı, Rönesans ve Reform hareketlerinin etkili olduğu 15. yüzyılda sona erdiği kabul edilir. Barbar saldırıların merkezi örgütlenmelere izin vermediği Ortaçağ’da, feodalizm ortaya çıkmıştır. Servetin temel kaynağının toprak olduğu, para ve diğer menkul değerlerin ekonomide çok az bir yer tutması nedeniyle trampanın yaygınlaştığı, ticaretin belirli istisnalar dışında oldukça sönük olduğu ve bunun yerine loncaların ağır bastığı, dinsel ideolojinin etkin biçimde hissedildiği Ortaçağ’da, kültür ve okuma yazma oranları gerilemiş, gelenekler yegâne egemen düzen haline gelmiş, yazılı hukuk kaybolmuştur.⁸ Ortaçağ’a egemen olan bu toplumsal yapıdaki hukuk kavramı anlayışı, modern devlettekinden farklıdır. Hukuk, devletin yarattığı bir kurallar sistemi olarak anlaşılmaz. Ahlaki bağlılıkla ifade edilir ve toplum ruhuna dayanır. Bu yapıda devlet ikincil, hukuk ise birincildir. Devlet hukuku değiştiremez. Hukuk kuralı gelenekten güç aldığı takdirde, eski ve muteber olduğu ölçüde varlık kazanır.⁹

11. yüzyılda Cermen istilalarının sona ermesi ile feodalite güç kaybetmeye başlamıştır. Nüfus ve üretim artmış, ticaret ve kentler canlanmış, devletler gittikçe merkezileşmiş, feodal düzenin dar birimleri yeni yeni yükselen

⁶ Gary B. BORN, *International Commercial Arbitration*, C. 2, Kluwer Law International, the Netherlands, 2009, s. 2232.

⁷ H. Ercüment ERDEM, s. 323.

⁸ Mehmet YÜKSEL, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 2. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004, s. 53, 56, 57.

⁹ YÜKSEL, s. 59, 62.

burjuvaziyi engelledikçe, ekonomik bütünleşmeye ve dolayısıyla da siyasi ve hukuki birleşmeye talep artmıştır.¹⁰ 14. ve 15. yüzyıl, Avrupa’da kuzey ve güney ülkeleri arasındaki ticaretin gittikçe arttığı, bütünleşmenin ve siyasi otoritenin merkezileşmesinin hızlandığı bir dönem olmuştur.¹¹ Güneyde birkaç İtalyan şehir devletinde, kuzeyde ise bugünkü Belçika ve Hollanda’da toplanan ticari merkezler büyük bir hızla gelişmiştir. Sözelimi, Belçika’daki Brugge şehrinin, 1340 yılında 35.000 olan nüfusu, 1500 yılında 100.000’e kadar yükselmiş, bunun dışında yine kuzeyde oluşturulan bir ticari birlik olan Hansa Birliği (*Hanse*) yaratılmıştır.¹²

Kıta Avrupası’nda, yükselen burjuvazinin siyasi birliğe olan taleplerine rağmen, merkezi otorite hukuk yaratma konusunda başlarda yetersiz kalmış; loncalar, esnaf birlikleri, bölgesel anlaşmalar ile uluslararası ticari teamüller ticaret hukukuna kaynaklık etmiştir. Pratik ihtiyaçlardan doğan bu yapı *lex mercatoria*’yı oluşturmuştur. Hızlı, basit ve öngörülebilir hukuk talep eden tacirlerin uyuşmazlıklarını da, hızlı ve basitleştirilmiş bir yargılama usulü uygulayan yargıçlar çözüme bağlamıştır.¹³ Bu arada İngiltere’de ise, Kıta Avrupası’ndaki *lex mercatoria*’ya paralellik gösteren *law merchant*, 13. yüzyıldan itibaren tacirlerin ihtiyaçlarına cevap vermeye başlamıştır. Yine burada da, bölgesel yetkiye sahip olan ve fuarlar için geçici olarak kurulan *fair court* veya *court of pie powder* adındaki mahkemeler ile bunların aksine kesintisiz çalışan *court of staple* isimli mahkemeler tacirler arasındaki uyuşmazlıkları çözüme bağlamak için, sıkı biçim şartları öngören *common law* yerine *law merchant*’ı uygulamışlardır. Bu mahkemelerin ardından *court of admiralty*’ler ortaya çıkmıştır. Önceleri sadece deniz ticareti hukukuyla ilgilenen bu mahkemeler daha sonra tüm ticari uyuşmazlıkları çözüme bağlamaya başlamış,¹⁴ Avrupa’daki büyük ticaret birlikleri tarafından kodifiye edilmiş kuralları (Barselona’daki *Consolato del Mare*, Bordeaux’daki *Oléron Yasaları*, Kuzey Avrupa’daki Hansa Birliği’nin *Visby Yasaları* gibi) uygulamışlardır.¹⁵

¹⁰ YÜKSEL, s. 63.

¹¹ Robert O’BRIEN/Marc WILLIAMS, *Global Political Economy: Evolution and Dynamics*, 3. Ed., Palgrave Macmillan, Hampshire, 2010, s. 62.

¹² O’BRIEN/ WILLIAMS, s. 64.

¹³ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s. 62, 63.

¹⁴ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s. 64, 65, 66.

¹⁵ Hercules BOOYSEN, *Die internationale lex mercatoria: Das Erfordernis ihrer Umges-*

Ancak ilerleyen dönemlerde, uzak bölgelerle ticaret yapmayı talep eden ve feodal beyliklerin toprakları ile sınırlanmak istemeyen burjuva sınıfı, feodalitenin yavaş yavaş şehir devletlerine, birliklere ve nihayet mutlak monarşilere evrilmesine yol açmıştır. Mutlak monarşiler, mutlak bir egemenliği belirli bir toprak parçasında kesintisiz olarak kullanarak, hukuku yaratmayı ve uygulamayı tekeline alan bir yapı olarak tacirler için en elverişli koşulları oluşturmuştur.¹⁶ Çok yavaş gelişen din, ahlak, örf ve adet kuralları bu hızlı gelişimin gerektirdiği ihtiyaca cevap verememiş; merkezileşmiş devlet mekanizması, genel ve standart kurallar yoluyla ülke çapındaki farklılıkları aşmaya yarayacak bir hukuk düzenine ihtiyaç duymuştur.¹⁷ Böylece evrensel geçerlilik iddiasındaki kilise dogmalarının yerine insan aklından çıkarılan doğal hukuk ilkelerine, soyut ve genel nitelikli hukuk kurallarına gereksinim yükselmiştir.¹⁸ 16. Yüzyıldan itibaren Fransız kraları ticari ilişkilere müdahalede bulunmaya başlamış, ilerleyen yüzyıllarda da merkezi otoritelerini güçlendirmeye yönelik adımlar atarak siyasi ve hukuki birliği sağlamak için çabalara girişmiştir. Ticaret hayatına yönelik bu müdahalelere, 1673'teki *Ordonnance du Commerce* ve 1681 yılındaki *Ordonnance de la Marine* örnek verilebilir.¹⁹ İngiltere'de ise 17. Yüzyıldan itibaren *law merchant, common law*'un içine alınmaya başlamıştır.²⁰ Buna karşılık Almanya'da, siyasi otoritesini sağlamaya çalışan Fransız kralların çabaları görülmemiş, eskimiş ve işlevselliğini yitirmiş kurumlar tarafından işletilen, binlerce bölgesel özerk yönetimden meydana gelen Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nda hukukun birleştirilmesi mümkün olmamıştır.²¹

17. Yüzyıldan itibaren Avrupa'yı etkisi altına alan Aydınlanma akımı; akla ve düşünceye önem verip metafizik olana karşı çıkan, hukukun insan eliyle mükemmelleştirilebileceğini savunan, akıl ile insanlığın tüm sorunlarının

taltung zu einer Rechtswissenschaftlichen Synthese und ihr Verhältnis zum Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts, 30. Band, s. 201.

¹⁶ O'BRIEN/ WILLIAMS, s. 67.

¹⁷ YÜKSEL, s. 70.

¹⁸ YÜKSEL, s. 65.

¹⁹ Arzu OĞUZ, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 122; OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s. 67.

²⁰ AYOĞLU, s. 11.

²¹ Reinhard ZIMMERMANN, *Characteristic Aspects of German Legal Culture*, M. ZEKOLL/J. REIMANN(ed.), Introduction to German Law, 2. Ed., Kluwer Law International, The Hague, 2005, s. 2.

çözülebileceğine dair bir beklenti etrafında biçimlenmiştir.²² Otoriteryan kavramlara tereddütle yaklaşılmış; din, siyaset ve kültürde olduğu gibi hukukta da geleneksel dogmalar eleştirilmeye başlanmıştır.²³ Düşünürler eski düzeni yıkıp aklı esas alan bir düzen kurmak için kanunlaştırmayı esas almıştır. Yeni yeni ortaya çıkan modern ulus devlet ve bunun destekçisi olan kapitalizm; keyfilikten uzak, homojen ve birleşmiş bir hukuk düzeninin sağlanmasını talep etmiştir. Böylece bu çağ kodifikasyonlar çağı olmuştur.²⁴

Bir devrim ürünü olan Fransız *Code Civil*'i (1804) bu hareketin en öne çıkan sonucudur. Tebaalarının haklarını ve yükümlülüklerini bilmelerinin önünü açmak için, akılcı felsefenin etkisiyle diğer devlet otoriteleri de kodifikasyonlara girişmişlerdir. Prusya Genel Memleket Kanunu (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, 1794) ve Avusturya Medeni Kanunu (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*, 1811), devlet yetkilileri tarafından verilen bu çabanın birer ürünüdür. Böylece *ius commune*, iyiden iyiye çözülmüştür.²⁵ Bazı yazarlarca tacirlerin ortak hukuku olarak anılan²⁶ ve hatta bazen *ius commune*'nin bir parçası sayılan *lex mercatoria*'nın da, *ius commune* ile bağlantılı olarak çözüldüğünü kabul etmek gerekir.²⁷ Almanya'da ise *ius commune*'nin çok daha geç dönemlere dek varlığını koruduğu gözlenir.²⁸ 19. Yüzyılın sonlarına kadar *ius commune*'nin belli

²² YÜKSEL, s. 112-114.

²³ Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3. Ed., (Trans.) Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 135.

²⁴ YÜKSEL, s. 116.

²⁵ ZWEIGERT/ KÖTZ, s. 136, 137; ZIMMERMANN, s. 3, 4.

²⁶ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s. 44.

²⁷ Bir görüş (*lex mercatoria*'nın ayrı bir hukuk düzeni olarak tarihsel gerçeklerle desteklenemeyeceğini iddia eden bir görüş), *lex mercatoria*'yı *ius commune*'nin bir parçası olarak sınıflandırır. Buna göre, tacirlerin uyuşmazlıklarına karar veren Kıta Avrupa'sındaki özel mahkemelerin, Roma-Kilise hukukundaki genel usulden farklı bir usul izlediği, zaman zaman örf ve adet hukukunun bu yargılamalarda önemli rol oynadığı doğrudur. Ne var ki, usuldeki bu sapmalar ile örf ve adet hukukunun rolü, bu yargılamaların *ius commune*'den ayrılacak kadar farklılaşmış bir hukuk düzenine dayandırılmasını haklı göstermez. Bkz. Charles Jr. DONAHUE, *Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica*, Chicago Journal of International Law, Vol. 5, No. 1, 2004-2005, s. 31.

²⁸ Her ne kadar Prusya Genel Memleket Kanunu, bugün Almanya'yı oluşturan coğrafyanın bir bölümünü oluşturan Prusya'da yürürlüğe girse de; kazuistik metodu, yargıcın bağımsız yorum yapmasını yasaklayan ve öğretiyi göz ardı eden tutumuyla çok eleştirilen bu kanun,

ölçüde varlığını sürdürdüğü Almanya'da ise, yukarıda sayılan aydınlanmacı kanunlardan yaklaşık yüz yıl sonra -diğer devletlerin medeni kanunlarından bir hayli geç bir tarihte- nihayet Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*, 1900) yürürlüğe girmiştir. BGB ile birlikte, günümüze gelinceye kadar gelen süreçte; ulusal kanunlar milli ruhun temsilcisi olarak görülmüş, akademisyenler çabalarını bu kanunları keşfetmeye ve bunlara dayalı olarak verilen mahkeme kararlarını incelemeye kanalize etmiş ve böylece ulusal kanunların yürürlüğe girmesinden önceki Avrupa hukuk biliminin birliği unutulmuştur.²⁹

B. 'Yeni' *Lex Mercatoria*'nın Ortaya Çıkışı

'Yeni' *lex mercatoria*'nın ortaya çıkışı, 1960'lı yıllara dayandırılır. 1961 yılında bu terimi ilk defa telaffuz eden yazar Schmitthoff olmuştur. Ancak terimin kullanımını 1960'ları bulsa da, ulusal hukuktan kopup uluslararası bir hukuk düzenine yönelim fikrinin 1950'lerde verilen üç önemli hakem kararıyla somutlaştığı söylenmelidir.³⁰ *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. (1953)*, *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi (1951)*, *Saudi Arabia v. Aramco (1958)*³¹ isimli üç karar da aynı özellikleri taşır. Her üç karar da devlet veya devlet teşebbüsleri ile özel teşebbüsler arasındaki imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkindir. Her üç imtiyaz sözleşmesi de gelişmekte olan Ortadoğu ülkeleri ile merkezleri gelişmiş ülkelerde bulunan büyük özel şirketler arasında yapılmıştır. Ve her üç kararda da uygulanacak hukuk olarak uluslararası bir hukuk düzeni öngörülmediği halde, hakem heyeti sözleşmeye taraf olan devletin hukukunu, modern ticari uyuşmazlıkları çözüme bağlayacak kadar gelişmiş olmadığı gerekçesiyle uygulamaktan kaçınmıştır.³²

Sözgelimi *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi (1951)*'de,

Almanya'da hukukun birleştirilmesine hizmet edememiştir. Bkz. ZWEIGERT/ KÖTZ, s. 137, 138; OĞUZ, *Karşılaştırmalı Hukuk*, s. 191, 192.

²⁹ ZIMMERMANN, s. 8, 9.

³⁰ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, GB, 2003, s. 339.

³¹ Sırasıyla: *International Law Reports (ILR)*, Vol. 20, s. 534, *ILR*, Vol. 18, s. 144, *ILR*, Vol. 27, s. 117.

³² SORNARAJAH, s. 340.

tarafklar arasındaki imtiyaz sözleşmesinde herhangi bir hukuk seçimi yerine aşağıdaki hüküm yer almaktadır:

*“Madde 17. Hükümdar ve şirketin her ikisi de, bu sözleşmeyi iyi niyet ve eşgüdüm içinde ifa edecek, makul bir biçimde yorumlayacaklardır...”*³³

Hakem Lord Asquith’e göre:

“Söz konusu sözleşme Abu Dabi’de akdedilmiş ve yine tamamen bu ülkede ifa edilecek bir sözleşmedir. Eğer herhangi bir ulusal hukukun uygulanması söz konusu olacaksa, bu hukuk prima facie Abu Dabi hukuku olacaktır. Ancak böyle bir hukukun var olduğu söylenemez. Şeyhlik, Kuran’ın yardımıyla, tamamıyla takdir yetkisine dayanan bir adalet sistemi işletmektedir. Bu oldukça ilkel bölgede, modern ticari enstrümanların yorumlanacağı derecede yerleşik bir hukuki ilkeler bütününden bahsedebilmek hayalcilik olur. Öte yandan, İngiliz hukukunun uygulanmasını haklı gösterecek bir neden de göremiyorum. Aksine, sözleşmenin 17. maddesi, herhangi bir ulusal hukukun uygulanmasının uygun olduğu tezini reddetmektedir. Bu hüküm kuşkusuz, uygar milletlerin genelinin ortak uygulamaları ve iyi niyet üzerine temellenen ilkelerin –bir nevi modern ‘doğal hukukun’- uygulanmasına davet etmektedir. Bu noktada, taraflar arasında herhangi bir uyumsuzluk olduğunu sanmıyorum.

Ne var ki, İngiliz hukuku olduğu gibi uygulanamasa da, içerdiği kurallar kanımca, bu geniş hukuk bütününi -modern ‘doğal hukuku’- kısmen teşkil edecek kadar akılcı temellere dayanmaktadır.”^{34 35}

Ulusal hukuklardan kopuşu aklayacak bir teorinin yabancı yatırım uyumsuzluklarından çıkması tesadüf değildir. Gelişmekte olan ülkelerle, gelişmiş ülkelerde merkezi bulunan özel teşebbüslerin arasındaki bu sözleşmelerin akdedilmeleri sırasında, genellikle yabancı yatırımcı daha üstün bir pazarlık gücüne sahiptir. Yatırımcıyı çekmeye çalışan devlet karşısında yatırımcı, genellikle kendisi için en avantajlı şartları sözleşmeye koydurmayı başarır. Ancak ne zaman ki yatırım yapılır ve ilerlemeye başlar, o andan itibaren

³³ Yazarın İngilizce metinden çevirisidir.

³⁴ Yazarın İngilizce metinden çevirisidir.

³⁵ Felix DASSER, *Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria: Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein Nicht - Staatliches Handelsrecht*, Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1989, s. 180, 181.

yatırımcı devletin ‘tutsağı’ haline gelir. Yatırımı çeken devlet, yasama organından istediği gibi kanunlar geçirip sözleşmeyi kendisi için avantajlı hale getirebilir. Zira çoğu zaman yatırımı çeken devlet, başka bir ülke hukukunun uygulanmasına sıcak bakmamakta, bir yandan da taraf devletin kamu hukukundan kaynaklanan pek çok düzenlemesi sözleşmeyi ilgilendirmekte; bu nedenle de yabancı yatırım anlaşmalarında genellikle taraf devlet hukukunun uygulanması söz konusu olmaktadır.³⁶

İşte bu ‘tutsaklığa’ çare olarak, yabancı yatırım sözleşmelerinde birtakım yöntemler denenmiştir. Sözgelimi stabilizasyon şartları, taraf devlet hukukunun, sözleşmenin akdedildiği andaki haliyle dondurulmasını öngörür ve herhangi bir değişiklik yapılması halinde yatırımcı tarafından tazminat talep edilmesi hakkını saklı tutar. Ancak uygulanacak hukukun emredici kuralları hiçbir biçimde saf dışı bırakılamamıştır.³⁷ Stabilizasyon şartı, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri konulardaki kanun hükümlerinin dondurulmasına yaradığından, bunlar da yatırımcıyı devlete karşı eli kolu bağlı hale getirmiştir. Bunun dışında başka bir yöntem ise, sözleşmenin ‘uluslararasılaştırılması’ olmuştur. Aslında özel teşebbüsler arasındaki uyuşmazlıklarda telaffuz edilen *lex mercatoria* kavramının yabancı yatırım uyuşmazlıklarındaki yansıması da budur. Ulusal bir hukuk düzeni yerine hukukun genel ilkelerine atıfta bulunan bu teori ilk olarak, işte yukarıda anılan üç imtiyaz uyuşmazlığında hakemlerce uygulanmıştır. Bir ulusal hukuk düzeninin uygulamasından, modern ticari muameleleri çözecek kadar gelişmiş olmadığı teziyle kaçınılması, artık öğretilde kabul görmemektedir.³⁸ Ancak söz konusu hakem kararlarının verildiği 1950’li ve sonraki yıllarda, yabancı yatırımcıların çabalarıyla kabul görür hale getirilmiştir. Özel şirketlerin girişimleriyle, uluslararası kamu hukukuna yapılan müdahalenin, çok uluslu şirketlerce düzenlenen bir komplo olduğunu söylemek abartılı bir tespit olur. Bunu daha çok, ‘uluslararasılaştırma’ teorisinin bir defa uygulamaya sokulmasıyla beraber; diğer yabancı yatırımcılarca bundan istifade edilmeye devam edilmesi biçiminde algılamak doğru olur.³⁹

³⁶ SORNARAJAH, s. 323, 324.

³⁷ BORN, s. 2225.

³⁸ BORN, s. 2204; Julian D. M. LEW/Loukas A. MISTELIS/Stefan KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, New York, 2003, s. 419; SAVAGE/GAILLARD, s. 842, 843.

³⁹ SORNARAJAH, s. 324.

1950’lerde taraflar arasında hukukun genel ilkelerine yönelik bir anlaşma olmadığı halde hakemlerce uyuşmazlıklarda kendiliğinden uygulamaya sokulan ‘uluslararasılaştırma’ teorisi, daha sonra 1970’li yıllarda Libya tahkimleri ile ilk defa taraflarca düzenlenmiş hukuk seçimi klozları olarak imtiyaz sözleşmelerine girmiştir.⁴⁰

Uluslararası ticaret hukuku yerine, uluslararası ‘ekonomi’ hukuku ifadesini tercih eden Berger’e göre, modern uluslararası ekonomide, yatırım uyuşmazlıkları ile ticari uyuşmazlıklar arasındaki sınır kaybolmuştur. Bu nedenle, özel teşebbüsler arasındaki uyuşmazlıkları –bir başka deyişle ticari uyuşmazlıkları- ilgilendiren *lex mercatoria* ifadesi, aslında devlet teşebbüslerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda da –yatırım uyuşmazlıklarında- kullanılabilir.⁴¹ Nitekim hem yatırım uyuşmazlıklarındaki ‘uluslararasılaştırma’ teorisi, hem de ticari uyuşmazlıklardaki *lex mercatoria* teorisi, aynı yazarlarca desteklenmekte ve benzer motivasyonlarla geliştirilmektedir. İşte 1950’lerde kilometre taşı olan yukarıdaki üç yatırım uyuşmazlığı bu bakımdan, ‘yeni’ *lex mercatoria*’nın kökeni olarak sayılmalıdır. ‘Yeni’ *lex mercatoria* teorisi, bu üç hakem kararının ardından 1950’lerin sonu ile 1960’larda, iki hukukçunun, Goldman ve Schmitthoff’un, çabalarıyla kavramsallaştırılmıştır. 1961 yılında Schmitthoff, *lex mercatoria* kavramını ilk defa telaffuz eden çalışmasını yayımlamıştır.⁴²

‘Yeni’ *lex mercatoria*’nın yukarıdaki gibi ortaya çıkışını açıklayan ilginç bir alternatif tez de ileri sürülebilir. Dezalay/Garth’e göre, bahsedilen ‘uluslararasılaştırma’ teorisi ile bağlantılı olarak *lex mercatoria*, 1960’lı yıllarda bir grup Avrupalı hukukçu tarafından, kendilerine bütünüyle takdir yetkisi sağlamak için ortaya çıkarılmıştır. Gelişmekte olan devletler de, yabancı yatırım sözleşmelerinde, daha önce sömürgesi oldukları gelişmiş ülkelerin hukuk düzenlerine tabi olmamak için bu uluslararası hukuk teorisini sahiplenmişlerdir. Ne var ki, sonunda bu gelişmenin çok uluslu petrol şirketlerinin menfaatine hizmet ettiğinin anlaşılması üzerine, *lex mercatoria*

⁴⁰ BP Exploration Company, Texaco Overseas Petroleum Company, California Asiatic Oil Company ve Libyan American Oil Company ile Libya hükümeti arasında yapılan lisans sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, taraflarca kararlaştırılan hukuk seçimi klozlarında genel hukuk ilkelerine atıf yapılmıştır. Bkz. AYOĞLU, s. 29.

⁴¹ Klaus Peter BERGER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, Walter de Gruyter, Berlin, 1992, s. 362.

⁴² BAMODU, s. 33.

uygulamadaki desteğinden mahrum kalmıştır.⁴³ Gerçekten de *lex mercatoria* veya uluslararası bir hukuk düzenine atıfla uyumsuzluğun çözüldüğü hakem kararları nispeten az rastlanır kararlardır.⁴⁴

Yukarıdaki açıklamaya benzer doğrultuda Drahozal, *lex mercatoria* üzerine bunca akademik çalışma yapılmasını; bu teoriyi savunmanın yazarlara getirdiği pratik fayda ile açıklamaktadır. Tahkim gibi oldukça küçük ve rekabetin yoğun olduğu bir piyasada, ilerdeki tahkim yargılamalarına hakem veya danışman olarak seçilebilmenin yolu, hukukçuların isimlerini olabildiğince nitelikli uygulayıcılar olarak duyurabilmelerinden geçmektedir. Bunun en iyi yollarından biri ise, uluslararası yayınlarda makaleler yayımlamaktır. *Lex mercatoria* bu makaleler için iyi bir konu teşkil etmektedir. Bir başka deyişle *lex mercatoria* destekçilerinin, milletlerarası ticaretin ihtiyaçları doğrultusunda değil, kendi kişisel, mesleki kaygıları çerçevesinde hareket ettiği öne sürülmektedir. Yine bu görüş doğrultusunda, milletlerarası uyumsuzluklarda rol oynayan bazı aktörlerin, pratik olmaktan ziyade akademik kaygıları olduğuna da dikkat çekilmektedir.⁴⁵

C. *Lex Mercatoria*'nın Kaynakları ve Bu Kaynaklardan Biri Olarak Milletlerarası Tahkim

Lex mercatoria taraftarları arasında, kaynaklar konusunda ayrılıklar gözlenmektedir. Schmitthoff'un temsil ettiği daraltıcı yaklaşım, *lex mercatoria*'nın kaynaklarını uluslararası sözleşmeler, model kanunlar ve ticari teamüllerle sınırlar.⁴⁶ Pek çok yazarca paylaşılan diğer görüşler ise çok daha geniş bir kaynak yelpazesini benimser. Bu yaklaşımlardan belki en geniş olanı Lando tarafından biçimlendirilmiştir. Lando'ya göre *lex mercatoria*'nın kaynakları; uluslararası kamu hukuku, yeknesak hukuk, hukukun genel ilkeleri, uluslararası örgütlerin hazırladığı kurallar, standart

⁴³ Gilles CUNIBERTI, *Three Theories of Lex Mercatoria*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 52, 2014, s. 406.

⁴⁴ Abul F.M. MANIRUZZAMAN, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?*, American University International Law Review, Vol. 14, No. 2, 2006, s. 697.

⁴⁵ CUNIBERTI, s. 405, 410.

⁴⁶ AYOĞLU, s. 121.

sözleşmeler ve hakem kararlarıdır.⁴⁷ Birçok kaynağı *lex mercatoria* çatısı altında toplayan bu yaklaşım aynen olmasa da, birtakım başka yazarlar tarafından da benzer biçimde gruplandırılır.⁴⁸ Ne var ki örneğin Goldman daha sınırlayıcı bir biçimde örf ve adet hukukundan çıkarılan ‘spontane’ ilkeleri odağına alır.⁴⁹ ⁵⁰ Keza Dasser’e göre diğer kaynakların varlığı kabul edilmeli ise de esas örf ve adet hukuku ile hukukun genel ilkeleri *lex mercatoria*’nın belkemiğini teşkil eder.⁵¹

Öte yandan Fouchard/Gaillard/Goldman çok daha geniş kategoriler altında kaynakları tasnif eder. Buna göre *lex mercatoria*’nın kaynakları; hukukun genel ilkeleri, uluslararası birtakım enstrümanlar ve milletlerarası tahkim içtihatlarıdır.⁵² ‘Uluslararası birtakım enstrümanlar’ kategorisi oldukça geniş bir biçimde; hem uluslararası ticari teamül ve örf-adetleri, hem model kanunlar ve konvansiyonları, hem derleme biçiminde hazırlanan UNIDROIT ve Lando İlkeleri gibi ilkeleri, hem *INCOTERM*’ler gibi yeknesak kuralları, hem de özellikle *International Chamber of Commerce* (ICC) gibi kuruluşlar tarafından çıkarılan model sözleşme ve klozları kapsayacak biçimde anlaşılmalıdır.⁵³ Buna karşılık hukukun genel ilkeleri çok daha askıda bir kavram olarak kafa karıştırıcıdır. Bu kavramın içeriğinin belirlenmesi için iki farklı yaklaşımın önerildiğini söylemek yeterlidir. Bir yaklaşıma göre, bu ilkeler *ad hoc* biçimde her bir somut uyuşmazlık için ‘gereklikçe’ belirlenmelidir. Diğer yaklaşıma göre ise, bahsedilen birinci yaklaşım, *lex mercatoria*’nın içeriğinin belirlenmesi ile alakalı sorunları görmezden gelmektedir. Bu yüzden, tüketici biçimde olmasa da birtakım genel ilkeler önerilmeli ve *lex mercatoria*’nın içeriği bir nebze de olsa somutlaştırılmalıdır.⁵⁴ Hukukun

⁴⁷ Ole LANDO, *the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 34 (4), 1985, s. 749 vd..

⁴⁸ DASSER, 77 vd.; AYOĞLU, s. 121.

⁴⁹ MANIRUZZAMAN, s. 672.

⁵⁰ Ortaçağ’daki ‘eski’ *lex mercatoria* ise ‘yeni’ *lex mercatoria*’dan çok daha dar kapsamlıdır. Ortaçağ’da uygulandığı savunulan *lex mercatoria*, Avrupalı tacirlerin ticari işlemleri sırasında uygulayageldikleri teamüllerden oluşan örf ve adet kuralları bütününden ibarettir. Bkz. BAMODU, s. 33.

⁵¹ DASSER, 76.

⁵² SAVAGE/GAILLARD, s. 816.

⁵³ AYOĞLU, s. 122 vd..

⁵⁴ Michael PRYLES, *Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, University of New South Wales Law Journal, Vol. 31(1), 2008, s. 321, 323, 324.

genel ilkelerinin saptanması için sarf edilen çabalara örnek olarak, aslında bir *lex mercatoria* karşıtı olan Lord Mustill'in çalışması ve bundan daha kapsamlı olan Berger'in çalışması verilebilir.⁵⁵

Bu çalışmanın kapsamını ilgilendiren tahkim, doktrinde çoğunluğun benimsediği geniş tasniflerin her birinde -her zaman sert çekirdek olarak anılmasa da- hukuk kaynağı olarak sayılmaktadır. Lando'nun ifade ettiği gibi, milletlerarası tahkim bir yanıyla hukuk kurallarının uygulanması faaliyetiyken, bir yanıyla da yaratıcı ve seçici bir faaliyettir. Böylece *lex mercatoria*'yı uyuşmazlığın esasına uygulayan hakem de aslında karar verirken kuralları icat etmekte, bir başka deyişle toplum mühendisliği yapmaktadır. Bu bakımdan *lex mercatoria*'yı uygulayan hakemin faaliyeti, ulusal hukuku uygulayan bir hakem ya da yargıçtan fazlasıdır.⁵⁶

Ne var ki tahkimin en önemli avantajlarından biri olan gizlilik, *lex mercatoria* uygulaması açısından, gelişiminin önünde duran bir engeldir. Ulusal mahkemelerin aksine tahkim usulü gizlilik içinde yürütülür ve hakem kararı da kamuya açıklanmaz. Ancak zaman zaman kararın bir ülkede tenfizi için mahkemeye gidildiğinde bu gizlilik bozulabilmektedir. Öte yandan ICC, redaksiyona tabi tuttuğu kararları, hukukçu ve hakemler yararına yayımlamaktadır.⁵⁷ Böylece kamuya açılan hakem kararları, bir içtihat olarak bağlayıcılığa sahip değildir. Ancak uygulamada hakemlerce önceki kararlara sıkça başvurulmakta,⁵⁸ bu da hakem kararlarının bir *lex mercatoria* kaynağı olarak kabul edilmesinin önünü açmaktadır.

D. *Lex Mercatoria* Kavramının Teorik Anlamı

Lex mercatoria kavramının teorik anlamı üzerine tartışmaların, bu kavramın bağımsız bir hukuk düzeni teşkil edip etmediği üzerinde yoğunlaştığı

⁵⁵ Bkz. Michael MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, Arbitration International, 1988, s. 86 vd. ve Klaus Peter BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, the Hague, London, Boston, 1999.

⁵⁶ LANDO, s. 747, 752.

⁵⁷ Alan REDFERN/Martin HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 1-53, 1-59.

⁵⁸ SAVAGE/GAILLARD, s. 817, 818.

gözlenebilir.⁵⁹ *Lex mercatoria*'nın bağımsız veya özerk olup olmadığı sorusuyla kastedilen, ulusal hukuklardan bağımsız bir geçerliliği haiz olup olmadığıdır. *Lex mercatoria* taraftarları, bu kavramın milletlerarası ticari uyumsuzluklarda kullanıldığı konusunda hemfikir olmalarına rağmen, ne sıfatla uygulandığı konusunda bir fikir ayrılığı görülmektedir.

'Yeni' *lex mercatoria* deyişini icat eden Schmitthoff'a göre bu kavram, bağımsız olmaya yönelik ancak henüz bağımsız olmayan bir yapıyı ifade eder. Uluslararası kanunlaştırmalar ve uluslararası ticari teamüllerden oluşan bu yapı, ancak taraflar üzerinde anlaşılırsa uygulama alanı bulur. Dolayısıyla, ulusal hukuk sistemlerinden bağımsız düzenlemeler içeren bir hukuk düzeninden söz edebilmek mümkün değildir.⁶⁰ Maniruzzaman da Schmitthoff ile aynı doğrultuda, *lex mercatoria*'nın ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinden özerk algılanamayacağını savunur. Biçim ve içerik açısından yetersizliği nedeniyle *lex mercatoria*, zaman zaman bu eksiklikleri için ulusal hukuk düzenlerine başvurmaktadır.⁶¹ Dasser'in 'ılımlı pozitivistler' diye adlandırdığı bu görüşün taraftarları, *lex mercatoria*'nın henüz bağımsız bir hukuk düzeni oluşturmadığını, ancak bağımsız olmaya 'eğilimli' olduğunu savunmaktadır.⁶² *Lex mercatoria*'nın kaynaklarını oluşturan uluslararası kanunlaştırmalar ile ticari örf ve adet kuralları; ulusal hukuk düzenleri ile işbirliği içerisinde, onların desteğini alarak ve onların bir parçası olarak uygulanmaktadır.⁶³

Schmitthoff ile beraber *lex mercatoria* teorisinin önemli figürlerinden olan Goldman da 1960'larda savunduğu ilk tezinde, uluslararası ticaretin örf ve adet kurallarının, ulusal hukuk düzenlerinden tamamen bağımsız olmayan ve bu nedenle de gerçek bir hukuk sistemi oluşturamayan bir bütün olduğunu savunmuştur. Ancak 1980'lere doğru yenilediği görüşüne göre, *lex mercatoria* 'spontane' bir hukuktur. Ulusal hukuklardan tamamen özerk olmasa da, *lex mercatoria*'yı oluşturan sözleşmesel enstrümanlar, uluslararası ticaret uygulanmasında tekrarlana tekrarlana ve kendi verimliliklerini ispat ederek, yeni bir uluslararası hukuk sistemine vücut vermektedir. Bu

⁵⁹ Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. AYOĞLU, s. 29 vd..

⁶⁰ DASSER, s. 44, 45.

⁶¹ MANURUZZAMAN, s. 670.

⁶² DASSER, s. 43, 44.

⁶³ AYOĞLU, s. 45.

hukuk sisteminin fazlaca boşluk içermesi ise bir nevi ‘çocuk hastalığı’dır.⁶⁴ Eksik ve olgunlaşmamış olması, onun ulusal hukuk sistemlerinin yanında ayrı bir hukuk sistemi olarak yer aldığı gerçeğini değiştirmez.⁶⁵ Kaldı ki bu sistemin bileşenlerinden biri olan hukukun genel ilkeleri yoluyla, tahkim uygulamasında özel hukuk kuralları ortaya çıkarılmaktadır. Genel ilkeler ile özel kuralların bir araya gelmesi, bir hukuk teorisinin en temel niteliğidir.⁶⁶ Genel ilkelerle beraber, gittikçe bu genel ilkelerden çıkarılan daha fazla özel kuralı bünyesinde barındıran *lex mercatoria*, özerk bir hukuk düzeni niteliğine gün geçtikçe yaklaşmaktadır.⁶⁷

Lex mercatoria taraftarlarının yukarıdaki temellendirmeleri arasında, en çok bu kavramı bağımsız bir hukuk düzeni olarak ele alan yaklaşımın eleştirilere hedef olduğu söylenebilir. Bu yaklaşımı hedef alan *lex mercatoria* karşıtlarına göre, *lex mercatoria*’nın kaynağı olarak sayılan uluslararası enstrümanların, milletlerarası uyuşmazlıklara uygulanması için yetki veren kaynak hala ulusal hukuk düzenleridir. Radbruch’a atıf yapan v. Bar/Mankowski’ye göre, sözleşme değil, sözleşmenin tabi olduğu kanun bağlayıcıdır. Sözleşme ile bağlanmak, bir çeşit özerklik (*autonomie*) değil, kaynağını kanunun bağlayıcılığından alan bir yaderklik (*heteronomie*) anlatır. Yine *lex mercatoria* karşıtlarına göre; bu yapıyı uluslararası ticarete zorunlu olarak uygulanması gereken, bağımsız bir bütün olarak kabul etmek zordur. Bu kuralların ticari uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmasını gerektirecek bir uluslararası anlaşma ya da örf ve adet kuralından bahsedilemez. Farklı ulusal hukuk düzenlerinden çıkarılan ortak hukuk ilkelerini, özerk bir hukuk düzeniymiş gibi ele almak abartılı bir yaklaşım olur.⁶⁸

Gerçekten de *INCOTERM*’ler gibi yeknesak kurallar, ICC gibi kurumların çıkardığı tahkim kurallarının yanı sıra UNIDROIT ve Ole Lando İlkeleri gibi derleme tekniği ile hazırlanan ilkeler; pek çok boşluk içeren, birbirleri ile anlamlı bir bağa sahip olmayan, bu nedenle de ‘ticaret hukuku’ niteliğini henüz elde edememiş kurallardır.⁶⁹ Viyana Satım Sözleşmesi

⁶⁴ DASSER, s. 49, 51, 52.

⁶⁵ AYOĞLU, s. 31, 32.

⁶⁶ BERGER, *the Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, s. 163.

⁶⁷ SAVAGE/GAILLARD, s. 808.

⁶⁸ BORN, s. 2234.

⁶⁹ Christian v. BAR/Peter MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht Band I: Allgemeine Lehren*, Beck, München, 2003, s. 80, 81.

gibi milletlerarası ticaret hukuku enstrümanları ise, bağlayıcılıklarını ulusal hukuklarca tanınıp bu hukukların parçası olmalarından almaktadırlar. Aynı şey yeknesak kurallar için de söylenebilir. Bunlar da bağlayıcılıkları için, taraflar arasında bir anlaşmaya veya uygulanacak ulusal hukukun bunların bağlayıcılığını öngören bir hükmüne muhtaçtırlar.⁷⁰

Lex mercatoria karşıtları bir taraftan da, bu teorinin sacayaklarından sayılan bazı mahkeme kararlarının, iddia edildiği kadar devrimsel nitelik taşımadığını iddia etmektedir. Lord Mustill'e göre, *Pabalk Ticaret Limited Şirketi v. Norsolor S.A.* (1979) hakem kararına karşı Avusturya'da yapılan iptal başvurusundaki ve Fransa'daki tenfiz prosedüründeki mahkeme kararları üzerinden, *lex mercatoria*'nın bu mahkemelerce hukuk düzeni olarak tanındığına dair bir çıkarım yapılamaz. Aynı şey *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft mbH (DST) v. the Government of the State of R'as Al Khaimah (UAE) and the R'as Al Khaimah Oil Company (RAKOIL)* (1980) ve *Fougerolle v. Banque de Proche Orient* (1982) kararları için de geçerlidir.⁷¹

Öte yandan yukarıda açıklanan pragmatik tespitler de⁷² *lex mercatoria* taraftarının karşısında durmaktadır. Drahozal, hakemlerin oldukça kısıtlı bir piyasada akademik çalışmalar ortaya koyup sivrilme hırsına dikkat çekerken; Dezalay/ Garth *lex mercatoria*'nın popüler konumunu hakemlerin kendi takdir yetkilerini artırmaya yönelik çabalarına bağlamaktadır. Yine aynı doğrultuda, *lex mercatoria*'nın tacirler yerine hakemlere pragmatik faydalar sağlamaya meyilli olduğu iddia edilmektedir. Buna göre, uluslarötesi bir hukuk düzenini uygulamak; gerek takdir yetkisini artırması, gerekse hakemin kendisine yabancı bir ulusal hukuku uygularken hatalar yapma riskini ortadan kaldırması bakımından, tacirler yerine hakemlerin menfaatine hizmet etmektedir. *Lex mercatoria*, hata riskini ortadan kaldırarak bir taraftan hakem kararının meşruiyetini sağlam bir zemine oturtmakta, diğer taraftan da hakem açısından hesap verilebilirliği azaltmaktadır. Buna karşılık milletlerarası ticaretin asıl aktörleri olan tacirler için hemen hiçbir avantaj sağlamamakta, tersine bazı hallerde hukuki kesinliği zedelemektedir.⁷³

⁷⁰ Otto SANDROCK, *Die Fortbildung des Materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL (ed.) *Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, 1989, s. 78.

⁷¹ MUSTILL, s. 106-108.

⁷² Bkz. yuk. Başlık I. B. 'Yeni' *Lex Mercatoria*'nın Ortaya Çıkışı.

⁷³ CUNIBERTI, s. 411-419. Ancak dikkat çekilmesi gerekir ki, Cuniberti bu tespitleri ya-

II. ULUSLARARASI TAHKİM

A. Modern Uluslararası Tahkimin Gelişimi

19. Yüzyılın sonlarından ve 20. Yüzyılın başlarından itibaren modern uluslararası ticari tahkim uygulamasının gelişmeye başladığı kabul edilir. Ancak bu dönemde tahkim, hala ulusal kanunların sıkı denetimi altında olmuştur. Ulusal mahkemelerin yargılama yetkisinin bir istisnası hatta ulusal mahkemelerin karşısında bir rakip gibi görülmüştür. Devletler her ne kadar hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda olumlu bir yaklaşım benimsese de, tahkim sürecini yakından denetlemeyi uygun görmüştür. Tahkim sürecinin başlangıcı, usulü ve kararın tenfizi aşamalarının ulusal kanunlarla düzenlenmesi gerekliliği, dönemin baskın görüşüdür. Tahkim konusundaki kanun hükümlerinin elbette tamamı emredici olmamıştır. Ancak tarafların iradeleri için tanınan hareket alanının son derece sınırlı tutulduğu da bir gerçektir.⁷⁴

20. Yüzyılın ilk yılları geride kaldıktan sonra, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından gelen dönem ve özellikle 1960'lı yıllar; küreselleşme ve postmodernleşme kavramları ile tanımlanır. Bu dönem yabancı sermaye yatırımlarının yaygınlaştığı, çokuluslu ya da uluslararası şirketlerin etkinliklerini arttırdığı, uluslararası ticaretin geliştiği bir dönemdir. Buna bağlı olarak mal ve hizmet ticaretinin önündeki engelleri kaldırmaya yönelik çabalar ortaya çıkar. Zira modern ulus-devlet kavramı ile biçimlenen ulusal hukuk anlayışı, küresel ekonominin yeni ihtiyaçlarını karşılamakta aciz duruma düşmüştür. Böylece ulusal hukuk anlayışı tam olarak işlevini kaybetmese de, uluslararası düzeye doğru evrilmiştir.⁷⁵

Küresel ekonominin yükselen taleplerinden, milletlerarası tahkim de nasibini almıştır. Uluslararası ticari ilişkilerin hızla artması sonucu, taraflar ulusal mahkemeler yerine hakemlere daha çok başvurmaya başlamıştır.⁷⁶ 20. yüzyılın ilk yarısı boyunca ulusal hukuk düzeyiyle sınırlı kalan tahkim uygulamasını desteklemek için, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren

parken *lex mercatoria*'nın karşısında durmamakta, tam tersine dikkat çektiği bu problemler için geliştirdiği bir teori önermektedir.

⁷⁴ LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 18, 19.

⁷⁵ YÜKSEL, s. 165, 166, 167.

⁷⁶ Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 4.

çabalara girişilmiştir. Bunlardan belki en önemlisi 1958 yılında imzalanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi'dir. 156 ülkede kabul edilen sözleşme,⁷⁷ özel hukuk alanında bu kadar geniş düzeyde yaygınlaşan az sayıdaki uluslararası enstrümandan biridir.⁷⁸

Uluslararası enstrümanların yanı sıra ulusal hukuklarda da tahkimin gelişen koşullara ve uluslararası ticaretin taleplerine uydurulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu konuda öncülük eden ülkelerden Fransa'da, erken evrelerde içtihatların belirleyiciliği gözlenir. 1980 yılındaki ulusal tahkim ile ilgili yasal düzenlemenin ardından, 1981 yılında uluslararası tahkim ayrı bir rejime tabi tutularak kanunen düzenlenmiştir.⁷⁹ Fransa'daki modernleştirme hareketini 1986'da Hollanda, 1987'de İsviçre, 1996'da İngiltere, 1997'de Almanya, 1998'de Belçika, 1999'da ise İsveç takip etmiştir.⁸⁰ Bu arada 1985 yılında hazırlanan *the United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) Model Kanunu da pek çok ulusal tahkim kanunu tarafından örnek alınmıştır. Gerek Model Kanun'un gerekse hemen her modern ulusal tahkim kanununun taraf iradesinin önceliği prensibini öne çıkardığı söylenebilir. Bu kanuni düzenlemeler sonucu, günümüzde artık 'minimalist' bir yaklaşımın uluslararası tahkim uygulamasına hâkim olduğu; ulusal mahkemelerin tahkim sürecini denetleme ve destekleme faaliyetlerinin sınırlandırıldığı görülmektedir.⁸¹

Milletlerarası tahkime ve *lex mercatoria* teorisine mesafeli yaklaşılan İngiltere'de bile, başlarda milletlerarası tahkime karşı yargıçların takındığı kuşkucu tutumun, zamanla gözle görülür biçimde değiştiğine şahit olunmuştur. *Czarnikow v. Roth, Schmidt and Company* 6 (1922) kararında,⁸² taraflar arasındaki tahkim şartını ulusal mahkemelerin yargılama yetkisini bertaraf ettiği için kamu düzenine aykırı bulan *Court of Appeal*, aradan geçen 65 yıldan sonra *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft mbH v. Ras*

⁷⁷ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. Ayrıca Türkiye'de de 25.09.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷⁸ LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 21.

⁷⁹ 14 Haziran 1980 tarihli ve 80-354 Sayılı Kararname ile Yeni Medeni Usul Kanunu'na tahkim düzenlemeleri girmiştir.

⁸⁰ SAVAGE/GAILLARD, s. 64, 70.

⁸¹ LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 28.

⁸² [1922] 2K.B.478.

Al Khaimah National Oil Co and Shell International Petroleum Co. Ltd (1987)⁸³ kararında bu defa tahkim şartını tanımakla kalmamış, hakemlerin takdir yetkilerini kullanarak uluslararası hukuk kurallarını uygulamasına da cevaz vermiştir.⁸⁴

Türkiye’de de tahkim ayrı bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak, önce ulusal mahkemelerin şüpheyle yaklaştığı bir konu olarak dışlanmış, zamanla yapılan kanuni düzenlemeler sonucu yerleşmiştir. Bu konuda ihtiyaç ilk önce, yabancı yatırım uyuşmazlıklarını doğuran imtiyaz sözleşmelerinden çıkmıştır. Bu sözleşmelerdeki bütün tahkim şartları, Danıştay tarafından idari sözleşmeler hakkında münhasıran idare mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle yapılan ön incelemelerde metinden çıkarılmaktaydı. Bu arada imtiyaz sözleşmelerini özel hukuk hükümlerine tabi kılan Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun’un⁸⁵ bu hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti.⁸⁶ Bunun üzerine Anayasa’da bir değişiklik⁸⁷ yapılarak milletlerarası tahkime gidilmesinin yolu açılmıştır. Anayasa’daki tahkime cevaz veren bu hükmün peşinden, bir dizi kanunda daha tahkime imkân tanıyan değişikliklere gidilmiş, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartı öngörülmesinin önü açılmıştır. Bu düzenlemelerden biri de Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun’dur.⁸⁸ Nihayet 2001 yılında ise imtiyaz sözleşmeleri ile sınırlı olmaksızın genel olarak milletlerarası tahkimi düzenleyen Milletlerarası Tahkim Kanunu⁸⁹ UNCITRAL Model Kanunu’nu esas alarak hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.⁹⁰

⁸³ [1987] 2 Lloyds 246.

⁸⁴ Anthony CONNERTY, *Lex Mercatoria: Is It Relevant to International Commercial Arbitration*, Ahmet Cemil YILDIRIM/Serhat ESKİYÖRÜK (ed.) Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014. s. 109, 112, 113.

⁸⁵ 8 Haziran 1994 tarih ve 3996 sayılı Kanun.

⁸⁶ 28.06.1995 tarih E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı Karar.

⁸⁷ 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun.

⁸⁸ 21 Ocak 2000 tarih ve 4501 sayılı Kanun.

⁸⁹ 21 Haziran 2001 tarih ve 4686 sayılı Kanun.

⁹⁰ Turgut KALPSÜZ, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 6-11; OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s. 167-169.

Tahkimi destekleyen ve yaygınlaştıran bu hukuki tablo karşısında; gerek hakem kararlarının derlemelerine ve incelemelerine, gerekse ulusal mahkemelerin yaklaşımına bakıldığında uluslararası tahkimin giderek önem kazandığı söylenebilir. Ekonomik değeri büyük olan pek çok ticari ilişkide artık bir tahkim koşulunun öngörüldüğü, uluslararası tahkimin neredeyse uluslararası ticaretin özel bir niteliği haline geldiği görülmektedir.⁹¹ Üstelik milletlerarası tahkim artık günümüzde -sözgelimi bundan elli yıl öncesine kıyasla- gerek usulen gerekse esasa ilişkin olarak benzer uygulamalara başvurmakta, hakemleri benzer sonuçlara götürerek öngörülebilirliği artırmaktadır.⁹²

B. Uluslararası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukukun Seçimi ve Bu Konudaki Düzenlemeler

Bir tahkim yargılaması sırasında, hakemin ya da hakem heyetinin karar vermesi gereken birkaç kanunlar ihtilafı meselesi ortaya çıkabilir. Bunlar, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasına (anlaşmanın geçerliliği, yorumu gibi problemler) uygulanacak hukuk ve tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuktur.⁹³ Bu çalışmanın konusunu oluşturan *lex mercatoria*'yı, tahkimde esasa uygulanacak hukuk ilgilendirmektedir.⁹⁴ Ulusal kanunlar ve uluslararası enstrümanlar dikkate alındığında; hemen her düzenlemede kabul edilen yaklaşım, tarafların esasa uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebilecekleri, böyle bir hukuk seçiminin bulunmadığı halde ise hakem ya da hakem heyetinin esasa uygulanacak hukuku seçeceği

⁹¹ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s. 162, 163.

⁹² Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL, *Experiences of an Arbitrator on the Practice of International Arbitration Reading Applicable Law*, Ahmet Cemil YILDIRIM/Serhat ESKİYÖRÜK (ed.) Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 98, 99.

⁹³ BORN, s. 2109.

⁹⁴ Devlet veya devlet teşebbüsleri ile tacirler arasındaki uyuşmazlıklara uygulanmak üzere, ulusal usul hukukları yerine ulusal olmayan usuli ilkelere dayalı bir hukuk düzeni önerilmiştir. 1960'lı yıllarda Fransa'da ortaya atılan bu doktrin, *lex mercatoria*'nın usul hukukundaki paraleli olarak adlandırılabilir. Bkz. BERGER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, s. 342. Ancak çalışmanın kapsamına bu konu dâhil edilmemiştir.

1. Tarafların Esasa Uygulanacak Hukuku Seçmesi

Yukarıda da bahsedildiği gibi⁹⁵ Fransa’da başlayan ve diğer pek çok ülkenin mevzuatına yayılan modernleşme hareketiyle, uluslararası tahkim düzenlemelerinin oldukça liberal bir nitelik kazandığı ve tahkimin ulusal kanunlar ve mahkemelerin müdahalesinden önemli ölçüde arındığı söylenebilir. Söz konusu gelişime bir taraftan uluslararası ticaretteki gelişiminin ve buna bağlı olarak ortaya çıkan uluslararası çaptaki uyuşmazlıkların; diğer taraftan da uluslararası enstrümanların kaynaklık ettiğini söylemek yanlış olmaz. Örneğin 1985 yılında hazırlanan UNCITRAL Model Kanunu, ulusal tahkim mevzuatını modernleştirmek ve yeknesaklaştırmak için etkin bir örnek olmuştur. Öte yandan, uluslararası tahkim uygulamasını çekmek isteyen ülkeler arasındaki rekabet de bu modernleşmenin motivasyonlarından birini oluşturmuştur.⁹⁶

Artık uluslararası tahkimde en çok öne çıkan ilke taraf iradesidir. Taraflar esasa uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler. Ulusal hukuklar çok kısıtlı hallerde tarafların hukuk seçimine müdahale edebilir.⁹⁷ Bu ilke gerek UNCITRAL Model Kanunu’nda⁹⁸ ve Model Kanun’u hukukuna alan ülkelerde, gerekse Model Kanun’u esas almadan kendi kanunlarını düzenleyen ülkelerin mevzuatlarında kabul edilir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ve Yeni Fransız Usul Kanunu bunlara örnek gösterilebilir.⁹⁹ Keza Belçika, İngiltere, Almanya, Hollanda, Rusya, Japonya¹⁰⁰ ile beraber Türki-

⁹⁵ Bkz. yuk. Başlık II. A. Modern Uluslararası Tahkimin Gelişimi.

⁹⁶ SAVAGE/GAILLARD, s. 70.

⁹⁷ AKINCI, s. 222; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 413, 414.

⁹⁸ Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanunu md. 28(1)’e göre: “*Hakem heyeti, uyuşmazlığı taraflar tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk kurallarına göre karara bağlar.*” (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

⁹⁹ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 187(1)’e göre: “*Hakem heyeti uyuşmazlığı, taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre... karara bağlar.*” (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

Yeni Fransız Usul Kanunu md. 1496’ya göre: “*Hakem, uyuşmazlığı taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre çözer.*” (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

¹⁰⁰ Belçika Yargılama Kanunu md. 1700, 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu md. 46(1), Alman ZPO (Medeni Usul Kanunu) md. 1051(1), 2015 yılında geçirdiği değişikliklerle beraber Hollanda Medeni Usul Kanunu md. 1054(2), 1993 tarihli Rus Uluslararası Tahkim Kanunu md. 28, Japon Tahkim Kanunu md. 36(1).

ye¹⁰¹ taraf iradesini açıkça kanunlarında düzenleyen ülkelerdendir. ABD’de ise federal düzeyde kanunlar ihtilafıyla ilgili bir kanun bulunmamakta, bu konu federe devletlerin yasama yetkisi alanında değerlendirilmektedir. Ancak *Restatement*’ta ve Yeknesak Ticaret Kanunu’nda (*Uniform Commercial Code - UCC*) taraf iradesine öncelik tanıyan hükümlerin olduğu ve tüm mahkemeler tarafından da bu ilkenin kabul edildiği görülmektedir.¹⁰² Yine federal yapıda bir devlet olan Kanada’daki federe devletlerin çoğunda UN-CITRAL Model Kanunu kabul edilerek taraf iradesine öncelik verilmiştir.¹⁰³ Neredeyse evrensel düzeyde benimsenen taraf iradesinin önceliği prensibi, yalnızca ticari faaliyetlerle ilgili kayda değer bir geçmişi olmayan birkaç Ortadoğu ülkesinde reddedilmektedir. Bu ülkelerde emredici kanunlar ihtilafı hükümleri uygulanmaktadır.¹⁰⁴

Uluslararası enstrümanlara bakıldığında yine taraf iradesinin korunduğu gözlenir. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi (10 Haziran 1958) md. V(1)(a)’ya ve V(1)(d)’ye göre tarafların tahkim anlaşmasını ve usulünü hangi hukuka tabi kılacakları serbest bırakılmıştır.¹⁰⁵ Bu özerkliğin kıyas yoluyla esasa uygulanacak hukuka da genişletilebileceği kabul edilir.¹⁰⁶ Milletlerarası Ticari Hakemliğe İlişkin Avrupa Sözleşmesi (21 Nisan 1961) md. VII(1) ise bu konuda taraf iradelerinin

¹⁰¹ Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 12(C)’ye göre: “*Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyumsuzluğunun esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir.*”

¹⁰² Restatement (Second) Conflict of Laws md. 187’e göre: “*...taraflarca, sözleşmesel hak ve borçlarına uygulanmak üzere seçtikleri devletin hukuk uygulanır.*” (Yazarın İngilizce metinden çevirisi). Keza, Uniform Commercial Code § 1-105(1)’e göre: “*...bir hukuki işlem, bu federe devletin hukuku yanında başka bir federe devletin veya ulusun hukuku ile makul bir biçimde alakalı ise, taraflar bu ulus ya da federe devlet hukukunun hak ve borçlarına uygulanmasını kararlaştırabilir.*” (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

¹⁰³ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s. 166.

¹⁰⁴ BORN, s. 2158.

¹⁰⁵ 25.09.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. md. V(1)(a): “*II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden tarafların haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olduğu, yahut da zikri geçen anlaşmanın **taraflarca tabi kılındığı** kanuna ve eğer bu bابتa sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu...*”; md. V(1)(d): “*Hakem mahkemesinin teşekkülünün veya hakemlik usulünün **tarafların anlaşmasına** ve anlaşma olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun bulunmadığı...*”

¹⁰⁶ BORN, s. 2154.

üstünlüğünü açıkça belirtir.¹⁰⁷ Keza yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili ICSID Ana Sözleşmesi md. 42’de, hakemlerin taraflarca seçilen hukuka riayet edeceğini hükme bağlar.¹⁰⁸ Anılan bu uluslararası sözleşmeler, etki alanlarındaki tüm tahkim kararlarına emredici hükümler olarak uygulanırlar.¹⁰⁹

Taraflarca hukuk seçimi yapılması kesinlik, öngörülebilirlik ve yeknesaklık sağladığından sıkça başvurulmuş bir yoldur. Uluslararası Ticaret Odası’nın (ICC) 2007 istatistiklerine göre hakem önüne gelen uyuşmazlıkların yaklaşık %80’inde açık bir hukuk seçimi yapılmaktadır.¹¹⁰ Hukuk seçiminin açık veya örtülü olarak yapılabileceği kabul edilir. Günümüze gelene değin, uzun yıllar tahkim yerinin örtülü bir hukuk seçimi anlamına geldiği varsayılmıştır. Bu varsayımın artık kesin olmadığı kabul edilmekte ise de hala İngiltere’de -1996’da kabul edilen yeni Tahkim Kanunu’ndan sonra dahi- etkili bir faktör olarak dikkate alındığı da bildirilmektedir.¹¹¹

Hukuk seçiminin konusuna gelindiğinde modern ulusal kanunlar, geniş bir yelpaze sunar. Bu seçenekler üç grupta toplanabilir. Taraflar milli hukuka göre karar verilmesini, uluslararası kurallara –bir başka deyişle *lex mercatoria*’ya- göre karar verilmesini ve üçüncü olarak herhangi bir hukuka dayanmaksızın hakkaniyet ve nefasete göre (*ex aequo et bono*) ya da dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak karar verilmesini kararlaştırabilirler.

a. Taraflarca Ulusal Hukukun Kararlaştırılması

Ulusal hukukun, uyuşmazlığın esasına uygulanacağı durumlarda karşımıza birkaç alternatif çıkar. Öncelikle taraflar bir tek ülke hukukunun uyuşmazlığa uygulanacağını kararlaştırabilir. Geleneksel tahkim doktrininde,

¹⁰⁷ 23.09.1991 tarih ve 21000 sayılı Resmi Gazete ’de yayımlanmıştır. md. VII(1): “*Taraflar hakemlerin ihtilafın esasına tatbik edecekleri hukuku tayin etmekte serbesttirler.*”

¹⁰⁸ 02.06.1988 tarihli 19830 sayılı Resmi Gazete ’de yayımlanmıştır. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun md. 42(1): “*Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir.*”

¹⁰⁹ BORN, s. 2155.

¹¹⁰ Bahadır ERDEM, *Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria*, Ahmet Cemil YILDIRIM/Serhat ESKİYÖRÜK (ed.), Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 134.

¹¹¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 413, 415, 416.

seçilecek bu hukukun uyuşmazlıkla objektif bir bağı olması aranmaktaydı. Ancak günümüzde bu gereklilik terkedilmiş görünmektedir.¹¹² Taraflar dikkate alındığında ‘tarafsız’ olduğu söylenebilecek bir ülke hukukunun seçildiğine sıkça rastlanabilir. Örneğin SSCB’nin ve komünist Çin’in devlet teşebbüsleri ile batılı şirketler arasındaki uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda İsveç hukukunun taraflarca seçildiği bir dönem sıkça gözlenen bir uygulama olmuştur. İsviçre hukuku da zaman zaman tarafsız görünümünü nedeniyle tahkimde esasa uygulanacak hukuk olarak belirlenmektedir.¹¹³ Seçilen devlet hukukunun tarafsız olması niteliğinin yanı sıra; gelişmiş, stabil ve ticari hayata adapte olmuş olması da gözetilen özelliklerdendir. İngiliz, New York, İsviçre ve Singapur hukukları bu anlamda sıkça başvuru hukukların başında gelirler.¹¹⁴

Ulusal hukukun seçildiği sözleşme şartlarında birkaç hukukun beraber uygulandığı da görülür. *Dépeçage* olarak adlandırılan bu yolla, uyuşmazlığın farklı unsurlarına farklı ülke hukukları uygulanır. *Dépeçage*’dan farklı olarak, bir de farklı devlet hukuklarının birbirleri ile ortaklaştığı müddetçe beraber uyuşmazlığa uygulanmak üzere seçildiği haller vardır. Bunun tipik örneğini oluşturan Manş Tüneli sözleşmesinde, sözleşmenin “*İngiliz ve Fransız hukukundaki ortak prensipler yoluyla; bunların bulunmayışı halinde ise ulusal ve uluslararası tahkim kararlarında uygulanagelen uluslararası ticaret hukukun ilkeleri yoluyla*” yorumlanacağı öngörülmüştür.¹¹⁵

Bir başka ulusal hukuk seçimi de ‘yüzen’ hukuk seçimi klozları ile yapılabilir. Uyuşmazlığın çıkış biçimine göre uygulanacak hukuk değişecektir. Bunun tipik örneğini, uyuşmazlık çıkarmaktan vazgeçirmeye yönelik olarak tasarlanan, “*Taraflardan A’nın tahkime taşıdığı uyuşmazlıkta, taraflardan B’nin tabi olduğu milli hukuk uygulanacaktır.*” şeklindeki hukuk seçimleri

¹¹² ABD’de hala bu yaklaşımın sürdürüldüğü gözlenebilir. Restatement (Second) of Conflict of Laws md. 187’ye göre hala seçilen hukukla uyuşmazlık arasında makul bir bağ şart koşulmaktadır. Bu maddeye göre: “*taraflarca, sözleşmesel hak ve borçlarına uygulanmak üzere seçtikleri devletin hukuk uygulanır.*” (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

¹¹³ SAVAGE/GAILLARD, s. 794.

¹¹⁴ BORN, s. 2221.

¹¹⁵ Kloz No: 68, 13 Ağustos 1986 Bkz. SAVAGE/GAILLARD, s. 814. Bu kloz birkaç hukukun ortak prensiplerine atıf yaptığı gibi hukukun genel ilkelerine de atıf yapmaktadır. Bu yönüyle aynı zamanda *lex mercatoria*’nın taraflarca öngörüldüğü hallere örnektir. Bkz. aş. Başlık III.A.1. Açıkça *Lex Mercatoria*’nın Kararlaştırılması.

oluşturur.¹¹⁶ Son olarak uygulamada ‘stabilizasyon’ şartları olarak adlandırılan ve seçilen devlet hukukunun seçildiği andaki haliyle uyumsuzluğa uygulanacağını öngören şartlara rastlanmaktadır. Esasa uygulanacak hukuku böylece ‘donduran’ bu klozlara devlet teşebbüsleri ile yabancı şirketler arasındaki imtiyaz sözleşmelerinde sıkça rastlanır.¹¹⁷

Taraf iradelerinin üstünlüğü ilkesi gereği gerek hakemlerce, gerekse mahkemelerce geçerli bulunan yukardaki çeşitli hukuk seçimi yollarından başka, bir de hiçbir hukuka tabi olmayan sözleşmelere istisnai olarak rastlanır. Bu klozlar, *lex mercatoria*’nın öngörüldüğü veya dostane aracılık (*amiable composition*) öngörüldüğü hallerle karıştırılmamalıdır. *Lex mercatoria*’nın öngörüldüğü hallerde yine de sözleşmenin tabi olduğu bir hukuk düzeni -bu hukuk düzeni ulusal bir hukuk olmasa da- mevcuttur. Hakemler hukukun genel ilkelerine dayanarak sözleşmeyi yorumlayacak, geçerliliğini denetleyecektir. Dostane aracılıkta ise, hakemlerin uyması gereken bir hukuk düzeni olmamasına rağmen yine kendi hakkaniyet anlayışlarına göre sözleşmeyi değerlendirmeleri söz konusudur. Hiçbir hukuk düzenine tabi olmayan sözleşmelerde ise sözleşmeyi teşkil eden kurallar bütününe bir hukuk düzenine vücut verdiği düşüncesi öne sürülmektedir. Hakemler bu durumda yetkilerini bir hukuk düzeninden değil, bizzat tarafların iradelerinden almaktadır.¹¹⁸ Tahkime giden uyumsuzlukların ciddi bir çoğunluğunda, yalnızca vakalardan ve sözleşme şartlarından yola çıkılarak çözüme ulaşıldığı bir gerçektir.¹¹⁹ Ne var ki bu durum, bir sözleşmenin başlı başına bir çeşit hukuk düzeni teşkil ettiğini öne sürmeyi haklı kılmaz. Sözleşme ancak bir üst normun ona bu statüyü sağlaması yoluyla bu niteliği haiz olur. Aynı şekilde taraf iradelerinin hakemlere yetki vermesi de, ancak ve ancak bir devlet hukukunun bu özerkliği tanınması ile mümkündür.¹²⁰ Modern tahkim yasalarının çoğunda, tarafların uygulanmasını kararlaştıracakları hukuk için, ‘hukuk kuralları’ ifadesi kullanılmaktadır. Bu nedenle, hiçbir hukuk seçiminin yapılmadığı tahkim kararlarının, tahkim kararının iptali sürecinde veya tenfizi aşamasında, ulusal mahkemeler önünde olumsuz sonuçlarla

¹¹⁶ BORN, s. 2224.

¹¹⁷ BORN, s. 2225, 2226; SAVAGE/GAILLARD, s. 795, 796. ‘Stabilizasyon’ şartları için bkz. yuk.: Başlık I.B. ‘Yeni’ *Lex Mercatoria*’nın Ortaya Çıkışı.

¹¹⁸ SAVAGE/GAILLARD, s. 799, 800.

¹¹⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 440, 441.

¹²⁰ v. BAR/MANKOWSKI, s. 81.

karşılaşması da olasıdır. Nitekim bu şüphe götürür teoriyi benimseyen hakem kararları dikkatlice incelendiğinde, aslında hukukun genel ilkelerinin göz önüne alındığı görülmektedir.¹²¹

b. Taraflarca *Lex Mercatoria*'nın Kararlaştırılması

Ulusal olmayan (*non-national* veya *a-national*) kuralların ya da bir başka deyişle uluslararası (*transnational*) kuralların veya *lex mercatoria*'nın taraflarca esasa uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılabileceği doktrinde ifade edilmektedir.¹²² Ulusal bir hukuk düzeni yerine başka bir hukuk düzeninin esasa uygulandığı tüm bu haller, bir şemsiye kavram olarak bu çalışma kapsamında *lex mercatoria* olarak anılacaktır.

Modern tahkim kanunlarında, *lex mercatoria*'nın taraflarca seçilmesine cevaz verildiği kabul edilir. 1981 yılında yeni Medeni Usul Kanunu'yla bu uygulamayı mevzuatına sokan ilk ülke Fransa olmuştur. Söz konusu kanunda md. 1496'da, tarafların seçebileceği hukuk için, bir 'devlet hukuku' değil, 'hukuk kuralları' ifadesi kullanılmıştır. Daha sonra bu yaklaşım UNCITRAL Model Kanunu'na da alınmıştır.¹²³ Model Kanun md. 28(1)'deki 'hukuk kuralları' ifadesinin *lex mercatoria*'yı kapsadığı kabul edilmektedir. Model

¹²¹ SAVAGE/GAILLARD, s. 800, 801.

¹²² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 451; BORN, s. 2227; BERGER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, s. 362; SAVAGE/GAILLARD, s. 802

¹²³ Karş. Holtzmann ve Neuhaus'a göre, Model Kanun 28(1)'de öngörülen 'hukuk kuralları (*rules of law*)' deyişi, *lex mercatoria*'yı kapsayıcı bir anlam taşımaz. Model Kanun'un Komisyon Raporu'nda, tarafların bir devlet hukukunu veya farklı devlet hukuklarını beraber kararlaştırabilecekleri veya uluslararası düzeyde -örneğin uluslararası bir sözleşmede- vücut bulmuş olan kuralları sözleşmelerine uygulanması için öngörebilecekleri ifade edilmiştir. Nitekim Çalışma Grubu da bu ifadenin, hukukun genel ilkelerini kapsamadığına karar vermiştir. Bkz. Howard HOLTZMANN/Joseph NEUHAUS, *a Guide to UNCITRAL Model Law on International Commercial Law*, Tibor VARADY/John J. BARCELO III/Arthur VON MEHREN (ed.), *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective*. United States: West, 2009, s. 656, 657, 658.

Oysa diğer yazarlar Model Kanun'un gerek hazırlık çalışmalarında, gerekse lafzında böyle kısıtlayıcı bir anlam bulunmadığını vurgulamaktadır. Bkz. BORN, 2229; SAVAGE/GAILLARD, s. 803 Kaldı ki, hazırlayıcılar tarafından, *lex mercatoria*'yı dışlayan bir yaklaşım benimsendiği kabul edilse bile, artık hakim görüş *lex mercatoria*'yı, Model Kanun 28(1)'deki 'hukuk kuralları' ifadesine dahil etmek yönündedir. Bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 453.

Kanun'un peşi sıra, Hollanda, İtalya, İsviçre, Lübnan, Mısır, Hindistan, Meksika, Almanya ve hatta konuya hep şüpheyle yaklaşmış olan İngiltere gibi diğer birtakım ülkelerin tahkim yasaları da 'hukuk kuralları' ifadesini kullanarak hukuk seçimini *lex mercatoria*'yı kapsayacak şekilde genişletmişlerdir.¹²⁴ Keza 2001 yılında yürürlüğe giren Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 12 (C)'ye göre taraflar 'hukuk kurallarını' seçebilirler.¹²⁵ Aynı şekilde yabancı yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin ICSID Ana Sözleşmesi md. 42(1)'e göre de taraflar sadece devlet hukukları ile bağlı olmaksızın 'hukuk kurallarının' esasa uygulanmasını kararlaştırabilirler.¹²⁶ ICC tahkim kuralları gibi kurumsal tahkim kurallarında da benzer yaklaşım gözlenir.¹²⁷

2. Hakemlerin Esasa Uygulanacak Hukuku Seçmesi

Tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuku öngörmediği durumda, bunu hakemlerin bir biçimde belirlemesi gerekir. Uluslararası uyuşmazlıklarda taraflarca hukuk seçiminin yapılması yaygın bir pratikse de, bu seçimin hakemlere bırakıldığı haller de azımsanamayacak kadar fazladır.¹²⁸ Hemen her ülkenin tahkim kanunu ve tahkim kuruluşlarının tahkim kuralları, hakemlerin hukuk seçimi konusunda geniş bir takdir yetkisi olduğunu öngörmektedir. Öte yandan hakemlerin bu belirlemelerinde, kanunlar ihtilafı kuralları kadar; söz konusu vakıa, ticari teamüller ve hakkaniyet de etkili

¹²⁴ Hollanda Medeni Usul Kanunu md. 1054(2), İtalyan Medeni Usul Kanunu md. 822, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 187(1), Lübnan Medeni Usul Kanunu md. 813, Mısır Tahkim Kanunu md. 39, Hindistan Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu md. 28(1), Meksika Tahkim Kanunu md. 1445(2), Alman ZPO md. 1061, İngiliz Tahkim Kanunu md. 46(1).

¹²⁵ Kanun No: 4686, Kabul Tarihi: 21/6/2001, Yayımlandığı R. G.: Tarih : 5/7/2001 Sayı : 24453.

¹²⁶ 02.06.1988 tarihli 19830 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun md. 42(1): "*Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir.*"

¹²⁷ ICC Tahkim Kuralları md. 21(1)'e göre: "*Taraflar, hakem heyeti tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını belirlemekte özgürdür.*"

¹²⁸ Uluslararası Ticaret Odası'nın (ICC) istatistiklerine göre hakem önüne gelen uyuşmazlıkların yaklaşık %20'sinde açık bir hukuk seçimi bulunmamaktadır. Bkz. Bahadır ERDEM, s. 134.

olmaktadır.¹²⁹ Uluslararası tahkim uygulamasında, tarafların anlaşmalarında ifade bulan beklentilerini boşa çıkarmadan, pragmatik ve sonuç odaklı bir hukuk seçimine rastlanmaktadır.¹³⁰

a. Hakemlerin Hukuk Seçiminin Yöntemi

Hakemlere hukuk seçme yetkisi verilirken genellikle geniş bir takdir yetkisinden söz edilse de, bu yetkinin verilişinde milli tahkim kanunları ve kurumsal tahkim kuralları farklı yaklaşımlar benimsemektedir. Bunlar dört grup halinde toplanabilir:

- Tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kuralları sonucu ulaşılan maddi hukukun uygulanması,
- Hiçbir kanunlar ihtilafı kuralına gönderme yapılmaksızın milletlerarası tahkim için özel olarak düzenlenmiş kanunlar ihtilafı kuralının götürdüğü maddi hukukun uygulanması,
- Hakemlerin ‘uygun buldukları’ kanunlar ihtilafı kuralları sonucu ulaşılan maddi hukukun uygulanması,
- Hiçbir kanunlar ihtilafı hükmünün uygulanmayıp hakemlerim uygun buldukları maddi hukuku doğrudan doğruya uygulaması.

Geleneksel olarak tanımlanabilecek ilk yaklaşım, tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarının uyuşmazlığa uygulanmasıdır. Günümüzde hemen tüm modern tahkim kanunlarında bu anlayış terkedilmiş; İngiltere’nin 1996 yılında yeni tahkim kanununu yürürlüğe sokmasıyla son örneği ortadan kalkmıştır. Ne var ki tek bir tahkim kurumu -Zürih Ticaret Odası- hala İsviçre kanunlar ihtilafı kurallarını öngörmektedir.¹³¹

İkinci bir yaklaşım olarak, bazı tahkim kanunlarında tahkim yerinin özel olarak uluslararası tahkim için öngörülen kanunlar ihtilafı kurallarının öngörüldüğü görülür. Bunun tipik örneği İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk

¹²⁹ BORN, s. 2109, 2111.

¹³⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 424.

¹³¹ Zürich Tahkim Kuralları md. 4. SAVAGE/GAILLARD, s. 868, 869.

Kanunu ve Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda gözlenir.¹³² Her iki kanunda da, hukuk seçimi için herhangi bir ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarına atıfta bulunulmamış; uyuşmazlıkla 'en sıkı ilişki içindeki' maddi hukuka gönderme yaparak bizzat birer kanunlar ihtilafı kuralı öngörülmüştür. Aynı yaklaşımın Almanya, İtalya, Japonya, Mısır ve Meksika¹³³ tarafından da benimsendiği görülür.¹³⁴

Bunlardan daha liberal görünen üçüncü yaklaşım ise, hakemleri uygun gördükleri kanunlar ihtilafını uygulama yetkisi vermektir. UNCITRAL Model Kanunu bu yöntemi benimser.¹³⁵ 1996 tarihinde yürürlüğe giren İngiliz Tahkim Kanunu, Yeni Zelanda Tahkim Kanunu, Danimarka Tahkim Kanunu, Yunan Uluslararası Ticari Tahkim Kanunu da¹³⁶ bu modeli takip eder. Keza ABD'deki içtihatlarda bu yöntemin benimsendiği göze çarpar.¹³⁷ UNCITRAL Tahkim Kuralları ve daha birkaç kurumsal tahkim kuralı da benzer düzenlemeler getirmiştir.¹³⁸ Hangi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağı konusunda ise karşımıza birkaç sık kullanılan yöntem çıkar. Kümülatif metot, uyuşmazlıkla ilgili tüm kanunlar ihtilafı kurallarının aynı hukuka gönderme yaptığı hallerde uygulanır. Bir başka deyişle, bağlantılı tüm kanunlar ihtilafı kuralları aynı sonuca işaret ediyorsa, hangi kanunlar

¹³² İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 187(1)'ye göre: "*Hakem heyeti, taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre, böyle bir seçimin bulunmayışı halinde ise olayla en yakın ilişki içindeki hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı karara bağlar.*" (Yazarın İngilizce Metinden Çevirisi) Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 12(C)/b.3' e göre: "*Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verir.*"

¹³³ Alman ZPO md. 1051(2), Japon Tahkim Kanunu md. 36, İtalyan Medeni Usul Kanunu md. 834, Mısır Tahkim Kanunu md. 39(2), Meksika Ticaret Kanunu md. 1445.

¹³⁴ BORN, s. 2114, 2115; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 429, 430; SAVAGE/GAILLARD, s. 867, 868.

¹³⁵ UNCITRAL Model Kanunu md. 28(2)'ye göre: "*Taraflarca herhangi bir seçim yapılmamışsa, hakem heyeti uygun gördüğü kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla belirlediği hukuku uygular.*" (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

¹³⁶ İngiliz Tahkim Kanunu md. 46(3), Yeni Zelanda Tahkim Kanunu md. 28(2), Danimarka Tahkim Kanunu md. 28(2), Yunan Uluslararası Ticari Tahkim Kanunu md. 28(2).

¹³⁷ BORN, s. 2116.

¹³⁸ UNCITRAL Tahkim Kuralları md. 33(1)'e göre: *Taraflarca herhangi bir anlaşma yapılmamışsa "hakem heyeti uygun bulduğu kanunlar ihtilafı kuralları sonucunda ulaştığı hukuku uygular."*(Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

ihtilafı kuralının benimseneceğini tartışmak yerine, hepsinin ortak biçimde işaret ettiği maddi hukuk kuralları uygulanır. Uluslararası kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını öngören ikinci bir metotta, hakemler geçmişteki verilen tahkim kararları ve milletlerarası sözleşmeleri inceleyerek öne çıkan ilkeleri uygularlar.¹³⁹ Kimilerine göre ise, bu metodun varsaydığı evrensel olarak kabul görmüş kanunlar ihtilafı ilkelerinin sayısı oldukça azdır ve henüz uluslararası kanunlar ihtilafı kurallarından bahsedebilmek için erkendir.¹⁴⁰ Bir üçüncü metotta ise, uyumsuzlukla en yakın bağlantılı olan kanunlar ihtilafı kurallarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Amerikan kanunlar ihtilafı hukukundan etkilenen, birkaç tahkim kararında benimsenmesine rağmen öğretilen pek az destek bulan bu metotta, yapılan analizler sonucu ulaşılan maddi hukukun tarafların hiç tahmin etmediği bir hukuk düzeni olma riski vardır.¹⁴¹ Son olarak, bu ölçütlerden hiçbirini benimsemeyen, salt hakemlerin ‘uygun bulduğu’ kanunlar ihtilafı kurallarına gitmesini öngören bir başka metod önerilmiştir. Nitekim UNCITRAL Model Kanunu’nda öngörülen metod da budur.

Özetlenen bu yaklaşımlardan en liberal görünen dördüncüsü ise, hiçbir kanunlar ihtilafı kuralına gitmeden, hakemlere doğrudan doğruya maddi hukuku seçme olanağının verilmesidir. *Voie directe* olarak isimlendirilen bu yönteme başta Fransa¹⁴² olmak üzere Hollanda, Macaristan, Hindistan gibi bazı ülkelerin tahkim mevzuatlarında rastlanır. Tahkim kurumlarının büyük bölümünün kuralları da bu yaklaşımı benimser. Başta ICC Tahkim Kuralları olmak üzere, LCIA, ICRD, AAA ve WIPO Tahkim Kuralları, hakemlere uygun buldukları hukuk kurallarını uygulama yetkisi verir.¹⁴³

Bu dört yaklaşımın hangisinin seçildiğine bağlı olarak, gerçekten de hakemlerin takdir yetkisinin önemli ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmadığı tartış-

¹³⁹ SAVAGE/GAILLARD, s. 874.

¹⁴⁰ BORN, s. 2131, 2132; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 433.

¹⁴¹ BORN, s. 2133; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 430, 431.

¹⁴² Fransız Medeni Usul Kanunu md. 1496(1)’e göre: “*Hakem, taraflarca belirlenen hukuk kurallarına göre; böyle bir belirlemenin bulunmaması halinde ise, uygun gördüğü hukuk kurallarına göre uyumsuzluğu karara bağlar.*”

¹⁴³ ICC Tahkim Kuralları md. 21(1)’e göre: Taraflarca herhangi bir hukuk seçiminin yapılmadığı durumda “*hakem heyeti uygun gördüğü hukuk kurallarını uygular.*”(Yazarın İngilizce metinden çevirisi). Benzer şekilde LCIA Kuralları md. 22(3), ICDR Kuralları md. 28(1), AAA Milletlerarası Tahkim Kuralları md. 17(1), WIPO Tahkim Kuralları md. 59(1).

malıdır. Örneğin, hakemlere, ‘uygun buldukları’ maddi hukuk kurallarını doğrudan doğruya uygulama yetkisi veren dördüncü yaklaşım; hukuk seçimi için kanunlar ihtilafı kurallarını bizzat öngören ikinci yaklaşımdan (İsviçre, Türk kanunlarındaki yaklaşım) daha liberal olarak algılanmaktadır. Ne var ki, uygulamada gerçekten de böyle olup olmadığı şüphe götürür. Uyuşmazlıkla ‘sıkı ilişki içindeki’ maddi hukuka gönderme yapan İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, aslında hakemlerin hukuk seçimi konusundaki takdirini kısıtlamamakta; Fransız hukukundaki *voie directe* yaklaşımı ile aşağı yukarı aynı sonuçlara götürmektedir.¹⁴⁴ Sözelimi uygulamada hakemler genellikle, uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuk olarak malların üretildiği ülke hukukunu uygulamaktadır. Bu seçimin altında, genellikle sözleşmenin burada imzalandığı ve bu yerin idari organlarınca malların düzenlemelere tabi tutulduğu gerçeği yatmaktadır. Aynı akıl yürütmenin, *voie directe* yaklaşımının benimsendiği hakem kararlarında da gözlenmesi dikkat çekicidir.¹⁴⁵

Maddi hukukun hakemlerce belirlenmesi için benimsenen yaklaşımlar yukarıdaki gibi çeşitlendikçe, *lex mercatoria*’nın esasa uygulanması imkanı da değişmektedir. Özetlenen yaklaşımlardan birincisi –tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması- ve üçüncüsü –hakemlerin uygun buldukları kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması-, *lex mercatoria*’nın uygulanması imkanını daha baştan ortadan kaldırmaktadır. Bir ‘devletin’ kanunlar ihtilafı kurallarına yollama yapılması, doğrudan doğruya bir ulusal maddi hukuka atıf sonucunu doğurmaktadır. Diğer iki yaklaşım ise, -tahkim yerinin tahkim yargılaması için özel olarak öngördüğü kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ve hakemlerin uygun buldukları maddi hukuku doğrudan doğruya uygulaması- *lex mercatoria*’nın esasa uygulanmasının önünü açmaktadır.

b. Hakemlerin Hukuk Seçiminin Konusu

Tarafların anlaşmasıyla, ulusal olmayan hukuk düzenlerinin -bir başka deyişle *lex mercatoria*’nın- uyuşmazlıklarının esasına uygulanabileceği hemen tüm milli mevzuatlar ve kurumsal tahkim kuralları tarafından kabul

¹⁴⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 436.

¹⁴⁵ SAVAGE/GAILLARD, s. 870.

edilmiştir.¹⁴⁶ Ne var ki, konu hakemlerin hukuk seçimine geldiğinde, aynı takdir alanının tanınması için bu denli uzlaşıldığı söylenemez. Fransa ve Hollanda gibi birkaç hukuk düzeninde, hakemlerin seçebilecekleri hukuklar için açıkça “*hukuk kuralları*” ifadesi kullanılarak *lex mercatoria*’ya cevaz verilmiştir.¹⁴⁷ Aynı yaklaşımın, ICC Tahkim Kuralları gibi kurumsal tahkim kurallarında da kullanıldığı görülür.¹⁴⁸ Buna rağmen UNCITRAL Model Kanunu, hakemleri kanunlar ihtilafı kurallarına dolayısıyla da bir devlet hukukuna yönlendirir. İsviçre, Cezayir, Kanada, Lübnan gibi bazı ülkeler Model Kanunu hukuklarına alırken, bir devlet hukukunun uygulanmasını zorunlu kılan bu hüküm yerine başka ifadeler kullanmış, *lex mercatoria*’nın uygulanmasını mümkün kılmıştır.¹⁴⁹ Buna karşılık İngiltere, Almanya, Japonya gibi ülkelerin bu rüzgâra kapılmadığı ve Model Kanun’daki devlet hukukunu öngören hükmü korudukları görülür.¹⁵⁰ Türkiye’de de bir ‘devlet hukukuna’ atıf yapılarak hakemlerin *lex mercatoria*’ya gitmesinin önü kapatılmıştır.¹⁵¹ Ticari uyuşmazlıklara ilişkin bu tablonun yanı sıra yabancı yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin ICSID Ana Sözleşmesi’nde de tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumda hakemlerin kanunlar ihtilafı kurallarına

¹⁴⁶ Bkz. yuk. Başlık II. B.1.b. Taraflarca *Lex Mercatoria*’nın Kararlaştırılması.

¹⁴⁷ Fransız Medeni Usul Kanunu md. 1496, Hollanda Medeni Usul Kanunu md. 1054(2).

¹⁴⁸ ICC Tahkim Kuralları md. 21(1)’e göre: Taraflarca herhangi bir hukuk seçiminin yapılmadığı durumda “*hakem heyeti uygun gördüğü hukuk kurallarını uygular.*” (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

¹⁴⁹ Örneğin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 187(1)’ye göre: “*Hakem heyeti, taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre, böyle bir seçimin bulunmayışı halinde ise olayla en yakın ilişki içindeki hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı karara bağlar.*” (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

¹⁵⁰ İngiliz Tahkim Kanunu md. 46(3)’e göre: “*Eğer böyle bir (hukuk) seçimi veya anlaşması yoksa, hakem heyeti uygulanmasını uygun bulduğu kanunlar ihtilafı kuralı sonucu ulaştığı hukuku uygular.*” Alman ZPO md. 1051(2)’ye göre: “*Taraflarca herhangi bir seçim bulunmaması halinde, hakem heyeti uyuşmazlığın konusu itibarıyla en yakın ilişkili olan devlet hukukunu uygular.*” Japon Tahkim Kanunu md. 36(1)’e göre: “*Yukardaki paragrafta öngörülen anlaşmanın bulunmaması halinde, hakem heyeti tahkime tabi olan uyuşmazlıkla en yakın bağlantı içinde olan devletin maddi hukuk kurallarını uygular.*” (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

¹⁵¹ Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 12(C)/b.3’ e göre: “*Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir.*”

-dolayısıyla bir devlet hukukuna- başvuracağı hükme bağlanmıştır.¹⁵²

Ancak hakemlerin uluslarötesi hukuk kurallarına gidebilmesini engelleyen bu düzenlemelerin rolü abartılmamalıdır. Birçok hakem kararında, tarafların örtülü bir hukuk seçimi yaptığından hareketle *lex mercatoria*'nın kararlaştırıldığı sonucuna varılmakta, Model Kanun'u takip eden tahkim mevzuatlarındaki söz konusu hükümlerin etrafından dolaşmaktadır.¹⁵³

3. *Amiable Composition* ve *Ex Aequo et Bono*

Oldukça istisnai hallerde, taraflarca hakemlerin *ex aequo et bono* (hakkaniyet ve nefaset kurallarına göre) ya da *amiable compositeur* (dostane aracı) olarak karar vermesi kararlaştırılır. *Amiable compositeur* kavramı dilimize 'aracı' biçiminde çevrilse de, aslında bir tahkim kurumu olarak bağlayıcı niteliğe sahiptir.¹⁵⁴ Kilise hukukundan gelen ve uyuşmazlığı kesin olarak sona erdirmekten çok taraflar arasında aracılığı öngören *amiable composition*, 17. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren bağlayıcı kararlar veren bir tahkim kurumuna evrilmiştir.¹⁵⁵

Her iki kavramın da temel niteliği, hakemleri sıkı hukuk kurallarına bağlı kalmaktan kurtararak, adalet ve hakkaniyet kavramlarına göre karar vermeleri konusunda yetkilendirmesidir.¹⁵⁶ Ne var ki temel nitelikleri ortak olan *amiable composition* ve *ex aequo et bono*'nun aralarında bir ayırım olup olmadığı konusunda tartışmalar mevcuttur. Modern terminolojide ve uygulamadaki pek çok olayda bu iki kavram eş anlamlı olarak kullanılır. Ancak zaman zaman, milli hukuk sistemlerinin emredici kurallarına uyma

¹⁵² 02.06.1988 tarihli 19830 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun md. 42(1): "*Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin, hukukunun (Kanunların çatışması halinde uygulanacak kurallar da dâhil olmak üzere) ve Uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır.*"

¹⁵³ BERGER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, s. 389

¹⁵⁴ KALPSÜZ, s. 100; AKINCI, s. 227, 228.

¹⁵⁵ BERGER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, s. 391.

¹⁵⁶ BORN, s. 2238.

zorunluluğu ile ilgili bir ayırım yapıldığı gözlenmektedir.¹⁵⁷ Örneğin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda bu kavramlarla ilgili yalnızca 'hakkaniyete' atıf yapılır.¹⁵⁸ Oysa Fransız hukukundaki *amiable compositeur*, hakkaniyetin yanında başka esasları da gözetir. Buradan yola çıkılarak, *ex aequo et bono*'da hiçbir emredici kural ile bağlı olunmaksızın hakkaniyet kararı verildiği; *amiable composition*'da ise yine hukuk çerçevesinde, emredici hukuk kuralları gözetilerek karar verildiği iddia edilmiştir.¹⁵⁹ Bu ayırımla ilgili tartışma bir kenara bırakılacak olursa, bundan sonra 'hakkaniyet kararı' başlığı altında anılacak olan bu kavramların her ikisi de, sıkı hukuk kurallarına bağlanmaya zorlanmadan, kendi hakkaniyet ve adalet anlayışlarına göre karar verilmesini anlatır. Nitekim UNCITRAL Model Kanunu bu tartışmada bir taraf almamayı seçmiştir.¹⁶⁰

Günümüzde gerek uluslararası sözleşmeler ve kurumsal tahkim kuralları, gerekse ulusal kanunlar 'hakkaniyet kararını' tanır.¹⁶¹ UNCITRAL Model Kanunu da bu yönelimdedir.¹⁶² Hatta tarihsel olarak bu kuruma hep şüpheye yaklaşmış olan İngiltere'de dahi 1996 yılında yürürlüğe giren yeni tahkim kanunu, hakkaniyet kararına izin verir.¹⁶³ Ancak tüm bu uluslararası ve ulusal düzenlemelerde göze çarpan konu, hakkaniyet kararının mutlaka taraflarca özel olarak yetkilendirme yoluyla caiz olduğudur. Aksi takdirde hakem kararı iptal edilebilir.¹⁶⁴

¹⁵⁷ BERGER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, s. 391.

¹⁵⁸ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 187(2): "Taraflar, hakem heyetini hakkaniyete göre karar vermesi için yetkilendirebilir." (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

¹⁵⁹ SAVAGE/GAILLARD, s. 836.

¹⁶⁰ UNCITRAL Model Kanunu md. 28(3): "Hakemler, ancak taraflar böyle bir yetkilendirme yaptıysa, *ex aequo et bono* veya *amiable compositeur* olarak karar verebilirler." (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

¹⁶¹ ICSID Ana Sözleşmesi md. 42(3), ICC Tahkim Kuralları md. 21(3), Fransız Medeni Usul Kanunu md. 1497, Hollanda Medeni Usul Kanunu md. 1054(3), İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 187(2), Belçika Yargılama Kanunu md. 1700(1), Alman ZPO 1051(3) ve Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 12(C)/b. 3. Yalnızca Model Kanun'u kabul ederken ilgili hükmü mevzuatına almayan birkaç ülkede hakkaniyet kararına izin verilmez. Örneğin, Bulgar Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu md. 38, Rusya Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında Kanun md. 28.

¹⁶² UNCITRAL Model Kanun md. 28(3)'e göre: "Hakem heyeti, ancak taraflar tarafından açıkça yetkilendirilmişse *ex aequo et bono* veya *amiable compositeur* olarak karar verebilir."

¹⁶³ İngiliz Tahkim Kanunu md. 45(1).

¹⁶⁴ BERGER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, s. 393; SAVAGE/GAILLARD, s. 835.

Hakkaniyet kararı ile *lex mercatoria* arasındaki ilişkinin tartışmalı olduğu söylenmelidir. *Lex mercatoria* karşıtları, bunu hakkaniyet kararı ile bir tutmaktadır. *Lex mercatoria* 'nın bir hukuk düzeni olarak kabul edilemeyeceğini vurgulayanlardan v. Bar/Mankowski'ye göre, *lex mercatoria* 'ya dayanarak verilen bir karar hakkaniyet kararıdır. Hakkaniyet kararı vermek ise mutlaka taraflarca açıkça yetkilendirilmesi gereken bir konu olduğundan, tarafların bu yönde yetkilendirmesi olmaksızın *lex mercatoria* 'nın uygulanması halinde, kamu düzenine aykırılık gündeme gelir.¹⁶⁵ Oysa *lex mercatoria* 'nın bir hukuk düzeni oluşturduğu -veya oluşturmaya meyilli olduğu- düşüncesi kabul edilirse, bu kavramın hakkaniyet kararından tamamen farklı teorik temelleri olduğu görülür. İster Schmitthoff'un önerisindeki gibi ulusal hukuk düzenlerinden tamamen bağımsız olmayan bir hukuk düzeni teorisi benimsensin ister Goldman'ın önerdiği şekilde özerk bir hukuk düzeni olarak kabul edilsin; *lex mercatoria* bir kurallar bütünüdür. Hakkaniyet esasına göre verilen kararların düzeyine indirgenemez.¹⁶⁶

Ne var ki, *lex mercatoria* ile hakkaniyet kararı arasındaki bu teorik ayırım bir tarafa bırakılıp uygulamaya bakıldığında ayırım kayganlaşmaktadır. Teorik olarak ulusal ya da uluslararası hiçbir hukuk kuralı ile bağlı olmayan hakkaniyet hakemi, iş uygulamaya geldiğinde genellikle hukukla bağlı hissetmektedir.¹⁶⁷ Hakkaniyet hakemi tarafların örtülü olarak ortaya çıkan beklentilerini en iyi biçimde tatmin etmeyi amaçlamalıdır. Bir başka deyişle, sözleşme hükümleri yanında, hakkaniyet esasına göre tarafların göz önüne alması gereken ticari teamüllere, hukukun genel ilkelerine hatta bazen de *lex mercatoria* 'ya müracaat etmelidir. Ancak asla bu hukuki enstrümanların kölesi gibi hareket etmemeli, somut olay adaletini engelleyeceğini düşündüğü kuralları uygulamaktan kaçınmalıdır.¹⁶⁸ Hakkaniyet esasına uygun olmayan sonuçlar verdiği halde, hakemin sıkı sıkıya bir hukuk düzenini uygulaması, tarafların beklentilerini karşılamayacak, görevini yerine getirmemesi anlamına gelecektir.¹⁶⁹ Uluslararası birtakım kurallara başvurmak her zaman hakkaniyete uygun bir sonucu garanti etmez.¹⁷⁰

¹⁶⁵ v. BAR/MANKOWSKI, s. 83, 87.

¹⁶⁶ BORN, s. 2241.

¹⁶⁷ BERGER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, s. 396, 397.

¹⁶⁸ DASSER, s. 153, 154.

¹⁶⁹ BORN, s. 2241.

¹⁷⁰ SAVAGE/GAILLARD, s. 838.

4. Hukuk Seçiminin Sınırları

Taraf iradelerinin öncelikli gözetildiğine değinilmişti. Ancak, tarafların esasa uygulanacak hukuku belirlemediği durumlarda da, hakemlerin takdir yetkisinin oldukça geniş olduğu söylenebilir. Taraflarca hukuk kararlaştırılmaması halinde, hakemlerin hukuk seçimini yaparken hata yapmaları, New York Sözleşmesi'nde ve dolayısıyla bu sözleşmeyi iç hukukuna alan ulusal tahkim mevzuatlarında tenfiz için ret sebebi teşkil etmez. Dünya üzerindeki ülkelerin çok büyük bir bölümü tarafından iç hukuklarına alınmış olan New York Sözleşmesi hükümlerine göre tenfiz engelleri konusunda, bu çalışmanın konusu açısından belirleyici olan 'kamu düzeni' engelidir.¹⁷¹ Öte yandan tarafların ulusal hukuk seçimine rağmen, bu seçime riayet edilmeyip uluslararası kurallara atıf yapılması hakemlerin yetki aşımı anlamına geleceğinden ikinci bir tenfiz engeli teşkil edebilir.¹⁷²

Ancak kararın tanıma ve tenfizi konusu bir yana, tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilmesi de söz konusu olabilir.¹⁷³ Bazı ülkenin kanunlarına göre, hukukun hakemlerce yanlış seçilmesi iptal sebebi oluşturabilir. Ne var ki uygulamada bunun da örneğine rastlamak güçtür.¹⁷⁴ Ancak yine de, gerek taraflarca esasa uygulanacak hukukun kararlaştırılması gerekse böyle bir anlaşmanın bulunmaması halinde hakemlerce hukukun seçimi, belirli birtakım sınırlamalara tabidir. Çeşitli hakem veya mahkeme kararlarında rastlanan bu kısıtlamaların bazılarının geçerliliği tartışılmaktadır (Alt başlık

¹⁷¹ 25.09.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1958 Tarihli New York Sözleşmesi md. V(2)(b)'ye göre: "*Hakem kararının tanıma ve icrasının mezkur memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması*".

¹⁷² 25.09.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1958 Tarihli New York Sözleşmesi md. V(2)(c)'ye göre: "*Hakem kararının hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir uyumsuzluğa ilişkin olduğu yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şümulünü aşan hükümleri muhtevi bulunduğu*".

¹⁷³ Hakem kararının verildiği ülkelerdeki iptal prosedürüyle ilgili belirtilmesi gereken bir nokta da, bu konuda çeşitli ülkelerin mevzuatında uygulanan kuralların, hakem kararlarının tenfizine ilişkin New York Sözleşmesi'ndeki hükmün yansımaları biçiminde olduğudur. UNCITRAL Model Kanunu md. 34(2)'deki iptal sebepleri, New York Sözleşmesi md. V'teki tenfizin reddi sebepleri ile birebir aynıdır. Dolayısıyla, *lex mercatoria*'nın esasa uygulandığı bir kararın iptali, Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 15(A) da dâhil olmak üzere Model Kanun'u benimseyen devletlerin tahkim mevzuatlarında, yalnızca kamu düzeni veya yetki aşımı durumunda gündeme gelebilir.

¹⁷⁴ BORN, s. 2151.

a.). Kamu düzeni ve ulusal kanunların emredici kurallarından kaynaklanan sınırlamalar ise genelde kabul edilmektedir (Alt başlık b.).

a. Geçerliliği Tartışmalı Olan Sınırlamalar

Bazı hakem kararlarında, taraflarca seçilen hukuk düzeninin ‘eksik’ olduğu gerekçesiyle uygulanmadığı görülür. Sözelimi 1951 yılında verilen *Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi*¹⁷⁵ kararında, taraflarca kararlaştırılan Abu Dabi hukuku, henüz kodifiye edilmediği ve hukuki problemleri cevaplayacak kadar gelişmemiş olduğu gerekçesiyle uygulanmamış; bunun yerine evrensel hukuk ilkelerini yansıttığı ölçüde İngiliz hukukuna gidilmiştir. Aynı doğrultudaki 1958 tarihli *Aramco*¹⁷⁶ kararında ise, Suudi Arap hukukunda boşlukla karşılaşılması halinde tüm dünyada geçerli olan teamüller, içtihatlar ve saf hukuk bilimine müracaat edileceğinde karar kılmıştır. Bu yaklaşım günümüzde ulusal mahkemeler ve hakemler tarafından çoğunlukla reddedilmekte, öğretilde ciddi biçimde eleştirilmekte ve tatmin edici bulunmamaktadır.¹⁷⁷

Taraflarca yapılan hukuk seçiminin bir ölçüde bertaraf edildiği bir başka yöntem ise, ticari teamüllerin abartılı biçimde uygulanmasıdır. Modern uluslararası ticari ilişkilerde, teamüllerin *lex causae*’nın yerini aldığı öne sürülmektedir. Bu görüşe göre ticari teamüllerin önüne sadece, esasa uygulanacak hukukun emredici kuralları ve sözleşme hükümleri geçer. Bir başka deyişle hakem, bazı hallerde ticari teamülleri sıkı bir biçimde, taraflarca seçilen hukuk kurallarından bağımsız olarak uygulamak zorundadır.¹⁷⁸ Ticari

¹⁷⁵ *Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi (1951)*, *ILR*, Vol. 18, s. 144.

¹⁷⁶ *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (1958)*, *ILR*, Vol. 27, s. 117.

¹⁷⁷ BORN, s. 2204; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 419; SAVAGE/GAILLARD, s. 842, 843. Kişisel kanaatime göre de, bazı hakem kararlarında gözlenen bu yaklaşımın geçerliliği şüphe götürür. 19. Yüzyıl kanunlaştırmalarında ve hukuk biliminde önemli bir rol oynayan; boşluksuz, kapalı, organik bir bütünlüğe sahip olduğu varsayılan hukuk anlayışı günümüzde terkedilmiştir. Artık ulusal hukuklarda da hakim, hukukun eksik kalan kısımlarını tamamlayan, yeri geldiğinde *extra legem* yorum faaliyetiyle kanunda hiç öngörülmemiş problemler için hukuk yaratan bir figürdür. Bir başka deyişle, modern hukuk biliminde hukuk, zaman zaman belirli problemler karşısında çözüm üretmeyen, boşluklar içeren bir yapı olarak eksiklerle doludur. Yeterince ‘sofistike’ olmayan Ortadoğu ülkelerinin hukukları da, yetersiz kaldıkları modern hukuki problemlere göre şekillendirilip geliştirilebilir.

¹⁷⁸ BERGER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, s. 401.

teamülleri, seçilen hukuka göre önceleyen bu yaklaşıma göre, teamüller taraflarca seçilen hukuku bertaraf etmemekte, yalnızca taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen kurallara yeni bir katman eklemektedir.¹⁷⁹ 1982 tarihli ve İran hukukunun esasa uygulanacak hukuk olarak öngörüldüğü bir uyuşmazlığa ilişkin ICC hakem kararında, hakem heyeti kendisini bu hukukla sıkı bir biçimde bağlamamış, uluslararası hukukta ve ticari teamüllerde kaynağını bulan hukukun genel ilkelerine sıkça atıfta bulunmuştur.¹⁸⁰ Ticari teamüllerin ulusal ve uluslararası düzenlemelerde göz önüne alınması zorunlu bir kaynak olarak öngörüldüğü bir gerçektir. UNCITRAL Model Kanunu, Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu, Hollanda Medeni Usul Kanunu, Fransız Medeni Usul Kanunu'yla beraber ICC gibi kurumsal tahkim kuralları da¹⁸¹, esasa uygulanacak hukukla beraber teamülleri düzenlemelerinde telaffuz eder.¹⁸² Ne var ki, bu geniş çaplı kabul, ticari teamüllerin, kararlaştırılan hukukun hükümlerini değiştirmesini hatta görmezden gelmesini onaylamaz. Teamüller en fazla tarafların iradelerini yorumlamada kullanılabilir.¹⁸³ Teamüllerin, seçilen hukukun açık hükümlerini göz ardı etmeyi haklı kılacak derece geniş çaplı kullanımı bu nedenle tartışmalıdır.

b. Kamu Düzeni ve Emredici Kurallar

Taraflarca veya hakemlerce hukuk seçiminin sınırlandırdığı en önemli hal, kamu düzeni ve ulusal hukukun emredici kurallarıdır. Yukarıda sayılan diğer sınırlamaların aksine, kamu düzeni ve emredici kurallarının sınırlayıcı gücü, pek çok yazar ve hakem kararı tarafından kabul edilir. Birçok ülkenin kanunlar ihtilafı kanunlarında kamu düzenine dair açık hükümler yer almakta, neredeyse her ülkede bunlara aykırı olarak verilmiş bir hakem kararı iptal edilebilmekte ya da tenfizine engel olunmaktadır.¹⁸⁴ Öyle ki, *amiable compositeur* olarak karar veren hakemler bile, ulusal hukukun ya da *lex mercatoria*'nın öngördüğü hiçbir hukuk kuralı ile bağlı olmamalarına

¹⁷⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 419.

¹⁸⁰ *Framatome v. Atomic Energy Organisation of Iran (1982)*, ICC Case No. 3896.

¹⁸¹ ICC Tahkim Kuralları md. 21(2), UNCITRAL Tahkim Kuralları md. 33(3).

¹⁸² UNCITRAL Model Kanunu md. 28(3), Hollanda Medeni Usul Kanunu md. 1054(4), Alman ZPO md. 1051(4), Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 12(C)/b.1.

¹⁸³ SAVAGE/GAILLARD, s. 845, 846.

¹⁸⁴ SAVAGE/GAILLARD, s. 848, 861; BORN, s. 2170, 2171.

karşın, kamu düzenini göz önüne bulundurmaları zorunludur.¹⁸⁵

Milli hukuktaki kamu düzeni kavramı tarafların iradeleri ile değiştiremeyecekleri emredici hükümlere ilişkindir. Oysa milletlerarası özel hukukta kamu düzeni daha dar yorumlanır. İç hukuktaki her emredici hüküm, milletlerarası hukuk bakımından kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmez. Yalnızca milli hukukun temel ilkelerinden sayılan ve yargıcı bu ilkelere aykırı olarak verilmiş tahkim kararını tanıma veya tenfiz etmekten alıkoyan konular, milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni kavramından sayılır.¹⁸⁶ Gerek Anglo-Amerikan hukuk düzenlerinde, gerekse Kıta Avrupası hukuklarında; milletlerarası anlamdaki kamu düzeni ve emredici kurallar oldukça istisnai, sınırlı hallerde başvurulmuş kavramlardır.¹⁸⁷ Sözgelimi Türkiye’de tenfizi istenen bir hakem kararı, vergi kaçırılmaya ilişkinse, Türk kamu düzenine aykırılık gündeme gelir. Buna karşılık, vergi yükümlülüğünün kime ait olacağı ile ilgili bir uyuşmazlığı çözüme bağlayan hakem kararının Türk kamu düzeniyle ilgisi olmadığı söylenebilir.¹⁸⁸

Milletlerarası tahkimde, hakemlerin ulusal mahkemelerin tersine *forum* devlet hukukları olmadığı, bu nedenle de herhangi bir devletin kamu düzeni anlayışına veya emredici kurallarına tabi olmadıkları öne sürülmektedir. Hakemler için tüm hukuklar ‘yabancı’ olduğundan, ancak taraflarca seçilen devlet hukukunun emredici kuralları ve kamu düzeni anlayışı uyuşmazlığa uygulanacaktır.¹⁸⁹ Bu gerçek kabul edildikten sonra, taraflarca seçilmiş olan hukuk düzeninden başka bir hukuk düzeninin emredici kurallarının ve kamu düzeni anlayışının göz önüne alınıp alınmayacağı sorunu ortaya çıkar. Hakemlerin *forum* hukukları olmadığını vurgulayan görüş, ‘uluslararası kamu düzeni’ kavramından yanadır. Tarafların seçmediği bir hukuk düzeninin (örneğin tahkim yeri hukukunun), kamu düzenini ilgilendirebilecek emredici kuralları, ancak uluslararası kamu düzeni gündeme geldiğinde uygulanabilir. Uluslararası kamu düzeninden sayılan konular, yalnızca uyuşmazlıkla ilgisi olabilecek hukuk düzenlerine (örneğin tahkim yeri hukuku veya hakem

¹⁸⁵ KALPSÜZ, s. 100; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 472.

¹⁸⁶ Işlar Umur MUTLU, *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi* (Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Devletler Özel Hukuku) Anabilim Dalı. Ankara, 2003, s. 36, 37, 38, 39.

¹⁸⁷ BORN, s. 2174, 2175.

¹⁸⁸ AKINCI, s. 383, 384.

¹⁸⁹ SAVAGE/GAILLARD, s. 848; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 420.

kararının tenfizinin talep edileceği ülke hukukları) bakılarak değil evrensel bir değerlendirme ile saptanır.¹⁹⁰ Buna örnek olarak; kaçakçılık, çocukların köle ticareti yoluyla taşınması, terörist gruplara silah yardımı gibi konulara ilişkin anlaşmalar verilebilir. Bu gibi konulara ilişkin sözleşmeleri geçerli kabul eden bir hukuk düzeninin, esasa uygulanacağı taraflarca kararlaştırılsa bile, hakemler uluslararası kamu düzenine göre sözleşmenin batıl olduğuna karar vermelidir.¹⁹¹

Ancak bir diğer görüş, uluslararası kamu düzeni kavramının çok sınırlı hallerde uygulama alanı bulduğundan hareketle, ciddi bir işlevi yerine getiremediğini savunur. Bu müphem kavram yerine, uyumsuzlukla ilişkili bulunan ulusal hukukların, kamu düzenini ilgilendiren emredici kurallarını uygulamak daha akılcıdır. Aksi halde, hakem kararının tenfiz edilebilirliğini de azalacaktır. Hakemlerin *forum* hukukları olmadığı doğrudur. Pek çok uyumsuzlukta tahkim yerinin taraflarla ya da uyumsuzlukla yakın bir ilişkisi olmadığı da bir gerçektir. Ancak yine de milletlerarası hukuk normlarının izin verdiği ölçüde, tahkim yeri hukukunun emredici kuralları ve kamu düzeni anlayışı göz önüne alınmalıdır.¹⁹²

III. MİLLETLERARASI TAHKİMDE *LEX MERCATORIA* UYGULAMALARI

Tahkimde esasa uygulanacak hukuk konusunda yukarıdaki uzunca açıklamalar dikkate alındığında öne çıkan husus, taraflara hukuk seçimi konusunda oldukça geniş bir takdir yetkisi tanındığıdır. Bu nedenle *lex mercatoria*'nın tahkimde uygulama alanı bulduğu başlıca haller de, tarafların çeşitli ifadelerle *lex mercatoria*'ya gönderme yapmaları halidir. Bu atıf kimi zaman açık ifadelerle yapılmakta, kimi zaman da hakemler örtülü bir hukuk seçimi olduğuna hükmederek *lex mercatoria*'yı uygulamaktadır (Alt Başlık A). İkinci olarak, taraflarca uygulanacak hukukun kararlaştırılmadığı hallerde hakemler kendi seçim yetkilerine göre ulusal hukuk düzenleri yerine *lex mercatoria*'yı uygulamayı tercih edebilirler. Ya da bazen taraflar *lex mercatoria*'yı değil ulusal bir hukuk düzenini kararlaştırdıkları halde,

¹⁹⁰ SAVAGE/GAILLARD, s. 863.

¹⁹¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 424.

¹⁹² BORN, s. 2189, 2193, 2194.

hakemler bu ulusal hukuk düzeniyle beraber *lex mercatoria*'nın uygulanmasına karar vermektedir. Öte yandan hakemlerin hakkaniyet kararı vermekle yetkilendirildikleri durumlarda da sık sık *lex mercatoria*'ya başvurdukları gözlenmektedir (Alt Başlık B).

A. Taraflarca Buna Dair Seçim Yapıldığı Durumlarda *Lex Mercatoria*'ya Başvurulması

Tarafların açık veya örtülü bir seçim ile *lex mercatoria*'nın uygulanması gündeme gelebilir. *Lex mercatoria*'nın ya da *lex mercatoria*'yı işaret edecek uluslararası bir hukuk kaynağının taraflarca açıkça öngörülmesi oldukça nadir karşılaşılan bir durumdur. Uygulamada daha çok ulusal hukuklara dair hukuk seçimlerine rastlanmaktadır.¹⁹³

1. Açıkça *Lex Mercatoria*'nın Kararlaştırılması

Taraflar *lex mercatoria*, uluslararası ticaret hukukunun genel ilkeleri, hukukun genel ilkeleri, uygar milletler tarafından kabul edilen genel ilkeler ya da uluslararası ticarete geçerli adet ve teamüllere göndermede bulunduğu genellelikle *lex mercatoria*'nın esasa uygulanacak hukuk olarak kararlaştırıldığı kabul edilir. Hatta kimi zaman iyi niyet, sadakat ve vicdana göre ifanın gerçekleştirilmesi gerektiği öngörüldüğünde bile bunun *lex mercatoria*'ya atıf olarak anlaşıldığına rastlanmaktadır.¹⁹⁴ Unutulmaması gereken bir konu, *lex mercatoria*'nın sadece hukukun genel ilkeleri ya da ticari teamüllerle sınırlı kaynaklardan oluşmadığıdır. Buradan hareketle sözgelimi taraflar sadece ticari teamüllere atıfta bulunduğu; *lex mercatoria*'nın tüm kaynaklarıyla (birörnek kurallar, standart sözleşmeler vs. gibi) uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelir. Böyle bir karar vermek için tarafların somut olaydaki iradeleri araştırılmalıdır.¹⁹⁵

14.01.1982 tarihli *Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company (NIOC) ad hoc* tahkim kararında,¹⁹⁶ petrol arama ve çıkarma ile ilgili 1966

¹⁹³ MANIRUZZAMAN, s. 697.

¹⁹⁴ Bahadır ERDEM, s. 128.

¹⁹⁵ AYOĞLU, s. 87.

¹⁹⁶ *Yearbook Commercial Arbitration*, 1986, s. 97, 102.

tarhli sözleşme aşğıdaki hukuk seçimi şartını içermektedir: “*Hakem, hiçbir şekilde bir hukuk kuralıyla bağı olmayacak; bunun yerine kararı hakka-niyet esasına ve hukukun genel olarak kabul edilen ilkelerine ve özellikle uluslararası hukuka dayandırma yetkisi olacaktır.*”

1980 yılında, *NIOC*, İran İslam Cumhuriyeti Devrim Konseyi kararına dayanarak sözleşmenin batıl olduğunu bildirmiş ve petrol satışını durdurmuş, bir taraftan da petrol arama faaliyetlerinden kaynaklanan para borcunu da ifa etmeyi reddetmiştir. Bunun sonucunda çıkan uyuşmazlığın önüne geldiği hakem, sözleşmeyi milli hukuklardan bağımsız, uluslararası hukuka dayanan özerk bir hukuk sistemine dayandırma ihtiyacının öğretide telaffuz edildiğine dikkat çekmiştir. Kararını verirken hukukun bir genel ilkesi olarak *pacta sunt servanda*'ya dayanmıştır.¹⁹⁷

Taraflar uyuşmazlığa bütünüyle *lex mercatoria*'nın uygulanması yerine, bunun ulusal hukuk düzenleriyle beraber uygulanmasını da kararlaştırabilir.

Libya tahkimleri olarak adlandırılan üç yabancı yatırım uyuşmazlığının öncülük ettiği bu tip klozlara *BP v. Libya (1973)* kararı¹⁹⁸ örnek verilebilir. *BP* şirketinin Libya'daki malvarlığı herhangi bir bedel ödenmeksizin devletleştirildiğinde, şirket Libya devleti aleyhine, anlaşmalarında öngöröldüğü şekilde tahkime başvurmuştur. Uyuşmazlığa konu olan hukuk seçimi şöyledir: “*Bu imtiyaz, uluslararası hukuk ilkeleri ile ortaklaştığı yerlerde Libya hukukunun ilkelerine göre; bu tip ortak ilkelerin bulunmaması halinde ise uluslararası tahkim uygulamasında uygulanabilecek ilkeleri kapsayacak şekilde hukukun genel ilkelerine göre yorumlanacak ve bu ilkelere tabi olacaktır.*”¹⁹⁹

Hatta *lex mercatoria* ile birlikte bir ulusal hukukun değil, birkaç devlet hukukunun ortak hukuki ilkelerinin uygulanacağı da bazı tahkim şartlarında öngörülmektedir. Böyle tahkim anlaşmalarında, öngörölen devlet hukukları arasında karşılaştırmalı bir analiz yapılması gerektiği kabul edilir.²⁰⁰

Örneğin, Manş Tüneli'nin yapımında kararlaştırılan hukuk seçimi klozu

¹⁹⁷ DASSER, s. 187.

¹⁹⁸ *ILR*, Vol. 53, s. 297, 375.

¹⁹⁹ Yazarın İngilizce metinden çevirisidir.

²⁰⁰ SAVAGE/GAILLARD, s. 814.

şöyledir: “İngiliz ve Fransız hukukunun ortak ilkeleri; bu ilkelerin bulunmayışı halinde ise ulusal ve uluslararası mahkemelerce uygulanana gelen uluslararası ticaret hukukunun ilkelerine göre...”²⁰¹

1. Örtülü Olarak *Lex Mercatoria*’nın Kararlaştırılması

Lex mercatoria’nın taraflarca açıkça öngörüldüğü yukarıdaki hallere ek olarak, bir de tarafların uluslararası hukuk kurallarına örtülü olarak gönderme yaptığına rastlanır. Ancak tarafların anlaşmalarında herhangi bir milli hukuk kararlaştırmamış olmaları, bizatihi milli hukuklara tabi olmak istemediklerini anlatmaz. Hakemlerin taraf iradeleri ile ilgili belirlemelerinde genellikle; tarafların herhangi bir ulusal hukuku seçmemiş olmalarının –ya da başka bir deyişle böylece negatif bir seçim yapmış olmalarının- yanı sıra sözleşmede geçen hukuki kavramlar, uyumsuzluğun uluslararası karakteri, tarafların milletlerarası bir tahkim kurumunun kurallarına tabi olmayı seçmesi gibi başka bir dizi faktör etkili olmaktadır.

Örneğin *Sapphire v. National Iranian Oil Company* (1963)²⁰² isimli kararda taraflar açıkça hukuk seçimi yapmamıştır. Hakem, uyumsuzlukta önce İran hukukunu uygulamayı denemiş ancak sözleşmenin uluslararası karakteri nedeniyle ve yatırımcıyı İran devletinin yasa koyma yetkisinden kaynaklı esaretinden kurtarma ihtiyacıyla bu seçeneği elemiştir. Hakeme göre:

“Anlaşmanın 38. maddesi ... tarafların iyi niyet ve sadakat (*good faith, goodwill*) ilkelerine göre sözleşmeyi gerçekleştirmelerini öngörmektedir.

Benzer hukuki ilişkileri çözüme bağlayan pek çok hakem kararında, bu tarzda bir klotun, belirli bir devletin iç hukukunun sıkı biçimde uygulanmasıyla uyumlu olmadığına hükmedilmiştir. Bu hüküm daha çok, ... uygar ülkelerin ortak uygulamalarına ve mantığa dayalı hukukun genel ilkelerinin uygulanmasına çağırılmaktadır.

... Dolayısıyla bu sözleşme, onu belirli bir ülkenin hukuk düzeninin egemenlik alanından çıkaran uluslararası benzeri karakterdedir ve

²⁰¹ Madde 68, Eurotunnel ve Transmache Link arasında 13.08.1986 yılında imzalanan inşaat sözleşmesine eklenen şartlar (Yazarın İngilizce metinden çevirisi).

²⁰² 15.03.1963, *ILR.*, 35.

sıradan bir ticari ilişkiden ciddi şekilde ayrılır.

... Yukarıda ifade edilenlere göre, tarafların İran hukukunun uygulanmasını istemedikleri oldukça açıktır. Ancak başka bir pozitif hukuk düzenini de seçmemişlerdir, bu dışlama tüm delillerle ortadadır.”²⁰³

Hakem sözleşmedeki *force majeure* şartına da vurgu yapmış, bu hükmün açıkça uluslararası hukuk ilkelerine gönderme olduğu kanaatine varmıştır.²⁰⁴ Böylece hakem sonunda uyuşmazlığın esasına herhangi bir ulusal hukuk düzeni yerine hukukun genel ilkelerini uygulamayı uygun görmüştür.

Yukarıda özetlenen yabancı yatırım uyuşmazlığındaki örtülü hukuk seçimi, ticari uyuşmazlıklarda da örneklenebilir:

Bu uyuşmazlıkta taraflardan biri yine bir devlet olsa da, sözleşmenin konusu yatırım yerine ticarete ilişkindir. 1995 tarihli ICC kararında,²⁰⁵ davacı Ortadoğu’da bir hükümet, davalı ise Avrupalı bir şirketlerdir. Taraflar uyuşmazlığı ICC Tahkim Kuralları’na tabi kılmış ancak herhangi bir hukuk seçimi anlaşması kararlaştırmamıştır. Hakem heyeti, ICC Tahkim Kuralları md. 21’de kendisine verilen hukuk seçimi yetkisini kullanmak yerine taraf iradelerini araştırmayı tercih etmiştir. Hakem heyetine göre, taraflar uyuşmazlığı milletlerarası bir tahkim kurumunun kurallarına tabi tutmuş, hakemlerin taraflardan farklı tabiiyette olmasını öngörmüş, tahkim yerinin üçüncü bir ülkede olmasını tercih etmiş, ayrıca aralarından birinin milli hukukunun uyuşmazlığa uygulanmasını da reddetmişlerdir. Hakemlere göre, tüm bu nedenler milletlerarası ticarete uygulanan genel ilkelere tabi olmak istedikleri sonucunu işaret etmektedir.²⁰⁶

Yine ICC’nin 1996 tarihli başka bir kararında,²⁰⁷ uyuşmazlığın kaynağını oluşturan sözleşme, Ortadoğu’daki bir devlet ile Kuzey Amerikalı bir şirket arasındaki radar sistemi kurulumu ve bakımına ilişkindir. Hakemler, hukuk seçimi bulunulmamasının, kendi başına milli hukuku dışlayan zımni bir irade olarak yorumlanmaması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Ancak, somut olaydaki araştırmalarına dayanan hakemler sonunda esasa milli hukukun

²⁰³ Yazarın İngilizce metinden çevirisi.

²⁰⁴ DASSER, s.191.

²⁰⁵ ICC 1999 tarih ve 8261 sayılı kısmi kararı.

²⁰⁶ Ercüment ERDEM, s. 353.

²⁰⁷ ICC 1996 tarih ve 7375 sayılı kısmi kararı.

uygulanmaması konusunda bir iradeyi tespit etmiştir. *Lex mercatoria*'nın uygulanması aynı zamanda; sözleşmeye taraf devletin başka bir devlet hukukuna karşı çekinceleri ile tarafların sözleşmeye göre aynı statüde bulunması -bir başka deyişle aralarında hiyerarşi bulunmaması- gerçeği arasında bir orta yoldur. Buradan yola çıkan hakem heyeti, tarafların müzakerelere devam etselerdi *lex mercatoria*'yı seçecek oldukları sonucuna varmıştır.²⁰⁸ Bu nedenle hakemlerin kararda, bir bakıma tarafların farazi iradelerini araştırdığı söylenebilir. Karar aynı zamanda, herhangi bir milli hukukunun seçilmemiş olmasının -bir başka deyişle negatif bir seçim yapılmasının- bi-zatihi uluslararası kurallara gönderme olarak yorumlanmaması gerektiğini, bunun yanında tarafların iradesinin ayrıca araştırılması gerektiğini göstermesi açısından önemlidir.

B. Taraflarca Buna Dair Bir Seçim Yapılmadığı Halde Hakemlerce *Lex Mercatoria*'ya Başvurulması

1. Taraflarca Hukuk Seçimi Bulunmayan Hallerde Hakemlerin Bu Konuda Takdir Yetkilerini Kullanmaları

Tarafların buna dair bir yetkilendirmesi olmadığı halde hakemlerce *lex mercatoria*'nın uyuşmazlık esasına uygulanması oldukça nadir karşılaşılan bir durumdur. Bu duruma örnek olarak verilen birkaç hakem kararı, tenfizleri sırasında ulusal mahkemeler önünde de sorunla karşılaşmadıklarından, öğretide sıkça işaret edilmektedir. Bu kararlardan iki tanesi *Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A.* (1979) ve *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft mbH (DST) v. the Government of the State of R'as Al Khaimah (UAE) and the R'as Al Khaimah Oil Company (RAKOIL)* (1980) olarak sayılabilir.

Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A. (1979) kararında,²⁰⁹ Türk şirket *Pabalk* ile Fransız şirket *Norsolor* arasında akdedilen acentelik sözleşmesi, iki şirketin arasındaki birtakım anlaşmazlıklar sonucu *Norsolor* tarafından feshedilmiştir. Hakemlerin önüne gelen uyuşmazlıkta, *Pabalk* ödenmeyen komisyonları ve zararlarının tazminini talep etmiştir. Taraflarca esasa uygulanacak bir hukukun kararlaştırılmadığı olayda *Norsolor*, Fransız

²⁰⁸ Ercüment ERDEM, s. 347.

²⁰⁹ ICC 26.10.1979 tarihli 2121 sayılı kararı.

kanunlar ihtilafı kurallarının Türk hukukuna atfı yaptığını öne sürmüştür. *Pabalk* ise, örtülü bir hukuk seçimi olduğunu iddia ederek Fransız maddi hukukunun esasa uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bu arada somut olayda Türk hukuku, tazminat taleplerine izin vermediğinden *Norsolor* için daha avantajlı bir düzenleme sunmaktadır.²¹⁰ Uygulanacak hukukun bir devlet hukuku olarak seçilmesinde zorluklar yaşayan hakemler, Türk veya Fransız hukukunu bir kenara bırakmış, objektif bir bağlama yoluyla *lex mercatoria*'nın uygulanmasına karar vermişlerdir:

“Uygulanması yeterli derecede ikna edici olan bir milli hukuku seçmekte zorluklarla karşılaşan mahkeme, belirli bir milli hukuk düzenine –Türk ya da Fransız- yapılan göndermeleri bir tarafa bırakarak, anlaşmanın milletlerarası karakterini de dikkate almak suretiyle, uluslararası *lex mercatoria* ’nın uygun olduğuna karar vermiştir.”²¹¹

Hakemler kararlaştırdıkları hukuk sonucunda, iyi niyet ilkesi ile *lex mercatoria* arasındaki sıkı ilişkiye dikkat çekmiş, bunu uluslararası ticaret hukukunun temel ilkesi olarak belirlemiştir.²¹² Böylece bir tarafın -*Norsolor*- ekonomik açıdan güçlü pozisyonunu kullanarak anlaşmayı bozduğu gerekçesiyle, *Pabalk* lehine tazminata hükmedilmiştir.²¹³

Petrol arama ve çıkarma ile ilgili, *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohr-gesellschaft mbH (DST) v. the Government of the State of R’as Al Khaimah (UAE) and the R’as Al Khaimah Oil Company (RAKOIL)* (1980) kararında²¹⁴ ise uyuşmazlığın bir tarafını Resü'l-Hayme Emirliği'nin kamu girişimi, diğer tarafını ise çeşitli şirketlerden meydana gelen bir konsorsiyum oluşturmaktadır. Hakemler, konsorsiyumu oluşturan şirketlerden ve Resü'l-Hayme Emirliği'nden hiçbirinin hukukunun uygulanması için yeterli bir neden görmemiş, bu arada hukuk seçiminin somut olayda fazla önem taşımadığına da dikkat çekmiştir. Milletlerarası tahkimdeki ortak uygulamalardan yola çıkan mahkeme sonunda, ‘uluslararası düzeyde kabul edilmiş, sözleşmesel ilişkilere uygulanan hukukun genel ilkelerine’ göre uyuşmazlığı çözeceğine karar vermiştir.

²¹⁰ DASSER, s. 212.

²¹¹ Yazarın İngilizce metinden çevirisidir.

²¹² OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s. 188.

²¹³ MUSTILL, s. 106.

²¹⁴ ICC 04.07.1980 tarihli 3572 sayılı kararı.

Bu kararlardan her ikisi de, tarafların hukuk kararlaştırmadığı durumda *lex mercatoria*'nın hakemlerce seçilip uygulanacağını haklı gösteren kararlardır. Her iki kararda da örtülü bir hukuk seçiminin araştırılması için taraf iradelerine bakılmamış; sözleşmelerin uluslararası niteliği gibi birtakım mülahazalarla *lex mercatoria*'nın ulusal hukuk düzenlerinden daha uygun olduğuna hükmedilmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi, taraflarca uluslararası hukuk kurallarına atıf yapılan haller problemsizdir. Zira hemen tüm ulusal tahkim mevzuatları ve kurumsal tahkim kurallarında tarafların devlet hukukuna değil genel olarak hukuk kurallarına atıfta bulunabileceği kabul edilmiştir.²¹⁵ Ancak hakemlerce hukuk seçimi gündeme geldiğinde soru işaretleri baş göstermektedir. UNCITRAL Model Kanunu'nu benimseyen pek çok tahkim mevzuatıyla beraber ICSID Ana Sözleşmesi gibi uluslararası düzenlemelerde hakemlerin yaptığı hukuk seçiminin konusu devlet hukuklarıyla sınırlanmıştır.²¹⁶ Bu nedenle, hakemlerin taraf iradelerine dayanmadan *lex mercatoria*'ya gitmesi, kararın iptal ve tenfiz prosedürleri açısından risklidir.²¹⁷

Nitekim bu iki hakem kararının her ikisinin aleyhine birtakım hukuki yollara başvurulmuştur. Ancak ulusal mahkemeler önündeki bu çabalar sırasında da hakem kararlarının geçerli olduğuna hükmedilmiştir.

Viyana'da verilen *Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A.*(1979) kararına karşı *Norsolor* tarafından Avusturya mahkemeleri önünde iptal başvurusu yapılmıştır. Ancak *Norsolor*, hakemlerin yetkileri dışına çıktığını ve taraflarca yetkilendirilmedikleri halde hakkaniyet kararı verdikleri gerekçesiyle, iki ayrı nedene dayanarak yaptığı iptal başvurusundan sonuç alamamıştır. Avusturya Yüksek Mahkemesi, hakem kararının dayandığı iyi niyet ilkesinin özel hukuk düzenlemelerinden kaynaklandığına ve bu

²¹⁵ Bkz. yuk. Başlık II.B.1.b. Taraflarca *Lex Mercatoria*'nın Kararlaştırılması.

²¹⁶ Bkz. yuk. Başlık II.B.2.b. Hakemlerin Hukuk Seçiminin Konusu.

²¹⁷ *Lex mercatoria*'nın bir riziko oluşu konusunda çok ilginç bir tespit de sorumluluk sigortaları açısından yapılabilir. Hakem kararlarının sonucuyla ilgili sorumluluk sigortası yapılabilmesi, ancak belirli şartlarla mümkündür. Sigorta genel şartlarında yer alan bu koşullar sağlanırsa; ancak bu durumda hakem kararları da tıpkı mahkeme kararı gibi sorumluluk sigortası konusu olabilir. Söz konusu bu şartlardan biri de, taraflarca hakemlerin yalnızca bir devlet hukukunu uygulayabileceğinin kararlaştırılmasıdır. Eğer taraflar bu şartı koymayıp hakemi uluslararası hukuk kurallarına müracaat etme konusunda serbest bırakırlarsa, sorumluluk sigortası yaptırılamazlar. Bkz. SANDROCK, s. 80.

nedenle kararın ‘hakkaniyet kararı’ olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir. İptal başvurusundan sonuç alamayan *Norsolor* bu defa *Pabalk*’ın Fransa’daki tenfiz talebine karşı da tenfizin reddi sebeplerini ileri sürmüştür. Ancak Paris’teki *Tribunal de Grande Instance*, hakem kararının hakkaniyet kararı anlamına gelmediğine, bu nedenle de mutlaka taraflarca yetkilendirmelerinin gerekmediğine karar vererek, olayda tenfiz engeli bulunmadığına hükmetmiştir.²¹⁸

Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrsgesellschaft mbH (DST) v. the Government of the State of R’as Al Khaimah (UAE) and the R’as Al Khaimah Oil Company (RAKOIL) (1980) kararı sonucunda ise *D.T.S.* şirketi, *Rakoil*’in İngiltere’de bulunan malvarlığına yönelik olarak, tazminat talepleri için tenfiz talebi bulunmuştur. *Rakoil*’in kamu düzeni sebebiyle tenfiz engeli ileri sürmesi üzerine *Court of Appeal*’a giden davada,²¹⁹ mahkeme ‘uluslararası düzeyde kabul edilmiş, sözleşmesel ilişkilere uygulanan hukukun genel ilkelerine’ göre verilmiş kararın kamu düzenine aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir.²²⁰

Böylece mahkemeler önünde de sınanan *lex mercatoria*’nın geçerliliği tezi iyice güçlenmiştir. Tarafların bu konuda iradesine dayanılmaksızın hakemlerce uluslararası hukuk kurallarına başvurulması, *lex mercatoria*’nın özerk bir hukuk düzeni olarak kabul görmeye başladığına işaret etmekte, taraftarları tarafından özellikle sahiplenilmektedir. Ancak diğer taraftan, bu teorinin karşıtları da söz konusu kararlara bu kadar ciddi anlam atfedilmesi gerektiği kanaatinde-dir.²²¹

²¹⁸ AYOĞLU, s. 113.

²¹⁹ *International Legal Materials*, Vol. 27 (1988), s. 1032.

²²⁰ OĞUZ, *Lex Mercatoria*, s. 196-199.

²²¹ Lord Mustill’e göre, *Pabalk Ticaret Limited Şirketi v. Norsolor S.A.* (1979) kararına karşı Avusturya’da başvuru iptal prosedüründe, Avusturya Yüksek Mahkemesi *lex mercatoria*’nın uygulanabilirliğini tartışmamış, iyi niyet ilkesinin her iki tarafın tabi olduğu milli hukuklarla uyuşan niteliğine dikkat çekmiştir. Keza Fransa’daki mahkemenin tenfiz engeli konusundaki akıl yürütmesi de *lex mercatoria*’nın savunulması biçiminde yorumlanacak kadar ileri gitmemiştir. *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrsgesellschaft mbH (DST) v. the Government of the State of R’as Al Khaimah (UAE) and the R’as Al Khaimah Oil Company (RAKOIL)* (1980) kararının İngiltere’deki tenfizinin de abartıldığını iddia edilmektedir. Mustill’e göre, tenfiz sürecinde davacının mahkemeye sunduğu deliller hep İsviçre hukukunun *lex causae* olduğu varsayımına dayanmıştır. Bkz. MUSTILL, s. 106-108.

Hakemlerin takdirıyla *lex mercatoria*'nın esasa uygulanmasının bir diğer şekli de, *lex mercatoria*'nın bir ulusal hukukla beraber uyumsuzluğa uygulanmasıdır. Bu bağlamda *lex mercatoria*; milli hukuk sisteminin boşluklarının doldurulması amacıyla veya milli hukukun ulaştığı çözümü teyit etmek amacıyla uygulama alanı bulabilir.²²²

1988 tarihli bir ICC kararında,²²³ patent sahibi davalı ile davacı arasında akdedilen bir sözleşme, patent ve teknoloji haklarının münhasıran verilmesiyle ilgilidir. Taraflar arasındaki ihtilaf sonucu tazminat talebi söz konusudur. Davalı, *lex mercatoria*'nın; davacı ise gerekli hallerde *lex mercatoria*'nın, ama temelde Massachusetts hukukunun uygulanması gerektiği kanısındadır. Hakem, birçok kanunlar ihtilafı kuralını beraber inceleyerek Massachusetts hukukunun esasa uygulanacağını belirlemekle beraber; ticari örf ve adetleri dikkate almaya ve gerekli hallerde *lex mercatoria*'yı uygulamaya karar vermiştir.²²⁴

1996 tarihli başka bir ICC kararında,²²⁵ uyumsuzlukta davacı Kuzey Amerikalı bir acente, davalılar ise Alman ve Belçikalı üreticilerdir. Taraflar arasındaki sözleşmenin konusu, acente tarafından davalıların ürünleri için satıcı ve bayilerin belirlenmesidir. Davacının temasta bulunduğu hiçbir müşteri ile sözleşme imzalamayan davalılar, daha sonra kendileri bir bağlı şirket kurarak, davacı ile aralarındaki acentelik sözleşmesini feshetmişlerdir. Taraflar arasındaki sözleşmede esasa uygulanacak hukuk kararlaştırılmamıştır. Hakem tarafların da uzlaşmasıyla Hollanda hukukunu uygulamaya karar verir. Ancak tarafların borçlarını dürüstlük kuralına göre ifa etmesi gerektiğini belirtirken yalnızca Hollanda hukukuna dayanmak yerine, dürüstlük kuralının *lex mercatoria* ve UNIDROIT İlkeleri'nde de yer aldığını vurgular. Bir taraftan da önceki hakem kararlarına göndermede bulunur.²²⁶ Esasa uygulanacak hukukun ulaştığı sonucun, *lex mercatoria* ile teyit edildiği hallere örnek olan bu kararda hakem, davalıların iş olanaklarını reddederken makul bir sınır içinde hareket etmesi gerektiğine hükmetmiştir.

²²² AYOĞLU, s. 94, 95.

²²³ ICC 1988 tarihli, 5314 sayılı kararı.

²²⁴ Ercüment ERDEM, s. 359.

²²⁵ ICC 1996 tarihli, 8548 sayılı kararı.

²²⁶ Ercüment ERDEM, s. 357.

Yine ICC bünyesinde 1987 tarihli bir kararda ise,²²⁷ taraflarca sözleşmede açıkça Libya hukukuna atıf yapıldığından yola çıkan hakemler öncelikle Libya hukukunun uygulanmasına ancak bu hukukta düzenlenmeyen veya düzenlendiği ispat edilemeyen konularda *lex mercatoria* 'nın uygulanmasına karar vermiştir. Uyuşmazlıkla alakalı olan İsviçre, Alman ve Libya hukuklarıyla beraber, *lex mercatoria* 'da da bulunan emprevizyon ilkesine dikkat çekilmiş, önceden öngörülemeyen değişiklikler halinde yükümlülükler sıkı sıkıya bağlı kalınmasının iyi niyet ilkesi ile bağdaşmayacağına karar verilmiştir.²²⁸ Birinci aşamada Libya hukukunun uygulanmasını, ikinci aşamada ise *lex mercatoria* 'ya başvurulmasını öngören karar, *lex mercatoria* 'nın milli hukukların boşluklarının doldurulması için kullanıldığı hallere tipik bir örnektir.

2. Amiable Compositeur Olarak veya Ex Aequo et Bono Karar Vermesi İçin Yetkilendirilen Hakemin Lex Mercatoria'ya Başvurması

Tarafların buna dair bir iradesi olmamasına rağmen hakemlerin *lex mercatoria* 'yı uyguladığı bir diğer hal de hakkaniyet kararı verilmesi halidir. *Amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono* karar verilmesi için yetki verilen haller genellikle, hakemlerin ticari teamüller ve hukukun genel ilkelerini gözeteceklerine dair, tarafların bir beklentisi olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.²²⁹

ICC'nin 1996 tarihli bir kararına,²³⁰ Panamalı bir şirket ile Taylandlı bir şirket arasında haftalık bir dergide reklam yayımlanmasına ilişkin sözleşmenin ihlalinden çıkan uyuşmazlık konu olmuştur. Hakeme *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi verilmiştir. Hakem, doktrinde bunun zımnen *lex mercatoria* 'ya atıf anlamına geldiği konusunda yaygın bir kanaat olduğunu ve bunun başka hakem kararlarında da görüldüğünü belirtir. Buna göre karar veren hakem, sözleşmede belirlenen reklam ücretinin faiziyle beraber ödenmesine karar vermiştir.²³¹

²²⁷ ICC 1987 tarihli, 4761 tarihli kararı.

²²⁸ Ercüment ERDEM, s. 333, 334.

²²⁹ BAMODU, s. 54.

²³⁰ ICC 1996 tarihli, 8655 tarihli kararı.

²³¹ Ercüment ERDEM, s. 358.

Yine ICC'nin 1980 yılında verilen bir kararında,²³² hakemlere *amiable compositeur* olarak karar verme yetkisi tanınmıştır. Hakem heyeti, çeşitli yazar ve önceki hakem kararlarına göndermede bulunarak, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun seçiminde kendilerine takdir yetkisi tanındığını ve sadece sözleşme hükümleri ile hukukun genel ilkelerine dayanarak karar verebileceklerini ifade etmiştir. Buna göre hakemler, ulaşılabilecek çözümlerin taraflarca atıfta bulunulan milli hukuklardan çok farklı olup olmadığını da gözeterek; *lex mercatoria*'nın uygulanacağına karar vermiştir.²³³

Sonuç

Kökleri Ortaçağ'daki *ius commune* benzeri bir örf ve adetler bütününe dayandırılan 'yeni' *lex mercatoria* teorisi, 1950'lerdeki yatırım uyuşmazlıklarını çözen hakem kararlarıyla somutlaşmaya başlamış, 1960'lı yıllarda ise iki yazarın, Schmitthoff ve Goldman'ın kavramsallaştırmaları ile bir hukuk düzeni olarak görülmeye başlamıştır. Bu tarihten beri devam eden tartışma, *lex mercatoria* olarak formüle edilecek bir hukuk düzeninin varlığı problemi etrafında yürümektedir. Öyle ki, bazı yazarlar bu kavramı büyük bir hevesle sahiplenirken, bir kısım yazar da şiddetle bu teoriye karşı durmakta, teorik ve uygulamaya dönük eleştirilerle *lex mercatoria*'nın abartılmış bir kurgu olduğunu iddia etmektedir.²³⁴ *Lex mercatoria* karşıtlarının üzerinde durduğu konulardan biri, *lex mercatoria*'nın teşekkül olduğu iddia edilen kaynakların birbirinden bağımsız ve boşluklarla dolu olduğudur. Bu nedenle *lex mercatoria*'nın bir hukuk düzeni oluşturamayacağı ifade edilmektedir. Bir diğer konu ise *lex mercatoria*'nın uygulamada, taraftarlarının iddia ettiği kadar önemli bir rol oynamadığıdır. Taraftarları ise bu eleştiriler karşısında, modern ticaretin problemleri karşısında gereksinim duyulan esnek düzene ancak böyle bir yapı ile ulaşılabileceğini savunurken, zaten bu düzenin hiçbir zaman tam olarak yerleşmiş bir hukuk düzeni olamayacağını ve bunun gerekli de olmadığını savunmaktadır. Diğer taraftan başka bir kesim taraftar ise *lex mercatoria*'nın daha hala tahkim kurumunun yardımıyla

²³² ICC 1980 tarihli, 3540 sayılı kararı.

²³³ Ercüment ERDEM, s. 345.

²³⁴ Uluslararası literatürdeki bu harareti tartışmanın ülkemize yansımaları, bir *lex mercatoria* taraftarı olan Prof. Oğuz ile bu teörinin karşıtı Prof. Kalpsüz'ün arasındaki tartışmada açık bir biçimde örneklenmektedir. Tartışma için bkz. *Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar (Sempozyum)*, TBB Yayınları, Ankara, 2009, s. 67 vd..

somutlaşıp geliştiğini ve böylece *lex mercatoria*'nın bir hukuk düzenine doğru yöneldiğini savunmaktadır.

Lex mercatoria'nın varlığı noktasında toplanan tartışma, aslında tahkimin bu teori için oynadığı rolü de vurgular. Tahkim yalnızca *lex mercatoria*'nın ilkelerini ortaya koyup onu geliştirerek bu hukuk düzeninin bir kaynağını oluşturmakla kalmamakta, aynı zamanda onun varlığının göstergesini de teşkil etmektedir. Gerçekten de, milli kanunlar ihtilafı kuralları uluslararası hukuk kurallarına atıf yapmadığından, ulusal mahkemelerin böyle kurallara başvurmalarının imkanı yoktur. Öte yandan zaten sınırlar ötesi ticarete tahkim artık çok etkin bir rol oynamakta, pek çok büyük uyuşmazlık yargıçlar yerine hakemlerin önüne gelmektedir. Böylece *lex mercatoria*'nın uygulanacağı yegane *forum*, tahkim kurumu olmaktadır.

Lex mercatoria'nın esasa uygulandığı uyuşmazlıklara bakıldığında, ezici bir çoğunluğunun yabancı yatırım uyuşmazlıklarından meydana geldiği görülür. Bir tarafını devlet veya devlet girişimlerinin oluşturduğu bu sözleşmelerde, başka devlet hukuklarının uygulanması karşısındaki çeşitli engeller ve özel girişimin yatırım yaptığı devletin yasama yetkisi karşısında girdiği risk arasında bir orta yol olarak *lex mercatoria* en cazip seçenek olmaktadır. Ancak, yabancı yatırım uyuşmazlıklarından çıkılıp özel girişimler arasındaki ticari uyuşmazlıklara gelindiğinde ise *lex mercatoria*'ya çok az kararda başvurulduğu anlaşılmaktadır. Bu teoriyi adeta himaye eden örgütlerden biri olan ICC'nin bünyesinde bile *lex mercatoria*'nın uygulandığı kararlar binde 5'lik bir dilimi oluşturmaktadır.²³⁵ Bu da karşıtlarının *lex mercatoria*'ya yönelik pratik eleştirilerini haklı çıkarmaktadır.

Kanımca, bu kavram üzerine yığılan bu denli yoğun tartışmanın çıkış noktası, bir kısım taraftarı tarafından *lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk düzeni olarak ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Karşıtlarının belirttiği gibi, *lex mercatoria*'nın kaynakları bir hukuk düzeni teşkil etmekten ve hukuکی kesinliği sağlamaktan çok; son derece esnek genel ilkelere ve birbirinden kopuk çeşitli milletlerarası enstrümanlara dayanmaktadır. Bu düzenin özerk bir bağlayıcılığı haiz olduğunu iddia etmek, *lex mercatoria* uygulamasının hakem kararlarında kapladığı küçük hacim de dikkate alındığında, gerçekçi gözükmemektedir. Bunun yerine bağlayıcılığını milli hukuklardan alan, an-

²³⁵ ICC'nin 2007 verilerine göre (Bkz. Bahadır ERDEM, s. 134).

cak milletlerarası uyuşmazlıklar için sunduğu esnek çözümler bakımından ikna ediciliği de olan bir çeşit normlar bütünü tanımlaması, daha uygun görünmektedir. Öte yandan ticari uyuşmazlıklar bir tarafa bırakılıp yatırım uyuşmazlıklarına dönüldüğünde, *lex mercatoria*'nın daha yoğun biçimde uygulandığı ve dolayısıyla pratik bir önemi olduğu da gözlenebilmektedir. Bu bağlamda *lex mercatoria*, yukarıda incelenen hakem kararlarının da gösterdiği gibi, ayrı bir hukuk düzeni olarak tanımlanamasa da milletlerarası ticaret hukukunun bir realitesi olarak ortada durmaktadır.

Kaynakça

- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- AYOĞLU, Tolga; *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler; Maddi Hükümler ve Ticari Adet - Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- BAMODU, Gbenga; *Exploring the Interrelationships of Transnational Commercial Law, “the New Lex Mercatoria” and International Commercial Arbitration*, African Journal of International and Comparative Law Vol. 10(1), 1998, s. 31-59.
- BERGER, Klaus Peter; *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, Walter de Gruyter, Berlin, 1992.
- BERGER, Klaus Peter; *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer International, the Hague, 1999.
- BOOYSEN, Hercules; “Die internationale lex mercatoria: Das Erfordernis ihrer Umgestaltung zu einer Rechtswissenschaftlichen Synthese und ihr Verhältnis zum Völkerrecht”, *Archiv des Völkerrechts – 30. Band*, s. 196-211.
- BORN, Gary B.; *International Commercial Arbitration*, C. 2, Kluwer Law International, the Netherlands, 2009.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; “Experiences of an Arbitrator on the Practice of International Arbitration Reading Applicable Law”, Ahmet Cemil YILDIRIM/Serhat ESKİYÖRÜK (ed.) *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- CONNERTY, Anthony; “Lex Mercatoria: Is It Relevant to International Commercial Arbitration”, Ahmet Cemil YILDIRIM/Serhat ESKİYÖRÜK (ed.) *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- CUNIBERTI, Gilles; *Three Theories of Lex Mercatoria*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 52, 2014, s. 369-433.
- DASSER, Felix; *Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria: Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein Nicht - Staatliches Handelsrecht*, Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1989.
- DONAHUE, Charles Jr.; *Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica*, Chicago Journal of International

- Law: Vol. 5, No. 1, 2004-2005, s. 21-37.
- ERDEM, Bahadır; “*Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria*” Ahmet Cemil YILDIRIM/Serhat ESKİYÖRÜK (ed.) Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- ERDEM, H. Ercüment; “*Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi*”, H. Ercüment ERDEM, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- HOLTZMANN, Howard/Joseph NEUHAUS; *A Guide to UNCITRAL Model Law on International Commercial Law*, Tibor VARADY/John J. BARCELO III./Arthur VON MEHREN (ed.), International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective, West, United States, 2009.
- KALPSÜZ, Turgut; *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- LANDO, Ole; *the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 34 (4), 1985, s. 747-768.
- LEW, Julian D. M./Loukas A. MISTELIS/Stefan KRÖLL; *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, New York, 2003.
- MANIRUZZAMAN, Abul F.M.; *the Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?*, American University International Law Review, Vol. 14, No. 2, 2006, s. 657-734.
- MUSTILL, Michael; *the New Lex Mercatoria: the First Twenty-five Years*, Arbitration International, 1988, s. 86 vd..
- MUTLU, Işıl Umut; *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi*, (Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Devletler Özel Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2003.
- O’BRIEN, Robert/Marc WILLIAMS; *Global Political Economy: Evolution and Dynamics*, (3. Bs.) Palgrave Macmillan, Hampshire, 2010.
- OĞUZ, Arzu; *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- OĞUZ, Arzu; *Lex Mercatoria*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

- PRYLES, Michael; *Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, University of New South Wales Law Journal, Vol. 31(1), 2008, s. 319-329.
- REDFERN, Alan/Martin HUNTER; *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2009.
- SANDROCK, Otto; “Die Fortbildung des Materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit”, Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL (ed.), *Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, 1989.
- SAVAGE, John/Emmanuel GAILLARD; *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.
- SORNARAJAH, M.; *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, GB, 2003.
- Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar (Sempozyum)*, TBB Yayınları, Ankara, 2009.
- United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL Texts & Status: International Commercial Arbitration & Conciliation, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, New York, 1958, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).
- v. BAR, Christian/Peter MANKOWSKI; *Internationales Privatrecht Band I: Allgemeine Lehren*, Beck, München, 2003.
- YÜKSEL, Mehmet; *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, (2. Bası), Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004.
- ZIMMERMANN, Reinhard; *Characteristic Aspects of German Legal Culture*, M. ZEKOLL/J. REIMANN(ed.), *Introduction to German Law*, 2. Bası, Kluwer Law International, the Hague, 2005.
- ZWEIGERT, Konrad/Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3. Bası, Çev. Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 135.