

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ATIF (RENOI)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

BARIŞ MESCİ
1310051013

Anabilim Dalı: Hukuk
Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Emre ESEN

OCAK 2014

Enstitüsü : **Sosyal Bilimler Enstitüsü**
Anabilim Dalı : **Hukuk**
Programı : **Özel Hukuk**
Tez Danışmanı : **Doç. Dr. Emre ESEN**
Tez Türü ve Tarihi : **Yüksek lisans – Ocak 2014**

ÖZET

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ATIF (RENOI)

BARIŞ MESCİ

Çalışmamızın konusunu milletlerarası özel hukukun tartışmalı konularından olan atıf (renvoi) teşkil etmektedir. Yöntem olarak önce atıf (renvoi) kavramının ne anlama geldiğini ve milletlerarası özel hukukta nasıl bir teori (doktrin) olarak ortaya çıktığını inceledik. Ardından atıf çeşitlerini ve teori hakkında ileri sürülen lehe ve aleyhe görüşleri ele aldık. Milletlerarası sözleşmeler ve karşılaştırmalı hukuk açısından bazı yabancı hukuklarda atfın düzenlenişinden bahsettikten sonra Türk hukukundaki atıf düzenlemelerini incelediğimiz çalışmamızın sonucunda atıf teorisinin altında faydacı bir mantalitenin yattığı ve milletlerarası özel hukuk adaletine hizmet etmekten ziyade hakimin kendi hukukunu uygulamasını sağlayan bir araç olduğu sonucuna vardık.

Anahtar Sözcükler : **Atıf, Renvoi, Atıf çeşitleri, Milletlerarası Özel Hukuk, Kanunlar İhtilâfı, Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti, Bağlama Noktası, Uygulanacak Hukuk**

University : **Istanbul Kültür University**
Institute : **Institute of Social Sciences**
Department : **Law**
Programme : **Private Law**
Supervisor : **Assoc. Prof. Dr. Emre ESEN**
Degree Awarded and Date : **MA – January 2014**

ABSTRACT

RENOI IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

BARIS MESCI

The subject of this study is renvoi, a disputable matter of private international law. Methodologically first we analyzed the concept of renvoi and how it obtained a foothold as a theory in the field of private international law. Afterwards, we discussed the types of renvoi and the views both for and against of the doctrine. After examining some international conventions we tried to present a general perspective in comparative law as for the regulations related to renvoi in some common and civil law countries. In the last chapter, we discussed how renvoi is regulated in Turkish law. At the end of our study, we reached the conclusion that, the mentality behind the doctrine is a pragmatist one and it is used to serve as a tool for the application of lex fori rather than to guarantee conflicts justice.

Key Words: Renvoi, Types of Renvoi, Private International Law, Conflict of Laws, Conflicts Justice, Connecting Factor, Applicable Law

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ATIF TEORİSİ VE TEORİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

1.1. ATIF KAVRAMI.....	3
1.2. ATIF (RENOI) TEORİSİ.....	5
1.3. TEORİNİN ORTAYA ÇIKIŞI.....	10

İKİNCİ BÖLÜM

ATIF ÇEŞİTLERİ (RENOI DOKTRİNLERİ)

2.1. İADE ATIF.....	13
2.2. DEVAM EDEN ATIF.....	15
2.3. TAM/İKİLİ/ÇİFTE ATIF (TOTAL RENVOI/DOUBLE RENVOI/FOREIGN COURT THEORY).....	19
2.4. GİZLİ ATIF – FARAZİ ATIF.....	23

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ATIF (RENOI) HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

3.1. ATIF (RENOI) LEHİNE GÖRÜŞLER.....	25
3.2. ATIF (RENOI) ALEYHİNE GÖRÜŞLER.....	28

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERDE ATIF (RENVOI)

4.1. GENEL OLARAK.....	34
4.2. AB MEVZUATI.....	35
4.3. LAHEY MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KONFERANSI.....	36

BEŞİNCİ BÖLÜM
KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ATIF (RENVOI)

5.1. ANGLO-AMERİKAN HUKUKU	
5.1.1. İngiliz Hukuku.....	42
5.1.2. ABD Hukuku.....	45
5.1.3. Kanada Hukuku.....	46
5.1.4. Avustralya Hukuku.....	47
5.2. KARA AVRUPASI HUKUKU.....	47

ALTINCI BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA ATIF (RENVOI)

6.1. MUVAKKAT KANUN.....	52
6.2. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU	
HAKKINDA KANUN.....	54
6.2.1. 2675 sayılı MÖHUK.....	54
6.2.2. 5718 sayılı MÖHUK.....	59
6.2.2.1. Genel Kural.....	59
6.2.2.2 Atıf (Renvoi) Bakımından Özellik Arz Eden Haller.....	63
6.2.2.2.1. Evlilik Malları (Evlilik Mal Rejimleri).....	63
6.2.2.2.2. Soy Bağı (Nesep).....	65
6.2.2.2.3. Ehliyet.....	66
6.2.2.2.4. Haksız Fiiller.....	68

6.3. Milletlerarası Tahkim Kanunu.....	69
6.4. Türk Ticaret Kanunu.....	69
SONUÇ.....	72
KAYNAKÇA.....	76

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ALRC	: Avustralya Hukuku Reform Komisyonu
Bkz.	: Bakınız
CLR	: Columbia Law Review
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editorship
f.	: Fıkra
HLR	: Harvard Law Review
ibid.	: Aynı eserde
K.	: Karar
LRA	: Locus Regit Actum
m.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No:	: Number
RG	: Resmi Gazete
Say.	: Sayılı
s.	: Sayfa
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v.	: versus
Vol.	: Volume
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YLJ	: The Yale Law Journal

GİRİŞ

Milletlerarası özel hukuk alanını düzenleyen kuralların içerisinde en büyük pay ülkelerin kanunlar ihtilafı kurallarına aittir. Bu kuralların en ayırt edici özelliği, ihtilafı çözüme kavuşturacak maddi hukuk kuralları içermeyip, ihtilafa uygulanacak ülke hukukunu tayin etmeleridir. Yabancılık unsuru içeren bir özel hukuk uyumsuzluğuyla karşılaşan yargıç, kanunlar ihtilafı kuralının kabul ettiği bağlama noktasından hareketle, uyumsuzlukla temas halinde olan ülke hukuklarından birini veya daha fazlasını uygulamak durumunda kalacaktır. Yargıcın uygulamak durumunda kaldığı hukuk, yabancı bir ülke hukuku olduğunda şöyle bir soruyla karşılaşabilir: Acaba yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alacak mıdır? Bir başka ifadeyle, bir yabancı ülke hukuku yetkili olduğunda bu hukukun bir parçası olan kanunlar ihtilafı kurallarına da bakılacak mıdır? Yoksa, yabancı bir hukuk yetkili olduğunda, sadece bu hukukun maddi hukuk kuralları mı kast edilmektedir? Çalışmamızın esasını işte bu soru oluşturmaktadır.

Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı problemi özellikle 19. Yüzyılın sonu ve 20. Yüzyılın başında ciddi tartışmalara neden olmuştur. Yabancı doktrinde ‘renvoi teorisi’ kavramıyla ifade edilen bu konu Türk doktrininde ‘atıf’ terimiyle ifade edilmeye çalışılmıştır. Çalışmamızın birinci bölümünde, atıf kavramı ve atıf teorisinin ortaya çıkışı; ikinci ve üçüncü bölümlerde ise, atıf çeşitleri ele alınacaktır. ve atfın lehinde ve aleyhinde ileri sürülen görüşler üzerinde durulacaktır.

Her ülkenin kendine özgü kanunlar ihtilafı sistemine sahip olması sonucu, sistemler arasında farklılık ve bu farklılıktan mütevellit ihtilaflar ortaya çıkabilmektedir. Özellikle şahsın hukuku meselelerinde Anglo-Amerikan ülkeler ‘ikametgah hukukunu’ bağlama noktası olarak kabul ederken Kara Avrupası ülkelerinin ‘milli hukuk’ bağlama noktasını benimsemesi atıf teorisinin çıkış noktalarından biri olmuştur. Atıf müessesesine olan farklı yaklaşımlar değişik atıf türlerinin ortaya çıkmasına yol açmış, atfın lehinde ve aleyhinde çeşitli savlar ileri sürülmüştür. Özellikle yargıcın hukukuna geri gönderme anlamındaki ‘iade atıf’, atıf

teorisi savunucularının en büyük dayanağı olmuştur. Çalışmamızın üçüncü bölümünde, atfın lehinde ve aleyhinde ileri sürülen görüşler üzerinde durulacaktır.

Dördüncü bölümde AB mevzuatı ve Lahey Sözleşmelerindeki; beşinci bölümde ise Anglo-Amerikan ve Kara Avrupası ülkelerinden bazılarının atıf düzenlemelerine yer verilecektir. Son bölümde, başta MÖHUK mevzuatı olmak üzere, atfın Türk hukukundaki yeri üzerinde durulacaktır. Çalışmamızın sonunda ise atıf uygulaması hakkındaki görüş ve önerilerimizi sunmaya çalışacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

ATIF TEORİSİ VE TEORİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

1.1. ATIF KAVRAMI

Atıf kelimesinin sözlükteki karşılığı ‘yönelme, çevirme, ilişkili bulma, gönderme’dir.¹ Atfın sözlük anlamı bu olmakla beraber, Türk milletlerarası özel hukukunda farklı bir anlam ifade etmektedir. ‘Atıf’ tabiri, Türk milletlerarası özel hukukunda, yabancı hukuklarda ‘renvoi’ olarak adlandırılan bir müesseseyi (doktrini/teknîği²), yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasından kaynaklanan bir problemi³ ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Buna göre, ‘atıf’ tabiriyle, hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınması ve buna bağlı olarak ortaya çıkabilecek ihtimaller kastedilmektedir.

Konuyu ele alan yazarlar terminolojik açıdan farklı yaklaşımlar sergilemişlerdir. Bir kısım yazarın ‘renvoi’den hiç bahsetmeyerek, konuyu sadece ‘atıf’ terimiyle açıkladıkları görülmektedir.⁴ Fransızca bir sözcük olan ‘renvoi’yi⁵ karşılamak üzere ‘atıf’ kelimesinin tercih edilmesi doktrinde eleştirilmiştir.⁶ Bir

¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts (Erişim tarihi 16.01.2014)

² **COLLIER J.G.**, Conflict of Laws, Cambridge University Press, Third Edition, 2001, s. 20.

³ **Ed. LAWRENCE COLLINS and OTHERS**, Dicey and Morris on The Conflict of Laws, Volume 1, 13th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000 (Kısaca **DICEY/MORRIS**), s. 66.

⁴ Bkz. **ULUOCAK Nihal**, Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 203 vd.; **BERKİ Fazıl Osman**, Türk Hukukunda Kanun İhtilafı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.287, 2. Baskı, Ankara 1971 (Kanun İhtilafı) s. 29 vd.; **SEVİĞ Vedat Raşit**, Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş ikinci bası, İstanbul 1974, s. 129 vd.; **GÖĞER Erdoğan**, Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.403, Dördüncü Bası, Ankara, s. 59 vd.; **AKINCI Ziya/DEMİR GÖKYAYLA Cemile**, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 3-4; **ÇELİKEL Aysel/ERDEM B. Bahadır**, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 12. Bası, İstanbul, 2012, s. 111 vd.; **DOĞAN Vahit**, Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin, Ankara, Şubat 2013, s. 179 vd.

⁵ ‘Renvoi’nin sözlükteki karşılığı ‘geri gönderme, geri çevirme’dir. (Bkz. **SARAÇ Tahsin**, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, ADAM Yayınları, 1999)

⁶ **AYBAY Rona/DARDAĞAN Esra**, Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005 s. 147 vd. Yazar, ‘renvoi’nin ‘atıf’ genel kavramı içinde özel bir hal olduğunu ifade ederek ‘yollama’ tabirini tercih etmektedir.

kısım yazarın ise, ‘renvoi’ ile ‘atıf’ tabirlerini birlikte kullanarak konuya iade atıf ve devam eden atıf kavramlarıyla yaklaştıkları görülmektedir.⁷

Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde ‘atıf’ tabiriyle, hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınması ve buna bağlı olarak ortaya çıkabilecek iade ve devam eden atıf halleri kastedilmektedir. Atıf, bir Türk müellif tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir hukuki rabıtaya müteallik davayı gören bir mahkemenin kanun ihtilafları kaidelerine göre, bu hukuki münasebete tatbiki icap eden Yabancı Devlet kanununun, ihtilafın hallini başka bir kanuna havale etmesine atıf denir.”⁸ Tanımda geçen ‘başka bir kanun’ ancak *lex fori* veya üçüncü bir hukuk olabilecektir. Dolayısıyla bu tanım, iade ve devam eden atfı içermektedir. Başka bir müellif de aynı doğrultuda bir tarif vermektedir: “Atıf, mahkemenin (*lex fori*) devletler hususi hukuku kuralları gereğince yetkili kılınan yabancı kanunun devletler hususi hukuku kurallarının o ihtilafı yetkiyi yargıcın kanununa geri çevirmesi veya üçüncü bir devlet kanununa yollaması halidir.”⁹ Başka bir tanımda ise, “davayı gören mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının olaya uygulanmak üzere yetkilendirdiği yabancı hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının o ihtilafa uygulanmak üzere başka bir devlet hukukunu yetkili görmesidir ki bu hukuk, bazen üçüncü bir devletin hukuku bazen de mahkemenin hukuku olmaktadır.” ifadeleri yer almaktadır.¹⁰

Yabancı hukuklardan ithal edilen bir müessese olan ‘renvoi’nın karşılığı olarak ‘atıf’ kelimesini kullanan yazarlar, yabancı ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınmamasını ‘atfın reddi’, nazara alınmasını ‘atfın kabulü’ olarak nitelendirmektedirler¹¹. Oysa aslında yabancı hukuka (yabancı hukukun maddi hükümlerine) yapılan bir tür atıftır. Burada reddedilen, yabancı hukuka yapılan atıf değil, sadece ‘renvoi’dır. Çünkü ‘renvoi’ (renvoi/atıf teorisi) yabancı hukukun

⁷ Bkz. **TEKİNALP Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer**, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 44 vd.; **ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN-FİĞANMEŞE İnci**, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 47 vd.; **NOMER Ergin**, Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s.142 vd.

⁸ **BERKİ Fazıl Osman**, Devletler Hususi Hukuku Cilt: II Kanun İhtilafları, Güzel Sanatlar Matbaası, 6. Baskı, Ankara 1966, s.58 (Devletler Hususi Hukuku); **GÖĞER** de aynı tanımı yapmıştır (s. 62).

⁹ **ULUOCAK**, s. 204.

¹⁰ **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 114.

¹¹ Örneğin **ULUOCAK**, s. 203 vd.; **BERKİ**, Kanun İhtilafları, s.30; **GÖĞER**, s.60.

kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınması sonucu¹² ortaya çıkmış bir teoridir ve yabancı hukukun bu kurallarını nazara almayı reddetmek ‘renvoi teorisi’ni reddetmek anlamına gelir. Kanaatimizce, kanunlar ihtilafı kuralımızın ihtilafa uygulanmak üzere bir hukuk sistemini işaret etmesi halinde ‘atıf’ söz konusu olacak, atıf yapılan hukukun yabancı hukuk olması halinde bu yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da nazara alınması anlamına gelmek üzere ‘renvoi/atıf teorisi’ tabirlerinin kullanılması uygun olacaktır. Ancak çalışmamızda Türk milletlerarası özel hukuk doktriniyle paralellik arz etmesi açısından ‘renvoi/atıf teorisi’ni ifade etmek üzere ekseriyetle ‘atıf’ tabiri tercih edilmiştir. Bu tercihin sebebi yalnızca Türkçe eserlere yapılan referansların daha kolay anlaşılabilmesini sağlamaktır.

Milletlerarası özel hukukun en tartışmalı hususlarından biri olmakla birlikte, atıf (renvoi) müessesesinin bir zamanlar hararetle tartışıldığı, günümüzde ise eskiye nazaran daha az ilgi gördüğü söylenebilir. Bir kanunlar ihtilafı hukuku kitabının¹³ editörleri ‘renvoi’yi; ‘akademisyenler tarafından sevilen, öğrenciler tarafından nefret edilen, avukatlar ve yargıçlar tarafından ise fark edildiğinde görmezden gelinen bir konu’ olarak nitelendirmişlerdir.¹⁴ Bir Türk hukukçu tarafından¹⁵ ilmi bir kıymeti olmadığı söylenmiştir.

1.2. ATIF (RENOI) TEORİSİ

Günümüzde hemen her devlette, hukuki bir ihtilafa maddi çözüm getirmeyen, gösterici niteliğine sahip kanunlar ihtilafı kuralları sistemi bulunmaktadır.¹⁶ Bu kanunlar ihtilafı kuralları sistemi, yabancılık unsuru içermeyen uyumsuzluklara maddi çözüm getiren maddi hukuk kuralları (Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, vb.) sistemiyle yan yana o ülkenin milli hukuk kurallarının bir parçasıdır. Ülke hukuklarında bu şekilde yan yana iki sistemin bulunması, yabancı bir hukuku uygulamak zorunda kalan hâkimi şöyle bir soruyla karşı karşıya bırakabilmektedir: Hâkim, yabancı hukuku hangi kapsamda uygulayacaktır? Kanunlar ihtilafı kurallarını

¹² **NORTH Peter / FAWCETT J.J.**, Cheshire and North’s Private International Law, 13th Edition, Oxford University Press, 2004, (Kısaca **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**), s. 54.

¹³ **DAVIES, RICKETSON and LINDELL**, Conflict of Laws: Commentary and Materials (1997)

¹⁴ **BRIGGS Adrian**, International and Comparative Law Quarterly, Volume 47, Part 4, 1998 (877-884), s. 878.

¹⁵ Prof. Muammer Raşit Seviğ (**BERKİ**, Kanun İhtilafları, s.34) Bkz. aşağıda s. 24.

¹⁶ **COLLIER**, s. 6.

da kapsayacak şekilde bütünüyle mi yoksa sadece maddi hukuk kuralları sistemini mi?

Belirtmek lazımdır ki, atıf teorisi/renvoi problemi yalnızca, bir hukuki ihtilafa uygulanmak üzere gösterilen hukukun yabancı bir devlet hukuku olması halinde gündeme gelir. Kanunlar ihtilafı kuralının *lex fori*ye yapmış olduğu atıflarda ‘renvoi’ gündeme gelmez. Örneğin taraflar ayrı vatandaşlıkta iseler, nişanlılığın hükümlerine ve sonuçlarına Türk hukukunun uygulanacağını söyleyen 5718 say. MÖHUK¹⁷ m.10/f.3 hükmü için ‘renvoi’ problemi doğmaz, zira Türk hukukunun maddi hükümleri uygulanacaktır.¹⁸

Her devletin kendine özgü bir milletlerarası özel hukuk sisteminin bulunması sonucu aynı tür hukuki işlem veya ihtilaf için farklı bağlama noktalarının tayin edildiği görülebilmektedir.¹⁹ Yine hukuk sistemlerinden doğan farklılığın bir sonucu olarak iki ülkenin aynı hukuki kavrama yüklediği anlam farklılaşabilmektedir.²⁰ İşte atıf (renvoi) problemi, gerek bağlama noktasının işaret ettiği ülke hukukundan (örneğin Alman hukuku, Fransız hukuku vb.) -bu devletlerin maddi hukuk kurallarının yanı sıra milletlerarası özel hukuk kurallarına da sahip olmalarının sonucu olarak²¹- ne anlaşılması gerektiği konusundaki belirsizlik²² gerek devletlerin hukuk sistemleri arasında yer alan farklılıklar²³ sonucu ortaya çıkmış ve uygulanacak hukukun tespiti noktasında aşılması gereken bir problem olarak hukukçuların karşısında yer almıştır.

Teoriyi bir örnekle açıklamak gerekirse;

X ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralı, hak ve fiil ehliyetini ilgilinin milli hukukuna tabi kılmıştır. Y ülkesi vatandaşı bir şahsın fiil ehliyeti konusunda karar verecek olan X ülkesi hakimi, Y ülkesi hukukunu tatbik edecektir. Peki, Y ülkesi

¹⁷ RG: 12.12.2007-26728.

¹⁸ Yargılama yetkisi ihtilafları alanında da atfın yeri tartışmalı olmakla birlikte devletlerin ekseriyetle yargılama yetkisi ihtilaflarında atfa yer vermedikleri görülmekte ve bu alanda atfın gerçek anlamda yer aldığına inanılmamaktadır. (GÖĞER, s. 71-72)

¹⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 112; GÖĞER, s.60; COLLIER, s.20.

²⁰ COLLIER, s.20

²¹ GÖĞER, s.59

²² DICEY/MORRIS, s.66.

²³ COLLIER, s.20; CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 52.

hukukundan anlaşılması gereken nedir? Y ülkesinde görülmekte olan ve yabancılık unsuru içermeyen bir davada hak ve fiil ehliyetine uygulanacak olan Y ülkesi maddi hukuk kuralları mı yoksa Y ülkesi kanunlar ihtilafı kurallarını da içerecek şekilde Y ülkesi hukukunun tamamı mı? Eğer ilk seçeneği kabul edersek ('renvoi doktrini'nin reddi) X ülkesi hâkimi, X ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralının 'milli hukuk'a yapmış olduğu atfı doğrudan Y ülkesinin maddi hukuk hükümlerine yapılmış sayar ve bu hükümlere göre karar verir²⁴. İkinci seçeneği kabul edersek ('renvoi doktrini'nin kabulü²⁵), X ülkesi hâkiminin Y ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarını nazara alması gerekir. Y ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayan X ülkesi hâkiminin önünde belirebilecek ihtimaller şunlardır:

1) Y ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralı, hak ve fiil ehliyeti meselesini ilgilinin milli hukukuna tabi tutmuş olabilir. Bu ihtimalde hem X ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralı hem de Y ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralı aynı bağlama noktasını esas almış olmaktadır ve iki ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları arasında herhangi bir 'ihtilaf' bulunmamaktadır. Yani iki ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları arasında ahenk vardır.²⁶ X ülkesi hâkimi, Y ülkesinin maddi hukuk kurallarını uygulayarak karar verecektir. Burada yabancı hukukun, *lex forin* yaptığı atfı kabul ettiği söylenmektedir.²⁷

2) Y ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralı, hak ve fiil ehliyeti meselesini X ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama noktasından (milli hukuk) başka bir bağlama noktasına (örneğin ikametgâh hukuku) tabi tutmuş olabilir. İki ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları arasında bir ihtilaf bulunmaktadır.²⁸ İki ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının farklı bağlama noktaları benimsemesi halinde kurallar arasında 'açık bir ihtilaf', aynı bağlama noktasını benimsemelerine rağmen iki ülke

²⁴ Bunun 'doğru ve arzulanır' çözüm tarzı olduğu ifade edilmektedir. (**CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 53); **BATY**, yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına bakmanın saçma ve gereksiz olduğunu ifade etmiştir: "...[Uygulanacak hukuka ilişkin olarak kendi kanunlar ihtilafı kuralımız zaten uygulanmıştır, yabancı bir hukuk kuralını benimsemeye girişmek aynı soruya ikinci kez yanıt vermek olur.]" (**BATY Thomas**, *Polarized Law*, Stevens and Haynes Law Publishers, London, 1914, s. 116)

²⁵ **DICEY**, "renvoi'nin kabulü" ile "renvoi doktrininin kabulü"nü birbirinden ayrılması gerektiği görüşündedir. Yazara göre birinci hal, servis edilen topun geri gönderilmesiyle masa tenisi oyununu sona erdirmeyi ifade ederken; ikinci hal, oyuncuların biri yoruluncaya kadar masa tenisi oyununa devam edilmesini ifade etmektedir. (**DICEY/MORRIS**, s. 67 dn. 6)

²⁶ **SEViğ**, s.130.

²⁷ **NOMER** s.142; **GÖĞER**, bu ihtimali 'iç hukuk kurallarına bir dereceli atf'ın çeşitlerinden biri olarak nitelendirmiştir (s.64).

²⁸ **BERKİ**, *Kanun İhtilafı*, s.30.

tarafından bunlara yüklenen anlamların farklı olması halinde (örneğin ‘ikametgâh’ kavramına yüklenen anlamın İngiliz ve New York hukuklarında farklı olması sonucu bir kişinin İngiliz hukuku açısından New York’ta fakat New York hukuku açısından İngiltere’de ikamet ediyor olarak görülmesi) ‘gizli bir ihtilaf’ bulunduğu ileri sürülmüştür.²⁹ Bu durumda üç ihtimal ortaya çıkacaktır:

1. *ihhtimal*, kişinin ikametgâhının Y ülkesinde olmasıdır. Bu durumda X ülkesi hâkimi, Y ülkesinin maddi hukuk hükümlerini uygulayacaktır.

2. *ihhtimal*, kişinin ikametgâhının X ülkesinde olmasıdır. Bu durumda Y ülkesi kanunlar ihtilafı kuralı tarafından X ülkesi hukukuna yapılan bir atıf söz konusudur. Milletlerarası özel hukuk doktrininde yer alan ‘renvoi’ kavramını tam olarak karşılayan da işte bu durumdur.³⁰ Bu noktada hâkim X ülkesi hukukunu X ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarını da içerecek şekilde ele alırsa³¹ ehliyete ilişkin X kanunlar ihtilafı kuralı Y ülkesi hukukunu işaret ettiği için tekrar Y ülkesi hukukuna yönelecek ve kendisini bir ‘kısır döngü’³² içerisinde bulacaktır.

3. *ihhtimal*, kişinin ikametgâhının bir başka ülkede (örneğin Z ülkesinde) olmasıdır. Bu ihtimale Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde ‘devam eden atıf’ adı verilmektedir. Bu ihtimalde X ülkesi hâkimi Z ülkesi hukukunu uygulayacaktır. Hâkim, Z ülkesi hukukunu Z ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarını da içerecek şekilde ele alırsa Z ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralının ehliyete ilişkin işaret ettiği hukuku uygulayacaktır; bu hukuk Z ülkesi hukuku olabileceği gibi (bu ihtimalde X ülkesi hâkimi Z ülkesinin maddi hukuk hükümlerini olaya uygulayacaktır)³³; X ülkesi hukuku³⁴, Y ülkesi hukuku³⁵ veya başka bir hukuk (örneğin T ülkesi hukuku)

²⁹ DICEY/MORRIS, s.66; NOMER, s. 106.

³⁰ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 54; LORENZEN Ernest G., The “Renvoi” Theory and the Application of Foreign Law. I. “Renvoi” in General, Columbia Law Review, Vol. 10, No. 3 (Mar., 1910) (Kısaca LORENZEN, CLR Vol.10 No.3), s. 190; ‘renvoi’nın ‘atıf’ genel kavramı içinde özel bir hal olduğu konusunda bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s.147.

³¹ GÖĞER, burada ‘DHH kurallarına bir dereceli atıf’tan bahsetmektedir (s. 64-65).

³² Bkz. Aşağıda s. 13. Bu kısır döngüyü ifade etmek üzere doktrinde çeşitli benzetmeler yapılmıştır. Örneğin, masa tenisi (AYBAY/DARDAĞAN, s. 148), fasit daire (GÖĞER, s. 65; ULUOCAK, s. 205); uluslararası tenis oyunu (CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 56)

³³ GÖĞER, bu ihtimali ‘iç hukuk kurallarına iki dereceli atıf’ çeşitlerinden biri olarak nitelendirmektedir (GÖĞER, s. 67).

³⁴ GÖĞER, Z ülkesi kanunlar ihtilafı kuralının X ülkesi kanunlar ihtilafı kurallarını işaret etmesi halinde ‘devletler hususi hukuku kurallarına iki dereceli atıf’tan bahsetmektedir (ibid. s. 68).

da olabilir. Z ülkesi kanunlar ihtilafı kuralının Z ülkesi hukukundan başka bir hukuku işaret etmesi halinde teorik olarak atıf halinin sonsuza kadar süreceği söylenebilir.³⁶

Görüldüğü üzere, hâkimin hukukunun (*lex fori*) kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukukun yabancı bir hukuk olması halinde bu yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı sorusuna verilecek cevap, dava konusu uyuşmazlığın çözümü açısından büyük önem arz etmektedir. Yabancı doktrinde ‘renvoi’, ‘renvoi doktrini’, ‘renvoi teorisi’ başlıkları³⁷ altında incelenen bu husus, Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde ‘atıf’³⁸, ‘atıf teorisi’³⁹, ‘renvoi’⁴⁰ başlıkları altında ele alınmaktadır.

Atıf teorisinin (renvoi doktrininin) ülkelerin kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki ihtilafın giderilmesini amaçladığını söylemek yerinde olacaktır.⁴¹ Teorinin, kanunlar ihtilafı sistemleri arasındaki farkların yaratacağı ahenksiz sonuçları azaltmak için, *lex forin*in yetkili gördüğü ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarını da nazara alarak, yabancı hukukun o ihtilafıta kendini yetkili görmemesi halinde o yabancı hukukun maddi hukuk kurallarını uygulamamak ve mümkünse kendini yetkili gören bir hukuku arama çabasını öngördüğü söylenmiştir.⁴² Doktrinin temel amacı, belirli bir davada –dava hangi ülkede açılırsa açılınsın- aynı maddi hukuk kurallarının uygulanmasını ve dolayısıyla aynı sonucun elde edilmesini sağlamaktır. Bu amacın gerçekleşmesi milletlerarası özel hukukta dış karar ahenginin ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin temin edilmesini sağlayacak⁴³ ve davacının

³⁵ GÖĞER’in ifadesiyle; Alman kanunlar ihtilafı kuralının Fransız maddi hükümlerini yetkili kılması halinde ‘iç hukuk kurallarına iki dereceli atıf’tan, Fransız kanunlar ihtilafı hükümlerini işaret etmesi halinde ‘devletler hususi hukuku kurallarına iki dereceli atıf’tan bahsedilir. (ibid. s. 67-68)

³⁶ AYBAY/DARDAĞAN, s.149; ÇELİKEL/ERDEM, s.119-120; GÖĞER, bu ihtimali ‘devletler hususi hukuku kuralları arasında çok dereceli atıf’ olarak nitelendirmiştir (Bkz. s.69). Ayrıca bkz. aşağıda s. 15 vd.

³⁷ COLLIER, s. 20; DICEY/MORRIS, s. 65; CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 51; LORENZEN, CLR Vol.10 No.3, s. 190; LORENZEN Ernest G., The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws. Meaning of “The Law of a Country”, The Yale Law Journal, Vol. 27, No. 4 (Feb., 1918) (Kısaca LORENZEN, YLJ Vol.27 No.4), s. 509.

³⁸ GÖĞER, s.59 vd.; AYBAY/DARDAĞAN, s.134 vd.(yazar esasen ‘yollama’ tabirini tercih etmektedir); DOĞAN, s.179 vd.; NOMER, s.142 vd.

³⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s.111 vd.

⁴⁰ NOMER, s.141 vd. (Yazar ‘renvoi’ tabirini hem iade hem devam eden atıf halini kapsayacak şekilde kullanmaktadır); ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.47 vd.

⁴¹ MORRIS J.H.C. / NORTH P.M., Cases and Materials on Private International Law, London Butterworths 1984, s. 22; aynı yönde GÖĞER, s. 73, ULUOCAK, s.203 vd.

⁴² SEVİĞ, s.129-130

⁴³ Bkz. aynı yönde GÖĞER, s. 74; SEVİĞ, s. 129; ÇELİKEL/ERDEM, s. 112; NOMER, s. 146;

kendisi için en avantajlı ülke mahkemesinde dava açma (forum shopping) amacı gütmesine engel teşkil edecektir.⁴⁴

1.3. TEORİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Yabancı bir ülke hukukunu uygulamak durumunda olan bir hâkimin bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulaması gerektiği düşüncesi ilk ne zaman ortaya çıkmıştır? 17. yüzyılın ortalarında İtalyan Milano mahkemelerinin, 1861 yılında Alman Lübeck mahkemesinin ve 1841 yılında İngiliz Cantenbury mahkemesinin vermiş oldukları kararlarda atıf (renvoi) teorisine rastlanmaktadır.⁴⁵

Lübeck mahkemesinin önüne gelen dava, (R)'nin taşınır terekesindeki mahfuz hisselerin (K) kardeşlere verilmesine ilişkindir. R'nin fiili ikametgâhı Fransız hukukunun yürürlükte bulunduğu Mainz şehrinde iken, hukuki ikametgâhı ise vatandaşı olduğu Frankfurt şehrinde. Lübeck kanunlar ihtilafı kurallarına göre taşınır tereke hakkında yetkili hukuk müteveffanın fiili ikametgâhının bulunduğu Mainz hukuku, Mainz kanunlar ihtilafı kurallarına göre ise yetkili hukuk müteveffanın hukuki ikametgâhının bulunduğu Frankfurt hukukudur. Mahkeme, Frankfurt hukukuna yapılan bu atfı kabul etmiş ve Frankfurt hukukunu tatbik etmiştir.⁴⁶

İngiliz Cantenbury mahkemesinin önüne gelen ve her ne kadar 'renvoi' terimi kullanılsa da söz konusu tekniğe ilk başvuru kararı olduğu ileri sürülen⁴⁷ Collier v. Rivaz⁴⁸ davasının unsurları şu şekildedir:

⁴⁴ Renvoi'nın forum shopping'i engellemesi yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. **BRIGGS**, s. 879 vd.

⁴⁵ SONNENTAG Michael, Der Renvoi im Internationalen Privatrecht, Tübingen 2001, 20 vd. (ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 48 dn. 93'ten naklen); **ATAMAN-FİGANMEŞE İnci**, Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış, MHB 22 2002, s. 40 dn. 1; Atıf teorisinin İsviçre, Lüksemburg, Hollanda tarafından 1855'te, İspanya tarafından 1900'de, Portekiz tarafından 1907'de kabul edildiğine dair bkz. **SEVİĞ**, s. 135 dn. 14; Brüksel Temyiz Mahkemesi'nin 1881 yılında verdiği *Bigwood v. Bigwood* kararında da atfın uygulandığı belirtilmektedir (Bkz. **LORENZEN**, CLR Vol.10 No.3, s. 192).

⁴⁶ Bkz. **GÖĞER**, s. 63 ve dn. 40.

⁴⁷ **BERKİ**, Kanun İhtilafı, s.33; **COLLIER** s. 20 dn. 34; 'Renvoi' probleminin bilfiil dikkate alındığı ilk İngiliz mahkeme kararının *In re Johnson* kararı olduğu doktrinde ileri sürülmüştür. (**LORENZEN Ernest G.**, The "Renvoi" Theory and the Application of Foreign Law, Columbia Law Review, Vol. 10, No. 4 (Apr., 1910) (Kısaca **LORENZEN**, CLR Vol.10 No.4), s. 335) Aynı yazar söz konusu kararın 'renvoi'yı pek desteklemediğini de ifade etmiştir. (bkz. *ibid.*, s. 338)

⁴⁸ (1841) 2 Curt 855. **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 60 dn. 13.

İngiliz hukukundaki ikametgâh kavramına göre ikametgâhı Belçika'da olan⁴⁹ bir İngiliz, bir vasiyetname ve altı vasiyetname eki yaparak vefat etmiştir. Vasiyetname ve eklerden iki tanesi Belçika maddi hukukuna göre şeklen geçerli iken, kalan dört ek Belçika maddi hukukuna göre geçersiz fakat İngiliz maddi hukukuna göre geçerlidir. İngiliz kanunlar ihtilafı kuralı vasiyetnamenin şekli geçerliliği konusunu ölüm anındaki ikametgâh hukukuna (Belçika hukukuna) tabi tutarken, Belçika kanunlar ihtilafı kuralı ölenin milli hukukuna (İngiliz hukukuna) tabi tutmaktadır. Davanın yargıcı Sir Herbert Jenner, İngiliz kanunlar ihtilafı kuralından hareketle Belçika hukukuna göre geçerli olan vasiyetname ve iki ekini geçerli kabul etmiştir. Ardından, 'bu dava Belçika'da açılsaydı Belçikalı bir hâkim nasıl karar verirdi' düşüncesinden (foreign court theory)⁵⁰ hareketle Belçika kanunlar ihtilafı kuralının İngiliz hukukuna yaptığı atfı göz önünde bulundurarak İngiliz maddi hukukunu uygulamış ve Belçika maddi hukukuna göre geçersiz fakat İngiliz maddi hukukuna göre geçerli olan diğer dört vasiyetname ekini de geçerli saymıştır.⁵¹ Böylece vasiyetname ve tüm ekleri İngiltere'de geçerli kabul edilmiştir. Davada hâkim, kuramcıdan ziyade faydacı bir yaklaşım sergileyerek miras bırakanın niyetini ayakta tutmaya çalışmıştır.⁵² Hâkimin bu davada, yabancı hukukun maddi hukuk kurallarını uyguladıktan sonra alternatif olarak İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarına başvurması nedeniyle 'renvoi doktrini' lehine bir karar olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Zira doktrin uyarınca ilk atfı asla yabancı hukukun maddi hukuk kurallarına yapılmaz.⁵³

Doktrinde ağırlıklı olarak atfı teorisinin çıkış noktası (*fons et origo*) olarak gösterilen karar ise, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin (Court of Cassation) 1883'te vermiş olduğu *Forgo* kararıdır.⁵⁴ Davanın unsurları şu şekildedir:

Bavyera vatandaşı olan Forgo, 5 yaşından beri yaşamakta olduğu Fransa'da ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmadan vefat etmiştir. Fransız mahkemesinin önüne

⁴⁹ Belçika hukukuna göre ise şahıs Belçika'da ikametgâh elde etmemiştir.

⁵⁰ Foreign court theory hakkında bkz. aşağıda s. 19 vd.

⁵¹ **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 60.

⁵² **COLLIER**, s. 21 dn. 39.

⁵³ **DICEY/MORRIS**, s. 68.

⁵⁴ (1883) 10 Clunet 63; **GÖĞER**, s.62-63; **ULUOCAK**, s.211; **BERKİ**, Kanun İhtilafı, s.33-34; **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 54; **ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE**, s. 48 dn. 93; **ÇELİKEL/ERDEM**, s.114; **NOMER**, s. 143-144

gelen davada çözülmesi gereken mesele, Forgo'nun Fransa'daki menkul mirasının, 5 yaşından beri ikamet ettiği ülke olan Fransız maddi hukukuna göre mi yoksa vatandaşı olduğu Bavyera maddi hukukuna göre mi paylaşılacağıydı. Forgo'nun civar hısımları Bavyera hukukuna (Bavyera Medeni Kanunu-Codex Maximillianeus Bavaricus Civilis) göre hak sahibi olabiliyorken Fransız hukukuna göre miras, civar hısımlar hariç bırakılarak Fransa Devleti'ne kalmaktaydı. Fransız kanunlar ihtilafı kuralları, miras meselesini miras bırakanın milli hukuku olan⁵⁵ Bavyera hukukuna, Bavyera kanunlar ihtilafı kuralları ise meseleyi miras bırakanın fiili ikametgâh hukuku olan Fransız hukukuna havale etmekteydi. Fransız Yüksek Mahkemesi, Bavyera kanunlar ihtilafı kuralları tarafından Fransız hukukuna yapılan atfi (iade atıf) kabul etmiş ve uyuşmazlığı Fransız miras hukukuna göre karara bağlamıştır. Sonuç olarak Forgo'nun menkul mirası Fransız Devleti'ne kalmıştır. Teorinin, bu karardaki uygulanış şekliyle milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinden ziyade, uygulanmasında menfaati bulunan ülkenin amaçlarına hizmet ettiği söylenebilir.⁵⁶ Bu dava nedeniyle 'renvoi'nın uluslararası alanda kötü bir şöhret kazandığı söylenmiştir.⁵⁷

⁵⁵ Bavyera hukukunun, müteveffanın hukuki ikametgâhı olması sebebiyle yetkili olduğuna dair bkz. **GÖĞER**, s. 62 ve dn. 39; ayrıca bkz. **SEVİĞ**, s. 135.

⁵⁶ **ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE**, s. 48, dn. 93.

⁵⁷ **COLLIER**, s. 20.

İKİNCİ BÖLÜM

ATIF ÇEŞİTLERİ (RENOI DOKTRİNLERİ)

*Lex forin*in kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasıyla ortaya çıkabilecek ihtimaller doktrinde atif çeşitleri (renvoi doktrinleri) olarak ele alınmıştır. Çalışmamızın bu bölümünde söz konusu atif çeşitleri incelenecektir.

2.1. İADE ATIF

*Lex forin*in kanunlar ihtilafı kuralınca yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının *lex fori*yi yetkili kılması haline Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde ‘iade atif’ adı verilmektedir.⁵⁸ Bu durumu ifade etmek üzere ‘geri-yollama’⁵⁹, ‘iç hukuk kurallarına bir dereceli atif’⁶⁰ ve ‘geri çevirme’⁶¹ tabirleri de kullanılmıştır. Atfi bir dereceli ve iki dereceli olmak üzere ikiye ayırarak inceleyen yazarlar⁶² ise, yabancı hukukun meselenin hallini *lex fori*ye bırakması halini bir dereceli atif olarak adlandırmışlardır.

Forgo kararı⁶³ iade atfa örnek teşkil eder. İade atıfla karşılaşan hâkim ya Forgo kararında olduğu gibi, *lex forin*in maddi hukuk kurallarını uygulayarak karar verecek ya da tekrar yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına yönelip kendini kısır bir döngü içerisinde bulabilecektir.⁶⁴ Doktrinde bu çıkmazı ifade etmek üzere mantıki ayna odası⁶⁵, uluslararası hukuk tenisi⁶⁶ gibi tabirler kullanılmıştır. İade atfin *lex forin*in maddi hükümlerinin uygulanmasıyla son bulacağı açıktır.⁶⁷

⁵⁸ Bu nevi atfa İngilizce’de *remission*, Almanca’da *rückverweisung*, İtalyanca’da *rinvio indietro* denilmektedir.

⁵⁹ AYBAY/DARDAĞAN, s.148.

⁶⁰ GÖĞER, s.64.

⁶¹ SEVİĞ, s. 130 vd.; ULUOCAK, s. 204 vd.

⁶² GÖĞER, s. 63 vd.; SEVİĞ, s. 130 vd.; ULUOCAK, s. 203 vd.; BERKİ, Kanun İhtilafı s.29 vd.

⁶³ Bkz. Yukarıda s. 11-12.

⁶⁴ Alman müellif Franz Kahn, burada ‘mantıki bir ayna odası’ndan bahsetmekte ve iade atfin mantıken uygulanamayacağını ifade etmektedir. (NOMER, s. 144-145 dn. 110)

⁶⁵ NOMER, s. 145.

⁶⁶ NOMER, s.145 dn.112 (Institut de Droit International’ın 1900 yılında Neuchatel Toplantısında: BUZZATI)

⁶⁷ NOMER, s. 145; aynı görüşte bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 148; GÖĞER, s. 65.

Bu nevi atf şu açılardan eleştiriye tabii tutulmuştur:

1) “Hem yabancı hukuk hem de *lex fori* kendini o ihtilaf için yetkili saymıyorsa, kendini yetkisiz sayan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralını uygulamak için bir sebep kalmıyor.” Bu tenkite cevap olarak *lex forin* her davaya uygulanabileceği, ihkakı haktan çekinme olmayacağı, yabancı kanunun uygulanmadığı, içeriğinin tespit edilemediği hallerde *lex forin* uygulanacağı; ayrıca hâkimin uygulamaya alışkın olduğu yani kendi hukukunu uygulamasının daha adil sonuçlar doğuracağı ifade edilmiştir.⁶⁸

2) Her iki devletin de iade atfı kabul etmesi halinde karar birliğinin sağlanamayacağı ifade edilmiştir.⁶⁹ Atf teorisini destekleyenler, dava nerede açılırsa açılırsın aynı yönde karar verilmesini temin etme amacını gütmektedirler.⁷⁰ Ancak gerçekte durum böyle değildir, karar birliği ancak doktrinin bir tarafça reddedilip diğer tarafça kabulü halinde temin edilebilecektir.⁷¹ Aksi takdirde iki ülke hâkimi arasında uluslararası tenis oyunu olarak nitelendirilen sürekli bir paslaşma⁷² ve içinden çıkılmaz kısır bir döngü ortaya çıkar.

Örneğin X ve Y ülkelerinin kanunlar ihtilafı hukukunda iade atfın kabul edildiğini varsayalım.

Dava X ülkesinde açıldığında;

X ülkesi KİK → Y ülkesi hukuku

↓

Y ülkesi KİK → X ülkesi hukuku (X ülkesinin maddi hükümleri olaya tatbik edilir.)

⁶⁸ SEVİĞ, s.131

⁶⁹ Ibid. s.131

⁷⁰ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 56

⁷¹ Ibid. s. 56; Aynı görüşte bkz. Franz KAHN (NOMER, s. 146); ayrıca bkz. SEVİĞ, s. 131.

⁷² CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 56.

Dava Y ülkesinde açıldığında;
Y ülkesi KİK → X ülkesi hukuku

↓

X ülkesi KİK → Y ülkesi hukuku (Y ülkesinin maddi hükümleri olaya tatbik edilir.)

Yukarıdaki örnek bize, iki ülkede de iade atfın kabulü halinde karar birliğinin sağlanamayacağını ve davanın açıldığı ülkeye göre uygulanacak maddi hükümlerin de farklılaşacağını göstermektedir.

İkinci tenkite çare olarak ‘foreign court theory’ ortaya atılmıştır.⁷³ Davaya bakan hakimin, kendisini yabancı ülke hakiminin yerine koyarak karar vermesi yöntemini ifade eden ‘foreign court theory’ ile, dava farklı ülkelerde açılrsa da taraflardan sadece birinin ‘foreign court theory’yi benimsemesi halinde karar birliği sağlanabilecektir.⁷⁴

3) İade atfın mantıki olmadığı, sonu olmayan bir git-gel oyunu yaratacağı söylenmiştir. Buna karşılık olarak ise denmiştir ki, yabancı kanunun uygulanamaması nedeniyle, *lex fori* yetkili hukuk haline gelir.⁷⁵

2.2. DEVAM EDEN ATIF

*Lex forin*in kanunlar ihtilafı kuralınca yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının *lex foriden* başka bir yabancı ülke hukukunu yetkili kılması haline Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde ‘devam eden atıf’ adı verilmektedir.⁷⁶ Bu durumu ifade etmek üzere ‘öte-yollama’⁷⁷, ‘iki dereceli atıf’⁷⁸, ‘aktartış’⁷⁹, ‘yollama’⁸⁰ tabirleri de kullanılmıştır. Atfı bir dereceli ve iki dereceli

⁷³ SEVİĞ, s. 132; ULUOCAK, s. 208-209;

⁷⁴ ‘Foreign court theory’ hakkında bkz. aşağıda s. 19 vd.

⁷⁵ ULUOCAK, s.205

⁷⁶ Bu nevi atfa İngilizce’de *transmission*, Almanca’da *weiterverweisung*, İtalyanca’da *rinvio altrove* denilmektedir.

⁷⁷ AYBAY/DARDAĞAN, s. 148.

⁷⁸ GÖĞER, s. 65 vd.; SEVİĞ, s. 130 vd.

⁷⁹ SEVİĞ, s. 130 vd.

⁸⁰ ULUOCAK, s. 204 vd.

olmak üzere ikiye ayırarak inceleyen yazarlar,⁸¹ yabancı hukukun meselenin hallini üçüncü bir devlet hukukuna bırakması halinde iki dereceli atıftan bahsetmektedirler.

Örneğin;

Türk KİK → Fransız hukuku

↓

Fransız KİK → Alman hukuku

Bu noktada Türk hâkimi Alman hukukunu, Alman kanunlar ihtilafı kurallarını da içerecek şekilde ele alırsa, ehliyeteye ilişkin Alman kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukuku uygulayacaktır; bu hukuk Alman hukuku olabileceği gibi (bu ihtimalde Türk hâkimi Alman maddi hukuk hükümlerini olaya uygulayacaktır), Türk hukuku, Fransız hukuku veya başka bir hukuk (örneğin İngiliz hukuku) da olabilir. Alman kanunlar ihtilafı kuralının Alman hukukundan başka bir hukuku işaret etmesi halinde teorik olarak atıf halinin sonsuza kadar süreceği söylenebilir. Devam eden atıf halinin teorik açıdan nasıl son bulması gerektiği konusunda doktrinde öneriler yapılmıştır. SEVİĞ, ‘Bir kez kullanılmış olan kanunlar ihtilafı sisteminin tekrar kullanılmaması’ gerektiği görüşündedir.⁸² ULUOCAK’a göre de devam eden atıf halinde, *lex fori* kanunlar ihtilafı kuralınca yetkili kılınan hukukun ikinci kez yetkili kılınması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanmalıdır.⁸³ Kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre kendi hukukunu yetkili kılan veya kendisi ikinci defa yetkilendirilen bir ülke hukukuna geldiğinde veyahut *lex fori*ye atıf halinde son bulması gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁴

⁸¹ Bkz. Yukarıda dn. 62.

⁸² SEVİĞ, s. 133

⁸³ ULUOCAK, s. 206-207

⁸⁴ NOMER, s.145.

Örneğin;

Lex fori KİK → X ülkesi hukuku

↓

X ülkesi KİK → Y ülkesi hukuku

↓

Y ülkesi KİK → Y ülkesi hukuku

*(Y ülkesi hukukunun maddi hükümleri olaya uygulanır.)

veya;

Lex fori KİK → X ülkesi hukuku

↓

X ülkesi KİK → Y ülkesi hukuku

↓

Y ülkesi KİK → X ülkesi hukuku

*(X ülkesi hukukunun maddi hükümleri olaya uygulanır.)⁸⁵

veyahut;

Lex fori KİK → X ülkesi hukuku

↓

X ülkesi KİK → Y ülkesi hukuku

↓

Y ülkesi KİK → *Lex fori*

*(*Lex fori*nin maddi hükümleri olaya uygulanır.)⁸⁶

Kanunlar ihtilafı alanında sistem çeşitlerinin sınırlı olduğu ve farklı bir ülke hukukuna gönderme halinin fazla uzun sürmeyeceği, sonuncu olarak yetkilendirilen hukukun ya bunu kabul edeceği ya da önceki hukuklardan birine iade edeceği haklı olarak ifade edilmiştir.⁸⁷ Atıf silsilesi neticesinde, hakimin hukukunu yetkili kılan bir hukuka gelindiğinde atıf halinin sona ereceği aşikârdır. Herhangi bir ülke hukukuna

⁸⁵ KEGEL bu örnekteki Y ülkesinin hukuk nizamına “ara istasyon” adını vermiştir. (NOMER, s. 145)

⁸⁶ KEGEL, bu örnekteki durumu “hareket istasyonuna ilave atıf” olarak ifade etmiştir. (NOMER, s.146)

⁸⁷ SEVİĞ, s. 131.

ikinci kez gelindiğinde artık burada durulması ve bu hukukun maddi hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmuştur.⁸⁸

Örnek⁸⁹;

İsviçreli bir erkek, Moskova'da yeğeni ile evlenir. Karı koca sonradan Almanya'ya göç ederler ve burada bunlardan biri evliliklerinin butlanına karar verilmesini mahkemeden talep eder. Alman kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan milli kanun yani İsviçre Medeni Kanunu bu tür evliliği batıl sayar. Fakat İsviçre Kanunlar İhtilafı Kuralları (LRDC m7f) merasim yeri kanununa yetki tanımaktadır. Merasim yeri kanunu olan Rusya Aile Kanunu m. 156 da yetkiyi merasim yeri kanununa tanır. Aynı kanunun 6. maddesi, amca ve dayı ile yeğeni arasındaki evliliği geçerli saymaktadır.

Yukarıdaki örnekte üç ülkenin (Almanya, İsviçre ve Rusya) kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması sonucu son olarak Rus maddi hukuku yetkili olmakta ve evlilik geçerli sayılmaktadır.⁹⁰

İade atfı halinin yaratabileceği kısır döngünün ve devam eden atfı halinin yaratabileceği sonsuz atfı döngüsünün kırılabilmesi için, yabancı hukuka yapılan atfın bir noktada kesilmesi gerektiği hukukçularca ileri sürülmüş ve ulusal mevzuatlarda bu yönde düzenlemelere yer verilmiştir.⁹¹

Yabancı doktrinde iade atfı kabul edip devam eden atfı reddeden yazarlar olmuştur.⁹² Bu yaklaşımın atfın hukuki mahiyetiyle bağdaşmadığı ifade edilmiştir.⁹³ Biz de iade atfı kabul edip devam eden atfı reddetmenin çelişkili olduğu kanaatindeyiz.

⁸⁸ **NOMER**, s. 145; **SEVİÇ**, s. 133; **ULUOCAK**, s. 206-207.

⁸⁹ **SEVİÇ**, s. 130 dn. 9.

⁹⁰ Almanya'da yeğenle evlenmek geçerli sayıldığı için kamu düzeni istisnası da söz konusu olmaz. (ibid.)

⁹¹ Örneğin 5718 say. MÖHUK md. 2/f.3, EGBGB m.4.

⁹² Niboyet (**BERKİ**, Kanun İhtilafları, s.32)

⁹³ **BERKİ**, Kanun İhtilafları, s.32 ve dn. 24; **SEVİÇ**, iki dereceli atfı kabul etmeden sadece tek dereceli atfı kabul etmenin karar birliğini endişesini değil, fakat mahalli hukukun daha rahat uygulanmasının sağladığı güvenliği elde etme kaygısını ifade edeceğini belirtmiştir (s. 139).

2.3. TAM/İKİLİ/ÇİFTE ATIF (TOTAL RENVOI/DOUBLE RENVOI/FOREIGN COURT THEORY)⁹⁴

‘Renvoi’ müessesesi, İngiliz hukukçular tarafından ‘single renvoi’ ve ‘double renvoi’ olmak üzere iki ana başlık altında ele alınmaktadır.⁹⁵ İade atıf ve devam eden atıf halleri ‘single renvoi’ başlığı altında ele alınırken, ‘double renvoi’ başlığı altında Commonwealth (İngiliz Milletler Birliği) ülkelerine münhasır bir renvoi teorisine yer verilmektedir. Sadece Commonwealth ülkeleri tarafından kabul edilen bir teori olduğu için ‘the English doctrine of renvoi’⁹⁶ (İngiliz renvoi doktrini), *lex fori* hakiminin kendini yabancı hakim yerine koyarak karar vermesinden ötürü ‘foreign court theory’(yabancı mahkeme teorisi) isimleriyle de anılmaktadır. Türk milletlerarası özel hukukunda ise, doktrini ifade etme üzere ‘tam atıf’, ‘ikili atıf’⁹⁷, ‘çifte atıf’⁹⁸ tabirleri kullanılmıştır. Türk milletlerarası özel hukukunda ‘eksik/yarım atıf’ veya ‘tek atıf’ çeşitleri bulunmadığından ötürü bu doktrini karşılamak üzere ‘tam atıf’ veya ‘çifte atıf’ tabirlerinin kullanılması bir anlam ifade etmeyecektir. Bu doktrin için İngiliz hukukunda en çok kullanılan tabir ‘double renvoi’ olmakla birlikte, doktrini Türk hukuku açısından en anlaşılır kılacak tabirin ‘yabancı mahkeme teorisi’ anlamındaki ‘foreign court theory’ olacağı kanaatindeyiz.

Foreign court theory; dava, kendisine atıf yapılan yabancı ülke hâkiminin önüne gelseydi yabancı hakim nasıl karar verecek idiyse o şekilde karar vermeyi gerektirir. Burada davaya bakmakta olan hâkim yabancı ülke hukukuna adeta ‘hayali bir hukuki yolculuk’⁹⁹ yapmakta ve kendi cübbesini çıkarıp yabancı hâkimin cübbesini sırtına geçirerek karar vermektedir. Dolayısıyla, atıf yapılan yabancı ülke hukukunda atıf teorisinin (renvoi doktrininin) kabul edilmiş olup olmaması belirleyici olacaktır.¹⁰⁰ Örneğin 5718 say. MÖHUK m.9/1’de yer alan “Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir.” kuralı gereğince Fransız hukukunu uygulayacak olan Türk hâkimi, söz konusu teorinin kabulü halinde, somut dava Fransa’da görülseydi Fransız hâkim nasıl karar verecek idiyse o yönde karar verir.

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **DICEY/MORRIS**, s. 67 vd.; **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 55 vd.

⁹⁵ **COLLIER**, s. 20 vd.;

⁹⁶ **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 55.

⁹⁷ **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 120.

⁹⁸ **SEVİĞ**, s. 132.

⁹⁹ **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s.55

¹⁰⁰ *Ibid.*, s.55.

Fransız hukukunda iade veya devam eden atfın benimsenip benimsenmediğinin tespiti gerekmektedir. Türk hâkiminin vereceği karar, Fransız hukukunun atıf teorisine olan yaklaşımına bağlıdır.¹⁰¹ Örneğin Y ülkesi vatandaşı olup X ülkesinde ikamet eden bir şahsın X ülkesinde görülmekte olan davasında ehliyeti konusunda karar verilmesi gerekiyor. X ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralı milli hukuku yetkili kılarken Y ülkesi hukuku ikametgâh yeri hukukunu yetkili kılmaktadır.

X ülkesi KİK → Y ülkesi hukuku

↓

Y ülkesi KİK → X ülkesi hukuku

X ülkesi hakimi ‘foreign court theory’yi uygularsa kendini Y ülkesi hakiminin yerine koyarak karar verecektir. Y ülkesi hakimi kendi kanunlar ihtilafı kuralı gereğince X ülkesi hukukuna yönelecektir; bu durumda iki ihtimal ortaya çıkar:

1. *ihtimal*, Y ülkesinde atıf teorisinin kabul edilmeme ihtimalidir. O halde Y ülkesi hakimi doğrudan X ülkesi hukukunun maddi hükümlerini uygulayacaktır ve sonuç olarak olaya X ülkesi maddi hukuk kuralları uygulanır.

2. *ihtimal*, Y ülkesinde atıf teorisinin kabul edilme ihtimalidir. O halde Y ülkesi hakimi X ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarına bakar ve Y ülkesi hukukuna bir ‘iade atıf’ olduğunu görür. Y ülkesi hukukunda ‘iade atıf’ kabul ediliyorsa Y ülkesi hakimi bu iade atfı kabul ederek Y ülkesi hukukunun maddi hükümlerine göre karar verir ve sonuç olarak olaya Y ülkesi maddi hukuk kuralları uygulanır.

Hem davaya bakan mahkemenin hem de atıf yapılan yabancı ülke mahkemesinin ‘foreign court theory’i benimsemesi halinde ise, taraflardan biri teoriden vazgeçmediği sürece kısır döngü (*circulus inextricabilis*) meydana gelecektir.¹⁰² Bu yüzden de foreign court theory’nin sonuç vermesi için İngiltere

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. LORENZEN, CLR Vol.10 No.4, s.337

¹⁰² DICEY/MORRIS, s. 78. Söz konusu teoriyi savunan yazarların da kısır döngü oluşma ihtimalini kabul ettikleri söylenmektedir. (ibid., s. 78 dn. 85)

dışında hiçbir hukuk nizamı tarafından uygulanmaması gerektiği söylenmiştir.¹⁰³ Gerçekte ise durumun böyle olmayacağı, yabancı hukukun da ‘foreign court theory’yi kabul etmesi halinde, mahkemenin davayı çözümsüz bırakmayacağı ve bir şekilde karar vereceği savunulmaktadır.¹⁰⁴

Doktrin her ne kadar İngiliz devletler topluluğu ülkeleri dışında kabul görmese de ancak diğer tarafın reddetmesi halinde uygulanabilecek bir doktrini onaylamanın güç olduğu ifade edilmiştir.¹⁰⁵

Doktrin doğuşu aynı hukuki işlem veya ilişki için bazı ülkelerin (özellikle Kara Avrupası ülkeleri) milli hukuku bazı ülkelerinse (özellikle Anglo-Amerikan ülkeleri) ikametgâh hukukunu yetkili kılmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin, İngiliz hukuku belli bir konuda ikametgâh hukukunu (Fransız hukuku) yetkili kılmış olsun. İngiliz hakimi doğrudan Fransız maddi hükümlerini uygulamak yerine Fransız kanunlar ihtilafı kurallarına bakmak isterse kendisini kişinin milli hukukuna (İngiliz hukukunu) yönlendirilmiş bulabilir. Bu durumda hem kişinin ikametgâh hukukunu hem de Fransız kanunlar ihtilafı kuralını dikkate almak isteyen hakim çözümü ‘foreign court theory’de bulmaktadır. Bu doktrin İngiliz hakimine kendi kanunlar ihtilafının yönlendirdiği üzere ikametgâh hukukunun maddi hükümlerini uygulama imkanı tanır. Ancak sonuç her zaman böyle olmayabilir. Eğer Fransız hukuku, İngiliz hukukunun kendisine yaptığı iade atfı kabul etmiyor olsaydı İngiliz hakimi, milli hukuk olan İngiliz hukukunu uygulamak zorunda kalacaktı. Eğer amaç İngiliz kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama noktası vasıtasıyla tespit edilen hukukun maddi hükümlerinin uygulanmasını sağlamaksa bu amaca atfın bütünüyle reddi yoluyla da varılabilir. Ancak milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin ‘foreign court theory’ yöntemiyle en iyi şekilde sağlanacağı da iddia edilebilir. Yetkilendirilen yabancı hukukun tam anlamıyla uygulanmasının ancak ‘foreign court theory’ ile temin edilebileceği ileri sürülebilir. Yurtdışında bulunan taşınmazlar açısından bu yöntem başvurunun pratik açıdan çok olumlu sonuçlara yol açması mümkündür.¹⁰⁶

¹⁰³ **NOMER**, s.146.

¹⁰⁴ **COLLIER**, s. 24.

¹⁰⁵ **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 56,57; **LORENZEN Ernest G.**, "Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws" (1941). Faculty Scholarship Series. Paper 4584, s. 743 vd.

¹⁰⁶ Bkz. Aşağıda s. 25-26.

Bu doktrin İngiltere ve Kuzey Amerika’da destek görmüş¹⁰⁷, DICEY ve GRISWOLD¹⁰⁸ gibi yazarlar doktrinin doğruluğunu savunmuşlardır. Doktrin her ne kadar İngiliz mahkeme kararlarında yer etmişse de İngiliz hukukunun genel bir kuralını yansıtmamaktadır.¹⁰⁹

Doktrinin çıkış noktası 1926 yılında verilen bir İngiliz mahkeme kararıdır.¹¹⁰ Davanın unsurları şu şekildedir:

İngiliz tebaasından bayan T, İngiliz hukuku açısından Fransa’da ikamet etmektedir. Ancak Code Napoleon’un 13. maddesi uyarınca gereken izni almadığı için Fransız hukuku açısından Fransa’da ikametgah elde etmemiştir. Bayan T’nin vasiyet tasarrufları İngiliz maddi hukuk kurallarına göre geçerli ama malvarlığının üçte ikisini çocuklarına bırakmadığı için Fransız maddi hukuk kurallarına göre geçersizdir. Davaya bakmakta olan hakim Russell J. herhangi bir hukuki otoriteye atıf yapmaksızın ve herhangi bir gerekçe göstermeksizin ‘foreign court theory’yi uygulayarak Fransız maddi hukuk kurallarını olaya tatbik etmiştir. Hakimin izlediği yol şöyledir:

1) İngiliz kanunlar ihtilafı kuralları ikametgah hukuku olan Fransız hukukuna atıf yapmaktadır.

2) Davaya Fransız bir hakim bakıyor olsaydı, kendi kanunlar ihtilafı kuralları gereğince İngiliz hukukuna yönelmiş olacaktı. Ancak İngiliz kanunlar ihtilafının Fransız hukukuna atfı sonucu kendini Fransız hukukuna yönelmiş olarak bulacaktı.

3) Fransız hukukunda ‘single renvoi’ (iade atfı ve devam eden atfı) kabul edildiği için Fransız hakimi, İngiliz hukukunun Fransız hukukuna yaptığı iade atfı kabul ederek olaya Fransız maddi hukuk kurallarını uygulayacaktı.¹¹¹

¹⁰⁷ **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 56

¹⁰⁸ “Bir mahkeme, kendi kanunlar ihtilafı kuralı tarafından yabancı bir hukuka yönlendirildiği zaman, işin doğası gereği yabancı mahkemenin uygulayacağı şekilde yabancı hukukun bütününe bakmalıdır.” GRISWOLD (1938) 51 HLR 1165, 1183. (**CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 56’den naklen)

¹⁰⁹ **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 56

¹¹⁰ Re Annesley [1926] Ch. 692. (**DICEY/MORRIS**, s. 69)

¹¹¹ **DICEY/MORRIS**, s. 79; **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 61.

Hakim, kişisel tercihinin renvoi'ya hiç başvurmaksızın doğrudan Fransız maddi hukuk kurallarını uygulamak olduğunu da ifade etmiş ancak kararın bu kısmı pek rağbet görmemiştir.¹¹²

Foreign court theory'nin istisnai olarak ve sağlayacağı avantajların dezavantajların çok ötesinde olduğu durumlarda uygulanması gerektiği söylenmektedir.¹¹³

2.4. GİZLİ ATIF – FARAZİ ATIF¹¹⁴

Bu atıf çeşitleri, yabancı hukukun sahip olduğu düzenlemelerden ötürü, davaya bakmakta olan hakimin ihtilafa *lex forin*in maddi hukuk hükümlerini uygulamasıyla sonuçlanan durumları ifade etmektedir.

Gizli atıf, *lex forin*in kanunlar ihtilafı kuralı tarafından yetkilendirilen yabancı hukukta yer alan, o yabancı ülke hukukunda mahkemenin, bir hukuki ihtilafa milletlerarası yetkisinin varlığı halinde kendi iç hukukunu (maddi hukuk kurallarını) uygulaması (bu ihtimal Anglo-Amerikan hukukunda belirlemektedir) prensibinden hareketle, davayı görmekte olan hâkimin de kendi maddi hukukunu olaya tatbik etmesi (*lex fori*ye iade atıf) anlamına gelmektedir.¹¹⁵

Farazi atıf ise, *lex forin*in kanunlar ihtilafı kuralı tarafından yetkilendirilen yabancı hukukun, ihtilafın konusunu usul hukukundan sayması halinde, (bu ihtimal yine Anglo-Amerikan hukukunda belirlemektedir) usulün her zaman *lex fori*ye tabi olması prensibinden hareketle, hâkimin kendi maddi hukukunu olaya tatbik etmesi anlamına gelmektedir.¹¹⁶

¹¹² DICEY/MORRIS, s. 70

¹¹³ Ibid. s. 78.

¹¹⁴ NOMER, bu atıf çeşitleri için “örtülü iade atıf” tabirini kullanmıştır. (NOMER, s.147)

¹¹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 121; NOMER, s. 147-148.

¹¹⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 120-121; NOMER, s.148.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ATIF (RENOI) HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

*Lex forin*in kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca yabancı bir hukuku uygulamak durumunda olan hâkimin, bu yabancı hukuku, kanunlar ihtilafı kurallarıyla birlikte uygulaması gerektiği düşüncesi tarihi süreç içerisinde bazen desteklenmiş bazen reddedilmiştir. *Renvoi* problemine ilk yaklaşımlar katı olmuştur; Fransız hukukçu Bardin ve Alman hukukçu Franz Kahn mutlak olarak reddetmişlerdir.¹¹⁷

Yabancı doktrinde olduğu gibi Türk doktrininde de atıf lehine ve aleyhine çok söz söylenmiştir. Prof. Abdülhak Kemal Yörük atfın kabulüne taraftar olduğunu şu sözlerle ifade etmiştir: “Aleyhtarları ne derlerse desinler, atıf bugün cihanşümül olmuştur. İster merdud olan cemilekarlık esasını ihya mahiyetini gösterdiği iddia edilsin, ister mahkemeler sayiekal kanununa tabi olarak kendi kanunlarını tatbik etmek yolunu takip etmekle itham edilsin, hatta ilmi bir kıymeti haiz olmadığı halde ilim kisvesine bürünmüş telakki olunsun, atfı Devletler Hususi Hukuku sahasında teessüs etmiş olarak görmek zaruridir.”¹¹⁸ Prof. Muammer Raşit Seviğ ise atfın reddine taraftar olmuştur: “Bazı mütalaalar vardır ki, ilmi bir kıymeti haiz olmadığı halde maatteessüf bir ilim kisvesine bürünüp bir aksülamel mahiyetinde memleket memleket, mahkeme mahkeme in’ikaslar vukua getirmiştir. Bunların başında nazariye ünvanını alacak kadar bir zamanlar ehemmiyet kespemiş atıf keyfiyeti gelir.”¹¹⁹ Prof. Osman Fazıl Berki de atfı reddetmiştir.¹²⁰ Çelikel/Erdem, atıf prensibinin kabul veya reddini her hukuki ihtilafın özelliklerine göre ele almak ve buna göre karar vermenin daha doğru olacağını; atfın tümüyle kabul veya reddi yerine milletlerarası özel hukuktan amaçlanan hedeflere uygun bir çözümü tercih etmek gerektiğini ifade etmiştir.¹²¹

¹¹⁷ NÖMER, s.144.

¹¹⁸ BERKİ, Kanun İhtilafı, s. 34

¹¹⁹ Ibid. s. 34-35

¹²⁰ Ibid, s. 35

¹²¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 136.

Atıf, Anglo-Amerikan ve Kara Avrupası hukuklarında çok tartışılmış bir husustur. Genel kanı, tamamen ret veya tamamen kabul edilmesinin yanlış olduğu yönünde şekillenmiştir.

İngiliz hukukunda atfın lehine birkaç mahkeme kararı gösterilse de mevcut kararların *renvoi*'nın İngiliz hukukunun yerleşik bir parçası olduğu yönünde bir yorumu desteklemediği ifade edilmiştir.¹²²

Yetkili yabancı hukukun yapmış olduğu atfı prensip olarak dikkate almak gerektiği ancak her olayın ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulabileceği ifade edilmiştir. Kanunun suskun kaldığı durumlarda *renvoi*'nın kabulü veya reddi noktasında, kanunlar ihtilafı kuralının anlam ve amacının önem taşıdığı söylenmektedir.¹²³

3.1. ATIF (RENVOI) LEHİNE GÖRÜŞLER

Bazı yazarlar, atfı prensibini her hukuki ihtilafın özelliğine göre ele almak gerektiğini söylemektedirler. Adaleti sağlayacak, hakkı koruyacak hallerde atfın kabul edilmesi gerektiği¹²⁴; kişinin o hukuki işlem veya ilişkiden meşru beklentilerinin gerçekleşmesine hizmet edebileceği söylenmiştir.¹²⁵ Örneğin, yabancı ülkelerde gerçekleştirilen evliliklerin şekli açıdan geçersiz olmasını önlemek için 'renvoi'ya başvurulabileceği ifade edilmektedir.¹²⁶ Bunun, yabancı ülkede yapılan evliliklerin *lex loci celebrationis*'in maddi hukuk kurallarına veya *lex loci celebrationis*'in kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan hukuka göre geçerli olacağı şeklinde alternatif olarak anlaşılması gerektiği de söylenmiştir.¹²⁷

Mahkemenin, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunu (*lex situs*) uyguladığı hallerde 'foreign court theory' şeklindeki atfı çeşidinin uygulanması savunulmaktadır. *Lex situs* kuralının uygulanma sebebi bir ülkenin kanun yapıcı ve uygulayıcı ajanlarının o ülkede bulunan taşınmazlar üzerinde münhasır kontrolünün

¹²² LORENZEN, CLR Vol.10 No.4, s. 343

¹²³ NOMER, s.156.

¹²⁴ DICEY/MORRIS, s. 73; CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 65.

¹²⁵ COLLIER, s. 25.

¹²⁶ DICEY/MORRIS, s. 74-75.

¹²⁷ Ibid. s. 75.

bulunmasıdır. Son mertebede taşınmaza ilişkin olarak taşınmazın bulunduğu ülkenin icra makamları söz sahibi olacağı için, *lex situs* uygulanırken *lex situs* hakimi bu davayı görseydi nasıl karar verecek idiye o şekilde karar vermek gerektiği ifade edilmiştir. Örneğin, İngiltere’de mukim ve İspanya’da taşınmazı bulunan bir İngiliz ölüme bağlı tasarrufta bulunmaksızın vefat etmiştir. İngiliz kanunlar ihtilafı kuralı *lex situs* yetkili kılmakta ve İspanya maddi hukuk kurallarına göre bu taşınmaz üzerinde X şahsı hak sahibi oluyorken, İspanya mahkemesi bu davaya bakıyor olsaydı İngiliz maddi hukuk kurallarını uygulayacağı için Y şahsı hak sahibi olacaktır. Bu durumda İngiliz mahkemesinin X şahsının hak sahibi olduğuna karar vermesi, bu şahsın taşınmazı İspanya’da Y şahsından geri alması mümkün olamayacağı için bir anlam ifade etmeyecektir. Aynı argüman yabancı ülkede bulunan taşınırın mülkiyetine ilişkin olarak da ileri sürülmektedir. Ancak taşınırın yer değiştirmesinin mümkün olması argümanı zayıflatmaktadır.¹²⁸ Taşınmazları buldukları yer hukukuna tabi tutan kanunlar ihtilafı kuralı (*lex rei sitae*) bakımından ‘foreign court theory’nin uygulanması gerektiği, atıf aleyhtarları tarafından da kabul edilmektedir.¹²⁹

Atıf taraftarlarının bir diğer savı, davaya bakmakta olan hakimin yabancı kanunun uygulanması konusunda yabancı hukuktan daha titiz davranmaması gerektiğidir. Bu durum kraldan çok kralcı veya Papa’dan çok Katolik olmamak,¹³⁰ yabancı kanundan daha müşkülpesent olmamak¹³¹ gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Özellikle yabancı hukukun meselenin hallini *lex foriye* bırakması halinde yabancı kanunu tatbikte ısrar etmenin anlamsız olacağı söylenmiştir.¹³² Atıf teorisini destekleyen Batiffol; yabancı kanunun kendini yetkisiz saydığı bir alanda uygulanmasının o yabancı kanunun gerçek mahiyetini ve yabancı kanun koyucunun kendi kanunun uygulanma alanını belirleme hakkının inkârı anlamına geleceğini söylemiştir.¹³³

¹²⁸ DICEY/MORRIS, s. 74.

¹²⁹ COLLIER, s. 25.

¹³⁰ LORENZEN, CLR Vol.10 No.3, s. 204 dn. 47.

¹³¹ BERKİ, Devletler Hususi Hukuku, s. 59.

¹³² BERKİ, Kanun İhtilafı, s.30

¹³³ SEVİĞ, s. 134.

Atıf sayesinde hakim kendi hukukunu uygulama imkanı elde etmesi atfın olumlu yönü olarak gösterilmiştir;¹³⁴ *lex forin*in uygulanmasını veya milletlerarası karar ahengini sağladığı ölçüde renvoi lehine tavır almanın yerinde olduğu söylenmiştir. Hakimin kendi hukukunu daha kolay uygulayacağı, ‘vatana dönüş çabası’nın yadrganamayacağı, ayrıca bunun, yetkili hukukla da uyum içinde hareket etmek olduğu ifade edilmiştir.¹³⁵

Bazı hukuki ihtilafların, kanunda farklı bağlama noktalarına tabi tutulmalarına rağmen, atıf teorisi sayesinde aynı ülke hukuku uygulanarak çözülmesi imkanı elde edileceği söylenmiştir.¹³⁶ Örneğin X ülkesinde görülmekte olan bir miras davasında, *lex forin*in kanunlar ihtilafı kuralı, taşınır mirasta milli hukuku (Y), taşınmaz mirasta *lex rei sitae*’yi yetkili kılmaktadır. X ülkesinde bulunan taşınmazlar için X ülkesi maddi hukuk kuralları uygulanacaktır. Kişinin milli hukuku olan Y ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarının X hukukuna atıfta bulunması ve bunun kabulü halinde taşınır miras da X hukukuna ve böylece terekenin tamamı aynı hukuka (X) tabi olmuş olacaktır.¹³⁷

Kanunlar ihtilafı kurallarının amacı bağlama noktaları vasıtasıyla ihtilafla en sıkı ilişki içindeki devlet hukukunun uygulanmasını sağlamaktır; bu şekilde devletler özel hukuku adaleti de sağlamış olur.¹³⁸ Yetkilendirilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamanın, yabancı hukukun o hukuki ihtilafla en sıkı ilişki içinde gördüğü hukukun uygulanması sonucunu doğuracağı ve bunun da devletler özel hukuku adaletinin sağlanmasına hizmet edeceği ifade edilmiştir.¹³⁹

Atıf lehinde ileri sürülen görüşlerden biri, yabancı hukukun iç hukuka ilişkin hükümleriyle kanunlar ihtilafı hükümlerinin bir bütün teşkil etmesi sebebiyle yabancı hukukun sadece iç hukuka ilişkin hükümleri değil kanunlar ihtilafı hükümlerinin de uygulanması gerektiğidir.¹⁴⁰ Yabancı hukukun bir bütün olarak ele alınması

¹³⁴ ULUOCAK, s.204

¹³⁵ NOMER, s.155-156.

¹³⁶ ULUOCAK, s. 204-205

¹³⁷ 5718 sayılı MÖHUK m. 20 uyarınca, miras bir bütün halinde (Türkiye’de bulunan taşınmazlar hariç) tek bir hukuka tabi kılınmıştır.

¹³⁸ GİRAY Faruk Kerem, YÜHFD, Cilt: VIII, Sayı: 2, 2011, Cilt: IX, Sayı: 1, 2012; Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, s.556; ÇELİKEL/ERDEM, s.125.

¹³⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s.125

¹⁴⁰ BERKİ, Kanun İhtilafları, s.30

gerektiğini söyledikten sonra bu hukukun sadece kanunlar ihtilafı hükümlerini nazara almak suretiyle atıf taraftarlarının kendi iddialarını çürüttükleri söylenmiştir.¹⁴¹ Yine bu görüşe karşı olarak, kanunlar ihtilafı kuralları ile maddi hukuk kurallarının mahiyetlerinin farklı olduğu belirtilmiş ve yabancı hukuku bir bütün olarak ele almanın, kendi hukukumuzu da bir bütün olarak ele alınmasını ve top bizim hukukumuzda geri gönderildiğinde onu tekrar diğer tarafa yollamayı gerektireceği ve bunun bir tenis oyunu halini alacağı söylenmiştir.¹⁴²

Atfın, karar birliğinin gerçekleştirilmesine katkı sağlayacağı savunulmaktadır. Bu görüşe göre, atfın uygulanmaması halinde, ihtilafın ne şekilde karara bağlanacağı, davanın hangi ülke mahkemesinde açıldığına göre değişiklik gösterebilecektir.¹⁴³

2675 sayılı kanun öncesi dönemde, muayyen bir milli hukuku olmayan bir devlet vatandaşının, örneğin bir Amerikalının, milli hukukunu uygulamak durumunda olan Türk hakiminin, atf teorisi vasıtasıyla ABD'nin kanunlar ihtilafı kurallarına bakarak, bu kuralların ikametgah hukukuna yaptığı atıftan yararlanmak suretiyle muayyen bir hukuka ulaşma imkanı elde edeceği söylenmiştir.¹⁴⁴ 5718 sayılı MÖHUK m.2/f.5, "Hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ve bu birimler de değişik hukuk düzenlerine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı o devletin hukukuna göre belirlenir..." hükmüne yer vererek bu nitelikte devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınacağını hüküm altına almış ve atf teorisine başvurma ihtiyacı bırakmamıştır.

3.2. ATIF (RENOI) ALEYHİNE GÖRÜŞLER

Atıf uygulanmasının hukuk güvenliğini tehlikeye sokabileceği, yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının hukuki işlemin taraflarının uygulanmasını hiç düşünmedikleri bir hukukun uygulanmasına yol açabileceği söylenmektedir. Örneğin, bir miras meselesinde atf teorisini uygulamak, mirisin beklentilerine aykırı sonuçlar doğurabilir. Şöyle ki; ikametgâh hukukunun kanuni miras hükümlerinden

¹⁴¹ Ibid., s.31

¹⁴² SEVİĞ, s.136; BERKİ, Kanun İhtilafı, s.31

¹⁴³ COLLIER, s. 25. Yazar, karar birliğinin ancak, bütün hukuk sistemlerinin her bir hukuki problem için aynı nitelikte kuralları benimsemesiyle sağlanabileceğini savunmaktadır.

¹⁴⁴ ULUOCAK, s.205.

memnun olan bir kişi vasiyetname yapmamayı tercih etmiş olabilir. Atıf yapılan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınması, murisin ikametgâh hukukundan farklı bir hukukun ve dolayısıyla murisin beklentilerine tamamen aykırı sonuçlar yaratacak kuralların uygulanması sonucunu doğurabilecektir.¹⁴⁵ Bu konunun çok çarpıcı bir örneği bir İngiliz mahkeme kararında karşımıza çıkmaktadır. Davanın unsurları şu şekildedir:

İngiliz tebaasından olan T, 1860 yılında Hindistan'da doğmuş, 1890'da İtalya'da ikametgah edinmiş, ölünceye kadar 47 yıl boyunca orada yaşamış ve 1937 yılında vasiyetname bırakmadan vefat etmiştir. T'nin doğumla kazanılan ikametgahı, babasının 1835'te doğduğu ve eskiden Eire olarak bilinen (bugünkü İrlanda Cumhuriyeti) yerdir. T, Eire vatandaşı değildir ve 1878'te babasıyla yaptığı kısa süreli bir seyahat dışında orada hiç bulunmamıştır. İngiliz mahkemesi, miras meselesine murisin beklentilerine uygun olacak şekilde İtalyan maddi hukuk kurallarını değil fakat dava bir İtalyan mahkemesinin önüne gelseydi Eire hukukunun uygulanacağı gerekçesiyle murisin hayatı boyunca neredeyse hiç bulunmadığı ve vatandaşı da olmadığı bir yer hukukunu uygulamıştır.¹⁴⁶

Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının yetkili hukukun zaman itibariyle uygulanması konusunda içerdiği düzenleme de büyük önem arz etmektedir. Yabancı kanunlar ihtilafı kuralının dava tarihindeki yetkili hukukun uygulanması şeklinde bir düzenleme içermesi halinde tarafların işlemi gerçekleştirirken öngöremeyecekleri bir hukukun öngöremeyecekleri haliyle uygulanma riski doğar ki bu durum hukuk güvenliğini tehlikeye sokar.¹⁴⁷

Atıf teorisinin *lex forin* kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı hukuka zımnen teslim olması, yabancı kanunlar ihtilafı kurallarının *lex forin* kanunlar ihtilafı kurallarıyla yer değiştirmesi anlamına geldiği, bunun da milletlerarası nezaketin ilahlaştırılması olduğu söylenmiştir.¹⁴⁸ Bu görüşe karşılık olarak ise, *lex*

¹⁴⁵ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s.58

¹⁴⁶ Re O'Keefe [1940] Ch. 124 (DICEY/MORRIS, s. 77)

¹⁴⁷ Uygulanacak yabancı hukukun hangi zaman aralığındaki yürürlükte olan düzenlemesinin dikkate alınacağı meselesi hakkında bkz. GİRAY, s.560-561.

¹⁴⁸ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 57.

forinin kanunlar ihtilafı kuralı böyle olmasını istediği için yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulandığı söylenmiştir.¹⁴⁹

Gösterici niteliğe sahip kanunlar ihtilafı kuralları, bir bağlama noktasından hareket edilerek oluşturulur; bu bağlama noktası ise o kanunlar ihtilafı kuralına sahip devletin kanun koyucusunun tercihini yansıtmaktadır. Bu nedenle, gösterilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralını uygulamanın *lex fori* kanun koyucusunun kanun yapma politikasını reddetmek şeklinde yorumlanabileceği ifade edilmiştir.¹⁵⁰ Gösterilen hukukun maddi hükümlerinin yabancı ülkenin isteği doğrultusunda uygulanmayışının bağımsız devletlerin egemenliği ve eşitliği prensiplerinin ihlali olduğu da doktrinde ifade edilmiştir.¹⁵¹

Teorinin karar birliğini sağlayacağı düşüncesine karşı, atfın her iki ülke tarafından kabulü halinde davanın açıldığı yere bağlı olarak farklı sonuçlar elde edilebileceği gösterilmiştir.¹⁵² Atıf yöntemiyle karar birliğinin sağlanabilmesi için ülkelerden birinin atfı reddetmesi gerekir ki, bu da atfın aleyhine bir sonuçtur.¹⁵³

Atfın doğuracağı bir güçlük de, yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama noktasının (örneğin ikametgâh kavramı) nasıl anlaşılacağı ve yorumlanacağı sorununun söz konusu yabancı hukuka bakılarak çözümlenecek olmasıdır.¹⁵⁴

İleri sürülen bir diğer önemli husus da, yabancı ülkenin kanunlar ihtilafı kuralının yetkilendirdiği hukukun, *lex forinin* kamu düzeni anlayışına ters düşme olasılığının bulunmasıdır.¹⁵⁵ Atıf ile kamu düzeni arasındaki bu etkileşimin çok

¹⁴⁹ COLLIER, s. 23; NOMER, s.151-152.

¹⁵⁰ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s.58

¹⁵¹ LORENZEN, CLR Vol.10 No.4, s. 341

¹⁵² SEVİĞ, s.136; bkz. yukarıda s. 14-15; ULUOCAK, s. 207-208

¹⁵³ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 56. Karar birliği sağlanmasının önündeki başka bir engel de, bir meselenin bir ülke mahkemesi tarafından usul hukukundan sayıp kendi maddi hukuk kurallarını uygulamasıdır. Bu durumda yabancı hukukun o konuyu maddi hukuk meselesi olarak görmesi önem arz etmez. (ibid. s. 57)

¹⁵⁴ Bu prensibe istisna olarak Anglo-Amerikan hukukunda gayrimenkul kavramının tayini *lex rei sitae*'ye bırakılmıştır. (NOMER, s.153 vd.)

¹⁵⁵ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 57; DICEY/MORRIS, s. 75.

çarpıcı bir örneği Kanada, Nova Scotia'da verilen bir kararda¹⁵⁶ ortaya çıkmıştır. Evlilik mallarına ilişkin olarak açılan davada Nova Scotia kanunlar ihtilafı kuralı eşlerin son oturdukları yer hukuku olan Alman hukukunu yetkili kılmaktadır. Alman kanunlar ihtilafı kuralı ise eşlerin müşterek milli hukuku olan İran hukukunu yetkili kılmaktadır. Nova Scotia mahkemesi bu devam eden atıf halinden dolayı İran maddi hukukunu olaya uygulamaya hazırlanırken evlilik mallarına ilişkin İran maddi hukuk hükümlerinin olaya uygulanmasının kadın erkek eşitliğine aykırı ve dolayısıyla somut olay adaletine (kamu düzenine) aykırılık teşkil edeceğini fark etmiştir. Bu durumda ilk atıf yapılan ülke hukuku olan Alman maddi hukuku mu yoksa *lex fori* mi uygulanmalıdır sorusu gündeme gelmiş; Nova Scotia mahkemesi İran hukukunun reddedilmiş olmasının Alman hukukuna yapılan ilk atfın göz ardı edilmesini haklılaştırmayacağı gerekçesiyle Alman maddi hukuk hükümlerini uygulayarak hüküm vermiştir.¹⁵⁷ Nova Scotia mahkemesi, devam eden atıfla ulaşılmış olduğu İran maddi hukuk kurallarının Kanada kamu düzenine aykırı olması gerekçesiyle İran hukukunu uygulamamıştır. Bu durumda mahkemenin önünde iki seçenek belirecektir: a) *lex forin*in maddi hukuk kurallarını uygulamak veya b) Nova Scotia kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukuk olan Alman hukukunun maddi hukuk kurallarını uygulamak. Davada mahkeme tercihinin Alman hukukundan yana kullanmıştır. Acaba bu dava bir Türk mahkemesinin önüne gelseydi sonuç ne olurdu?

5718 say. MÖHUK'un 5. maddesi uyarınca, yetkili yabancı hukukun maddi hukuk kuralının, Türk kamu düzenine aykırı olması halinde bu yabancı hüküm uygulanmaz, gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır. Kanaatimizce, madde hükmünde yer alan 'gerekli görülen hallerde' tabiri hakime, kanunlar ihtilafı kuralımızın yetkili kıldığı ülkenin maddi hukuk kurallarını uygulama imkanı vermektedir. Hakimin, tercihinin bu yönde yapması ve böyle bir durumda Türk hukuku yerine Türk kanunlar ihtilafı kuralının atıf yaptığı hukukun maddi hukuk kurallarını uygulanmasının milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine daha çok hizmet edeceği görüşündeyiz. İhtilafın halli için Türk hukuku yerine yetkili kılınan yabancı hukukun tercih edilmesi, tarafların söz konusu olay veya ilişkiye ait makul ve haklı

¹⁵⁶ Vladi v. Vladi (1987) 39 D.L.R. (4th) 563 (N.S.) **DICEY/MORRIS**, s. 75, **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s.57

¹⁵⁷ **DICEY/MORRIS**, s.75-76

beklentilerini de karşılamaya hizmet edecektir. Zira milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması, kanunlar ihtilafı kuralımızın gösterdiği yabancı hukukun uygulanma sebebidir.¹⁵⁸

İngiliz hukukunda uygulanan ‘foreign court theory’, yabancı ülke hukukunda atıf teorisinin kabul edilip edilmediğinin araştırılmasını gerektirmektedir ki bu da teorisinin uygulanmasını güçleştirmektedir.¹⁵⁹ Bir İngiliz hakimi bu güçlüğü şöyle ifade etmiştir: “Daha önce ilk derece mahkemeleri tarafından verilen iki çelişkili karar ve bu konuda ciddi bir hukuki görüş ayrılığı bulunduğu dair sunulan kanıtlar karşısında, konu hakkında bugüne kadar herhangi bir beyanı bulunmayan İspanya Yüksek Mahkemesi’nin ilgili İspanyol hukukunu nasıl yorumlayacağını ilk olarak tespit ediyor olmaktan daha zor bir görev hayal etmek güç olur.”¹⁶⁰ Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının, bu hukukta atıf teorisi konusunda nasıl bir yaklaşım benimsendiğinin ve yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının bütünüyle araştırılmasının hem hakimler hem de avukatlar için güç olacağı söylenmiştir.¹⁶¹

Yabancı hukukun ‘renvoi’ya ilişkin kurallarının tespitinin, yabancı hukukun herhangi bir kuralının tespitinden daha zor olmadığı, devletlerin çoğunda ‘renvoi’nın kabulü veya reddine dair hukuki düzenlemelerin bulunduğu ve bu nedenle atıf teorisine yapılan güçlük doğuracağı itirazının mübalağalı olduğu söylenmektedir.¹⁶²

Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının bağlanma noktası olarak vatandaşlığı ‘milli hukuk’u benimsediği hallerde ‘milli hukuk’tan ne anlaşılması gerektiği konusunda Birleşik Krallık, ABD gibi devletler açısından bir belirsizlik söz konusudur.¹⁶³ 1903 yılında verilen bir İngiliz mahkeme kararında da yargıç, Britanya İmparatorluğu’nun birçok devlet, ülke ve koloniden meydana geldiğini, kişinin milli hukuku olarak nitelendirilebilecek yeknesak bir hukuk bulunmadığını ifade etmiştir.¹⁶⁴ ‘Renvoi’nın bu yönden eleştirilmesine karşılık olarak, burada sorunun

¹⁵⁸ GİRAY, s.556.

¹⁵⁹ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 58.

¹⁶⁰ Wynn Parry J (Re Duke of Wellington davasında) [1947] Ch. 506, 515 (DICEY/MORRIS, s. 76)

¹⁶¹ DICEY/MORRIS, s. 76; CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 58.

¹⁶² COLLIER, s. 23

¹⁶³ DICEY/MORRIS, s. 77; CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 58-59.

¹⁶⁴ Daha fazla bilgi için bkz. LORENZEN, CLR Vol.10 No.4, s.336; bir ABD vatandaşının ahkâm-ı şahsiye davasında kişinin ikametgâhının bulunduğu eyalet kanununa, birden çok eyalette mukim

‘renvoi’nın kendisinden değil, yabancı hukukun ‘milli hukuk’u bağlama noktası olarak benimsemesinden kaynaklandığı ifade edilmiştir.¹⁶⁵

Gösterilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının lex fori’ye atıfta bulunduğu ölçüde atıf kuralına itibar edilmelidir şeklinde bir görüşün savunulma ihtimali bulunmaktadır. Bu tarz bir yorumun kabul edilmesinde pratik gerekçeler ileri sürülebilir. Yabancı hukukun lex fori’ye iade atıfta bulunmasının hâkimin en iyi bildiği hukuk olan kendi hukukunu uygulamasını sağlayacağı, ayrıca yabancı kanun koyucunun tercihine de saygı gösterilmiş olacağı ifade edilmiştir. Teorinin bu şekilde kabulü devam eden atıf halini reddetmek sonucunu doğurur ki bu durum daha önce göstermiş olduğumuz saygıyı artık göstermeyeceğimiz anlamına gelir. Bu ise, ‘yabancı hukuka, lex fori ile aynı şekilde hareket ettiği ve ancak lex fori’nin işine geldiği oranda saygı göstermek’ anlamına gelmektedir. Lex fori’nin uygulanmasının pratik açıdan olumlu sonuçlar doğuracağı bir gerçektir. Ancak bu pragmatist yaklaşımı milletlerarası nezaket ile açıklamaya ve gerekçelendirmeye çalışmak kanımızca doğru değildir.

Atıf teorisinin, istisnai bazı haller dışında, getireceği teorik ve pratik külfetin, haiz olduğu avantajlardan daha fazla olduğu¹⁶⁶; hukuk kurallarının taşınması gereken kesinliği zedeleyeceği, belirsizlik yaratabileceği ve uygulanıp uygulanmaması konusunda açık bir düzenleme bulunmaması ve hakime takdir hakkı tanınması halinde kaos yaratacağı ifade edilmiştir.¹⁶⁷

olması halinde en çok bağlı bulunduğu eyalet kanuna itibar edilmesi gerekmektedir. (GÖĞER, s.69 dn.45)

¹⁶⁵ COLLIER, s. 24.

¹⁶⁶ DICEY/MORRIS, s. 74.

¹⁶⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s.137. Yazarlar, atfın uygulanıp uygulanmaması konusunda hangi tutum benimsenirse benimsensin, bu tutumun kanunda açıkça ve hakime takdir hakkı verilmeksizin düzenlenmesi gerektiği görüşündedirler.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERDE ATIF (RENVOI)

4.1. GENEL OLARAK

Milletlerarası özel hukuk alanını düzenleyen sözleşmelerin bir kısmında maddi hukuk hükümleri yer almaktadır. Bu sözleşmeler, konularına giren ihtilafları doğrudan tanzim etmektedirler. İhtilafa uygulanmak üzere maddi hukuk hükümleri getiren sözleşmeler açısından *renvoi* problemi gündeme gelmez. Bu sözleşmelere örnek olarak Milletlerarası Menkul Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM (Viyana) Anlaşması¹⁶⁸, Petrol Kirliliğinden Doğan Zararların Hukuki Sorumluluğu Hakkında Anlaşma¹⁶⁹, Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Varşova Sözleşmesi¹⁷⁰ verilebilir.¹⁷¹

Milletlerarası sözleşmelerin bir kısmı ise hukuki işlem veya ilişkiye uygulanacak hukuku gösteren nitelikte sözleşmelerdir. Kapsamına giren konuları maddi hükümlerle doğrudan tanzim etmeyip sadece uygulanacak hukuku gösteren sözleşmeler açısından *renvoi* problemi gündeme gelebilir. Bu sözleşmelere örnek olarak Vasiyet Tasarruflarının Biçimine Dair Kanun Uyuşmazlıkları Hakkında Anlaşma¹⁷², Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Anlaşma¹⁷³, Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Anlaşma¹⁷⁴ gösterilebilir. Milletlerarası sözleşmelerde belirli bir ülke hukukunun uygulanması kabul edildiğinde, sözleşmede aksi yönde açık hüküm olmadıkça¹⁷⁵ bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınmayacağı ifade

¹⁶⁸ RG: 07.04.2010-27545

¹⁶⁹ RG: 24.07.2001-24472

¹⁷⁰ RG: 03.12.1977-16128

¹⁷¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.12 vd.

¹⁷² RG: 17.01.1983-17931. Söz konusu sözleşme iade ve devam eden atfa izin vermeyecek şekilde kaleme alınmıştır. Bkz. aşağıda s. 40.

¹⁷³ RG: 06.02.1983-17951

¹⁷⁴ RG: 21.02.1983-17966

¹⁷⁵ Örneğin 24 Ekim 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesi (Bkz. Aşağıda s. 41)

edilmiştir.¹⁷⁶ Renvoi'nın kabulü halinde akit devletlerde farklı maddi hukukların uygulanması riski ortaya çıkacaktır ki bu, milletlerarası sözleşmelerle ulaşılmak istenen hukuk ve karar birliğinin sağlanması amacıyla bağdaşmaz.¹⁷⁷

Milletlerarası özel hukuk alanını düzenleyen milletlerarası sözleşmelerin bazılarında bazı konular için *lex foriye* atfı yapılmaktadır. Örneğin uluslararası hava araçları ile insan ve eşya taşıma sözleşmelerinden doğan hava taşıyıcılarının sorumluluğunu düzenleyen Varşova Anlaşması'nın¹⁷⁸ 22. maddesi uyarınca taşıyıcı aleyhine hükümlenen tazminatın taksitler halinde ödenip ödenmeyeceği *lex foriye* göre belirlenecektir. Acaba *lex forin*in kanunlar ihtilafı kuralları nazara alınacak mıdır? Sözleşmelerde *lex foriye* yapılan atıfları doğrudan maddi hukuk atfı olarak değerlendirmek gerektiği söylenmektedir.¹⁷⁹

4.2. AB MEVZUATI

19 Haziran 1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon'un (Roma Konvansiyonu)¹⁸⁰ 15. maddesi; "Bu Konvansiyon tarafından uygulanmak üzere gösterilen ülke hukuku, o ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk kurallarını ifade etmektedir." hükmünü içermek suretiyle 'renvoi'yı dışlamıştır. 17 Haziran 2008 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu Tüzüğü'nün (Rome I)¹⁸¹ 20. maddesi; "Bu Tüzük'te aksi öngörülmedikçe Tüzük tarafından uygulanmak üzere gösterilen ülke hukuku, o ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk kurallarını ifade etmektedir." hükmünü içermek suretiyle 'renvoi'yı prensip olarak dışlamaktadır.

¹⁷⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s.127; aynı yönde bkz. GÖĞER, s.72.

¹⁷⁷ NOMER, s.149

¹⁷⁸ RG: 03.12.1977-16128

¹⁷⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.14

¹⁸⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:334:0001:0027:EN:PDF>

(Erişim tarihi 20.12.2013)

¹⁸¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF> (Erişim tarihi 20.12.2013)

17 Temmuz 2007 tarihli Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu Tüzüğü'nün (Rome II)¹⁸² 24.maddesi; “Bu Tüzük tarafından uygulanmak üzere gösterilen ülke hukuku, o ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk kurallarını ifade etmektedir.” hükmünü içermek suretiyle ‘renvoi’yi dışlamaktadır.

22 Aralık 2010 tarihli Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü'nün (Rome III)¹⁸³ 11. maddesi; “Bu Tüzük, bir Devlet hukukunun uygulanmasını öngördüğü hallerde, o Devlet'in milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte olan hukukunu kastetmektedir.” hükmünü içermek suretiyle renvoi'yi dışlamaktadır.

4 Temmuz 2012 tarihli Mirasa Uygulanacak Hukuk ve Avrupa Veraset Belgesi Oluşturulmasına Dair Tüzük'ün¹⁸⁴ 34. maddesi, renvoi'ya 2 şartla izin vermektedir. 1.fıkra hükmüne göre, Tüzük uyarınca üçüncü bir ülke hukukunun uygulanacağı hallerde bu ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları;

- 1) üye devletlerden birinin hukukuna veya,
- 2) kendi hukukunu uygulayacak olan başka bir üçüncü ülke hukukuna atıfta bulunduğu takdirde nazara alınır.

34. maddenin 2. fıkrasında, Tüzük'ün 21(2), 22, 27, 28 (b), 30. madde hükümleri bakımından ‘renvoi’ nin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

4.3. LAHEY MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KONFERANSI¹⁸⁵

Lahey Konferansınca akdedilmiş sözleşmeler bakımında şu özellik göze çarpmaktadır: Birinci Dünya Savaşı'ndan önceki sözleşmelerde sözleşmede başka bir hüküm bulunmadıkça gösterilen hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanacağı

¹⁸² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0040:en:PDF> (Erişim tarihi 20.12.2013)

¹⁸³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:en:PDF> (Erişim tarihi 13.01.2014)

¹⁸⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:EN:PDF> (Erişim tarihi 13.01.2014)

¹⁸⁵ Lahey Sözleşmelerindeki atıf uygulamasına dair ayrıntılı bilgi için bkz. **ATAMAN-FİĞANMEŞE**, s. 39-74.

anlayışı egemenken, İkinci Dünya Savaşı ile 1980 arasındaki sözleşmelerde, uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmayacağı, sözleşmede kullanılan '*loi uniform*' '*internal law*' ifadeleriyle ortaya konmuş; 1980'den sonra ise, uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmaması isteniyorsa bu, sözleşmeye konulan bir hükümle açıkça belirtilmiştir.¹⁸⁶

28-30 Haziran 2011'de 3. toplantısını gerçekleştiren Uluslararası Akitlerde Hukuk Seçimi Hakkında Çalışma Grubu'nun hazırladığı Uluslararası Ticari Akitlerde Hukuk Seçimi Hakkında (Taslak) Lahey Prensipleri'nin¹⁸⁷ 7. maddesi; "Taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça, tarafların yapmış oldukları hukuk seçimi seçilen hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarını işaret etmez." hükmünü içermek suretiyle '*renvoi*'yı dışlamaktadır. Yine Çalışma Grubu tarafından Lahey Prensipleri'ne ilişkin hazırlanan '*policy document*'ta mevcut Lahey Konvansiyonlarıyla tutarlı olarak ve artık geleneksel hale gelmiş bir şekilde formüle edilerek '*renvoi*'nın dışlandığı; milletlerarası özel hukukun yeknesaklaştırılması yoluyla çözümlerin eşgüdümlü hale getirilmesini destekleme amacını taşıyan taslak Lahey Prensipleri açısından '*renvoi*'nın pek az fayda sağlayacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte Çalışma Grubu, taraf iradesi prensibinden hareketle, tarafların açıkça '*renvoi*'nın uygulanması yönündeki iradesinin de engellenmemesi gerektiği kanaatinde olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁸ '*renvoi*'ya ilişkin bu hüküm Kasım 2012'deki Özel Komisyon Toplantısı'yla¹⁸⁹ onaylanan Taslak Lahey Prensipleri'nin 8. maddesi olarak yer almış ve Kasım 2013'te yayınlanan Uluslararası Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Taslak Lahey Prensipleri Hakkında Taslak Şerh'te ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.¹⁹⁰

23 Kasım 2007 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuk Hakkında Protokol (m.12)¹⁹¹, 5 Temmuz 2006 tarihli Aracı Elinde Bulundurulmuş Menkul Kıymetlere İlişkin Belirli Haklara Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon

¹⁸⁶ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 73

¹⁸⁷ http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_june2011e.pdf (Erişim tarihi 20.12.2013)

¹⁸⁸ <http://www.hcch.net/upload/wop/gap12pd04e.pdf> (Erişim tarihi 20.12.2013)

¹⁸⁹ http://www.hcch.net/upload/wop/contracts2012principles_e.pdf (Erişim tarihi 20.12.2013)

¹⁹⁰ http://www.hcch.net/upload/wop/princ_com.pdf (Erişim tarihi 20.12.2013)

¹⁹¹ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=133 Protokol'ün tarafları Avrupa Birliği ve Sırbistan'dır. Bkz.

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=133#nonmem (Erişim tarihi 20.12.2013)

(m.10)¹⁹², 13 Ocak 2000 tarihli Yetişkinlerin Uluslararası Korunması Hakkında Konvansiyon (m.19)¹⁹³ ve 22 Aralık 1986 tarihli Uluslararası Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon (m.15)¹⁹⁴ söz konusu metinlerde geçen ‘hukuk’ terimi ile bir Devlette kanunlar ihtilafı kuralları dışında yürürlükte bulunan hukukun ifade edildiğini hüküm altına alarak renvoi’yi dışlamışlardır.

19 Ekim 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Konvansiyon¹⁹⁵ 21. maddesinin 1. fıkrasında; “Bu bölümde yer alan ‘hukuk’ terimi bir Devlette kanunlar ihtilafı kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuku ifade etmektedir.” hükmünü içermek suretiyle renvoi’yi prensip olarak reddetmiş ancak 2. fıkrada buna istisna getirmiştir. Şöyle ki; 16. maddeye göre uygulanacak hukuk Konvansiyon’a taraf olmayan bir devletin hukukuysa ve bu devletin kanunlar ihtilafı kuralı Konvansiyon’a taraf olmayan başka bir hukuku gösteriyor(sa) ve bu ikinci devlet kendi hukukunu uygulamak (uygulayacak idiyse) istiyorsa sonraki hukuk uygulanır. Ancak ikinci devlet kendi hukukunu uygulamak istemiyorsa 16. maddenin gösterdiği hukuk uygulanır. Maddenin ikinci fıkrasıyla elde edinmek istenen amacın akit olmayan devletler arasındaki mevcut karar ahenginin muhafaza edilmesi olduğu ifade edilmektedir.¹⁹⁶

1 Ağustos 1989 tarihli Ölen Kişilerin Malvarlıklarının Mirasçılara İntikaline Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme’nin¹⁹⁷ 4. maddesinde; “3. madde uyarınca uygulanacak hukuk sözleşmeye taraf olmayan bir devletin hukukuysa ve o devletin kanunlar ihtilafı kuralları kısmi veya külli intikal bakımından kendi hukukunu uygulayacak olan sözleşmeye taraf olmayan başka bir devlet hukukunu işaret ediyorsa ve bu devlet kendi hukukunu uygulayacak idiyse bu sonraki devletin

¹⁹² http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=72 Konvansiyon henüz yürürlüğe girmemiştir; taraf devletler Morityus Cumhuriyeti ve İsviçre’dir. (Erişim tarihi 20.12.2013)

¹⁹³ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=71 Konvansiyona taraf devletler; Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, İsviçre, Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda’dır. (Erişim tarihi 20.12.2013)

¹⁹⁴ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61 Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir; taraf devletler Arjantin ve Moldova Cumhuriyeti’dir. (Erişim tarihi 20.12.2013)

¹⁹⁵ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=70 Türkiye, Konvansiyon’a taraf değildir. Taraf devletler için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=70 (Erişim tarihi 20.12.2013)

¹⁹⁶ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.73-74

¹⁹⁷ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=62 Konvansiyon henüz yürürlüğe girmemiştir; tek taraf devlet Hollanda’dır. (Erişim tarihi 20.12.2013)

hukuku uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Sözleşmenin 17. maddesinde ise 4. madde hükmü saklı tutularak “Bu Konvansiyon’da ‘hukuk’ bir Devlette kanunlar ihtilafı kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk anlamına gelmektedir.” hükmüne yer verilmiştir. Uygulanacak hukukun sözleşmeye taraf olmayan bir devlet hukuku olması halinde bu devletin kanunlar ihtilafı kurallarının göz önünde bulundurulmasıyla yukarıda da belirtildiği gibi, âkit olmayan devletler arasındaki karar ahenginin korunması ve bunu sözleşmenin bir parçası haline getirmenin amaçlandığı söylenmektedir.¹⁹⁸

1 Temmuz 1985 tarihli Tröstlerin Tanınmasına ve Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon¹⁹⁹ 17. maddesinde; “Bu Konvansiyon’da ‘hukuk’ kelimesi bir Devlette kanunlar ihtilafı kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk anlamına gelmektedir.” hükmünü içermek suretiyle renvoi’yı dışlamaktadır.

14 Mart 1978 tarihli Temsile Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme²⁰⁰ 5. maddesinde; “Temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişki tarafların seçmiş oldukları iç hukuka (internal law) tabidir.” hükmünü içermek suretiyle ‘renvoi’ya imkan vermemektedir. Aynı sözleşmenin 6. ve 11. maddelerinde de ‘iç hukuk’a atıf yapılmakta böylece iade ve devam eden atıf uygulamasına imkan tanımamaktadır.

14 Mart 1978 tarihli Nikaha ve Evlenmenin Geçerliliğinin Tanınmasına Dair Sözleşme²⁰¹ 3. maddesinin 2. fıkrasında; “müstakbel eşlerin her birinin evlenmenin yapıldığı ülkenin kanunlar ihtilafı kuralınca yetkili kılınan iç hukuk uyarınca maddi şartları taşıdığı yerde nikah kısımlabilir.” hükmünü içermek suretiyle atfa yer vermektedir. Burada evlenmenin yapıldığı ülkenin maddi hukuk kurallarına değil fakat kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmakta ve bu kuralların yetkili kıldığı hukukun maddi hukuk hükümlerine göre hareket edilmektedir.

14 Mart 1978 tarihli Evlilikte Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşme’nin 3. maddesinde; evlilik mal rejimi eşlerin evlenmeden önce tayin

¹⁹⁸ ATAMAN-FİGANMEŞE, s.73-74

¹⁹⁹ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=59 Türkiye Konvansiyon’a taraf değildir. Sözleşmeye taraf devletler için bkz.

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=59 (Erişim tarihi 20.12.2013)

²⁰⁰ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89 (Erişim tarihi 16.01.2014)

²⁰¹ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=88 (Erişim tarihi 02.01.2014)

ettikleri hukukun maddi hükümlerine (*internal law*) tabi olduğu, 4. maddesinde; hukuk tayin etmemişlerse eşlerin evlendikten sonra edindikleri ilk mutad mesken hukukunun maddi hükümlerinin (*internal law*) uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Sözleşmenin 7, 11 ve 14. maddelerinde de tatbik edilecek hukuk olarak ‘iç hukuk (*internal law*)’un gösterilmesi karşısında Sözleşme atfa mahal vermemiş bulunmaktadır.

Türkiye’nin de taraf olduğu, 2 Ekim 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme’nin²⁰² 4. ve 6. maddelerinde uygulanacak hukuk tayin edilirken *internal law* ifadesi kullanılmış dolayısıyla atfa imkân tanınmamıştır. Ancak Sözleşme’nin 5. maddesinde alacaklının 4. madde uyarınca borçludan nafaka temin edememesi halinde tarafların müşterek milli hukukunun uygulanacağı söylenmiş, sadece iç hukukun uygulanacağını gösteren bir ifadeye (*internal law/domestic law*) yer verilmemiştir. Tarafların müşterek milli hukuklarının kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş²⁰³ bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınması gerektiğini söylerken diğer görüş bu hükmü milli hukukun iç hukukuna yapılmış bir atıf olarak değerlendirmek gerektiğini aksi takdirde sözleşme ile amaçlanan karar ahenginin sağlanamayacağını ileri sürmüştür.²⁰⁴ Kanaatimizce, Sözleşmenin 4. ve 6. maddesinde *internal law* ifadesinin kullanılıp 5. maddede kullanılmayışı ve sözleşmede atfin uygulanmasını engelleyici genel bir hüküm bulunmayışı olguları karşısında Sözleşme yapımcıların 5. maddede gösterilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınması yönünde bir irade kullandıkları sonucuna varmak gerekir.

5 Ekim 1961 tarihli Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Hakkında Sözleşme’nin 1. maddesinde ‘*internal law*’ tabiri kullanılmış, birbirine alternatif olarak yetkili kılınan hukukların iç hukuku (maddi hükümlerini) işaret edilmek suretiyle atıf uygulamasına mahal verilmemiştir.

²⁰² RG: 06.02.1983-17951; Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=86 (Erişim tarihi 02.01.2014)

²⁰³ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 60

²⁰⁴ Ibid. s. 60 dn. 48; ayrıca bkz. TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s.281

Türkiye'nin de taraf olduğu 24 Ekim 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme'nin²⁰⁵ 1. maddesi çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin sadece iç maddi hukukunun uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Sözleşme'nin 3. maddesi, "Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun nafaka hakkını reddetmesi halinde, önceki maddelerin aksine, müracaat edilen makamın kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuk uygulanır." hükmünü içermektedir. Maddede yer alan 'önceki maddelerin aksine' tabiri, Sözleşme'nin 1. ve 2. maddelerinde gösterilen hukukların kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınmayacağı ve dolayısıyla atfın bu maddeler açısından reddedildiği, ancak 3. maddenin uygulama alanı bulduğu durumlarda ise atfın kabul edildiği sonucuna varmak mümkündür.²⁰⁶

15 Haziran 1955 tarihli Milli Hukuk ile İkametgâh Hukuku Arasındaki İhtilafların Giderilmesi Hakkında Sözleşme'nin²⁰⁷ 1. maddesi; bir kişinin milli hukuku ikametgâh hukukunun uygulanmasını öngörürken, ikametgâh hukuku milli hukukunun uygulanmasını öngörüyorsa akit devletlerin tümünün ikametgâh hukukunu uygulayacağı şeklinde bir düzenlemeye sahipti.²⁰⁸ Sözleşme, atıf teorisine başvurunun çıkış kaynaklarından biri olan bazı hukukların milli, bazılarının ise ikametgâh hukukunu yetkili kılmalarından doğan ihtilafın ikametgâh hukuku lehine çözülmesini düzenlemektedir.

Menkullerin Milletlerarası Satışı Hakkında 15 Haziran 1955 tarihli Sözleşme²⁰⁹'nin 2. maddesinde, taraflarca seçilen hukukun maddi hükümlerinin (*loi interne*) uygulanacağı öngörülerek atıf uygulamasına imkân tanınmamıştır.²¹⁰

²⁰⁵ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=37 (Erişim tarihi 13.01.2014)

²⁰⁶ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 57-58; ayrıca bkz. TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 274; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 182 dn. 191.

²⁰⁷ Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=35 (Erişim tarihi 30.12.2013)

²⁰⁸ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 45

²⁰⁹ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31 (Erişim tarihi 30.12.2013)

Türkiye, Sözleşme'ye taraf değildir.

²¹⁰ ULUOCAK, s.209 dn.637; ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.48 vd.

BEŞİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ATIF (RENOI)

5.1. ANGLO-AMERİKAN HUKUKU

5.1.1. İngiliz Hukuku

İngiliz doktrininde ‘renvoi’ya yaklaşım Türk hukukundakine nazaran daha farklı bir nitelik taşımaktadır. Buna göre İngiliz hâkimi, yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta kendi kanunlar ihtilafı kuralının yabancı bir hukuku yetkili kılması halinde bu ‘yabancı hukuk’u üç farklı şekilde uygulayabilir²¹¹:

1. seçenekte, yabancı hukuku, bu hukuku kanunlar ihtilafı kuralları hariç olmak üzere uygular. (Örneğin mirasa ilişkin maddi hukuk kurallarını)

2. seçenekte, yabancı hukuku, kanunlar ihtilafı kuralları dâhil ama bu hukukun ‘renvoi’ya ilişkin kuralları (eğer varsa) hariç olmak üzere uygular. Bu yaklaşıma İngiliz doktrininde ‘single’, ‘partial’ renvoi²¹² veya ‘renvoi simpliciter’²¹³ denilmektedir. ‘*Collier v. Rivaz*’²¹⁴ ve ‘*Re Johnson*’²¹⁵ davalarında bu yaklaşım sergilenmiştir.²¹⁶ İngiliz mahkeme kararlarında 1926 yılına kadar bu teori benimsenmiştir.²¹⁷ İade atıf (remission) ve devam eden atıf (transmission) halleri ‘single renvoi’ın çeşitleri olarak mütalaa edilmektedir.²¹⁸

3. seçenekte, yabancı hukuku, hem kanunlar ihtilafı kuralları hem de bu hukukun ‘renvoi’ya ilişkin hükümleri dâhil olmak üzere uygular. Bu yaklaşıma

²¹¹ COLLIER, s. 21; DICEY/MORRIS, s. 66-67; CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 53.

²¹² DICEY/MORRIS, s. 67.

²¹³ COLLIER, s.21

²¹⁴ Bkz. Yukarıda s. 10-11.

²¹⁵ [1903] 1 Ch. 821. (DICEY/MORRIS, s. 69)

²¹⁶ COLLIER, s. 21; DICEY/MORRIS, s. 68.

²¹⁷ DICEY/MORRIS, s. 69.

²¹⁸ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 54

İngiliz doktrininde ‘double’, ‘total’²¹⁹, ‘English’ renvoi veya ‘foreign court theory’²²⁰ denilmektedir. Bu yöntem, İngiliz hâkiminin kendini yabancı hâkimin yerine koymasını ve o dava yabancı hâkimin önüne gelseydi yabancı hâkim nasıl karar verecek idiyse İngiliz hâkiminin de o şekilde karar vermesini gerektirir. Dolayısıyla yabancı hukukun ‘renvoi’yi kabul edip²²¹ etmemesi²²² İngiliz hakiminin kararında belirleyici olacaktır.²²³ Söz konusu yöntem ilk olarak *Re Annesley*²²⁴ davasında başvurulmuştur. Bu eksantrik yöntem, İngiliz mahkemelerinin benimsediği mevcut yöntem gibi gözükmemektedir.²²⁵ Dolayısıyla, İngiliz mahkemelerinin yabancı bir hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uyguladığı durumlarda; yabancı hukuk, İngiliz hukukuna atıf yapmakla birlikte ‘renvoi’ teorisini reddediyorsa İngiliz maddi hukuk kuralları, iade atfı kabul ediyorsa yabancı hukukun maddi hukuk kurallarını olaya tatbik edilecektir.²²⁶ Bununla birlikte bu konuda henüz bir temyiz mahkemesi kararı da bulunmamaktadır.²²⁷ Konunun bir yüksek mahkeme önüne gelmesi halinde İngiliz hukukunda ‘renvoi’ya yeşil ışık yakan kararların reddedileceği ifade edilmiştir.²²⁸

İngiliz hukukunda, vasiyetnamelerin sadece miras bırakanın son ikametgah hukukunun öngördüğü şekilde yapılabileceğini söyleyen kuralın katılığı,²²⁹ komşu Avrupa ülkelerinde şekil konusunda daha esnek bir yaklaşımın benimsenmiş olması ve miras bırakanın son arzusunu dile getiren vasiyetnamelerin ayakta tutulması yönündeki yargısal eğilim neticesinde ‘renvoi’ doktrini, söz konusu katı kuralın yumuşatılması için bir araç olarak ortaya çıkmıştır.²³⁰ Doktrine başvurulmasındaki başlıca neden, İngiliz hukukunda mirasta ve diğer birçok konuda ikametgah

²¹⁹ **DICEY/MORRIS**, s. 67.

²²⁰ ‘Foreign court theory’ hakkında bkz. yukarıda 2.3.

²²¹ *Re Askew* [1930] 2 Ch. 259; *Re Fuld* (No. 3) [1968] P 675. (**COLLIER**, s. 22)

²²² *Re Ross* [1930] 1 Ch. 377. (**COLLIER**, s. 22)

²²³ **DICEY/MORRIS**, s. 67, 70; **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 55.

²²⁴ Bkz. Yukarıda s. 22. Ayrıca bkz. **COLLIER**, s. 22 vd. Bu davada mahkemenin, yabancı hukukun maddi hukuk kurallarını uygulaması halinde de aynı sonuca varılacağı, ‘renvoi’ın aleyhine bir sav olarak ileri sürülmektedir. (**COLLIER**, s.24)

²²⁵ **DICEY/MORRIS**, s. 67, 72; **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 53.

²²⁶ **DICEY/MORRIS**, s. 72.

²²⁷ **COLLIER**, s. 22. Renvoi doktrinine ilişkin olarak bir temyiz makamı tarafından verilen tek kararın *Bremer v. Freeman* olduğu da söylenmiştir. Ancak karar anlaşılır bir biçimde kaleme alınmadığı için doktrinin lehine olduğunu iddia edenler olduğu gibi aleyhine olduğu da iddia edilmektedir. (**DICEY/MORRIS**, s. 68-69)

²²⁸ **COLLIER**, s. 22-23.

²²⁹ Bu kural 1861 Wills Act ile değiştirilmiştir. (**DICEY/MORRIS**, s. 67 dn. 10 ve s. 69) 1861 Wills Act, 1963 Wills Act ile değiştirilmiş ve bu yeni kanun ‘maddi hukuk kuralları’na atıf yaparak ‘renvoi’yi dışlamıştır. Ancak yine de bazı hallerde ‘renvoi’ın uygulanma ihtimali vardır. (ibid. s. 71)

²³⁰ **DICEY/MORRIS**, s. 67, 71.

hukukunun, birçok Kara Avrupası hukukunda ise milli hukukun bağlama noktası olarak kabul edilmesi sonucu oluşan ihtilaftır.²³¹ Westlake ve Dicey gibi hukukçular tarafından savunulmuş olmasına karşın İngiliz müelliflerin çoğunluğu doktrine karşı çıkmaktadırlar.²³² İngiliz kanunlar ihtilafı kuralının, yabancı bir hukuka atıf yaparken elde etmek istediği amaca, atfın yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına yapıldığının kabulüyle daha iyi şekilde ulaşılabileceğinin açık olmadığı hallerde doktrinin uygulanmaması gerektiği söylenmektedir.²³³

İngiliz mahkemeleri bugüne kadar aşağıdaki konularda ‘renvoi’yi tatbik etmişlerdir.²³⁴

- 1) Taşınır ve taşınmaz mal vasiyetlerinin şekli geçerliliği
- 2) Taşınır vasiyetlerinin şekli ve maddi geçerliliği
- 3) Taşınırın kanuni miras yoluyla intikali
- 4) Taşınmazların kanuni miras yoluyla intikali
- 5) Sağlar arası işlemle taşınır mülkiyetinin nakli
- 6) Sağlar arası işlemle taşınmaz mülkiyetinin nakli
- 7) Evlenme yoluyla nesebin kurulması
- 8) Evliliğin şekli geçerliliği
- 9) Evlenme ehliyeti

Bugün içinse ‘renvoi’ İngiliz hukuk tatbikatı bakımından pek önem arz etmemektedir. Türk hukukundaki, hakimin Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygulaması kuralının²³⁵ aksine İngiliz hukukunda, uygulanacak yabancı hukuk kurallarının mahkemeye sunulması taraflara yüklenmiş bir ispat külfetidir²³⁶ ve birçok davada taraflar mahkemeye yabancı hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerini sunmamaktadır. Ayrıca İngiliz

²³¹ **DICEY/MORRIS**, s. 77.

²³² *Ibid.* s. 79.

²³³ *Ibid.* s. 74.

²³⁴ **COLLIER**, s. 25; **DICEY/MORRIS**, s. 72 vd; **CHESHIRE/NORTH/FAWCETT**, s. 65-66.

²³⁵ “Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.” (5718 say. MÖHUK m.2/f.1)

mahkemeleri, yabancı hukukun sadece maddi hukuk kurallarının anlaşılması gerektiği kanunlar ihtilafı kuralları bakımından ‘renvoi’yi uygulamamaktadır.

Doktrinin en çok uygulanma alanı bulduğu taşınır ve taşınmazların miras yoluyla intikalinde dahi yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına hiç başvurulmaksızın, doğrudan maddi hukuk kurallarının uygulandığı yüzlerce dava örneği bulunmaktadır.²³⁷ Bu davalarda İngiliz kanunlar ihtilafı kuralının yabancı hukuka yapmış olduğu atfın yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını da kapsayıp kapsamadığını tartışma ihtiyacı hissedilmemiştir. Bu yüzden de ‘renvoi’ nin tatbik edildiği birkaç dava, yabancı hukuka yapılan atfın o hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına yapıldığı şeklinde bir genelleme yapılmasına elverişli değildir.²³⁸ Bazı istisnaları bulunmakla birlikte, İngiliz kanunlar ihtilafı kuralı yabancı bir hukuka atfı yaptığında bu, yabancı hukukun maddi hukuk kurallarına yapılmış sayılır.²³⁹ Kanuni düzenlemeler uyarınca sözleşmeler²⁴⁰ ve haksız fiil²⁴¹ hukuku alanlarında da ‘renvoi’ uygulanmamaktadır.²⁴²

5.1.2. ABD Hukuku

Amerikan hukuku tarihsel açıdan ‘renvoi’ya karşı düşmanca bir tavır takınmıştır. *Restatement*’ta ‘renvoi’ya sadece iki durumda müsaade edilmekteydi, bunlar: 1) taşınmaz mülkiyetine ilişkin ihtilaflar ve 2) boşanmanın geçerliliğine ilişkin ihtilaflar idi. Akademisyenler ‘renvoi’ya oldukça olumsuz bakmaktaydılar. Yakın zaman itibarıyla mahkemeler kısır döngü problemi nedeniyle iade atfı reddederken, devam eden atfı kabul edilebilir bulmuşlardır. Uniform Conflict of Laws Limitations Act, ‘renvoi’yi dışlamaktadır. Federal Tort Claims Act’te yer alan haksız fiil sorumluluğunun tespitinde haksız fiilin veya ihmalin meydana geldiği yer hukukunu yetkili kılan hüküm, o yer hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınacağı şeklinde yorumlanmaktadır. Birçok eyalette yürürlükte olan Uniform Commercial Code’un birçok bölümünde yabancı hukukun kanunlar ihtilafı

²³⁶ DICEY/MORRIS, s. 77.

²³⁷ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 53.

²³⁸ DICEY/MORRIS, s. 73; CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 56.

²³⁹ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 65.

²⁴⁰ Contracts (Applicable Law) Act 1990.

²⁴¹ Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995.

²⁴² COLLIER, s. 27; DICEY/MORRIS, s. 73.

kurallarına açık atıf yapılmıştır. Second Restatement'ın 8. bölümü tekrar gözden geçirilmiş 'renvoi' karşısı olan genel kuralı muhafaza edilmekle beraber 'renvoi'nın kullanılmasını onaylayan birçok bölüm de içermektedir.²⁴³ ABD mahkemelerinin birkaç davada 'renvoi'yı kullandıkları görülmüştür.²⁴⁴

5.1.3. Kanada Hukuku

'Renvoi' Kanada veya Quebec hukukunda yaygın olarak kullanılmamıştır. Bu konudaki tek net kararın 19. yüzyılda verildiği söylenmektedir.²⁴⁵ Evlilik malları konusunda da 'renvoi'ya başvurulmuş olduğu ifade edilmektedir.²⁴⁶

Bazı kanunlar dışında doğrudan tatbik edildiği görülmemiştir. Yeni Quebec Kanunu'nda²⁴⁷ yabancı ülke hukukunun uygulanacağı hallerde bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları değil, maddi hukuk kurallarının (internal law) uygulanacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Kanada doktrininin çoğunluğu renvoi'ya eleştirel yaklaşmaktadır, birçok durumda renvoi'nın uygulanmasının belirsizlik yaratacağı ve tarafların makul beklentilerine uymayacağı söylenmektedir. Konuya daha kategorik yaklaşarak, renvoi'nın kanunlar ihtilafı kuralları içerisinde yeri olmadığı da söylenmektedir. Netice itibariyle, Kanada kanunlar ihtilafı hukukunda 'renvoi'nın geleceği pek parlak gözükmemektedir.²⁴⁸

²⁴³ **PETERSON Courtland H.**, American Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress? (ed. Symeon C. Symeonides, Kluwer Law International, Great Britain, 1999), s. 436-437.

²⁴⁴ Re Tallmadge 181 NY Supp. 336 (1919), Re Schneiders' Estate 96 NU Supp. (2d) 652 (1950), **COLLIER**, s. 20.

²⁴⁵ Ross c. Ross (1893) 2 B.R. 413, (1895-1896) 25 S.C.R. 307. (**PRUJINER Alain**, Canadian Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress? (ed. Symeon C. Symeonides, Kluwer Law International, Great Britain, 1999), s. 140.

²⁴⁶ Vladi v. Vladi (1987) Bkz. **DICEY/MORRIS**, s. 72

²⁴⁷ Q.C.C. Art. 3080 (**PRUJINER**, s.140 dn. 59).

²⁴⁸ Ibid. s. 140.

5.1.4. Avustralya Hukuku

Milletlerarası nitelikli davalarda Avustralya mahkemeleri, foreign court theory'nin uygulandığı sınırlı sayıdaki konu dışında yabancı hukuka yapılan atfı, maddi hukuk atfı olarak değerlendirmektedir. Bunlar, Avustralya Hukuku Reform Komisyonu (ALRC) tarafından renvoi'nın faydalı bir rol oynadığına inanılan miras hukuku alanına dahil konulardır. ALRC bu konuda Simmons v. Simmons²⁴⁹ davasına dikkat çekmektedir.²⁵⁰

Miras hukukuna ilişkin olarak 'renvoi', Anglo-Amerikan ve Kara Avrupası Hukuklarının bağlama noktaları arasındaki çatışma nedeniyle ortaya çıkmaktadır.²⁵¹

Avustralya mahkemelerinde 'foreign court theory' metodu kullanılmakta fakat hakimler bu konuda isteksiz davranmaktadırlar. Miras hukuku dışında renvoi doktrininin uygulanması pek ihtimal dahilinde gözükmemektedir. ALRC, atfin doğrudan maddi hukuk kurallarına yapılmasıyla renvoi'nın yaratabileceği kısır döngü problemlerin önlenmesi gerektiğini önermektedir. Bununla birlikte, farklı bağlama noktaları içeren sistemlerin ve Mirasa İlişkin Lahey Konvansiyonunu henüz onaylamamış ülkelerin dahil olduğu miras hukuku ihtilaflarında pragmatik bir çözüm yöntemi olarak kalması önerilmektedir.²⁵²

5.2. KARA AVRUPASI HUKUKU

Bazı yabancı mevzuatlar (Eski Yunan MK, İtalyan MK, Mısır MK ve Macar Kanun Taslağı) yabancı hukukun tatbik edileceği hallerde bunun devletler özel hukuku kurallarının nazara alınmayacağı düzenlemesini içermekte, dolayısıyla doğrudan maddi hükümlere atıf yaparak iade ve devam eden atfa yer vermemekte; bazı yabancı mevzuatlar [Alman Medeni Kanununa Medhal Kanun (m.27), Japon Kanunu (m.29), Çin Kanunu (m.4)] sadece iade atfı kabul ederken, bazıları [Polonya

²⁴⁹ (1917) 17 SR (NSW) 419. **CHEN Jianfu**, Australian Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress? (ed. Symeon C. Symeonides, Kluwer Law International, Great Britain, 1999), s. 101.

²⁵⁰ Ibid. s. 101-102.

²⁵¹ Bkz. Yukarıda s. 21.

²⁵² Ibid. s. 101-102.

Kanunu, Fransız Devletler Hususi Hukuku Kanun Taslağı (m.20)] devam eden atfı da kabul etmekteydiler.²⁵³

İsviçre: 18.12.1987 tarihli kanun²⁵⁴ m.14 ile hem iade hem devam eden atfı kabul edilmiştir. Söz konusu maddenin 1. fıkrası, sadece kanunda öngörülen hallerde iade ve devam eden atfın nazara alınacağını söylemektedir. Bu haller, 1) kişinin adına uygulanacak hukuk açısından, ikametgah hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının atfı yaptığı hukuku yetkili kılan m. 37/1-2 hükmü, ve 2) mirasa uygulanacak hukuk açısından kişinin son ikametgah hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının atfı yaptığı hukuku yetkili kılan m.91/1 hükmüdür. 14. maddenin 2. fıkrası, şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda İsviçre hukukuna yapılan iade atfın dikkate alınacağını söylemekte ve bu konular bakımından devam eden atfı kabul etmemektedir.²⁵⁵

Almanya: Alman Reichsgericht'in 1912 yılında vermiş olduğu kararda yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarıyla birlikte ele alınması gerektiği yer almaktaydı.²⁵⁶ Alman milletlerarası özel hukuk düzenlemesinin (EGBGB 2. bölüm)²⁵⁷ renvoi, ayırık hukuk başlığını taşıyan 4. maddesinin ilk iki fıkrası şu şekildedir:

(1) Atfın mahiyetiyle bağdaştığı ölçüde, başka bir ülke hukukuna atfı yapıldığında o ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları uygulanır. Eğer diğer ülke hukuku Alman hukukuna atıfta bulunuyorsa Alman hukukunun maddi hukuku kuralları uygulanır.

(2) Tarafların belirli bir ülke hukukunu seçme imkanı olan hallerde, seçilen hukukun maddi hukuk kuralları uygulanır.

²⁵³ **BERKİ**, Kanun İhtilafları, s.32-33

²⁵⁴ IPRax, 1988/6, 376 vd. (**ÇELİKEL/ERDEM**, dn. 94'ten naklen)

²⁵⁵ **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 128; **SIEHR Kurt**, Swiss Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress? (ed. Symeon C. Symeonides, Kluwer Law International, Great Britain, 1999), s. 401-402.

²⁵⁶ "Mahkeme teyid etmekte tereddüt eylemez ki; Alman hakimi, Yabancı hukuku uygulamak mecburiyetinde olduğu bütün hallerde, prensip itibariyle bu kanunu bütünü ile tatbik eylemeğe mecburdur." **BERKİ**, Kanun İhtilafları, s.34

²⁵⁷ http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/

Avusturya: 15.06.1978 tarihli Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, 5. maddesinde iade atıf halini kabul etmiş, devam eden atıf halini ise ilk defa yetkilendirilen hukuka dönmek kaydı ile kabul etmiştir.²⁵⁸

Belçika: Belçika Yargıtayı 4 Kasım 1993 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, Belçika’da ikamet eden Amerikalı bir çocuğun evlat edinilmesine Belçika maddi hukukunu uygulamıştır. Belçika kanunlar ihtilafı kuralı ABD hukukuna atıf yapmış ve ABD kanunlar ihtilafı kuralları hangi eyalet hukukunun uygulanacağını tespiti için göz önünde bulundurulmuştur. Neticede ihtilafa, evlat edinilen çocuğun ikametgah hukuku olan Belçika maddi hukuk kuralları tatbik edilmiştir. Bu kararın üzerinden bir yıl geçmeden vermiş olduğu başka bir kararda Yargıtay, renvoi’yi reddetmiştir: bir İrlandalının boşanmasının kabul edilebilirliğinin İrlanda’da boşanma kararı alma imkanının incelemesi suretiyle belirlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Yabancı ülkede alınan boşanma kararlarının İrlanda’da tanınması, söz konusu boşanmanın İrlanda hukukunca kabul edilebilir sayılması için yeterli görülmemiştir.²⁵⁹

Daha önceleri Belçika Yargıtayı boşanma davaları açısından renvoi’yi kabul etmiş bulunmaktaydı. İlk derece mahkemeleri de şahsi statü ihtilaflarında sıklıkla iade ve devam eden atıf uygulamışlardır. Yargıtay’ın vermiş olduğu muğlak bir karar yüzünden, haksız fiil alanında ‘renvoi’nin kabul edilebilirliği konusundaki tartışma devam etmektedir. İlk derece mahkemeleri lex loci delicti kuralının katılığını yumuşatmak için yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama isteği göstermektedirler. Belçika mahkemeleri renvoi’yi tatbik etmelerini yabancı hukuku doğru uygulama ve milletlerarası karar ahengini gerçekleştirme arzusuna dayandırmaktadırlar. Bu etkenler devam eden atıfın da kabulünü açıklamaktadır. Bununla birlikte ekseriyetle iade atıf kabul edildiğinden, renvoi’nin kabulü, Belçika’da da lex fori’yi uygulama isteğinden kaynaklanmaktadır.²⁶⁰

²⁵⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 129;

http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_au_en.htm (Erişim tarihi 19.01.2014)

²⁵⁹ FALLON Marc/MEEUSEN Johan, Belgian Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress? (ed. Symeon C. Symeonides, Kluwer Law International, Great Britain, 1999) s. 121.

²⁶⁰ Ibid s. 122.

Macaristan: 20. yüzyılın başlarında ‘renvoi’ mahkemeler tarafından uygulanmamaktaydı. İkinci Dünya Savaşı öncesinde çoğunluk renvoi’ya karşıydı ve renvoi’nın belirsizlik yaratacağı söyleniyordu. Macar Milletlerarası Özel Hukuku’nun Markist döneminde görüşler değişmiştir. 1950ler ve 60ların başında teorisyenler renvoi’yı pratik sebeplerle, lex forinin uygulanmasını mümkün kıldığı için, kabul etmişlerdi.²⁶¹

Macar Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu iade atfi kabul etmekte fakat devam eden atfi reddetmektedir. Bu düzenleme akademisyenler tarafından eleştirilmektedir. Modern Macar teorisi renvoi yanlısıdır. Çoğunluk görüşü, karar birliğini temin edeceği gerekçesiyle renvoi’yı desteklemektedir. Tatbikatta ise ‘renvoi’ önemli bir rol oynamamaktadır. Renvoi’nın uygulandığı herhangi bir karar bilinmemektedir. Macar mahkemeleri lex fori’nin uygulanmasında bir araç olarak ‘renvoi’yı kullanmamaktadırlar.²⁶²

İtalya: 1942 tarihli Eski Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri’nde ‘renvoi’ reddedilmekteydi (30. madde). 31 Mayıs 1995 tarihli İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Sistemi Reform Kanunu’nun 13. maddesinde ise renvoi açıkça kabul edilmektedir. Söz konusu hükme göre ‘renvoi’nın uygulanması iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır:

- 1) İtalyan kanunlar ihtilafı kuralınca yetkili kılınan yabancı hukukta ‘renvoi’nın kabul ediliyor olması,
- 2) İtalyan hukukuna iade atıfta bulunulması

Yeni kanun uyarınca ‘renvoi’ bütün ihtilaflarda uygulanmayacak ve bazı sınırlamalara tabi olacaktır. Tarafların hukuk seçimi yaptıkları, akdi ve akit dışı borç ilişkilerinde ‘renvoi’ uygulanmayacaktır. Soy bağı meselesinde soy bağını kuran bir hukuka atıf yaptığı takdirde ‘renvoi’ nazara alınacaktır. Netice itibariyle renvoi,

²⁶¹ **BURIAN Laszlo**, Hungarian Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress? (ed. Symeon C. Symeonides, Kluwer Law International, Great Britain, 1999), s. 273.

²⁶² Ibid. s. 274.

İtalyan milletlerarası özel hukuk sisteminde esasen kişiler ve aile hukuku alanlarında ve sınırlı bir rol oynayacaktır.²⁶³

Polonya: Polonya hukukunda her konuda iade atfı kabul etmekteyken, devam eden atıf sadece uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği haller için kabul edilmiştir. Devam eden atıf halinde yabancı kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun maddi hukuk kuralları tatbik edilir. Tarafların uygulanacak hukuku seçtiği hallerde ‘renvoi’²⁶⁴nın uygulanmayacağı genellikle kabul edilmektedir. Renvoi’nın bu geniş ölçüde uygulanabilirliği doktrinde ve tatbikatta sorgulanmamaktadır. Öte yandan Polonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun ‘renvoi’²⁶⁴yı düzenleyen 4. maddesinin, mahkemelere somut olayda ‘renvoi’²⁶⁴ya başvurmanın gerekliliğini değerlendirme konusunda bir hareket serbestisi getirecek şekilde değiştirilmesi gerektiği düşünülmektedir.²⁶⁴

²⁶³ **POCAR Fausto/HONORATI Costanza**, Italian Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress? (ed. Symeon C. Symeonides, Kluwer Law International, Great Britain, 1999), s. 282-283.

²⁶⁴ **PAJOR Tomasz**, Polish Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress? (ed. Symeon C. Symeonides, Kluwer Law International, Great Britain, 1999), s. 344.

ALTINCI BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ATIF (RENOI)

Türk hukuk mevzuatında atıf teorisine ilişkin düzenlemeler MÖHUK, Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (MTK) yer almaktadır.

6.1. MUVAKKAT KANUNU

23 Şubat 1330 tarihli (Hicri takvime göre 1914)²⁶⁵ Memalik-i Osmaniye'de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat'ta atfa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişti.²⁶⁶ Doktrinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki atfı kabul eden hükümden (m.678/f.1) hareketle bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş poliçe, emre muharrer senet ve çek dışındaki ehliyet ve diğer ahkâm-ı şahsiye meselelerinde yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmayacağını savunurken²⁶⁷, diğer bir görüş atfın kabulü halinde konu ayrımı yapılmaksızın uygulanması gerektiğini savunmaktaydı.²⁶⁸ Doktrinde ağırlıklı olarak atfın tüm halleri ile milletlerarası özel hukukta benimsenmesi gerektiğini savunulmaktaydı.²⁶⁹ Muvakkat Kanununun 4. maddesinin 'taşınır tereke'yi de milli kanuna tabi kılmasından hareketle iade atfın uygulanmasına, özellikle terekeyi tek bir kanuna tabi kılmayı sağlayacağından, olumlu bakılmaktaydı.²⁷⁰

Bu kanun döneminde atfa dair verilmiş, bilinen tek karar Yargıtay'ın 1.1.1944 tarihli kararıdır. İngiliz tâbiyetinde bulunan şahsın hacir altına alınması talebiyle açılan davada yerel mahkeme, mesele ahkâmı şahsiyeye taalluk etmekte olmasına göre, milli kanunların tatbiki icap edeceği, İngiliz Hukukunda akli maluliyet ve buna mümasil sebepler dolayısıyla bir şahsın hacir altına alınacağına dair hüküm mevcut

²⁶⁵ Bu kanunun 1915 yılında yapılmış olabileceği hakkında bkz. **AYBAY/DARDAĞAN**, s.150 dn.63

²⁶⁶ Kanunun 'ihtilafı kavanin halinde hukuku hususiyeyi düvel kavaidine' göre işlem yapılır demek suretiyle atfa açık kapı bıraktığı görüşü için bkz. **SEVİĞ**, s. 137.

²⁶⁷ **GÖĞER**, s.74; Muammer Raşit Seviğ (bkz. **BERKİ**, Kanun İhtilafı, s.36)

²⁶⁸ **BERKİ**, Kanun İhtilafı, s.32 ve s.37 (Yazara göre 1.1.1944 tarihli Yargıtay kararı da bu yorumu desteklemektedir); Mustafa Reşit Belgesay (bkz. ibid. s.36)

²⁶⁹ **GÖĞER**, s. 74-75.

²⁷⁰ **ULUOCAK**, s. 213.

olmaması sebebi ile davanın reddine karar vermiş,²⁷¹ 1.1.1944 tarihinde verdiği kararda Yargıtay, yetkili yabancı hukukun Türk hukukuna iade atıfta bulunmuş olma ihtimali değerlendirilmeksizin verilen yerel mahkeme kararını bozmuştur. Kararın ilgili kısmı aynen şöyledir:

“Dâvacı vekili İngiliz mevzuatına göre ahkâmı şahsiye hususunda ikametgâh kanununun tatbiki lâzım geleceğini iddia etmiş olmakla bu cihet tahkik ve tetkik edilerek ve Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 76 ıncı maddesi sarahati de nazara alınarak hadisenin o dairede halli lâzım gelirken yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz olduğundan hükmün (Bozulmasına) 1.1.1944 tarihinde karar verildi”²⁷²

Yargıtay bu kararında, hacir altına alınmak istenen şahsın milli hukuku olarak İngiliz hukukunun, bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da dâhil olmak üzere uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır.²⁷³ İngiliz mevzuatı ise Türk mevzuatından farklı olarak dava konusu uyuşmazlık için ikametgâh hukukunu işaret etmekte ve iade atıf hali söz konusu olmaktadır. Yargıtay’ın, hacir altına alınmak istenen şahsın ikametgâhının nerede olduğu sorusunu İngiliz hukuku yerine Türk hukukuna göre yanıtlaması eleştirilmiştir.²⁷⁴

Söz konusu Yargıtay kararı ve 6762 say. Türk Ticaret Kanunu’nun²⁷⁵ 678. maddesinde yer alan hükümden²⁷⁶ hareketle Türk devletler hususi hukukunda şahsi statü hallerinde hem iade hem devam eden atfın uygulanabileceği ileri sürülmekteydi.²⁷⁷

²⁷¹ **BERKİ**, Kanun İhtilafları, s.36

²⁷² **BERKİ Fazıl Osman/ERGÜNEY Hilmi**, Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s.105

²⁷³ Bkz. **GÖGER Erdoğan**, Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.326, Ankara 1973 (**Kanunlar İhtilafı**), s. 8.

²⁷⁴ **ÇELİKEL/ERDEM**, s.131; **SEVİĞ**, s.138; **ULUOCAK**, s.212 dn.646

²⁷⁵ RG: 09.07.1956-9353

²⁷⁶ “Bir kimsenin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyeti tabi bulunduğu devletin kanunu ile tayin olunur. Eğer bu kanun diğer bir memleketin kanununa atıfta bulunuyorsa o kanun tatbik olunur.”

²⁷⁷ **ULUOCAK**, s.212

6.2. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN

6.2.1. 2675 sayılı MÖHUK

Muvakkat kanunu yürürlükten kaldıran 2675 sayılı MÖHUK'ta²⁷⁸ atıf m.2/f.3 hükmüyle düzenlenmişti:

“Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır.”

Kanunun oluşturulmasına yönelik olarak İstanbul Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü tarafından hazırlanan öntasarının²⁷⁹ 1. maddesi şu düzenlemeyi içermekteydi:

“Yargıç Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular.

Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin bütün araştırmalara rağmen tesbit edilememesi halinde Türk kanunu uygulanır.

Hukuku birleştirilmemiş bir devlet kanununun uygulanması gereken hallerde yetkili kanun bu devletin iç hukuk kurallarına göre saptanır.

Uygulanacak yabancı hukuk ilgili devletin iç maddi hukuk kurallarıdır.”

Maddenin gerekçesinde 4. fıkraya ilişkin şu açıklama yer almaktaydı:

“Maddenin 4. fıkrasında yetkili kanunun saptanmasını güçleştirecek ve uygulamada tereddütlere yol açacak nitelikte olduğu düşünülen “atıf” teorisi reddedilmektedir. Başka bir deyişle, yetkili yabancı hukukun iç hukuk hükümleri olaya doğrudan doğruya uygulanacaktır. Türk Ticaret Kanununda atfa yer veren madde özel bir hüküm niteliğini korumaktadır.”²⁸⁰

²⁷⁸ RG: 20.05.1982-17701.

²⁷⁹ Öntasarı metni için bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu 22-24 Kasım 1976, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978 (Bundan sonra ‘SEMPOZYUM’ olarak anılacaktır.)

²⁸⁰ SEMPOZYUM, s.9

Aynı enstitü tarafından düzenlenen Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu'ndaki tartışmalarda²⁸¹ Prof. Dr. Ergin Nomer;

“...Uygulanacak hukukun sadece yabancı hukukun maddi hukuk kaideleri olması prensibi de getirilmiştir. Bunun aslında ifade ettiği mana çok münakaşalı olan atıf teorisi'nin reddi anlamına gelmektedir. Yani bir yabancı hukuk uygulanacak ise, bu yabancı hukuktan maksat o hukukun kanunlar ihtilafı kuralları değil, fakat maddi hukuk kaideleridir. Atfın lehinde veya aleyhinde söz söylemek mümkündür. Burada da bir tercih yapmak zarureti vardı. Bu tercih atfın reddi şeklinde yapılmıştır...”²⁸² demiştir.

Aynı tartışmada söz alan Prof. Dr. İlhan Unat ise;

“...Son fıkra atfın cevfel kalem reddini öngörüyor. Bu konuda söz söylenmedi, ben de gayet kısa bir iki söz söylemek istiyorum. Prensip itibariyle atfın bir ölçüde reddine taraftarım. Fakat burada bir istisna yapmamız uygun olur kanısındayım. O da yapılan atfın Türk kanununa olduğu haldir. Bir dereceli değil, Türk kanununa olan atfı kabul etmek lazımdır. Yani kraldan ziyade kral taraftarı olmanın ve olay bizim kanunlar ihtilafı sistemimizin en yakın irtibat halinde gördüğü Devlet Mahkemesine gittiği takdirde o mahkemenin vereceği çözümün dışına çıkmanın, ne hükmün amacı bakımından uygun olacağını düşünüyorum, ne de Türk hakiminin yükleneceği lüzumsuz külfet bakımından her iki bakımdan da bu atfın böylece kabulünün yerinde olacağı kanısındayım.”²⁸³ demiştir.

Prof. Dr. Unat'ın bu katkısı üzerine Prof. Dr. Nomer şu sözleri sarfetmiştir:

“...Atıf maddesine gelince, ben sayın UNAT ile uyuşabilirim. Türk kanununa hadiseyi tekrar iade eden bir yabancı hukuku nazara almamak biraz kraldan ziyade kralcı olmayı ifade ediyor, yalnız burada da bir noktayı gözden uzak tutmamak lazım. Bu da şu: Devletler Hususi Hukuku'nun gayesi nedir? Bir yabancı kanunun

²⁸¹ Ibid., s.31 vd.

²⁸² Ibid., s.32

²⁸³ SEMPOZYUM, s.50

tatbikindeki gaye nedir? Belirli hukuki ihtilaflarda biz bir kanun koyucu olarak diyoruz ki; biz ihtilafı kendi maddi hukuk kaidelerimizle halletmeyelim, yabancı hukukun maddi hukuk kaideleriyle halledelim. Bunun sebebi veya sebepleri üzerinde durmuyorum. En azından Devletler Hususi Hukukunda bir vakıa hakkaniyeti, bir vakıa adaleti kavramı vardır. Bu sebeple yabancı kanun tatbik edilir. Eğer biz sadece bundan hareket edecek olursak vak'a hakkaniyeti bizim görüşümüze göre ne olur? Yabancı hukukun maddi hükümlerinin tatbikini gerektiriyor diyorsak, ve buna da uyuyorsak, o zaman iade atfını da kabul etmemek gerekir. Buna mukabil ben, yabancı maddi hukukun tatbikini burada haklı görüyorum, uygun görüyorum derim de; yabancı hukuk ise hayır mutlaka senin hukukun tatbik edilsin diye ısrar etmemek; bu da mümkün. Burada takip edilecek prensip bence, Devletler Hususi Hukuku'nun gayesine sıkı sıkıya bağlanmak mı, yoksa yabancı hukukun tatbikinde, kraldan ziyade kralcı olmamak mı? Bu ikisi arasında bir tercih. Ama bizim Türk hukukuna yapılan bir atfi kabul etmenin de fazla mahzur doğuracağını ben şahsen kabul etmiyorum...²⁸⁴

Adalet Bakanlığı'nca yürütülen kanun tasarısı hazırlıklarında yukarıda bahsedilen öntasarı metni esas alınmış, Milli Güvenlik Konseyi'ne sunulan kanun tasarısının 2. maddesinin 3. fıkrasında şu hükme yer verilmiştir:

“Uygulanacak yabancı hukuk ilgili Devletin iç maddi hukuk kurallarıdır. Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının Türk hukukunu yetkili görmesi halinde Türk maddi hukuku uygulanır.”²⁸⁵

Madde hükmüne ilişkin gerekçe şu şekildedir:

“Maddenin üçüncü fıkrasında yabancı hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı hususu öngörülmüştür; şu kadar ki, yetkili yabancı hukukun yetkiyi Türk hukukuna bırakması halinde hâkim Türk hukukunu uygulayacaktır. Bu düzenlemeyle Türk hâkimine kendi hukukunu uygulama imkânının sağlanması,

²⁸⁴ Ibid., s.52-53

²⁸⁵ AYBAY/DARDAĞAN, s.153; Danışma Meclisi S. Sayısı 100, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/5) Bkz. http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c004/dm_02004071ss0100.pdf (Erişim tarihi 18.12.2013)

pratik bir yarar olarak görülmüştür. Bu yolla bazı müesseselerde (Miras) ihtilafın tek bir hukuk düzeni dâhilinde çözümü sağlanmış olacaktır.”²⁸⁶

Danışma Meclisi Adalet Komisyonu, Hükümet Tasarısı'nın ilgili hükmünde değişiklik yaparak, “uygulanacak yabancı hukukun, kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır.” şeklinde düzenlemiştir.²⁸⁷ Madde hükmü bu haliyle önce Danışma Meclisi Genel Kurulu'nda ardından Milli Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu tarafından aynen kabul edilmiş ve yasalaşmıştır.²⁸⁸

Söz konusu hüküm hem iade hem devam eden atfı kabul etmekte ve konu bakımından herhangi bir sınırlama yapmamaktaydı. Buna göre Türk hâkimi, uyuşmazlık konusu hukuki işlem veya ilişkinin türü ne olursa olsun MÖHUK'un gösterdiği yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına bakmakla yükümlüydü. Bu kuralların Türk hukukunu yetkili kılması halinde (iade atfı) uyuşmazlığa Türk hukukunun maddi hükümleri, 3. bir devlet hukukunu yetkili kılması halinde (devam eden atfı) bu 3. devlet hukukunun maddi hükümleri uygulanarak karara varılacaktı.²⁸⁹ Maddedeki ‘uygulanır’ ifadesi hakimin bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığı anlamına gelmektedir. Yabancı kanunlar ihtilafı kuralları tarafından yetkili kılınan bir başka hukukun ‘maddi hükümleri’nin uygulanacak olması atfı halinin bu noktada kesilmesi ve sonsuz atfı halinin önlenmesi anlamına gelmektedir.²⁹⁰

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1993 yılında verdiği bir kararda yabancı hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerinin Türk hukukuna iade atfıta bulunması halinde bunun

²⁸⁶ Ibid., s.154; bir önceki dipnotta gösterilen kaynak.

²⁸⁷ Ibid., s.154; 285. dipnotta gösterilen kaynak.

²⁸⁸ **AYBAY/DARDAĞAN**, s.154-155; Bkz.

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007105ss0408.pdf (Erişim tarihi 18.12.2013)

²⁸⁹ Söz konusu hüküm ‘atfın reddi’ olarak değerlendiren görüş için bkz. **AYBAY/DARDAĞAN**, s.156 vd. Yazara göre; maddedeki ‘bu hukuk’ deyiminden anlaşılması gereken, Türk kanunlar ihtilafı kuralınca yetkili kılınan yabancı hukuktur. Yani Türk kanunlar ihtilafı kuralının yetkili kıldığı yabancı hukukun bir başka hukuku yetkili kılması bizim kanunlar ihtilafı kuralımızca yetkili kılınan yabancı hukukun maddi hükümleri uygulanır. Bu görüş, maddenin öntasarıdan itibaren geçirdiği aşamalardan yola çıkarak md.2/f.3 hükmünün atfın reddi şeklinde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Yazar böylesi bir yorumun 6762 sayılı TTK'nın 678. maddesiyle de paralellik arz edeceğini belirtmektedir. (Bkz. ibid. s.158)

²⁹⁰ **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 130.

kabul edilerek Türk hukukunun uygulanması aksi halde tarafların müşterek milli hukukuna göre hüküm kurulması gerektiğine hükmetmiştir. Kararın ilgili kısmı aynen şöyledir:

“...Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir” (2675 sayılı K. 13/1). “Hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygular... Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı, kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır” (2675 sayılı K. 2).

Taraflar yabancı uyrukludurlar. O halde kural olarak, Türk hukuku uyarınca boşanamazlar. Her ikisinin de Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı oldukları anlaşılmaktadır. Vatandaşı oldukları Amerika Birleşik Devleti milletler arası Özel hukuk kurallarının Türk hukukuna atıf yapması (2675 sayılı K. 2/3) halinde, Türk hukukunun (Lex fori) uygulanması, aksi halde müşterek milli hukuklarının araştırılması ve o çerçevede hüküm kurulması gerekirken Amerika Birleşik Devleti milletler arası özel hukuk kurallarının Türk hukukuna atıf yapıp yapmadığı belirlenmeden tarafların “Türk hukuku uygulansın” biçimindeki beyanları ile yetinilerek Türk hukuku uyarınca boşanmaya karar verilmesi doğru değildir...”²⁹¹

Yargıtay’ın bu karardaki, “...Türk hukukunun (*lex fori*) uygulanması, aksi halde müşterek milli hukuklarının araştırılması ve o çerçevede hüküm kurulması gerekirken...” ifadesinden yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının sadece Türk hukukuna iade atıfta bulunması halinde uygulanacağı aksi takdirde söz konusu yabancı hukukun maddi hükümlerine göre uyuşmazlığın çözüleceği sonucu çıkartılabilir.²⁹² Karar bu şekliyle, von Bar ve Westlake tarafından savunulan ve lex fori kanunlar ihtilafı kuralıyla, yetkilendirilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının çatışması halinde lex fori’nin uygulanması gerektiği yönündeki teoriyle aynı doğrultuda gözükmektedir.²⁹³ Bu teori sadece iade atıf halini kabul etmekte ve

²⁹¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 9385, K. 11926, T. 8.12.1993 (RG: 4.2.1994-21839). Aynı yönde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 7581, K. 8106, T. 12.07.1995 (RG: 20.09.1995-22410).

²⁹² Burada devam eden atıf olması halinde bunun dikkate alınacağı ve kendisine atıfta bulunan ikinci yabancı ülkenin maddi hükümlerine göre karar verileceğine dair bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.52.

²⁹³ LORENZEN, YLJ Vol.27 No.4, s. 515.

devam eden atfi reddetmektedir.²⁹⁴ Tabii ki bu durum karar tarihinde yürürlükte bulunan 2675 sayılı MÖHUK m.2/f.3'e aykırılık teşkil eder. Zira madde hükmü hem iade hem devam eden atfi kapsayan bir yapıya sahiptir. Söz konusu madde hükmüne göre uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku – ki bu hukuk lex fori olabileceği gibi 3. bir ülke hukuku da olabilir- yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanacaktır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2002 yılında verdiği başka bir kararda miras hukuku ile ilgili bir ihtilafı iade atfın nazara alınması gerektiğini kabul etmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “...Şu halde menkullere ölenin milli hukuku uygulanacaktır. Murise ait menkuller yönünden Irak Medeni Kanununu dikkate almak gerekir. Irak Medeni Kanununun 24. maddesinde menkul malların bulunduğu ülke kanunlarının geçerli olacağı belirtildiğinden, menkul mallar yönünden Türk Medeni Kanunu'na göre pay verilmesi gerekir.”²⁹⁵

6.2.2. 5718 Sayılı MÖHUK

6.2.2.1. Genel Kural

12.12.2007 tarihinde 26728 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK m.2/f.3 hükmü şu şekildedir:

“Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.”

Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı'na ilişkin madde gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir:

“...2675 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve “atıf” “renvoi” diye isimlendirilen bu hüküm, her türlü hukuki ihtilaf için uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili

²⁹⁴ Ibid s. 515.

²⁹⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2002-4651, K. 2002-5612, T. 15.04.2002 (DOĞAN, s. 189 dn. 24)

kılması halinde bu hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmasını öngörmekteydi. Tatbikatta, mahkemelerin yabancı hukuku uygulamasındaki güçlükler ve özellikle yabancı hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerinden hareketle, diğer bir yabancı hukuku araştırıp bulmasındaki zorluklar dikkate alınarak, mevcut hüküm sadece “kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarla” sınırlandırılmıştır. Çünkü, milletlerarası özel hukuk kuralları düzenlenirken kişinin menfaatinden hareket edilen kişinin hukuku ve aile hukuku alanında, kişiye en yakın hukuk olarak kabul edilen “milli hukuk” gibi bir hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının da dikkate alınarak uygulanması adil bir yaklaşımdır. Ayrıca 2 nci maddenin üçüncü fıkrasında atfın genel olarak uygulanacağına ilişkin hüküm yanında uygulanmayacağı halleri saymak yerine, kişinin hukuku ve aile hukuku gibi uygulanacağı konular açıkça hüküm altına alınarak basit ve anlaşılması kolay bir düzenleme getirmek amaçlanmıştır...²⁹⁶

Görüldüğü üzere 5718 say. kanunda, mahkemelerin yabancı hukuku uygulamasındaki güçlükler ve yabancı hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerinden hareketle başka bir yabancı hukukun araştırılıp bulunmasında karşılaşılan zorluklar göz önünde tutularak, atıf (renvoi) hükmünün 2675 say. kanunun aksine bütün hukuki ihtilaflarda değil sadece aile ve kişinin hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Atfın sadece kişinin ve aile hukukuna özgülenmesine gerekçe olarak da, bu alanlarda kişi(taraf) menfaatinden hareket edildiği ve kişiye en yakın hukuk olarak kabul edilen milli hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da nazara alınarak uygulanmasının ‘adil bir yaklaşım’ olduğu gösterilmiştir.

5718 say. MÖHUK m.2/f.3 hükmünün, 2675 say. MÖHUK m.2/f.3 hükmünden tek farkı konu sınırlaması getirmiş olmasıdır. Buna göre yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınacak ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. Söz konusu hükmü şu şekilde ifade edebiliriz: Yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığını çözmek durumunda olan Türk hakimi, önce bu ihtilafı vasıflandıracaktır. Vasıflandırma sonucunda ihtilafın, kişiler veya aile hukuku alanına dahil olması halinde, Türk kanunlar ihtilafı kuralınca

²⁹⁶ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.Giris (Erişim tarihi 18.12.2013)

yetkilendirilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları nazara alınacak ve bu kuralların gösterdiği hukukun maddi hukuk kuralları ihtilafa tatbik edilecektir.²⁹⁷

MÖHUK'un atfa dair bir diğer düzenlemesi de m.2/f.4 hükmüdür. Bu hüküm, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınan hallerde²⁹⁸, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının taraflar açıkça kararlaştırmadıkça uygulanmayacağını düzenlemektedir. MÖHUK düzenlemesinde zaten kişiler ve aile hukuku alanında taraflara hukuk seçimi imkanı tanınmamıştır. Bunun tek istisnasını evlilik malları (m.15) maddesi teşkil eder.²⁹⁹ Yukarıda da açıklandığı üzere, 15. maddenin birinci ve üçüncü fıkraları taraflara hukuk seçimi imkanı tanımaktadır ve taraflarca hukuk seçimi yapıldığı takdirde, aksi kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları nazara alınmayacaktır. MÖHUK m.2/f.3 hükmü uyarınca kişiler ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflar haricinde yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları nazara alınmayacaktır. Kişiler ve aile hukuku alanlarında, evlilik malları haricinde tarafların hukuk seçimi yapma imkanı bulunmamakta dolayısıyla diğer bütün hukuk seçimi halleri atıf (renvoi) uygulamasının dışında kalmaktadır. Bu nedenle MÖHUK m.2/f.4 hükmünün sadece MÖHUK m.15 açısından bir anlam ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.³⁰⁰

Hukuki işlemlerde şekle uygulanacak hukuka ilişkin genel hüküm olan MÖHUK m.7'de, hukuki işlemlerin, yapıldıkları ülke hukukunun veya işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun 'maddi hukuk hükümleri'nin öngördüğü şekle uygun

²⁹⁷ Üzerinde durulması gereken bir mesele de şudur: yabancılık unsuru içeren bir miras davasında geçerli bir evliliğin bulunup bulunmadığı ön sorunuyla karşılaşılabilir. Bu durumda evliliğin şeklen geçerli olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Türk hakimi, geçerli bir evliliğin olup olmadığı ön meselesini *lex fori*'ye göre çözmeyi seçerse evliliğe ilişkin Türk kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukukun kanunlar ihtilafı kuralları yani atıf nazara alınacaktır. Miras statüsüne göre çözmeyi seçerse, ölenin milli hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuk uygulanacaktır. Pekiye, bu yetkili kılınan hukukun kanunlar ihtilafı kuralları nazara alınacak yani atıf uygulanacak mıdır? Kanaatimizce burada artık atıf uygulamasına yer vermemek gerekir ve miras statüsünün kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili kılınan hukukun maddi hukuk kuralları tatbik edilmelidir. MÖHUK m.2/f.3 hükmünü, Türk kanunlar ihtilafı kuralının yetkili kıldığı yabancı hukuk hakkında uygulanması şeklinde anlamak gerekir, oysa burada yabancı bir hukukun kanunlar ihtilafı kuralının yetkilendirmesi söz konusudur. Şunu da belirtmek gerekir ki, bir miras meselesinde ön sorun olarak evliliğin geçerli olup olmadığının tespiti gerektiğinde atıf prensibine başvurmanın evliliğin şeklen geçerliliğini sağlama saikiyle yapıldığı söylenemeyecektir.

²⁹⁸ 5718 say. MÖHUK'ta taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınan haller; 15, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 34, 39. maddelerde yer almaktadır.

²⁹⁹ DOĞAN, s.189

³⁰⁰ TANRIBİLİR Feriha Bilge, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87, 2010, s.208

olarak yapılabileceği düzenlenmiş ve böylece atıf (renvoi) bertaraf edilmiştir. Bu düzenlemenin amacı, kanun tasarısı gerekçesinde ‘işlem menfaatini sağlamak’ olarak ifade edilmiştir. Madde 7’deki şekil kuralının atfı düzenleyen kural gibi genel hükümler içerisinde yer almasından ötürü atıf uygulamasının dışında kaldığı da ifade edilmiştir.³⁰¹

Zamanaşımına uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m.8 hükmünün de genel hükümler içerisinde yer almasından ötürü atıf uygulamasının dışında kaldığı savunulmaktadır.³⁰²

Bir aile hukuku müessesesi olması itibariyle evlenmenin şekli konusunda, evlenmenin yapıldığı yer hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.³⁰³

Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde, Türk hukukunun uygulanacağını düzenleyen 5718 say. MÖHUK m.2/f.2 hükmündeki³⁰⁴ ‘Türk hukuku’ tabirini Türk maddi hukuk hükümleri olarak algılamak gerektiği izahtan varestedir.

Kanunlar ihtilafı kuralı bizzat ‘en yakın veya daha yakın irtibat’ ifadelerine yer verir şekilde düzenlenmişse (örneğin MÖHUK m.24/f.4, m.34/f.3) artık bu hukukun maddi hükümlerinin kastedildiği ifade edilmektedir.³⁰⁵ Kişiler ve aile hukuku alanlarında ‘daha sıkı ilişkili hukuk’un uygulanmasına dair bir düzenleme bulunmadığı için mevcut MÖHUK düzenlemesi karşısında zaten ‘daha sıkı ilişkili hukuk’un gösterildiği hallerde atıf (renvoi) uygulanmayacaktır.

³⁰¹ NÖMER, s.152.

³⁰² NÖMER, s.152.

³⁰³ NÖMER, s.151; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s.21; Doktrinde, 2675 sayılı MÖHUK’un 6. maddesi atfa kapalı olsa da, evlenmenin şekil açısından geçerliliğinin kurtarılması amacıyla yönelik bir ‘*in favorem*’ atfın kabulünde yarar olduğu ifade edilmiştir. ULUOCAK Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Filiz, İstanbul, 1989 (Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri) s. 60.

³⁰⁴ 5718 say. MÖHUK m.2/f.2 yorumu ve hükmün değiştirilmesi teklifi için bkz. GİRAY, s. 566 vd.

³⁰⁵ NÖMER, s. 153.

6.2.2.2 Atıf (Renvoi) Bakımından Özellik Arz Eden Haller

6.2.2.2.1. Evlilik Malları (Evlilik Mal Rejimleri)

5718 say. MÖHUK'un 9-11. maddeleri kişiler hukukuyla, 12-19. maddeleri aile hukukuyla ilgilidir. Yetkili hukukun bu maddeler uyarınca tespit edilmesi halinde atıf nazara alınacaktır.³⁰⁶ Hal böyle olmakla birlikte, kişiler veya aile hukukuna ilişkin de olsa bazı konular açısından atfın uygulanmayacağı doktrinde ifade edilmektedir.³⁰⁷ Bu konular evlilik malları ve soy bağıdır.

Evlilik mallarını düzenleyen MÖHUK m.15 hükmü şu şekildedir:

“(1) Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması hâlinde evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukuku, bulunmaması hâlinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanır.

(2) Malların tasfiyesinde, taşınmazlar için buldukları ülke hukuku uygulanır.

(3) Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tâbi olabilirler.”

15. maddenin 1. fıkrası evlilik malları hakkında, eşlere evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini seçme imkanı tanımaktadır. Bu seçimin ‘açık’ olması gerekmektedir. Yine aynı şekilde maddenin 3. fıkrası, eşlerin evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olması halinde bu yeni hukuka tabi olabileceklerini (üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere) hüküm altına almıştır. Yani eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla yeni müşterek hukuku evlilik mallarına uygulanmak üzere seçebilirler. Uygulanacak hukuku seçme imkanı tanınan birinci ve üçüncü fıkra hükümlerini MÖHUK m.2/f.4³⁰⁸ ışığında

³⁰⁶ TANRIBİLİR, s. 206.

³⁰⁷ NOMER, s. 152; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 53.

³⁰⁸ 5718 say. MÖHUK m.2/f.4: “Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.”

değerlendirdiğimizde, tarafların birinci ve üçüncü fıkra hükümleri uyarınca uygulanacak hukuku seçmeleri halinde, aksi açıkça kararlaştırılmadıkça, atfın uygulanmayacağı sonucuna varmak gerekir.³⁰⁹ Eşlerin hukuk seçimi yapmaması halinde ise eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukuku, bulunmaması hâlinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku uygulanacak ve atıf nazara alınacaktır.³¹⁰

Evlilik mal rejim sözleşmesinin, hükümlerinin MÖHUK m.15'e, geçerlilik şartları bakımından ise şekil konusunda m.7'ye³¹¹, ehliyet konusunda m.9'a tabi olduğu ifade edilmiştir.³¹²

Türk hukukuna göre aile hukuku ilişkisi olarak vasıflandırılan evlilik malları, yabancı hukuklarda farklı vasıflandırmalara tabi tutulmuş olabilir. Örneğin mal rejimini düzenleyen evlenme mukavelesi Fransız hukukunda borçlar hukuku meselesi olarak görülmektedir.³¹³ Hukuki ihtilafın konusunun (bağlama konusu) lex fori ve lex causae'de farklı hukuki nitelik taşıması milletlerarası özel hukukta çözülmesi gereken bir vasıflandırma problemi yaratır. Pekiyi, bu problem Türk hakimnin atıf uygulamasını etkiler mi?

Bağlama konusunun vasıflandırılması sorununun lex fori'ye göre çözülmesi kabul edildiğinde, evlilik malları Türk hukukunda aile hukuku alanına dahil olduğu için m. 15 uyarınca yetkili olan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları nazara alınarak ihtilafa tatbik edilecek hukuk tespit edilecektir. Vasıflandırma sorununun lex causae'ye göre çözümü kabul edildiği takdirde de atıf nazara alınacak ve m. 15 uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukukun (lex causae) vasıflandırması esas alınacaktır. Her iki çözüm yönteminde de Türk kanunlar ihtilafı kuralının yetkilendirdiği yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları nazara alınacaktır. Örneğin, Türk hukukuna göre

³⁰⁹ **TANRIBİLİR**, s.208; **DOĞAN**, s. 189; **ŞENSÖZ Ebru**, 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilafalarda Uygulanacak Hukuk, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:8, Sayı:16, Güz 2009, s.183 ve 198; **AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA**, s.77

³¹⁰ **TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU**, s. 201; **ŞENSÖZ**, s.198; **AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA**, s. 77

³¹¹ **AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA**, s. 74; **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 248

³¹² **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 248

³¹³ **NOMER**, s. 261; **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 246.

nişanlanma ve nişanlanmanın hüküm ve sonuçları aile hukuku içinde düzenlenmiştir. İki Fransız arasında nişanın bozulmasından kaynaklanan bir maddi tazminat davasında Türk hakimi MÖHUK m.12 uyarınca tarafların müşterek milli hukuku olan Fransız hukukunu tatbik edecek ve MÖHUK m.2/f.3 uyarınca da bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını nazara alacaktır. Hakim *lex causae*'ye ulaşmak için MÖHUK'ta yer alan atıf hükmünü uygulamak durumundadır. *Lex causae* olarak tespit edilen hukukun, nişanın bozulmasını farklı bir hukuk alanı (örneğin haksız fiil) içinde mütalaa etmesi Türk hakimnin atfı uygulamasına engel teşkil etmez.³¹⁴

6.2.2.2.2. Soy Bağı (Nesep)

Aile hukuku alanına dahil olup, atfın nazara alınmaması gerektiği doktrinde ifade edilen bir diğer konu soy bağı'nın kurulmasıdır. MÖHUK'un soy bağı'nın kurulmasına uygulanacak hukuku gösteren 16. maddesi şu şekildedir:

“(1) Soy bağı'nın kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur.

(2) Soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa iptali de o hukuka tâbidir.

Madde hükmünde birden çok bağlama noktasına yer verilmesinin sebebi, çocuğun soy bağı'nı kuran bir hukuka ulaşma çabasıdır. Annesi ve babası arasında soy bağı'nın kurulmasıyla çocuğun üstün menfaati korunmuş olacaktır.³¹⁵

Aile hukukuna ilişkin bir ihtilaf olan soy bağı meselesinde, prensip olarak yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınması gerekir, zira MÖHUK m.2/f.3 hükmü bunu öngörmekte ve 16. madde hükmünde de yetkili hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanacağına dair bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak doktrinde, nesebin kurulması şeklindeki bir maddi sonuca

³¹⁴ NÖMER, s. 151.

³¹⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.130; ÇELİKEL/ERDEM, s.258; NÖMER, s.265; DOĞAN, s.299

ulaşmayı hedefleyen³¹⁶ 16. madde açısından atıf uygulamasının kuralın gayesi ile bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir. Söz konusu görüşe göre, nesep ilişkisini kuran bir maddi hukuka ulaşıldığında artık o hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına bakmamak lazımdır.³¹⁷ Bu ifade tarzı atıf (renvoi) teorisinin temelinde yatan prensibi yok saymaktadır. Bu prensip, bağlama noktasına göre belirlenen yabancı hukukun ilk planda maddi hukuk kurallarının değil kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınmasıdır. Atıf prensibinin kabulü yabancı hukukun öncelikle kanunlar ihtilafı kurallarını nazara almayı gerektirir. Bağlama noktasıyla belirlenen yabancı hukukun doğrudan maddi hukuk kurallarına bakmak atfın reddi anlamına gelir. Yabancı hukukun maddi hukuk kurallarına göre nesebin kurulması halinde kanunlar ihtilafı kurallarına bakmaya gerek kalmayacağını söylemek renvoi teorisi ile çelişir.

6.2.2.2.3. Ehliyet

Ehliyete uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.9 hükmü üzerinde de ayrıca durmakta yarar görüyoruz. Söz konusu madde üçlü bir ayırım içermektedir:

1) Gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir. (MÖHUK m.9/f.1)

2) Statüsü bulunan tüzel kişilerin veya statüsü bulunan kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyeti statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir. (MÖHUK m.9/f.4)

3) Statüsü ve tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının (örneğin donatma iştiraki, menkul kıymet yatırım fonu³¹⁸) ve statüsü bulunmayan tüzel kişilerin (örneğin aile malları ortaklığı³¹⁹) hak ve fiil ehliyetleri fiili idare merkezi hukukuna tabidir. (MÖHUK m.9/f.5)

³¹⁶ MÖHUK m.16 hükmünün klasik kanunlar ihtilafı hukuku yöntemiyle bağdaşmadığı yönünde bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.130 dn.82

³¹⁷ NOMER, s.153; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.53; DOĞAN, s.190; aksi görüşte bkz. TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s.45 ve 234; TANRIBİLİR, s.209

³¹⁸ Ibid., s.99

³¹⁹ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s.99

Gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti meselesinin kişiler hukuku alanına dâhil olduğu ve atıf (renvoi) hükmünün gerçek kişiler açısından uygulanacağı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte atıf(renvoi) hükmünün tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal toplulukları açısından uygulanıp uygulanmayacağı bir ihtimal tartışılabilir. MÖHUK m.2/f.3 ve MÖHUK m.9 hükümlerinin lafzından atfın tüzel kişileri kapsamadığı sonucu çıkarılamaz. Fakat ikinci maddenin yukarıda yer verilen gerekçesinde yer alan "...kişiye en yakın hukuk olarak kabul edilen "milli hukuk" gibi bir hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının da dikkate alınması adil bir yaklaşımdır..." cümlesinde yer alan 'milli hukuk' ifadesinden, tüzel kişiler bakımından bir 'milli hukuk'tan bahsedilemeyeceği için³²⁰ atıf hükmünün tüzel kişileri kapsamadığı yorumunu yapmak mümkün gözükmemektedir.

Bağlama noktası olarak vatandaşlık, yerleşim yeri ve mutad meskenin benimsendiği ilişkilerde taraf menfaati ön planda tutulmaktadır. Atıf da bu ilişkiler bakımından söz konusu olmakta ve bu konularda atıf teorisine başvurulmasındaki amaç yine taraf menfaatini korumaktır. Kişiler hukuku ve aile hukuku meselelerinde gözetilen taraf menfaatinin tüzel kişiler açısından söz konusu olmayacağı kanaatindeyiz. Gerçek kişilerin milli hukukuna olan yakınlığı ile tüzel kişilerin idare merkezi hukukuna olan yakınlığı bir tutulamaz. Zira tüzel kişilerin idare merkezinin belirlenmesi tamamen o tüzel kişiliği oluşturan kişilerin elindedir ve bu yer serbestçe belirlenebilir. Bir tüzel kişiliğin idare merkezinin Almanya veya Arjantin'de olması ve bu tüzel kişinin bu ülkelere bağlılığı ile gerçek kişinin vatandaşı olduğu veya mutad mesken sahibi olduğu ülkelere bağlılığı farklı niteliktedir. Atıf teorisinin tarihi temelinde de gerçek kişilerin hukuki işlemlerini ayakta tutmak prensibi yatmaktadır. MÖHUK m.2/f.3'te yer alan düzenleme ve ehliyete uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m.9'da da tüzel kişiler yönünden herhangi bir sınırlama yapılmamış olması karşısında tüzel kişilerin ehliyetinde de atfın uygulanacağı görüşü savunulabilir. MÖHUK'ta yer alan atıf hükmünün anlam ve amacının tüzel kişileri kapsamadığı ve madde gerekçesinin de bu görüşümüzü desteklediği kanaatindeyiz.

³²⁰ **NOMER**, s.227; **ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE**, s.106; Tüzel kişilerin de vatandaşlığı olduğunun kabulü konusundaki hukuki zorunluluk için bkz. **TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU**, s. 90 dn. 41.

6.2.2.2.4. Haksız Fiiller

Haksız fiiller de kişiler ve aile hukuku alanlarına dahil olmaması nedeniyle ilk bakışta atfın kapsamına girmemektedir. Ancak, özel bir haksız fiil türünü düzenleyen 35. madde hükmü üzerinde ayrıca durmak lazımdır. Söz konusu madde; kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâlinden doğan taleplere, kişilik haklarının ihlâlinde cevap hakkına, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlâl edilmesinden doğan taleplere uygulanacak hukuku göstermektedir. Şüphesiz, ihlal edilebilecek kişilik hakları 35. maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Ancak 35. madde kapsamına girmeyen kişilik hakkı ihlalleri genel haksız fiil kuralı olan 34. madde kapsamında değerlendirilecektir.³²¹

Kişilik hakkı, kişilerin korunmaya değer varlıkları ve kişiliğin korunması, kişiler hukuku alanı içerisinde mütalaa edilmektedir.³²² Aynı zamanda kişilik hakkı ihlali teşkil eden bir haksız fiilin varlığı halinde ihtilafı kişiler hukuku alanında mı yoksa haksız fiiller alanında mı değerlendirmek gerektiği şüphe uyandırabilir. Eğer ihtilaf kişiler hukuku alanında değerlendirilirse 35. maddede ve 35. madde kapsamına girmeyen kişilik hakkı ihlallerinde 34. madde açısından atfın uygulanması gerektiği ileri sürülmesi ihtimal dahilindedir. Tabi burada 34. maddenin daha sıkı ilişkili hukuku gösteren 3. fıkrası ve hukuk seçimine imkan veren 5. fıkrası hariç tutulmalıdır. Burada hem kişiler hukuku hem haksız fiil hukukuyla kesişen gri bir alan söz konusudur ve dolayısıyla yoruma açıktır. Atıf (renvoi) uygulamasının mümkün merteye dar tutulması ve bu yüzden kişilik hakkı ihlallerinde atfa yer verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

³²¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.293 vd.

³²² DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz, İstanbul, 2004, s.91 vd.

6.3. Milletlerarası Tahkim Kanunu

4686 say. Milletlerarası Tahkim Kanunu³²³ m.12(C) Őu düzenlemeyi içermektedir: “Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilâfi kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddî hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir.” Bu hükme göre, sözleşme taraflarının uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ancak tarafların bu yöndeki iradelerini ortaya koymalarıyla mümkündür. Böyle bir iradenin yokluğunda hakem veya hakem kurulu doğrudan doğruya seçilen hukukun maddi hükümlerini uygulayacaktır.

6.4. Türk Ticaret Kanunu

6762 say. Türk Ticaret Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 865 say. Ticaret Kanunu³²⁴ m.601/f.1-2 Őu düzenlemeyi içermekteydi: “Bir şahsın poliçe ile taahhüt altına girmesi için haiz olması lâzımgelen ehliyet, tabi olduğu Devletin kanunile tayin olunur. Tabi olduğu Devlet Kanunu bu bapta diğer bir Devlet Kanununun salahiyettar olduğunu mutazammın ise ancak o kanun tatbik kılınır.” Bu hükmün aynı kanunun 607. maddesi uyarınca gereğince emre muharrer senetlere ve 636. maddesi uyarınca çeklere de şamil olduğu yasada ifade edilmiştir.³²⁵ 601. madde hükmünün kaç dereceli atfı kapsadığı yönünde fikir birliği bulunmamaktaydı.³²⁶ Bizim de katıldığımız görüş madde hükmünün hem iade hem devam eden atfı kapsadığı yönündedir.³²⁷

³²³ RG: 05.07.2001-24453.

³²⁴ RG: 28/VI/1926-406; Kanun metni için bkz.

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400865.pdf (Erişim tarihi 27.12.2013)

³²⁵ **BERKİ**, Kanun İhtilafları, s.35

³²⁶ Ibid, s.35 dn.29

³²⁷ Ibid, s.35

6102 say. kanunla yürürlükten kaldırılan 6762 say. Türk Ticaret Kanunu m.678 şu düzenlemeyi içermekteydi: “Bir kimsenin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyeti tabi bulunduğu devletin kanunu ile tayin olunur. Eğer bu kanun diğer bir memleketin kanununa atıfta bulunuyorsa o kanun tatbik olunur.” Bu hükmün aynı kanunun 690. maddesi uyarınca mahiyetine aykırı düşmedikçe bonolar, 730. maddesi uyarınca çekler hakkında da uygulanacağı yasada ifade edilmişti. 678. madde hükmü ‘diğer bir memleketin kanununa’ demek suretiyle hem iade hem devam eden atfa imkân tanımaktadır.³²⁸ Maddede atfın nerede kesilmesi gerektiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Yabancı hukukun yapmış olduğu iade veya devam eden atıfla atfın o noktada kesildiğini kabul etmenin maddenin lafzına ve gayesine uygun düşeceği söylenmiştir.³²⁹ Maddenin, ticari ilişkilerin güvenliği açısından poliçe taahhüdünün geçerliliğini sağlamak için devam eden atıfların kabul edilmesi şeklinde yorumlanabileceği de söylenmiştir.³³⁰

6102 say. Türk Ticaret Kanunu³³¹ m.766/f.1 şu düzenlemeyi içermektedir: “Bir kişinin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyet tabi bulunduğu devletin hukukuna göre belirlenir. Bu hukuk diğer bir ülkenin hukukuna göndermede bulunuyorsa, o hukuk uygulanır.” Bu hükmün aynı kanunun 778. maddesi uyarınca niteliğine aykırı düşmedikçe bonolar, 818. maddesi uyarınca çekler hakkında da uygulanacağı yasada ifade edilmiştir. 766. madde hükmü, poliçe, bono ve çek ile borçlanma ehliyeti konusunda kişinin milli hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmasını öngörmektedir. Madde, ‘diğer bir ülkenin hukukuna’ demek suretiyle hem iade hem devam eden atfa izin veren bir yapıya sahiptir. Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralı diğer bir ülke hukukuna göndermede bulunuyorsa artık bu hukuk uygulanacaktır. Maddenin, lafzı ve gayesi itibarıyla tek dereceli atfı benimsediğini kabul etmek gerektiği söylenmektedir. Buna göre yabancı kanunlar ihtilafı kuralının göndermede bulunduğu ülke hukukunun maddi hukuk kuralları tatbik edilecektir.³³² Ancak ticari ilişkilerdeki güvenlik açısından kıymetli evrakın geçerliliğini sağlamak adına devam eden atıfların dikkate alınması şeklinde bir

³²⁸ ULUOCAK, s.212; BERKİ, Kanun İhtilafı, s.35

³²⁹ NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 19. Bası, Beta, İstanbul 2011(NOMER 19. Bası), s.150.

³³⁰ ÇELİKEL Aysel/ERDEM Bahadır B., Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, Beta, İstanbul, (ÇELİKEL/ERDEM 10. Bası), s.135.

³³¹ RG: 14.02.2011-27846

³³² NOMER, s.151; ÇELİKEL/ERDEM, s.135; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.53

yorum yapmanın da mümkün olduğu ifade edilmiştir.³³³ Gerçekten de, kanun hükmünde atfın nerede kesilmesi gerektiği konusuna açıklık getirilmemiştir. Madde gerekçesinde ise maddenin, 6762 sayılı kanunun 678. maddesinden dili güncelleştirilerek aynen alındığı ifadesi yer almaktadır.³³⁴ 6762 sayılı kanunun gerekçesinde söz konusu maddeye ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Kanaatimizce 766. madde hükmü, ileriye doğru devam eden atıfların yaşanmasına imkan vermektedir.

³³³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 135.

³³⁴ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>

SONUÇ

Milletlerarası özel hukukta atıf (renvoi), kaynağını şu soruda bulmaktadır: Davaya bakmakta olan hakim, kendi kanunlar ihtilafı kuralınca gösterilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacak mıdır? Soruya olumsuz cevap verilmesi halinde atıf (renvoi) problemi hiç gündeme gelmeyecektir. Olumlu cevap verilmesi ise, atıf (renvoi) probleminin doğuşuna zemin hazırlamaktadır. Zira yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına bakan hakim, bu hukukun aynı hukuki işlem veya ilişki için lex foriden farklı bir bağlama noktası benimsediğini görebilir. Bu durumda iki ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları çatışmış olacaktır. İşte atıf (renvoi), devletlerin kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki çatışmadan doğmuş bir müessesedir ve bu çatışmanın giderilmesi amacına yönelmiştir (ya da en azından öyle olduğu iddia edilmektedir).

Sorulması gereken bir diğer soru da, davaya bakmakta olan hakimin neden yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını tatbik etmesi gerektiğidir. Kanunlar ihtilafı kuralları, belirli hukuki işlem ve ilişkiler bakımından milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleştirilmesi amacına yönelmiştir. Bir hukuki işlem veya ilişkinin tabi kılındığı yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınıp alınmayacağı da bu amaç doğrultusunda değerlendirilmelidir.

Kanunlar ihtilafı kuralları oluşturulurken, bir hukuki işlem veya ilişki, kanun koyucunun iradesiyle belirlenen bağlama noktalarıyla o hukuki işlem veya ilişkiyle ‘en sıkı ilişkili’ olarak görülen hukuka bağlanır. Hukuki işlem veya ilişkilerin, bunlarla ‘en sıkı ilişkili’ hukuka bağlanmalarıyla milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti gerçekleştirilmiş olur. Kanun koyucu, ‘en sıkı ilişkili’ hukuku belirlerken o hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını gözetmez. Diğer bir deyişle, bir hukuki işlem veya ilişki bir hukuk sistemine bağlanırken, bu hukukun kanunlar ihtilafı sistemi nazara alınmaz. Aksi halde, lex forinin kanunlar ihtilafı kuralının en sıkı ilişkili olarak gördüğü hukukun, o işlem veya ilişkiyle en sıkı ilişkili olarak gördüğü hukukun uygulanması sonucu ortaya çıkar. Bu da, aynı soruya iki kez yanıt vermek olacaktır ve sonunda yabancı hukukun en sıkı ilişkili hukuk anlayışının uygulanması anlamına gelir.

Lex foriyle çatışma halindeki yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralı, ihtilafın çözümünü ya lex foriye (iade atıf) ya da üçüncü bir devlet hukukuna (devam eden atıf) bırakacaktır. Yabancı hukukun lex foriye iade atıfta bulunması ve bu atfın kabulü halinde lex forinin maddi hukuk kuralları olaya tatbik edilecektir. İade atfın kabulü, hakime kendi hukukunun maddi kurallarını uygulama şansı tanıdığı için kolaylık sağlar. Atıf teorisinin, özellikle iade atfın kabulünün altında yatan sebep de budur. İade atfın kabulüyle ihtilaf, lex forinin maddi hukuk kurallarının tatbiki ile çözülmekte ancak, daha önce bahsettiğimiz, iki ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki çatışma devam etmektedir. Aynı davanın diğer ülkede açılması ve diğer ülkenin de iade atfı kabul etmesi halinde ihtilaf farklı bir hukuka göre çözülmüş olacaktır. Bu durumda, iade atfın milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamaktan ziyade hakimnin kendi hukukunu uygulaması için bir araç olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının ihtilafın çözümünü üçüncü bir devlet hukukuna bırakması halinde ise devam eden atıf hali söz konusu olur. Devam eden atıf halinde bu atfın sonsuza kadar gidebileceği söylenmekle birlikte bu söylem çok teorik kalmaktadır. Zira kanunlar ihtilafı kurallarında kullanılan bağlama noktaları belirli sayıdadır ve devam eden atfın sürekli farklı bir ülkeye devam etme ihtimali bulunmamaktadır. Devam eden atıf neticesinde ya kendini yetkili sayan bir hukuka ya da daha önce kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmuş olan bir hukuka gelinecektir. Kendini yetkili sayan hukuka gelindiğinde ihtilafın bu hukukun maddi hukuk kurallarına göre çözüleceği açıktır. Daha önce kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmuş bir hukuka gelindiğinde ise aynı kanunlar ihtilafı kurallarına ikinci kez başvurulmaması gerektiği ve ihtilafın bu ikinci kez gelinen hukukun maddi hukuk kurallarına göre çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu söylediğimiz, devam eden atfa çözüm getirmekle birlikte devam eden atfa neden ihtiyaç duyulduğunu açıklamamaktadır.

Yabancılık unsuru taşıyan bir özel hukuk uyuşmazlığının, kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama noktasıyla, o uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili ülke hukukuna bağlanması milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleşmesi için yeterlidir. Belirli işlemlerin ayakta tutulması (vasiyetnamelerin ve evlenmelerin şekli geçerliliği gibi) amacıyla atıf (renvoi) teorisine başvurmak savunulmakta ise de, bu yöntem pek

sağlıklı gözükmemektedir, zira atfı kabul eden bir ülke vasiyetnameyi veya evliliği geçerli sayarken, atfı reddeden bir ülke geçersiz sayacak ve böylece total muameleler ortaya çıkacaktır. Ayrıca belli işlem ve ilişkileri ayakta tutmak saikiyle atfın uygulanmasını istemek somut olay hakkaniyetine yönelmek anlamına geleceği için milletlerarası özel hukukun yöntemiyle bağdaşmayacaktır.

Her ülkenin kendine özgü bir milletlerarası özel hukuk sisteminin olması, ülkelerin atf düzenlemelerinde de farklılıklar yaratabilir ve buna bağlı olarak atf teorisi bizi yeni çatışmalara sürükleyebilir. Böylece atf teorisiyle hedeflenen milletlerarası karar ahengi, her ülkenin kendi atf kurallarına sahip olmasıyla sekteye uğrayabilir. Davada söz konusu olan her iki ülke hukukunun da iade atfı veya ‘foreign court theory’yi kabul ettiği hallerde, ihtilafa uygulanan hukuk da davanın açıldığı ülkeye göre değişecektir. Karar birliğinin sağlanabilmesi, taraflardan birinin atfı reddetmesine bağlıdır ve bu da atf teorisi aleyhine bir durumdur. Milletlerarası karar ahenginin atf teorisiyle değil, ülkelerin milletlerarası özel hukuk sistemlerinin yeknesaklaştırılmasıyla mümkün olabileceği kanaatindeyiz.

Atf teorisinin kanunlar ihtilafı kurallarının ülke mevzuatlarında yeni yeni yer bulmaya başladığı dönemde yoğun olarak tartışılması çok doğaldı. Ancak ülkelerin kanunlar ihtilafı sistemlerinin zamanla birbirine yaklaşması ve aynı hukuki işlem ve ilişkiler için aynı bağlama kurallarını benimsemeleri atf teorisiyle ilgili tartışmaları giderek gereksiz kılmaktadır. Özellikle Lahey Konferansı Sözleşmeleri birçok meselede atf meselesini çözüme kavuşturuyor gözükmektedir. Bütün yeknesaklaşma faaliyetlerine rağmen yine de şahsın hukuku ve aile hukuku meselelerinde kimi devletlerin milli hukuka kimilerinin ikamet yeri hukukuna atf yaptığını görmekteyiz. Bu alanlara dahil meselelerde farklı sistemlerin uygulanma ihtimali halen bulunmaktadır.

Teoriye, kişiler ve aile hukuku ilişkilerinde başvuruluyor olması ‘taraf menfaati’yle açıklanmaktadır. Esasında ‘taraf menfaati’ zaten önceden belirlenmiş bağlama noktalarıyla (vatandaşlık, yerleşim yeri, mutad mesken) gözetilmektedir. Kanunlar ihtilafı kuralları konulurken amaç, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleştirilmesidir ve bu amaç ihtilafı en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesiyle gerçekleştirilmiş olur. Ayrıca atfın sadece belli konulara teşmil etmesi de

mantıksızdır; yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınması milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleştirilmesini amaçlıyorsa, bunun objektif bağlama noktalarının kullanıldığı bütün hukuki işlem veya ilişkilere teşmil etmesi gerekir.

MÖHUK m.2/f.1 uyarınca Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulamak zorunda olan Türk hakimi, kişiler ve aile hukuku ihtilaflarında atfı nazara almak zorundadır. Bu itibarla MÖHUK'un 9. ve 19. maddeleri arasında düzenlenen konularda yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları nazara alınacak ve bu kurallara göre yetkili olan hukukun maddi hukuk kuralları uygulanacaktır.³³⁵

Aynı sorunun ikinci kez sorulması anlamına geleceği, total muamelelere sebebiyet verebileceği ve hukuki işlem veya ilişkinin taraflarının meşru beklentilerini tehlikeye sokacağı için atfın kabulüne taraftar olmayıp, atıfla elde edilmek istenen milletlerarası karar ahenginin ise ancak milletlerarası özel hukuk kurallarının yeknesaklaştırılmasıyla tam olarak sağlanabileceği kanaatindeyiz. Özel hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla yapılan milletlerarası sözleşmeler ve bu sözleşmelerde atfın reddediliyor olması da görüşümüzü desteklemektedir.

³³⁵ MÖHUK m.2/f.3 hükmünün şöyle yorumlanması da ihtimal dahilindedir: yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılıp kılmadığının belirlenmesi için bu yabancı hukukun atfı teorisini kabul edip etmediğinin de araştırılması gerekir. Bu durumda Türk hakiminin yabancı hukukun 'renvoi'ya ilişkin hükümlerini de değerlendirmesi gerekecektir. Bu yoruma karşılık, 'atfı' hükmünün bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığı ve MÖHUK m.2/f.3'te de yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınmasından bahsedildiği için yabancı hukukun 'renvoi' kuralının nazara alınmayacağı söylenebilir.

KAYNAKÇA

AKINCI Ziya/DEMİR GÖKYAYLA Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010

ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış, MHB 22 2002, s.39-74

AYBAY Rona / DARDAĞAN Esra, Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005

BATY Thomas, Polarized Law, Stevens and Haynes Law Publishers, London, 1914

BERKİ Fazıl Osman / ERGÜNEY Hilmi, Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara

BERKİ Osman Fazıl, Devletler Hususi Hukuku Cilt: II Kanun İhtilafları, Güzel Sanatlar Matbaası, 6. Baskı, Ankara 1966

BERKİ Osman Fazıl, Türk Hukukunda Kanun İhtilafları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.287, 2. Baskı, Ankara 1971

BRIGGS Adrian, In Praise and Defence of Renvoi, International and Comparative Law Quarterly, Volume 47, Part 4, October 1998, 877-884

COLLIER J.G., Conflict of Laws, Cambridge University Press, Third Edition, 2001

ÇELİKEL Aysel/ERDEM B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 12. Bası, Beta, İstanbul, 2012.

ÇELİKEL Aysel/ERDEM B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, Beta, İstanbul

DAVIES, RICKETSON and LINDELL, Conflict of Laws: Commentary and Materials (1997)

DOĞAN Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin, Ankara, Şubat 2013

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz, İstanbul, 2004

GİRAY Faruk Kerem, YÜHFD, Cilt: VIII, Sayı: 2, 2011, Cilt: IX, Sayı: 1, 2012; Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, s. 555-577.

GÖĞER Erdoğan, Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.403, Dördüncü Bası, Ankara

GÖĞER Erdoğan, Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.326, Ankara 1973

LAWRENCE COLLINS and OTHERS (Ed.), Dicey and Morris on The Conflict of Laws, Volume 1, 13th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000

LORENZEN Ernest G., The “Renvoi” Theory and the Application of Foreign Law. I. “Renvoi” in General, Columbia Law Review, Vol. 10, No. 3 (Mar., 1910), s. 190-207

LORENZEN Ernest G., The “Renvoi” Theory and the Application of Foreign Law, Columbia Law Review, Vol. 10, No. 4 (Apr., 1910), s. 327-344

LORENZEN Ernest G., The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws. Meaning of “The Law of a Country”, The Yale Law Journal, Vol. 27, No. 4 (Feb., 1918), s. 509-534

LORENZEN, Ernest G., "Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws" (1941). Faculty Scholarship Series. Paper 4584.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu 22-24 Kasım 1976, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978

MORRIS J.H.C. / NORTH P.M., Cases and Materials on Private International Law, London Butterworths 1984

NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 19. Bası, Beta, İstanbul 2011

NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, Beta, İstanbul, 2013

NORTH Peter / FAWCETT J.J., Cheshire and North’s Private International Law, 13th Edition, Oxford University Press, 2004

SARAÇ Tahsin, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, ADAM Yayınları, 1999

SEVİĞ Vedat Raşit, Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş ikinci bası), İstanbul 1974

SYMEONIDES Symeon C. (Ed.), Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?, Kluwer Law International, 1999, Great Britain

ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN-FİĞANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013

ŞENSÖZ Ebru, 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:8, Sayı:16, Güz 2009, s.173-211.

TANRIBİLİR Feriha Bilge, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87, 2010, s. 195-227.

TEKİNALP Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011

ULUOCAK Nihal, Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971

ULUOCAK Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (Uygulama Kuralları), Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.