

LEX MERCATORIA VE MİLLETLERARASI TİCARET HUKUKU

AV. DR. YUNUS EMRE KOÇAK

İLK Kitap


tilki
Kitap
yayınevi

Lex Mercatoria ve Milletlerarası Ticaret Hukuku
Av. Dr. Yunus Emre Koçak

Tilki Kitap©
www.tilkikitap.com
kitap@matbumedya.com
0850 304 22 03
Yayıncı Sertifika No 28740

Genel Müdür: Emrah Çelik
Yayın Yönetmeni: Sinan Kocaman
Editör: Teslime Gezer
Son Okuma: Alev Sevgi
Sayfa Tasarım: Efe Bozkurt
Kapak Tasarım: Efe Bozkurt

1. Basım, İstanbul, Mart 2025
ISBN: 978-625-6130-73-9
Tilki Kitap Matbaa / İstanbul
Matbaa Sertifika No: 48138

Eserin tüm telif hakları yazara aittir. Yazar, bu baskı için basım-satış-dağıtım-tanıtım haklarını Tilki Kitap'a devretmiştir. Yazar, eserin kapak dahil içeriğindeki tüm materyallerin (metin, görsel öğe, tablo…) yasal ve fikri sorumluluğunu kabul etmiştir. Tilki Kitap'ın kurumsal görüşü olmayabilir.

LEX MERCATORIA VE MİLLETLERARASI TİCARET HUKUKU

Av. Dr. Yunus Emre Koçak

YUNUS EMRE KOÇAK

1991 yılında Beyoğlu'nda dünyaya geldi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 3.38/4.00 (85.53 / 100) ortalamayla Onur Derecesi alarak mezun oldu.
2012-2013 yıllarında Budapeşte, Macaristan'da erasmus öğrencisi olarak bulundu.
2018 yılında "Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi" başlıklı yüksek lisans tezini savunarak Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yüksek lisans derecesini aldı. Yüksek lisans eğitimi sürecinde yabancı dil, ALES ve mezuniyet ortalamaları dikkate alınarak yapılan değerlendirme neticesinde Türkiye derecesi elde ederek karşılıksız TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Yurt İçi Yüksek Lisans ve Doktora Bursu kazandı.
İstanbul Barosuna bağlı olarak avukatlık yapmakta ve Adalet Bakanlığı bünyesinde arabulucu olarak çalışmaktadır.
İngilizce YDS 85, Almanca YDS 64 ve TestDaF Almanca A2 Bitirme belgeleri bulunmaktadır. Ayrıca ulusal akademik dergilerde yayımlanmış makaleleri vardır.
Evli ve bir kız çocuk babasıdır.

İÇİNDEKILER

ÖN SÖZ **9**
GİRİŞ **13**
BİRİNCİ BÖLÜM: **23**
BAĞIMSIZ BİR HUKUK ALANI OLARAK TİCARET VE LEX MERCATORIA'YA KAVRAMSAL YAKLAŞIM **23**
1.1. TİCARETİN KAVRAMSAL İÇERİĞİ 23
1.1.1. Teknik Anlamda Ticaret Kavramı 23
1.1.2. Sosyal Bilimler Bağlamında Ticaret Kavramı 25
1.2. TİCARET ALANININ TARİHSEL GELİŞİMİ 28
1.2.1. Ticaretin Doğuşu 29
1.2.2. Erken Orta Çağ'da Ticaretin Zayıf Seyri 30
1.2.3. Geç Orta Çağ'da Ticaret 33
1.2.3.1. Kent Hayatına Geçiş 35
1.2.3.2. Pazarlar 38
1.2.3.3. Panayırlar (Fuarlar) 41
1.3. LEX MERCATORIA KAVRAMI 45
1.3.1. Tanım 45
1.3.2. Teorik Çerçeve 46
1.4. LEX MERCATORIA'NIN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ 49
1.4.1. Lex Mercatoria'nın İlk Pratikleri 50
1.4.1.1. Deniz Ticareti ve Taşımacılığı Bağlamında Gelişim 50
1.4.1.2. Kara Ticareti Bağlamında Gelişim 52
1.4.2. Geç Orta Çağ'da Ticari İşler Bağlamında Yargı Yetkisi 53
1.4.2.1. Orta Çağ'da Yargı Yetkisi ve Ticaret Mahkemeleri 53
1.4.2.2. Panayır Mahkemeleri (Pie Powder Court veya Pied Poudreaux Court) 55
1.4.2.3. Ticari İş Kavramı Ekseninde Yeni Bir Hukuk Dalının Ortaya Çıkışı 58

1.5. LEX MERCATORIA'NIN KAYNAKLARI 62
1.5.1. Ticari Örf, Âdet ve Teamüller 63
1.5.2. Hukukun Genel İlkeleri 64
1.5.3. Hakem Kararları 66
1.5.4. Milletlerarası Organizasyonlar ve Mevzuat 68

İKİNCİ BÖLÜM: 71
KAPİTALİZM VE KÜRESELLEŞME BAĞLAMINDA TİCARET HUKUKUNUN TAMAMEN BAĞIMSIZ BİR HUKUK DALINA DÖNÜŞMESİ 71
2.1. KAPİTALİZM SÜRECİ 71
2.1.1. Kapitalizm Öncesi Evre 71
2.1.1.1. Merkantilizm 71
2.1.1.2. Fizyokrasi 73
2.1.2. Kapitalizmin Teorik Çerçevesi 74
2.1.2.1. Kapitalist Anlayış 74
2.1.2.2. Kapitalizmin Gelişme Aşamaları 77
2.2. KAPİTALİZM EKSENİNDE TİCARET HUKUKU UYGULAMALARININ DÖNÜŞÜMÜ 80
2.2.1. Kapitalizm ve Hukuk İlişkisi 80
2.2.1.1. Rasyonellik 83
2.2.1.2. Max Weber'in Ekonomik ve Hukuki Rasyonalite Fikri 84
2.2.2. Genişleyen Piyasa ve Ticaret Hukukunun Farklılaşan Gelişimi . 87
2.2.2.1. Kapitalist Sistemde Tacirin Değişen Konumu ve Bağımsız Bir Ticaret Hukukuna İlişkin Talepleri 88
2.2.2.2. Ticaret Hukukunun Yeni Bir Kurumu Olarak Şirketler 91
2.2.2.3. Kapitalist Ortaklıklar ve Bağımsız Bir Ticaret Hukuku 93
2.3. MİLLETLERARASI TİCARET DİNAMİKLERİNİN ÖN PLANA ÇIKIŞI 98
2.3.1. Genel Olarak Hukukun Milletlerarası Niteliği 98
2.3.2. Ticaret Hukukunun Globalleşmesi ve Milletlerarası Kimliği 100
2.4. KÜRESELLEŞEN DÜNYA EKONOMİSİ EKSENİNDE TİCARET HUKUKU 102
2.4.1. Dünya Ekonomisinin Küreselleşmesi 102
2.4.1.1. Küreselleşme Kavramı 102
2.4.1.2. Küreselleşmeye İlişkin Yaklaşımlar 105
2.4.1.3. İktisadi Küreselleşme ve Küresel Ticaret 107

2.4.2. Ulusal Ekonomilerin Gerilemesi 109
2.4.3. Küreselleşen Dünya Ekonomisi ile Milletlerarası Ticaret Hukukunun Etkileşimi 112

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: 117
DÜNYA EKONOMİSİNİN RADİKAL DEĞİŞİMİ VE YENİ DÜZENLEYİCİ KURUMLAR SİSTEMİ 117
3.1. İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASINDAKİ DURUM: EKONOMİK KÜRESELLEŞME 117
3.1.1. Dünya Savaşları ve Amerika Birleşik Devletleri 117
3.1.2. Piyasaların Serbestleşmesi 119
3.2. YENİ DÜZENLEYİCİ KURUMLAR SİSTEMİ 122
3.2.1. Küreselleşmeyi Şekillendiren Üç Temel Kurum 122
3.2.2. Uruguay Round Kararları ve Yeni Düzenleyici Kurumların Politikaları Bağlamında Küresel Ekonomi 127
3.3. UNIDROIT İLKELERİ VE LEX MERCATORIA 133
3.3.1. Milletlerarası Ticari Sözleşmeler için Unidroit İlkeleri 133
3.3.1.1. Unidroit ve İlkelerin Hukuki Niteliği 133
3.3.1.2. Unidroit İlkelerin Amacı ve Özellikleri 135
3.3.2. Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria ile İlişkisi 138
3.3.2.1. Genel Olarak 138
3.3.2.2. Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria ile Temel Bağlantı Noktası: "Başlangıç (Dibace)" Kısmı 139
3.3.2.3. Genel Bakış Açılarındaki Benzerlik 140
3.3.2.3.1. Unidroit Çalışma Grubunun İzlediği Metot: Karşılaştırmalı Hukukta İşlevsel Denklik Metodu 141
3.3.2.3.2. Genel Hukuk İlkeleri ve Hukuk Kurallarının Bir Araya Getirildiği Bağımsız Bir Hukuk Sistemi 143

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: 147
MODERN TİCARET HUKUKU PRATİKLERİ BAĞLAMINDA HUKUKUN ARAÇSALLAŞTIRILMASI 147
4.1. YENİ UYUŞMAZLIK ÇÖZME USÛLLERİ: HIZLI ÇÖZÜM ARAYIŞINDA YENİ DÖNEM 147
4.1.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usûllerinin Doğuşu ve Gelişimi 148
4.1.1.1. Arabuluculuk (Mediation) 152
4.1.1.2. Uzlaştırma (Conciliation) 153
4.1.1.3. Tahkim 155
4.1.2. Yeni Yaklaşımların Getirdiği Kolaylıklar ve Zorluklar 157

4.2. KURALSIZLAŞTIRMA VE HUKUKİ NİTELİĞİ..... 161
4.2.1. Kuralsızlaştırmanın Anlamı ve Etkileri..... 161
4.2.2. Hukukun Kamusallığı, Formelliği ve Objektifliğinin Erozyonu 164
4.3. YUMUŞAK HUKUK TARTIŞMALARI VE TRİLATERAL KOMİSYON 168
4.3.1. Yumuşak Hukuk Kavramı ve Kapsamı 169
4.3.2. Uluslararası Hukuk Bağlamında Yumuşak Hukuka Yönelik Eleştiriler..... 172
4.3.3. Trilateral Komisyon..... 174

SONUÇ 181
KAYNAKÇA 191

ÖN SÖZ

Hukuk eğitimi, diğer sosyal disiplinlerle daha sıkı bir entegrasyon gerektirse de ülkemizdeki hukuk eğitiminde bu entegrasyon eksik kalmıştır. Bu önemli ilişki; genellikle hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi gibi alanlarda çalışanlar tarafından hukukun psikoloji, tarih, siyaset bilimi, sosyoloji, iktisat ve antropoloji gibi disiplinlerle kurulan bağları ekseninde geliştirilmeye çalışılmıştır. Bahse konu bağların içinde öne çıkanlardan biri, hukuk ile iktisat arasındaki ilişkinin sosyal ve ekonomik yönüdür ve ne yazık ki bu bağın ülkemizde yeterince araştırıldığını söylemek mümkün değildir. Yurt dışında bulunan kapsamlı literatürün aksine ülkemizde bu konuda yapılan çalışmaların sınırlı ve az olduğunu görmek için herhangi bir kütüphanede kısa bir arama yapmak yeterlidir. Bu nedenle İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki lisans eğitimimden bu yana ilgimi çeken bu alanın ticaret hukukuna ilişkin bir bölümünü seçerek doktora tez konusu olarak çalışmak beni oldukça mutlu etmiştir.

Kitaba dönüşen tez çalışmamda danışmanlığımı yürüten, desteklerıyle yolumu aydınlatan Prof. Dr. Sevtap Metin hocama şükranlarımı sunarım. Tez konumu, ilk danışmanım ve emekli olan Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan ile başından itibaren birlikte değerlendirdik. Kendisi bölümleri birçok kez gözden geçirdi ve eğer sonuç olarak nitelikli bir çalışma ortaya konulduysa bu başarının büyük kısmı ona aittir. Kendisine sabrı ve emekleri için çok teşekkür ederim. Ayrıca tez izleme komitemde yer alan saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Abdullah Dinçkol ve tez jürimde olmayı kabul eden Prof. Dr. Yasemin Işıktaç, Doç. Dr. Şule Şahin Ceylan, Doç. Dr. Sevgi Kayak ve Dr. Öğr. Üyesi Fatma Süzgün Şahin'e görüşleri ve eleştirileri için teşekkür ederim. İsmini anmak istediğim ve minnettarlık duyduğum bir diğer kişi, hayatın bana sunduğu en büyük hediye olan eşim Asuman Hanım'dır. Hayatımızın neşesi olan kızım Hafsa için ise Allah'a binlerce kez şükürler olsun. Son olarak üzerimde emekleri büyük olan kürsü hocalarıma teşekkürü borç bilirim.

Yunus Emre Koçak
4 Şubat 2025 – İstanbul

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e. : aynı eser
a.g.e. : adı geçen eser
aş. : aşağıda
AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b. : baskı
b.a. : (eserin) bütününe atıf
BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch
BGer : Bundesgericht
BGH : Bundesgerichtshof
Bkz./bkz. : Bakınız
C. : Cilt
Çev. : Çeviren
Der. : Derleyen/Derleyenler
DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn. : dipnot
Doç. Dr. : Doçent Doktor
Ed./Eds. : Editör/Editörler
E.T. : Erişim Tarihi
ed. : edisyon
GATT : The General Agreement on Tariffs and Trade
Haz. : Hazırlayan
HFSA : Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi
HGB : Handelsgesetzbuch
HHFD : Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
IMF : International Monetary Fund
INCOTERMS : International Commercial Terms (Ulusararası Ticari Terimler)
İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş./karş. : Karşılaştırınız
md. : madde
MÖ : Milattan Önce
MTO : Milletlerarası Ticaret Odası
(International Chamber of Commerce - ICC)
MÜHFHAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
No. : Numara
OECD : Organisation for Economic Co-Operation and Development

Ör.	: örnek olarak
par.	: paragraf
Prof.	: Profesör
S.	: Sayı
s.	: sayfa
ss.	: sayfa aralığı
Trans.by.	: (İngilizceye) Çeviren
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNIDROIT	: Institut international pour l'unification du droit privé (International Institute for the Unification of Private Law) Özel Hukukun Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Uluslararası Enstitü
vb.	: ve benzeri
vd.	: devam eden sayfalar
v.e.	: vurgu (sonradan) eklenmiştir
Vol.	: Volume (Cilt)
vs.	: *versus*
Yay.	: Yayınevi
yuk.	: yukarıda

GİRİŞ

Dünya ekonomisinin sürekli evrim geçirdiği günümüzde milletlerarası ticaret; iktisadi büyüme ve sosyal refah açısından kritik bir rol oynamaktadır. Bu dinamik ticaret ortamında ticaret hukuku, farklı toplumların ve ekonomilerin ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde gelişmiştir. Bu bağlamda *lex mercatoria* olarak adlandırılan ve milletlerarası ticaretin özel bir hukuk alanı olarak ortaya çıkan olgu, tarihsel ve çağdaş bağlamda önemli bir konu olmuştur.

Günümüzde yoğun bir şekilde tecrübe edilen küreselleşme, milletlerarası ticaret ve projelerin artmasına neden olmuştur. Uluslararası nitelik taşıyan ve hukuki yönü de olan bu ilişkilerde tarafların akdettikleri sözleşmeler dışında hangi yerel hukukun veya milletlerarası anlaşmanın uygulama bulacağı ya da bu ilişkide hangi ticari geleneklerin esas alınacağı oldukça tartışmalıdır. Yine ayrıca söz konusu bu ilişkilere dair bir ihtilaf meydana geldiği takdirde hangi ülkenin yasal düzenlemelerine göre çözüm bulunacağı, bu çözümün hangi yargı mercisi tarafından gerçekleştirileceği (ulusal mahkeme veya alternatif uyuşmazlık çözüm kurumları gibi), bu noktada ne tür risklerle ve beklenmeyen sorunlarla karşılaşılacağı gibi konular günümüzde en sık tartışılan ve çözülmeye çalışılan hukuki problemlerden biri hâline gelmiştir[1]. Çünkü dünya genelinde birçok farklı hukuk sistemi mevcuttur ve bu sistemlerin uygulaması da farklı şekillerde gelişmektedir. Örneğin Kıta Avrupası hukuku ve Anglosakson hukuku gibi ana hukuk sistemleri hem usûl hem de esas açısından birbirlerinden farklılıklar göstermektedir[2]. Ayrıca bu sistemler arasında aynı sistemi be-

1 Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2022, s. 14 vd.

2 Kıta Avrupası hukuku ve Anglosakson hukuku gibi büyük hukuk sistemleri hakkında bkz. Guido Alpa, Mads Andenas, **Grundlagen des Europäischen Privatrechts**, Berlin, Springer, 2010. Bu kitap, Avrupa'daki farklı hukuk sistemlerinin temelini karşılaştırmalı bir perspektiften ele almaktadır. Kıta Avrupası hukuku ile ilgili kapsamlı bilgiler içermektedir. Çalışma, Avrupa'da özel hukukun

nimseyen ülkelerin dahi farklı uygulama biçimleri izlediği gözlemlenmektedir. Örneğin Kıta Avrupası hukuk sistemine ait Türkiye ile Almanya veya Fransa'daki hukuki düzenlemeler arasında farklar bulunmaktadır. Ayrıca milletlerarası ticaret alanında yerel hukukların yanı sıra uluslararası ticaret yapan kişilerin (gerçek yahut tüzel kişiler) dikkate alması gereken devletler üstü kuralların sayısı tedricen artmıştır[3].

Hukuk tarihine baktığımızda Avrupa'da ilk olarak tacirler için milletlerarası alanda tanınmış özerk ticari teamül ve gelenek hukukunun varlığını görmekteyiz. Örneğin "*ius mercatorium*" ve "serbest bölge hukuku" gibi terimler bu bağlamda öne çıkmaktadır[4]. Bu kavramların temelinde ise örf ve âdet hukuku bağlamında gelişen teamüller yer almaktadır. Örf ve âdet kurallarının hukuk kurallarına dönüşmesi, hukuk biliminin önemli konularından birini oluşturur. Bu çalışma, öncelikle ticaret ve değiş tokuşla ilgili Orta Çağ öncesi dönemlere kısa bir giriş yaptıktan sonra örf ve âdet kuralları ile hukuk kuralları arasındaki etkileşim bağlamında dünya hukuk tarihindeki önemli dönemlerden biri olan ticaret hukukunun doğuşunu ve bu dönemde örf ve âdetlerin hukukla ilişkisini ele almaktadır.

Elbette tarihi oldukça köklü olan ticareti, ticari işleyişi, ticari ihtilafları ve kuralları tamamen inceleyip açıklama iddiamız yoktur. Bu çalışma, Orta Çağ Avrupası'nda ticaretin yeniden hızlanmasını ve bu hızlanmayı takiben gelişen iktisadi ortamda önceki hukuk sistemlerinden tamamen

---

mevcut durumunun yanı sıra Avrupa'nın birleşmesi sürecindeki yeni gelişmeleri kapsamlı bir şekilde sunmaktadır. Eser ayrıca çalışmamızla doğrudan ilgili şekilde, Avrupa ticari işlemlerinin hukuki temellerinin mevcut özel hukuk standardizasyonu ve modernizasyonuna ilişkin hukuk teorisini ayrıntılı olarak tanıtmaktadır. İngiliz dilinde bir çalışma için bkz. Javier Martínez-Torrón, **Anglo-American Law and Canon Law**, Berlin, Duncker & Humblot, 2013. Çalışma birçok Anglo-Amerikan hukuk tarihçisi tarafından sıklıkla göz ardı edilen bir gerçeği ortaya koymaya çalışmaktadır: Anglo-Amerikan hukuk geleneği, Kıta Avrupası hukuku ile sanıldığından daha fazla ortak noktaya sahiptir. Çalışmada ortaya konulduğu üzere ortak hukuk geleneğinin biçimlendirici süreci, medeni hukuk başta olmak üzere Hristiyan-kanonik kökenli ortak unsurlarla çok sayıda kesişme noktasına sahiptir. Çalışma Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukuk geleneklerinin, tüm Batı dünyasını kucaklayan tek ve aynı hukuk kültürünün iki bileşeni olduğu fikrini savunur. Son olarak büyük hukuk sistemleri içerisinde İngiliz hukuku ayrı bir öneme sahip olduğundan ve bilhassa çalışmamızın konusu olan *lex mercatoria*'nın deniz hukuku temelli gelişimi göz önüne alınarak bkz. Raoul Charles van Caenegem, **The Birth of the English Common Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 1988. Çalışma, Avrupa'daki hukuk kurumlarının genel gelişiminin arka planında Anglo-Norman İngiltere hukukunun yer aldığına vurgu yapar. Eserde merkezî mahkemelerin ortaya çıkışına ve onların uyguladıkları ortak hukuka ilişkin yapılan değerlendirmede, XII. yüzyıl İngilteresi'nde jüri sisteminin gelişiminin önemini vurgular.

3 Arzu Oğuz, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 3, 2001, s. 12.

4 Oğuz, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku…", s. 20.

özerk şekilde gelişim gösteren ticari gelenekler ve örf ve âdet kurallarının ticaret hukukunun gelişimine etkisini ele alarak devam etmektedir.

Hukuku, "*devlet tarafından tanınmış ve kabul edilmiş kurallar*"[5] şeklinde açıklayan yaklaşımlar, sosyolojik değerlendirme açısından yetersizdir. Bu nedenle biz hukuku bu şekilde değerlendirmeyeceğiz. Çünkü bu tanım, hukuk kurallarının yetkili devlet kurumları marifetiyle oluşturulmasını bunun mümkün olmadığı durumlarda da devlet tarafından tanınması gerekliliğini öne sürer. Bahse konu tanım, pozitif hukuk işleyişi açısından yeterli ve makul olarak değerlendirilebilir ancak sosyolojik açıdan devletsiz birlikteliklerin hukukunu veya devlet hukukuyla yan yana var olabilen hukuku dışarıda bıraktığı için kapsayıcı değildir. Özellikle *lex mercatoria*'nın gelişim sürecinde merkezî bir otoritenin neredeyse hiç bulunmadığı Orta Çağ Avrupası Dönemi'nin önemi göz önüne alındığında hukuku sadece devlet iradesiyle açıklamak bizim için yararlı olmayacaktır. Çalışmamız ticaret hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olurken gösterdiği gelişim sürecini başta toplumsal ve ekonomik koşullar çerçevesinde ele almayı hedeflediğinden ötürü hukuk tanımı değerlendirmemiz, bu ögeleri de kapsar şekilde olacaktır.

Elbette hukuk bir otoriteyi ve otoritenin kamu gücüyle donatılmış yargısal yetkisini gerektirir. Ancak bu otoriteyi sadece "devlet" şeklinde tanımlamak, kendimizi önemli ölçüde sınırlar. Konumuz açısından, hukuku iktidar ve yargı unsurları bağlamında açıklayan tanımlar daha işlevseldir. Dolayısıyla hukuku şu şekilde tanımlayabiliriz:

> "Norm ihlali durumunda yargılama yetkisine sahip veya toplum tarafından tanınmış bir iktidar merkezinin düzenli olarak uyuşmazlık konusu norm ihlallerini *yargılaması ve merkezî otoritesiyle* uygulanmasını sağlaması gereken bir kurallar sistemidir."[6]

Burada dikkate alınması gereken önemli unsurlar; öncelikle somut bir olayın öncesinde var olan kuralların mevcudiyeti, ihtilafın taraflarından başkaca bir otoritenin araya girmesi, bu otoritenin norma uyulmaması durumunda yargılama yetkisine sahip olması ve uygulanmasını sağlamasıdır.

---

5 Sulhi Dönmezer, **Sosyoloji**, İstanbul, Hüsnütabiat Matbaası, 1976, s. 218. Yine bu hususta hukukun kökeni ve temellendirilmesine ilişkin bkz. Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2020, s. 36 vd. Bu çalışmada "Hukuk Değişik Açılardan Ele Alınabilir" ve "Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorluğu" bölümleri hukuku farklı açılardan tanımlayan yaklaşımları ortaya koyma bakımından oldukça değerlidir.

6 Mehmet Tevfik Özcan, İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 307.

Hukuku kısaca tanımladıktan sonra[7] örf ve âdet kavramını tartışmamız yerinde olacaktır. Örf ve âdet kuralları, belirli bir otorite tarafından açık bir şekilde yasal mevzuat kapsamına alınmamış olsa da toplum yaşamında zaman içinde bizatihi ortaya çıkan ve bireyler üzerinde zorlayıcı tesiri olan kurallardır[8]. Örf ve âdet kurallarının norm olma vasfı, onları alışkanlıktan farklı kılan yanıdır. Örf, geçmişte yapılan bir şeyin gelecekte de yapılmasını emreder. Alışkanlık ise geçmişte yapılan bir şeyin gelecekte yapılması gerektiği düşüncesini içermez. Örf ve âdetin bahse konu bu norm olma karakteri hukuk normlarına benzer şekilde heteronom bir nitelik taşır yani bireyin dışında toplum tarafından talep edilmiş olmasının ötesinde içerik itibarıyla da hukukla büyük benzerlik gösterir[9]. Tarihsel gelişim sürecinde, yargının yazılı hukuktan önce gelmesi nedeniyle, yargı kararları genellikle örf ve âdetlere dayanmaktaydı. Ancak zamanla yazılı kuralların etkinliğinin artması, örf ve âdetlerin ikinci plana atılmasına neden oldu. Buna rağmen toplumda kabul görmemiş veya örf ve âdet kurallarına aykırı olan yazılı hukuk, örf ve âdet kuralları tarafından etkisiz hâle getirilebilir; örf ve âdet kuralları, yazılı hukuku fiilen geçersiz kılabilir, onu etkisizleştirebilir ve örf ve âdet kurallarıyla çatışan normları zayıflatabilir[10].

Max Weber; bir normun, belirli bir insan grubu içinde (kısmen) genel olarak ve eyleme dökülebilir bir şekilde kınanma olasılığıyla güvence altına alındığında âdet (*konvention*) olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Yine Weber bir normun, düzeni mecburi şekilde sağlamak ve aykırılığı yaptırımla muhatap kılmak amacıyla özel olarak görevlendirilen bir toplumsal grubun karşılık olarak (fiziksel veya zihinsel) zorlama uygulama ihtimaliyle teminat altına alındığı durumda hukuk (*recht*) normu[11] olarak nitelendirildiğini ifade etmiştir.

---

7 Bu konuda Yasemin Işıktaç'ın "Hukukun Temellendirilmesi Hukuk Ontolojisi: Hukuk Nedir Ne Değildir?" başlığını taşıyan çalışması oldukça değerlidir. İlgili başlık altında bu sorunun hukuk felsefesinin sorusu olduğuna vurgu yapılmakta ve hukuka dair çok sayıda tanım vermenin mümkün olduğu ancak bunun konuyu bulanıklaştıracağına vurgu yapıldıktan sonra en uygun tanım olarak bir hukuk tanımı ortaya konulduğu görülmektedir. Bu tanıma göe hukuk adalete yönelmiş toplumsal yaşama düzenidir. Yasemin Işıktaç, **Hukuk Başlangıcı**, 2. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012, s. 115.

8 Örf ve âdeti örf ve âdet hukuku hâline getiren unsurlar vardır. Bunlar Yasemin Işıktaç tarafından maddi koşul (sürekli uygulanma) ve manevi koşul (psikolojik koşul, zorunluluk inancı) olarak iki ayrı başlık altında ele alınır. Maddi koşul belirli bir davranış biçiminin sürekli olarak uygulanmasını şart olarak ararken manevi koşul, uygulamanın normatif kuvvete erişmesi için başlangıçtan beri anlamlı olması ya da zamanla anlam kazanması gerekliliğine işaret eder. Işıktaç, **a.g.e**., s. 130 vd.

9 Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 26.

10 Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara, Siyasal Kitapevi, 2006, s. 9.

11 Max Weber, **Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı**, Çev. Özer Ozankaya, Ankara, İmge, 1995, s. 61.

Örf ve âdet ile hukuk kavramlarının genel çerçevesini çizdikten sonra ticaret kavramına odaklanmak yerinde olacaktır. Ticaret, en basit şekliyle bir kişinin bir malı satın alması ve o malın satın alma bedeline belirli bir kârı ekleyerek başka birine satması olarak tanımlanır. Ancak ifadede dikkat edilmesi gereken önemli bir ayrım noktası bulunmaktadır. Kâr amacı gütmeyen ve ihtiyacı karşılamayı önceleyen basit ölçekli takaslar, ticaret niteliği taşımayabilir; ticaretten bahsettiğimiz zaman kâr amacı güden, çoğu zaman esnaf faaliyetlerini aşan ve daha kapsamlı ürün değişimini kastetmekteyiz.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere ticari faaliyetin nerede ve ne zaman ortaya çıktığını kesin olarak belirtmek mümkün değildir ancak en eski uygarlıklarda bile ticaret izlerine rastlanmaktadır. Örneğin MÖ 2000 yılında Babil'de Hammurabi Kanunları'nda ticaretin düzenlenmesi amacıyla bazı hükümlere rastlanmaktadır. Bu hükümler; faizle para verme, şirket kurma, vedia (emanet) ve komisyon gibi bazı ticari ilişkileri düzenlemiştir. Babil'den ticari medeniyeti miras alan Fenikelilerin Akdeniz'de ticari faaliyetlerde bulunduğu bilinmektedir[12]. Akdeniz ve kıyıları tarih boyunca ticari hayatın gelişimi açısından oldukça canlı dönemlere şahitlik etmiştir.

Ticaretle uğraşmak bazı toplumlarda seçkin sınıf faaliyeti olarak görülürken bazı toplumlarda ise alt seviye bir uğraş şeklinde değerlendirilmiştir. Buna karşın hiçbir toplum ticari faliyetlerden tamamen vazgeçmemiştir. Ticaretin yükseldiği veya gerilediği zamanlar olmuş, bazı yerlerde ticaret en önemli faaliyetlerden biri olarak kabul edilirken diğer yerlerde toplumsal hayatta fazla etkin olamamıştır. Ancak mübadele olmayan bir yer veya zaman asla var olmamıştır. Ünlü tarihçi Henri Pirenne'e göre bunun sebebi ticaretin, insan doğasındaki kazanç hırsı ve macera arayışına yanıt vermesidir. Bu nedenle ticaret, doğası gereği bulaşıcıdır ve hatta kendisini sömürdüğü bireylere dahi kendini kabul ettirme güç ve kudretine sahiptir[13].

Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasıyla başlayan ve XV. yüzyılın son zamanlarına değin devam devam eden Orta Çağ, tekdüze bir zaman dilimi olmaktan uzaktır. V. yüzyıldan neredeyse X. yüzyıla kadar süren Erken Orta Çağ, Avrupa'nın büyük kısmında siyasi, ekonomik ve toplumsal karışıklığın hâkim olduğu bir zaman dilimiyken XI. yüzyıldan XIV. yüzyıla

12 Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 5.

13 Henri Pirenne, **Ortaçağ Avrupası'nın Ekonomik ve Sosyal Tarihi**, Çev. Uygur Kocabasoğlu, İstanbul, Alan Yayınları, 1983, s. 128.

kadar olan dönem, yeni bir iktisadi atılımın yaşandığı, modern Avrupa'nın oluşmaya başladığı bir evre olarak öne çıkar. Orta Çağ, Avrupa'nın tarihsel gelişiminde önemli bir dönemdir ve İlk Çağ ile Yeni Çağ arasında bir geçiş dönemi olmasının ötesinde toplumsal ve iktisadi olarak önemli hadiselerin yaşandığı bir çağ olarak kabul edilir. Unutulmamalıdır ki Orta Çağ Dönemi, Avrupa'da benzersiz bir feodal yapı oluşturarak eşsiz bir Avrupa dünyasını yaratmıştır[14]. Çalışmamızın odaklandığı *lex mercatoria*'nın gelişim süreci açısından Orta Çağ Avrupası'nın ticari faliyetleri ve ticaret hukuku, günümüz ticaret hukukunun en temel kaynaklarından biri olarak büyük öneme sahiptir. Modern ticaret hukukunun temelleri, Baltık ve Akdeniz şehirlerinin gelenekleri çerçevesinde Orta Çağ'da atılmıştır[15]. İlk gelişim aşamalarında deniz ticareti temelli şekillenen *lex mercatoria* için Akdeniz şehir devletleri özel bir öneme sahip olmuştur.

Ticaret, ekonominin can damarıdır ve kapitalizmin yükselişi ile birlikte ticaretin de önemi artmıştır. Kapitalizmin tarihsel evrimi, modern dünyanın temel taşlarından birini oluşturur. Ticaretin bu yükselişi, hukuk alanında da büyük bir dönüşümü tetiklemiştir. Kapitalizm, ekonomik ilişkilerin ve toplumun yapılanmasının temelini atan bir sistem olarak ticaretin hızla büyümesine olanak tanımıştır. Bu büyüme, ticaretin kapsamını ve karmaşıklığını artırmış ve yeni hukuki ihtiyaçlar doğurmuştur. Kapitalizmin gelişmesiyle birlikte ticaretin uluslararası boyutu da hızla büyümüş ve bu, ticaret hukukunun ulusal sınırları aşarak uluslararası bir boyuta ulaşmasını sağlamıştır. Bu çalışma, aynı zamanda kapitalizmin gelişiminin ticaret hukukuna tesirini ve ticaret hukukunun nasıl tamamen bağımsız bir hukuk dalı hâline geldiğini incelemeyi amaçlamaktadır. Kapitalizmin yükselişi ve ekonomik değişimler, ticaret hukukunun evriminde önemli bir rol oynamıştır. Aynı zamanda bu çalışma ticaret hukukunun tarihsel gelişimini anlamak için bir çerçeve sunacak ve ticaret hukukunun bugünkü milletlerarası boyutunu açıklamak için temel bir bakış açısı sağlayacaktır.

Ticaret hukuku, tarihsel olarak yerel hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçası kabul edilmiştir. Ancak uzunca bir süredir ticaret hukukunun millî sınırlarını aşan bir eğilim gösterdiği gözlemlenmektedir. Bu eğilim, uluslararası nitelik taşıyan bir hukuk dalının doğmasına yol açmıştır. Ticaret hukukunun millî hukuklara egemen olma eğilimi, dünya ekonomisinin

14 Serdar Tasçı, "İktidar ve Söylem: Kapitalizm ve Avrupa", **Doğu-Batı Dergisi**, S. 14, Ankara, 2001, s. 74.

15 Fahiman Tekil, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 6.

küreselleşmesi ile koşut bir olgunluğa ulaşmıştır. Dünya ekonomisinin küreselleşmesi, ülkeler arası ticaretin artan karmaşıklığı ve hacmi ile birçok hukuki sorunu beraberinde getirmiştir. Uluslararası ticaretin yoğunlaşması, ulusal sınırları aşan hukuki ilişkilerin ortaya çıkmasına neden olmuş ve bu ilişkileri düzenleyecek etkili bir hukuki çerçeve ihtiyacını doğurmuştur. Ticaret hukuku, bu bağlamda milletlerarası bir nitelik kazanmıştır.

Bu çalışma, ticaret hukukunun ulusal sınırları aşan bir nitelik kazanmasını ve dünya ekonomisinin küreselleşmesi ile koşut olarak nasıl bir olgunluğa ulaştığını incelemeyi amaçlamaktadır. Ticaret hukukunun uluslararası nitelik taşımasının ardında yatan faktörleri ve bu dönüşümün nedenlerini ele alacaktır. Aynı zamanda ticaret hukukunun bu yeni evriminin, toplumsal ve ekonomik koşullar ile ilişkisini değerlendirecek ve gelecekteki gelişimini tartışacaktır.

İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ardından ticari ilişkilerdeki artış ve çeşitlilik; ticaret dünyasının paydaşlarını, bu ilişkilere uygulanacak yasal sistemler ve hukuk kuralları hakkında çalışma yapmaya yöneltti. Bu gelişme neticesinde *lex mercatoria*'nın yeniden ele alınması ve kapsamının genişletilmesi teşvik edildi. Bu dönemde *lex mercatoria*'nın milletlerarası niteliği daha fazla vurgulanmıştır[16].

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, dünya genelinde ticaretin artmasıyla birlikte evrensel nitelikten uzaklaşan ve ulusallaşan ticaret hukukuna ilişkin milletlerarası alanda çözümler geliştirmeye yönelik çalışmalar yürütülmüştür. Çeşitli kurumlar tarafından yeni düzenlemeler oluşturulmuş, model olarak nitelenebilecek yasa tasarıları üzerinde çalışılmış, standart akitler hazırlanmış ve örnek prensipler önerilmiştir. Ayrıca devletler kendi aralarında anlaşmalar yapma yoluna gitmişlerdir. Bu süreçte yeni düzenleyici kurumlar olarak adlandırılabilecek milletlerarası kurum ve kuruluşlar ön plana çıkmış ve küreselleşme sürecinin de tesiriyle milletlerarası ticari işleyişe yön vermiştir.

Uyuşmazlıkların kanunlar ihtilafı prensipleri çerçevesinde çözümlenmesinin meydana getirdiği sürprizleri, güçlükleri ve hak kayıplarını

16 Clive Schmitthoff, "The Unification of the Law of International Trade", **Journal of Business Law**, 1968, s. 105-106. *Lex mercatoria*'nın evrildiği nitelik hakkında Schmitthoff tarafından ileri sürülen görüşler ve bu görüşe katılan yazarlar ve fikirleri hakkında bkz. Tolga Ayoğlu, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 30 vd.; Bamodu Gbenga, "Exploring the Interrelationships of Transnational Commercial Law, "The New Lex Mercatoria" and International Commercial Arbitration, African Journal of International Arbitration and Comparative Law", **African Journal of International and Comparative Law**, Vol. 10, 1998, s. 32.

önlemek amacıyla yeni bir yönelim olarak, özel hukuk alanında ticaret hukuku ve borçlar hukukunun bütünleştirilmesi ve model kanunların ortaya konulması yönünde çalışmalar yürütülmüştür. Söz konusu bu çalışmalar süreç içerisinde aşama aşama geliştirilmektedir[17]. Doktrinde bu model kanunlar "*yeni lex mercatoria*" olarak isimlendirilmekte ve ihtilafların ele alınması ve çözümünde başvuru kaynağı olarak kullanılmaktadır. Ticaret hukuku bağlamında gelişen bu alan; kapitalizm, serbest piyasa ve küreselleşme ile yakından ilişkilidir. Bu nedenle inceleme alanımız, kapitalizmin ve küreselleşmenin tesiri bağlamında olacak ve *lex mercatoria* olgusuna yönelik çeşitli tepkileri ele alırken özellikle bu alanın içinde geliştirilen eleştirilere yoğunlaşacaktır.

İlk bölümde ticaretin kavramsal içeriği tanımlanmaya çalışılmıştır. Ancak bu kavramsal içerik yalnızca teknik bir bakış açısıyla ele alındığında bütüncül bir yaklaşıma ulaşılamayacağı göz önüne alınarak bu kavram, sosyal bilimler (felsefe, sosyoloji, ekonomi, antropoloji gibi) açısından da tartışılmıştır. Daha sonra ticaretin tarihî ve felsefi gelişim sürecine odaklanılmıştır. Ticaretin evriminde Geç Orta Çağ Dönemi özellikle önemli bir yere sahiptir. Bu dönem, ticaretin canlanması ile *lex mercatoria*'nın temel yapı taşlarının oluşturulduğu bir dönemdir. Ayrıca bu dönem içinde pazarların işlevleri ve panayırların düzenlemeleri ele alınmış ve bu tür etkinliklerde ticaretin nasıl işlediği soruları incelenmiştir. Bu sorular somut örneklerle açıklanmış ve ardından Orta Çağ'da yargı yetkisinin araştırılması yapılmıştır. Panayırlarda oluşturulan Tozlu Ayaklar Mahkemelerinin, günümüzde görev yapan ticaret mahkemeleri veya uluslararası tahkim kurumları gibi uzmanlaşmış mahkemeler için temel oluşturduğu ve *lex mercatoria*'nın tarihsel bağlamda sürekli bir süreç içinde olduğu anlatılmıştır.

Kavramsal çalışmalara da yer verdiğimiz ilk bölümde aslında *lex mercatoria* için kapsamlı bir akademik kaynak oluşturmayı amaçladık. Bu amaçla *lex mercatoria*'nın farklı akademik çalışmalarda (İngilizce, Almanca ve sınırlı sayıdaki Türkçe kaynaklar) yapılan tanımlarını ve kapsamını açıkladıktan sonra bu kavramın gelenek hukuku temelli gelişim sürecini tartıştık. Ayrıca bu konuyu daha iyi anlayabilmeniz için *lex mercatoria*'nın kaynaklarını inceledik. Son olarak bu örf ve âdet hukuku temelli gelişim gösteren alanın gelenek hukuku ile nasıl yakından ilişkili olduğunu hukuk ve piyasa bağlamında açıklamaya çalıştık.

17 Arkan, **a.g.e.**, s. 16 vd.

Dünya tarihi, tekdüze bir seyir izlemeyen ve kapitalist anlayışın ortaya çıkışı gibi önemli kırılma noktaları içeren karmaşık bir süreçtir. Hukuk ve piyasa ilişkisine odaklandığımız ikinci bölümde kapitalizmin gelişimi ele alınmış olup çalışmamız için önemli bir konu olan bu süreç öncesi merkantilizm ve fizyokrasi gibi dönemler hakkında kısa bir bilgilendirme yapılmasının ardından kapitalizmin argümanları ele alınmıştır. Kapitalizm ve hukuk ilişkisi bağlamında ticaret hukukunun bağımsız bir hukuk dalına dönüşme süreci, sosyal ve ekonomik açıdan incelenmesi gereken önemli bir konudur. Bu noktada Max Weber'in ekonomik ve hukuki rasyonalite fikri, yol gösterici bir rol oynamıştır. Kapitalist ortamın gelişmesiyle birlikte tüccarın rolü de değişmiş, yeni sermaye ortaklıklarının ticaret hukukuna yönelik talepleri artmıştır. Pazar ve panayırlarda yürütülen hızlı ve etkili ticaret hukuku deneyimi, genişleyen piyasanın bağımsız ticaret hukuku talebini güçlü bir şekilde dile getirmesine önayak olmuştur. Söz konusu talebin tarihsel bağlamda nasıl geliştiğini anlamak için geçmiş deneyimlerle bağlantı kurmak önemlidir.

İkinci bölümün son kısmında küreselleşme süreci, ticaret hukukunun millî hukuklara egemen olma eğilimi ve dünya ekonomisinin küreselleşmesiyle paralel olarak ele alınmıştır. Bu kısım, ticaret hukuku ile doğrudan ilişkili olan küreselleşme sürecini incelerken bu kavramın tartışmalı yönlerine odaklanmıştır. Salt bir küreselleşme süreci bilgisi yerine, bu sürecin tüm yönleri tartışmalar ekseninde ele alınmış ve kendi görüşlerimize yer verilmiştir. Ayrıca küreselleşen dünya ekonomisi ile milletlerarası ticaret hukukunun etkileşimi ele alınırken bu süreçte ulusal hukukların geri planda kalması hususu başka bir başlık altında incelenmiştir.

Hiç şüphesiz dünya ekonomisi İkinci Dünya Savaşı ile farklı bir boyuta taşınmıştır. Ticaret hukukunun ayrı bir hukuk dalı olarak ortaya çıkışı ve gelişimini toplumsal ve ekonomik koşullar bağlamında ortaya koyabilmemiz açısından bu dönemin büyük önemi vardır. Çalışmanın üçüncü bölümü ile bahse konu bu dönem tartışmaya açılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nin egemen olduğu tek kutuplu dünya düzeni, ticaret hukukunu birçok açıdan etkilemiş ve bu iktisadi değişim sürecini yeni düzenleyici kurumların politikaları belirlemiştir. Uruguay Round gibi önemli görüşmelerin yapıldığı bu döneme dair yeni düzenleyici kurumlar ele alınırken izlenen politikaların sosyal ve ekonomik yönlerine odaklanılmıştır. Bazı noktalarda eleştiriye açık şekilde görüşlerimize yer verdiğimiz bu bölümde küreselleşme sürecine ve dünya ticaretinin gelişimine yön veren temel

Bu kitap, *lex mercatoria*'nın ortaya çıkışını ve gelişimini sosyal ve iktisadi gelişmeler bağlamında ele almaktadır. Lex mercatoria, milletlerarası ticaretin karmaşıklığına cevap veren ve toplumsal ve iktisadi gelişmelerin bir neticesi olarak ortaya çıkan bir hukuk alanıdır. Kitap, bu alandaki tarihsel gelişimi ve günümüzdeki rolünü incelemeyi amaçlamaktadır.

Ticaret hukukunun ayrı bir hukuk alanı olarak nasıl ortaya çıktığı ve geliştiği, bu çalışmanın temel sorularından biridir.

Lex mercatoria'nın tarihsel evrimi nedir?

Orta Çağ'dan günümüze uzanan süreç içinde toplumsal ve ekonomik koşulların içinde Lex mercatoria'nın etkisi nedir?

Lex mercatoria'nın günümüzdeki uluslararası ticaret hukukunda nasıl bir rol oynamaktadır?
...

Bu kitap alanında birçok soruya, kaynağını göstererek cevap vermektedir.

9 786256 130739