

KARAKTERİSTİK EDİM TEORİSİNE ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

*Doç. Dr. Fügen SARGIN**

GİRİŞ

Milletlerarası unsur ihtiva eden sözleşmeleri idare edecek ve sözleşmesel borçlardan doğan sorunların halli bakımından esas alınacak yetkili yabancı hukukun tarafların açık ya da zımnî iradeleriyle seçilmemiş olduğu hallerde, uygulanacak hukukun tayinine dair bir metod sunan ve günümüz hukuk sistemlerinde pozitif hukuka da ağırlıklı biçimde yansımış bulunan karakteristik edim teorisi, doktrinde teorik plânda ciddi biçimde eleştirilmekte ve pratikte uygulanabilirliğinin sınırlılığı, mevcut mahkeme kararlarına da yansdığı ölçüde, tartışılmaktadır¹.

Teknik anlamda, İsviçre doktrinde ortaya konmuş ve İsviçre kanton mahkemeleri ve Federal Mahkemesince de uygulamada geliştirilmiş bulunan karakteristik edim teorisi², daha sonra İsviçre Hukukunda, 1987 tarihli İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Kanun (DÖHK.) ile, sözleşmelere uygulanacak hukukun tayininde başvurulacak bir metod olarak pozitif nitelik kazanmıştır³. Teori, 1970'li yılların başlarından itibaren Avusturya⁴ ve

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Patocchi, P.M.: " Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract " in: Etudes de Droit International en L'honneur de Pierre Lalive, Bâle 1993, sh. 126-131.

² Lipstein, K.: " Characteristic Performance- A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC ", NW. J.Int'l. L.Bus., 1981, Vol. III, N. 2, sh.405; Ayrıca bkz. Patocchi, agm., sh. 113-114; İsviçre doktrinde ortaya konan teorinin, 1949 yılından itibaren İsviçre kanton mahkemelerinde, 1952 yılından itibaren de İsviçre Federal Mahkemesinde benimsenerek uygulandığı hakkında bkz. Dicey, A. V. / Morris, J. H. C. : The Conflict of Laws, Ed. 12th, Vol. II, (ed. Collins, L.), London 1993, sh. 1233.

³ Kanununun, 112 vd. maddeleri, sözleşmelerle ilgili bağlama kurallarını içermektedir. Karakteristik edimi esas alan Kanununun 117. maddesine göre, hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde, en yakın ilişkili hukuk tayin edilecektir. En yakın ilişkinin ise, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ya da eğer sözleşme ticarî faaliyete dayanıyorsa, tüzel kişinin ikametgâh yeri sayılan, ticarî faaliyetlerinin merkezi olan (md.20 ve md.21) yerle mevcut

Hollanda Hukukunu da etkilemiş ve çeşitli mahkeme kararlarında önemli rol oynamıştır⁵.

İsviçre çözümü, İsviçre doktrin ve uygulamasında, Kanunlar İhtilâfı Hukuku alanında sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkında büyük parçalanma ve küçük parçalanmaya yol açacak şekilde, sözleşmenin in'ikadı ve etkileri ile karşılıklı edimleri havi sözleşmelerde taraflardan her birinin edimini farklı hukuklara tâbi kılan ve taraf iradesine sadece sözleşmenin ifasıyla sınırlı olarak yer veren anlayışı terkeden bir hukukî gelişimin sonucu olarak ortaya çıkmıştır⁶. Sözleşmenin bütünü bağlamında ortaya çıkan bu parçalanmanın adil olmadığı görüşünün hâkim hale gelmesi ile birlikte, karakteristik edim, mahkemelerin, milletlerarası unsurlu sözleşmeleri tek bir en uygun hukuk " proper law " a tâbi kılma prensibini uygulayabilmelerini sağlayan bir " deux ex machina " olarak kimlik kazanmıştır⁷.

İsviçre'de, 1952 yılına kadar, milletlerarası unsurlu sözleşmeler hakkında İsviçre Kanunlar İhtilâfı Hukuku kuralları, hukuk seçiminin

bulunduğu farzedilir. 117. maddede, bazı sözleşmeler bakımından nelerin karakteristik olduğuna dair karineler de yer almaktadır. Bu çerçevede, mülkiyetin naklini sağlayan sözleşmelerde mülkiyeti devredenin edimi; bir hakkın ya da şeyin kullanımı yetkisini veren sözleşmelerde, bu kullanımı sağlayan tarafın edimi; vekâlet, inşaat ve benzeri hizmet sözleşmelerinde, hizmet edimi, vedia sözleşmelerinde saklayanın edimi; garanti ve kefalet sözleşmelerinde, garanti veren ya da kefil olanın edimi karakteristik nitelik taşır. Kanunun, taşınır malların satımı sözleşmeleri, taşınmaz mallar hakkındaki sözleşmeler, endüstriyel mülkiyet hakları ile ilgili lisans sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmelerini düzenleyen 118-122. maddeleri ise, özel bağlama kuralları içermektedir. Madde metinleri için bkz. Karrer, P. A. / Arnold, K. W. : Switzerland's Private International Law Statute 1987, Deventer / Boston 1988, sh. 110 vd. ve sh. 45 - 47.

⁴ 304 sayılı ve 1978 tarihli Avusturya Devletler Özel Hukuku Hakkında Kanun, sözleşmelere uygulanacak hukukun, en yakın ilişki dahilinde karakteristik edim kavramına dayalı olarak belirlenebileceğini öngörmüş bulunmaktadır. Kural ve bu kurala dair istisnai hükümler için bkz. Kofler, S. : " Austrian Conflict of Laws in International Business Transactions ", Comp.L.Y.Int.'l.Bus. 1994, Vol. XVI, (Austrian Act), md. I ve md. 35.

⁵ Hollanda mahkemelerinin, 1990 yılına kadar, milletlerarası unsurlu çeşitli sözleşme tipleri bakımından en yakın ilişkili hukukun tayininde, karakteristik edim ölçütünü öncelikle esas alarak verdiği kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. De Boer, TH. M.: " The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts- A Methodological Perspective", RabelsZ. 1990, J. 54, H.1, sh. 50-56 ve sh. 61 - 62.

⁶ Lipstein, agm., sh. 405; Patocchi, agm., sh. 120; Dicey / Morris, age., sh. 1233; " Karakteristik edim, milletlerarası unsurlu sözleşmeleri tek bir hukuk sistemine tâbi kılmayı sağlar ve özel tipteki sözleşmeler için özel karineler formüle edilebilmesine imkân verir gözüktüğü için İsviçre mahkemeleri, doktrinde ortaya çıkan bu fikri kabul etmişlerdir. Bu nedenle, karakteristik edim teorisinin gerisinde yatan mantık hakkındaki tartışma, mahkeme kararlarından ziyade, bilimsel eserlerde yer almıştır. Yeni bulunan bu kavramın meziyetleri üzerinde hemen hemen tüm yazarlar anlaşmış görünmüşler ve bu tür bir ittifak, ne yazık ki, ne dâvalılar ne de mahkemelerce daha ileri bir entellektüel tahlile dönüştürülememiştir ". Bu saptama için bkz. Patocchi, agm., sh. 122.

⁷ Bu nitelendirme için bkz. Patocchi, agm., sh.120.

yapılmadığı hallerde, tarafların sözleşmeyi akdettikleri andaki farazî iradelerini esas almaktaydı ve bu farazî irade, her ne kadar İsviçre Federal Mahkemesince, bu yerin daima tarafların farazî iradesi ile desteklenmesi gereken basit bir karineden ibaret olduğu şiddetle vurgulansa da, genellikle ifa yeri olarak somutlaşıyordu. Bu çerçevede, Federal Mahkemece ifade edildiği üzere, tarafların farazî iradesi öngördüğü takdirde, milletlerarası unsurlu sözleşmenin başka bir hukuk sistemine tâbi kılınması da mümkündür. Tarafların farazî iradesini belirleyen ölçü zamanla, objektif bir kritere göre, sözleşmenin tâbi olacağı en uygun hukuku tayin eden esnek bir araç haline geldi ve tarafların farazî iradesinin, sözleşmenin en yakın ve en gerçek bağlantıya sahip hukuk sisteminin uygulanmasına yol açan bir ölçüt sunduğu görüşü ağırlık kazandı⁸. Böylece, farazî irade ölçütü yerini, her somut ihtilâfın tüm şartları göz önüne alınarak ilişkisi saptanan en yakın ilişkili hukuk kriterine bıraktı. Mahkemeler, sözleşmeye uygulanacak en uygun hukuku belirlerken, genellikle tarafların farazî iradesini, bu niyetler ne kadar mantıklı olursa olsun araştırmaktan vazgeçti ve sözleşmeyle çeşitli hukuk sistemleri arasındaki objektif bağlantıları, objektif bir teste dayanarak bulmayı tercih etmeye başladı. Bu değişimin ürünü yeni kural, Federal Mahkeme tarafından⁹, ifa yerinin diğer coğrafi bağlantılara nazaran üstün bir önemi haiz olduğu ve kural olarak, sözleşme başka bir ülke hukukuyla daha yakın bir ilişki içinde görünmedikçe, nihaf biçimde bu yer hukukunun uygulanacağı; iki taraflı sözleşmelerde, iki karşılıklı edim arasında mahkemelerin söz konusu hukukî ilişkinin karakteristik edimini dikkate almaları gerektiği biçiminde ortaya kondu¹⁰. Bu suretle 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. Bununla birlikte, objektif yaklaşım dahilinde bile, sözleşmeye uygulanacak en uygun hukukun tayininde tarafların beklentisinin rol oynayacağı düşüncesi genel kabul gördüğünden, her iki yaklaşım arasında gerçekte küçük bir fark bulunmaktadır. Yine Federal Mahkeme kararıyla belirginleşen ikinci fark, tüm sözleşmelere uygulanan " ifa yeri " kapsamlı karinesinin yerini, bu karinenin genel olarak tüm sözleşmeler değil de, özel sözleşme kategorileri ile ilgili olduğunu ifade eden bir sisteme bırakmasıdır. Özel sözleşmeler bakımından önemle vurgulanan bu son yaklaşım iki nedenle açıklanabilir: Bunlardan ilki, özel bir sözleşme tipine uygulanacak hukuku düşünmenin, milletlerarası unsurlu sözleşmeleri genel olarak idare eden hukukun hangisi olduğunu düşünmekten daha az güçlük göstereceğidir. Bu bağlamda aşamalı

⁸ Patocchi, agm., sh. 116-117 ve sh.120.

⁹ Chevalley v. Genimportex : ATF / BGE (1952) II 74 : İsviçre Hukukundaki aslî değişimi ifade eden bu karar ile, İsviçre Hukukunda, farazî irade ölçütünün yerini, en yakın ve gerçek ilişkili ülke hukuku kriteri almıştır. Bkz. Patocchi, agm., sh. 117.

¹⁰ Patocchi, agm., sh. 117.

biçimde, örneğin, iş sözleşmelerinin, inşaat sözleşmelerinden ve bunların satım sözleşmelerinden farklı olduğu düşünülerek, kategori-kategori sözleşmeye uygulanacak en uygun hukukun tayini metodolojisi geliştirilmiştir. Bu kategorilendirmede rol oynayan ikinci neden de, Kanunlar İhtilâfı Hukuku alanında, millî hukuk kavramlarının karşı konulmaz biçimde ortaya çıkan etkisidir. Nitekim, " Civil Law " düşüncesi, geniş biçimde, soyut kavramlar ile sınıflandırılma ve kategorize edilme fikrine dayanmaktadır. Bu genel yaklaşım dışında, sözleşmelerin sınıflandırılmaları, mevcut hukukî durumdan kaynaklanmaktadır. Çünkü, Sözleşmeler Hukuku, tüm sözleşmeleri kapsamına alan genel nitelikli kurallar kadar, özel sözleşme tiplerine uygulanan çok sayıda özel hukuk kuralı da içermektedir¹¹.

Uygulamalarında, İsviçre Federal Mahkemesi, ihtilâf konusu sözleşmenin tipine özgü olarak, taraflardan birine yüklenen edime veya sözleşmenin doğası " nature "na işaret eden edimi belirlemeyi amaçlamıştır. Bununla birlikte, bazen de bununla bağdaşmayacak şekilde, uygulanacak hukukun tayininde, risk dağılımını esas almıştır. Bunun yanı sıra, standart form sözleşmeleri veya zımnî bir hukuk seçimine işaret edecek şekilde tahkim ve yetki şartına yer veren sözleşmeler örneğinde olduğu gibi, başka bir ülkeyle daha yakın bir ilişkiye işaret eden sözleşmeler bakımından, daha yakın ilişkili bu hukuku uygulamak yetkisini saklı tutmuştur. Sonraki yıllarda zengin ve çeşitlilik arzeden uygulama ile¹², sözleşmelerin farklılığından doğan önemli bir karakteristik edimler sistemi yaratılmak suretiyle, karakteristik edim/ifa kavramı, geniş ölçüde somutlaştırılmış ve

¹¹ İsviçre Hukukunda milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından izlenen metoda dair tarihsel gelişim ve nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Patocchi, agm., sh. 117 vd.

¹² İsviçre mahkeme kararları ile sözleşme türlerine göre, günümüze kadar belirginleştirilmiş uygulanacak hukuku gösteren " prima facie " karineler : taşınır malların satımında ve münhasır dağıtım sözleşmelerinde, satıcının işyeri veya ikametgâh yeri hukuku; taşınmaz mal satımında, " lex rei sitae "; kira sözleşmelerinde, kiralayanın ikametgâhı hukuku; iş sözleşmelerinde mutad işyeri hukuku, böyle bir yer yoksa işverenin ikametgâh yeri hukuku; ferdi ödünç sözleşmelerinde ödünç verenin ikametgâh yeri ya da işyeri hukuku; kamu borçlanmasında, ihraç yeri hukuku; vekâlet sözleşmesinde, vekilin asli işini yürütmek zorunda olduğu yer hukuku; acenta sözleşmesinde, taraflar arasındaki hukukî ilişki bakımından acentanın ikametgâh yeri, üçüncü kişiler üzerindeki etkisi bakımından bu yetkinin icra edildiği yer; münhasır acenta sözleşmesinde, acentanın faaliyet yeri hukuku ve istisnaen, uzun süreli sözleşmelerde, minimum alışveriş yapma borcu olmamak kaydıyla, temsil olunan müvekkilin menfaatlerine uygun olan hukuk; taşıma sözleşmelerinde, taşıyanın merkezi; vedia sözleşmelerinde, vedia alanın bulunduğu yer hukuku; sigorta sözleşmelerinde, sigortalayanın işyeri, ikametgâhı ya da kayıtlı ofis veya şube yeri hukuku; garanti sözleşmelerinde, garantiyi vaadedenin merkezi, işyeri, ikametgâh yeri hukuku; lisans sözleşmelerinde, lisans verenin ikametgâh yeri hukuku; inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin ikametgâh yeri hukuku; adi ortaklık sözleşmelerinde, yönetici ortakların işyeri hukuku; ticarî ortaklıklarda, ortaklığın merkezi hukuku; " trust "ta, vekilin ikamet yeri hukuku, sebepsiz zenginleşmede, zenginleşmeyi yaratan hukukî ilişkinin tâbi olduğu hukuk ya da " lex rei sitae " veya sebepsiz zenginleşme yeri, olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Bkz. Lipstein, agm., sh. 407 - 409.

bu suretle, en azından farklı tiplerdeki sözleşme serilerini, genel olarak, taraflardan birinin idare merkezi ya da ikametgâh yeri hukuku ile bağlantılı hale getirebilme mümkün kılınmıştır¹³.

Bu terminoloji ile anılmamakla birlikte, sözleşmelere uygulanacak hukukun tayininde Alman Hukuku¹⁴ ve " Common Law " da¹⁵ da başvurulan ve " sözleşme tipolojisi " ¹⁶ kullanımını esas alan ortak bir yöntemi benimseyen karakteristik edim teorisi, nihayet 1980 tarihli Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT. Roma Sözleşmesi

¹³ İsviçre Hukukunda, mahkeme uygulamalarıyla ortaya çıkan bu karineler, daha yakın ilişkili bir hukukun tesbit edildiği gerekçesine dayalı istisnaları da içermektedir. Başka bir ifadeyle, söz konusu karineler en yakın ilişkili hukuka işaret etmiyorsa uygulanmamaktadır. Bu ülke hukukunda, mevcut mahkeme kararları dahilinde, somut ihtilâfın özelliğine göre ortaya çıkan istisnaların örnekleri için bkz. Patocchi, agm., sh. 126 - 129.

¹⁴ Karakteristik edim teorisine dayanmayan Alman Hukukundaki geleneksel yaklaşım, iki adımdan oluşmakta idi: İlk adımda, tarafların farazî iradesi bulunmaya çalışılır. Bu çaba gerçekte, sözleşmenin en yakın ilişki içinde olduğu ülkeyi araştırma çabasından başka bir şey değildir. Böyle bir yakın ilişki, eğer bağlama noktaları ağırlıklı biçimde tek bir ülkeye işaret ediyorsa vardır. Bağlama noktaları dengeli biçimde birden fazla ülkeye dağılmış ise, tüm sözleşmeyi kapsayacak biçimde en yakın ilişkili hukuku bulmak imkânsız hale geleceğinden; sözleşme bölünür ve her bir tarafın edimi, kendi mutad meskeni hukukuna tâbi kılınır. Bu konuda bkz. Von Hoffmann, B. : " Assessment Of The EEC. Convention from a German Point of View" in Contract Conflicts, (ed. North, D. C. L.), Amsterdam / New York / Oxford, 1982, sh. 225; Doktrindeki, farklı önerilere rağmen, Alman mahkemelerinin karakteristik edim kavramını reddeden ve karşılıklı ifaları ayrı hukuklara tâbi kılan yaklaşımı için ayrıca bkz. Gildegg, R. / Langkeit, J. : " The New Conflict of Laws Code Provisions of The Federal Republic of Germany : Introductory Comment and Translation ", G.J.Int.'l.Comp.L., 1987, Vol. XVII, N. 2, sh. 236 - 237; Bununla birlikte, Alman mahkemelerinin, zımî veya açık bir hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde, tarafların farazî iradesini belirleyebilmek için, tipik durum gruplarına ve bir işe tipini veren edime ya da belirli tipteki bir sözleşmenin tipik olan edimine bakmak suretiyle bir metod izledikleri yönünde bkz. Lipstein, agm., sh. 404 - 405.

¹⁵ ABD. Hukukunda, kanunlar ihtilâfına dair, Restatement II, md. 189 - 197. maddelerinin temelinde de aynı düşüncenin yattığı; 1938'li yıllarda yazarların, hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde, uygulanacak hukukun tayininde yararlanılacak şekilde bir sözleşmeler tipolojisi kullanılması gereğine işaret ettikleri yönünde bkz. Lipstein, agm., sh. 413; İngiliz Hukukunda, 1980 tarihli AT. Roma Sözleşmesine kadar tarafların hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde, sözleşmeyi idare edecek hukuk, en yakın ve gerçek irtibata göre belirlenmekteydi. Bu halde, hâkim, mevcut olmadığı için tarafların gerçek niyetlerini araştırmamakta; onun yerine sözleşmenin in'ikadı esnasında taraflar mantıklı ve makûl biçimde düşünselerdi, hangi hukukun uygulanmasını isterlerdi sorusuna yanıt arayarak, en uygun hukukun ne olduğunu tayin etmeye çalışmaktaydı. Bu araştırmayı yaparken, mahkeme davanın tüm şartlarını, hiç bir bağlama noktasına nihaî bir etki tanımaksızın dikkate almak zorundaydı. Bkz. Giuliano, M. / Lagarde, P. : Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: OJ., No C 282/1, 31 October 1980, (Rapor), sh. 19.

¹⁶ Alman mahkemelerinin kararlarında, satın sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayininde sürekli olarak satıcının edimine baskın karakter verme düşüncesi reddedilmiştir; diğer sözleşme tiplerinde ise, 1980 tarihli Roma Sözleşmesinin 4/2. maddesinde belirlenene benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Buna göre, ticarî acenta sözleşmelerinde, acentanın işyeri; yayın sözleşmelerinde, yayımcının işyeri; vekâlet sözleşmesinde, avukatın faaliyetini yürüttüğü yer, baskın sayılmıştır. Bkz. Von Hoffmann, agm., sh. 226.

ile¹⁷, Avrupa Birliğine dahil ülkeler¹⁸ bakımından da uygulanabilirlik imkânı kazanmıştır. Karakteristik edim kavramının, en yakın irtibatlı hukuku gösteren bir adi karine olarak düzenlendiği bu Sözleşmenin temelinde, son derece belirsiz olduğu kabul edilen " en yakın ilişki " kavramına özel bir şekil ve objektivite sağlamak ve bu suretle sözleşmeye uygulanacak hukukun tayini sorununu büyük ölçüde basitleştirmek düşüncesi yatmaktadır¹⁹.

Karakteristik edim teorisi, 1982 tarihli MÖHUK. md. 24 ile Türk Hukuku bakımından da benimsenmiş bulunmaktadır. Ancak, MÖHUK. sisteminde, karakteristik edim teorisi, yukarıda zikredilen düzenlemelerden farklı olarak, en yakın ilişkili hukukun tesbitinde hâkimin dikkate alacağı bir başlangıç noktası değildir²⁰; başlı başına bağımsız bir etkiyi haizdir. Başka bir ifadeyle, adı geçen yabancı hukuk sistemlerinde, milletlerarası unsurlu sözleşmeye objektif olarak uygulanacak hukuk, en yakın ilişkili hukuk kriterine göre belirlenmekte ve düzenlemelerde en yakın irtibatın varlığına adi karine teşkil edecek şekilde özel sözleşme tipleri bakımından veya genel olarak hukukî muamelelerin karakteristik edimine işaret eden bağlama

¹⁷ 19 Haziran 1980 tarihli bu Sözleşme metni için bkz. OJ. No. L 266, 9 October 1980; Sözleşmenin, karakteristik edim ölçütüne, en yakın ilişki ölçütünden çok daha belirlilik içeren bir kuralın bulunması çabası ile başvurduğu ve Sözleşmeye ait Rapor'un özelliikle, Vischer'in bu konudaki görüşlerine dayanılarak hazırlanıldığı yönünde bkz. Schultz, J. C. : " The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the EEC. Convention on Carriage of Goods" in Contract Conflicts, (ed. North, D. C. L.), Amsterdam / New York / Oxford, 1982, sh. 185 - 186; Sözleşmenin temelinde yatan asli politikayı açıklayan Giuliano / Lagarde / van Sasse van Ysselt tarafından hazırlanan Rapor'un, Schnitzer tarafından ortaya konan temel eğilimlerin yeniden ifade edilmesinden ibaret olduğu yönünde bkz. Patocchi, agm., sh. 114 ve sh. 129.

¹⁸ 1 Eylül 1986 tarihinde yürürlüğe giren Alman Kanunlar İhtilâfi Hukuku Kanunu, Medeni Kanuna Giriş Kanunu (EGBGB.)nun I. Kısım II. Bölümünü oluşturan 3 ve 38. maddeleri arasında yer almaktadır. 1980 tarihli AT. Roma Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda hazırlanan (EGBGB.) Devletler Özel Hukuku Kısım, 5. Bölümde Sözleşmeler hukuku başlığı altında yer alan 28. madde ile karakteristik edim kavramı, Sözleşmenin uygulanmadığı halleri de kapsayacak genişlikte, Alman pozitif hukukunun bir parçası haline gelmiş bulunmaktadır. Bkz. Gildegen / Langkeit, agm., sh. 229 ve sh. 251 vd.

¹⁹ Giuliano / Lagarde, (Rapor), sh.21; Sözleşmenin, karakteristik edimi esas alan ilgili maddesinin, hukukî güvenliği sağlama ve taraf menfaatlerine hizmet etme özelliğini taşıdığı için savunulmaya değer kabul edildiği yönünde bkz. Tiryakioğlu, B : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, sh. 142.

²⁰ 1980 tarihli AT. Roma Sözleşmesi ve İsviçre (DÖHK.)ün düzenleniş tarzına göre, karakteristik edime dayalı kriterlerin, en uygun hukukun tayininde söz konusu olan sürecin başlangıç noktasından başka bir şey sunmadığı; karakteristik edimin işaret ettiği ülke hukukunun, en yakın ilişkiye dayanacakça ya da somut hukukî ilişki ile ilgili olmadıkça, karakteristik edimin, uygulanacak hukukun tayininde, diğer mülâhazaların da dikkate alınmasına izin vermesi gerektiği yönünde bkz. Patocchi, agm., sh. 139; Bu konuda ayrıca bkz. Tekinalp, G. : " Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu ", MHB., 1988, S.1, Y. 8, (Akdî Borç Statüsü), sh. 61 ; Hollanda Hukukundaki benzer yaklaşım için bkz. De Boer, agm., sh. 50 vd.

kurallarına yer verilmektedir²¹. Bu suretle, sözleşmenin karakteristik ediminin irtibatladığı yabancı hukuk düzeni, en yakın ilişkili hukuk sayılmaktadır. Bununla birlikte, hâkim, karakteristik edimin işaret ettiği ülke dışında bir ülke hukukunu kendi izlediği yöntem dahilinde, sözleşmenin akdedilmesinden sonra ortaya çıkan tüm bağlama noktalarını da dikkate alarak²², daha yakın ilişkili hukuk olarak belirlediğinde bunu dikkate almakla ödevlidir. Oysa, Türk Hukukundaki düzenleniş tarzı, hâkime sözleşmeye karakterini veren edimi tayin etmiş ise, somut hukukî ilişki dahilinde tayin ettiği daha yakın ilişkili bir hukuka başvurabilme imkânını vermemektedir. En yakın ilişkili hukuk sadece, karakteristik edimin tesbit edilemediği hallerde devreye girebilecek bir sonraki metod olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun dışında, yine ilgili yabancı hukuk sistemlerinden farklı olarak, genel ya da her bir sözleşme tipi için ayrı ayrı belirlenmiş karakteristik edim saptaması kanun koyucu tarafından yapılmamış; bunun tesbiti hâkimlerin takdirine bırakılmıştır.

Öte yandan, karakteristik edim teorisinin şiddetle eleştirilen yaklaşımı, İsviçre ve AT. Roma Sözleşmesinin yürürlükte olduğu, Avrupa Birliğine dahil ülkelerde korkulduğu kadar ciddi olumsuzluklar yaratmamıştır. Zira, bu ülke hukuklarında bulunan pek çok sayıda istisnaî hüküm, teorisinin etkisini ve uygulanabilirliğini sınırlandırmıştır. Bu tür istisnalardan vazgeçmek yerine, söz konusu istisnaların uygulama alanı, çok yerinde olarak genişletilmiştir²³. Bu suretle, kuralın istisnaya dönüştürülebilme imkânı doğmuştur. Hatta, AT. Roma Sözleşmesindeki mevcut düzenleme nedeniyle, karakteristik edim kriterine dayalı hukuk belirleme çabasının anlamını yitirdiği dahi ifade edilmektedir²⁴. Nitekim, bu bağlamda, Sözleşmenin 4. maddesine göre, karakteristik edim karinesine bağlı olarak bulunan en sıkı irtibatlı hukukun, sözleşmeyi çevreleyen diğer şartlardan

²¹ 1980 tarihli AT. Roma Sözleşmesi için bkz. Lipstein, agm., sh. 404; Alman Hukukunda benzeri bir kural ihtiva eden (EGBGB.) md. 28 için bkz. Gildeggen / Langkeit, agm., sh. 252.

²² Giuliano / Lagarde, (Rapor), sh. 20.

²³ Patocchi, agm., sh. 133.

²⁴ Collins, agm., sh. 48 - 49; Ancak, doktrinde, karakteristik edim kavramının kanunlar ihtilâfi kurallarının hazırlanmasında tümüyle pratik bir değerden yoksun olduğu fikrine, genel olarak katılmakla birlikte, konuya biraz daha yumuşak yaklaşan yazarlar da vardır. Bu düşünceye göre, söz konusu karakteristik edim kavramı, adi karine niteliği taşıyan bu belirli kuralları, birarada toplayıp sunan elverişli bir özetleme metodu "summarizing method " olarak kullanılabilir. Yani, tümüyle teknik-hukukî bir araç olarak nitelendirilebilir. Böylesine teknik-hukukî araçtan yararlanılarak, satım sözleşmesi gibi pek çoğu Roma Hukuku döneminden beri çok iyi bilinen basit sözleşme tipleri sınıflandırmasının kullanılmasından ziyade, malların temliki gibi, daha üst seviyede muhtemel kategoriler oluşturmak çabası faydalı olabilir. Teorisinin böyle bir çerçevede dahilinde iki taraflı sözleşmeyi, para edimi dışında kalan edimi ifa eden tarafın ülkesine yerleştirme şeklinde ortaya çıkan teknik görünümünün, böyle bir çaba, ancak kabataslak bir başlangıç noktası sunmaktan başka bir şey olmamak kaydıyla, mantıklı ve yeterli biçimde sonuçlar yaratabileceği kabul edilebilir. Bkz. Schultz, agm., sh. 187.

anlaşılan daha yakın ilişkili bir hukukun tesbiti halinde uygulanmayacağı istisnasının, konuyu başladığı yerde sona erdiren, üç aşamalı bir faaliyet içeren tam bir fasit daire içine soktuğu belirtilmektedir. Başlangıçta araştırma, hangi ilgili ülke hukukunun daha sıkı bir bağ içinde olduğu üzerinedir. Sözleşmenin 4. maddesi, hangi ülkenin en yakın ilişkili olması gerektiğine işaret eden karakteristik edim / mutad mesken / " place of business " kuralından oluşur. Bunun yanı sıra, 4. madde, karakteristik edim kuralının daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığının, açıkça sözleşmenin tamamından hareketle belirlenebildiği hallerde, uygulanmayacağına dair bir bertaraf edici kural " overriding rule " ı da beraberinde getirmektedir. Bu suretle, böylesine karmaşık bir kural, böyle bir kuralı bertaraf eden ve her somut olayda en yakın ilişkili hukukun araştırılması gereğini öngören başka bir kural ile, işlevselliğini yitirmekte ve anlamından yoksun hale gelmektedir²⁵.

Oysa, Türk Hukukunda, karakteristik edim teorisinin ortaya koyduğu genel kuralın uygulanabilirliğine istisna getiren özel hükümler de bulunmamaktadır. Bu açıardan bakıldığında, karakteristik edim teorisine yapılan eleştirilerin tesbiti ve teorisinin sunduğu kriterler dahilinde uygulanabilirliğinin tesbiti, Türk Hukukunda daha büyük bir önem taşımaktadır.

Bu nedenle, çalışmamızda, öncelikle teorisinin dayandığı metod ve içerdiği ilkelere değinilecek; teoriye yöneltilen eleştirilerin haklılığı ve bunun uzantısı olarak, pratikte uygulanabilirliği sorunu üzerinde durulacak ve varılan sonuç dahilinde Türk Hukukundaki mevcut düzenlemeye ilişkin genel bir değerlendirme yapılacaktır.

I. Karakteristik Edim Teorisi

a. Genel Olarak

İsviçre hukuk doktrininde Schnitzer tarafından ortaya konan, Vischer tarafından geliştirilen ve Hollanda hukuk doktrininde de, De Winter²⁶ tarafından şiddetle savunulan karakteristik edim teorisi, genel plânda objektif bir tahlil ile karakteristik edimin tayin edilebileceği iddiasındadır. Hukukî ilişkinin veya edimin " true nature ", " reality ", " essence ", " intrinsic nature ", " inherent qualities " terimleri ile ifadesini bulan ve hukukî ilişki ya

²⁵ Bu nedenle, en yakın ilişki kuralının, tüm anlamını kaybedecek biçimde istisnaya tâbi belirsiz bir kuraldan ziyade, ifa yeri / ikametgâh / sözleşme yeri / sözleşmenin şekli / sözleşmenin dili gibi örnekler vasıtasıyla bağlama noktalarına işaret ederek oluşturulmasının daha iyi olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Collins, agm., sh. 48 - 49.

²⁶ Hollanda Hukuku için bkz. De Boer, agm., sh. 62.

da edimin " özü "nde, " makararı "nda ya da sözleşmenin " doğası "nda var olan özellik olarak adlandırılan karakteristik edim, ontolojik bir yaklaşımı esas almaktadır²⁷.

Ancak, hukukî ilişkinin " özü " / "makararı", sözleşmeye karakterini veren edimi tayin için yeterli değildir. İsviçreli yazarlar, sözleşmenin sosyal amacına özel bir önem vererek, Schnitzer ve Vischer tarafından ortaya konan "fonksiyonel analiz"in bir uzantısı olarak nitelendirilebilecek²⁸, sözleşmenin fonksiyonunun araştırılması gerektiği temeline dayalı yeni bir tekniği desteklemek suretiyle, karakteristik edimin tayininde, sözleşmenin ağırlık merkezinin yanı sıra²⁹, sosyal fonksiyonunu da dikkate alan bir yaklaşımı ortaya koymuşlardır³⁰.

Bu çerçevede, teorinin objesi, söz konusu sözleşme tipine özgü olan ve taraflardan birine yüklenen edimi ayıran; sözleşmenin doğasına işaret eden ve bu suretle sözleşmeyi bir parçasını teşkil edeceği sosyal ve ekonomik çevreye irtibatlayan bir yaklaşımdan ibarettir³¹. Başka bir ifadeyle, teori, " normların niteliği " yerine, esasen normlarla düzenlenmesi gereken "hukukî ilişkinin niteliği"nden hareket edilmesi gereğine işaret eder ve bu genel düşünce dahilinde karakteristik edimin, söz konusu hukukî ilişkinin belli bir hukuk düzeninin sosyal ve ekonomik hayatında gördüğü fonksiyonu esas aldığı fikrine dayanır.³²

Teoriye göre, uygulanacak hukukun tesbitinde, sözleşmenin ait olduğu özel kategoriyi dikkate almadan oluşturulmuş genel nitelikli, esnek olmayan " a priori " bağlama kurallarından yararlanılamaz. Özellikle Sözleşme Hukuku alanında, bu hukukî muamelelerin çeşitliliği göz önüne alınmalı ve " a priori " biçimde belirlenen, harici nitelik taşıyan ve bu nedenle borcun özüyle ilgili olmayan " in'ikad yeri " ya da " ifa yeri " gibi bağlama noktaları artık terk edilmelidir. Bunun yerine, sözleşmenin özü incelenerek, sözleşmenin doğası, ağırlık merkezi kavramları önem

²⁷ D'oliveira, H. U. J. : " Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention ", AJCL., 1977, Vol. XXV, sh. 308.

²⁸ Schnitzer, en uygun hukukun, sözleşmenin gerçek anlamda aslı unsurları göz önüne alınarak tayin edilmesi gerektiğine işaret etmiş ve her bir özel sözleşme tipi için hangi unsurun karakteristik olarak tayin edilebileceğini, "fonksiyonel bir analiz"e dayandırmıştır. Bu görüş için bkz. Schnitzer, A. D.: "Les Contrats Internationaux en Droit International Prive' Suisse " , Rec. des Cours, 1968/ I, T. 123, sh.578 - 581; D'oliveira, agm., sh. 308 - 309; Patocchi, agm., sh. 121.

²⁹ 1980 tarihli AT. Roma Sözleşmesi çerçevesinde bkz. Williams, P. R. : " The EEC. Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations", ICLQ., 1986, Vol. XXXV, sh. 15; Schultz, agm., sh. 186.

³⁰ Lipstein, agm., sh. 409; Williams, agm., sh. 15.

³¹ Dicey / Morris, age., sh. 1234.

³² Schnitzer, agm., sh. 578.

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 oluşturulmalıdır³³. Bu suretle karakteristik edim, aynı zamanda sözleşmenin, hangi hukuk düzeniyle, fonksiyonel anlamda ya da özü gereği "en yakın ilişki" içinde bulunduğunun tayininde değerli bir rehber haline gelecektir³⁴.

Teorinin ortaya koyduğu bu yaklaşım dahilinde belirginleşen husus, karakteristik edimin, " sözleşme kategorileri "ne göre tayin edileceğidir ve bu çerçevede hangi kritere göre sözleşme gruplarının belirlenebileceği sorusuna verilecek yanıt, yine hukukî muamelelerin bir ülkenin ekonomik ve sosyal yaşamı dahilinde meydana getirdiği fonksiyonuna göre sözleşme gruplarının oluşturulacağı şeklinde ifade edilebilecektir³⁵.

Nitekim bu bağlamda, Vischer tarafından ifade edildiği üzere, sözleşmesel borçlar alanında sözleşmeyi kontrol eden bağlama noktalarının bulunabilmesinde izlenebilecek doğru bir yöntem, sözleşme grupları yaratılmasını sağlayacak ve çok dikkatli bir analiz ile, karşılıklı ekonomik fonksiyonları ile hukukî nitelikleri dahilinde bu gruplardan her birinin milletlerarası bağlantısı kurabilecektir³⁶. Başka bir ifadeyle karakteristik olan edim, "sözleşme kategorisi" için karakteristik olandan ibarettir³⁷ ve teorinin sunduğu metod, bir milletlerarası unsurlu hukukî ilişkinin, onun fonksiyonel dahili organizasyona göre yerleştirilmesindeki temel fikir ile ilgilidir. Dolayısıyla, ekonomik ve sosyolojik açıdan " en esaslı borç "un yerine getirildiği sosyal düzende etkili olan hukuk, sözleşmeye uygulanabilir hukuk olacaktır³⁸.

Bu suretle sözleşmelerin, tarafların en iyi bildiği hukuk ve sosyal anlamda bir hukukî muameleyle en güçlü biçimde ilgili olan hukukla bağlantı içinde bulunduğu olgusuna " inter alia " dayanılarak; karakteristik edim teorisinin, somut hukukî ilişkilerde, " hukukî belirlilik " ve "

³³ Böylece, fonksiyonel bir bağlantı temeline dayalı karakteristik edimin , yersel bağlantıyı esas alan eski düşüncenin yerine geçtiği de ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Schnitzer, agm., sh. 578 - 579; Ayrıca bkz. Patocchi, agm., sh. 121.

³⁴ D'oliveira, agm., sh. 311.

³⁵ Schultz, agm., sh. 186; Giuliano / Lagarde, (Rapor), sh. 20.

³⁶ D'oliveira, agm., sh. 308.

³⁷ Schultz, agm., sh. 186; Vischer'in, hâkime, belirli sözleşme kategorileri tarafından tesbit edilen karakteristik içeriğin ve sosyal fonksiyonun yol göstereceği yönündeki ifadesi için ayrıca bkz. Schnitzer, agm., sh. 580.

³⁸ Vischer ve De Winter'in bu yöndeki görüşü için bkz. D'oliveira, agm., sh. 311 ve sh. 313.

hakkaniyet " arasında ortaya çıkan ihtilâfı önemli ölçüde ortadan kaldıran bir çözüm sunduğu sonucuna varılabilecektir³⁹.

b. Karakteristik Edimin Tayininde Para Ediminin Rolü

Teorinin, karakteristik edimin tayininde ortaya koyduğu en önemli kriter, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, para edimi ifa borçlusunun sözleşmeye uygulanacak hukukun tayininde dikkate alınmayacağıdır. Bu çerçevede, para ödemesi sözleşmeyi karakterize eden edim olarak nitelendirilemez. Modern ekonomi dahilinde, pek çok sözleşme tipi bakımından taraflardan birinin ediminin para ödemesi olması, ona bu niteliğin verilmesini engeller⁴⁰. Zira, para ödemesinin karakteristik edim olarak kabul edildiği bu halde, pek çok sözleşme tipi arasında ayırım yapılamayacaktır. Bunun içindir ki, karakteristik olarak göz önüne alınan, sözleşmesel alanda ortak olan para ödemesi değil; her bir özel sözleşme tipinde yer alan ve konusu para ödemesinden başka bir şey olan edimdir⁴¹.

Para ödemesinin karakteristik edim olarak nitelendirilmemesinin bir diğer nedeni de, öngörülebilirliğin ancak bu suretle sağlanabilecek olmasıdır. Pek çok somut durumda, sözleşmenin taraflarından birinin ediminin para ödemesi olması nedeniyle, " karakteristik olan edim " son derece kolay tayin edilebilmekte ve teorinin sunduğu bu karene dahilinde, " öngörülebilirlik " sağlanmış olmaktadır⁴². Bu nedenle, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karakteristik edim, para ödemesi dışındaki genellikle, hukukî muamelenin ağırlık merkezini ve sosyo-ekonomik fonksiyonunu oluşturan karşı edimdir⁴³.

³⁹ Vischer'in bu yöndeki görüşü için bkz. D'oliveira, agm., sh. 337.

⁴⁰ 1980 tarihli AT. Roma Sözleşmesi çerçevesinde bkz. Williams, agm., sh. 15; Dicey / Morris, age., sh. 1234; Giuliano / Lagarde, (Rapor), sh. 20.; Ayrıca bkz. Nomer, E. : Devletler Hususî Hukuku, B. 10, İstanbul 2000, sh. 266; Çelikel, A. : Milletlerarası Özel Hukuk, B. 6, İstanbul 2000, sh. 258; Akıncı, Z. : Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, (İnşaat Sözleşmeleri), sh. 88 - 89; Tiryakioğlu, age., sh. 223; Teorinin paraya dayalı bu ayırımının, zayıf olanın korunması hali dışında muhtemelen doğru olduğu yönünde ayrıca bkz. Cavers, D. F. : " The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations : Some Preventive Law Aspects ", South.Cal.L.R., 1974 - 1975, Vol. XXXVIII, sh. 625.

⁴¹ Lipstein, agm., sh. 409.

⁴² Haak, W. E. : " International Contract Law and The Draft EEC. Convention in Choice of Law in The Field of Contracts in The EEC. ", N.Int'l.L.R., 1975, Vol. XXII, sh. 190; Yazar, yöneltilebilecek bütün eleştirilere rağmen, teorinin para edimini karakteristik edim saymayan yaklaşımı ile imkân dahiline soktuğu bu öngörülebilirliği sağlayan sabit kuralların, uygulayıcıları memnun edeceği görüşündedir. Bkz. Haak, agr., sh. 191.

⁴³ Dicey / Morris, age., sh. 1234; Giuliano / Lagarde, (Rapor), sh. 20.

Taraflardan yalnızca birinin ediminin para borcundan ibaret olduğu sözleşmelerde, sözleşmeyi karakterize eden edim olarak, para ediminin kabul edilmemesinin temelinde yatan bir diğer neden de, tarafların uygulanacak hukuk konusundaki beklentisidir. Zira, sözleşmeyi belirli bir yer ile bağlantılı hale getirme teşebbüsü, sözleşmeyi hukuka aykırı veya geçersiz kılacak ya da sözleşmeyi tamamlayacak yedek hukuk kurallarını araştırma çabasının gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde değerlendirildiğinde, sorun, sözleşmeyle borçlanılan çok sayıda ayrıntılı ödevlerin tayini ve kusurlu ifanın sonuçları, imkânsızlık ve hukuka aykırılığın, sözleşmenin hangi tarafının merkez yerindeki emredici ve yedek hukuk kurallarına göre belirleneceği noktasındadır. Başka bir deyişle, problem, sözleşme tipine göre özel edim borçlusunun, kendi aslı borçlarının kapsamı ve sonuçlarını belirleyebilmek için kendi hukukuna mı yoksa, para borçlusunun hukukuna mı bakmak zorunda olduğudur. Bu halde, karakteristik edim borçlusunun kendi hukukunu esas alması kuvvetle muhtemeldir. Sözleşmeye özgü edimi ifa borçlusunun ikamet ya da idare merkezi hukukunda yer alan yorumlayıcı ve tamamlayıcı hukuk kavramları, bu aslı borcu tamamlamak zorundadır. Parasal edim borçlusu, sözleşmenin iki taraflı yapısından kaynaklanan ve önem arzeden ödevleri ifa borcu altına da girse de, bu parasal borçları kesindir ve bu parasal borçların yedek hukuk kurallarıyla tamamlanmasına gerek yoktur. Bu yüzden, ifanın reddi biçiminde ortaya çıkan iki taraflı hak, diğer tarafça ifanın yapılmadığı haller bakımından yeterlidir ve sözleşmenin bu tarafının ödevlerini idare edecek olan hukukun tamamlayıcılığına lüzum yoktur. Bu halde, para edimi borçlusunun, karşı edim borçlusunun sözleşmeden doğan ödevlerinin, para edimini ifa eden tarafın ikamet veya merkez yeri hukukuna göre belirleneceği ve tamamlanacağına dair herhangi bir beklentisi olamaz. Böyle bir beklenti, açık bir hukuk seçimiyle ortaya konabilir ve konmalıdır⁴⁴. Sonuç olarak, para ediminin karşısındaki edimin borçlusu taraf, sadece sözleşmeye tipini veren edimi etkilemekle kalmamakta; aynı zamanda kendisinin ait olduğu hukukî topluluk içinde sosyo-ekonomik fonksiyonu da ifa etmektedir. Bu ifa genellikle, son derece karmaşık yapıdadır. Bu yüzden, bu ifayı gerçekleştiren tarafın, sözleşmenin, en iyi bildiği hukuk kuralları ve ücretin belirlenmesinin yanı sıra, son derece ayrıntılı diğer sözleşme şartları üzerinde uzlaşılmasını şekillendirecek hukuk kurallarıyla uyum içinde olması beklentisinin bulunduğu gibi pratik nedenlerle, para edimi dışındaki karmaşık yapı edimin, sözleşmeyi karakterize ettiği iddiasının cazip bir teklif olarak göz önüne alınması zorunludur⁴⁵.

⁴⁴ Lipstein, agm., sh. 410 ve sh. 413 - 414.

⁴⁵ Haak, agr., sh.190-191.

Bu genel ayırt edici kriter dahilinde, Vischer tarafından belirlenen listede yer alan ilkelere göre, karakteristik edim borçlusunun ticarî işi ile ilgili olduğu ölçüde, bu faaliyetin gerçekleştirildiği yer hukuku uygulanabilir; çünkü, sözleşme bu ülkenin millî ekonomisi dahilinde köklerini bulur. Para ödemesinden ibaret olan karşı edim ise, talî nitelikli bir önemi haizdir ve bu sözleşmeler, giderek artan bir biçimde standart şartlar dahilinde akdedilmektedir. Sözleşme iki ticarî iş faaliyeti ile ilgili ise, para ödemesinden meydana gelmemiş olan edim seçilecektir. Eğer para ödemesinden ibaret olmayan edim, iş sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşmenin diğer tarafının kontrolü altında ise, fonksiyonel açıdan, bu kontrolü gerçekleştiren tarafın ticarî işinin yerine getirildiği ülke hukuku esas alınmak zorundadır; bu tür sözleşmeler bakımından öngörülen bazı şartların, kamu hukukuna ait olma niteliğinin dikkate alınması gereği, söz konusu ülke hukukunun uygulanması zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Sözleşmelerin katılma sözleşmesi veya standart form sözleşmesi niteliği taşıdığı hallerde ise, sözleşmeyi standart olarak önceden hazırlayan tarafın edimi karakteristik sayılacaktır. İhtilâf konusu ticarî faaliyetlerin bu tarafta uygun biçimde hesaplanmakta, tasavvur edilmekte ve plânlanmakta olması nedeniyle, yapılan bu seçim uygun olacaktır⁴⁶. Schnitzer'e göre de, bir ticarî edim, bu niteliğini ticarî bir faaliyetin ifası ile kazanabilir. Ticaret ölçüsü, ekonomistlerce de ifade edildiği üzere, bir ihtiyacı karşılamak için malların tedarikinde ve bu etkiyi yaratmak için gerekli olan ulaştırma, taşıma, saklama, sigorta gibi yardımcı faaliyetlerin yerine getirilmesinde yatar. Buna bağlı olarak, karakteristik edim, satım, taşıma, saklama ve sigortadır. Bu, sözleşmenin in'ikad yeri, tüketicinin tâbiyeti, ikamet yeri ne olursa olsun, hukukî ilişkinin süreklilik arzeden nüvesidir. Hukukî ilişki, ticarî faaliyeti yerine getiren ticarî işletmenin alanına dahildir. Bu nedenle, satıcının, taşıyanın, sigortacının işyeri hukuku esas alınmalıdır⁴⁷. Mimarlık, doktorluk, avukatlık gibi ticarî boyutu ağır basmayan diğer profesyonel faaliyetlerde de, benzer bir mantık geçerlidir. Zira, müşteri bu halde de sadece bir para ödemektedir ve bu faaliyet, hukukî ilişkiyi karakterize etmez⁴⁸.

Yine, Vischer'e göre, hibe, ivazsız ödünç gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, hibe edenin veya borç verenin ediminin karakteristik olacağı açıktır. Para ödünçü gibi iki tarafın ediminin de para ödemesinden ibaret olduğu sözleşmelerde, daha büyük risk altına giren tarafın ediminin karakteristik olduğunun kabulü gerekir. Bu halde önemli olan, hangi tarafın

⁴⁶ D'oliveira, agm., sh. 314.

⁴⁷ Patocchi, agm., sh. 121.

⁴⁸ Patocchi, agm., sh. 121.

sosyal anlamda daha yoğun biçimde sözleşmeye dahil olduğudur. Bu çerçevede, örneğin, sigortacı veya borç verenin⁴⁹ edimi karakteristiktir.

Bu tesbit edilen genel ayırım dahilinde, sözleşmeler aşağıda zikredilen kategorilere dahil edilmiş bulunmaktadır :

c. Sözleşmelerin Kategorik Sınıflandırılması

Daha önce de ifade edildiği üzere⁵⁰, teori taraftarlarınca, özel nitelikli sözleşme tiplerinin bir araya getirilmesinden oluşan ortalama bir gruplandırma yapılmakta ve bu gruplandırmada, sözleşme tiplerinin her bir millî hukuk sisteminde sahip olduğu teknik hukukî forma çok fazla önem atfedilmeksizin, daha ziyade pek çok ülkede sözleşmeler bakımından ortaya çıkan, sözleşmelerin sosyal fonksiyonu dikkate alınmaktadır.

Bu çerçevede, Vischer, birbirinden tamamiyle farklı iki ayrı gruplandırma yapmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, ekonomik amaçlı mülkiyeti devir borcu yükleyen sözleşmelerle, satım, trampa ve hibe sözleşmeleri aynı gruba dahil edilmektedir. Bu sözleşmeler bakımından, mülkiyeti devredenin edimi karakteristik sayılmaktadır. Bununla birlikte, bu gruplandırmada, ödünç ve ariyet " depositum irregulare " sözleşmelerine yer verilmemektedir⁵¹. Yazara göre, ikinci grupta, kullanım hakkı veren sözleşmeler yer almaktadır. Kiralama, leasing, konusu para olsun ya da olmasın ödünç sözleşmeleri gibi sözleşmeler bakımından karakteristik edimi ifa edecek olan taraf, bu hakların kullanımını veren taraf olmaktadır. Hizmet, özel bir işin ifasını içeren sözleşmeler, taşımacılık, komisyonculuk, acentalık, yayıncılık sözleşmeleri, hukuk büroları ile yapılan vekâlet sözleşmeleri, broker ile yapılan sözleşmeler gibi hukukî muamelelerden meydana gelen üçüncü grup ise, iş görme edimi ihtiva eden sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır. Bağımlılık ilişkisi yaratabilme özelliği nedeniyle, hizmet görme edimi içeren bu tür sözleşmelerin, karakteristik edimi de farklılaşabilmektedir⁵². Bağımlılık ilişkisinin bulunmadığı, doktorlar, avukatlar, mühendisler, dedektifler vb. gibi meslek grupları tarafından

⁴⁹ Ödünç sözleşmelerinde, ödünç alanın edimlerinin kesin olduğu; bununla birlikte, ödünç verenin belirli durumlarda ödünçün geri alınmasını talep hakkında olduğu gibi, bazı edimlerinin hukuk kurallarında yer alan hukukî kavramlarla tamamlanması gerçeğinin ortaya çıkabileceği; burada, ödünç verenin durumunun, ödünç alanın durumuyla karşılaştırılabileceği ve bu nedenle, ödünç verenin ikamet yeri ya da merkez yeri hukukunun uygulanması gerektiği yönünde farklı bir yaklaşım için bkz. Lipstein, agm., sh. 411.

⁵⁰ Bkz. yuk. " I. a. Genel Olarak " başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵¹ D'oliveira, agm., sh. 316 - 317.

⁵² Burada, bağımlılık ilişkisinin, karakteristik edimin tayininden ziyade,- ki bu hizmet olarak ortaya çıkar,- sözleşmenin yerleştirilmesi bakımından önem arzettiği yönündeki saptama için bkz. D'oliveira, agm., sh. 317.

yürütülen belirli hizmetler bakımından, hizmetin kendisi karakteristik edimdir ve söz konusu hizmet edimini ifa edenin ofis ya da ameliyathanesinin bulunduğu yer, hukukî muamele ile bağlantılıdır. Dolayısıyla bu sonuç, karakteristik edim teorisinin temel yaklaşımının göze çarpan bir teyidi olarak ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık hizmet sözleşmeleri, bağımlılık ilişkisi yaratıyorsa, karakteristik edimi tayinde varılan sonuç tümüyle değişecektir. Bu tür hukukî ilişkilerde çalışma, merkezden yönetilen faaliyetlerin bir parçası olarak yerine getirilmektedir ve bu çeşit bir hizmet, bireysel ifa olarak karakteristik değildir. Bu bireysel ifa, sadece, diğerleri ile işbirliği içinde çalışma halinde değer kazanır. Bu nedenle, sözleşmenin ağırlık merkezi, bireysel bağımlılık ve kısmî ifaların toplandığı; bir bütün olarak faaliyetlerin yönetildiği yer lehine değişir. Bu bağlamda sonuç olarak, Vischer'in daha kapsamlı ifadesiyle belirtmek gerekirse, söz konusu iş, tipik bağımlılık ilişkisi yaratan hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin diğer tarafının organizasyonu dahilinde ifa ediliyorsa ve tipik ifa, işverenin organizasyonu dahilinde bütünleşmişse, mutaden işin görüldüğü yer hukuku ile bağlantı " kaçınılmaz " olacaktır⁵³. Dördüncü grup, bir teminatın verildiği veya bir borcun ifasından doğan sorumluluğunun kabul edildiği, garanti, kefalet gibi sözleşmelerden oluşur ve bu grupta yer alan sözleşmeler bakımından karakteristik edimi ifa eden taraf, teminatı veren ve kefil sıfatını taşıyandır. Kumar / bahis / talih / sigorta / belli bir miktar paranın ödenmesi ile ilgili sözleşmeler gibi hukukî muamelelerin oluşturduğu beşinci grupta yer alan bu sözleşmeleri biraraya getiren neden olarak da, bunların riski üstlenme taahhüdü içeren sözleşmeler olmaları gösterilmektedir. Riski üstlenen ve standart form sözleşmesini hazırlayan taraf konumunda olmaları nedeniyle, sigortacı, belli bir miktar paranın ödenmesi borcu altında olan tarafın ediminin, karakteristik edim niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Son olarak, işbirliği / birlik yaratan sözleşmeler de mevcuttur. Bu sözleşmelerde karakteristik edimin tayininde, araştırılması gereken, ilgili taraflardan hangisinin en aslı işi gördüğü hususudur⁵⁴.

Vischer'in ikinci sınıflandırmasında ise, sözleşmeler başlıca üç gruba ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, kurallarının, " prima facie " tarafların normal ve tipik beklentileri ve menfaatlerinin dikkate alınarak oluşturulmasının zorunlu olduğu ticarî sözleşmeler; ikincisi, devletin sosyal görünümü içinde bütünleşen ve bunun sonucu olarak da, bu devlet hukukunun kontrolü altında

⁵³D'oliveira, agm., sh. 323; Bu genel kategorik ayırım dahilinde, mahkeme uygulamaları ve pozitif hukuk kurallarıyla ortaya çıkan özel sözleşme tiplerine özgü, " özel nitelikli bağlama kuralları " hakkında bkz. Dicey / Morris, age., sh. 1234 - 1235; De Boer, agm., sh. 50 vd.; Bu konuda ayrıca bkz. yuk. Dn. (11).

⁵⁴D'oliveira, agm., sh. 317.

bulunan sözleşmeler ve üçüncüsü, normalde, sözleşmenin hazırlayıcısı teşebbüsün idare merkezinin bulunduğu yere tâbi, katılma sözleşmeleridir⁵⁵.

d. Karakteristik Edimin Yerleştirilmesi

Teorinin ortaya koyduğu karakteristik edim kriteri, bir bağlama kuralının bağlama noktası olmaktan ziyade, pek çok sözleşme tipini temel alarak şekillendirilen kanunlar ihtilâfı kuralları serisini ortaya koyan bir⁵⁶ hukukî ilişkiler kategorisi "operative fact" dir. Karakteristik edimden çıkarılan karakteristik ifa, bir sözleşmeler tipolojisi yaratmaya hizmet eder ve esasen, bir bağlama noktası olarak hizmet gören, sözleşmeye karakterini veren edimi ifa edecek olan borçlunun "mutad meskeni", "ikamet yeri", "idare merkezi" vb.'dir. Bu kapsamda, bağlama kuralının bağlama noktası olarak karakteristik edim, en yakın ilişkili hukukun tesbitine yarayan bir kriter biçiminde nitelendirildiğinde de, en yakın ilişki gerçekte, normal bir kanunlar ihtilâfı kuralının diğer tarafını, yani hukukî ilişkiler kategorilerini içine alan bir yapı arz etmektedir. Başka bir ifadeyle, karakteristik edimin ifa yeri bağlama noktasının, aldatici görünümü altında yatan, gerçekte, karakteristik edim borçlusu tarafın mutad mesken yeri, idare merkezi gibi bağlama noktaları ile birleştirilen ve genellikle "operative facts" olarak adlandırılan bir hukukî ilişkiler kategorisidir⁵⁷.

Bu çerçevede, teoriye göre, sözleşmeyi diğerlerinden ayırt edici özelliğe sahip edimin tesbitiyle, belirli bir ülkenin irtibatlı hale gelebilmesi için, karakteristik edimin tayini yeterli olmayıp; bu aşamadan sonra karakteristik edim borçlusunun sahip olduğu tâbiyet, mutad mesken yeri, merkez yeri, ifa yeri gibi bir hukukî ilişkinin dikkate alınması gereklidir. Başka bir ifadeyle, bu bağlama noktası, açıkça, uygulanacak hukukun "belirlilik derecesi" ni ortaya koymayı amaçlamaktadır⁵⁸. Bu bağlamda tesbiti zorunlu bağlama noktası, doktrin ve uygulamada farklılık arz etmektedir. Nitekim, Schnitzer'e göre, bu bağlama noktası, sözleşmeyi, bu edimin yerine getirileceği yere, yani şirketin merkezi, şubesi ya da serbest mesleğin icra edildiği yere bağlamakta ve daha genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse, karakteristik edim borçlusunun işini yürüttüğü yer olarak somutlaşmaktadır. Yazara göre, karakteristik edim borçlusunun işini yürüttüğü yer hukukunun uygulanması, karakteristik edim kavramından bizzat elde edilemezse de, kaçınılmaz surette teorinin genel yaklaşımının sonucudur⁵⁹. Buna karşılık

⁵⁵ D'oliveira, agm., sh. 319 - 320'de yer alan Dn. (41).

⁵⁶ " Operative facts " kavramının , bu yöndeki anlamı için bkz. Lipstein, agm., sh. 404.

⁵⁷ Lipstein, agm., sh. 404.

⁵⁸ Karş. Patocchi, agm., sh. 119 - 120.

⁵⁹ Patocchi, agm., sh. 121; Schnitzer, ülke ile sözleşmeyi bağlantılamada, ifanın fiilen gerçekleştirdiği yer hukukunu ifade eden " Erfüllungsort " (" locus solutionis ") kavramından mutlaka ayrılmasını zorunlu gördüğü " Schuldort " (" place of obligation ") kavramından

Vischer, karmaşıklık yaratacağını ve milletlerarası plânda kabulünün sınırlı olacağını düşündüğü bu bağlama noktası yerine, karakteristik edim borçlusunun işyerinin kurulduğu yer hukukunu önerir. Bu bağlamda, eğer karakteristik edim, bu tür bir işin ifası dolayısıyla ortaya çıkmıyorsa karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, sözleşmeyi belli bir ülkeye yerleştirmeyi sağlar⁶⁰. Buna karşılık, İsviçre (DÖHK.)'un karakteristik edimi esas alan 117. maddesi ile belirlenen ve genel kuralı tamamlayan bu bağlama noktası, ifa yeri ölçütünün modern bir parçası olarak adlandırılan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni olarak belirlenmiştir. Yine bu maddeye göre, sözleşme ticarî faaliyetine dayanıyorsa, tüzel kişinin merkez yeri sözleşmeyle ülkeyi irtibatlı hale getirecektir⁶¹. Mutad mesken yeri, AT. Roma Sözleşmesinin 4. maddesinde de aynen ifadesini bulmaktadır. Bu bağlama noktasının yanı sıra, Sözleşmede, karakteristik edim borçlusunun tüzel kişiliği haiz olmasına bağlı olarak farklı bir irtibat noktasına da yer verilmektedir. Bu halde, tüzel kişinin idare merkezi esas alınmaktadır. Sözleşmenin ilgili maddesi dahilinde, bu tüzel kişinin ticarî işi ya da faaliyeti sebebiyle sözleşme akdedilmişse, irtibat noktası, esas işyeri / esas idare merkezi " principal place of business", eğer söz konusu sözleşme, bu yerden başka bir yerde bulunan işyeri vasıtasıyla ifa edilecekse, bu işyeri " place of business " olarak belirlenmiştir⁶². Bunun gibi, Avusturya (DÖHK.), ticarî sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun idare merkezi ya da kuruluş yerini bağlama noktası olarak öngörmüş bulunmaktadır. Bu kanun kapsamında olarak, sözleşmenin, karakteristik edim borçlusu şirketin belirli bir şubesi tarafından akdedildiği hallerde, bu şube yeri, sözleşmeyi ülke ile irtibatlı hale getiren irtibat noktası olmaktadır⁶³.

II. Karakteristik Edim Teorisine Yöneltilen Eleştiriler

a. Teorinin Objektif Kriterlere Dayanmadığı / Değerler İsnadından İbarettir Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre⁶⁴, sözleşmesel borçlar bakımından ontolojik nitelikler aramak teşebbüsü başarısız bir girişimdir. Karakteristik edimin sözleşmeyi

hareket eder ve bu kavramı, karakteristik edim borçlusunun meslekî veya ticaretî faaliyetini yürüttüğü yer olarak tanımlar. Schnitzer, agm., sh. 578 - 579; Ayrıca bkz. D'oliveira, agm., sh. 307.

⁶⁰ D'oliveira, agm., sh. 307 - 308.

⁶¹ Kanunun 117. maddesi için bkz. Karrer / Arnold, age., sh. 114; Patocchi, agm., sh. 119 - 120; İsviçre Hukukunda kabul edilen 1987 tarihli (DÖHK.) ile bu bağlama noktası, İsviçre mahkeme kararlarında ifadesini bulan "ikametgâh"tan "mutad mesken"e dönüşmüştür. Bkz. Patocchi, agm., sh. 124.

⁶² Sözleşmenin 4. maddesi için bkz. OJ. No. L 266, 9 October 1980.

⁶³ Kofler, (Austrian Act).

⁶⁴ Doktrinde, karakteristik edim teorisinin argümanlarına, son derece ciddi ve haklı gerekçelere dayalı olarak, kapsamlı bir biçimde, ilk kez Hollanda'lı bilim adamı D'oliveira tarafından eleştiri getirilmiş bulunmaktadır. İleride son derece ayrıntılı biçimde yer verilecek

kendi " özü " / "makarrı " ile uyumlu biçimde bağlayan evrensel geçerliliğe sahip bir düşünce dahilinde sözleşmenin objektif yerleştirilmesini sağlayan bir kriter olduğuna inanmak bir aldatmacadan ibarettir. Belirli tipteki bir sözleşmenin " özü ", sözleşmenin kendi içinde mevcut ve basit kurallar izlenerek keşfedilebilecek bir şey değildir. Burada esas alınan, ilişkilerin gerçek bir saptaması " real state of affairs" değil; bir değerler isnadı " attribution of values "dır⁶⁵. Teorinin sunduğu metod, sözleşmenin doğasında mevcut ve değişmez olan niteliklerini tayin etmekten ziyade, sözleşmenin ilişkili olduğu diğer sözleşmelerle çeşitli görünümünü değerlendirilmekten ibarettir⁶⁶. Nitekim, karakteristik edim teorisini kuramsallaştıran Schnitzer dahi, karakteristik edimin tayinini, " fiilî unsurların değerlendirilmesi süreci " olarak görmek suretiyle, zımnem belirli ölçüde bir sübjektiviteyi kabul etmektedir⁶⁷. Ancak, bu değerlendirme faaliyeti, sözleşmenin "karakteristik" sıfatını tanımlayabilmede, Schnitzer'in ifade ettiğinin aksine, marjinal değil, aslı bir rol oynamaktadır⁶⁸.

Bu şekilde, ontolojik sunumu ve uygulanma metodunun değerlendirmeci yapısının yoğun biçimde gizlenmesi nedeniyle teori, sanki karakteristik edimin tayinini, konuyla ilgili olan herkesi aynı biçimde etkileyecek tarafsız bir faaliyet imiş gibi göstermektedir. Oysa, sözleşmenin doğasından çıkarıldığı iddia edilen karakteristik edimin tayini, aklın var olanı idrakından ya da bilmesinden ziyade, bir tanıma konusudur ve burada gelişigüzel faktörler esaslı rol oynamaktadır⁶⁹.

Teorinin bir değerler isnadından ibaret olduğunu gösteren diğer bir örnek de, karakteristik edimin, şu veya bu şekilde, içinde yer aldığı

olan yazarın bu argümanları, teorinin diğer aleyhtarlarıncı da hemen hemen bütünüyle istisnasız kabul görmektedir. Bununla birlikte, bazı yazarlar, pratikte bu haklı eleştirilerin etkililiğinin zayıf olacağı endişesini de iki nedene dayanarak dile getirmektedirler: Bunlar, sırasıyla, aynı zamanda " teori lehine söylenebilecek tek lehte argümanı oluşturan, karakteristik edim kriterinin en elverişli ve uygulanması en kolay kanunlar ihtilâfı aracı olduğu ve sağladığı bu kolaylık nedeniyle, Avrupa mahkemelerinin son derece güçlü, ikna edici, eksiksiz bu akademik eleştirileri dikkate alarak teoriyi uygulamaktan vazgeçeceklerini düşünmenin aldatıcı bir görünüm yaratacağı " düşüncesi ile, " ağırlıklı biçimde günümüz pozitif hukuklarına yansıdığı için, teoriden kurtulmanın yakın bir gelecekte mümkün gözükmediği " düşüncesidir. Bu konuda bkz. De Boer, agm., sh. 46 - 47 ve sh. 50.

⁶⁵ D'oliveira, karakteristik edimin bu yapısını çok çarpıcı bir şekilde şu cümlesiyle ifade etmektedir: "Karakteristik edim, istenilen her pozisyona getirilebilen bir kukladır. " Bkz. D'oliveira, agm., sh. 326; Patocchi, agm., sh. 135.

⁶⁶ D'oliveira, agm., sh. 308.

⁶⁷ Schnitzer tarafından ifade edildiği üzere, doğa bilimlerinden farklı olarak insan kültürü ile ilgili olan bilimler, değer yargularından vazgeçemez ve bu sübjektiflik çizgisi önlenemez bir nitelik taşır. Ancak, bu sübjektivite, yargının, hukukun düzenleyeceği ekonomik ve sosyal olguların bilinçli bir incelemesi üzerine temellendirilmesi kaydıyla, çok az bir önem ve etkiyi haiz olacaktır. Bkz. Schnitzer, agm., sh. 580 - 581.

⁶⁸ D'oliveira, agm., sh. 308.

⁶⁹ D'oliveira, agm., sh. 309.

devletin millî ekonomisi içinde kökleştiği düşüncesinde yatmaktadır. Bu, karakteristik edim teorisini etkileyen fonksiyonel bakış açısı ile bağlantılıdır ve nihai aşamada taraflardan birinin millî ekonomisinin, sözleşmeyle, diğerinden çok daha güçlü bir ilgi içinde bulunduğu düşüncesine dayalıdır. Ancak, burada iki gözlem üzerinde durulmalıdır: Bir kere, bu düşünce zımnî bir değer hükmüne dayanıyor gözükmektedir. Başka bir ifadeyle, tüketmektense, üretim çok daha kutsaldır ve sözleşme, tüketicinin kendi millî ekonomisi ile daha dar kapsamda bir bağlantıya sahiptir. Teori taraftarlarınca ilgili millî ekonominin hangisi olduğu dair derecelendirme, tümüyle malların ve hizmetlerin talebine göre tayin edilmektedir. Dolayısıyla, böyle bir mantık, ancak mal ve hizmet sunan tarafın ülkesince paylaşılacak bir önyargıyı yansıtmaktadır⁷⁰.

Öte yandan, sözleşmeyle ilgili millî ekonomiler arasında bir karşılaştırma ve elemeye dayanan bu metod, aynı zamanda ortak pazar düşüncesine dayalı olarak bir araya gelmiş " Topluluk " üyesi ülkeler bakımından da bir paradoksu ortaya koymaktadır. Etkisini, belirli tipteki hukukî muamelelerin millî ekonomilerle olan ilgi derecesini karşılaştırarak diğerlerine nazaran ekonomilerden birini üstün kılmak suretiyle gösteren teorinin, amacı üye ülkeler arasındaki dahili ekonomik sınırları ortadan kaldırmak olarak belirginleşen bir organizasyon tarafından kabulü şaşırtıcıdır. Ortak Pazar fikri, bu yönüyle, temel dayanağı millî ekonomi kavramı olan karakteristik edim vasıtasıyla sözleşmeyi bağlayan teorinin temel karinesi ile çelişki yaratmaktadır. Şüphesiz, bu itiraz, milletlerarası unsurlu hukukî muameleleri, belirli bir millî hukuk sisteminin çerçevesine dahil ederek, millileştirme çabası içinde olan tüm kanunlar ihtilâfî kuralları bakımından genel olarak yapılabilir⁷¹. Fakat, bu kadar açık bir biçimde millî ekonomileri ve onların uzantılarını esas alan bu teori bakımından, söz konusu paradoks istenilmeyen bir durum olarak ortadadır⁷².

b. Teorinin Sözleşmelerin Kategorilendirilmesinde İzlediği Metoda Yöneltilen Eleştiri

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.

⁷⁰ D'oliveira, agm., sh. 327 - 328.

⁷¹ Geleneksel kanunlar ihtilâfî yaklaşımının, milletlerarası hukuk olgusunu onun tüm ülke aşıcı unsurlarından sadece birini dikkate alarak ortaya çıkardığı yani, milletlerarası unsurlu ihtilâfî millileştirdiği için; milletlerarası ticaret hayatı gibi en üst düzeyde bir milletlerarası fenomen ile son derece uygunsuz bir yöntem sunduğu; milletlerarası unsurlu bir ticarî sözleşmeyi tek bir ülkenin sınırları içine yerleştirme çabasının, onun milletlerarası karakterini ortadan kaldırdığı; milletlerarası ticaret hayatının ihtiyaçlarını karşılayan ve bu nedenle milletlerarası ahenge çok daha katkıda bulunabilecek yeknesak maddî hukuk kurallarına yer verilmesi gerektiği yönünde bkz. De Boer, agm., sh. 47.

⁷² D'oliveira, agm., sh. 328.

Bu suretle teori kendi içinde çelişkiye düşmekte, tümdengelimci bir yaklaşımla, aynı gruba dahil farklı türdeki her bir sözleşme tipi için aynı edimi karakteristik saymaktadır. Başka bir ifadeyle, teorinin sunduğu metod dahilinde, kural olarak, her özel sözleşmenin en karakteristik ediminin ne olduğunu araştırma teşebbüsü bulunmamaktadır. Örneğin, İngiliz Hukukunda olduğu gibi her özel sözleşme bakımından en uygun hukuku aramak uğraşı yerine, sözleşmeleri kapsayan bir tipoloji bulmak eğilimi hâkimdir. Böylece bir yandan, " a priori " bağlantılara karşı çıkılırken, öte yandan teorinin kendi belirlediği metod dahilinde de " a priori " bir karinenin var olduğu hususu göz ardı edilmektedir⁷³. Oysa, teorinin kendi mantığı içinde sözleşme kategorilerinin, öncelikle her bir sözleşme tipinin karakteristik edimi araştırılmak suretiyle oluşturulması gerekir⁷⁴.

Daha kapsamlı bir deyişle, teorinin öngördüğü şekilde, hukukî ilişkilerin gruplandırılarak ferdileştirilmesi mümkün değildir. Bu ferdileştirme ancak, her bir hukukî ilişkinin tek başına tahlili ile mümkündür. Zira bazı sözleşmeler karmaşık yapılı ya da atipik özellik göstermektedir⁷⁵. Her bir sözleşme tipi için, özgün kuralların formüle edilmesi, tüm sözleşmeleri kapsayan herhangi bir kural/karine kabul etmeden önce, her bir özel sözleşmenin görünümünün tek tek, bireysel plânda ve tümevarımsal bir metodla nitelendirilmesinin gereğine mantıken ihtiyaç göstermektedir. Buna karşılık, teori, büyük bir cüretle bu işlemi ters yüz etmektedir ve tüm sözleşmeler için başlangıç olarak dayatılan genel bir araç görünümündedir. Teori, sözleşmeye uygulanacak en uygun hukuku, her bir tip sözleşmenin karakteristik görünümüne göre, sadece sözleşme tiplerinden biri ile yetinerek ve tüm sözleşmeler için aynı olan bir karine/kural ile tayin ederek, bu suretle, bir yandan iddia ettiği yetersizlikleri nedeniyle, geleneksel " a priori " kanunlar ihtilâfı kurallarını eleştirirken, bir yandan da para ödemesinin karakteristik edim olarak nitelendirilemeyeceğini öngören karinesiyle, bizatihi kapsamlı bir " a priori " genelleştirme yapmaktadır. Bu nedenlerle de, teori, esaslı bir tutarsızlık içermektedir⁷⁶.

Tüm bunların dışında, kendi içinde sözleşmeleri çeşitli tiplere ayırırken, hukuk sistemlerinde kanunlarda yer alan isimli sözleşmelerden hareket etmek de yeterli değildir. Bunun yanı sıra, lisans ya da temsil sözleşmeleri gibi pratik hayatın bir gereği olarak ortaya çıkmış isimsiz sözleşmelerin de göz önüne alınması gereklidir. Bu tür sözleşmeler bakımından önem arzeden husus, sadece, her bir tip dahilinde yeni

⁷³ D'oliveira, agm., sh. 309.

⁷⁴ Lipstein, agm., sh. 409.

⁷⁵ Lipstein, agm., sh. 409.

⁷⁶ Patocchi, agm., sh. 131 - 132.

sözleşmeler geliştirmenin değil; buna ek olarak yeni tip sözleşmelerin kendi kendine oluşabilmeleri imkânının varlığıdır. Bu açıklık göz önüne alınmadığında, sistemin birleştirici yapısının kendisi sorgulanabilir hale gelmektedir. Kara Avrupası Hukukunda köklerini bulan Medenî Hukuk düşüncesine dayalı olarak sözleşmeleri kategoriler halinde sınıflandırmak⁷⁷ suretiyle gelişen teori, mükemmel bir sadeliğe sahiptir. Buna karşılık, İngiliz Sözleşmeler Hukukunun farklılık arzeden sınıflandırmacı yaklaşımı, karakteristik edim teorisinin görünümü ile çok daha az uyum sağlayabilecektir. Konuya daha da geniş bir açıdan bakıldığında, eğer gerçekten, pek çok devlette sözleşmeler bakımından mevcut sosyal fonksiyonu temel alma niyeti gösterilirse, örneğin İslâm Hukuk Teorisinin kavramları gibi hukuk düzenlerine ait kavramlar da dikkate alınmak zorundadır ve bu tesbit yapılırken, sadece sözleşmelerin sosyal fonksiyonları değil; aynı zamanda onların birbirinden oldukça farklı sınıflandırılmaları da rol oynayacaktır⁷⁸.

Üstelik, sözleşmelerin türlere ayrılarak kategorize edilmesi suretiyle gerçekleştirilen bu ayırımın, sözleşmeyi belirli bir devlet hukuku ile bağlama amacını gerçekleştirme bağlamında, ya hiç ya da çok az bir etkisi bulunmaktadır⁷⁹. Bir özel nitelikli sözleşmenin hangi sözleşme grubuna dahil edileceği sorusu, karakteristik edimin tayini ile ilgili değildir. Karakteristik edimlerinden hareketle, sözleşmelerin birbirine paralel sonuçlar yarattığı gerekçesine dayanılarak, pek çok sözleşme türüne ortak bir etiket yapılandırılmaktadır. Burada teorinin konu ile ilgili olarak ortaya koyduğu düşünce, sözleşmeleri birbirinden ayırarak bölmek suretiyle, onları genel bir başlık altında sınıflandırmaktansa, kendi karakteristik edimleri dahilinde genel sözleşme türlerini azaltmaktır⁸⁰.

Bunun dışında, sözleşmelerin kategorilere ve türlere ayrılarak sınıflandırılması ve bunu temin için bir kısım sözleşmelerin diğerleri ile bağlantılı hale getirilmesi; diğer bazılarının ise bağımsız gruplara dahil edilmesi faaliyeti, teorinin sözleşmeleri genel gruplar içinde biraraya getirme metodunun gelişigüzel bir çabanın ürünü olduğu izlenimini vermektedir⁸¹. Her ne kadar sözleşmeleri düzenleyen kanunlardan hareketle oluşturulabilecek geleneksel bir sınıflandırmayı yumuşatmaya yönelik belirli bir teşebbüs bulunuyor ve uygulamada ortaya çıkan yeni sözleşme tipleri de bu sınıflandırmaya dahil ediliyor olsa da, milletlerarası nitelikli hukukî muamelelerin sosyal ve ekonomik gerçeklikleri dahilinde bağlantı

⁷⁷ Patocchi, agm., sh. 118.

⁷⁸ D'oliveira, agm., sh. 317.

⁷⁹ D'oliveira, agm., sh. 317.

⁸⁰ D'oliveira, agm., sh. 318.

⁸¹ D'oliveira, agm., sh. 326.

noktalarını tesbit etme iddiasında bulunan bu teoriye, tamamiyle farklı bir sınıflandırmanın daha uygun düşebilme ihtimalinin ortaya çıkması da, tümüyle imkânsız değildir. Sınıflandırmanın tek akla uygun şekli, sözleşmenin meydana getirilme usulünün temel alınarak yapılması; yani, bireysel pazarlık sonucu ortaya çıkan sözleşmelerle, katılma sözleşmelerinin birbirinden ayrılarak gruplandırılması olabilir⁸². Bu sınıflandırmada, sözleşme müzakereleri yapmak konusunda gerçek bir fırsatın olup olmadığı, taraflardan birinin, diğer tarafça sözleşmenin dikte ettirilmesine boyun eğmek zorunda bırakılıp bırakılmadığı; taraflardan birinin kendini katıl ya da terk et konumunda bulup bulmadığı ayrımı, şüphesiz ki, çok önemli bir fark yaratacaktır. Milletlerarası Özel Hukukta, bir sözleşmenin standart form sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığı, sözleşmenin alım - satım, sigorta, taşıma vs. sözleşmeler ile ilgili olup olmadığını göz önüne almak kadar önemlidir. Kural olarak, standart form sözleşmeleri, ekonomik anlamda baskın konumda bulunmanın hukukî sonucudur; ancak, bu baskın konum, birbiriyle çatışan menfaatlere sahip taraflar arasında, bu tür sözleşmeler hakkında müzakereler yapabilme ihtimalini azaltamaz. Standart form sözleşmelerinin varlığı, en karakteristik edimin tayini bakımından önem arzeder. Bu bağlamda, standart form sözleşmeleri bakımından en karakteristik edimin, bu form sözleşmelerini ihraç eden tarafa ait olduğunu ilenî süren teori savunucularının bu savı, sadece, son derece kesin bir biçimde endüstriyel hesaplama ve plânlamaya izin vermek amacına dayanıyorsa kabul edilebilir. Sözleşmeyi ihraç eden tarafın seçiminin temelinde, standart form sözleşmelerini hazırlayan tarafın karakteristik edimi de ifa etmekte olduğu veya karakteristik edimi ifa eden tarafın kendi sözleşme şartlarını kabul ettirme gücüne sahip olduğuna dair açık bir faraziye yatmaktadır. Karakteristik edim teorisi, burada tamamiyle yanlış biçimde kullanılmaktadır. Artık, burada önemli olan, karşılıklı edimlerin tipik muhtevası değil; bu karşılıklı edimlerin farklı muhtevaları dahilinde meydana getiriliş biçimidir. Bu ikinci hal de, karakteristik edimin tayini ile ilgili değildir. Alıcının pazarında, bir alıcı satıcıya kendi standart sözleşme şartlarını kabul ettirmekte başarılı olursa, teorinin ortaya koyduğu kriterler dahilinde, alıcı karakteristik edim borçlusu sayılacaktır. Tüketici dernekleri gibi bir baskı grubu, tek taraflı şartlar içeren bir standart form sözleşmesi ihraç etse ve satıcılar da bunu kabul etse, alıcı tarafa karakteristik edimi ifa eden kişi sıfatını vermeye teşebbüs etmek, para ödemesinin karakteristik olmadığı ve alım-satım sözleşmesinde, karakteristik edimi ifa eden tarafın satıcı olduğu düşüncesi ile uzlaşmaz bir sonuç yaratacaktır. Aynı husus hizmet sözleşmeleri bakımından da ortaya çıkmaktadır. Eğer, etkili olan faktör, standart form sözleşmesini ihraç edenin kim olduğu ise, her aşamada, işçi - işveren için ücret ve iş şartlarını belirleyen standart form sözleşmelerine dayalı olarak iş sözleşmeleri akdetmenin teamül haline

⁸² D'oliveira, agm., sh. 318.

geldiği, Hollanda örneğindeki düzenlemeye sahip ülke hukuklarında, artık çoğunlukla, hangi tarafın karakteristik edimi ifa edeceğini tayin etmek mümkün olmayacaktır. Standart ücret sözleşmelerinin bulunmadığı hallerde ise, sözleşmeyi dikte ettiren genellikle işveren olacaktır. Böylece, bir kez daha, karakteristik edimi kimin ifa edeceğini tayinde esas alınan kriterlerin, seçimin nihai olarak muğlak bir tercih temelinde dayalı biçimde yapılması nedeniyle, birbirleriyle çelişki yarattığı sonucuna varılabilecektir⁸³.

Bu kapsamda, ticarî sözleşmeler, devlet kontrolüne tâbi sözleşmeler ve katılma sözleşmeleri ayırımına dayalı diğer sınıflandırma da eleştirilmelidir. Yapılan bu ayırımı temel alınan ilkeler, farklı bir nitelik taşıdığı için, bir sözleşmenin, birden fazla sözleşme tipine dahil olması kuvvetle muhtemel olacaktır. Nitekim, bir devletin sosyal yapısı ile bütünleşen sözleşmeler, "değişken milletlerarasılık ölçütü "ne dayanıyor gözükmekte iken, hem katılma hem de ticarî sözleşmeler bakımından, sözleşmenin her iki tarafının pazarlık gücünün dikkate alınmakta olması, sınıflandırmada esas alınan ilkelerin farklı yapısını ortaya koymaktadır⁸⁴.

Oysa, katılma sözleşmeleri bağlamında en iyi çözüm, fonksiyonel bağlantı kriterinin esas alınmasıdır. Bu bağlamda, sözleşmeleri, modern ticarî uygulamadan çıkarılan " teknik gereklilikler ; ilgili tacirler bakımından bağlayıcılık arzeden kanun hükümleri gibi "hukukî gereklilikler" ve standart form sözleşmelerini zorla kabul ettiren tarafın tek taraflı isteği hakkında konuşmanın pek de doğru olmayacağı ve gerçek bir uzlaşmanın varlığından bahsetmenin neredeyse imkânsız bulunduğu hususuna dayalı "mantikî gereklilikler" göz önüne alınarak tesbit edilen bir yeknesak kanun ile irtibatlandırılacak bir bağlantı noktasına ihtiyaç vardır. Sözleşmenin belli bir ülke ile bağlantılanması, böyle bir irtibat standart sözleşmeye katılan taraf değil de, bu sözleşmeyi dayatan taraf esas alınarak kurulduğu takdirde, milletlerarası ticaret hayatını çok daha az rahatsız edecektir. Bununla birlikte, bu sonucun, standart sözleşmelere katılan ve genellikle zayıf konumda olan tarafın korunması fikriyle bir çatışma yaratacağı açıktır. Ancak, bu koruma iki şekilde sağlanabilir. Ya, sözleşmeye katılan tarafa maddî anlamda daha fazla koruma getiren ya da maddî muhtevasını dikkate almaksızın, her halde katılan tarafın haklı görülebilir beklentilerini karşılayan hukuk uygulanır. Koruma açısından bakıldığında, her ikisi de, koruyucu tedbirlerin uygulandığı ülke hukuku ile fonksiyonel bir bağlantı kurma bakımından eşit biçimde etkili olabilir⁸⁵.

⁸³ D'oliveira, agm., sh. 319.

⁸⁴ D'oliveira, agm., sh. 319 - 320'de yer alan Dn. (41).

⁸⁵ Yazar bu görüşünü, Berlioz'un katılma sözleşmeleri bakımından yaptığı yukarıda zikredilen, " teknik ", " hukukî " ve " mantikî gereklilik " kıstaslarına dayandırmaktadır. Bkz. D'oliveira, agm., sh. 320.

Tüm bu eleştiriler ışığında sonuç olarak, " en uygun hukuk ", " hukukî ilişkinin ağırlık merkezi ", " ifa yeri ", " en yakın ilişki ", " farazî irade " prensiplerinin yerine geçirilmeye çalışılan karakteristik edim kavramı, bu prensiplerden çok daha özel ve farklı bir metod sunmamaktadır. Çeşitli sözleşme kategorileri, her bir sözleşme tipinin karakteristik edimi araştırılmak suretiyle yaratılmadığı için⁸⁶, ortaya çıkacak somut sorunların pek çoğunda, karakteristik edim kavramına yapılan başvuru, karakteristik edime dayanmayan ifa düşüncesinden farklı bir sonuç yaratmayacaktır ve bu nedenle de, sözleşmenin bir bütün olarak en yakın ilişkili hukuk ile çok yetersiz bir bağlantı yarattığı şeklinde, diğer teorilere yöneltilen aynı itirazlara maruz kalacaktır⁸⁷.

c. Teorinin Sözleşmenin Sosyal ve Ekonomik Fonksiyonunu Esas Alan Yaklaşımına Yöneltilen Eleştiriler

aa. Sözleşmenin Özü / Makarrı Kavramının Sözleşmenin Sosyal ve Ekonomik Fonksiyonu Kavramlarıyla Bağdaşmadığı Görüşü

Teoriye yöneltilen en esaslı eleştiri bu noktada ortaya çıkmaktadır. Nitekim, teoriyi eleştiren yazarlar⁸⁸, teorinin sunduğu kriterlerin köklü bir uyumsuzluk ile malûl olduğunu ifade etmektedirler. Buna göre, bir yandan, en karakteristik edimi tayin için sözleşme tipinin " özü "nü, bağlantı amaçları dahilinde bir elemeye tâbi tutarak bulmaya çalışırken; öte yandan, bu tür bir karakteristik edime dayanan metod, sözleşmenin ekonomik ve sosyolojik fonksiyonları ile bağlılığı da öngörmektedir. Belirli bir sözleşmede, sözleşmenin " özü " / " makarrı " ile, onun fonksiyonunun birbiriyle ilişkili olduğu hususu reddedilemez. Ancak, her ikisinin birbirinden farklı olduğu da göz ardı edilmemelidir. Bunun yanı sıra, hangi kavramın bu ilişki bakımından önem arzedeceği hususu da kesinlikle açık değildir. Boşluk doldurmak durumunda bulunan hâkim, kural yaratırken, her bir ayrı sözleşme tipi bakımından ortaya konduğu üzere, hukukî ilişkinin en esaslı sosyal fonksiyonu ve karakteristik muhtevasından yola çıkacaktır. Burada sözleşmenin aslî sosyal fonksiyonu ve sözleşmeyi karakterize eden muhteva yan yana bulunmaktadır. Karakteristik edimin yaklaşımı dahilinde, sözleşmenin özü ve fonksiyonu birarada uyum içinde gözükmemektedir. Esasen, tam tersine, sözleşmenin hangi hukuk düzeniyle fonksiyonel anlamda en yakın ilişki içinde olduğunu bulmaya çalışan böyle bir yaklaşım

⁸⁶ Lipstein, agm., sh. 409.

⁸⁷ Collins, L. : " Contractual Obligations- The EEC. Preliminary Draft Convention on Private International Law ", ICLQ., 1976, Vol. XXV, sh. 47 - 48.

⁸⁸ Ağırlıklı biçimde sözleşmenin sosyo-ekonomik fonksiyonu esas alan teorinin, mantıklı dayanaklarının, bu nedenle karmakarışık/ belirsiz bir sebep üzerine oturtulduğu yönündeki eleştiri için bkz. De Boer, agm., sh. 47.

bir paradoksu ortaya koymaktadır⁸⁹. Söz konusu karışıklık, uygulanacak hukukun, sözleşmenin taraflarından birinin sosyal ve ekonomik fonksiyonu ile, sözleşmenin ekonomik ve sosyal fonksiyonlarından hangisine göre belirleneceği sorusu gündeme geldiğinde daha da bariz biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu belirli bir ölçüye kadar anlaşılabilir bir durum yaratmaktadır; çünkü, karakteristik edim, sözleşmeyi belli bir ülke ile bağlantılı hale getirebilmek için muhtemel irtibatlı hukukları eleme tekniğine dayanır: Bu tekniğe göre de, hukukî ilişki, sözleşmenin iki tarafından birince ifa edilen karakteristik edimle uyum içinde bulunmaktadır; yani, karakteristik edimi ifa eden taraf, sözleşmenin tamamını etkiler⁹⁰.

Bu çerçevede, ekonomik ve sosyolojik fonksiyonunun bir hukukî ilişkinin "öz" / "makarrı" nı nasıl etkileyebileceğini görebilmek oldukça güçtür. Teorinin ortaya koyduğu "öz" fikri, daima bir değişmezlik nosyonu ile bağlı iken; "fonksiyon", değişimi ifade eder. Hukukî ilişkinin "öz" / "makarrı" ve "fonksiyon" nun bir arada bulunması gerektiği düşünülecek olursa, ya değişebilir bir "öz" ya da değişmez nitelikli bir "fonksiyon" un mevcut olduğu gibi bir paradoks kabul edilmek durumunda kalmacaktır⁹¹. Hukukî müesseselerin, kendi çevrelerindeki değişimin bir sonucu olarak sosyal fonksiyonlarını tamamiyle değiştirebilecekleri açıktır. Fonksiyonda meydana gelen bir değişimin, sözleşmesel ilişkilerin ağırlık merkezinin ve Milletlerarası Özel Hukuk bağlamında sözleşmesel bağlantılarının, değişebilme ihtimaline de zımnen işaret ettiği aşikârdır⁹².

Öte yandan, ekonomi ve sosyolojiye, karakteristik edim doktrininin savunucuları tarafından çalışmalarında sürekli olarak yapılan bu gönderme, başka sorunları da beraberinde getirmektedir. İlk olarak teori, sözleşmenin ekonomik ve sosyal fonksiyonunun tek olduğu ve aynı biçimde sözleşmenin fonksiyonel değerlendirmesine hizmet ettiği gibi bir görünüm yaratmaktadır. Oysa, sözleşmenin ekonomik fonksiyonu, onun sosyal ya da

⁸⁹ D'oliveira, agm., sh. 311.

⁹⁰ D'oliveira, agm., sh. 312; Lipstein, agm., sh. 410; Schnitzer'e göre, karakteristik edimi ifa eden tarafın sosyal ve ekonomik çevresi dikkate alınacaktır. Zira, yazara göre, ticarî veya sınaî girişim, banka, sigorta veya taşıma şirketi, avukat, doktor, mimar, sosyal ve ekonomik hayatta müşterileri ile sözleşme akdederek bir fonksiyon görür. Müşteri için bu sözleşmenin ekonomik ve sosyal hayatta bir varlık nedeni yoktur; daha ziyade bu durum raslantıya dayalıdır. Müşterinin kendisi de bağımlı ya da bağımsız bir meslek icra eder ve bir bankacının, sigorta şirketinin hizmetinden yararlanma, onun hayatında birbiriyle bağlantısı olmayan işlemlerdir; yani bu hukukî ilişki onun mevcudiyetinin merkezini oluşturmaz. Bu nedenle, sözleşmenin fonksiyon gördüğü bu hukuk düzeni çerçevesinde düzenlenmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır: Schnitzer, agm., sh. 579 - 580.

⁹¹ D'oliveira, agm., sh. 312; Lipstein, agm., sh. 410.

⁹² D'oliveira, agm., sh. 312.

sosyolojik fonksiyonundan farklı bir düzene işaret eder⁹³. İkinci olarak, ekonominin ve sosyolojinin " tek bir ağızdan konuştuğunu " söylemek de bir illizyondan ibarettir. Bu iki disiplin sadece birbirinden farklı ve rakip eğilimler ihtiva etmekle kalmayıp; sözleşmeye makro veya mikro düzeyde bakıldığında da doğal olarak, farklı sonuçlar ortaya çıkması söz konusu olacaktır. Ekonomi ve sosyoloji lehine hukukî analizler yapmaktan vazgeçmek, sadece görünüşte olacaktır. Gerçekte ise, bu konuda görüş bildiren yazarlar, tümüyle değer yargılarından arındırıldığı sanılan biraraya getirilmiş disiplinler tarafından ortaya konan değişmez nitelikli bilimsel kriterlerin uygulanması aşamasında, bir kez daha kendi kişisel değerlendirmelerini ortaya koymaktadırlar. Bu disiplinlere giriş, teori taraftarlarının kendi sübjektivitelerini gizlemek amacıyla hizmet etmek bağlamında olarak, esasen kapsamlı biçimde fonksiyoneldir⁹⁴. Nitekim, bu çerçevede, örneğin özellikle, önemli bir endüstriyel ünitenin, " turn-key " satımı şeklinde gerçekleşen, bir dayanıklı malın satımı sözleşmesinde karakteristik edimi tayin ederken, sosyal ve ekonomik çevrenin vasıflandırılmasında, satıcının ülkesinin, neden alıcının ülkesine nazaran çok daha fazla önem arzemesi gerektiğini açıklayan mantıkî bir nedenden söz edilemez⁹⁵.

Sonuç olarak ifade etmek gerekirse, karakteristik edim kriterinin, sözleşmenin özü ve fonksiyonunu esas alan tanımı abartılıdır ve bu teorisinin yaptığı aslında, hukukî ilişkiyi belli bir yerde yoğunlaştırmak için bir " ifa yeri " araştırılması yönündeki gerçek icraî amacını gizlemektedir⁹⁶. Dolayısıyla, teorisinin sunduğu ve pozitif hukuk kurallarının vaz'edilmesi gerekçelerinden biri olarak kabullenilmiş bir dogma olarak tekrarlanan, sözleşmenin "ekonomik ve sosyal değerleri"ne yapılan bu tür atıflar, " en iyi yaklaşımla isbat edilememiş birer iddiadan; en kötü yaklaşımla ise, tümüyle bir göz boyamadan ibaret" kalmaktadır⁹⁷.

bb.Teorinin Paraya Dayalı Modern Ekonominin Gereklere Gözardı Eden Yaklaşımının Sözleşmenin Sosyal ve Ekonomik Fonksiyonu Kavramıyla Çeliştiği Görüşü

Bu görüşe göre karakteristik edim teorisinin, para ödemesini bir edim değil, sadece karşı edim olarak nitelendirilmesi ve karakteristik edim olarak

⁹³ Lipstein, agm., sh. 409.

⁹⁴ D'oliveira, agm., sh. 313.

⁹⁵ Schultz, agm., sh. 186 - 187.

⁹⁶ Lipstein, agm., sh. 410; Tarafların edimlerini farklı ülkelerde ifa etmeleri halinde uygulanabilir hale gelen karakteristik edim kavramının, taraflardan birinin ediminin bütünüyle sözleşme bakımından çok daha karakteristik olduğunu tanımlayarak, bu tarafın ifa yerini ayırmaya çalıştığı yönünde bkz. Collins, agm., sh. 47.

⁹⁷ Patocchi, agm., sh. 132.

değerlendirilmemesi yönünde yaptığı bu tercih⁹⁸, sözleşme kategorilerinin temelinde yatan farklılığı belirlemeyi sağlayan, paranın prestijini yok eden aksiyomatik bir gereklilik biçiminde ortaya çıkmaktadır ve bu tercihiyle oldukça şaşırtıcı bir durum yaratmaktadır. Zira, teori, " modern paraya dayalı ekonomi " dahilinde sözleşmeler bakımından, uygun bir metod sunduğu iddiasındadır. Bu nedenle, böyle bir parasal ekonominin en tipik görünümü olan paranın, sözleşmeye uygulanan hukuk sisteminin bir parçası olarak neden karakteristik edim niteliği kazanamayacağı ilginç hale gelmektedir. Para görünümü edimlere dayalı bu değer yargısı, bir sözleşme tipi ile diğeri arasında ayırtedici özelliğe işaret etme konusunda bir tanımsal ihtiyacın gerekli sonucu olarak sunulmaktadır. Bu yüzden değerlendirme, aldatıcı bir tanımlama içinde görünmektedir ve hukukî fenomenin niteliğini tayin eden bir kıymet takdiri olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer burada yapılan, farklı kategorideki sözleşmeleri birbirinden ayırmaktan ibaret ise, şekli açıdan bakıldığında ayırt edici faktörün tayini önem arzedecektir. Ancak, bu metod, tüm sözleşme tiplerinde ortak olan görünümün, sosyal anlamda en önemli unsur olabileceği ihtimalini tartışmaya açık bırakmaktadır. Buna ek olarak, teorinin en kuvvetli destekleyicileri tarafından dahi kabul edilmesi zorunlu olduğu üzere, para ödemesinin hukukî ilişkiye karakterini veren bir edim olduğu sözleşmeler de bulunmaktadır⁹⁹. Nitekim, bu çerçevede, menkul mal rehni sözleşmesinde, rehnedilen menkul mal karşılığı verilen para, zorunlu olarak özel bir unsur yaratmaktadır. Bu konuda verilebilecek bir diğer örnek, yeni bir sözleşme türü olan taksitle satım sözleşmeleridir. Para edimini reddeden teorinin çelişkisini ortaya koyan bir diğer örnek de, milletlerarası unsurlu ödünç sözleşmeleridir. Uluslararası bankalar grubu arasında, üçüncü bir devlet ülkesinde bulunan bir şirkete ödünç verme konusunda yapılan anlaşmada, her iki tarafın borcu da para ödemesinden ibarettir ve teorinin, bu halde, bir yandan para edimi karakteristik edim sayılmazken öte yandan, iki karşı edimden, geri ödeme borcuna nazaran, ödeme kaydının, sözleşmeyi karakterize ettiğini -bu iki edimin bir devleti etkileyen sosyal ve ekonomik fonksiyonuna göre, sübjektif bir değerlendirme sonucu seçim yaparak- kabul eden yaklaşımını haklı kılan mantukî bir neden gösterilemeyecektir¹⁰⁰.

Adı geçen sözleşmelerde, ayırt edici unsur, mal veya hizmet değil, para edimidir. Burada sözleşmelerin kategorilere ayırımı ve buna göre karakteristik edimin tayini arasında çok yakın bir ilişkinin var olduğu açıktır. Bu kapsamda olarak, şayet para ödemesi karakteristik edimin tayininde dikkate alınmaz ise, paranın tartışmasız ya da rakipsiz olarak en karakteristik

⁹⁸ D'oliveira, agm., sh. 309.

⁹⁹ D'oliveira, agm., sh. 310; Para ödemesinin karakteristik edim sayılabileceği yönünde ayrıca bkz. Lipstein, agm., sh. 409.

¹⁰⁰ Collins, agm., sh. 48.

edim niteliği taşıdığı bazı özel sözleşme tiplerinin kabulünde tereddüt yaşanacaktır¹⁰¹.

cc. Teorinin Maddî Hukuk Kurallarının Temelinde Yatan Politikaları Dikkate Almayan Yaklaşımına Yöneltilen Eleştiriler

Belli bir ülkeyle fonksiyonel bağlantı kurulurken ilgili millî maddî hukuk kurallarının temelinde yatan politikalara önem vermeyen karakteristik edim teorisine göre, karakteristik edim ölçütü, gerçekte bir fonksiyonel yerleştirme şeklidir. Çünkü, sözleşmenin, sözleşmesel ilişkinin kendi sosyal ve ekonomik fonksiyonunu açıkça gösterdiği tek bir hukuk sistemine yerleştirilmesi / bağlanması zorunludur. Oysa, sözleşmeler ve yetkili hukuk arasındaki fonksiyonel bağlantıya teori dahilinde yapılan göndermeler, fonksiyonel yerleştirmenin temelinde yatan metodolojik prensip dahilinde¹⁰² ortaya konandan tamamiyle farklı bir düzene işaret etmektedir. Teorinin savunucuları, uygun bağlama noktasını ararken, maddî hukukun özel bir dalının fonksiyonuna değil, daha ziyade belirli bir hukukî ilişki tipinin fonksiyonuna dayanmaktadırlar. Başka bir ifadeyle, teorinin ilham kaynağı çeşitli sözleşme tipleri ile ilgili maddî hukuk kurallarının temelinde yatan politikalar değil de¹⁰³, ilgili oldukları sosyal ve ekonomik çevre üzerinde sözleşmelerin var olduğu farzedilen fonksiyonudur. Pozitif hukuka dayanmadığı iddiasından hareketle sözleşmesel ilişki fenomenini arıyormuş gibi gözükmekte olan teori, kanunlar ihtilâfı alanında en yakın irtibatlı hukuk ile sosyo-ekonomik ağırlık merkezi arasında eşitlik yaratmaya çalışan muhtemel sosyolojik ve ekonomik anlayışları kullanmaktadır. Halbuki, fonksiyonel yerleştirme, ayırt edici nokta olarak, maddî hukuk kurallarının fonksiyonunu seçmektedir ve bu kesinlikle, pozitif hukuk kaynaklıdır. Fonksiyonel yerleştirme, hangi amaçları gerçekleştirmeye yönelik olarak kuralın vaz'edildiğini bulmaya ve bundan hareketle, kimin menfaatlerinin kanun koyucu tarafından dikkate alınması gerektiğini belirlemeye çalışır. Varılacak bu sonuç, bunu sağlayan maddî hukuka

¹⁰¹ D'oliveira, agm., sh. 310 - 311.

¹⁰² En yakın ilişkili hukukun belirlenmesinde, Sözleşmeler Hukuku alanında konuyu düzenleyen maddî hukuk kurallarının temelinde yatan ortak/benzerî hukuk politikalarına öncelik verilmesini öngören ve bu politikaların temsil ettiği menfaatleri koruyacak şekilde tesbit edilecek bağlama noktaları aracılığıyla en yakın ilişkili hukuka ulaşılabileceğini ifade eden fonksiyonel yerleştirme "functional allocation" teorisi taraftarlarınca yapılan bu tartışma için bkz. De Boer, agm., sh. 32-33; Bununla birlikte, bu görüşü savunanlar, bu yöntemle yeknesak bağlama kurallarının oluşturulabilmesinin, ancak, Sözleşmeler Hukuku alanındaki maddî hukuk kurallarının temelinde benzer politikaların yatması kaydıyla mümkün olabileceğini de açıklıkla ifade etmekte ve bu nedenle ortaya çıkacak uygulama zorluğuna rağmen, bu yöntemin yine de, en yakın ilişkinin tayininde, coğrafi bağlantı noktalarının varsayılan veya gerçek üstünlüğüne dayanılarak oluşturulan kanunlar ihtilâfı kurallarından çok daha mantıklı olduğuna da işaret etmektedirler. Bkz. De Boer, agm., sh. 33.

¹⁰³ Blom, J. : " Choice of Law Methods in The Private International Law of Contract ", P. III, Can.Y.Int.'L.L., 1980, Vol. XVIII , sh.186 - 187.

irtibatlanmayı imkân dahiline sokan bir bağlama noktası ile desteklenir¹⁰⁴. Temelde, sözleşmelerin sınıflandırılmasını esas alan ve bu sınıflandırma yaklaşımı için ayırt edici olan kriterin, çeşitli sözleşmesel ilişkilerin sosyo-ekonomik fonksiyonuna dayandırıldığını ifade eden teori gerçekte, sözleşmesel borçların sosyo-ekonomik farklılıklarına göre değil; sözleşmeler arasındaki tipolojik farklılıklara göre bir kategorilendirme yapmaktadır. Bu çerçevede, teorinin bu sınıflandırmayı yaparken sorduğu ilk soru, sözleşme tipinin sosyo-ekonomik fonksiyonunun ne olduğu değil; bu sözleşme / edimle diğer sözleşmeler / edimler arasındaki fark nedir? olmaktadır¹⁰⁵. Teori, bir kere belirli tipteki bir sözleşmenin karakteristik edimini tayin ettikten sonra, karakteristik edim borçlusunun, hukukî ilişkisinin aslî unsuru olduğunu ilân ederek, tipolojik ayırmadan, sahte bir ekonomik sonuca geçmektedir. Dolayısıyla, tipolojik ayırt edici görünümü ile, sözleşmenin sosyo-ekonomik etkisini, aynı kaba koymak suretiyle en büyük yanılığını ortaya koyan teorinin, sosyo-ekonomik savları geçerli olsa bile, hatalıdır; çünkü, hukuk, mantık ve semantik ile desteklenen ancak kesinlikle sosyo-ekonomiye dayanmayan tipolojik bir önermeden hareketle, sosyo-ekonomik fonksiyona varılmaktadır¹⁰⁶. Bu şekilde, teori, maddî hukukun fonksiyonu yerine, sözleşmenin sosyo-ekonomik fonksiyonunu esas aldığı için, teorinin savunucularının seçtiği bağlantı noktaları da, maddî hukuk politikalarını değil, sözleşmelerin hizmet ve malları talep edenden ziyade, tedarik eden ekonomilerde daha fazla etkiyi haiz olduğu gibi sahte bir sosyo-ekonomik düşüncüyü yansıtmaktadır. Eğer, fonksiyonel yerleştirme yaklaşımı izlenmiş olsaydı, teorinin, Sözleşme Hukuku alanındaki çeşitli dalların fonksiyonlarını incelemesi ve bu nedenle de farklı sonuçlara varması, farklı kanunlar ihtilâfı standartları bulması gerekirdi. Halbuki, çeşitli hukuk sistemlerindeki kanunî düzenlemeler ve uygulama ile bir gereklilik sonucu olarak ortaya çıkan istisnai hükümler, karakteristik edim teorisinin sunduğu ölçüt ile fonksiyonel yerleştirme arasında çok temel ayırımların bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır ve her iki yaklaşımın, somut örnekler dahilinde aynı sonuca varması ihtimali aynı kanunlar ihtilâfı hukuku mantığına dayanmıyor olmaları nedeniyle, ancak tamamiyle tesadüfi olacaktır¹⁰⁷.

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

¹⁰⁴ De Boer, agm., sh. 47 - 48.

¹⁰⁵ Teorinin, sözleşmeleri fonksiyonel etkilerine göre sınıflandırmadığına dair bkz. ileride " II. e. Sözleşmenin Yerleştirilmesine Dair Teorinin Ortaya Koyduğu Metoda Yöneltilen Eleştiriler " başlığı altında, alacağın temliki ve kefalet sözleşmeleri örnekleri dahilinde yapılan açıklamalar.

¹⁰⁶ De Boer, agm., sh. 48 - 49.

¹⁰⁷ De Boer, agm., sh. 49.

yaklaşımı sergilemektedir¹⁰⁸. Sözleşmeler bakımından, fonksiyonel yaklaşım ve ona yardımcı fonksiyonel bağlantı üzerinde önemle duran bu teorinin, tam tersine işveren, banka, sigorta şirketleri gibi, sözleşmenin güçlü olan tarafı lehine bir çözüm sunduğu ve böylece " kapitalist bir toplumun fonksiyonel ve sadık bir hizmetkârı " olarak işlev kazandığı görülmektedir. Karakteristik edim teorisi, bir yandan belirli bir hukuk düzeni ile sözleşme arasında tarafsız ve objektif bir metod sunuyormuş gibi görünmesine rağmen aslında, Milletlerarası Özel Hukuk alanında, güçlü olan taraf lehine hizmet veren bir sözleşmeye işaret etmektedir¹⁰⁹.

d. Teorinin Para Edimi Dışında Ortaya Koyduğu Farklı Yapıdaki Diğer Kriterlerinin Birbiriyle Çeliştiği Görüşü

Teorinin ortaya koyduğu kriterlerin birbiriyle çelişen görünümü eleştirilmesi gereken bir diğer husus olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, teorinin belirlediği kritere göre, para karakteristik edimin tayininde rol oynamazken, risk oynamaktadır; ifanın karmaşık yapısı dikkate alınmakta; yani, hukukî muameleye müdahale eden kamu hukuku kurallarının derecesi ve sözleşmenin standartlaşmasından doğan sorumluluk, karakteristik edimi tayin etmektedir. Bu son kriter özellikle, dikkat çekicidir. Kural olarak düşünülen, teorinin evrensel uygulanabilirliğini sağlayabilmektir. Oysa, her ne kadar bazı eğilimler tesbit edilebilecek olsa da, dünyanın her yerinde aynı tipteki sözleşmelere uygulanabilecek benzer Kamu Hukuku ve İdare Hukuku kuralları bulunmamaktadır. Bunun sonucunda kural olarak, endüstriyel gelişmişlik seviyesi yüksek ülkelerde görüldüğü üzere, kamu hukukunun özel hukuka müdahale etmesi ya da nüfuzu, bu tür ülkelerin ülkesel egemenlik alanları dışında kalan hukukî ilişkilere de uygulanabilirliğini sağlayabilen hukuk kuralları ile sağlanabilir hale getirilmektedir. Bunun yanı sıra, bu kriter, teorinin diğer kriter(ler)iyile de, kolaylıkla çelişki yaratabilecektir. Nitekim, taraflardan birinin en üst seviyede riski üstlenmekte olması ya da çok daha karmaşık bir edimi ifa edecek bulunması, bu tarafın aynı zamanda, diğer taraf yararına getirilmiş bulunan sınırlamalara uymak zorunda bırakılan taraf olma konumuyla ihtilâf yaratabilecektir. Taraflar arasındaki özel hukukî ilişkiye müdahale eden ve işçiyi korumaya yönelik pek çok hukuk kuralının " inter alia " mevcut bulunması nedeniyle, eğer, bir hizmet sözleşmesinde, çalışma edimi en karakteristik edim olarak kabul edilirse, bu bağlantı kapsamında, sigorta sözleşmelerinde veya sigorta ile ilgili belirli sözleşmelerde, sigortalanan diğer tarafın yararına, sigortacıya yönelik pek çok sınırlamanın bulunuyor

¹⁰⁸ Blom, agm., sh. 186 - 187; Zayıf olan tarafın korunup korunmayacağı sorusunun, zayıf olan tarafın oturduğu ülkenin sosyal ve ekonomik yaşamı ile fonksiyonel anlamda bağlantılı olacağı yönünde bkz. Cavers, agm., sh. 625.

¹⁰⁹ D'oliveira, agm., sh.327; De Boer, agm., sh. 46.

olması nedeniyle, sigortacı konumundaki tarafın, karakteristik edimi ifa ediyor sayılması gerekecektir. Aynı nedenle, kredi sözleşmeleri, taksitle satın sözleşmeleri gibi sözleşmeler bakımından da durum aynı olacaktır. Şayet hukuk kuralının, özellikle, taraflardan birinin menfaatlerini korumaya yönelik hükümler içerdiği hususu esas alınacak olursa, bu somut durum, kredi, taksitle satın, sigorta, tüketici ve benzeri sözleşmelerinde, ağırlık merkezinin borç alan, taksitle satın alan, sigortalı ya da tüketici vs.'nin ülkesinde olduğunu gösterir. Bu sonuç, diğer tarafın daha çok risk üstlendiği ya da korunan tarafın ediminin sadece para ödemekten ibaret olduğu hususları dikkate alınmaksızın ortaya çıkar¹¹⁰.

Dolayısıyla, son derece geniş bir hareket alanına sahip olan bu kriterlerin birbiriyle yarattığı çatışma, teorinin uygulanmasının pratik sonuçlarının öngörülebilirliğini önemli ölçüde zayıflatmaktadır. Bu çeşitli kriterlerden her birine karakteristik edimin tayininde hangi ağırlıkta önem verilebileceğine dair bilinmeyen faktör, karakteristik edim teorisinin, karakteristik bir yöntem içinde ifa edilebilirliği konusundaki başarısızlığını ortaya koymaktadır. Başka bir ifadeyle, teori ve sonuç arasındaki ilişki, yeterli bir kesinliğe sahip değildir¹¹¹.

e. Sözleşmenin Yerleştirilmesine Dair Teorinin Ortaya Koyduğu Metoda Yöneltilen Eleştiriler

Karakteristik edimin bir kez tayin edilmesi ile, problemin sona erdiğini düşünmek bir yanılsamadan ibarettir. Karakteristik edimin tayini, doğrudan doğruya uygulanabilir hukuku belirleyebilme özelliğine sahip değildir. Çeşitli irtibat noktalarını belirleyen bağlama amaçları aracılığıyla karakteristik edimi yerleştirmenin mümkün olduğu iddiası, karakteristik edim teorisinin en aldatıcı görünüşlerinden birini oluşturmaktadır¹¹². Teorinin somut örnekler dahilinde ortaya çıktığı üzere, yaptığı bu yerleştirme, tümüyle gelişigüzel bir seçime dayanmakta ve sübjektif bir değerlendirmeyi ortaya koymaktadır. Ayrıca, teorinin bu yaklaşımı, iddia ettiğinin aksine gelişigüzel de olsa tesbit edilen karakteristik edimden hareketle yapılan bir yerleştirmeyi değil; teorinin sunduğu genel kuralın uygulanabilirliğinden açıkça vazgeçildiğini göstermektedir¹¹³.

¹¹⁰ D'oliveira, agm., sh. 315 - 316.

¹¹¹ D'oliveira, agm., sh. 316.

¹¹² Lipstein, agm., sh. 409 ; D'oliveira, agm., sh. 321.

¹¹³ Karş. D'oliveira, agm., sh. 324; Genel kuraldan yapılan bu sapmanın nedenleri için bkz. ileride " II. f. Teorinin Sunduğu Genel Kuralın Her Zaman En Yakın İlişkili Hukuka İşaret Edemediği Görüşü " ve yuk. " II. c. cc. Teorinin Maddî Hukuk Kurallarının Temelinde Yatan Politikaları Dikkate Almayan Yaklaşımına Yöneltilen Eleştiriler " başlığı altında yapılan açıklamalar.

Nitekim, örneğin teori taraftarlarına göre, genel çerçevede bir alım-satım sözleşmesinde, satıcının edimi karakteristik sayılmakta ve sözleşme uygulanacak hukukun tayini bakımından satıcının merkez yeri ya da mutad meskeni yeri ile irtibatlı hale getirilmektedir. Ancak, bu genel kuralın tayininden sonra, satım sözleşmesi alt kategorilere ayrılmakta ve her biri kendi nihaif yerleştirilmesine tâbi kılınmaktadır ve bu aşamada önemli istisnalar işlerlik kazanmaktadır. Bu istisnalardan ilki, taşınmaz mal satımı sözleşmesiyle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Teoriyi savunanlara göre, taşınmaz malın satımı ile ilgili sözleşmelerde, taşınmaz malın kayıt ve tescil edilmesine dair malın bulunduğu ülke hukukunda yer alan emredici karakterli kuralların hukukî muamele üzerindeki güçlü etkisi nedeniyle sözleşme, taşınmaz malın bulunduğu ülkeye yerleştirilmekte ve "lex rei sitae"ye tâbi kılınmaktadır. Oysa, taşınmaz malın bulunduğu bu yer, teorinin genel kuralı dahilinde karakteristik edim borçlusunun ticarî faaliyetini yürüttüğü yer olarak nitelendirilemez. Mülkiyetin devri ile ilgili aleniyeti sağlayan şartların varlığı ve Borçlar Hukuku ile Eşya Hukuku arasındaki yakın ilişki; aynı sonuca varma ihtiyacı gibi harici faktörler, teorinin yarattığı bu karmaşıklığın nedenini oluşturmaktadır. Buna karşılık, teori taraftarlarınca tezgâh üstü satımlarda bağlantı, sözleşmenin akdedildiği yerle kurulmaktadır. Sözleşmenin in'ikad yeri gibi genel olarak reddedilen bir bağlantı noktası hakkında böylesine bir geri dönüşün niçin gerekli olduğunu açıklayan mantıkî bir neden bulunmamaktadır. Zira, tezgâh üstü satımın yapıldığı hallerde, satım sözleşmesinin akdedildiği yerle, satıcının ticarî faaliyetini yürüttüğü yerin farklı ülkelerde bulunması olası değildir. Dolayısıyla, karakteristik edimden bu tip satım sözleşmeleri bakımından vazgeçilmesi yersizdir.¹¹⁴

Karakteristik edimin yerleştirilmesinde ortaya çıkan gelişigüzel seçime verilebilecek çarpıcı bir örnek de, hizmet sözleşmeleridir. Teorinin ortaya koyduğu kriterler doğrultusunda, bir hizmetin yürütüldüğü sözleşmelerde, karakteristik edim, hizmeti gören tarafa ait iken, işçi-işveren gibi bir bağımlılık ilişkisinin söz konusu olduğu hizmet sözleşmelerinde, ağırlık merkezi, işveren lehine değişmekte; bireysel bağımlı ve kısmî ifaların içine dahil edildiği bir bütün olarak faaliyetleri plânlayan ve düzenleyen organizasyonun merkeziyle hukukî muameleyi bağlantılı hale getirmektedir¹¹⁵. Bağımlılık ilişkisi, işveren tarafından belirli biçimde ortaya konan yüksek seviyedeki düzenleme ile uyum sağlayacak şekilde, işin ifasının karakteristik yapısını zayıflatmaktadır. Bağımlılık ilişkisine dayalı bu ayırmada, pratik bir etki yaratmamasına rağmen açıkça, karakteristik edimin işi ifa eden işçiye ait olduğu düşüncesi saklı tutulmakla birlikte, teori taraftarları sözleşmenin, işin genellikle ifa edildiği yer hukuku ile bağlantılı

¹¹⁴ D'oliveira, agm., sh. 321 - 322.

¹¹⁵ D'oliveira, agm., sh. 322 - 323.

olması zorunluluğuna da işaret etmektedirler. Bu durum, karakteristik edim işveren tarafından ifa edilse de aynı sonuca varılmasını mümkün kılar. Bu halde, kimin karakteristik edimi ifa ettiği hususu da önem arzetmez. Karakteristik edimin tayini, bağlantı üzerinde önemsiz bir etki dahi yaratmaz. Buna göre, karakteristik edimin tayinindeki orta aşama, sözleşmeyi bir ülkeye bağlarken atlanabilir ve sonuç olarak, ilgili ticarî işletmenin idaresini kolaylaştırmayı sağlayan elverişli fonksiyonel bağlantıya geçilebilir¹¹⁶. Bu nedenle, teorinin, endüstriyel işverenin değerli faaliyetlerinin, para gibi birbirleriyle ikame edilebilir fabrika işçilerinin faaliyetlerinden çok daha karakteristik bir yapıya sahip olduğunu; ya da ticarî yatırımın, makinalara hizmet etme ödevinden çok daha aslı olduğunu; veyâ iş adamının çok daha yaratıcı olduğu ve bazı hallerde işletme zemininde çalışan işçiye nazaran çok daha fazla risk yüklediğini ve "bugünün kölesi işçi"nin gerçekte herhangi bir karakteristik edim ifa edemeyeceğini açıkça kabul etmesi, çok daha dürüst bir yaklaşım olurdu. Bu kapitalist model, aşikâr biçimde yanlış bir sınıflandırma sunmaktadır. Bu suretle, teorinin saflığı, mümkün olduğu kadar pürüzsüz bir düzenleme yapma çabasına feda edilmekte ve bu nedenle teorinin iddia ettiği basitlik unsuru bir kez daha ortadan kalkmaktadır¹¹⁷. Bu örnekler dahilinde görüldüğü üzere, teorinin fonksiyonel olduğu iddiası, içi boş sözlerden ibaret kalmakta; teoriden uzaklaşmaya yol açan neden, fonksiyonel analizin kesinlikle bizzat kendisi olmaktadır.¹¹⁸

Teorinin yaptığı bu yerleştirme, farklı sözleşme tiplerinin benzer ekonomik ve sosyal etkisini dikkate almayan bir yaklaşımı da ortaya koymaktadır. Nitekim, bu yerleştirmenin ne kadar gelişigüzel bir tercihe dayandığı ve sözleşmenin ekonomik ve sosyal fonksiyonunu gözardı ettiği, somut plânda alacağın temlikî sözleşmesi ile kefalet ya da garanti sözleşmelerinin karşılaştırılmasıyla daha da iyi ortaya çıkacaktır. Teori taraftarlarına göre, her ne kadar aslı borç ile teminat arasında yakın bir ilişki bulunmaktaysa da, kefalet veya garanti sözleşmesi, diğerinden ayrı bir biçimde, teminatı veren kefilin veya garanti verenin hukuku ile bağlantılıdır; bu nedenle, kefalet ya da garanti borcunu doğuran aslı ilişki önem arzetmez¹¹⁹. Oysa, birbirinden bağımsız bu sözleşmeler, ayrı ayrı ya da tek bir sözleşme metni içinde yer almaları önem arzetmeksizin, birbiriyle o kadar yakın bir hukukî ve ekonomik bağlantı içindedirler ki, aynı hukuka tâbi kılınma gereğini doğurabilirler. Bu nedenle, diğer ilgili sözleşmelere uygulanan hukuk dikkate alınmaksızın, bireysel olarak her bir sözleşmeye

¹¹⁶ D'oliveira, agm., sh. 323 ; Ayrıca bkz. Patocchi, agm., sh. 135.

¹¹⁷ D'oliveira, agm., sh. 324.

¹¹⁸ Patocchi, agm., sh. 134.

¹¹⁹ D'oliveira, agm., sh. 321.

uygulanacak hukukun ayrı ayrı tayin edilmesini öngören temel kuraldan vazgeçilebilir¹²⁰.

Bu kapsamda olarak, teori dahilinde temlikler, alacağın devri bağlanma amacına dayalı olarak yapılmaktadır ve temlik, devredilmiş alacağı idare eden hukuka tâbi kılınmaktadır; bu yüzden burada etkin olan temlikin konusudur. Buna göre, haksız fiilden doğan bir alacağın temlikinde, haksız fiili idare eden hukuk; sözleşmeden doğan alacağın temlikinde, sözleşmeyi idare eden hukuk uygulanmalıdır. Teorinin çizdiği bu sınır dahilinde, özellikle, alımları, krediyi, vb. teminat altına almak için kendilerine milletlerarası ticarî uygulamada sıklıkla başvuru alan temlik, kefalet ve garanti sözleşmelerine uygulanacak hukukun neden bu denli farklı olarak tesbit edildiğini anlamak güçtür. Alacağın temlikinde de, borcu teminat altına alma amacı yatabilmekte ve temlik sözleşmesi aynı ekonomik fonksiyonu haiz bulunmaktadır. Bu nedenle, teorinin öncüleri, hukukî muamelelerin ekonomik fonksiyonunu esas aldıkları iddiasında olduklarına göre, temlik ile devredilen alacak arasında değil; temliğin sadece bir parçasını oluşturduğu hukukî ilişkiler bütünü ile olan ilişkiye dayanmaları gerekirdi¹²¹.

Konuya başka bir açıdan bakıldığında, bu tür sözleşmeler bakımından karakteristik edimin tayini de kolay değildir ve bu nedenle yapılacak tesbit de sübjektif bir değerlendirmeye bağlı olacaktır. Temlik sözleşmelerinde, bu tür hukukî muameleleri, devredilen alacağın tâbi olduğu hukuka bağlamanın temelinde yatan başlıca neden, borçlunun kötü duruma düşmesini engellemektir. Bu sonuca, zayıf olanın korunması ya da böyle bir temliğe hiç bir katılımı bulunmayan aleyhine alacağın devredildiği tarafın gözetilmesi nedenlerine dayalı olarak katılabilirse de, böyle bir düşüncenin karakteristik edim teorisine uygunluk arzettiğini söylemek, son derece zordur. Karakteristik edim teorisinin kriterleri dahilinde, kimin gerçekte karakteristik edim borçlusunu olduğunu tayin etmek kolay değildir. Borçlu / devreden, borçlu / devralan, devreden / devralan arasındaki sözleşmesel ilişkiler, öylesine birbirine karışmış ve bu sözleşme farklı ekonomik temellere dayalı bu hukukî muameleler ile öylesine bağlantılı hale gelmiştir ki, bu üçlü taraflardan birinin gösterdiği çok küçük bir göreceli üstünlük dahi onu diğerlerinden çok daha karakteristik kılmaya yetecektir¹²².

¹²⁰ İsviçre mahkemelerinin, bu tür bağlantılı sözleşmeler bakımından, her bir sözleşmeyi kendi hukukuna tâbi kılan kararlarının yanı sıra; sözleşmelerin hukukî ve ekonomik bağlantılarını dikkatle gözden geçirerek bu farklı ancak bağlantılı sözleşmeleri tek bir hukuka tâbi kılan kararları da mevcuttur. Bu genel kurala istisna getiren kararlar hakkında bkz. Patocchi, agm., sh. 127 - 128.

¹²¹ D'oliveira, agm., sh. 321 - 322; Patocchi, agm., sh. 127 - 128.

¹²² D'oliveira, agm., sh. 322.

Tüm bu örnekler dahilinde açıkça görüleceği üzere, teori bir yandan, bağımsız nitelikli sözleşmeler bakımından, iddia ettiğinin tersine sözleşmelerin ortak ekonomik fonksiyonlarını dikkate almayan bir yaklaşımı sergilerken; öte yandan gördükleri benzer ekonomik fonksiyonlara rağmen farklı sözleşme tipleri arasında ayırım yaparak onları tamamiyle sübjektif bir seçime dayalı biçimde farklı bir yerleştirmeye tâbi kılmaktadır.

f. Teorinin Sunduğu Genel Kuralın Her Zaman En Yakın İlişkili Hukuka İşaret Edemediği Görüşü

Karakteristik edimin tayini ve yerleştirilmesinde başvuru kriterlerinin temelinde yatan aldatmaca¹²³, teorinin en yakın ilişkili hukuku tayinde etkili bir metod sunmasını engellemekte¹²⁴ ve " hukukî belirlilik " ve " hakkaniyet " arasında ortaya çıkan ihtilâfı önemli ölçüde ortadan kaldıran bir çözüm sunduğu iddiası, pek çok somut hukukî durum bakımından gerçeği yansıtamamaktadır.

Bu kapsamda olarak, öncelikle söylenmesi gereken, teorinin genel metodu dahilinde, sözleşme tipleri bakımından, karakteristik edime veya yerleştirmeye dair " a priori " karineler öneren yaklaşımının, en yakın ilişkili hukukun tayinine imkân veren bir niteliği bünyesinde barındıramayacağıdır. Zira, en yakın ilişkili hukuk lehine teorinin sunduğu genel kuraldan vazgeçen mahkemelerin, karakteristik edime işaret eden karineler bakımından mevcudiyeti zorunlu en yakın irtibatın bulunup bulunmadığının tesbiti aşamasında dahi esasen, hukuk sistemleriyle bağlantı kuran sözleşmeyle ilgili her bir bağlama noktasını dikkatlice gözden geçirmek mecburiyeti vardır. Bu bağlamda, evleviyetle hiç bir ilişkinin, yetersiz bir bağlantı yarattığı kabul edilemez ya da en yakın ilişki kriterine dayalı bir istisnanın uygulanabilirliğinden bağışık kılınabileceği söylenemez¹²⁵. Bu nedenle, pozitif hukuk kuralları veya mahkeme kararlarıyla ortaya konan karakteristik edime dayalı bağlama kurallarının her somut olayda en yakın ilişkili hukuka işaret edeceği peşinen kabullenilemeyecektir. Başka bir ifadeyle, tanım gereği en yakın ilişkili hukukun tesbitinde " a priori " karineler kesinlik kazanamayacaktır¹²⁶.

Nitekim, bu çerçevede, satım sözleşmeleri çarpıcı bir örnek olarak verilebilir. 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,

¹²³ D'oliveira, agm., sh. 327; Collins, agm., sh. 46 - 47.

¹²⁴ Dicey / Morris, age., sh. 1234.

¹²⁵ Patocchi, agm., sh. 128.

¹²⁶ Collins, agm., sh. 48 - 49.

A ülkesinde mutad meskeni olan alıcı, C ülkesinde yer alan malları, B ülkesinde mutad meskeni bulunan satıcıya sipariş etse, satıcının mutad meskeni hukukunu bağlama noktası olarak esas alan bağlama kuralı dahilinde teoriye göre, satıcının B ülkesi hukuku uygulanacaktır. Eğer, satıcı, alıcıyı A ülkesinde ziyaret etmeye karar verse ve A ülkesini ziyareti sırasında mallarını satsa, bu sözleşmenin halâ B ülkesiyle yakın ilişki içinde bulunduğunu söylemek zordur. Teoriye göre, alıcının yapacağı ödeme halen karakteristik değildir ; buna rağmen, B ülkesi yerine A ülkesi hukukunun uygulanmasını dikkate almak için haklı nedenler vardır. Eğer alıcı ve satıcı, satıcının C ülkesindeki deposunda biraraya gelir, bu ülkede sözleşmeyi akdeder ve sözleşme bu ülkede ifa edilirse, teori, niçin C ülkesi hukukunun uygulanmasının A ve B ülkesi hukukuna nazaran daha iyi olacağını açıklayabilecek bir niteliğe sahip değildir. Satıcının mutad meskeni hukukunun üstünlüğü, sadece, vakıalara dayalı bir model içinde in'ikad ve ifa edilen öngörülüş bir anlaşmalar kategorisi bakımından uygulanabilen bir kural/karine olabilir¹²⁷. Bu kapsamda yine örneğin, X devletindeki üretici ile, aslı işletmesi Y devletinde olan çokuluslu bir şirket arasında dünya çapında bir dağıtımını kapsayan bir dağıtım sözleşmesi akdedildiğinde, karakteristik edim teorisine göre, karakteristik edimi ifa eden taraf, çokuluslu dağıtım şirketi olacaktır. Bu halde uygulanacak hukuk Y devleti hukukudur ve bu hukukun, X devleti hukukuna ya da dağıtımın büyük ölçüde gerçekleştiği yer hukukuna nazaran, sözleşmeyle çok daha yakın bir ilişki içinde bulunduğunun kabulünü gerektiren herhangi bir neden yoktur¹²⁸.

Öte yandan, teorinin genel kurallarına, aşağıda bazı örnekleri de verilen çok sayıda istisna getirilmesi, teorinin kriterleri dahilinde belirginleşen bağlama kurallarının, iddia edildiğinin aksine, karakteristik edim tayininin fonksiyonel bir analize dayanmadığını ve buna bağlı olarak, en yakın ilişkili ülkeye yerleştirmeyi sağlayamadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu durum, karakteristik edimin, bir yandan milletlerarası unsurlu sözleşmenin "özü"nü oluşturan niteliğini yansıtacağı; öte yandan sözleşmeyi en uygun hukuka irtibatlayabileceği iddiasının halen desteklenmeye devam edilmesi

¹²⁷ Patocchi, agm., sh. 133; Nitekim, Amsterdam Temyiz Mahkemesinin Utag B.V. v. Robeco Export Corporation dâvasına ilişkin 1978 tarihli bir kararında, kendi üretmediği misli bir malı sadece karşı tarafa gönderen bir satıcının edimi, edimi belli bir miktar parayı ödemekten ibaret olan alıcıya nazaran çok daha karakteristik sayılmamış; bağlama noktası olarak satıcının işyeri yeterli ağırlıkta görülmemiş ve en yakın ilişkili hukukun tayininde sadece bağlantıyı sağlayan noktalardan biri olarak değerlendirilmiştir. Mahkemenin vardığı bu sonucun, satıcı tarafından üretilmiş özel malların satım sözleşmeleri bağlamında, en azından satım sözleşmeleri bakımından karakteristik edim kriterine getirmiş olduğu bir sınırlamayı ifade ettiği yönünde yapılan yorum ve ilgili mahkeme kararı için bkz. De Boer, agm., sh. 55.

¹²⁸ Collins, agm., sh. 46.

gerektiği düşüncesinde yapılan ısrarı sorgulamak bakımından yeterli bir neden yaratmaktadır.¹²⁹

Bu çerçevede en yakın ilişkili hukuku bulma çabası içinde, teorinin belirlediği genel kurala getirilen önemli bir istisna, taşınmaz malın kiralanması sözleşmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu halde taşınmaz mal, hak sahibi ile kiracı arasındaki ilişkiyi içerecek biçimde, sözleşmeye uygulanacak hukuk, teorinin kategorik sınıflandırma dahilinde belirlediği genel kuralının gösterdiğinin aksine, "lex situs" dur¹³⁰. Bu bağlamda, taşınmaz mal üzerinde aynı hakkın tesisini talep hakkı veren sözleşmeler de yine, taşınmaz malın bulunduğu yere bağlanmaktadır¹³¹.

Teorinin, zayıf olanın korunmasını esas alan politikaları göz ardı eden ve bu suretle sözleşmenin sosyal fonksiyonunu dikkate almayan yaklaşımının zorunlu sonucu olarak, tüketici sözleşmeleri bakımından da bir istisna getirilmiş bulunmaktadır. Günümüz hukuk sistemlerinde, bu sözleşmeler bakımından giderek artan biçimde, karakteristik edim teorisinin gösterdiği satıcının mutad meskeninin yerine, tüketicinin mutad meskeni, sözleşmeyi idare eden hukuku belirleyen bir bağlama noktası olarak belirlenmektedir. Tüketicinin mutad meskeni lehine¹³², karakteristik edimden yapılan bu uzaklaşma, tüketici sözleşmelerine dair kanunlar ihtilâfı kurallarının temelinde yatan mantık nedeniyle özel bir önemi haiz görülmektedir. Tüketici sözleşmelerine dair bu kanunlar ihtilâfı kuralları, kanun koyucunun niyet ve amaçları dahilinde, milletlerarası unsurlu hukukî

¹²⁹ Nitekim, günümüz yazarlarının, karakteristik edime yer veren 1980 tarihli AT. Roma Sözleşmesinin, "sözleşmelere genel olarak uygulanabilecek kanunlar ihtilâfı kurallarının formüle edilmesi noktasında, evrensel bir yaklaşım güçlüğüne işaret ettiğini" ifade eden Delaume ile aynı görüşü paylaştıkları yönünde bkz. Patocchi, agm., sh. 134.

¹³⁰ Daha yakın ilişkili bir hukuk tesbit edilmediği sürece taşınmaz mallarla ilgili sözleşmeleri taşınmaz malın bulunduğu ülke hukukuna tâbi kılan, Alman (EGBGB.), md. 28 / III için bkz. Gildegen / Langkeit, agm., sh. 252; Aynı yönde, 1980 tarihli AT. Roma Sözleşmesi md. 4 için bkz. OJ. No. L 266, 9 October 1980; Daha yakın ilişkili hukukun varlığı istisnasına yer vermeksizin benzeri bir düzenleme içeren İsviçre (DÖHK.) md. 119 için bkz. Karrer / Arnold, age., sh. 116.

¹³¹ Nomer, age., sh. 269.

¹³² Tüketicinin mutad mesken yeri hukuku lehine kural vaz'eden ülke hukuklarında ortak olarak tesbit edildiği üzere, karakteristik edimin genel kuralından vazgeçilebilmesi bazı şartların varlığına bağlıdır. Buna göre, tüketicinin mutad meskeni hukukuna müracaat edebilmek için, bu ülkede yapılan reklâm ya da özel olarak kendisine gönderilen icaba bağlı olarak sözleşmenin akdedilmiş olması ve tüketicinin kendisi açısından sözleşmenin in'ikadı ile ilgili zorunlu tüm şartları bu ülkede yerine getirmiş bulunması; veya tüketiciye mal ve hizmet sunan tarafın kendisi ya da acentasının bu ülkede tüketicinin bu yöndeki talebini almış olması; satım sözleşmesinin yapıldığı hallerde ise, tüketicinin belli bir malı almak üzere, satıcı tarafından davet edildiği ülkeye giderek orada sipariş vermiş olması gerekmektedir. 1980 tarihli AT. Roma Sözleşmesi md. 5 için bkz. OJ. No. L 266, 9 October 1980; Bu yönde düzenlemelerden biri de Alman (EGBGB.), md. 29'da yer almaktadır. Bkz. Gildegen / Langkeit, agm., sh. 253-254; İsviçre (DÖHK.), md.120'de yer alan benzeri düzenleme için bkz. Karrer / Arnold, age., sh. 116 - 117.

ilişkilerde etkili bir tüketici korunması sağlayabilmek amacıyla vaz'edilen millî düzenlemeler ile öngörülmüş ülkesel uygulanabilirlik alanı temeline dayalı ve onu yansıtan kurallardır. Bunlar normalde, karakteristik edimin öngördüğü genel kural dahilinde tesbit edilecek satıcının hukukunun uygulanması halinde, teorinin şüpheye yer vermeyecek şekilde temin edemeyeceği amaçlardır¹³³.

Bu aşamada verilebilecek bir diğer örnek de, hizmet sözleşmeleridir. Bu sözleşmeleri karakterize eden edimin işçiye ait olduğu kabul edilmekte ancak; uygulanacak hukuk, işçinin mutad meskeni veya ikametgâhı değil; normalde, işverenin işyeriyle de aynı olan mutaden işini gördüğü yere göre belirlenmektedir. Böyle bir işyeri yoksa, işverenin işyeri hukuku hâkim hale gelir¹³⁴. İşçinin korunması millî hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanan kurallar ile zorunlu kılındığı için, kanunlar ihtilâfı kurallarının, mutaden işin görüldüğü yer hukukunda yer alan bu tür düzenlemeleri dikkate almayan bir yaklaşımı temsil etmesi düşünülemez¹³⁵.

Gerçekte, İş Hukukunun bu şekilde doğrudan uygulanan kurallar olarak gelişimi, sözleşmeyi bağlantılama ödevini kolaylaştırmaktadır; ancak bu, aynı zamanda karakteristik edim düşüncesine dayalı teoriden de uzaklaşma anlamına gelmektedir. Zira, zayıf olanın korunması alanında kendi objelerini bulan doğrudan uygulanan kuralların, karakteristik edim teorisiyle hiç bir ilgisi yoktur; tam tersine zayıf olanın korunması hususu, karakteristik edim teorisi tarafından ele alınmamış bir boşluk olarak değer taşımaktadır¹³⁶. Dolayısıyla, karakteristik edimin yaklaşımı, böyle bir çözümü sağlamak noktasında gereksiz ve yetersiz bir metod sunmaktadır¹³⁷.

¹³³ Patocchi, agm., sh. 134.

¹³⁴ Nitekim, Alman (EGBGB.), md. 30'daki düzenlemeye göre, Alman Hukukunda, daha yakın ilişkili bir hukuk bulunmadıkça, geçici olarak başka bir ülkede hizmet görmekle görevlendirilmiş olsa bile, işçinin mutaden işini gördüğü yer hukuku; eğer başka ya da bu ülkede mutaden işini görmüyor ise, işçinin işe alındığı yeri ifade eden , işverenin idare merkezi hukuku esas alınmaktadır. Gildeggen / Langkeit, agm., sh. 254; Böyle bir mutad işyeri yoksa, işverenin hukukunu esas alan 1980 tarihli AT. Roma Sözleşmesi md. 6 için bkz. OJ. No.L 266, 9 October 1980; Kural olarak, işçinin işini mutaden yerine getirdiği yer hukukunu esas almakla birlikte ; işçinin mutaden işini birden fazla ülkede yerine getirdiği hallerde, hizmet sözleşmesinin işverenin ticarî faaliyetinin merkezi hukukuna; böyle bir yer yoksa, işverenin ikametgâh ya da mutad meskeni hukukuna tâbi kılınmasını öngören İsviçre (DÖHK.) , md. 121 için bkz. Karrer / Arnold, age., sh. 117.

¹³⁵ Patocchi, agm., sh. 135.

¹³⁶ D'oliveira, agm., sh. 324; Patocchi, agm., sh. 135; Ayrıca bkz. yuk. " II. c. cc. Teorinin Maddî Hukuk Kurallarının Temelinde Yatan Politikaları Dikkate Almayan Yaklaşımına Yöneltilen Eleştiriler " ve " II. e. Sözleşmenin Yerleştirilmesine Dair Teorinin Ortaya Koyduğu Metoda Yöneltilen Eleştiriler " başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹³⁷ Patocchi, agm., sh. 135.

Karakteristik edim teorisinin sunduğu genel kuralın diğer bir istisnasını da inşaat sözleşmeleri oluşturur. Kural olarak, teoriye göre, milletlerarası unsurlu bir inşaat sözleşmesini, müteahhidin mutad meskeni ya da idare merkezi hukuku idare etmelidir. Müteahhidin mutad meskenine genel bir öncelik tanıma, başlıca müteahhidin işyerinde ifa edilen sözleşmeler bakımından haklı sayılabilir. Bununla birlikte, mühendislik projesi sözleşmelerinin ifası genellikle, inşaat alanında ifa edilir. Bu tür projelerle, sözleşmenin ifa edildiği ülke arasındaki bağlantı bu kapsamda, hukukî de olabilir. Özellikle, inşaat sahibinin hukukunda, bu tür sözleşmelerin icrası ile ilgili doğrudan uygulanan kuralların varlığı halinde bu durum ortaya çıkar. Bu nedenle, inşaat sözleşmeleri, karakteristik edime dayalı bir yerleştirmeden vazgeçildiği takdirde, daha yakın ilişki kriteri nedeniyle gerekli hale gelen bir istisnanın uygulanmasına imkân sağlanabileceğini gösteren en iyi örneklerden birini teşkil eder.¹³⁸ Başka bir deyişle, karşı tarafın ediminin para ödemesinden oluştuğu milletlerarası unsurlu yapı ve inşaat sözleşmelerinde, karakteristik edimi ifa eden tarafın müteahhit olması ve müteahhidin mutad meskeni hukukunun uygulanması, teorisinin bizi yine en yakın ilişkili hukuktan uzaklaştırdığının kanıtıdır. Bu tür sözleşmelerde, çalışmanın ifa yeri, müteahhidin işyerinden çok daha yakın bir ilişki yaratır. Fizikî anlamda iş burada görülmektedir; yani, bu ülke, görülen işin " situs "unu ifade eder. Bu nedenle, bu " situs " hukuku, sözleşmeyle daha yakın bir ilişki içindedir.¹³⁹

Bu örnekler dahilinde açıkça görüldüğü üzere, teorisinin fonksiyonel olduğu iddiası, içi boş sözlerden ibaret kalmakta; teoriden uzaklaşmaya yol açan neden, fonksiyonel yerleştirmenin kesinlikle bizzat kendisi olmaktadır.¹⁴⁰ Dolayısıyla, teori, aslında eski tarz bir " kavramsalcılık "ın ürünü olduğunu da ortaya koymaktadır.¹⁴¹

g. Teorinin Özel Bağlama Kurallarının Oluşturulabilmesi İçin Gerekli Olmadığı Görüşü

Teori, özel sözleşme tipleri için özel bağlama kurallarının bulunması gereğinin bir sonucu olarak karakteristik edim kavramına başvurulmasını öngörmektedir. Oysa, özel tipte sözleşmeler için özel bağlama kuralları formüle etme ihtiyacının, karakteristik edim kavramına dayanmadığı, giderek artan biçimde kabul edilmektedir.¹⁴²

¹³⁸ Patocchi, agm., sh. 135.

¹³⁹ Von Hoffmann, agm., sh. 227.

¹⁴⁰ Patocchi, agm., sh. 134.

¹⁴¹ Patocchi, agm., sh. 132.

¹⁴² Nitekim, İsviçre Hukukunda, karakteristik edimin, bir kanun hükmü gereği başvuru bir metod olarak kabul edildiği 1987 yılına kadar mahkemelerce verilen kararlar çerçevesinde,

h. Her Sözleşme Tipi İçin Karakteristik Edim Tayininin Mümkün Olmadığı Görüşü

Bu görüş tarafından ifade edildiği üzere, tümüyle değer yargılarına dayanan karakteristik edim teorisinin eleştiriye açık bir diğer yanı, sunduğu metod dahilinde, her "tip" sözleşmenin karakteristik edimini bulmanın ve yerleştirilmesini sağlamanın da imkânsız olduğudur. Bu durum, trampa gibi karşılıklı edimleri benzerlik gösteren sözleşmelerle, atipik ya da iki veya daha fazla sözleşmenin unsurlarının biraraya getirilmesi suretiyle oluşan özgün bir bileşim olarak tanımlanan karma nitelikli sözleşmelerde özellikle ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda örneğin, karma nitelikli sözleşmelerden biri olarak kabul edilen ve genellikle para ödemesinden başka karşılıklı borçlar içeren dağıtım sözleşmelerinde, üreticinin malı üretmek ve kalitenin sürekliliğini sağlamak borcu ile, dağıtıcının, reklamlar vasıtasıyla pazar yaratarak, malın satımı oranını artırmak için elinden gelen çabayı mantık kuralları dahilinde göstermek borcu arasında, birini diğerine üstün tutmayı haklı gösterecek bir neden bulmak olası değildir. Karma nitelikli bir diğer sözleşme olan lisans sözleşmelerinde de, öylesine karşılıklı edimler mevcuttur ki, taraflar arasında karakteristik edim için herhangi bir kural öngörmek, rasyonellikten uzak gelişigüzel bir yaklaşımın benimsenmesi anlamına gelir¹⁴³. Bu tür sözleşmeler, karakteristik edim teorisinin kırılğanlığını ispatlayan ve karakteristik olanı tayin etmenin mümkün olamayacağını ya da karakteristik edimin gözardı edilebilme ihtimalini ortaya koyan belirgin örneklerdir¹⁴⁴.

özel tipte sözleşmeler için özel bağlama kuralları formüle etme ihtiyacının, herhangi bir yeni kavrama başvurulmaksızın İsviçre Hukukunda bilinen sözleşmesel tiplerin çeşitliliğine dayandırılarak giderilmesinin daha iyi olabileceği ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz. Patocchi, agm., sh. 123 - 124.

¹⁴³ Bu görüş ve lisans sözleşmeleri bakımından lisans alan ve verenin edimini karakteristik sayan diğer görüş ve düzenlemeler için bkz. Von Hoffmann, agm., sh. 227; Tekinalp, G. : "Patent Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Bağlama Kuralı", İHFM., 1970, C. XXXV, (Patent Lisansı), sh. 260 vd.; Kofler, (Austrian Act); Erdem, age., sh. 183 vd.; Lisans sözleşmelerinin karma nitelikli bir sözleşme tipi olduğu ve karakteristik edim teorisine göre, sözleşmeye karakterini veren bir edimin tesbitinin mümkün bulunmadığı hakkında bkz. Sargin, F. : Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1999, (Çoğaltılmış Doçentlik Tezi), sh. 239 vd.; Bağlantılı sözleşmeler hakkında aynı yönde eleştiri için bkz. " II. e. Sözleşmenin Yerleştirilmesine Dair Teorinin Ortaya Koyduğu Metoda Yöneltilen Eleştiriler " başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁴⁴ D'oliveira, agm., sh. 310; Collins, agm., sh. 48; Dicey / Morris, age., sh. 1235; Ayrıca bkz. North, P. M. / Fawcett, J. J. : Cheshire and North's Private International Law, Ed.12th, London / Dublin / Edinburg 1992, sh. 492; İsviçre mahkemelerinin, karmaşık yapıli sözleşmeler bakımından, bu nitelikleri nedeniyle, karakteristik edim kriterinden vazgeçerek en yakın ilişkili hukuk kriterine başvurdıkları hakkında bkz. Patocchi, agm., sh. 127; Pek çok sözleşme tipi bakımından, karakteristik edimin tayininin mümkün olmadığı yönünde bkz. Haak, agr., sh. 190.

III. Karakteristik Edim Kavramının Türk Hukukundaki Yeri ve Etkisi

a. Türk Hukukundaki Kanunî Düzenlemeye İlişkin Doktriner Tartışmalar

Türk Hukukunda, MÖHUK. md. 24 / II. fıkrasıyla "karakteristik edim", ifa yerinin birden fazla olduğu sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren objektif bağlama kuralının bağlama noktası olarak belirlenmiş ve bu maddede, "borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edim" kavramıyla ifade edilmiş bulunmaktadır.

Türk hukuk doktrinde, bu düzenlemeyle, sosyal içeriği ağır basan veya rizikolu olduğu düşünülen edimin ifa edildiği yer hukukunun objektif bağlama kuralının esasını oluşturduğu ifade edilmekte¹⁴⁵ ve karakteristik edime göre, sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlendiği hallerde, bu edimin aynı zamanda en yakın ilişkili hukuku temsil ettiği de genel kabul görmektedir¹⁴⁶.

Türk hukuk doktrinde, MÖHUK.'un 24. maddesinde, karakteristik edimin " ifa yeri "nin esas alınmış olması, özellikle eleştirilmektedir. Bu eleştirel yaklaşıma göre, karakteristik edimin ifa yeri hukukundan ziyade, karakteristik edim borçlusunun ikametgâh veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku, sözleşmesel ilişkide, edimi ağırlık taşıyan kişinin menfaatine daha uygundur. İfa yeri, karakteristik edim borçlusunun edimine verilen değeri ortaya koyamamaktadır. Oysa, karakteristik edim borçlusunun ikametgâhı ya da mutad meskeni kriterinin dikkate alınması, amaca daha uygun düşer; ifa yerinden daha çok kararlılık gösterir ve ifa yerinin tesbiti güçlüğüne veya birden fazla yerde gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak sakıncaları ortadan kaldırır. Bu nedenle, ifa yeri kavramı yerine, karakteristik edim borçlusunun daha yakın bir ilişki içinde bulunduğu, daha iyi bildiği bir hukukun esas alınarak taraf menfaatinin korunması sağlanmalıdır. Dolayısıyla, bunu sağlayacak şekilde, MÖHUK. md. 24'de, önceden belirlenebilen ve devamlılık arzeden, mutad mesken, iş yeri,

¹⁴⁵ Tekinalp, G. : Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, B. 6, İstanbul 1999, sh. 266; Öztürk, P. : Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001, sh.146; Tekinalp, (Akdî Borç Statüsü), sh. 68.

¹⁴⁶ Tekinalp, G. : " Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması", Hirsch Armağanı, Ankara 1986, (Akdî İlişki), sh. 444 ve sh. 449; Tiryakioğlu, age., sh.222 ve sh. 237; Karakteristik edimi esas alan MÖHUK. md. 24'ün, Milletlerarası Özel Hukukun, tüketiciyi koruma amacının bulunmadığı diğer milletlerarası unsurlu tüketici sözleşmeleri bakımından, Milletlerarası Özel Hukuk hakkaniyetini gerçekleştirilmeye yeterli olduğu yönünde bkz. Güngör, G. : " İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", AHFD., 1997, C. XXXVI, S. 1- 4, sh. 120.

ikametgâh gibi hukukî güvenlik ve kesinlik ihtiyaçlarına cevap veren ve taraf menfaatinin gerçekleştirilmesini sağlayan bağlama noktalarının, ifa yeri bağlama noktası yerine ikamesi yerinde olurdu¹⁴⁷. Ancak, bu görüşe göre yine de, MÖHUK. md. 24'ün bu düzenleniş tarzına rağmen, ifa yerinin tesbit edilemediği hallerde, sözleşmenin en yakın ilişki içinde bulunduğu yer, karakteristik edim borçlusunun iş ikametgâhı veya mutad meskeni şeklinde anlaşılabilir¹⁴⁸ ve uygulanması sağlanabilir.

Doktrinde, 24. maddenin düzenleniş tarzına getirilen eleştirilerden biri de, en yakın ilişkili hukukun, diğer hukuk sistemlerinden farklılık arzedecek şekilde, genel kurala bir istisna olarak değil de, ifa yerinin tesbit edilememesi halinde devreye giren bir yardımcı kural olarak öngörülmüş bulunduğu¹⁴⁹. Buna göre, katı kuralları uygulamanın sebep olacağı haksızlıkların somut olayda ortadan kaldırılmasını sağlayan bir istisna kuralı olarak, en yakın irtibat noktalarına göre uygulanacak hukukun tesbiti imkânının Türk hâkimine verilmemiş olması, somut olay adaletini sağlayamama sakıncasını yaratacaktır¹⁵⁰.

Ancak, doktrinde, 24. maddenin farklı yorumu ile, bu sakıncanın giderilebileceği de ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, kavramın sadece yardımcı bir kural olarak uygulanmayıp, geniş yorumlanması halinde, somut olaydaki maddî vakıalar dikkate alınabilir ve karakteristik edimin ifa yeri bulunsa bile, onun anlamsız kaldığı ve adil olmadığı, buna karşılık en yakın ilişkili başka bir hukukun varlığının söz konusu edilebildiği hallerde, bu hukukun uygulanabilmesi mümkündür¹⁵¹. MÖHUK.'un yapısı, böyle bir araştırmanın yapılmasına elverişlidir. Zira, MÖHUK.'daki tüm objektif bağlama kuralları, o hukukî ilişkiler için kanun koyucunun en yakın ilişkili

¹⁴⁷ Akıncı, (İnşaat Sözleşmeleri), sh. 90-91; Tiryakioğlu, age., sh. 237 - 238; Öztürk, age., sh. 147 - 148; ayrıca bkz. Çelikel, age., sh. 259; Tekinalp, (Akdî Borç Statüsü), sh. 69.

¹⁴⁸ Tekinalp, age., sh. 266 ve sh. 268 - 269.

¹⁴⁹ Tekinalp, (Akdî İlişki), sh. 450; Ancak, yazar, en yakın ilişkili hukukun sadece ağırlıklı edimin ifa yerinin tesbit edilememesi halinde uygulama alanı bulacağı; ifa yeri tesbit edilirse, bu yer hukukunun somut olayda adil olup olmadığı dikkate alınmaksızın ve daha yakın ilişkili devlet hukuku araştırılmaksızın uygulanacağı yönündeki görüşünü, daha sonra değiştirmiş bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Tekinalp, (Akdî Borç Statüsü), sh. 69 - 70; Bu konuda ayrıca bkz. Erdem, B.B. : Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2000, sh. 185-186; Doğan, V. : İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında Bağlama Kurallının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, sh. 48.

¹⁵⁰ Tekinalp, age., sh. 267 - 268; Öztürk, age., sh. 147 - 148; MÖHUK'un 24. maddesinin, tüm sözleşmeleri kapsayan bir kural olarak, her sözleşme tipi için, özellikle korunması gereken menfaatlere göre her zaman tatminkâr sonuçlar vermeyeceği; karakteristik edimin ifa yeri hukukunun uygulanmasının zayıf olan tarafın korunmasını sağlayamayabileceği; bu nedenle, maddedeki en yakın ilişkili hukuk kuralının bağımsız bir bağlama kuralı niteliği kazanması gerektiği yönünde bkz. Çelikel, age., sh. 259 - 261; Bu nedenle, MÖHUK.'da kanunî bir değişiklik gerektiği yönünde bkz. Doğan, age., sh. 48.

¹⁵¹ Tekinalp, age., sh. 268.

hukuku arama çabasının ürünüdür. Buna dayanılarak, 24. maddeyi tamamlamak amacıyla, somut olaydaki maddî vakıalar karşısında en yakın ilişkili hukukun araştırılması sadece, ifa yerinin bulunamaması haline münhasır tutulamaz. Aksine bir düşünce, MÖHUK.'un lafzî yorumu anlamına gelir; oysa, yorumda kanunun ruhunun da dikkate alınması şarttır¹⁵².

Doktrinde, karakteristik edimin tayininde sözleşmenin niteliğine bağlı olarak ortaya çıkan tesbit güçlüklerinin nasıl giderileceğine dair farklı görüşlere yer verildiği de görülmektedir. Bu çerçevede bir görüş, iki tarafın ediminin de eşit ağırlıkta olduğu trampa gibi sözleşmelerde, bunlardan birini tercihe haklı bir neden kalmadığını ve bu halde en yakın ilişkili hukukun tesbiti gerektiğini kabul etmektedir¹⁵³. Bu bağlamda, diğer bir görüş, tarafların karşılıklı edimlerinin aynı yoğunlukta olduğu karma nitelikli sözleşmelerde, hakkaniyet gereği bunlardan birinin seçilerek, karakteristik edim olarak adlandırılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, sözleşmelerin milletlerarası ticarî uygulamada ortaya çıkan karmaşık yapısı, bazı hallerde hangi ediminin karakteristik olduğunu tayinde tereddüte yol açabilir. Böyle bir durumda yapılması gereken, sözleşmeyi karakterize eden edimler arasında hakkaniyetli olanı tercih etmektir¹⁵⁴.

b. Türk Hukukundaki Kanunî Düzenleme ve Doktrinde Yer Alan Görüşlerin Teoriye Yöneltilen Eleştiriler Işığında Değerlendirilmesi

Karakteristik edim teorisi, tarihsel süreç içinde sözleşmeler bakımından ortaya çıkan parçalanma problemini ortadan kaldırmak amacıyla öngörülmüştür. Bu süreç içerisinde, mahkeme kararlarıyla zenginleşen ve

¹⁵² Tekinalp, (Akdi Borç Statüsü), sh. 69 - 70.

¹⁵³ Nomer, age., sh. 267.

¹⁵⁴ Bu görüş, teorinin genel kuralları dahilinde, inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin para ediminden hareketle, müteahhidin ediminin karakteristik olduğunu vurgular. Bununla birlikte, inşaat sözleşmelerinin milletlerarası ticarî uygulamada çok karmaşık bir yapı sergilediğini; iş sahibinin ediminin sadece para ödemekten ibaret olmadığını; sözleşmenin işleyişi incelendiğinde, işin tamamlanması için müteahhitle iş sahibi arasında yoğun bir işbirliğinin olduğunu; müteahhidin işin ifası aşamasında sürekli olarak iş sahibinin danışmanlığına ihtiyaç duyduğunu ve bu ihtiyacın, işin ifası sürecindeki bu işbirliğini ve edimlerin birbirine mündemiç hale gelişini açıkça ortaya koyduğunu; dolayısıyla bu gelişmelerin, iş sahibinin yükümlülüklerinin göz ardı edilmeyip; müteahhidin ediminin tek başına sözleşmeyi karakterize ettiği iddiasının, yemiden gözden geçirilmesini gerekli kıldığını ifade etmektedir. Ancak, görüş, ortaya çıkan bu tereddüte rağmen, " uygulanacak hukukun tayininde karakteristik edim borçlusunun belirlenmesini öngören bir bağlama kuralı açısından, her şeye rağmen, karakteristik edim olarak müteahhidin ediminin kabulünün daha hakkaniyetli düşeceği " sonucuna varmaktadır. Milletlerarası inşaat uygulamasında, müteahhidin giderek artan sorumluluklarından hareketle, bu görüş, " sözleşmeyi karakterize eden edimler arasında mutlaka bir seçim yapmak gerekirse, hâlâ müteahhidin ediminin karakteristik edim olarak esas alınmasının daha uygun olacağı "nı ifade etmektedir. Görüş için bkz. Akıncı, (İnşaat Sözleşmeleri), sh. 89 - 90.

milletlerarası sözleşmeler ya da kanunlarla da pozitif nitelik kazanan, her bir sözleşme tipini içine alacak ayrıntılı bir özel bağlama kuralları listesi oluşturularak, günümüz itibariyle en yakın ilişkili hukuku araştırmaya başlayacak hâkime bir başlangıç noktası sunmak açısından da teori önemli ve kayda değer bir işlevi yerine getirmiş bulunmaktadır. Ancak, günümüzde gelinen noktada, esaslı tutarsızlıklar içeren ve hatta kendi belirlediği kriterleri yine, bizzat kendi argümanlarıyla çürüten bir teorinin, halen uygulanabilirliğinde, -üstelik, parçalanmayı önleyen ve özel bağlama kurallarının oluşumuna imkân sağlayan hakkaniyet esasına dayalı elverişli alternatif metodların varlığına rağmen-, ısrar etmenin gereği tartışılmalıdır.

Türk Hukukunda, karakteristik edim teorisinin temelinde yatan mantığın ne olduğu ve dayanak aldığı argümanların, sunduğu metod dahilinde gerçekleşme ihtimalinin bulunup bulunmadığı üzerinde durulmamıştır. Tartışma, karakteristik edim teorisinin sadece bir parçası üzerinde, somut sözleşme tipleri açısından neyin karakteristik edim / ifa sayılacağı¹⁵⁵, ifa yerinden ne anlaşılması gerektiği¹⁵⁶ ve ifa yeri kavramının belirsizliği ya da sözleşmeyle yeterince sıkı irtibatlı olmaması ihtimalinin bulunabileceği gerekçelerine dayanılarak yine karakteristik edimden hareketle, ancak karakteristik edim borçlusunun hukukî alanına ait bir irtibat noktası aracılığıyla MÖHUK.'daki ifa yerini esas alan bağlama noktasının nasıl değiştirilmesi gerektiği¹⁵⁷ noktasında ortaya çıkmaktadır¹⁵⁸. Yine, bu

¹⁵⁵ Satım, kira, istisna, ariyet, karz, acenta, iş, kefalet, vekâlet, garanti, bankacılık, nakliye sözleşmeleriyle, taşınmaz mal üzerinde aynı hak iktisabını sağlayan sözleşmeler bakımından bkz. Nomer, age., sh. 265-266; ayrıca bkz. Çelikel, age., sh. 258; Milletlerarası unsurlu inşaat sözleşmeleri bakımından bkz. Akıncı, (İnşaat Sözleşmeleri), sh. 84 vd. ; Satım sözleşmeleri için bkz. Tiryakioğlu, age., 223 vd.; Elektronik tüketici sözleşmeleri bakımından bkz. Güngör, agm., sh. 111; Patent lisansı sözleşmeleri bakımından bkz. Erdem, age., sh. 183 vd. ; Hizmet sözleşmeleri bakımından bkz. Doğan, age., sh. 79 vd.; Konusu fikir ve sanat eserleri ile ilgili olan sözleşmeler bakımından bkz. Dardağan, E. : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara 2000, sh. 244 - 254.

¹⁵⁶ Çelikel, age., sh. 258 - 259; Akıncı, (İnşaat Sözleşmeleri), sh. 84 - 85; Dardağan, age., sh. 246 vd.; Tiryakioğlu, age., sh. 224 vd. ; Öztürk, age., sh.146; Güngör, G. : Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, sh. 200 vd. ; Erdem, age., sh. 184 - 185; Güngör, agm., sh. 112 vd.; MÖHUK. md. 24 / II'nin ifadesinin sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmeleri değil, aynı zamanda birden fazla ifa yerinin olması halinde de kapsayan bir ifade tarzı içerdiği yönünde yapılan eleştiri için ayrıca bkz. Akıncı, Z. : Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992, (Taraflar), sh. 50.

¹⁵⁷ Tekinalp, (Akdî İlişki), sh. 447; Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bağlama noktası olmasının, taraf menfaatlerine ve milletlerarası karar ahengini sağlayan düzen menfaatine uygun olacağı yönünde bkz. Akıncı, (Taraflar), sh. 46 ; İnşaat sözleşmeleri için karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun esas alınmasının, taraf menfaatinin gerçekleşmesi isteniyorsa, müteahhidin edimini ifa ettiği yer hukukuna tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz. Akıncı, (İnşaat Sözleşmeleri), sh. 91.

¹⁵⁸ İsviçre Hukukunda ortaya çıkan benzer yaklaşım ve eleştirisi için bkz. Patocchi, agm., sh.123; Buna ek olarak, İsviçre Hukukunda, 1987 tarihli (DÖHK.)'un hazırlık aşamasında tartışmanın daha ziyade, karakteristik edimin, sadece en yakın ilişki prensibini tamamlayan

bağlamda, Türk Hukukunda tartışılan bir diğer husus, özellikle zayıf olan tarafın korunmasının uygun olduğu hallerde, karakteristik edimin ifa yeri hukukunun adil olmayan sonuçlar yaratabilme ihtimali dahilinde, en yakın ilişkili hukuk bağlama noktasının tali niteliğinin ortadan kaldırılması ve karakteristik edimin ifa yerinin belirlenebildiği durumlarda dahi uygulanabilen bağımsız nitelikli bir bağlama kuralına yer verilmesi veya örtülü bir boşluğun varlığından hareketle hâkime hukuk yaratma yetkisi tanınıp tanınmayacağı¹⁵⁹ ya da mevcut düzenleme karşısında, MÖHUK'un 24. maddesinin bu tarz yorumunun mümkün olup olamayacağı yönündedir.

Oysa, son derece ciddi ve haklı nedenlere dayanılarak ortaya konmuş eleştiriler ışığında somutlaştırıldığı biçimde, öncelikle tartışılması gereken, karakteristik edimin tayininde ortaya çıkan ve bizzat teorinin kurucularınca dahi kabul edilen¹⁶⁰ bir sübjektiviteyi teyit eder biçimde her bir sözleşme tipi bakımından hangi tarafın ediminin daha üstün olduğu değil; teorinin dayanak aldığı ilke ve metodların uygulanabilirliği olmalıdır. Bu yönüyle Türk Hukukunda belirginleşen eleştiri ve görüşler, kendi içinde esaslı çelişkiler yaratan teorinin uygulanamazlığını açıkça ortaya koyan delilleri görmezden gelen bir yaklaşımı sergilemektedir.

Her bir sözleşme " tipi "nin özünde yer alan ayırt edici niteliği araştırma iddiasında olan teori, bu özü tayin için, bu söylemiyle çelişir bir metod sunmaktadır. Her bir sözleşme tipinin ayırt edici özelliğini tesbit etmek için izlenmesi gereken " tümevarımcı yöntem ", teorinin, Sözleşmeler Hukuku alanında genel kabul gören klâsik sınıflandırma dahilinde oluşmuş sözleşme kategorilerini esas alarak, " tümdengelimci yöntem "le karakteristik edimin tayinine çalışması ile terk edilmiş olmaktadır. Esasen teorinin yaptığı, sözleşmeleri tek tek incelemek değil; onların, belirlediği esaslar dahilinde sözleşme kategorilerinden hangisine dahil edileceğine karar vermekten ibarettir ve bu kategorilerle bağlantı kurmada izlediği objektif bir kıstas da bulunmamaktadır. Bir kez bir şekilde bu kategoriye dahil edilmekle, sözleşme, aynı kategoride olan diğer farklı sözleşme tipleri ile daha önce belirlenmiş tek bir karakteristik edime bağlanmış olmaktadır. Başka bir deyişle, teorinin sunduğu metod, sadece sözleşme kategorilerini birbirinden ayırmaya yaramakta; bu kategoriye dahil çeşitli sözleşme tiplerinin birbirinden ayırt edici özelliğinin ne olacağı ile ilgilenmemektedir. O halde, iddia ettiğinin aksine teorinin, her bir sözleşmenin doğasında olan

bir kriter olup olmadığına ya da zayıf olanın korunması veya sözleşmenin belirli bir hukuk sistemine sarıh biçimde yerleştirilmesi terimine uyum sağlamak ihtiyacı gibi düşüncelerle birarada ele alınması noktasında odaklandığı hakkında yapılan eleştiri için bkz. Patocchi, agm., sh. 123.

¹⁵⁹ Güngör, age., sh. 216; Güngör, agm., sh. 119 - 120.

¹⁶⁰ Teorinin kurucusu Schnitzer'in bu yöndeki görüşü için bkz. Schnitzer, agm., sh. 580 - 581; Ayrıca bkz. yuk. Dn. (67).

özelliğinden hareket etme gibi bir düşüncesi yoktur. Bu kategorilendirme kapsamında, sözleşmenin özü ile fonksiyonel etkisini dikkate aldığı ifade eden görüş, somut sözleşme tipleri özelinde, hiç bir mantıkî temele dayanmayan tam bir gelişigüzel seçimi de sergilemektedir.

Teori, öte yandan, sözleşmenin doğasında varolanla, sözleşmenin sosyal ve ekonomik fonksiyonunun aynı olduğu düşüncesinden hareket etmektedir. Aslında böyle bir düşünceye yer vermek de zorundadır. Zira, Devletler Özel Hukuku menfaatlerini de içine alacak şekilde fonksiyonel bir analize dayanmadığı takdirde yapacağı yerleştirmenin "hakkaniyet" ölçütü ile bağdaşmayacağını görmektedir. Ancak, bu olumsuz sonucu gidermek için başvurduğu fonksiyonel bağlantının, sözleşmenin doğasında varolanla aynı hukuka işaret etmesi tümüyle tesadüfidir ve bu bağlamda teori, değişen bir öz ile değişmez bir sosyal/ekonomik fonksiyon yaratma gibi anlamsız bir çaba içindedir.

Bunun dışında, teorinin, sözleşmelere özelliğini veren "öz"ünde varolandan hareketle ulaşılabilecek evrensel geçerliliğe sahip karakteristik edimler bulunduğu iddiası, karakteristik edimin ne olduğu konusunda pozitif düzenlemeler, mahkeme kararları ve doktrinde¹⁶¹ belirginleşen somut farklılıklar¹⁶² göz önüne alındığında temelden yoksun kalmakta ve bu tesbitin gerçekte "bir değerler isnadı"ndan ibaret olduğunu açıkça ortaya koymaktadır¹⁶³. Bu sübjektivite, karakteristik edimin tesbitinden sonraki yerleştirme aşamasında, karakteristik edim borçlusunun hukukî varlığı dahilinde mevcut pek çok irtibat unsurundan birine ağırlık verilmesi noktasındaki seçimde iyice belirginleşmektedir. Üstelik, sözleşmenin özü ve fonksiyonunun sağladığı dahili fonksiyonel bağlantının tek başına sözleşmeyi belli bir ülkeye nihai olarak yerleştiremeyeceği gerçeği karşısında, daha önce sözleşmenin özümüyle ilişkili olmadığı gerekçesiyle reddettiği "a priori" harici nitelikli bağlantı noktalarına başvurmak zorunda kalması, teorinin¹⁶⁴ bir başka tutarsızlığını da gözler önüne sermektedir.

¹⁶¹ Nitekim, çarpıcı bir örnek olarak ifade etmek gerekirse, karakteristik edimin ne olduğu, basit nitelikli satın sözleşmeleri bakımından dahi tartışmalıdır. Bu tartışma için bkz. Schultz, agm., sh. 186 - 187.

¹⁶² Fikrî haklarla ilgili olarak yapılan sözleşmeler bakımından öne sürülen birbirinden farklı karakteristik edim tayinine yönelik görüşler için bkz. Dardağan, age., sh. 239 - 242.

¹⁶³ Aynı nitelikte sözleşme için neyin karakteristik edim olduğuna verilen yanıt, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerden biri lehine tavır alındığı hallerde dahi değişim göstermektedir. Bu çerçevede, milletlerarası unsurlu lisans sözleşmelerinin karakteristik ediminin ne olacağına dair öne sürülen görüşler ve mevcut pozitif düzenlemeler, gelişmiş ve teknoloji ihraç eden ülkeler bakımından lisans verenin hukuku olarak belirginleşmekte iken; teknolojiyi ithal eden gelişmekte olan ülkeler, bu edimin lisans alana ait olduğunu açıkça ifade etmektedir. Bu görüşler için bkz. Sargin, age., sh. 76 vd.

¹⁶⁴ Harici nitelikte ve "a priori" belirlenen "in'ikad yeri" ve "ifa yeri" gibi irtibat noktalarının borcun özümüyle ilgili olmadığı gerekçesiyle reddederek, onun yerine karakteristik edim

Teorinin sergilediği önemli çelişkilerden biri de, sözleşme kategorilerine göre karakteristik edimin tayini aşamasında, bizzat reddettiği bir " a priori " karineden hareketle, bu edimi tayine çalışmasıdır. Para edimini çoğu sözleşmede " ortak " olduğu gerekçesiyle kategorik olarak reddeden bu yaklaşım, yaptığı sınıflandırma dahilinde, örneğin, kullanma yetkisi veren sözleşme kategorisine dahil edilebilecek birbirinden tümüyle farklı, leasing, kira, lisans sözleşmeleri bakımından kullanma yetkisini nakledenin edimini ortak karakteristik edim olarak tayin etmek suretiyle, para edimi açısından dayandığı bu gerekçe ile çelişkiye düşmektedir. Başka bir ifadeyle, karakteristik edim, aynı kategorideki tüm sözleşmeler için "aynı" olmaktadır. Teorinin para edimini reddeden yaklaşımı, aynı zamanda, modern ekonominin ve dolayısıyla milletlerarası ticaret hayatının gereklerine de sırt çevirmektedir. Bu açıdan bakıldığında, örneğin temeli paraya dayalı Bankacılık Hukuku alanı dahilindeki milletlerarası unsurlu sözleşmeler bakımından, teorinin bu karinesi iflâs edecektir. Öte yandan, ekonomi açısından bakıldığında, menfaatler ve karşılıklı yararlar arasında, tevdi edilen malların, ödenen para karşılığında kaçınılmaz bir önceliği olduğu şeklinde bir düşünce tarzı içinde değerlendirilmeye imkân bulunmayan bir denge mevcuttur. Ekonomik pazar şartları, mallar ve hizmetlerin yanı sıra, para ile ilgili olarak da bir kıtlık yaratabilir. Bu halde para borcu, sözleşmenin gerçek ekonomik fonksiyonunu ve gerçek karakteristik edimini oluşturur¹⁶⁵.

Yine, tesbit edilen karakteristik edimlerin, aynı zamanda en yakın ilişkili hukuku göstereceği düşüncesi de, tanımlı gereği, en yakın ilişkili hukukun " a priori " olarak somut hukukî ilişkilerin tümünü içine alacak biçimde belirlenemeyecek olması nedeniyle, önemli bir başka çelişkiyi de beraberinde getirmektedir. Somut olayın şartlarını dikkate almayan bir yaklaşımın, en yakın ilişkili hukuka ulaşması mümkün değildir. Bu nedenledir ki, günümüzde teorinin uygulanmasına bağlı olarak oluşturulmuş bir karakteristik edim listesi dahilinde belirginleşen, her bir sözleşme tipine özgü özel bağlama kuralları ve karakteristik edime dayalı bağlama noktaları, en yakın ilişkili hukukun tesbitinde öncelikle dikkate alınan; ancak, sadece bir başlangıç noktası oluşturan irtibatlardan başka bir nitelik taşımamaktadır.

borçlusunun işini yürüttüğü yeri esas alan ve bu irtibat noktasının, sözleşmenin özü ve fonksiyonel etkisine göre somutlaşan esnek bir bağlama kuralı oluşturduğunu iddia eden görüş, bu anlamda, karakteristik edim borçlusunun sosyal ve ekonomik çevresine üstünlük tanıyan subjektif değerlendirmesi bir yana, reddettiği " a priori " yaklaşımı bizzat öngörerek, esaslı bir çelişki içine düşmektedir. Bu görüş için bkz. Schnitzer, a.g.m., sh. 578 - 579.

¹⁶⁵Boggiano, A. : " International Contracts in Argentina ", *RebelsZ*, 1983, J. 43, sh. 442 - 443; Soltysinski, S. : " Choice of Law and Choice of Forum in International Transfer of Technology Transactions ", *Rec. des Cours.*, 1986 / I, T. 196, sh. 312.

Öte yandan, teorinin uygulanabilirliğinin basitliği, hukukî belirlilik, öngörülebilirlik hususları, genel bir kural olarak karakteristik edimi esas alan ancak, kanun koyucunun ya da hâkimin sübjektif iradesiyle ortaya çıkmış olsa da her bir özel sözleşme tipi için belirlenmiş bir karakteristik edim katalogu sunamayan Türk Hukukunda, yabancı hukuka başvuru yapılmadıkça, özellikle, bu teorinin sağladığı birer özellik olarak tesbit edilemeyecektir. Yabancı hukuka başvurulduğunda da, belirlenecek hukukun " hakkaniyet " ölçütüne uygun olma özelliği feda edilmiş olacaktır. Zira, somut hukukî durumun özelliklerine dayalı adil bir karar verilebilmesi, yabancı hukuk sistemlerinde yapıldığı gibi, karakteristik edimin en yakın ilişkili hukukun tesbitinde sadece bir " karine " olduğunun kabul edilmemiş olması nedeniyle olağanüstü zordur. Türk Hukukunda en yakın irtibat, ancak, karakteristik edimin belirlenemediği hallere münhasır kılındığına göre, yine yakın ilişkili hukukun düzenleniş tarzı bağlamında söylenmesi gereken, 24. maddeye göre, en yakın ilişkili hukuka ancak, karakteristik edimin tayin edilemediği hallerde başvurulacaktır¹⁶⁶. Türk hâkiminin daha yakın ilişkili bir hukuk tesbit etse bile, karakteristik edimi tayin ettiğini düşündüğü her halde uygulanabilirliği kalmayacaktır. Her somut olayın özelliği dikkate alınarak karakteristik edimin belirleneceği iddiası¹⁶⁷ ise, teorinin dayanak aldığı mantık ile bağdaşmayacaktır. Zira bu halde, evrensel geçerliliğe sahip değişmez nitelikli bir edimden bahsedilemeyecektir. Zaten teori, bu çelişkiyi farkettiği içindir ki, daha büyük bir çelişki yaratacak biçimde, sözleşmenin fonksiyonel etkisine başvuru ihtiyacını hissetmiştir.

Teorinin geniş ölçüde uygulanmaya çalışıldığı hukuk sistemlerinde, teorinin elverişsizliği, pratikte, karakteristik edimi esas alan genel kurala pek çok istisna getirilmesine yol açmıştır. Kurala getirilen bu denli çok istisna¹⁶⁸, kuralın varlığını tartışılır hale getirmesi bir yana, esasen iddia ettiğinin aksine, teorinin en yakın ilişkili hukuku bulabilmeyi başaran bir metod sunmadığının açık bir göstergesidir.

¹⁶⁶ Aynı yönde karşı. Tiryakioğlu, age., sh. 238.

¹⁶⁷ Lisans sözleşmelerinin, milletlerarası teknoloji transferinde çok çeşitli olarak ortaya çıkmasının, karakteristik edimin devamlı yer değiştirmesine yol açtığı; bağlama kuralının karakteristik edimin yer değiştirmesine uygun olarak lisans alanın veya verenin ticarî ikametgâh hukukuna göre yer değiştireceği; kesin sonucun her lisans sözleşmesinin özelliğinin tesbitinden sonra mümkün olabileceği yönünde bkz. Tekinalp, (Patent Lisansı), sh. 259 - 260.

¹⁶⁸ Nitekim, MÖHUK. md. 24 karşısında, karakteristik edim olarak tesbit edilen satıcının ediminin, tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanmasının, bu hukukî ilişkinin koruduğu menfaate hizmet eder nitelikte gözükmeyeceği; ancak bu halde, karakteristik edim tesbit edilebildiği için, en yakın ilişkili hukuk kriterine başvurulamayacağı; esasen maddenin lafzî yorumunun aksine amaçsal yorumu ile, en yakın ilişkili hukuk kuralının istisnaen uygulanabileceği; bununla birlikte, Türk Hukukunda tüketici sözleşmeleri bakımından yeni ve özel bir düzenlemenin yapılmasının daha yerinde olacağı yönünde bkz. Gelgel (Öztekin), G. : Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000, sh. 110 - 118.

Bu istisnalardan bazıları, zayıf olanın korunması gibi maddî hukuk kurallarının temelinde yatan politikaları dayanak alan fonksiyonel yaklaşımın gereği olarak ortaya çıkmıştır. Ayrıca, teori, para edimini karakteristik saymayan görüşünde ısrar etmeye devam ettiği için, zayıf olanın korunamayacağı endişesini, genel kuraldan vazgeçerek gidermeye çalışmaktadır. Nitekim, karakteristik edim teorisinin sunduğu metodun, sözleşmenin güçlü olan tarafı lehine sonuç yarattığı düşüncesi karşısında, teoriyi pozitif hukuka dahil eden yabancı hukuk sistemlerinde, bu teorisinin etkisi, zayıf olan tarafın korunmasının söz konusu olduğu¹⁶⁹ bazı sözleşme tipleri bakımından, özel bir korumayı hakeden tarafın hukuku lehine yumuşatılmış bulunmaktadır¹⁷⁰.

Bununla birlikte, zayıf olan tarafın korunması amacıyla teorisinin ortaya koyduğu genel kuraldan vazgeçilme gerekçesi tartışılmalıdır. Teorisinin, daima sözleşmenin güçlü olan tarafını koruyan bir bağlantı sağladığı iddiasının geçerliliği mutlak değildir. Böyle bir korunma gereğinin doğduğu hallerde, karakteristik edimin belirlediği ülke hukuku yerine, zayıf olan tarafın hukukunun uygulanması, her zaman bu kişiye daha iyi bir koruma sağlayamayabilir. Zayıf olan tarafın kendi hukuku, karakteristik edimin belirlediği ülke hukukundan çok daha üstün bir koruma getiren gelişmiş hukuk kurallarına sahip olmayabilir¹⁷¹. Zayıf olan tarafın hukukuna etki

¹⁶⁹ Karakteristik edimin ifa yeri hukukunun uygulanmasının, korunması gereken tarafın korunmasını sağlayamayabileceğine dair bkz. Çelikel, age., sh. 259 vd. ; Tüketici sözleşmelerinde karakteristik edim, mal ve hizmetleri sağlayan ya da üreten kişilerin yani, satıcının, bayinin, acentanın edimi olduğundan, karakteristik edimin ifa yeri bağlama noktasının, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacının gerçekleşmesine hizmet etmeyebileceği yönünde ayrıca bkz. Güngör, age., sh. 197.

¹⁷⁰ Lipstein, agm., sh. 414.

¹⁷¹ Karakteristik edimin ifa yeri hukukunun, satıcının edimini esas alan ve " tüketiciyi koruma amacı bulunan " milletlerarası unsurlu tüketici ve elektronik tüketici sözleşmeleri bakımından her zaman Milletlerarası Özel Hukuk adaletini sağlayamayacağı; bunu gerçekleştirenin, tüketicinin mutad meskeni hukuku olduğu; tüketicinin yaşadığı yerin standartlarını esas alarak bu suretle, milletlerarası korumayı da sağlayan bu hukukun, karakteristik edimin ifa yeri ile uygulanması sağlanamıyorsa, karakteristik edimin ifa yeri hukukundan vazgeçilmesi gerektiği; başka bir ifadeyle, karakteristik edimin ifa yeri ve en yakın ilişkili yer hukukunun, tüketicinin mutad meskenine işaret etmiyorsa uygulanmaması gerektiği; bu halde hâkimin MK. md. 1'den hareketle, tüketicinin mutad meskeni hukuku lehine hukuk yaratma yetkisi bulunduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Güngör, age., sh. 200 - 216; Güngör, agm., sh. 119 - 120; Kanımızca yazar, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasının, çağdaş Milletlerarası Özel Hukuk adaletini, her somut hukukî durumda mutlaka sağlayacağına dair bir " dogma "dan hareket etmektedir. Oysa, tüketicinin yaşadığı yerin standartlarına göre korunmasına imkân veren bu bağlama kuralının, her zaman tüketici için en elverişli maddî hukuk kurallarını sunduğu iddia edilemez. Öte yandan, karakteristik edimin ifa yerinin tüketicinin mutad meskeni hukukuna işaret etmediği hallerle sınırlı olarak, " karakteristik edime göre uygulanacak hukukun tayin edilemeyeceği ve MÖHUK. md. 24'de öngörülen bir sonraki bağlama kuralı, en yakın ilişkili hukuka da başvurulamayacağı; zira, en yakın ilişkili hukuk araştırmasının tüketicinin menfaatinin değil, sözleşmeyi ve sözleşmenin taraflarını esas alarak belirleyen objektif bir metod ile yapıldığı; oysa tüketici sözleşmelerinde, ancak, tüketicinin menfaatinin dikkate alınmasının Milletlerarası Özel Hukuk adaletini sağlayacağı " görüşüne de katılmak mümkün değildir. Çünkü, en yakın ilişkili hukukun tayininde sadece

tanıyan böyle bir yaklaşımın, böyle bir halde korunan tarafa sağlayabileceği tek yarar, içinde yaşadığı ya da daha iyi bildiği bir hukuka tâbi olmanın sağlayacağı kolaylıktan ibarettir¹⁷². Öte yandan; karakteristik edim teorisinin sunduğu kriterler dahilinde, evleviyetle bazı sözleşme türleri bakımından zayıf olan taraf aleyhine bir bağlama noktası içerdiği görüşüne katılmak da mümkün değildir. Zira, bir kere, karakteristik edimin en azından ekonomik bakımdan zayıf olan tarafça ifa edildiği sözleşmeler de vardır. Daha da önemlisi, karakteristik edim borçlusunun sözleşmede ekonomik bakımdan daha güçlü taraf olarak tesbiti, sözleşmenin tümüyle fiilî şartlarına tâbidir. Bir malın üçüncü dünya ülkesinden ihracı halinde de, ithâl halinde de karakteristik edim borçlusu, satıcıdır. Çokuluslu bir şirketin daha küçük bir ekonomik güce sahip sigorta şirketince sigortalanması halinde, uygulanacak olan sigortalayanın hukukudur ve hukukî ilişkinin somut şartları dahilinde, bağlama noktası, sözleşmenin güçlü tarafını göstermekte veya göstermemektedir¹⁷³.

Üstelik, teoriye, zayıf olanı koruma amacıyla getirilen bu istisnalar dahilinde, millî hukuk sistemlerinin sözleşmeyi ülkeyle bağlantılı hale getirebilecek irtibat noktalarının seçiminde yaptığı tercih, gerçekte zayıf olanın kendisini en iyi koruyan kuralların bulunmasından ziyade, toplumsal/sosyal barışı korumaya yönelik, çoğu devletin temel örgütlenmesiyle ilgili farklı devletlere ait doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan kurallardan uygulanma öncelikli olanı tesbit amacına yöneliktir. Zayıf olanın sıkı ilişki içinde olduğu varsayılan devletin temel düzenini koruma düşüncesi bu istisnaların oluşumunun temelinde yatmaktadır. İşte bu nedenledir ki, tüketici, hizmet gibi sözleşmelerde, işçinin ve tüketicinin, irtibatlanan ülke hukuku dahilinde korunmasını sağlayan kuralların uygulanabilmesi için tüketici ve işçi sıfatı dışında sözleşmeyle ülke arasında, işin mutaden yapıldığı yer ya da sözleşmenin akdedildiği yer gibi başka bağlantıların da varlığı aranmaktadır. Ve yine bu nedenledir ki, önem arzeden, bu irtibatı sağlayan bağlama kuralları açısından, zayıf olanın en lehine olan ülke hukukunun uygulanmasından ziyade; bağlama kuralının

coğrafi bağlantılar değil; ilgili tüm Milletlerarası Özel Hukuk menfaatleri de dikkate alınır ve bu tür sözleşmeler bakımından sadece korunan, sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketici değil; aynı zamanda, tüketicinin etkileşim alanı içinde bulunduğu devletin, geniş plânda zayıf olanı da içine alacak şekilde toplumsal barışı korumayı amaçlayan devletsel menfaatleridir de. Bu nedenle, en yakın ilişkili hukukun tanımı dahilinde, tüketicinin ve devletin menfaatleri önemli ve esaslı rol oynar. Hal böyle iken, karakteristik edim kriterinden vazgeçilmesinin öngörüldüğü bir durumda, en yakın ilişkili hukuk araştırmasından da vazgeçerek; örtülü bir boşluktan söz etmek, uygun bir çözüm olmayacaktır. En yakın ilişkinin sayısal olarak irtibat noktalarının toplandığı yere veya söz konusu irtibatların temsil ettiği Milletlerarası Özel Hukuk menfaatlerine ya da sözleşmenin tipi veya sözleşmeye ilişkin özelliklere göre belirleneceği hakkında bkz. Akıncı, (Taraflar), sh. 86 - 87; Haak, agr., sh. 192; Sayısal çoğunluk ve menfaatlerle sınırlı olarak bkz. Tiryakioğlu, age., sh. 238.

¹⁷² Aynı yönde bkz. Lipstein, agm., sh. 414.

¹⁷³ De Boer, agm., sh. 49 - 50.

irtibatladığı ülkenin konuyu düzenleyen maddî hukuk kurallarının uygulanmasını temindir. Başka bir ifadeyle, her bir ülke, eşit pazarlık gücünün bulunmadığı bu tür sözleşmelerin ne zaman kendi toplumunun sosyal barışını ve temel hukuk düzenini etkileyeceğine dair saptamasına bağlı olarak, kendi hukukunun uygulanmasını sağlayacak ya da sözleşmeyi kendi maddî hukuk kurallarının korunma alanı dışında bırakacak bir irtibat noktasını bağlama kuralına dahil edecektir. Bu açıdan bakıldığında, böyle bir irtibat noktasına dayalı olarak kendi düzeninin korunmasının yapılması gerektiği hallerde, başka bir ülkenin hukukunda yer alan bu tür kuralların daha lehte hükümler içermesi ikinci plânda kalabilecektir.

Bu bağlamda söylenmesi gereken, teoriye yöneltilen tüm bu eleştirilerin karakteristik edimden bağımsız olarak, başka teoriler ya da metodlar dahilinde oluşturulan bağlama kuralları açısından da ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğuudur. Teori bakımından ifade edilmesi gereken ise, karakteristik edim teorisinin, zayıf olanı koruma gibi bir düşünce temelinde dayalı özel bir kriter içermediğidir.

Bunun dışında, teori, Sözleşmeler Hukuku alanında ortaya çıkan modern karmaşık yapıli sözleşmeler bakımından bir çözüm önerisi sunmaktan da uzaktır. Özellikle, günümüz milletlerarası ticaret hayatında bulunulan noktada, ağırlıklı bir yeri haiz karşılıklı edimlerin zamana yayıldığı süreklilik arzeden karma nitelikli sözleşmeler ya da birbirinden bağımsız olmakla birlikte ekonomik bir bütünlük oluşturan sözleşmeler bakımından bir çözüm öngörmesi mümkün olmayan bir teorisinin, uygulanabilirliğinde ısrar etmek yersizdir¹⁷⁴. Böyle bir ısrar hâkimi, sübjektif değerlendirmeye dayalı bir tercih yapmaya zorlayacak¹⁷⁵ ve karşılıklı

¹⁷⁴ " Joint venture " sözleşmeleri için karakteristik edimin tayininin mümkün olmadığı sonucuna varan görüş için bkz. Öztürk, age., sh. 154.

¹⁷⁵ Doktrinde bir yazarın lisans sözleşmeleriyle ilgili olarak, yaptığı seçim, bu sübjektiviteyi, çarpıcı biçimde ortaya koyan en iyi örneklerden biri olarak zikredilebilir. Nitekim, yazara göre, "artık, son derece komplike ve tarafların karşılıklı olarak bir edimi yüklediği ve de bu edimlerin ağırlıklarının çoğu zaman birbirine denk olduğu bir sözleşme haline gelmiş..... patent lisansı sözleşmelerinde, hangi tarafın ediminin daha ağırlıklı olduğunu tesbit gerçekten çok zor bir husustur. Ancak, objektif bir bağlama kuralı tesbit etmemizin getirdiği zorunluluk, bizi bir tercih yapmak durumunda bırakmaktadır ki, kanaatimize göre, patent lisansını devreden tarafın edimi ağırlıklı edim olarak kabul edilmelidir...Kısaca, patent hakkının kullanımını devreden tarafın edimi, bize göre ağırlıklı edimdir ". Yazarın, lisans verenin edimlerine dayanarak yaptığı bu tercihte, kendi ifadeleriyle, " uygulanacak olan bağlama kuralının ülkenin ekonomik çıkarları gözetilerek tesbit " edilemeyeceği düşüncesine yer vermiş olması da ilginçtir. Zira, bu sözleşmelerin genellikle lisans alanı, gelişmekte olan ülkeler olmaktadır ve bu nedenle bu ülkenin devletsel menfaatleri ve bunu ortaya koyan doğrudan uygulanan kuralları, uygulanacak hukuku gösterecek bağlama noktasının tayininde başlıca önem arz etmektedir. Bu kuralları dikkate almayan bir bağlama kuralına dayalı tayin edilen hukukun uygulanması, gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaatinin gerçekleşmesini engelleyecektir. Öte yandan, yazar bu düşüncesiyle, karakteristik edim kavramının tanımında yer alan, " karakteristik edimin sözleşmeyi, parçası olduğu ekonomik

edimlerden birinin somut olay dahilindeki tümüyle hâkimin takdirine dayalı göreceli üstünlüğü, onun "en karakteristik edim" olarak nitelendirilmesine neden olacaktır ve dolayısıyla bu karakteristik edim, evrensel geçerliliğe sahip değişmez niteliğini açıkça inkâr edecek şekilde, karmaşık yapılı aynı tipteki başka bir sözleşmede edimlerin çeşitliliğine göre "değişmek" zorunda kalacaktır.

SONUÇ

Yabancı hukuk sistemlerinde uygulanmakta olduğu gerekçesiyle tartışmasız biçimde¹⁷⁶, MÖHUK.'un 24. maddesiyle Türk pozitif hukukunun bir parçası haline getirilen karakteristik edim teorisinin, yabancı hukuk sistemlerinde gözlemlendiği gibi, **hiç değilse**, teorisinin tutarsızlığı, yetersizliği ve hakkaniyete aykırı sonuçlarını bertaraf etmeye ya da etkinliğini azaltmaya yardımcı olacak şekilde düzenlenmiş bulunmaması; başka bir ifadeyle, kanun koyucu tarafından tercih edilen bu kavramın, sadece en yakın ilişkili hukukun tayininde göz önüne alınan öncelikli irtibat noktalarından biri olarak öngörülmemesi; milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun somutlaştırılmasında, Türk hâkimini, yabancı devlet mahkemelerinin hâkimlerinden çok daha büyük bir sıkıntı içine sokmuştur.

Ancak, teoriyi yaratan ve geliştiren hukuk sistemlerinde dahi olmadığı kadar katı biçimde istisnasız uygulanmak üzere düzenlenmiş olduğu düşünüldüğünde, esas aldığı düşünceleri temelden sarsacak şekilde birbiriyle çelişki yaratan savları birarada bünyesinde barındıran, dolayısıyla adeta bir çelişkiler yumağından ibaret olan bu teoriye başvurmaya zorunlu kılan MÖHUK.'un 24. maddesi gereğince¹⁷⁷, Türk hâkimini, "en uygun hukuk"u bulma yükümlülüğü altına sokmak ve yukarıda açıkça zikredilen son derece haklı ve yerinde gerekçelere rağmen halen, teorisinin uygulanabilirliğinde ısrar etmek mantığa dayanmayan bir zorlama olacaktır.

Bu bağlamda, evrensel geçerliliğe sahip, değişmez nitelikte sözleşmenin özünde varolan ve aynı zamanda sözleşmeyi bir parçasını oluşturduğu değişken bir sosyal ve ekonomik düzen ile irtibatlı hale getiren

ve sosyal düzen ile irtibatlı kılma" özelliğini de göz ardı etmiş olmaktadır. Yazarın görüşü için bkz. Erdem, age., sh. 183 - 184.

¹⁷⁶ Kanunun hazırlık çalışmalarında dahi, karakteristik edim kavramına yönelik kuramsal bir eleştirinin yapılmadığı görülmektedir. Bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usûl Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, 22 - 24 Kasım 1976, İstanbul 1976, sh. 165 vd.

¹⁷⁷ " Objektif bağlama kurulumu uygulayabilmek için seçim yapma gerektiğinden dolayı " gibi bir gerekçeyle, herşeye rağmen karakteristik edime dayalı bir hukuk tayininde ısrar eden ve bu nedenle kanaate dayalı bir seçim yapmak durumunda kalan görüşler için bkz. Erdem, age., sh. 183-184; Akıncı, (İnşaat Sözleşmeleri). sh. 89 - 90.

bir edim kavramına dayalı bir düşüncenin retoriği güçlü ancak içi boş ve doğru olmayan¹⁷⁸ içeriği; Türk hâkimince, bu teoriye başvurudan kaçınılmasını haklı kılan bir neden olarak nitelendirilmek zorundadır. Öte yandan, teori, milletlerarası ticaret hayatının parayı esas alan modern ekonomiye dayalı gereklerini göz ardı eden ve karmaşık yapıli sözleşmeler bakımından bir çözüm sunamayan muhtevası ile günümüz milletlerarası ticaret hayatının ihtiyaçlarına cevap veremeyen bir söyleme de dayanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, hâkim gerekirse, teorisinin uygulanmasından vazgeçme kararını gerekçelendirirken, "gerçek olmayan kanun boşluğu"¹⁷⁹ kavramına da müracaat edebilir.

Bu saptama dahilinde Türk hâkiminin yapması gereken, karakteristik edimi bulma gibi bir sübjektif değerlendirmeye dayalı gereksiz bir uğraşa girmeksizin, doğrudan doğruya MÖHUK'un 24. maddesinde öngörülen en yakın ilişkili hukuk bağlama noktasını esas alan bağlama kuralına geçmek olmalıdır. Böyle bir durumda, en yakın ilişkili hukuk, biri diğerine başlangıçta üstün kılınmaksızın sözleşmenin tüm coğrafi irtibat noktalarına ve irtibat noktalarının temelinde yatan Milletlerarası Özel Hukuk menfaatlerine dayalı olarak yapılacak bir değerlendirmeye tesbit edileceğinden, karakteristik edimin tesbiti aşamasında sözü edilen sübjektivite, en yakın ilişkili hukukun tayininde de ortaya çıkacaktır; ancak, bu halde, karakteristik edimden farklı biçimde, ihtilâf konusu sözleşmenin somut şartlarına bağlı olarak, "somut dâva hakkaniyeti"nin gerçekleştirilebilmesi sağlanabilecektir. Böyle bir atlama ile, "somut dâva hakkaniyeti"ni sağlama düşüncesi, karakteristik edim teorisinin benimsenmesinde etkin rol oynayan; ancak Türk Hukukunun bulunduğu noktada varlığı kuşkulu, öngörülebilirlik ve belirlilik iddialarına üstün tutulmuş olacaktır. Ancak, gerçekte, sözleşmelerde aslolan irade muhtariyeti prensibi olduğuna göre, tarafların böyle bir hukuk seçiminden kaçındıkları hallerde devreye giren karakteristik edime dayalı bağlama kuralının, öngörülebilir ve belirli bir hukuka işaret ettiği gerekçesiyle uygulanmasında ısrar edilmemelidir; zira, bu nitelikleri sağlayacak tarafların özgür iradesine dayalı bir seçimden kaçınılmış olması, "hakkaniyet" ölçütüne ağırlık verilmesi düşüncesini zimnen ortaya koyar ve haklı kılar.

Tüm bu nedenlerle, teori, vazgeçilmez değildir. Belli bir dönemde Sözleşmeler Hukuku alanındaki bir ihtiyacın gereği olarak ortaya çıkan; ancak günümüz itibarıyla, bu işlevini tamamlamış olduğu kuşkusuz bulunan

¹⁷⁸ Bu nedenle, karakteristik edimin bir " myth " olarak işlev göreceği yönünde bkz. Patocchi, agm., sh. 136.

¹⁷⁹ Bu halde, hâkimin MK. md. 2 çerçevesinde tatmin edici bulunmayan hükmü düzeltebileceği yönünde bkz. Edis, S. : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B. 4, Ankara 1989, sh. 133 - 134.

bir teorinin¹⁸⁰, Türk Hukukunda uygulanması konusundaki anlamsız tercih artık terkedilmeli ve karakteristik edim gibi bir sun'i kavram arkasına saklanılmaksızın, ondan bağımsız surette ve üstelik kendi metodunun başaramadığı şekilde, düzenlediği her bir milletlerarası unsurlu sözleşme tipi bakımından önem ve öncelik arzedecek bazen birbiriyle kesişen Milletlerarası Özel Hukuk menfaat (ler)ini yansıtabilecek ve gerektiğinde somut hukukî ihtilâf dahilinde somut dâva hakkaniyetini sağlayacak şekilde, sözleşmelerin ekonomik ve sosyal etkilerini de dikkate almayı mümkün kılan irtibat noktalarına dayalı özel bağlama kuralları oluşturulabileceği gerçeği göz ardı edilmemelidir.

¹⁸⁰ Günümüzde İsviçre Hukukunda, parçalanma olmaksızın sözleşmeyi tek bir hukuka tâbi kılma ihtiyacının, 1980'li yıllarda halen bulunduğu hususunun, gerçek olmayan bir problem haline geldiği; bu yöndeki çözümün bundan kırk yıl önce Federal Yüksek Mahkeme tarafından verilen bir karar ile başarıyla ortaya konduğu; bu nedenle, parçalanmayı önleyen bir metod sunduğu gerekçesine dayanılarak karakteristik edimin bir kanun hükmüyle kabulünün yanlış olduğu yönünde benzer görüş için bkz. Patocchi, agm., sh. 124.

KAYNAKÇA

Akıncı Z.: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, (İnşaat Sözleşmeleri).

Akıncı, Z. : Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992, (Taraflar).

Blom, J. : " Choice of Law Methods in The Private International Law of Contract", P. III, Can.Y.Int'l.L., 1980, Vol. XVIII , pp. 161 – 200.

Boggiano, A. : " International Contracts in Argentina ", RabelsZ, 1983, J. 43, pp. 431 - 477.

Cavers, D. F. : " The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations : Some Preventive Law Aspects ", South.Cal.L.R., 1974 - 1975, Vol. XXXVIII, pp. 603 - 626.

Collins, L. : " Contractual Obligations - The EEC. Preliminary Draft Convention on Private International Law ", ICLQ., 1976, Vol. XXV, pp. 35 - 57.

Çelikel, A. : Milletlerarası Özel Hukuk, B. 6, İstanbul 2000.

Dardağan, E. : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara 2000.

De Boer, TH. M.: " The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts - A Methodological Perspective ", RabelsZ, 1990, J. 54, H. 1, pp . 24 - 62.

D'oliveira, H. U. J. : " Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention ", AJCL., 1977, Vol. XXV, pp. 303 - 331.

Dicey, A.V. / Morris, J.H.C. : The Conflict of Laws, Ed.12th, Vol.II, (ed. Collins, L.), London 1993.

Doğan, V. : İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996.

Edis, S. : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B. 4, Ankara 1989.

Erdem, B.B. : Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2000.

Gelgel (Öztekin), G. : Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000.

Gildeggen, R. / Langkeit, J. : " The New Conflict of Laws Code Provisions of The Federal Republic of Germany : Introductory Comment and Translation ", G.J.Int'l.Comp.L., 1987, Vol. XVII, N. 2, pp. 229 - 259.

Giuliano, M. / Lagarde, P. : Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: OJ., No C 282/1, 31 October 1980, (Rapor).

Güngör, G. : " İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", AHFD., 1997, C. XXXXVI, S. 1- 4, sh. 101 - 120.

Güngör, G. : Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000.

Haak, W. E. : " International Contract Law and The Draft EEC. Convention " in Choice of Law in The Field of Contracts in The EEC., N.Int'l.L.R., 1975, Vol. XXII, pp. 183 - 193.

Karrer, P. A. / Arnold, K. W. : Switzerland's Private International Law Statute 1987, Deventer / Boston 1988.

Kofler, S. : " Austrian Conflict of Laws in International Business Transactions ", Comp.L.Y.Int'l.Bus., 1994, Vol. XVI, (Austrian Act).

Lipstein, K.: " Characteristic Performance - A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC.", NW J.Int'l.L.Bus., 1981, Vol. III, N. 2, pp. 402 - 414.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usûl Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, 22 - 24 Kasım 1976, İstanbul 1976.

Nomer, E. : Devletler Hususî Hukuku, B. 10, İstanbul 2000.

North, P. M. / Fawcett, J. J.: Cheshire and North's Private International Law, Ed. 12th, London / Dublin / Edinburg 1992.

Öztürk, P. : Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001.

Patocchi, P. M.: " Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European PrivateInternational Law of Contract " in: Etudes de Droit International en L'honneur de Pierre Lalive, Bâle 1993, pp. 113 - 139.

Sargin, F. : Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1999, (Çoğaltılmış Doçentlik Tezi).

Schnitzer, A. D. : "Les Contrats Internationaux en Droit International Prive' Suisse", Rec. des Cours, 1968 / I, T. 123, pp. 541 - 636.

Schultz, J. C. : " The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the EEC. Convention on Carriage of Goods " in Contract Conflicts, (ed. North, D. C. L.), Amsterdam / New York / Oxford, 1982, pp. 185 - 201.

Soltysinski, S. : " Choice of Law and Choice of Forum in International Transfer of Technology Transactions ", Rec. des Cours., 1986 / I, T. 196, pp. 248 - 383.

Tekinalp, G. : Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama Kuralları, B.6, İstanbul 1999, sh. 266.

Tekinalp, G. : " Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu", MHB., 1988, S. 1, Y. 8, (Akdî Borç Statüsü), sh. 59 - 70.

Tekinalp, G. : " Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması", Hirsch Armağanı, Ankara 1986 (Akdî İlişki), sh. 439 - 450.

Tekinalp, G. : " Patent Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Bağlama Kuralı ", İHFM., 1970, C. XXXV, (Patent Lisansı), sh. 249 - 266.

Tiryakioğlu, B : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

Von Hoffmann, B. : " Assessment Of The EEC. Convention from a German Point of View " in Contract Conflicts, (ed. North, D. C. L.), Amsterdam / New York / Oxford, 1982, pp. 221 - 235.

Williams, P. R. : " The EEC. Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations ", ICLQ., 1986, Vol. XXXV, pp. 1 - 31.

KISALTMALAR *

ABD.	Amerika Birleşik Devletleri
age.	adı geçen eser
agm.	adı geçen makale
agr.	adı geçen rapor
AHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AJCL.	The American Journal of International Law
AT.	Avrupa Toplulukları
B.	Bası
Bkz.(bkz.)	Bakınız
C.	Cilt
Can.Y.Int.'l.L.	Canadian Yearbook of International Law
Comp.L.Y.Int.'l.L.Bus.	Comparative Law Yearbook of International Business
Dn.(dn).	Dipnot
DÖHK.	Devletler Özel Hukuku Hakkında Kanun
Ed.	Edition
ed.	editor
EEC	European Economic Community
EGBGB. Gesetzbuche	Einfuehrungsgesetz zum Buergerlichen
G.J.Int.'l.Comp.L.	Georgia Journal of International and Comparative Law
H.	Heft
ICLQ.	International and Comparative Law Quarterly
İHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J.	Jahrgang
N.	Number

* Metinde zikredilen eserlerin kullanılan kısaltmaları, kaynakça kısmında ilgili kitapların yanında verilmiş olduğundan, burada ayrıca belirtilmemiştir.

N.Int.'l.L.R.	Netherland's International Law Review
NW J.Int.'l.L.Bus.	Northwestern Journal of International Law and Business
md.	madde
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK.	Medenî Kanun
MÖHUK.	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
OJ.	Official Journal
P.	Part
pp.	pages
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht
Rec. des Cours	Recueil des Cours de L'Academie de Droit International de La Haye
S.	Sayı
sh.	sahife
South.Cal.L.R.	Southern California Law Review
T.	Tome
v.	versus
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
Y.	Yıl
yuk	yukarıda