

## KARAKTERİSTİK EDİM TEORİSİ

Ar. Gör. Mesut AYGÜN\*

### GİRİŞ

Milletlerarası ticarî ilişkilerin niteliği ve niceliğinin artması, farklı hukuk düzenlerinin daha sık karşı karşıya gelmeleri sonucunu doğurmuş ve bu da yabancı unsur içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk sorununun önem kazanmasına neden olmuştur.

Özü itibariyle, sözleşmesel borç ilişkilerinde, milletlerarası özel hukuka ait menfaatlerden taraf menfaatinin ağır bastığı aşikârdır. Bu nedenle, sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenirken, özellikle tarafların menfaati açısından en uygun hukukun araştırılması gerekmektedir. Yabancı unsur içeren sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin olarak “sübjektif” ve “objektif” olmak üzere iki yöntemden söz etmek mümkündür. Sübjektif yöntemde, sözleşmeden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukuk, tarafların iradesine tâbidir. Bu yöntemde, sözleşmeye uygulanacak hukukun temelinde irade muhtariyeti prensibi yatmaktadır. Objektif yöntemde ise, sözleşmeden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukuk belirlenirken tarafların iradesi dışında, objektif bağlama noktaları göz önünde bulundurulacaktır.

Şu var ki, pek çok hukuk düzeninde sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilâfî sistemi düzenlenirken her iki yöntemden kümülâtif şekilde yararlanılmaktadır. Genelde, ilk plânda sübjektif bağlanma kabul edilmiştir. Sözleşmeden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukuka ilişkin olarak taraflara hukuk seçme imkânı verilmiştir.

Taraflar sözleşmelerine uygulanmak üzere açık veya zımnî bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, bu durumda sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif yönetime göre belirlenecektir. Objektif bağlanmaya ilişkin olarak doktrinde iki farklı temayül belirmiştir. Bunlardan ilki, taraflar açık veya zımnî olarak hukuk seçimi yapmamış olsalar bile, “taraflar hukuk seçimi yapmış olsalardı, hangi hukuku seçerlerdi?” yaklaşımından hareketle yine tarafların iradesine yönelen yaklaşımdır. Doktrinde haklı

\*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Elemanı.

olarak yoğun eleştiri alan varsayılan (mefruz) irade yaklaşımı, aslında tarafların iradesini esas aldığından sübjektif yöntem ile örtüşmekte, aynı şeyi ifade etmektedir. Hatta, bir bakıma tarafların iradesinin de ötesinde hâkimin iradesi ile örtüşmektedir.

Objektif yöntem içerisinde diğer yaklaşım ise, taraflar sözleşmelerine uygulanmak üzere açık veya zımnî bir hukuk seçimi yapmamışlar ise, sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyecek bağlama kuralının, (tarafların iradesi dışında) objektif kriterlerden hareketle oluşturulması gerektiğini ortaya koymaktadır. Aslında, objektif bağlanmanın özünü bu yaklaşım belirlemektedir. Bu yaklaşım çerçevesinde, sözleşmelere uygulanacak hukuk için objektif bağlanmanın temel aldığı bağlama noktalarına, “ifâ yeri”, “in’ikad yeri”, “ikametgâh”, “mutad mesken”, “idare merkezi” örnek olarak verilebilir.

Ancak ne var ki, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin olarak objektif bağlanmada, yukarıda örnek olarak verdiğimiz bağlama noktalarına nazaran daha esnek olan “sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu yer hukuku” ilkesinin uygulanması daha çok kabul görmüştür. Örneğin, günümüzde İsviçre hukukunda objektif bağlanma, sözleşmenin en sıkı ilişki içinde bulunduğu devletin hukukuna işaret etmektedir.

Burada, İsviçre hukukunun örnek olarak verilmesi bir tesadüf veya yanılı olarak değerlendirilmemelidir. Bu bilinçli bir yönlendirmedir. Bir kere, çalışmamızın konusunu oluşturan karakteristik edim teorisi, İsviçre doktrin ve uygulamasının bir ürünüdür. Daha da önemlisi ve üzerinde durulması gereken husus, İsviçre hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin objektif bağlanmada kural olarak, karakteristik edim borçlusunun ... hukukunun, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuku karşıladığı yönünde bir karine kabul edilmiştir.

Bu çalışmada, yabancı unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun tarafların açık veya zımnî iradeleriyle seçilmemiş olduğu hallerde, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin objektif bir yöntem sunan ve günümüzde (Türk hukuku dahil) çeşitli hukuk sistemlerinde pozitif hukuka da önemli ölçüde yansıyan ve aynı zamanda özellikle doktrinsel kaynaklar tarafından şiddetle eleştirilen karakteristik edim teorisi genel hatlarıyla incelenecektir.

Plânsal bir çerçeve sunmak gerekirse, “genel olarak karakteristik edim teorisi” üst başlığı altında ilk önce, karakteristik edim teorisinin tarihsel gelişimi, sonra da, karakteristik edimin ve karakteristik edimden hareketle uygulanacak hukukun tespiti üzerinde durulacaktır. Takiben incelenecek olan üst başlık, “karakteristik edim teorisine yöneltilen eleştiriler” olacaktır. Daha sonra, “karakteristik edim teorisinin pozitif hukuka

tesiri” üst başlığı altında, karakteristik edim teorisi ile ilgili olarak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun, 1980 tarihli Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Sözleşmesi (Roma Sözleşmesi) ve Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunundaki hükümlere değinilecektir. Bu noktada, Türk hukuku incelenirken, Türk yazarların karakteristik edim teorisi üzerindeki tespitleri üzerinde de durulacaktır. Ve nihayet, ulaşılmış olduğumuz vargıları içeren “sonuç” kısmıyla çalışma sona erecektir.

## I. GENEL OLARAK KARAKTERİSTİK EDİM TEORİSİ

### A. Karakteristik Edim Teorisinin Tarihsel Gelişimi

Karakteristik edim teorisi, İsviçre hukuku kökenlidir. Teori, İsviçre hukuk doktrininde *Schnitzer* tarafından ortaya konmuş ve yine bir İsviçreli *Vischer* tarafından geliştirilmiştir. Karakteristik edim teorisi, Hollanda hukuk doktrininde de *De Winter* tarafından savunulmuştur<sup>1</sup>. Karakteristik edim teorisi, İsviçre kanton mahkemeleri ve Federal Mahkemesince de uygulamada geliştirilmiştir<sup>2</sup>.

Daha önceleri İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfi uyuşmazlıklarında, tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları halinde, tarafların farazî iradelerini arama yoluna gitmiş ve 1930’lu yıllara kadar, farazî iradenin sözleşmenin ifâ yeri olarak gerçekleştiğini savunmuştur. Ancak, bir yandan farazî irade kavramına yönelik teorik eleştiriler, diğer yandan da özellikle her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifâ yeri kavramından hareketle sözleşmeye birden fazla hukukunun uygulanma olasılığının varlığı, Federal Mahkemeyi bu düşüncesinden uzaklaştırmıştır. Farazî iradenin ifâ yeri olarak gerçekleşeceğini savunan Federal Mahkeme, zamanla farazî irade görüşünden ayrılmış ve uygulanacak hukuku, önceden belli bazı objektif ölçütler yoluyla belirleme arayışına girmiştir. İşte bu arayış içerisinde, Federal Mahkeme farazî irade yerine, objektif bir bağlama kuralının tespiti için “**en yakın ilişki**” denilen bir

<sup>1</sup>Sargın, F.: “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, AÜHFİD, C. L, 2001, S. 2, s. 44 (“Eleştiri”).

<sup>2</sup>Schnitzer, A. F.: “Les Contrats en Droit International Privé Suisse”, Rec. des Cours, 1968/I, T. 123, s. 566: Lipstein, K.: “Characteristic Performance - A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC.”, Northwestern Journal of International Law and Business, 1981, Vol. III, n. 2, s. 405 (“Characteristic Performance”).

bağlama ilkesini ortaya koymuştur. Bu ilke aynı zamanda **karakteristik edim** kriterinin bulunmasına yol açmıştır<sup>3</sup>.

Bu değişimin ürünü olarak, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde kural şöyledir: İlk aşamada, tarafların açıkça veya zımnen seçtikleri hukuka bakılır ve böyle bir hukuk seçimi söz konusu ise sözleşmeden doğan uyumsuzluk bu hukuka tâbi olarak çözümlenir. İkinci aşamada, yani, tarafların bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, sözleşmenin en sıkı yersel irtibat içinde olduğu ülkenin hukuku uygulanır. Federal Mahkeme, ifâ yerinin diğer coğrafi bağlantılara nazaran üstün bir öneminin bulunduğunu ve kural olarak, sözleşme başka bir ülke hukukuyla daha yakın bir ilişki içinde görünmedikçe, nihaî biçimde ifâ yeri hukukunun uygulanacağını belirtmektedir. Son aşamada, eğer iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu ise, iki karşılıklı edim arasında mahkemeler, söz konusu hukukî ilişkinin karakteristik edimini dikkate alacaklardır<sup>4</sup>. Federal Mahkeme, ilk zamanlarda karakteristik edimin ifâ edildiği yerin en sıkı ilişkiyi gerçekleştirdiği görüşüne ulaşmıştır. Ancak, Federal Mahkeme, karakteristik edimin ifa yerinin en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde ikinci plâna düştüğünü görmüş ve ifâ yeri yerine, ilk önceleri karakteristik edim borçlusunun ikametgâhını, daha sonra da karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunu karine olarak sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk olduğu sonucuna varmıştır<sup>5</sup>.

## B. Karakteristik Edim Kavramı ve Teorisi

Karakteristik edim (characteristic performance/characteristic obligation), iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayıran, sözleşmeye tipini veren, yani onu karakterize eden edimdir<sup>6</sup>. Başka bir ifadeyle, hukukî ilişki veya edimin

<sup>3</sup>Turhan, T.: "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmelerden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku", AÜHFD., 1989-1990, C. XXXXI, S. 1-4, sh. 133 vd. ("İsviçre-Türk Hukuku"); Tekinalp, G.: Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama Kuralları, B. 7, İstanbul 2002, s. 285 vd. (Bağlama Kuralları). Böylece, hukuk seçimi yokluğunda tarafların farazî iradelerini gerçekleştirdiği savunulan ifa yeri hukuku yerini, her somut ihtilâfın tüm şartları göz önüne alınarak ilişkisi saptanan **en yakın ilişkili hukuka** bırakmıştır. Bu şekilde İsviçre hukukundaki değişim, hangi hukuk sisteminin seçimi en mantıklı seçim olabilirdi sorusuna yanıt arayan sübjektif yaklaşımdan: sözleşmenin en önemli ve yakın ilişki içinde bulunduğu ülke hukuku hangisidir sorusunu esas alan objektif kritere geçilmesi yönünde olmuştur (Sargın, "Eleştiri", s. 39).

<sup>4</sup>Sargın, "Eleştiri", s. 39.

<sup>5</sup>Tekinalp, G.: "Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması", Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1986, s. 443 ("Objektif").

<sup>6</sup>Akıncı, Z.: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992, s. 31 (Yetkili Hukukun Belirlenmemesi).

“özü”nde, “makarri”nda ya da sözleşmenin doğasında var olan özellik olarak adlandırılan karakteristik edim, ontolojik (varlık felsefesiyle ilgili) bir yaklaşımdır<sup>7</sup>.

Daha sonraları, karakteristik edim teorisini geliştiren İsviçre'li yazarlar, karakteristik edimin tayininde sadece sözleşmenin ağırlık merkezini değil, aynı zamanda sosyal fonksiyonunu da dikkate alan bir yaklaşımı ortaya koydular. Bu çerçevede, teorinin nesnesi, söz konusu sözleşme tipine özgü olan ve taraflardan birine yüklenen edimi ayıran; sözleşmenin doğasına işaret eden ve bu şekilde sözleşmeyi bir parçasını teşkil edeceği sosyal ve ekonomik çevreye irtibatlayan bir yaklaşımdan ibarettir<sup>8</sup>.

Teoriye göre, uygulanacak hukukun tespitinde, sözleşmenin ait olduğu özel kategori dikkate alınmadan oluşturulmuş, genel nitelikli, esnek olmayan *a priori* bağlama kurallarından yararlanılamaz. Özellikle, sözleşme hukuku alanında, bu hukukî işlemlerin çeşitliliği göz önüne alınmalı ve önceden belirlenen, dışsal nitelik taşıyan ve bu nedenle borcun özüyle ilgili olmayan “in’ikad yeri”, “ifâ yeri” gibi bağlama noktaları artık kullanılmamalıdır. Bunun yerine, sözleşmenin özü incelenerek, sözleşmenin doğası, ağırlık merkezi kavramları önem kazanmalı ve sözleşmenin farklı unsurları içinde en fazla anlam taşıyan faktör ve bir hukuk düzeniyle en yakın ilişkiyi kuran irtibat araştırılarak, sözleşmenin kendi özündeki anlamı hedefleyen içsel bağlanmayı sağlayan esnek bir yöntem oluşturulmalıdır<sup>9</sup>.

Teorinin ortaya koyduğu bu yaklaşım dahilinde öne çıkan husus, karakteristik edimin, sözleşme kategorilerine göre tayin edileceğidir. Hukukî işlemlerin bir ülkenin ekonomik ve sosyal yaşamı dahilinde meydana getirdiği fonksiyonuna göre sözleşme gruplarının oluşturulacağı şeklinde ifade edilebilecektir<sup>10</sup>.

Karakteristik edim teorisinde öne çıkan bir başka husus, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, para edimi ifâ borçlusunun sözleşmeye uygulanacak hukukun tayininde dikkate alınmayacağıdır. Daha açık bir ifadeyle, karşılıklı edimlerden biri para, diğeri paradan başka bir şeyse, karakteristik edim para dışındaki edimdir<sup>11</sup>.

Bu çerçevede para edimi sözleşmeyi karakterize eden edim olarak nitelendirilemez. Keza, para edimi karakteristik edim olarak kabul edilmiş olsaydı, pek çok sözleşme tipi

<sup>7</sup> D'oliveira, H. U. J.: "Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention", American Journal of Comparative Law, 1977, Vol. XXV, s. 306 vd., (Characteristic Obligation).

<sup>8</sup> Sargın, "Eleştiri", s. 45.

<sup>9</sup> Sargın, "Eleştiri", s. 45 vd.

<sup>10</sup> Sargın, "Eleştiri", s. 46.

<sup>11</sup> Sargın, "Eleştiri", s. 47; Akıncı, Yetkili Hukukun Belirlenmemesi, s. 31.

arasında ayırım yapılamayacaktı. Bu nedenle, karakteristik edim olarak göz önüne alınan, her bir özel sözleşme tipinde yer alan ve konusu para ödemesinden başka bir şey olan edimdir<sup>12</sup>. Para ediminin karakteristik edim olarak kabul edilmemesinin bir başka nedeni de öngörülebilirliğin ancak bu şekilde sağlanabilecek olmasıdır. Bir çok somut durumda taraflardan birinin edimi, para ödemesi olması nedeniyle, karakteristik edim çok kolay tayin edilebilmekte ve teorinin ortaya koyduğu bu karine dahilinde öngörülebilirlik sağlanmış olmaktadır<sup>13</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, teoriyi ortaya koyan yazarlar, özel nitelikli sözleşme tiplerinin bir araya getirilmesinden oluşan ortalama bir gruplandırma yapmışlar ve karakteristik edimi bu kategorik sınıflandırmalara göre belirlemişlerdir. Bu gruplandırma yapılırken pek çok ülkede sözleşmeler bakımından ortaya çıkan, sözleşmelerin sosyal fonksiyonu dikkate alınmaktadır<sup>14</sup>.

*Vischer*'in yaptığı bir gruplamaya göre, ekonomik amaçlı mülkiyeti devir borcu yükleyen sözleşmeler ile satım, trampa ve hibe sözleşmeleri aynı grupta yer almakta; bu sözleşmeler bakımından **mülkiyeti devreden edimi** karakteristik sayılmaktadır. Örneğin, satım sözleşmesinde, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin mülkiyetini devreden satıcının edimi karakteristik edimdir<sup>15</sup>.

Kiralama, leasing, konusu para olsun veya olmasın ödünç sözleşmeleri gibi kullanma hakkı veren sözleşmeler bakımından **hakların kullanımını devreden tarafın edimi** karakteristik sayılmaktadır. Örneğin, adı kira sözleşmesinde taşınmazın kullanım hakkını devreden kiralayanın edimi karakteristik edimdir<sup>16</sup>.

Hizmet, özel bir işin ifasını içeren sözleşmeler, taşımacılık, komisyonculuk, acentelik, yayıncılık sözleşmeleri, broker ile yapılan sözleşmeler gibi hukukî işlemlerden meydana gelen iş görme edimi içeren sözleşmelerde karakteristik edimin tayin edebilmek için bu sözleşmelerin bünyesinde bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bağımlılık ilişkisinin bulunmadığı, doktorlar, avukatlar, mühendisler gibi meslek grupları tarafından yürütülen belirli hizmetler bakımından, hizmetin bizatihi kendisi karakteristik edimdir ve bu edimi ifâ edenin işyerinin bulunduğu yer, hukukî işlem ile bağlantılıdır. Buna karşılık hizmet sözleşmeleri, bağımlılık ilişkisi yaratıyorsa

<sup>12</sup>Lipstein, "Characteristic Performance", s. 407 vd.; Sargın, "Eleştiri", s. 47.

<sup>13</sup>Sargın, "Eleştiri", s. 47.

<sup>14</sup>Sargın, "Eleştiri", s. 50.

<sup>15</sup>Bu gruplandırma içerisinde ödünç ve ariyet sözleşmelerine yer verilmemektedir (D'oliveira, "Characteristic Obligation", s. 316 vd.).

<sup>16</sup>D'oliveira, "Characteristic Obligation", s. 316 vd.

karakteristik edimi tayinde varılan sonuç değişir. Bir iş, bağımlılık ilişkisinin üst seviye olduğu hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin diğer tarafın organizasyonu dahilinde ifâ ediliyorsa ve ifâ, işverenin organizasyonu dahilinde bütünleşmiş faaliyetlerin yönetildiği, işin görüldüğü yer sözleşmenin ağırlık merkezini teşkil etmektedir<sup>17</sup>.

Garanti, kefalet gibi teminat borcu doğuran sözleşmelerde, **teminatı veren veya kefil sıfatını taşıyan tarafın edimi** karakteristik edimdir.

Kumar, bahis, talih, sigorta gibi belli bir miktar paranın ödenmesi ve riski üstlenme taahhüdü içeren sözleşmelerde **riski üstlenen ve standart form sözleşmesini hazırlayan tarafın edimi** karakteristik edimdir. Örneğin, sigorta sözleşmelerinde riski üstlenen ve standart form sözleşmesini imzalayan taraf olmaları nedeniyle, sigortacının edimi karakteristik edimdir.

Karakteristik edim kriteri, bir bağlama kuralının bağlama noktası olmaktan ziyade, pek çok sözleşme tipini temel alarak şekillendiren kanunlar ihtilâfı kuralları serisini ortaya koyan bir hukukî ilişkiler kategorisidir. Karakteristik edimden çıkarılan karakteristik ifâ, sözleşmeler tipolojisi yaratmaya hizmet eder. Bağlama noktasına örnek olarak, sözleşmeye karakterini veren edimi ifâ edecek olan borçlunun mutad meskeni, ikamet yeri, idare merkezi, vs. verilebilir. Karakteristik edim teorisine göre, sözleşme ile en sıkı ilişkili ülke hukukunun irtibatlı hale gelebilmesi için, karakteristik edimin tayini yeterli değildir, aynı zamanda karakteristik edim borçlusunun sahip olduğu tâbiyet, mutad mesken yeri, merkez yeri, ifâ yeri gibi bir hukukî ilişkinin dikkate alınması gereklidir<sup>18</sup>.

## II. KARAKTERİSTİK EDİM TEORİSİNİN ELEŞTİRİLEN YÖNLERİ

### A. Karakteristik Edim Teorisi Bir Değer Yargısını İçermektedir.

Karakteristik edimin sözleşmeyi kendi özü ile uyumlu biçimde bağlayan ve evrensel geçerliliği sağlayacak şekilde sözleşmenin objektif olarak yerleştirilmesine imkân veren bir kriter olduğuna inanmak aslında bir aldatmacadır. Teorinin sunmuş olduğu metod, sözleşmenin bünyesinde mevcut ve değişmez olan niteliklerini tayin etmekten ziyade, sözleşmenin ilişkili olduğu diğer sözleşmelerle çeşitli görünümelerini değerlendirmekten

<sup>17</sup>Sargin, "Eleştiri", s. 50 vd.

<sup>18</sup>Bu bağlamda tespiti zorunlu olan bağlama noktası, doktrin ve uygulamada farklılık arz etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sargin, "Eleştiri", s. 52 vd.

ibarettir. Nitekim, karakteristik edim teorisini ortaya atan *Schnitzer* bile, karakteristik edimin tayinini “fiilî unsurların değerlendirilmesi süreci” olarak görmesi nedeniyle, zımnen de olsa belirli ölçüde bir sübjektiviteyi kabul etmektedir<sup>19</sup>.

### **B. Karakteristik Edim Teorisinin Sözleşmeleri Kategorilendirirken İzlediği Metod Hatalıdır.**

Karakteristik edim teorisinin sunduğu metod, her bir hukukî ilişkinin karakteristik ediminin tayininden ziyade, her bir sözleşme tipinin birbirine benzerlik gösteren sözleşme gruplarına dahil edilmesi çabasından ibarettir. Başka bir ifadeyle, teori, her özel sözleşmenin en karakteristik ediminin ne olduğunu araştırmamakta; tümdengelimci bir yaklaşımla, aynı gruba dahil farklı türdeki her bir sözleşme tipi için aynı edimi karakteristik saymaktadır. Karakteristik edimlerden hareketle, sözleşmelerin birbirine paralel sonuçlar yarattığı gerekçesine dayanılarak, pek çok sözleşme türüne ortak bir etiket yapılandırılmaktadır. Bu durumda teori, kendi içinde çelişkiye düşmektedir<sup>20</sup>.

Teori, bir yandan geleneksel *a priori* kanunlar ihtilâfi kurallarını eleştirirken, bir yandan da para ödenmesi ediminin karakteristik edim olarak kabul edilemeyeceğini öngören karinesiyle bizatihi kendisi kapsamlı bir *a priori* genelleştirme yapmaktadır. Öte yandan, teori, kendi içinde sözleşmeleri çeşitli tiplere ayırırken, genelde bir çok hukuk sisteminin kanunlarında yer alan isimli sözleşmelerden hareket etmektedir. Ancak, bu yeterli değildir. Bunun yanında, lisans ya da temsil sözleşmeleri gibi pratik hayatın bir gereği olarak ortaya çıkan isimsiz sözleşmelerin de dikkate alınması gereklidir. Keza, bu husus göz ardı edilirse, sistemin birleştirici yönü ağır darbe alır<sup>21</sup>.

### **C. Karakteristik Edim Teorisinin Sözleşmenin Sosyal ve Ekonomik Fonksiyonunu Esas Alan Yaklaşımı Doğru Değildir.**

Bir sözleşmede, sözleşmenin özü ile fonksiyonunun birbiri ile ilişkili olduğu hususu reddedilemez. Ancak, her ikisinin birbirinden farklı olduğu da göz ardı edilmemelidir. Karakteristik edim yaklaşımı dahilinde, sözleşmenin özü ile fonksiyonu bir arada uyum içinde gözükmemektedir. Ama ne zaman ki, sözleşmenin bir hukuk düzeniyle fonksiyonel anlamda en yakın ilişki içinde olduğu bulunmaya çalışılsın, işte o zaman çelişki kendini ortaya koymaktadır. Teorinin ortaya koyduğu öz fikri, daima bir değişmezlik nosyonu ile

<sup>19</sup>D'oliveira, "Characteristic Obligation", s. 308.

<sup>20</sup>D'oliveira, "Characteristic Obligation", s. 309.

<sup>21</sup>Sargın, "Eleştiri", s. 56.



bağlı iken; fonksiyon değişimi ifade eder. Hukukî ilişkinin özü ve fonksiyonunun bir arada bulunması gerektiği düşünülecek olursa, ya değişebilir bir öz, ya da değişmez nitelikli bir fonksiyonun mevcut olduğu gibi bir çelişki kabul edilmek durumunda kalınacaktır<sup>22</sup>.

Öte yandan, sözleşmenin ekonomik fonksiyonu, onun sosyal ya da sosyolojik fonksiyonundan farklı bir düzene işaret eder. Ekonominin ve sosyoloji sadece birbirinden farklı ve rakip eğilimler içermekle kalmayıp, sözleşmeye makro ve mikro düzeyde bakıldığında da doğal olarak, farklı sonuçlar ortaya çıkması söz konusu olacaktır. Bu nedenlerden ötürü, karakteristik edim kriterinin sözleşmenin özü ve fonksiyonunu esas alan tanımı abartılıdır ve bu teorinin yaptığı aslında, hukukî ilişkiyi belli bir yerde yoğunlaştırmak için bir ifâ yeri araştırılması yönündeki gerçek amacını gizlemektedir<sup>23</sup>.

Modern paraya dayalı ekonomi dahilinde sözleşmeler bakımından uygun bir yöntem sunduğu iddiasında olan teorinin, parasal ekonominin en tipik aracı olan paraya, sözleşmeye uygulanacak hukukun bir parçası olarak neden karakteristik edim niteliği tanımaması oldukça şaşırtıcıdır. Zira, para ödemesinin hukukî ilişkiye karakterini veren bir edim olduğu sözleşmeler de bulunmaktadır. Örneğin, menkul mal rehni sözleşmesinde, rehedilen menkul mal karşılığı verilen para, zorunlu olarak özel bir unsur yaratmaktadır. Bu konuda verilebilecek diğer örnekler, taksitle satım sözleşmeleri ve milletlerarası unsurlu ödünç sözleşmeleridir. Adı geçen sözleşmelerde ayırt edici unsur, mal veya hizmet değil, para edimidir. Şayet para ödemesi karakteristik edimin tayininde dikkate alınmaz ise, paranın tartışmasız ya da rakipsiz olarak en karakteristik edim niteliği taşıdığı bazı özel sözleşme tiplerinin kabulünde tereddüt yaşanacaktır<sup>24</sup>.

Belli bir ülkeyle fonksiyonel bağlantı kurulurken, karakteristik edim teorisi, ilgili maddî hukuk kurallarının temelinde yatan politikaları dikkate almamaktadır. Bu suretle teori, somut plânda özellikle kanun koyucunun zayıf olanı korumak amacıyla müdahalede bulunduğu durumları kapsayacak biçimde, sözleşmeler hukuku alanının temelinde yatan politikaları göz ardı eden bir yaklaşımı sergilemektedir. Sözleşmeler bakımından fonksiyonel yaklaşım üzerinde önemle duran bu teori, tam tersine işveren, banka, sigorta şirketleri gibi sözleşmenin güçlü olan tarafı lehine bir çözüm sunmaktadır<sup>25</sup>.

<sup>22</sup>Sargın, "Eleştiri", s. 60 vd.

<sup>23</sup>Sargın, "Eleştiri", s. 61 vd.

<sup>24</sup>D'oliveira, "Characteristic Obligation", s. 309 vd.

<sup>25</sup>Sargın, "Eleştiri", s. 65 vd.

#### **D. Her Sözleşme Tipi İçin Karakteristik Edim Tayini Mümkün Değildir.**

Bir kere her tip sözleşmenin karakteristik edimini bulmak ve yerleştirilmesini sağlamak imkânsızdır. Örneğin, trampa gibi karşılıklı edimleri benzerlik gösteren sözleşmelerle, atipik ya da iki veya daha fazla sözleşmenin unsurlarının bir araya getirilmesi suretiyle oluşan karma nitelikli sözleşmelerde (örneğin, lisans sözleşmesi, devre tatil sözleşmesi) bu durum özellikle ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda örneğin, genellikle para ödemesinden başka karşılıklı borçlar içeren dağıtım sözleşmelerinde, üreticinin malı üretmek ve kalitenin sürekliliğini sağlamak borcu ile, dağıtıcının reklamlar vasıtasıyla pazar yaratarak malın satım oranını arttırmak için elinden gelen çabayı göstermek borcu arasında, birini diğerine üstün tutmayı gerektirecek bir neden yoktur. Karma nitelikli bir diğer sözleşme olan lisans sözleşmelerinde de, öylesine karşılıklı edimler mevcuttur ki, taraflar arasında karakteristik edim için herhangi bir kural öngörmek, irrasyonel, gelişigüzel bir yaklaşımın benimsenmesi anlamına gelir. Bu tür sözleşmeler, karakteristik edim teorisinin kırılganlığını ispatlayan ve karakteristik edimin göz ardı edilebilme ihtimalini ortaya koyan örneklerdir<sup>26</sup>.

#### **E. Karakteristik Edim Teorisi, Her Zaman En Yakın İlişkili Hukuku Gösterememektedir.**

Teorinin genel metodu içerisinde, sözleşme tipleri bakımından, karakteristik edime veya yerleştirmeye dair önceden belli (*a priori*) karineler öneren yaklaşım, en yakın ilişkili hukukun tayinine imkân veren bir niteliği bünyesinde barındıramaz. Örneğin, satım sözleşmelerinde, karakteristik edim teorisine göre, karakteristik edim satıcıya aittir. Ancak, bu edimin en yakın ilişkiye işaret etmediği her somut satım sözleşmesinin kendi şartları dahilinde kolaylıkla ortaya konabilir. Buna göre, Almanya'da mutad meskeni olan alıcı, Cezayir'de bulunan malları, Belçika'da mutad meskeni olan satıcıya sipariş etse, teoriye göre satıcının mutad meskeni hukuku olan Belçika hukuku sözleşmeye uygulanacaktır. Eğer, satıcı, alıcıyı Almanya'da ziyaret etmeye karar verir ve ziyaret vesilesiyle Almanya'da mallarını satarsa, artık bu sözleşmenin Belçika ile yakın ilişki içinde olduğunu söylemek zordur. Eğer, alıcı ve satıcı malların bulunduğu Cezayir'de bir araya gelir, sözleşme bu ülkede akdedilir ve bu ülkede ifâ edilirse sözleşme ile Cezayir hukuku arasındaki ilişki, Alman ve Belçika hukuklarına nazaran daha yoğundur<sup>27</sup>.

<sup>26</sup>Sargın, "Eleştiri", s. 76.

<sup>27</sup>Sargın, "Eleştiri", s. 71 vd.

### III. KARAKTERİSTİK EDİM TEORİSİNİN POZİTİF HUKUKLARA TESİRİ

#### A. İsviçre Hukuku

1891 yılından itibaren İsviçre kanunlar ihtilâfî hukukunun temel kaynağını teşkil etmiş olan LRDC (Loi Fédérale sur les Rapports de Droit Civil des Citoyens Etablis ou en Séjour), 1 Ocak 1989 tarihinden itibaren yerini İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki Federal Kanuna (LDIP/Loi Federale sur le Droit International Privé) bırakmış bulunmaktadır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun 21 madde (m. 112-126, m. 143-148 ve m. 149) ile sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfî kısmını düzenlemiş bulunmaktadır<sup>28</sup>.

İsviçre doktrin ve tatbikatında uzun yıllardan beri objektif bağlama kuralı olarak uygulanmakta olan karakteristik edim ve uygulanacak hukukun buna göre belirlenmesi, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki Federal Kanunda varlığını devam ettirmektedir<sup>29</sup>.

Konumuzla ilgili olarak objektif bağlanma, Federal Kanununun 117. m.sinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Federal Kanununun 117. m.si, hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda uygulanacak hukuku göstermektedir ve madde metni aynen şöyledir<sup>30</sup>:

#### *b. Hukuk seçimi yokluğunda*

##### *Madde 117*

*Hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, sözleşme, en sıkı ilişki içinde bulunduğu devlet hukuku tarafından idare edilir.*

*Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu veya eğer sözleşme bir mesleğin veya ticarî bir faaliyetin icrasını konu edinmiş ise karakteristik edim borçlusunun iş yerinin bulunduğu devlet ile sözleşme arasında en sıkı ilişkinin varlığı addolunur.*

*Karakteristik edim ile, örnek olarak şunlar anlaşılır:*

*a. Temlik borcu doğuran sözleşmelerde, temlik edenin edimi;*

*b. Bir hakkın veya bir malın kullanılmasına ilişkin sözleşmelerde, kullandıranın edimi;*

<sup>28</sup>Turhan, "İsviçre-Türk Hukuku", s. 119 vd.

<sup>29</sup>Tekinalp, G.: "Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu", MHB, 1988, S. 1, s. 60, ("Akdî Borç Statüsü").

<sup>30</sup>İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanunun hükümlerine ulaşmak için bkz. "291Loi Fédérale Sur le Droit International Privé (LDIP), Confoederatio Helvetica Les Autorités Federales de la Confédération Suisse: <<http://www.admin.ch/ch/fr/rs/291/index.html>>, (25.01.2005).

- c. Vekâlet ve istisna gibi iş görme sözleşmelerinde, iş görenin edimi;*  
*d. Vedia sözleşmesinde, müstevdinin (vedia alanın) edimi;*  
*e. Kefalet veya garanti gibi teminat verilmesini konu edinen sözleşmelerde, teminat verenin edimi.*

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Federal Kanun, objektif bağlama ölçütü olarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer lehine oluşturulmuş bulunan karine ile desteklenmiş en sıkı ilişki hukuk kriterini kabul etmiştir. En sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde kabul edilen hukukî karine, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu yerdir<sup>31</sup>.

Kanun, Federal Mahkeme tarafından verilen kararlara dayanmak suretiyle, belli bazı sözleşme tiplerinde hangi tarafın ediminin karakteristik edim olarak kabul edileceğini de örnek olarak vermiş bulunmaktadır. Böylelikle, Kanun, en sıkı ilişki bağının saptanmasındaki zorluktan kaynaklanabilecek kuşku da yok etmek istemiştir<sup>32</sup>.

Burada şu husus önemle belirtilmelidir ki, Federal Kanununun 117. m.si uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilse bile, yine aynı Kanununun 15. m.sinde yer alan meşhur “genel istisna kuralı” gereğince bu hukuk uygulanmayabilir. Federal Kanununun 15. m.si şöyledir: “Eğer olayın bu Kanununun yollama yaptığı hukuk ile az ama başka bir hukuk ile çok daha sıkı bir ilişkisi olduğu genel şartlardan anlaşılırsa, istisnaen bu Kanununun yollama yaptığı hukuk uygulanmaz. Hukuk seçimi halinde bu hüküm (istisna) tatbik edilmez.” Bu durumda, 117. m. uyarınca sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuku karşıladığı karine olarak kabul edilen karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu yer hukuku, eğer sözleşme ile daha hafif irtibat içindeyse ve aynı zamanda sözleşme, başka bir hukuk ile daha çok sıkı irtibat içinde ise, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu hukuk uygulanmaz.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki Federal Kanun, bazı sözleşme tipleri hakkında özel bağlama kuralları getirmiş bulunmaktadır. Kanununun 118. m.sinde menkul satımı sözleşmeleri, 119. m.sinde taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, 120. m.sinde tüketici sözleşmeleri, 121. m.sinde hizmet sözleşmeleri ve 122. m.sinde de maddi olmayan mallara ilişkin sözleşmeler hakkında özel düzenlemeler getirmiştir. Şu var ki, bu özel bağlama kurallarından bazıları, ilgili olduğu sözleşme tipi için hukuk seçimini ya

<sup>31</sup>Turhan, “İsviçre-Türk Hukuku”, s. 133; Tekinalp, “Akdî Borç Statüsü”, s. 61.

<sup>32</sup>Tekinalp, “Akdî Borç Statüsü”, s. 61.

yasaklamış, ya da kısıtlamıştır. Bu nedenle, sözleşme hakkında özel bir bağlama kuralı getirilmiş olsa bile, uygulanacak hukukun saptanması sırasında bakılacak olan ilk husus, özel bağlama kuralı getiren düzenlemenin hukuk seçimini sınırlandırma veya yasaklama yoluna gidip gitmediğidir<sup>33</sup>.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki Federal Kanunun, sözleşmelerden doğan kanunlar ihtilâfına getirmiş olduğu sisteme bir bütün olarak bakarsak, objektif bağlanmada uygulanacak hukukun tespiti açısından ortaya şu ihtimaller çıkmaktadır:

Eğer sözleşme, hakkında özel bir bağlama kuralı bulunan ve seçme yetkisinin de sınırlandığı veya yasaklandığı bir sözleşme tipi ise (örneğin, hizmet sözleşmesi, m. 121), bu halde hukuk seçimi zaten söz konusu olamayacağından, sözleşme, hakkında getirilen özel bağlama kuralı ile saptanan hukuka tâbi olacaktır.

Buna karşın sözleşme, hakkında özel bir bağlama kuralı bulunmayan bir sözleşme tipi ise ve taraflar da uygulanacak hukuku seçmemişlerse, Federal Kanunun 117. m.sinde yer alan objektif bağlanma çerçevesinde sözleşmenin en sıkı ilişki içinde bulunduğu yer hukukunun belirlenmesi zorunlu hale gelecektir. Bunun için karakteristik edimin tespiti şarttır. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu yer hukuku, sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk olarak uygulanacaktır.

## **B. Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Sözleşmesi (Roma Sözleşmesi)**

1980 tarihinde Roma'da imzalanan Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Sözleşmesi, Avrupa Topluluğuna üye devletler arasında akdî ilişkilerden doğan kanunlar ihtilâfı kurallarının yeknesaklaştırılması amacını taşımaktadır. Sözleşmenin 1. m.sinin I. f.sı uyarınca Sözleşme, farklı devletlerin hukukları arasında bir seçimi gerektiren akdî borçlara uygulanacaktır<sup>34</sup>.

Sözleşmenin 4. m.sinin I. f.sına göre, taraflarca açık veya örtülü bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, sözleşme en sıkı irtibatlı olduğu ülkenin hukukuna tâbidir. Aynı maddenin II, III ve IV. fıkralarında en yakın irtibatlı hukuku gösteren bazı karineler bulunmaktadır. Konumuzla ilgili olarak Sözleşmenin 4. m.sinin II. f.sındaki karineye göre, tüketici sözleşmeleri saklı kalmak üzere, sözleşmenin karakteristik ediminin

<sup>33</sup>Turhan, "İsviçre-Türk Hukuku", s. 137.

<sup>34</sup>Tiryakioğlu, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 135 vd., (Taşınır Mallar).

ifâsında etkili olan tarafın sözleşmenin kuruluşu anında mutad meskeninin veya bir şahıs şirketi söz konusu ise, onun idare merkezinin bulunduğu yer sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu yer olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte, eğer bir sözleşme, ona taraf olanların ticaret veya mesleklerini icra ettikleri anda yapılmış ise, bu yer ana iş yerinin bulunduğu ülke olacaktır, sözleşmenin hükümlerine göre ana iş yerinden başka bir iş yeri vasıtasıyla ifânın yerine getirilmiş olması halinde bu iş yerinin bulunduğu ülke, en sıkı irtibatlı ülke olacaktır<sup>35</sup>.

Kısaca, yetkili taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı hallerde, sözleşmenin karakteristik edimini ifâ edecek tarafın, akdın kuruluşu anındaki mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun sözleşmeye uygulanması gerekecektir.

Sözleşmede karakteristik edim tanımlanmamıştır. Ancak, Sözleşmenin raporunda karakteristik edimin hangisi olacağı hususunda bir açıklama yapılmıştır. Rapora göre, iki tarafa borç yükleyen akitlerde taraflardan birinin karşılık edimi modern ekonomilerde doğal olarak paradan ibarettir. Şu halde bu edim akdi karakterize eden edim değildir. Karakteristik edim, para ile ödemenin karşılığını teşkil eden edimdir. Yani, çeşitli sözleşme tiplerine göre, taşınmaz malın temliki, maddi taşınır malların teslimi, bir eşyanın kullanımının tahsisi, bir hizmetin yerine getirilmesi gibi edimlerdir. Rapora göre, bu edimler ağırlık merkezini teşkil eder ve sözleşme faaliyetinin sosyo-ekonomik işlevini belirler<sup>36</sup>.

## C. Türk Hukuku

### 1. Kanunî Düzenlemeler Bakımından

Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK) 24. m.sinde yer almaktadır. MÖHUK m. 24 şöyledir:

*“Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir. Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifâ yeri hukuku, borcun ifâ yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifâ yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır”.*

<sup>35</sup>Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s. 141 vd.

<sup>36</sup>Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s. 143.

Sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukukun tespiti açısından, Türk hukukunda da irade muhtariyeti ilke olarak kabul edilmiştir. İlk plânda, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı verilmiştir. Taraflar aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için hukuk seçimi yoluna gitmişlerse, seçtikleri bu hukuk uygulanacaktır (MÖHUK m. 24/I).

Taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse, ifâ yeri hukuku objektif bağlanmaya esas alınacaktır. Borcun ifâ yerinin birden fazla olması halinde ise, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin yani karakteristik edimin ifâ yeri hukuku uygulanacaktır. Ancak, bu şekilde de uygulanacak hukuk tespit edilemez ise, sözleşme ile en sıkı ilişkinin bulunduğu yerin hukukunun uygulanması söz konusu olabilecektir.

Görülebileceği üzere, özellikle objektif bağlanma açısından İsviçre Federal Kanunu ile MÖHUK arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki, Federal Kanun, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu yer hukuku lehine oluşturulmuş karineler ile desteklenen en sıkı ilişki hukukunu objektif bağlanmaya esas alırken, MÖHUK en sıkı ilişki hukukuna bir imkânsızlığın sonunda yararlanılmak üzere yardımcı bir kural olarak yer vermiştir. Başka bir ifadeyle, en sıkı ilişkili hukuk prensibine verilen önem, her iki kanunda tamamıyla tersine çevrilmiştir<sup>37</sup>.

## 2. Doktrindeki Tartışmalar Bakımından

Türk doktrininde, sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitine yönelik objektif bağlanmada, karakteristik edim teorisinden hareket edilmesinin, yarattığı sonuçlar açısından, kabul edilebilir, işlevsel veya rasyonel olup olmadığı üzerinde durulmamış, teorik temelleri sorgulanmamıştır. Tartışma daha çok, somut sözleşme tipleri açısından hangi edimin, karakteristik edim sayılacağı veya ifâ yerinden ne anlaşılması gerektiği gibi konular üzerinde yoğunlaşmıştır. Türk hukuk literatüründe MÖHUK m. 24/II. f.dan hareketle uygulanacak hukukun belirlenmesinde, karakteristik edim açısından ulaşılan sonuçları, çeşitli sözleşme tipleri açısından incelemekte fayda vardır.

**Hizmet sözleşmesine** uygulanacak hukukun tespitine yönelik objektif bağlanmada birbirinden farklı (aslında sonuç bakımından aynı, ancak hareket noktaları farklı) iki görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, taraflarca bir hukuk seçilmediği takdirde, hizmet sözleşmeleri “borcun ifâ yeri” hukukuna tâbi olur. Borcun ifâ yeri hizmet sözleşmelerinde işçinin borcunu yerine getirdiği yer, yani iş yeridir. İş yerinden maksat,

<sup>37</sup>Turhan, “İsviçre-Türk Hukuku”, s. 145.

işçinin işini “mutad” olarak yaptığı yerdir. Dolayısıyla, Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda, taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, hizmet akdine mutad iş yeri hukuku uygulanır<sup>38</sup>. Diğer bir görüşe göre, hizmet sözleşmeleri karşılıklı borç doğuran sözleşmelerdendir. Burada işçinin borcu işverene ait bir işi ifâ etmek, işverenin borcu ise işçinin yapmış olduğu işin karşılığında işçiye belirli bir ücret ödemektir. Bu nedenle, hizmet sözleşmeleri bakımından MÖHUK m. 24/II. f.da yer alan borcun ifâ yeri hukuku yerine, (yine aynı fıkra da yer alan) borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin (karakteristik edimin) ifâ yeri hukukuna bağlanması daha uygun gözükmektedir. Hizmet sözleşmelerinde ve iş ilişkilerinde, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edim, işçinin edimidir. Bu nedenle, hizmet sözleşmelerini, işçinin edimini mutad olarak ifâ ettiği yer hukukuna (*lex loci laboris*) bağlamak gereklidir<sup>39</sup>.

**İnşaat sözleşmesinde** objektif bağlanma yöntemi ile uygulanacak hukukun belirlenmesinde ilk aşamada karakteristik edimin ifâ yeri hukukundan hareket edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, milletlerarası inşaat sözleşmeleri, nitelikleri açısından iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Gerçekten, bu tür sözleşmelerde taraflardan biri (müteahhit) bir şey imalini borçlanırken, diğer taraf (iş sahibi) bunun karşılığında bir bedel ödemeyi borçlanmaktadır. Birden fazla ifâ yerinin söz konusu olduğu bu gibi durumlarda karakteristik edimin ifâ yeri hukuku dikkate alınacaktır. Eser sözleşmesinde müteahhidin üstlendiği edimin bir şey'in imali olduğu, iş sahibinin ise bu sözleşmede bir bedel ödemeyi yüklediği düşünülürse, karakteristik edim borçlusunun paradan başka bir edim üstlenen müteahhit olduğu sonucuna varılacaktır. Bu nedenle, tarafların yetkili hukuku belirlememeleri durumunda, müteahhidin edimini ifâ ettiği yer hukuku, yetkili hukuk olarak esas alınacaktır<sup>40</sup>.

**Satım sözleşmesinde** de objektif bağlanma yöntemi ile uygulanacak hukukun belirlenmesinde ilk hareket noktasının, karakteristik edimin ifâ yeri hukuku olacağı ileri sürülmüştür. Bu görüş doğrultusunda, alıcının aslî borcu daima belli bir miktar paranın ödenmesi, satıcının ise mülkiyeti devir borcunun bir sonucu olan teslimdir.

<sup>38</sup>Nomer, E.: Devletler Hususî Hukuku, B. 11, İstanbul 2002, s. 273 vd. (DHH); Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 310.

<sup>39</sup>Doğan, V.: İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, s. 79 vd. (İş Akd.); aynı yönde bkz. Çelikel, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 6, İstanbul 2000, s. 260.

<sup>40</sup>Akıncı, Z.: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, s. 84 vd. Ancak, Yazar, aynı eserinde daha sonra (s. 90 vd.), taraf menfaatleri esas alındığında, karakteristik edim borçlusunun edimini ifâ ettiği yer hukukunun değil, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının daha yerinde olacağını vurgulamaktadır.



Karakteristik edim, para ile ödemenin karşılığını teşkil eden edim olduğundan, taşınır mallara ilişkin satım sözleşmesinde karakteristik edim, satılan malların alıcıya teslimidir. Bu borcu ifâ edecek olan satıcının edimi, akdi karakterize eden, Kanunun ifadesiyle borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimdir. Satım akdinde satıcının ediminin karakteristik edim olduğu hususunda Türk hukukunda ve diğer hukuklarda tam bir anlaşma sağlanmıştır. Ayrıca, satım akitlerinde uygulanacak hukuku tespit eden sözleşmelerde satıcının iş yeri veya mutad meskeni hukukunun uygulanmasını öngören bağlama kurallarına yer verilmiş olması da satıcının ediminin akdi karakterize eden edim olması ile açıklanmaktadır<sup>41</sup>.

**Patent lisansı sözleşmeleri** açısından, karakteristik edimin ifâ yeri hukuku belirlenirken hangi edimin karakteristik edim olacağı yönünde farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, lisans sözleşmeleri milletlerarası teknoloji transferinde o kadar çok çeşitli tiplerde ortaya çıkmaktadır ki, karakteristik edim devamlı yer değiştirmektedir. Bu nedenle, lisans sözleşmesi bakımından, bağlama kuralı, karakteristik edimin yer değiştirmesine uygun olarak ya lisans alanın, ya da verenin ticarî ikametgâh hukuku olabilecektir<sup>42</sup>. Diğer bir görüşe göre, patent lisansı sözleşmelerinde, hangi tarafın ediminin karakteristik edim olacağını tayin etmek zordur. Zira, patent lisansı sözleşmesi, son derece komplike ve tarafların karşılıklı olarak bir çok edimi yüklediği ve de bu edimlerin ağırlıklarının çoğu zaman birbirine denk olduğu bir sözleşme haline gelmiştir. Ancak, objektif bir bağlama kuralı tespit edilmesinin getirdiği zorunluluk, bu konuda bir tercih yapmayı da zorunlu kılmaktadır. Bu durumda patent lisansı sözleşmelerinde karakteristik edim, patent lisansını devreden tarafın edimidir<sup>43</sup>.

**Tüketici sözleşmelerine** uygulanacak hukuka ilişkin olarak, karakteristik edimin ifâ yeri hukuku bağlama noktasının, tüketici sözleşmelerinin mahiyetine uygun düşmediği yönünde görüşler ağır basmakta, ancak önerilen çözümler tümünden karışıklığa sevk etmektedir. Zira, bir Yazara göre, karakteristik edimin ifâ yeri hukuku, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirlemede yeterli değildir. MÖHUK 24. m.nin son fıkrasında yer alan “en sıkı ilişkili hukuk” kuralı, “daha sıkı ilişkili hukuk” istisna kuralı şeklinde yorumlanırsa, bir ölçüde çözüme ulaşılabilir. Böylelikle, burada en sıkı ilişkili

<sup>41</sup>Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s. 223 vd.

<sup>42</sup>Tekinalp, G.: “Patent Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Bağlama Kuralı”, İÜHFİM, 1970, C. XXXV, s. 259 vd. (“Patent”). Karakteristik edim borçlusunun lisans sözleşmesinin tipine göre değiştiği fikrinde olan Yazar, teorinin temelini oluşturan, evrensel geçerliliğe sahip, değişmez nitelikli edim kavramı karşısında çelişmektedir.

<sup>43</sup>Erdem, B.: Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, B. 2, İstanbul 2002, s. 194 vd.

hukuk, sözleşmenin niteliği ile bağlantılı olarak tüketicinin menfaatini en iyi koruyan hukuk (tüketicinin mutad meskeni, ikametgâhı, işyeri hukuku, vs.) olacaktır<sup>44</sup>. Öte yandan, başka bir Yazara göre, tüketicinin mutad meskeni hukuku, tüketiciyi koruma amacı bulunan milletlerarası unsurlu tüketici ve elektronik tüketici sözleşmeleri bakımından milletlerarası özel hukuk adaletini mutlak olarak yerine getirmektedir. Buna göre, karakteristik edimin ifâ yeri ve en yakın ilişkili yer hukuku, tüketicinin mutad meskenini gösteriyorsa uygulanmalı, göstermiyorsa uygulanmamalıdır. Karakteristik edimin ifâ yeri ve en yakın ilişkili yer hukuku, tüketicinin mutad meskenini işaret etmiyorsa, burada örtülü bir hukuk boşluğu söz konusudur; hâkim, Medenî Kanunun 1. m.sinden hareketle, tüketicinin mutad meskeni hukuku lehine hukuk yaratma yetkisini kullanmalıdır<sup>45</sup>.

**Ortak girişim (*joint venture*) sözleşmeleri** açısından, ifâ yerinin birden fazla olduğu hallerde, karakteristik edimin tespitinin mümkün olmadığı öne sürülmüştür. Zira, ortak girişim sözleşmelerinde kurucu ortakların edimleri farklı olsa da tarafların iradeleri aynı amaca yöneliktir; ve amacın gerçekleşmesinde eşit öneme sahiptir. Tarafların edimlerinin eşit ağırlıkta olduğu bu gibi durumlarda, hangi edimin karakteristik edim olduğu belirlenemediğinden, sözleşmenin en yakın ilişkili olduğu yer hukukunun bağlama kuralı olarak kabul edilmesi gerekir<sup>46</sup>.

Türk hukukunda, yukarıda yer verilen sözleşmelerden başka, kira sözleşmesinde kiraya verenin edimi, istisna sözleşmesinde eseri meydana getirenin edimi, ariyet sözleşmesinde ariyet verenin edimi, karz sözleşmesinde ödünç verenin edimi, acentelik sözleşmesinde acentenin edimi, kefalet sözleşmesinde kefilin edimi, garanti sözleşmesinde garanti verenin edimi, banka sözleşmelerinde ve banka teminat mektuplarında (garanti verenin) bankanın edimi akde ağırlığını koyan, akdi karakterize eden edimlerdir<sup>47</sup>.

## SONUÇ

Kanunlar ihtilâfı hukukunun temel amacı, yabancı unsur içeren uyuşmazlıklara, uyuşmazlığın kendisinden doğduğu hukukî ilişkinin olay ve taraflar açısından en sıkı ilişki içinde bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanmasını sağlamak suretiyle, söz

<sup>44</sup>Gelgel, G. Ö.: Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000, s. 118.

<sup>45</sup>Güngör, G.: Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s. 209 vd.

<sup>46</sup>Öztürk, Pınar: Ortak Girişim (*Joint Venture*) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001, s. 154.

<sup>47</sup>Nomer, DHH, s. 273 vd.

konusu uyuşmazlığın maddî hukuk açısından en doğru ve en âdil çözüme kavuşturulmasıdır.

Sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti açısından, taraflara irade serbestisi tanınması (taraf menfaatleri açısından) en önde gelen tercihtir. Taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı verilmelidir. Taraflar aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için açık veya örtülü olarak hukuk seçimi yoluna gitmişlerse, artık seçtikleri bu hukuk uygulanacaktır. Gerek yabancı mevzuatlarda, gerek Türk hukukunda bu hususa genelde uyulmuştur. İlk ve öncelikli aşamada, yani sübjektif bağlanmada hukuk düzenlerinin yeknesak bir tutum sergiledikleri gözlenmekte, bu konuda sorun pek çıkmamaktadır.

Esas sorun, tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları halinde, yani objektif bağlanmada ortaya çıkmaktadır. Hukuk düzenleri genelde objektif bağlanmaya farklı kriterleri esas almaktadır. Ayrıntıya girmeden belirtmek gerekir ki, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin olarak objektif bağlanmada, ifâ yeri, in'ikad yeri, tarafların ikametgâhı gibi bağlama noktalarına nazaran daha esnek olan **“sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu yer hukuku”** ilkesinin uygulanması daha çok kabul görmüştür. Karakteristik edim teorisinin ortaya çıktığı İsviçre hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin objektif bağlanmada kural olarak, karakteristik edim borçlusunun ... hukukunun, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuku karşıladığı yönünde bir karine kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda ulaşılan bu çözüm, Alman hukukunda, Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Sözleşmesinde ve bir ölçüde farklı olarak Türk hukukunda da benimsenmiştir.

Türk hukukunda taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse, ifâ yeri hukuku objektif bağlanmaya esas alınacaktır. Borcun ifâ yerinin birden fazla olması halinde ise borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin yani karakteristik edimin ifâ yeri hukuku uygulanacaktır. Ancak, bu şekilde de uygulanacak hukuk tespit edilemez ise, sözleşme ile en sıkı ilişkinin bulunduğu yerin hukukunun uygulanması söz konusu olabilecektir. Türk hukuku objektif bağlanmaya getirmiş olduğu bu çözüm tarzı ile İsviçre hukukunun çok gerisinde kaldığı rahatlıkla söylenebilir.

Objektif bağlanmada en sıkı ilişkili hukuk kriteri günümüzde en çok benimsenen, milletlerarası özel hukukun ruhuna uygun düşen bir esastır. Şöyle ki, İsviçre Federal Kanunu, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yerinin bulunduğu yer hukuku lehine oluşturulmuş karineler ile desteklenen en sıkı ilişki hukukunu objektif

bağlanmaya esas alırken, maalesef, MÖHUK en sıkı ilişki hukukuna bir imkânsızlığın sonunda yararlanılmak üzere yardımcı bir kural olarak yer vermiştir. Başka bir ifadeyle, en sıkı ilişkili hukuk prensibine verilen önem, her iki kanunda tamamıyla tersine çevrilmiştir.

Konumuz açısından ulaştığımız vargıların belki de en önemlisi, objektif bağlanmada bir metod sunan ve bazı hukuk sistemlerinde benimsenmek suretiyle pozitif hukuka giren, pratik uygulaması olan karakteristik edim teorisine ilişkin tespitlerdir. Öncelikle şu husus ifade edilmelidir ki, objektif bağlanmanın temelini, özünü sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun bulunması oluşturur. Ancak, objektif bağlanma yönteminde, sözleşmenin karakteristik ediminin tespit edilip, karakteristik edim borçlusunun (x) hukukunun aynı zamanda en sıkı ilişkili hukuku karşıladığı yönündeki karine irrasyonel bir çıkarsamadır. Çalışmada da somut örneklerle ortaya konulduğu üzere, karakteristik edim teorisi, bir çok yönden kendi içinde bir çelişkiler yumağı olduğu gibi, vazgeçilmez de değildir.

Örneğin, bir yandan sözleşmeler bakımından fonksiyonel yaklaşım üzerinde önemle duran bu teori, tam tersine olarak işveren, banka, sigorta şirketleri gibi sözleşmenin güçlü olan tarafı lehine bir çözüm sunmaktadır. Üstelik bu teori her zaman ve koşulda en sıkı ilişkili hukuku belirlemekten uzaktır. Artık, bu teorinin işlevini yitirdiği şüphesizdir. Objektif bağlanmaya ilişkin getirmiş olduğu çözüm tarzı ile eleştirilen İsviçre Federal Kanununun da gerisinde kalan MÖHUK da, sözleşmelere uygulanacak hukuka yönelik objektif bağlanma için yeni bir düzenleme yapılacaksa, yabancı hukukun tercih ettiği sistemin aynen alınarak kabul edilmesi yanlış olacaktır. Türk hukuku kendi dinamikleri içinde bu soruna bir çözüm getirebilir.

Oluşturulacak yeni sistemin genel hatlarını çizmek gerekirse, bir kere objektif bağlanmanın temelini sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun bulunması oluşturmalıdır. En sıkı ilişkili hukukun bulunmasında, karakteristik edim arayışından kesinlikle vazgeçilmelidir. Bunun yerine, her bir milletlerarası unsurlu sözleşme tipi bakımından önem ve öncelik arz eden, milletlerarası özel hukuk menfaatlerini yansıtabilecek bağlama noktalarını içeren genel bir bağlama kuralı oluşturulmalıdır.

Mahiyeti itibariyle, sadece, tüketici ve hizmet sözleşmeleri için özel bağlama kuralları kabul edilebilir. Yoksa, İsviçre Federal Kanunundaki genel istisna kuralı yokluğunu gerekçe gösterip ve aynı zamanda uygulamaya açıklık kazandırmak amacıyla her bir sözleşme tipi için özel bağlama kuralı kabul etmeye çalışmak kautik bir duruma yol açabilir. İsviçre Kanunundaki genel istisna kuralı uygulaması, diğer hukukî ilişkiler

bakımından elverişli sonuçlar doğursa bile, sözleşmeler bakımından aynı amaca hizmet edemez. Keza, sözleşmelerde objektif bağlanma için kabul edilen kriter, en sıkı ilişkili hukuktur. En sıkı ilişkili hukuk, mahiyeti itibariyle varılacak en son noktadır. Nitekim, MÖHUK'da değişiklik yapılmasına ilişkin tasarıda olduğu gibi, “daha sıkı ilişkili hukuk, çok daha sıkı ilişkili hukuk, en hakiki sıkı ilişkili hukuk” gibi arayışlar, özellikle karakteristik edim teorisinin çöktüğünün bir kanıtı olarak kendini göstermektedir.

**KAYNAKÇA**

- Akıncı, Ziya:** Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992.
- Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996 (İnşaat).
- Çelikel, Aysel:** Milletlerarası Özel Hukuk, B. 6, İstanbul 2000.
- Dacey, A. V./Morris, J. H. C.:** The Conflict of Laws, Ed. 12th, Vol. II, (ed. Collins, L.), London 1993.
- D'oliveira, Hans Ulrich Jessurun:** "Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention", American Journal of Comparative Law, 1977, Vol. XXV, s. 303-331, ("Characteristic Obligation").
- Doğan, Vahit:** İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, (İş Akdi).
- Doğan, Vahit:** "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1995, S. 1-2, s. 21-43.
- Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu (22-24 Kasım 1976), İstanbul 1978.
- Erdem, Bahadır:** Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, B. 2, İstanbul 2002.
- Gelgel, Günseli Öztekin:** Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000.
- Güngör, Gülin:** Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000.
- Lipstein, Kurt:** "Characteristic Performance - A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC.", Northwestern Journal of International Law and Business, 1981, Vol. III, n. 2, s. 402-414, ("Characteristic Performance").
- Nomer, Ergin:** Devletler Hususî Hukuku, B. 11, İstanbul 2002, (DHH).
- Öztürk, Pınar:** Ortak Girişim (*Joint Venture*) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001.

- Sargın, Fügen:** “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, AÜHFD, C. L, 2001, S. 2, s. 37-95 (“Eleştiri”).
- Sargın, Fügen:** Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001.
- Schnitzer, Adolf F.:** “Les Contracts En Droit International Privé Suisse”, Recueil des Cours, 1968/I, T. 123, s. 541-636.
- Tekinalp, Gülören:** Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama Kuralları, B. 7, İstanbul 2002, (Bağlama Kuralları).
- Tekinalp, Gülören:** “Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1988, S. 1, sh. 59-70, (“Akdî Borç Statüsü”).
- Tekinalp, Gülören:** “Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması”, Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1986, s. 439 450, (“Objektif”).
- Tekinalp, Gülören:** “Patent Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Bağlama Kuralı”, İÜHFM, 1970, C. XXXV, s. 249-266, (“Patent”).
- Tiryakioğlu, Bilgin:** Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, (Taşınır Mallar).
- Turhan, Turgut:** “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmelerden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, AÜHFD, 1989-1990, C. XXXXI, S. 1-4, s. 119-150, (“İsviçre-Türk Hukuku”).
- 291Loi Fédérale Sur le Droit International Privé (LDIP):** Confoederatio Helvetica Les Autorités Federales de la Confédération Suisse: <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/index.html>>, (25.01.2005).