

KODİFİKASYON

- AVRUPA ORTAK SATIM HUKUKU ARİFESİNDE KITA AVRUPASI DENEYİMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ-

Reinhard Zimmermann, Hamburg*

Çev.: Yard. Doç. Dr. Ece Baş Süzel, Meliha Sermin Paksoy**

1. Kodifikasyon Fikri
2. Kodifikasyon Kavramı
3. Tarihi Koşullar
 - (i) Modern devletin doğuşu
 - (ii) Siyasi birliğin simgesi
 - (iii) Kültürel homojenlik
 - (iv) Roma hukukunun otoritesinin zayıflaması
 - (v) Hukuki çoğulculuk
 - (vi) Aydınlanmış yönetim
 - (vii) “Hakkaniyet hukuku”
 - (viii) Hukukun üstünlüğü
4. Tarihsel okul ve Alman Medeni Kanunu
5. Efsaneler ve yanlış kanılar
 - (i) Bilge hukukçuların vazgeçilmezliğinin devamı
 - (ii) Kodifikasyon metnini kim kaleme alıyor?
 - (iii) Kodifikasyonun var olanı tekrar etmesi
 - (iv) Hukuk bilimi için bir “hapishane hücresi” mi?
 - (v) Kodifikasyon ve hukuk kültürü
 - (vi) Dikey ve yatay ayrımcılık
 - (vii) Günümüzde “hukuk tarihi bilimi”
 - (viii) İdeal bütünlük – özel hukukun iki algısı?
6. Ulusaldan Avrupa düzeyine
7. Avrupa düzeyinde kanunlaştırma meselesi
 - (i) Avrupa hukuk düzenine çeki düzen vermek
 - (ii) Anayasal işlev?

* Bu makale, 24 Mayıs 2012 tarihinde Tayvan’da gerçekleştirilen Milletlerarası Karşılaş-
tırmalı Hukuk Akademisi konferansının açılış konuşmasının da esasını oluşturmuştur.

** Çevirenler: Yrd. Doç. Dr. Ece Baş Süzel, LL.M., İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hu-
kuk Anabilim Dalı; Av. Meliha Sermin Paksoy, LL.M., İstanbul Üniversitesi Sosyal Bi-
limler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi

- (iii) Devletin oluşum sürecinin bir parçası?
 - (iv) Ticareti kolaylaştırma?
 - (v) Kanunlaştırma ve hukuk doktrini
 - (vi) Kanunlaştırma ve hukuk doktrini(devamı)
 - (vii) Kanunlaştırma ve mahkemeler
 - (viii) Yapısal ve usuli noksanlar
8. Müzakereyi artırmak ya da sınırlandırmak?

1. Kodifikasyon, Franz Wieacker'in ifadesi ile "Orta ve Batı Kıta Avrupası hukuk kültürünün, kazanılması ve savunulması zor olan, eşsiz bir eserdir"¹. Max Weber'e göre, kodifikasyon, özellikle Avrupa'nın hukuk alanında rasyonellik arayışının doruk noktasını oluşturmuştur². Pio Caroni, kodifikasyonun, bir dönüm noktası oluşturduğunu ve Avrupa hukuk tarihinde yeni bir dönem başlattığını düşünmektedir³. Kodifikasyon dönemi, aslında, modern hukuk düzenini karakteristik olarak biçimlendirdiği gibi hâlâ büyük oranda hukuki düşünce yapımızı da belirler⁴. Önceleri "codex" kavramı, yazım için kullanılan bir madde ile kaplanmış ve kitapçık haline gelecek şekilde bir araya getirilmiş ahşap tabletlerden oluşan bir set ifade etmekteydi⁵. Hukuk kitabı veya kanun derlemesi anlamında "Codices" insanlık tarihi kadar eskidir: *Hammurabi Kanunları*, *On İki Levha Kanunları*, *Theodosius Kanunları*⁶, *Barbarların Kanunları*

¹ Franz Wieacker, *Aufstieg, Blüte und Krise der Kodifikationsidee*: Festschrift für Gustav Boehmer (1954), 34 (Bu dipnotunda ve makalesinin kalanında aksi belirtilmedikçe, R.Z.'nin İngilizce tercümesinden Türkçe'ye tercüme edilmiştir).

² Max Weber, *Die Entwicklungsbedingungen des Rechts*, *idem*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 3. Cilt: *Recht* (ed. Werner Gephart, Siegfried Hermes, 2010) (= Cilt I/22-3 Weber'in çalışmalarının tüm nüshası), 569 vd.

³ Pio Caroni, *Gesetz und Gesetzbuch: Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte* (2003), viii.

⁴ Aynı konuda önceki fikirler için bkz. Reinhard Zimmermann, *Codification: History and Present Significance of an Idea*, (1995) 3 *European Review of Private Law* 95 vd. Yakın zamandaki incelemeler için bkz. Pio Caroni, *Kodifikation: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (= HRG, Cilt II, 1978), cols. 907 vd.; *idem*, *Kodifikation: Enzyklopädie der Neuzeit* (cilt 6, 2007), cols. 855 vd. ("devrimci başkalaşım"a istinaden); Barbara Dölemeyer, *Kodifizierung/Kodifikation: Der Neue Pauly: Enzyklopädie der Antike (Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte)* (vol. 14, 2000), cols. 1003 vd.; Jan Peter Schmidt, *Codification*, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law (MaxEuP)* (2012), 221 vd. (Jan Peter Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien* (2009), 133 vd.'da yer alan daha geniş bir tartışmaya dayanmakta); Nils Jansen, Lukas Rademacher, *European Civil Code: Jan Smits* (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (2. baskı, 2012), 299 vd..

⁵ Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (1953), 391; Rémy Cabrillac, *Les codifications* (2002), 56 vd. (*codex* teriminin yalnızca etimolojik değil, aynı zamanda tarihi anlamı için bkz.).

⁶ Güncel kavram için bkz. Inge Kroppenber, *Der gescheiterte Codex: Überlegungen zur Kodifikationsgeschichte des Codex Theodosianus*, (2007) 10 *Rechtsgeschichte* 112. Bununla birlikte, Kroppenber, kodifikasyon kavramını, *Codex Theodosianus* veya XII Levha Tabletleri gibi dokümanları da kapsamı için kullanır: *Mythos Kodifikation – Ein rechtshistorischer Streifzug*, [2008] *Juristenzeitung* 910 (n. 109). Pio Caroni, (De)Kodifikation: wenn historische Begriffe ins Schleudern geraten: Karel V. Maly, Pio Caroni (ed.), *Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen*

olarak anılan *Decretum Gratiani*, *Sachsenspiegel*⁷, *Siete Partidas* ve diğerleri⁸. Ancak Weber, Wieacker ve Caroni'nin anladığı şekliyle, modern kanunlaştırma olgusu aydınlanma çağının⁹ ürünüdür ve asıl tezahürleri 1974 tarihli Prusya Genel Kanunu (*Preußisches Allgemeines Landrecht*), 1811 tarihli Genel Avusturya Medeni Kanunu (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch = ABGB*) ve 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'dur (*Code civil*). Fransız Medeni Kanunu, Hollanda (1838), İtalya (1865), Portekiz (1867) ve İspanya (1988-89) özel hukuklarının kodifikasyonunda model teşkil etmiştir. Kanunlaştırma çalışmalarında ikinci dalga ise Almanya (1900), İsviçre (1881/1911/1937: Borçlar Hukuku [*Obligationenrecht = OR*], 1907/1912: Medeni Hukuk [*Zivilgesetzbuch = ZGB*]) ve Yunanistan'da (1946) görülmüştür¹⁰. İtalya (1942), Portekiz (1967) ve Hollanda da (1970'ten sonra) özel hukuklarını yeniden düzenlemiştir¹¹. Avusturya (1914-1916) ve Alman (özellikle 2002'de) kanunları üzerinde büyük reformlar gerçekleştirilmiş ve hatta benzer reform çalışmaları bugünlerde Fransa ve İspanya'nın da gündemini oluşturmaktadır¹². (Alman Medeni Kanunu (BGB) bilindiği üzere Prusya Kanunu'nun yerine geçmiştir.) Kodifikasyon hareketleri, orta, batı ve güney Avrupa'dan dünyanın diğer bölgelerine, özellikle doğu ve güneydoğu Avrupa, Doğu Asya, Latin Amerika, Afrika'nın frankafon ülkeleri ve İsrail, Quebec ve Louisiana'nın karma yapılı hukuk sistemlerine sıçramıştır.

Bu modern kanunlar pek çok açıdan farklılaşmaktadır¹³. Gerçi hepsi, büyük ölçüde, genel anlamda özel hukuku ele alırlar; ancak kimi zaman (İtalya'da olduğu gibi) ticaret hukukunu¹⁴ ve hatta bazen (Prusya kanununda olduğu gibi) kamu hukukunu da kapsarlar. Genellikle (bir dizi) komisyon tarafından hazırlanan taslak birçok kez değiştirilir, ancak bazen (İsviçre'de olduğu

Rechtsentwicklung (1998), 32 vd. bunu modern kavramların tarih dışı bir yansıması olarak eleştirmektedir. („...eğer kavram çırpınmaya başlarsa“). Kodifikasyon kavramının daha geniş kullanımı ve teknik olmayan algısı için bkz. Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 63. Yazar, kavramı şu şekilde tanımlamayı teklif etmektedir: “kodifikasyon kavramının değişmez özü, bir forma sokulmuş hukuk kurallarının bütününden ibarettir” ve kodifikasyon kavramı için “hukuk kurallarının bir bütün içerisinde forma sokma çalışması” (Jacques Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle: Essay de définition* [1967]'e dayanmaktadır).

⁷ Son ikisi hakkında, günümüzdeki anlamı için bkz. Nils Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective* (2010), 21 vd.

⁸ Genel bir bakış için bkz. see Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 10 vd.

⁹ Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 33, “kodifikasyonun altın yüzyılı”na atıfta bulunmaktadır.

¹⁰ Dünyanın büyük bölümüne yayılan kodifikasyon hareketi için bkz. Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 40 vd.; MaxEuP/Schmidt (n. 4), 222 vd.

¹¹ Yeniden kanunlaştırma ile ilgili sorunlar hakkında bkz. Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 107 vd.

¹² John Cartwright, Stefan Vogenauer, Simon Whittaker (ed.), *Reforming the French Law of Obligations* (2009); Carmen Jerez Delgado, Máximo Juan Pérez García, *The General Codification Commission and the Modernisation of the Spanish Law of Obligations*, (2011) 19 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 600 vd.

¹³ Ayrıca krş. J. Fr. Behrend, *Die neueren Privatrechts-Codificationen: Franz von Holtzendorff* (ed.), *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* (part I, 1870), 229 vd. (Kodifikasyonlar „hukuki yeterlilik, amaç, kavram ve boyut ile ilgili olarak oldukça farklı olabilir“).

¹⁴ Bkz. Jan Peter Schmidt, *Code Unique: MaxEuP* (n. 4), 210 vd.

gibi) bireysel bir dehanın ürünü olurlar¹⁵. Çoğu zaman, bir bütünlük içinde, belirli bir zaman diliminde; bazen ise (Hollanda’da olduğu gibi) parçalar halinde kaleme alınıp kısım kısım kanunlaştırılırlar. Çoğunlukla doğrudan uygulanırlar; ancak bazen (İspanya’da olduğu gibi)¹⁶ ülkenin belirli bir kesiminde veya hukukun belli alanlarında yedek olarak (*in subsidio*) uygulama alanı bulurlar.

2. O halde, kelimenin tam anlamıyla modern ve teknik bir kodifikasyonun ortak özelliklerini ne oluşturur? İlk olarak, kodifikasyon bir yasama faaliyetidir; yani varlığı devlet gücüne dayanır. Bununla birlikte, kodifikasyon terimini belirleyen kişi olarak Jeremy Bentham’ın sözleriyle, kodifikasyon, “hukukun bütünü içinden... önemli bir kısmı alıp... bir hamlede buna yeni bir kılıf geçirmektedir”. Dolayısıyla “sıradan bir yasama faaliyetinden oldukça farklıdır”¹⁷. Kodifikasyon, düzenlenmesi gereken bireysel meselelerle ilgilenmez; hukukun bir alanını tümünden kapsar. Örneğin, genel anlamıyla özel hukuk; borçlar hukuku (ticari borç ilişkilerini kapsayacak ya da hariç tutacak şekilde), sözleşmeler hukuku, aile hukuku gibi. Buna ek olarak, bir kodifikasyon kapsayıcı (veya eksiksiz) olmayı amaçlar. İdeal bütünlüğün üç boyutu vardır¹⁸: kodifikasyonda boşluk olmamalı; kabul edilmesinden önce yürürlükte olan genel hukukun yerine geçmeli¹⁹ ve böylelikle hukukun kaynaklarına ilişkin sistemin yeni merkezini²⁰ oluşturmalı (bu nedenle, 1756 tarihli *Maximilianeus Bavaricus Civilis Codex*’i modern bir kodifikasyon değildir)²¹ ve ilgili hukuk kurallarının tamamını bir araya getirmelidir; yani aynı alanda var olan özel düzenlemelerin yanı sıra var olmamalıdır. Ancak hiçbir kodifikasyon, bu ideal bütünlüğü tam anlamıyla sağlayamamıştır²². Diğer yandan, bir kodifikasyon yalnızca bir hu-

¹⁵ Bkz. Cabrillac, Les codifications (n. 5), 214 vd.; Bernd Mertens, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen (2004), 88 vd.; ayrıca Wieacker’in görüşleri ile krş., Wieacker (n. 30), 474.

¹⁶ Bkz. Christian Eckl, Código Civil, MaxEuP (n. 4), 225 vd.; Prusya için bkz. Behrend (n. 13) 236.

¹⁷ Jeremy Bentham, Papers relative to Codification and Public Instruction: John Bowring (ed.), The Works of Jeremy Bentham (vol. IV, 1843), 518.

¹⁸ Mertens, Gesetzgebungskunst (n. 15), 325 vd. Genellikle kodifikasyonların bütünlüğü etkisi üzerine, ayrıca bkz. Cabrillac, Les codifications (n. 5), 105 vd.

¹⁹ Jeremy Bentham’ın tabiriyle (n. 17), 519, “bütünlüklü kapsamı içinde, eski konuyu yokluğa indirgemek” zorundadır; Cabrillac, Les codifications (n. 5), 90: “Dès son entrée en vigueur, le code efface d’un trait de plume le monde juridique qui le precede” [Yürürlüğe girmesi ile kodifikasyon, kendinden önce gelen hukuksal dünyayı elinin tersiyle kenara iter]..

²⁰ Caroni, Gesetz und Gesetzbuch (n. 3), 38.

²¹ Zira Justinianus’un *Corpus Juris*’i, her ne kadar o zamanlar artık mutlak hukuki gerçek olarak kabul edilmese de, hala tamamlayıcı etkisini sürdürmeye devam etmiştir: Wiguläus Xaverius Aloysius Freiherr von Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem (part I, 1759), Bölüm 2, § 9, no. 20.

²² Prusya kodunu kaleme alanlar tarafından bile var olduğu kabul edilen bir takım boşluklar olabilir. 19. yüzyılın ortalarından beri, genel olarak kabul gördüğü üzere, herhangi bir kodifikasyonda boşluk söz konusu olabilir; gerçekten de, Alman Medeni Kanunu’nu (BGB) kaleme alanlar da, bazı soruların cevabını, doktrin ve içtihat tarafından doldurulmak üzere açık bırakmışlardır. Bununla birlikte, modern terminoloji ile ifade edildiği üzere, içsel boşluklar (*internal gap*), kanunun temeli ve onun altında yatan prensiplerle doldurulabilir. – Tüm modern kodifikasyonlar Roma hukukunun tamamlayıcı uygulamasını sona erdirmeyi amaçlar. Ama Avusturya Kanunu hâkime, doğal hukuk ilkelerine atıf yapma yetkisini tanıırken (Avusturya Medeni Kanunu § 7 (ABGB § 7)), İsviçre Medeni Kanunu, hukuki soruna ilişkin bir kural bulunamıyorsa,

kuk alanına özgü kuralların kayıt altına alınması değildir. Kodifikasyon, yasal düzenlemelerin rasyonel bir sisteme indirgenmesi fikrine dayanır²³. Bu nedenle bir kodifikasyon, ilgilendiği konuyu hukuki kural ve kurumlardan oluşan akla uygun, tutarlı bir bütünlük içinde sunmayı amaçlar. Böylelikle hukuk sistemi içindeki uyumu teşvik eder ve daha anlaşılır kılar. Ve hukukun gelişimi adına hem kavramsal araçları hem de fikri temeli sağlar. Dolayısıyla kodifikasyonun üçüncü özelliği onun sistematik yapısıdır. Bu açıdan Jüstinyanus Kanunu ve *Digesta* ya da *Decretum Gratiani*, teknik anlamda Fransız Medeni Kanunu ya da Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch* = *BGB*) gibi kodifikasyonlar değildir.

Iustinianus'un *Institutiones*'i bu bağlamda nasıl değerlendirilebilir? *Institutiones* kapsamlı ve sistematik bir Roma özel hukuku sağlama amacıyla oluşturulmuş ve yaptırım gücüyle donatılmıştı²⁴. Bununla birlikte, bugün *Institutiones*'i kimse bir kodifikasyon olarak nitelendirmemektedir. Bu nedenle, belki de kodifikasyon tanımına bir dördüncü unsurun eklenmesi gerekir. Bu unsur, kodifikasyonda yer alan metinlerin şekline ilişkindir²⁵. *Institutiones* hukuk kitabı niteliğinde olup, "güncel hukuka ilişkin açıklamaların, tarihsel açıklamaların ve hukuk kuramı tartışmalarının karışımı"ndan oluşmaktaydı²⁶. Özellikle, okuyucusunun az ya da çok ikna edici bulacağı hukuki argümanlar sunmaktaydı. Bununla birlikte, kaleme alınış tarzları önemli derecede farklılık gösterse bile modern kodifikasyonlar, akademik tartışmalara katkı sağlamak niyetinde olmadıklarını; fakat uyulmak ve uygulanmak üzere kaleme alındıklarını açıkça belli ederler. Bu suretle, büyük ölçüde²⁷ *lex iubeat non disputet*²⁸

hâkime, örf adet hukukuna ve hâkimin hukuk yaratması yoluna (İsviçre Medeni Kanunu m.1/II) gitmesini öngörür. – "Bütünlük" düşüncesinin doğasında var olan üçüncü boyut ise, yalnızca Prusya Kanunu tarafından büyük ölçüde dikkate alınmıştır. Örneğin, Alman Medeni Kanunu'nun (*BGB*) giriş niteliğindeki hükmünde, esaslı konulara ilişkin 100'e yakın madde, eyaletlerin özel kanunlarında düzenlenmek üzere bırakıldı; ayrıca krş. n. 82 vd'da yer alan metin. Detaylar için, bkz. Mertens, *Gesetzgebungskunst* (n. 15), 326 vd., 336 vd., 344 vd.; Schmidt, *Zivilrechtskodifikation* (n. 4), 134 vd.

²³ Mertens, *Gesetzgebungskunst* (n. 15), 421 vd.; Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (2001), 649; Jansen/Rademacher (n. 4), alt başlık 4.

²⁴ Okko Behrends, *Die Institutionen Justinians als Lehrbuch, Gesetz und Ausdruck klassischen Rechtsdenkens: Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung* (eds. Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler) (Cilt I, 2.baskı, 1997), 279 vd.

²⁵ "Metin bazlı etkenler" hususunda genel olarak, hukuki metinlerin yetkisi ile ilgili (kanunlardan ziyade kanun niteliğinde olmayan kodifikasyonlar hakkında), bkz. Jansen, *Legal Authority* (n. 7), 99 vd.

²⁶ American Law Institute, *Report of the Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law Proposing the Establishment of an American Law Institute*, (1923) 1 *Proceedings of the American Law Institute* 20.

²⁷ Avusturya ve Prusya kodları öğretici bir tarzdan, sıkı kurallar koyan tarzda taslak hazırlanmasına doğru giden geçiş dönemine damga vurmuştur. Prusya kanunundan önceki erken modern yasama (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* of 1756 dahil olmak üzere), "hukukun gücü ile donatılmış ders kitabı" oluşturmak şeklinde tanımlanmıştır. Detaylar için bkz. Mertens, *Gesetzgebungskunst* (n. 15), 312 vd.

²⁸ Bu, Hugh Collins tarafından tasarlanan "Avrupa Medeni Kanunu"nun (*European Civil Code*), kelimenin teknik anlamıyla kodifikasyon olmamasının nedenidir: "detaylı ku-

(Çevirmen notu: “Kanun emreder, tartışmaz.”) ilkesine dayanırlar. Dolayısıyla kodifikasyonun, hukuk kuralları ve yargı kararlarının resmî bir derlemesi veya daha önce hukuk doktrininde yazılanların özetlenmesinden ziyade “özel bir vesile ile hazırlanmış yeni bir metin”²⁹ olarak tanımlandığına vurgu yapılmalıdır.

3. Kodifikasyon 18. yüzyılda ortaya çıkan ve bu yüzyılın sonundan itibaren uygulanan tarihi bir olgudur³⁰. Acaba bu gelişmeye sebep olan tarihsel koşullar hangileridir? (i) Kodifikasyon fikri, yasama süreci üzerinde münhasır kontrolü olan modern egemen devletin ortaya çıkışıyla yakından ilgilidir³¹. (ii) Bu açıdan, kodifikasyon, tek ve bölünmemiş bir ulus ile politik birliğin iktidar sembolüydü (bilhassa İtalya ve Almanya örneklerinde bu husus açıktır)³². Fransız Medeni Kanunu’nun önde gelen hazırlayıcısı Jean-Étienne Marie Portalis’in sözleriyle, kodifikasyon, artık Breton, Alsas veya Provence bölgesinden olanların değil, yalnızca Fransızların var olmasını temin etmek için önemliydi³³. (iii) Kodifikasyonlar ayrıca yeni egemen devletlerde kültürel bütünlüğün sağlanmasına da katkıda bulunmuştur³⁴. Nitekim ortak dilde hazırlanmalarının sebeplerinden biri budur. (iv) Kodifikasyonlar, hukukun yönetişimi açısından var olan kriz algısına da cevap üretmiştir. Çünkü bir tarafta, Avrupa’nın orta ve erken modern dönemine hâkim olan *ius commune*’nin temelini oluşturan Roma hukuku vardı³⁵. Ancak bu hâkimiyet, Hotomannus, Hermann, Conring ve Christian Thomasius gibi itibarlı yazarlar tarafından zayıflatılmıştı³⁶. Artık çağdışı kalmış ve kullanışlı olmayan nüanslara bağlı kalan, başka bir çağın ve ülkenin despot yöneticileri tarafından oluşturulmuş olan, karmaşık doktriner tartışmaların artmasına sebebiyet veren, tutarsızlıklarla dolu bu hukuk düzenini uygulamanın doğru olmadığı açıkça görülmekteydi.

(v) Diğer yandan, Roma hukuku hiçbir zaman yalnızca kendi başına var olmadı. İmparatorluk ve kilise arasındaki iki başlılık, Roma hukuku ve kanonik hukuk arasında da ikiliğe sebebiyet vermişti. Bundan başka, mahkemeler

ralların oluşturduğu kompleks bir yapıdan ziyade... normatif esasların çatısı” olarak tasarlandı; başka deyişle “ortak hukuk prensipleri”nden oluşan bir yapı. Bir diğer neden ise bir “kodifikasyonun”, “emredici” olması gereğidir; kodifikasyon, “özel hukukun yegane kaynağını oluşturmaz. Aksine, ulusal özel hukuk sistemleri devam etmek zorundadır”: The European Civil Code: The Way Forward (2008) (alıntılar için bkz. s. x, 2, 189).

²⁹ R.C. van Caenegem, Judges, Legislators and Professors (1987), 42.

³⁰ Bu konudaki genel açıklama için özellikle bkz. Franz Wieacker, A History of Private Law in Europe (1995, çev. Tony Weir, German edition, 2. bası, 1967), 199 vd.

³¹ Bkz. Dietmar Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte (2009), 152 vd. Devlet ile bağlantı (ilk olarak modern bölgesel, ardından “ulus” devleti) Stefan Medar sayesinde de görülebilir: Stefan Meder, Die Krise des Nationalstaates und ihre Folgen für das Kodifikationsprinzip, [2006] Juristenzeitung 477 vd.

³² Ayrıca krş. Cabrillac, Les codifications (n. 5), 154 vd. 19. yüzyıl Avrupasında ulusal kimlik anlayışının doğuşu hakkında, kültürel-tarihi bakış açısı içinde, bkz. Joep Leerssen, National Thought in Europe (2006).

³³ Bkz. Baron Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes Français (vol. I, 1827), 348. – Genel olarak, bkz. Mertens, Gesetzgebungskunst (n. 15), 30 vd.

³⁴ Bkz. örneğin, Leerssen (n. 32) 137 vd.

³⁵ Nils Jansen, Ius Commune: MaxEuP (n. 4), 1006 vd.; *idem*, Legal Authority (n. 7), 13 vd.

³⁶ Ayrıca krş. Reinhard Zimmermann, Christian Thomasius, the Reception of Roman Law and the History of the lex Aquilia, in: Christian Thomasius, Larva Legis Aquiliae: The mask of the lex Aquilia torn off the action for damage done. (ed. ve çev. Margaret Hewett) (2000), 56 vd.

tarafından öncelikle uygulanan çok çeşitli bölgesel ve yerel hukuk kuralları, yasalar, teamüller ve imtiyazlar mecuttu. Kuşkusuz hangi hukukun uygulanacağını tespitte yarayan bazı meta-kurallar mevcuttu³⁷; ne var ki Avrupa'nın çeşitli yerlerindeki mahkeme salonlarında fiilen gerçekleşen olgu, bir yerden başka bir yere, bir konudan diğer bir konuya göre bu uygulamaların önemli bir şekilde farklılık göstermesiydi. Dolayısıyla, hem muhtemel davacılar hem avukatlar “bugün için hayal edilmesi güç bir hukuki çoğulculuk” ve buna bağlı hukuki belirsizlikle karşı karşıya kalmaktaydı³⁸. Nitekim bir uyuşmazlık halinde dini mahkemenin mi yoksa sivil mahkemenin mi yetkili olduğuna ilişkin bir ön sorun bile uzun ve karmaşık anlaşmazlıklara sebep olmaktaydı³⁹. (vi) Aydınlanma çağı hükümdarlarının bu gidişattan rahatsız olması kaçınılmazdı. Zira toplumsal refahın artması için, hukukun merkezleştirilmesini, modernleştirilmesini ve basitleştirilmesini kendilerine görev edinmişlerdir. Ancak ve ancak adaletin tesisi için başvurulmuş hukuk kurallarının duyurulması halinde, herkesten kendi davranışını bu kurallara uygun şekilde ayarlaması beklenebilirdi⁴⁰. Kodifikasyonların artık profesyonel hukukçuların geleneksel diliyle değil de konuşma diliyle kaleme alınmasının sebeplerinden biri buydu⁴¹. (vii) Diğer yandan, glossatorların ve onların haleflerinin kendilerine yaratmış olduğu yorum tekeli de⁴² ancak üstü kapalı hukuk kurallarını kolayca anlaşılır kurallarla ikame etmek suretiyle kırılabilirdi. Bu amaçla, hükümdarlar ve onların resmî görevlileri 17. yüzyılın başlarından itibaren ortaya çıkan doğal hukukun yeni ve laik sisteminden ve kuramından faydalandılar. Roma hukuku bundan böyle artık *ratio scripta* değil, yalnızca doğal hukukun ilkelerine uygun olduğu ölçüde kabul edilebilir hukuk kurallarıydı. Pek çok yazar (*Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Christian Wolff, Jean Domat*) tekil olaylara ilişkin çözümlerin genel önermelerden çıkarılabileceğini ve insan davranışını yönlendiren kuralların, insanın mantığı ve doğası ile uyumlu, kendi içinde istikrarlı bir sistem içine oturtulabileceğini ispat etmeye koyulmuştu. Bu durum, hukuk biliminin daha analitik bir şekilde inşa edilmesi sonucunu doğurmuş ve adaletin sağlanmasını rasyonelleştirme hedefi güden edilmeler makamlara hitap eden bir hukuk bilimi ortaya çıkartmıştır. (viii) Ne var ki, kodifikasyon düşüncesinin özünde ayrıca özgürlükçü bir bileşen de mevcuttur: hukuk kurallarının hem aleni kılınması hem de kesin olması hukukun üstünlüğü ilkesini desteklemiştir. Dolayısıyla, bu gelişme yalnızca yöneticilerin değil aynı zamanda reformcuların da menfaatine

³⁷ *Lex posterior derogat legi anteriori; lex specialis derogat legi generali; statuta sunt stricte interpretanda; ubi cessat statutum habet locum ius civile; qui habet regulam juris communi pro se, habet fundatam intentionem* bkz. Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft* (2nd ed., 2012), 19 vd., 113 vd.

³⁸ Bkz. Peter Oestmann, *Rechtsvielfalt vor Gericht* (2002); alıntı için bkz. s.681.

³⁹ Detaylar için bkz. Peter Oestmann, *Geistliche und weltliche Gerichte im Alten Reich: Zuständigkeitsstreitigkeiten und Instanzenzüge* (2012).

⁴⁰ Bu görüş, kodifikasyonların genel halka da yöneldiğini varsaymaktadır. Aydınlanma çağı boyunca, genel hukuki bilginin yükselmesi devletin görevlerinden biri olarak düşünölmekteydi: detaylar için bkz. Mertens (n. 15), 251 vd.; Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 218 vd.

⁴¹ Detaylar için bkz. Mertens, *Gesetzgebungskunst* (n. 15), 386 vd.; cf. also Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 226 vd.

⁴² (“*Ex genuinis fontibus*”dan farklı olarak), hukuk “*ex lacunis glossatorum*”dan doğar ifadesi Christian Thomasius tarafından kullanılmıştı; bkz. Zimmermann, *Christian Thomasius* (n. 36), 58.

olmuştur. Nitekim hukukun ve devletin temelini, özgürlük, eşitlik ve mülkiyetin korunması amacıyla kurulan bir toplumsal sözleşmeye dayandıran *John Locke* gibi modern aydınlanma çağı filozoflarının görüşü de bu doğrultuydu.

4. Prusya, Avusturya ve Fransa Kanunları bu ruhla hazırlanmıştır.⁴³ Avrupa'da entelektüel ortam değiştiğinde bile kodifikasyon hareketinin coşkulu gelişiminin sadece geçici olarak yavaşladığını ve fakat durmadığını görmek dikkate değerdir. Kuşkusuz Romantizm akımı, hukukçuların akla dayalı hukuku keşif konusundaki inançlarını yitirmelerine sebep olmuş ve yeniden *ius commune* geleneğine, ancak bu sefer "çağdaş" bir Roma Hukuku sistemi içinde dönmelerini beraberinde getirmiştir. 1814 yılında ortaya çıkan önemli kodifikasyon uyuşmazlığı⁴⁴, Tarihçi Hukuk Okulunun⁴⁵ kurulmasına sebebiyet vermiş ve Almanya'nın Fransız Medeni Kanunu'nu örnek alan bir kanun edinmesini engellemiştir.⁴⁶ Ancak her şeye rağmen, 19. yüzyılın ortalarından itibaren, Alman Medeni Kanunu'nun oluşmaya başladığı büyük ölçüde kabul edilmektedir. Alman hukukçularından Savigny'nin en sadık öğrencilerinden biri olan Bernhard Windscheid'in 1878 yılında belirttiği üzere, "Alman özel hukukuna ilişkin büyük kodifikasyon çalışmasını, var gücüyle desteklemeyenlerin sayısı oldukça azdı"⁴⁷. Açık ki, bu duygular, Alman halkının ulus özleminin gerçekleşmesi ile sıkı bağlantılıydılar ve 1871 yılında kurulan ikinci İmparatorluk (*Reich*) ile doruk noktasına ulaşmışlardır. 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu (*BGB*), aynı dönemdeki birçok kodifikasyona kıyasla, pek çok açıdan elbette farklıydı. Öncelikle 19. yüzyılın pandektist anlayışını bünyesinde barındırıyordu. Diğer yandan seleflerinden farklı bir sistematik yapısı vardı⁴⁸ ve daha soyut kavramsal bir dil ile kaleme alınmıştı⁴⁹. Ancak örneğin "bireyler arasında

⁴³ Wieacker, *History* (n. 30), 257 vd.

⁴⁴ İlgili metin için bkz. Anton Friedrich Justus Thibaut ("Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland" [1814]) and Friedrich Carl von Savigny ("Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" [1814]): Hans Hattenhauer (ed.), Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften (2. bası, 2002) içinde kolaylıkla erişilebilirdir. Güncel bir tartışma için (efsanevi bir hikaye olarak kodifikasyon tartışması), bkz. Kroppenber, [2008] *Juristenzeitung* 905 vd.

⁴⁵ Bunun hakkında bkz. Wieacker, *History* (n. 30), 279 vd.; Thomas Rüfner, *Historical School: MaxEuP* (n. 4), 830 vd. 19. yüzyıl Almanyasında Roma hukuku için bkz. Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today* (2001), 6 vd.

⁴⁶ Friedrich Carl von Savigny, meşhur ve etkili bir biçimde, dönemin henüz Alman devletleri/eyaletleri? İçin bir kodifikasyon hareketi gerçekleştirmek bakımından henüz yeterince "olgun" olmadığını ileri sürmüştü bu, kodifikasyonun "bütünlüğü" idealinden esinlendiği içindir: kodifikasyon, yasanın dışındaki hukuk kaynaklarına başvurmaya gereksiz kılacak bir ilkeler ve kurallar sistemi ihtiva etmelidir; ancak bu sistem öncelikle çağdaş hukukçular tarafından inkişaf ettirilmelidir, ki kendisinin en önemli doktrinel çalışması "System des heutigen Römischen Rechts" (8 vols., 1840 vd.), de tam olarak bunu yapmayı amaçlar.

Ayrıca krş. Mertens, *Gesetzgebungskunst* (n. 15), 342.

⁴⁷ Bernhard Windscheid, *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft* (1878), in: *idem*, *Gesammelte Reden und Abhandlungen* (ed. Paul Oertmann, 1904), 70.

⁴⁸ Bkz. Jan Peter Schmidt, *Pandektensystem*, in: *MaxEuP* (n. 4), 1238 vd.; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1996), 29 vd.

⁴⁹ Alman Medeni Kanunu'nda (*BGB*), kökeni ve karakteristik özellikleri için bkz. Hans-Peter Haferkamp, *Bürgerliches Gesetzbuch*, in: *MaxEuP* (n. 4), 120 vd.; Reinhard

eşitlik ve özgürlük düşünceleri ile hazırlanmış olan Fransız Medeni Kanunu'nun esnek söylemi⁵⁰ ile Avusturya Kanunu'nun insancıl ve babacan ifade tarzı (ya da Prusya Kanunu'nun kazuistik yapısı) karşılaştırıldığında, önceki tarihli kodifikasyonlar arasında da önemli derecede farklılıklar olduğu görülmektedir⁵¹. Her ne kadar farklı bir bakış açısı ile hazırlanmış olsa da, Alman Medeni Kanunu, yukarıda açıklanan anlamda gerçek bir kodifikasyon faaliyeti idi.

5. Kodifikasyon hareketinin hikâyesi eğer bir başarı hikâyesi ise (ki öyledir), bu başarı, kodifikasyonlara ilişkin büyük umut ve beklentilerin bir kısmının hiçbir zaman gerçekleşmemiş olmasına ve onların hazırlanışına ilişkin bir dizi efsane ve yanlış kaniya rağmen sağlanmışır⁵².

(i) Montesquieu'ye göre, "yasaların fazla sofistike olmasına gerek yoktur: ne de olsa orta düzeyde bir anlayışa sahip insanlar için hazırlanmaktadır. Yasalar mantık sanatının en uç noktalarına ulaşmak zorunda da değildir, bir aile babasının basit mantığına hitap etmeleri yeterlidir."⁵³ Diğer aydınlanma hareketi hukukçuları da, ki bunlardan bazıları Prusya ve Avusturya kanunlarının hazırlık sürecine de dâhil olmuşlardır, aynı görüşleri paylaşmaktaydı⁵⁴. Ancak kodifikasyonlar sayesinde, karmaşık hukuk kaynaklarının sayısı ve böylelikle hukuk uygulamasının güçlüğü azalmış olsa da, bu durum profesyonel hukukçuları asla gereksiz kılmadı. Zira yazılı hukukun yalnızca kapsamlı ve sistematik yapısı bile göz önünde bulundurulduğunda bunların meslekten olmayan biri tarafından tamamıyla anlaşılıp düzgün bir şekilde uygulanması mümkün değildi. Modern dünyanın karmaşası ve hukuk kültürünün karmaşık yapısı karşısında bu kaçınılmazdır.

(ii) Kodifikasyonlar, yasama faaliyetinin ve dolayısıyla devlet otoritesinin ürünüdürler. Ancak vergi, ticaret veya ziraate ilişkin özel kanunlardan farklı olarak, bunlar Parlamento üyeleri ve hatta devlet yetkilileri tarafından değil, hukuk uygulamasından ya da hukuk doktrininden gelen nitelikli uzmanlar tarafından hazırlanmışlardır: hazırlama komisyonlarında yer alan Portalis ve onun 3 meslektaş; Karl Anton Freiherr von Martini ve Franz Anton Felix von Zeiller, Gottlieb Planck and Bernhard Windscheid, Walther Munzinger ve Eugen Huber, Eduard Maurits Meijers gibi isimler örnek olarak gösterilebilir. Fransız ve Alman borçlar hukuku (veya Avusturya sorumluluk hukukunun) reform hazırlıklarından da görülebileceği gibi, bu yöntem bugün de halen ge-

Zimmermann, The German Civil Code and the Development of Private Law in Germany, in: *idem*, The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives (2005), 5 vd.

⁵⁰ Konrad Zweigert, Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law (3rd ed., 1998, tr. Tony Weir), 144; ayrıca krş. Max Weber, Entwicklungsbedingungen (n. 2), 592.

⁵¹ Zweigert/Kötz (n. 50), 162, 137 f.

⁵² Ayrıca bkz. Hein Kötz, Taking Civil Codes Less Seriously, (1987) 50 Modern Law Review 1 vd. (özellikle İngiltere'de ortaya çıkan yanlış değerlendirmelere vurgu yapmaktadır).

⁵³ Charles-Louis de Secondat Montesquieu, De l'Esprit des Lois, 1748, Liv. XXXIX, chap. 16.

⁵⁴ Mertens, Gesetzgebungskunst (n. 15), 380 vd. Prusya kodunun asıl fikir babası olan Carl Gottlieb Svarez'in de aralarında bulunduğu bazı avukatlar, birinin hakimler ve akademisyenler için diğerinin ise halk için ("Volkskodex") olmak üzere iki kodifikasyon gerekli olduğunu tartışmışlardır.

çerlidir⁵⁵. Dolayısıyla kanunlar uzmanlar tarafından hazırlandıkları gibi, uzmanlar tarafından da uygulanmalıdır.

(iii) Elbette kanun koyucular bazen kalemlerinin gücüyle, doktrinindeki kökleşmiş tartışmaları sonlandırmayı başarmış ve kimi zaman *ius commune*'nin etkisiyle hakim olan görüşü yetersiz görmeleri sebebiyle tersine çevirebilmişlerdir. Bununla birlikte, kodifikasyonlar, içerdikleri kuralların özü dikkate alındığında sık sık “yeni” bir hukuk getirmemiştir. Daha ziyade, “yüzyılların hukuki başarılarının” birleştirilmesini ve sistematize edilmesini sağlamış ve bir anlamda *Amerikan Restatement* kurumuna yakın bir rol oynamışlardır⁵⁶. Dolayısıyla, kodifikasyonlar, halen Roma hukukunun izlerini taşımaktadır⁵⁷.

(iv) Kodifikasyonlar (kimi zaman korkulduğu üzere)⁵⁸, ne hukuku kemikleştirmiş ne de hukuk doktrini için bir “hapishane hücresi”⁵⁹ yaratmıştır. Kodifikasyonlar zaten hukuk doktrini ve mahkemeler tarafından şekil verilmiş olan bir hukuk geleneğinin ürünüydüler ve dolayısıyla mahkeme ve hukuk doktrini tarafından hukukun geliştirilmesi için bir yasal çerçeve sağlamaktan öteye gitmemektedirler⁶⁰. Çoğu kez, mahkemeler ve doktrin eski düşünce kalıplarını devam ettirmiş ve böylelikle eski hukuktan yeniye geçişte bir köprü kurmuştur.⁶¹ Bernhard Windscheid, kendisine özgü ölçülü bir sağduyu ile, kodifikasyonları, “gelişim sürecindeki küçük bir an, ... nehir içindeki ufak bir dalgalanma”⁶² ifadeleriyle çok doğru bir şekilde tanımlamıştır.

(v) Genellikle 19. ve 20. yüzyıllara ait kodifikasyonların, uygulandığı ülkeye özgü ulusal hukuk kültürünün göstergesi olduğu düşünülür. Bu sebeple, bunların, Avrupa'nın kültürel çeşitliliğine ilişkin zengin geleneğinin bir parçası

⁵⁵ Bkz. Cartwright/Vogenauer/Whittaker (n. 12); Zimmermann, German Civil Code (n. 49), 30 vd.; Helmut Koziol, Gedanken zur österreichischen Schadenersatzreform, in: Bundesministerium der Justiz (ed.), 200 Jahre ABGB (2012), 307 vd.

⁵⁶ Windscheid (n. 47), 75. Ayrıca krş. Behrend (n. 13), 230; Mertens, Gesetzgebungskunst (n. 15), 33 vd., 51 vd.; Cabrillac, Les codifications (n. 5), 93 vd.; Jansen, Legal Authority (n. 7), 17.

⁵⁷ Fransız Medeni Kanunu (*Code civil*) için bkz. James Gordley, Myths of the French Civil Code, (1994) 42 American Journal of Comparative Law 459 vd.; Avusturya Medeni Kanunu (*ABGB*) için bkz., Georg E. Kodek, 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – das ABGB im Wandel der Zeit, [2011] Österreichische Juristenzeitung 491 vd.; Alman Medeni Kanunu (*BGB*) için bkz. Reinhard Zimmermann, Römische Recht und europäische Rechtskultur, [2007] Juristenzeitung 3 vd.

⁵⁸ Bkz Cabrillac, Les codifications (n. 5), 96 vd. (“l’effet de cristallisation”).

⁵⁹ Hans Wüstendörfer, Die deutsche Rechtswissenschaft am Wendepunkt, (1913) 110 Archiv für die civilistische Praxis 224.

⁶⁰ Bu suretle, Alman Medeni Kanunu (*BGB*), onu kaleme alanlar tarafından “Ahenkli kuralların organik bünyesi. Gelişimin tohumları dayandıkları prensiplerin özünde yer almaktadır” şeklinde değerlendirilmektedir: Motive, in: B. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vol. I (1899), 365. Fransa için, Portalis’in ünlü ve genellikle alıntı yapılan “sonuçlardan ilkeler doğar” (*principes fecund en consequences*) şeklindeki ifadesi için: Zweigert/Kötz (n. 50), 90. Fransa ve Avusturya’da, bunun doktrin tarafından anlaşılması biraz zaman aldı; bkz. Vogenauer (n. 23), 650; Zweigert/Kötz (n. 50), 96 vd., 161 vd. Almanya’da Savigny’nin Tarihi Okulu güçlü ve verimli bir hukuk doktrini oluşturdu (ki bu büyük ölçüde Fransa, Avusturya ve 19. yüzyılın ikinci yarısından daha pek çok hukuk çevresini etkiledi).

⁶¹ Bkz. Zimmermann, German Civil Code (n. 49), 17 vd.

⁶² Windscheid (n. 47), 75 vd.

olarak korunması (ve hukuk uyumlaştırması sunağında feda edilmemesi)⁶³ gerektiği savunulur. Ancak bu görüş, yalnızca sınırlı ölçüde doğrudur. Bugün yürürlükte olan medeni kanunların gerek içerik gerekse şekil⁶⁴ bakımından birçok açıdan farklılaşmakta olduğu doğrudur. Ama karşılaştırmalı bir bakış açısıyla bu farklılıkların tespit ve takdir edilmesi halk arasında yaygın bir olgu olmadığı gibi pek çok hukukçu açısından bile söz konusu değildir. Dolayısıyla bu farklılıkların ulusal kimliğin oluşumunda katkıları da en iyi ihtimalle çok sınırlı olabilir. Nitekim Avrupa çapında hukukun uyumlaştırılmasına direnmenin sebebi, büyük ölçüde, denenmiş ve yoğun bir içtihat hukuku ve öğreti ile sarmalanmış olan mevcut yasal düzenlemeler yerine alışık olunmayan ve denenmemiş bir hukuk kuralı getirmek karşısındaki tutucu tepki ile, Avrupa yasa kalitesine karşı var olan yerleşmiş şüpheciliktir. Oysa özel hukuk geleneğinin parçalanması sebebiyle oluşan farklılıkların bir çoğu kültürel farklılıklardan kaynaklanmamakta, aksine, tarihsel rastlantılara dayanmaktadır. Gerçekten de bunlar *Lambert*'in ifadesiyle, “aynı medeniyetin halklarını yöneten yasalar arasında tesadüfi farklılıklar”dır⁶⁵. Bu tesadüfler belki de sözleşme hukuku alanında (yani hukuk uyumlaştırması çalışmalarının genellikle en başında yer alan hukuk alanında) en açık şekilde kendini gösterir⁶⁶. Ancak başka alanlarda, örneğin miras hukukunda da söz konusudur. Aslında hukuk kurumları ve kuralları, başka bir ulusal hukuk düzeninde gelişmiş olup olmadığına bakılmaksızın devralınmakta, bir süre kullanılmakta ve daha sonra ulusal kültür mirasının bir parçası olarak algılanmaya başlanmaktadır⁶⁷. Bu kapsamda örnek olarak el yazılı vasiyetnamenin tarihçesi gösterilebilir⁶⁸. Sonuç olarak, Fransız Medeni Kanunu (*Code civil*), münhasıran Fransız hukuk kültürüyle ilişkilendirilmiş olsaydı, bir dizi başka ülkelerin kanunlarına model oluşturması mümkün olamazdı. Nitekim, gerek Avusturya Medeni Kanunu (*ABGB*) gerekse Fransız Medeni Kanunu (*Code civil*), rasyonalist kökenlerine uygun bir şekilde, kanun koyucuları tarafından Fransa veya Avusturya'ya özgü kodifikasyonlar olarak hazırlanmamıştır⁶⁹.

(vi) Bununla birlikte, kodifikasyonlar bir kere yürürlüğe girdiklerinde, bağımsız olarak yorumlanmaları gereken kapsamlı ve kapalı kurallar sistemi⁷⁰

⁶³ Kültürel çeşitlilik konusunda ve kanun ile kültür arasındaki ilişki hakkında, bkz. Collins, *Civil Code* (n. 28), 124 vd.

⁶⁴ Zweigert/Kötz (n. 50), 63 vd.

⁶⁵ Edouard Lambert, *Congrès international de droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents*, vol. I (1905), 38; ayrıca krş. Jansen, *Legal Authority* (n. 7), 63.

⁶⁶ Krş. Ole Lando, *Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*, (2000) 8 *European Review of Private Law* 61: “Sözleşme hukuku bir halk bilimi değildir”.

⁶⁷ Benzer bir argüman için bkz. Ralf Michaels (n. 87), 153.

⁶⁸ Reinhard Zimmermann, *Testamentsformen: “Willkür” oder Ausdruck einer Rechtskultur*, (2012) 76 *RabelsZ* ...; bu, Kenneth Reid, Marius J. de Waal, Reinhard Zimmermann (ed.) tarafından yürütülen bir araştırmaya dayanmaktadır, *Testamentary Formalities* (2011). Ayrıca adi menfaat sahiplerine ilişkin hukuk ile ilgili olduğu ölçüde krş., Reinhard Zimmermann, *Erbunwürdigkeit: Die Entwicklung eines Rechtsinstituts im Spiegel europäischer Kodifikationen*, in: *Festschrift für Helmut Koziol* (2010), 463 vd.

⁶⁹ Wilhelm Brauner, *Vernünftiges Recht als überregionales Recht: Die Rechtsvereinheitlichung der österreichischen Zivilrechtskodifikationen 1786 – 1797 – 1811*, in: Reiner Schulze (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte* (1991), 137.

⁷⁰ Bkz. Heinz Hübner, *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts* (1980), 67.

olarak kabul edildiler⁷¹. Neticede bunlar, belli bir devletin yasama erki tarafından kanunlaştırılan ve yalnızca o devletin yasama erkinin yasa yapmaya yetkili olduğu hâkimiyet alanı ile sınırlı olan kurallardı. Aynı zamanda, kodifikasyonlar hukuk eğitiminin ve doktrinin merkezine yerleşti ve sadece eleştirel yapıda olan içe dönük bir doktrinin doğmasına sebep olan hukuki araştırma ve hukuk eğitiminin⁷² bağımsız öznesi haline geldi. Bu durum, ulusal hukuk kodifikasyonları etrafında gelişen ulusal hukuk doktrinlerinin yatay düzlemde soyutlanmasına ve böylelikle hukuk doktrini seviyesinde de ulusal ayrıma öncülük etti ki bu 20. yüzyılın büyük bir bölümünün en belirgin özelliği idi. Ne var ki, böylece karşılaştırmalı hukukun yükselişi de başladı⁷³. Karşılaştırmalı hukuk, özünde bir alt disiplin oluşturuyor gibi görünse de, pek çok ulusal hukuk doktrininden tamamıyla bağımsız olup, özünde *hukuk sistemlerinin* karşılaştırılmasından oluşmaktaydı⁷⁴. Benzer bir şekilde, tarihsel kaynakların çağdaş hukuka hangi şekilde uygulanabileceğinden etkilenmeyen, tüm dikkatlerini tarihsel kaynakların oluşturuldukları zaman diliminde anlamlandırılmasına yoğunlaştıran hukuk tarihçileri için, kodifikasyon Roma hukukunun ve hukuk tarihinin büyük keşfinin başlangıcı olarak gösterilmiştir⁷⁵. Bunun olumsuz yanı ise, ulusal hukuk doktrinlerinin dikey ekseninde soyutlanmaları olmuştur⁷⁶: daha önce açıklanan tüm mantıksal kurguya rağmen - bunlar çoğunlukla unutuldu ve giderek genel anlayıştan uzaklaşıldı⁷⁷ - hukuk, bundan böyle tarih bilimi olarak dikkate alınmadı.

(vii) Bununla birlikte, günümüzde hala “hukuk tarihi bilimi” mümkün müdür sorusu akla gelmektedir. Modern hukuk “güncel ihtiyaçlar ve modern yaşamın egemen iradesi için yaratılmış yeni bir şey”⁷⁸ olarak tanımlanırsa,

⁷¹ Ayrıca krş. Cabrillac, Les codifications (n. 5), 105 (“... comme un univers autonome qui se suffit à lui-même”).

⁷² 19. yüzyıl Prusya kanunu ve 19. yüzyılın ikinci yarısı itibariyle Avusturya kanunu ise, Roma Hukukunun çağdaş, pandektist biçimine, özel hukukun genel teorisi statüsünün atfedildiği Leo Graf Thun-Hohenstein ve Joseph Unger’den ilham alan reform hareketlerinin bir sonucu olarak, farklılık gösterir; Prusya için bkz. Phillip Hellwege, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, in: MaxEuP (n. 4), 58 vd; Avusturya için bkz. Walter Doralt, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, in: MaxEuP (n. 4), 48.

⁷³ I. Bölüme katkıları için bkz. Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law (2008); Ralf Michaels, Rechtsvergleichung, in: MaxEuP (n. 4), 297 vd.

⁷⁴ James Gordley, Comparative Law and Legal History, in: Reimann/Zimmermann, Oxford Handbook (n. 73), 761.

⁷⁵ Zimmermann, Roman Law (n. 45), 22 vd.

⁷⁶ Ayrıca krş. Cabrillac, Les codifications (n. 5), 90 vd. (“l’effet de rupture”).

⁷⁷ Bu çelişkiye Cabrillac tarafından da dikkat çekilmiştir: Les codifications (n. 5), 93 vd. Cabrillac “hafıza kaybı”na ve şunu söyleyen Portalis’e atıfta bulunmaktadır: “Si l’on peut dire qu’il n’y a rien de nouveau parce que le présent tient toujours plus ou moins au passé, on pourra dire aussi qu’il n’y a rien d’ancien, parce que les institutions ou les coutumes les plus anciennes sont dès leur origine constamment et plus ou moins modifiées par les institutions ou par les mœurs présentes”. Çevirmen notu: “Yeni bir şey olmadığını söyleyebiliriz çünkü günümüz her zaman az ya da çok geçmişten gelmektedir, aynı şekilde eski hiç bir şey olmadığını söyleyebiliriz çünkü kurumlar veya kökenleri çok eskiye dayanan gelenekler az veya çok kurumlar veya günümüz ahlak anlayışı ile dönüştürülmüştür (geliştirilmiştir).”

⁷⁸ Konrad Cosack: Hans Planitz (ed.), Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Cilt I (1924), 16.

bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Bu durumda, hukukun uygulanması, “tarihe sıkıca bağlanmış hukuk kaynağının”⁷⁹ *ius commune*’nin merkezinde olduğu kodifikasyon öncesi döneme kıyasla önemli farklılık gösterecektir. Bununla birlikte, kodifikasyonun “gelişim içindeki bir an”⁸⁰ olduğu gerçeği bir yana, o an aynı zamanda geçmişte de yer alır. Nitekim “modern” kodifikasyonlardan ikisi, iki asırdan, değerleri ise bir asırdan daha yaşlıdır. Bunlar hala hukuk kaynağı olup, aynı zamanda belirli bir zamanda yaratılmış, belli şartları ve fikri akımlarını yansıtan tarihi dokümanlardır. Bu nedenle, bunlar yalnızca hazırlık çalışmalarının göz önünde tutulmasıyla (*travaux préparatoires*) değil, aynı zamanda devam ettirilmesi yahut değiştirilmesi amacı taşıması önemli olmaksızın, yasalaşmalarından önce mevcut olan hukuki konunun da dikkate alınması suretiyle bir tarihsel değerlendirme sonucunda düzgün biçimde anlaşılabilirler. Ayrıca, kodifikasyonlar, hatırı sayılır bir zaman dilimine yayılmış, yine tarihi bir bakış açısı ile anlaşılması ve değerlendirilmesi zorunlu olan doktrinsel gelişmelerin temelini oluşturmuştur. Alman Medeni Kanunu’na (BGB) ilişkin tarihsel bir şerhin yayımlanmasına ihtiyaç olduğunun düşünülmesinin sebebi budur⁸¹. Diğer kodifikasyonlar hakkındaki benzer çalışmalar da oldukça yerinde olurdu.

(viii) Hiçbir modern kodifikasyon, ideal “bütünlüğü” sağlayamaz⁸². Elbette, hukuku uygulamak isteyen herkesin, aşına olduğu yerleşmiş içtihat hukuku ve hukuk doktrini mevcuttur. Ancak, hukukun birçok alanının gelişimi kodifikasyonların kapsamlarının dışında gerçekleşmiştir⁸³. En bariz güncel örneklerden biri tüketici sözleşmeleri hukukudur. Almanya’da, genel özel hukuk kodifikasyonundan hariç tutmak şeklindeki bu gelenek, Almanya’da, özel nitelikleri sebebiyle bazı konuları özel hukuk kodifikasyonlarının dışında tutma geleneği 19’uncu yüzyıla kadar uzanır, nitekim gerek taksitli satışlara ilişkin kanun (1894) gerekse demiryolu işletmesinin sebebiyet verdiği bedensel zararlardan dolayı kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü kanun (1871), kodifikasyonun (Alman Medeni Kanunu’nun) içine dâhil edilmemiştir⁸⁴.

Üzerinde henüz yeni yeni uzmanlaşılacak alt disiplinlerin önlenemez gelişimi ve özel alanlarla ilgili çokça yeni mevzuatın ortaya çıkışı, 20. yüzyılın ikinci

⁷⁹ Caroni, *Gesetz und Gesetzbuch* (n. 3), 39.

⁸⁰ *Supra* n. 62.

⁸¹ Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Cilt I (2003); Cilt II (2007); Cilt III (2013 yılında çıkacak). Bu faaliyetin programı için, editörlerin önsözüne bakınız, s. 31 vd. Daha fazlası için bkz. Sonja Meier, *Historisch-kritisches Kommentieren am Beispiel des HKK*, (2011) 19 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 537 vd.; Milos Vec, *Flagschiffe und Stiefkinder: Rechtsgeschichte als historische Kommentierung des geltenden Rechts*, (2011) 19 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 547 vd.; ayrıca bu bağlamda karşılaştırınız, Filippo Ranieri, *Europäische Rechtsgeschichte zwischen Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, zugleich eine Reflexion über den Weg zu einem Europäischen Zivilrecht*, (2011) 19 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 564 vd.

⁸² *Supra* n. 22.

⁸³ Fransa için bkz. Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 74 vd.; Almanya için bkz. Rolf Stürner, *Der hundredste Geburtstag des BGB – eine nationale Kodifikation im Greisenalter?*, [1996] *Juristenzeitung* 742.

⁸⁴ Detaylı bilgi için bkz. Reinhard Zimmermann, *Consumer Contract Law and General Contract Law: idem, The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives* (2005), 163 vd.; Mertens, *Gesetzgebungskunst* (n. 15), 348.

yarısında, bazı yazarların, kodifikasyon konusunda bir çıkmaza girildiği⁸⁵ ve hatta artık dekodifikasyon fikrinin ortaya atılması düşüncesine sebebiyet verdi⁸⁶. Diğer görüş sahipleri ise, durumu iki gerekçeye dayandırarak açıklamaya çalıştılar: *common law* ya da kodifikasyon olarak her zaman var olan içtihatî özel hukuk [özel içtihat hukuku]; ve hemen hemen hep belirli bir mevzuata dayanan araçsalıcı özel hukuk⁸⁷. Ancak bu görüşlere ilişkin karmaşıklığı çözmek hiç de kolay değildir. Araçsalıcı özel hukuk tarafından takip edilen genellikle mağdur tarafın korunması kanun harici bir sonuç mudur? Bu husus tüketicinin korunmasına ilişkin kanunları açıklayabilir. Bu durumda özel hukukun bir parçası olan faiz veya haksız etkilemeye ilişkin düzenlemeler hangi şekilde açıklanacaktır? Yahut ürün sorumluluğu ve genel işlem koşulları? Belli kanunlara dayanmış (ve hala dayanmakta) olsalar da, bunlar genel medeni yasalar dâhilinde sürdürülen endişeleri ve görüşleri yansıtırlar. İki farklı görüşün algısı, ayrı bir tüketici sözleşmeleri hukukunun kaleme alınmasına yönelik bir çağrıyı desteklemektedir⁸⁸. Fakat bu tür kanunlar, ülke düzeyinde yasalaştırıldıkları her yerde, sırf bir derleme olmaktan öteye gidememişlerdir.⁸⁹ Ayrıca bu kanunlar kapsamlı ve sistematik bir kurallar bütünü olmaktan uzaktırlar. “*Acquis* Prensipleri”⁹⁰ olarak adlandırılan mevcut Avrupa tüketici sözleşmesi hukukunun “sistematik ve tutarlı bir şekilde” ortaya konulmasına ilişkin en ihtirash deneme, yürürlükteki milli hukuk sistemlerinde olduğumuz haliyle geleneksel Avrupa özel hukukuna başvurulmadan topluluk müktesebatının (*acquis communautaire*) anlaşılamayacağını ortaya koymuştur.⁹¹ Bu nedenle *Acquis* Prensipleri’nin değerlendirilmesi, bu iki farklı hukuk kuralları bütünü arasındaki ayrımın devam ettirilmesini isteyen yağ ve su yaklaşımına son vermelidir. Gereken tüketici sözleşmesi hukukunun tek ve genel bir sözleşme hukuku yasasına entegre edilmesini amaçlayan yeni bir teşebbüstür. Zira kavramların, politikaların ve değerlerin tutarlılığı yanı sıra düşünsel uyum açısından da gereği gibi kontrol edildikten sonra bu çalışma, somut sözleşme

⁸⁵ Wieacker, Festschrift Boehmer, 47; ayrıca karşılaştırınız, örneğin, Meder, [2006] Juristenzeitung 483.

⁸⁶ Natalino Irti, L’età della decodificazione (4th ed., 1999); ayrıca krş. Friedrich Kübler, Kodifikation und Demokratie, [1969] Juristenzeitung 645 vd.; Caroni, Gesetz und Gesetzbuch (n. 3), 87 vd.; Cabrillac, Les codifications (n. 5), 114 vd.; Schmidt, Zivilrechtskodifikation (n. 4), 146 vd. Ayrıca bkz. Hein Kötz, Schuldrechtsüberarbeitung und Kodifikationsprinzip: Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels (1986), 395 vd.; Zimmermann, (1995) 3 European Review of Private Law 105 vd.

⁸⁷ Ralf Michaels, Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law: Roger Brownsword, Hans-W. Micklitz, Leone Niglia, Stephen Weatherill (ed.), The Foundations of European Private Law (2011), 139 vd.

⁸⁸ Bkz. örneğin, Christiane Wendehorst, 1811 ve – das ABGB im Prozess europäischer Rechtsentwicklung: Vienna Law Inauguration Lectures, Cilt 2 (2010), 36 vd.

⁸⁹ Bu Fransız Tüketici Kanunu için olduğu kadar İtalyan ve Avusturya’da yürürlükte olan tüketici kanunları için de geçerlidir; bkz. Hannes Rosler, Consumer and Consumer Protection Law, MaxEuP (n. 4), 372.

⁹⁰ Mevcut Avrupa Birliği Özel Hukuku’nu Araştırma Grubu (Acquis Group), Avrupa Birliği’nin Mevcut Sözleşme Hukuku’nun Prensipleri (Acquis Principles), Contract II (2009) (s. xxiii’den alıntı).

⁹¹ Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the ‘Principles of the Existing EC Contract Law’, (2008) 71 Modern Law Review 516 vd.

serbestisi kavramının gözetiminde kolayca hukuki rasyonelliğe bağlanabilir.⁹² Bu şekilde tüketicinin korunmasına yönelik kurallar, iki tarafın özgür irade faaliyetinin sonucu olarak kabul edilemeyen sözleşmelerinin kurulmasını veya uygulanmasını engelleyen mekanizmalar sağlamak suretiyle irade özerkliğinin sürdürülebilmesini sağlayan meşru girişimler olarak görülebilir. Bu kapsamda kullanılan araçlar özel hukuka hiç yabancı değildir.⁹³

6. Bugün halen mevcut olan en eski beş özel hukuk kodifikasyonundan dördü kısa süre önce sırasıyla 200. ve 100. yıl dönümlerini kutladılar: 2004 yılında *Code Civil*⁹⁴ ve 2011 yılında Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)⁹⁵ şaşalı bir şekilde, 2007'de İsviçre Medeni Kanunu (ZGB)⁹⁶, 2011'de Borçlar Kanunu

⁹² Bir öneri için bkz. Horst Eidenmuller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner, Reinhard Zimmermann, *Revision des Verbraucher-acquis* (2011); İngilizce özet için bkz. Horst Eidenmuller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner, Reinhard Zimmermann, *Towards a Revision of the Consumer Acquis*, (2011) 48 *Common Market Law Review* 1077 vd.; Karşılaştınız örn., Susanne Augenhöfer, *Die Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts und seine Bedeutung für die Weiterentwicklung des Vertrags- und Wettbewerbsrechts*, *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin* (2010), 1062 vd.

⁹³ Bu görüşe paralel ve detaylı açıklamalar için bkz. Claus-Wilhelm Canaris, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, (2000) 200 *Archiv für die civilistische Praxis* 274 vd.; Zimmermann, *Consumer Contract Law* (n. 84), 205 vd. (diğer atıflar için özellikle n. 461 ile karşılaştınız)

⁹⁴ Karşılaştınız *Le Code civil 1804 – 2004: Livre du Bicentenaire* (2004); *Universite Panteon-Assas (Paris II) (ed.), 1804 – 2004, Le Code civil: Un passe, un present, un avenir* (2004); Dirk Heirbaut, Georges Martyn (eds.), *Napoleons nalatenschap: Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België* (2005); Jean-Philippe Dunand, Benedict Winiger (eds.), *Le Code civil Francais dans le droit europeen* (2005); Alain Wijffels (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit prive europeen* (2005); Werner Schubert, Mathias Schmoeckel (eds.), *200 Jahre Code civil: Die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa* (2005); Laurent Pfister'in genel değerlendirmesi ile de karşılaştınız, *Zweihundertjähriges Jubiläum des Code civil*, (2011) 33 *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 241 vd.

⁹⁵ *Österreichischer Juristentag (ed.), Festveranstaltung Österreichischer Juristentag und Bundesministerium für Justiz 200 Jahre ABGB vom 10. November 2011* (2012); Constanze Fischer-Czermak, Gerhard Hopf, Georg Kathrein, Martin Schauer (eds.), *Festschrift 200 Jahre ABGB* (2011); Elisabeth Berger (ed.), *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB): Eine europäische Privatrechtskodifikation*, vol. III (2010); Constanze Fischer-Czermak, Gerhard Hopf, Georg Kathrein, Martin Schauer (ed.), *ABGB 2011: Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform* (2008); Barbara Dolemeyer, Heinz Mohnhaupt (ed.), *200 Jahre ABGB: Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext* (2012); Kodek, [2011] *Österreichische Juristenzeitung* 490 vd.; Rudolf Welsler, *Verdienste und Starken des ABGB*, [2012] *Juristische Blätter* 205 vd.; Andreas Thier, *200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, (2011) 19 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 805 vd.

⁹⁶ *Hundert Jahre schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (2008) 72 *RabelsZ* 661 vd.; *100 Jahre ZGB*, (2007) 126 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht II*; *100 Jahre ZGB – Der Mut zur Lücke*, (2008) 26 *recht*, 41 vd.; Peter Breitschmid, Tuğrul Ansay (ed.), *100 Jahre Schweizerisches ZGB, 80 Jahre Türkisches ZGB*, (2008); Jean-Philippe Dunand (ed.), *Le centenaire du code civil suisse* (2008); *Association Franco-Suisse de Paris II, le centenaire du Code civil suisse* (2008).

(OR)⁹⁷ ve 2000'de Alman Medeni Kanunu (BGB)⁹⁸ sessiz sakin. Bazı reformların arzu edilir olmasına rağmen milli kodifikasyonların zamanın testinden geçtikleri ve kendi milletlerine iyi hizmet ettikleri hususunda genel bir mutabakat vardır. Özel hukuk alanında adaletin iyi yönetilmesini sağlayacak tatmin edici bir temel oluşturabilmek için yeterince esnek oldukları da ortaya çıkmıştır.⁹⁹

Fakat Avrupa Birliği'nin üye devletlerinin milli özel hukukları, son otuz yılda artan bir şekilde Avrupa Birliği'nin yasama faaliyetlerine maruz kalmıştır. Bu süreçte Avrupa özel hukuku ayrı bir disiplin olarak ortaya çıkmıştır.¹⁰⁰ Ama bu süreçte Avrupa yasama organı sıklıkla eleştirilen bölük pörçük ve tutarsız bir yaklaşım benimsemiştir.¹⁰¹ Bu nedenle kodifikasyon sorununun Avrupa Birliği seviyesinde de ortaya çıkması kaçınılmazdı. Bu fikrin ilk önderi 1989 yılında "üye devletlerin özel hukuklarının uyumlu hal getirilmesi eylemine" ilişkin bir ilke kararı yayınlayan Avrupa Parlamentosu olmuştur.¹⁰² Ama Avrupa Birliği'nin milli kodifikasyonlara benzer kapsayıcı bir medeni kanun ortaya koyma yetkisinin olmadığı genel bir kabul görmektedir. Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın 114. maddesine göre amaç iç pazarın kurulması ve işlemesi olduğu sürece milli hukukların yeknesaklaştırılması için bazı düzenlemeler yapılabilir. Tartışmalı olmakla birlikte bu amaçla yapılabilecek olan düzenle-

⁹⁷ Heinrich Honsell, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht and Pascal Pichonnaz, Le Centenaire du Code des obligations, (2011) 130 Zeitschrift für Schweizerisches Recht 5 vd., 117 vd.; daha önce Bkz. Hans Peter, Emil W. Stark, Pierre Tercier (ed.), Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (1982, yani İsviçre Borçlar Kanunu'nun orijinal versiyonunun yüzüncü yılını kutlaması).

⁹⁸ Zimmermann'daki atıflara bkz. German Civil Code (n. 49), 28 f. BGB söz konusu olduğunda bu karakteristik bir durumdur, MaxEuP/Haferkamp (n. 4)'da, 123 f., "sevilmeyen kodifikasyon" olarak adlandırılan pasaj. Bu Cabrillac'ın, Les codifications (n. 5), 102 ve devamında yer alan Code Civil tarafından uyandırılan "aşk tutkuları" ifadesi ile karşılaştırılabilir.

⁹⁹ Buna ayrıca MaxEuP'daki ilgili başlıklarda da karşımıza çıkmaktadır, karş. Gebhard Rehm, Code civil, MaxEuP (n. 4)'da, 200 vd.; MaxEuP/Doralt (n. 4), 45 vd.; MaxEuP/Haferkamp (n. 4), 120 vd.; Kurt Siehr, Swiss Civil Code, MaxEuP (n. 4), 1644 v.; *idem*, Swiss Code of Obligations, MaxEuP (n. 4)'de, 1646 vd.

¹⁰⁰ Nils Jansen, European Private Law, MaxEuP (n. 4), 637 vd.; Reinhard Zimmermann, Comparative Law and the Europeanization of Private Law, Reimann/Zimmermann, Oxford Handbook (n. 73), 539 vd. – Bu makale tarihi karakteri ile uyumlu olarak özel hukuk alanındaki kodifikasyonlara odaklanmaktadır. (ve 7. bölümün altında Avrupa Medeni Kanunu fikrine değinmektedir). Avrupa'da çapında milletlerarası özel hukuk düzenlemesi teklifi olarak kodifikasyonun yetkin bir incelemesi için bkz. Aude Mac Eleany Firrini, Qu'y at-il en un nom?: Un vrai code pour le droit international prive europeen, in: Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (eds.), Quelle architecture pour un code europeen de droit international prive? (2011), 27 vd.

¹⁰¹ Diğer eleştiriler bir yana komisyon da bu konuda kendini eleştirmiştir. Komisyonun Parlamento'ya ve Konsey'e gönderdiği bildiri, A More Coherent European Contract Law: An Action Plan, COM(2003) 68 final. Özel hukuk alanındaki topluluk müktesabatinin kapsamlı bir eleştirisi için bkz. Collins, Civil Code (n. 28), 28 vd.

¹⁰² Avrupa Parlamentosu'nun 26 Mayıs 1989 tarihli üye devletlerin özel hukuklarını uyumlu hale getirilmesine ilişkin ilke kararı, OJ 1989 C 158, 400; karşılaştırınız Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Chantal Mak, Edgar du Perron (eds.), Towards a European Civil Code (4th ed., 2011); Martin Schmidt-Kessel, European Civil Code, MaxEuP (n. 4), 553 vd.; Jansen/Rademacher (n. 4).

meler sözleşme hukukunun kodifikasyonunu da içermektedir.¹⁰³ Bu yüzden Avrupa Komisyonu'nun odaklandığı alanın sözleşme hukuku olması şaşırıcı değildir. İlk önce Avrupa sözleşme hukukunun kodifikasyonu fikrini ortaya koyan daha sonra bu fikri reddeden, tüketici müktesebatının gözden geçirilmesi ve genel sözleşme hukukunu, satım sözleşmelerini ve sigorta sözleşmelerini kapsayan bir çalışma hazırlanması ve bağlayıcı olmayan ve muhtemel bir Avrupa sözleşme hukuku girişimi için kaynak teşkil edecek Ortak Çerçeve Programı kavramlarının hazırlanması arasında gidip gelen bir seri tebliğ çıkarılmıştır.¹⁰⁴ Nihayetinde iki uçlu bir çözüm benimsenmiştir. Bir yandan 25 Ekim 2011'de tüketici haklarına yönergesi çıkarılmıştır.¹⁰⁵ Tabii ki bu yönerge bir Avrupa tüketici kanunu teşkil etmediği gibi kapsayıcı bir derleme de değil; önceki iki yönergenin mütevazı bir birleşimidir.¹⁰⁶ Diğer yandan, 11 Ekim 2011'de Avrupa Ortak Satım Hukuku konulu bir ilke kararı teklifi yayınlanmıştır.¹⁰⁷ Bu şimdiden birçok yayına da konu olan çok daha önemli bir adımdır.¹⁰⁸

¹⁰³ Jürgen Basedow, A common contract law for the common market, (1996) 33 Common Market Law Review 1187. Antrparantez bu çalışma Avrupa Komisyonu'nun yeni tasarladığı sözleşme hukuku alanındaki ihtiyari düzenlemesini içermemektedir; Bkz. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law (MPI): Policy Options for Progress Towards a European Contract Law, (2011) 75 *LabelsZ* 386 vd.

¹⁰⁴ Stephen Weatherill tarafından yapılan katkılar için Bkz., Michael Joachim Bonell, Thomas Wilhelmsson, Brigitta Lurger and Reinhard Zimmermann, 4th European Jurists' Forum, Proceedings (2008), 3 vd., 85 vd., 111 vd., 175 vd., 185 vd.

¹⁰⁵ Yönerge 2011/83/EU OJ 2011 L 304/64. Yorumlar için Bkz. Christiane Wendehorst, Die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, Festschrift für Irmgard Griss (2011), 717 vd.; Elizabeth Hall, Geraint Howells, Jonathan Watson, The Consumer Rights Directive: An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law, (2012) 8 *European Review of Contract Law* 139 vd.; Oliver Unger, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung, (2012) 20 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 270 vd.

¹⁰⁶ Daha önce benimsenen maksimum uyum stratejisine dayanan daha kapsamlı yaklaşım hakkındaki eleştiriler ve tartışmalar için bkz. Brigitta Jud, Christiane Wendehorst (eds.), *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa* (2009); Geraint Howells, Reiner Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (2009); Beate Gsell, Carsten Herresthal (eds.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009); Michael Stürner (ed.), *Vollharmonisierung im europäischen Verbraucherrecht?* (2010).

¹⁰⁷ COM(2011) 635 final. Avrupa Ortak Satım Hukuku Taslağı (DCESL) Avrupa Ortak Satım Hukuku İlke Kararı'nın (PR CESL) birinci eki olarak yayınlanmıştır.

¹⁰⁸ Reinhard Zimmermann, Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts: Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, [2012] *Juristische Blätter* 2 vd.; Horst Eidenmüller, Nils Jansen, Eva-Maria Kieninger, Gerhard Wagner, Reinhard Zimmermann, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, [2012] *Juristenzeitung* 269 vd.; Hans Schulte-Nolke, Fryderyk Zoll, Nils Jansen, Reiner Schulze (eds.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht* (2012); Oliver Remien, Sebastian Herrler, Peter Limmer (eds.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?* (2012); Martin Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? (2012); Christiane Wendehorst, Brigitta Zochling-Jud, Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (2012); Benedicte Fauvarque-Cosson, Vers un droit commun européen de la vente, (2012) 188 *Recueil Dalloz* 34 vd.; [2012] *Revue des contrats* 191 vd.'da yer alan katkılar; Trenta giuristi europei sull'idea di codice europeo dei contratti, [2012] 1 *Contratto e Impresa/Europa* (numero speciale); ve bkz. Astrid Stadler, Stefan Grundmann, Brigitta Zochling-Jud, Dirk Looschelders v Stefan Lorenz

Burası önerilen düzenlemenin ve onun eki Avrupa Ortak Satım Hukuku Tasarısı'nın kapsamlı bir değerlendirmesinin sunulması için uygun bir yer olmamakla birlikte ikincisinin yukarıda değindiğimiz anlamda bir kodifikasyon olmadığını söylemekle yetinebiliriz.¹⁰⁹ Zira bu düzenlemenin mevcut hukuku yani milli sözleşme hukuku düzenlemelerini değiştirmesi değil, üye devletlerin milli hukuk sistemlerinde mevcut düzenlemelerinin yanında sözleşme taraflarının seçebileceği ikinci bir kurallar bütünü olarak yer alması amaçlanmaktadır.¹¹⁰ Ayrıca tasarı kapsayıcı da değildir. Çünkü ilke kararı, ilgili milletlerarası özel hukuk kuralları tarafından uygulanacak hukuk olarak milli hukukun belirlendiği sınırlı sayıdaki konuyu ele almaktadır. Ele alınan konular hukuka ve ahlaka ayrılığı, temsili, birlikte borçluluğu ve alacaklılığı, ferağı ve takası kapsamaktadır.¹¹¹ Her şeye rağmen Avrupa Ortak Satım Hukuku Tasarısı, Avrupa Sözleşme Hukuku Yasası'nın ve hatta Avrupa Medeni Kanunu'nun temeli olabilir¹¹² ve bu nedenle ulusal kodifikasyonlar yoluyla edinilen tarihi deneyimlerin süzgeci ile bu düzenlemenin başarı şansını değerlendirmek yerinde olabilir. Bunun için ilk önce geçmişte özel hukuk kodifikasyonları¹¹³ lehine ortaya konan argümanları ele alacak ve sonrasında bu kodifikasyonların başarılarına katkıda bulunan diğer etkenlere bakacağız.

7.(i) Hukuk kaynaklarının karmaşıklığının azaltılması kodifikasyonlar lehine ortaya konan güçlü bir argüman olmuştur. Fakat *ius commune* zamanıyla kıyaslandığında, bugün Avrupa hukukunun genel görünümü çok daha derli topludur. Uluslararası bir hukuki ihtilafa uygulanabilecek olan otuzaya yakın hukuk sistemi vardır. Ama önemli alanlarda kanunlar ihtilafı kuralları yeknesaklaştırılmıştır¹¹⁴ ve sonuç olarak somut hukuki ihtilaf, dava edildiği her

tarafından *Zivilrechtslehrervereinigung* konferansında yapılan(2012) 212 Archiv für die civilistische Praxis'de yayınlanan katkılar.

¹⁰⁹ Genel olarak "uluslararası kodifikasyonlar" için bkz. Jürgen Basedow, Transjurisdictional Codification, (2009) 83 Tulane Law Review 974 vd. (Viyana Satım Sözleşmesi'nin de yukarıda değinilen nitelikte bir kodifikasyon olmadığına değinerek henüz bu tür bir uluslararası kodifikasyonun bulunmadığına işaret eden çalışma) karşı. Jansen/Rademacher, (n. 4), *sub* 2 ("Avrupa Medeni Kanunu söz konusu olduğunda bir medeni kanunun standart özelliklerine erişmek her zaman zor olacaktır").

¹¹⁰ Bkz. Recital 10 to the PR CESL; yorumlar için bkz. MPI, (2011) 75 RabelsZ 400 vd.; Matteo Fornasier, "28." versus "2. Regime" – Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrechts, (2012) 76 RabelsZ 401 vd.; Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, [2012] Juristenzeitung 273 vd.; Astrid Stadler, Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des Common European Sales Law (CESL), (2012) 212 Archiv für die civilistische Praxis.

¹¹¹ Recital 27 to the PR CESL. Fakat aslında daha fazla boşluk vardır bkz. Zimmermann, [2012] Juristische Blätter 9 f. Boşluk doldurma sorunu hakkında bkz. MPI, (2011) 75 RabelsZ 409 vd.

¹¹² Bu "Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları- Ortak Referans Kurallarına İlişkin Taslağı (DCFR)" kaleme alanların arzusuydu; Bkz. Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, "A European Civil Code in All But Name": Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference, (2010) 69 Cambridge Law Journal 98 vd.

¹¹³ İlk kodifikasyonlar dalgasının detaylı bir analizi için bkz. Peter A.J. van den Berg, The Politics of European Codification: A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands (2007). Bu analiz takip eden dört argümanın da temelini oluşturmaktadır. Karşı. Jansen/Rademacher (n. 4), *sub* 1.

¹¹⁴ Bkz. Rome I (sözleşmesel borçlar), Rome II (sözleşme dışı borçlar), Rome III (boşanma ve ayrılık) Regulations and the Proposal for a Regulation concerning the law of

yerde aynı maddi hukuk kurallarına tabi olacaktır. Fakat yabancı bir hukuk sistemine ait düzenlemelerin tespiti kolay olmayacaktır¹¹⁵ ve bu yüzden maddi hukukun da yeknesaklaştırılmasının pratik avantajları vardır. Ama en azından *ius commune* zamanında olanın aksine soruna hangi hukuk kurallarının uygulanacağı muğlak değildir.¹¹⁶ Bu aynı zamanda kodifikasyon yoluyla hukuki güvenliğin sağlanacağı veya en azından artırılacağına ilişkin ilgili argümanı ortadan kaldırmaktadır.¹¹⁷ Bu durumda tam tersi de söz konusu olabilir, zira bir Avrupa kodifikasyonunun yürürlüğe konulması, Avrupa Adalet Divanı gelecekte birliğin tamamında geçerli olacak yorum standartlarını ortaya koyana kadar açıkça düzen bozucu bir etkiye sahip olacaktır.¹¹⁸ Ayrıca dava sayısı azalmayacağı gibi dava süreleri de kısalmayacaktır.

(ii) Bazı eski kodifikasyonlar anayasal fonksiyon olarak adlandırılabilir bir görev ifa etmişlerdir: bu kodifikasyonların, vatandaşların devlet içindeki ve devlet karşısındaki hakları ve görevleri konusunda kesinlik sağlaması beklenmekteydi. Aynı zamanda bu düzenlemeler özel hukuklarımıza karakteristik özelliklerini veren birçok prensibin yanında temel özgürlükleri de yerleştirmişlerdir: sözleşme ve vasiyet serbestisi, özel mülkiyetin tanınması, kanun önünde eşitlik ve saire. Bu özellik *Code Civil*'de çok belirgindir¹¹⁹; ama az veya çok diğer yasalarda da vardır. Bugün, büyük ölçüde milli anayasalar bu görevi üstlenmişlerdir, zira ne de olsa anayasalar artık 19. yüzyıldaki gibi sadece devletin organizasyonu düzenlemekte yetinmiyor, çoğunlukla bir temel haklar katalogu da içeriyorlar. Avrupa'da uluslar üzeri seviyede Avrupa Birliği Anlaşması'nın 6. maddesinin 1. fıkrasında atf yapılan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de vardır; bu yüzden artık bu alanları düzenleyecek bir medeni kanuna gereksinim duyulmamaktadır.¹²⁰

(iii) Özel hukuk kodifikasyonları genellikle ya modern ulusların ortaya çıkışlarını takip etmiş ve böylece bir egemenlik ifadesi ve milli birlik sembolü olmuş ya da bu kodifikasyonların kültürel birliğe ve milli şura katkıda bulunması istenmiştir. Avrupa Birliği, bir ulus devlet hatta bir devlet değil, *sui generis* bir uluslararası organizasyondur.¹²¹ Avrupa özel hukukunun kodifikasyonu, birlik vatandaşlığı veya birlik bayrağı ve marşı gibi bir devlet oluşturma

succession: Reiner Schulze, Reinhard Zimmermann (eds.), *Europäisches Privatrecht: Basistexte*, 4th ed. (2012) I.90-I.105.

¹¹⁵ Karş. Ole Lando, *Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification?*, (2003) 8 *Uniform Law Review* 124 vd.

¹¹⁶ Karş. Jansen, *Legal Authority* (n. 7), 66.

¹¹⁷ Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 68 vd., 136 vd.

¹¹⁸ Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, [2012] *Juristenzeitung* 286; John Cartwright, "Choice is good." Really?, (2011) 7 *European Review of Contract Law* 347.

¹¹⁹ Van den Berg (n. 113), 28 vd. bunu kodifikasyon yanlısı "politik-teorik" argüman başlığı altında ele almaktadır; karşı. Philippe Malaurie, *Les dix premières années de notre siècle et le droit civil*, [2010] *La Semaine Juridique* 781; Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 104; Basedow, (2009) 83 *Tulane Law Review* 985. – Medeni Kanun yanlısı modern bir anayasacı görüş için bkz. Collins, *Civil Code* (n. 28), 91 vd.

¹²⁰ En azından bugün genel ve normal olarak anlaşıldığı manada bir medeni kanun değil. Collins'in tasarısına uyan "ekonomik anayasa" anlamında bir medeni kanun, Collins, *Civil Code* (n. 28), 91 vd. aslında çok farklı bir konudur ve gerçekten "kendisinden Avrupa kimliğinin oluşturabileceği entegre olmuş uluslararası sivil topluma" katkı sağlayacak faydalı bir araçtır. (p. 2).

¹²¹ Ninon Colneric, *European Union, MaxEuP* (n. 4), 641 vd.

sürecinin parçası olarak görülebilir.¹²² Aslında bu birçok gözlemcinin korktuğu şeydir: Avrupa kanunu simgesel bir öneme sahip olacak ve böylece bir bakıma Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturma Anlaşma'nın başarısızlığını telafi edecektir.¹²³ Üye devletlerin vatandaşlarının ve hükümetlerinin hâkim hissiyatları dikkate alındığında, Avrupa kanunu lehine işlevsel ve politik değerlendirmelere dayanan her argüman -ki tarihi olarak işlevsel-politik değerlendirmeler en etkili olanlardır¹²⁴- ters bir etki yaratabilir, zira Avrupa düzeyindeki bir devletleşme, 19. yüzyıl Almanya ve İtalyası'ndaki kadar şiddetle arzulanmadığı gibi devrim veya devrim sonrası Fransa ile özdeşleşen vatanperverlik duygusunu da uyardırmamaktadır. Avrupa Ortak Satım Hukuku'nun Avrupa Birliği'nin 23 resmi dilinde yayınlanmasının gerekeceği de unutulmamalıdır, her metin aynı bağlayıcı güce sahip olacaktır. Bu, yeknesak bir Avrupa kodifikasyonunun¹²⁵ uygulanmasında önemli zorlukları çıkaracağı gibi, aynı zamanda milli kodifikasyonların¹²⁶ aksine dilin Avrupa seviyesinde kültürel birliği sağlama fonksiyonunu ifa edemeyeceğinin güçlü bir hatırlatıcısıdır. Bir Avrupa dili yoktur.¹²⁷

(iv) Genellikle özel hukukun özellikle sözleşme hukukunun kodifikasyonunun, ticareti kolaylaştıracağı ve böylece ekonomi için faydalı olacağı ileri sürülmüştür. Aslında bu Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa Ortak Satım Hukuku (CESL) lehine ortaya konan temel gerekçedir: Avrupa Ortak Satım Hukuku, ülkeler arası ticareti kolaylaştırmak suretiyle iç pazarın işleyişini geliştirecektir. Sözleşmelerin yeknesak bir hukuki rejime tabi tutulması yolu ile işletmelerin işlem maliyetlerini azaltmaları mümkün olacaktır.¹²⁸ Bu argüman

¹²² Van den Berg (n. 113), 277 kitabını takip eden açıklama ile bitirmektedir: "Avrupa kodifikasyonu devlet oluşturma sürecinin bir parçası mıdır? Bu araştırma bunun en azından bir olasılık olduğunu ortaya koymaktadır" (278); karşılaştınız Jansen, Legal Authority (n. 7), 14 f.

¹²³ Ninon Colneric, European Constitution, MaxEuP (n. 4), 572 vd. – Avrupa için Bir Anayasa Oluşturma Anlaşması ve Avrupa medeni kanunu arasındaki ideolojik bağlantı için (birinin "Ekonomik Anayasa" olarak anlaşılmasına rağmen), bkz. Collins, Civil Code (n. 28), 15 vd., 91 vd.

¹²⁴ Van den Berg (n. 113), 23 vd., 273.

¹²⁵ MPI, (2011) 75 RabelsZ 431 vd.

¹²⁶ İsviçre'de kabul edilen dört resmi dil dikkate alındığında İsviçre kodifikasyonu bir istisna teşkil etmektedir. Habsburg hanedanlığı altında birleşen farklı milletler de göz önüne alındığında Avusturya kanununun da birçok farklı dile tercüme edilmesi gerekmektedir. Bkz. Wilhelm Brauneder, Gesetzgebungslehre und Kodifikationspraxis am Beispiel des ABGB, Dölemeyer/Mohnhaupt (n. 95), 38'da.

¹²⁷ Tony Weir, Die Sprachen des europäischen Rechts: Eine skeptische Betrachtung, (1995) 3 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 368 vd.; karş. Collins, Civil Code (n. 28), 142 vd. Yazar Avrupa Medeni Kanunu'nun tek bir dilde yayınlanması eğilimine karşı konulması gerektiğini savunmaktadır.– Bugün modern *lingua Franca* statüsünü kazanma yolunda olan İngilizce hiçbir zaman örneğin Fransızca'nın Fransızlar üzerindeki kültürel olarak kaynaştırıcı etkisine sahip olmayacaktır. İngilizce'nin mevcut bağlamda kullanımı hakkında diğer güncel yorumlar için bkz. [2007] Neue Juristische Wochenschrift 3332 vd.

¹²⁸ Açıklayıcı memorandum Avrupa Ortak Satım Hukuku İlke Kararı Önerisi (PR CESL) bölüm 1; Komisyonun Parlamento'ya ve Konsey'e, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesine ve Bölgeler Komitesi'ne yolladığı bildiri: Tek pazardaki ülkeler arası işlemlerin artırılması için Avrupa Ortak Satım Hukuku, COM(2011) 636 final, bölüm 1. Eleştirel bir yorum için bkz. Collins, Civil Code (n. 28), 63 vd.

kabul edilebilir olmakla birlikte genellikle iddia edildiği kadar güçlü değildir.¹²⁹ Vergi kanunları, dilden kaynaklanan sorunlar, lisans ve tescil şartları ve özellikle ihtilafların farklı hukuk sistemlerinde dava edilmesindeki ve kararların tenfizindeki zorluklar, en az farklı sözleşme hukuklarının neden olduğu işlem maliyetleri kadar önemlidir.¹³⁰ Ayrıca farklı sözleşme hukuku kurallarının bir ticaret engeli olarak görülmediği ülkelere de çeşitli örnekler verilebilir; İngiliz ve İskoç hukukları öğretici bir misaldir.¹³¹ Son olarak Avrupa Ortak Satım Hukuku Tasarısı (DCESL) esasen özel teamüllerin ve ticari itibar mekanizmaların hukuk rejiminin işlevsel ilintisini azalttığı elektronik ticareti¹³² düzenlemeye yönelmiş gibi gözükmektedir.¹³³

(v) Şimdi dikkatimizi milli kodifikasyonların başarılarına katkıda bulunan diğer faktörler üzerinde toplarsak ilk başta bu çalışmaların hazırlanmasının uzun bir zaman aldığını ve veya iyi gelişmiş ve yazıya dökülmüş hukuk doktrini ile desteklendiklerini fark ederiz. Bernard Windscheid ve diğer yazarlar tarafından geliştirilen Pandekt hukuk doktrini Alman Medeni Kanunu'nun temelini oluşturmuştur, buna rağmen kanunun hazırlanması 22 yıl almıştır.¹³⁴ Avusturya kodifikasyonunun tarihi 1753'e dayanmakta ve 58 yıla yayılmaktadır¹³⁵; bu süreç ağırlıklı tabii hukukun ve Roma hukukunun kazanımlarından yararlanabilen Freiherr von Martini tarafından iletilemiştir.¹³⁶ Walther Munzinger'in¹³⁷ İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlaması sadece 13 yıl sürmüştür; ama bu kanun Johann Caspar Bluntschli'nin¹³⁸ Zürih Özel Hukuku Kanunu'na ve Dresden Borçlar Hukuku Tasarısı'na dayandırılabilir. *Code civil*'in hazırlanması on yıldan biraz daha fazla sürmüştür; fakat kanunun esas hazırlayıcıları, çalışmaları çok daha önceye dayanan özellikle Jean Domat ve Robert-Joseph Pothier gibi bilim adamlarıdır.¹³⁹ Bu örneklerin aksine Avrupa Ortak Sözleşme Hukuku Tasarısı, çok hızlı (sadece bir buçuk yılda)¹⁴⁰ hazırlanmıştır

¹²⁹ Avro barometre anketlerine göre çoğu işletme, farklı hukuk rejimlerinin sınır ötesi ticaretin önünde önemli bir engel olmadığı fikrindedir. eurobarometers 320 and 321 (ikisi de 2011 yılından), Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann tarafından atuf yapıldığı şekilde, [2012] Juristenzeitung 286.

¹³⁰ Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, [2012] Juristenzeitung 286.

¹³¹ Tony Weir, *Divergent Legal Systems in a Single Member State*, (1998) 6 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 564 vd.

¹³² Bkz. örneğin Recital 26 PR CESL.

¹³³ Walter Doralt, *Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button? Zur Frage eines optionaleneuropäischen Vertragsrechts*, (2011) 211 *Archiv für die civilistische Praxis* 24 vd.

¹³⁴ *MaxEuP/Haferkamp* (n. 4), 120 vd.'da yer alan genel bir inceleme; Zimmermann, *German Civil Code* (n. 49), 12 vd.

¹³⁵ *MaxEuP/Doralt* (n. 4), 46'da yer alan genel açıklama.

¹³⁶ Tabii ki kendi yazdığı kitapları da içeren şekilde. Martini, Viyana Üniversitesi'nde tabii hukuk (Roma Hukuku) ve roma hukuk tarihi profesörüydü. Detaylar hakkında, özellikle bir akademisyen olarak faaliyetleri için bkz. Martin Hebeis, *Karl Anton von Martini (1726 – 1800): Leben und Werk* (1996).

¹³⁷ Munzinger hakkında, bkz. Urs Fasel, *Walther Munzinger – Vorbereiter der Schweizer Rechtseinheit*, (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 345 vd.

¹³⁸ Bluntschli hakkında bkz. Theodor Bühler, *Johann Caspar Bluntschli*, (2009) 17 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 91 vd.

¹³⁹ Bkz. *MaxEuP/Rehm* (n. 4), 201 vd.; Fransız hukuk birliğinin öncüsü olan düzenlemeler için bkz. Gebhard Rehm, *Ordonnances, MaxEuP* (n. 4), 1226 vd.'da

¹⁴⁰ Avrupa Ortak Satım Hukuku Tasarısı'nın hazırlanması görevini üstlenen "uzman grubu" 2010 yılının Nisan ayının sonunda kurulmuştur (Komisyon Kararı

ve Uluslararası Satım Sözleşmesi dışında göreceli olarak yeni yayınlanan ve akademisyenler ve uygulama tarafından iyice incelenmemiş model düzenlemelere (Avrupa Sözleşme Hukuku'nun Temel İlkeleri, UNIDROIT Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler, *Acquis* Prensipleri, Satım ve Hizmet Sözleşmesi hakkındaki Avrupa Hukuku'nun Temel İlkeleri, Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları- Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak)¹⁴¹ dayanmaktadır.

(vi) Böylece milli kanunlar bilimsel hukuk geleneğinin tezahürü olmuşlardır, Alman Medeni Kanunu'nu söz konusu olduğunda, “kanunun hukuk kaynağının kendi içinde değil kendisini yaratan hukuk doktrininde bulunduğu” söylenmektedir.¹⁴² Bunun sonucunda, kodifikasyonlar aynı zamanda hukukun bilimsel olarak gelişmesine yer bırakacak şekilde tasarlanmışlardır.¹⁴³ Öte yandan Avrupa Ortak Satım Hukuku Tasarısı'nın, bu tür güçlü özgün bir Avrupa hukuku doktrini ile çevrelendiğini söylemek çok güçtür. Heinz Kötz'ün alanının

2010/233/EU, 26 Nisan, OJ 2010 L 105/109) ve Mayıs'ın başında Avrupa Sözleşme Hukuku alanındaki yeni düzenlemenin fizibilite çalışmasını tamamlamıştır, bu fizibilite çalışması Kasım ayında yayınlanan Avrupa Ortak Satım Hukuku Taslağı'nın temelini oluşturmuştur.

¹⁴¹ Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri'nin (PECL) üçüncü bölümü 2003 yılında yayınlanmıştır (= PECL; eds. Ole Lando, Eric Clive, André Prüm, Reinhard Zimmermann), *Acquis* Prensiplerinin ikinci edisyonu (n. 90) 2009 yılında çıkmıştır (ilki 2007'de), Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubunun Avrupa Hukuku Prensipleri, Satım Sözleşmesi (= PEL S; eds. Ewoud Hondius, Viola Heutger, Christoph Jeloschek, Hanna Sivesand, Aneta Wiewiorowska) 2008 yılında ve Hizmet Sözleşmesi (eds. Maurits Barendrecht, Chris Jansen, Marco Loos, Andrea Pinna, Rui Cascão, Stéphanie van Gulijk) 2007 yılında, Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları- Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak (DCFR) (eds. Christian von Bar, Eric Clive) 2008 yılında (ara genel çerçeve) ve 2009 yılında (tamamlanmış baskı), Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkelerin yeni ve genişletilmiş versiyonu (PICC) (ed. UNIDROIT) 2011 yılında (ikinci genişletilmiş versiyon 2004 yılında) yayınlanmıştır. Detaylar için bkz. Reinhard Zimmermann, *The Present State of European Private Law*, (2009) 57 *American Journal of Comparative Law* 479 vd.; idem, *Europäisches Privatrecht – Irrungen, Wirrungen, Begegnungen im Recht – Ringvorlesung zu Ehren von Karsten Schmidt* (2011), 322 vd. – “teşrii olmayan bu kodifikasyonların” niteliği için bkz. Jansen, *Legal Authority* (n. 7), 59 vd.

¹⁴² Horst Heinrich Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts* (1983), 160.

¹⁴³ Bu, aydınlanma çağıının kanun hazırlayıcılarının her zaman benimsenen bir yöntem olmamıştır. Prusya kodifikasyonu tam ve kapsayıcı olma çabası (Zweigert/Kötz [n. 50], 137 f.; Zweigert ve Kötz aynı zamanda Wolfgang Kunkel'in “kanunun canavarca, anti-entelektüel bir teşebbüs olduğu” ifadesine de yer vermektedir, lakin bu kanun hazırlayıcılarının gerçek niyetlerini yansıtmayan modern bir abartmadır: Bkz. Mertens, *Gesetzgebungskunst* [n. 15], 287 vd.; MaxEuP/Hellwege [n. 4], 58) ve bağımsız yorum yoluyla hukukun yozlaştırılmasının engellemek için doktrin dikkate alınmasını yasaklanması ile meşhurdur (bu tür hükümler için bkz. Hans-Jürgen Becker, *Kommentier- und Auslegungsverbot, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. II [1978], cols. 963 vd.). İlk başta Avusturya'da ve Fransa'da da benzer hisler hakimdi, hukukun içtihatlarla geliştirilmesi bir yana yargısal yorumu dahi güvenmeme söz konusuydü; bkz. Hübner (n. 70), 27 vd.; Matthias Miersch, *Der sogenannte référé législatif* (2000); Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 107 vd. İtalya için bkz. Alexandra Braun, *Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango*, (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 671 vd.

öncüsü Avrupa Sözleşme Hukuku kitabı ancak 1996 yılında yayınlanmıştır¹⁴⁴ ve o zamandan bu yana çok yol kat edilmiş olmasına rağmen¹⁴⁵ bugün halen hukuk doktrinin temel inceleme konusunu milli hukuk sistemleridir. Herhalde sözleşme hukuku mevcut ortak temel in en geniş olduğu alandır; ama bu alanda bile Avrupa Ortak Sözleşme Hukuku Tasarısı'nın kapsamına alınması uygun görülmeyen hakların temliki, temsil ve borçluların çokluğu gibi çözümlenmemiş kavramsal farklılıklarla ilgili sorunlar vardır.¹⁴⁶ *Acquis communautaire* ve *acquis commun* arasındaki gerginlikler hala devam etmektedir¹⁴⁷ ve Avrupa sözleşme hukuku kurallarının sistematik bir şekilde düzenlenmesinde de tekrarlanan yön değişiklikleri olmuştur.¹⁴⁸ Bilimsel temel eserlerin yetersizliği dikkate alındığında özel hukukun diğer birçok alanında yasal bir uzlaşma tasavvur bile edilemez gözükmektedir.¹⁴⁹

(vii) Hukuk doktrini ve yasama dışında, Avrupa'da hukukun gelişmesinin önderi her zaman mahkemeler olmuştur. *Ius commune*, doktrinseldi; ama aynı zamanda içtihat hukukuydu.¹⁵⁰ Geleneksel hukuklarının başarısındaki önemli etkenlerden biri de ortak hukukun milli sınırlar içerisinde yeknesak uygulanmasını sağlayacak güçlü ve merkezi temyiz mahkemelerinin hazır bulunmasıdır. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin tarihi Fransız Devrimi yasalarına dayanmaktadır¹⁵¹, Avusturya Temyiz Mahkemesi ise Maria Theresia tarafından

¹⁴⁴ Hein Kötz, *Europäisches Privatrecht*, Cilt. I (1996) (ama bu cilt sadece sözleşmenin kurulması, geçerlilik şartları ve sözleşmenin içeriği ile ilgilidir); Cilt. II (ifa engelleri ve ifa engellerinin sonuçları başka bir yazar tarafından tamamlanacaktır) İkinci cilt bu tarihe kadar henüz yayınlanmamıştır.

¹⁴⁵ Genel bir açıklama için bkz. Zimmermann, *Comparative Law* (n. 100), 548 vd.

¹⁴⁶ Temsil için bkz. Dominik Moser, *Die Offenkundigkeit der Stellvertretung im deutschen und englischen Recht sowie in den internationalen Regelungsmodellen* (2010), Jens Kleinschmidt, *Representation*, *MaxEuP* (n. 4), 1455 vd., temlik için bkz. Eva-Maria Kieninger, *Das Abtretungsrecht des DCFR*, (2010) 18 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 724 vd., Hein Kötz, *Assignment*, *MaxEuP* (n. 4), 75 vd.'da; borçluların çokluğu hakkında, Bkz. Sonja Meier, *Schuldnermehrheiten im europäischen Vertragsrecht*, (2011) 211 *Archiv für die civilistische Praxis* 435 vd.; *eadem*, *Solidary Obligations*, *MaxEuP* (n. 4), 1573 vd.

¹⁴⁷ Jansen/Zimmermann, (2008) 71 *Modern Law Review* 505 vd.

¹⁴⁸ Bu nedenle Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları- Ortak Referans Kurallarına İlişkin Taslak, sözleşme hukukunu borçlar hukukunun asli parçası olarak görmüştür. Bu karar yeni bir tarihte değiştirilmiştir. (Fizibilite Çalışması ve Avrupa Ortak Satım Hukuku Tasarısı). Avrupa Ortak Satım Hukuku Tasarısı'nın en şaşırtıcı yapısal özelliği, başlığı "Satım Sözleşmesinde Tarafların Borçları ve Sahip Olduğu Hukuki İmkanlar" olan dördüncü bölümdür.; detaylar ve eleştiriler için bkz. Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, [2012] *Juristenzeitung* 272 f.; karşılaştırınız. Matthias Storme, (2011) 19 *European Review of Private Law* 343 ("...geriye doğru atılan adım").

¹⁴⁹ Bkz. Nils Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität* (2004); Zimmermann, (2009) 57 *American Journal of Comparative Law* 494 vd.

¹⁵⁰ Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, vol. I (1985), 124 vd.; diğer atıflar için bkz. Reinhard Zimmermann, *Roman-Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private Law*, (1992) 66 *Tulane Law Review* 1712 f.

¹⁵¹ Şu kadar ki esas orijinal görevi hâkimlerin medeni yasanın metninden sapıp sapmadıklarını kontrol etmek olduğu için Fransız Temyiz Mahkemesi özgündür, mahkemenin yasanın yorumlanması dahi sapma olarak nitelendirdiği olmuştur. Fakat nihayetinde Fransız Medeni Kanunu'nun kendisi de yargısal yorumun gerekliliğini ve meşruiyetini kabul ettiği için Fransız Temyiz Mahkemesi'de yavaş yavaş ilk derece

Avusturya'nın kuruluşunun bir parçası olarak 1749'da kurulan En Üst Hukuk Dairesi'nin (*Oberste Justizstelle*) halefidir¹⁵², İsviçre'nin modern Federal Mahkemesi 1875, Alman Federal Mahkemesi ise 1879 yılında kurulmuştur. Tabii ki Avrupa Birliği'nde de Avrupa Adalet Divanı vardır. Divan'ın Avrupa Birliği Sözleşmeleri'nin ve ikincil hukukun yorumunun ve uygulamasının hukuka uygun olmasını sağlaması gerekmektedir. Divan artık sadece Avrupa Birliği'nin Anayasa Mahkemesi değildir¹⁵³; çünkü ikincil hukukun artması ile sözleşme hukukunu da içeren birçok alanda gittikçe artan soruları cevaplamak zorunda kalmıştır. Fakat mevcut yapısı ile Divan, Avrupa Ortak Satım Hukuku'nun yasalaşmasının ardından ortaya çıkacak olan ön karar talepleri akımı ile baş edemeyecektir. Bu nedenle özel hukuk alanında kapsamlı bir yasama faaliyetinin başarı şansı olması için Avrupa mahkeme sisteminin esaslı bir reforma tabi tutulması gerekecektir.¹⁵⁴

(viii) Nils Jansen¹⁵⁵ "Politik kararlar karşısında özel hukukun büyük ölçüde bağımsız olduğu gerçeğinin yadsınmasının zor olduğunu" yazar. Bu özel hukuk kodifikasyonlarının "akademisyenler ve diğer uzman hukukçular" tarafından hazırlanmasının nedenlerinden biridir. Bu, bir "Uzmanlar Grubu" tarafından hazırlanan Avrupa Ortak Satım Hukuku Tasarısı için de geçerlidir.¹⁵⁶ Fakat bu grup başlangıçtan itibaren talihsiz bir şekilde himaye altında çalışmalarını sürdürmüştür.¹⁵⁷ Üyelerinin seçimi önemli eleştirilere konu olmuştur,¹⁵⁸ görevini tamamlaması için çok az bir süre verilmiştir ve ayrıca uzun bir süre aslında yerine getirmesi gereken görevin tam olarak ne olduğu da muğlak kalmıştır. Çalışmalara Avrupa Komisyonu'nun bir görevlisi başkanlık etmiştir ve grup aslında tam olarak bağımsız olmadığı için kilit noktalarda komisyonun talimatına uymak zorunda kalmıştır. Bu etkenler, Avrupa Ortak Satım Hukuku

mahkemelerinin kararlarını kanunu yorumladıkları için değil kanunu gereği gibi yorumlamadıkları için bozmaya görevini üstlenmiştir. Zweigert/Kötz (n. 50), 120.

¹⁵² Ernst Bruckmüller, Über die Lage der Habsburgermonarchie in den Jahrzehnten zwischen Maria Theresia und Metternich in Hinblick auf die Kodifikation des ABGB, Dölemeyer/Mohnhaupt (n. 95), 11'de

¹⁵³ Fakat bkz. Jörg Pirrung, European Court of Justice, MaxEuP (n. 4), 583 vd.

¹⁵⁴ MPI, (2011) 75 *RabelsZ* 434 f.; Jürgen Basedow, The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary, (2010) 18 *European Review of Private Law* 443 vd.

¹⁵⁵ Legal Authority (n. 7), 4.

¹⁵⁶ Bu üyelerin listesi için bkz. Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts, (2010) 18 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 955.

¹⁵⁷ Detaylar için bkz. Zimmermann, Irrungen, Wirrungen (n. 141), 338 vd. Hans Schulte-Nölke grubun çalışması hakkında grubun içinden bilgi vermektedir, Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (n. 108), 1 vd.

¹⁵⁸ Jürgen Basedow, Horst Eidenmüller, Christoph Grigoleit, Stefan Grundmann, Nils Jansen, Eva-Maria Kieninger, Heinz-Peter Mansel, Wulf-Henning Roth, Gerhard Wagner, Reinhard Zimmermann, Ein europäisches Privatrecht kommt – aber zu welchem Preis?, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 1. Juli 2010, s. 8; Karl Riesenhuber, A Competitive Approach to EU Contract Law, (2011) 7 *European Review of Contract Law* 123 vd.; Walter Doralt, Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts, (2011) 75 *RabelsZ* 270 vd.; Stefan Grundmann, Kosten und Nutzen eines Europäischen Optionalen Kaufrechts, (2012) 212 *Archiv für die civilistische Praxis*

Tasarısı'nın hukuk çevresi, daha doğrusu çeşitli milli hukuklar tarafından saygınlıkta mevcut milli kodifikasyonlara eş bir metin olarak kabul edilmesi eğilimini güçlendirmeyecektir.

8. Bu yüzden bir bütün olarak ele alındığında, mevcut şartlar Medeni Kanun bir yana Avrupa Sözleşme Hukuku için dahi ideal olmaktan çok uzaktır. Taslak metnin hazırlanabileceği ortak bir dil yoktur. Metnin yeknesak uygulanmasını etkin bir şekilde sağlayacak bir özel hukuk temyiz mahkemesi de yoktur. Bu gelişmeyi sürdürebilecek kadar güçlü ve yeterli akademik çalışmalar da henüz mevcut değildir. Avrupa kanunu lehine ileri sürülebilecek bazı argümanlar vardır; ama bunların çoğu oldukça zayıf ve duygusal çekicilikten uzaktırlar. Özellikle henüz böyle bir çabayı kanatlandıracak güçlü bir Avrupalılık duygusu (19. yüzyıldaki milli kimlik duygusu ile karşılaştırılabilecek) yoktur. Ve kodifikasyonu kaçınılmaz gösterecek herhangi bir kriz hissi de mevcut değildir.

Aynı zamanda tamamlanmak istenen görev geçmişteki herhangi bir kodifikasyonda olduğundan çok daha zordur. Çalışmanın otuz hatta daha fazla bağımsız hukuk sistemini kapsaması gerekmektedir. Bu sistemlerin arasında ilk defa genel olarak kıta Avrupası geleneğinden¹⁵⁹ çok farklı olduğu düşünülen ve bu zamana kadar kodifikasyona fikrine mesafeli olan İngiliz *Common Law* sistemi de olacaktır.¹⁶⁰ Öte yandan Avrupa kodifikasyonunun hazırlayıcıları, yerleşik ve yetkin bir Avrupa hukuk doktrinine değil sadece denenmemiş akademik nitelikteki model kurallara başvurabileceklerdir. Bugün haksız fiil, sebepsiz zenginleşme¹⁶¹ veya eşya hukukun kodifikasyonu tasavvur dahi edilemez görülmektedir. Yapısal ve kavramsal düzeyde yeterli ortak temel yoktur ve üye devletlerin bulduğu farklı çözümlerin hangisinin daha üstün olduğuna dair ortak bir görüş de yoktur. Kodifikasyonun en azından tasavvur edilebildiği yegâne alanlar, satım ve genel sözleşme hukukudur. Fakat bu alanlarda dahi aşılması gereken önemli zorluklar vardır. Topluluk müktesabati (*acquis communautaire*) yetersizdir. Topluluk müktesabati (*acquis communautaire*) ile *acquis communun* nasıl entegre edileceğine dair herhangi bir plan yoktur. İkincisine ilişkin olarak farklı model kuralların karşılaştırılması, geniş bir ortak temele rağmen detaylarda birçok farklılığın olduğunu da ortaya çıkarmaktadır. Bu farklılıkların karşılaştırmalı olarak değerlendirmek için ortak bir çalışma

¹⁵⁹ Şahsen bu görüşü benimsemiyorum; bkz, örn., Reinhard Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 4 vd.; idem, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe, Towards a European Civil Code* (n. 102), 42 vd.. Tabii farklı anlayışlar da önemlidir.

¹⁶⁰ İngiltere'de kodifikasyonlar hakkındaki hakim olan yanlış algıları düzeltmek isteyen bir çaba için bkz. Kötz, (1987) 50 *Modern Law Review* 1 vd.; karşı. Cabrillac, *Les codifications* (n. 5), 45 vd. (kodifikasyon *common law* sistemi ile temelden uyumsuz değildir); Collins, *Civil Code* (n. 28), 170 vd. Öte yandan Mauro Bussani, medeni hukukçuları Avrupa Medeni Kanunu projesi çevresinde toplanmaya çağırmaktadır: *A Streetcar Named Desire: The European Civil Code in the Global Legal Order*, (2009) 83 *Tulane Law Review* 1083 vd.

¹⁶¹ Gerçek vekaletsiz iş görmeye ilişkin olarak bkz. Nils Jansen, *Negotiorum Gestio and Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law?*, (2007) 15 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 958 vd.

yapılmamıştır.¹⁶² Bunun yerine belli tercihlerin veya değişikliklerin neden yapıldığını açıklamayan değerlendirmeler birbirini izlemiştir. Bugün Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkelerine İlişkin Taslak'ın (DCFR) aşırı iddialı olduğu¹⁶³ ve bu yüzden direksiyonun gene boşa çevrildiği genel olarak kabul edilmiş gibi gözükmektedir. Ayrıca sözleşme hukuku ile haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hukuku arasındaki karmaşık etkileşim dikkate alındığında, sözleşme hukuku ile sınırlanmış bir kodifikasyonun yararlı olup olmayacağı da çözümlenmemiş sorunlardan bir diğeridir.¹⁶⁴

Bugünlerde Avrupa Komisyonu, en az müdahaleci çözüm olarak değerlendirdiği, yeterliliğini uygulanması ile ispatlayacak ihtiyari bir düzenlemenin çıkarılmasını önermektedir. Fakat bu teklif dahi ihtiyari düzenlemenin Avrupa Ortak Satım Hukuku Tasarısı gibi boşluklarla ve uygulama sorunları¹⁶⁵ ile dolu ve içerik açısından tamamlanmamış olduğu varsayımında çeşitli tehlikeler ihtiva edecektir.¹⁶⁶ Ve bu da Avrupa hukuk uyumlaştırmasının yasama yoluyla mı sağlanması gerektiği sorusunu gündeme getirmektedir. Bu sorunun içinde özel hukukun bir ülke söz konusu olmadan veya ülkeler ötesinde tasarlanmasının mümkün olup olmadığı tartışması gizlidir.¹⁶⁷ Bütün bunlar, kodifikasyon devrinden önce özel hukuk ve özel hukukun geçerliliğinin egemen devletin hukuk üzerindeki kontrolü ile bağlantılı olmadığı gerçeği dikkate alındığında daha da anlam kazanmaktadır. Ve *ius commune* doğasından kaynaklanan bir esnekliğe, adaptasyon ve gelişme potansiyeline sahipti.¹⁶⁸ Ve geçerliliği politik hudutlarla sınırlanmış olmadığından, ortak bir Avrupa hukuk doktrini tarafından oluşturulmuş ve sürdürülmüştür. Erken bir aşamada merkezileşen bir ülkede geliştirilen İngiliz *Common Law* kuralları da herhangi bir hükümdar tarafından yasalaştırılmamıştır; fakat ağırlıklı olarak mahkemeler (ve ayrıca zaman zaman, 19.yüzyıldan bu yana da artarak, hukuk doktrini) tarafından geliştirilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise milli özel hukuk kavramının ortaya çıkmasında önemli bir katkıda bulunan *restatement*ler vardır.¹⁶⁹ *Restatementler*, Av-

¹⁶² Üç spesifik alan için bkz. Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules, (2011) 31 Oxford Journal of Legal Studies 625 vd.; Reinhard Zimmermann, Die Auslegung von Verträgen: Textstufen transnationaler Modellregelungen, Festschrift für Eduard Picker (2010), 1353 vd.'da.

¹⁶³ Bkz. Zimmermann, Irrungen, Wirrungen (n.141), 336.

¹⁶⁴ Bu Christian von Bar'ı DCFR (Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları- Ortak Referans Kurallarına İlişkin Taslak) projesini sözleşme hukukunun ötesine genişletmeye iten düşüncedir; bkz. Christian von Bar, Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, (2001) 9 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 799 vd.

¹⁶⁵ Bu sorunlar Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, [2012] Juristenzeitung 285 vd.'da incelenmiştir.

¹⁶⁶ Almanya, İsviçre ve Avusturya'dan gelen özel hukuk profesörlerinin 20/21 Nisan 2012 tarihinde Bonn'da gerçekleşen özel bir toplantısının özeti için bkz. (2012) 212 Archiv für die civilistische Praxis

¹⁶⁷ Detaylı bir inceleme için bkz. Nils Jansen, Ralf Michaels (eds.), Beyond the State: Rethinking Private Law (2008); Fabrizio Cafaggi, Private Regulation in European Private Law, Hartkamp/Hesselink et al. (n. 102), 91 vd.

¹⁶⁸ Harold J. Berman, Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition (1983), 9.

¹⁶⁹ Ralf Michaels, Restatements, MaxEuP (n. 4), 1464 vd.; Jansen, Legal Authority (n. 7), 50 vd.

rupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin (PECL) yayınlanmasını ile sonuçlanan Lando Komisyonu'nun çalışmasına da esin kaynağı olmuştur¹⁷⁰ ve ayrıca Avrupa Hukuk Enstitüsü'nün¹⁷¹ (Bu enstitünün kurulması, hukukun netleştirilmesi ve sadeleştirilmesi ve adaletin daha iyi yöneltilmesine hizmet etmesi için oluşturulan özel bir kurumun, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün, başarısı neticesinde önerilmiştir) ajandasının belirlenmesinde de esas alınabilirler.¹⁷²

Sayılanlar, hukukun yasama yolu ile yeknesaklaştırılmasına alternatif olabilecek seçeneklerin sadece bir kısmıdır. Aralarında eğitimin¹⁷³ de olduğu uyumu artıracak birçok farklı strateji de düşünülebilir.¹⁷⁴ En sonunda her şey kişinin bir referans metnin yasalaşmasından önce Avrupa hukuk kültürünün gelişmesini mi arzu ettiğine yoksa Avrupa hukuk kültürünün gelişmesinin bir yasal düzenleme ile kesin bir şekilde sağlanabileceği görüşünü mü savunduğuna bağlıdır.¹⁷⁵ Bu anlamda Savigny ve Thibaut arasındaki tartışma 200 yıl sonra Avrupa düzeyinde yeniden canlanmıştır.¹⁷⁶ Biz *ratio scripta* olarak hukukun tarihi kaynağının emsal teşkil eden karakterine artık inanmadığımız gibi, mantığın gereğini bulmamızı sağlayan güveni de kaybetmiş bulunuyoruz. Benzer şekilde politik sürecin mantığına da özellikle Avrupa düzeyinde pek güven duymuyoruz. Hukuk araştırmacıları olarak bizler açık görüşmelerde paylaşılan

¹⁷⁰ Supra, n.140.

¹⁷¹ Reinhard Zimmermann, Challenges for the European Law Institute, (2012) 16 Edinburgh Law Review 5 vd.

¹⁷² Joachim Zekoll, Das American Law Institute – ein Vorbild für Europa?, Reinhard Zimmermann (ed.), Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese (2008), 101 vd.'da.

¹⁷³ Bkz. örn. ilgili sempozyuma yapılan katkılar "Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung", (1992) 56 RabelsZ 215 vd.; Collins, Civil Code (n. 28), 210 vd.

¹⁷⁴ Axel Flessner, Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, (1992) 56 RabelsZ 243 vd.; Hein Kötz, Europäische Juristenausbildung, (1993) 1 ZEuP 268 vd.; Filippo Ranieri, Juristen für Europa (2006) (with comprehensive references); karşılaştırmız Andreas Voßkuhle, Das Leitbild des „europäischen Juristen“ – Gedanken zur Juristenausbildung und zur Rechtskultur in Deutschland, (2010) 1 Rechtswissenschaft 326 vd.

¹⁷⁵ Son görüş örneğın Ole Lando tarafından benimsenmiştir. Culture and Contract Law, (2007) 3 European Review of Contract Law 17 vd.; idem, (2003) 8 Uniform Law Review 123 vd.; Jürgen Basedow, A common contract law for the common market, (1996) 33 Common Market Law Review 1192 vd.; idem, Codification of Private Law in the European Union: The Making of a Hybrid, (2001) 9 European Review of Private Law 35 vd. Milli kanunlar model alınarak Avrupa düzeyinde bir kanun hazırlanması fikri takip eden yazarlar tarafından reddedilmektedir. Jan Smits, The Draft Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward, (2008) 4 European Review of Contract Law 270 vd.; Stefan Grundmann, On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-Based Concept of Private Law, (2010) 18 European Review of Private Law 1055 vd.; idem, The Future of Contract Law, (2011) 7 European Review of Contract Law 509 vd. (tutarlı uluslar üzeri bir sözleşme hukukunun geliştirilmesi için kodifikasyonun alternatifi yoktur; ama kanunların klasik yapısı, modern ve global dünyanın karmaşıklığı ile bağdaştırılmaz.)

¹⁷⁶ Paralel görüşler açıkça Lando tarafından da dile getirilmiştir, (2003) 8 Uniform Law Review 127 vd. – Avrupa Sözleşme Hukuku'nun ortaya çıkış sürecinde 19.yüzyıl Almanyasında bölgesel olarak geçerli olan özel hukukların yeknesaklaştırılması deneyiminden alınabilecek dersler için bkz. Arnold J. Kanning, The Emergence of a European Private Law: Lessons from 19th Century Germany, (2007) 27 Oxford Journal of Legal Studies 193 vd.

mantıklı argümanlara dayanıyoruz. Kodifikasyon tabii ki bir hapisane hücre¹⁷⁷ değildir; ama bu tür bilimsel tartışmaları sınırlama eğilimi vardır. Gelişmenin mevcut aşamasında, bu tür bir sınırlama, bana özellikle arzu edilmez gözükmemektedir.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Supra, n. 59.

¹⁷⁸ Benzer ifadeler için bkz. Doralt, (2011) 75 RabelsZ 268 vd.; Grundmann, (2012) 212 Archiv für die civilistische Praxis.