

## DEVLETLER ÖZEL HUKUKU'NDA GENEL OLARAK ATIF TEORİSİ (RENOI)

Dr. Hüseyin Ali SADROLEŞRAFI\*

### I- GENEL BİLGİLER

Bilindiği üzere, Devletler Hususi Hukuku ilişkilerinde (yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk nitelikli olaylarda) yabancı hukukun yetkilendirilmesi, hakimin kanunlar ihtilafı kuralları sistemi tarafından yapılmaktadır.

Bu anlayışa göre, yabancı kanun, varlık ve hukuk olma karakter ve kaynağını kendi kanun koyucusundan almakta; fakat başka bir ülkede kendi sınırları dışında uygulanma olanağını mahalli hukuktan ve onun kanun koyucusundan elde etmektedir. Bundan dolayı, hakimin D.H.H. kurallarınca yetkilendirilen ve uygulanması istenen yabancı kanun bir yabancı hukuk normu ve nosyonu olarak tatbik edilir. D.H.H.da yabancı hukuka tanınan bu nosyon ve nitelik onun iki vasfını ortaya koyar. Bir yandan yabancı hukuk normunun bir vakıa olmadığını, herhangi bir hukuki vakıa gibi uygulanmadığını, öbür yandan, mahalli hukuk kuralı olarak da tatbik edilmediğini gösterir.

### II- ATFIN ORTAYA ÇIKIŞI

İşte hakimin kanunlar ihtilafı sistemi tarafından yabancı hukukun yetkilendirilmesi, bir çok önemli sorunun ortaya çıkmasının yanı sıra, bazen D.H.H.da "atıf" (Renvoi) diye bir problemin de doğmasına sebep olmaktadır. Bu husus ise, yabancı hukukun yetkilendirilmesi olayından kaynaklanmakta olup, onunla ilgili bulunmaktadır. Başka bir ifade ile; bunun nedenini ve temelini yabancı hukukun yetkilendirilmesinin niteliği ve nevi teşkil etmektedir. Zira DHH.da

---

\*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi nde Öğretim Görevlisi

yabancı hukukun yetkilendirilmesi (hakimin kanunlar ihtilafı kuralları tarafından yabancı hukuka yapılan atıf (1)) değişik biçimlerde olabilmektedir.

Daha açık bir deyişle iki şekilde olabilmektedir.

1- Ya yabancı hukuka yapılan gönderme sadece iç maddi hukuk kurallarının yetkilendirilmesi (doğudan doğruya maddi norma havale) şeklinde olabilmektedir.

2- Ya da yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına (yabancı hukuk nizamının bütününe = genel atıf (1) tarzında) yapılmaktadır.

İlk durumda atıf konusu ortaya çıkmaz. Zira, ihtilafı doğrudan doğruya çözecek maddi norm hemen tespit edilmiş olacaktır. Böylece bu tarzda yabancı hukukun yetkilendirilmesi atıf probleminin sahasına girmez ve onun dışında kalır. Çünkü; bu şekilde yabancı hukukun yetkilendirilmesinden sözkonusu hukukun ilgili maddi hukuk kurallarının uygulanmasının kastedildiği anlaşılakta ve amaçlanmaktadır. Bu nedenle, adı geçen hukukun ihtilaf kuralları üzerinde durulmaz ve eğer varsa, yaptığı atıf göz önüne alınmaz.

İkinci durumda ise; (Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına doğrudan doğruya yapılan göndermede) atıf problemi ortaya çıkabilir. Şöyleki; hakimin hukuku tarafından yetkilendirilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları muhtemelen başka istikamette, ayrı hedeflere yönelerek, değişik kanunlara yetki vermiş olabilir.

#### *Bu İhtimallere Göre*

A) Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları kendi maddi kurallarına yetki verip, bizzat kendi iç maddi hükümlerinin uygu-

(1) Burada atıf terimi DHH. daki teknik manada kullanılmış olmayıp genel sözlük anlamında kullanılmıştır. DHH. da teknik anlamda atıf ve ona ilişkin teori ve problem, hakimin kanunlar ihtilafı kuralları tarafından yetkilendirilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları alanında ortaya çıkmakta ve gerçekleşmektedir. Lex Fori'nin DHH. kuralları tarafından yabancı hukuka yetki verilmesi bir gönderme (havale) veya bir yetkilendirme ve görevlendirme olup, teknik şekilde atıf değildir.

Türk doktrininde değerli hocam Prof. Dr. **Ergin NOMER**'in, muhtemelen bir yerde maddi hukuk kaidelerine göndermeyi atıf olarak benimsedikleri anlaşılıyor ise de (Devletler Hususi Hukuku, 5. bası, İstanbul 1988, s. 89) bilahare "Renvoi"yi ilgili özel başlıkta "İade-atıf ve Devam eden-atıf" karşılığı kullanılarak söz konusu tereddüt giderilmektedir (a.g.e., s. 152).

lanmasını ister. Bu haldede, yine teknik anlamda atif sorunu mevcut değildir. Çünkü; hakimın DHH. kurallarınca uygulanmak istenen maddi hukuk nizamı ile yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kaideleri uyarınca benimsenen maddi hukuk nizamı aynı olup, eşitlik ve beraberlik arz etmektedir. Bundan dolayı bu vaziyette atif problemi ortaya çıkmaz.

B) Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları üçüncü bir devletin hukuk kurallarına atıfta bulunarak ona yetki verir. Bu atif haline devam eden atif denir. (2)

C) Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları yeniden yargıcın hukuk nizamına atıfta bulunarak ona yetki verebilir. Bu çeşit atıfta "iade atif-geri gönderme" denilmektedir. (3)

Birinci şık hariç, diğer iki şık (B ve C) gerçek anlamıyla atif problemi ile ilgilidir. Gerçekten, son iki şıkta teknik anlamda bir atif sorunu mevcuttur. Zira, söz konusu iki durumda, yargıcın DHH. sistemince uygulanmak istenen hukuk kuralı ile yetkili yabancı hukukun ihtilaf kuralları tarafından bilahare yetki verilen hukuk nizamı aynı olmayıp, farklılık göstermektedir. (4)

Hemen önemle belirtelim ki, gerek devam eden atıfta olsun, gerekse iade atif da olsun, yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları tarafından başka bir hukuk nizamına atif (üçüncü ülke hukukuna atif) yukarıda belirtildiği üzere iki türlü olmaktadır.

a) Yetkili yabancı hukukun üçüncü devletin hukukuna atfı, doğrudan doğruya iç maddi hukuk nizamına olur. Bu takdirde atif

- (2) Doktrinde bu çeşit atıfta iki dereceli atıfta (Renvoi au Second degre) denilmektedir. Örneğin bkz. **Çelikel Aysel**, Milletlerarası Özel Hukuk (Genel Kurallar) İst. 1984, s. 133; **Ameri, Cevat**, Hukuk-e Belnemilel-e Hususi, Tahran 1351, s. 136; **Nasiri, Mahemmed**, Tearuz-e Kavanin, Tahran, 1351—1352, s. 46; **Göger, Erdoğan**, Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı), 4. bası, Ankara 1977, s. 65—69; **Berki, Osman Fazıl**, Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafı, 2. bası, Ankara 1971, s. 31; **Seviğ, Muammer Reşit/Vedat Raşit**, Devletler Hususi Hukuku, 3. bası, İstanbul 1962, s. 389—400.
- (3) Bu çeşit atıfta da bazı hukuk yazarları bir dereceli atif (Renvoi au premier degre) demektedirler. Bkz. **Çelikel, Aysel**, a.g.e. s. 132; **Ameri**, s. 136; **Nasiri** s. 46 vd. **Göger**, a.g.e., s. 63—65; **Berki**, a.g.e., s. 31; **Seviğ**, M.R./V.R., a.g.e., s. 389—400.
- (4) Genel Bilgi için bkz. **Nomer**, a.g.e., s. 152 vd.; **Çelikel**, s. 123—149; **Ameri**, s. 135 vd.; **Nasiri**, s. 45 vd.; **Göger**, s. 59—75; **Berki**, s. 29—36, **Seviğ**, M/V., s. 389—400; **Uluocak, Nihal**, Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971, s. 203—213.

artık kesilerek stop eder ve uygulanacak maddi hukuk normu tayin edilmiş olur.

b) Yetkili yabancı hukukun atfı, doğrudan doğruya üçüncü devletin kanunları ihtilafı kurallarına atfı şeklinde olur. Bu takdirde ise atfı kesilmeyip, atfı yapılan (gönderilen) devletin kanunları ihtilafı kurallarının takındığı tarza göre devam edip, gidebilir. Bu da bir takım önemli sorunlar yaratacağı için devam eden atfın bir yerde kesilmesi ve durması gerekir.

İşte DHH.'da atfı teorisi bu hususlarla ilgilenebilmektedir. Gerek doktrin ve gerek tatbikat ve mevzuatta bu gibi mahzurlara meydan vermemek için çeşitli görüşler ileri sürülerek muhtelif önlemler düşünülmüştür.

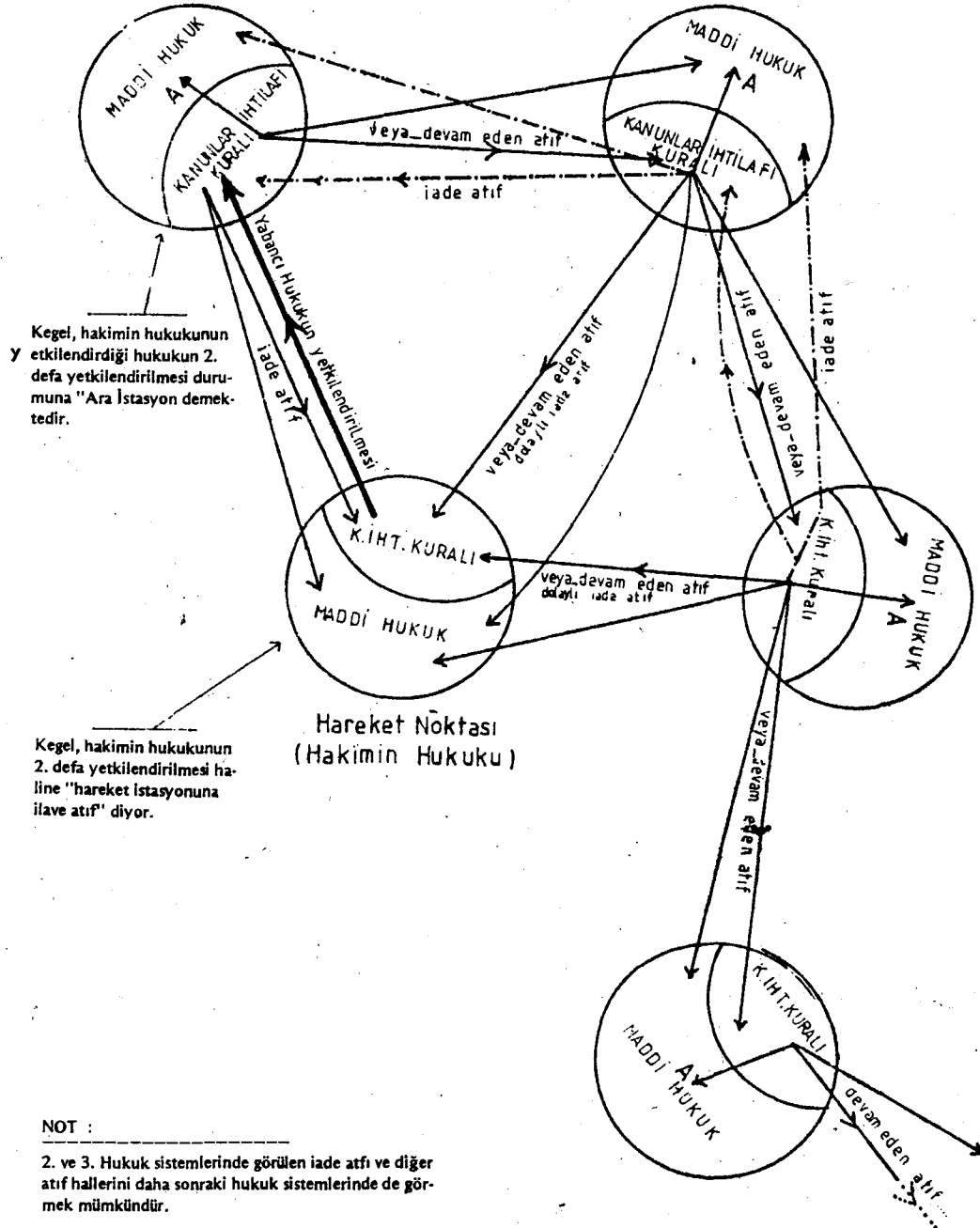
Türk DHH.'da da kanun koyucu atfı teorisini benimserken değışilen mahzuru önlemek için önlem almış ve ortalama bir yol tutmuştur. (Milk. m. 2/ II).

Devletler Özel Hukukunda atfı teorisinin benimsenmesi nazari olarak şu şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu görüntüyü şematik olarak şöyle gösterebiliriz.

Şemadan kolayca anlaşıldığı üzere atfı probleminin ortaya çıkabilmesi için hakimin hukukunun (Lex Fori'nin) göndermesi, behemehal yabancı hukukun kanunları ihtilafı kurallarına olmalıdır. Aksi takdirde, yani kanunları ihtilafı kurallarına değil de doğrudan doğruya iç maddi hukuk normlarına gönderme şeklinde olursa teknik anlamında atfı problemi ortaya çıkmaz.

Ancak hemen önemle belirtelim ki, teknik anlamda atfı probleminin ortaya çıkmasına her ne kadar ilk başta hakimin DHH.sistemi yol açmakta, kısaca; hakimin hukuk nizamından kaynaklanmakta ise de, esasında atfın DHH. anlamında somut olarak gerçekleştiği nokta ve yer hakimin hukuku tarafından yetkilendirilen yabancı devletin DHH.nizamıdır. Başka bir ifade ile; atfı sorunu kendi varlığını yetkili yabancı ülkenin hukuk alanı içinde göstermekte ve benliğini orada bulmaktadır. Kısaca atfı Probleminin doğuşuna –müşahhas olarak– yetkili yabancı hukukun kanunları ihtilafı sistemi sebep olmakta ve ondan doğmaktadır.

Ayrıca şemadan da açıkça görüleceği üzere; atfı halinde (devam eden atfı–iade atfı) atfıta bulunan yetkili yabancı hukuk, atfıta bulun-



duğu hakim'in veya üçüncü devletin hukuk hizamına iki şekilde atf yapabilmektedir. Şöyleki; ya direkt maddî norma veya kanunlar ihtilafı kurallarına atıfta bulunur.

a) Atıf, üçüncü devletin maddî hukuk nizamına yapıldığı takdirde atıf hemen durur ve ihtilafa uygulanacak maddî hukuk hükümüne ulaşır.

b) Eğer atıf doğrudan doğruya, üçüncü devletin kanunlar ihtilafı kurallarına yapılırsa, atıf devam edebilir ve maddi hukuk nizamına varış gecikebilir.

Bilahare devam eden atıf sonucu üçüncü devletin veya daha sonraki ülkelerin hukuk nizamının hakim hukukuna (Lex fori'ye = hareket noktası hukukuna) yaptıkları atıf "dolaylı iade atıf" olarak da adlandırılabilir.

Sözlerimize son vermeden önce hemen önemle belirtelimki (A) ile işaretlenen bütün durumlarda, üçüncü devletin kanunlar ihtilafı sistemine atıf yapılmakla beraber, yine de tatbik edilecek maddi hukuk normuna ulaşılmaktadır.

TÜRK HUKUKUNDA; 1982 tarihli 2675 sayılı MİLK'in kabul edilmesinden önce yürürlükte olan 1330 (1915) tarihli "Türkiye'de bulunan yabancıların hukuk ve vazifeleri hakkında muvakkat kanun" da atıf konusunda bir hüküm yoktur. Ancak, Ticaret Kanununda poliçe, çek ve bonolar hakkında ehliyet konusunda özel hükümler düzenlenmiştir. (TTK.m. 678, 690 ve 730) Doktrinde genellikle atfın lehinde muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Yargıtay ise, 1944 tarihli bir kararında atfı benimsemiştir. (5)

Nihayet Milk.da atıf teorisi açıkça yer almıştır. Kanunun m. 2/ II de düzenlenen bu genel hüküm aynen şöyledir. "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır." (6)

Kanunun bu düzenlenmesine dayanarak şu hususları belirtmemiz mümkündür.

Bu hükmün açık ifadesinden Türk Hukukunda yabancı hukukun yetkilendirilmesinin maddi hukuk nizamına gönderme şeklinde değil, doğrudan doğruya kanunlar ihtilafı kurallarına yapıldığı anlaşılmak-

- (5) 1.1.1944 tarihli Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin söz konusu kararı için bkz. **Berki/ Ergüney**, Yabancılar Hukuku ve Kanun ihtilaflarıyla ilgili Yargıtay kararlarının Tahlil ve İzahları, Ankara 1963, s. 105—106; **Nomer**, s. 162 dipnot.
- (6) Türk Hukukunda atfın ve sözkonusu maddenin uygulanması için bkz. **Seviğ, 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 (MHB)." İst. 1982, sayı 1, s. 15—16; **Çelikel** "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda "Atıf" Prensiplerinin Uygulanması", MHB, İst. 1982, Sayı 1, S. 1—4; **Uluocak, Nihal**, a.g.e., s. 211—213; **Göger**, s. 74—75; **Berki**, s. 34—37.

tadır. Bundan dolayı yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı sistemi göz önünde bulundurulacağından, atfın gerek iade hali olsun, gerekse devam eden durumu olsun Türk Hukukunda geçerli olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Zira, maddede iade atfı ve devam eden atfı yasaklayan herhangi bir sınırlayıcı hüküm mevcut değildir.

Kanun koyucu ayrıca atfın yukarıda değinilen sakıncalarına yer vermemek ve devamının kesilmesini sağlamak için kendi bakımından önlem almış olup yetkili yabancı hukukun bu atfının her halükârda "maddi norm" atfı şeklinde kabul edileceğini belirtmiştir. Bu itibarla, Hukukumuzca yetkilendirilen yabancı hukukun DHH kuralları başka bir hukuk nizamına atıfta bulunması halinde, bu atfı tarafımızdan -o hukukun atfı sistemine bakılmaksızın- maddi norm atfı biçiminde kabul edilecektir. Bunundan dolayı yetkili yabancı ülkenin DHH kaidelerinin bu yönden araştırılmasının, Türk hukuku bakımından pratik önemi yoktur. Zira, yabancı hukukun üçüncü hukuka yaptığı atfı, onun atfı sistemine bakılmaksızın, Türk hukukunda mutlaka maddi norm atfı şeklinde yorumlanacak ve kabul edilecektir.

## **A General View: Theory of Renvoi In International Private Law**

### **SUMMARY**

*As it is in obvious relations and problems of international private law discernment to foreign laws becomes possible by the local judiciary system. In this case the foreign laws source and judicial identity belongs to the country of origin that has given it the judicial power of inactment in a foreign country out of its legal borders becomes possible by the local law and its judiciary system of laws. Therefore the foreign law that its inactment takes place by the usage of international private laws of the local judiciary system becomes the norm of a foreign law.*

*This notion of foreign law in international private law shows its two main characteristics. In one hand its inactment is not a daily judicial event. On the other hand its inactment is not like any of the local laws practiced. This competence of foreign laws by the local judiciary system creates an importment problem in international private law namely "Renvoi" (to have recourse). This problem of having recourse is directly related and, has its resource to the competence it is given. In other words the main bases to this problem lies in*

*essense to the competence given to the foriegn law. Because in international private law to give competence to the foriegn laws is the recourse (renvoi) given to it by the ruling conflict of laws and it has different forms. Simply it is possible in two ways.*

*1- Either the renvoi given to the foriegn law in the shape of giving competence to the local laws.*

*2- Or becomes a law of the foriegn conflict of laws is to turn into general system of foriegn laws = to have a generalrenvoi.*

*In the first case the problome of a renvoi doesn't appear because of its materialistic norm problome the gets directly solved and confirmed, Therefore to give competence to the Foriegn law doesn't enter the problem of giving renvoi and stays out of its boundary. In the second case the problem of having a rengoi appears in the shape of a renvoi given by the local judiciary system to a foriegn law and possibly, because of its resistance it has been redirected to other targets and has given competence to a series of other laws.*

*In short the reason for problem of renvoi (recourse) specifcly arisses from conflict of foriegn laws and has been born from it. In Turkish law there has been doctorines for the theory of renvoi from the old times. Finaly in article II of "MILK" law dated 1982 the renvoi has been totaly accepted.*