



İstanbul Hukuk Mecmuası

ÇEVİRİ/TRANSLATION

Başvuru: 01.11.2023
Revizyon Talebi: 01.11.2023
Son Revizyon Tarihi: 25.11.2024
Kabul: 24.02.2025

Karşılaştırmancın Sınırları ve Zorlukları

Esin Örcü** , Çev. Esra Seçkin***

Öz

Bu makale, iki kategoride karşılaştırmancın sınırlarını inceler: Bu sınırlar, karşılaştırma yapan kişinin kendisiyle ilgili olanlar - içsel (*intrinsic*) sınırlar- bağlam, çevre ve amaç gibi diğer faktörlerle ilgili (bunların kullanımının, metodolojisinin; karşılaştırma yapılacak konuların sınırları vb.) – dışsal (*extrinsic*) sınırlar- şeklindedir. Bahsedilen bu sınırlar sabit/keskin değildir ve zaman zaman keşilebilir. Makalede ayrıca Karşılaştırmalı Hukuk hakkında birtakım zorluklar da ele alınmaktadır. En nihayetinde Karşılaştırmalı Hukukun tüm dertlere deva bir ilaç olmamasına rağmen, karşılaştırmalı hukukçunun yüzyılımızın önemli bir aktörü olacağına dikkat çekilmektedir. Nitekim karşılaştırmalı hukukçu, hem kendisini mahkûm eden içsel zorlukları hem de öznesi olduğu dış zorlukları aşmaya çalışmalıdır.

Anahtar Kelimeler

Sınır, Zorluk, Karşılaştırma

The Limits and Challenges of Comparativism

Abstract

This paper examines the limits of comparativism under two categories; those limits related to the comparatist herself -the intrinsic, and those related to other factors such as the context, the environment and the purpose, the limits of its use; the limits of its methodology; the limits of topics to be compared and so on -the extrinsic. These limits are not rigid and at times may overlap. Beyond these, the paper also delves into further challenges. As a final note, the paper reminds the reader that although comparative law is not a panacea to all our woes, the comparative lawyer will remain an essential actor in our country. She must endeavour to surpass the limitations enslaving both her, the intrinsic challenges, and her subjects, the extrinsic challenges.

Keywords

Limits, Challenges, Comparativism

** Sorumlu Yazar: Esin Örcü (Prof. Dr.), Glasgow Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Glasgow, İskoçya. E-posta: esin.orucu@glasgow.ac.uk
ORCID ID: 0000-0002-1425-2407.

*** Esra Seçkin (Araş. Gör.), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: esraseckin@istanbul.edu.tr
ORCID ID: 0009-0001-0208-8283

Atrf: Örcü E., "The Limits and Challenges of Comparativism" (Çev. E. Seçkin) (2025). İstanbul Hukuk Mecmuası 463. <https://doi.org/10.26650/mecmua-2025-83.1.0005>



I. GİRİŞ

Karşılaştırmalı hukuk, 1982 yılı Rotterdam Erasmus Üniversitesi'nde açılış dersini verdiğimde bana ucu bucağı olmayan bir alan olarak görünürdü¹. Alana bu oldukça saf atılımım, benden öncekilerin iddialarıyla da ateşlenmişti. Karşılaştırmalı Hukuk Profesörü olarak meslektaşlarım arasında kiskanılacak bir konuma sahip olmayı ümit edebileceğimi okuduğumda ilk olarak şaşırdım, fakat Karşılaştırmalı Hukukun öznesinin var olmaması gibi alışılmadık bir özelliği vardı², bu yüzden de tanımlanmayı reddediyordu. Öte yandan alanında seçkin bir diğer Karşılaştırmalı Hukuk Profesörü 'karşılaştırmalı hukukun birçok anlamı olan bir kavram olduğu ve hukuk fakültesi eğitiminde en iyi şekilde nasıl kullanılabileceği sorusunun çözümü kavuşturulmaktan uzak bir mesele olmasına rağmen³, 'bir kavrayış yöntemi' olduğu konusunda beni uyarıyordu⁴. Böylece benden öncekiler beni şaşırmış, meraklanmış, kafası karışmış, coşmuş ve heyecanlanmış bir hale getirdi. Ayrıca, bir kavrayışın peşinde olduğum için işimin sınırsız olduğunu hissettim.

Fakat, hiçbir şeyin sınırsız olmadığını biz daha iyi biliyoruz⁵. Sınır, bir şeyin kenarı etrafındaki şerit (*borders*), bir alanın etrafında kenar oluşturan çizgi (*boundary*), bir şeyin hattı (*frontier*), iki şey arasındaki fark (*margin*), merkezden en uzak olan bir şeyin etrafındaki kısım (*edge*), çevre (*perimeter*) veya da engel, kısıtlama (*restriction*) ve kayıtlama (*restraint*) anlamlarına gelebilir. Bunlardan bazıları katı, bazıları değil.

'Karşılaştırmalı hukuka girişi' kısıtlayabilecek bazı faktörler, karşılaştırmacının sınırı olarak tercih edilebilir. Karşılaştırmalı hukukçunun kendi içsel sınırları olabileceği gibi karşılaştırmacının çalıştığı metin ve çevre, karşılaştırmacının amacı, kullanımı, metodolojisi, karşılaştırılacak konuların sınırları vb. konular ise dışsal sınırları olacaktır. Bunlardan bazıları dikkate değer, bazıları değildir.

Ben, burada, sınırı çok katı olmayan bir kısıtlama olarak görüyorum ve bazıları tarafından aşılabilir olarak görülen birtakım faktörlerin varlığını sorguluyorum. Aşağıda karşılaştırmacının sınırlarını iki aşamada ele alacağım. Bunlardan ilki, karşılaştırmacının kendisiyle ilgili olandır, ikincisi ise karşılaştırmacının dışsal faktörlerinden kaynaklanmaktadır. Her kategoride, bazıları diğerlerinden daha dikkate değer olmak üzere, incelenmesi gereken bir dizi sorun vardır. Sonrasında karşılaştırmacının karşılaştığı birtakım zorluklara yer verilmiştir.

¹ Esin Örtücü, Symbiosis between Comparative Law and Legal Theory – Limitations of Legal Methodology (Erasmus Universiteit Rotterdam, Mededelingen van het Juridisch Instituut nr 19, 1982).

² Otto Kahn- Freund, 'Comparative Law as an Academic Subject' (1966, 82 Law Quarterly Review), 40-41.

³ Max Rheinstein, "Teaching Tools in Comparative Law", (1952, 1, American Journal of Comparative Law), 107.

⁴ Leontin Jean Constantinesco, Traite de Droit Compare, La Methode Comparative, Tome II (Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence 1974), 289.

⁵ Bu konuya başka bir yerde değinmiştim. Bkz. Esin Örtücü, The Enigma of Comparative Law- Variations on a Theme fort he Twenty-First Century (Martinus Nijhoff Publishers, 2004), Chapter 10.

İlk kategoriye başlamadan önce karşılaştırmalı hukukçunun kendisinin önemini belirtmek mühimdir. Bunu, bir dinleyici kitlesi tarafından idrak edilme şekillerine atıfta bulunarak göstermeye çalışacağım.

Bir ressamın dünyayı yorumlaması, bir tablo duvara asıldığında doğrudan görülebilir ve bir kitap, bir yazarla kullandığı kelimeleri aracılığıyla doğrudan temas halinde okunabilir. Açıkça söylenebilir ki, bir resim asıldığı yere, altında durduğu ışık vb. nedenlere bağlı olarak güzelleşebilir ya da çirkinleşebilir. Aynı şekilde bir kitap için kaliteli bir kâğıda basılması ve özenle yayınlanması önemlidir. Her iki durumda da temas doğrudan sağlanabilir. Müzikte ise üç faktör bir aradadır: bestenin başladığı yerde besteci, eserin duyulduğu yerde yorumcu ve bittiği yerde dinleyici. Beste, bestecinin kişiliğini ve yorumcunun yeniden sunumunu yansıtır.

Bu son verdiğimiz örnek, karşılaştırmalı hukukta olana çok benzemektedir. Burada, iç ve dış bağlamlarda öngörüldüğü toplumu yansıtan yabancı hukukla -kompozisyonla- başlarız, besteci hukukun aktörüdür. ‘Yukarıdan-aşağıya’ bir anlamda yasama organı ve ‘aşağıdan yukarıya’ bir anlamda yargıdır. Karşılaştırmalı hukukçu ise yorumlayıcıdır. Hedef kitle ise dinleyici ya da okuyucudur. Hukuk, karşılaştırmalı hukukçu tarafından içinde bulunduğu bağlamda ele alınmak zorunda olduğundan, yorumcu olarak hukukçu aracı konumundadır. Hedef kitle, karşılaştırmalı hukukçunun hukuk anlayışı aracılığıyla hukuka maruz kalır.

A. Sınırın İki Kategorisi

Yabancı hukuk, yorumlayan anlatıcının, yani karşılaştırmalı hukukçunun süzgecinden geçerken karşılaştırmalı hukukçunun ilk sınırında karşılaştırmalı hukukçunun kendisi olmalıdır. Şimdi bir dizi meseleyi ele alacağımız karşılaştırmalı hukukçunun ilk kategorisine girebiliriz.

1. Sınırın Birinci Kategorisi

İlk soru şudur: ‘Karşılaştırmalı hukukçu, söz konusu hukuku bulabilir, anlayabilir, orijinal anlamına uygun olarak yorumlayabilir ve orijinaline uygun olarak betimleyebilir mi?’ Günümüzde karşılaştırmalı hukukçuların çoğunun, kendilerine yöneltilen her türlü talebi karşılayabilecek teknik donanımına, gerekli dil becerilerine, kültürel takdire ve sosyal bilim metodolojisinin araçlarına sahip oldukları söylenebilir. Ancak hepsi bahsedilen hukuk sisteminin bütününe yeterince aşina mı veya hem benzerlikleri hem de farklılıkları görmeye istekli mi veya hatta da hedef kitleye aktarma becerisine sahip mi?⁶

⁶ Bkz. Esin Örücü, ‘Some Problems and Pitfalls in Researching Law in Foreign Jurisdictions’, in Peter Cserne, Istavan H Szilagyi, Miklos Könczöl, Mate Paksy, Peter Takacs and Tattay, S (eds), *Theatre of Law: Symbolic CS Varga Oblata*, (Societas Aucti Stephani 2007) 339-359.

İşleri daha da karmaşık yapan, bırakın bir toplumda tek bir kültür olmasını, bir hukuk sisteminde bile tek bir hukuk kültürü yoktur; topluluklar ve alt topluluklar olmanın yanında hukuki alt topluluklar da vardır. Bir karşılaştırmalı hukukçu genellikle araştırmak ve ‘öteki’ ile yan yana getirmek istediği ‘öteki’nin kültürünü paylaşmaz. ‘Öteki’ kültürün hukuki alt topluluklarının tüm kültürel yönlerini de paylaşamaz.

İncelenmekte olan hukuk sisteminin de katmanları vardır. Bir katmanın diğerleri üzerindeki etkisi nedir? Karşılaştırmalı hukukçu, yerel örf ve adet kurallarına, din kurallarına ‘ulusal’ kurallara, ulus ötesi ticari kurallara, AB kurallarına (eğer üye bir ülkeyse), *ius humanitatis* kurallarına (çevre kirliliği sözleşmeleri vb.) ve bunların birbirleriyle ilişkilerine bakarak çok katmanlı hukuk sistemlerinde ‘hukuklar arası olanı’ nasıl ortaya çıkarmalıdır? Bu gibi durumlar karşısında ne yapmalıdır? İşlevsel olarak eşdeğer kurumlar nerede bulunabilir? Hedef kitlesine neyi anlatmalı ve bu kitle neyi takdir eder?⁷

Bazı örnekler verecek olursak, bunlardan biri sorumlulukla ilgili olabilir: Bir satış sözleşmesinde maldaki ayıpları kim belirtmelidir, alıcı mı satıcı mı? Bir satıcının bir kutu domatesi selefona poşet içinde sattığı veya alıcının alışkanlıkla malları elle seçtiği veya kendi meyvesini topladığı bir durumda ne gibi farklılıklar belirlenmelidir? Her iki durumda da hukuki sorun ve yürürlükteki kural aynı olabilir, ancak burada sorumluluğun gerçek anlamında farklılık vardır; sorumluluğun farklı ülkelerde farklı bir anlam taşımasında değil.

Bir başka örnek daha: Neden bazı ülkelerde sadece yetişkinler evlat edinebiliyor? Evlat edinenlerin neden kendi çocukları olmamalıdır? Evlat edinme konusunu inceleyen karşılaştırmalı bir hukukçu, ancak hukuki kurumları şekillendiren ahlaki, sosyal ve kültürel bağlamları takdir ederek derin bir anlayış ve özgün bir yorum geliştirebilir. Ancak geleneksel bir araştırmacı, Türk hukukunun 2002 tarihli Medeni Kanun’a kadar geride kaldığı ve bu tarihten önceki durumun örneğin İskoçya’daki durumla karşılaştırılmaması gerektiği sonucuna varabilir.

Bir başka örnek de rüşvet konusunda verilebilir: Türk dilinde ve kültüründe bahşiş ile rüşvet arasında bir fark vardır⁸. Buradaki ayrım çizgisi nedir? Gessner, Alman vergi memurlarının, rüşvete karşı uluslararası sözleşmelere ve davranış kurallarına rağmen işletmenin, rüşvetin yerel bir gelenek olduğunu iddia etmesi durumunda vergi beyannamesinde rüşvet kesintilerini kabul ettiğini söylüyor⁹.

⁷ Bkz Nigel Jamieson, ‘Source and Target-Oriented Comparative Law’ (1996) 44 American Journal of Comparative Law.

⁸ ‘Bahşiş’, yasal olarak size borçlu olunan ancak uygulanması gecikebilecek bir hizmet için ‘teşekkür’ olarak verilen bir ödemeyken ‘rüşvet’ ise yasadışı bir menfaat elde etmek için yapılan bir ödemedir.

⁹ Volkmar Gessner, ‘Global Legal Interaction and Legal Cultures’, (1994) 7 Ratio Juris. Ancak kanun değiştiği için artık durum böyle değildir.

Yeterli bir açıklama yapılmadığı takdirde, karşılaştırmalı bir hukukçunun temel gerçeklere yaptığı süslü eklemeler dinleyicileri yanıltabilir. Anlatıcı, kendi başına bir yaşam sürebilir; hatta yeni bir anlatı bile başlatabilir. Bu sınırlamaya ancak karşılaştırmalı hukukçunun dürüstlüğüne ve titizliğine ‘güvenerek’ yaklaşabiliriz.

Örneğin ben kendimi Türk hukuku, toplumu ve Türk dili hakkında ‘derinlemesine bilgi sahibi’ olarak görüyorum ve karşılaştırmalı hukukçuların eserlerinde Türk hukukunu ve sosyo-kültürel bağlamını yanlış tanıtan ifadelerle zaman zaman hayret ediyorum. Yasalar için verilen yanlış tarihler, yanlış yazılmış kelimeler, bazı hukuki gelişmeler için tuhaf açıklamalar ve asılsız otorite duruşları sıkça rastlanan durumlardır.

Karşılaştırmalı hukukçu, gerçek olana ne kadar yakın durabileceği sorunuyla sürekli karşı karşıya kalabilir. Karşılaştırmalı hukukçulardan yüksek düzeyde zekâ ve duyarlılık beklenir. Yine de, bulguların bir miktar abartılması ve genelleştirilmesi kaçınılmaz olabilir. Ayrıca, her zaman bir dizi farklı yorumun olacağını da unutmamalıyız. Hukuk, aynı karşılaştırmalı hukukçu tarafından bile farklı zamanlarda farklı ışıklar altında ve farklı açılardan görülebilen canlı bir şeydir.

Yorumlama büyük ölçüde bir vurgu meselesidir, bu nedenle dinleyiciler hukuku olduğu kadar yorumcuyu da tanımalıdır. Her ne kadar karşılaştırmalı hukukçu orijinal metne sadık kalmak zorunda olsa da, kişiliği, görüşleri ve yaklaşımı kaçınılmaz olarak yorumunu renklendirecektir. Her karşılaştırmalı hukukçu farklı düşünüp farklı duygusal tutumlara ve yaşam felsefesine sahip olduğu için karşılaştırmacıların materyali farklı şekilde ele alması beklenen bir durumdur. Hedef kitle, karşılaştırmalı hukukçunun hem kendilerine yaptığı katkının hem de sunumunu yaptığı hususa yönelik katkısının farkında olmalıdır. Dinleyicinin, referans noktası olarak ele alınan hukuk sistemleri hakkında bir fikre ihtiyacı vardır. Bu da geniş bir zemin gerektirmektedir. Sadece normatif hukuk düzeninin geleneksel yönleriyle ilgilenmek yeterli değildir¹⁰. Hedef kitle, farklı olana karşı önyargısız ve geniş bir zevk geliştirmelidir. Hepsinden önemlisi dinleyici, karşılaştırmalı hukuku hem ‘duymalı’ hem de ‘dinlemelidir’.

Yorumlama, yeniden yaratma bir sunum işidir ve hassas bir iştir. Bu süreçlerde karşılaştırmalı hukukçulukla ilgili başka sınırlar da görürüz. Dil konusunda derin bir bilgi eksikliği bunlardan en önemlisidir. Dil, karşılaştırmalı hukukçunun en önemli aracıdır: yabancı hukukun dili, ‘orijinal dil’ ve hedef kitlenin dili, dil bilgisi, yapısı ve kelime dağarcığı, hukuk ile ifade edildiği dil arasında var olan bir dizi ilişkiyi gizleyebilir. Aynı ilişki, hukuk ile yorumlandığı dil arasında da mevcuttur. Her ne kadar hukuk dille ifade edilse de inşa edilip uygulanana kadar sadece kâğıt üzerindeki kelimeler olarak kalır. Dile anlam verilmelidir ve hiçbir zaman tek bir anlam yoktur,

¹⁰ Karşılaştırmalı hukukun rolü ve sınırlarının yanı sıra teorik sorunlar, hukuki dogmatikler ve bağlamlar üzerine ilgi çekici ve kapsamlı bir tartışma için bkz Hannu Tapani Klami, ‘Comparative Law and Legal Concepts’, in Oikeustiede Jurisprudentia, ost- (1981) XIV Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Uosikirya (Vammala 1981) 67-166;

anlamın permütasyonları vardır. Özellikle dinleyicilerin dilinde mevcut olmayan kavramlarla ilgili olarak, karşılaştırmalı hukukçu tarafından yapılan herhangi bir çeviri, her iki dili de ne kadar iyi biliyor olursa olsun kendi düzeyinde kalabilir.

Dahası, örf ve adet hukuku ile ilgilenirken karşılaştırmalı hukukçu bunun her zaman açık veya yazılı olmadığını ve genellikle sadece ağızdan ağıza dolaştığını hatırlında tutmalıdır. Bunu, zaman zaman gerçeklerden soyutlanmış açık bir dille yeniden sunmalıdır. Burada bir başka tehlike de ‘söylenenlerin’ yanlış anlaşılması ya da ‘söylenmeyenlerin’ yanlış yorumlanmasından kaynaklanabilir ve bu da varsayılan analitik sonuçlara ve hatta evrensel doğrulara yol açabilir. Hukuk alanında olmasa da, bu konuda sıklıkla kullandığım örnek basittir¹¹. Türkiye’ye seyahat eden çoğu kişi bana şöyle der: “Türk kahvesi berbat, çok tatlı, çok acı ve çok sert! Ben bunu asla içemem”. Kahve doğası gereği tatlı olamaz. Örneğin ben hangi ülkede olursam olayım kahvem her zaman şekersiz içerim. Türk kahvesinin tatlı, acı ve sert olması ancak yarı aydın bir kişi için söz konusudur ve ‘söylenen’ ile ‘söylenmeyen’ arasındaki yanlış anlama ve kafa karışıklığının bir sonucudur. Acemileri bilgilendirmek için bir fincan Türk kahvesi kişisel zevke göre yapılır. Filtre edilmez ama pişirilir. Telvesi dibe düşer ve orada kalır, tüketilmesi amaçlanmaz. Şeker, eğer istenirse, kahve pişirilirken eklenir. Bir Türk, kahve sipariş ederken asla ‘kahve’ istemez, ‘az’, ‘orta’ veya ‘çok şekerli’ gibi derecelendirmelerle ‘sade’ (şekersiz) veya ‘şekerli’ der (az, orta veya çok şeker anlamlarında). Dolayısıyla, yabancı (‘öteki’) ‘kahve istediğinde, garson ne istendiğine dair kendi kararını verir. Yabancıların tatlı şeyleri sevdiğini’ varsayar ve çok şekerli bir fincan kahve getirir. Bir Türk de fincanın dibindeki kahve tanelerini içmez, bu nedenle kahvenin kendisi ne sert ne de tanelidir, oysa ‘öteki’ kahvesini içtiğinde, küçük fincanın dibinde hala çok fazla kahve olduğunu fark eder ve dibinde kalması gereken telveyi yutmaya çalışır ve bu telveden falına bile baktırabilir! Yanlış anlama, yanlış yorumlama ve yanlış beyan! Kahve içmek gibi basit bir eylemde bunlar olabiliyorsa, sözlü hukukla karşı karşıya olan karşılaştırmalı bir hukukçunun kapısındaki tehlikeleri bir düşünün!

Örneğin, konumu Anayasa ile sabitlendiğine göre, Güney Afrika’daki yerel hukuk, temelde sözlü olduğu için başka bir ifadeyle, okuryazar geleneğin bir parçası olmadığından nasıl araştırılacaktır¹²? Kurallarla ilgili anlatılar veya hikâyeler, kuralların kendisi kadar önemlidir ve onlara anlam kazandırır. Bir kişi, özellikle de bir yargıçsa, hikâyeleri nasıl dinler? Yerel hukukun altında yatan gerçek değerler dinlenerek keşfedilmelidir. Karşılaştırmalı hukukçu bunu etkili bir şekilde yapabilir mi?

¹¹ Bu örnek, Mitchel De S.-O.-L’E. Lasser, ‘The question of understanding’ in Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press 2003) 237. kitabından esinlenilmiştir.

¹² Gardiol Van Neikerk, ‘Indigenous law and narrative: rethinking methodology’, (1999 XXXII CILSA), 208. Ayrıca bkz Jacques Du Plessis, ‘Fairness and diversity in the South African law of contracts’, in Sean Patrick Donlan and Jane Mair (eds), *Comparative Law: Mixes, Movements, and Metaphors* (Juris Diversitas Series, Routledge 2020) Chapter 4, 47–66.

Çeviri bir başka ciddi sorundur¹³. Bunu, konumuzun adı olan Karşılaştırmalı Hukukun İngilizce versiyonu Fransızca, İtalyanca, Almanca, Hollandaca veya Türkçe versiyonlarıyla karşılaştırırken bile gözlemleyebiliriz. Bir de kamu politikası ve kamu düzeni; hukukun üstünlüğü, Reschtsstaat ve due process; hukuk, droit, recht, haklar ve benzeri terimlerle ilgili iyi bilinen ve sıkça gözlemlenen sorunlar var; Bernhard Grossfeld hukuk ve dil ilişkisini analiz ediyor ve şu soruları soruyor:

Tüm bunlar karşılaştırmalı hukukçu için çok endişe vericidir. Eğer hukuk dilin içinde ve dil aracılığıyla yaşıyorsa, başka bir dile aktarıldığında ona ne olur? Eğer bir dilin yapısı düşüncenin biçimini ve içeriğini etkiliyor, hatta belirliyorsa, herhangi bir dilin yalnızca belirli düşünceleri ifade edebilmesi ve bu düşüncelerin kültürden kültüre farklılık göstermesi söz konusu olamaz mı¹⁴?

Bu endişe, Harold Gutteridge'in 1938'de dile getirdiğinden bile daha derindir: "Aslında, terminoloji tuzaklarının karşılaştırmalı hukuk öğrencisinin acemilik döneminde karşılaştığı en büyük zorluk ve tehlike olduğunu iddia etme eğilimindeyim¹⁵". Burada sadece acemi değil, deneyimli karşılaştırmalı hukukçu da risk altındadır.

Bernhard Grossfeld'in Japon dili hakkındaki gözlemlerini tamamlamak için Türk dilini ele alalım. Türk dilinde fiil her zaman cümlelerin sonundadır: öznenin her zaman belirtilmesi gerekmez, ancak anlaşılması gerekir: he, she ve it için ayrı şahıs zamirleri yoktur ve 'o' kelimesi her üç anlama da gelebilir. Bir cümle son derece uzun olabilir, düşüncüyü bir konudan diğerine taşıyan bir dizi yan cümlecik tarafından kesilebilir. İngilizceden yapılan bir çeviride, örneğin merhum Lord Denning'in genellikte tek satırlık uzun cümlelerden oluşan bir kararında, İngiliz dilinin doğrudanlığı ve netliği tamamen kaybolabilir ve fikir bulanıklaşabilir. Eğer dilin sınırlarını anlamamızın da sınırları olduğunu kabul edersek, o zaman ya bazı hukuki fikirler tercüme edilemez ya da süreç içinde değişime uğrar. Bu nedenle, karşılaştırmalı hukukçunun orijinal terminolojiyi muhafaza etmesi ve bir dipnotta bahsedilen dilde bir tanım ve açıklama sunması tavsiye edilir¹⁶.

Karşılaştırmalı hukukçular gelecekte Batı dışındaki kültürlerle daha sık gidecekleri için, karşılaştırmalı hukukçuların sınırlarına daha çabuk ulaşılacaktır, temel zorluk kavramsal farklılıkların açılmasıdır. Bir nesneyi, bir kurumu ya da eğer varsa kaynak

¹³ Bkz Esin Örücü, 'A Legal System Based on Translation: The Turkish Experience', (2013 6 J Civ L Stud), 445-473, available at <https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol6/iss2/2/>. Ayrıca bkz. Esin Örücü, 'One into Three: Spreading the Word, Three into One: Creating a Civil Law System', (2015 8 J Civ L Stud), 381-407, available at <http://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol8/iss2/3> E.T. 1 Aralık 2020.; Yazının Türkçe çevirisi için bkz Seyit Rasim Doru, Birden Üç: Medeni Hukuk Sistemini Yayma Üçten Bire: Bir Medeni Hukuk Sistemi Oluşturma, İHİD, c 18, s 1, sf 113-153.

¹⁴ Bernhard Grossfeld, *The Strength and Weakness of Comparative Law*, (trans) Tony Weir (Clarendon Press 1990) 101.

¹⁵ Harold Cooke Gutteridge, 'The comparative aspects of legal terminology', (1938) 12 Tulane Law Review 401-411, at 403.

¹⁶ Bkz Martin Weston, *An English Reader's Guide to the French Legal System* (Berg Publishers 1991) özellikle ilk üç bölüm s 9-42 çok değerli bir katkıdır.

dil kültürüne özgü psikolojik bir özelliği ifade eden bir kelimenin her zaman az ya da çok çevrilemez olduğunu- diğer her şeyin az ya da çok çevrilebilir olduğunu¹⁷ hatırlamakta fayda olabilir¹⁷.

Kelimelerin kendileri kadar çağrışımları da sorun yaratabilir. Örneğin İngilizler genel olarak ‘orantılılık (reasonableness)’ açısından düşünür ve bir idari işlemi ‘makul bir idareci’ tarafından yapılan idari işlemle bağlantılı olarak değerlendirir. ‘Orantılılık’ tüm meslekler için geçerli olacaktır. Bir keresinde, Türkiye’de bir Seminerde İngiliz İdare Hukuku ve Yargısal Denetimi üzerine bir tebliğ sunarken, ‘Wednesbury orantılılığı’ ve ‘makul idareci’ kavramlarından bahsetmiştim. Bu çok fazla eğlenceye sebep oldu ve nasıl bir idareci olacağı soruldu: bu soru İngiltere’de nadiren sorulur çünkü makul kelimesinin çağrışımları oldukça içselleştirilmiştir. Bunun üzerine bir Türk yargıç bana “makul bir Türk yargıcın (!)” asla “Wednesbury testi” gibi muğlak kriterlerine dayanarak karar veremeyeceğini söyledi.

Pek çok yabancı hukuk teriminin doğrudan karşılığı olan bir çevirisi yoktur. Bu nedenle, iki dilli hukuk sözlüklerine bile tek başına güvenilemez. Hatta bunlar, tehlikeli bile olabilirler¹⁸. Örnekler çoktur, çoğu kitapta ve karşılaştırmalı hukukla ilgili makalelerde bunların listeleri bulunur. Tanımlara gelince, bu gerçekten de çok zordur. Belirsizlik ve genellik bu tür tanımları neredeyse yararsız hale getirebilir. Uluslararası Sözleşmelerin hazırlanmasında ya da çok dilli hukuki metinlerin oluşturulmasında karşılaştırmalı hukukçuların karşılaştığı sorunlardan bazıları bunlardır. Örneğin, genişleyen Avrupa Birliği için çalışan karşılaştırmalı hukukçular önemli sorunlarla karşı karşıyadır. Dünyanın diğer bölgeleriyle de ilgilenen bizler daha da önemli zorluklarla karşılaşyoruz. Açıklayıcı iki dilli sözlük ve sözlüklere olan ihtiyaç giderek artmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk öğrencilerine basit bir uyarı, ‘iki dilde veya iki kültürde benzer olan kelimelere dikkat edin’ şeklindedir. Karşılaştırmalı hukuk derslerimin en başında verdiğim örneklerden biri ‘şerif’ kelimesidir. Şu şekilde devam eder: Ciddi bir İskoç karşılaştırmalı hukuk öğrencisi ABD’nin güneyinde tatildedir. Bir ilk derece mahkemesi hakimiyile görüşerek küçük bir ampirik araştırma yapmak istiyor, bu nedenle bir ‘şerif’ arıyor. Kendi hukuk kültürünün kelime dağarcığını kullanarak ve İngilizce konuşulan bir ülkede olduğu iddiasıyla, arkadaşına, kendisini bir ‘şerifle’ tanıştırp tanıştıramayacağını sorar. Tüm teçhizatıyla birlikte Amerikalı ‘şerif’ ile karşılaştığında yaşadığı şaşkınlığı hayal edin! Eğer ilk derece mahkemesinden bir yargıçla tanışmak isteseydi, böyle bir sürprizle karşılaşmayacak ve anlamlı bir araştırma yapabilecekti. Kıssadan hisse: benzer ya da akraba dillerden kaynaklanan

¹⁷ ibid 9, Weston’un Peter Newmark’tan alıntı yaptığı yer, ‘Twenty-three restricted rules of translation’, (1973) 12 Incorporated Linguists, 12. Ayrıca, ‘çeviri teorisi’ ve ortaya çıkabilecek bazı sorunlar için bkz Jamieson (n 7), 121.

¹⁸ Ortaya konan ciddi eleştiriler için bkz Gerard-René De Groot, ‘The quality of bilingual dictionaries’, (2000) 7 Maastricht Journal of European and Comparative Law, 331–335, yazar yaklaşık yüz iki dilli sözlükten sadece altısının karşılaştırmalı hukukçunun gereksinimlerini karşılayabileceğini söylemektedir.

tehlikeler en vahim olanları olabilir! En kötü olasılık tamamen yanlış anlaşılmalıdır, ancak hedef kitle için dilin anlamsız veya doğal olmayan bir şekilde kullanılması da bir o kadar kötüdür. Bir de, daha incelikli olarak, çeşitli sözde medeni hukuk ülkelerinde rastlanan farklı anlamlara sahip terimlerin görünürde örtüşmesi vardır.

Bu noktaya kadar, karşılaştırmalı hukukun sınırları karşılaştırmalı hukukçunun kendisiyle ilgiliydi: derin bir dil bilgisinin olası eksikliği, dinleme ve duyma ile ilgili sorunlar ve çeviriyle ilgili tuzaklar, özellikle de kültüre özgü kavramların çevirisi. Bu sonuncusu bizi, karşılaştırmalı hukukçunun ilgilendiği metindeki bir hukuk sistemine güvenle yaklaşabilmesi için bağlamı iyi anlayabilmesi gerektiği ile ilgili bir başka sınıra götürmektedir. Bağlam –özellikle kültür ve dolayısıyla yerellik- bazen kendi yasalarına bakan bir akademisyenin bile gözünden bile kaçabilir. Bazen dışarıdan bakan birinin içeriden bakan birinden daha net gördüğü de doğrudur ancak asıl soru görmenin anlamak olup olmadığıdır. Bu bazı açılardan yukarıda bahsedilen işitme ve dinleme ile karşılaştırılabilir.

Ormanı tanımak için ağaç hakkında bilgi sahibi olmak önemlidir ancak ağaçlar yüzünden orman görünmeyebilir. Bu durum, biçimsel ve maddi ayrıntılara çok dikkat eden ancak bağlam bir yana, metnin bütününe gözden kaçırarak karşılaştırmalı hukukçular için mesleki bir tehlike haline gelmektedir. Kültürel açığı kapatmak için, kişi bunun öneminin ve etkisinin farkında olmalı ve anlayışının, kavrayışının, hayal gücünün ve yaratıcılığının doğruluğunu kontrol etmek için araştırmasının teyit aşamasında yerel akademisyenlerin, avukatların ve yargıçların deneyimlerini kullanarak olası yanlış anlamaları düzelterek kadar alçakgönüllü olmalıdır. En iyi niyetli karşılaştırmalı hukukçu bile hukuku aşağıdan yukarıya bir olgu olarak ele almakta büyük zorluk yaşayacaktır. Yukarıdan aşağıya yaklaşımla rekabet etmek daha kolaydır çünkü malzeme el altındadır, anlaşılması ve yeniden sunulması daha kolaydır. Ancak görünen dibin, dipsiz olduğu kanıtlanabilir ve yeniden sunum kendine özgü ve güvenilmez hale gelebilir. Bu, karşılaştırmalı hukukçunun kendisiyle, yani hukuk anlayışıyla ilgili bir başka karşılaştırma sınırıyla bağlantılıdır.

Karşılaştırmalı hukukçu, yabancı hukukun biçimsel kurallarını rapor etmenin ve incelenen hukuklar arasındaki farklılık ve benzerliklere işaret etmenin araştırmasının tek amacı olduğuna inandığında ve hukuk anlayışı kanunlarda ve doktrin yazılarında bulunan normatif hukuk düzeni olduğunda, bu siyah harfli hukuk yaklaşımı karşılaştırmalı hukukçuyu zaten kısıtlamış ve herhangi bir bağlam söylemine girmesini veya hukuka aşağıdan yukarıya bir yaklaşımla ilgi göstermesini engellemiş olacaktır. Hatta belirli bir metodolojik yaklaşıma ve kesinlikle hiçbir teoriye ihtiyaç duymayabilir. Böyle bir durumda, kültürel eksiklik devam eder ancak önemsiz olarak kabul edilir. Bırakın hukuki çoğulculuğu ‘hukuk’ normatif bağlamında ortaya çıkmayacaktır. Ancak bu yaklaşımla bile bazı gizemleri nasıl çözebilir?

Burada, bu tür olayları, bir yorumcu ya da hatta bir yarışmacı olarak ele alan karşılaştırmalı hukukçunun hukuk, gelenek ve kültür arasındaki ilişkiyi değerlendirilirken hukuk anlayışını yeniden düşünmesi gerekir. Neleri göz önünde bulundurulmalıdır? Hukuku ele alan mahkemelerin konumunu gerçekten nasıl anlayabilir ve sonrasında bunu nasıl yeniden sunabilir? Bağlamları kümülatif olarak derinlemesine anlamadan, bu tür davalarla ya da bu makalenin önceki bölümlerinde ortaya konan sorulardan herhangi biriyle düzgün bir şekilde ilgilenmek zor olacaktır.

“Hukuk nedir?” sorusu, “Karşılaştırmalı hukuk nedir?” sorusu kadar hararetli bir şekilde tartışılmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk terimi ikiye bölünmüş ve söylem hem ‘karşılaştırmalı’ hem de ‘hukuk’un anlamını araştırmaya yönelmiştir¹⁹. Açıktır ki bir kimse ‘karşılaştırma’ yapmadan önce neyi karşılaştırdığını, yani ‘hukukun ne olduğunu’ belirlemelidir.

Daha önceki metaforumuza atıfta bulunacak olursak, hukuk, karşılaştırmalı hukukçunun ‘yorumcusu’ olduğu bir ‘kompozisyon’dur. Kompozisyon tüm incelikleriyle, metinsel olarak, bağlamsal olarak, biçim ve içeriğiyle ve içinde yaşadığı ortamla kavranmalıdır. Hukuk akademisyenleri ‘hukuka’ çok farklı şekillerde yaklaşmaktadır. Bazıları hukuku, kurallar, normlar, bir sistem, sanal gerçekler, inşa edilmiş gerçekler veya güncel gerçekler, davalar, kültür veya gelenek olarak analiz eder. Bazıları hukuku, tarih, ekonomi, hukuk teorisi, sosyoloji ve hatta antropoloji ile ilişkili olarak analiz eder. Ayrıca, hukuku ‘yukarıdan’, ‘aşağıdan’, ‘yandan’, ‘arkadan’ gelen ya da ‘ileriye doğru’ hareket eden bir olgu olarak değerlendirenler de vardır. Aslında, ‘hukuk’un ne olduğu ya da özellikleri konusunda bir anlaşma yoktur! Hukukun doğasına ilişkin tartışmalar ve daha da ötesi, hukukun doğasına ilişkin tartışmaların doğasına ilişkin tartışmalar vardır²⁰. Dolayısıyla, Joesph Raz’ın dediği gibi: “Hukukun temel özelliklerinin listesi belirsizdir²¹”. Meseleleri zaten dramatik bir şekilde basite indirgediğim için, burada tüm tartışmayı yeniden ele almaya çalışmayacağım.

Karşılaştırmalı hukukçunun metodolojik araçları ve bunları nasıl kullandığı, karşılaştırmaların bu ilk sınır kategorisindeki son sınırıdır. Sosyal bilim metodolojisiyle ilgili sorunlar ve ana akım karşılaştırmalı hukukçuların bu metodolojiden yararlanmadaki başarısızlıkları sonsuza kadar tartışılabilir. Bir müzik parçasını defalarca dinlemek onu anlamayı sağlamayabilir ve hatta nüanslar üzerinde köreltici bir etki yaratabilir, aynı şekilde bir materyali defalarca okumak da aynı aydınlatmayı sağlamaz. Bu nedenle burada bir kez daha metodoloji tartışmasına girmeyeceğim²². Bu sınır aynı zamanda karşılaştırmalı hukukçunun hukuk anlayışıyla, bağlama ne

¹⁹ Bkz Olivier Moréteau, ‘The Words of Comparative Law’ in Esin Örtücü & Sue Farran (eds), (2019) 6(2) Journal of International and Comparative Law, Special Issue: The Relevance of Comparative Legal Studies in the Twenty First Century, 183–208.

²⁰ Robert Alexy, The Nature of Arguments about the Nature of Law, in Lukas H Meyer, Stanley L Paulson, and Thomas W Pogge (eds), *Rights, Culture, and the Law* (Oxford University Press 2003) 3–16.

²¹ Joseph Raz, ‘On the Nature of Law’, (1996) Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 1–25, at 6.

²² Bkz Esin Örtücü, ‘Methodological Aspects of Comparative Law’, (2006) VIII (1) European Journal of Law Reform, 29–42.

kadar girdiğiyle ve karşılaştırmacının göze aldığı seviyenin ne olduğuyla da ilgilidir.

Karşılaştırmalı hukukçunun vizyonlar ve gelenekler, dönüşümler ve geçişler, yorumlama, insan hakları ve takdir marjları hukuk ve kültür etkileşimi, modernite ve geleneksellik ve aktarılan hukuk ile ‘kaynak hukuk’ arasındaki ilişki ile ilgili birçok karmaşık konuyu dikkate alması gerektiği açıktır. Örneğin, bu hususlar olmaksızın, Türk hukukunun örneğin Alman hukukuyla -hatta İsviçre ‘mehaz hukuku’- ile karşılaştırması zor olacaktır.

Şimdiye kadar tartışılan karşılaştırmacının tüm sınırları yorumcu, yorumcunun hukuk anlayışı, dil bilgisinin derinliği, çeviri becerileri, dinleme ve duyma olanakları ve karşılaştırmalı hukuku dinleyenlerle ilgilidir; çünkü duymak ama dinlememek de dinleyicinin bir sınırlamasıdır, ancak açıkçası bu hususlar karşılaştırmalı hukukçu için o kadar önemli değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, kültürel eksiklik bir diğer sorundur.

2. Sınırın İkinci Kategorisi

İnceleyeceğim ikinci karşılaştırmacının sınırı kategorisi; milliyetçilik, belirli ulusal vizyonlar ve ‘karşıt meydan okuma’ ile ilgilidir. Bu kategori altında, karşılaştırmalı hukukçunun çalıştığı bağlam ve çevrenin sınırlarını, başlangıçta bahsedildiği gibi karşılaştırmacının amacının, kullanımının, metodolojisinin sınırları gibi dışsal faktörlerle sınırlayacağım. ‘Karşıt meydan okuma’, yorumcu, yorumcunun kişiliği ve felsefesiyle de ilgili olduğu için bu iki kategorinin arasında yer alır. O halde bununla başlayalım. Sözde ‘karşıt meydan okuma’ karşılaştırmalı hukukçunun yalnızca farklılıklarla ilgilenmesini savunur. Epistemolojik bir kötümserlik varsayılarak en uç biçiminde, karşılaştırmacının reddi bile söz konusu olabilir. Bu aşırıya kaçmış pozisyonda, kültürel farklılıklar karşılaştırmalı hukuk araştırmalarını engelleyecektir. ‘Öteki’ bir gizem olarak kalacaktır, çünkü ‘öteki’ni anlamaya yönelik herhangi bir girişim sadece yanlış anlamalara ve yanıltıcı sonuçlara yol açacaktır. Karşıt meydan okuma yapan hukukçular ‘kapalı dünyalarda’ yaşıyor gibi görünmektedir. Daha esnek haliyle karşılaştırmalı hukuk çalışılabilir ama sadece sistemler arasındaki farklılıklarla ilgilenmelidir. ‘Karşıt meydan okuma’ ile ‘farklılık teorisi’ arasında doğal bir bağlantı vardır.

Pierre Legrand karşılaştırmalı hukukçuyu şöyle teşvik eder:

Kendini sağlam bir şekilde muhalefete yerleştirmek ve karşıt meydan okumanın peşinden gitmek. Gerçekten de bir karşılaştırmacı için bu tarihsel kavşakta, karşılaştırmacının kendileri, karşılaştırmalı hukuk çalışmaları ve Avrupa hukuk düzeni için karşıt meydan okumanın yararlarını aktif bir şekilde teşvik etmekten daha acil bir araştırma ve öğretim programı yoktur²³.

²³ Pierre Legrand, *Fragments on Law-as-Culture* (Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 1999) 13.

Aynı zamanda:

Karşılaştırmalı hukukçu, hukuka gelenek ya da kültür aracılığıyla anlam yüklediği ve uzun bir geçmişe dayanan tarihsel anlatıların desteği olmaksızın hiçbir şeyin açıklanamayacağını kabul ettiği andan itibaren, doğal olarak disiplinler arası çalışmalara girer. Ayrıca kendiliğinden, *principium comparationis* olarak farklılık fikrine ayrıcalık tanır²⁴.

Milliyetçilik, bu ikinci kategorideki bir sonraki sınırdır. Milliyetçiliğin belirgin bir felsefe halini aldığı bir ülkenin hukuk sisteminden gelen bir hukukçunun karşılaştırmalı hukuka ilgi duyması veya yabancı kanunları anlaması için çok az yeri olacaktır. Hatta resmî tutum, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarına yönelik her türlü ilgiyi yerel hukuk sisteminin üstünlüğünü kanıtlamaya yöneltmek olabilir. Bu, karşılaştırmalı hukukçu için sadece sınır bozucu olabilir ve karşılaştırmalı hukuk için bir çıkmaz olabilir. Bugün bu sınırı gösterecek çok sayıda örnek bulmak zor olabilir, ancak geçmişte bu olağan bir durumdu. ‘Başka yerlerden öğrenecek hiçbir şeyimiz yok’ düşüncesi birçok hukukçunun, hâkimin ve hatta akademisyenin ortak tutumuydu. Böyle bir kültürde, karşılaştırmalı hukuk için çok az alan vardır.

Milliyetçiliğin daha ince bir versiyonu, belirli bir ‘ulusal vizyon’ ya da siyasi veya dini bir ideolojiye sahip olmaktır. Bir devletin hedefi, dahili bir misyonu olabilir. Bu amacın gerçekleştirilmesinde sadece belirli fikirler yükselmesine öncelik verilebilir. Bu aynı zamanda karşılaştırmalı hukuk araştırmasının da ulusal hukuk sistemi ile model teşkil eden hukuk sistemleri ya da aynı vizyona veya ideolojiye sahip hukuk sistemleri arasında yapılması gerektiği anlamına gelir. Bu vizyonlar genellikle bir ulus devlete ya da bir devletler kümesine özgüdür. Bu türden bariz bir örnek, 1989 öncesi sosyalist kampın, karşılaştırmaların yapılmasını ancak ‘aile içinde’ gerçekleşmesi halinde geçerli saymasıdır. Dolayısıyla, sosyalist karşılaştırmalı hukukçuların, muhtemelen ‘karşılaştırılabilir’ teriminin ‘benzer’ anlamına geldiğini düşünerek, hukuki aileler arasında karşılaştırmalı hukuk olasılığını reddettiklerini görüyoruz. Türkiye’de olduğu gibi resmî vizyonun, Batı kökenli yasaların ve sosyal reform yasalarının kabul edilmesiyle ortaya çıkan sahte bir sosyo-kültüre sahip bir Devlet, bir hukuk ve bir halk yaratmak olduğu başka örnekler de vardır. Böyle bir durumda da karşılaştırmalar sadece ‘mehaz-yasalar’ ile yapıldığında değer kazanabilirdi ancak mehaz kanunlarda daha sonra beklenmeyen/istenmeyen değişiklikler göz ardı edilebilir. Bu durum, ‘ayrılık’ ve ‘farklılığın’ kendi başlarına birer mal olarak değerlendirildiği izolasyonist bir yaklaşım yaratabilir. Karşılaştırmalı hukukçu bu alınan değerlerin neden alınacak sisteme bu kadar içkin olduğunu ve geçen yıllar boyunca köklerinden bu kadar koparıldığını, ‘mehaz-hukuk’ta değişiklikler olsa da iç hukukta yerli/toplumsal değerlerin ve yerel kültürün ayrılmaz bir parçası olarak

²⁴ İbid 18.

görüldüğünü nasıl açıklayacaktır? Yabancı kurum ile yerel kültür arasında nasıl bir ‘uyum’ vardır ki, ‘mehaz-hukuk’ değişse de Türkiye’de hukuk değiştirilemedi? Türkiye’de karşılaştırmalı hukukçunun rolü, ‘öteki’ne maruz kalmanın uygunluğunu göremeyen hedef kitlenin gözünde büyük ölçüde azalmıştır. Hatta ‘öteki’ni göz önünde bulundurmamak vizyona zarar verici olarak bile görülebilir.

Bana kalırsa, karşılaştırılabilir konular bakımından mukayeseciliğin bir sınırı olamaz. Bazen sistem odaklı konuların karşılaştırılmaz olduğu veya kültüre özgü konuların ele alınmaması gerektiği iddia edilse de ben şahsen tüm konuları ortaya koymanın karşılaştırmalı hukukçunun görevinin bir parçası olduğuna inanıyorum. Bazı konuların ‘karşılaştırmaya elverişli olmadığını’ kabul etmiyorum. Örneğin, daha önce pek çok kişi tarafından karşılaştırmaya uygun olmadığı düşünülen aile hukuku, Avrupa’da artık uyumlaştırmanın gerekli ve uygulanabilir olduğu ölçüde bazı yönleriyle görüş birliğinin ortaya çıktığı bir alandır²⁵. Kamu hukuku alanları da aynı şekilde eskiden karşılaştırmalı hukukçular için ‘gidilemez alanlar’ olarak görülmekteydi, ancak bugün bu alanlarda yoğun bir karşılaştırmalı faaliyet söz konusudur. Avrupa Anayasası, eğer nihayetinde inşa edilecekse, ‘çeşitliliği içinde içkin’ bir Avrupa inşa etmek için tüm üye devletlerin anayasal geleneklerinin ve ABD Anayasasının kapsamlı bir şekilde karşılaştırılmasını gerektirir.

Karşılaştırmalı hukukçunun ilgi alanı konu seçimini belirler. Herhangi bir konuyu araştırabilir. Örneğin, belirli bir alanda ‘asla ikisinin bir araya gelmeyeceğini’ göstermek isteyebilir, ancak bunu önce karşılaştırmalı araştırma yaparak belirleyebilir. Buradaki tek sınır, bir kurumun benzersiz olması olabilir, ancak karşılaştırmalı hukukçu önce karşılaştırmalı bir araştırma yapmazsa bunu nasıl keşfedebilir?

B. Diğer Zorluklar

Günümüzde karşılaştırmalı hukuk, yukarıdaki tablodan kaynaklanan önemli konuları değerlendirmekte ve yoluna devam etmektedir. Karşılaştırmalı hukukun ufku değişiyor ve dönüşüyor. Karşılaştırmalı hukukçular bu yeni ve farklı dünyaya mevcut stratejileriyle nasıl girebilir, bu stratejileri geliştirerek veya değiştirerek farklılıklara nasıl uyum sağlayabilir ve böylece karşılaştırmalı analizin kapsamını geleneksel olarak ele alınan yetki alanlarını ve konuların ötesini nasıl genişletebilir? Çağdaş karşılaştırmalı hukuk, şimdiye kadar ele alınandan kökten farklı olacak bir Dünya için yeni bir şey söyleyebilir mi? Günümüzde karşılaştırmacıların en çok ilgisini çeken olguların temelinde yatan fikirlerin ve kurumların sınır ötesi hareketliliğini ve karşılıklı etkiyi tam olarak analiz etmek, karşılaştırmalı hukukçuların görevlerinden biri olmalıdır. Şimdi çeşitli zorunlukların ele alınması gerekmektedir.

²⁵ Avrupa Aile hukuku özet çalışması için bkz Katharina Boele-Woelki, ‘The Commission of European Family law: Taking Stock after almost Twenty Years’, (2019) Journal of International and Comparative Law, Special Issue: E, 233–244.

İlk zorluk, karşılaştırmalı hukukçuların yakınsama ve uzaklaşmaya ilişkin mevcut endişelerinin, hukuki fikir ve kurumların ithalat ve ihracatçıları için sorunları ve ödünç almalardaki uyumsuzluğu yapıcı bir şekilde ‘Eleştirel Karşılaştırmalı Hukuk’ olarak ele alması gerekliliğidir. ‘Eleştirel Karşılaştırmalı Hukuk’ terimi, ‘Geleneksel Karşılaştırmalı Hukuk’, ‘Hâkim Karşılaştırmalı Hukuk’ veya ‘Muhafazakâr Karşılaştırmalı Hukuk’ terimlerinin doğrudan karşıtı olarak kullanılabilir. Gelecek, hem karşılaştırmalı hukukun algılanması ve uygulanmasında hem de hukuk ve sosyokültürel olguları araştıran düzen disiplinleriyle etkileşimde değişiklikler gerektirmektedir. Diğer disiplinlere hizmet etmeye devam ederken, karşılaştırmalı hukuk bağımsız kalacak ve yeni vizyonlar ve yeni gündemler geliştirecek, böylece görüş alanını da genişletecektir²⁶.

İkinci zorluk ise karşılaştırmalı hukukun hukuk sistemlerinin sınıflandırılmasına yeni bir yaklaşım getirmesidir. Son yirmi yılda karma sistemlere ve hukuki çoğulculuğa olan ilgi artmıştır. İster gizli ister açık olsun, tüm hukuk sistemlerini karma olarak görüyorum ve bunları bileşenlerin orantılı karışımına göre gruplandırmayı öneriyorum. Tüm sistemler örtüşme olarak daha iyi anlaşılabilir. Benim şemam, Avrupa merkezli karşılaştırmacılar tarafından uzun süredir ihmal edilen Malezya, Singapur, Burma, Tayland ve diğerleri gibi sistemlerin sınıflandırılmasını da kolaylaştırmaktadır. Güney Doğu Asya’nın tamamına bu yaklaşımla daha iyi hizmet edilebilir. Aktarımların, dallanmaların ve alt grupların bir sonucu olan tüm sistemler bu yaklaşımla ele alınabilir ve örtüşmeler açıkça görülebilir²⁷.

Üçüncü zorluk -ikinciyle bağlantılı olsa da- çok sayıda hukuk sisteminin ‘sıra dışı’ yerlerde olmasıdır²⁸. Bugün karşılaştırmalı hukukçuların karşı karşıya olduğu sorunlar, ‘hukuk kültürdür ve hukukçular kendi kültüründen başka kültürleri anlayamazlar’, ‘hukuk tarihi karşılaştırmalı hukukçu için tek yoldur’, ‘hukuki değişimin tek gerçek açıklaması hukukun ekonomik analizidir’ ya da ‘karşılaştırmalı hukuk, hukuk teorisi olmalıdır; bu nedenle diğer hukuku anlamak için karşılaştırmalı hukuk uzmanı olmalıyız’, ‘bildiğimiz şekliyle karşılaştırmalı hukuk yenilenme ile rekabet edemez’ ya da ‘nakiller imkânsızdır’ gibi ifadelerin arkasına saklanarak çözülemeyecektir. Bu yaklaşımlara pek çok meslektaşımızın yazılarında rastlamak mümkündür. Göç ve ‘farklılık’ gerçeğini görmezden gelemeyiz, duruşumuz ne olursa olsun, bu ‘sıra dışı’ yerlere gitmeye hazır olmalıyız. ‘Sıra dışı zamanlarımızda’ hayati önem taşımaktadır. Bu yerler sadece bölgecilerin ve antropologların ya da sadece kültürel çalışmaların konusu olmamalıdır.

²⁶ Örneğin, canlı ve yenilik dolu 10 katkı için bkz Esin Öricü & Sue Farran (eds), (2019) 6(2) Journal of International and Comparative Law, Special Issue: The Relevance of Comparative Legal Studies in the Twenty First Century.

²⁷ Bkz Esin Öricü, ‘Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach’, in Mark Van Hoecke (ed) *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Hart Publishing, European Academy of Legal Theory Series 2004, Chapter 18, 359–375).

²⁸ Olağanüstü kavramı için bkz Esin Öricü, ‘Comparatists and extraordinary places’, in Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press 2003) 467–489.

Açıkkçası, daha temelde yatan farklılıklar, sosyo-kültürler ve değerlerle ilgili olanlardır. Hiçbir zaman kişiye özel bir model olamayacağı gerçeğiyle yaşamak zorundayız; model ile alıcı arasında mükemmel bir eşleşme mümkün değildir ve bir dereceye kadar uyumsuzluk kaçınılmazdır. O halde asıl soru şudur: ‘Bu uyumsuzluk nasıl ele alınacaktır? Alıcının hayal gücü ve yaratıcılığı üzerindeki alım gücüyle, yani ‘akort’ ile ele alınabilir mi? Yeni yüzyılın bilimi olarak karşılaştırmalı hukuk burada derinlemesine yer almalıdır.

Karşılaştırmalı hukukun işlevi, hukuk sistemleri ve kültürel sistemlerin gerçekten de ‘birlikte ayrı yaşayabileceği’ anlayışıyla köprüler kurmaktır. Bu nedenle, ‘sıra dışı’ yerlerde karşılaştırmalı hukuk, herhangi bir uyumsuzluğu analiz edip ayarlayarak ve böylece aktarımı kolaylaştırarak bu ‘köprü kurma’ rolünü yerine getirebilir. Ancak sosyalist, dini ya da geleneksel gibi farklı geleneklerden gelen hukuk sistemleri için özellikle endişe verici olmalıdır. Örneğin Özbekistan’da ABD Tekdüzen Ticaret Kanunu’nu ya da Kırgız Cumhuriyeti’nde Alman İflas Kanunu’nu düşünün. Bu tür meseleler, yüzyıllar boyunca sivil ve örfi hukuktan, yani “olağan” modellerden gelen hareketlere maruz kalmış olan “sıra dışı” yerlerdeki hukuki ve sosyal sistemler için büyük önem taşımaktadır.

Zihniyet engeli nasıl aşılabılır? Avrupa’da bu engel, bir Avrupa birliği direktifinin yürürlüğe konması gibi üzerinde çok az müzakere alanı bulunan bir rolün ya da çözümün kabul edilmesi ilkesinden ziyade, neyin kabul edildiğinin niteliği ve nasıl kabul edildiğinin tekniği ile ilgilidir. Dolayısıyla, asıl mesele ilacı reddetmek değil, ilacın nasıl alınacağıdır.

Dördüncü zorluk ise ‘sıradan’ yerlerden pek çok modelin kendi ürünlerini ‘sıra dışı’ yerlere satmak için yarışıyor olmalıdır. Örneğin, yeni Hollanda Medeni Kanunu’nun Rus Medeni Kanunu’nun hazırlanması için Rusya’da tercih edilen bir model olarak rekabeti kazandığını ve ABD, Avrupa Birliği ve Avrupa Birliği’nin münferit üye devletlerinin sistemlerinin şu anda ‘güç profillerine’ ve hâlihazırda geçiş sürecinde olan Orta ve Doğu Avrupa’daki sistemlerle önceki temaslarına göre rekabet ettiklerini biliyoruz²⁹. Geçmişte Hollanda’nın kendisi de bir ithalatçı ülke olduğundan ve 1992 tarihli yeni Hollanda Medeni Kanunu’nun kendisi de Alman, Fransız ve İngiliz Kanunlarından etkilendiğinden, zaman zaman Hollanda hukuku ihracat görevini yerine getirmek için iyi donanımlı bir ideal gibi görünmektedir. Karşılaştırma çalışmaları yoluyla bu sonuç ortaya çıkmıştır³⁰. Bu faktörler, ideal bir model ve ilham kaynağı olarak çekiciliğin bir parçasıdır. Sonuç olarak, Hollandalı hukuk danışmanı

²⁹ Bkz. Ádám Fuglinszky, (2019) ‘Applied Comparative Law in Central Europe’, in Esin Örücü & Sue Farran (eds), (2019) 6(2) *Journal of International and Comparative Law*, Special Issue: The Relevance of Comparative Legal Studies in the Twenty First Century, 245–272.

³⁰ Jan Smits, ‘Systems Mixing and in Transition: Import and Export of Legal Models: The Dutch Experience’, in EH Hondius (ed), *Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law* (Intersentia Rechtswetenschappen 1998) 63.

Amerikan, Alman ve İtalyan uzmanlarındakinden daha önemli bir rol oynamaktadır. Örneğin, en ‘sıra dışı’ yerlerden biri olan Ermenistan’da, Hollandalı, Amerikalı ve Ermeni uzmanlar, Avrupa Konseyi ile işbirliği içinde ve ağırlıklı olarak Hollanda’nın etkisi altında yeni Ceza Kanunu’nun hazırlanmasında görev almışlardır³¹.

Kendileri modernleşmeye çalışırken bile, ‘sıradan’ olarak adlandırılan yerlerin hukuk sistemlerinin bugün ‘sıra dışı’ yerlere ithal edilmek üzere seçilmek için nasıl rekabet ettiklerini görüyoruz. Orta ve Doğu Avrupa, Asya ve Afrika sistemleri için ithalat süreci ciddi sorunlar yaratabilir. Örneğin, Hollanda modeli Rusya’da nasıl karşılanacak? Mevcut bir ‘karışım’ sahip bir yetki alanı daha iyi bir model olabilir ve alıcılar için daha kabul edilebilir olabilir.

Beşinci olarak, başarılı bir aktarım ve verimli bir çapraz döllenme için benzerliğin şart olmadığını belirtmeliyiz. Sosyo-kültürel ve yasal-kültürel farklılıkların uyumsuzluğun en ciddi nedenleri olduğunu biliyoruz. Yine de ulusal kurallar arasındaki farklılıklar, yasal-kültürel ve sosyo-kültürel farklılıkların bunların içselleştirilmesini ve etkinliğini etkileme tehlikesine rağmen, yanlış anlaşılmanın nakledilebilmesini kısıtlamıyor gibi görünmektedir ve alıcı sistemin insanları tarafından normların ve standartların içselleştirilmesi başarı için çok önemlidir. Bir diyalog imkânı olarak uyum, farklılıkların ortadan kaldırılmasıyla olduğu kadar farklılıkların takdir edilmesiyle de sağlanabilir. İletişim ve konuşma hareket halindeyken, uyumsuz gibi görünen unsurlar arasında çapraz döllenme kolaylaşır ve yanlış anlaşılma başarılı bir şekilde aktarılabilir. Beklenmedik gelişmeler ortaya çıkarsa, bunlar da ilerlemenin bir parçası olarak görülmelidir.

Ortak insanı sorunlar, çözümleri için hukuk sistemlerinin benzer tepkiler vermesini gerektirmekte, dolayısıyla hukuk sistemleri ve mahkemeler bu tepkileri geliştirmek amacıyla ilham almak için diğer yargı alanlarına bakmaktadır. Günümüzün küresel sorunları, küresel çözümlere veya birbiriyle ilişkili yerel çözümlere ihtiyaç duymakta ve hukuki fikirler ve kurumlar sınırları aşmaktadır. Hukukun yerleşik kavramsal ve analitik çerçeveleri, resepsiyonların rolü ve değeri, yakınsama ve uzaklaşma teorileri, karşılaştırmalı hukukun dinamizmi, hukuk ailelerinin sınıflandırılması ve hukuk sistemi kavramının kendisi değişmektedir.

İçinde bulunduğumuz dönem, ihracatçıların kozlarını elinde tuttuğu koşullarda ithalatın ‘gönüllü’ faaliyetlerinin dayatıldığı dönemlerden biridir. Bu faaliyet hızlandıkça, ‘sıra dışı’ yerlerdeki sistemler yarının ‘sıradan’ sistemleri ve karşılaştırmalı hukukçular için laboratuvar haline gelecektir. Daha fazla entegrasyon olmasa da daha fazla uyum olacaktır. Gelecek, ‘tekdüzelik yoluyla birlik’ yerine ‘çeşitlilik’ ve ‘çeşitlilik içinde birlik’ yolundadır. ‘Sıradan’ yerler ana bilgi odağı olmaktan çıktıktan sonra, ‘sıra dışı’ yerlerde yeni bir ‘karışım türü’ ‘sistem-izleme’nin odağı

³¹ ibid 57.

olacaktır. Karşılaştırmalı hukukçular için bu sıra dışı yerler, hukuk ve sosyo-kültür etkileşimini en iyi gözlemleyebilecekleri, analiz edebilecekleri ve anlayabilecekleri ve aktarımlarda ‘uyarılmanın’ değerini takdir edebilecekleri yerlerdir. Bir paradoks olarak, hâlihazırda karşılaştırmalı hukukçuların çalışmak için en az donanımına sahip oldukları yerler de bu ‘sıra dışı’ yerlerdir. Yarının karşılaştırmalı hukukçuları yeni çağa uyumlu bir eğitime sahip olmalıdır.

Dikkate alınması gereken altıncı zorluk, karşılaştırmalı hukukun teorik ve pratik olarak gelişmiş hukuk bilimi, yakınsama ve iç içe geçmenin yanı sıra çeşitliliğin takdir edilmesi, hukuk reformunda yabancı modellerin kullanılması ve hukuk ve kültür çalışmaları ile bağlantılı olacağıdır. Uyumlaştırma, kabullenme, sistemlerin karıştırılması ve sistemlerin yeniden tasarlanmasına yönelik yeni yaklaşımlar, yeni bir Avrupa, Orta ve Doğru Avrupa, Common law, Afrika ve Uzak Doğu karşılaştırmalı hukukçularının ana ilgi alanları olacaktır. Ayrıca yeni ilgi alanları da karşılaştırmalı araştırmaların yeni konularını oluşturacaktır³².

Yeni yüzyılımızda karşılaştırmalı hukuk, hukuki muhakeme modelleri sunarak, nerede olurlarsa olsunlar, geçiş sürecindeki sistemlere yapısal değişim imkânı sağlayacaktır. Karşılaştırmalı hukuk iletişimle ilgili olduğu için bu alandaki rolü güçlenecektir. Bu iletişimin dilini sağlayarak, hukuk bilimcilerinin bütünsel bir iletişim içine girmelerine olanak tanır. Karşılaştırmalı hukuk araştırmaları aynı zamanda hukuki kurumların nasıl birbirine bağlandığını, çeşitlendiğini ve yer değiştirdiğini de ortaya koymaktadır. Karşılaştırmalı hukukçular, konularını hem coğrafi hem de maddi anlamda geleneksel alanların ötesine taşıyarak hukuk sistemlerini ve hukuk ailelerini yeniden değerlendirmektedir. Daha da geniş bir entelektüel gündemle, karşılaştırmalı hukuk, hukuki anlayış için temel bir araç olmaya devam edecektir.

Karşılaştırmalı hukuk ve kültürün birleşimi 1970’lerde ‘hukuk ve toplum çalışmaları’, 1980’lerde ise ‘hukuk ve popüler kültür’ biçimini almıştır. 1990’larda ise temel amacı çok kültürlülük, entegrasyon ve hukuki çoğulculuğun daha iyi anlaşılmasını sağlamak olmuştur. Bugün, antropologlar ve sosyologların ortaya çıkan karmaşıklıkları ve sorunları sorguladığı, büyüyen etkileyici bir literatür var. Kültürle ilgilenen akademisyenler arasında yukarıda bahsedilen ‘karşıt meydan okuma’ destekçilerinin çoğunluğunu görüyoruz. Yasama organları tarafından dayatılan monolitik değer sistemleri altında hayatta kalan kültürlerin çatışmasından en çok endişe duyanlar onlardır. ‘Hukuk ve kültür’ çalışmalarının ‘ılımlı’ bir biçimi, hukuki olguların ‘derin düzeyde’ anlaşılması için araçlar sağlayarak karşılaştırmalı hukuku geliştirecektir, ancak bu post-modernist kültürel göreceliğin ‘aşırı’ bir hali ters etki yaratabilir ve karşılaştırmalı hukukçuları ‘ölçülemezlik’ çıkmazına götürebilir.

Somut sonuçlar ve entelektüel canlılık söylemi daha da ileriye taşıyacak ve

³² Daha fazla katkı için bkz. *JICL* 2019, (n 26).

karşılaştırmalı hukukçuların çalışmalarının piyasa değeri artacaktır. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukuk bağımsız karakterini korumalı ve ‘karşılaştırmalı içtihat bilimi’, ‘tarihsel karşılaştırmalı hukuk’, ‘karşılaştırmalı kültürel çalışmalar’, ‘karşılaştırmalı hukuk ve ekonomi’ veya başka bir tür ‘karşılaştırmalı hukuk ve...’. Karşılaştırmalı hukuk, bu tür kombinasyonlara ek faydalar sağlayabilse de bu tür perspektiflerin başlıkları içinde ayrı ve kendine özgü konumunu korumalıdır. Konumuzun kapsamını genişletmek adına, yüzyılımız için daha uygun bir başlık, karşılaştırmalı hukuk ve...’ önerilerine de meydan okuyacak olan karşılaştırmalı hukuk çalışmaları olabilir.

Karşılaştırmalı hukukun yoğun olarak kullanıldığı Avrupa Birliği’nde, başlıca görevleri ‘new *ius commune*’ çalışmalarıdır. Entegrasyonu kolaylaştırması ve yakınsamanın temeli olarak karşılıklı etkiyi ortaya koyması istenmektedir. Burada görevi, medeni hukuk ile örf ve adet hukukunu uzlaştırmanın yollarını bulmak ve Avrupa Kanunlarının oluşturulmasına yardımcı olmaktır. Ek bir özel görevi de ulusal ve Avrupa mahkemelerinde bir inşaa aracı olarak hareket etmektir.

Ancak Avrupa, karşılaştırmalı hukuku aynı zamanda hukuki fikirlerin ve kurumların ihracı ve başka yerlerde hukuk reformuna yardımcı olmak için bir araç olarak görmektedir. Batı Avrupa hukuk sistemlerinin rakip modelleri, karşılaştırmalı hukukçuların yardımıyla ikna edici bir şekilde sergilenmektedir- ki bu da bir başka görevdir.

Bir diğer zorluk ise son yirmi yılın sloganı olan “küreselleşmenin” karşılaştırmalı hukukun değerini azaltacağı iddiasıyla ilgilidir. Bu yanlış bir görüştür. Aslında durumun tam tersi olduğu kanıtlanmaktadır. Yerelleşme konusuna artan bir ilgi vardır. Hem yerel olan hem de yerel olanı inceleyenler yerelleşmeyi savunmaya ihtiyaç duymaktadır. Bütünleşme eğilimi odağı farklı olana ve onun değerine kaydırmaktadır. Böylece, karşılaştırmalı hukuk küreselleşme hareketinin vazgeçilmezi haline gelecektir, çünkü küreselci standartlar yaratma çabası içinde yerelleştirilmiş istisnalara olan ilgi de artacaktır. Buna ek olarak, William Twining’in dediği gibi: “küreselleşme süreçleri eski milliyetçiliği canlandırmakta, kültürel çatışmaları şiddetlendirmekte ve değerlerin ve fikirlerin küreselliği konusunda post-modern şüpheciliği teşvik etmektedir³³. Bir arada yaşamayı ve uyumu kolaylaştırmak için, karşılaştırmalı hukuk bu çeşitliliğin anlaşılması için elzem olacaktır. Daha sınırlı bir odak ve gerçekçi bir vizyon, “farklılıklar” arasındaki ‘benzerlikler’ ve ‘farklılıkların’ uyum içinde bir araya getirilmesi üzerine inşa edilmelidir.

Bir başka zorluk da ‘daha iyi yasa’ veya ‘daha iyi çözüm’ bulmaya yönelik tartışma arayışıyla ilgilidir. ‘Daha iyi hukuk’ yaklaşımı nedir, değeri nedir ve uygulanabilir mi? Bu, karşılaştırmalı hukukçuların ele alması gereken bir alan mıdır? Avrupa’da

³³ William Twining, ‘Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition’, in Ian Edge (ed), *Comparative Law in Global Perspective* (Transnational Publishers 2000), 21.

uyumlaştırma projelerinde yer alanların önünde bir dizi seçenek var. Birincisi, statükoyu korumak: uyumlaştırmamak; ancak dünya çapında değişen sosyal, dini ve ekonomik koşullar yerelliği küreselliğe doğru ittikçe ve tek tük nakiller gerçekleştikçe zaman içinde yakınsamanın gelebileceğini ummak. İkinci seçenek ise ‘ortak bir çekirdek’ için çabalamaktır. Böyle bir çabada ideal olan en yüksek ortak paydada buluşmak olsa da, en düşük ortak payda ya da ortalama bir çözüm de kabul edilebilir. En yenilikçi ve ilerici seçenek, mevcut çözümlerin, uyumlaştırmacıların gözünde en ‘ilerici’ veya ‘modern’ olan yargı alanlarından biri tarafından sunulan bir çözümle veya istenen sonucu üretmek için yeni tasarlanmış bir çözümle değiştirilmesini gerektiren ‘daha iyi yasa’ yaklaşımı olacaktır. Örneğin çocuk hukuku söz konusu olduğunda, ‘çocuğun yüksek yararı’ testinin böyle bir girişimin sonucu olduğu söylenebilir.

Burada karşılaştırmalı hukukçunun rolü yadsınamaz. Tüm bu faaliyetlerin önündeki en büyük engel, hatta yerelcilikten kaynaklanan dirençten daha önemlisi, bu hareketin meşruiyeti ve dolayısıyla gerekçelendirilmesidir. ‘Daha iyi yasa’ yaklaşımı, taslak hazırlamada yaratıcılığa yer bırakır ancak örneğin demokratik eksiklik sorunuyla yüzleşmek zorunda kalabilir. Bu tür çalışmalar akademik olduğunda, fikirlerin belirli bir ‘akademik itibara’ dayalı olarak satılması daha kolaydır. Yine de, bu ciddi olarak düşünülmeli gereken bir konudur.

Birçok cevabın ideolojik boyutları ve ‘kültürel kısıtlamalar’ argümanı, ‘ortak insan hakları kavramları’, ‘ortak değerler geleneği’ veya ‘temel ilkelerin evrenselliği’ iddialarına karşı tartışılmalıdır. Umut, uzun vadede işlevsel pragmatizm ve kozmopolitizmin galip gelmesidir. Böylesine uygun bir alıcı ortam nasıl yaratılabilir? Bu sorunun yanıtı, örneğin, ulusal mevzuatın yerini almayacak ama ona paralel olarak işleyecek Avrupa çapında standartların oluşturulmasında yatıyor olabilir. ‘Uygulanabilir bir başlangıç noktası, ilk başta kültüre özgü yönleri bir kenarda tutmak, geri kalanını uyumlaştırmak ve ardından kademeli olarak alanı kapsamaya çalışmak olacaktır³⁴. Ancak her zaman akılda tutulması gereken husus, ‘Avrupa düzeyinde tek tip yasal standartların kendi başlarına etkili yasal sistemler oluşturmayacağıdır. Hukuk kurallarına yüksek düzeyde gönüllü uyum sağlamak hayati önem taşımaktadır³⁵. Avrupa’nın ötesini düşündüğümüzde bu konu daha ciddi bir hal almaktadır.

Uzun vadede, karşılaştırmalı hukukun geleceği teorik ve pratik olarak çeşitliliğin takdir edilmesine ve mümkün olan yerlerde ortaklığın sağlanmasına bağlı olacaktır. Burada temel bir noktanın yenilenmesi gerekmektedir. Açıkçası, hukuk sistemleri arasında benzerlikler aramakta kesinlikle yanlış bir şey yoktur. Aslında, sistemler

³⁴ Esin Örücü, ‘A Family Law For Europe: Necessary, Feasible, Desirable?’ in Katharina Boele-Woelki (ed), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (Intersentia 2003) 571

³⁵ ibid 572.

ne kadar farklı olursa, benzerlikleri keşfetmek o kadar ilgi çekici olur. Birbirine yakın hukuk sistemleri arasında benzerlikler bulmak, uyumlaştırma ve daha da ötesi yasaları birleştirme çabalarında, hukuk sistemlerini gruplandırmada ve yakınsama teorileri oluşturmada faydalıdır. Bu tür çabalarla, yeni ortaya çıkan sorunlara çözüm ararken kullanılmak üzere bir model havuzu sağlanabilir. Birbirine yakın olmayan hukuk sistemleri arasında benzerlikler bulmak, daha geniş uygulama alanı olan teoriler geliştirmemize ve gelecekteki aktarımlara yardımcı olabilir. Aynı zamanda, hukuk sistemleri arasında farklılıklar aramakta da hiçbir sakınca yoktur ve sistemler ne kadar benzer olursa, farklılıkları keşfetmek de o kadar ilgi çekici olur. Bu keşifler, hukuk ve kültür ilişkisine dair teorileri test etmek, yani kültürün hukuk ve hukukun kültür üzerindeki etkisine dair anlayışımızı geliştirmek amacıyla, özellikle de görünüşte benzer olanlar arasındaki farklılıkların araştırılması ve açıklanmasına katkı sağlaması için, ‘sıra dışı’ yerlere, hukuk ve kültür arasındaki uyumsuzlukların nasıl çözülebileceğine odaklanmalı ve aynı zamanda karşılıklı etki ve aktarıma aktif olarak dâhil olmalıyız. Tüm bunlar yirmi birinci yüzyıla damgasını vuracaktır. Yanlış olan, sadece benzerlikleri arayıp farklılıkları gözden kaçırmak ya da sadece farklılıkları arayıp benzerlikleri gözden kaçırmaktır.

D. Son Söz

Özetlemek gerekirse: karşılaştırmalı hukukçu, özel hukuk ve normatif-hukuk sistemleri dışındaki sistemlere ilgi duymalıdır. Bağlamla, karma sistemlerle, geçiş ve oluşum halindeki sistemlerle, hukuki çoğulculuklarla, Avrupa’nın ötesine ve hem ‘olağan’ hem de ‘olağanüstü’ sistemlere bakmakla, aktarımlarla ve hukuku akortçularının rolüyle, ‘daha iyi hukuk’ yaklaşımıyla, sınıflandırmaların yapı söküne uğratılmasıyla ve ‘soy ağaçları’ yaklaşımı gibi hukuk sistemlerine yönelik diğer yaklaşımların inşasıyla, ‘karşılaştırmalı hukuk ve...’ çalışmalarıyla ve ‘benzer’ ve ‘farklı’ olanın inceliklerini deşifre etmekle ilgilenmelidir—bunların hepsi zorlu görevlerdir.

Başta da belirttiğim gibi, geçtiğimiz yüzyılda, karşılaştırmalı hukukçuların ‘diğer meslektaşlarını kısıktandıracak’ ayrıcalıklara sahip olduğu söylenirdi. Yeni yüzyılımızda, daha da ileriye gittiğimizi ve konumuzun popüleritesinin gerçekten de arttığını görüyoruz. Karşılaştırmalı hukuk artık sadece aralarındaki ikilemi çözmek ya da bir çıkmazı vurgulamak amacıyla Kıta Avrupası hukuku ile Anglosakson hukukunu karşılaştırmamızın bir yolu değildir. Sadece özel hukukçuların sofistike bir aracı da değildir. Zira “Karşılaştırmalı hukuk nedir?” sorusu hala şaşırtıcı cevaplar alabilmektedir. Geçmişte olduğu gibi, karşılaştırmalı hukuk esasen ‘tartışmalı bir proje’ olmaya devam etmektedir. Bağlamsal anlamda bir kelime ya da bir kavram olarak ‘Karşılaştırmalı hukuku’, tanımlamak zor olabilir ama bu sadece onların kullanımına göre belirtilmesi şeklinde anlanmamalıdır.

Yarının karşılaştırmalı hukuku, deforme olmuş görüntülerin düzeltilebileceği ve perspektifteki çarpıklıkların netleştirilebileceği bir ‘açı’ sağlayabilirse³⁶, o zaman hukuk ve toplum olgusunun tüm karmaşıklığıyla zenginleştirilmiş bir şekilde anlaşılmasına katkısı paha biçilemez olacaktır.

Yirmi birinci yüzyılda karşılaştırmalı hukukun değişen ufku, yakınsamaya yardımcı olmanın yanı sıra çeşitliliğe yardımcı olmanın yollarını da ortaya koymaktadır. Değişen ufuklar, ahenk ve uyumun hem ‘bütünleştirici’ karşılaştırmalı hukuk çalışmaları hem de ‘ayırımsal’ karşılaştırmalı hukuk çalışmaları yoluyla sağlanabileceğini ve uyumun gerçekten de çeşitlilik içinde bulunabileceğini göstermektedir. Karşılaştırmalı hukuk çalışmaları aracılığıyla iletişim ve karşılıklı konuşma devam ettiği sürece çapraz dölleme ve yatay aktarımlar olacaktır. Bu sadece yasalara ilişkin anlayışımızı derinleştirebilir.

“Geleneksel”, “muhafazakar” ya da “ana akım” olarak adlandırılan karşılaştırmalı hukuk, yerini “eleştirel karşılaştırmalı hukuk”a bırakmasa bile, bu hukuku tamamlayacaktır. ‘Eleştirel karşılaştırmalı hukuk’ tüm görüşlere hâkim bir bakış açısında kalmalıdır. Karşılaştırmalı hukukçular konularına tek sesli, hatta eş sesli bir doku olarak değil, çok sesli bir doku olarak yaklaşmalıdır. İster benzerlik ister farklılık ister yakınsama ya da uzaklaşma olsun, gerçekte var olan analiz edilmeli ve vurgulanmalıdır. Karşılaştırmalı hukukun akademisyenler, öğrenciler ve uygulayıcılar için değeri ancak yüzyılımızda artabilir.

Küreselleşme, tüm örtüşmeleri ve karışımlarıyla yerelliği güçlendirecektir. Farklılıklar takdir edilmeli ve korunmalı, ancak ortak noktalar da aranmalıdır. Gelecek, hukuk mesleklerinin, hukuk mesleğinin, yargıçların ve hukuk bilimcilerinin düşünme biçimlerinin ‘uluslararasılaşmasını’ ve ‘küreselleşmesini’ gerektirmektedir. Karşılaştırmalı hukuk bunun doğal köprüsü olacaktır. Sistem sınıflandırmasına yeni bir yaklaşım şarttır, mevcut yaklaşım artık ömrünü tamamlamıştır³⁷.

1983 yılında Hans Baade, ABD’de karşılaştırmalı hukuk öğreten akademisyenlerin tipik ve daimî şikâyetinin şu olduğunu söylemiştir: Meslektaşlar yabancı hukukla ilgilenmiyor; öğrenciler etnosentrik hödükler, baro tek dilli taşralılardan oluşuyor, dekanlar yurtdışı seyahatlerini finanse etmiyor, kimse karşılaştırmalı hukuk dersi almıyor³⁸. Ona göre, tüm bunlar bir yerlerde doğrudur ama her yerde doğru değildir ve resim değişiyordu. Bugünün iyimser mesajı ise her şeyin daha iyiye gidebileceği yönünde.

³⁶ Esin Örücü, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking No 59 [Preliminary Report for the Dutch Association of Comparative Law] (Deventer, Kluwer 1999), 132.

³⁷ Van Hoecke, ‘Do “Legal Systems” Exist? The Concept of Law and Comparative Law’, Chapter 3, in Seán Patrick Donlan and Lukas Heckendorn Urscheler (eds), *Concepts of Law, Comparative, Jurisprudential and Social Science Perspectives* (Juris Diversitas Series, Ashgate 2014), 43–58.

³⁸ Hans W Baade, ‘Comparative Law and the Practitioner’, (1983) 31(3) *The American Journal of Comparative Law* 499–510, at 508.

Bu çalışma uyarıcı bir notla sona ermelidir. Açıkçası, yeni yüzyılımız ‘karşılaştırmalı hukuk çağı’ olsa da karşılaştırmalı hukukun tüm dertlerimize deva olmadığını unutmamalıyız. Yine de karşılaştırmalı hukukçu temel aktör olmaya devam edecektir. Hem kendisini, yani içsel zorlukları hem de konusunu, yani dışsal zorlukları köleleştiren sınırlamaları aşmak için çaba göstermelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Alexy, Robert: The Nature of Arguments about the Nature of Law, in Lukas H Meyer, Stanley L Paulson, and ThomasWPogge (eds), *Rights, Culture, and the Law* (Oxford University Press 2003).
- Baade, Hans W. : ‘Comparative Law and the Practitioner’, (1983) 31(3) The American Journal of Comparative Law 499–510,
- Boele-Woelki, Katharina: ‘The Commission of European Family Law: Taking Stock after Almost Twenty Years’, (2019) Journal of International and Comparative Law, Special Issue.
- Boele-Woelki, Katharina: , ‘The Commission of European Family law: Taking Stock after almost Twenty Years’, (2019) Journal of International and Comparative Law.
- Constantinesco, Leontin Jean: *Traite de Droit Compare, La Methode Comparative*, Tome II (Librerie Generale de Droit et de Jurisprudence (1974), 261-289.
- De Groot, Gerard- René: The quality of bilingual disctionaries, (2000), 7, Maastricht Journal of European and Comparative Law.
- Du Plessis, Jacques: ‘Fairness and diversity in the South African law of contracts’, in Sean Patrick Donlan and Jane Mair (eds), *Comparative Law: Mixes, Movements, and Metaphors* (Juris Diversitas Series, Routledge 2020) Chapter 4, 47–66.
- Fuglinskzy, Ádám: Applied Comparative Law in Central Europe’, in Esin Örucü & Sue Farran (eds), (2019) 6(2) Journal of International and Comparative Law, Special Issue: The Relevance of Comparative Legal Studies in the Twenty First Century, 245–272
- Gressner, Volkmar: ‘Global Legal Interaction and Legal Cultures’, (1994) 7 Ratio Juris.
- Grossfeld, Bernhard: *The Strength and Weakness of Comparative Law*, (trans) Tony Weir (Clarendon Press 1990) 101.
- Gutteridge, Harold Cooke: ‘The comparative aspects of legal terminology’, (1938) 12 Tulane Law Review 401–411.
- Hoecke, Van : ‘Do “Legal Systems” Exist? The Concept of Law and Comparative Law’, Chapter 3, in Seán Patrick Donlan and Lukas Heckendoon Urscheler (eds), *Concepts of Law, Comparative, Jurisprudential and Social Science Perspectives* (Juris Diversitas Series, Ashgate 2014), 43–58.
- Jamieson, Nigel: ‘Source and Target-Oriented Comparative Law’ (1996) 44 American Jorunal of Comparative Law.

- Kahn-Freund, Otto: 'Comparative Law as an Academic Subject' (1966) 82 *Law Quarterly Review*.
- Klami, Hannu Tapans: 'Comparative Law and Legal Concepts', in. Oikeustiede Jurisprudentia, ost- (1981) XIV Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Uosikirja (Vammala 1981) 67-166;
- Lasser, Mitchel De S.-O.-L'E.: 'The question of understanding' in Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press 2003)
- Legrand, Pierre: Fragments on Law-as-Culture (Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, 13.
- Legrand, Pierre: *Fragments on Law-as-Culture* (Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 1999) 13.
- Moréteau, Olivier: 'The Words of Comparative Law' in. Esin Örücü & Sue Farran, (2019) 6 (2) *Journal of International and Comparative Law*, Special Issue: The Relevance of Comparative Legal Studies in the Twenty First Century.
- Neierkerk, Gardiol Van: 'Indigenous law and narrative: rethinking methodology', (1999) XXXII CILSA.
- Newmark, Peter: "Twenty-three restricted rules of translation", (1973) 12 *Incorporated Linguists*.
- Örücü, Esin: Symbiosis between Comparative Law and Legal Theory– Limitations of Legal Methodology (Erasmus Universiteit Rotterdam, Modedelingen van het Juridisch Instituut nr. 19, 1982).
- Örücü, Esin: The Enigma of Comparative Law- Variations on a Theme for the Twenty-First Century (Martinus Nijhoff Publishers 2004), Chapter 10.
- Örücü, Esin: 'Some Problems and Pitfalls in Researching Law in Foreign Jurisdictions', in. Peter Cserne, István H Szilágyi, Miklós Könczöl, Máté Paksy, Péter Takács and Tattay, S (eds), *Theatrum Legale Nvndi: Symbola CS Varga Oblata*, (Societas Aucti Stephani 2007) 339-359.
- Örücü, Esin: A Legal System Based on Translation: The Turkish Experience', (2013) 6 *J.Civ.L.Stud.*, 445–473,
(<https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol6/iss2/2/>.)
- Örücü, Esin: One into Three: Spreading the Word, Three into One: Creating a Civil Law System', (2015) 8 *J.Civ.L.Stud.*, 381–407, (<http://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol8/iss2/3>)
- Örücü, Esin: Methodological Aspects of Comparative Law', (2006) VIII (1) *European Journal of Law Reform*, 29–42.
- Örücü, Esin: 'Comparatists and extraordinary places', in Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press 2003) 467–489.
- Örücü, Esin: 'A Family Law For Europe: Necessary, Feasible, Desirable?' in Katharina Boele-Woelki (ed), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (Intersentia 2003).
- Örücü, Esin: *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking No 59 [Preliminary Report for the Dutch Association of Comparative Law] (Deventer, Kluwer 1999).
- Örücü, Esin, : 'Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach', in Mark Van Hoecke (ed) *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Hart Publishing, European Academy of Legal Theory Series 2004, Chapter 18, 359–375.
- Raz, Joseph: 'On the Nature of Law', (1996) *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1–25.

Smits, Jan: 'Systems Mixing and in Transition: Import and Export of Legal Models: The Dutch Experience', in EH Hondius (ed), *Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law* (Intersentia Rechtswetenschappen 1998)

Twinning, William : 'Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition', in Ian Edge (ed), *Comparative Law in Global Perspective* (Transnational Publishers 2000),

Weston, Martin: *An English Reader's Guide to the French Legal System* (Berg Publishers 1991).