

# ANASYONEL HUKUK KURALLARI VE UYGULAMA ALANI

## NON-NATIONAL LEGAL RULES AND THE SCOPE OF THEIR APPLICATION

Meltem Ece OBA\*

**Özet:** Uluslararası ticarete akdedilen sözleşmeler çoğunlukla birden fazla hukuk düzeniyle bağlantı içindedir. Tarafların aralarındaki sözleşmenin tabi olduğu hukuk kurallarına yabancı olması bir güvensizlik yaratır. Bu sorunun aşılması için, borç ilişkilerine uygulanacak maddi hukuk kurallarının uyumlaştırılması fikriyle anasyonel hukuk kuralları ortaya konmuştur. Bu çalışmada, özellikle Avrupa'da öne çıkan anasyonel hukuk kuralları tanıtılmış; ardından bu kuralların uygulamadaki yeri açıklanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Anasyonel Hukuk Kuralları, UNIDROIT, PECL, DCFR, CESL, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Tahkim

**Abstract:** The contracts concluded in international trade are mostly in relation with more than one national legal system. Being alien to the law that governs an international contract causes insecurity for the foreign party. For the purpose of resolving this problem, non-national legal rules, which are aimed at the unification of substantive law on contractual relations, are created. In this paper, the non-national legal rules especially those that are more prominent in Europe are introduced; subsequently the application of such rules is elaborated upon.

**Keywords:** Non-National Law, UNIDROIT, PECL, DCFR, CESL, Law Applicable to Contracts, Arbitration

### Giriş

Gelişen teknoloji ve artan ihtiyaçlar sonucunda ticari ilişkiler ulusal boyutları aşarak uluslararası bir konuma yükselmektedir. Buna bağlı olarak akdedilen sözleşmeler birden fazla hukuk düzeniyle ilişki içinde olabilmektedir. Örneğin, bir mal satım sözleşmesinin taraflarının farklı tabiiyette olmaları, farklı ülkelerde ikamet ediyor olmaları,

---

\* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi.

iş yerlerin farklı ülkelerde olması veya sözleşmede kararlaştırılan ifa yerinin yurt dışında olması ticaret hayatında sıklıkla karşılaşılan durumlardandır. Dolayısıyla, ticari ilişki ağında çoğunlukla milletlerarası unsur taşıyan sözleşmeler kurulmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, milletlerarası sözleşme kavramının tanımlanması bakımından Türk doktrininde görüş birliği bulunmamaktadır.<sup>1</sup> Klasik görüş uyarınca, sözleşme konusu, ikametgâh, vatandaşlık gibi öğelerde yabancılık unsurunun bulunması halinde sözleşme milletlerarası sözleşme olarak nitelendirilir. Diğer görüş<sup>2</sup> uyarınca ise, milletlerarası ticaretin yarar alanına giren tüm sözleşmeler, içinde klasik görüş uyarınca aranan bir yabancılık unsuru barındırmasa dahi, milletlerarası sözleşme olarak nitelendirilecektir. Bu görüşlere ilişkin eleştiriler ve öneriler çalışmanın sınırları dışında olacağından, burada yalnızca doktrindeki tartışmaya değinilmekle yetinilmiştir.

Genel prensip olarak, milletlerarası unsurlu sözleşmelerde taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler.<sup>3</sup> Bu serbesti kimi hukuk düzenlerince işçi, tüketici gibi iktisaden daha zayıf konumda olan tarafın korunması amacıyla veya sözleşme konusu ile uygulanacak hukuk arasında makul bir bağlantı kurmak amacıyla sınırlandırılmış olabilir. Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemediği veya belirleme yetkisine sahip olmadığı durumlarda kanunlar ihtilafı kuralları ile sözleşme statüsü belirlenir.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflar arasındaki menfaat dengesini etkiler. Uygulanacak olan hukuka yabancı olan taraf sözleşmenin tabi olduğu kuralları rahatlıkla öngöremez. Hukuk kurallarının, konuşulan dillerin farklı olması, uygulamadaki yorum farkları olası uyumsuzlukların çözümü için yapılan savunma ve işlem masraflarını

<sup>1</sup> Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 13. Bası, İstanbul, 2014, s. 692.

<sup>2</sup> Doktrinde Cemal Şanlı'nın görüşü bu yöndedir. Cemal Şanlı, Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s. 31 vd. Aktaran: Çelikel / Erdem, s. 692, dipnot 229.

<sup>3</sup> Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilmesi prensibine örnek teşkil eden bazı hükümler şöyledir: 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24, Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 27, 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun m. 116, 1980 tarihli Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesi m. 3, 4.7.2008 tarihli Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü m. 3, Amerika Birleşik Devletleri, İkinci Restatement paragraf 187 (1).

artırmaktadır. Ticari aktörlerin karşılaştığı bu gibi sorunların aşılması için sözleşmeler hukuku alanında tarafsız ve yeknesak kurallar yaratmak fikri ortaya çıkmıştır. Borç ilişkilerine uygulanacak hukukun birleştirilmesi çabaları sonucu milli hukuk sistemlerinin dışında kalan, doğrudan bağlayıcı olmayan hukuk kuralları yaratılmıştır.

Doktrinde borç ilişkilerine uygulanacak hukukun uyumlaştırılması ihtimalini gerçekçi görmeyen, kanunlar yeknesaklaşa bile uygulamada birlik sağlamanın mümkün olmayacağını belirten karşı görüşler de mevcuttur.<sup>4</sup> Öte yandan, anasyonel hukuk kurallarının uygulamada ve teoride uyumlaştırma amacına başarıyla hizmet ettiği de güçlü biçimde savunulmaktadır.<sup>5</sup>

Anasyonel hukuk kurallarının yaratılması süreci Avrupa'dan Amerika'ya, Asya'dan Afrika'ya kadar pek çok coğrafyada son dönemlerde hız kazanmıştır. Bu çalışmada, özellikle Avrupa'daki öğretilerde ön plana çıkan anasyonel hukuk kuralları genel hatlarıyla tanıtılacak; ardından bu kuralların uygulamadaki yerine değinilecektir.

## I. Anasyonel Hukukun Kaynakları

Anasyonel hukuk, milli hukuk sistemlerinin dışında kalan, doğrudan hukuki bağlayıcılığı olmayan, uluslararası menşeli hukuk kavramını ifade eder.<sup>6</sup> Anasyonel hukuk *lex mercatorianın* bir parçası olarak da yorumlanmaktadır.<sup>7</sup> *Lex mercatoria* milletlerarası ticarete yaygın olarak benimsenmiş örf, adet ve teamülleri ifade eder. *Lex mercatoria* tacirler hukuku adıyla da anılır.

<sup>4</sup> Doktrinde Pierre Mayer UPICC'in başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin görüşler sunmuştur. Aktaran: Sarah Lake, "An Empirical Study of UNIDROIT Principles International and British Responses", *Uniform Law Review*, 2011, S. 16 (3), s. 692, dipnot 122.

Christopher Sheaffer ise CISG'nin başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin görüşler ileri sürmüştür. (Christopher Sheaffer, "The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law", Pace Law School Institute of International Commercial Law, Haziran 2008).

<sup>5</sup> Lake, s. 692.

<sup>6</sup> Tolga Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, Vedat Yayınevi, Birinci Basıdan Tıpkı İkinci Bası, İstanbul, 2011, s. 1.

<sup>7</sup> Sibel Özel, Milletlerarası Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meselesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 143.

Doktrinde, anasayonel hukuk kurallarının hazırlanma tekniği Amerikan Hukukundaki derleme (*restatement*) biçimindeki metinlere benzetilir.<sup>8</sup> *Restatement*lar, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün onayıyla yayımlanır ve eyaletlerin belirli bir konudaki hukuk kurallarının bir araya getirilmesi biçiminde hazırlanır. Böylece dağınık haldeki farklı hukuki yaklaşımlar tek bir metin altında birleştirilmiş olur. *Restatement*ların amacı belirli bir hukuki meseledeki mevcut düzenlemeleri ortaya koymak ve olması gereken hukuk hakkında bir çıkarımda bulunmaktır.<sup>9</sup>

Anasayonel hukuk kurallarından, Avrupa'daki öğretilde ön plana çıkanlara başlıca örnekler olarak Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri (a), Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (b), Avrupa Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (c), Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü (d) ve Trans-Lex Veri Tabanı (e) gösterilebilir.

#### a) Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri

Özel Hukukun Birleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü (*International Institute for the Unification of Private Law- UNIDROIT*) merkezi Roma'da olan bağımsız bir uluslararası kuruluştur. UNIDROIT 1926'da Milletler Cemiyeti'nin ikincil bir organı olarak kurulmuştur. Milletler Cemiyeti'nin dağılmasının ardından 1940 yılında, UNIDROIT Anlaşması adı altında çok taraflı bir milletlerarası sözleşme ile yeniden kurulmuştur. Türkiye'nin de dahil olduğu altmış üç ülke UNIDROIT'ya üyedir. UNIDROIT özel hukukun ve özellikle ticaret hukukunun uyumlaştırılması alanında faaliyet gösterir.

UNIDROIT, 1994 yılında uluslararası ticari sözleşmelere uygulanmak üzere bağlayıcı olmayan hukuki bir metin ortaya koymuştur. Bu hukuki metin UNIDROIT Prensipleri (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts- UPICC*) adıyla anılır. 1994 yılında yayınlanan ilk metnin ardından, 2004 yılında ikinci versiyon yayınlanmıştır. 2010 yılında ise 2004 tarihli metinde değişiklikler yapılarak üçüncü ve en güncel versiyon yayınlanmıştır.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Arzu Oğuz, *Lex Mercatoria, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2004, s. 110.

<sup>9</sup> Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2003, s. 299-300.

<sup>10</sup> 2010 tarihli UNIDROIT Prensipleri için: (<http://www.unidroit.org/english/prin->

UPICC'in kapsamına milletlerarası ticari sözleşmeler girer. Ancak UPICC hangi sözleşmelerin milletlerarası veya ticari nitelik taşıdığına dair açık bir hüküm içermez. Bununla birlikte, UPICC giriş kısmının birinci başlığı altında milletlerarası unsur kavramıyla bütünüyle yerel işlemlerin dışlanmak istendiği ve milletlerarası kavramın olabildiğince geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Giriş kısmının ikinci başlığı altında ise, ticari sözleşme kavramı ile tüketici sözleşmelerinin dışlanmak istendiği, ticari sözleşme kavramının yatırım anlaşmaları ve profesyonel hizmet anlaşmalarını da kapsayacak şekilde mümkün olduğunca geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir.

UPICC tarafsız bir kurallar bütünü olup, kıta Avrupası, Anglosakson ve sosyalist hukuk sistemlerinden izler taşır.<sup>11</sup> UPICC toplam on bir bölümden oluşur. Bu bölümler sırasıyla genel hükümler, sözleşmenin kurulması ve temsil yetkisi, sözleşmenin geçerliliği, yorum, sözleşmenin kapsamı ve üçüncü kişilerin hakları, ifa, ifa etmeme, takas, alacağın temliki, borcun nakli ve sözleşmenin devri, zamanaşımı ve son olarak birden fazla alacaklı ve borçlu olduğu durumları düzenler.<sup>12</sup>

UPICC devletlerin kendisine taraf olabileceği uluslararası bir sözleşme değildir. Diğer bir ifadeyle, UPICC'in doğrudan hukuki bağlayıcılığı yoktur. UPICC'in bir sözleşmeye ne zaman uygulanabileceği metnin giriş kısmında yer almaktadır. Buna göre, UPICC ilk olarak taraflar bu prensipleri sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak açıkça seçtikleri taktirde uygulanır. İkinci olarak, taraflar sözleşmede uluslararası hukukun genel prensiplerine atıf yapmışlarsa UPICC bu kapsamda uygulanabilir. Üçüncü olarak, taraflar uygulanacak hukuku hiç belirlemedilerse UPICC *lex mercatoria* başlığı altında uygulama alanı bulabilir. Son olarak UPICC milletlerarası sözleşmelerdeki boşlukları doldurmak işlevi ile de uygulama alanı bulur.

## b) Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (*Principles of European Contract Law- PECL*), Danimarkalı akademisyen ve avukat Ole Lan-

<sup>11</sup> ciples/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf). Ayoğlu, s.193-195.

<sup>12</sup> Nuray Ekşi, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2015, s. 58 ila 63.

do başkanlığında bir araya gelmiş yirmi üç hukukçunun oluşturduğu Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanmıştır. Komisyon, başkanının isminden ötürü Lando Komisyonu olarak da anılmaktadır. PECL, sözleşmeler hukuku alanında Avrupa Birliği bünyesinde yeknesak bir yasa yapılması fikrine yönelik olarak konmuş bir akademik çalışmadır. PECL, ortaya konuluş amacı bu yönde olmasına rağmen Avrupa Birliği müktesebatının bir parçası haline gelememiştir.

PECL, 1980 yılında hazırlanmaya başlanmış; 1995, 2000 ve 2003 yıllarında olmak üzere üç kısım halinde yayımlanmıştır.<sup>13</sup> PECL, hem kıta Avrupası hem de Anglosakson hukukunun özelliklerinden izler taşır. PECL, toplam yüz otuz bir maddeden ve dokuz bölümden oluşur. Bu bölümler; PECL'in uygulamasına ilişkin genel hükümler, sözleşmenin kurulması, temsil yetkisi, sözleşmenin geçerliliği ve irade sakatlığına ilişkin meseleler, sözleşmenin yorumlanması, sözleşmenin kapsamı ve hükümleri, ifa, ifa etmeme ve borca aykırılıktan doğan hukuki sonuçlar ve son olarak ifa etmeme halinde özel olarak başvurulacak hukuki yolları düzenler.<sup>14</sup>

UPICC'in aksine, PECL'in kapsamında yalnızca ticari sözleşmeler değil tüketici sözleşmeleri de yer alır. Öte yandan UPICC'te düzenlenmeyen, temsil yetkisi, sözleşmenin devri, borcun nakli, zamanaşımı, hukuka aykırılık konuları PECL'da düzenlenmektedir. Ancak, uygulamada PECL'a UPICC'e nazaran daha nadir başvurulduğu gözlemlenmektedir.<sup>15</sup> Bunun bir sebebi olarak, UPICC'in ilk versiyonunun PECL'dan bir yıl daha önce 1998'de yayımlanması gösterilmektedir.

PECL, Avrupa Komisyonu'nun borçlar hukuku alanındaki uyumlaştırma fikirlerine daha olumlu yaklaşmasını sağlamış ve başkaca anasayonel hukuk kurallarının oluşturulmasında öncü olmuştur.<sup>16</sup>

### c) Ortak Referans Çerçevesi Taslağı

PECL'in Avrupa Birliği içinde yarattığı etki ile Birlik içinde sözleş-

<sup>13</sup> Ole Lando, "Have the PECL been a success or a failure?", *European Review of Private Law* Kluwer Law International BV, 2009, C. 17, S. 3-(2009), s. 368.

<sup>14</sup> Ekşi, s. 54-55.

<sup>15</sup> Ayoğlu, s. 305.

<sup>16</sup> Roger Brownsword, Hans-W Micklitz, Leone Niglia, Stephen Weatherill, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, United Kingdom, 2011, s. 35.

meler hukukunun uyumlaştırılması fikirleri hız kazanmıştır. Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği içinde sözleşme hukukunun uyumlaştırılması gerektiğini 2001 yılında yayımladığı tebliğ<sup>17</sup> ile açıklamıştır. Ardından 2003 yılında Komisyon, Daha Uyumlu bir Avrupa Sözleşmeler Hukuku Oluşturulmasına Yönelik Eylem Planını<sup>18</sup> (Eylem Planı) yayımlanmıştır. Eylem Planı ile amaçlanan yeknesak bir Avrupa sözleşmeler hukuku yasası hazırlaması sürecini başlatmaktadır. Eylem Planında hazırlanacak olan hukuki metnin isminin Ortak Referans Çerçevesi (*Common Frame of Reference*) olacağı belirtmiştir. Komisyon 2004 yılında bir tebliğ<sup>19</sup> daha yayınlamış ve Ortak Referans Çerçevesi ile hedeflenenleri açıklamıştır.

Komisyonun tebliğler ve Eylem Planı aracılığıyla ortaya koyduğu Ortak Referans Çerçevesinin hazırlanması çağrısına cevaben Avrupa Medeni Kanunu Hakkında Çalışma Grubu (*Study Group on a European Civil Code*) ve Avrupa Komisyonu Özel Hukuk Hakkında Araştırma Grubu (*Research Group on European Commission Private Law*) bir taslak hazırlamıştır. Taslak biçimindeki bu çalışmaya Avrupa Özel Hukuku İçin Prensipler Tanımlar ve Model Kurallar Taslağı (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law-Draft Common Frame of Reference- DCFR*) başlığı verilmiştir. DCFR'ın esas amacı ileride Avrupa Birliği içinde yeknesak olarak uygulanmak üzere kanunlaşması öngörülen Ortak Referans Çerçeveye taslak teşkil etmektir.

DCRF içeriği itibariyle borçlar kanununa benzemektedir. Mülkiyetin geçişi ve rehin konularına ilişkin düzenlemeler içermesi sebebiyle medeni kanuna da benzetilmektedir.<sup>20</sup> DCFR toplam on kısımdan oluşur. Bunlar kısımlar sırasıyla, DCFR'ın uygulanmasına ilişkin genel hükümler, sözleşmeler ve diğer hukuki işlemler, borçlar ve karşılık gelen haklar, özel borç ilişkileri ile bunlardan doğan haklar ve borçlar,

<sup>17</sup> Communication From The Commission To The Council And The European Parliament On European Contract Law Brussels, 11.07.2001 COM (2001) 398 Final.

<sup>18</sup> A More Coherent European Contract Law: an Action Plan Brussels, 12.2.2003COM(2003) 68 Final.

<sup>19</sup> Communication From The Commission To The European Parliament and The Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward Brussels, 11.10.2004 COM (2004) 651 Final.

<sup>20</sup> Eylem Apaydın, "Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 2013, C.1, S.8, s.255.

üçüncü kişinin yararına sözleşme ve üçüncü kişinin fiilini ifa, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, mülkiyetin devri ve kazanımı, taşınır mallar üzerindeki rehin hakları ve son olarak *trust* kurumunu ele alır. DCFR, PECL'in düzenlediği konuları kapsamakla birlikte bunlara ek olarak özel borç ilişkilerine, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler de içermektedir.<sup>21</sup> Ayrıca, PECL'dan farklı olarak sınırlı bir kapsamda olsa da taşınır mülkiyetine ilişkin kurallar da barındırır.

DCRF, 2008 ve 2009 yıllarında olmak üzere iki versiyon halinde Avrupa Komisyonuna sunulmuştur. Komisyona sunulan bu metinler akademik bir taslak; devletler nezdinde bağlayıcı olmayan bir hukuk kaynağıdır. Nitekim sunulan metinlerde henüz yorumlar, notlar ve açıklamalar yer almaktadır. Bu durum doktrinde çalışmanın henüz nihai şeklini almadığı yönünde yorumlanmıştır. Doktrince<sup>22</sup>, DCFR yapısal eksiklikleri ve mülkiyet konusu gibi uyumlaştırma hareketlerinin oldukça zor başarıya ulaşacağı alanları ele alması bakımından eleştirilmiştir.

#### d) Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü

DCFR'e yöneltilen eleştiriler sonucu sözleşmeler hukuku alanında uyumlaştırılması amaçlanan geniş konu yelpazesi Avrupa Birliğince daraltılmıştır. Uyumlaştırma hareketleri, Avrupa Birliği içerisinde satış sözleşmelerinin uyumlaştırılması çerçevesinde devam etmiştir.

Avrupa Komisyonu 2010 yılında Avrupa Birliği'ne üye devletlerce ortak biçimde uygulanacak bir borçlar kanunu hazırlanması fikrini bir Yeşil Kitap ile tartışmaya açmıştır. Yeşil Kitaba cevaben Avrupa Parlamentosu Haziran 2011'de Avrupa Birliği ortak satım hukuku yaratılması çağrısında bulunmuştur.<sup>23</sup> Bunu takiben 11 Ekim 2011'de Avrupa Komisyonu Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğünü (*Common European Sales Law Regulation- CESL*), Parlamento'ya teklif olarak

<sup>21</sup> Anemari-Iuliana Opritoiu, "Introduction in DCFR: Draft Common Frame of Reference", *Journal of Law and Administrative Sciences*, S. 3/2015.

<sup>22</sup> Horst Eidenmuller / Florian Faust / Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann, The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, C. 28, S. 4, s. 659-708. Aktaran: Apaydın, dipnot 190.

<sup>23</sup> A Common European Sales Law to Facilitate Cross-Border Transactions In the Single Market. (COM/2011/0636 final).

sunmuştur.<sup>24</sup> Komisyon aynı gün bir basın duyurusu da yayınlamıştır. Basın duyurusunda Avrupa Birliği içinde sınır ötesi ticari işlemler bakımından farklı maddi hukuk kurallarının yürürlükte olmasının yarattığı zorluklara ve sebep olunan masraflara ilişkin veriler yer almıştır.

CESL, Avrupa Birliği satım hukukunu uyumlaştırmak amacının yanı sıra küçük ve orta ölçekli işletmelerin sınır ötesi işlemlerdeki menfaatini korumak amacını da taşır.

CESL, satım ve hizmet sözleşmelerini düzenler. CESL'in kapsamına tacir ve tüketiciler arasındaki işlemler ve elektronik ticaret de dâhildir. CESL toplam 186 maddeden ve sekiz kısımdan oluşur. Bu kısımlar; CESL'in uygulanmasına ilişkin genel hükümler, sözleşmenin kurulması, tüketicilere tanınan sözleşmeden dönme hakkı, irade sakatlıkları, sözleşmenin kapsamı, tarafların sözleşmeden doğan hakları ve borçları, hizmet sunulmasını içeren tüketici sözleşmelerinde tarafların hakları ve borçları, zarar ve faize ilişkin hükümler, sözleşmenin sona ermesi, sözleşmeden dönme ve zamanaşımı konularını düzenler.

Konu kapsamı geniş olmakla birlikte CESL'in uygulama alanı çeşitli açılardan sınırlandırılmıştır. Buna göre CESL'in uygulanabilmesi için taraflardan en az birinin Avrupa Birliği'ne üye devletlerden birinin tabiiyetinde olması gerekir ve bir sınır ötesi ticari işlem mevcut olmalıdır. Ayrıca, CESL'in uygulanabilmesi için taraflardan birinin tacir olması gerekir. Her iki tarafın da tacir olduğu hallerde ise tacirlerden birinin küçük ya da orta ölçekli bir işletmeye sahip olması şartı aranır. Ancak; bu şartların hepsi emredici nitelikte değildir. Avrupa Birliğine üye devletler isterlerse sınır ötesi işlem şartını bertaraf ederek kendi sınırları içindeki satım sözleşmelerine de CESL'in uygulanmasını kararlaştırabilir. Ayrıca, iki tacir arasındaki işlemlerde CESL'in uygulanması için aranan bu işletmelerden birinin küçük veya orta ölçekli işletme olması şartı da emredici nitelikte değildir.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Avrupa Komisyonu tarafından sunulan 2011/0284 numaralı tüzük teklifi metni için bkz: (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:EN:PDF>).

<sup>25</sup> Hector MacQueen, "The Europeanisation of Contract Law: The Proposed Common European Sales Law", University of Edinburgh, School of Law Research Paper Series, S. 2014/17.

CESL'in uygulama alanı bakımından bir diğer önemli durum ise CESL'in milli hukuk kurallarını ortadan kaldırmaksızın seçimlik bir hukuk kaynağı olarak öngörülmüş olmasıdır. Bilindiği üzere Avrupa Birliği Hukuku uyarınca tüzüklerin üye devletlerin iç hukukuna doğrudan aktarılması zorunludur. Şeklen bir tüzük biçiminde hazırlanan CESL'in seçimlik olarak öngörülmüş olması bu bakımdan bir farklılık arz eder. Dolayısıyla, CESL yürürlüğe girerse Avrupa Birliği'ne üye her ülke CESL, kendi iç hukuk kuralları ve eğer taraf ise CISG hükümleri olmak üzere satım hukuku alanında üç farklı yasal düzenlemeye sahip olacaktır. CESL, ancak taraflar sözleşmelerine CESL'in uygulanmasını kararlaştırdıkları takdirde uygulama alanı bulacaktır. Ancak, CESL yürürlüğe girdiğinde herhangi bir anasyonel hukuk kuralı olarak değil devletlerin ikincil ve alternatif bir iç hukuk kuralı olarak uygulanacaktır. Bu bakımdan Roma I Tüzüğü'nün tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi hakkında getirdiği sınırlamalar CESL bakımından tarafları etkilemeyecektir.

Avrupa Parlamentosu, CESL üzerinde özellikle elektronik ortamdaki satış sözleşmelerine ilişkin değişiklikler yapılarak teklifin yeniden Avrupa Parlamentosu'na sunulması yönünde karar almıştır. CESL üzerinde değişikliklerin yapılmasına ilişkin karar, 16 Aralık 2014 tarihinde yayımlanmış olan 2015 yılı için Çalışma Programının 2. ek kısmında<sup>26</sup> da yer almıştır. Ne var ki, 16 Aralık 2015 tarihinde Avrupa Komisyonu CESL'in uygulamaya konması planının tamamen geri çekildiğini açıklamıştır. Böylece CESL'in uygulamaya aktarılması planları gerçekleştirilememiştir.

#### e) Trans-Lex Veri Tabanı

Trans-Lex Veri Tabanı, Prof. Dr. Klaus Peter Berger tarafından Köln Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Merkezi (*Center for Transnational Law- CENTRAL*) çatısı altında ortaya konmuş bir çalışmadır. Çalışmanın temelinde, sürekli bir değişim ve gelişim içinde olan uluslararası hukuk kurallarının tek bir metin altında kodifiye edilmesinin etkili sonuçlar yaratmadığı fikri yatar. Bu nedenle Trans-Lex veri taba-

<sup>26</sup> Çalışma Programının 2. Ek kısmı için: ([http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp\\_2015\\_withdrawals\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_en.pdf)).

nı halihazırda var olan ve gelişmekte olan uluslararası ilke ve kuralların açık uçlu bir listesi şeklinde ortaya konmuştur.

Trans-Lex Veri tabanı, erişimi kolay kılmak amacıyla bir internet sitesi üzerinden sunulmuştur.<sup>27</sup> Ekim 2009 tarihi itibarıyla Trans-Lex Veri tabanında on dört bölüm ve yüz yirmi sekiz ilke bulunmaktadır. Trans-Lex Veri tabanı UPICC ve PECL'in kapsamında yer almayan şirketler hukuku, tahkim prosedürü, kamulaştırma halinde tazminat ödenmesi ve deliller gibi meseleler hakkında da ilkeler barındırmaktadır.<sup>28</sup>

## II. Anasyonel Hukuk Kurallarının Uygulamadaki Yeri

Anasyonel hukuk kurallarının temelinde hukukun birliğini sağlama amacı yatmaktadır. Bu amacın gerçekleşmesi için anasyonel kuralların teorik birer çalışma olarak kalmayıp uygulamaya aktarılması gereklidir. Uygulamada, anasyonel hukuk kuralları devlet mahkemeleri önündeki yargılamalarda *incorporation* yoluyla uygulanmaktadır (a). Anasyonel hukuk kuralları, tahkim yargılaması sırasında ise sözleşmenin tabi olduğu hukuk kuralları olarak uygulamaya aktarılmaktadır (b). Son olarak, hem mahkeme hem de tahkim yargılamalarında anasyonel hukuk kurallarına milletlerarası sözleşme hükümlerinin ve hukuk kurallarının yorumlanması amacıyla başvurulmaktadır (c).

### a) Devlet Mahkemeleri ve Anasyonel Hukuk

Yabancılık unsuru içeren bir sözleşmeye uygulanacak hukuk milletlerarası özel hukuk kuralları ile belirlenir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun<sup>29</sup> (MÖHUK) madde 24 sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenler. Madde 24'e göre, sözleşmenin tarafları açık veya örtülü olarak sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacak olan hukuku kendileri belirleyebilirler. MÖHUK madde 24 taraflara sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlerken yalnızca bir devletin hukukunu seçebilme imkânı tanır. Dolayısıyla

<sup>27</sup> Trans-Lex Veri Tabanı hakkında ayrıntılı bilgiler için: (<http://www.trans-lex.org>).

<sup>28</sup> Ayoğlu, s. 313.

<sup>29</sup> R.G. 4.12.2007/ 26728.

MÖHUK madde 24 uyarınca taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria* veya anasayonel hukuk kurallarını seçemezler.<sup>30</sup>

Türk kanun koyucu MÖHUK'un hazırlanmasında, 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Roma Konvansiyonundan<sup>31</sup> (Roma Konvansiyonu) esinlenmiştir. 1980 tarihli Roma Konvansiyonu madde 3 (1) hükmü de tarafların hukuk seçimini bir devletin hukuku olması şartı ile sınırlar.

Günümüzde Roma Konvansiyonu yürürlükten kaldırılmıştır. Roma Konvansiyonunun yerini Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Roma I Tüzüğü<sup>32</sup> (Roma I Tüzüğü) almıştır. Roma I Tüzüğü ile (Danimarka hariç) Avrupa Birliği'ne üye devletlerin sözleşmeye uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları uyumlaştırılmıştır. Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesi hukuk seçimini düzenlenmektedir. Buna göre, taraflar açık ya da örtülü olarak sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacak olan hukuku kendileri belirleyebilirler. Roma I tüzüğü de taraflara yalnızca bir devletin hukukunun seçilmesi imkânı tanır. Nitekim Roma I tüzüğü taslağında yer alan tarafların uluslararası kural ve prensipleri de sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirleyebileceğine ilişkin ifadeye yürürlüğe giren metinde yer verilmemiştir.<sup>33</sup> Bu yönüyle, Roma I Tüzüğü ve MÖHUK madde 24 aynı doğrultudadır.

Hem MÖHUK madde 24 hem de Roma I Tüzüğü madde 3 bakımından taraflarca seçilen devlet hukukunun yürürlükteki hukuk olması gerekmektedir. Seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları nazara alınmaz, maddi hukuk kuralları uygulanır.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, 21. Bası, İstanbul, Şubat 2015, s. 315.

<sup>31</sup> Roma Konvansiyonu tam metni için bkz: (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A133109>).

<sup>32</sup> Roma I tüzüğü tam metni için bkz: (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0006>).

<sup>33</sup> Helmut Heiss, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe: Party Autonomy: "Rome I Regulation: the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe", Franco Ferrari and Stefan Leible eds. Sellier European Law Publishers, Münih, 2009, s. 9-10.

<sup>34</sup> Çelikel / Erdem, s. 329.

Doktrinde, Roma I Tüzüğü'nün hukuk seçiminde taraf iradesini kısıtlayıcı düzenlemesi eleştirilmektedir.<sup>35</sup> Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimi Hakkında La Haye Prensipleri<sup>36</sup> (*Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*- La Haye Prensipleri) bu eleştirilere ilişkin bir düzenleme barındırır. La Haye Prensipleri Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında La Haye Konferansı (*Hague Conference on Private International Law*) organizasyonu tarafından Mart 2015'te ortaya konmuştur. La Haye Prensipleri'nin 3. maddesi tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak anasyonel hukuk kurallarını seçmeleri halinde bunun devlet mahkemeleri önünde de hüküm ifade etmesine yönelik bir hüküm içerir.<sup>37</sup> Ancak, La Haye Prensipleri devletleri hukuken bağlayıcı prensipler değildir.

Taraflar yasal düzenlemelere rağmen, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak anasyonel hukuk kurallarını seçmişlerse, mahkeme seçilen bu kuralları sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kabul etmeyecektir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk, hakim tarafından davanın görüldüğü yer kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir. Bu ihtimalde, tarafların sözleşmenin tabi olması amacıyla seçmiş olduğu anasyonel hukuk kuralları sözleşmenin birer hükmüymüşçesine etki doğurur. Dolayısıyla, anasyonel hukuk kuralları ancak sözleşmeye uygulanacak devlet hukukunun şemsiyesi altında ve onun emredici hukuk kurallarına uygun düştüğü ölçüde hüküm ifade edebilecektir.<sup>38</sup> Anasyonel hukuk kurallarının bu şekilde sözleşmeye aktarılmasını ifade etmek için *incorporation*<sup>39</sup> ifadesi kullanılmaktadır. Örneğin, Manş Tüneli'nin inşası sırasında İngiliz ve Fransız taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın çözümünde *incorporation* yoluyla PECL uygulama alanı bulmuştur. İhtilafa konu olan sözleşmede taraflar uygulanacak hukuku bir devletin hukuku olarak seçmeyip, uluslararası hukukun prensiplerine atıf yapmışlardır. Bu atıf sebebiyle İngiliz Mahkemele-

<sup>35</sup> Ayoğlu, s. 68, dipnot 231.

<sup>36</sup> Tam metin için bkz. (<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>)

<sup>37</sup> Genevieve Saumier, "The Hague Principles and the Choice of Non-State 'Rules of Law' to Govern an International Commercial Contract", *Brooklyn Journal of International Law*, 2014, C. 40, S.1.

<sup>38</sup> Ekşi, s. 68-71.

<sup>39</sup> Ekşi, s. 66

rince, PECL hükümleri sözleşmenin bir hükmü gibi, *incorporation* yoluyla, uyuşmazlığın çözümünde uygulanmıştır.<sup>40</sup>

### b) Tahkim ve Anasayonel Hukuk

Sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak taraflarca yalnızca bir devletin hukukunun seçilebilmesi kuralı tahkimde benimsenmiş değildir.<sup>41</sup>

Taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin kural, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>42</sup> (MTK) altında düzenlenmiştir. MTK, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkim yargulamalarına veya taraflar ya da hakemlerce ayrıca seçildiği takdirde bu tahkim yargulamalarına ilişkin usulü düzenler. MTK madde 12 (c) taraflara sözleşmenin tabi olacağı hukuku belirleme yetkisi tanınırken, seçilecek “hukuk” ifadesi yerine “hukuk kuralları” ifadesine yer verilmiştir.

MTK hazırlanırken, büyük ölçüde Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade- UNCITRAL*) tarafından hazırlanan Model Kanun<sup>43</sup> esas alınmıştır. Model Kanun milletlerarası ticari tahkimde hukuk güvenliği ve uyumlaştırma amacı ile hazırlanmıştır. Günümüzde Türkiye gibi birçok başka devletin tahkimde usule ilişkin iç hukuk kuralları Model Kanun esas alınarak düzenlenmiştir. Model Kanunu iç hukukuna aktaran devletlere örnek olarak: Avustralya, Hong Kong, Kanada, Mısır, Arjantin, Bahreyn, Büyük Britanya, Japonya, Hindistan, Almanya, İrlanda, Rus Federasyonu, Ukrayna, Singapur, İran, Tunus, Amerika Birleşik Devletleri’nin Connecticut, Kaliforniya, Teksas, Oregon Eyalatleri verilebilir.<sup>44</sup> Türk kanun koyucu MTK’yı hazırlarken İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun bazı hükümlerini esas alan düzenlemelere de yer vermiştir.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Channel Tunnel Group Ltd. vs Balfour Beatty Construction Ltd. [1993] 1 AC 334, 347 (UK House of Lords), Ayoğlu, s. 305, Dipnot 993.

<sup>41</sup> Nomer, s. 315. Ayoğlu, s. 209.

<sup>42</sup> R.G. Tarih: 5.7.2001 Sayı: 24453.

<sup>43</sup> 11.12.1985 tarihli tam metin için: ([http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf)).

<sup>44</sup> Nevhis Deren-Yıldırım, UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 14.

<sup>45</sup> Deren-Yıldırım, s. 15.

MTK 12 (c) hükmüne esas teşkil eden Model Kanun madde 28 (1)'dir. Model Kanun madde 28 (1) taraflara sözleşmeye uygulanacak "hukuku" değil hukuk "kurallarını" seçme hakkı tanır. Böylece taraflara birden fazla devletin hukukunun kurallarını birleştirerek sözleşmelerine uygulayabilme ya da anasyonel hukuk kurallarını, *lex mercatoriyayı* sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirleyebilme yetkisi tanınmıştır<sup>46</sup>. Devlet mahkemeleri önündeki yargılamalar bakımından taraf iradesine getirilen kısıtlama tahkim yargılamasında "hukuk kuralları" ifadesiyle aşılmıştır.<sup>47</sup> Bu açıdan, anasyonel hukuk kurallarının uygulama alanının tahkim yargılaması ile genişlediği söylenebilir. 2014 yılı Şubat ve Mart ayları arasında Kluwer Tahkim Bloğunda yapılan ankette<sup>48</sup> katılımcıların %12,7'si UNIDROIT prensiplerini; % 15,9'u da *lex mercatoriyayı* sıklıkla kullandıklarını belirtmiştir. Dünya genelinde milletlerarası ticaret veya tahkim konularında çalışmakta olan 500 avukat ile yapılan bir diğer ankette<sup>49</sup>, katılımcıların % 60'ının UPICC'in uygulama alanından haberdar olduğu ve %30'unun UPICC hükümlerine uygulamada başvurduğu görülmektedir. Ancak oldukça yüksek olan bu oranlar, anket İngiltere'deki avukatlar ile sınırlandırıldığı belirgin biçimde düşmektedir. İngiliz katılımcılardan UPICC'in kullanım alanından haberdar olan %45'in yalnızca %3'ü uygulamada UPICC' başvurmuştur.

Tahkim yargılamalarında sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak anasyonel hukuk kurallarına başvurabilme serbestisi karşında taraflar farklı yollardan bu kaynaklara başvurabilir. İlk olarak taraflar sözleşmelerinde açıkça anasyonel hukuk kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış olabilirler (i). İkinci olarak taraflar herhangi bir anasyonel kurala atıf yapmamakla birlikte sözleşmelerinin uluslararası hukuk normlarına veya *lex mercatoriyaya* tabi olacağını kararlaştırmış olabilirler (ii). Son olarak tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumda hakemler *lex mercatoria* kapsamı altında anasyonel hukuk kurallarını uygulama yoluna gitmiş olabilirler (iii).

<sup>46</sup> Maren Heidemann, Does International Trade Need a Doctrine of Transnational Law? Some Thoughts at the Launch of a European Contract Law, Springer, İngiltere, 2012, s. 9-10.

<sup>47</sup> Deren-Yıldırım, s. 116.

<sup>48</sup> Kluwer anketi hakkındaki veriler için: (<http://kluwerarbitrationblog.com/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration/>).

<sup>49</sup> Sarah Lake, s. 671.

### i) Tarafların Açıkça Seçmesi

Taraflar aralarında anlaşarak sözleşmenin seçtikleri anasayonel hukuk kaynağına tabi olacağını kararlaştırabilirler. Nitekim UPICC ve PECL'in giriş kısımlarında tarafların uygulanacak hukuk olarak söz konusu kaynaklara başvurmuş olmaları durumunda bu kuralların uygulanacağı belirtilmiştir. Örneğin, Rusya Federasyonu Ticaret Odasının Uluslararası Tahkim Divanı'nın 233/2012 sayılı, 2013 tarihli kararında<sup>50</sup>, Rus ve Lihtenştaynly taraflar aralarındaki satım sözleşmesine uygulanmak üzere UPICC hükümlerini seçmişler ve tahkim yargılaması bu çerçevede yürütülmüştür. Benzer şekilde, UNCITRAL kurallarına göre oluşturulmuş 2003 tarihli ad-hoc tahkim kararında<sup>51</sup> taraflar uyuşmazlığa UPICC'in uygulanmasını kararlaştırmışlardır. Karara konu olan olayda taraflar birinin merkezi Türkiye'de diğerkinki de Antil Adaları'nda olmak üzere iki şirkettir. Taraflar arasındaki satım sözleşmesinde, uygulanacak hukuku belirten iki ayrı madde bulunmaktadır. Bu maddelerden biri İngiliz Hukukunu ve diğeri ise İsviçre Hukukunu yetkilendirmektedir. Farklı menfaatlere hizmet eden bu çelişkili hukuk seçimi problemi, tarafların ad-hoc tahkimde uygulanacak hukuk olarak UPICC'i seçmeleri ile aşılmıştır.

### ii) Uluslararası Hukukun Genel Prensiplerine veya *Lex Mercatoriaya* Atıf Yapılması

Tarafların sözleşmelerinde uluslararası hukukun genel ilkelerine ya da *lex mercatoriaya* atıf yapması sonucu hakemler tarafından sözleşmeye anasayonel hukuk kuralları uygulanabilir.

MTK madde 12 (c) ve Model Kanun madde 28 uyarınca sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve adetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır. Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoriaya* ya da uluslararası hukukun genel ilkelerine atıf yapması da mümkündür.

Uygulamada nelerin *lex mercatoria* kapsamında olduğu tartışmalıdır. Örneğin, Alman doktrininde UPICC çoğunluk tarafından *lex mercatorianın* bir parçası hatta bazı çevrelerce *lex mercatorianın* kodifi-

<sup>50</sup> Karar özeti için: (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1793>).

<sup>51</sup> Karar özeti için: (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=862>).

ye edilmiş hali olarak yorumlanmaktadır. Ancak, kesin olarak hangi prensiplerin *lex mercatoriyı* oluşturduğu meselesi net değildir.<sup>52</sup> Örneğin; 12111 sayılı, 2003 tarihli Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce- ICC*) kararında<sup>53</sup> hakemler, tarafların uluslararası hukuka atıf yapmakla sözleşmenin bir devletin hukukuna tabi olmasını bertaraf ettiklerini ifade edip; bu durumda sözleşmeye hukukun genel prensipleri ve *lex mercatorianın* uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Kararda, UPICC hükümlerinin *lex mercatoriyı* yansıttığını, PECL'in ise henüz Avrupa Borçlar Kanununun hazırlanması amacına hizmet eden bir akademik çalışma mahiyetinde olduğunu belirtilmiştir. Sonuçta sözleşmenin UPICC'e tabi olması gerektiği kararına varılmıştır. Öte yandan yakın tarihli ancak ilan edilmemiş bir tahkim kararında<sup>54</sup> tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoriaya* atıf yapması üzerine hakem heyeti PECL hükümlerini uygulamıştır.

12040 sayılı, 2003 tarihli ICC kararına yansıyan olayda ise, taraflar uyuşmazlığın hakem heyetince uluslararası ticari teamüllere göre çözüme kavuşturulmasını talep etmişlerdir. Hakem heyeti de ticari teamül kavramının muğlak ve geniş bir ifade olduğunu ifade etmiş ve bu nedenle kodifiye kurallar içeren UPICC'in sözleşmeye uygulanmasına karar vermiştir.<sup>55</sup>

### iii) Tarafların Hukuk Seçimi Yapmaması

Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemediği durumda, MTK madde 12 (c) hükmü 4. paragrafı uyarınca hakemlerin sözleşme ile en yakından bağlantılı olan devlet hukukunu uygulaması gerekir. MTK tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde, hakemlere bir devletin hukuku olmayan anasyonel hukuk kuralları veya *lex mercatoriyı* en sıkı ilişkili hukuk olarak seçme yetkisi tanımaz. Bu ihtimalde hakemler, ancak hakkaniyet ve nesafete göre karar verilmesi konusunda taraflarca açıkça yetkilendirilmiş ise *lex mercatoriaya* ve bu

<sup>52</sup> Özel, s. 152.

<sup>53</sup> Kararın özeti için bkz. (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=956&step=FullText>).

<sup>54</sup> Lake, s. 680 dip not 34. (Dipnotta gösterilen kaynak: E. Jolivet, "The UNIDROIT Principles in ICC Arbitration", ICC Supplement, 2005, s. 65).

<sup>55</sup> Karar özeti için: (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1418>).

kapsamda anasyonel hukuk kurallarına göre karar verebilecektir.<sup>56</sup> Doktrinde, *lex mercatoria* kavramından daha dar yorumlanması gerektiği savunulan ticari örf, adet ve teamüller ise sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında ve tamamlanmasında dikkate alınır.<sup>57</sup>

Öte yandan Model Kanun madde 28 uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde hakemler uyuşmazlığa uygulanabilir bulunduğu kanunlar ihtilafı kurallarının belirlediği hukuku uygular. Dolayısıyla, hakemler bir devletin hukukunu uygulamak zorundadır. Hakemler, ancak hakkaniyet ve nesafete göre karar verilmesi konusunda taraflarca açıkça yetkilendirilmişse *lex mercatoriaya* ve bu kapsamda anasyonel hukuk kurallarına göre karar verebilir. *Lex mercatoria* kavramından daha dar yorumlanan<sup>58</sup> ticari örf, adet ve teamüller ise her durumda göz önünde tutulur.

Milletlerarası tahkimde sıklıkla başvuru ICC ve Stockholm Ticaret Odası'nın tahkim kuralları ise MTK'dan ve Model Kanundan farklı düzenlemeler içerir. ICC Tahkim Kuralları<sup>59</sup> madde 21 (1) ve Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kuralları<sup>60</sup> madde 22 (1) uyarınca, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemediği durumda hakemler ihtilafın çözümü için uygun gördükleri hukuk kurallarını sözleşmeye uygular.<sup>61</sup> "Hukuk kuralları" ifadesi ise hakemlerin sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlerken bir devletin hukukunu seçmek mecburiyeti aşılmıştır. O halde ICC ve Stockholm Ticaret Odası tahkim kuralları uyarınca, hakemler sözleşmeye anasyonel hukuk kurallarının uygulanmasını da kararlaştırabilir.<sup>62</sup>

Uygulamada tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hakemlerce tarafların milli bir hukukunun uygulanmasını engellenmek istediği biçiminde yorumlanmıştır. Örneğin, 7110 sayılı, 1995 tarihli ICC kararına<sup>63</sup> konu olan olayda İngiliz ve Orta Doğu'daki bir devlet

<sup>56</sup> Deren-Yıldırım, s. 126.

<sup>57</sup> Deren-Yıldırım, s. 126.

<sup>58</sup> Deren-Yıldırım, s. 126.

<sup>59</sup> ICC Tahkim Kuralları için: ([http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article\\_21](http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_21)).

<sup>60</sup> Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kuralları için: ([http://www.sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules\\_eng\\_webbversion.pdf](http://www.sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf)).

<sup>61</sup> Ayoğlu, s. 213.

<sup>62</sup> Özel, s. 151.

<sup>63</sup> Karar özeti için: (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=713&step=Abstract>).

kuruluşu arasında imzalanan sözleşmelerin hangi hukuka tabi olacağı hakkında bir hüküm yoktur. Hakemler sözleşmeye uluslararası arenada kabul gören hukukun genel ilkelerinin uygulanmasına karar vermiştir. Bu kapsamda, uyuşmazlığı çözmek için UPICC hükümlerine başvurmuşlardır.<sup>64</sup> Benzer şekilde 15089 sayılı, 2008 tarihli ICC kararına<sup>65</sup> konu olan olayda taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemişlerdir. Bunun üzerine hakemler sözleşme ile herhangi bir milli hukuk arasında bağ kurulabilecek objektif unsur bulunmadığından ICC Tahkim kurallarının verdiği yetkiye dayanarak, UPICC hükümlerini sözleşmeye uygulamışlardır. 13012 sayılı, 2004 tarihli ICC tahkim kararına konu olan olayda ise, Fransız ve Amerikalı tarafların arasındaki uyuşmazlıkta taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlememişlerdir. Taraflardan biri Fransız hukukunun diğer ise Amerika Birleşik Devletleri Illinois Eyaleti hukukunun uygulanmasını talep etmiş; hakemlerse uyuşmazlığın *lex mercatoria* kapsamında UPICC'e göre çözümlenmesine karar vermiştir.

### c) Milletlerarası Sözleşmelerin Yorumlanması ve Anasyonel Hukuk

#### i) CISG'nin yorumlanması

Milletlerarası Menkul Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*- CISG) UNCITRAL tarafından hazırlanmış bir milletlerarası sözleşmedir. CISG, milletlerarası taşınır mal satım sözleşmelerine ilişkin kuralların tüm dünyada uyumlaştırılması amacıyla hazırlanmıştır. CISG 1.1.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İngiltere, İrlanda, Portekiz ve Malta haricinde, tüm Avrupa Birliği, Türkiye, Amerika, Rusya, Çin, Japonya da dâhil olmak üzere çok sayıda ülke CISG'ye taraftır. CISG kendisine taraf devletlerin iç hukukunun bir parçası halinde yedek hukuk kuralları biçiminde uygulanmaktadır. Bu bakımdan CISG *soft law* adıyla anılan bağlayıcılığı olmayan hukuk kurallarından farklıdır. CISG kendisine taraf devletleri hukuken bağlar. Bu özellikleriyle anasyonel hukuk kurallarından ayrılır.

<sup>64</sup> 7375 ve 8261 sayılı ICC kararları ile Daimi Tahkim Mahkemesi'nin (Permanent Court of Arbitration) 45863 sayılı kararı da benzer yöndedir.

<sup>65</sup> Karar özeti için: (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1440>).

CISG'nin uygulama alanı içine giren fakat CISG'de açıkça düzenlenmemiş konuların (*internal gaps*) tamamlanması amacıyla anasayonel hukuk kurallarına başvurulabilir. CISG'nin kapsamı dışındaki bir husus bakımından anasayonel kaynaklara başvurulamaz.<sup>66</sup> Örneğin CISG madde 78, para borcunun ifası hakkındadır; ancak zamanında ifa edilmemiş para borçları için ödenecek faiz miktarına bu hükümde yer verilmemiştir. Öte yandan, UPICC madde 74.9 ve PECL madde 9:508, ifası gecikmiş borca ilişkin faiz miktarını düzenler. Uygulamada CISG madde 78'deki bu boşluk UPICC ve PECL hükümleriyle doldurulmaktadır.<sup>67</sup> Haziran 2015 tarihi itibariyle UNIDROIT hükümlerinin CISG'yi tamamlama ve yorumlamada kullanıldığı 29 hakem kararı mevcuttur.<sup>68</sup> Örneğin, ICC Tahkim Divanınının 8128/1995<sup>69</sup> sayılı, 1995 tarihli kararında CISG madde 78'deki faiz miktarına ilişkin boşluk UPICC madde 74.9 (2) hükmü ile doldurulmuştur. Karara esas teşkil eden olayda, İsviçreli ve Avusturyalı taraflar arasındaki kimyasal gübre satımına ilişkin sözleşmeden doğan uyuşmazlık CISG hükümlerine göre çözümlenmektedir. Satıcının ifada gecikmesinden ötürü ödenecek faiz miktarı ne taraflar arasındaki sözleşmede ne de CISG'de düzenlenmiştir. Hakemler UPICC madde 74.9 (2) uyarınca, faiz oranı olarak bir bankanın işlettiği ortalama kısa vadeli faiz oranına tekabül eden miktarın ödenmesine hükmetmişlerdir. Viyana Tahkim Mahkemesi'nin SCH-4366 sayılı, 1995 tarihli kararına<sup>70</sup> ve Belarus Yüksek Ekonomi Mahkemesinin 8-5/2003 sayılı, 2003 tarihli kararına<sup>71</sup> yansıyan olaylarda da hakemler sözleşmede kararlaştırılmamış faiz oranını belirlerken UPICC madde 74.9 hükmünü uygulamışlardır.

Hollanda Tahkim Enstitüsü'nün 2005 tarihli kararında<sup>72</sup> ise CISG'deki boşluk PECL ile doldurulmuştur. Bu olayda, Hollandalı ve İtalyan taraflar arasında satım sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık

<sup>66</sup> Simin Yalçıntaş, "Viyana Satım Sözleşmesinin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler", 2014, s. 18.

<sup>67</sup> DiMatteo, s.151.

<sup>68</sup> Bu hakem kararlarının listesi için: (<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1>).

<sup>69</sup> Karar özeti için: (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>).

<sup>70</sup> Karar özeti için: (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html>).

<sup>71</sup> Karar özeti için: (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030520b6.html>).

<sup>72</sup> Karar özeti için: (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1235&step=Abstract>).

çıkıştır. Satıcı uyuşmazlığı tahkime taşımıştır. Ancak, tahkim klozu doğrudan satım sözleşmesinde değil, sözleşmenin genel hükümleri altında yer almaktadır. Alıcı, sözleşmenin genel hükümlere ilişkin ayrıca onay vermemiş olduğu gerekçesiyle yetki itirazda bulunmuştur. Hakem heyeti alıcının genel hükümlerle bağlı olması için, sözleşme kurulmadan önce veya sözleşme kurulurken bu hükümlerin içeriğini bilmesi gerekip gerekmediğini tartışmıştır. Hakemler, CISG’de ve UPICC’te bu konuda hüküm olmaması sebebiyle PECL’e başvurmuştur. PECL 2:104 (1) uyarınca, taraflar arasında müzakere edilmemiş sözleşme hükümleri bu hükümleri bilmeyen karşı tarafa karşı ileri sürülemez; meğerki bu hükümleri ileri süren taraf sözleşme kurulmadan önce veya kurulduğu sırada bu hükümleri karşı tarafın dikkatine sunmuş olsun. Karşı tarafça imzalanan sözleşmede yer alan atıf tek başına yeterli sayılmaz. Olayda satıcı faks ve mektup aracılığıyla içinde tahkim kloxunun da yer aldığı genel hükümleri alıcının bilgisine uygun zamanda sunmuş olduğundan, alıcının itirazı reddedilmiştir. CISG’de yer alan boşluk PECL 2:104 (1) ile doldurulmuştur.

## ii) Hukuk Kurallarının Yorumlanması

Anasyonel hukuk kurallarına bir devletin hukuk kurallarının yorumlanmasında ve tamamlanmasında da başvurulabilir.<sup>73</sup> Ancak, bunun için tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmiş olduğu milli hukukun buna izin vermesi gerekir. Örneğin, 9078 sayılı, 2001 tarihli ICC kararında<sup>74</sup> ihtilafa temel teşkil eden sözleşmenin Alman hukukuna tabi olması ve Alman Hukukunda kaçırılan fırsatların tazminat kapsamında olup olmadığına ilişkin boşluk bulunması sonucu ihtilafın çözümünde Fransız ve İsviçre hukuklarının yanı sıra UPICC’e başvurulmuştur. Benzer şekilde Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Divanı’nın 64/2008 sayılı, 2009 tarihli kararında<sup>75</sup> da Rus Hukukundaki parasal olmayan borçların ifa edilmesini talep etme hakkına ilişkin boşluk UPICC madde 7.2.2 ile doldurulmuştur.

<sup>73</sup> Ayoğlu, s. 228.

<sup>74</sup> Karar özeti için: (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&ID=1059>).

<sup>75</sup> Karar özeti için: (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1803>).

Andersen-Andersen adıyla anılan tahkim kararında da<sup>76</sup> PECL 5:101:3 hükmü sözleşmenin yorumlanmasında kullanılmış ve ortaklık anlaşmasında taraflar arasındaki işbirliği ilkesi uyuşmazlığın çözümünde uygulanmıştır.<sup>77</sup>

### Sonuç

Bu çalışmada özellikle Avrupa coğrafyasında ön plana çıkan anasayonel hukuk kurallarının genel hatlarıyla tanıtılması ve bu kuralların uygulamadaki yerinin incelenmesi amaçlanmıştır.

Anasayonel hukuk kuralları borç ilişkilerine uygulanan maddi hukuku uyumlaştırarak ticari aktörlerin işlemlerini kolaylaştırma amacı taşır. Çalışma kapsamında ele alınan anasayonel kaynaklar UPICC, PECL, DCFR, CESL ve Trans-Lex veri tabanıdır.

Anasayonel hukuk kuralları devlet mahkemelerince çözümlenen uyuşmazlıklarda *incorporation* yoluyla sözleşmelere aktarılarak taraflara hizmet etmektedir. Öte yandan tahkim yargılamasında taraflara tanınan hukuk seçimi serbestisi ile anasayonel hukuk kurallarının uygulama alanını oldukça genişletmiştir. Tahkim yargılamasında taraflar açıkça seçerek ya da uluslararası hukukun genel ilkelerine atıf yaparak anasayonel kaynaklara başvurulmasının yolunu açabilmektedir. Taraflarca hukuk seçiminin hiç yapılmadığı hallerde de, hakem heyeti kimi durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak anasayonel kuralları seçebilir. Diğer yandan, hem devlet mahkemeleri hem de hakem heyetlerince çözüme kavuşturulacak uyuşmazlıklarda anasayonel hukuk kuralları CISG'deki ve milli hukuklardaki boşlukları doldurmada rol oynamaktadır.

Anasayonel hukuk kuralları devletlerin iç hukuk düzenlemeleri bakımından birer model kanun işlevi de görmüştür. Bu sayede, hukukun uyumlaştırılması yönündeki eğilim artmış, geleceğe dönük yeni uyumlaştırma çalışmaları ortaya konmuştur.

<sup>76</sup> Davacı taraf Andersen Consulting Business Unit Member Firms, davalı taraflar ise Arthur Andersen Business Unit Member Firms ve Andersen Worldwide Societe Cooperative şirketleridir. Dava numarası: 10 American Review of International Arbitration, 451 (1999).

<sup>77</sup> DiMatteo, dipnot 323.

Sözleşmeler alanında hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla yapılan çalışmalar özellikle Avrupa Birliği bakımından adeta *ius commune'e* bir geri dönüş hareketi izlenimi vermektedir. Türkiye'nin de uluslararası ticaretteki rolü, tahkim alanındaki açılımları, ve CISG'yi başarıyla iç hukukuna aktarmış olması gözetildiğinde uyumlaştırma hareketlerinden zaman içinde daha da çok etkileneceği savunulabilir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Ayoğlu Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, Vedat Yayınevi, Birinci Basıdan Tıpkı İkinci Bası, İstanbul, 2011.
- Brownsword Roger/Micklitz Hans-W/Niglia Leone/Weatherill Stephen, The Foundations of European Private Law, Hart Publishing, United Kingdom, 2011.
- Şanlı Cemal, Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.
- Çelikel Aysel/Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 13. Bası, İstanbul, 2014.
- DiMatteo Larry A., Law of International Contracting, Kluwer International. 2. Baskı, İngiltere, 2009.
- Ekşi Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2015.
- Deren-Yıldırım Nevhis, UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkim Yayınevi, İstanbul, 2004.
- Eidenmuller Horst/Faust Florian/Grigoleit Hans Christoph/Jansen Nils/Wagner Gerhard/ Zimmermann Reinhard, The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems, Oxford Journal of Legal Studies, 2008, C. 28, S. 4.
- Heidemann Maren, Does International Trade Need a Doctrine of Transnational Law? Some Thoughts at the Launch of a European Contract Law, Springer, İngiltere, 2012.
- Helmut Heiss, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe: Party Autonomy: Rome I Regulation: the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Franco Ferrari and Stefan Leible eds. Sellier European Law Publishers, Münih, 2009.
- Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, 21. Bası, İstanbul, Şubat 2015.
- Oğuz Arzu, Lex Mercatoria, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Oğuz Arzu, Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 299-300.
- Özel Sibel, Milletlerarası Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meselesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.

## Makaleler

- Apaydın Eylem, "Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 2013, C.1, S.8, s. 201-274. (<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014.01.8-Eylem-Apaydin.pdf>).
- Sheaffer Christopher, "The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law", Pace Law School Institute of International Commercial Law, Haziran 2008. ([http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sheaffer.html#\\*](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sheaffer.html#*))
- Lando Ole. "Have the PECL been a success or a failure?" *European Review of Private Law* Kluwer Law International BV, C: 17, S. 3-(2009), s. 373. (<http://www.kluwer-lawonline.com/abstract.php?id=ERPL2009025>).
- MacQueen Hector, "The Europeanisation of Contract Law: The Proposed Common European Sales Law", University of Edinburgh, School of Law Research Paper Series, S. 2014/17-2014/04. ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2430722&download=yes](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2430722&download=yes))
- Opritoiu Anemari-Iuliana, "Introduction in DCFR: Draft Common Frame of Reference", *Journal of Law and Administrative Sciences*, S. 3/2015. (<http://jolas.ro/wp-content/uploads/2015/03/jolas3a8.pdf>).
- Saumier Genevieve, "The Hague Principles and the Choice of Non-State 'Rules of Law' to Govern an International Commercial Contract", *Brooklyn Journal of International Law*, C. 40, S. 1, 2014. ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2620738](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2620738)).
- Lake Sarah, "An Empirical Study of UNIDROIT Principles International and British Responses", *Uniform Law Review*, 2011, S. 16 (3), s. 669-703. doi:10.1093/ulr/16.3.669 (<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2011-3/669-703-lake.pdf>).
- Yalçintaş Simin, "Viyana Satım Sözleşmesinin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler", s.18. (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/yalcintas.pdf>).

## Diğer Kaynaklar

- Atıf yapılan tahkim kararları özetleri için: ([www.unilex.info](http://www.unilex.info)).
- Kluwer anketi hakkındaki veriler için: (<http://kluwerarbitrationblog.com/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration/>).
- UNIDROIT'nın teşkilatına ilişkin bilgiler için: (<http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>).