

Lex Mercatoria ve Milletlerarası Ticaret Hukuku

Av. Dr. Yunus Emre Koçak



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

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

Kitappad.com

Kitaplobi.com

Kitapşeyleri.com

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 öge, 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.

İÇİNDEKİLER

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 DÖNÜŞMESİ71

2.1. KAPİTALİZM SÜRECİ 71

 2.1.1. Kapitalizm Öncesi Evre..... 71

 2.1.1.1. Merkantilizm

 2.1.1.2. Fizyokrasi

 2.1.2. Kapitalizmin Teorik Çerçevesi

 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 Rasyonelite 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

 2.2.2.2. Ticaret Hukukunun Yeni Bir Kurumu Olarak Şirketler

 2.2.2.3. Kapitalist Ortaklıklar ve Bağımsız Bir Ticaret Hukuku

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

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

 2.4.1.3. İktisadi Küreselleşme ve Küresel Ticaret

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 SİSTEMİ117

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 Bağlımsız Bir Hukuk Sistemi..... 143

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:.....147

MODERN TİCARET HUKUKU PRATİKLERİ BAĞLAMINDA HUKUKUN ARAÇSALLAŞTIRILMASI147

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. KURALSIZLAŖTIRMA VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	161
4.2.1. KuralsızlaŖtırmanın Anlamı ve Etkileri.....	161
4.2.2. Hukukun Kamusalığı, Formelliđi ve Objektifliđinin Erozyonu	164
4.3. YUMUŖAK HUKUK TARTIŖMALARI VE TRİLATERAL KOMİSYON	168
4.3.1. YumuŖak Hukuk Kavramı ve Kapsamı	169
4.3.2. Uluslararası Hukuk Bağlamında YumuŖak Hukuka Yönelik EleŖtiriler.....	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, destekleriyle 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. İsmi 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 (Uluslararası 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.	: <i>versus</i>
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 gelmiştir¹. 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 göstermektedir². 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, Avrupadaki farklı hukuk sistemlerinin temelini karşılaştırmalı bir perspektiften ele almaktadır. Kıta Avrupası hukuku ile ilgili kapsamlı bilgiler içermektedir. Çalışma, Avrupa'da özel hukukun

14 Lex Mercatoria ve Milletlerarası Ticaret Hukuku

nimseyen ülkelerin dahi farklı uygulama biçimleri izlediği gözlemlenmektedir. Örneğin Kıta Avrupası hukuk sistemine ait Türkiye ile Almanya veya Fransadaki 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 artmıştır³.

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 çıkmaktadır⁴. 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 kucaqlayan 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, Avrupadaki 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 öğeleri 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, Hüsniyat 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 Topumlarda Toplumsal Kontrol**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 307.

16 Lex Mercatoria ve Milletlerarası Ticaret Hukuku

Hukuku kısaca tanımladıktan sonra⁷ 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 kurallardır⁸. 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 gösterir⁹. 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 zayıflatılabilir¹⁰.

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*) normu¹¹ 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 göre 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 Âdet 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.