

5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA ATIF (RENVOİ) PRENSİBİNİN UYGULANMASI

*Arş. Gör. Merve ACUN MEKENGEÇ**

ÖZET

Atıf (renvoi) MÖHUK.'da düzenlenen konulardan biridir. Türk Hukuku'nda sadece kişi ve aile hukuku kapsamında ve bir defa uygulanmaktadır. Ancak bu durumun bazı istisnaları vardır.

Hâkim uygulanacak hukuku re'sen tespit etmek ve uygulamak zorundadır. Atfın uygulanması gerekirken uygulanmaması, hukukun yanlış uygulanması anlamına gelir. Bu durum bazı sorunlar yaşanmasına neden olabilir.

Makalede atıf konusu incelenmiş, istisnalarına yer verilmiş, Yargıtay kararlarına değinilmiş, karşılaştırmalı hukukta, milletlerarası sözleşmelerde konunun düzenlenişi ve önerilerimizle birlikte çalışmamız tamamlanmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Atıf (renvoi), kişi ve aile hukuku, milletlerarası özel hukuk

ABSTRACT

Renvoi is a subject that regulated in MÖHUK. It can be applied only on scope of personal and family law and it may be taken into consideration for once, however, this situation has some exceptions.

Judge should determine and apply the applicable law ex-officio. To not to apply the renvoi when it is required means that law does not apply correctly. It may cause some complications.

In this study, the subject of renvoi and its exceptions are analyzed, related supreme court decisions are mentioned and concluded by mentioning the regulations in the comparative law, international contract and with some suggestions.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı.

KEY WORDS: Renvoi, personal and family law, private international law.

GİRİŞ

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹ (MÖHUK) ile düzenlenmiştir (MÖHUK. m.1/1). Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerde Türk hâkimi MÖHUK. hükümlerinden hareket ederek yetkili hukuku tespit edecektir. Somut olaya uygulanacak yetkili hukukun tespit edilmesi yeterli olmayıp, bu hukukun hangi kapsamda dikkate alınacağını belirlemek gerekmektedir. Çünkü MÖHUK. uyarınca tespit edilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin mi yoksa kanunlar ihtilâfi hükümlerinin mi uygulanacağı, uyumsuzluğun türüne göre değişiklik gösterebilecektir. Bu açıdan atfın dikkate alınıp alınmamasının açıklığa kavuşturulması mevcudiyeti hasıl olmuştur.

I. ATIF KAVRAMI

Milletlerarası özel hukuk kuralları bağlanmayı emreden kanuni hükümlerden oluşmakla birlikte,² gerçek ve tüzel kişiler arasındaki yabancılık unsuru içeren hukuku işlemler hakkında uygulama alanı bulmaktadır³. Hâkim uygulanacak hukuku bağlama noktası ve bağlama konusu yardımıyla tespit edecektir. Bu şekilde kanunlar ihtilâfi kurallarına göre belirlenmiş hukuk hâkiminin hukuku ise, hâkim kendi iç maddi hukuk kurallarına göre uyumsuzluğu karara bağlayacaktır. Bağlama kurallarına göre belirlenen yetkili hukukun yabancı hukuk olması halinde, bazı karışıklıklar söz konusu olabilir. Öncelikle uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının mı yoksa maddi hukuk kurallarının mı dikkate alınarak uyumsuzluğun çözümlenmesi gerektiğinin belirlenmesi gerekir.

Kimi hukuk sistemleri uygulanacak hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmasını kabul ederken, kimileri ise, kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması esasını kabul etmiş olabilir. Örneğin Türk Hukuku'nda kural olarak, yetkili yabancı hukuku tespit eden hâkimin, o yabancı hukukun maddi

1 RG.T. 12.12.2007, RG. Sayı: 26728.

2 NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul 2013, s. 95.

3 COLLIER, J. G. **Conflict of Laws**, Third Edition, Cambridge University Press 2001, s. 5.

hukuk hükümlerini uygulaması gerekmektedir. Ancak bazı konularla sınırlı bir şekilde, yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması da kabul edilmiştir. Türk Hukuku'na göre, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır (MÖHUK. m. 2/3). Bu nedenle hâkim karşısına gelen bir uyuşmazlıkta öncelikle konunun kişi ve aile hukuku kapsamında olup olmadığını tespit etmelidir. Şayet konu kişi ve aile hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık kapsamında ise, yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanacak ve yetkili kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukukun maddi hukuk kurallarına göre uyuşmazlık çözümlenecektir. Örneğin, yabancılık unsuru içeren bir boşanma davasında Türk hâkiminin MÖHUK. m. 14 gereği, boşanma davasında yetkili yabancı hukuk olarak İsviçre Hukuku'nu tespit ettiğini varsayalım. Bu durumda hâkim, öncelikle İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu'nda (İsviçre MÖHK.) boşanmaya uygulanacak hukukun düzenlendiği 61 inci maddenin gönderdiği hukukun maddi hukuk hükümlerini uygulayarak uyuşmazlığı çözecektir. İşte, yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınması durumu milletlerarası özel hukukta atıf⁴ (renvoi) olarak ifade edilmektedir⁵.

4 Doktrinde bir devletin hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarının belli bir uyuşmazlığa bir başka devletin hukukunun uygulanmasını öngördüğü durumlarda "atıf" sözcüğünün kullanılması kaçınılmazdır, oysa bu durumu açıklayabilecek en uygun sözcüğün "atıf" sözcüğü olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin MÖHUK. m. 9'da düzenlenen ehliyet konusunda "milli hukuka" yapılan göndermenin atıf olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Türk maddi hukukunda çeşitli kanunlarda atfa yer verildiği de ifade edilmiştir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6/2'nin (mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 9'un) yerleşim yeri konusunda Medeni Kanun'a atıf yaptığı belirtilmiştir. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince bir yabancı hukukun uygulanmasının söz konusu olduğu hallerde "atıf" sözcüğünün kullanılmasından kaçınılmasının nedeni olarak Fransızca "renvoi" sözcüğünün Türkçe'ye atıf şeklinde çevrilmesi gösterilmektedir. Oysaki renvoi sözcüğünün Türkçe'deki "atıf" sözcüğünün özel bir hali olmasına rağmen, "atıf" sözcüğünün genel anlamı yerine sadece özel bir hale özgü olarak kullanılmasının yanlış olduğu söylenerek, bu durum eleştirilmiştir, bkz. AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, (Kanunlar İhtilâfi)**, 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 159-160. Makale kapsamındaki incelememizde atıf kelimesini "renvoi" anlamında kullanmış olduğumuzdan örneğin HMK.'daki gibi yapılan atıflar inceleme kapsamımız dışındadır.

5 TANRIBİLİR, Feriha Bilge, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", **TBB Dergisi**, Sayı: 87, Yıl: 2010, s. 203. Benzer ifade için bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 143; TEKİNALP, Gülören/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul 2011, s. 44; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul 2012, s. 112 ve 114;

Hukuk sistemlerinin uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla kullanmış olduğu bağlama noktaları arasındaki farklardan kaynaklanan problemleri çözme tekniği olarak da ifade edebileceğimiz atıf prensibi⁶ ilk olarak Fransız Yargıtay'ı tarafından verilen "Forgo" kararı ile ortaya çıkmıştır. Forgo evlilik dışı bir çocuk olup, annesinden dolayı Bavyera vatandaşıydı. Forgo Fransa'da fiili yerleşim yeri tesis etmiş ve geride mirasçı bırakmadan ölmüştü. Forgo'nun mirasçısız terekesinin intikali konusunda Fransız hazinesi ile annesinin civar hısımları arasında uyuşmazlıklar ortaya çıkmıştı. Miras Bavyera Hukuku'na tabi olursa, söz konusu civar hısımlar mirasçı olacak, Fransız Hukuku'na tabi olursa da Fransız hazinesi mirasçı olacaktı. Fransız hâkiminin, bu davada uyuşmazlığa hukuki yerleşim yeri olarak Bavyera Hukuku'nu uygulaması gerekmekteydi. Ancak, Bavyera kanunlar ihtilâfi sistemi taşınır terekenin intikalinde miras bırakanın fiili yerleşim yerinin bulunduğu hukukun uygulanmasını kabul etmekteydi. Forgo'nun fiili yerleşim yeri Fransa'da olduğundan Fransız Hukuku'nun uygulanması gerekmekteydi. Atfın kabul edilip edilmemesine göre uygulanacak hukukta değişiklik olacaktı. Fransız hâkimi, Bavyera Hukuku'nun kendi hukukuna yapmış olduğu atfı kabul etmiş ve Fransız Hukuku'nu uygulamıştı⁷. Doktrinde Forgo kararından önce de İngiliz mahkemelerinin atfı uyguladığını gösteren kararların olduğu⁸; ancak, bunun genel bir uygulama olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığı, kararların pek çoğunda İngiliz mahkemelerinin yabancı hukuk ile iç maddi hukuku kastettiği ifade edilmektedir⁹.

DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 179; CARRUTHERS, M. Janeen, *The Transfer Of Property In The Conflict Of Law*, New York 2005, s. 29-30; AKINCI, Ziya/DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul 2010, s. 4; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2013, s. 48.

⁶ COLLIER, s. 20.

⁷ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 143; ÇELİKEL/ERDEM, s. 114; NORTH, Peter/ FAWCETT, JJ, **Cheshire and North's Private International Law**, Thirteenth Edition, 2004, s. 54 - 55; COLLIER, s. 20 vd.

⁸ Atfın uygulanması ilk olarak İngiltere'de yaklaşık olarak 1900'lü yılların en başlarında ortaya çıkmıştır. bkz. SCHREIBER, Ernst Otto, "Doctrines of the Renvoi in Anglo-American Law", **31 Harv. L. Rev.** (1917-1918), s. 523; GRISWOLD, N. Erwin, "Renvoi Revisited", **Harvard Law Review**, Volume LI, 1937-1938, s. 1165.

⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 114-115. İngiliz Hukuku'nda bazı davalarda teorik olarak atfa başvurulabilecekken başvurulmamasının sebebi olarak genellikle taraflarla atf sonucu uygulanacak hukukun hiçbir ilgisinin olmaması ileri sürülmektedir, bkz. COLLIER, s. 25.

Milletlerarası özel hukuk doktrinine Forgo kararı ile girmiş olduğunu kabul edebileceğimiz atfın kabul edilip edilmemesi, edilecekse sınırlı bir şekilde kabul edilmesi gibi farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde atfın kabul edilmesinin en önemli gerekçeleri olarak, atfın milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet etmesi¹⁰; geri dönen atfın uygulanmasındaki basitlik¹¹; atfın tarafların güvenini koruması ve bu çözümün mantıklı, adil ve ucuz olacağı fikirleri ileri sürülmektedir¹². Atfın amacının taraflarla en sıkı ilişkideki hukuku¹³ uygulamak olduğu da belirtilmektedir¹⁴. Bununla birlikte atfın kabul edilmemesi gerektiğini savunanlar, hâkimin yabancı hukukun hem iç hem de kanunlar ihtilâfi sistemini araştırarak olmasının oldukça güç ve zaman alan bir iş olduğunu¹⁵, tarafların muameleye girişmeleri esnasında hangi hukuk sistemine tabi olacaklarını önceden bilemiyor olmalarının sınırcı durumlara sebep olacağını, hâkimin kendi kanunlar ihtilâfi kurallarından vazgeçip, yabancı bir hukuk sisteminin emrine girmesi için haklı bir

¹⁰ CLARKSON, CMV./ HILL, Jonathan, **Jaffey on the Conflict of Laws**, Second Edition, London 2002, s. 545. COLLIER ise atfın uygulanmasının milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet edeceği fikrine katılmamakla birlikte, atfın uygulanmasının gerekli olduğunu ileri sürenler tarafından bu fikrin kabul edildiğini belirtmektedir, bkz. COLLIER, s. 25. Milletlerarası karar ahengi çok genel bir ifade ile farklı devlet mahkemelerinden çıkan kararlar arasındaki uyumu ifade etmektedir. Atf prensibi milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet edebilecektir. Zira, atfı uygulayacak hâkim, yabancı hukuk düzeninin yürürlükte olduğu ülke hâkimi gibi karar vermelidir. Böylelikle her iki devlet mahkemesinden çıkan kararlar arasında uyum sağlanmış olacaktır. Ancak atfın uygulanmasının her zaman milletlerarası karar ahengini sağlayacağını söylemek de mümkün değildir. Özellikle hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarınca yetkili kılınan ülke hukuku geri dönen ya da devam eden atfı kabul etmiyorsa bu durumda milletlerarası karar ahenginin sağlanması söz konusu olmayacaktır. Aynı yönde bkz. DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 185.

¹¹ ÇELİKEL, Aysel, “*Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda “Atf” Prensibi’nin Uygulanması*”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Sayı: 2, Yıl: 3, 1983, s. 2; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 186.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 121 vd.; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 184 vd.; DOĞAN, Vahit, “*Atf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan**, C: 6, Yıl: 1998, Sayı: 1-2, s. 832 vd.

¹³ Milletlerarası özel hukukta, bir kanunlar ihtilâfi kuralı olaya uygulanacak uygun bir hukuk bulunmasına hizmet etmektedir. Söz konusu bu uygun hukuk olayla maddi ve şahsi bağılılık açısından en yakın (veya daha yakın) olan hukuktur. Doktrinde bu durum en sıkı ilişkili hukuk prensibi olarak ifade edilmektedir, bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 15.

¹⁴ BRIGGS, Adrian, **The Conflict of Laws**, New York 2002, s. 17.

¹⁵ COLLIER, s. 23; BRIGGS, s. 15.

durumun olmadığını¹⁶, atfin kabulünün uyumsuzluğun çözümünde iki devletin kanunlar ihtilâfi sistemi arasında adeta bir tenis topu gibi gidip gelmeye sebep olacağını belirtilmektedirler¹⁷.

II. ATFIN ÇEŞİTLERİ

A. Maddi Hukuk Atfı- Kanunlar İhtilâfi Atfı

Lex fori'nin kanunlar ihtilâfince yetkili kılınan yabancı hukuk eğer kanunlar ihtilâfi kuralları dahil olmak üzere bir bütün olarak uygulanacak ise, kanunlar ihtilâfi atfı; yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanmaksızın iç maddi hukuk kurallarına yetki tanıyorsa maddi hukuk atfı söz konusu olur¹⁸. Maddi hukuk atfında yabancı hukuka yapılan gönderme doğrudan doğruya onun maddi hukuk kurallarının yetkilendirilmesine neden olmaktadır.

B. İade Atfı- Devam Eden Atfı

Kanunlar ihtilâfi atfının kabul edilmesi halinde, yetkili yabancı hukuk kendisine yetki tanıyan hukuku yetkili görebileceği gibi bir başka ülke hukukunu da yetkili görebilir. İlk durumda geri dönen atfı, (iade atfı) ikinci durumda ise, devam eden atfı söz konusu olmaktadır¹⁹.

¹⁶ Benzer olarak COLLIER, s. 23.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 122 vd. Ayrıca atfin kabul edilmesi halinde, sürekli başka hukuklara göndermenin söz konusu olabilecek olmasından dolayı, uygulanacak hukukun tespit edilmesinde güçlükler yaşanacağı; bu durumun da yasa koyucunun atfı prensibi karşısında önyargılı davranmasına sebebiyet verdiği ileri sürülmektedir, bkz. GIRSBERGER, Daniel/HEINI, Anton/ KELLER, Max/KOSTKIEWICZ, Kren, Jolanta/SHIER, Kurt/VISCHER, Frank/VOLKEN, Paul, **Zürcher Kommentar zum IPRG**, 2. Bası, Zürich 2004, s. 176. Atfı prensibini kabul edenlerin ve reddedenlerin gerekçeleri konusunda bkz., BRIGGS, s. 15 vd.; CLARKSON/ HILL, s. 543 vd; COLLIER, s. 23 vd; GRIWOLD, s. 1167 vd.

¹⁸ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 142; SADROLEŞRAFİ, Ali, “Devletler Özel Hukuku’nda Genel Olarak Atfı Teorisi (Renvoi)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3 Sayı: 1-2, Yıl: 1987, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, s. 516; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 181-182. Maddi hukuk atfında, uyumsuzluğu çözecek maddi norm hemen tespit edildiği için, teknik anlamda atfın söz konusu olmayacağı ileri sürülmektedir, bkz. SADROLEŞRAFİ, s. 516.

¹⁹ İade atfın ve devam eden atfın çeşitli tanımları için bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 142; ÇELİKEL/ERDEM, s. 119 vd.; AYBAY/DARDAĞAN, 2008, s. 161-162; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 49. Doktrinde AYBAY/DARDAĞAN iade atfı için geri yollama, devam eden atfı için öte yollama ifadelerini kullanmaktadır, bkz. AYBAY/DARDAĞAN, 2008, s. 161-162.

20 nci yüzyılın başında özellikle Fransa ve Almanya'da iade ve devam eden atfın uygulanması gerekliliği görüşü hakimken, yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu görüş ağırlığını yitirmiştir²⁰.

C. Farazi Atf-Gizli Atf

Farazi atf, hâkimin kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkili olan hukukun, söz konusu uyuşmazlığı usul hukukuna ait kabul etmesi halinde ortaya çıkmaktadır²¹. Usul hukukuna ilişkin konular kural olarak lex fori'nin hakimiyeti altındadır²². Ancak bir hukuk sisteminde usul hukukuna ait bir konu başka bir hukuk sisteminde maddi hukuk kapsamında düzenlenmiş olabilir. Hâkimin hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarınca yetkili kılınan yabancı ülke hukuku, söz konusu uyuşmazlığı usul hukuku kapsamında görebilir. Usul hukukunda lex fori'nin hakimiyeti söz konusu olduğundan, yetkili yabancı hukuk yetkiyi dolaylı olarak hâkimin hukukuna iade etmiş olacaktır²³.

Gizli atfta ise, hâkimin kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili gördüğü hukukun, o konuyla ilgili milletlerarası yetkisinin varlığı halinde, kendi iç maddi hukukunu uygulaması söz konusu olmaktadır²⁴. Başka bir ifade ile, lex causae'nın, olayda milletlerarası yetkiye sahip bir mahkemesinin olması halinde kendi iç maddi hukukunu uygulaması, hâkimin hukukuna yapılan bir gizli atfı oluşturmaktadır²⁵.

Doktrinde farazi ve gizli atf türlerinin hâkimin kendi hukukunu uygulama arzusunun teorik bir yansıması olduğu ifade edilmektedir²⁶.

20 ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, "Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 22, Sayı: 2, Yıl: 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 39.

21 ÇELİKEL/ERDEM, s. 120; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 183.

22 NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 380; NOMER, Ergin, *Milletlerarası Usul Hukuku*, İstanbul 2009, s. 17; ÇELİKEL/ERDEM, s. 433; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 43; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 319.

23 DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 183.

24 ÇELİKEL/ERDEM, s. 121; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 184.

25 ÇELİKEL/ERDEM, s. 121.

26 DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 184.

D. Tek Dereceli Atıf - İki Dereceli Atıf

Atfın kaç sefer dikkate alınacağı konusu tek dereceli atıf, iki dereceli atıf konusunu gündeme getirmektedir. Hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca yetkili görülen hukuk, uyumsuzluğun çözümünde kendi iç maddi hukukunu yetkili görebilir. Ancak her zaman yabancı hukuk kendisini yetkili görmek zorunda değildir. Zira, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarınca yabancı bir ülke hukukuna yetki tanımak bir öneridir. Yabancı hukuk düzeni bunu kabul edebileceği gibi reddetme yetkisine de sahiptir. Bazen de yabancı hukuk başka bir hukuku yetkili görebilir. İşte bu durumda hâkimin hukukunca yetkili kılınan yabancı hukuk ya kendisine tanınan yetkiyi iade edecek ya da üçüncü bir ülke hukukunu yetkili görecektir. Doktrin de bir görüşe göre, ilk halde iade atıf veya tek dereceli atıf; ikinci halde ise, devam eden atıf ya da iki dereceli atıf söz konusu olmaktadır²⁷. Diğer görüşe göre ise, iade atıf ve devam eden atıf “genel atıf” olarak kabul edilerek, bir kere dikkate alınacak olmasından dolayı atfın tek dereceli olduğu kabul edilmektedir²⁸.

Bu başlık altında İngiliz Hukuku’nda uygulama alanı bulan tam atıftan (total renvoi, double renvoi) kısaca bahsetmekte fayda vardır. Bu atıf şekline göre İngiliz hâkimi kendi kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkilendirmiş olduğu hukukun hâkiminin yerine geçmekte ve uyumsuzluk hakkında o hâkim nasıl karar verecekse o şekilde karar vermektedir. Bu şekilde uygulanan atıf tam atıf olarak kabul edilmektedir²⁹.

Atıf prensibi çeşitli hukuk sistemlerinde tek dereceli, iki dereceli ya da tam atıf şeklinde kabul edilmiş olabilir. Ancak önemli olan atfın uygulanmasında bir sınırlama olmasıdır. Aksi halde, sonsuza dek uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılabilir. Bu nedenle, çeşitli devletler atıf konusunda atfın kaç sefer dikkate alınacağına sınırlama getirmişlerdir.

²⁷ SADROLEŞRAFİ, s. 517; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 184.

²⁸ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 45; ÇELİKEL/ERDEM, s. 132-133. Benzer şekilde, NORTH/FAWCETT, s. 54-55; CLARKSON/HILL, s. 540-541; DANIEL, Berlingher Remus, “The Renvoi in Private International Law”, *International Journal of Social Science and Humanity*, Vol. 3, No. 1, January 2013, s. 67.

²⁹ COLLIER, s. 21; CLARKSON/HILL, s. 541. Bu konu İngiliz Hukuku’nda atıf prensibinin uygulanması anlatılırken incelendiğinden, burada daha fazla bilgiye yer verilmeyecektir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ileride, “Karşılaştırmalı Hukukta Atıf Prensinin Uygulanması” başlığı paragraf 12-13.

III. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERDE ATFIN UYGULANMASI

Milletlerarası sözleşmeler iki taraflı ya da çok taraflı milletlerarası sözleşmeler şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Özellikle çok taraflı milletlerarası sözleşmelerde yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespit edildiği durumlarla karşılaşılabilmektedir. Bu durumda atfin dikkate alınıp alınmayacağı meselesi gündeme gelebilmektedir.

Bazı milletlerarası sözleşmelerde uygulanacak hukuk konusunda atfin uygulanması kabul edilmişken, bazılarında ise reddedildiği göze çarpmaktadır. Örneğin, “*Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki 05.10.1961 tarihli La Haye Sözleşmesi*” nde³⁰ ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuk olarak bir çok hukuk yetkili kılınmış ve uygulanacak hukuk açısından atfı reddedilmiştir. Sözleşmeye göre vasiyet tasarrufu, vasiyetçinin **vasiyet tasarrufunu yaptığı yer iç hukukuna** uygunsu; vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı anda veya ölümü anında **vatanında bulunduğu devletin iç hukukuna** uygunsu; vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı anda veya ölümü anında **ikametgâhının bulunduğu yer iç hukukuna** uygunsu; vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı anda veya ölümü anında **mutad meskeninin bulunduğu yer iç hukukuna** uygunsu; taşınmazlar söz konusu olduğunda **bu malların buldukları yer iç hukukuna** uygunsu, vasiyetname şekil açısından geçerli olacaktır (Sözleşme m.1). Görüldüğü gibi, vasiyet tasarruflarının şekli konusunda bir çok bağlama noktası yetkili kılınmakla birlikte, yetkili hukukun ilgili bağlama noktasına göre tespit edilen hukukun iç hukuku olduğu üzerinde durulmuştur. Böylelikle Sözleşmede vasiyetnamelerin şekli konusunda atfı reddedilmiştir.

Atfin uygulanmasının reddedildiği bir diğer sözleşme ise, Evlenme ile Nesebin Düzeltilmesi Hakkında Sözleşme³¹’dir. Türkiye bu sözleşmeye taraftır. Bu Sözleşme hükümleri incelendiğinde atfin dikkate alınmayacağını görmekteyiz. Sözleşme uyarınca **babanın veya ananın milli kanunundaki iç hukuk hükümleri** uyarınca, bu kimselerin evlenmesi ile evlilik dışı bir çocuğun nesebinin düzeltilmesi sonucu doğuyorsa bu nesep düzeltilmesi bütün Akit Devletlerde geçerlidir. Bu kural, evlenme akdiyle gerçekleşen nesep düzeltmeleri gibi sonradan mahkeme kararıyla yapılan nesep düzeltmelerine de uygulanır (Sözleşme m.1). Bununla beraber, 11 inci maddede

30 Sözleşmenin Yayınlandığı RG. T. 17.01.1983, RG. Sayı: 17931.

31 Sözleşmenin Yayınlandığı RG. T. 22.09.1975, RG. Sayı: 15364. Sözleşme Avusturya, Fransa, Hollanda, İtalya, Lüksemburg, Türkiye ve Yunanistan arasında yürürlüktedir, bkz. <http://www.ciecl.org/SignatRatifTablRecapit.pdf>.

öngörülen bildirim veya katılma sırasında, her Akit Devlet, çocuğun, nesep düzeltenlerden olmadığı ispat edilirse; adı geçen Devletin kanunu, ülkesinde yapılan evliliği geçerli saymıyorsa, adı geçen Devletin kanunu, vatandaşının evliliğini geçerli saymıyorsa veya vatandaşlarından birinden olma çocuk, bu Devlet bakımından zina mahsulü ise, nesep düzeltilmesini geçerli saymamak hakkını saklı tutabilir. Söz konusu **Devletin iç hukuku**, böyle bir nesep düzeltilmesini yasaklamadığı takdirde, bu hak kullanılamaz (Sözleşme m.2). **Babanın veya ananın milli kanunundaki iç hukuk hükümlerine** uygun bir nesep düzeltilmesinin geçerliliğinin tanınmaması, ikinci maddede öngörülen şartlar dışındaki nedenlerle hatta, kamu düzeni adına dahi, söz konusu olamayacaktır (Sözleşme m.3). Görüldüğü üzere, sözleşmeye göre uygulanacak hukukun tespiti konusunda atıf reddedilmiştir.

Atfın reddedildiği bir başka milletlerarası sözleşme olarak, küçüklerin korunması amacıyla velayetin kaldırılması ve küçüklerin vesayet altına alınmasını düzenleyen Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi³² örnek olarak verilebilir³³. Türkiye bu sözleşmeye de taraftır. Sözleşmede uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerin düzenlendiği maddelerde Devletlerin kendi iç hukuklarının uygulanacağı belirtilmiştir. Sözleşmeye göre, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devlet'in mahkemeleri ve idari makamları, bu Sözleşmenin 3 üncü ve 4 üncü maddeleri ile 5 inci maddesinin 3 üncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirleri almaya yetkilidirler (Sözleşme m. 1). Birinci madde kapsamında yetkili olan makamlar, kendi **iç hukukunun öngördüğü tedbirleri alırlar**. Anılan tedbirleri tesis etmek, değiştirmek ve sona erdirmek için gerekli şartları bu **iç hukuk** belirler. Bu tedbirlerin küçüğün üçüncü şahıslarla olan ilişkileri üzerindeki etkileri kadar, kendisine bakan kişiler veya kurumlarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerini de yine **bu hukuk** düzenlemektedir (Sözleşme m. 2). Küçüğün vatandaşı olduğu **Devletin iç hukukuna göre** kanunen mevcut olan bir otorite ilişkisi, akit devletlerin hepsi tarafından tanınır (Sözleşme m.3). Küçüğün vatandaşı olduğu Devletin makamları, küçüğün yararının gerektirdiğine kanaat getirirler ise, mutad meskeninin bulunduğu Devletin makamlarına haber verdikten sonra, **kendi iç hukuku uyarınca** küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirleri ala-

³² RG. T. 21.02.1983, RG. Sayı: 17966. Sözleşme Almanya, Avusturya, Çin Halk Cumhuriyeti (Macao Bölgesi), Fransa, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz ve Türkiye arasında yürürlükte, bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=39.

³³ Aynı doğrultuda, ATAMAN-FİGANMEŞE, "Atıf", s. 50.

bilmelerine imkan tanınmıştır. Anılan tedbirleri tesis etmek, değiştirmek ve sona erdirmek için **gerekli şartları bu iç hukuk belirler**. Bu tedbirlerin küçüğün üçüncü şahıslarla olan ilişkileri üzerindeki etkileri kadar, kendisine bakan kişiler veya kurumlarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerini de **yine bu hukuk** düzenleyecektir. Alınan tedbirlerin uygulanmasını küçüğün vatandaşı olduğu Devletin makamları sağlamakla görevlidir. Bu madde kapsamında alınan tedbirler, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devletin makamları tarafından alınmış olan tedbirlerin yerine geçer (Sözleşme m. 4). Bir küçüğün mutad meskeni bir akit Devletten başka bir âkit Devlete nakledildiği takdirde, küçüğün eskiden ikâmet ettiği Devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirler, yeni mutad mesken makamları tarafından kaldırıl-caya veya yerlerine yenileri konuluncaya kadar geçerli olmaya devam eder. Küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu Devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirler, bu makamlara önceden haber verilmeden kaldırılmaz veya yerlerine yenileri konulamaz. Vatandaşı olduğu Devlet makamlarının koruması altında bulunan bir küçüğün yer değiştirmesi halinde ise, bu makamlar tarafından **kendi iç hukuku uyarınca alınmış bulunan** tedbirler yeni mutad meskeninin bulunduğu Devlette de geçerli olmaya devam eder (Sözleşme m.5).

Milletlerarası sözleşmelerde atıf prensibinin incelenebileceği bir örnek olarak, Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair 1973 Tarihli La Haye Sözleşmesi³⁴ verilebilir. Sözleşme hem küçükleri hem de büyükleri kapsamaktadır. Sözleşme ile saptanan kanun sözleşmenin taraflarından birinin kanunu olmasa dahi, karşılıklılık şartına bağlı olmaksızın uygulama alanı bulacaktır (Sözleşme m.3). Bu nedenle sözleşme “*loi uniforme*” niteliğindedir. Görüldüğü üzere sözleşmenin uygulama alanı çok geniştir. Bu nedenle bu sözleşmede atfın dikkate alınıp alınmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Sözleşmeye göre nafaka yükümlülüğü, nafaka alacaklısının mutad olarak oturduğu yer kanunu uyarınca belirlenecektir (Sözleşme m. 4). Nafaka alacaklısının 4 üncü maddeye göre borçludan nafaka alamaması halinde, müşterek milli kanunu (Sözleşme m. 5); alacaklının 4 üncü ve 5 inci maddelere göre alacaklıdan nafaka alamaması halinde başvuru mercii kanunu uygulanır (Sözleşme m. 6). Burada sözleşmede iç hukukun uygulanacağına dair

³⁴ Sözleşmenin Yayınlandığı RG. T. 06.02.1983, RG. Sayı: 17951. Sözleşme Almanya, Arnavutluk, Estonya, Fransa, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Japonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz, Türkiye ve Yunanistan arasında yürürlüktedir, bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=86.

bir bilgi yoktur. Ancak sözleşmenin Türkçe çevirisi hatalı olmuştur³⁵. Zira, sözleşmenin İngilizce’indeki ifade: “**The internal law** of the habitual residence of the maintenance creditor shall govern the maintenance obligations referred to in Article 1” (Sözleşme m. 4) ve “If the creditor is unable, by virtue of the laws referred to in Articles 4 and 5, to obtain maintenance from the debtor, **the internal law** of the authority seized shall apply” (Sözleşme m. 6) şeklindedir³⁶. Görüldüğü gibi burada açıkça “*internal law*” ifadesi kullanılarak, iç hukukun uygulanacağından bahsedilmiştir. Bu nedenle Sözleşmenin 4 üncü ve 6 ncı maddelerinin uygulanmasında atfın reddedildiğini söylemek mümkündür.

İkinci basamaktaki bağlama kuralı olan “*müşterek milli hukukun*” uygulanması konusunda atfın dikkate alınıp alınmayacağı noktasında sözleşmede açıklık yoktur. Doktrinde sözleşmenin 5 inci maddesinin uygulanmasında, sözleşmenin “*loi uniforme*” olması nedeniyle müşterek hukuk yaratma amacı taşıdığı ve bu nedenle atfın önlenmesi gerektiği ifade edilmekteyken³⁷, diğer görüş uyarınca ise, sözleşmede konuya ilişkin başka bir açıklama olmadığı; maddenin lafzından tarafların müştereken tabiiyetinde oldukları hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının gözetilmesi gerektiği ve bu nedenle de iade ve devam eden atfa kısmen izin verildiği ileri sürülmektedir³⁸. Kanaatimizce sözleşmenin 4 üncü ve 6 maddelerinde açıkça iç hukukun yetkili olacağı düzenlenmişken, 5 inci maddede ise buna yer verilmemesi bir an için bilinçli bir hareket olarak değerlendirilebilir. Ancak milletlerarası sözleşmelerde uygulanacak hukukun tespit edilmesi halinde bu hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağını anlaşılmaması, kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması için ise, Sözleşmede buna yer verilmesi gerektiğinden, “*müşterek milli hukukun*” uygulanması noktasında da atf uygulanmamalıdır. Başka bir ifadeyle, tarafların “*müşterek milli hukukuna*” göre uygulanacak hukuk tespit edilecekse, bu hukukun tarafların milli hukuklarının maddi hukuk hükümleri olarak anlaşılması gerekmektedir.

Türkiye civar (yansoy) hısımlar ile sıhri (kayın) hısımlarına ilişkin nafaka taleplerine uygulanacak hukuk konusunda Sözleşmenin 14 üncü mad-

35 Sözleşmenin Türkçe çevirisi için, bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/turkce_lah24.pdf.

36 Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/lah24_ing.pdf.

37 TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 281.

38 ATAMAN-FİGANMEŞE, “*Atf*”, s. 60.

desine istinaden çekince koymuştur. Bu durumda MÖHUK. m. 19 uygulama alanı bulacak ve atıf dikkate alınacaktır.

Sözleşmeye göre her akit devlet, alacaklı ve borçlu bu devletin vatandaşı iseler ve borçlunun mutad olarak oturduğu yer bu Devlette bulunuyorsa, mercilerinin **kendi iç kanununu** uygulayacaklarını belirten bir ihtirazi kayıt koyabilir (Sözleşme m. 15). Türkiye’de bu maddeye istinaden Sözleşme’ye çekince koymuştur. Böylelikle, nafaka alacaklısı ve borçlusunun Türk olması ve nafaka borçlusunun mutad meskenin Türkiye’de olması halinde Türk Hukuku uygulanacaktır. Bu noktada atıf uygulanmayacaktır. Zira, madde de açıkça iç hukukun uygulanacağı ifade edilmiştir.

Nafaka alacaklısına kamu kurumlarının yapmış olduğu ödemelerin, nafaka borçlusundan talep edilip edilmeyeceği, kamu kurumunu düzenleyen kanuna tabidir (Sözleşme m.9). Doktrinde, bu hukuk ile kastedilenin, kamu kurumunun bağlı olduğu ülkenin maddi hukuku olduğu ifade edilmektedir³⁹.

Prensip olarak milletlerarası sözleşmelerde uygulanacak hukuk olarak belirlenen hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının da uygulanacağı düşünülerek hareket edilmişse, sözleşmede bu durum açıkça belirtilir⁴⁰. Ancak milletlerarası sözleşmelerde bu hususa ilişkin açıklayıcı bilgilerin her zaman yer aldığı sonucuna varmak yanlış olacaktır. Doktrinde, bu durumda atfın dikkate alınıp alınmayacağına bir yorum meselesi olarak değerlendirilmesi gerektiği, tereddüt halinde iade atıf ve devam eden atfın bertaraf edileceği, milletlerarası sözleşmelerde bir genel atıftan söz edilmiş olsaydı, taraf devletlerde farklı maddi hukukların uygulanması tehlikesinin ortaya çıkacağı, milletlerarası sözleşmelerde yer alan kanunlar ihtilâfi kurallarının amacının ise, uygulanacak maddi hukuk kurallarının belirlenmesi suretiyle uygulanacak maddi hukukta birlik sağlamak olduğu ifade edilmektedir⁴¹. Özellikle La Haye Sözleşmelerinde genel olarak iç hukuka gönderme yapılmakta ve böylelikle maddi norm atfının ifade edilmiş olduğu gözlemlenmektedir⁴².

³⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 54.

⁴⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 54.

⁴¹ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 149. Milletlerarası sözleşmelerde belirli bir ülke hukukunun uygulanması kabul edilmişse, uyumsuzluğun bu hukuka göre çözümlenmesi gerektiği ve atfın uygulanmasının, ancak açık hükmün varlığı halinde geçerli olacağı ileri sürülmektedir, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 127.

⁴² NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 149; LARKINS, Christopher, “Explain What a “Renvoi” is and Why it is Excluded under the European Choice of Law Rules”, *ec-til.org/.../Christopher-Larkins—Renvoi.aspx*, makalede sayfa numarası verilmemiştir.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ATFIN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Atf prensibi pek çok hukuk sisteminde kabul edilmiştir. Ancak her hukuk sisteminde atfin kabul ediliş şekli aynı değildir. Biz burada genel bir bakış açısı elde etmek amacıyla İsviçre Hukuku, İngiliz Hukuku, Alman Hukuku, İspanyol Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku'ndaki bazı düzenlemeler üzerinde duracağız.

İsviçre Hukuku'nda atfın uygulandığı durumlarda yabancı hukukun milletlerarası özel hukuk kuralları dikkate alınacaktır. Ancak yabancı hukukta kamu hukuku karakterli bir kurala atıfta bulunulmuş olması halinde ise, bu kural uygulanmayacaktır (İsviçre MÖHK. m. 13). Genel kural diyebileceğimiz bu kuraldan sonra atf konusunun esas anlamda İsviçre MÖHK. m. 14'de düzenlendiğini görmekteyiz. Bu kapsamda ilk olarak İsviçre Hukuku'nda atf konusunun Türk Hukuku'nda olduğu gibi sınırlı bir şekilde kabul edildiğini söylemek gerekir. İsviçre MÖHK.'un 14 üncü maddesi uyarınca atf iki halde dikkate alınacaktır. Bu durumlardan ilki atfın kabul edileceğinin açıkça düzenlenmiş olduğu hallerdir (İsviçre MÖHK m. 14/1). Örneğin, İsviçre MÖHK.'na göre, İsviçre'de ikamet eden kişinin adı İsviçre Hukuku'na tabidir. İsviçre dışında ikamet eden kişinin adı, yerleşim yerinin bulunduğu ülkenin milletlerarası özel hukukunda belirlenen hukuka tabidir (İsviçre MÖHK. m. 37/1). Bunun dışında miras konusunda da İsviçre Hukuku'nda atfın uygulanması özel olarak düzenlenmiştir. Zira, son yerleşim yeri yurt dışında olan bir kişinin mirası, müteveffanın yerleşim yerinin olduğu yer hukukunun milletlerarası özel hukuk kuralları tarafından belirlenecektir (İsviçre MÖHK. m.91/1). Belirtmek gerekir ki, bu hallerde atfın uygulanması için sayı açısından bir sınırlama getirilmiş ve bir defa uygulanması kabul edilmiştir⁴³.

Atfın kabul edildiği diğer hal ise, kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin konulardır. Ancak bu konuda sadece iade atf kabul edilmiştir. İsviçre Hukuku'nda atf prensibinde konu açısından yapılan sınırlama Türk Hukuku ile aynı iken, sadece iade atfın uygulanmasının kabul edilmesi noktasında Türk Hukuku'ndan ayrılma söz konusu olmuştur. Belirtmek gerekir ki, İsviçre MÖHK. m. 37 hükmü aslında kişiler hukukuna ait bir konudur. İsviçre MÖHK. m. 14/2 tek başına dikkate alındığında sadece iade atfın uygulanması söz konusu olabileceken, Kanun'da özel bir düzenleme olduğundan do-

⁴³ GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SHIER/VISCHER/VOLKEN, s. 177-178.

layı, bu konuda sadece iade atıf değil, devam eden atfın da uygulanması kabul edilmiş olmaktadır⁴⁴.

Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerdeki şekil konusunun düzenlendiği madde (İsviçre MÖHK. m. 119/3⁴⁵) ve sözleşmelerdeki koruma amaçlı olarak yer alan hükümlerdeki (İsviçre MÖHK. m. 124/3⁴⁶) düzenlemelerde atfın uygulanabileceği düzenlenmiştir. Burada atfın kabul edilmesinin nedeni ise, uygulamada devamlılığı sağlamanın devam eden atfın uygulanmasını gerekli kılabilesidir⁴⁷.

Atıf prensibinin uygulanmasını inceleyeceğimiz bir başka hukuk, Avrupa Birliği Hukuku'dur. Ancak çalışmamızda sadece birkaç tüzükte atfın kabul edilip edilmediğini inceleyeceğiz. Avrupa Birliği Hukuku uluslar üstü bir hukuktur. Bu hukukta topluluğa dahil olan üye devletler, hakimiyet haklarının bir kısmını kendileri tarafından oluşturulmuş olan uluslar üstü kurumlara devretmişler ve bu durumun sonucunda bu kurumların yönetimine katılmayı kabul etmişlerdir⁴⁸.

Avrupa Birliği Hukuku'nun kaynaklarından birini⁴⁹ tüzükler oluşturmaktadır. Tüzüklerde düzenlenen konular üye devletlerde direkt uygulanma imkanına sahiptir⁵⁰. Avrupa Birliği Hukuku'nda sözleşmelere uygulanacak

44 Bkz. GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SHIER/VISCHER/VOLKEN, s. 177.

45 Sözleşmenin şekline ilişkin şartlar, gayrimenkulun bulunduğu yer hukuku başka bir hukukun uygulanmasına izin vermedikçe, bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir. Gayrimenkulun İsviçre'de bulunması halinde sözleşmenin şekli İsviçre Hukukuna tabidir (İsviçre MÖHK. m. 119/3).

46 Sözleşmenin şekli, taraflardan birinin korunması amacı ile özel bir şekil şartına uyulmasını öngördüğü takdirde yalnızca uygulanacak hukuka tabidir, meğer ki hukuk, başka bir hukukun uygulanmasına izin versin (İsviçre MÖHK. m. 124/3).

47 GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SHIER/VISCHER/VOLKEN, s. 177.

48 TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul 2000, s. 67.

49 Avrupa Birliği Hukuku'nun kaynakları doktrinde birincil hukuk olarak ifade edilen kuruluş anlaşmaları, ikincil hukuk olarak ifade edilen Avrupa Birliği tarafından konulan kurallar, Avrupa Toplulukları Mahkemesi tarafından tanınmış olan hukukun genel ilkele-ri, Avrupa Toplulukları Mahkemesi kararları, teamüller, Avrupa Birliği'ne üye olmayan devletlerle yapılan uluslararası anlaşmalar ve doktrindir, bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 67. Tüzükler ikincil hukuk kaynakları arasında yer almaktadır, bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 70.

50 Doğrudan uygulanma ile kastedilen, Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerin herhangi bir işlemine gerek olmaksızın tüzüklerin üye devletler, üye devletlerde yerleşik veya üye

hukukla ilgili olarak 593/2008 sayılı ve 17.6.2008 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü⁵¹ (Roma I Tüzüğü), 864/2007 sayılı ve 11.7.2007 tarihli Sözleşme Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (EC Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non- Conctactual Obligation)⁵² (Roma II Tüzüğü) ve 1259/2010 sayılı ve 20 Aralık 2010 tarihli “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü” Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 (Implementing Enhanced Cooperation In The Area Of The Law Applicable to Divorce And Legal Separation)⁵³ (Roma III Tüzüğü) mevcuttur. Bu konular tüzükle düzenlendiğinden, Avrupa Birliği üyesi ülkelerde doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. Çalışma kapsamında sadece atfın bu üç tüzükte kabul edilip edilmediği incelenecektir.

Roma I Tüzüğünde atıf konusu ile ilgili bir madde vardır. Tüzüğün 20 nci maddesinde düzenlenen hükme göre, yetkili kılınan devlet hukukundan, bu devletin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk kurallarının anlaşılması gerekir. Tüzük uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça yetkili hukukun kanunlar ihtilâfı değil, iç maddi hukuk kuralları uygulanacaktır.

Roma II Tüzüğünde de atıf kabul edilmemiş, Tüzük hükümlerine göre yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir (Roma II Tüzüğü m. 2). Ancak Roma I’den farklı olarak tarafların aksini kararlaştırabileceklerine ilişkin bir hüküm Tüzük’te yer almamaktadır.

Roma II tüzüğünde atfın reddedilmesinin üç olumlu yanı sayılmıştır. İlk olarak farklı hukuk sistemlerine sahip olunmasından dolayı aynı sorun hak-

devletlerin tabiiyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler, bütün daire ve kuruluşlar ile Topluluk bünyesindeki her organ, yetkili ve kurum için geçerli olması anlamına gelmektedir, bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 71. Bu nedenle Avrupa Birliği’nde bir Tüzük yürürlüğe girdiğinde, üye devletlerin herhangi bir işlemine gerek olmayacak ve direkt uygulanacaktır. Bununla birlikte Avrupa Birliği’ne üye olan devletlerde Tüzük kapsamında olan konularda tüzüklerin öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Tüzük kapsamı dışında kalan uyumsuzluklarda üye devletlerin iç hukukları uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin, Avrupa Birliği’ne üye olan Almanya’da, Roma I, Roma II Tüzüklerinin direkt uygulanacağı EGBGB.’nin 1 inci maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Topluluğa tanınan yetki ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 79 vd.

51 OJ 04.07.2008 L 177.

52 OJ L 199, 31.7.2007.

53 OJ L 343/10 29.12.2010.

kında farklı çözümler benimsenmiş olabileceği, uyuşmazlık ortaya çıktığında önceden uygulanacak hukukun bilinmemesinin taraflar açısından öngörülemez bir duruma sebebiyet verebileceği ifade edilmiş ve atfin reddedilmesi ile bu durumun engellenmiş olacağı belirtilmiştir. İkinci olarak uygulanacak hukukta atfin reddedilmesi ile, uyuşmazlığın daha hızlı bir şekilde çözümlenebileceği ifade edilmiştir. Son olarak ise, atfin reddedilmesi ile devlet menfaatiyle taraf menfaati arasındaki dengenin sağlanmış olacağı ileri sürülmüştür. Son duruma örnek olarak hukuk seçiminin tarafların menfaatine hizmet ettiği ve taraf menfaatinin atfin reddedilmesi ile sağlanabileceği belirtilmiştir⁵⁴.

Roma III Tüzüğü her ne kadar boşanma ve ayrılık sebeplerine uygulanacak hukuku düzenlemiş olsa da, bu tüzük uyarınca da atıf kabul edilmemiştir (Roma III Tüzüğü m. 11). Doktrinde, Tüzük uyarınca maddi hukuk atfının kabul edildiği belirtilmektedir⁵⁵.

Atıf prensibinin uygulanmasını inceleyeceğimiz diğer hukuk İngiliz Hukuku'dur. İngiliz Hukuku'nda⁵⁶ atıf kabul edilmekte birlikte, atfin sınırları da çizilmiştir. Bu hukukta özellikle "forum shopping"⁵⁷'in engellenmesi ve milletlerarası karar ahenginin sağlanabilmesi açısından kabul edilmiş olan atıf prensibi⁵⁸, genel olarak mülkiyet hakkı ve şahsi statünün kabul edildiği hallerde uygulama alanı bulmaktadır⁵⁹. Örneğin, İngiliz Hukuku'nda atıf vasiyetnamelerin şekil ve esasına ilişkin geçerlilik şartlarında⁶⁰, kanuni miras hukukunda, aile hukukuna ilişkin bazı durumlarda uygulanabilmektey-

⁵⁴ LARKINS, sayfa numarası verilmemiştir.

⁵⁵ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, "Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, s. 238.

⁵⁶ İngiltere Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden biri olduğundan, dipnot 49-50'deki bilgiler doğrultusunda iç hukukunun uygulanacağı unutulmamalıdır.

⁵⁷ İngiliz ve Amerikan Hukuklarında uygulanan "forum shopping" genel olarak davacının davasını bir çok yetkili mahkeme arasından, kendi menfaatleri açısından maddi hukuk kurallarının en müsait olduğu yer mahkemesinde açması olarak ifade edilmektedir, bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 12 ve s. 477; COLLIER, s. 85; CLARKSON/HILL, s. 5.

⁵⁸ CLARKSON/HILL, s. 545-546.

⁵⁹ BRIGGS, s. 20.

⁶⁰ Vasiyetnamelerin geçerliliğinde atfin uygulandığı davalara örnek olarak bkz. Re Annesley (1926) Ch 692; Re Ross (1930) 1 Ch 377, bkz. NORTH/FAWCETT, s. 61; CLARKSON/HILL, s. 543, dipnot 83.

ken, haksız fiil ya da sözleşmeler alanında uygulanmamaktadır⁶¹. Ayrıca hukuk seçimin varlığı halinde de atfin uygulanması söz konusu olmamaktadır⁶². İngiliz Hukuku'nda atfin uygulanmadığı bir diğer hal ise, hukuki işlemlerin şekli konusudur⁶³. Ayrıca, sigorta alanında, taşınırların satışında, sağlararası ya da ölüme bağlı bağışlamalarda, ipotekte, kıymetli evrak ve şirketler hukuku alanında atfin uygulanması söz konusu değildir⁶⁴.

Atıf prensibi İngiliz hâkimlerince, incelemiş olduğumuz diğer hukuk sistemlerine göre daha değişik şekilde uygulanmıştır. İngiliz hâkimler, kendilerini, İngiliz kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkilendirilmiş olan hukukun hâkiminin yerine koyarak bir değerlendirme yapmış ve dava o mahkeme çözümlenecek olsa idi nasıl karar bağlanacaksa, o şekilde hareket edilmesi gerektiği şeklinde yorumlamışlardır. Bu uygulamanın sebebinde hukukun bir bütün olarak uygulanması prensibinin yattığı kabul edilmiştir. Böylelikle, İngiliz hâkimlerince, İngiliz kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği kanunun sisteminde eğer atıf kabul edilmiş ise, söz konusu kanun bir bütün olarak uygulanacağı için, bu ülkenin kanunlar ihtilâfi kuralları başka bir ülkenin kanunlar ihtilâfi kurallarına göndermede bulunacak ve bu son ülkenin hukukunun maddi hukuk kuralları uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir. Bu durum tam atfin (total renvoi) uygulanması anlamına gelmektedir. Bu teori aynı zamanda "foreign court theory" olarak da ifade edilmektedir. Ancak, İngiliz kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği kanunda atıf prensibinin uygulaması yok ise, söz konusu kanunun maddi hukuk kurallarının uygulanması kabul edilmiştir⁶⁵.

⁶¹ NORTH/FAWCETT, s. 64-66; COLLIER, s. 27. Ticari alanlarda atfin dikkate alınmayacağı konusunda bkz. CLARKSON/HILL, s. 15.

⁶² BRIGGS, s. 20-21; DANIEL, s. 68. Doktrinde hukuk seçiminin varlığı halinde de taraflara seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasının kararlaştırılması yetkisinin verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir, bkz. NORTH/FAWCETT, s. 60-61. İngiliz Hukuku'nda, yapılan bir sözleşmede uygulanacak hukuk seçilmişse, seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulama alanı bulacağı 1984, 1 AC 50 House of Lords (Lords Diplock, Wilberforce, Roskill, Brandon and Brightman) kararına konu olmuştur. Anılan kararda, taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak Fransız Hukuku'nu seçmişlerdir. Uyuşmazlık Fransız Hukuku'nun kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı noktasında çıkmıştır. Bu konuda mahkeme, Fransız Hukuku'nun maddi hukuk hükümlerinin uygulanarak uyuşmazlığın çözümlenmesine karar vermiştir. Ayrıca, sözleşmeler hukukunda atfin yeri olmadığı kararda ifade edilmiştir, bkz. WILD, Charles, **Conflict of Laws, 150 Leading Cases**, London 2003, s. 16.

⁶³ DANIEL, s. 68.

⁶⁴ NORTH/FAWCETT, s. 64.

⁶⁵ COLLIER, s. 21; CLARKSON/HILL, s. 541.

Tam atf teorisi ilk kez 1926 yılında Re Annesley⁶⁶ kararında uygulanmıştır. Söz konusu olayda bir İngiliz vatandaşı Fransa'da ölmüştür. Bu kimşenin yerleşim yeri (domicile) İngiliz Hukuku'na göre Fransa'da, Fransız Hukuku'na göre ise, İngiltere'de bulunmaktadır. Zira, Fransız hükümeti yerleşim yerinin Fransa'ya getirilebilmesi için 1927 yılından önce yetki belgesi edinilmesi şartını getirmiş fakat söz konusu İngiliz vatandaşı bu yetki belgesini edinmemiştir. Bu kimse ölümünde önce bir vasiyetname yapmıştır. Vasiyetnamesinde malvarlığının üçte ikisini çocuklarına bırakmış ancak geri kalanından tasarruf etmiştir. Bu vasiyetname İngiliz maddi hukukuna göre geçerli olmasına rağmen, Fransız maddi hukukuna göre geçersizdir. Olayda İngiliz hâkimi Fransız kanunlar ihtilâfi hukukunu yetkili görmüştür. Fransız hâkimi gibi hareket eden İngiliz hâkimi Fransız kanunlar ihtilâfi kurallarına göre ölen kişinin milli hukukunu yetkili saymıştır (ölenin milli hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarına yetki tanımış). Kişinin milli hukuku İngiliz Hukuku'dur. İngiliz kanunlar ihtilâfi kuralları da Fransız Hukuku'nu yetkili gördüğünden, Fransız maddi hukukuna göre uyumsuzluk çözümlenmiştir⁶⁷.

İngiliz Hukuku'nda atfin uygulanması yaygın değildir. Zira, atfin uygulanabileceği alan sınırlı olmakla birlikte, bu alanda da uygulanabilmesi için taraflarca ileri sürülmesi gerekmektedir⁶⁸. Bir başka ifade ile hâkimin atfi re'sen dikkate alması söz konusu değildir. Örneğin, Lordlar Kamarası ile ilgili olan Quazi ve Quazi davasında⁶⁹ uyumsuzluk boşanma ile ilgilidir. Taraflar atfin uygulanmasını ileri sürmedikleri için, hâkim Tayland Hukuku'nun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasını bir zorunluluk olarak görmemiş ve uygulamamıştır⁷⁰.

Birleşik Krallık gibi federal sistemi benimsemiş ülkelerde atfin uygulanması halinde, yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının milli hukuka yapacağı göndermenin anlamının, bu sistemlerden biri olarak anlaşılması gerekeceği ifade edilmektedir. Örneğin, Re O' Keefe davasında İngiliz vatandaşlığındaki bir kadın İtalya'da ikamet etmekteyken ölmüştür. İngiliz kanunlar ihtilâfi kuralları, menkullerinin mülkiyetine ilişkin uyumsuzlukta kadın ölmeden önce İtalya'da ettiğinden, İtalyan Hukuku'nu yetkili görmüştür. İtalyan hukukunda ise, miras konusunda ölenin milli hukuku yetkilidir

⁶⁶ Re Annesley (1926) Ch 692; NORTH/FAWCETT, s. 61, dipnot 17.

⁶⁷ NORTH/FAWCETT, s. 61.

⁶⁸ COLLIER, s. 21; CLARKSON/HILL, s. 524.

⁶⁹ (1980) AC 744, (1979) 3 All ER 897.

⁷⁰ CLARKSON/HILL, s. 15-16.

ve atıf reddedilmiştir. Ancak İngiliz Hukuku'nu uygulayacak hâkim için bazı sıkıntılar vardır. Zira, kadın Hindistan'da doğmuş, kendisi doğduğunda babası İrlanda'da yaşadığından kadının yerleşim yeri (domicile) İrlanda'dadır. Kadın İrlanda'ya sadece kısa bir ziyaret yapmıştır. Yerleştiği tek ülke İtalya'dır. Hâkim İrlanda Hukuku'nu uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenmiştir⁷¹.

Atıf prensibini inceleyeceğimiz bir diğer hukuk Alman Hukuku'dur. Alman Hukuku'nda da atfın uygulanması kabul edilmiştir. Bu hukuk sisteminde atfın uygulama alanı bulabileceği alanlarla ilgili bir sınırlamaya Kanun'da yer verilmemiş, yabancı hukukun uygulanması gerektiği hallerde Alman kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanacağı düzenlenmiştir⁷² (EGBGB. m. 4/1). Ayrıca Alman Hukuku'nun kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları Alman Hukuku'na iade atıf yapması halinde ise, Alman maddi hukuk kuralları uygulanacaktır (EGBGB. m. 4/1).

Alman Hukuku'nda uygulanacak hukuku seçme imkanı verilen bazı haller söz konusudur. Ancak uygulanacak hukuku seçme imkanı verilen hallerde, seçilen bu hukukun sadece maddi hukuk hükümleri uygulanacak, kanunlar ihtilâfi kuralları ise uygulama alanı bulmayacaktır (EGBGB. m. 4/2). Bu konuda taraflara "bu durumun aksini kararlaştırma imkanı" Kanun'da tanınmamıştır.

Bir uyuşmazlık konusunda Alman kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukuk birden fazla bölgesel birime ayrılmışsa, bu durumda hangi hukuk sistemine gidileceği de Kanun'da düzenlenmiştir. Şöyle ki öncelikle bölgesel birime ayrılan devlet hukukun kurallarına göre belirleme yapılacaktır. Şayet söz konusu devlet hukukunda bu konuda bir belirleme yoksa, bu takdirde en sıkı ilişkili hukuka göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir (EGBGB.m. 4/3). Bu nedenle, bir uyuşmazlık hakkında Alman kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanacak hukuk olarak bölgesel birime ayrılan bir hukukun uygulanmasını gerekli kıldığında, öncelikle bu devletin hukukuna bakılacaktır. Hangi bölgesel birimin hukukunun uygulanacağı konusunda söz konusu devlette bir belirleme yapılmışsa o hukuka göre uygulanacak hukuk tespit edilecek ve söz konusu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukuk uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir. Şayet bölgesel birime ayrılan devlette hangi hukukun uygulanacağına ilişkin bir belirleme yapılmamışsa, uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili bölgesel hukuk tespit edilecek ve o hukukun kanunlar

⁷¹ COLLIER, s. 23-24.

⁷² Alman Hukuku'nda yer alan bu düzenleme mülga 2675 sayılı MÖHUK.'un yürürlükte olduğu dönemde kabul edilen sistemle uyum göstermektedir, bkz. ileride dipnot, 111.

ihtilâfi kuralları uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir. Benzer uygulama Türk⁷³ ve İngiliz Hukuklarında da söz konusudur⁷⁴.

Son olarak inceleyeceğimiz hukuk İspanyol Hukuku'dur⁷⁵. İspanyol Hukuku'nda kural olarak iade atıf kabul edilmiştir. Ancak kanunda "dikkate alınma" ifadesi kullanıldığından, atfin makul, adil ve zorunlu olduğu takdirde uygulanması esası benimsenmiştir. İki dereceli atıf (second- degree) ise sadece kıymetli evrak alanında kabul edilmiştir⁷⁶.

V. TÜRK HUKUKUNDA ATFIN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un birinci kısmının birinci bölümü genel hükümleri düzenlemektedir. Genel hükümler toplam sekiz madde olup sırasıyla, Kanun'un kapsamı (MÖHUK. m.1), yabancı hukukun uygulanması (MÖHUK. m. 2), değişken ihtilâflar (MÖHUK. m. 3), vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk (MÖHUK. m.4), kamu düzenine aykırılık (MÖHUK. m. 5), Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları (MÖHUK. m. 6), hukuki işlemlerde şekil (MÖHUK. m.7) ve zamanaşımı (MÖHUK. m.8). Bu hükümler arasında atıf konusu "yabancı hukukun uygulanması" başlığı altında ikinci maddede düzenleme alanı bulmuştur.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre; "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır". Görüldüğü gibi bu düzenlemede atfin konu ve sayı bakımında sınırlandırılması söz konusudur. Doktrinde kişi ve aile hukuku kapsamındaki her konuda atfin uygulanmak zorunda olması eleştirilmiştir. Ayrıca diğer alanlarda da uygulanma imkanının olmaması bir eksiklik olarak görülmüştür⁷⁷.

⁷³ MÖHUK. m. 2/5 gereği; "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. O devlet hukukunda belirleyici bir hükmün yokluğu halinde ihtilâfla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır".

⁷⁴ CLARKSON/HILL, s. 6-7.

⁷⁵ İspanya da Avrupa Birliği'ne üye olan ülkelerden biridir. Bu nedenle dipnot 49-50'de yapmış olduğumuz açıklamalar İspanyol Hukuku açısından da geçerlidir.

⁷⁶ http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_spa_en.htm#2.2.

⁷⁷ EKŞİ, Nuray, **Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku**, İstanbul 2013, s. 84. EKŞİ, MÖHUK. m. 2/3'deki düzenleme yerine, "hakim, hukuki ilişkinin özelliklerine göre tarafların menfaatleri ve hakkaniyetin gerektirdiği hallerde uygulan-

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk yabancı hukuk olabileceği gibi, Türk Hukuku da olabilir. Ancak, atfın uygulanabilmesi için uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması gerekmektedir. Zira MÖHUK. m. 2/3'deki hüküm **“uygulanacak yabancı hukukun...”** şeklinde başlamaktadır. Örneğin taraflardan birinin Türk diğerinin Alman vatandaşı olduğu bir nişanlılık ilişkisinde, nişanın bozulması ihtimalinde, verilen hediyelerin iadesi nişanlılığın hükümleri kapsamında değerlendirilecektir⁷⁸. Bu durumda nişanlıların müşterek milli hukukları olmadığından, Türk Hukuku kapsamında uyuşmazlık çözümlenecektir (MÖHUK. m. 12/2). İşte, hâkimin bu usulle Türk Hukuku'nu tespit etmesinden sonra atfı uygulaması söz konusu olmayacaktır. Zira, atf uyuşmazlık konusunda yabancı hukukun yetkili olması halinde uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca, MÖHUK. m. 2/3'de yer alan **“uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması...”** ifadesinden, başka bir hukukun hâkimin hukuku olabileceği gibi, üçüncü bir devletin hukukunun da olabileceği sonucu çıkarılmaktadır⁷⁹.

A. Atfın Konu Bakımından Sınırlandırılması

Türk hâkimi önüne gelen olayda, söz konusu uyuşmazlığın kişiler hukuku veya aile hukukuna ilişkin olup olmadığını lex fori'ye göre yapacağı vasıflandırma sonucunda tespit edecektir. Bu nedenle kendi hukukunu uygulayarak vasıflandırmasını yapacak olan Türk hâkimi, uyuşmazlığın kişiler hukuku ya da aile hukukuna ilişkin olup olmadığını Medeni Kanun⁸⁰'da (MK.) kişiler hukuku ve aile hukuku başlıkları altında yer alan konular kapsamında değerlendirecektir. Şayet söz konusu uyuşmazlık burada düzenlenen bir konuda ise, atfı dikkate alacak, değilse atfı dikkate almayacaktır.

Medeni Kanun'un birinci kitabı kişiler hukukunu, ikinci kitabı ise, aile hukukunu düzenlemektedir. Bu başlıklar altında olan her konu Türk Hukuku açısından kişi ve aile hukuku kapsamında değerlendirilecektir. MK.'da kişiler hukuku ve aile hukuku başlığı altında düzenlenen konulara örnek olarak; ehliyet, gaiplik, nişanlanma, evlenme, boşanma, nafaka, evlat edinme, mal

cak hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarını dikkate alabilir” hükmünün konulması ile atf prensibinin uygulanmasından kaynaklanacak zorlukların en aza indirgenebileceğini ve atfın uygulanmasının gerekeceği bütün hallerde atfın dikkate alınmasına olanak tanımış olacağını belirtmektedir, bkz. EKŞİ, s. 84.

⁷⁸ AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 13.

⁷⁹ Aynı yönde, ÇELİKEL, s. 2.

⁸⁰ RG.T. 08.12.2001, RG. Sayı: 24607.

rejimleri, soybağı verilebilir. Örneğin, söz konusu uyuşmazlık nişanlanma ise, nişanlanma MK.'da aile hukuku kapsamında düzenlendiği için, atıf dikkate alınacakken; miras konusu⁸¹ MK.'da üçüncü kitapta düzenlendiği için, atıf dikkate alınmayacaktır. Yine aynı şekilde, sözleşmeler, sebepsiz zenginleşme, haksız fiiller gibi konularda da atıf uygulanmayacaktır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da atfın uygulama alanı bulabileceği konular sırasıyla ehliyet (MÖHUK. m. 9), vesayet, kısıtlılık, kayımlık (MÖHUK. m. 10), gaiplik (MÖHUK. m. 11), nişanlılık (MÖHUK. m. 12), evlilik ve genel hükümleri (MÖHUK. m. 13), boşanma ve ayrılık (MÖHUK. m. 14), evlilik malları⁸² (MÖHUK. m. 15), soybağının kurulması (MÖHUK. m. 16), soybağının hükümleri (MÖHUK. m. 17), evlat edinme (MÖHUK. m. 18), nafaka⁸³ (MÖHUK. m. 19)'dır. Bu hükümlerde her ne kadar atıf dikkate alınarak uygulanacak hukuk tespit edilecek olsa da, kimi hükümlerin niteliğinden dolayı bazı farklı yorumların yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte bazı maddelerde ise, atfın uygulanacağı kısmın sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Aşağıda sadece bu farklılık arz eden maddeler üzerinde durulacaktır.

1. Vesayet, kayımlık, kısıtlılık

Vesayet ve kısıtlılık kararı verilebilmesi veya sona erdirilmesi, vesayet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin milli hukukuna tabidir (MÖHUK. m. 10/1). Görüldüğü üzere bu konuda kural olarak şahsi statü kabul edilmiştir. Yabancı'nın milli hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hallerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye'de ise Türk Hukuku'na göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hallerde Türk Hukuku uygulanacaktır. (MÖHUK. m. 10/2). Kişinin milli hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilebilmesi mümkün olmayan hallerde, bu kişinin mutad meskeninin Türkiye'de olması halinde, Türk Hu-

81 Doktrinde miras konusunda atfın dikkate alınıp alınmaması noktasında ikili bir ayırım yapılmakta ve taşınır mirasta atfın uygulanacağı buna mukabil taşınmaz mirasta ise, atfın uygulanmaması ileri sürülmektedir, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 127.

82 Aksi görüş için bkz. GİRAY, Faruk, Kerem, "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 2, Yıl: 2011, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, s. 562.

83 Doktrinde, nafaka konusu her ne kadar aile hukuku kapsamında düzenlenen bir konu olsa da, nitelikleri gereği mal varlığı ile ilgili olduğundan ve para borcu doğurduğundan dolayı nafaka konusunda atıf prensibinin uygulanmayacağı belirtilmiştir, bkz. GİRAY, s. 562.

kuku'na göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilebilmesi konusu zorunluluk olarak düzenlenmemiş, gerekli görüldüğü takdirde uygulanabilmesi şeklinde ifade edilmiştir⁸⁴. Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesayete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tabidir⁸⁵. (MÖHUK. m. 10/3).

Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri hakkında vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi ya da sona erdirilmesi istenen kişinin milli hukukunun uygulanması konusunda atıf dikkate alınacaktır⁸⁶. Zira, bu konular aile hukuku kapsamında düzenlenen konulardandır.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise, Türk Hukuku'nun uygulama alanı bulabileceği konulardan bahsedildiğinden, atfın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu noktada atfın reddedildiğini görmekteyiz. Bu konulara, vasi atanması, vasi olarak atanma koşulları, birden çok vasi atanmasının mümkün olup olmadığı, vasi olarak atanmakta öncelikli olanlar, ilgililerin isteklerinin dikkate alınıp alınmayacağı konusu, vasiliği kabul yükümlülüğü, vasilikten kaçınma sebepleri, vasiliğe engel olan sebepler⁸⁷, vasiinin ve vesayet dairlerinin yetkileri, alacakları tedbirler, vesayet altındaki kişinin korunması ve kararın üçüncü kişilere etkisi gibi konular örnek verilebilir⁸⁸. Bununla birlikte, vasi atanması usulü, kısıtlama kararı alınmasında yargılama usulü konuları *lex fori*'ye tabidir. Örneğin, kısıtlama kararını vermeye yetkili tek makamın mahkeme olması, re'sen araştırma ilkesinin hakim olması, bilirkişi raporu alınması, hâkimin takdir yetkisine sahip olup olmadığı konularında Türk Hukuku uygulanacaktır⁸⁹.

Yargıtay'ın bir kararında⁹⁰ vesayet konusunda Türk Hukuku'na tabi olan işlemler hakkında bilgilere yer vermiştir. Söz konusu kararda; "... Aynı ya-

84 NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 224-225; ÇELİKEL/ERDEM, s. 210.

85 Milletlerarası özel hukukta vesayet, kısıtlılık ve kayımlık konuları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 281 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 208 vd.; DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile, "*Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet*", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan**, 2011/1, s. 402-427.

86 DEMİR-GÖKYAYLA, s. 409.

87 DEMİR-GÖKYAYLA, s. 407.

88 ÇELİKEL/ERDEM, s. 209.

89 ULUOCAK, Nihal, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul 1987, s. 30.

90 Yargıtay 18 inci HD.'nin 17.01.2013 tarihli, 2012/12365 E. ve 2013/483 K. sayılı kararı, bkz. www.kazanci.com.tr.

sanın 10/1 ve 3. maddesinde ise "Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesâyet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir. Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesâyete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tâbidir." hükmü yer almaktadır.

Burada vesayette uygulanacak hukuk yönünden ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Yasada kısıtlama kararı verilmesi ya da verilen kısıtlama kararının kaldırılmasında, ilgili kişinin milli hukuku, yetkili hukuk olarak belirlenmesine karşın, kısaca vesayetin yönetimi olarak ifade edilebilecek olan kısıtlının kişiliği, bakımı, sağlığı, eğitimi, temsili, malvarlığının yönetimi vasinin, vesayet ve denetim makamının görev, yetki ve sorumlulukları hakkında ise Türk hukuku yetkili kılınmıştır... " şeklinde belirtilmiştir.

Vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde vesayet makamı, vasinin atanmasından önce de re'sen gerekli önlemleri alır; özellikle, kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması ve ona bir temsilci atanması gibi (MK. m. 420). Kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması veya ona bir temsilci atanması geçici tedbirdir. Geçici koruma tedbirleri ise, lex fori'ye tabidir. Bu nedenle henüz yabancı hukukun tespiti öncesi aşamadaki geçici tedbirler Türk Hukuku'na tabi olabilir⁹¹.

2. Evlenme

Evlenme Türk Hukuku uyarınca aile hukuku kapsamında düzenlendiği için atf dikkate alınmak zorundadır. Evlenme konusunda özellik arz eden husus ise, evlenmenin şekli konusudur. Evlenmenin şekline⁹² uygulanacak hukuk konusu MÖHUK. m. 13/2'de özel olarak "evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir.

Türk Hukuku uyarınca, Türkiye'de yapılan bir evlenmenin geçerli olması için MK.'nin aradığı şartlara uygun olarak yapılması gerekir. Ancak söz konusu evlenme işleminin yabancı ülkede yapılması halinde ise, o ülkenin

⁹¹ DEMİR-GÖKYAYLA, s. 407.

⁹² Türk Hukuku'nda evliliğin şekline; evlenmenin, evlendirmeye yetkili bir görevli önünde en az iki tanıkla birlikte ve bizzat tarafların huzurunda yapılması, vekaletle evlenmenin yapılmaması, evlenme iradesinin beyan edilme şekli, sağır ve dilsizlerin evlenme iradelerini işaretleyebilmeleri ya da yazılı olarak beyan etmeleri, yabancıların Türkçe bilmemeleri halinde, evlendirme memurunun, Türk devletince tanınmış devletlerin birinci resmi dili olması kaydıyla bu dili bilen tercüman kullanabilmesi, evlenme işleminin gerçekleştiği an gibi konular girmektedir (Evlendirme Yönetmeliği m. 27).

hukukuna göre yapılan evlenmeler geçerli sayılmıştır. Evlenmenin yapıldığı yer, evlenmenin şekli konusunda mahalli şekil yanında, milli hukuklara göre geerleştirilmiş evlenmeleri geçerli sayabilir. İşte mahalli hukuka göre değil de, milli hukuka göre geerleştirilmiş olan evlilik Türk Hukuku açısından da geçerli kabul edilecektir. Doktrinde, evlenmenin şekline milli hukukun uygulanmasının dikkate alınmasının, evlenmenin yapıldığı yerin kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınması anlamına geleceği ifade edilmektedir⁹³.

Doktrinde, tarafların milli hukuklarına göre geerleşen evlilikleri şeklen geçerli kabul etmenin, yapılan evliliklerin milletlerarası alanda geçerliliğini koruma gayesinin, şekli düzenleyen ve kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasını ortadan kaldıran genel kurala aykırı hareket edilmesini haklı ı-kardığı ifade edilmektedir⁹⁴. Evlenme konusunda milli şeklin uygulanması, konsolosluklarda ve elçiliklerde, konsolos ve elçi veya yetkili konsolosluk veya elçilik memurunca yapılan diplomatik evlenmelerdir⁹⁵. Konsolosluklarda geerleşen evlenmeler ise, evlenmenin şekline yapıldığı yer hukukunun uygulanması kuralının bir istisnasıdır⁹⁶. Ancak Konsolosluklarda yapı-

⁹³ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 246.

⁹⁴ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 246. Evlenme Akdinin Geçerliliğinin Tanınması Hakkında 1978 tarihli Türkiye'nin taraf olmadığı bir sözleşme vardır. Sözleşmenin evlenmenin şeklinin düzenlendiği 2 nci maddesinde evlenmenin şekli yapıldığı yer hukuka tabi tutulmuştur. Doktrinde, söz konusu sözleşmenin Fransızca metninde kullanılan "droit" kelimesinin en geniş anlamda hukuku ifade etmesinden dolayı, evlenmenin şekli konusunda, evlenmenin yapıldığı yerin kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınabilecek olduğu ifade edilmektedir, bkz. ATAMAN-FİGANMEŞE, "Atf", s. 61.

⁹⁵ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 249. Benzer şekilde, TEKİNALP/UYANIK-AVUŐOđLU, s. 180 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 119-120. Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye'deki temsilcilikleri önünde ya da yetkili Türk makamları önünde evlenebilirler (Evlendirme Yönetmeliği m. 12). Görüldüğü gibi, Türkiye'de bulunan yabancı konsolosluklarda evlenmek isteyen yabancılardan, aynı devlet vatandaşlığına sahip olması gerekmektedir. Aksi halde, bu evlilik kendi hukuklarına göre geçerli dahi olsa Türk Hukuku açısından hüküm ve sonuç doğurmayacaktır, bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 250.

⁹⁶ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 245. Evlenmenin şekli konusunda atfın dikkate alınması konusunda bkz. AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 21. ULUOCAK, mülga MÖHUK. dönemine ilişkin olarak, evlenmenin şekli geçerliliği konusunda LRA prensibinin ihtiyariliğinin 12 nci maddede reddedildiği göz önünde tutulursa, evlenme yerinin kanunlar ihtilâfi kuralının yani atfın 2 nci maddenin son fıkrası uyarınca nazara alınmasının en azından bu yoldan evlenmenin şekli geçerliliği sağlanıyorsa, gerekli görülmesi gerektiğini ifade etmektedir, bkz. ULUOCAK, Nihal, "Evlenmenin şekli Geçerliliğinde "İn

lan evlenmelerde tarafların milli hukukunun uygulanabilecek olmasının, evlenmenin yapıldığı yer hukukunun, evliliğin şekil şartı açısından kabul etmiş olduğu bir durumdur. Kanaatimizce evlenmenin şekli konusunda atıf prensibinin dikkate alınıp alınmaması konusuna ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Bu kapsamda yapılan bir evlenmenin sadece milletlerarası alanda geçerliliğini sağlamak açısından, atıf prensibinin uygulanması söz konusu olabilmelidir.

3. Soybağı

Geniş anlamda bir kişi ile onun üstsoyu arasındaki biyolojik ve doğal bağlantıyı; dar anlamda ise, sadece çocuk ile ana ve babası arasındaki bağlantıyı ifade eden⁹⁷ soybağı⁹⁸ konusu MÖHUK.'da “soybağının kurulması” ve “soybağının hükümleri” başlığı altında iki maddeyle düzenlenmiştir. Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması halinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması halinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tabi olarak kurulacaktır. Soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa iptali de o hukuka tabi olacaktır (MÖHUK. m. 16). Bu maddenin amacı mümkün olduğu kadar çocuğun soybağının kurulmasını sağlamaktır. Madde bu nedenle, soybağının kurulmasını sağlama ihtimali olan hemen bütün hukukları basamaklı bir bağlama kuralı şeklinde düzenlemiştir⁹⁹. Soybağının hükümleri, soybağının kuran hukuka tabidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanacaktır (MÖHUK. m. 17).

Favorem” Atıf Uygulaması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 2, Yıl: 4, 1984, s. 113.

⁹⁷ AKINTÜRK/ATEŞ-KARAMAN, s. 321.

⁹⁸ Milletlerarası özel hukukta soybağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 263 vd.; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 218 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 252 vd.; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 297 vd.; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 121 vd.; DARDAĞAN-KİBAR, Esra, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. **Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, s. 541-560; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 128 vd.

⁹⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 258. Benzer şekilde, NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 265; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 222.

Aile hukuku ve şahsın hukukuna giren bütün meselelerde atfın her zaman uygulama alanı bulacağını söylemek mümkün olmayabilir. Zira, bu durumun istisnaları söz konusu olabilmektedir. Soybağına uygulanacak hukuk da bu istisnalardan biridir. Doktrinde, bu durumda işin niteliği gereği kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması noktasından hareket etmiş olduğu ve iade atfın ve devam eden atfın uygulanmasını örtülü olarak reddettiği ifade edilmiştir¹⁰⁰. Bu nedenle soybağı konusu her ne kadar aile hukuku kapsamında bir konu olsa da, uygulanacak hukuk konusunda atfın dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰¹.

Kanaatimizce bu durumda atfın dikkate alınması ya da alınmaması açısından kesin kurallar koymak doğru değildir. Maddenin amacının çocuğun soybağının kurulmasını bir şekilde sağlaması olduğu düşünüldüğünde, atfın reddedilmesi halinde belki de soybağı kurulması engellenebilecektir. Bu durumun tersi de mümkündür. Bu nedenle en doğru çözüm, soybağı konusunda atfın dikkate alınmasının kural olarak uygulanması, ancak MÖHUK. hükümlerince yetkili kılınan yabancı hukukun maddi hukuk hükümleri uya-

¹⁰⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 53. Benzer şekilde, DOĞAN, “Atıf”, s. 848; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 190; DARDAĞAN-KİBAR, s. 550; GÜNGÖR, Gülin, *Tabiiyet Hukuku*, Ankara 2012, s. 57. DARDAĞAN-KİBAR, MÖHUK. m. 2/3 hükmünün soybağı konusunda amaçsal yoruma tabi tutulması gerektiğini, aksi yönde bir yorumun MÖHUK. m. 16’nın konuluş amacına aykırı düşeceğini ileri sürmektedir, bkz. DARDAĞAN-KİBAR, s. 550. DOĞAN, MÖHUK. m. 16’da bağlama noktalarını alternatif bağlama noktası olarak ifade etmekle ve kanun koyucunun öngördüğü belirli bir amaca ulaşmak için alternatif bağlama kuralları kabul ettiğini; alternatif bağlama kurallarından biri ile öngörülen amaç gerçekleştiğinde artık bu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmayacağını; Türk Hukuku’nda şahsın hukuku ve aile hukukunda alternatif bağlama noktasının kabul edildiği tek halin soybağının kurulmasını düzenleyen (MÖHUK. m. 16) hükmünün olduğunu belirtmektedir, bkz. DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 190. UYANIK-ÇAVUŞOĞLU ise, soybağına ilişkin maddelerde atfın dikkate alınması gerektiğini ancak, soybağına ilişkin kanunlar ihtilâfi kurallarının tek amacının çocuğun soybağının kuran bir hukuk düzeni bulmak olduğunu; bu nedenle Türk yargıcının kanunlar ihtilâfi kurallarını uygulayarak tespit ettiği yabancı hukukta çocuk ile baba arasında soybağı kurulabiliyorsa, bu hukukun başka hukuka yaptığı göndermenin dikkate alınmaması gerektiğini; en azından devam eden atıf sonucunda öngörülen hukuk baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisini tesis etmiyor ise, dikkat dışı bırakılması gerektiğini ileri sürmektedir, bkz. UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Yeni MÖHUK’a Göre Soy Bağı İlişkinde Uygulanacak Hukuk Sorunu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/2, s. 319. Soybağın hakkında atfın uygulanması konusunda bkz. GİRAY, s. 563.

¹⁰¹ DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 190.

rınca soybağı tesis edilip, kanunlar ihtilâfi kurallarınca soybağı tesis edilemiyorsa atfın dikkate alınmamasıdır¹⁰².

Soybağının kurulmasının şekli konusunda ise MÖHUK.'da özel bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle genel kural uygulama alanı bulacak ve soybağının kurulmasının şekli, işlemin yapıldığı yer hukukuna ya da işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerine göre yapılması halinde, geçerli olacaktır (MÖHUK. m. 7). Bu durumda ise, atf dikkate alınmayacaktır.

Soybağının hükümleri soybağını kuran hukuka tabidir. Ana kural bu olmakla birlikte, maddenin devamında iki tane istisnaya yer verilmiştir. Şöyle ki, soybağının hükümlerine ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa bu hukuk; eğer ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukukları yoksa, müşterek mutad mesken hukukları uygulanacaktır. Kanaatimizce soybağının hükümleri konusunda atfın dikkate alınmaması gerekir. Zira, soybağının hükümlerinin soybağını kuran hukuka tabi tutulmasının nedeni, uygulanacak hukukta gereksiz bölünmelerden kaçınılması ve bütünlüğün korunmasıdır (MÖHUK. m. 17'nin gerekçesi). Soybağının hükümlerine müşterek milli hukuk ya da müşterek mutad meskenin uygulanmasının nedeni ise, "*aile içi ilişkilerde uygulanan hukukta bütünlüğün sağlanmasının tercih edilmesidir*" (MÖHUK. m. 17'nin gerekçesi). Kaldı ki, soybağının kurulması MÖHUK. m. 16'ya göre tespit edilmektedir. Soybağının hükümlerine soybağını kuran hukuku uygulamamız ihtimalinde, soybağını kurarken atfı dikkate almayıp, hükümlerinde dikkate alınmanın kanunun amacına aykırı olacağını düşünmekteyiz. Aynı şekilde, soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk konusunda, müşterek milli hukuk ya da müşterek mutad meskenin uygulanması açısından da maddenin bir kısmında atfı dikkate alıp, diğer kısmında almamanın bütünlüğü bozması nedeniyle, atfın bu noktada da dikkate alınmayabileceğini düşünmekteyiz.

B. Atfın Sayı Bakımından Sınırlanması

Atf prensibinin uygulanmasına yapılan eleştirilerden biri, yabancı hukukların kanunlar ihtilâfi kurallarının sonsuza dek adeta tenis topu gibi birbiri peşi sıra yetki tanınabilecek olmasıdır. Bu durum ayna odası etkisi olarak da ifade edilmektedir. Gerçekten de atfa sınırsız bir şekilde izin verilmesi halinde, hâkimin uygulanacak hukuku tespit etmede güçlük yaşayacağı aşıkardır. Bu nedenle atf prensibinin uygulamasının bir noktada kırılması gerekmektedir.

¹⁰² Benzer şekilde, UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 319.

Atf zincirinin kırılması konusunda uluslararası hukukta iki farklı çözüm benimsenmiştir. Bu çözüm önerilerinden ilki söz konusu hukuk düzeninde geri dönen atıfla *lex fori*'nin hukukunun uygulanması halidir. Bir başka ifade ile bir hukuk düzeni kendisine atfın geri dönmesi halinde kanunlar ihtilâfi kurallarını değil de, maddi hukuk kurallarını uyguluyorsa, atf bu noktada kırılmış demektir. İkinci çözüm önerisi ise, kanun koyucunun atfın nerede kırılacak olduğunu önceden belirlemesidir. Bu durumda kanun koyucunun tespit etmiş olduğu derecedeki hukuk düzeni kendisini yetkili görmese bile, atf bu derecede kırılacak ve söz konusu ülkenin maddi hukuk hükümleri uygulanarak uyumsuzluk çözümlenecektir¹⁰³.

Türk Hukuku'nda atfın hangi noktada kırıldığı konusu tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim fikre göre atf, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarınca belirlenen yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının yetki tanıdığı ülkede kırılmaktadır. Bu nedenle üçüncü ülkenin kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınmaksızın maddi hukuk kurallarına göre uyumsuzluk çözümlenmelidir¹⁰⁴. Görüldüğü gibi, MÖHUK. kapsamında atfa bir sınırlama getirilmiş ve bir defayla sınırlı olmak üzere uygulanacağı Kanun'da düzenlenmiştir¹⁰⁵.

Diğer görüşe göre ise, atfın uygulanmasının teorik olarak milletlerarası çözüm yeknesaklığını sağlama amacına hizmet edeceği genellikle kabul edildiğinden devam eden atfın kısır döngüye yol açmaması amacıyla ikinci derecede kesilmesini kabul etmenin ve buna ilişkin yapılan pozitif düzenlemelerin atf teorisinin mahiyetine ters düşeceği ileri sürülmektedir. Ayrıca

¹⁰³ DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 187. Aksi görüş için bkz. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 145. NOMER iade atf halinde atfın kırılacağını, devam eden atf halinde ise yetkisini kabul eden bir hukuk düzenine gelinmesi halinde atfın son bulacağını belirtmektedir, bkz. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 145.

¹⁰⁴ NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 145 ve s. 155; ÇELİKEL/ERDEM, s. 130 ve 133; DOĞAN, "*Atf*", s. 843; AYBAY/DARDAĞAN, 2008, s. 172-173; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 187. DOĞAN, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkilendirilen yabancı hukukun kendisini yetkili ya da yetkisiz görmesinin bir önemi olmadığını, bu ülkenin olayın maddi çözümü açısından Türk Hukuku'nu yetkili görse dahi, bu yetkinin kabul edilmeyeceğini, zira Kanunda açıkça atfın bu noktada kesileceğinin düzenlendiğini ileri sürmektedir, bkz. DOĞAN, "*Atf*", s. 843; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 187.

¹⁰⁵ SEVİÇ, Vedat, Raşit, "*Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı*", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı: 1 Yıl: 1982, s. 15; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 45; ÇELİKEL, s. 2; ÇELİKEL/ERDEM, s. 133.

atfin kesilmesi veya sona ermesinin, atıf zinciri içerisinde daha önce temas edilen hukuka tekrar ulaşılmaması halinde söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Bu konuya örnek olarak, iade atıfta, hareket noktası olan hukuka (hâkimin hukukuna) ikinci kez temas edilmesi nedeniyle atfin burada kırılması verilmektedir. Bağlama noktalarının sayısının sınırlı olduğundan hareketle, devam eden atıfta da mutlaka daha önce temas edilen hukuka tekrar ulaşılabileceğinden, atfin bu hukuka ulaşılmaması halinde kırılmasının kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁶.

Türk Hukuku açısından atfin kırılması konusunda biz hakim fikre katılmaktayız. Zira, Kanun'da Türk hâkiminin kişi ve aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkili olan hukuku tespit ettikten sonra, o hukukun gönderdiği hukukun maddi hukuk hükümlerini uygulayarak uyumsuzluğu çözümleneceği düzenlenmiştir (MÖHUK. m. 2/3). Madde hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere atfa sayı bakımından bir sınırlama getirilmiş ve sadece bir kere dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bunun dışında Türk kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkilendirdiği hukuk Türk Hukuku çıkarsa bu durumda da atıf kırılmış olacaktır. Zira, MÖHUK. m. 2/3 hükmü "*uygulanacak yabancı hukukun*" ifadesi ile başlamaktadır. Bu nedenle uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması halinde atfin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Böylelikle atıf prensibine yöneltilen tenis topu ya da ayna odası sakıncası eleştirileri de engellenmiştir.

Atfin uygulama alanı bulunduğu bir diğer hal, Türk Ticaret Kanunu¹⁰⁷'nda (TTK.) düzenlenmiş olan poliçe, bono ve çek ile borçlanma ehliyetidir¹⁰⁸. Poliçe, bono ve çek ile borçlanma ehliyeti açısından TTK. sisteminde atfin kabul edildiği noktasında doktrinde ihtilâf olmamakla birlikte, atfin derecesi konusunda görüş birliği yoktur. Hâkim fikir, bu konuda iade atıf ve devam eden atfin kabul edilmiş olduğu ve bu hukukların maddi hukuk kuralları uyarınca söz konusu uyumsuzluğun çözümleneceği¹⁰⁹ şeklinde olmakla bir-

¹⁰⁶ AYGÜN, Musa, "*Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyumsuzluklara Uygulanacak Hukukun Tespiti*", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, Sayı: 3, Yıl: 2012, s. 938.

¹⁰⁷ RG.T. 14.02.2011, RG. Sayı:27846.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ileride, "*Türk Maddi Hukuku'nda Atfin Kabul Edildiği Diğer Bazı Kanunlar*" başlığı ikinci paragraf.

¹⁰⁹ NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s.151; ÇELİKEL/ERDEM, s. 134 vd.; YILMAZ, İlhan, "*Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2001, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce.'ye Armağan**, s. 274; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 52-53. ÇELİKEL/ERDEM, ticari ilişkilerde güvenlik açısından, kıymetli evrak niteliğinde olan poliçe taahhüdünün geçerlili-

likte, azınlıktaki görüş ise¹¹⁰, atfın kesilmesi veya sona ermesinin atf zinciri içerisinde daha önce temas edilen hukuka tekrar ulaşılması halinde söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Biz bu noktada çoğunluk görüşüne katılmaktayız.

C. Özellikli Bazı Durumlar

Yabancılık unsuru taşıyan hukuki işlemlerde hâkim, öncelikle uyuşmazlığın kişi ve aile hukuku kapsamında olup olmadığını belirleyecektir. Uyuşmazlık kişi ve aile hukuku kapsamında ise, MÖHUK. hükümlerince tespit edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanacaktır. Atf bir kez dikkate alınacağından, hâkim yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili kıldığı hukukun maddi hukuk hükümlerini uygulanarak uyuşmazlığı çözümlenecektir¹¹¹.

ğini sağlamak için, TTK. m. 766/1'de yer alan atf hükmünün MÖHUK. m. 2/3'te olduğu şekilde, tek derecede kesilmediği ve ileriye doğru yapılmış devam eden atıfların kabulü şeklinde bir yoruma müsait olduğunu, ancak kendi kanaatinin göndermede bulunulan ülkenin hukuku ile göndermede bulunulan ülkenin iç maddi hukuk hükümlerinin kast edildiği şeklinde olduğunu ifade etmektedir, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 135.

¹¹⁰ AYGÜN, Musa, "Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, Sayı: 3, Yıl: 2012, s. 938. Yazar bu konuda şöyle bir örnek vermektedir; "Örneğin, iade atıfta, hareket noktası olan hukuka (hâkimin hukukuna) ikinci kez temas edilmekte ve doğal olarak atf burada kesilmektedir. Bağlama noktalarının sayısının sınırlı olduğundan hareketle, devam eden atıfta da mutlaka daha önce temas edilen hukuka tekrar ulaşılabilecek ve atf burada kesilecektir. Netice olarak, çekte ehliyetten doğan yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta önce ilgili şahsın milli hukukuna gönderme yapılacaktır. Gönderme yapılan hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları, gönderme yapılan hukuku (kendi hukukunu) işaret ediyorsa, bu hukukun ehliyetle ilişkin maddî hükümleri; gönderme yapılan hukuk, hâkimin hukukunu yetkili görmüşse iade atıftan bahisle hâkimin hukukunun ehliyetle ilişkin maddî hükümleri; gönderme yapılan hukuk, başka bir hukuku yetkili görmüşse devam eden atıftan bahisle bu hukukun da kanunlar ihtilâfi kurallarına bakılarak süreç içerisinde ikinci kez temas edilecek olan hukukun ehliyetle ilişkin maddî hükümleri uygulanacaktır", bkz. AYGÜN, s. 938.

¹¹¹ 2675 sayılı MÖHUK.'da atf konusu 5718 sayılı MÖHUK. hükümlerinden biraz farklı şekilde düzenlenmiştir. Mülga Kanun'da yer alan madde "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddî hükümleri uygulanır" şeklindedir. Görüldüğü üzere, mülga MÖHUK.'da atf konu bakımından sınırlanmamış ve genel bir madde olarak, her uyuşmazlık için uygulama alanı bulabilecek şekilde düzenlenmiştir. Mülga MÖHUK. açısından da hem hâkimin hukukuna hem üçüncü devletin hukukuna yapılan atf kabul edilmiş olup, hâkime atfı uygulayıp uygulamamak konusunda takdir yetkisi bırakılmamıştır. Taraflara uygulanacak hukuku seçme hakkı verilen konularda (sözleşmelerde) ve taşınmaz mallar üzerinde aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar açısından atfın uygulama alanı bulmayacak olması, işin niteliği gereğidir, bkz. ÇELİKEL, s. 3-4. Benzer şekilde, NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal,

Atf prensibinin uygulanması konusunda kişi ve aile hukuku ile ilgili bir sınırlama olmasına rağmen, kişi ve aile hukukuna giren konularda atfin uygulanacağına belirtilmesi ile her sorunun çözümlenmesi mümkün değildir. Örneğin, kişi ve aile hukuku kapsamındaki uyumsuzluklarda şekil ve zamanaşımı konularında nasıl bir yol izleneceği açık olarak MÖHUK.'da yer almamıştır. Bununla birlikte uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına bağlı olarak belirlendiği hallerde, kişinin vatansız, mülteci ya da birden fazla vatandaşlığa sahip olması hallerinde atfin hangi hukuk dikkate alınarak yapılacağı, kişi ve aile hukuku kapsamında yer alan uyumsuzluklarda kullanılan milli hukuk, mutad mesken, yerleşim yeri bağlama noktalarının değişken olabilmesinden dolayı hangi tarihteki milli hukuk, yerleşim yeri ya da mutad meskenin dikkate alınacağına belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca Türk Hukuku'nda aile hukuku alanında sınırlı da olsa hukuk seçimine izin verilen evlilik malları konusunda seçilen hukukun maddi hukuk kurallarının mı yoksa kanunlar ihtilâfi kurallarının mı uygulanacağına açıklığa kavuşturulması gerekir. Tüm bu durumlarda yapılacak bir hata neticesinde atfin yanlış uygulanması söz konusu olacaktır. Bu ise, istenmeyen sonuçların yaşanmasına sebebiyet verecektir¹¹².

İlk sorun, şekil ve zamanaşımı konusunda atfin dikkate alınıp alınmayacağıdır. Bu konular MÖHUK.'da genel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Doktrinde bu nedenle şekil ve zamanaşımı konusunda atfin uygulanmayacağı ifade edilmektedir¹¹³. Yabancılık unsuru taşıyan hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilirlerdir (MÖHUK. m.7). Aslında madde hükmüne bakıldığında zaten

Devletler Hususi Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2006, s. 154 vd.; DOĞAN, "Atf", s. 845 vd. Hukuk seçiminin varlığı halinde atfin nazara alınmaması konusunda, TEKİNALP, Gülören, "Akdi İlişkilere Uygulanacak Hukuk (MÖHUK. m. 24) ve Zımni Hukuk Seçimi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 1985, Sayı 5, s. 30. AYBAY/DARDAĞAN ise, mülga MÖHUK. m. 2/2'de yer alan "uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır" maddesindeki "bu hukuk" deyiimiyle, MÖHUK. uyarınca tespit edilen yabancı hukukun maddi hukuk hükümlerinin anlaşılması gerektiğini; zira MÖHUK.'un hazırlık çalışmaları boyunca atfin reddi diye ifade edilen görüşün egemen olduğunu, bu fıkranın da bu anlayışla kaleme alındığını ileri sürmekteydi, bkz. AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi)**, İstanbul 2005, s. 157.

¹¹² Atf prensibinin uygulanmamasının sakıncaları konusunda bkz. "E. Atf Prensibinin Uygulanmamasının Sakıncaları" başlığı altında anlatılanlar

¹¹³ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 152-153. GİRAY, zamanaşımında atfin uygulanmayacağını belirtmiştir, bkz. GİRAY, s. 562.

atfın reddedildiği, söz konusu hukuki işlemin şekli geçerliliği konusunda, ya hukuki işlemin yapıldığı yerin ya da işlemin esasına uygulanan hukukun **maddi hukuk hükümlerine göre geçerli olmasının**, işlemin şeklen geçerli olması için gerekli olduğu görülmektedir¹¹⁴. Bu nedenle, hukuki işlemlerde şekil konusunda atfın kabul edilmediğini söylemek mümkün olacaktır. Bu kapsamda örneğin, nişanlanmanın ve evlat edinmenin şekli konularında atfın uygulanması mümkün değildir.

İkinci sorun, uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına bağlı olarak belirlendiği hallerde, kişinin vatansız, mülteci ya da birden fazla vatandaşlığa sahip olması halleridir. Zira, bu durumda MÖHUK.'da yer alan bağlama noktasının¹¹⁵ “*milli hukuk*” esasına göre belirlenebilmesi için, kişinin vatandaşlığının nasıl tespit edileceğinin açıklanması gerekir. Zira kişi ve aile hukuku kapsamında olan bir uyumsuzlukta, uyumsuzluk taraflarından bir veya ikisinin vatansız, mülteci ya da birden fazla vatandaşlığa sahip olan bir kişi olması mümkündür. Bu durumda atfın hangi hukuk dikkate alınarak yapılacağına açıklanması gerekmektedir. Bu kapsamda, vatansızlar ve mültecilerin milli hukuku açısından onların yerleşim yeri hukuku dikkate alınacaktır. Ancak yerleşim yerinin yokluğu halinde, mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır (MÖHUK. m. 4/1-a). Kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması konusunu ise, ikili bir ayırımla ele almak gerekir. Zira, kişinin vatandaşlıklarının ikisi de Türk vatandaşlığı olmayabileceği gibi, vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı olması söz konusu olabilir. Kişinin vatandaşlıklarının hiç birisi Türk vatandaşlığı değilse, daha sıkı ilişki halinde buldukları devlet hukuku uygulanacaktır (MÖHUK. m. 4/1-c). Buna karşılık, birden fazla vatandaşlığa sahip olan kişinin, vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı olması halinde, Türk Hukuku uygulama alanı bulacaktır¹¹⁶ (MÖHUK. m. 4/1b). Belirtmek gerekir

¹¹⁴ Benzer şekilde, TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 45 ve 118.

¹¹⁵ Yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarında yer alan bağlama noktaları, o hukuka göre vasıflandırılmalıdır. Örneğin, yabancılık unsuru taşıyan ve atfın uygulanacağı bir uyumsuzlukta uygulanacak hukuk MÖHUK. hükümleri uyarınca, İngiliz Hukuku ise, İngiliz kanunlar ihtilâfi kurallarında konunun düzenlendiği ilgili hükümde “yerleşim yeri” bağlama noktası olarak yer alıyorsa, Türk hâkimi İngiliz kanunlar ihtilâfında yer alan yerleşim yeri kavramını İngiliz Hukuku'na göre vasıflandıracaktır, bkz. NÖMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 153; NORTH/FAWCETT, s. 41-42; CLARKSON/HILL, s. 12-13. Ayrıca bkz. CLARKSON/HILL, s. 13-20.

¹¹⁶ Doktrinde, uygulanacak hukukun, vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, hangi vatandaşlığın dikkate alınacağına düzenlendiği MÖHUK. m. 4 hükmünün, milletlerarası sözleşmeler söz konusu olduğunda uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Bu durumun gerekçesi olarak, milletlerarası sözleşmelerin amacı ve MÖHUK. m. 4'ün “*Bu kanun hü-*

ki vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olması nedeniyle Türk Hukuku uygulanarak çözüme kavuşturulacak uyuşmazlıkta atıf dikkate alınmayacaktır. Zira, atfın uygulanabilmesi için öncelikle uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması gerektiği Kanun'da yer almaktadır (MÖHUK. m. 2/3). Uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde vatan-sız, mülteci ya da birden fazla vatandaşlığa sahip olanlar açısından vermiş olduğumuz açıklamalar, Kanun'da aksinin öngörülmemiş olması ile sınırlıdır (MÖHUK. m. 4/1).

Üçüncü sorun, yabancılık unsuru taşıyan hukuki işlemlerde, yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri ya da mutad mesken esasına göre tayin edildiği hallerde hangi tarihteki vatandaşlık, mutad mesken ya da yerleşim yerinin dikkate alınacağıdır. Zira, bu bağlama noktaları değişken niteliktedir. Bu nedenle dava tarihindeki milli hukuk, mutad mesken ya da yerleşim yeri ile uyuşmazlık ortaya çıktığı andakiler farklı olabilir. Bu durumda hangi tarihteki milli hukuk, yerleşim yeri ya da mutad meskenin dikkate alınacağını belirlenmesi, atfın hangi hukuka yapılacağını tespit edilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu durumda, Kanun'da aksine hüküm yoksa, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri ya da mutad mesken esas alınacaktır (MÖHUK. m. 3). Böylelikle örneğin bir kimsenin genel olarak bir taşınır mal alma konusunda ehliyetli olup olmadığı dava tarihindeki milli hukukuna göre belirlenecektir. Bu kimse işlem anında Alman vatandaşlığında olup, dava tarihinde Alman vatandaşlığından çıkmış ve İsviçre vatandaşlığını kazanmış ise, dava tarihinde İsviçre vatandaşı olduğundan, ehliyeti İsviçre kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukukun maddi hukuk hükümlerine göre belirlenecektir.

Üzerinde duracağımız son sorun ise, hukuk seçiminin varlığı halinde atfın uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. Uygulanacak hukuku seçme imkanı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı MÖHUK. m. 2/4'de düzenlenmiştir. Bu nedenle, hukuk seçiminin yapıldığı hallerde, atfın uygulanması taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça mümkün olmayacaktır. Zira, hukuk seçiminin varlığı halinde amaç taraf iradelerini egemen kılmaktır¹¹⁷. Doktrinde de uygulanacak hukuku seçme imkanı verilen hallerde, tarafların iradelerine

kümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde" ifadeleri gösterilmektedir, bkz. ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, "Çifte Vatandaşlık Hallinde MÖHUK'un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı", Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 2001, s. 101.

¹¹⁷ DANIEL, s. 68.

olanak tanındığı, bu durumlarda atfın uygulanmasının taraf iradeleri ile ilgisiz olacağı ileri sürlmektedir¹¹⁸.

Kişi ve aile hukuku kapsamındaki uyuşmazlıkların içerisinde hukuk seçimi, MÖHUK.'da sadece sınırlı olarak evlilik mallarına¹¹⁹ ilişkin uyuşmazlıkların düzenlendiği MÖHUK. m. 15/1 hükmünde yer almıştır. Her ne kadar evlilik malları konusu aile hukuku kapsamında düzenlenen bir konu olsa da, uyuşmazlık hakkında MÖHUK.'da belirlenen sınırlamalara uyularak hukuk seçiminin yapılması halinde, MÖHUK. m. 2/4 gereği, kural olarak atfın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Tarafların aksini kararlaştırmaları halinde ise, seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanabilecektir.

D. Türk Maddi Hukuku'nda Atfın Kabul Edildiği Diğer Bazı Kanunlar

Türk Hukuku'nda atfın düzenlendiği esas kanun MÖHUK.'tur. Ancak MÖHUK. dışında da bazı kanunlarda atıf düzenlemesine yer verilmiştir. Diğer kanunlarda atıfla ilgili olan düzenlemeler genellikle maddi hukuk atfı şeklinde karşımıza çıkmakla birlikte, yürürlükteki kanunlar açısından yaptığımız araştırmada, TTK.'da tespit edebildiğimiz bir halde kanunlar ihtilâfi atfına da yer verilmiştir. Aşağıda öncelikle TTK.'da yer alan kanunlar ihtilâfi atfından bahsedilecek olup, ardından diğer kanunlarda yer alan maddi hukuk atıfları hakkında örnek mahiyetinde bilgilere yer verilecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nda "*kanunlar ihtilâfi*" başlığı altında poliçeye uygulanacak bazı hükümler yer almaktadır. Konumuz açısından önem arz eden düzenleme, poliçe, bono ve çek ile borçlanma ehliyeti konusunda kendini göstermektedir. Bir kişinin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyet

¹¹⁸ BRIGGS, s. 17.

¹¹⁹ "(1) Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku, bulunmaması halinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde 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 tabi olabilirler" (MÖHUK. m. 15). Taşınmaz malların tasfiyesi konusunda taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gerektiği düzenlendiği için, hâkim evlilik malları arasında taşınmazlar varsa, bunların tasfiyesini evlilik malları statüsünün dışında, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna göre yapacaktır, bkz. TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 204. Bu durumda, Türkiye'deki taşınmazların tasfiyesi Türk Hukuku'na, yabancı ülkedeki taşınmazların tasfiyesi ise, yabancı hukuka tabi olacaktır. Konu taşınmaz malların tasfiyesi olduğundan, atıf dikkate alınmayacaktır.

tabi bulunduğu devletin hukukuna göre belirlenir. Bu hukuk diğer bir ülkenin hukukuna göndermede bulunuyorsa, o hukuk uygulanacaktır (TTK. m. 766/1). Görüldüğü üzere, poliçe ile borçlanma ehliyeti konusunda atfın dikkate alınacağı TTK.’da düzenleme alanı bulmuştur. Söz konusu hüküm TTK. m. 778/j bendi¹²⁰ gereğince bonolar için, TTK. m. 818/ş bendi¹²¹ gereğince de çekler için uygulama alanı bulacaktır.

Türk Ticaret Kanunu’nun “*kanunlar ihtilâfi*” başlığı altında yer alan hükümlerden biri de ödemelerin düzenlendiği TTK. m. 772 hükmüdür. Bu hükme göre ; “(1) *Vade geldiğinde ödeme, özellikle vadenin geldiği günün ve ödeme tarihinin hesaplanması, bedeli yabancı bir ülke parasıyla gösterilmiş poliçelerin ödenmesi, poliçenin hangi ülkede ödenmesi gerekiyorsa o ülkedeki hukuka göre belirlenir*”. Görüldüğü gibi bu hükümde “.. poliçenin hangi ülkede ödenmesi gerekiyorsa o ülkedeki hukuka göre belirlenir” ifadeleri ile maddi hukuk atfı yapılmıştır. Bir başka ifadeyle vade geldiğinde ödeme, vadenin geldiği günün ve ödeme tarihinin hesaplanması, bedeli yabancı bir ülke parasıyla gösterilmiş poliçelerin ödenmesi poliçenin ödenmesi gereken ülkenin maddi hukukun gösterdiği kurallar çerçevesinde belirlenecektir. Bu hüküm bononun niteliğine aykırı düşmedikçe bonolar hakkında da uygulanacaktır (TTK. m. 778/1-j). Böylelikle Türk Hukuku’nda poliçe, bono ve çek ile borçlanma ehliyetinde atf dikkate alınmalıdır.

Yine TTK.’da deniz ticareti hukuku ile ilgili olarak “*geminin kimliği*” üst başlığı altında yer alan hükümler arasında bulunan, Türk bayrağı çekme hakkı ve yükümlülüğünün istisnalarının düzenlendiği TTK. m. 941/2 hükmüne konumuz kapsamında değinmek gerekmektedir. Söz konusu hükme göre; “*Türk gemisi olmayan bir gemi, ona Türk Bayrağı çekebilecek kişilere en az bir yıl süreyle kendi adlarına işletilmek üzere bırakılmışsa, malikin rızası alınmış olmak, Türk mevzuatının kaptan ve gemi zabıtları hakkındaki hükümlerine uyulmak ve yabancı kanunda da bunu engelleyen bir hüküm bulunmamak şartıyla, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı geminin Türk Bayrağı çekmesine izin verebilir. Şu kadar ki, izin alan kişi, her iki yılda bir, izin için gerekli şartların varlığını sürdürdüğünü ispatlamakla yükümlüdür*”. Bu hükümde Türk gemisi olmayan bir geminin Türk bayrağı çekebilmesi için gereken şartlar düzenlenmiş ve bu şartlardan biri olarak

¹²⁰ “*Kanunlar ihtilâfına dair 766 ilâ 775 inci, maddeler hükümleri bonolar hakkında da geçerlidir*” (TTK. m. 778/1-j).

¹²¹ “*Poliçeye ait aşağıdaki hükümler çek hakkında da uygulanır: ... ş) Ehliyete, poliçe ve bonolara ilişkin hakların korunması ile başvurma hakkının kullanılması için gerekli işlemlere ilişkin kanun ihtilaflarına dair 766, 768 ve 769 uncu maddeler*” (TTK. m. 818/1-ş).

“yabancı kanunda da bunu engelleyen bir hüküm bulunmamak şartıyla” denilerek, yabancı hukuka atf yapılmıştır. Ancak burada yapılan atf kanunlar ihtilâfi atfı değil, maddi hukuk atfıdır.

Maddi hukuk atfının yer aldığı tek kanun TTK. değildir. Örneğin, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu¹²² (TVK.) ve 4538 sayılı Euro'nun Hukuki Araçlara Etkisi İle Akaryakıt Tüketim Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da¹²³ da maddi hukuk atfı yapılmıştır. Şöyle ki, genel yolla Türk vatandaşlığına alınma şartlarının düzenlendiği 11 inci maddede başvuru için aranan şartlardan birisi “*Kendi milli kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak*”tır (TVK. m. 11/1-a). Bu düzenlemede Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuru yapacak kimsenin “kendi milli kanununa” göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Burada geçen “kendi milli kanunu” ile ilgilinin milli hukukunun maddi hukuk hükümleri belirtilmiş ve böylelikle ilgilinin milli hukukuna maddi hukuk atfı yapılmıştır. Euro'nun Hukuki Araçlara Etkisi İle Akaryakıt Tüketim Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesi ise, “*kanunlar ihtilâfi*” başlığını taşımaktadır. Söz konusu hükme göre; “(1) *Ulusal paranın tanımı, o parayı ihraç eden devletin hukukuna tabidir. EURO'nun tanımı Avrupa Birliği hukukuna tabidir. (2) Paranın borcun kapsamı üzerinde meydana getireceği etkiler, borç ilişkisine uygulanacak hukuk tarafından belirlenir. (3) Ödemenin hangi parayla yapılması gerektiği ödeme yeri hukukuyla belirlenir*”. Görüldüğü gibi bu maddenin 1 inci ve 3 üncü fıkralarında maddi hukuk atfı yapılmıştır. Zira, ilk fıkrada, ulusal paranın tanımının o parayı ihraç eden devletin maddi hukukuna, EURO'nun tanımının ise, Avrupa Birliği hukukuna tabi olarak yapılacağı; son fıkrada ise, ödemenin hangi parayla yapılması gerektiğinin ödeme yeri hukukuna göre belirleneceği düzenlenmiştir.

E. Atf Prensibinin Uygulanmamasının Sakıncaları

Atf prensibinin kabul edilmesinin gerekçeleri olarak atfın milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet ettiğini, geri dönen atfın uygulanmasındaki basitlik, atfın uygulanmasının tarafların güvenini koruması ve bu çözümün mantıklı, adil ve ucuz olduğunu, atfın amacının taraflarla en sıkı ilişkideki hukukun uygulanmasını sağladığına yukarıda değinmiştik¹²⁴. Bu

¹²² RG. T. 12.06.2009, RG. Sayı: 27256.

¹²³ RG. T. 27.02.2000, RG. Sayı: 23977.

¹²⁴ Konu ile ilgili olarak bkz. “*Atf Kavramı*” başlığı son paragraf.

başlık altında inceleyeceğimiz konu ise, atfın Türk Hukuku açısından uygulanması gerekirken uygulanmamasının ya da yanlış uygulanmasının sebep olabileceği sakıncalardır.

Atf prensibinin uygulanmamasının ya da yanlış uygulanmasının sakıncalarını iyi bir şekilde anlayabilmek için MÖHUK. m. 2'nin gerekçesine bakmak gerekir. Madde gerekçesinin ilgili kısmına göre ; “... *Tatbikatta, mahkemelerin yabancı hukuku uygulamasındaki güçlükler ve özellikle yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi hükümlerinden hareketle, diğer bir yabancı hukuku araştırıp bulmasındaki zorluklar dikkate alınarak, mevcut hüküm sadece “kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarla 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...*”. Bir hukuki ilişki hakkında en sıkı ilişkili hukukun uygulanması hakkaniyete dayanmaktadır. Gerçekten de milletlerarası özel hukuk, maddi hukukta olduğu gibi, bireyler arasındaki hakkaniyeti düzenlemeye çalışır. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti bir hayat ilişkisinin en sıkı şekilde bağlı bulunduğu hukuka tabi olmasıyla sağlanabilmektedir¹²⁵. Kanunlar ihtilâfi kurallarının düzenleniş amacı, en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesidir. Atf prensibinin uygulanması en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına hizmet edebilir. Zira, atf prensibinin uygulanmasıyla hem Türk hâkim kendi kanunlar ihtilâfi kurallarının söz konusu uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili olduğunu kabul ettiği hukuku uygulamış olacak hem de söz konusu yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili olduğunu kabul ettiği hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanmış olacaktır. Böylece en sıkı ilişkili hukuk sadece Türk Hukuku açısından değil, Türk Hukuku'nun kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği yabancı hukuk açısından da sağlanmış olacaktır¹²⁶.

Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, kişi hukuku ve aile hukuku konusundaki ihtilâflarda taraf menfaatinden hareket edilerek bir takım bağlama

¹²⁵ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 14. Maddi hukuk hakkaniyeti ile milletlerarası özel hukuk birbirinden farklıdır. Maddi hukuk hakkaniyeti yapılan hukuki düzenlemelerinin içeriği ile ilgilidir. Örneğin karı-kocanın eşit haklara sahip olması halinde maddi hukuk hakkaniyeti sağlanabilir. Halbuki milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinde ise, uygulanacak hukukun içeriği ile ilgili bir durum söz konusu değildir. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması için uygulanması en haklı olan hukukun tespit edilmesi gerekir. Bu hukukun maddi hukuk hükümlerine bakılmaksızın bu belirleme yapılır, bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 14.

¹²⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 125-126.

noktalarının uygulanması yoluna gidilmiştir. Kişi ve aile hukuku alanındaki uyumsuzluklarda bir kişi için vatandaşı bulunduğu devletin hukuku veya yaşadığı yer hukuku genel anlamda en sıkı ilişkili hukuk olacaktır. Bu durum kişinin menfaatine hizmet etmektedir. Bu hukukun bir bütün olarak uygulanması (kanunlar ihtilâfi kurallarıyla birlikte) adil olacağından milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine¹²⁷ hizmet eden bir durumun söz konusu olacağı söylenebilir. Örneğin Moskova’da oturmakta olan İsviçreli amca ve yeğen, Rus Hukuku’na uygun olarak evlenmişlerdir. İsviçre Hukuku’nda bu derecedeki yakınlar arasında evlilik yasak olmasına rağmen, İsviçre kanunlar ihtilâfi kurallarına göre Rusya’da yapılan evlilik, İsviçre Hukuku’nun hükümsüzlük sebeplerinden açıkça kurtulmak amacıyla yapılmadığından geçerli bir evliliktir. Bir süre sonra eşler İstanbul’a taşınmışlardır. İstanbul’da kadının açmış olduğu boşanma davasında, koca İsviçre Hukuku’nda amca ve yeğenin evlenemeyecek olması nedeniyle evliliklerinin iptalini talep etmiştir. Burada Türk hâkimi, tarafların milli hukuku olan İsviçre Hukuku’nu uygulayacaktır. İsviçre kanunlar ihtilâfi kuralları Rus Hukuku’na atıfta bulunmuştur. Bu atfın Türk hâkimince dikkate alınması hakkaniyete hizmet eden bir durumdur¹²⁸.

Kanaatimizce her olay açısından atfın uygulanmasının her zaman milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine hizmet edeceğini kabul etmek de doğru değildir. Zira, kimi zaman atfın uygulanması sonucu taraflarla pek ilgisi olmayan bir hukukun uygulanması da söz konusu olabilir. Somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekeceği unutulmamalıdır. Ancak yine de atıf prensibinin kişi ve aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda uygulanmasında kural olarak milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanmasına hizmet edeceği (en sıkı ilişkili hukuku sağlaması nedeniyle) kabul edilebilir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 2/3 hükmü emredici bir hükümdür¹²⁹. Tarafların atfın uygulanması gereken konularda uygulanmamasını kararlaştırmaları söz konusu değildir. Zira, MÖHUK m. 2/3 hükmü “uygulanır” kelimesi ile bitmiştir. Bu nedenle hâkimin atfın uygulanması gereken yerde uygulamaması söz konusu olmamalıdır. Şayet madde “ uygulanabilir” bir ifade ile bitmiş olsaydı, bu durumda

¹²⁷ Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin yapıcı unsurlarından birini atfın kabul edilmesinin en önemli gerekçelerinden biri olan milletlerarası karar ahengi oluşturmaktadır, bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 47.

¹²⁸ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 156.

¹²⁹ DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 188.

atfin uygulanması konusunda hâkimin takdir hakkının olduğu kanısına varılabilirdi.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 2/3 hükmünün emredici niteliği sahip olmasından dolayı, atfin uygulanması gereken bir uyuşmazlıkta hâkim atfi re'sen dikkate almak zorundadır. Bu kural MÖHUK. m. 2/1 hükmünde de “*Hakim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hakim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir*” şeklinde de belirtilmiştir. Atfin uygulanması gereken bir uyuşmazlıkta uygulanmaması ya da yanlış uygulanması halinde, hukukun yanlış uygulanması söz konusu olacaktır. Bu durum ise Yargıtay aşamasında bozma sebebi teşkil etmektedir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹³⁰ m. 371/1). Bu nedenle atfin uygulanması gerekirken uygulanmaması ya da doğru uygulanmaması halinde, hukuk yanlış uygulanmış olacaktır ve bu durum Yargıtay aşamasında bozma sebebi teşkil edebilecektir.

VI SONUÇ

Lex fori'nin kanunlar ihtilâfi kurallarınca, yetkilendirilen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması sonucu varılan hukukun, maddi hukuk hükümlerinin uygulanması milletlerarası özel hukuk doktrininde atıf olarak ifade edilmektedir. Bu kavram için genel anlamda hemen her hukuk sisteminde Fransızca karşılığı olan “*renvoi*” teriminin kullanıldığı görülmektedir.

Milletlerarası özel hukukta hukuk sistemlerinin uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla kullanmış olduğu bağlama noktaları birbirinden farklı olabilmektedir. Bu durumda da bir takım sorunlar yaşanabilmektedir. Bu sorunları çözüme tekniği olarak ortaya çıkan atıf karşılaştırmalı hukukta ve Türk Hukuku'nda da uygulama alanı bulmuş ancak her hukuk sisteminde aynı esaslarla düzenleme altına alınmamıştır. Örneğin İsviçre Hukuku'nda ya Kanun'da özel olarak düzenlenen konularda ya da kişi ve aile hukuku kapsamında sadece iade atfin uygulanması kabul edilmişken, Avrupa Birliği Hukuku kapsamında incelenen tüzüklerde ise atıf reddedilmiştir. Buna karşılık İngiliz Hukuku'nda atfin dikkate alınabileceği alanlarda konu bakımından sınırlama yapılırken, atfin dikkate alınması tarafların ileri sürmesi koşuluyla bağlanmıştır. Ayrıca tam atıf denilen bir atıf türü bu sistemde uygulanmıştır. Alman Hukuku'nda ise atfin konu bakımından bir sınırlaması yapılmamış, her konuda atfin uygulanması kabul edilmiştir. Alman Hukuku'nda

¹³⁰ RG. T. 04.02.2011, RG. Sayı: 27836.

atfın uygulanması konusundaki tek istisna ise, hukuk seçiminin varlığı halidir. Bu durumda seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacak olup, taraflarca bu durumun aksinin kararlaştırılabileceği için bir düzenleme Kanun'da yer almamıştır. İspanyol Hukuku'nda ise, kural olarak iade atfı kabul edilmiştir. Kanun'da dikkate alınma ifadesi kullanıldığı için atfın uygulanmasının adil ve makul olması halinde uygulanabileceği kabul edilmiştir. İkinci dereceden atfı ise, sadece kambiyo senetleri alanında kabul edilmiştir.

Türk Hukuku'nda da atfın uygulanmasının geçmişi eski zamanlara dayanmaktadır. Mülga MÖHUK. zamanında da uygulanan atfı prensibi, 5718 sayılı MÖHUK. ile konu bakımından sınırlamaya tabi tutulmuştur. Türk milletlerarası özel hukukunda atfı sadece kişi ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda bir defa ile sınırlı olmak kaydıyla uygulanabilmektedir (MÖHUK. m. 2/3). Ayrıca hukuk seçiminin söz konusu olduğu hallerde ise, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulama alanı bulmaktadır (MÖHUK. m. 2/4).

Türk hâkimi, öncelikle yabancılık unsuru taşıyan hukuki işlemin kişi ve aile hukuku kapsamında olup olmadığını tespit etmelidir. Bu konudaki vasıflandırmasını Türk Hukuku'na göre yapacak olan hâkim, MK.'da kişi ve aile hukuku kapsamında düzenlenen konularda atfı uygulamak zorunda kalacaktır. Bu konuda hâkime bir takdir yetkisi verilmemiştir. Atfın uygulanması gereken yerde uygulanmaksızın uyuşmazlığın çözülmesi HMK m. 371/1 gereği hukukun yanlış uygulanması sebebiyle bozma sebebi teşkil edecektir. Ayrıca bu durumda milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti de zedelenmiş olacaktır.

Kişi ve aile hukukuna giren uyuşmazlıklar MÖHUK. kapsamında sırasıyla ehliyet; vesayet, kısıtlılık, kayımsızlık; gaiplik veya ölmüş sayılma; nişanlılık; evlilik ve genel hükümleri; boşanma ve ayrılık; evlilik malları; soybağının kurulması; soybağının hükümleri; evlat edinme ve nafakadır. Bu konularda atfı uygulama alanı bulabilecektir. Ancak evlilik mallarına ilişkin uyuşmazlıklarda hukuk seçimi yapılmışsa, taraflarca aksi kararlaştırılmadıysa bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. İkinci istisnayı ise soybağı konusu oluşturmaktadır.

Atfın uygulanabilmesi için en temel şartlardan biri, uygulanacak hukukun yabancı hukuk olmasıdır. Yoksa, MÖHUK uyarınca tespit edilen hukukun Türk Hukuku olması halinde, atfın söz konusu olması gibi bir durum yoktur.

Milletlerarası sözleşmelerde uygulanacak hukukun tespit edildiği hallerde atfın uygulanabilmesi için, tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerekeceği ifade edilmektedir. Bu nedenle açıkça sözleşme uyarınca belirle-

nen hukukun, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanabilmesi için, sözleşmede bu konuda açıklık olması, tereddüt yaşanması halinde ise, atfın kabul edilmemesi gerekmektedir.

Kanaatimizce atf prensibi milletlerarası özel hukukun en sıkıntılı konularından biridir. Mahkemeler çoğu zaman atfı uygulamamış, kimi zaman ise yanlış değerlendirmiştir. Doktrinde de konunun bütün noktalarında uzlaşmış bir görüş birliği yoktur. Her ne kadar atfın taraflarla en sıkı ilişkili hukuksu tespit etmeye hizmet ettiği ileri sürülse de kanaatimizce bu durumu kesin olarak ifade etmek yanlıştır. Atfın uygulanması tarafların bir hukuki uyuşmazlıkta hangi hukukla karşı karşıya kalacaklarını bilmemeleri sonucunu doğurmaktadır. Hukukçuların bile uygulamak konusunda sıkıntı yaşadığı yabancı hukukların, vatandaşlar açısından tam bir belirsizlik olduğu ortadadır. Ayrıca atf, bir kanun hükmü olarak yer aldığından hâkimlerin atfı uygulanması gereken bir konuda uygulamaması bozma sebebi teşkil edecektir. Böylelikle davalar çok uzun zaman devam edebilecektir. Ancak, bu haliyle kaldığı müddetçe yapılabilecek bir şey yoktur.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da bir değişiklik yapılarak atfın uygulanması istenen konularda hâkime takdir hakkı bırakılması kanaatimizce tercih edilebilecek bir yol olabilir. Ancak atfın gene de kişi ve aile hukuku kapsamında olan konularla sınırlı olması esası benimsenmelidir. Sadece bu sınırlamaya miras hukuku alanının da eklenmesi düşünülebilir. Hakime tanınan takdir hakkı, takdir hakkının tanınmasının istendiği uyuşmazlıklar açısından maddelere bir fıkra eklenmesi suretiyle yapılabilir ya da genel bir hükümle düzenlenebilir. Örneğin, soybağının kurulması konusunda, MÖHUK. m. 16'ya ikinci bir fıkra eklenerek; "hâkim uygulanacak hukukun bir bütün halinde uygulanıp uygulanmaması konusunda takdir hakkına sahiptir" ifadelerine yer verilebilir. Böylelikle amacının çocuğun bir şekilde soybağının kurulmasına hizmet ettiği ileri sürülen madde daha elverişli bir hal almış olur. Zira, bu maddede atfın tamamen reddedilmesi halinde, belki de atfın uygulanması sonucu çocuğun soybağı kurulacakken, soybağının kurulması engellenmiş olur. Tam tersi olarak da atfın kabul edilmesi halinde de yetkili yabancı hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması halinde soybağı kurulabilecekken, atfın uygulanması ile çocuğun soybağının tesis edilmesi engellenmiş olabilir.

Bir üst paragrafta önermiş olduğumuz şekilde bir fıkranın MÖHUK.'a eklenmesi, sadece atfın uygulanıp uygulanmaması noktasında tartışmaların yoğunlaştığı soybağı konusuna yönelik bir çözüm getirmeye elverişli olabilir. Halbuki diğer alanlarda da yaşanabilecek sıkıntıların önüne geçmek amacıyla hâkime takdir hakkı veren hükmün MÖHUK. m. 2/3 hükmüne dahil

edilerek genel hüküm niteliğine getirilmesi ya da İngiliz Hukuku'nda olduğu gibi atfin uygulanmasının talebe bağlı olması esası benimsenebilir. Ayrıca kimi zaman atfin uygulanması, düşünüldüğünün aksine taraflarla hiçbir ilişkisi olmayan bir hukukun uygulanmasına sebebiyet de verebilir. Taraflarla gerçek bir ilgisinin olmaması halinde de atfin uygulanmasından vazgeçilebilmesinin tek hali, bu konuda hâkime takdir yetkisi verilmesidir¹³¹. Bugünkü uygulama için ise, hâkimin takdir yetkisini kullanarak atfi uygulaması ya da uygulamaması söz konusu değildir.

¹³¹ Atfin uygulanması konusunda hâkime takdir yetkisi verilmesi doktrinde eleştirilmiştir, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 136-137.

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya/DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.

ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2001.

ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: “Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 22, Sayı: 2, Yıl: 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan (Atıf).

AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul 2005.

AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Baskı, İstanbul 2008 (2008).

AYGÜN, Musa: “Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, Sayı: 3, Yıl: 2012.

BRIGGS, Adrian: The Conflict of Laws, New York 2002.

CARRUTHERS, M. Janeen: The Transfer Of Property In The Conflict Of Law, New York 2005.

CLARKSON, CMV./ HILL, Jonathan: Jaffey on the Conflict of Laws, Second Edition, London 2002.

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

ÇELİKEL, Aysel: “Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda “Atıf” Prensipli’nin Uygulanması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 2, Yıl: 3, 1983.

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

DANIEL, Berlingher Remus: “The Renvoi in Private International Law”, International Journal of Social Science and Humanity, Vol. 3, No. 1, January 2013.

DARDAĞAN-KİBAR, Esra, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan.

DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile: “Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 2011/1.

DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013.

DOĞAN, Vahit: “Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C: 6, Yıl: 1998, Sayı: 1-2 (Atıf).

EKŞİ, Nuray: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, İstanbul 2013.

GİRAY, Faruk Kerem: “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 2, Yıl: 2011, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan.

GIRSBERGER, Daniel/HEINI, Anton/ KELLER, Max/KOSTKIEWICZ, Kren, Jolanta/SHIER, Kurt/VISCHER, Frank/VOLKEN, Paul: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Bası, Zürich 2004.

GRISWOLD, N. Erwin: “Renvoi Revisted”, Harvard Law Review, Volume LI, 1937-1938.

GÜNGÖR, Gülin: Tabiiyet Hukuku, Ankara 2012.

NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul 2013.

NOMER, Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009.

NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal: Devletler Hususi Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2006.

NORTH, Peter/ FAWCETT, JJ: Cheshire and North’s Private International Law, Thirteenth Edition, 2004.

LARKINS, Christopher: “Explain What a “Renvoi” is and Why it is Excluded under the European Choice of Law Rules”, ectil.org/.../Christopher-Larkins---Renvoi.aspx.

SADROLEŞRAFI, Ali: “Devletler Özel Hukuku’nda Genel Olarak Atıf Teorisi (Renvoi)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3 Sayı: 1-2, Yıl: 1987, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı.

SCHREIBER, Ernst Otto: “Doctrin of the Renvoi in Anglo-American Law”, 31 Harv. L. Rev. (1917-1918).

SEVİĞ, Vedat Raşit: “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atıf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 1 Yıl: 1982.

ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, TBB Dergisi, Sayı: 87, Yıl: 2010.

TEKİNALP, Gülören: “Akdi İlişkilere Uygulanacak Hukuk (MÖHUK. m. 24) ve Zımni Hukuk Seçimi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 1985, Sayı 5.

TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal: Avrupa Birliği Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul 2000.

TEKİNALP, Gülören/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011.

ULUOCAK, Nihal: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1987.

ULUOCAK, Nihal: “Evlenmenin Şekli Geçerliliğinde “In Favorem” Atıf Uygulaması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 2, Yıl: 4, 1984.

UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: “Avrupa Birliği’nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan.

UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: “Yeni MÖHUK’a Göre Soy Bağı İlişkinde Uygulanacak Hukuk Sorunu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/2.

WILD, Charles: Conflict of Laws, 150 Leading Cases, London 2003.

YILMAZ, İlhan: “Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2001, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan.