

Subject Area
Private LawYear: 2022
Vol: 8
Issue: 95
PP: 723-728Arrival
05 February 2022
Published
28 February 2022
Article ID Number
3883
Article Serial Number
22Doi Number
http://dx.doi.org/10.26449/
/sssj.3883**How to Cite This Article**
Uğur, A. (2022).
“Milletlerarası Özel
Hukukta Atıf Sorunu”
International Social
Sciences Studies Journal,
(e-ISSN:2587-1587)
Vol:8, Issue:95; pp:723-
728Social Sciences Studies
Journal is licensed under a
Creative Commons
Attribution-
NonCommercial 4.0
International License.

Milletlerarası Özel Hukukta Atıf Sorunu

The Problem Of Renvoi in International Private Law

Aynaz UĞUR ¹ ¹ Dr., Antalya, Türkiye

ÖZET

Atıf teorisi temel tartışmaları 19.Yüzyıl'a dayanan ancak günümüzde uygulamacıların görmezden gelmeyi tercih ettikleri bir konudur. Atıf Türk hukukunda aile ve kişiler hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda olmak üzere sınırlı olarak kabul edilmiştir. Hem iade atıf hem de devam eden atıf yalnızca bir kereliğine uygulanmak üzere kabul edilmiştir. Hukuk seçiminde ise açıkça ifade edilmediği sürece, seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacak ve atıf dışlanacaktır. Türk hukukunda MÖHUK dışında TMTK ve TTK ile de atıfa ilişkin düzenlemeler kabul edilmiştir. Anglo-Sakson hukukundaki güncel eğilim atıfı dışlamak yönündedir. AB hukukunda da Roma I ve Roma II Tüzükleri kabul ettikleri hükümler ile atıfı açıkça dışlamışlardır. Ancak Kıta Avrupası devletlerinde Türkiye'ye benzer şekilde, sınırlı da olsa atıfın kabul edildiği söylenebilir. Biz de çalışmamızda öncelikle atıf kavramı üzerinde duracak, atıfa ilişkin ileri sürülmüş görüşleri inceleyecek ve ikinci bölümde ise karşılaştırmalı hukukta ve Türk mevzuatında atıfın yerini anlatacağız.

Anahtar Kelimeler: Atıf, Hukuk Seçimi, Aile Hukuku, Kişiler Hukuku, Kambiyo Senetleri, Tahkim.

ABSTRACT

The theory of Renvoi is particularly discussed in 19th Century, but can't attract a big interest of the law appliers now. Turkish law accept renvoi limitary with only in personal law and family law. Either back-renvoi or continuing-renvoi are accepted for only one time in türkish law. But looking to the choice of law, we can see that renvoi is excluded. In Turkish law, renvoi is accepted in International Private Law Code, Commercial Code and Arbitration Code. In Anglo-Saxon law we can see the exclusion of Renvoi. In European Union law, Rom I and Rom II Regulations exclure renvoi by the certain articles. In continantal europa, it is limitary accepted the renvoi like in Turkey. We are going to tell in our article first of all the Notion of renvoi and the opinions discussed about it. Then in second part we are going to explain the place of renvoi in comparative law and in Türkish law.

Keywords: Renvoi, Choice of Law, Family Law, Personal Law, Valuable Papers, Arbitration.

1. GİRİŞ

Lex forinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukuk olarak başka bir devletin hukukunu gösterdiği durumlarda atıf söz konusudur. Gönderilen devletin maddi hukuk kurallarını yoksa kanunlar ihtilafı kurallarının mı uygulanacağı tartışma konusudur. Ancak genel olarak atfın bir kereye mahsus olarak kabul edildiği ve gönderilen devletin maddi hukuk kuralları uygulanarak uyumsuzluğun çözüme kavuşturulduğu söylenebilir. Zira atfın bir yerde kesilmemesi halinde sonunun gelmesi de mümkün değildir. Ancak gönderilen devletin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınması kabul edildiğinde, bu kuralların forum hukukuna atıf yapması halinde iade atıf, bir üçüncü devletin hukukuna atıf yapması halinde ise devam eden atıf söz konusu olur.

MÖHUK'ta atıf m.2/f.3 hükmüyle düzenlenmiştir: “Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde buna sadece aile ve kişiler hukukunda izin verilir ve bu hukukun maddi hükümleri uygulanır.” Bunun yanı sıra TTK m.766/f.1 hükmü 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.” Görüldüğü gibi TTK kambiyo senetleri için de sınırlı şekilde atfı kabul etmektedir. TMTK da ise yapılan hukuk seçimine ilişkin olarak, tarafların atfı kabul ettiklerini açıkça ifade etmedikleri sürece atfı dışladıklarının kabul edileceği söylenmektedir.

Anglo-Sakson hukukunda eski tarihli bazı mahkeme kararlarında atfa rastlamak mümkün olsa da; güncel eğilim atfın dışlanması yönündedir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ise, Türkiye'ye benzer şekilde sınırlı bir kabulün varlığından söz edilebilir. Şöyle ki: 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; Alman Medeni Kanununa, Japon Kanunu (m.29), Çin Kanunu (m.4) ise sadece iade atfı kabul etmekte; Polonya Kanunu ve Fransız Devletler Hususi Hukuku Kanun Taslağı (m.20) ise devam eden atfı da kabul etmektedirler. Fransız

doktrininde iade atfın, yabancı hukukun uygulanmasını engellemek için yeterince düşünülmeden uygulanması eleştirilmektedir¹.

İki bölümden oluşan çalışmamızda öncelikle atıf kavramı ve atfa ilişkin savunulan görüşler açıklanacak olup; ikinci bölümde ise atfın karşılaştırmalı hukuktaki ve Türk mevzuatındaki yeri incelenecektir.

2. ATIF KAVRAMI

2.1. Genel Olarak

Türk hukukunda atfa ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. Buna göre ilkin atıf, “mahkemenin devletler hususi hukuku kuralları gereğince yetkili kılınan yabancı kanunun devletler hususi hukuku kurallarının o ihtilafta yetkiyi yargıcın kanununa geri çevirmesi veya üçüncü bir devlet kanununa yollaması halidir².” İkinci olarak ise şöyle bir tanım yapılmıştır: “davayı gören mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının olaya uygulanmak üzere yetkilendirdiği yabancı hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının o ihtilafta uygulanmak üzere başka bir devlet hukukunu yetkili görmesidir ki bu hukuk, bazen üçüncü bir devletin hukuku bazen de mahkemenin hukuku olmaktadır³.”

Hakimin kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının lex foriye yetkili kılması halinde “iade atıf” kavramından söz edilir⁴. Burada yetkili yabancı hukuktan anlaşılması gereken, yabancı ülkenin maddi hukuk kurallarının yanında kanunlar ihtilafı kurallarıdır⁵. Forgo kararı⁶ iade atfa örnek teşkil eder. Fransız mahkemesi bu kararda milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin tesisi bakımından atfı kabul etmiştir. Davada Bavyera vatandaşı Bay Forgo’nun ölümü üzerine Fransa’da bulunan sahipsiz terekenin kime kalacağı sorunu tartışılmıştır. Fransız hakimi Fransa kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak ölenin milli hukuku olan Bavyera hukukuna gitmiş ve burada iade atıf olduğunu kabul ederek olaya Fransız hukukunu uygulamıştır. Böylece Bay Forgo’nu sahipsiz malları Fransız hazinesine kalmış ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanmıştır. Hakimin kanunlar ihtilafı kuralınca yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının üçüncü bir yabancı ülke hukukunu yetkili kılması halinde ‘devam eden atıf’ kavramından söz edilir⁷.

Atıf teorisine uygun olarak 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 edilmiştir⁸. Zira bir ülke hukukuna ikinci kez geldiğinde artık burada durulması ve bu hukukun maddi hükümlerinin uygulanması, atfın bir sarmala ve karmaşaya dönüşmemesi bakımından bir zorunluluktur.

2.2. Atıf Hakkında İleri Sürülen Görüşler

2.2.1. Genel Olarak

Atıf teorisinin ülkelerin kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki ihtilafın giderilmesini amaçladığını söylemek yerinde olacaktır⁹. Böylece milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ve dış karar ahengi korunmuş olmaktadır. Atıf teorisi, yabancı hukukun o ihtilafta kendini yetkili görmemesi halinde o yabancı hukukun maddi hukuk kurallarını uygulamamak ve mümkünse kendini yetkili gören bir hukuku arama çabasını öngörerek, vasıf ihtilafından ya da farklı sebeplerle doğan kanunlar ihtilafından doğan dış karar ahengi problemlerine çözüm arar¹⁰. Doktrinin temel amacı, belirli bir davada, davanın hangi ülkede açıldığına bakılmaksızın, 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 sağlayacak ve davacının forum shopping amacı gütmemesini engelleyecektir¹¹.

1861 yılında Alman Lübeck mahkemesinin atfa ilişkin açık bir kararı mevcuttur¹². Lübeck mahkemesinin önüne gelen davada, murisin fiili ikametgâhı Fransız hukukunun yürürlükte bulunduğu Mainz şehrinde iken, hukuki ikametgâhı ise vatandaşı olduğu Frankfurt şehrindeydi. Lübeck kanunlar ihtilafı kurallarına göre taşınır tereke

¹ Armand Laine, “La theorie du renvoi en droit international prive”, La Revue de droit international prive et du droit penal international des annees 1907, 1908 et 1909, s. 12, 34, 124.

² Nihal Uluocak, Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul, 1971, s. 204.

³ Aysel Çelikel / Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2020, s. 106.

⁴ Zeynep Derya Tarman, Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, İstanbul, 2017, s. 50.

⁵ Cemal Şanlı / Emra Esen / İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2019, s. 55.

⁶ Tarman, s. 50.

⁷ Tarman, s. 50.

⁸ Laine, s. 46; Vedat Raşit Seviğ, Kanunlar İhtilafı (Yasama Ve Yargılama Çatışmaları), İstanbul, 1974, s. 131-133.

⁹ J.H.C. Morris / P.M. North, Cases And Materials On Private International Law, London, 1984, s. 22; Aksi gorse gore atıf milletlerarası özel hukukun yeknesaklaşmasına engel de olmaktadır. Bkz. Frederick Allemes, “The problem of Renvoi in International Private Law”, Transactions of the Grotious Society, V. 12, Cambridge University Press, 1926, s. 63.

¹⁰ Laine, s. 39; Seviğ, s.129-130.

¹¹ Adrian Briggs, “In Praise And Defence Of Renvoi”, International And Comparative Law Quarterly, Volume 47, Part 4, October, 1998, s. 879 vd.

¹² İnci Ataman-Figanmeşe, Lahey Sözleşmelerinde İade Ve Devam Eden Atıf Ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış, Mhb, 22, 2002, s. 40 dn. 1; Bağlama noktaları hakkında çıkabilecek vasıf ihtilafı hakkında atfın çözüm olabileceği hususunda bkz. Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2020.

hakkında yetkili hukuk murisin fiili ikametgahının bulunduğu Mainz hukuku, Mainz kanunlar ihtilafı kurallarına göre ise yetkili hukuk murisin hukuki ikametgahının bulunduğu Frankfurt hukukudur. Mahkeme, Frankfurt hukukuna yapılan bu atfı kabul etmiş ve Frankfurt hukukunu tatbik etmiştir. Türk Yargıtayı da 1995 tarihli kararında iki ABD vatandaşının boşanmalarına milli hukuklarının uygulanması gerektiği ve Türk hukukunun ancak bir iade atfı varsa uygulanabileceğini ve bu konuda ABD hukukunun araştırılmadan karar verilmemesi gerektiğini hüküm altına almıştır¹³.

2.2.2. Doktrinde Yer Alan Görüşler

Atf teorisini her hukuki ihtilafın özelliğine göre ele almak gerektiği; böylece adaleti sağlayacak, hakkı koruyacak hallerde atfın kabul edilmesi gerektiği; kişinin o hukuki işlem veya ilişkiden meşru beklentilerinin gerçekleşmesine hizmet edebileceği savunulan görüşler arasındadır¹⁴. Örneğin atf teorisine başvurularak, yabancı ülkelerde gerçekleştirilen evliliklerin şekli açısından geçersiz olmasını önlemek ya da hakim in ülkesinde kalan sahipsiz terekeye hakim in hukukunun uygulanması ve böylece terekeyi hakim in ülkesinin sahiplenmesi sağlanabilir¹⁵. Atf teorisini destekleyen bir müellif; 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 ve ayrıca atfın lex forinin uygulanmasını sağlamasının faydalı olduğunu savunmuştur¹⁶. Bir diğer görüş yetkilendirilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamanın, yabancı hukukun o hukuki ihtilafı en sıkı ilişki içinde gördüğü hukukun uygulanması sonucunu doğuracağı ve bunun da devletler özel hukuku adaletinin sağlanmasına hizmet edeceği fikrine dayanır¹⁷. Atf lehinde ileri sürülen görüşlerden biri de, yabancı hukukun iç hukuka ilişkin hükümleriyle kanunlar ihtilafı hükümlerinin bir bütün teşkil ettiğini savunur. Bu sebeple yabancı hukukun sadece iç hukuka ilişkin hükümleri değil kanunlar ihtilafı hükümlerinin de uygulanması gereklidir¹⁸. Atfın Türk hukukunda kişiler ve aile hukuku alanları ile sınırlandırılmasını eleştiren görüşler de mevcuttur¹⁹.

Atf teorisinin uygulanmasıyla lex forinin kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı hukuka boyun eğdiği, yabancı kanunlar ihtilafı kurallarının lex forinin kanunlar ihtilafı kurallarıyla yer değiştirmesi anlamına geldiği, bunun da egemen devletler felsefesiyle bağdaşmadığı söylenmektedir²⁰. Atfın dış karar ahengini sağlayacağı düşüncesine karşı, atfın her iki ülke tarafından kabulü halinde davanın açıldığı yere bağlı olarak farklı sonuçlar elde edilebileceği gösterilmiştir. Atf yöntemiyle karar birliğinin sağlanabilmesi için ülkelerden birinin atfı reddetmesi gerekir ki, bu da atfın aleyhine bir sonuçtur²¹. Ayrıca atfın yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama noktasının nasıl anlaşılacağı ve yorumlanacağı sorununun söz konusu yabancı hukuka bakılarak çözümlenecek olmasının sorun yaratacağı ifade edilmektedir²². İleri sürülen bir diğer önemli husus da, yabancı ülkenin kanunlar ihtilafı kuralının yetkilendirdiği hukukun, lex forinin kamu düzeni anlayışına ters düşme olasılığının bulunmasıdır²³.

3. ATFA İLİŞKİN MEVZUAT

3.1. Karşılaştırmalı Hukukta Atf

Roma Konvansiyonu²⁴ m. 15. hükmü; “Bu Konvansiyon tarafından uygulanmak üzere gösterilen ülke hukuku, o ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk kurallarını ifade etmektedir.” ifadesini içermek suretiyle atfı dışlamıştır. Rome I Tüzüğü²⁵ m. 20 hükmü; “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.” cümlesini içermek suretiyle atfı kural olarak dışlamaktadır. Rome II Tüzüğü²⁶ m. 24 hükmü; “Bu Tüzük tarafından uygulanmak üzere gösterilen ülke hukuku, o ülkenin

¹³ Yarg. 2 HD, E. 1995/7581, K. 1995/8106, T. 12.7.1995, Şanlı / Eren / Ataman-Figanmeşe, s. 56-57; ABD hukuku ve federasyaonlarda atfın tek devlet içinde uygulanması yöntemi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Vincent Schroder, Die Verweisung auf Mehrrechtsstaaten im deutschen Internationalen Privatrecht, Tubingen, 2007, s. 195 vd.

¹⁴ J.G. Collier, Conflict Of Laws, Cambridge University Press, 2001, s. 25; Baris Mesci, Milletlerarası Özel Hukukta Atf (Renvoi), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2014, s. 24.

¹⁵ Laine, s. 12, 112.

¹⁶ Seviğ, s. 134; Uluocak, s.204.

¹⁷ Çelikel / Erdem, s.109-113.

¹⁸ Seviğ, s.136; Berki, Kanun İhtilafı, s.31

¹⁹ Hacı Can / Ekin Tuna, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2019, s. 177.

²⁰ Peter North / J.J. Fawcett, Cheshire And North’s Private International Law, Oxford University Press, 2004, s. 57; Laine, s. 70, 76; Mesci, s. 30.

²¹ Seviğ, s. 136; Uluocak, s. 207-208; North / Fawcett, s. 56; Atfın reddi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Thomas Baty, Polarized Law, London, 1914, s. 116.

²² Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2017, s.152.

²³ North / Fawcett, s. 57.

²⁴ Wwww.Eur-Lex.Europa.Eu, 5.2.2022.

²⁵ Wwww.Eur-Lex.Europa.Eu, 5.2.2022.

²⁶ Wwww.Eur-Lex.Europa.Eu, 5.2.2022.

milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk kurallarını ifade etmektedir.” düzenlemesiyle atfi dışlamaktadır.

Bugün içinse atıf uygulaması Anglo-Saxon hukuk tatbikatı bakımından pek önem arz etmemektedir. Türk hukukundaki, hakimin Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygulaması kuralının aksine; Anglo-Saxon hukukunda, uygulanacak yabancı hukuk kurallarının mahkemeye sunulması taraflara yüklenmiş bir ispat külfetidir²⁷. Geçmiş dönemlerde özellikle taşınmazlar, evlilik ve miras alanlarında atfın uygulandığı durumlara rastlanmıştır²⁸. ABD’de de Uniform Conflict of Laws Limitations Act²⁹ ve Federal Tort Claims Act³⁰ atfi dışlamaktadır.

Kıta Avrupası’ndaysa, İtalyan MK ve Macar Kanun Taslağı, yabancı hukukun tatbik edileceği hallerde bunun devletler özel hukuku kurallarının nazara alınmayacağı ve iade ve devam eden atfa yer vermediği halde; Alman MK sadece iade atfi kabul ederken; Polonya Kanunu ve Fransız Devletler Hususi Hukuku Kanun Taslağı devam eden atfi da kabul etmekteydiler³¹.

3.2. Türk Hukukunda Atıf

3.2.1. MÖHUK ile Getirilen Temel Düzenlemeler

Türk hukuk mevzuatında atıf teorisine ilişkin düzenlemeler MÖHUK, Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda (MTK) yer almaktadır³².

MÖHUK’ta atıf m.2/f.3 hükmüyle düzenlenmiştir: “*“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.”* 2675 sayılı eski MÖHUK’un aksine, atfın bütün hukuki ihtilaflarda değil sadece aile ve kişinin hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Atfın sadece kişinin ve aile hukukuna özgülmesine gerekçe olarak da, bu alanlarda taraf menfaatinden hareket edildiği ve kişiye en yakın hukuk olarak kabul edilen milli hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da nazara alınarak uygulanmasının milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine hizmet ettiği ifade edilmiştir³³.

Söz konusu hüküm hem iade hem devam eden atfi sadece bir kereliğine kabul etmektedir. Bu kuralların Türk hukukunu yetkili kılması halinde (iade atıf) uyuşmazlığa Türk hukukunun maddî hükümleri, 3. bir devlet hukukunu yetkili kılması halinde (devam eden atıf) bu 3. devlet hukukunun maddî hükümleri uygulanarak karara varılacaktır³⁴. Maddedeki ‘*uygulanır*’ ifadesi hakimin bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığı anlamına gelmektedir. Yabancı kanunlar ihtilafı kuralları tarafından yetkili kılınan bir başka hukukun maddî hukuk hükümlerinin uygulanacak olması atıf halinin bu noktada kesilmesi ve sonsuz atıf halinin önlenmesi anlamına gelmektedir³⁵.

Yargıtay kendi hukukumuzu uygulamak adına iade atıf lehine yorum yaptığı kararları mevcuttur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2002 yılında verdiği başka bir kararda miras hukuku ile ilgili bir ihtilafta iade atfın nazara alınması gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre mirisin menkul malları için Türk kanunlar ihtilafı kuralları milli hukuka atıf yapmışken, milli hukuk olan Irak Medeni Kanunu ise menkul malların bulunduğu ülke hukukuna işaret etmiştir. Bu durumda Yargıtay iade atfi kabul etmiş ve olaya Türk hukukunu uygulamıştır³⁶.

MÖHUK’un atfa dair bir diğer düzenlemesi de m.2/f.4 hükmüdür. Bu hüküm, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınan hallerde, 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. 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 bulunmamaktadır. Dolayısıyla diğer bütün hukuk seçimi halleri atıf uygulamasının dışında

²⁷ North / Fawcett, s. 57;

²⁸ Collier, s. 25; North / Fawcett, s. 65-66.

²⁹ Robert Leflar, “The New Conflicts-Limitations Act”, s. 461 vd, www.heinonline.org, 5.2.2002; www.epa.gov.tr, 5.2.2002.

³⁰ www.epa.gov.tr, 5.2.2002.

³¹ Osman Fazıl Berki, Türk Hukukunda Kanun İhtilafları, Ankara, 1971, s. 32-33.

³² Can / Tuna, s. 173.

³³ Doğan, s. 233-235.

³⁴ Rona Aybay / Esra Dardağan, Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması, İstanbul, 2005, s. 147-149.

³⁵ Çelikel / Erdem, s. 128-130.

³⁶ Yarg. 2. HD, E. 2002/4651, K. 2002/5612, T. 15.04.2002, Doğan, s. 235 dn. 20.

kalmaktadır. Bu nedenle MÖHUK m.2/f.4 hükmünün sadece MÖHUK m.15 açısından bir anlam ifade ettiğini söylemek yerinde olur³⁷.

3.2.2. Özel Durumlar

Yetkili hukukun kişiler ve aile hukukuna ilişkin m. 9-11 ve 12-19 maddeleri uyarınca tespit edilmesi halinde atıf nazara alınacaktır. Ancak kişiler veya aile hukukuna ilişkin de olsa bazı konular açısından atfın uygulanmayacağı doktrinde ifade edilmektedir³⁸. Bu konular evlilik malları ve soy bağıdır.

Yani eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla yeni müşterek hukuku evlilik mallarına uygulanmak üzere seçebilirler. Uygulanacak hukuku seçme imkanı tanınan MÖHUK m. 15 /f.I-III hükümleri uyarınca tarafların uygulanacak hukuku seçmeleri halinde, aksi açıkça kararlaştırılmadıkça, atfın uygulanmayacağı sonucuna varmak gerekir³⁹. Aile hukuku alanına dahil olup, atfın nazara alınmaması gerektiği doktrinde ifade edilen bir diğer konu soy bağının kurulmasıdır⁴⁰. MÖHUK'un soy bağının kurulmasına uygulanacak hukuku gösteren m. 16 hükmü uyarınca prensip olarak yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınması gerekir. Ancak doktrinde, nesebin kurulması şeklindeki bir maddi sonuca ulaşmayı hedefleyen m.16 hükmü açısından atıf uygulamasının kuralın gayesi ile bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir. Söz konusu görüşe göre, neseb ilişkisini kuran bir maddi hukuka ulaşıldığında artık o hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına bakmamak lazımdır⁴¹.

Gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti meselesinin kişiler hukuku alanına dâhil olduğu ve atfın gerçek kişiler açısından uygulanacağı kesin olarak kabul edilmektedir. Ancak atıf hükmünün tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal toplulukları açısından uygulanıp uygulanmayacağı bir ihtimal tartışılabilir⁴². MÖHUK m.2/f.3 ve MÖHUK m.9 hükümlerinin lafzından atfın tüzel kişileri kapsamadığı sonucu çıkarılamaz. Fakat tüzel kişiler bakımından bir milli hukuktan bahsedilemeyeceği için atıf hükmünün tüzel kişileri kapsamadığı düşüncesi kabul edilebilir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m.12(C) şu düzenlemeyi içermektedir: *“Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyumsuzluğun 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 ihtilafı kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddi hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir.”* Bu hükme göre, sözleşme taraflarının uyumsuzluğun 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.

TTK m.766/f.1 şu düzenlemeyi içermektedir: *“Bir kişinin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyet tabii 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 yasa da 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 söylenmektedir⁴³. Buna göre yabancı kanunlar ihtilafı kuralının göndermede bulunduğu ülke hukukunun maddi hukuk kuralları tatbik edilecektir. Ancak ticari ilişkilerdeki güvenlik açısından kıymetli evrakın geçerliliğini sağlamak adına devam eden atıfların dikkate alınması şeklinde bir yorum yapmanın da mümkün olduğu ifade edilmiştir⁴⁴.

³⁷ Feriha Bilge Tanrıbilir, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87, 2010, s.20.

³⁸ Mesci, s. 63-68; Nomer, s. 154; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 55.

³⁹ Ebru Şensöz, “27.11.2007 Tarih Ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilafarda Uygulanacak Hukuk”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:8, Sayı:16, Güz 2009, s.183, 198; Tanrıbilir, s. 208.

⁴⁰ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 157 vd.

⁴¹ Nomer, s.156; Doğan, s.236; Aksi Görüşte bkz. Gülören Tekinalp / Ayfer Uyanık , Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları, İstanbul, 2016, s.37; Tanrıbilir, s.209.

⁴² Nomer, s.230-235; Tüzel kişilerin vatandaşlığı bulunduğu kabulü zorunluluğu hakkında bkz. Tekinalp / Uyanık, s. 72-73.

⁴³ Mesut Aygün, “Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti”, AÜHFD, 61/3, 2012, s. 941 vd. ; Nomer, s.154; Çelikel / Erdem, s.127-128.

⁴⁴ Çelikel / Erdem, s. 127-128.

4. SONUÇ

Atıf eski dönemlerde yoğun tartışmalara konu olmuş, bir çok tanımı yapılmış ancak günümüzde pek o kadar da değer verilmeyen bir konudur. Birçok müellif atıf üzerine düşünmeyi zaman kaybı olarak görmekte ve atıfı kabul etmemektedir. Ancak biz böyle düşünmüyoruz. Özellikle iade atıf olayı hakimın hukukuna geri göndererek olayın kolay bir şekilde çözüme kavuşturulmasını sağlamaktadır. Bu nedenle geliştirilmiş ve önemli bir teoridir atıf. Bunun en güzel örneğini Forgo kararında görmekteyiz. Fransız yargıcı atıf teorisi sayesinde Fransa'da yer alan sahipsiz terekeye kendi hukukunu uygulayabilmiştir. Hakimlerin atfın varlığı halinde bunu görmezden gelmeleri hukuk yararına değildir kanaatindeyiz. Bu nedenle atfın günümüzde de gündeme alınması, geliştirilmesi ve uygulamacıların gündemine sokulması gereken bir konu olduğunu savunuyoruz.

KAYNAKÇA

- Allemes, Frederick. (1926). "The problem of Renvoi in International Private Law", Transactions of the Grotious Society, V. 12, Cambridge University Press.
- Ataman-Figanmeşe, İnci. (2002). "Lahey Sözleşmelerinde İade Ve Devam Eden Atıf Ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış", Mhb, 22.
- Aygün, Mesut. (2012). "Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", AÜHFD, 61/3.
- Aybay, Rona, / Dardağan, Esra. (2005). Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması, İstanbul.
- Baty, Thomas. (1914). Polarized Law, London.
- Berki, Osman Fazıl. (1971). Türk Hukukunda Kanun İhtilafları, Ankara.
- Briggs, Adrian. (1998). "In Praise And Defence Of Renvoi", International And Comparative Law Quarterly, Volume 47, Part 4, October.
- Can, Hacı / Tuna, Ekin. (2019). Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara.
- Collier J.G. (2001). Conflict Of Laws, Cambridge University Press.
- Çelikel, Aysel, /Erdem, B. Bahadır. (2020). Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul.
- Doğan, Vahit. (2020). Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin, Ankara.
- Laine, Armand. (1907-1908-1909). "La theorie du renvoi en droit international prive", La Revue de droit international prive et du droit penal international des annees.
- Mesci, Baris. (2014). Milletlerarasi Ozel Hukukta Atif (Renvoi), Yayimlanmamis Yuksek Lisans Tezi, Istanbul Universitesi SBE, Istanbul.
- Morris, J.H.C. / North, P.M. (1984). Cases And Materials On Private International Law, London.
- Nomer, Ergin. (2017). Devletler Hususi Hukuku, İstanbul.
- North, Peter, / Fawcett. J.J. (2004). Cheshire And North's Private International Law, Oxford University Press.
- Schroder, Vincent. (2007). Die Verweisung auf Mehrrechtsstaaten im deutschen Internationalen Privatrecht, Tubingen.
- Seviğ, Vedat Raşit. (1974). Kanunlar İhtilafi (Yasama Ve Yargılama Çatışmaları), İstanbul.
- Şanlı, Cemal, / Esen, Emre, / Ataman-Figanmeşe, İnci. (2019). Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul.
- Şensöz, Ebru. (2009). "27.11.2007 Tarih Ve 5718 Sayılı Mühük Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:8, Sayı:16.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge. (2010). "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87.
- Tekinalp, Gülören, / Uyanık-Çavuşoğlu, Ayfer. (2016). Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul.
- Uluocak, Nihal. (1971). Kanunlar İhtilafi (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul.