

# KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE KULLANICILARI\*

(COMPARATIVE LAW AND ITS CLIENTS)

**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow,**

**LL.M. (Harvard Univ.), Hamburg\*\***

**Çev./ Translated by: Gökçe Kurtulan,**

**LL.M. (London School of Economics)\*\*\***

## ÖZ

Geçtiğimiz yıllarda karşılaştırmalı hukuka yönelik işlevsel yaklaşımın, hukukun uygulandığı toplumun sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasi yapısıyla iç içe geçen karakteri gerekçe gösterilerek çeşitli şekillerde eleştirildiği görülmüştür. Bu makalede ise araştırma yapılırken kullanılacak yöntemin çoğulluğu üzerinde durulmuş ve karşılaştırmalı hukuk araştırmasına başvuran “kullanıcıların” ihtiyaçlarına cevap verecek yöntemin seçilmesinin isabetli olacağı ileri sürülmüştür. Bu yönde öncelikle karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişimindeki çeşitli aşamalar üzerinde durulmuştur: yabancı bir hukuk hakkında bilgi edinme amacıyla yapılan araştırmalar, hukuk sistemlerinin ortak kaynağını keşfetme amacıyla yapılan çalışmalar, iç hukukun gelişmesinde örnek alınacak model hukuk enstrümanlarının ortaya konulması amacıyla yapılan çalışmalar, hukukun yeknesaklaştırılması ve son olarak ortak metinlerin yeknesak uygulamasının sağlanması amacıyla yapılan çalışmalar. Makalede daha sonra karşılaştırmalı hukuk araştırması yapılırken benimsenecek yöntemle şekil veren farklı kullanıcılar üzerinde durulmuştur: akademisyenler, avukatlar, mahkemeler, kanun koyucular, yeknesaklaştırma faaliyetini yürüten organizasyonlar vb. Her bir grubun karşılaştırmalı hukuktan beklentisinin farklı olduğunu söylemek mümkündür. Bu kullanıcıların büyük bir çoğunluğunun hukukun söz konusu ülkedeki uygulamasıyla ilgilendiğini söylemek mümkün olmakla birlikte bazı kullanıcılar tarafından hukukun sosyal, ekonomik, siyasi ve kültürel boyutlarının incelenmesinin de talep edildiği görülmektedir.

---

\* Bu çeviri, 11.4.2016 tarihinde Editörler Kurulu’na ulaşılmış olup, 24.05.2016 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

Jürgen Basedow, Comparative Law and Its Clients, The American Journal of Comparative Law 62, 4 (2014), 821- 857. Bu makale 5 Eylül 2013 tarihinde Fukuoka, Japonya’da Kyushu Üniversitesi’nin hukuk yüksek lisans programının açılışında yapılan konuşmayı esas almaktadır.

\*\* Jürgen Basedow, Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü Müdürü, Hamburg; Profesör, Hamburg Üniversitesi; Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi Genel Sekreteri; Uluslararası Hukuk Enstitüsü Üyesi.

\*\*\* Gökçe Kurtulan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (gokce.kurtulan@bilgi.edu.tr).

**Anahtar Kelimeler:** karşılaştırmalı hukuk, hukuk metodolojisi, yöntem, yeknesaklaştırma, yabancı hukuk, işlevsel yaklaşım.

### ABSTRACT

Over the years, the so-called functional approach to comparison has attracted much criticism from authors stressing the embeddedness of legal rules and institutions in a given legal system, and its intertwining with the characteristics of a specific society, economy, culture and political system. This article advocates a pluralism of methods and selection of the method of enquiry in accordance with the demand of those who intend to make use of comparative knowledge ("the clients"). Therefore, it sheds light upon its development over several stages: the aim to obtain knowledge about a foreign nation, to discover the common core of legal systems, to search for a model guiding the development of domestic law, to prepare uniform law instruments and to maintain or restore uniformity. The Article then focuses on the demand side; the various clients who shape the proper method of comparative inquiry: scholars, practitioners, courts, legislators, unification agencies etc. For each group, a specific type of demand for comparative law can be ascertained. Many of these customers are interested in the black letter law of foreign as applied in those countries in practice. In some instances, the demand extends to the social, economic, political and cultural environment of the law.

**Keywords:** comparative law, legal methodology, unification of law, foreign law, functional approach.

\*\*\*

### 1. Giriş

Karşılaştırmalı hukuk, başka yöntemlerin yanında veya onlara alternatif olarak karşımıza çıkan bir hukuki araştırma yöntemidir. Aşağıda ilk bölümde (I) açıklanacağı üzere somut olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve hukukun gelişimi açısından bu yöntemin sahip olduğu önem her zaman tartışmasız bir şekilde kabul edilmiş değildir. Ancak günümüz küresel dünyasında, bir ülkenin hukuk sisteminin diğer ülkelerde yaşanan hukuki gelişmeleri dikkate almasının zorunlu olduğu şüphesizdir. Bu sebeple karşılaştırmalı hukuka dayalı araştırmaya duyulan ihtiyacın sorgulanması artık pek de mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, bu tür bir araştırmanın hizmet edeceği birçok farklı amaç söz konusu olabilir. Bu amaçlar, karşılaştırmalı hukuk yöntemine bir akademik disiplin gözüyle daha yakından bakıldığında görülecektir (II). Makalenin devamında karşılaştırmalı araştırmaların farklı amaçları hakkında daha ayrıntılı bir inceleme yapılarak (III), bu amaçları belirleyen, deyim yerindeyse karşılaştırmalı hukukun "kullanıcıları" üzerinde durulacaktır (IV vd.).

Bu makalenin vermek istediği mesaj iki yönlüdür: ilk olarak, belirli bir hukuk sisteminin özelliklerini ve özgün yönlerini incelemeyi amaçlayan yabancı hukuk çalışmaları ile iki veya daha fazla hukuk sisteminde karşılaşılan hukuk kurallarının birbiriyle karşılaştırılmasına odaklanan karşılaştırmalı hukuk çalışmaları arasında bir ayırım yapılmalıdır. İkinci olarak, bu araştırmalara uygulamada özellikle bazı sektörlerde hemen her zaman başvurulduğu belirtilmeli-

dir. Bu durum göz önünde tutulduğunda, kullanışlılığın bu yöntemin gelişimindeki temel etmen olduğu görülmektedir.

## 2. Diğer Yöntemlerle Rekabet Hâlinde Karşılaştırmalı Hukuk

### i) Diğer yöntemlerin “vadedilmiş toprakları”:

Yıllar önce Hamburg Bölge Mahkemesi’nde raportör olarak çalıştığım zamanlarda, devam etmekte olan bir dava üzerinde yapılan bir tartışmanın beklenmeyen bir şekilde karşılaştırmalı hukuk konusunda bir tartışmanın ortaya çıkmasına neden olmuştu. Dava konusu olaya ilişkin yeni bir bilginin ortaya çıkması üzerine ben ve iki hâkim, uyumsuzluğun doğru çözülmesi için izlenmesi gereken yol konusunda tartıştık. Hâkimlerden biri, yurt dışında edinilmiş tecrübelerden bir sonuç çıkararak Alman hukukuna göre bir karar verilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda şüpheliydi. Ona göre, bir Alman mahkemesi hukuki gerekçesini ancak Alman hukukunun düzenlemeleri ve ilkeleri tarafından uygun bulunan değerlere dayandırabilirdi ve bunun altında yatan neden de içtihadın demokratik meşruiyetine duyulan ihtiyaçtı.

Daha yakın bir zamanda, Fiesole, İtalya’da gerçekleşen ve New York Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından organize edilen, uluslararası satım hukuku üzerine bir konferansa katıldım. Amerikalı konuşmacıların çoğunun tebliğlerinde belirli bir hukuk sistemine atıf yoktu, bunun yerine söz konusu konuşmacılar hukukun ekonomik analizi öğretisine dayanarak varsayımsal bir senaryonun ekonomik açıdan artıları ve eksileri üzerine konuşmalarını inşa etmişti. Aynı konferanstaki Avrupalı konuşmacılar ise bunun tam aksine, ulusal hukuklardaki satım hukuku düzenlemeleri ve uluslararası bir satım sözleşmesi söz konusu olduğunda ortaya çıkabilecek kanunlar ihtilafı sorunları içinde boğuldu. Benim tebliğimin ardından, Amerikalı profesörlerden biri şu soruyu sordu: “Karşılaştırmalı hukuktan, hâli hazırda hukukun ekonomik analizi teorisi sayesinde bildiklerimize ek olarak ne öğrenebiliriz?”

Her iki olay da, diğer hukuki yöntemlere yatkınlık gösteren akademisyenler tarafından karşılaştırmalı hukuka karşı ileri sürülen temel eleştirileri gözler önüne sermektedir. Bu eleştiriler farklı temellere dayanmakta olsa da esasen ikisinin ortak bir noktası vardır: her iki eleştirinin temelinde de birbirinden farklı ama kapalı argümantasyon sistemleri bulunmaktadır. İlk eleştiri, kapsayıcı nitelikleri sayesinde dünyada ortaya çıkabilecek her yeni durum veya hukuki sorun için bir çözüm üretmeye elverişli *a priori* kurallar ve değerler üzerine kurulu olan kapalı bir sistem varsayımı üzerine inşa edilmiştir. Kara Avrupası ülkelerinde bu yöntem genellikle *doktrin* (*doctrine*, *dottrina*, *Rechtsdogmatik*) denmektedir. Bu yöntem, uzun vakit alabilen karşılaştırmalı hukuk araştırmasını gereksiz kılmanın ötesinde bu yöntemin kullanılmasını engellediği için avukatların da işine yaramaktadır.

İkinci eleştirinin de daha az dogmatik olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu eleştiri, hukukun temel amacı olduğu kabul edilen etkinlik kavramı ve insan fiillerinin arkasındaki tek itici güç olduğu düşünülen kâr maksimizasyonu üzerine kuruludur. Buna göre, her menfaat çatışmasında ve her hukuki tartışmada, somut olayı olabildiğince yansıtan bir ekonomik model üzerinden çözüm üretilmesi mümkündür. Bir model oluşturulduktan sonra, matematik kurallarının doğru uygulanması sonucunda modelin etkin olup olmadığı sorununun cevabı ortaya çıkmaktadır. Bu teoriye göre, adalet kavramı, işin içine dahil tüm insanların varlık maksimizasyonu anlamına gelen etkinlik kavramına

denk bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü üzere bu değerlendirilmenin aşamalarının hepsi ulusal veya yabancı bir hukuk sistemine dair mevcut ampirik bilginin tamamen bağımsızdır. Bir hukuk kuralının etkin olup olmadığı sadece yürütülen bu ekonomik analize göre belirlenir. Eğer hukuk kuralı etkinlik kıstasından sapıyorsa bu, söz konusu hukuk kuralının sonu demektir. Bundan sonra artık kuralın tarihi kökenleri veya hukuk politikası tercihleri gibi başka sorgulamaların yapılmasına gerek kalmamaktadır.

ii) Karşılaştırmalı Hukukun Kesin Sonuçlar Ortaya Koyma Niteliğinden Yoksun Olması

Karşılaştırmalı hukuk, hukukun ekonomik analizi veya hukuki dogmatizme dayanan diğer kapalı sistemler ve bunların tek boyutlu yöntemlerine kıyasla kendi düşünsel işleyişinde ve sonuçlarında çok daha düşük seviyede bir kesinlik ortaya koyar. Hangi hukuk kuralları karşılaştırma yapılmasına uygundur? Yeterli derecede kesinlik olmaksızın yabancı bir hukukun içeriğini bilmek nasıl mümkündür? Yabancı bir gözlemci tarafından ulusal hukuka dair elde edilen bilgi, yerli bir hukukçu tarafından bu hukuka dair yapılacak bir değerlendirmeye eş olabilir mi? Yabancı hukuku, bu hukukun anlaşılması için önem taşıyan ekonomi, toplum, politik yapı ve kültür gibi etmenlerden bağımsız bir şekilde inceleyip yine de önem taşıyan hususları gözden kaçırmamak mümkün müdür? Karşılaştırma için kıstas *tertium comparationis*<sup>1</sup> midir? Karşılaştırmalı araştırma sonucu üretilen argümanların ağırlığının diğer argümanlar karşısındaki yeri nedir? Herhangi bir konu ele alınıp buna yönelik bir karşılaştırmalı araştırma yürütülmeye başlandığında belirli güçlükler kendini gösterir. Geçtiğimiz yıllarda, yukarıda bahsi geçen sorunlar üzerine kapsamlı bir tartışma yaşanmıştır. Bu tartışmada ileri sürülen fikirlerin çoğu ya epistemolojik bir yapıya sahiptir ya da karşılaştırmalı hukuka dair diğer felsefi sorunlara yönelmektedir. Hatta bu tartışma kapsamında, en başta hukukların karşılaştırılmasının mümkün olup olmadığı dahi sorgulanmıştır.<sup>2</sup> Söz konusu kapsamlı tartışmaya bu makalede yer verilmeyecektir. Ancak bu tartışmanın varlığının teori ve uygulama arasında gitgide büyüyen yabancılaşmayı ortaya koyduğu söylenebilir. Zira ileri sürülen bu argümanların ciddiye alınması, aslında birçok alan

<sup>1</sup> Tertium comparationis, karşılaştırmaya tâbi tutulan iki şeyin sahip oldukları ortak nokta veya başka bir deyişle karşılaştırma kriteri anlamına gelmektedir (Çevirmenin notu, Ç. N.).

<sup>2</sup> Bu tartışmaya katılan yazarların bazıları için bkz. Esin Örcü, *The Enigma of Comparative Law*, Leiden, 2004; Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, Londra, 2007; Mark van Hoecke, *Deep Level Comparative Law*: ed. Epistemology and Methodology of Comparative Law, Oxford, 2004, s. 165-196; ayrıca bkz. Pierre Legrand, *Variations on the Main Theme: Fragments on Laws-as Culture*, Deventer, 1999; Franz Werro, *Comparative Studies in Private Law- A European Point of View: The Cambridge Companion of Comparative Law*, Mauro Bussani/Ugo Mattei (ed.), Cambridge, 2012, s. 117-144, s. 135 vd. Bu tartışmada ileri sürülen argümanlarla ilgili çok açık bir araştırma için bkz. Ralf Michaels, *The Functional Method of Comparative Law: The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (ed.), Oxford, 2006, s. 339-382. Yazar, diğerleri tarafından ileri sürülen eleştirileri de dikkate almakla birlikte özellikle hukuki gelişimin arkasındaki itici gücün, işlevsel karşılaştırmalı hukuka karşı dile getirilen epistemolojik itirazlara ağır basabilecek erekbilim (teleology) olduğunu ifade etmiştir. Bunun aksine işlevsel yaklaşımı savunan bir görüş için bkz. Sarah Piek, *Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2013, s. 60-87. Her iki eser de uluslararası bu tartışmaya ilişkin birçok farklı atf vermektedir.

için bir zorunluluk olan ve gerekliliği üzerinde bir fikir birliği mevcut olan karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının uygulamadaki yerine son verilmesi anlamına gelecektir.

Uygulamada karşılaştırmalı hukuk araştırmalarına duyulan ihtiyacın çarpıcı bir örneği 1988 yılında Federal Hükümet tarafından Alman Dereğülasyon Komisyonu'na verilen yetkide kendini göstermektedir. Bu yetki uyarınca Komisyon'un "yabancı ülkelerdeki dereğülasyon tecrübelerini dikkate alması ve bunları Federal Hükümet'in koşullarına uyarlaması" gerekmektedir.<sup>3</sup> Bu yetkilendirmenin kullandığı dil karşılaştırmalı hukukçular için tanıdıkır. Bunun yanı sıra aynı dil karşılaştırmalı söylemin genişliğine bir kanıt mahiyetindedir. Zira "dikkate almak" ifadesi "yabancı ülkelerdeki dereğülasyon tecrübelerinden sonuç çıkarmak" ifadesine göre çok daha soyut ve muğlak niteliktedir. Aynı yönde "koşullara uyarlanması" ifadesinin de yabancı kuralların bir model olarak alınıp alınmayacağı ve bu yapılacaksa kapsamın ne olması gerektiği sorusuna bir cevap vermediği görülmektedir. Aslında bu yetkilendirme somut ve anlaşılır olmaktan uzaktır ve bu yüzden söz konusu ifadelerin karşılaştırmalı hukukçulara geniş bir takdir yetkisi sunduğu söylenebilir. Bu yönüyle bahsi geçen yetkilendirme, hem karşılaştırmalı hukukun kullanıcılarının beklentilerine hem de bu yöntemin kullanılmasında ortaya çıkan güçlüklerle ilişkin bir göstergedir.

Söz konusu yetkilendirmenin tüm bunların yanında, karşılaştırmalı hukukun modern dünyadaki politika geliştirme sürecine ve hukukun gelişimine yapacağı katkı üzerine detaylı bir düşünceyi yansıttığı söylenebilir. Bu, net ve kolay bir süreç değildir ve farklı temellere dayanan sayısız karşı argümana açık olmalıdır. Karşılaştırmalı araştırmaların kesinlik arz eden bir sonuç ortaya koymaması, bu araştırmaya dahil olma konusunda kişileri demotive edebilir. Akademisyenlerin uzun zaman alacak olan yabancı hukukun incelenmesine ilişkin bu faaliyete, yaptıkları araştırmanın ileride "yöntemsel farkındalık"tan yoksun olduğu gerekçesiyle yaftalanacak olduğunu bile bile neden girişeceği sorgulanabilir. Bunun yerine söz konusu akademisyenlerin hukukun ekonomik analizi veya hukuki dogmatizm gibi inandırıcı argümanlar sunan diğer yöntemlere sığınmasının daha mantıklı olduğu düşünülebilir. Ancak bu yöntemlerin, her ne kadar bilişsel olarak ilgi çekici oldukları ve zaman tasarrufu sağladıkları düşünülebilse de, gittikçe karmaşıklaşan dünyayı ve birbirine geçmiş yasama süreçlerini anlamak konusunda pek yardımcı olduklarını söylemek mümkün değildir.

### iii) Küreselleşmenin etkisi

Günümüz dünyasından bahsedilirken; pazarların, toplumların, kültürlerin ve politik sistemlerin birbiriyle bağlantılı olma durumu olarak tanımlanabilecek küreselleşme fenomeninden söz edilir.<sup>4</sup> Sınırların gittikçe artan geçirgenliği ve ulusal ekonomiler ile toplumların yabancı ekonomiler ve toplumlar arasındaki açıklığı hukukun gelişiminde önemli bir etkiye sahiptir. Hukukun gelişiminin artık münhasıran tek bir ülkenin iç politik tartışma ortamından

<sup>3</sup> Bkz. *Deregulierungskommission Unabhängige Expertenkommission zum Abbau marktweiterer Regulierungen, Marktöffnung und Wettbewerb*, Stuttgart, 1991, bölüm V. Yukarıda alıntılanan bölüm Alman Federal Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan yayımlanmamış İngilizce çeviriden alınmıştır.

<sup>4</sup> Bununla ilgili olarak ve küreselleşmenin benzer nitelendirmeleri için bkz. John Baylis/Steve Smith (ed.), *The Globalization of World Politics*, Oxford, 1997, s.7, s. 15.

kaynaklandığının düşünülmesi mümkün gözükmemektedir. Zira, bir ülkenin hukuk sisteminde meydana gelen gelişmelerin aynı zamanda başka ülkelerde ortaya çıkan gelişmelerden ve bunların söz konusu ülkede yarattığı tepkilerden geniş çapta etkilendiği bir gerçektir. Ulusal düzeydeki hukuki tartışmaları sıkça etkileyen etmenlerden biri; bu kuralların söz konusu ülkede kabulünden bağımsız bir şekilde, başka ülkelerde hâli hazırda uygulanıyor olmasıdır. Kısaca, tıpkı kültürel etkileşimler ve diğer fikirler gibi, hukuki kavramlar ve ilkeler de sınırlar ötesi bir şekilde yayılmakta ve diğer ülkelerdeki politik ve hukuki tartışmaları etkilemektedir.

Yukarıda deregülasyon çalışmaları ile ilgili verilen örneği tekrar ele alalım. Deregülasyon hareketi Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970'lerde başlamış, sonrasında öncelikle Birleşik Krallık'a, ardından da Avrupa'ya ve İngiltere konusulan diğer ülkelere, sonrasında ise Latin Amerika'ya ve Asya'ya sıçramıştır. Piyasaların serbestleştirilmesine yönelik çalışmalar belirli yönleriyle desteklenebilir ya da eleştirilebilir. Fakat söz konusu reformun dünya çapında gerçekleşmiş olduğundan şüphe etmek mümkün değildir. Yukarıda bahsi geçen Alman Deregülasyon Komitesi'ne verilen yetki, fikirlerin sınırlar ötesi akışına ve bunu takip eden karşılaştırmalı araştırmalara ilişkin politik ilgiye yönelik açık bir kanıt ortaya koymaktadır. Dünyaya hâkim olan ve bir neo-liberalizm dalgası olarak anılan bu durumun aslında ekonomiye, politikaya ve karşılaştırmalı hukuka ilişkin araştırmaların bir birleşiminden doğduğu söylenebilir.

Daha güncel bir diğer örnek eşcinsel çiftlerin durumuna ilişkindir. Eşcinselle karşı duyulan husumet, batı kültüründe ve hukukunda yaygın olarak kendini göstermekle birlikte 1980'lerin başında öncelikle Avrupa'da, daha sonra Amerika ülkelerinde silikleşmeye başlamıştır. Öyle ki zamanla eşcinsellerin özgürleşmesine ve eşit muameleye tâbi olmasına yönelik kurallar geliştirilmiştir. Bu kurallar öncelikle İskandinav ülkelerinde ve diğer Avrupa ülkelerinde, sonrasında ise diğer bazı ülkelerde bir model kanun düzenlemesi olarak değerlendirilmiştir.<sup>5</sup> Günümüzde eşcinsel çiftlerin sadece özgün bir kurum olan "kayıtlı ortaklık" sisteminden değil aynı zamanda evlilik kurumunda da yararlanabilmesi gerektiği özellikle İsveç, İspanya ve Hollanda gibi bazı Avrupa ülkelerinde tartışılmaktadır. Ancak bu tartışmanın dünya çapında başka ülkelere de taşınmış olduğu söylenebilir. Nitekim yakın geçmişte Fransa'da gerçekleşen görkemli protestolar ve ABD Federal Mahkemesi'nin<sup>6</sup> ve Almanya Anayasa Mahkemesi'nin<sup>7</sup> vermiş olduğu yenilikçi kararlar bunun örneğidir. Bu örnekler karşılaştırmalı hukukun, yasa koyucular, ulusal mahkemeler ve en önemlisi de internet sayesinde halklar üzerindeki geniş çaplı etkisini ortaya koymaktadır.

Hukuki kavramların ve ilkelerin sınırlar ötesi dolaşımının önüne geçilemeyeceği artık açıktır. Eğer bahsi geçen bu sınırlar ötesi dolaşım bir şekilde engellenirse, göç ve sermaye akımı bağlamında kalıcı bir arbitrajın ortaya çıkması kaçınılmaz gözükmektedir. Bu açıdan karşılaştırmalı hukuk, hukuki fikirlerin bu önlenemez nitelikteki sınırlar ötesi dolaşımına yön veren bir akademik

<sup>5</sup> Bkz. Jürgen Basedow/Klaus Hopy/Hein Kötz/Peter Dopffel (ed.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, Tübingen, 2000 ve içindeki birçok ulusal rapor.

<sup>6</sup> Hollingsworth v Perry, 26 Haziran 2013 tarihli karar, no: 12-144.

<sup>7</sup> Bundesverfassungsgericht 7 Mayıs 2013, 2 BvR 906/06, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, 2257.

disiplin olarak karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda bu disiplinin gelişim süreci daha ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

### 3) Karşılaştırmalı Hukukun bir Akademik Disiplin Olarak Gelişimi

#### i) Roma hukukundan kanunlaştırma ve iktibasa

Karşılaştırmalı hukuk, hem ilk olarak ortaya çıktığı Avrupa ülkeleri için hem de diğer ülkeler için aslında görece yeni bir disiplindir. Avrupa'da yerel ve bölgesel hukuk kurallarının öteden beri birbirinden farklı düzenlemeler getirdiği bir gerçektir. Fakat bu durumun geçmişte akademisyenlerin pek ilgisini çektiğini söylemek doğru olmaz.<sup>8</sup> Zira akademisyenlerin yüzyıllar boyunca yaşadıkları dönemde “doğru” olduğunu düşündükleri hukuk ile ilgilendikleri görülmektedir. Bahsi geçen bu “doğru” hukuktan kasıt hiç kuşkusuz birçok konuyu düzenleyen geniş kapsamlı ve hem tarihi süreç hem de İmparator ve Papa'nın meşruiyeti sayesinde adeta kutsal kabul edilen Roma hukuku ya da Kilise hukukudur. Belirtmek gerekir ki bu dönemde Roma hukukunun da kendi içinde yeknesak bir şekilde yorumlanması ve uygulanmasından söz etmek mümkün değildir. Buna rağmen, Roma hukuku akademisyenler tarafından tek bir hukuk sistemi olarak kabul edilmiş ve bölgeler arasındaki kural farklılıkları 19. yüzyılın ikinci yarısından önce herhangi bir akademik çalışmanın konusu yapılmamıştır.<sup>9</sup> Bu farklı yorum ve uygulamaların önemi ancak ayrılmaz bir yönetim birimi olarak düşünülen Avrupa'nın, ulus-devlet kavramının yükselişi karşısında yenik düşmesiyle ortaya çıkmıştır. Bunu takiben birçok ülkede gerçekleşen kanunlaştırma hareketleri sonucunda Avrupa'nın hukuk alanında da bölünmesi ile akademisyenler bu farklılıklar üzerinde çalışmaya başlamıştır. Roma hukukunun bu sistemler üzerindeki etkisinin azaltılması amacıyla bu dönemde kanunlar olabildiğince çok hususu düzenlemek üzere kapsayıcı bir niteliğe sahip olacak şekilde tasarlanmıştır. Bu gelişmelerle birlikte, akademisyenlerin ilgisi de doğal olarak bu yeni düzenlemelere yönelmiştir.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Bkz. Charles Donahue, *Comparative Law before the Code Napoléon*, The Oxford Handbook of Comparative Law, Reimann/Zimmermann (ed.), Oxford, 2006, s. 3-32. Yazar, geçtiğimiz yüzyıllarda da hukukçuların hukuk sistemleri arasındaki farklardan haberdar olduğunu fakat buna ilişkin herhangi bir sistematik araştırmaya rastlanmadığını ifade etmiştir.

<sup>9</sup> 1859 yılında doğan Avusturya-Alman asıllı bir Roma hukuku profesörü olan Ludwig Mitteis, Roma hukukunun İmparatorluk'un doğusunda uygulandığı şekillerinin karşılaştırılmasına ilişkin bir akademik çalışma yapan ilk akademisyendir. Bkz. Reinhard Zimmermann, “In der Schule von Ludwig Mitteis”- Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 65, 2001, s. 1-38.

<sup>10</sup> Jayme'ye göre, 1857 yılında Cenova'da “Critica di una scienza delle legislazioni comparate” başlıklı eserini yayınlayan İtalyan profesör Emerico Amari bu disiplinin kurucularından kabul edilmelidir. Bkz. Eric Jayme, Emerico Amari (1810-1870) und die Begründung der Rechtsvergleichung als Wissenschaft: Rechtsvergleichung - Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne, Heidelberg, 2000, s. 3-19. Karşılaştırmalı hukuka ilişkin ilk hukuk dergileri 1869'da Fransa'da yayınlanan *Revue de droit international et de législation comparée* ve 1878'de Almanya'da yayınlanan *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*'tir.

Bahsi geçen dönemlerde kanunlaştırma hareketi, ticari ilişkilerin gelişmesi ve toplumların modernleşmesi için zorunlu bir yol olarak görülmüştür.<sup>11</sup> Bu hedeflerin gerçekleştirilmesi için ülkelerde bir uyumsuzluk çözüm mekanizmasının bulunmasının ve yargının din veya politika gibi başka etmenlerden bağımsız ve saydam bir şekilde işliyor olmasının zorunlu olduğu ileri sürülmüştür. Avrupa dışındaki ülkelerde ise, hem kanunlaştırma hareketi hem de güçler ayrılığı veya başka bir deyişle “hukukun üstünlüğü” ilkesinin gelişmesi ancak peyderpey söz konusu olabilmıştır. Birinci Dünya Savaşı’ndan önce dünyada hâkim olan ve temellerini Avrupa’da bulan bu ilkeleri benimsemiş olan akademisyenlerin, hâkimlerin ve politikacıların etkisiyle dünyanın diğer bölgelerinde de Fransa ve Avusturya gibi Avrupa ülkelerinin hukuk sistemleri kabul edilmiştir.

Böylece, her ne kadar henüz hukuk kurallarının karşılaştırılması aşamasına geçilmiş olmasa da, dünyada bir iktibas hareketi başlamıştır. Ancak bahsi geçen bu hareketin orta çağ Almanya’sında söz konusu olan Roma hukukunun “sözde” iktibasından ayırt edilmesi gerekir. 19. yüzyılda, yabancı hukuk sistemlerinden gelen hukuk kurallarının deyim yerindeyse ithal edilmesi bir moda hâline gelmiştir. Latin Amerika’da, Şilili yazar *Andrés Bello*’nun<sup>12</sup> ve Brezilyalı hâkim *Teixeira de Freitas*’in<sup>13</sup> yazıları sayesinde bu devletlerin özellikle Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil*) ile tanışıklığı sağlanmış ve akabinde Fransız Medeni Kanunu bir model kanun olarak benimsenmiştir. Benzer yönde, Osmanlı İmparatorluğu’nun 1877 tarihli Mecelle’si de hem Avrupa’da gerçekleşen kanunlaştırma hareketlerinden etkilenmiş hem de Şer’i hukukun birtakım düzenlemelerini benimsemiştir.<sup>14</sup> Türkiye’de, Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra ve *Kemalist* devrimin ortaya çıkışıyla 1927 yılında Mecelle’nin yerine, İsviçre Medeni Kanunu’nu esas alan lâik bir medeni kanun kabul edilmiştir.<sup>15</sup> Osmanlı İmparatorluğu’nun dağılmasından sonra ortaya çıkan diğer Arap devletlerinde ise genellikle Fransız Medeni Kanunu’nun etkilerini taşıyan ve hâkim *El-Sanhuri* tarafından tasarlanmış olan Mısır Medeni Kanunu’nu model olarak benimsendiği gözlemlenmiştir.<sup>16</sup> Doğu Asya’da, ticaret hukuku alanında hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla bu yönde bir gelişme için Amerika ve Avrupa tarafından politik baskı yaratılmıştır. Bu baskı ilk olarak Japonya’da sonuç

<sup>11</sup> Bkz. Reinhard Zimmermann, Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law, *European Review of Private Law*, 2012, s. 367-399. Bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Kodifikasyon – Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Kıta Avrupası Deneyimlerinin Değerlendirilmesi, Reinhard Zimmermann, Çev.: Yard. Doç. Dr. Ece Baş Süzül, Av. Meliha Sermin Paksoy, IÜHFM C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 409-436 (Ç.N.); Jürgen Basedow, Conclusions: Du Code Napoléon à la codification européenne – 200 ans de codification à la lumière de ses fonctions, *Le Code civil français dans le droit européen*, ed. Jean-Philippe Dunand, Bénédicte Winiger, Brüksel, 2005, s. 303-328.

<sup>12</sup> Bkz. Andrés Bello y el Derecho Latino-americano, Congreso Internacional, Roma 10/12 diciembre 1981, Caracas 1987.

<sup>13</sup> Bkz. Sandro Schipani (ed.), Augusto Teixeira de Freitas il diritto latino americano, Padova, 1988.

<sup>14</sup> Bkz. Nadjma Yassari, Islamic Countries, Influence of European Private Law, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann (ed.), C. 2, Oxford, 2012, s. 1000-1004.

<sup>15</sup> Yeşim M. Atamer, Turkish Civil Code and Turkish Code of Obligations, Basedow/Hopt/Zimmermann (ed.), s. 1701-1705.

<sup>16</sup> Yassari.



vermiş ve Japonya'da 1868 yılında gerçekleşen *Meiji Devrimi*<sup>17</sup> ile birlikte kanunlaştırma çalışmaları başlanmıştır. Öyle ki, 1896-98 yılları arasında yasalaştırılan Japonya Medeni Kanunu *Minpo*, Fransız ve Alman hukukundan etkiler taşımaktadır.<sup>18</sup> *Minpo* aynı zamanda Kore hukukunu ve Çin Cumhuriyeti hukukunu da etkilemiş ve günümüzde hâlâ daha Tayvan'da yürürlükte olan 1931 tarihli Medeni Kanun'unun temelini oluşturmaktadır.<sup>19</sup>

## ii) Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının aşamaları

Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının konusunu oluşturan birbirinden farklı ve kapsamlı hukuk sistemlerinin ortaya çıkması ancak 19. yüzyılın sonlarında söz konusu olmuştur. Bu hukuk sistemlerinin aynı anda mevcut olması yeni bir hukuki paradigmanın oluşumunu tetiklemiş olmakla birlikte, öğretinin bu konuya eğilmesi biraz daha zaman almıştır. Bu yüzden tarihteki ilk karşılaştırmalı hukuk konferansının ancak 1900 yılında ve Paris Dünya Fuarı'nın bir yan etkinliği olarak gerçekleşmiş olması şaşırtıcı değildir. Bu konferans, hukukçuların yabancı hukuk üzerinde çalıştıkları ilk etkinlik olmamakla birlikte, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının yeni bir akademik disiplin olarak görülmesini sağlamıştır. Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişimi çeşitli aşamalarda gerçekleşmiştir.

1) Karşılaştırmalı hukuk araştırması, ilk aşamada kanunlaştırma hareketleri sonucunda birçok hukuk sisteminin kaynağı olma rolünü yitiren Roma hukukunun veya *ius commune*'nin<sup>20</sup> bir ikamesi olarak düşünülmüştür. İlk klasikçilerinden olan *Eduard Lambert*, bu araştırmanın amacının, birçok farklı sistemdeki hukuk kurallarından ve içtihatlardan yola çıkarak belirli bir ortak kural ve kavramlar bütününe, yani bir "ortak hukuka" (*droit commun législatif*) ulaşmak olarak tanımlamıştır.<sup>21</sup> Bunu takiben, Cornell Üniversitesi'nin ve Avrupa Özel Hukukunun Ortak Temeli Projesi'nin kurucusu olan *Rudolf Schlesinger* de benzer bir şekilde hukuk sistemlerinin "ortak temelini" bulma amacıyla araştırmalarını yürütmüştür.<sup>22</sup><sup>23</sup> Belirtmek gerekir ki bu yaklaşımın temelinde hukukun yeknesaklaştırılması amacı bulunmamaktadır. Farklı hukuk sistemlerinin ortak temelini bulmasına yönelik bu araştırma, karşılaştırmalı hukuk disiplininin gelişmesi için gerekli olan bir ilk adım ve aşağıda açıklanacak olan sonraki aşamalar için bir temel oluşturmuştur.

<sup>17</sup> Meiji Devrimi, Japonya'da 1868 ve 1912 yılları arasında Japonya'nın siyasi ve toplumsal yapısının moderleştirilmesi ve Batılılaştırılmasına yönelik yeniliklerin yapıldığı bir dönemi kapsayan ve Japonya'da bu tarihten önce süregelen askeri yönetime son vererek İmparator Meiji'nin hükümdarlığının başlangıcı olan devrimdir. (Ç.N.)

<sup>18</sup> Harald Baum, *Japanese Law, Influence of European Private Law*, Basedow/Hopt./Zimmermann (ed.), s. 1010-1014.

<sup>19</sup> Knut Pissler, *Chinese Law, Influence of European Private Law*, Basedow/Hopt./Zimmermann (ed.), s.182-185.

<sup>20</sup> *Ius commune*, ya da Müşterek Hukuk, Roma hukukunun 11. yüzyıldan itibaren Avrupa devletlerinde iktibası sonucunda ortaya çıkan, her devletin kendi örf ve âdetlerini yansıtan kurallarının yanı sıra her devlette ortak olarak bulunan kurallar bütününe verilen isimdir. (Ç.N.)

<sup>21</sup> Eduard Lambert, *La Fonction du droit civil comparé*, C. 1, Paris, 1903, s. 1.

<sup>22</sup> Rudolf B. Schlesinger, *The Common Core of Legal Systems*, in: *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961, s. 65 - 79. Aynı makale başka bir eserde tekrar yayımlanmıştır. Bunun için bkz. Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken (ed.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt, 1978, s. 249 - 269.

<sup>23</sup> Detaylı bilgi için bkz. [www.common-core.org](http://www.common-core.org).

2) Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişiminin bir önceki aşamasıyla aynı zamanda gerçekleşen ikinci aşaması, ülke temelinde birtakım araştırmaların yapılması ve bunların belirli bir sisteme oturtulmasından oluşmaktadır. Bu çalışmaların amacı, belirli bir yabancı hukuku daha iyi anlayabilmektir. Ulusal hukuk sistemlerinin, ilgili dönemde hâkim olan ulus-devlet anlayışının etkisiyle ulusal kimliklerin bir yansıması olduğu kabul edilmiştir. Nitekim bu görüş 19. yüzyılın başlarında *Savigny* tarafından da savunulmuş ve ulusal hukuk sistemleri de “*Volksgeist*”ın (halkın ruhu) bir parçası olarak ifade edilmiştir. Bu yüzden yabancı hukuk kurallarının, yabancı ulusların kültürüne dahil olduğu kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, yabancı bir hukukun anlaşılması ancak yabancı bir ulusun kültürünün anlaşılması ile mümkündür. Akademisyenlerin gittikçe daha çok yabancı hukuk sistemini incelemesi sonucunda, bu hukukların benzer özellikleri taşıyan diğer hukuklar ile birlikte sınıflandırılması, başka bir deyişle “hukuk ailelerinin” ortaya çıkması söz konusu olmuştur. Birden çok sınıfın etkisi altında kalan, özellikle de hem Kara Avrupası hukuku hem de *common law* etkisi altında kalan sistemler için ise “karma sistemler” tanımlaması yapılmıştır.<sup>24</sup> Bu sınıflandırmanın “Batı kültürünün etkisi altında” olduğu gerekçesiyle eleştirilmesi üzerine, Asya ülkelerinin hukuk sistemleri ile Batılı ülkelerin hukuk sistemleri arasındaki iktibas sonucunda ortaya çıkan etkileşimin açıklanması amacıyla Çinli hukukçu *Mi Jian* tarafından “iç içe geçen, kaynaşık sistemler” (*legal systems of interflow*) ifadesi kullanılmıştır.<sup>25</sup>

Bu aşamada da karşılaştırmalı hukuk araştırmaları, hukukun belirli problemleri alanlarına değil, hukuk sistemlerinin bütününe odaklanmıştır. Bu yüzden zaman zaman “makro-karşılaştırma” olarak tanımlanan bu araştırmaların aslında daha ziyade yabancı bir hukukun anlaşılmasına yönelik araştırmalar için uygun olduğu görülmektedir. Zira bu araştırmaların temel amacı bir karşılaştırma yapmak değildir. Bu araştırmalara örnek olarak *Arminjon*, *Nolde* ve *Wolff* tarafından yürütülmüş üç ciltlik araştırma<sup>26</sup> veya *René David* tarafından yazılmış olan ünlü Fransız ders kitabı “Günümüz Dünyasının Temel Hukuk Sistemleri” (*Major Legal Systems in the World Today*) verilebilir.<sup>27</sup> Bu metinler, çeşitli hukuk sistemlerini, etkilendikleri diğer hukuk sistemleri üzerinden, örneğin Fransız hukuku, Alman hukuku, İslam hukuku, *common law*, Sovyet hukuku gibi, tanımlamaktadır. Bu tür sınıflandırmaların son yıllarda da ortak tarih, kültür ve gelişmeler dikkate alınmak suretiyle “epistemik toplulukların”<sup>28</sup> tanımlanmasına yönelik araştırmalarda kullanıldığı görülmektedir.<sup>29</sup>

3) Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişiminin üçüncü aşamasında ise önceki aşamalardan farklı olarak bir hukuk sisteminin tümüne değil, hu-

<sup>24</sup> Bkz. Vernon Valentine Palmer, *Mixed Jurisdictions*, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Jan Smiths (ed.), Cheltenham, 2006, s. 467-475.

<sup>25</sup> Mi Jian, *On the Communication of Legal Culture and the Subjective Consciousness of Culture*, China Legal Science 1, 2013, s. 49.

<sup>26</sup> Pierre Arminjon/Boris Nolde/Martin Wolff, *Traité de droit comparé*, C. 1-3, Paris, 1950-51.

<sup>27</sup> René David/John Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, Londra, 1985.

<sup>28</sup> Epistemik topluluk kısaca, belirli bir konuda bilgiye ya da uzmanlığa sahip olan kişiler tarafından oluşturulan toplulukları tanımlamak için uluslararası ilişkiler disipliniinde kullanılan bir kavramdır. (Ç.N.)

<sup>29</sup> H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World- Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2007. Ayrıca bkz. Horatia Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, Reimann/Zimmermann (ed.), s. 579-607.

kukun belirli alanlarına odaklanılmıştır. Örneğin imalatçının sorumluluğu, sözleşmenin kurulması, evlat edinme, basit muhakeme usulü, yasama süreci, kamu-özel ortaklıkları, internet suçları veya ceza muhakemesinde iddia pazarlığı (*plea bargaining*) gibi belirli konular ya da sorunların farklı hukuk sistemlerinde nasıl çözümlendiği araştırılmıştır. Böylece çeşitli hukuk sistemlerinde sunulan çözümlerin gerçekten birbiriyle karşılaştırılabilmesi mümkün olmuştur. Bir “mikro-karşılaştırma” olarak tanımlanabilen bu yaklaşım Birinci ve İkinci Dünya Savaşları arasındaki dönemde geliştirilmiş ve 1923 yılında kurulan Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi (*Academy of Comparative Law*) tarafından da desteklenmiştir.<sup>30</sup> Akademi'nin amaçları arasında, kurulduğu günden bu yana belirli sorunlar için farklı hukuk sistemlerinde sunulan çözümler hakkında bilginin artırılması yer almaktadır. Birçok ülkenin sunduğu ulusal raporların kapsamlı bir genel rapor haline getirilmesiyle, uluslararası birtakım gelişmeler takip edilebilmekte ve ulusal hukuk sistemlerinin ortak yönleri ortaya konulabilmektedir. Bu yayınlardan en kapsamlı olanı 1920'lerin sonunda Almanya'da yayınlanan “Karşılaştırmalı Hukuk Sözlüğü” (*Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*) olmuştur.<sup>31</sup>

4) Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişimindeki dördüncü aşamanın karakteristik özelliği, işlevsel bir yaklaşımı benimsemiş olmasıdır.<sup>32</sup> Bu yaklaşım uyarınca belirli bir sorun için farklı hukuk sistemlerinde sunulan çözümler, hukuk kurallarının sosyal ve ekonomik işlevi bağlamında bir karşılaştırmaya konu olmaktadır. Bu araştırmaların sonucunda, farklı hukuk sistemlerindeki hukuk kuralları değişiklik gösterse de, bu sistemlerde söz konusu soruna ilişkin olarak sunulan çözümlerin aslında pratik açıdan benzer olduğu görülmüştür. Örneğin, işçilerin haksız yere işten çıkarılma karşısında sahip oldukları koruma ele alındığında, Hollanda ve Alman hukuklarında benimsenen çözümün farklı olduğu fakat bu çözümlerin benzer sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Hollanda hukuku uyarınca bu bir idare hukuku sorunu olarak karşımıza çıkmakta ve işten çıkarmanın geçerli olabilmesi için işçinin temsilcisinin onayı aranmaktayken, Alman hukukunda bu sorun iş hukuku ve medeni hukuk açısından ele alınmaktadır.

1920li ve 30lu yıllarda bahsi geçen bu işlevsel yaklaşım üzerindeki teorik tartışmaların yoğunlaşmasını sağlayan kişi, Hamburg'da bulunan ve bugünkü adıyla Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü'nün kurucu müdürü *Ernst Rabel*'dir.<sup>33</sup> Esasen uygulamada karşılaştırmalı hukuk

<sup>30</sup> Akademi ile ilgili olarak bkz. [www.iuscomparatum.org](http://www.iuscomparatum.org).

<sup>31</sup> Franz Schlegelberger ve diğerleri (ed.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, C. 1-7, Berlin, 1929-1940; son girdisi “Vermächtnis” (miras) olan bu ansiklopedi tamamlanmamıştır.

<sup>32</sup> Bugün bu işlevsel yaklaşım genel kabul görmekte ve hatta karşılaştırmalı hukuk araştırmasına denk olduğu düşünülmektedir. Bu yaklaşımın en etkileyici tanımlaması Konrad Zweigert ve Hein Kötz tarafından yapılmıştır. Bkz. Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Introduction of Comparative Law*, çeviren: Tony Weir, Oxford, 1998, s. 34 vd. İşlevsel yaklaşıma yöneltilen eleştiriler için ise bkz. dn. 3.

<sup>33</sup> Ernst Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*: Ernst Rabel- *Gesammelte Aufsätze*, C. II, Hans G. Leser (ed.), Tübingen, 1965, s. 1-49 (ilk defa 1927 yılında yayınlanmıştır). Söz konusu eserin 4. sayfasında yazar şu ifadede bulunmuştur: “Bizim bu kaynaklardan hayatı ve hukuk sisteminin işleyişini çıkarmamız gerekir. Çünkü hukuk... kültürel bir fenomendir ve hukukun nedenleri ve sonuçlarından bağımsız bir şekilde anlaşılması mümkün değildir.”

araştırmalarının kullanışlı olmasını sağlayan etmenin de bahsi geçen bu işlevsel yöntem olduğu söylenebilir. Nitekim *Rabel* de şahsi tecrübelerine dayanarak bu görüşü desteklemiştir. *Rabel*, Uluslararası Adalet Divanı'nda ve Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra imzalanan barış antlaşmaları uyarınca uluslararası kamu hukuku kurallarının uygulanması amacıyla kurulan karma tahkim kurullarında görev almıştır. Bu görevleri sırasında uluslararası hukuktaki boşlukların doldurulabilmesi için hukukun genel ilkelerinin tespitine yönelik olarak yürütülen faaliyetler sırasında karşılaştırmalı hukuk araştırmasının önemli rolünü kavramıştır.<sup>34</sup> Bunun yanı sıra, hukukun yeknesaklaştırılması için işlevsel yaklaşımın kullanışlılığını da ispat etmiştir. Zira Max Planck Enstitüsü'nün satım hukukuna ilişkin yürüttüğü karşılaştırmalı araştırma<sup>35</sup> ile Unidroit'in eş zamanlı yürüttüğü satım hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmasının birbiriyle bağlantılı olduğu görülmektedir. Bu çalışmaların sonucu olarak, günümüzde 80 ülkeden fazla yerde yürürlükte olan 1980 tarihli Uluslararası Satım Sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ortaya çıkmıştır.<sup>36</sup>

5) *Rabel*, karşılaştırmalı hukukçuların hukukun yeknesaklaştırılması amacına sahip oldukları görüşünde olmasına rağmen, karşılaştırmalı hukuk araştırmasına yönelik analitik değerlendirmeler yapmakla yetinmiş, hukuk kurallarına ilişkin önerilerde bulunma işini politikacılara bırakmıştır.<sup>37</sup> *Rabel*'in sahip olduğu bu bakış açısı, 1960lardan itibaren, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının beşinci aşaması ile değişmiştir. Bazı ülkelerde karşılaştırmalı hukuk, ulusal hukukun gelişimi için bir etmen, hatta bir yönlendirici olmuştur. Örneğin ABD kanunlar ihtilafı doktrininde “daha iyi hukuk yaklaşımı” (*better law approach*) adı verilen yaklaşımın öne çıktığı görülmüştür. Bu yaklaşımdan etkilenen mahkemeler, birden çok hukuk sistemini ilgilendiren bir davada uyuşmazlığın hangi federe hukuk uyarınca çözülmesi gerektiğinin araştırılması yerine, ilgili birçok hukuk sisteminin karşılaştırılması suretiyle en modern ve uygun çözümün bulunması ve uygulanması yolunu seçmiştir.<sup>38</sup> Almanya'da Max Planck Enstitüsü'nün müdürlüğünü yaparak *Rabel*'in varisleri arasında yer alan *Konrad Zweigert* de en uygun hukukun seçilmesinin karşılaştırmalı hukuk araştırmasının en temel amacı olduğunu ifade etmiştir.<sup>39</sup> Aynı dönemde

<sup>34</sup> Ernst Rabel, *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung*: Hans G. Leser (ed.), Ernst Rabel- Gesammelte Aufsätze, C. II, Tübingen, 1965, s. 1-49.

<sup>35</sup> Ernst Rabel, *Das Recht der Warenkaufs*, C. 1,2, Berlin, 1936 ve 1958.

<sup>36</sup> Milletlerarası Satım Hukukuna ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması, Viyana, 11 Nisan 1980, 1489 UNTS 3.

<sup>37</sup> Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit*, s. 3. “Değerlendirme, karşılaştırmamın değil, bu sayede mümkün kılan hukuki eleştirinin bir parçasıdır.” (çevirenin tercümesi)

<sup>38</sup> Daha iyi hukuk yaklaşımı özellikle Robert A. Leflar tarafından savunulmuştur. Bkz. Robert A. Leflar, *The Law of Conflict of Laws*, Indianapolis, 1959, s. 254-259. Aynı zamanda Jayme de kitabının sonraki basılarında bu yaklaşımı benimsemiştir, bkz. dn. 9, s. 12. Yazar, mahkemenin birçok ulusal hukuk arasından tarafların en “lehine” olan hukuku uygulaması gerektiğini hükme bağlayan Alman Medeni Kanunu'na Giriş Kanunu'nun 16. maddesinin 2. fıkrasına atıf yapmaktadır.

<sup>39</sup> Zweigert/Kötz, s. 47: “Aslında bir karşılaştırmalı hukukçu, kendi araştırmalarına en iyi şekilde eleştirel yaklaşılabilecek kişidir. Çünkü bunu eğer kendisi yapmazsa, hiç kimse yapmayacaktır... “Daha iyi hukuk” ibaresiyle kastedilenin tüm hukuk sistemleri mi yoksa sadece uyuşmazlığın görüldüğü ülke hukuku için en iyi çözüm olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Önemli olan nokta, Zweigert ve Kötz'ün, karşılaştırmalı hukukçuların kendi araştırmalarından en iyi çıkarımları yapmaya yetkin kişiler oldukları yönündeki görüşüdür.

Almanya'da karşılaştırmalı hukukçuların araştırmaları daha da önemsenmeye başlamıştır. Öyle ki Almanya'da bir hukuk reformu yapılacağı zaman karşılaştırmalı hukuk ile ilgilenen akademisyenlerin bu konuda yabancı hukuklarla karşılaştırma yaparak bir görüş bildirmeleri talep edilmeye başlanmıştır. Aynı zamanda, dünyanın her yerindeki yasa koyucuya ilham vermesi amacıyla Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Ansiklopedisi oluşturulmuştur. Günümüzde hâlâ tamamlanmamış olan bu 17 ciltlik eserin yaratıcısı *Zweigert*'tir ve bu çalışma daha sonra *Drobnig* tarafından devam ettirilmiştir.<sup>40</sup>

6) 1980'lerden itibaren Avrupa'da karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişiminin aşağıda ayrıntılandırılacak olan altıncı aşaması popülerlik kazanmıştır. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün *Restatements* çalışmasından esinlenen Avrupalı hukukçular da uzmanlardan oluşan komiteler oluşturarak benzer bir çalışma yürütmüşlerdir. Bu çalışmanın amacı, *Restatement*'larda olduğu gibi, bu hukuk sistemlerine hâkim genel ve ortak ilkelerin tespit edilmesi ve bunların açıklayıcı ve karşılaştırmalı notlar ile ortaya konulmasıdır. Danimarkalı hukukçu *Ole Lando*'nun başkanlığını yaptığı Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu bu akımın öncüsüdür.<sup>41</sup> Bu akımı, haksız fiil hukuku, sigorta hukuku, rekabet hukuku ve aile hukuku gibi alanlarda çalışan komiteler izlemiştir.<sup>42</sup> Altıncı aşamanın getirdiği yenilik, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının içeriğine değil, bu araştırmanın yürütülüş biçimine yöneliktir. Zira altıncı aşamada da amaçlanan, hukukun yeknesaklaştırılması bağlamında karşılaştırmalı hukukun işlevselliğini öne çıkarmaktır. Bu aşamada yeni olan şey, bu araştırmanın toplu bir girişim hâline gelmesidir. Yukarıda bahsedilen araştırma komiteleri tarafından yapılan öneriler, Avrupa'daki ve özellikle Avrupa Birliği hukukundaki gelişmeler üzerine büyük etki sahibi olmuştur.

Belirtmek gerekir ki karşılaştırmalı hukukun gelişimindeki aşamaları keskin bir kronoloji ile sıralamak mümkün değildir. Zira bu aşamaların, bir önceki ve bir sonraki aşamalarla tarihsel olarak iç içe geçtiği görülmektedir. Bu yüzden, yeni bir aşamanın ortaya çıkması ile bir önceki aşamanın son bulduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Bu yüzden, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının çeşitli aşamaları daha ziyade bu alanda çalışan akademisyenlerin, aşağıda detaylıca ele alınacak olan ilgi alanlarının ve araştırmalarının amaçlarının birbirinden farklılık gösteren noktalarını ortaya koymaktadır.

#### **4) Karşılaştırmalı Hukuk Araştırmalarının İlgili Alanları, Amaçları ve Yöntemleri**

Karşılaştırmalı hukukçular, yaptıkları araştırmalar sayesinde yabancı hukuk sistemleri ve dolaylı olarak yabancı kültürler, toplumlar, politik yapılar ve ekonomiler hakkında sahip olunan bilginin arttırılabileceğini düşünmektedir. Neredeyse tüm karşılaştırmalı hukukçular bu düşüncüyü benimsemektedir. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukukçuların ilgi alanlarının birbirinden çok-

<sup>40</sup> Konrad Zweigert/Ulrich Drobnig (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, C. 1-17, Dordrecht and Tübingen, 1964 vd.

<sup>41</sup> Ole Lando, /Hugh Beale (ed.), *Principles of European Contract Law- I. ve II. Bölümler*, Lahey, 2000; Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann (ed.), *Principles of European Contract Law- III. Bölüm*, Lahey, 2003.

<sup>42</sup> Bu faaliyetlerle ilgili başarılı bir çalışma için bkz. Wolfgang Wurmnest, *Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa*, ZEuP, 2003, s. 714-744.

ça farklılık gösterdiği de görülmektedir. Bazı hukukçular, bir sistemin ya da bir hukuk geleneğinin tamamıyla ilgilenmeyi tercih ederken, diğerleri hukukun belirli bir alanı ile ya da birtakım hukuki kurumlar üzerine odaklanmayı tercih etmektedir. Benzer şekilde bazı hukukçular hukukun kültür, politika ve diğer sosyo-ekonomik etmenlerle etkileşimini inceleyen çalışmalar yürütürken, diğerlerinin sadece hukuk kuralları ve bunların uygulaması ile ilgilendikleri görülmektedir. Yine bazı hukukçuların amacı, farklı hukuk sistemlerinde ortak olan noktaların tespit edilmesiyken, diğerlerinin sadece belirli hukuk sistemlerinde yer alan ve ayrı nitelikteki kuralların araştırılmasını amaçladığı gözlemlenmektedir. Ve tabii ki, karşılaştırmalı hukuk araştırmasını salt akademik amaçlarla yürüten hukukçular ile bu araştırmayı ulusal hukukun geliştirilmesi, ulusal veya yeknesak bir hukukun oluşturulması, yabancılaşma unsuru taşıyan olaylarda yabancı hukukun doğru uygulanması gibi belirli amaçlar uğruna yapanlar arasında da önemli bir fark söz konusu olmaktadır.

İslam hukukunun uygulandığı ülkelerinin birçoğunda farklı şekillerde düzenleme bulan mehir, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının kapsamının genişliğine ilişkin iyi bir örnek olabilir. Kuran'a göre erkeğin evlenirken kadına verdiği ya da vermeyi taahhüt ettiği mal ya da para anlamına gelen mehir, evliliğin geçerliliği için yerine getirilmesi gereken bir şarttır. Mehir bir zorunluluk olsa da bu borcun kapsamı, usulü ve ödemenin zamanı gibi hususlar eşler arasındaki anlaşmaya göre belirlenmektedir. İslam hukukunda yer alan bu kurum, Batılı ülkelerden gelen karşılaştırmalı hukukçuları her zaman etkilemeyi başarmış olsa da, bu araştırmacıların söz konusu kuruma duydukları ilginin arkasında yatan nedenlerin çeşitlilik gösterdiği görülmektedir. Öncelikle mehrin İslam toplumlarında aile kavramının ve kadının yerinin bir sembolü olarak ele alınması mümkündür. Bilindiği üzere aile kavramı İslam kültürlerinde ve Batılı kültürlerde birbirinden farklıdır. Mehrin İslam toplumunda aile kavramının ve kadının yerine ilişkin bir sembol olarak değerlendirildiği bu çalışma sosyolojik ve antropolojik karakterdedir. Bunun yanı sıra mehir, İslam hukukunda kadının dar kapsamlı mirasçılık hakları veya evliliğin sona ermesinden sonra kocanın herhangi bir nafaka ödeme yükümlülüğünün bulunmaması açısından da ele alınabilir. Bu bakış açısıyla yürütülen ve kuşkusuz daha işlevsel bir amaca yönelik olan bu çalışma, toplumda karı ve koca, kız ve erkek çocuk, kadın ve erkeğin arasındaki mali dengenin değerlendirilmesi anlamını taşımaktadır. Bu tür bir çalışmanın farklı yöntemlerle de olsa hem İslam toplumlarında hem de Batılı toplumlarda yürütülmesi mümkündür ve genellikle her iki ihtimalde de benzer sonuçlara varılır. Üçüncü olarak ve daha odaklı bir hukuki yaklaşımla bakıldığında mehrin, evliliğin erkek tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesi veya erkek tarafından kadına karşı herhangi bir kötü muamele yapılması riskine karşı kadının korunması için bir araç olarak değerlendirilmesi mümkündür. Tüm bu ihtimallerin yanı sıra karşılaştırmalı hukuk araştırmaları, Batılı ülkelerde de farklı arka planlarda ortaya çıkabilecek olan birtakım hukuki sorunlara, söz gelimi enflasyon karşısında mehrin değerinin korunması veya mehrin kocanın alacaklıları aleyhine sonuç doğurması hâllerinde durumun ne olacağı gibi hususlara da odaklanmaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki, karşılaştırmalı hukukçuların İslam hukukunun bir parçası olan mehir kurumuna gittikçe daha fazla ilgi duymalarının belki de en önemli sebebi, Avrupalı ülkelerin mahkemelerinde bu kurumdan kaynaklanan uyuşmazlıkların ileri sürülüyor olmasıdır.

Bu bilgiler ışığında, karşılaştırmalı hukuk doktrininde yer alan birkaç ekolün tespit edilmesi mümkündür. Yapılan akademik tartışmalarda bazen, ilginç bir şekilde, bu ekollerin sanki sadece bir düşünce tarzının öne çıkması zorunluymuşçasına birbirlerinin varlığını kesin olarak reddettiği görülmektedir. Bu makalenin yazarı ise, yukarıda açıklanan mehir örneğinde de görüldüğü üzere, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının arkasında yatan amaçların değişiklik gösterebileceği ve bahsi geçen ekollerden her birinin farklı bağlamlarda öne çıkabileceği görüşündedir.<sup>43</sup>

Bu görüş birkaç örnekle açıklanabilir. Hukuk ve kültür ilişkisini vurgulayan çalışmalar, hukuk kurallarının ve kurumların arkasında yatan antropolojik nedenleri, özellikle bu kuralların ve kurumların ortaya çıktığı kültürel, sosyal, ekonomik ve politik arka planı inceler. Bu yaklaşım özellikle de hukukun üstünlüğü ilkesinin güçlü bir konuma sahip olmadığı sistemlerin incelenmesinde önem kazanır. Örneğin Afrika ülkelerine bakıldığında, bağımsız bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının kabulünün ancak 20. yüzyılda kolonileştirme faaliyetleri sonucunda gerçekleştiği görülmektedir. Bugün, Güney Afrika Cumhuriyeti gibi birkaç istisna dışında hiçbir Afrika ülkesinde bağımsız bir hukuki doktrinin bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Sahra altı Afrika ülkelerinin birçoğunda mahkeme kararları yayınlanmamakta ve kayda değer bir hukuki literatür bulunmamaktadır. Bu durum ise, bu ülkelerde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin dini veya politik mekanizmalardan bağımsız bir hukuki doktrininin gelişmesine engel teşkil etmektedir. Bu yüzden bu ülkelerin hukukuna ilişkin yapılacak anlamlı bir araştırmanın, bahsi geçen bu dini ve politik mekanizmaları görmezden gelmesi mümkün değildir.<sup>44</sup> Buna karşılık, Aydınlanma Çağı'ndan itibaren yaklaşık 200-300 yıldır Avrupa ülkelerinin veya Kuzey Amerika'daki hukuk sistemlerine hukukun üstünlüğü ilkesi hâkimdir. Bu yüzden bahsi geçen Batılı hukuk sistemlerinin birbiriyle karşılaştırılmasında antropolojik etmenlerin önemi, Afrikalı ülkeler arasında yapılan bir karşılaştırmaya nazaran çok daha azdır.

Bu konuda verilecek ikinci bir örnek yukarıda bahsedilen işlevselci yaklaşıma ilişkindir. Bu yaklaşım uyarınca, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının temeline hukuk kurallarının işlevinin oturtulması, başka bir deyişle kuralların işlevleri aralarında yapılacak karşılaştırma için bir ölçüt, bir *tertium comparationis* olarak kabul edilmesi söz konusudur. Belirtmek gerekir ki işlevsel yaklaşım, hukuk kurallarının hukuk kültürüyle, söz gelimi bir topluluğu oluşturan dil, kültür, din, sosyal alışkanlıklar gibi etmenler ile olan etkileşimini göz ardı

<sup>43</sup> “Yöntemsiz Çoğulculuk” görüşü isabetli olarak Martin Gebauer tarafından savunulmuştur. Bkz. Martin Gebauer, *Rechtsvergleichung, Leitgedanken des Rechts*, Hanno Kube ve diğerleri (ed.), Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 2013, s. 433-443.

<sup>44</sup> Bu konuda bir araştırma için bkz. Rodolfo Sacco, *Le droit africain – Anthropologie et droit positif*, Paris, 2009 (çeviren: Michel Cannarsa). Yazar bu kitabın özellikle ilk bölümünde, hukukun farklı işleyişinin altında yatan nedenlere örnek olarak kültürel farklılıklara işaret etmiştir. Yazarın antropolojik etmenler üzerinde bir başka eseri için bkz. Rodolfo Sacco, *Antropologia guiridica*, Bologna, 2007, s. 175 vd. Yazar, yazı dilinin, sözlü ifadenin ve benzer kültürel gelişmelerin hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsenmesi hususunda önemli faktörler olduğunu ileri sürmüştür. Sacco'nun çalışmalarının hukuk sistemlerinin veya bu hukuk sistemlerinde yer alan kurumların birbiriyle karşılaştırılmasından çok, belirli bir kültürde karşılaşılan hukuki yapıyı anlamaya yöneliktir. Asya ülkelerine ilişkin olarak benzer görüşler için bkz. MI Jian, s. 39-40.

ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Ancak hukuk kültürü kavramının belirsizliği<sup>45</sup> ve döngüselligi<sup>4647</sup> dikkate alındığında, bu eleştirinin ne anlama geldiği, nasıl bir fayda sağlayabileceği ve bu eleştiriye maruz kalmayan karşılaştırmalı araştırmalardan ne umulması gerektiği açık değildir. Yine belirtmek gerekir ki karşılaştırmalı hukuk araştırmasına ilişkin işlevsel bir yaklaşım bazı durumlar için uygun olabilirken, bazıları için yetersiz olabilir. Örneğin farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde uyumsuzlukların çözümüne ilişkin birbirinden farklı mekanizmaların bulunduğu durumda, bu çözümlerin işlevinin ölçüt olarak alınması yararlı olabilir. Mesela Batı Avrupa, Kuzey Amerika ve Doğu Asya ülkelerini esas alan ve hukuki ilişkilerin görece rasyonel bir şekilde düzenlendiği alanlardan biri olan ticaret hukuku alanına ilişkin bir karşılaştırmalı hukuk araştırması yapılacağı zaman durum böyledir.

Tabii ki bu nitelikte bir araştırmanın dahi saf bir hukuki karşılaştırmaların ötesine geçmesi, iş uygulamaları (*business practices*) gibi birtakım diğer etmenleri de dikkate alması gerekir. Örneğin taşınmaz satımı bağlamında her ne kadar dünyada birbirinden farklı sistemler mevcut olsa da, iyi niyetli alıcının yolsuz tescil hâlinde korunması hususunda Alman tapu kütüğünün veya Amerikan tarzı bir mülkiyet sigortasının yerine getireceği işlevin birbirinden çok da ayrılmadığı görülmektedir.<sup>48</sup> Aynı yönde, ticari sözleşmeler ve şirketler hukuku alanında dünyanın farklı yerlerinden gelen tacirlerin de aslında benzer güdülere sahip olduğu gözlemlenmektedir. Mesela İslam hukukunda faiz yürütülmesi yasak olmakla birlikte aynı yola çıkan teverruk, indirim veya kâr payı ödemesi gibi birtakım başka anlaşmaların yapılmasında bir engel bulunmamaktadır. Bu örnekler sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hukukunda çoğaltılabilir. *Zweigert* ve *Kötz* de bu örneklerden yola çıkarak işlevsel yaklaşımın yararlarını ortaya koymuştur.<sup>49</sup>

Kısaca, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının yürütülmesine ilişkin yöntemlerin sınırlandırılması ve hatta bazılarının kesin bir şekilde reddedilmesi görüşünün isabetli olmadığı açıktır. Bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasının nasıl yapılması gerektiğine karar verilirken, bu araştırmanın amacına ve bu bağlamda yabancı hukukun anlaşılabilmesi için en uygun olan yöntemin ne olduğuna bakılmalıdır. Sonuç olarak bir çalışmada hangi yöntemin izleneceği araştırmayı yürüten akademisyenin tercihinine bağlı olmaktadır.

<sup>45</sup> Bu kavramın belirsizliği, Pierre Legrand tarafından yapılan tanımdan da anlaşılabilir. Bkz. Legrand, s.27-34. Yazar, “bana göre kültür kavramının anlamı, yorumlayıcı bir topluluğun içinde işlediği, bu topluluk için normatif bir anlama sahip olan ve uzun süre içinde bu topluluğu topluluk yapan gayri maddi şeylerdir.” ifadesiyle kültürü tanımlamıştır.

<sup>46</sup> Kavramların döngüselligi (circularity of concepts) kısaca, tıpkı “kültür” örneğinde olduğu gibi, kavramların tanımlamalarının yine bu kavramlar üzerinden yapılması anlamına gelmektedir. (Ç. N.)

<sup>47</sup> Legrand’ın yaptığı tanımlama uyarınca yorumlayıcı bir topluluğun oluşumu, bu topluluğun işlemeden önce söz konusudur ve aynı zamanda bu işlemin bir sonucu olarak ortaya çıkar.

<sup>48</sup> Bernd von Hoffmann, *Das Recht des Grundstückskaufs*, Tübingen, 1982, s. 39 vd.

<sup>49</sup> *Zweigert/Kötz*, II. Bölüm, s. 323 vd.



### 5) Akademide Karşılaştırmalı Hukukun Kullanıcıları

Şu ana kadar yapılan açıklamalar üç cümlede özetlenebilir: ilk olarak, karşılaştırmalı hukuk toplumların hukuk ile ilişkili yönlerinin ve hukukun belirli sosyal ve ekonomik sorunlar karşısındaki konumunun anlaşılmasına hizmet eden ampirik nitelikte bir araştırmadır. İkinci olarak, küreselleşme sonucunda karşılaştırmalı hukuk araştırması sadece gerekli değil aynı zamanda zorunlu hâle gelmiştir. Ülkeler arası sınırların gittikçe silikleşmesi üzerine sınırlar ötesi bilgi akımı özellikle de hukuki gelişmeler hususunda ciddi bir artış göstermiştir. Üçüncü olarak, karşılaştırmalı hukuk araştırması yapılırken benimsenecek olan yaklaşım (veya yaklaşımlar) bu araştırmanın içinde yürütüldüğü bağlama, özellikle de araştırmanın coğrafi odak noktasına, konusuna ve amacına bağlıdır. Sonuç olarak bugün, karşılaştırmalı hukukun gelecekteki rolüne ilişkin sorunun yerini, gelecekte karşılaştırmalı hukuka duyulacak ihtiyaca yönelik sorular almıştır. Bu ihtiyacın ve bu ihtiyacın ortaya çıktığı koşulların yürütülecek araştırmaların üzerinde bir etkisi olacaktır. Bu yüzden, bu ihtiyacı dile getiren kişilerin, başka bir deyişle karşılaştırmalı hukukun kullanıcılarının kim olduğu ve bu kişilerin karşılaştırmalı hukuktan beklentisinin ne olduğu daima sorgulanmalıdır.

#### i) Akademiden gelen talep

Etnoloji, ekonomi ve diğer toplumsal bilimler başta olmak üzere farklı disiplinlerden akademisyenlerin karşılaştırmalı hukuktan bir beklentisi olduğu kuşkusuzdur. Bu kişiler hukuku, ekonominin ve toplumsal ilişkilerin şekillenmesinde önem taşıyan bir etmen olarak görmekte ve geniş kapsamlı araştırmalarının bir bölümü olarak yabancı hukukların ve ekonomilerin veya toplumların düzenindeki etkisini anlamak istemektedir. Bunu başarabilmek için hukuk kurallarına ilişkin kağıt üzerinde yapılacak bir araştırmanın yeterli olmayacağı açıktır. Bunun yanı sıra, belirli bir hukuk kuralının arka planı, bu kuralın uygulaması, bu kurala uyup uymamak konusunda yerleşmiş toplumsal bir kanatın bulunup bulunmadığı, toplumda genel olarak dava açma eğiliminin oranı, diğer uyuşmazlık çözüm yolları ile kıyaslandığında dava açmanın maliyeti, dinin etkisi gibi başka hususların da dikkate alınması şarttır. Ancak, bir araştırmacının esas konusunun örneğin bir yerdeki ekonomik veya toplumsal gelişmelerin değerlendirilmesi olduğu varsayımında, bu yerdeki hukukun incelenmesinin bu kapsamlı araştırmanın ancak bir parçasını oluşturabileceği de ortadadır. Belirtmek gerekir ki söz konusu araştırmanın bu denli geniş kapsamı yüzünden araştırmacıların bu işe nasıl başlamaları gerektiği konusunda tereddütleri bulunabilmektedir. Bu noktada, incelenen hukuk kurallarının doğru değerlendirilmesi, araştırmacının bu ilk adımı atmasına yardımcı olduğu gibi söz konusu araştırmanın belki de en önemli aşamasını oluşturabilmektedir.<sup>50</sup>

Yine akademisyenler tarafından karşılaştırmalı hukuka ilişkin bir beklentinin de hukukçulara ait olduğu söylenebilir. Zira hukukçular, kendi hukukları ne zaman yeni, eksik veya tutarsız olsa, başka hukuk sistemlerinden ilham almaya meyillidir. Hukukçuların, başarılı ve kapsayıcı kurallardan oluşan bir hukuk düzeninin yaratılması ve böylece hukuk kurallarının mükemmelleştirilmesi amacıyla diğer hukuk sistemlerinde kabul görmüş fikirleri kendi

<sup>50</sup> Belirtmek gerekir ki Rodolfo Sacco her ne kadar hukuki antropoloji yaklaşımını tercih etse de, araştırmaların pozitif hukuka ilişkin ulusal raporların incelenmesine de yer verdiği görülür.

hukuk sistemlerine ithal ettiği sıkça görülmüştür. Örneğin 19. yüzyılda sanayi devriminin ardından İngiltere’de, kapsayıcı bir sözleşme hukuku ihtiyacının ortaya çıkması sonucunda, Avrupa’nın diğer ülkelerinde yürütülmüş akademik çalışmaların, örneğin *Domat* ve *Pothier*’nin eserlerinin, çevirileri ve akademik uyarlamaları yapılmıştır. Böylece Aydınlanma Çağı’na kadar uzanan birçok fikir, *common law* sistemine de dahil olmuştur.<sup>51</sup> Yine benzer bir şekilde, 1957 tarihli Roma Anlaşması ile kurulan Avrupa Ekonomik Topluluğu’nda da Amerikan doktrininde Anayasa’nın Federe Devletler Arası Ticaret Hükümleri’nin etkili bir şekilde uygulanmasına ilişkin olarak gelişmiş fikirlerin etkili olduğu söylenebilir. Bunun temel nedeni, Avrupa Ekonomik Topluluğu ile kurulması amaçlanan ortak pazarın ve federal sisteme yakın politik yapının ABD’deki sisteme benzer olmasıdır.<sup>52</sup> Karşılaştırmalı hukuka ilişkin bu talepler, hukukun sosyal ve ekonomik gelişmelerin bir parçası olması niteliğinden kaynaklanmamaktadır. Bu talepler daha ziyade hukuk sistemlerinin tutarlılığının, kapsayıcılığının ve doğru uygulanmalarının sağlanmasını amacıyla ileri sürülmektedir.

ii) Hukuk eğitime ilişkin bir talep

Karşılaştırmalı hukuka ilişkin bir diğer talep hukuk fakültelerinde karışımıza çıkmaktadır. Hukuk eğitimi genellikle anayasa hukuku, sözleşme, haksız fiil veya aile hukuku gibi belirli alanlara odaklandığı için, söz konusu talep de genellikle bu belirli alanlara ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Zira hukuk öğrencisi, diğer sistemleri inceleyerek, kendi hukukunda yer alan düzenlemeyi daha iyi anlayabilmektedir. Örneğin, mal ayrılığı rejiminin benimsendiği bir hukuk sisteminde yer alan öğrenci, yabancı ülkelerde yer alan mal birliği veya edinilmiş mallara katılma rejimi ile kendi hukukunun eşler arası mal rejimini kıyasladığında, ilgili hukuki düzenlemeyi daha iyi anlama şansını yakalamaktadır. Çeşitli hukuk sistemlerinde farklılık gösteren birtakım düzenlemeler dikkate alınarak her sistemde ortaya çıkan ortak sorulara cevap aranır. Boşanmadan sonra mallar nasıl paylaşılır? Eşlerden birinin ölümü durumunda hayatta kalan eşin hakları nedir? Eşlerin birbirlerine muvazaalı bir şekilde mal ya da para aktarması durumunda alacaklılar nasıl korunur? Eşler arası mal rejimi ve miras hukuku rejimi arasındaki bağlantı nedir? Bu sorulara yanıt arayan öğrenciler, hem farklı hukuk sistemlerinde yer alan kuralları hem de bu kuralların toplumsal sorunlar karşısındaki yerini ve başarısını karşılaştırarak, kendi hukuk sistemlerinin güçlü ve zayıf yönlerini daha iyi tespit edebilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki üniversite eğitiminde bu karşılaştırma, farklı hukuk kurallarının kağıt üzerinde bir karşılaştırmasından öteye gitmemektedir. Yine de, eksik bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasının dahi öğrencileri dar bir bakış açısına sahip olmaya iten yabancı hukukun tamamen göz ardı edilmesi durumundan çok daha faydalı olduğu belirtilmelidir.

<sup>51</sup> Bu süreçle ilgili bir çalışma için bkz. Reinhard Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts*, ZEuP, 1993, s. 43 vd.

<sup>52</sup> Bkz. Wulf-Henning Roth, *Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem gemeinsamen Markt – Europäische Probleme und amerikanische Erfahrungen*, München, 1991 ve daha güncel bir çalışma için bkz. Richard Buxbaum, *Is There a Place for European Delaware in the Corporate Conflict of Laws?*, 74 *RabelsZ* 2010, s. 9 vd.

## 6) Uygulamada Karşılaştırmalı Hukukun Kullanıcıları

### i) Uygulamacıların yabancı hukuk kurallarına yaklaşımı

Karşılaştırmalı hukuk ile ilgilenen avukatlar, tıpkı her avukat gibi, araştırmalarını yaparken çözüm odaklı bir yaklaşıma sahiptir. Bunun en açık örneği, bir uyuşmazlıkta kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yabancı hukukun uygulanması durumunda görülür. Hâkimler ve avukatlar, her ne kadar kendi hukuk sistemlerine yönelik bir eğitimden geçmiş olsalar da, uyuşmazlığa yabancı hukuk kurallarının uygulanması gerektiğinde temel kavramları ve prensipleri tamamen farklılık gösterebilen bu yabancı hukuku da en iyi şekilde uygulamakla yükümlüdürler. Bu noktada yabancı hukukun somut olaya uygulanması aslında bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasından başka bir şey değildir. Belirtmek gerekir ki bu ihtiyaç, sadece mahkemelerde değil, aynı zamanda hukuk bürolarında, noterlerde veya şirketlerin hukuk departmanlarında da gittikçe artan bir şekilde tecrübe edilmektedir.

Uygulamacıların bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasından beklentileri, bu yabancı hukukun söz konusu ülkenin mahkemelerinde ve ilgili resmi makamlarında uygulandığı şekliyle ortaya konulmasından ibarettir. Bu yüzden, hukukun ekonomik ve sosyal etmenlerle olan ilişkisi, ancak bu ilişki idari ve yargısal süreçlere yansiyorsa önem kazanmaktadır. Yabancı ülkenin kanunlarında yer alan bir kuralın uygulanmayacağına yönelik toplumda yerleşik bir kanaat bulunsa bile, eğer bu kanaat ilgili otoriteler tarafından kabul görmemişse, bu yabancı hukuku uygulayacak olan mahkemenin ilgili hukuk kuralını göz ardı etmesi söz konusu olamaz. Bu duruma ilişkin bir örnek 1990lı yıllarda Alman mahkemelerinin önüne gelmiştir. Olayda, Venezuela hukukunda teslimsiz gemi rehnine (*prendas navales*) izin veren 1983 tarihli kanundan önce de bunun mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme sırasında, 1983'ten önce bu yönde açık bir kural bulunmamasına rağmen, Venezuela'da teslimsiz gemi rehni uygulamasının bulunduğu ve bu rehlin gemi siciline tescilinin mümkün olduğu görülmüştür. Başka bir deyişle, söz konusu dönemde açık bir hükme dayanmayan bir hukuk kuralının mevcut olduğu tespit edilmiştir. Aslında bu örnekte, birtakım uygulamaların yabancı hukuka ilişkin bir delil olma niteliğinin belirsizliğine ve yabancı hukukun doğru bir şekilde tespitinin zaman ve süre açısından maliyetli olduğuna işaret etmektedir.<sup>53</sup>

### ii) Yabancı hukukun uygulanması yönünde talep ve resen uygulama

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların karşılaştırmalı hukuk araştırmasına yapabileceği katkı, ulusal sistemlere göre farklılık göstermektedir. Örneğin tüm *common law* ülkelerinde olduğu gibi, aile hukuku meselelerinde istisnasız olarak yargılamanın yapıldığı yer hukukunun uygulanması, yabancı bir ülkenin aile hukukunun araştırılmasını doğal olarak gereksiz kılmaktadır. Buna karşılık, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde bu durum tersine dönmektedir. Zira bu sistemlerde aile hukuku uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda bu uyuşmazlıkların tarafların ulusal hukukları uyarınca çözülmesi söz konusudur. Bu sebeple milyonlarca göçmen ve bunların alt soyu, yabancı bir ülkenin vatandaşı olmaya devam ettikçe, bu kişilerin tarafı olduğu uyuşmazlıklarda

<sup>53</sup> Bundesgerichtshof (BGH) 21 Ocak 1991 (NJW 1991), 1418. Yargılama boyunca Almanya ve Venezuela'dan en az sekiz bilirkişi raporu alındı ancak BGH bunun yine de "uygulamalı hukuk" açısından yetersiz bir delil olduğunu kabul etti. Bu davaya ilişkin bir yabancı hukuk uzmanının bakış açısı için bkz. Jürgen Samtleben, Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis, NJW, 1992, s. 3037-3062.

bu yabancı hukukun uygulanacağı söylenebilir.<sup>54</sup> Bunun sonucunda bu ülkelerdeki avukatların ve mahkemelerin yabancı hukuka ilişkin yaptıkları araştırmalar da süreklilik kazanmaktadır.<sup>55</sup>

Bu noktada ikinci önemli etmen, bir hukuk sisteminde yabancı hukuka tanınan statüye ilişkindir. Eğer *common law* ülkelerinde olduğu gibi, yabancı hukuk bir ülkenin mahkemelerinde sadece taraflardan birinin talebi üzerine uygulanıyorsa, avukatlar ancak yabancı hukukun araştırılması için yapılacak maliyetin davanın getirisinden az olduğu nadir durumlarda bu işi üstlenmeyi kabul etmektedir. Buna karşılık, çoğu Kara Avrupası sisteminde olduğu gibi, yabancı hukukun hâkim tarafından resen uygulanması da söz konusu olabilmektedir.<sup>56</sup> Bunun sonucunda mahkeme, yabancı hukukun incelenmesinden doğacak maliyeti ve bunun taraflar üzerindeki etkisini dikkate almaksızın yabancı hukuku araştırmak zorundadır. Bazı Kara Avrupası ülkelerinde, yabancı hukukun resen uygulanması, bu hukukun tespitiyle uğraşan belirli bir yapılaşmanın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu yapıların başında üniversitelere bağlı veya Max Planck Enstitüsü gibi bağımsız, karşılaştırmalı hukuk araştırması konusuna odaklanmış ve mahkemelerin talebi üzerine bilirkişi raporu sunan özel enstitüler gelmektedir.<sup>57</sup> Bu uygulamanın gelişmesi sonucunda

<sup>54</sup> Avrupa Birliğinde uluslararası özel hukukun kodifikasyonuna ve yeknesaklaştırılmasına yönelik enstrümanlarda, aile ve miras hukuku meselelerinde birincil bağlantı noktasının yerleşim yeri olarak kabul edildiği görülmektedir. Bkz. Council Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, madde 8, OJ 2010 L 343/10; Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, madde 21, OJ 2012 L 2011/107. Öte yandan, birtakım meselelerde hâlâ daha birincil bağlantı noktası olarak kişilerin ulusal hukuklarının kabul edildiği de gözlemlenmektedir. AB hukukunda yeknesaklaştırılmış alanlarda dahi, ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşmaların öncelik kazandığı ve bu anlaşmaların birçoğunun vatandaşlık ilkesine öncelik verdiği görülmektedir. Bkz. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, *RabelsZ* 74, 2010, s. 532-535, özellikle de Almanya'nın Türkiye ve İran ile imzaladığı 1929 tarihli ikili anlaşmalar.

<sup>55</sup> Örneğin, Yassari'nin mehir hususunda yaptığı araştırmada, Alman mahkemeleri tarafından talep edilen konularda verilen bilirkişi raporlarından yararlandığı görülmektedir.

<sup>56</sup> Bu hukuk sistemleri arasındaki farklar için bkz. Carlos Esplugues/José Luis Iglesias/Guillermo Palao, *Application of Foreign Law*, Münih, 2011. Bu ayrım, *common law* ve Kara Avrupası sistemleri arasındaki kesin bir ayrım değildir. Nitekim bir Kara Avrupası sistemi olan İspanya'da mahkemenin yabancı bir hukuku uygulaması için taraflardan birinin bu yönde talebi gerekmektedir.

<sup>57</sup> Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü 2012 yılında yabancı hukuka ilişkin olarak toplamda 72 tane bilirkişi raporu sunmuştur. 2014'te ise Enstitü'nün sunduğu bilirkişilerin sayısı 60'tır. (Ç. N.) Bkz. Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht/Hamburg, *Tätigkeitsbericht* 2012, (2013), 157 ve *Tätigkeitsbericht* 2013 (2014), 138. 1965'ten bu yana, Max Planck Enstitüsü ve üniversitelere bağlı enstitüler tarafından sunulan raporların bir seçkisi, Almanya Uluslararası Özel Hukuk Konseyi tarafından yayınlanmaktadır. 51 bilirkişi raporundan oluşan en son yayın için bkz. Jürgen Basedow/Dagmar Coester-

yabancı hukuklara ilişkin sahip olunan bilgi seviyesi artmış ve daha ileri düzeyde karşılaştırmalı hukuk araştırmaları yapılmaya başlanmıştır.

Bir diğer önemli nokta ise, yabancı hukuka ilişkin bilginin kim tarafından elde edileceğidir. *Common law* ülkelerinde bu mesele, tarafların kararına bırakılmıştır. Bu araştırmancının neden olacağı masraflar dikkate alınarak, yabancı hukuka ilişkin bir bilirkişi raporu hazırlanmasının gerekip gerekmediği yönündeki kararı taraflar, tıpkı bir iş kararında olduğu gibi, bir maliyet-kâr değerlendirmesi yaparak verecektir. Öte yandan Kara Avrupası sistemlerinde, bir yabancı hukuk bilirkişisine ihtiyaç bulunup bulunmadığına karar verecek olan taraflar değil, mahkemedir. Mahkeme bu kararı, maliyet-kâr dengesi veya bunun gibi başka etmenleri değil, ilgili usul hukukunu dikkate alarak verecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki en azından Almanya'da, bilirkişi raporları tarifeleri kanunla düzenlendiği için, bu raporların elde edilmesi düşünüldüğü kadar masraflı da olmamaktadır.<sup>58</sup>

iii) Uygulamadaki farklılıkların karşılaştırmalı hukuk araştırması üzerindeki etkisi

*Common law* ülkelerinin tarafların iradesine dayalı sistemi ile çoğu Kara Avrupası ülkesinin mahkemenin insiyatifine dayalı sistemi arasındaki farkların karşılaştırmalı hukuk araştırmasına yönelik yaklaşımlara da yansıdığı görülmektedir. Bir *common law* sisteminde, taraflardan birinin bilirkişi raporuna başvurmaya karar vermesi üzerine, bu tarafın genellikle ilgili yabancı hukuk alanında uzmanlaşmış bir bilirkişi ile anlaşması beklenmektedir. Uyuşmazlığın görüldüğü ülkede ilgili yabancı hukuk alanında uzmanlaşmış bilirkişiler, örneğin karşılaştırmalı hukuk dersi veren öğretim görevlileri, ancak ilgili konuda bir uzmanlığa sahip olmaları durumunda, mesela ilgili yabancı hukukta öğrenim görmüşlerse, bu iş için atanmaktadırlar. Bu yüzden, *common law* ülkelerinde çalışan karşılaştırmalı hukuk araştırmacılarının, uygulamada bu disiplini pratik etmeleri pek de mümkün olmamaktadır. Sonuç olarak bu akademisyenlerin çeşitli hukuk sistemlerine yönelik yaptıkları araştırmalar, bu sistemlerin soyut bir gözleminden ve ilgili toplumun diğer etmenleri ile bir bütün olarak ele alınmasından öteye geçememektedir.

Buna karşılık, Kara Avrupası ülkelerinden gelen akademisyenlerin bundan çok farklı bir konuma sahip oldukları görülmektedir. Bu akademisyenler, buldukları ülke mahkemelerinden gelen ve yabancı hukuka ilişkin oldukça spesifik sorularla karşı karşıya kalmaktadır. Örneğin, Alman mahkemeleri genellikle, Fransız veya Çin hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, bu sorunun çözümü için, özellikle hangi ülke hukuku üzerinde uzmanlaştığına bakmaksızın bir Alman bilirkişiyi görevlendirmektedir. Çünkü mah-

Waltjen/Heinz-Peter Mansel (ed.), Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG) 2007/2008, 2010.

<sup>58</sup> Almanya'da, yabancı hukuk bilirkişilerinin alacağı ücret, bilirkişilerin, tercümanların vs. ücret tarifelerini belirleyen ve yabancı hukuk bilirkişileri ile diğer bilirkişiler arasında bir ayırım yapmayan kanuna göre belirlenmektedir. 2013 yılı itibarıyla bilirkişilerin alabileceği azami ücret saat başı 123 Euro ile sınırlıdır, başka bir deyişle özel müşteriler tarafından ödenen piyasa ücretinin çok altındadır. Bkz. Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie über die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten (Justizvergütungs und entschädigungsgesetz - JVEG), 5 Mayıs 2004, (BGBI 2004), I, s. 776.

kemeler, uzmanlık konusu ne olursa olsun bu bilirkişilerin sahip oldukları genel karşılaştırmalı hukuk bilgisi ile ilgili soru hakkında yeterli araştırma yapabileceğine güvenmekte ve aynı zamanda Alman hukuku uyarınca uyuşmazlıkların nasıl çözümlendiği konusunda bu bilirkişilerin sahip oldukları bilgiye değer vermektedir. Nitekim bu bilirkişiler bir davada görevlendirildiklerinde, dava dosyasının tümü kendilerine verilmekte ve söz konusu uyuşmazlığı uygulanacak yabancı hukuk uyarınca, adeta bir hâkim gibi, çözmeleri kendilerinden beklenmektedir. Bilirkişiler, yabancı hukukun resen uygulanması kuralının bir sonucu olarak, yabancı hukuk ve karşılaştırmalı hukuka ilişkin bilgilerini, uluslararası özel hukuk bilgileri ile birleştirme fırsatını yakalamaktadır. Sonuç olarak, Kara Avrupası sistemlerinde bu araştırmalarla ilgilenen bilirkişilerin ortaya koydukları raporların yabancı hukuk kurallarına ilişkin uygulamadan kaynaklanan talep ile şekillendiği ve dolayısıyla uygulamaya *common law* ülkelerinden gelen meslektaşlarının raporlarından daha yakın olduğu gözlemlenmektedir.

### 7) Yasama Faaliyetinde Karşılaştırmalı Hukukun Kullanıcıları

Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının bir diğer kullanıcısı ise yasa koyuculardır. Yasa reformları sıklıkla yeni bir politik düzene geçiş sonucunda (örneğin 19. yüzyılda Meiji Devrimi) veya yukarıda bahsi geçen eşçinsel birliklerle ilgili sahip olunan yaklaşımın yıllar içinde değişmesi örneğinde olduğu gibi belirli alanlarda ortaya çıkan yeni hukuk politikalarını takiben yapılmaktadır.<sup>59</sup> Bazen ise bir yasama faaliyetinin arkasında yatan sebebin, başka bir ülkede gerçekleşen yasa reformları olduğu görülmektedir. Ancak bu reformlara ilişkin olarak sahip olunan bilginin genellikle seçici olduğu ve reformların ardından meydana gelen çeşitli ardıl sorunları göz ardı ettiği de bir gerçektir. Kaldı ki, bu ayrıntıların göz önünde tutulması yasama faaliyetine yönelik politik sürecin doğasına da uygun değildir. Zira yasama sürecinde reformları basite indirme ve sadece çok önemli noktaları dikkate alma eğilimi vardır. Örneğin, zorunlu hayat sigortası veya müflis kimsenin borcundan kurtarılması, yaşa dayalı herhangi bir ayrımcılığa karşı yasaklamalar gibi düzenlemeler kamu tarafından “iyi bir şey” olarak algılanmakta ve yasa koyucuyu yabancı ülkelerde yürürlükte olan bu kuralları kabule itmektedir. Ancak yasa koyucular, yabancı ülkelerdeki bu düzenlemelerin teknik ayrıntıları, söz gelimi ilgili ülkede yer alan ilgili diğer düzenlemeler konusunda pek bilgi sahibi değildirler. Bu yüzden, tecrübe edilmiş bir yasa reformunun ortaya çıktığı ortam ve bu reformun muhtemel etkilerinin değerlendirilmesi için ciddi bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasına duyulan ihtiyaç büyüktür. Kuşkusuz bu ihtiyacın büyüklüğü, ilgili anayasal sistemde yasama sürecinin nasıl yürütüldüğüne göre de değişecektir.

#### i. Yabancı uzmanlara duyulan güven

Hukuki fikirleri ithal etme eğilimi olan bir ülkede yasa koyucuların yabancı uzman görüşlerinden yararlanma potansiyeli çok yüksektir. Bu ülkelerin yasa koyucuları, uzmanlardan bir kanun tasarımlarını talep edebilmektedir. Örneğin, bundan yüz yıl önce, Japon Medeni Kanunu'nun hazırlanması için Fransız ve Alman hukukçular Japonya'ya davet edilmiştir.<sup>60</sup> Aynı yönde, 1960lı

<sup>59</sup> Bkz. yukarıda dn. 6-8.

<sup>60</sup> Fransız hukukçu Gustave Emile Boissonade de Fontarabie ve Alman hukukçu Friedrich Herrmann Roesler'in çalışmalarıyla ilgili olarak bkz. Baum, s. 1011.

yıllarda yürürlüğe giren Etiyopya kanunlarının da, Etiyopya imparatoru ve hükümeti tarafından davet edilen Fransız hukukçuların tavsiyeleri yönünde şekillendiği görülmüştür.<sup>61</sup> Daha yakın bir geçmişte, bu gibi taleplerin muhatabı olan ülkelerde, bu talepler karşısında gerekli organizasyonel ve finansal desteği sağlamak üzere özel birimlerin kurulduğu gözlemlenmiştir. Bu durum özellikle 1990lı yıllarda Sovyetler Birliği'nin dağılması üzerine ortaya çıkan yeni Devletlerin hukuk üstünlüğü, özgürlük ve liberal piyasaların desteklenmesi gibi temel ilkelerin kendi sistemlerine uyarlanması talepleri üzerine ortaya çıkmıştır.<sup>62</sup>

Uzmanlardan alınan desteğe ilişkin fenomenin ortaya çıkışı ile birlikte bu desteği tanımlamak için kullanılan terminoloji de “hukuk ithali” ve “hukuk ihracı” olarak değişmiştir.<sup>63</sup> Hatta bu durum, “ihracatçı” ülkeler arasında bir nevi rekabet ortamının oluşmasına neden olmuştur.<sup>64</sup> Bu alanda çalışan uzmanlar, genellikle kendi ülkelerinin hukukuna odaklanmaktadır. Bu şekilde bilginin paylaşılması daha az masraflı olmaktadır. Ayrıca uzmanın kendi ülkesinin hukukuna odaklanması, uzmanın geldiği ihrac eden ülkenin de lehine olmaktadır. Bu yüzden, “hukuk ihracının” her zaman ithal eden ülkenin özelliklerini, örneğin tüketici hukuku açısından bu ülkedeki “tüketici” bakış açısını dikkate alan bir faaliyet olmadığı görülmektedir.<sup>65</sup> İthal eden bir ülkenin adalet bakanı tarafından da ifade edildiği üzere, ithal eden ülkelerin özelliklerini göz önünde tutan ve bu yönde yerli uzmanlarla da iş birliği yapan uzmanların, hiçbir ülkenin özelliklerini dikkate almaksızın çantalarında matbu bir kanun metni taşıyan uzmanlardan her zaman daha başarılı olduğu gözlemlenmektedir.<sup>66</sup> Sonuç olarak, ithal eden ülkelerin aslında ihrac eden ülkelerin hırslarını yansıtan tam bir “hukuk ithalinden” ziyade, kendi hukuk kültürleri ile bu hukuklar arasında bir köprü kurabilecek karşılaştırmalı hukuk araştırmalarını talep ettikleri görülmektedir.

#### ii. Karşılaştırmalı raporlar

Yasama faaliyeti için ihtiyaç duyulan bir diğer bilgi kaynağı ise karşılaştırmalı raporlardır. Örneğin, Almanya’da büyük yasa tasarıları genellikle meclis tarafından değil, hükümetin görevlendirdiği özel kurumlar veya uzman toplulukları tarafından hazırlanmaktadır. Bu yüzden önemli yasa tasarıları söz konusu olduğunda, karşılaştırmalı hukuk akademisyenlerinden ve enstitülerin-

<sup>61</sup> René David, *Le Code civil éthiopien de 1960*, *RabelsZ* 26, 1961, s. 668-681. Yazar, Etiyopya medeni kanununun hazırlık çalışmalarına bizzat katılmıştır.

<sup>62</sup> ABD’de, US Agency for International Development (USAID), Almanya’da Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) ve Deutsche Stiftung für Internationale rechtliche Zusammenarbeit (IRZ) ve Fransa’da Fondation pour le droit continental’ın benzer amaçlara sahip olduğu görülmektedir.

<sup>63</sup> Bkz. Ingo von Münch, *Rechtsexport und Rechtsimport*, *NJW*, 1994, s. 3145-3147. Bu tür kurumların çalışmalarını da içeren daha geniş çaplı bir araştırma için bkz. Gerhard Rehm, *Rechtstransplantation als Instrument der Rechtsreform und transformation*, *RabelsZ* 72, 2008, s. 1-42.

<sup>64</sup> Lado Chanturia, *Recht und Transformation Rechtliche Zusammenarbeit aus der Sicht eines rezipierenden Landes*, *RabelsZ* 72, 2008, s. 114, s. 119. Yazar, 1990lı yıllarda Gürcistan Cumhuriyeti’nde Adalet Bakanı olarak görev yapmıştır.

<sup>65</sup> Bkz. Rolf Knieper, *Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht - Juristische Zusammenarbeit aus der Sicht eines Beraters*, *RabelsZ* 72, 2008, s. 98. Yazar, Rus yazar A.L.Makowsky’nin eleştirisine yollama yaparak, “uzmanların entelektüel bir diyaloga girme konusundaki yetenekleri ve istekleri”nden bahsetmektedir.

<sup>66</sup> Chanturia, s. 119.

den karşılaştırmalı bir çalışma yürütmeleri ve bunun sonucunda bir rapor hazırlamalarının istendiği sıklıkla görülmektedir. Genellikle bu talepte bulunan birim, bu akademisyenlere veya enstitülere, ilgili yabancı hukukta belirli soruların nasıl çözümlendiğine yönelik sorular yöneltilmektedir.<sup>67</sup> Bunun yanı sıra, Alman yasa koyucunun çözmeyi hedeflediği benzer sorunların yaşandığı düşünülen ve genellikle Almanya ile benzer bir toplumsal ve ekonomik gelişmişlik seviyesine sahip olan ilgi kaynağı belirli hukuk sistemleri de bu talepte belirtilmektedir. Bu soruların yer aldığı anketlerin, genellikle yabancı ülkelerdeki hukuk kurallarının uygulamasına ilişkin olduğu söylenebilir. Her ne kadar bu anketlerde sosyal veya ekonomik çevrenin etkisi gibi gayri hukuki etmenler açıkça dışlanmasa da, yabancı hukukta yer alan kuralların normatif değerlerinin, aslında bu kuralların uygulamasında farklılıklar söz konusu olsa bile, başlı başına önemli olduğu ve dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.

Almanya Adalet Bakanlığı'nın talebi üzerine Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü tarafından yürütülen çalışmaların ilgi alanları çeşitlidir. Bunlar arasında çocukların hukuki durumu,<sup>68</sup> sözleşme ve satım hukuku,<sup>69</sup> eşcinsellerin birliktelikleri rejimi,<sup>70</sup> sermaye piyasaları hukuku (özellikle menkul kıymetler borsaları),<sup>71</sup> kolektif eylemler,<sup>72</sup> sigorta hukuku<sup>73</sup> ve arabuluculuk<sup>74</sup> gibi alanlar yer almaktadır. Bu çalışmalar genellikle birçok geniş kapsamlı ulusal rapor ve bir genel rapordan oluşmaktadır. Bu genel rapor, ulusal raporlardaki önemli noktaları özetlemekte, bu ülkelerdeki ortak gelişmeleri değerlendirmekte ve varsa aralarındaki farklı durumlara değinmektedir. Bunun yanı sıra raporların kapsamadığı ülkelerde ve yeknesak hukuk enstrümanlarında gözlemlenen gelişmeler de bu raporlarda ortaya konmaktadır. Hatta bazı raporlarda, ilgili birim tarafından talep edilmemiş olsa bile, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından bir sonuç çıkarma çabası da gözlemlenebilmektedir.

<sup>67</sup> Örneğin, Federal Adalet Bakanlığı tarafından 2002 yılında gerçekleşen borçlar hukuku reformundan önce hazırlanan detaylı araştırma hakkında bkz. Jürgen Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, Rechtsvergleichendes Gutachten des Max Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Köln, 1988, s. 88-90.

<sup>68</sup> Peter Dopffel (ed.), Kindschaftsrecht im Wandel, Tübingen, 1994.

<sup>69</sup> Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Zur neueren Entwicklung des Vertragsrechts in Europa: Bundesminister der Justiz (ed.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, C. I (1981), 1-76; ayrıca satım hukukunda ilgili rapor için bkz. dn. 67.

<sup>70</sup> Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Hein Kötz/Peter Dopffel (ed.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, Tübingen, 2000.

<sup>71</sup> Klaus Hopt/Bernd Rudolph/Harald Baum (ed.), Börsenreform, Stuttgart, 1997.

<sup>72</sup> Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Hein Kötz/Dietmar Baetge (ed.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, Tübingen, 1999.

<sup>73</sup> Jürgen Basedow/Till Fock (ed.), Europäisches Versicherungsvertragsrecht, C. 1- 3, Tübingen, 2002- 03; ayrıca genetik analiz ve özel sigorta hakkında bkz. Genomanalyse und Privatversicherung - Stellungnahme des Max Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, RabelsZ 16,2002, s. 116-139.

<sup>74</sup> Klaus Hopt/Felix Steffek (ed.), Mediation - Rechtsstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, Tübingen, 2008; aynı eserin İngilizce versiyonu yine aynı yazarlar tarafından şu başlıkla yayınlanmıştır: Mediation - Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford, 2013.



Bu tür karşılaştırmalı çalışmaların yürütülmesi önemli bir zaman gerektiren ve en azından birkaç aylık bir süre alan faaliyetlerdir. Buna karşılık, her yasama sürecinde bu kadar geniş bir vakte sahip olunmamaktadır. Derhal bir kanunun yürürlüğe girmesi yönünde bir politik baskının söz konusu olması, yasama inisiyatifinin daha ziyade kısa vadeli sonuçlar bekleyen meclis üyelerinin elinde olması veya anayasaya dayalı sebeplerden ötürü yasa tasarılarının kısa bir süre içinde sunulma zorunluluğunun bulunması gibi sebeplerden dolayı ilgili kişilerin politik konumlarını belirlemek için karşılaştırmalı raporların ellerine ulaşmasını beklemeleri düşünülemez. Yukarıda Almanya'da karşılaştırmalı raporların yasama sürecine etkisi hakkında verilen örnekler değerlendirilirken, Almanya'da geniş kapsamlı yasaların genellikle uzun vadeli bir geri dönüş planıyla hükümet organları tarafından, siyasetçiler tarafından bir talep ileri sürülmemiş olsa dahi, karşılaştırmalı çalışmaları dikkate alarak hazırlandığı gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin Almanya Adalet Bakanlığı, iktidardaki hükümetin eşcinsel birliktelikler hususu ile ilgilenmeyi reddettiği zaman bile, bu husus hakkında karşılaştırmalı hukuk araştırmasının yürütülmesini talep etmiştir. Zira o zaman dahi toplumu ve siyasi tartışmaları iyi gözlemleyebilen bir kimsenin bu hususun er ya da geç bir yasama faaliyeti ile çözümlenmesi ihtiyacının doğacağını öngörmesi mümkün olmuştur.

### iii. Uzman komitelerinde karşılaştırmalı hukuk

Karşılaştırmalı hukukun yasama faaliyetlerinde dikkate alınmasının arkasında yatan bir diğer sebep ise uzman komitelerinden yararlanmanın işlevselliğidir. Önemli yasama faaliyetlerinde rol oynayan uzman komiteleri sürekli mahiyette olabileceği gibi, belirli bir süre için öngörülmüş *ad hoc* nitelikte de olabilir. Sürekli uzman komiteleri arasında Birleşik Krallık'ta genel yetkiyle donatılmış Hukuk Komisyonu,<sup>75</sup> Almanya'da rekabet hukuku hususlarında yetkili Tekel Komisyonu<sup>76</sup> veya uluslararası özel hukuk alanında Almanya Uluslararası Özel Hukuk Komisyonu,<sup>77</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde ise özel olarak yasama faaliyetinde görev alma amacına sahip olmayan bağımsız bir kurum olmakla birlikte yasa reformlarında benzer bir rol oynayan Amerika Hukuk Enstitüsü yer almaktadır. *Ad hoc* komitelerle ise daha sık karşılaşılmaktadır. Bu komitelerin, birçok ülkede yasama organının belirli bir tasarının hazırlanması hususunda tavsiyeye ihtiyacı olduğu durumlarda oluşturulduğu görülmektedir. *Ad hoc* komitelere örnek olarak ise yukarıda bahsi geçen Almanya Deregülasyon Komitesi,<sup>78</sup> 2009 yılında atanmış olan Japonya Medeni

<sup>75</sup> İnternet sitesi için bkz. <http://lawcommission.justice.gov.uk>. Hukuk Komisyonu ile ilgili olarak bkz. Peter North, Problems of Codification in a Common Law System, *RabelsZ* 46, 1982, s. 490-508.

<sup>76</sup> İnternet sitesi için bkz. <http://www.monopolkommission.de>; içeriğin bir kısmı İngilizce'dir.

<sup>77</sup> Almanya Adalet Bakanlığının sürekli bir danışma kurulu: Deutscher Rat für Internationales Privatrecht.

<sup>78</sup> Bkz. yukarıda n. 4.

Kanunu (ve Borçlar Kanunu) Hazırlık Komitesi<sup>79</sup> ve Fransa'da 2006'dan bu yana borçlar hukuku reformu için atanmış bulunan komiteler<sup>80</sup> verilebilir.

Bu tür uzman komiteleri siyasi baskılara daha az maruz kalmakta ve zaman zaman uygulamaları, menfaat grupları ve akademisyenler ile birlikte çalışmaktadır. Aynı zamanda araştırma konusu alanda yabancı ülkelerdeki gelişmeleri ortaya koymaları kendilerinden beklendiği için, bu uzman komitelerinin de karşılaştırmalı hukuk araştırmasının bir kullanıcısı olduğu söylenebilmektedir. Uzman komitelerin karşılaştırmalı hukuk araştırmasına yönelik talepleri birkaç şekilde yerine getirilebilmektedir. Örneğin, eğer bütçeleri el veriyorsa, komite üyeleri haricindeki akademisyenlerin karşılaştırmalı rapor sunması sağlanabilmektedir. Almanya Deregülasyon Komisyonu özellikle sigorta<sup>81</sup> ve iş piyasasına<sup>82</sup> yönelik çalışmalarını, bu şekilde karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlanarak yürütmüştür. Bunun yanı sıra karşılaştırmalı hukukçuların danışma kurulu üyesi olarak atanmalarıyla da sıkça karşılaşmaktadır. Sözleşme hukuku alanında Almanya Adalet Bakanlığı'na yardımcı olan danışma kurulunun sürekli üyelerinden *Hein Kötz* ve *Peter Schlechtriem*'in de karşılaştırmalı hukukçular olduğu belirtilmelidir.<sup>83</sup> Benzer yönde, Amerika Hukuk Enstitüsü'nün de proje gruplarına, özellikle uluslararası meseleler ile ilgilenen yabancı uzmanları Müşavir, Danışman veya Raportör olarak atadığı görülmüştür.<sup>84</sup> Uzman komitelerinde karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlanmayı sağlayan bir diğer yol ise hem yerli hem de yabancı uzmanların görüşlerinin dinlendiği oturumların düzenlenmesidir. Örneğin Birleşik Krallık'ta Hukuk Komisyonu, çalışmalarını Komisyon'un talebi üzerine akademisyenler tarafından sunulan araştırmalara dayandırmaktadır.<sup>85</sup> Aynı şekilde,

<sup>79</sup> Bkz. Takashi Uchida, Contract Law Reform in Japan and the Unidroit Principles, *Uniform Law Review*, 2011, s. 705- 717; Komisyon'un çalışmaları Japonya Adalet Bakanlığı'nın internet sitesinde İngilizce olarak yayınlanmıştır: [http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR\\_00001.html](http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_00001.html).

<sup>80</sup> Bkz. Guillaume Meunier, The Reform of the French Law of Obligations –Methods and Prospects: Walter Doralt/Olivier Deshayes (ed.), *Reforming the Law of Obligations and Company Law – Studies in French and German Law*, Paris, 2013, s. 17-18.

<sup>81</sup> Ulrich Hübner, *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wettbewerbs in der Versicherungswirtschaft, Eine vergleichende Untersuchung zu den Rechtsordnungen Grossbritannien, Frankreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Baden-Baden, 1988.

<sup>82</sup> Herbert Kronke, *Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt - Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich*, Baden-Baden, 1990.

<sup>83</sup> Bundesminister der Justiz (ed.), *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Köln, 1992, s. 14-15.

<sup>84</sup> Örneğin, İsviçreli profesör François Dessemontet fikri mülkiyet projesinde raportör olarak görev almıştır. Bkz. American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes*, St. Paul, Minn. 2008. Tüketici hukukuna ilişkin güncel bir projede ise danışman listesinde Alman profesör Hans Schulte- Nölke ve Kanadalı profesör Jacob Ziegel yer almaktadır. İnternet sitesi için bkz. <http://www.ali.org/projects/Restatement Third, The Law of Consumer Contracts>.

<sup>85</sup> Hukuk Komisyonu'nun karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlanmak gibi bir yasal zorunluluğu bulunmasa da, sürekli bir şekilde bu uygulamayı yürüttüğü gözlemlenmektedir. Örneğin bkz. Consumer Insurance Law (Pre-Contract Disclosure and Misrepresentation), Working Paper no.319, 2009, paragraf: 3.53 –3.56; Marital Property Agreements, Consultation Paper no.198, 2011, para.1.50; <http://lawcommission.justice.gov.uk>.

Almanya'da 1994'te iflas hukuku alanında yapılan kapsamlı reform çalışmasında da bu oturumlardan elde edilen bilgilerden yararlanılmış olduğu da görülmektedir.<sup>86</sup>

Uzman komiteler tarafından ortaya konulan karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının, yabancı hukuk kurallarına, bu kuralların ilgili hukuk sisteminde uygulandığı şekliyle odaklandığı görülmektedir. Bu araştırmalar ilgili kuralın uygulandığı hukuki arka plana ilişkin olmakla birlikte, sosyal veya ekonomik etmenleri genellikle dikkate almamaktadır. Bu makalenin yazarının bahsi geçen komitelerde edindiği tecrübelerle göre, bu komitelerdeki tartışmaların yabancı bir hukukun kabul edilebilirliği üzerine değil, ilgili menfaat sahipleri üzerine odaklandığının söylenmesi mümkündür. Örneğin, haksız fiilden zarar gören kişinin haksız fiil failinin sigortacısına karşı ileri sürdüğü doğrudan talebe ilişkin kurallar konusunda Avrupa ülkelerinde farklı düzenlemeler söz konusudur. Bu husus, Almanya Adalet Bakanlığı tarafından atanan uzman komitesinde sigorta hukuku bağlamında tartışıldığında, komite üyelerinden biri olan yazar, karşılaştırmalı hukuktaki duruma ilişkin bilgileri sunmuştur. Buna karşılık, oldukça yoğun geçen tartışmalar daha ziyade yargı mensuplarının, sigortacıların ve zarar görenlerin menfaatlerine odaklanmıştır. Bu komitelerde yer alan yetkililerden hiçbiri Fransız ve Norveç hukukunda bu tür doğrudan taleplerin ileri sürülmesine yönelik düzgün işleyen uygulamanın bu ulusların kendine özgü niteliklerinden kaynaklandığını, bu yüzden bu kuralları Almanya'da kabul edilmesinin güç olduğunu ifade etme cesaretini göstermemiştir.<sup>87</sup>

#### iv. Yerinde yapılan inceleme

Son olarak, yasa koyucuların bazen yabancı hukuk hakkında bilgi toplamak ve hukukun bu ülkelerde nasıl işlediğini gözlemlemek amacıyla bu ülkelere bizzat gittiği görülmektedir. Örneğin, 1950 yılında Almanya hükümeti, anti tröst (*antitrust*) kurallarının nasıl uygulandığını gözlemlemesi ve değerlendirmesi için Amerika Birleşik Devletleri'ne bir "çalışma grubu" göndermiştir. 1929/1930 yıllarında gerçekleşen Büyük Buhran'ın ardından, Almanya ve bazı diğer Avrupa ülkeleri, şirket birleşmelerini ve hatta kartelleşmeyi destekleyen bir politika yürütmüştür. Rekabeti tetikleyen yasalara kuşkuyla yaklaşmış ve bu yasaların İkinci Dünya Savaşı'nda Almanya'nın karşısında yer alan güçlerin Alman ekonomisini zayıflatmak için ileri sürdüğü bir tuzak olduğu düşünülmüştür. Bunun yanı sıra bu yasaların tipik Amerikan düzenlemeleri olduğu, bu yüzden Almanya'da benimsenemeyeceği de ifade edilmiştir. Amerika'ya giden çalışma grubunun raporu,<sup>88</sup> 1957 yılında Almanya'da kabul edilen Rekabetin Kısıtlanmasına Karşı Kanun'un temelini oluşturmuştur.<sup>89</sup> Ayrıca yakın zaman-

<sup>86</sup> Bundesministerium der Justiz (ed.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln, 1985, s. 8, 10-14.

<sup>87</sup> Komisyon'un sigortacıya yönelik doğrudan talebine ilişkin önerisinin arka planı Komisyon'un nihai raporunda görülebilir, bkz. Egon Lorenz (ed.), Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004, Karlsruhe, 2004, s. 82-83.

<sup>88</sup> Vorläufiger Bericht der deutschen Kommission zum Studium von Kartell und Monopolfällen in den Vereinigten Staaten, Bundesanzeiger no. 250, 29 Aralık 1950, Beilage. Bu çalışma grubunun sekiz üyesi arasında, rekabet hukuku alanında görevli iki kamu görevlisinin (sırayla Mali İşler Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı temsilcileri) yanı sıra iki akademisyen ve dört menfaat grubu temsilcisi yer almaktaydı.

<sup>89</sup> Bu kanunun tarihi arka planı için bkz. Jürgen Basedow, Kartellrecht im Land der Kartelle, Wirtschaft und Wettbewerb, 2008, s. 270-273. Ayrıca bkz. Ulrich Drob-

da, Çin Halk Cumhuriyeti'nden çalışma gruplarının, sözleşme hukuku, tekellige karşı düzenlemeler ve uluslararası özel hukuka ilişkin gelişmeler hakkında bilgi toplamak amacıyla Batı Avrupa ülkelerine ziyaretlerde bulunduğu görülmektedir. Örneğin 2006 yılında Çin Halk Cumhuriyeti Ulusal Kongresi'nin Daimi Komitesi'nden gelen bir delegasyon Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü'ne bir ziyaret düzenlemiş ve Enstitü'de uluslararası özel hukuk uygulamasına ilişkin olarak akademisyenler ve avukatların da katkılarda bulunduğu bir sempozyum düzenlenmiştir.<sup>90</sup>

Yerinde yapılan bu tür incelemeler, yabancı hukuk kurallarını ve bu kuralların nasıl uygulandığını bilmenin ötesinde bir yarar sağlamaktadır. Bu incelemelerde bulunan ülkelerin genellikle ilgili hukuk alanında esaslı bir tecrübeden yoksun olduğu görülmektedir. Bu yüzden, her ne kadar hukuk kurallarının esasının belirlenmesi ve bu çerçevede bu kuralların nasıl uygulandığının tespit edilmesine yönelik önemli bir menfaat söz konusu olsa da, yetkililerin aynı zamanda daha geniş bir bakış açısıyla ve bütünsel bir yaklaşımla, söz konusu yasanın ya da hukuk kuralının ilgili yabancı toplum ve ekonomik düzen açısından ne anlama sahip olduğunu kavrama gayretleri de mevcuttur. Almanya'nın tekellilik karşıtı kurallara ilişkin çalışma grubunun ABD'ye yaptığı ziyaret sonunda verilen raporda görüldüğü üzere, bu grubun ilgi alanları arasında bu kuralların Amerikan ekonomisiyle ilişkisi de yer almaktadır. Bu rapordan, çalışmanın kapsamının tekellilik karşıtı hükümler ile hükümet tarafından hedeflenen ekonomik projeler ve süreçlerin birbiriyle olan uyumu, bu hükümlerin idari otoriteler ve mahkemeler tarafından uygulanması, bu hükümlerden muafiyet hâlleri ve diğer özel durumlara kadar uzandığı görülmektedir.<sup>91</sup> Dolayısıyla, bu bağlamda ileri sürülen karşılaştırmalı hukuk taleplerinin, bazı makro-karşılaştırmacı hukukçular tarafından savunulan bütünsel yaklaşım ile uyumlu olduğu söylenebilir.<sup>92</sup>

### **8) Hukuku Yeknesaklaştırmaya Yönelik Kurumlarda Karşılaştırmalı Hukukun Kullanıcıları**

i. Yeknesak hukukun yaratılmasına yönelik kurumsallaşma hareketi

19. yüzyılın sonlarından itibaren özellikle medeni hukuk ve ticaret hukuku alanlarındaki modern gelişmelerin ayrılmaz bir yönü olarak hukukun yeknesaklaştırılması faaliyeti ortaya çıkmıştır. Fikri mülkiyet, taşıma hukuku, deniz ticareti ve hava ticareti hukuku, uluslararası özel hukuk, satım hukuku, uluslararası ödemeler ve kıymetli evrak hukuku, ticari tahkim gibi alanlardaki hukuki düzenlemelerin süregelmekte olan ve geniş etkiye sahip yeknesaklaştırma hareketlerini dikkate almaksızın etraflıca ele alınması mümkün değildir. Söz konusu yeknesak hukuk kurallarının küresel veya bölgesel nitelikte olması mümkündür. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, farklı alanlarda hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla birçok uluslararası kurum kurul-

---

nig/Peter Dopffel, Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber, RabelsZ 46, 1982, s. 271 vd.

<sup>90</sup> Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, Tätigkeitsbericht 2006, 2007, s. 83-84.

<sup>91</sup> Bkz. dn. 89.

<sup>92</sup> Bkz. yukarıda 3. bölüm.

muştur.<sup>93</sup> Bu organizasyonların başında Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması Uluslararası Enstitüsü (Unidroit), Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı, Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO), Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu (UNESCO) ve Dünya Ticaret Örgütü (WTO) gelmektedir. Bölgesel nitelikteki benzer organizasyonların arasında ise Amerikan Devletleri Örgütü (OAS), Latin Amerika'da MERCOSUR, Afrika'da Ticaret Hukukunun Uyumlaştırılması Örgütü (OHADA) ve en önemlisi, uluslar üstü birtakım yetkilerle donatılmış Avrupa Birliği yer almaktadır. Yukarıda sayılanlar ve diğer örgütler, hukukun uyumlaştırılmasına yönelik yüzlerce, hatta binlerce çalışmanın ortaya konulmasında önemli bir rol oynamıştır. Bununla birlikte, uluslararası sözleşmeler, model kanunlar, hukuki rehberler ve Avrupa Birliği'nde tüzük ve yönergeler hukukun yeknesaklaştırılmasına elverişli hukuk kaynakları olarak karşımıza çıkmaktadır.

#### ii. Hukukun yeknesaklaştırılmasında karşılaştırmalı hukukun yeri

Hukukun yeknesaklaştırılması amacına sahip tüm bu çalışmaların ortak noktası karşılaştırmalı hukuk araştırmasına duyulan sürekli ihtiyaçtır. Zira yeknesak bir metnin ortaya konulması ve bu metnin sanki doğal hukukmuş gibi kabul edilmesi yeterli değildir. Bu metnin temelinde yatan ve yeknesaklaştırma sürecine katılanlar ile metni hazırlayanları etkileyen ulusal hukuk kurallarının tespit edilmesi de gerekmektedir. 1970li yıllarda René David, hukukun yeknesaklaştırılması çalışmasının ilk aşamasının karşılaştırmalı hukuk araştırması olduğunu ifade etmiştir. David, uluslararası satım hukuku dışında<sup>94</sup> kalan alanlarda hukukun yeknesaklaştırılmasına yönelik çalışmaların “ciddi bir hazırlık faaliyetinden yoksun” olduğunu ileri sürmüştü ve bu durumu “19. yüzyılda hâkim olan, yasamanın her şeye kâdir olduğuna dair inanışa” ve “doğru tekniğin kullanılmasının ve geleneklerin öneminin göz ardı edilmesine” benzetmiştir.<sup>95</sup>

Her ne kadar hukuki projelerin çoğunluğunda yeterli bir karşılaştırmalı hukuk araştırması hazırlığına rastlanmasa da, bu projelerin birçoğunun esasen farklı hukuk sistemlerinden gelen uzmanlardan oluşan komisyonlarca yürütüldüğü görülmektedir. Bu komisyonlarda yürütülen çalışma ise hukukun yeknesaklaştırılması çalışmasının ikinci aşamasını oluşturmaktadır. Söz konusu komisyonların amacı, karşılaştırmalı hukuka ilişkin bilgilerin paylaşılması ve projeye dahil olan büyük hukuk sistemlerinde kabul edilebilir birtakım çözümlerin üretilmesidir.<sup>96</sup> Buna karşılık, bu tür uzman topluluklarında üretilen

<sup>93</sup> Bu konuda kapsamlı, fakat kısmen güncel olmayan bir araştırma için bkz. René David, The International Unification of Private Law, in: International Encyclopedia of Comparative Law (IECL), C. II, Bölüm 5, Tübingen/Paris/New York, 1971, s. 327 vd. kısımlar.

<sup>94</sup> Viyana'da 11 Nisan 1980'de imzalanan Uluslararası Satım Sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda (CISG), Kaiser-Wilhelm Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (şu anda Max Planck Enstitüsü) tarafından yürütülmüş olan karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlandığı görülmektedir. United Nations Treaty Series C. 1489, s. 3. Bkz. Ernst Rabel, Das Recht der Warenkaufs.

<sup>95</sup> David, IECL C. II, Bölüm 5, kısım 220. Benzer yönde bkz. Jan Kropholler, Internationales Einheitsrecht, Tübingen, 1975, s. 30.

<sup>96</sup> David, IECL C. II, Bölüm 5, kısım 222 ve 225: “Tasarımın ilgili alanına ilişkin özgün bir karaktere sahip olan her sistemin mümkün olan en üst seviyede çalışmaya dahil edilmesi gerekmektedir.”

karşılaştırmalı hukuk bilgisinin, öncesinde yürütülen karşılaştırmalı hukuk çalışmalarını temel almadığı müddetçe anlaşılması zor ve güvenilir olmaktan uzak olduğu tecrübe edilmiştir. Ancak bu tür araştırmalar, ortak bir metnin kabul edilmesinde, yani hukukun yeknesaklaştırılması çalışmasının üçüncü aşamasında bir değer kazanabilir. Zira bu aşama genellikle siyasi kaygılar çerçevesinde yürütülmektedir. Bu aşamada ortaya konulan çalışma, söz gelimi bir diplomatik konferansın tüm katılımcılarının bu metnin kabulü esnasında kendi hukuk sistemlerinin geleneklerine ve tekniklerine sadık kalmayı arzu etmeleri durumunda, önceden geliştirilmiş bu karşılaştırmalı hukuk temelli itirazların önüne geçilmesine ve söz konusu katılımcıların önerilen çözümün yerindeliği hakkında ikna olmasına yarayabilir. Bu kaygı özellikle hukukun yeknesaklaştırılması çalışmasının dördüncü aşamasında, yani uluslararası sözleşmeler söz konusu olduğunda bu sözleşmelerin imzacı devletler tarafından onaylanması aşamasında öne çıkacaktır.

### iii. Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının türleri

Hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla yürütülen karşılaştırmalı hukuk araştırmaları genellikle hukukun belirli bir alanına ya da belirli bir hukuki soruna ilişkin olmaktadır. Bu araştırmalar çoğunlukla ilgili ülkelerdeki hukuk kurallarına ve bu kuralların mahkemeler tarafından uygulanmasına odaklanmakla birlikte, bazı araştırmaların ilgili ülkedeki ticari teamülü de dikkate aldığı görülmektedir. Örneğin, yukarıda bahsi geçen satım hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmasında yürütülen karşılaştırmalı hukuk araştırması sırasında, standart sözleşme hükümleriyle ortaya koyulan yabancı ticari teamüllerin de göz önünde tutulduğu görülmüştür.<sup>97</sup> Bu örnekler, Avrupa Birliği'nde Avrupa Ortak Satım Hukuku<sup>98</sup> veya Avrupa Sigorta Hukuku Rejimi<sup>99</sup> çalışmalarıyla çoğaltılabilir. Bu çalışmalarda yıllar boyunca sözleşme hukuku,<sup>100</sup> satım hukuku<sup>101</sup> ve sigorta hukuku<sup>102</sup> alanında karşılaştırmalı hukuk araştırmaları yürütülmüştür. Bu araştırmalar, hukukun uyumlaştırılması için bir ön şarttır.

Yasama hırsına daha az maruz kalmış bir diğer örnek ise rekabet hukuku alanında karşımıza çıkmaktadır. 1990 yılında sosyalist sistemlerin çöküşü

<sup>97</sup> Bkz. Rabel tarafından yapılan araştırma (dn. 94).

<sup>98</sup> Bkz. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final of 11 October 2011; bu tasarı Üye Devlet'lerden gelen akademisyenlerden oluşan bir uzman grubu tarafından hazırlanmıştır.

<sup>99</sup> 2013 yılında Avrupa Birliği Komisyonu, 'ortak sigorta pazarının' oluşturulması amacıyla farklı ülkelerdeki sigorta hukuku düzenlemelerinin incelenmesi için Üye Devlet'lerden gelen akademisyenlerden ve daha ziyade uygulamacılardan oluşan bir uzman grubu oluşturulmasına karar verdi. Bkz. Commission Decision of 17 January 2013, OJ 2013 C 16/6. Bu makalenin yazarı da 2014 yılının Ocak ayında nihai raporunu sunan uzman grubunun bir üyesidir. Söz konusu rapor ve ulusal hukuklara ilişkin karşılaştırmalı tablolar Avrupa Birliği Komisyonu'nun internet sitesinde yayımlanacaktır.

<sup>100</sup> Bu öncü inisiyatifin kökenleri 1980 yılında oluşturulan Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu'na dayanmaktadır. Bkz. Ole Lando/Hugh Beale (ed.), PECL; Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann (ed.), PECL.

<sup>101</sup> Christian von Bar/Eric Clive (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR), C. 1-6, Münih, 2009; satım hukuku ile ilgili bkz. C. 2, s. 1207- 1426.

<sup>102</sup> Bkz. Basedow/Fock (ed.); Jürgen Basedow/John Birds/Malcolm Clarke/Herman Co-uy/Helmut Heiss (ed.), Principles of European Insurance Contract Law, Münih, 2009.

ile birlikte, dünya genelinde onlarca devlet başarılı bir pazar ekonomisinin korunabilmesi amacıyla rekabetin korunmasına yönelik kanunlar çıkarmıştır. Her ne kadar bu alanda bir uluslararası uyumlaştırma çabası başarısız sonuçlanmış olsa da,<sup>103</sup> ulusal rekabet otoriteleri birleşerek günümüzde yüzden fazla üyesi olan Uluslararası Rekabet Ağı'nı (International Competition Network – INC) oluşturmuştur. INC'nin her yıl düzenlenen toplantılarında, rekabet hukukuna ilişkin sorunlar ve bu alanda bir uyumlaştırma faaliyetine ve/veya idari otoriteler arasında daha iyi iş birliğinin kurulmasına ilişkin görüşler tartışılmaktadır. ICN tarafından kurulan çalışma grupları, gündelik olarak karşılaştırmalı hukuk araştırmaları yürütmektedir. Bu çalışmalar sayesinde rekabet hukukunun uyumlaştırılması faaliyeti, en azından gelişmiş ülkelerde *füilen* ile-riye gitmektedir.

iv. Süregelen yeknesaklaştırma faaliyeti ve ortak metinlerin gözden geçi-rilmesi

Ortak bir metnin kabulünden veya hukukun uyumlaştırılmasından sonra düzenli araştırmalar yürütmek ve bu uyumlaştırmanın gerçekte hangi sevi-yede gerçekleştiğinin tespitini yapmak karşılaştırmalı hukukçuların işidir. Bu tür bir araştırma karşılaştırmalı uygulamaya yönelik bir araştırma olarak dü-şünülebilir. Karşılaştırmalı hukukçular, yasama aşamasında gerçekleşen yek-nesaklaştırma hareketinin uygulamada da daha ileriye gitmesini sağlamak zorundadır. Zira farklılık gösteren bir uygulamanın göz ardı edilmesi demek, kabul edilen bu ortak metnin ileri bir zamanda mutlaka yeniden gözden geçi-rilmesi demektir.<sup>104</sup>

Bu tür bir çalışma ilgili devletlerin yeknesaklığı yeniden tesis etme konu-sunda gerçek bir iradesinin söz konusu olmaması hâlinde bir işe yaramayacaktır. Ancak devletlerin bu yönde bir irade ortaya koyduğu, örneğin uluslararası raylı taşımacılık hukuku konusunda son yüz yıldır gözlemlenmektedir. 1890 yılında kabul edilen ilgili sözleşmenin farklı şekillerde yorumlanması sonucun-da,<sup>105</sup> metin üzerinde düzenli aralıklarla birçok kez değişikliğe gidilmiştir. Bu sözleşmenin ilk versiyonlarında, mücbir sebep söz konusu olduğunda demir yollarının, taşınan mallara bir zarar gelmesi veya bu malların kaybolmasından sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. 1920li yıllarda ise, temelini Roma Hukuku'nun *vis maior* kurumunda bulan mücbir sebep kavramının Almanya ve Fransa'da farklı yorumlandığı görülmüştür. Fransız mahkemeleri, demir yolları işletmesinin dahili olaylarını, örneğin çalışanların greve gitmesi hâlini de bir mücbir sebep olarak yorumlarken,<sup>106</sup> Alman mahkemeleri bu tür bir yoru-mu reddetmiş ve ancak harici olayların bu kapsamda değerlendirilebileceğini

<sup>103</sup> Bu çalışma da esasen akademisyenlerden oluşan bir uzman grubu tarafından yürü-tülmüş olup Avrupa Komisyonu'na sunulmuştur. Bkz. International Antitrust Code Working Group, Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO-Plurilateral Agree-ment, Antitrust Trade & Regulation Report (BNA) 64, 1993, Special Supplement no. 1628 of August 19, 1993; ilgili siyasi inisiyatif için bkz. Leon Brittan/Karel van Miert, Towards an International Framework of Competition Rules, International Business Lawyer, 1996, s. 454 –457. Her iki yazarda ilgili dönemde Avrupa Birliği Komisyoneri olarak görev yapmıştır.

<sup>104</sup> David, IECL C. II, bölüm 5, kısım 317: "Ortak metnin düzenli olarak gözden geçirilme-si, bu metnin yeknesak uygulanmasına hizmet eder."

<sup>105</sup> Internationales Übereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr of 14 October 1890, (Reichsgesetzblatt 1892), s. 793.

<sup>106</sup> Cour de cassation 24 June 1925, Dalloz hebdomadaire 1925, s. 486.

ifade etmiştir.<sup>107</sup> Bunun sonucunda, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra sözleşmede yapılan ilk değişiklikle mücbir sebep kavramı sözleşmeden 1952 yılında çıkarılmıştır. Bu kavram yerine, yeni metinde zararın veya kaybın ortaya çıkmasına veya başka sonuçlara yol açan olayların önlenemez niteliğine vurgu yapılmıştır.<sup>108</sup> Bu tarihten sonra grevlerin mücbir sebep niteliğine ilişkin bir mahkeme kararı verilmemiş olsa da, bir demir yolu şirketinin işçilerinin greve gitmesinin kendisi açısından önlenemez bir olay olduğunu kanıtlanması çok zor gözükmemektedir.

Yeknesak hukuk kuralları koymayı amaçlayan uluslararası enstrümanların genellikle mahkemeler tarafından doldurulması gereken boşluklar içerdiği görülür. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38(1)(c) maddesi<sup>109</sup> ve Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 7(2) maddesi<sup>110</sup> uyarınca bu boşluğu doldurmaya çalışmaları, ancak eğer bir genel prensip söz konusu değilse kanunlar ihtilafı kuraları uyarınca tespit edilen ulusal hukukun boşluk doldurmada dikkate alınması gerekmektedir. Söz konusu genel prensiplerin tespit edilmesi ve değerlendirilmesi ise esasen bir karşılaştırmalı hukuk araştırması anlamına gelmektedir.<sup>111</sup> Ulusal mahkemelerde görev yapan hâkimler, en azından bir dereceye kadar, kendi hukuk sistemlerinden kaynaklanan argümanlara sıkışmış olsalar da, bu sıkışmışlığın üstesinden gelmek uluslararası enstrümanların yabancı ülkelerdeki uygulamasına dikkat çekecek olan karşılaştırmalı hukukçuların görevidir.<sup>112</sup> Bu bağlamda karşılaştırmalı hukuk, saf bir ampirik bilim olma karakterini yitirmektedir. Uygulamaya ilişkin karşılaştırmalı araştırmalar, ulusal ve uluslararası mahkemeler tarafından uygulanacak olan uluslararası hukuki enstrümanların normatif değerlendirmesinin de bir parçası olmaktadır.<sup>113</sup>

<sup>107</sup> Reichsgericht 4 March 1922, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ), s. 104, 150.

<sup>108</sup> Bkz. Uluslararası Demiryolu Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Tektip Kurallar (CIM), madde 23 § 2. Sözleşmenin B Eki en son 3 Haziran 1999'da Vilnius Protokolü ile değişikliğe uğramıştır. Uluslararası Demiryolu Taşımacılığı Hükümetlerarası Örgütü'nün internet sitesi için bkz. <http://www.otif.org>: "Kayıp, hasar veya teslim süresinin aşılmasına, hak sahibinin bir hatası, taşımacının hatasından doğmayan hak sahibinin bir talimatı, eşyanın kendi bozukluğu (içten bozulma, yolda fire vb.) veya taşımacının önlemeyeceği durumlar veya çare bulamayacağı sonuçlar neden oldu ise, taşımacı, bu sorumluluktan kurtulur." İspat yükü taşıyıcıdadır, bkz. madde 25 § 1.

<sup>109</sup> Statü için bkz. <http://www.icj-cij.org/homepage>.→Basic documents.

<sup>110</sup> Bkz. yukarıda dn. 94.

<sup>111</sup> Bu husus, henüz 1927 yılında Rabel tarafından açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Rabel, Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung, s. 7, 15 ve 17.

<sup>112</sup> Bu görev, mahkemeler tarafından karşılaştırmalı hukukun kullanılmasına ilişkin ulusal raporlarda görüldüğü üzere, karşılaştırmalı hukukçular tarafından kabul edilmiştir. Bkz. Irich Drobniç/Sjef van Erp (ed.), The Use of Comparative Law by Courts. Reports to the XIVth International Congress of Comparative Law Athens 1994, Lahey, 1999; Ulrich Drobniç tarafından verilen Genel Rapor, 8 vd; ayrıca bkz. Guy Canivet/Mads Andenas/Duncan Fairgrieve (ed.), Comparative Law Before the Courts, Londra, 2004.

<sup>113</sup> Avrupa Adalet Divanı'nın genel prensiplerin tespitinde karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlanmasına ilişkin olarak bkz. Axel Metzger, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen, 2009, s. 414-418. Yazar mahkeme uygulamasına birçok atıfta bulunmuş ve Adalet Divanı'nın Avru-



### 9) Küreselleşme Çağında Yeni Kullanıcılar: “Canlı Karşılaştırma”

Bir önceki bölümde açıklandığı üzere, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının yürütülmesinde birçok farklı aktör<sup>114</sup> hukuk kurallarının ortaya konulması sürecinde bir araya gelmektedir. Bahsi geçen organizasyonlar tarafından oluşturulan küresel ağ o kadar yoğunlaşmıştır ki, bu aktörlerin hukukun yeknesaklaştırılması çalışmaları bazen birbirinin rakibi olarak bazen ise bir takım olarak iş birliği içinde çalıştıkları görülmektedir.<sup>115</sup> Bu organizasyonların etrafında yeknesaklaştırma lehine veya aleyhine sürekli bir şekilde lobi faaliyetlerini yürüten özel danışmanlık büroları bulunmaktadır. Bu organizasyonların çoğunlukla uzmanlar ve birçok farklı hukuk sistemini temsil eden ilgili menfaat sahiplerinden oluştuğu görülmektedir.<sup>116</sup> Tüm bunlar, karşılaştırmalı hukukun kurumsal boyutunu ortaya koymaktadır. Karşılaştırmalı hukuk genellikle bu organizasyonların faaliyetlerinin esasını veya en azından büyük bir bölümünü oluşturmaktadır. Uluslararası organizasyonların sayısında bir artış aynı zamanda tahkim ve mahkeme yargılaması alanında da göze çarpmaktadır: Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Ticaret Örgütü’nün uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi bu alanda çalışan organizasyonlara verilecek örneklerin birkaçıdır. Tüm bu organizasyonlar, uyuşmazlıkların evrensel yetkiye sahip uluslararası yargı mercilerinde çözülmesinin gittikçe artan önemini ve Avrupa Adalet Divanı ve AİHM gibi bölgesel mahkemelerin iş yükünü ortaya koymaktadır. Hukuk sisteminin görünmeyen yüzünde işleyen on binlerce ticari tahkim yargılamaları da dikkate alındığında, yabancı hukuka ilişkin talep edilen bilginin ne kadar önemli olduğu gözler önüne serilmektedir.

Bu anlatılanlar küreselleşmenin kurumsal yönü olarak özetlenebilir. Kamusal tartışmalarda, küreselleşmenin daha ziyade sınırları kaldıran ve dolayısıyla sınırlar ötesi faaliyetleri arttıran yönü<sup>117</sup> üzerinde durulmaktadır. Bununla birlikte, küreselleşmenin bir diğer sonucu olan ve gittikçe artan bu özgülleşme hareketine karşı uluslararası toplumun verdiği bir tepki olarak karşımıza çıkan uluslararası kurumlaşma faaliyetinin üzerinde daha az durulmaktadır. Söz konusu bu kurumların ortak noktasının faaliyetlerinin çok kültürlü olma niteliği olduğu söylenebilir. Öyle ki, bu kurumlarda birbirinden farklı hu-

---

pa’da hukukun gelişmesine ilişkin kilit noktalarda karşılaştırmalı hukuk araştırması sonucunda elde ettiği genel prensiplerden yararlandığını ileri sürmüştür.

<sup>114</sup> Bkz. Yukarıda 8(i).

<sup>115</sup> Uzun yıllar Unidroit’da çalışmış Martin Stanford’un bu konudaki görüşü için bkz. Martin Stanford, *Some Reflexions on Four Decades of Involvement in the International Unification of Private Law*, *Zeitschrift für Luft und Weltraumrecht (ZLW)* 62, 2013, s. 365.

<sup>116</sup> Bu organizasyonlara örnek olarak 19. yüzyılın sonlarında gemi sahipleri tarafından kurulan Uluslararası Deniz Hukuku Komitesi, dünya genelindeki hava yolları tarafından kurulan Uluslararası Hava Taşımacılığı Örgütü veya Avrupa’daki sigorta şirketleri tarafından oluşturulan Avrupa Sigorta (Insurance Europe, eski adıyla Comité européen des assurances) verilebilir. Avrupa Birliği’nde bu organizasyonlar için Saydamlık Sicili’ne (Transparent Register) bkz. <http://www.ec.europa.eu/transparencyregister/info/homePage.do?locale=en#en>. Teorik bir değerlendirme için bkz. Peter Bouwen, *Corporate lobbying in the European Union: The Logic of Access*, *Journal of European Public Policy* 9, 2002, s. 365–390.

<sup>117</sup> Bkz. yukarıda 2(iii).

kuk sistemlerinde gelen binlerce avukat çalışmaktadır. Bu avukatların çalışma gruplarında, ilgili birimlerde, komitelerde, odalarda vs. birlikte çalışması, farklı sistemlerde temelini bulan fikirlerin sürekli bir değiş tokuş ilişkisi içinde olması anlamına gelmektedir.

Benzer gözlemler bankalar, uluslararası hukuk büroları, özel sektörde faaliyet gösteren çok uluslu şirketler için de yapılabilir. Örneğin ABD’de, İtalya’da veya İsviçre’de faaliyet gösteren uluslararası büyük bir sigorta şirketinin İrlanda’da yer alan yavru şirketi üzerinden tüm dünyadaki müşterilerine sunmak üzere bir hayat sigortası ürününe sahip olduğunu düşünelim. Bu faaliyetin başarıya ulaşması, vergi, sözleşme hukuku, ayrımcılığın önlenmesi kuralları, kara para aklama kuralları vb. birçok hukuk sisteminin dikkatlice değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Şirketin bu amacı gerçekleştirmek için oluşturduğu çalışma grubu, farklı hukuk sistemleri hakkında bilgisi olan hukukçulardan oluşacaktır. Özetle, söz konusu ticari proje kendi içinde bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasının yürütülmesini zorunlu kılacaktır.

Bu tür özel veya kamusal kurumlar için karşılaştırmalı hukuk araştırmasının anlamı, akademisyenlerin bakış açısından çok farklıdır. Her ne kadar bu kurumlarda çalışan kişilerin de zaman zaman belirli bir hukukta belirli sorunlara ilişkin çalışmalar oluşturması veya bu çalışmaların oluşturulmasını talep etmesi söz konusu olsa da, genellikle bu tür bir iş ortamının hukuk sistemlerinin “canlı bir karşılaştırmasını” yarattığı görülmektedir. Bu canlı karşılaştırma, farklı hukuk sistemlerinde eğitim görmüş çalışanların birbiriyle olan iş bağlamında veya entelektüel bağlamda gerçekleşen sürekli iletişimi sonucunda her gün ortaya çıkmaktadır. Çalışanların bu iletişiminin arkasında yatan neden ise belirlidir: şirketin hedeflerinin gerçekleştirilmesi veya süregelen bir davanın çözüme kavuşturulması. Bu yüzde bu tür bir iletişime, belirli hukuk kurallarının ilgili ülkede uygulandığı gibi değerlendirilmesine yönelik pratik sorular hâkim olmakta ve bu iletişim sonucunda elde edilen kararın bireylerin, şirketlerin ve kamu otoritelerinin kararları üzerinde önemli bir etkisi olmaktadır. Böylece bazı epistemolojik puristlerin (*epistemological purists*) ileri sürdüğü engellerin aslında canlı karşılaştırmalı hukuk faaliyetlerinde aksinin ispatlanması söz konusu olmaktadır.

## 10) Sonuç

(1) Hukuki dogmatizm veya hukukun ekonomik analizi gibi yöntemlerin aksine, karşılaştırmalı hukuk yöntemi kapalı bir entelektüel sistemin bir özelliği olarak karşımıza çıkmaz. Karşılaştırmalı hukuk, ampirik bilimlerde olduğu gibi, yabancı hukuk sistemleri ve toplum ile ekonominin hukuk ile ilişkili yönleri hakkındaki bilginin artırılmasına yarar. Bu yönüyle karşılaştırmalı hukuk, her tür anlamlı sosyal bilim teorisine bir temel yaratır. Diğer metodların sunduğu argümanları dışlamaz veya bunların aksini ispata çalışmaz.

(2) Karşılaştırmalı hukukçularca tartışılan çeşitli yöntemlerin, özellikle de işlevsel ve epistemolojik yaklaşımın birbirini dışlar nitelikte olduğunun kabulü zorunlu değildir. Araştırmanın hangi yöntem ile yürütüleceğini, hangi yöntemin ya da yöntemlerin daha başarılı bulgular sağlayacağını belirleyen daha ziyade araştırmanın amacı olmaktadır. Belirli bir hukuk sisteminin özelliklerini anlama amacını taşıyan yabancı hukuk çalışmaları ile bir karşılaştırma saikine sahip ve belirli bir soruna odaklanmış karşılaştırmalı hukuk araştırmaları birbirine karıştırılmamalıdır.

(3) Diğer akademik disiplinler gibi, karşılaştırmalı hukuk da dış dünyanın çeşitli beklentilerine cevap verir. Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yaratılan argümanlar ve edinilen bilgiler, modern dünyanın her yerinde kullanıcılara hizmet etmektedir. Bu makale, bu beklentiler ve bu çalışmalarda izlenen yöntemlerin sonuçlara olan etkilerini incelemeye çalışmıştır.

(4) Günümüz toplumunun en belirgin özelliklerinden biri, pazarların, toplumların, kültürlerin ve politik sistemlerin birbiriyle ilişki içinde olmasıdır. Küreselleşme olarak nitelendirilen bu fenomenle birlikte hukuki fikirlerin sınırlar ötesi dolaşımı da artış göstermiştir. Bunun sonucu olarak yabancı hukuka ilişkin bilgi talep eden karşılaştırmalı hukukun geleneksel kullanıcılarının, özellikle yasama organlarının ve mahkemelerin taleplerinde de ciddi bir artış söz konusu olmuştur.

(5) Küreselleşme karşısında uluslararası toplum, ancak kapsamlı bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasıyla üstesinden gelinebilecek olan, ortak normların tespiti çalışması için özel ve kamusal nitelikte uluslararası kurumlardan oluşan yoğun bir ağ yaratmıştır. Bu talep de belirli alanlarla sınırlıdır ve yabancı hukukun ilgili mahkemelerde uygulandığı şeklinin tespitine ilişkindir.

(6) Bu talebin arkasında yatan sebep değerlendirildiğinde, karşılaştırmalı hukuka en uygun yönetime ilişkin tartışmaların ne kadar önem arz ettiği şüphelidir. Karşılaştırmalı hukukun kullanıcıları, bu araştırmanın farklı sosyal, ekonomik, kültürel çevrelerin karmaşıklığı yüzünden çok zor olduğuna ilişkin ifadelerle tatmin olmamaktadır. Bu kişiler, gayri hukuki etmenlerin araştırmalar sonucunda elde edilen bilgilerin önemini azaltma potansiyeline sahip olduğunun farkında olmakla birlikte, daha ziyade ilgili mahkemede uygulandığı şekliyle hukuk kurallarının ortaya konulmasını beklemektedir.

(7) Karşılaştırmalı hukuk, yeknesak kurallar oluşturulurken ve bunların farklı hukuk sistemlerinde aynı şekilde uygulanmasına yönelik araştırma yaparken saf bir ampirik bilim olma özelliğini kaybetmekte ve hukuki ve politik analizin normatif yaklaşımını edinmektedir.

(8) Bu amaç için yürütülen karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının yanı sıra, ticarete gittikçe gelişen uluslararası kurumsal yapı, bu yapıya dahil olan ve farklı hukuk sistemlerinden gelen hukukçuların iş birliği içinde olmalarının bir sonucu olarak karşılaştırmalı hukukun “canlı” bir şekilde yaşamasını sağlamaktadır.

## KAYNAKÇA

American Law Institute, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes, St. Paul, Minn. 2008

Axel Metzger, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen, 2009

Bernd von Hoffmann, Das Recht des Grundstückskaufs, Tübingen, 1982

Bundesminister der Justiz (ed.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln, 1992

Bundesministerium der Justiz (ed.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln, 1985

Carlos Esplugues/José Luis Iglesias/Guillermo Palao, Application of Foreign Law, Münih, 2011

Charles Donahue, *Comparative Law before the Code Napoléon*, The Oxford Handbook of Comparative Law, ed. Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann, Oxford, 2006

Christian von Bar/Eric Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, C. 1-6, Münih, 2009

Eduard Lambert, *La Fonction du droit civil comparé*, C. 1, Paris, 1903

Egon Lorenz (ed.), *Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004*, Karlsruhe, 2004

Eric Jayme, *Emerico Amari (1810-1870) und die Begründung der Rechtsvergleichung als Wissenschaft: Rechtsvergleichung – Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne*, Heidelberg, 2000

Ernst Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung: Ernst Rabel- Gesammelte Aufsätze*, C. II, Hans G. Leser (ed.), Tübingen, 1965

Ernst Rabel, *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung: Hans G. Leser (ed.), Ernst Rabel- Gesammelte Aufsätze*, C. II, Tübingen, 1965

Ernst Rabel, *Das Recht der Warenkaufs*, C. 1,2, Berlin, 1936 ve 1958

Esin Örucü, *The Enigma of Comparative Law*, Leiden, 2004

Franz Schlegelberger ve diğerleri (ed.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, C. 1-7, Berlin, 1929-1940

Franz Werro, *Comparative Studies in Private Law- A European Point of View: The Cambridge Companion of Comparative Law*, Mauro Bussani/Ugo Mattei (ed.), Cambridge, 2012

Gebhard Rehm, *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und transformation*, *RabelsZ* 72, 2008

Guillaume Meunier, *The Reform of the French Law of Obligations – Methods and Prospects: Walter Doralt/Olivier Deshayes (ed.), Reforming the Law of Obligations and Company Law – Studies in French and German Law*, Paris, 2013

Guy Canivet/Mads Andenas/Duncan Fairgrieve (ed.), *Comparative Law Before the Courts*, Londra, 2004

H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World- Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2007

Harald Baum, *Japanese Law, Influence of European Private Law*, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, ed. Jürgen Basedow, Klaus Hopt, Reinhard Zimmermann, Hamburg, 2012

Herbert Kronke, *Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt - Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich*, Baden-Baden, 1990

Horatia Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, The Oxford Handbook of Comparative Law, Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (ed.), Oxford, 2006

Ingo von Münch, *Rechtsexport und Rechtsimport*, *NJW*, 1994

Jan Kropholler, *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen, 1975

John Baylis/Steve Smith (ed.), *The Globalization of World Politics*, Oxford 1997

Jürgen Basedow, Conclusions: Du Code Napoléon à la codification européenne – 200 ans de codification à la lumière de ses fonctions, Le Code civil français dans le droit européen, Jean-Philippe Dunand/Bénédict Winiger (ed.), Brüksel, 2005

Jürgen Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, Rechtsvergleichendes Gutachten des Max Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Köln, 1988

Jürgen Basedow, Kartellrecht im Land der Kartelle, Wirtschaft und Wettbewerb, 2008

Jürgen Basedow, Klaus Hopt, Hein Kötz, Dietmar Baetge (ed.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, Tübingen, 1999

Jürgen Basedow/Klaus Hopy/Hein Kötz/Peter Dopffel (ed.), Die Rechtstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, Tübingen, 2000

Jürgen Basedow/Till Fock (ed.), Europäisches Versicherungsvertragsrecht, C. 1- 3, Tübingen, 2002-03

Jürgen Basedow/Dagmar Coester-Waltjen/Heinz-Peter Mansel (ed.), Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG) 2007/2008, 2010

Jürgen Basedow/John Birds/Malcolm Clarke/Herman Cousy/Helmut Heiss (ed.), Principles of European Insurance Contract Law, Münih, 2009

Jürgen Samtleben, Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis, NJW, 1992

Klaus Hopt, Felix Steffek (ed.), Mediation - Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, Tübingen, 2008. (Eserin İngilizcesi için bkz. Mediation - Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford, 2013)

Klaus Hopt/Bernd Rudolph/Harald Baum (ed.), Börsenreform, Stuttgart, 1997

Knut Pissler, Chinese Law, Influence of European Private Law, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann (ed.), Hamburg, 2012

Konrad Zweigert/Hein Kötz, Introduction of Comparative Law, çeviren: Tony Weir, Oxford, 1998

Konrad Zweigert/Ulrich Drobnig (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, C. 1-17, Dordrecht ve Tübingen, 1964 ve sonrası.

Lado Chanturia, Recht und Transformation Rechtliche Zusammenarbeit aus der Sicht eines rezipierenden Landes, RabelsZ 72, 2008

Leon Brittan/Karel van Miert, Towards an International Framework of Competition Rules, International Business Lawyer, 1996

Ulrich Drobnig/Sjef van Erp (ed.), The Use of Comparative Law by Courts. Reports to the XIVth International Congress of Comparative Law Athens 1994, Lahey, 1999

Mark van Hoecke, Deep Level Comparative Law: ed. Epistemology and Methodology of Comparative Law, Oxford, 2004

Martin Gebauer, Rechtsvergleichung,, Leitgedanken des Rechts, ed. Hanno Kube ve diğerleri, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 2013

Martin Stanford, Some Reflexions on Four Decades of Involvement in the International Unification of Private Law, *Zeitschrift für Luft und Weltraumrecht (ZLW)* 62, 2013

Mi Jian, On the Communication of Legal Culture and the Subjective Consciousness of Culture, *China Legal Science* 1, 2013

Nadjma Yassari, Islamic Countries, Influence of European Private Law, *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann (ed.), C. 2, Hamburg, 2012

Ole Lando/Hugh Beale (ed.), *Principles of European Contract Law- I. ve II. Bölüm*, Lahey, 2000

Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann (ed.), *Principles of European Contract Law- III. Bölüm*, Lahey, 2003.

Peter Bouwen, Corporate lobbying in the European Union: The Logic of Access, *Journal of European Public Policy* 9, 2002

Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, Londra, 2007

Peter Dopffel (ed.), *Kindschaftsrecht im Wandel*, Tübingen, 1994

Peter North, Problems of Codification in a Common Law System, *RabelsZ* 46, 1982

Pierre Arminjon/Boris Nolde/Martin Wolff, *Traité de droit comparé*, C. 1-3, Paris, 1950-51

Pierre Legrand, Variations on the Main Theme: Fragments on Laws-as Culture, Deventer, 1999

Ralf Michaels, The Functional Method of Comparative Law: The Oxford Handbook of Comparative Law, Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (ed.), Oxford, 2006

Reinhard Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts*, ZEuP, 1993

Reinhard Zimmermann, "In der Schule von Ludwig Mitteis"- Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 65, 2001

Reinhard Zimmermann, Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law, *European Review of Private Law*, 2012. Bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Kodifikasyon – Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Kıta Avrupası Deneyimlerinin Değerlendirilmesi, Reinhard Zimmermann, Çev.: Yard. Doç. Dr. Ece Baş Süznel, Av. Meliha Sermin Paksoy, *IÜHFM C. LXXIII, S. 2*, 2015.

René David, *Le Code civil éthiopien de 1960*, *RabelsZ* 26, 1961

René David, The International Unification of Private Law, in: *International Encyclopedia of Comparative Law (IECL)*, C. II, Bölüm 5, Tübingen/Paris/New York, 1971

René David/John Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, Londra, 1985.

Richard Buxbaum, Is There a Place for European Delaware in the Corporate Conflict of Laws?, *74 RabelsZ*, 2010

Robert A. Leflar, *The Law of Conflict of Laws*, Indianapolis, 1959

Rodolfo Sacco, *Le droit africain –Anthropologie et droit positif*, Paris, 2009 (çeviren: Michel Cannarsa)

Rodolfo Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007

Rolf Knieper, *Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht - Juristische Zusammenarbeit aus der Sicht eines Beraters*, *RabelsZ* 72, 2008

Rudolf B. Schlesinger, *The Common Core of Legal Systems*, in: *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961 ve Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken (ed.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt, 1978.

Sandro Schipani (ed.), *Augusto Teixeira de Freitas il diritto latino americano*, Padova, 1988

Sarah Piek, *Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2013

Takashi Uchida, *Contract Law Reform in Japan and the Unidroit Principles*, *Uniform Law Review*, 2011

Ulrich Drobnig/Peter Dopffe, *Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber*, *RabelsZ* 46, 1982

Ulrich Hübner, *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wettbewerbs in der Versicherungswirtschaft, Eine vergleichende Untersuchung zu den Rechtsordnungen Grossbritanniens, Frankreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Baden-Baden, 1988

Vernon Valentine Palmer, *Mixed Jurisdictions*, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Jan Smiths (ed.), Cheltenham, 2006

Wolfgang Wurmnest, *Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze - Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa*, *ZEuP*, 2003

Wulf-Henning Roth, *Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem gemeinsamen Markt - Europäische Probleme und amerikanische Erfahrungen*, Mühlin, 1991

Yeşim M. Atamer, *Turkish Civil Code and Turkish Code of Obligations*, *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann (ed.), Hamburg, 2012