

ATIF TEORİSİNDEKİ YENİ GELİŞMELER VE TÜRK HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Vahit Doğan*

I. Genel olarak

Milletlerarası unsuru havi olay ve ilişkilerden doğan uyumsuzlukların maddi çözümünde, hakim, kendi ülkesinin kanunlar ihtilâfî kurallarından hareket ederek yetkili ülke hukukunu tespit edecektir. Yetkili hukukun bu şekilde tespit edilmesinden sonra, bu hukukun hangi kapsamda nazara alınarak uygulanacağı ile ilgili problemlerle karşılaşılacaktır¹. Kanunlar ihtilâfî kurallarına göre tespit edilen yetkili hukuk, hakimin kendi hukuku, lex fori ise, hakim, kendi ülkesinin iç maddi hukuk kurallarından hareketle olayı maddi çözüme kavuşturacaktır. Ancak, hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfî kuralları, olayın maddi çözümü bakımından yabancı bir ülke hukukunu yetkili görüyor ise, bu yabancı hukukun hangi kapsamda nazara alınacağı atıf probleminin esasını oluşturmaktadır. Hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfî kurallarınca yetki tanınan ülke hukukunun yalnız iç maddi hukuk kuralları nazara alınacak ise, kanunlar ihtilâfî manasında atıf kabul edilmemiş; yetkili görülen ülke hukuku, kanunlar ihtilâfî kuralları ile iç maddi hukuk kuralları bir bütün olarak nazara alınacak ve olayın maddi çözümü bu şekilde tespit edilecek hukuka göre yapılacak ise, kanunlar ihtilâfî manasında atıf kabul edilmiş olacaktır.

Atıf teorisi Devletler Özel Hukuku doktrininde uzun süre tartışılmış konulardan birisidir. Tarihi gelişim içerisinde atfın kabul edilip edilmemesi hususunda muhtelif görüşler ileri

* S.Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 KELLER, M./SIEHR, K.; Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, s.462.

sürülmüştür. Bu görüşleri esas itibarıyla, atfı kabul edenler ve reddedenler olmak üzere iki ana başlık altında toplamak mümkündür². Günümüzde bu teorik tartışmalara girilmeden atfın kısmen veya tamamen hemen bütün pozitif düzenlemelerde kabul edildiği görülmektedir³. Ancak, atfı bazı durumlarda maddi hukuk atfı olarak kabul edildiğinden doktrinde tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Ayrıca, Kara Avrupa'sında kabul edilmekte olan sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama esasının kabul edildiği hallerde atfı nazara alınacak mıdır? sorusu da doktrinde tartışmalı konulardan birisidir.

Bu çalışmamızda, bağlama kurallarının tespitinde kabul edilmekte olan yeni gelişmeleri nazara alarak karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda atfı ile ilgili kabul edilen esasları ana hatları ile incelemeye çalışacağız.

A) Atfı Kavramı

Dünyada farklı ülkeler ve bu ülkelerde de farklı özel hukuk kuralları yürürlükte olduğu müddetçe milletlerarası özel hukuk, kanunlar ihtilâfı varlığını sürdürecektir⁴. Kanunlar ihtilâfı kuralları, özel hukuk alanında somut problemin çözümünde yetkili hukuku, açıkçası, hakim in yabancı unsuru havi ihtilâfın maddi çözümü bakımından uygulayacağı maddi hukuku tespit eden kurallardan oluşmaktadır⁵. Örneğin, Alman vatandaşı Türkiye'de tereke bırakarak ölüyor. Alman vatandaşı murisin mirası, Türk Medeni Kanunu hükümlerine

2 Tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. KARAYALÇIN, Y.; Devletler Hususi Hukukunda Atfı, Ankara 1945, s.5 vd.; SEVİĞ, V.R./SEVİĞ, M.R.; Devletler Hususi Hukuku, b.3, İstanbul 1962, s.389; BERKİ, O.F.; Devletler Hususi Hukuku, C.2, b.6, Ankara 1966, s.59 vd.; ULUOCAK, N.; Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971, s.204 vd.; SEVİĞ, V.R.; Kanunlar İhtilâfı, Yasama ve Yargılama Çatışmaları, b.2, İstanbul 1974, s.129 vd.

3 Örnek olarak; Art.4 EGBGB (Alm.); Art.14 IPRG. (ısv.); Art.11 IPRG. (Avus.);

4 KEGEL, G.; Internationales Privatrecht, 7.Aufl., München 1995, s.4.

5 GÖĞER, E.; Devletler Hususi hukuku, b.3, Ankara 1975, s.2.

mi yoksa Alman Medeni Kanunu hükümlerine mi tabi olacaktır? Günümüzde kanunlar ihtilâfi kurallarını çok taraflı bağlama kuralları haline getirmek için, somut maddi norm ile olan dolaylı bağlantı değişmemektedir. Bir taraftan hayat ilişkisinin maddi bağlantısı ve aynı şekilde kanunlar ihtilâfını da içeren maddi normlar, diğer taraftan bu maddi normlara potansiyel olarak ihtilâfin maddi çözümü bakımından yetki tanıma, mevcut bütün hukuk düzenlerinde tek bir normda, bağlama kurallarında düzenleniyor. Bu düzenlemeler ülkeden ülkeye farklılaştığı için de belli bir hayat ilişkisinden doğan uyumsuzluğun hangi ülkenin hukuk kurallarına göre maddi çözüme kavuşturulacağı problemi ortaya çıkıyor.

Yabancı unsur ihtiva eden olay ve ilişkilerden doğacak ihtilâfların maddi çözümü bakımından yetkili hukukun tespiti statücü okul zamanında normlardan hareket edilerek yapılmaktaydı. İhtilâfçı metodun benimsenmesiyle birlikte, özellikle Friedrich Carl v. Savigny ile başlayan yeni anlayış ile birlikte yetkili hukukun tespitinde hukuk kurallarından değil, tersine "hukuki ilişkiden", son zamanlarda kullanılmaya başlayan ifade ile "hayat ilişkisinden" hareket edilmektedir⁶. Ancak, kanunlar ihtilâfi normları yalnızca yetkili hukukun tespitine yönelik bağlama kurallarının seçimiyle ilgilenmemekte, bilakis yetki tanınan hukukun hangi kapsamda uygulanacağı ile de ilgilenmektedir. Hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetki tanınan yabancı hukuk düzeni, belirli bir maddi ilişkide kendini yetkili görmeyebilir. Böyle bir durum hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kuralları bakımından bir mana ifade etmeyecektir. Hatta, böyle bir yabancı hukukun uygulanma iradesinin ön şartı yalnızca atfı gündeme getirebilecektir. Atıf normları kanunlar ihtilâfi normlarının özel bir çeşididir. Atıf normları, bir hukuki problemi, (atfın konusu, hayat ilişkisi) maddi karara

6 MAESCH, G.; Der Renvoi-Plaedoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur, *RabelsZ.* 61(1997), s.(285-312) 288 vd.

bağlanması için bir hukuk düzenine göndermeyi konu alan normlar, kanunlar ihtilâfının diğer normlarından ayrılmalıdır. Kanunlar ihtilâfi kurallarının kendine özgü zorluğu atıf kurallarından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple de milletlerarası özel hukuk doktrini esas itibarıyla atıf kuralları ile meşgul olmaktadır. Kanunlar ihtilâfi kapsamında incelenen ve fakat atıf kuralları niteliğinde olmayan, onun uygulanmasında yardımcı fonksiyonu haiz normlar, örneğin, vasıflandırma, normlar çelişkisi ve intibak, kamu düzeni, kanuna karşı hile gibi, yetkili yabancı hukukun tespitinde atıf normlarına yardımcı fonksiyonu haiz olmalarına rağmen atıf normu değildirler⁷.

Kanunlar ihtilâfi kurallarının yabancı bir hukuka yetki tanıdığı hallerde, bu yabancı hukukun uyumsuzluk hususunda kendi maddi normlarını değil, başka bir devletin maddi normlarını yetkili görmesi haline genel olarak atıf denilmektedir⁸.

B) Atfa Neden Olan Etkenler

Atfın; değişken bağlama noktaları, değişken vasıflandırma ve gizli atıf gibi muhtelif sebepleri vardır.

Her şeyden önce, atfın en etkin sebeplerinden birisi ülkeden ülkeye değişken bağlama noktalarının kabul edilmiş olmasıdır. Başka bir deyişle, hemen her ülke milletlerarası unsuru havi olay ve ilişkilerde kendi düşünce tarzına göre yetkili hukuku tespit etmektedir⁹. Örneğin, Türk hukukuna göre miras ölenin (mürisin) milli hukukuna tabi tutulmuşken,

7 KELLER/SIEHR, s.249 vd.

8 NOMER, E.; Devletler Hususî Hukuku, b.8, İstanbul 1996, s.147 vd.; KEGEL, s.237 vd.; von BAR, C.; Internationales Privatrecht, Band.I, München 1987, s.529 vd.; KELLER/ SIEHR, s.468; KARAYALÇIN , s.6; BERKİ, s.58; ULUOCAK, s.204.

9 GÖĞER, s.59; SEVİĞ/SEVİĞ, s.389.

diğer bir ülke hukukunda miras menkul ve gayri menkul olarak ayrılır ve menkuller murisin milli hukukuna tabi tutulurken gayri menkuller bulunma yeri hukukuna tabi tutulur ise, menkul tereke bakımından iki ülkenin bağlama noktaları arasında bir uyuşma olduğundan atıf söz konusu olmayacaktır. Ancak, gayri menkul tereke bakımından murisin mirası Türkiye'de açılmış ise Türk hakimi gayri menkul terekede de murisin milli hukukuna yetki tanıyacak ve fakat milli hukuk kendisine tanınan yetkiyi terekenin bulunduğu yer hukukuna atfedecektir.

Benzer şekilde yetkili hukukun tespitinde kullanılmakta olan sistem kavramlar ülkeden ülkeye farklı manalarda kullanılabilir. Örneğin, ikamet kavramı İngiliz hukuku ile kara Avrupa'sı hukukları arasında farklı manayı haizdir¹⁰. İngiliz hukukunda doğumla kazanılan ikametgah ve sonradan kazanılan ikametgah ayrımı yapılmakta ve doğumla kazanılan ikametgahın prensip olarak değişmeyeceği kabul edilmektedir¹¹. Kara Avrupa'sı hukuklarında ise ikametgah, kişinin yerleşmek niyetiyle oturduğu yer olarak kabul edildiğinden, kişide yerleşmek niyetinin bulunması halinde ikametgah da değişebilecektir.

Milletlerarası unsuru havi olay ve ilişkilerin farklı vasıflandırılması sebebi ile de atıf problemi ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, nişanın bozulmasının Fransız ve Türk hukuklarında farklı vasıflandırılması bu sonucu doğurur. Türk hukukunda, nişanın bozulmasının sonuçları aile hukuku içinde nazara alınmasına rağmen, Fransız hukukunda haksız fiil olarak nazara alınmaktadır¹².

10 KEGEL, s.280 vd.

11 ÇELİKEL, A.; Milletlerarası Özel Hukuku, b.4, İstanbul 1995, s.68 (Dpn. 6)

12 KELLER/SIEHR, s.263.

II. Atfın Muhtelif Türleri

A) Maddi Hukuk Atfı-Kanunlar İhtilâfı Atfı

Milletlerarası özel hukuk manasında atf; hakimın kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili görülen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının nazara alınması ve şayet yabancı milletlerarası özel hukuk kuralları iade atfı veya devam eden atfı öngörmüyorsa, bu yabancı hukukun maddi normlarının nazara alınmasıdır¹³. Hakimın hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarının yabancı bir ülke hukukuna yetki tanınması, bu yabancı ülke hukukunun, ihtilâfın maddi çözümü bakımından yetkili olması sonucunu doğurmaz. Hakimın hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarınca yetkili görülen ülke hukuku, olayın maddi çözümü bakımından ya kendi hukukunu yetkili görür ya da olayın maddi çözümü bakımından başka bir ülke hukukunu yetkili görür. Başka bir ifade ile, bir kanunlar ihtilâfı normu yetki tanıdığı ülkenin kanunlar ihtilâfı normları da dahil olmak üzere bir bütün olarak yabancı bir hukuka yetki tanıyor ise, mutata olarak kullanılan terminolojiye göre kanunlar ihtilâfı atfının, buna mukabil, kanunlar ihtilâfı kurallarının dışlanmasıyla yabancı hukuka yetki tanınıyorsa, maddi hukuk atfının söz konusu olduğu kabul edilmektedir¹⁴.

Her milletlerarası özel hukuk kuralı yabancı hukuka yapacağı yetki tanımada, bu yabancı hukukun maddi hukuk normlarının yetkili olup olmayacağını (maddi hukuk atfı) veya her şeyden önce yetkili yabancı hukuk düzeninin milletlerarası özel hukuk kurallarını da kullanıp kullanamayacağı hususunda serbesttir (toplu atfı yada kanunlar ihtilâfı atfı). Bu tercih bir hukuk politikası meselesidir ve kanun koyucu kendi

13 KELLER/ SIEHR, s.464; FIRSCHING, K./von HOFFMANN, B.; *Intrnationales Privatrecht*, 4. Aufl, München 1995, s.219.

14 SONNENBERGER, H. J.; *Münchener Kommentar*, 2. Aufl., München 1993, s.142; SCHWIMANN, M.; *Internationales Privatrecht*, Wien 1993, s.28.

tercihini yapmak durumundadır¹⁵.

Hakimin hukukunun milletlerarası özel hukuk kuralları yabancı hukukun maddi hükümlerinin uygulanabilirliğini bu ülkenin milletlerarası özel hukuk kurallarının kabulüne bağlı tutmazsa, tersine yetki tanınan ülke hukukunun kendini yetkili görmesinden bağımsız bir yetki tanıma söz konusu ise, maddi hukuk atfından bahsedilir. Başka bir ifade ile, maddi hukuk atfında hakimin hukukunun yetki tanıdığı ülke hukukunun olayın maddi çözümü bakımından kendini yetkili veya yetkisiz görmesinin bir önemi yoktur. Olayın maddi çözümü bu ülke hukukuna göre yapılacaktır. Maddi hukuk atfının kabul edildiği durumlarda milletlerarası karar ahengi tehlikeye atılmış olmaktadır¹⁶. Çünkü, hakimin hukukunun olayın maddi çözümü bakımından yetkili gördüğü ülke hukukunun yetkisini, hakimin hukukundan başka bir ülke hukuku, hatta kendi hukuku da hakimin hukukunun tanıdığı yetkiyi kabul etmeyebilir. Milletlerarası karar ahenginin sağlanması bakımından ise, uygulanacak maddi hukukun birden fazla ülke hukukunca yetkili görülmesi esası benimsenmektedir.

Alman hukukunda maddi hukuk atfı ile kanunlar ihtilâfi atfı arasındaki farklılık kanun koyucu tarafından tespit edilmiştir. Fakat kanun koyucu ne zaman maddi hukuk atfı ne zaman kanunlar ihtilâfi atfının olduğunu tespit etmemiştir. Kanunda yer alan hükme göre; maddi hukuka göndermenin, yetkili yabancı hukuk düzeninin milletlerarası özel hukuk kurallarının nazara alınmamasıyla, o hukuk düzeninin hukuk normlarını ifade ettiği kabul edilmiştir(Art. 3/1 c.2). Kanunda yer alan bu hükmün Alman hukuku açısından önemli bir açıklama olduğu kabul ediliyor. Çünkü, şayet bir maddi norm atfı söz konusu değilse kanunlar ihtilâfi atfı, dolayısıyla geri dönen ve devam eden atıf nazara alınacaktır. Alman

15 SCHWIMANN, s.28.

16 FIRSCHING/von HOFFMANN, s.219.

hukukunda borç ilişkilerinden doğan kanunlar ihtilâfi haricinde maddi hukuk atfı istisnadır(Art. 4/2 ve 18/1-3).

İsviçre hukukunda ise, kanun koyucu esas itibarıyla kanunlar ihtilâfi atfını kabul etmemiş maddi hukuk atfını kabul etmiştir¹⁷. İsviçre kanun koyucusunun temel eğilimi maddi ilişki ile sıkı irtibat halinde olan ve yalnızca bu hukukun hesaba katılmak zorunda olduğu hukuk düzeninin yetkili kabul edilmesinin tarafların menfaatlerine uygun olduğu, komplike bir atf mekanizmasının esas itibarıyla tarafların menfaatlerine uygun olmadığı yolundadır¹⁸. Bu düzenlemeye göre, yabancı hukukun uygulamaya gelmesi uygulayıcıya bağlıdır¹⁹. Başka bir ifade ile kanun koyucunun istediği durumlarda, yani 14. maddede belirttiği istisnai durumlarda sınırlı olarak atfın kabul edilmediğini görmekteyiz. İsviçre hukukunda Alman hukukundan farklı olarak atfın kabulü istisnai durumlarda söz konusudur.

Avrupa ekonomik topluluğu bünyesinde akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair Roma sözleşmesinde atfa ilişkin olarak yer alan hükümde de akdi borç ilişkileri bakımından maddi hukuk atfı kabul edilmiştir. Kanunlar ihtilâfi atfının akdi borç ilişkileri alanında uygulanması arzu edilmemiş, dolayısıyla kanunlar ihtilâfi atfı da reddedilmiştir. Sözleşme âkit tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları hali ile taraflar arasında yetkili hukukun tespitine ilişkin olarak bir sözleşmenin yapılmamış olması arasında atf kurallarının uygulanması bakımından farklılık yapmamış; her iki halde de yetkili hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanacağı kabul

17 Uygulanacak hukuk İsviçre hukukuna iade atfı veya yabancı bir hukuka devam eden atfı öngörüyorsa, bu kanunda öngörülen hallerde nazara alınacaktır. Şahsi veya ailevi durumla ilgili problemlerde İsviçre hukukuna geri atfa riayet edilmelidir (Art.14 IPRG.).

18 SCHNEYDER, A., K.; Das neue IPR-Gesetz, Zürich 1988, s. 29 vd.; HEINI, A.; IPRG. Kommentar, Zürich 1993, s.113 vd.

19 KROPHOLLER, J.; Internationales Privatrecht, 2.Aufl., Tübingen 1994, s.145.

edilmiştir. Başka bir deyişle, geri dönen atıf ve devam eden atıf akdi borç ilişkileri alanında hiç bir rol oynamayacaktır²⁰. Akdi borç ilişkileri alanında bu şekilde geri dönen ve devam eden atfın kabul edilmemesi adaletlidir.

Kanunlar ihtilâfı atfından maksat, yetkili yabancı hukukun atıf kurallarının nazara alındığı ve yabancı milletlerarası özel hukuk kuralı geri dönen veya devam eden atıftan bahsetmiyorsa yalnız bu durumda yabancı maddi hukuk kurallarının nazara alındığı ve uygulandığı atfa kanunlar ihtilâfı atfı denilmektedir²¹. Kanunlar ihtilâfı atfında, hakimin hukukunun yetki tanıdığı ülkenin özel hukuk kuralları, milletlerarası özel hukuk kuralları da dahil olmak üzere bir bütün olarak kabul edilmektedir. Yetkili görülen bu yabancı ülke hukuku olayın maddi çözümü bakımından kendi iç hukuk kurallarını yetkili görebileceği, yani hakimin hukukunun tanıdığı yetkiyi kabul edebileceği gibi, olayın maddi çözümü bakımından kendini yetkili görmeyip yabancı bir ülke hukukunu da yetkili görebilir. Buradan da anlaşıldığı gibi, milletlerarası unsuru havi olay veya ilişkilere yabancı bir hukukun uygulanabilirliği bu yabancı hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının muvafakatine bağlıdır²². Geri dönen atfın kabul edilmesindeki amaç, hakimin kendi hukukunu uygulama arzusudur. Kanunlar ihtilâfı manasında atfın kabul edilmesinin pratikteki inkâr edilemeyecek önemi, lex forinin, açıkçası hakimin hukukunun uygulanmak istenmesidir²³. Kanunlar ihtilâfı atfının kabul edilmesindeki asıl amaç, milletlerarası karar ahenginin sağlanması değildir.

20 GIULIANO, M./LAGARDE, P.; Bericht über das Ihereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhaeltnisse anzuwendende Recht, D.B.-10. Wahlperiode, Drucksache 10/503, s.69.

21 KELLER/SIEHR, s.464.

22 FIRSCHING/von HOFFMANN, s.220; KEGEL, s.283 vd.; KROPHOLLER, s.148 vd. Alman hukukunda kanun koyucu milletlerarası özel hukuk atfı lehine tavır koymuştur. (Art.4/I EGBGB.).

23 von BAR, s.535.

Milletlerarası karar ahengi kanunlar ihtilâfı atfında tali bir amaçtır. Çünkü, milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına, yalnızca bu şekilde açıkça maddi normlara geri dönen atfı kabul eden atıf hükümleri hizmet etmiyor.

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda kanunlar ihtilâfı atfı prensip, maddi hukuk atfı istisnadır. Bu sebeple maddi hukuk atfı ya kanunda açıkça tespit edilmiş olmalı ya da atfı düzenleyen hükümden açıkça anlaşılmalıdır²⁴.

B) Farazi Atıf-Gizli Atıf

Farazi atıf olarak ifade edilen hal, hakimın hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan ülke hukukunda o konunun usul hukukundan kabul edilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Usul hukuku alanında hakimın hukukunun, lex forinin hakimiyeti kabul edildiği, yani usul hukukuna ilişkin bir hususun söz konusu olduğu durumlarda hakimın kendi ülkesinin usul hukukunu uygulayacağı kabul edildiğinden, dolaylı olarak hakimın hukukunun yetki tanıdığı ülke hukuku yetkiyi hakimın hukukuna iade etmiş olacaktır. Burada, hakimın hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarınca yetki tanınan ülke hukuku, ihtilâfı maddi hukuk kapsamında görüp kendisine tanınan yetkiyi kabul etmemekte ve dolayısıyla hakimın hukukuna farazi bir atıf yapmaktadır²⁵.

Gizli atıf ihtilâfın maddi çözümünü yapacak olan hakimın hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili gördüğü yabancı ülke hukukunun, uyuşmazlık hakkında milletlerarası yetkisinin bulunması halinde, kendi maddi hukukunu uygulaması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Hakimın hukukunun yetkili gördüğü yabancı ülke hukuku, olayda milletlerarası yetkiyi haiz olması halinde kendi hukukunu

24 von BAR, s.531; FIRSCHING/von HOFFMANN, s.219.

25 ÇELİKEL, MÖH, s.104.

uygulayacak ise, bu durum hakimin hukukuna gizli bir atfı da kapsamaktadır. Dolayısıyla, bu durumda for hakimi de ihtilâfın maddi çözümüne kendi iç maddi hukuk kurallarını uygulayacaktır²⁶. Bu atıf türü daha ziyade şahıs ve aile hukuku konularında görülmektedir. Şahıs ve aile hukuku alanlarında, ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunması halinde, ihtilâfın esasına uygulanacak hukuk bakımından da yetkinin gerçekleşmiş olacağı kabul edilmektedir.

Farazi atıf ve gizli atıf türleri hakimin kendi hukukunu uygulama arzusunun teorik bir yansıması olarak kabul edilmektedir²⁷.

C) Tek Dereceli Atıf-Çok Dereceli Atıf

Hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetki tanınan ülke hukuku için üç değişik ihtimal söz konusu olabilir. İlk olarak kendisine tanınan yetkiyi kabul edebilir; bu halde ihtilâfın maddi çözümü bu hukuka göre yapılacaktır. Uyuşmazlığın maddi çözümü bakımından yabancı hukukun yetkilendirilmesine, yetki tanıma denilmektedir. Hakimin hukukunca yetki tanınan yabancı hukuk olayın maddi çözümü bakımından kendini yetkili görmeyebilir. Bu durumda yetkiyi ya kendisini yetkili gören ülke hukukuna iade edecektir ya da üçüncü bir ülke hukukunu yetkili görecektir. Bu halde, ilk durumda iade atıf veya tek dereceli atıf ikinci halde ise devam eden atıf veya iki dereceli atıf söz konusudur²⁸. Her geri dönen atıf vâkiası, uygulanması gereken maddi hukuku tespit eden ilk atfa muhalefet etmektedir.

26 KEGEL, s.806; ÇELİKEL, MÖH, s.104.

27 ÇELİKEL, MÖH, s.104.

28 SEVİĞ/SEVİĞ, s.389; BERKİ, s.61 vd.

III. Atfın Kabul Gerekçeleri

A) Yabancı Hukukun Uygulanma İradesi veya Hakimın Hukukunun Menfaatsizliği

Geri dönen veya devam eden atfın temelini hakimın hukukunun yetki tanıdığı ülke hukukunun olayın maddi çözümünü bakımından uygulanma iradesinde aramak gerekir. Yabancı bir hukuk düzenine hakimın hukukunun (Türk hukuku) atfı bir icap (teklif) tır. Bunu kabul edebilir veya reddedebilir. Reddetmesi durumunda hakimın hukukunu veya üçüncü bir devletin hukukunu yetkili görebilir. Milletlerarası unsuru havi olay veya ilişkilerin maddi çözümü bakımından bir ülke hukukunun uygulanması, bu hukukun kendini olayın maddi çözümü bakımından yetkili görmemesi halinde bir mana ifade etmeyecektir. Bu düşünce tarzı günümüzde zaman zaman reddediliyor²⁹. Bir hukuk düzeni hukuk normlarının genelinden meydana gelen soyut bir oluşumdur ve kendine özgü bir uygulanma iradesi vardır. Yabancı ülke mahkemelerinde uygulanması gündeme gelen normların, o devletin hukukunun menfaatine olup olmadığı şüpheli olabileceği gibi böyle bir değerlendirme önemsiz de olabilir. Milletlerarası özel hukuk, özel hukukun tamamında olduğu gibi, taraflar arasındaki adaletin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir³⁰. Yabancı bir ülkenin egemenliği önünde eğilme söz konusu değildir. Aksine yabancı ülkenin egemenliğine dayanarak for hakimi tarafından ihtilâf bakımından uygun, adil bir karar verilmektedir. Örneğin, evlilik mal rejimleri statüsünü eşlerin müşterek milli hukuklarına tabi tuttuğumuzda, kendi yetki kurallarımız çerçevesinde bunun adil bir çözüm olup olmadığından ziyade kendi devletimize lütuf yapmak istemiş oluruz. Böyle bir olayda for hakimi, yabancı hukuku uygulayacaksa, bu yabancı hukuku kendi uygulanma iradesine binaen uygulayacaktır. İlkesel

29 MAESCH, s.294; KELLER/SIEHR, s.467.

30 von BAR, s.9.

hukuk düzeni böyle tespit etmişse ve yabancı hukukun kendisi uygulanma iradesine sahip değilse, for hakimi yabancı hukuk uygulanıp uygulanmamak hususunda bir karara varmak zorundadır. Yabancı hukuka yapılan her atıf, ülkesel hukuk düzeninin bu şekilde gerçek bir menfaatsizliği olarak görülemez: Bir defa, ülkesel hukukun uygulanmasından vazgeçilirse, yabancı hukuk düzenlerinden biri veya diğerinin uygulanacak olup olmaması, elbette netice itibarıyla yabancı hukukun uygulanması prensip itibarıyla ülkesel menfaatlerin noktayı nazarından önemli değildir³¹. Somut bir olayı düzenleyen ve yabancı hukuka atıf yapan çok taraflı bir kanunlar ihtilâfi kuralı daha ziyade kendi hukukunun uygulanmasından açık bir vazgeçme olarak anlaşılmamalı, aksine bu hukukun uygulanması hakim hukuku açısından uygun bir çözüm olduğundan bilinçli bir kararın neticesi olarak anlaşılmalıdır.

B) Milletlerarası Karar Ahengi

Günümüzde geri dönen ve devam eden atıf lehine ileri sürülen en büyük gerekçelerden birisi milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet etmesidir³². Hangi ülke hakimi atıf yapan hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarını nazara alacaksa, bu hukuk düzeninin geçerli olduğu ülkenin hakimi gibi karar vermelidir. Hakimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarınca yetki verilen hukuk düzeni kendisi geri dönen veya devam eden atfı kabul etmiyorsa, bu hakimi farklı bir sonuca götürür³³. Karar uyumsuzluğu bu gibi olaylarda azalmaz, tersine yalnızca ertelenmiş olur. Geri dönen atıf olmaksızın ülkesel hakim yabancı hukuku, yabancı hakim ülkesel hukuku uyguluyor; geri dönen atıf ile ülkesel hakim

31 NEUHAUS, P.H.; Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976, s.269.

32 HELDRICH, A.; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 47. Aufl., München 1988, s.2203; EGBGB Hükümet Tasarısı gerekçesi, Bt.-Drs.10/504, s.38.

33 FIRSCHING/HOFFMANN, s.223; MAESCH, s.296.

ülkesel hukuku yabancı hakimde yabancı hukuku değiştirmeye istinat ediyor.

Atfın nazara alınması hususunda temel sebep milletlerarası karar ahenginin sağlanması hususunda gösterilen çabalardır. Bu gerekçe atfı kabul eden bir hukuk düzenine yetki tanınmaktaysa doğrudur. Bu durumda hakim, ihtilâf konusu maddi ilişki hakkında, yabancı mahkeme bu maddi ilişkide nasıl karar verecek idi ise o şekilde karar verecektir. Hakimin hukukunun bakış açısına göre yetkili görülen ülke hukuku olayın maddi çözümü bakımından kendini değil de hakimin hukukunu yetkili görür ise, yani kendisine tanınan yetkiyi iade ederse ve atf bu şekilde kırılırsa, bu bir maddi hukuk atfını ifade eder ki, böylece bu yabancı ülkenin milletlerarası özel hukuk kurallarına uyulmuş olur. Buna karşılık, yabancı ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları aşağı yukarı tam bir atfı emretmişse ve kendi düzenlemesine göre atf zinciri kendi hukukuna geri atıfta kırılıyorsa, sonuç itibarıyla her ülke kendi maddi hukuk kurallarını uygulayacaktır. Bu şekilde de milletlerarası karar ahenginin sağlanması mümkün olmayacaktır³⁴.

Geri dönen atıfta birden fazla hukuk düzeni atıfta farklı davranırsa bu durumda da milletlerarası karar ahengine ulaşılabilir. Buna karşılık, her devlet kendi MÖH kurallarınca yetkili görülen hukuk düzeninin maddi hükümlerine yetki tanıyacak olursa her defasında karşı tarafın hukuku uygulanabileceğinden bu tür olay gruplarında milletlerarası karar ahengine hiç bir zaman ulaşılmayabilir³⁵.

Geri dönen atıflarda atf zinciri herhangi bir yerde kırılmak zorundadır. Milletlerarası alanda ilk yetki tanıyan ülkeye ikinci defa yetki tanınmasının ortaya çıktığı hukuk

34 FIRSCHING/von HOFFMANN, s.223.

35 KEGEL, s.144.

düzeninde, yani *lex foride*, atfın kırılması milletlerarası alanda kullanılabilir³⁶. Bir mahkeme kendi hukukuna atıfta, atıf zincirini kırıyorsa bu hakimin kendi ülke hukukunu uygulaması amacıyla tamamen uyumlu olacaktır³⁷. Başka bir anlatımla, yetkili mahkeme için güven duyulan *lex forin* uygulanması uygundur. Çünkü, ihtilâf hakkında daha çabuk, büyük bir güven ile karar verilir ve yabancı maddi hukukun araştırılması için gerekli olan para ve zaman kaybından da tasarruf edilmiş olur. Kaldı ki, her yabancı hukukun uygulanması ile milletlerarası karar ahengine ulaşılmayabilir³⁸.

C) Hukukun Uygulanmasındaki Basitlik

Yabancı unsuru havi olay ve ilişkilerde geri dönen atıfta hakimin kendi hukukunu uygulama arzusunun bir tezahürü olduğu şüphesizdir. Bu arzusunun tek mahzuru temel dayanağı basitliği ve daha iyi hukukun uygulanmasına hizmet etme düşüncesidir. Şayet, yabancı hukukun araştırılmasının ve genel olarak hiç bir ihtilâfta yabancı hukukun uygulanmasının öngörülmemesi optimizmine katılınırsa ülkesel hakimin kendi hukukunu yabancı hukuktan daha iyi ve daha süratli uygulanabileceği argümanına sempatisiz kalınacaktır. Fakat, Geri dönen atfa da bir kısmının yabancı hukukun neden olduğu unutulmamalıdır. Yabancı hukukun araştırılması ve uygulanması, uygulamada önemli zorlukları da beraberinde getirmektedir³⁹.

D) Güvenin Korunması

Atfın kabulü halinde, tarafların güveninin korunduğu ve

36 KEGEL, s.245.

37 NEUHAUS, s.27.

38 KELLER/SIEHR, s.467; KEGEL, s.287.

39 KELLER/SIEHR, s.468 vd.; KEGEL, s.288.

bu çözümün yalnızca "mantıklı, adil ve ucuz" olacağı savunulmaktadır⁴⁰. Buna göre, taraflar belli bir ülkede o ülke hukukuna göre geçerli olarak kurmuş oldukları hukuki ilişkinin her yerde geçerli olmasını isterler. Örneğin, uzun yıllardan beri Türkiye'de oturmakta olan 19 yaşındaki bir İsviçre vatandaşı, Türkiye'de 20 yaşındaki bir Alman vatandaşı ile Almanya'da bulunan bir gayri menkul hakkında satış vadi sözleşmesi yapıyor. İsviçre vatandaşı akdin ifa edilmesini talep ediyor ve Alman vatandaşı akdin ehliyetsizlik sebebi ile geçersiz olduğunu iddia ediyor⁴¹. Âkit tarafların ehliyeti hususunda karşılaştırmalı hukukta farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Alman⁴² ve Avusturya⁴³ hukuklarında hak ve fiil ehliyeti, Türk hukukunda⁴⁴ olduğu gibi, kişinin milli hukukuna tâbi tutulmuşken, İsviçre hukukunda⁴⁵ hak ehliyeti İsviçre hukukuna, fiil ehliyeti ise ikametgâh yeri hukukuna tâbi tutulmaktadır. Örnek olayımızda İsviçre hukuku fiil ehliyeti hususunda ikametgâh hukukuna devam eden atfı kabul etmeseydi, yapılan işlem ZGB. m.14/1'in uygulanması itirazsız kabul edilecek ve işlem ehliyet açısından geçersiz olacaktı. Güvenin korunmasından amaç, hukuki işlemin taraflarının, kanuna karşı hile amacı olmaksızın, yabancı bir ülkede, orada geçerli hukuka göre, geçerli olarak kurmuş oldukları hukuki işlemin her yerde geçerli bir işlem olarak tanınmasıdır.

40 RAAPE, L.; Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 1961, s.69.

41 İsviçre hukukuna göre, Rüşt, 20 yaşın ikmaliyle kazanılır(Art.14/1 ZGB.). Alman hukukuna göre ise, 18 yaşın ikmaliyle kazanılır(Art.2 BGB).

42 Art.7 EGBGB. "Bir kişinin hak ehliyeti ve fiil ehliyeti kişinin vatandaşı (ait) olduğu devletin hukukuna tâbidir".

43 Art.12 IPRG. " Bir kişinin hak ve fiil ehliyeti onun şahsi statüsüne göre karara bağlanır"; Art.9/1 abs.1 IPRG. "Bir gerçek kişinin şahsi statüsü vatandaşı olduğu devletin hukukuna tâbidir".

44 "Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tâbidir" MÖHUK.m.8/1.

45 Art.34/1 IPRG. "Hak ehliyeti İsviçre hukukuna tâbidir".; Art.35 IPRG. "Fiil ehliyeti ikametgâh hukukuna tâbidir. ikametgâhın değişmesi bir defa kazanılmış olan muamele ehliyetini etkilemez".

IV. Karşılaştırmalı Hukukta Atfın Düzenlenmesi

Son dönemde bir kısım hukuk sistemlerinde milletlerarası özel hukuk ile ilgili yapılan pozitif düzenlemelerde atıf hususunda farklı esasların kabul edildiği görülmektedir. Bu düzenlemelere bakıldığında, milletlerarası unsuru havi bütün olay ve ilişkiler bakımından kanunlar ihtilâfı manasında atfın kabul edilmediği görülmektedir. Bu pozitif düzenlemelerde atıf problemi ile ilgili üç farklı anlayışın kabul edildiği görülmektedir. Bir kısım hukuk düzenlerinde atıf tamamen reddedilmekte⁴⁶, bir kısmında esas itibarıyla kabul edilmekte⁴⁷, diğer bir kısmında ise ortalama bir yol izlenmektedir⁴⁸. Burada, tespit edebildiğimiz kadarıyla yeni pozitif düzenlemeler hakkında ana hatları ile bilgi vermeye çalışacağız.

A) Alman Hukuku

Alman hukukunda kanunlar ihtilâfı manasında atıf, prensip olarak kabul edilmiştir. Başka bir devletin hukukuna yetki tanınan hallerde, bu, atfın manasına aykırı değilse, onun milletlerarası özel hukuk kurallarının da uygulanması gerektiği kabul edilmiştir (EGBGB. m.4/1-1). Bu düzenlemede, yalnızca iade atfın değil aynı zamanda da devam eden atfın kabul edildiği görülmektedir. Ancak, kanunda yer alan "atfın manasına aykırılık" ifadenin ihtilâfları sona erdirmediği kabul

46 Anglo-Amerikan ve İskandinav ülkeleri; ayrıca İtalya, Kuveyt vb. Bkz. KELLER/SIEHR, s.468 vd.

47 Art.4 EGBGB. "Başka bir devletin hukukuna gönderiliyorsa onun milletlerarası özel hukuku da uygulanır".

Art.5/1 IPRG (Avus.). "Yabancı bir hukuk düzenine atıf, onun atıf normlarını da kapsar".

48 Art.14/1 IPRG (İsv.). "Tatbik edilecek hukuk İsviçre hukukuna geri atfı veya yabancı bir hukuka devam eden atfı öngörüyorsa, bu kanunda öngörülmüş ise göndermeler nazara alınır".

edilmektedir⁴⁹. Kanunda yer alan bu düzenleme çerçevesinde atfin burada kırılacağı'nın kabul edildiği görülmektedir. Ancak, atfin bu şekilde kırılmasına bir istisna kabul edilmiştir. Üçüncü devletin hukuku olayın maddi çözümü bakımından Alam hukukunu yetkili görmekte ise, bu durumda Alman hukukuna yapılan iade atfin da nazara alınacağı kabul edilmiştir (EGBGB. m.4/1-2). Alman kanun koyucusu, prensip olarak atfin birinci derecede kırılacağı'nı kabul etmiş olmasına rağmen, Alman hukukuna atıf yapılmakta ise, bir derece daha ileride atfin kırılmasını kabul etmiştir. Bu düzenleme, hakim kendi ülke hukukunu uygulama arzusunun pozitif bir tezahürüdür.

Atfin manasına aykırılık teşkil edecek haller: ilk olarak hukuki ilişkinin taraflarına yetkili hukuku tespit edebilme imkanı tanınmış ve taraflarda yetkili hukuku tespit etmişler ise, bu durumda atfin nazara alınmayacağı kabul ediliyor (EGBGB. m.4/2). taraflara tanınan bu hukuk seçimi, seçilen hukukun maddi normları ile sınırlı olup, taraflar yabancı bir ülkenin kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması düşüncesi ile seçim yapmayacakları kabul ediliyor. Böyle bir seçim, "atfin manasına" aykırılık teşkil edecektir⁵⁰. ikinci olarak, akdi borç ilişkileri alanında atıf tamamen reddedilmektedir. Taraflar aralarındaki akdi ilişkiye uygulanmak üzere yetkili hukuku seçmiş olmaları ile objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tespit edilmesi arasında bir ayırım yapılmadan, atıf bir bütün olarak reddedilmiştir (EGBGB. m.35/I)⁵¹.

49 Geniş bilgi için bkz. SCHRÖDER, J.; Vom Sinn der Verweisung im internationalen Schuldvertragsrecht, IPRax. 7. (1987) s.(90-92) 91.KROPHOLLER, s.153; KEGEL, s.293.

50 KEGEL, s.293.

51 Bir devletin bu alt başlığa göre uygulanması gereken hukukundan, bu ülkede geçerli olan maddi hukuk kuralları anlaşılmalıdır(Art. 35/I EGBGB.). Geniş bilgi için bkz. KEGEL, s.293; MARTINY, D.; Münchener Kommentar, Band.7,

B) İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda atfa ilişkin olarak yer alan düzenlemede atfın istisnaî hallerde ve kanunda düzenlenmiş olması şartı ile kabul edildiği görülmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk kanunun yabancı hukuka atfı, bu hukuka göre maddi ilişkiye uygulanacak bütün hükümleri kapsar. Yabancı hukukun bir hükmünün uygulanabilirliği onun sırf kamu hukuku karakterinde olması sebebi dışlanamayacağı kabul edilmektedir (IPRG. m.13). Bu hüküm ile, İsviçre hukuku bakımından atfın esas itibarıyla yabancı hukukun hukuki ilişkiye uygulanabilecek bütün normlarını (kamu hukuku-özel hukuk) kapsadığı kabul edilmektedir. Yabancı hukuktan maksat, yabancı ülkede geçerli olan hukuktur. Hukuku uygulanması gündeme gelen devletin, Devletler Hukuku manasında tanınmış olup olmamasının bir önemi yoktur⁵². Atıf ile ilgili bu genel düzenlemeden sonra, iade atıf ve devam eden atıf hususunda; uygulanacak yabancı hukukun İsviçre hukukuna iade atfının veya yabancı bir hukuka devam eden atfının kanunda öngörülen hallerde nazara alınabileceği kabul edilmiştir (IPRG. m.14). Bu hükümden hareketle, İsviçre hukukunda prensip olarak maddi hukuk atfının kabul edildiği sonucuna varılmaktadır⁵³. İsviçre hukukunda maddi hukuk atfının kabul edilmesinin nedeni, kanunda, hukuki ilişki veya olaylar hakkında yetkili hukuk tespit edilmiş olmasına rağmen, hukuki ilişki veya olay, başka bir ülke ile daha sıkı irtibat halinde bulunuyor ise, kanunda düzenlenmiş olan bağlama

2. Aufl., München1990, s.1827 vd.; KROPHOLLER, s.397; HELDRICH, s. 2322; SCHRÖDER, s.90 vd.

52 HEINI, s.104 vd.; SCHNEYDER, s.29 vd.

53 HEINI, s.113; STURM, F.; Die allgemeinen Grundsätze im schweizerischen IPR-Gesetzentwurf Eine kritische Analyse, Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Rudolf MOSER, Zürich 1987, s.(3-23)10 vd.

kuralları nazara alınmayacak, sıkı ilişkili ülke hukuku nazara alınacaktır (IPRG. m.15)⁵⁴. Sıkı ilişkili yer hukuku esasından hareketle milletlerarası unsuru havi olay ve ilişkiler bakımından yetkili hukukun tespit edilmesi ile atıf mekanizmasının uyuşmayacağı kabul edilmektedir⁵⁵.

C) İtalyan Hukukunda

İtalyan hukukunda da, iade atfı ve devam eden atfı nazara almayan eski kanunun aksine yeni kanunda, kanunlar ihtilâfi atfı prensip olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, istisnai bazı durumlarda maddi hukuk atfının da kabul edildiği görülmektedir⁵⁶. Özellikle, akdi borç ilişkileri alanında atıf Alman hukukunda olduğu gibi, Roma Anlaşmasının da etkisiyle tamamen reddedilmektedir.

D) Avusturya Hukukunda

Avusturya hukukunda prensip olarak kanunlar ihtilâfi manasında atıf kabul edilmiştir. Ancak, kanunda açık olarak düzenlenmiş olan istisnai durumlarda maddi hukuk atfına da yer verilmiştir⁵⁷. Daha açık bir ifade ile, Avusturya hukukunun yabancı bir hukuka yetki tanıdığı hallerde, bu hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarına da yetki tanıdığı kabul edilmektedir. Avusturya hukukunda devam eden atıf hususunda, belirli bir ülke hukuku ile sınırlama yapılmamış, atıf nerede kırılıyor ise, o ülkenin maddi hukuk kurallarının

54 Maddi ilişkinin bu kanuna göre (IPRG) yetkili görülen hukuk düzeni ile az, diğer bir hukuk düzeni ile daha sıkı irtibatı içinde olduğu şartların geneline göre açık ise, bu kanun istisnaen uygulanmaz. Bu hükmün hukuk seçimi varlığı halinde uygulama kabiliyetinin olmadığı da kabul edilmiştir (Art. 15 IPRG.).

55 HEINI, s.113; STURM, s.10.

56 KINDLER, P.; internationale Zustaendigkeit und andwendbares Recht im italienischen IPR-Gesetz vom 1995, *RabelsZ*, 61(1997) s.(227-284)253.

57 SCHWIMANN, s.28.

uygulanacağı kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile, yetkili görülen ülke hukuku, kendisinden önce yetkili görülmüş olan bir ülke hukukuna yetkiyi iade ettiğinde, atfın geri döndüğü yerde, atfın kırılabacağı ve bu ülkenin maddi hukuk kurallarının olaya uygulanacağı kabul edilmektedir (IPRG. m.5/2)⁵⁸. Avusturya hukukunda maddi hukuk atfı, şekil kurallarında ve Avusturya hukukunun doğrudan doğruya yetkili kılındığı hallerde kabul edilmektedir.

V. Türk MÖH'da Atıf

2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun kabulünden önce yürürlükte olan 23 Şubat 1330 tarihli Memaliki Osmaniyede Bulunan Tebaayi Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat'da atıf ile ilgili bir düzenleme yer almamaktaydı. Doktrinde ise, Devletler Özel Hukuku manasında atfı kabul eden yazarlar olduğu gibi, yetkili yabancı hukukun maddi hükümlerinin uygulanmasını savunan yazarlar da bulunuyordu⁵⁹. Doktrinde atfı kabul edenler TTK. m.678/1 hükmüne dayanmaktaydılar. Bu hükme göre, "Bir kimsenin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyeti tâbi bulunduğu devletin kanunu ile tâyin olunur. Eğer bu kanun diğer bir memleketin kanununa atıfta bulunursa o kanun tatbik olunur". Bu hükümde Devletler Özel Hukuku manasında bir dereceli ve iki dereceli atfın kabul edildiği, dolayısıyla Türk hukukunda, hakimin hukukuna geri dönen ve yabancı bir hukuka devam eden atfın kabul edildiği görüşü hakim görüştü⁶⁰.

2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında "Öntasarı"da atfın açık olarak reddedildiği görülmektedir.

58 Geniş bilgi için bkz. SCHWIMANN, s.28 vd.

59 Geniş bilgi için bkz. BERKİ, s.65 vd.; SEVİĞ/SEVİĞ, s.397 vd.; ULUOCAK, s.211 vd.; GÖĞER, s.73 vd.

60 GÖĞER, s.73; ULUOCAK, s.212; SEVİĞ, s.137 vd.

kuralları nazara alınm
alınacaktır (IPRG.
hareketle millet
bakımından yetk
masının uyus

Ö İt

İt

almay

atfi

d

Türk Hukuku

bir ifade ile, yetkili
hukuk kurallarının
m.5/2)58.
kurallarında ve
kaldığı

841

aşlığını taşıyan 1. maddenin
ncı hukuk ilgili devletin iç
yer verilmişti. Öntasarıya
da bir kısım müelliflerce
e atfın kabulünün doğru

alan hükümden farklı

fi düzenleyen hükme

kanun kanunlar ihtilâfi

ku yetkili kılması halinde bu

anteri uygulanır"(MÖHUK. m.2/3). Bu

nda olsa kanunlar ihtilâfi manasında atfın

bulduğu görülmektedir. Kanununda genel olarak atıf

kabul edildikten sonra bu genel kurala hiç bir istisna

getirilmemiştir. Dolayısıyla milletlerarası unsuru havi olmak

şartıyla bütün olay ve ilişkiler bakımından atfın uygulanması

benimsemiştir. Kanunda yer alan bu hükmün emredici nitelikte

olmasının tabi bir sonucu olarak, hakim atfi nazara almak

zorundadır. Başka bir ifade ile, Türk kanunlar ihtilâfi

kurallarına göre yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi

kurallarını da nazara alarak olayın esası bakımından yetkili

maddi hukuku tespit etmek zorundadır⁶². Hakimın hukukunun

yetkili gördüğü yabancı hukuk kuralları, kendi maddi hukuk

kurallarını yetkili görebileceği gibi, olayın maddi çözümü

bakımından başka bir ülke hukukunu (Türk hukuku veya

üçüncü bir devletin hukuku) da yetkili görebilir. Yetkili yabancı

hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir ülke

hukukunu yetkili görmesi halinde, bu ülke hukukunun

kanunlar ihtilâfi kuralları nazara alınmadan maddi hukuk

kuralları olaya uygulanacak ve olay bu hukukun iç hukuk

61 UNAT, I.; Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu
Öntasarı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978, Tartışmalar, s.50;
NOMER, Sempozyum, s.53.

62 ÇELİKEL, MÖH, s.111.

kuralları çerçevesinde maddi çözüme kavuşturulacaktır⁶³. Kanunun kabul ettiği bu hükme göre atıf, yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının yetki tanıdığı ülkede kırılmakta, bu ülkenin kanunlar ihtilâfi kuralları nazara alınmadan maddi hukuk kurallarının olaya uygulanmasıyla olay maddi çözüme kavuşturulacaktır. İçüncü ülke hukukunun yetkili kılınması halinde, bu ülke hukukunun olayın maddi çözümünü bakımından kendini yetkili veya yetkisiz görmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Hatta, üçüncü ülke hukuku olayın maddi çözümünü bakımından Türk hukukunu yetkili görse dahi, bu yetki kabul edilmeyecektir. Çünkü, Kanunda açık olarak atfın burada kesileceği kabul edilmektedir.

Doktrinde kanunda yer alan hükmün uygulama alanı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, MÖHUK m.2/3'de hiç bir sınırlama yapılmadan yabancı unsuru havi bütün hukuki ilişkiler bakımında atıf kabul edilmiştir⁶⁴.

Diğer bir görüşe göre ise, "Türk hukukunda renvoi'nın, kanunlar ihtilâfi kaidelerinin düzenlediği her konuda istisnasız uygulanması düşünülemez"⁶⁵. Bu görüş, bir kısım hukuki olay veya ilişkiler bakımından atfın uygulanmayacağını kabul etmektedir.

Doktrinde, atfın konu itibarıyla sınırlanması gerektiği genel olarak kabul edilmesine rağmen, sınırlamanın kapsamında görüş ayrılıkları bulunmaktadır⁶⁶. Biz Genel olarak doktrinde kabul edilen sınırlamaları ana hatları itibarıyla incelemeye çalışacağız.

63 ÇELİKEL, MÖH, s.111; NOMER, s.137.

64 ÇELİKEL, A.; Türk Milletlerarası Özel Hukuk'unda "Atıf" Prensibi'nin Uygulanması, MHB. 2(1983) s.(1-4)1; ÇELİKEL, MÖH, s.111.

65 NOMER, s.138.

66 NOMER, s.138; ÇELİKEL, Atıf, s.3.

-Hukuki işlemlerde şekil (m.6) ve zamanaşımı ile ilgili kanunlar ihtilâfi kuralları atfın uygulama alanı dışında kalır. Çünkü, şekil ve zaman aşımı ile ilgili düzenlemeler de atıf gibi genel hükümler içinde yer almaktadırlar⁶⁷.

-Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraflara hukuk seçimi serbestisi tanındığından, taraflar yetkili hukuku tespit etmişlerse atıf kuralları uygulanmaz. Taraflara kanun seçimi imkanı verilmiş olan hallerde (sözleşmeler) atfın uygulama alanı bulmaması ilişkinin niteliği gereğidir⁶⁸. Çünkü, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen 24. maddede seçilen "hukuk"tan değil "kanun"dan bahsedilmektedir. Seçilen "kanun"dan bahsedilmesi, seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının değil maddi hukuk kurallarının uygulanacağını ifade eder⁶⁹. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, âkit taraflara yetkili hukuku tespit edebilme hususunda bir imkan, irade muhtariyeti tanındıktan sonra, tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin maddi normlarının uygulanması doğru olur. Çünkü, tarafların yetkili hukuku tespit etmeleri halinde onların beklentileri, aralarındaki akdi ilişkiye seçtikleri hukukun maddi kurallarının uygulanmasıdır⁷⁰.

Düzenleme şekli itibarıyla, yetkili yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmasından hareket eden kanunlar ihtilâfi kuralları bakımından da atfın nazara alınmaması gereklidir. Örneğin, sıkı irtibata göre bağlama kuralının tespit edildiği hallerde (akdi borç ilişkileri (m.24/II) ve haksız fiillerde(m.25/III)). Ayrıca, belirli bir hukuki sonucun elde edilmesini amaçlayan kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasında da atfın nazara alınmaması gereklidir.

67 NOMER, s.138.

68 ÇELİKEL, Atıf, s.3; TEKİNALP, G.; Akdî İlişkilere Uygulanacak Hukuk (MÖHUK. m.24) ve Zimnî Hukuk Seçimi, MHB. 5(1985) s.(28-31)30.

69 NOMER, s.138.

70 NOMER, s.138; ÇELİKEL, Atıf, s.3; TEKİNALP, Zimnî Hukuk Seçimi, s.30.

Örneğin, nesebin düzeltilmesinde kanunlar ihtilâfı kurallarının gayesi çocuğun nesebinin düzelmesidir (m.16)⁷¹.

VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

MÖHUK. m.2/3'de "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır" hükmü yer almaktadır. Kanunda bu hükme hiçbir istisna kabul edilmemiştir. Dolayısıyla, kanunun lafzî yorumundan hareket edildiği takdirde, milletlerarası unsuru havi bütün olay ve ilişkiler bakımından atfın kabul edilmesi gerekecektir⁷². Oysa, karşılaştırmalı hukukta yer alan pozitif düzenlemelerde ve genel olarak doktrinde bir kısım olay ve ilişkiler bakımından atfın reddedildiği görülmektedir⁷³. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda renvoi'nın uygulanmasına, kanunda açık olarak maddi hukuk atfının kabul edildiği haller haricinde⁷⁴ üç önemli istisnanın daha kabul edildiği görülmektedir⁷⁵. Bunlar:

-Taraflara aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak yetkili hukuku tespit etme imkanının tanındığı hallerde atıf nazara alınmamaktadır.

-Milletlerarası unsuru havi borç ilişkilerinde objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tespit edildiği durumlarda atfın nazara alınmadığı görülmektedir.

- Alternatif bağlama kurallarının kabul edildiği hallerde de atfın nazara alınmayacağı kabul edilmektedir.

Bir defa Türk hukukunda da maddi hukuk atfının kabul

71 NOMER, s.139.

72 ÇELİKEL, MÖH, s.111; ÇELİKEL, Atıf, s.1.

73 Bkz. Karşılaştırmalı Hukukunda Atıf

74 bkz. II/A Maddi Hukuk Atfı

75 KEGEL, s.239.

edildiği hallerde renvoi nazara alınmayacaktır. Türk hukukunda maddi hukuk atfının kabul edildiği haller;

-Türkiye'de bulunan taşınmaz terekeye Türk hukukunun uygulanmasını emreden MÖHUK. m.22/1-1 hükmü,

-Türkiye'de bulunan mirasçısız terekenin devlete kalacağına dair hüküm,

-Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekil yönünden malların bulunduğu yer hukukuna tabi olması,

-Zamanaşımını hukuki işlem veya ilişkinin esasına tabi tutan hükmünde maddi hukuk atfı olarak nitelendirilmesi ve renvoi'nın reddedilmesi uygun gözükmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta son zamanlarda yapılan pozitif düzenlemelerde doktrindeki görüşler doğrultusunda akdi borç ilişkileri alanında yetkili hukukun objektif bağlama kurallarına göre tespit edildiği hallerde de kanunlar ihtilâfi manasında atfın reddedilerek maddi hukuk atfının kabul edildiği görülmektedir. Objektif bağlama kuralların göre akit statüsünün tespit edildiği hallerde atfın nazara alınmamasının nedeni, objektif bağlama kurallarının tespitinde kabul edilen "sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama" esasının kabul edilmiş olmasıdır. Hakim somut olayın özelliklerini nazara alarak ihtilâfin sıkı irtibatlı olduğu hukuk düzenini tespit etmektedir. Sıkı irtibatlı hukuk düzeninin tespit edilmesinden sonra, bu ülke hukukunun değerlendirmesinin nazara alınması, sıkı irtibat esasına göre yetkili hukukun tespiti ile bağdaşmayacaktır⁷⁶. Çünkü, "sıkı irtibat"ın tespiti ile akdi ilişki

76 Alman hukukunda milletlerarası unsur havi borç ilişkileri alanında atfın nazara alınmayacağı açık olarak ifade edilmiştir. Buna göre, akdi borç ilişkileri alt başlığı altında uygulanacak ülke hukukundan maksat o ülkede geçerli olan maddi hukuk kurallarıdır(m.35/1). İsviçre hukukunda. ve iade

mümkün olduğunca lokalize edilmekte ve yetkili ülke hukuku buna göre tespit edilmektedir. Başka bir ifade ile, akdi borç ilişkileri alanında kabul edilmekte olan bağlama kurallarının esasını sıkı ilişkili yer hukuku teşkil etmektedir. Kanun koyucunun sıkı ilişkili yer hukukunu tespit ettiği durumlarda atfın kabul edilmesi, sıkı ilişkinin tespit edilememiş olması manasına gelecektir. MÖHUK. m.24'de sıkı ilişki esası akdi borç ilişkileri alanında, ifa yeri ve ağırlıklı edimin ifa yerinden sonra nazara alınmıştır. Kanunda yer alan sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esası, karşılaştırmalı hukukun aksine sadece yardımcı bir kural olarak nazara alınmıştır⁷⁷. Dolayısıyla, müşahhas olayın durumuna göre, ifa yerinin veya ağırlıklı edimin ifa yerinin anlamsız kaldığı hallerde yardımcı bir kural olarak nazara alınacağı kabul edilmektedir⁷⁸.

Türk hukukunda, haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinde de sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esası kabul edilmiştir. Kanunda yer alan hükme göre, "Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde bu ülke hukuku uygulanır"(MÖHUK. m.25/3). Bu hüküm dolayısıyla, haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinde yetkili hukuk sıkı irtibata göre tespit edilmiş ise, bu ülke hukukunun kanunlar ihtilâfi kuralları nazara alınmayacak, maddi hukuk kuralları olaya uygulanacaktır.

İrade muhtariyetinin tanındığı haller; Türk hukukunda, milletlerarası unsuru havi olay veya ilişkilerde taraflara, iki halde yetkili hukuku tespit edebilme imkanı tanınmıştır. İlki, sözleşmeden doğan borç ilişkileri (m.24/1), ikincisi ise,

atfın ve devam eden atfın yalnızca kanunda öngörülen hallerde nazara alınacağı kabul edilmiş olup (m.14), akdi borç ilişkileri alanında kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş, dolayısıyla akdi borç ilişkileri alanında atıf reddedilmiştir.

77 TEKİNAL, G.; Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu, MHB. 8(1988), s.(59-70)68.

78 TEKİNAL, Akdi Borç Statüsü, s.69.

sözleşmeden doğan borç ilişkileri kadar kapsamlı olmasa da evlilik mal rejimlerinde eşlere yetkili hukuku tespit edebilme imkanı tanınmıştır⁷⁹. Kanunda yer alan hükme göre, "Evlilik malları hakkında eşler ikametgâh veya evlenme anındaki millî hukuklarından birini seçebilirler"(m.14/1-1). Eşlerin evlilik malları hakkında böyle bir seçim yapmış olmaları halinde de atıf kurallarının nazara alınmaması gerekir. Taraflara yetkili hukuku tespit edebilme imkanı verilmesinden sonra, normal olan, tarafların aralarındaki ilişki bakımından seçmiş oldukları hukukun maddi hükümlerinin olaya uygulanmasıdır. Dolayısıyla, her iki halde de, yani hem akdi borç ilişkileri alanında ve hem de evlilik mal rejimleri hakkında taraflar yetkili hukuku tespit etmişler ise, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının nazara alınmadan maddi hukuk kurallarının olaya uygulanması gerekir.

Alternatif bağlama kuralının kabul edildiği hallerde de atfın nazara alınmaması gerekmektedir. Çünkü, alternatif bağlama kuralının kabul edilmesinin gerekçesi, belirli bir hukuki neticenin elde edilmesidir. Belli bir hukuki neticenin elde edilmesi gayesi ile konulmuş bağlama kurallarına göre tespit edilecek ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının, atfın nazara alınması beklenen gayeye ulaşmaya engel olabilir⁸⁰. Türk hukukunda alternatif bağlama kuralları "nesebin düzeltilmesinde" kabul edilmiştir. Alternatif olarak düzenlenmiş bağlama noktalarına göre nesebin düzeltilmesi mümkün ise, artık atfın nazara alınmasının manası da kalmayacaktır. Çünkü, temel amaç olan çocuğun nesebinin düzeltilmesi bu hukuka göre mümkündür. Burada artık iade atfın veya devam eden atfın nazara alınmasının bir manası kalmayacaktır.

Kanunda atfı düzenleyen hüküm, atfın uygulanması

79 TEKİNALP, MÖH, s.143 vd.; ÇELİKEL, MÖH, s.200; NOMER, s.231.

80 NOMER, s.139.

bakımından hiç bir istisnaya yer vermemiştir. Ancak, yukarıda izah etmeye çalıştığımız gibi bazı olay ve ilişkiler bakımından atfın nazara alınması, Devletler Özel Hukuku adaletine ve taraf menfaatlerine uygun olmayabilecektir. Bu sebeple, kanunda yer alan hükmün bu istisnalar haricinde nazara alınması hem karşılaştırmalı hukuk ile paralelliği sağlayacak ve hem de atfın nazara alınmasındaki temel anlayışa uygun olacaktır.