



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 12.09.2019  
Revizyon Talebi: 18.11.2019  
Son Revizyon Tarihi: 13.01.2020  
Kabul: 13-01-2020

## İskandinav Hukukunun Belirleyici Özellikleri ve Dünya Hukuk Çevreleri İçine Yerleştirilmesi Sorunu

Koray Güven<sup>\*</sup>

### Öz

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde İskandinav hukukunun belirleyici özelliklerinin belirlenmesi ve açıklanmasına çalışılacaktır. Geniş anlamda İskandinav hukuku, İsveç, Norveç, Danimarka, İzlanda ve Finlandiya hukuklarını kapsamaktadır. Bu bağlamda bu hukuk düzenlerinin tarihsel gelişimleri, hukuk kaynakları, yargıç hukuku, yorum, hukuki düşünce biçimi, İskandinav hukukuna rengini veren pragmatizm ve realizm, hukuk eğitimi, hukukçuluk mesleği ve yargı teşkilatı göz önüne alınacaktır. Çalışmanın ikinci bölümü İskandinav hukukunu, dünya hukuk sistemlerinin sınıflandırmaları arasına yerleştirmeye yönelik bir girişimdir. Birinci bölümde tespit edilen ayırt edici özelliklere dayanılarak, İskandinav hukukunun Kıta Avrupası veya common law hukuk çevreleri altında ele alınmasını imkânsız hale getiren ayrıksı konumu gösterilmeye çalışılacaktır. Bu doğrultuda, hukuk çevreleri teorilerinin uygunluğu sorgulanacak ve klasik hukuk çevreleri ayrımlarının, İskandinav hukuku gibi atıpk hukuk sistemlerini içerecek kadar kapsayıcı olup olmadığı sorusu yöneltilecektir. Bu sorgulama çerçevesinde, hukuk düzenlerinin sınıflandırılmasına yönelik, çoğu 'kurallar bütünü olarak hukuk' yaklaşımını reddeden yakın tarihli öneriler de, atıpk düzenleri kapsamaya uygun oluşları bakımından incelenip değerlendirilecektir.

### Anahtar Kelimeler

İskandinav hukuku, Hukuk çevreleri, Kıta avrupası hukuku, Common law, Karşılaştırmalı hukuk

### The Distinctive Features of Scandinavian Law and The Problem of Locating It among the Legal Families of the World

### Abstract

This paper is divided into two parts. The first part of the study attempts to determine and explain the distinctive features of Scandinavian law. Scandinavian law, in the broad sense of the term, covers the laws of Sweden, Norway, Denmark, Iceland and Finland. In this respect, the historical developments of the laws of these countries, legal sources, judge-made law, interpretation, legal reasoning, pragmatism and realism which mark Scandinavian laws as their peculiar features as well as legal education, legal career and judiciary are taken account of. The second part of the study is an attempt to locate Scandinavian law among the classifications of legal systems of the world. Based on the significant features determined in the first part of the study, the second part attempts to demonstrate the distinct position of Scandinavian law which renders it impossible to be subsumed under common law or civil law families. Against this background, the merits of legal families theories will be questioned and the question whether the classical legal families approach is sufficiently overarching to accommodate atypical legal systems such as Scandinavian law will be raised. Within the scope of this query, recent proposals to classify legal systems - most of which reject the 'law as rules' approach - will be examined and evaluated in terms of their appropriateness to cover such atypical systems.

### Keywords

Scandinavian law, Legal families, Civil law, Common law, Comparative law

\* **Sorumlu Yazar:** Koray Güven (Arş. Gör.), Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: kguven@ankara.edu.tr ORCID: 0000-0002-9138-6038

**Atf:** Guven K, "İskandinav Hukukunun Belirleyici Özellikleri ve Dünya Hukuk Çevreleri İçine Yerleştirilmesi Sorunu" (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 99. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.1.0004>



### **Extended Summary**

The purpose of this study is to determine and explain the distinctive features of Scandinavian law and locate it among the major legal families of the world. Scandinavian law, in the broad sense of the term, covers the laws of Sweden, Norway, Denmark, Iceland and Finland. All these ‘Nordic’ countries share common elements to a certain extent which enable them to be subsumed under the heading of Scandinavian law or Nordic law.

In the first part of the study, in order to provide a panorama of the aforementioned legal systems, the historical developments of the laws of these countries, legal sources, judge-made law, interpretation, legal reasoning, pragmatism and realism, legal education, legal career and judiciary are attempted to be explained from a comparative perspective. In this context it will be established that Scandinavian law has not experienced the reception of Roman law during the Medieval Era as significantly as Continental European countries and the development of legal science as well as large codifications have never been the case in Scandinavian countries unlike the developments in the Continent. As to the historical developments, close cooperation between Scandinavian countries in terms of harmonization of law in selected areas during the 20<sup>th</sup> century will also be mentioned. Pragmatism and realism are shown to be decisive elements of legal reasoning as well as legal sources theory in Scandinavian countries. These two factors manifest themselves in various aspects of law and still dominate the practice to a significant extent. Legal education, legal career and judiciary which bear the peculiar features of Scandinavian tradition will also be taken account of.

In the second part of the study, the legal families theory at large will be discussed. It will be demonstrated that most of the main classical taxonomies tend to distinguish civil law and common law legal families as the major legal families of the world. Nevertheless, the position of Scandinavian law has not been settled by these classical taxonomies yet. While there have been some attempts to label Scandinavian law as a part of the civil law family, some taxonomies classify it as a distinct group apart from the civil law family. In this study it will be attempted to be demonstrated that Scandinavian law shares some common elements with civil law countries while some elements set it apart from the civil law category and even associate it with common law tradition even though it does not bear any similarities with English law historically. Against the background established in the first part of the study, a complete inclusion of Scandinavian laws into the civil law family will be shown to be misleading. That being said, classical legal families approaches are shown to be potentially misleading for the comparative researcher when it comes to locating the atypical legal systems such as Scandinavian laws. Classical taxonomies assume bold and sharp borders between different families while assuming a close association

between the legal systems within the same legal family. Nevertheless, Scandinavian laws bear similarities with civil law, common law and manifest their peculiar features simultaneously. In this context, a more flexible and overarching taxonomy is needed to accommodate Scandinavian laws while taking account of the cultural aspect of law. In this respect, recent attempts to classify legal systems most of which seem to be rejecting the ‘law as rules’ approach tend to be more practical and appropriate in order to present a panorama of legal orders of the world. In this study the recent attempts to classify legal systems will be given preference in order to locate Scandinavian laws more accurately in a more dynamic and flexible taxonomy.

## İskandinav Hukukunun Belirleyici Özellikleri ve Dünya Hukuk Çevreleri İçine Yerleştirilmesi Sorunu

### Giriş

İskandinavya, coğrafi olarak Atlantik Okyanusu ile Baltık Denizi arasında kalan yarımadayı, bu nedenle de Norveç, İsveç ve kısmen Finlandiya'yı ifade eder. Ne var ki geniş anlamda; her ne kadar İskandinav Yarımadası'nda bulunmasalar da Danimarka ve Danimarka'ya bağlı olan Faroe Adaları ile Grönland, Finlandiya ve İzlanda da kültürel ve tarihsel olarak İskandinavya'nın birer parçası olarak anılmaktadır<sup>1</sup> Bu nedenle Kuzey Ülkeleri olarak da isimlendirilen<sup>2</sup> bu coğrafya geniş anlamda İskandinavya'yı oluşturur. Bu çalışmada İskandinavya terimi, tüm bu bölgeyi kapsayacak anlamda kullanılmıştır.

Aralarında Avrupa'nın diğer ülkeleriyle olduğundan daha sıkı ilişkileri olan bu ülkeler; her ne kadar kendi aralarında ciddi farklılıklar taşıysalar da; tarihsel, coğrafi, demografik ve ekonomik ortaklıklara sahiptirler.<sup>3</sup> Hukuk düzenleri bakımından da ortak özellikler taşıyan İskandinav ülkeleri çoğunlukla bir grup olarak ele alınmaktadır.

Bu çalışmada İskandinav hukuklarının tarihsel gelişimi; bu hukuk düzenlerinde hukukun kaynakları, yasama faaliyeti, yargıç hukuku ve kanunların yorumlanması; İskandinav hukuklarına rengini veren hukuki düşünce biçimi, bu ülkelerdeki hukuk eğitimi ve hukukçuların mesleki kariyeri, yargı teşkilatı gibi bazı belirleyici özellikleri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bu temel özellikler açıklandıktan sonra, İskandinav hukuklarının Kıta Avrupası veya *common law* hukuk çevreleri/geleneklerinin bir parçası sayılıp sayılmayacağı sorgulanacaktır. Ardından klasik hukuk çevreleri teorilerinin, İskandinav hukuklarını bir gruba yerleştirme konusunda ne derecede başarıya ulaştığı ve bu teorilerin gözden geçirilmesine ihtiyaç bulup bulunmadığı sorusunun cevabı tartışılacaktır.

<sup>1</sup> Ulf Bernitz, 'What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future' (2007) 50 Scandinavian Studies in Law 14, 15.

<sup>2</sup> Zweigert ve Kötz, 'Kuzey' ve 'İskandinavya' terimlerini eşanlamlı olarak kullanırlar. Bkz Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3rd edn, J.C.B. Mohr Paul Siebeck 1996) 271.

<sup>3</sup> Uwe Kischel, *Rechtsvergleichung* (C.H. Beck 2015) 595, 629.

## I. İskandinav Hukukunun Belirgin Özellikleri

### A. İskandinav Hukukunun Tarihsel Gelişimi

#### 1. 20. Yüzyıla Kadar İskandinav Hukukunun Gelişimi

İskandinav ülkeleri arasında sıkı ilişki hiçbir zaman eksik olmamıştır. Politik olarak Danimarka, Norveç ve İsveç'in bir araya geldiği Kalmar Birliği tarihsel olarak kısa bir evreyi, 1397-1523 yıllarını kapsasa da,<sup>4</sup> Kuzey ülkelerinin doğu ve batı yakasında kurulan birlikler çok daha uzun ömürlü olmuştur. Tarihsel olarak Danimarka, Norveç ve İzlanda'nın bir tarafta 'batı yakasını', İsveç ve Finlandiya'nın ise diğer tarafta 'doğu yakasını' oluşturduğu İskandinavya hala günümüzde bu birliklerin izlerini taşımaktadır. Danimarka ve Norveç 1380 yılından 1814 yılına kadar tek bir devlet olarak Kopenhag'dan yönetilmiş, büyük ölçüde aynı hukuk düzenine tabi olmuştur. İzlanda da Norveç topraklarının bir parçası olarak Danimarka yönetimi altında kalmıştır. 1814 yılında Norveç toprakları bu defa İsveç'in eline geçmiş ama Norveç burada büyük ölçüde bağımsızlığını korumuştur. Doğu'da ise 1809 yılına kadar 650 yıl boyunca Finlandiya, İsveç'in parçası olagelmış ve Finlandiya'da bu dönemde İsveç hukuku uygulanırken, Finli elitler de İsveççe konuşmuşlardır. 1809 yılında ise Finlandiya bu defa özerk bir Grandukalık olarak Rusya'nın eline geçmiştir. Ancak 1917 yılında Finlandiya'nın bağımsızlığını kazanmasına kadar süren bu durum, Finlandiya'nın hukuk sistemi üzerinde belirgin bir etkide bulunmamış, ülkede İsveç hukuku varlığını sürdürmüştür.<sup>5</sup>

Antik İskandinav topraklarında hukuk öncelikle yazısız biçimde ortaya çıkmıştır. Eski Germen hukuku bu dönemde tüm kuzey ülkelerinin ortak temelini teşkil etmiştir. Bu hukuk ilk olarak 900 yıllarından itibaren yazıya dökülmeye başlamıştır. Danimarka'da ise hukukun bölgesel düzeyde böylece yazıya dökülmesi 1241 yılındaki Yutland Kanunu'nu (*Jyske Lov*) beklemek zorunda kalmıştır.<sup>6</sup> 12. yüzyıldan itibaren ise krallık düzeyinde kanunların oluşturulduğu gözlenebilir. İlk defa İzlanda'da 1118'de böyle bir kanun oluşturulmuş, bunu 1275 yılında Norveç ve 1350 yılında İsveç izlemiştir.<sup>7</sup> Merkezi otoritenin güçlenmesiyle birlikte hukukun toparlanıp birleştirilmesi amacıyla oluşturulan ve Ortaçağ'daki yerel örf ve adet hukukuna dayalı bu kanunlaştırmalar, kilise hukukundan ciddi biçimde etkilenmiş

<sup>4</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 272.

<sup>5</sup> Ditlev Tamm, *The History of Danish Law* (DJOF Publishing 2011) s. 10, 11; Kischel (n 3) 595, 596; Zweigert and Kötz (n 2) 272. Ancak Finlandiya'nın Rus egemenliğinde kaldığı dönemde toplumsal ve hukuki düşünce biçimi bakımından Rusya'dan etkilendiği de öne sürülmektedir. Öyle ki Finlandiya'da hukuka yaklaşımın hala diğer Kuzey ülkelerinden farklı olduğu ve burada realizmin diğer Kuzey ülkelerine göre daha az etkili olduğundan bahsedilmektedir. Buna göre Finlandiya'da öğreti diğer Kuzey ülkelerine göre daha teorik çalışmakta ve kavramlara burada daha fazla önem verilmektedir. Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm, 'Nordic Legal Mind' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds) *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019) 6, 13.

<sup>6</sup> Peter Ørebeck, 'Western Scandinavia: Exit Bürgerliches Gesetzbuch - The Resurrection of Customary Laws' (2013) 48(3) *Texas International Law Journal* 405, 408.

<sup>7</sup> Cami Green-Gonas, 'The Scandinavian Legal System: An Introduction' (1989) 6 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 181, 188.

olsalar da<sup>8</sup>, Roma hukukunun bunlar üzerindeki etkisi oldukça zayıftır.<sup>9</sup> Ortaçağ'ın yerel hukukunu somutlaştıran bu kanunlar “baskın güç olarak kendisini kabul ettiren bir kralın başında bulunduğu tarımsal toplumların” hukuklarını yansıtmaktadır.<sup>10</sup>

Bu kanunların resmen ilga edilmeleri ise 16. ve 17. yüzyılları bulur. Danimarka kralı V. Christian'ın sırasıyla 1683 yılında Danimarka ve 1687 yılında Norveç'te yürürlüğe koyduğu Danimarka Kanunu (*Danske Lov*) ve Norveç Kanunu (*Norske Lov*) oldukça kapsamlı bir biçimde birçok hukuki alanın birleştirilmesi amacıyla kaleme alınmıştır. 1734 yılında yürürlüğe giren İsveç Kanunu (*Sveriges rikes lag*) için de aynı şey geçerlidir. 6 kitaptan oluşan Danimarka Kanunu; yargı teşkilatı, din ve ruhban sınıfı, ticaret, aile, deniz, miras, ceza hukuku alanlarını düzenlerken; İsveç Kanunu ise miras, aile, eşya, inşaat ve borçlar hukuklarını düzenlemektedir. Gerek Danimarka/Norveç Kanunu gerekse İsveç Kanunu; basit, kolay anlaşılır ve popüler bir dil kullanmıştır. Ayrıca bu kanunlarda dogmatik bir kavram inşası veya teorik genellemelerin reddedildiği, kazuistik bir yöntem izlendiği söylenebilir.<sup>11</sup> Ortaçağ kanunlarını ilga eden bu kanunlar yine de eski kanunlardan alınan bazı hükümleri içermektedir.<sup>12</sup> Öte yandan sözgelimi Norveç Kanunu'nda; bu kanunun tüm antik yasa ve kodifikasyonları ilga ettiği açıkça düzenlenirken, yazılı olmayan hukuk kurallarından bahsedilmemektedir. Böylece antik örf ve adet hukukunun 17. yüzyılda hala geçerli kabul edildiği söylenebilir.<sup>13</sup>

Günümüzde Almanya'nın Schleswig-Holstein eyaletinde, Danimarka ve Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nun sınırını oluşturan Eider Nehri'nin geçtiği Rendsburg şehrinin duvarındaki kapıda “*Eidora Romani terminus imperii* (Roma İmparatorluğu'nun Eider Nehri Sınırı)” ibaresinin işlendiği bir yazıt bulunmaktadır. Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nun en kuzeydeki sınırını göstermek için yerleştirilen bu yazıt, bir taraftan da İskandinav hukukunu geçmişte ve günümüzde Kıta Avrupası'ndan ayırık konumunu ifade etmekte,<sup>14</sup> hatta bir görüşe göre de Roma hukuku etkisinin ve Kıta Avrupası hukukunun da kuzeydeki sınırını<sup>15</sup> çizmektedir.

Örf ve adet hukukunun uzun yıllar yoğun biçimde egemen olduğu İskandinav hukuk çevresinde Roma hukukunun toplu biçimde iktibasına hiçbir zaman rastlanmamıştır.<sup>16</sup> Almanya'daki iktibas sırasında, Almanya'nın aksine İskandinav

<sup>8</sup> Öyle ki, Yutland Kanunu'nun giriş kısmı, 12. yüzyılda hazırlanan bir kilise hukuku derlemesi olan *Decretum Gratiani*'den yapılan alıntılardan oluşmaktadır. Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 12.

<sup>9</sup> Ditlev Tamm, 'Eidora Romani Terminus Imperii - Roman Law in the North' (1996) 2 *Fundamina* 39, 41.

<sup>10</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 12.

<sup>11</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 272, 273.

<sup>12</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 12.

<sup>13</sup> Ørebeck (n 6) 409, 410.

<sup>14</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 10; Tamm, 'Eidora Romani Terminus Imperii - Roman Law in the North' (n 9) 39.

<sup>15</sup> Joseph Lookofsky, 'Desperately Seeking Subsidiary: Danish Private Law in the Scandinavian, European, and Global Context' (2008) 19 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 161, 170, 176.

<sup>16</sup> Tamm, 'Eidora Romani Terminus Imperii - Roman Law in the North' (n 9) 41.

ülkeleri, az nüfusa sahip yoksul ve merkezi otoritenin zayıf olduğu bir coğrafya olarak kendisini göstermektedir. Bu nedenle, İtalya’da Roma hukukunun öğretildiği üniversitelere oğullarını eğitim almaya gönderecek kadar varlıklı geniş bir toplumsal sınıfın da bu topraklarda eksik olduğu söylenebilir. Bu durum, Roma hukuku yerine yerel hukuka ve kilise hukukuna yönelimi beraberinde getirmiştir.<sup>17</sup> Avrupa’daki *ius commune*’nin uygulama sahası hiçbir zaman Kuzey ülkelerini kapsamamıştır. Roma hukuku sınırlı biçimde İskandinav hukuk düzenlerine sızmış olsa da, her zaman yabancı bir hukuk olarak kabul edilmiştir<sup>18</sup> Nitekim Kopenhag Üniversitesi’nin 1479 yılındaki kuruluşundan bu yana müfredatında yer alan Roma hukuku, bağlayıcı kabul edildiği için değil, doğal hukukla uyumlu olduğu varsayıldığı için öğretilmiştir. Üniversite’nin 1539 yılındaki şartında açıkça, her ne kadar yerel hukuk yerine Roma hukukunun uygulanması kabul edilemez olsa da, Roma hukukunun doğal hukukun bir ifadesi olduğu ve yabancı hukukların çalışılması yoluyla aynı zamanda bir kimsenin zihinsel olarak kendini geliştirebileceği ve böylece kendi yerel hukukunu da daha iyi uygulayabileceği ifade edilmiştir.<sup>19</sup> 16. ve 17. yüzyılda Danimarka’da yüksek yargı kararlarında yerel hukuka öncelik verildiği ve Roma hukukunun geçerliliğinin reddedildiği kararlara rastlanmaktadır.<sup>20</sup> Aynı biçimde İsveç’te de üniversitelerde Roma hukuku yerine derslerin kilise hukuku ve yargıçlar tarafından yaratılan yerel hukuku içerdiği görülmektedir<sup>21</sup> İskandinavya’da Ortaçağ’dan kalan örf ve adet hukuku kanunlaştırmalarının uzun süre etkinliğini koruyuşu, İskandinav hukuk çevresine rengini veren niteliklerden biri olarak kabul edilmektedir.<sup>22</sup>

Ancak bu durum, İskandinav hukuklarının Roma hukukundan tamamen izole biçimde geliştiği biçiminde anlaşılmamalıdır. Roma hukukunun etkisi çeşitli hükümlerde gözlenmektedir. Sözgelimi sözleşmelerde ahlaka aykırılık Danimarka Kanunu’nda düzenlenmiştir. İsveç Kanunu’nda ise iyi niyet gibi kurumlara yer verildiği görülür.<sup>23</sup> Hatta 17. ve 18. yüzyıldaki bu büyük kanunlara kadar gitmeye gerek olmadan, 13. ve 14. yüzyıllardaki yerel düzeydeki kanunların sistematığı bakımından da Roma hukukunun izleri görülmektedir. Bu dönemde İskandinavya’da hazırlanan resmi senetlerin Latince düzenlenmesi de Roma hukuku etkisini göstermesi bakımından dikkat çekicidir.<sup>24</sup>

17. yüzyılda İsveç büyük bir politik güce erişerek, Avrupa siyasetinde etkin bir yere kavuşmuş ve Baltık Denizi çevresine sınırlarını genişletmiştir. Bu bölgede

<sup>17</sup> Thomas Lundmark, *Charting the Divide Between Common and Civil Law* (Oxford University Press 2012) 172.

<sup>18</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 14; Kischel (n 3) 596.

<sup>19</sup> Kopenhag Üniversitesi’nin 1539 Şartı’nın 7. maddesinin İngilizce çevirisi için bkz Ditlev Tamm, ‘Why Roman Law - Danish Arguments for the Study of Roman Law’ (2010) 16 *Fundamina* 428, 429.

<sup>20</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 15, 16.

<sup>21</sup> Lundmark (n 17) 418.

<sup>22</sup> Tamm, ‘Eidora Romani Terminus Imperii - Roman Law in the North’ (n 9) 41.

<sup>23</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 18, 19.

<sup>24</sup> Kischel (n 3) 596, 597.

uygulanmakta olan ve üniversitelere öğretilen *usus modernus pandectarum* böylece İsveç hukukuna nüfuz etmeyi başarmıştır. Bu dönemden itibaren idare ve yargı teşkilatında görev almak isteyen İsveçli genç aristokratlar, Almanya’da ortak hukuk eğitimi veren üniversitelerde eğitim almaya başlamış, bu eğitim zamanla İsveç’teki üniversitelere doğru yayılmıştır.<sup>25</sup> Buradan yola çıkılarak, İskandinavya’daki sınırlı düzeyde Roma hukuku etkisinin doğrudan doğruya *Corpus Iuris Civilis*’in çalışılması yoluyla değil, Almanya’da Roma hukuku bilimi üzerine yazılan ders kitapları sayesinde vücut bulduğu da söylenebilir. Bu gelişimin sonucunda özellikle 17. yüzyılda İsveç’te yerel hukukun çözümleyemediği konularda Roma hukukunun uygulanacağı, yüksek mahkeme kararlarında da kabul edilmiştir. Ancak yargıçlar burada da Roma hukukunu iktibas edecek kadar ileri gitmemiştir.<sup>26</sup>

İsveç hukuku üzerinde 13. yüzyıldan itibaren görülen sınırlı Roma hukuku etkisine rağmen, 1734 tarihli İsveç Kanunu’nda bu etki gözlenemez. Bunun nedeni İsveç’in bu dönemde güç kaybetmesi ve Avrupa ana kıtası üzerindeki tüm politik iddiasını kaybetmiş olmasına, böylece yeniden İskandinav Yarımadası’na çekilmesine bağlanabilir.<sup>27</sup> Bu kanunun o dönemde geçerli olan hukuki kuralları ve örf ve adet hukuku kurallarını toparlamaktan başka bir şey yaptığı söylenemez.<sup>28</sup> Aynı tespit 1683 tarihli Danimarka Kanunu için de geçerlidir. Bu kapsamlı kanun, yenilikçi hükümler getirmek yerine 13. yüzyıldan kalan bölgesel kanunlaştırmaları ve daha sonra ortaya çıkan krallık kanunlarını bir araya getirmekle yetinmiştir. Eski bölgesel kurallarda değişiklikler yapan mahkeme içtihatları ise dikkate alınmamıştır.<sup>29</sup>

Danimarka’da da Roma hukukunun etkisi İsveç’tekine benzer yollarla, ancak daha zayıf biçimde ortaya çıkar. Danimarka Kanunu’nun tüm hukuki alanları düzenleme iddiasına rağmen birçok boşluk içermesi karşısında bu boşlukların doldurulması gereksinimi ortaya çıkmıştır. Ne var ki çok sayıdaki boşluğun, Roma hukukunun karmaşık metinlerine başvurularak doldurulması için gereken düzeye erişmiş yargıçlar bu dönemde mevcut değildir. Nitekim bütün İskandinavya açısından; büyük kanunlaştırmaların yapıldığı 17. yüzyılın ikinci yarısı ve 18. yüzyılın ilk yarısında hukukun hala bilimselleşmediği söylenebilir. 18. yüzyılın sonlarına dek, hukuk eğitimi almış yargıç ve avukatlar sayıca çok azken, köylerde hukuki uyuşmazlıkların fazla karmaşıklaşmasını engellemek için avukatların görev almaları yasaklanmıştır. Yargıçların ise yerel çevreden seçilmesi yaygın bir uygulama olarak bu dönemde yerleşik bulunmaktadır.<sup>30</sup> Bu nedenle *ius commune*’ye referans verilerek yerel

<sup>25</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 273; Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk* (Yetkin Yayınları 2003) 304.

<sup>26</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 15, 16, 18.

<sup>27</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 273; Oğuz (n 25) 304.

<sup>28</sup> Bernard Michael Ortwein II, ‘The Swedish Legal System: An Introduction’ (2003) 13(2) *Ind. Int’l & Comp. L. Rev.* 405, 411.

<sup>29</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 74.

<sup>30</sup> *ibid* 69, 70.



hukuktaki boşlukların doldurulması Danimarka’da mümkün olmamıştır.<sup>31</sup> Danimarka hukukunun bilimselleşmesi ancak 19. yüzyılda gerçekleşmiştir. Roma hukukunu çalışacak yetkinlikte hukukçular ancak 18 ve 19. yüzyıllarda ortaya çıkmaya başlamışlardır.<sup>32</sup> Danimarka hukuku hâlihazırda Roma hukuku etkisinden uzakta gelişimini büyük ölçüde tamamladığından, Roma hukuku biliminin ortaya çıkışı geç kalmış bir gelişmedir. Ancak Roma hukukunun etkisi, doğrudan Roma hukuku metinleri yoluyla değil, Alman hukuk biliminin etkisiyle dolaylı biçimde Danimarka hukukuna nüfuz etmiştir. 19. yüzyılda Pandekt hukuk bilimi güçlü biçimde kendisini göstermiş, Danimarkalı hukukçular Almanya’da eğitim görüp Alman hukukçuların eserlerini okumuşlardır.<sup>33</sup> Böylece Danimarka’da hukuk biliminin gelişimi, İsveç’te olduğu gibi Avrupalı hukukçuların etkisi altında Roma hukukunun dolaylı biçimde nüfuz etmesi sonucunda gerçekleşmiştir.<sup>34</sup>

1736 yılında Danimarka’da hukuk eğitimi için Kopenhag Üniversitesi’nde resmi bir sınav getirilmesi Danimarka hukuk biliminin başlangıcı olarak sayılabilir. Bu yıllarda üniversitede doğal hukuk, Roma hukuku ve Danimarka hukuku ders olarak okutulmuştur.<sup>35</sup> Buna rağmen bu dönemde Danimarka hukukunun Roma hukukundan etkilendiği savı genellikle reddedilmiştir. Hukukun ulusal karakterinin vurgulandığı bu dönemde, Danimarka hukuku tarihini yazan Kofod Ancher, Danimarka hukukunun Roma hukukunun halefi olmadığını ve kendine özgü temelleri olduğunu savunmuştur. Ne var ki, 19. yüzyılda çağdaş Danimarka hukuk biliminin temellerini atan Anders Sandøe Ørsted, bu savı abartılı bir milliyetçilik olarak niteleyerek Roma hukukunun Danimarka hukuku üzerindeki etkisini göstermeye çalışmıştır. Ørsted’den bu yana Danimarka hukukunun gerek yöntem gerekse kurumlar açısından Roma hukukundan etkilendiği kabul edilmektedir.<sup>36</sup> Haksız fiiller alanında 19. yüzyılda İskandinav hukukuna yerleşen *culpa* ilkesi, Avrupa’daki büyük kodifikasyonların ve Alman hukuk biliminin, özellikle de Jhering’in İskandinav hukuku üzerindeki etkisine örnek verilebilir. Ørsted bu dönemde İskandinavya’daki reform hareketlerini etkileyerek *culpa* ilkesini yerleştirmiştir.<sup>37</sup> *Culpa* sorumluluğu İskandinav hukukundaki sınırlı Roma hukuku iktibas örneklerinden biri olarak kabul edilmektedir.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> ibid 74.

<sup>32</sup> İsveç’te ise 17 yüzyılda kurulan yüksek mahkemeler kariyer mesleği olarak yargıçlardan oluşmakta ve Roma hukuku konusunda bilgili alması şart koşulmaktaydı. Bu dönemde Roma hukukundan gelen kavram ve kurallar İsveç mahkemelerinde geniş çapta etkili olmuştur. Bkz Zweigert and Kötz (n 2) 273.

<sup>33</sup> Kischel (n 3) 598; Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 20, 21.

<sup>34</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 45.

<sup>35</sup> ibid 44, 45.

<sup>36</sup> ibid 37, 38, 42, 44.

<sup>37</sup> Kjell A. Modéer, ‘Scandinavian exceptionalism: The development of modern Swedish tort law’ in Nils Jansen (ed) *The Development and Making of Legal Doctrine V. 6* (Cambridge University Press 2014) 214-216.

<sup>38</sup> Marten Schultz, ‘The impact of institutions and professions in Sweden’ in Paul Mitchell (ed) *The Impact of Institutions and Professions on Legal Development V. 8*, (Cambridge University Press 2014) 200.

## 2. 20. Yüzyıl Ve İskandinav Ülkeleri Arasındaki İşbirliği

19. yüzyıl milliyetçilik ve liberalizmin yükseldiği bir döneme işaret eder.<sup>39</sup> Bu dönemde kültürel açıdan ve dil bakımından bağımsızlık bilinci İskandinavya’da karşılık bulmuştur. Bu dönem aynı zamanda İsveç ile Finlandiya arasındaki ve Danimarka ile Norveç arasındaki birliğin bozulduğu yıllardır. Ancak tarihsel ve kültürel bakımından beraberlik duygusu ve karşılıklı ticari ilişkilerin gelişmesi, 19. yüzyılın sonlarından itibaren kanun koyma açısından İskandinav ülkeleri arasında bir işbirliği arayışını beraberinde getirmiştir.<sup>40</sup>

19. yüzyıldan bu yana İskandinav ülkeleri arasında kanun koyma bakımından sıkı bir işbirliği süregelmiştir. 1872 yılında, beş İskandinav ülkesinin hukukçuları, Kuzey Hukukçular Konferansı’nda çeşitli hukuki konuları tartışmak için her üç yılda bir olmak üzere toplanmaya başlamışlardır. Önceleri ortak bir ticaret hukuku fikriyle ortaya çıkan bu işbirliği, 20. yüzyılda borçlar hukukunun klasik konularına ve aile hukukuna kadar genişlemiştir. Hatta sınırlı olmakla beraber ceza ve ceza muhakeme hukuku konularının da bu işbirliği çerçevesinde ele alındığına rastlanmaktadır. Hala devam eden ve II. Dünya Savaşı’ndan sonra kurulan ‘Kuzey Konseyi’ ile daha kurumsal bir yere oturan bu işbirliğinin, uluslarüstü bir kanunlaştırma yöntemi olduğundan bahsedilemez. İlgili bakanlar veya kanun komisyonlarının bir araya geldiği, zaman zaman konuyla ilgili uzman gruplarının da katılımıyla gerçekleşen bu toplantılardan yeknesak kurallar ortaya çıkmaktadır. Üzerinde uzlaşılan bu metne dayanarak her bir ülke kendi kanunlaştırmasını yapmakta ve bu kanunlar ayrıntılar bazında birbirlerinden ayrılabilirlerdir.<sup>41</sup> İskandinav devletleri arasındaki işbirliğinin, bu devletlerdeki kanun koyma kalitesini artırdığı ifade edilmektedir. Her biri çok az nüfusa sahip olan İskandinav ülkeleri salt ulusal kanunlar yaptıklarında, sınırlı deneyimlerine dayanmak zorunda kalmakta bu da kanun yapma konusunda engel teşkil edebilmektedir.<sup>42</sup>

İskandinav dilleri, Fince hariç birbirlerine çok yakın olduklarından; İsveç, Danimarka, Norveç ve İzlanda’dan gelen katılımcılar bu toplantılarda anadillerinde konuşarak birbirleriyle anlaşabilmektedir. İsveççenin ikinci resmi dil olarak Finlandiya’dan gelen katılımcıların da İsveççeye yatkın olduklarından konferanslara katılırken zorluk yaşamadıkları bildirilmektedir.<sup>43</sup> Öte yandan İskandinav ülkelerinin hukuk ve hukuki kurumlar bakımından ortak bir anlayışa sahip olmaları da bu işbirliğini kolaylaştırmaktadır. Norveç’te 1683 tarihli Danimarka Kanunu’na dayanılarak hazırlanan 1687 tarihli Norveç Kanunu’nu uzun süre uygulanmış, bu

<sup>39</sup> Robert O’Brien and Marc Williams, *Global Political Economy: Evolution and Dynamics* (3rd edn, Palgrave Macmillan 2010) 114.

<sup>40</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 274.

<sup>41</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 11; Kischel (n 3) 604, 605.

<sup>42</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 275.

<sup>43</sup> Kischel (n 3) 605; Zweigert and Kötz (n 2) 274, 275.

durum iki ülkenin hukuklarının büyük ölçüde benzer gelişmesine yol açmıştır. 1734 tarihli İsveç Kanunu'nun Finlandiya üzerindeki etkisi de bu duruma benzetilebilir. Günümüzde hala kanun koyma faaliyeti bakımından Finlandiya, İsveç'i izlemektedir. Bu durum, İskandinav devletlerinin hukuka yönelik ortak bir bakış açıları olduğu savının dillendirilmesine yol açmıştır. Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, sırasıyla Danimarka ve Norveç ile İsveç ve Finlandiya'yı anlatan iki grup -doğu ve batı grupları- olarak ikiye ayrılan İskandinav ülkeleri, geliştirdikleri işbirliği sayesinde birbirlerine daha da yakınlaşmış; bu işbirliği İskandinav hukuk çevresine rengini veren bir nitelik olarak öne çıkmıştır.<sup>44</sup> Hatta 'Kuzey Hukuku' kavramından bahsedilebilmesinin ve İskandinav hukuklarının bir çevre olarak beraber ele alınmasının, ancak bu işbirliği neticesinde mümkün olabildiği; bu işbirliğinin 'Kuzey hukuk kültürü'nün bir parçası olduğu öne sürülmektedir.<sup>45</sup>

1870'lerde kambiyo senetleri üzerine çalışan ve bu alanda üç İskandinav ülkesinde yeknesak kanunlar yapılmasıyla sonuçlanan işbirliği, daha sonra ticaret hukukuna ilişkin başka konulara eğilmiştir. 20. yüzyıla gelinceye değin marka, ticaret sicili, şirketler hukuku, ticari temsil konusunda yeknesak kanunlar birbirini izlemiş, deniz hukuku gibi bazı alanlarda ise yeknesak ilkelere dayalı kanunlar kabul edilmiştir.<sup>46</sup> 20. yüzyıla gelindiğinde, ticaret hukuku alanında ilerleyen işbirliğinin yeni alanlara yayılması fikri ortaya atılmış; sözleşmeler hukuku alanında bir program belirlenmiş, ardından aile hukuku da bu programa katılmıştır. Satım hukukuna ilişkin neredeyse yeknesak kurallar benimsenmiştir. 1905-1907 yılları arasında çıkarılan taşınır satımına ilişkin ortak kanunlar işbirliğinin başarılı örneklerinden biridir.<sup>47</sup> Malvarlığı üzerindeki haklar üzerindeki sözleşme ve diğer hukuki işlemlere ilişkin 1915-1918 yılları arasında çıkarılan ortak kanunlar da işbirliğine örnek verilebilir.<sup>48</sup> Bunun dışında acenteler, sözleşmelerin kurulması ve hükümsüzlüğü ile sigorta birleştirilen diğer alanlardır. Aile hukuku alanında ise evlilik ve boşanma, mal rejimleri, velayet, aile ve çocuk arasındaki ilişkiler bakımından hukukların birleştirilmesine yönelik adımlar atılmıştır.<sup>49</sup> Aile hukuku konusunda yeknesak kanunlar yoluyla reformlar gerçekleştirmek için ilk olarak 1909 yılında komisyonlar kurulmuş, 1927 yılına kadar

<sup>44</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 136.

<sup>45</sup> Letto-Vanamo and Tamm (n 5) 2, 3, 7.

<sup>46</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 275.

<sup>47</sup> Hatta bu kanunlaştırmaların yalnızca İskandinav hukukunun değil; İngiliz, Fransız ve Alman hukuklarının yakından incelenmesiyle hazırlandığı, hukuki soruna odaklanarak son derece pragmatist bir yöntem kullandığı gözden kaçırılmamalıdır. Ernst Rabel tarafından bu yeknesak kanunlaştırma, yalın sistemi ile basit ve anlaşılır kavram inşası nedeniyle övülmüştür. İskandinav Satım Kanunları II. Dünya Savaşı'ndan önce UNIDROIT bünyesindeki çalışmalarda kullanılmış, Rabel'in inisiyatifleriyle, yeknesak İskandinav kanunları alanında İsveçli Tore Almén tarafından yazılan şerh, Almancaya çevrilmiştir. 1980 yılında kabul edilen Viyana Satım Sözleşmesi'nin İskandinav satım kanunlarından etkilendiğine şüphe yoktur. Bkz Viggo Hagström, 'The Scandinavian Law of Obligations' (2007) 50 *Scandinavian Studies in Law* 117, 120-121; Zweigert and Kötz (n 2) 275, 276.

<sup>48</sup> Bu kanunlar Avrupa'daki büyük kodifikasyonlar, özellikle Alman Medeni Kanunu gibi hukuki işlem kavramına ilişkin genel hükümler düzenlemeyi seçmemiş, bunun yerine 40 maddede uygulamada önemli görülen problemleri düzenlemekle yetinmiştir. Zweigert and Kötz (n 2) 275, 276.

<sup>49</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 137.

liberal yeknesak kanunlar birbirini izlemiştir. Bu kanunların tümü eşler arasında eşitlik ilkesini benimsemiş, boşanma sebepleri çeşitlendirilmiştir.<sup>50</sup> Eşitlik ilkesinin yanı sıra, boşanmada kusur ilkesinden geri adım atılması, evlilik içinde ve evlilik dışında doğan çocuklara eşit davranılması, sağ kalan eşin miras hukuku bakımından haklarının güçlendirilmesi bakımından bu yeknesak kanunların getirdiği yenilikler Kıta Avrupası ülkelerinden çok daha erken tarihlere rastlamıştır.<sup>51</sup>

1970'lerden itibaren İskandinav işbirliğinin zayıflamaya başladığı gözlenmektedir. İsveç, özellikle aile hukuku alanında kendi yolunu izlemeyi seçtiğini bildirmiş,<sup>52</sup> İsveç Başbakanı Olof Palme 1972'de İsveç'in artık uyumlaştırma projesinin bir parçası olmayacağını açıklamıştır.<sup>53</sup> Bu yıllarda Danimarka, Avrupa Topluluğu'na katılmış, Norveç bunu reddederek petrol kaynaklarının yardımıyla ekonomisini toparlamış, Finlandiya ise Sovyet Rusya'nın etkisinde kalmaya devam etmiştir. Böylece 1970'lerden beri, bir yüzyıl süren uyumlaşmanın yerine, çoğulculuk ve heterojenlikten bahsedilmeye başlanmıştır.<sup>54</sup> Kurumsal düzenlemelerle belirlenmemiş olan ve yasa koyucuların iyi niyetine bağlı olarak ilerleyen işbirliğinin kırılma eğilimi de bu zayıflamada etkilidir.<sup>55</sup> Nitekim işbirliğindeki bu zayıflamanın belirtisi olarak, 1980'lerde hazırlanan yeni yeknesak İskandinav taşınır satımı kanunu; İsveç, Finlandiya ve Norveç'te kabul görürken Danimarka'da kabul edilmemiştir.<sup>56</sup> Keza 1970'lerde şirketler hukuku alanında hayata geçirilen yeknesak kanunlar 2000'lere gelindiğinde her bir ülkede birbirinden bağımsız hazırlanan ulusal kanunlarla ilga edilmiştir. Ancak bu zayıflamaya rağmen günümüzde hala İskandinav hukuk düzenleri arasında özellikle özel hukuk alanında hatırı sayılır benzerlikler dikkat çekicidir.<sup>57</sup>

İskandinav işbirliğinin, Avrupa genelinde planlanan işbirliği için bir model olabileceği tartışılmaktadır. Ancak İskandinav ülkeleri arasındaki tarihsel, kültürel, ekonomik, demografik, coğrafi ve dil bakımından benzerliklerin bu işbirliğini kolaylaştırdığı unutulmamalıdır.<sup>58</sup>

## B. Hukuk Kaynakları, Yargıç Hukuku ve Yorum

İskandinav hukuk düzenlerinin tümünde yazılı hukukun önceliği gözlenir. Büyük kanunlar, özel alanlarda çıkarılan küçük çapta kanunlar, yönetmelik ve

<sup>50</sup> Nathalie Le Bouteillec and Bersbo Zara and Patrick Festy, 'Freedom to Divorce or Protection of Marriage? The Divorce Laws in Denmark, Norway, and Sweden in the Early Twentieth Century' (2011) 36(2) *Journal of Family History* 191, 193-194.

<sup>51</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 278.

<sup>52</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 138.

<sup>53</sup> Kischel (n 3) 606.

<sup>54</sup> Modéer (n 37) 212, 213.

<sup>55</sup> Bernitz (n 1) 25.

<sup>56</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 138.

<sup>57</sup> Kischel (n 3) 606.

<sup>58</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 279; Oğuz (n 25) 306.

kararnameler bu yazılı hukuk enstrümanlarını oluşturur. Ancak Kıta Avrupası ülkelerinde 19. yüzyılda hayata geçirilen büyük ve sistematik kodifikasyonların benzerine burada rastlanmaz.<sup>59</sup> Bunun yerine İskandinavya'daki büyük kanunların hâlihazırda yürürlükte olan farklı alanlardaki düzenlemelerin birer derlemesi olduğu görülür.<sup>60</sup> Öte yandan oldukça eski kanunlar olan 1683/1687 tarihli Danimarka/Norveç Kanunları ile 1734 tarihli İsveç Kanunu'nun<sup>61</sup> içerdiği kitaplarda yeni düzenlemeler yapılmakta ya da bu kitaplar hepten değiştirilmekte veya özel hukuki alanlar için özel kanunlar çıkarılmaktadır.<sup>62</sup> Üstelik bir özel kanunun, düzenlediği hukuki alanı kapsamlı biçimde ele alması söz konusu olmadığı gibi kanunların 'tam' olma gibi bir iddiası da söz konusu değildir.<sup>63</sup> 19. yüzyılda Fransız *Code civil*'den etkilenen yeni ve sistematik bir kanunun yürürlüğe sokulması için İsveç'te gösterilen çaba hiçbir zaman sonuca ulaşmamıştır.<sup>64</sup> Böylece sözgelimi Almanya'da Pandekt hukuk okulunun ürünü olarak ortaya çıkan ve kanunun tam, eksiksiz ve kapalı bir yapı olduğu tasavvurundan yola çıkan anlayış İskandinavya'da yerleşmemiştir.<sup>65</sup>

Kanunların hazırlanışı oldukça ciddi biçimde ele alınır. İsveç örneği ele alındığında; bir kanun yapılması için adımlar atılmaya başlandığında öncelikle bir kanun komisyonu oluşturulur. Milletvekillerinin üyesi olduğu bu komisyona, daha teknik meselelerin ele alındığı kanunlar için yargıçlar, kamu görevlileri ve kısmen menfaati bulunan örgütlerin temsilcileri de katılır. Komisyonun başında genellikle kıdemli bir yargıç bulunurken, sekreteryaya görevini ise daha kıdemsiz yargıçlar yürütür. Komisyonun hazırladığı rapor ilgili problemin tarihsel olarak ele alındığı açıklayıcı metinleri ve önerilen taslağın anlamını, tasarı uygulanırken çıkabilecek yorum problemlerini içeren bir şerhi kapsar. Rapor ilgili bakanlığa sunulduktan sonra; kanunla ilgili menfaati bulunan mahkemeler, kamu kurumları, yerel yönetimler, hukuk fakülteleri, ticaret ve sanayi odaları görüş bildirmeleri için davet edilir. Yasama faaliyeti konusunda görüş bildirmek o denli zaman alıcı hale gelmiştir ki, hukuk fakültelerinin bir yıl içinde onlarca görüş bildirdiklerine, temyiz mahkemelerinin bazen bütün bir dairesini bu iş için görevlendirdiğine, ticaret ve sanayi odalarının bu konu için özel olarak uzmanlar istihdam ettiğine rastlanır. Son aşamada ise bakanlığın kendi bünyesinde komisyon raporu ve diğer görüşler dikkate alınıp yeni bir taslak hazırlanarak, hükümetin tasarısı olarak meclise sunulur. Bu tasarının gönderildiği

<sup>59</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 22; Stig Strömholm, 'Introduction' in Stig Strömholm (ed), *An Introduction to Swedish Law* (Springer Science +Business Media 1981) 34.

<sup>60</sup> Green-Gonas (n 7) 190, 191.

<sup>61</sup> 1683 ve 1687 tarihli Danimarka ve Norveç Kanunları ile 1734 tarihli İsveç Kanunu'nun birçok hükmü günümüzde kadük kalmış veya yeni kanunlarda değiştirilmiştir. Hatta İsveç Kanunu'nun değişmeden kalan tek kısmının kapak sayfası olduğu söylenmektedir. Bkz Ortwein II (n 28) 411, 412. Ancak buna rağmen bu eski kanunlar hala resmi biçimde yürürlükten kaldırılmamıştır. Bkz Zweigert and Kötz (n 2) 274.

<sup>62</sup> Strömholm (n 59) 32

<sup>63</sup> Bernitz (n 1) 20.

<sup>64</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 274.

<sup>65</sup> Lundmark (n 17) 433.

parlamento komisyonu da tasarı üzerinde değişiklikler önerdikten sonra, tasarı genel kurula sunulur.<sup>66</sup>

Yasama çalışmalarına verilen önem, kanunların yorumlanması sırasında da kendini gösterir. Mahkemeler yorum problemlerini çözerken ilk basamakta yasanın hazırlık çalışmalarını inceleyerek, bir başka deyişle sübjektif amaçsal yorum ile işe başlarlar. Yasa koyucunun sübjektif amacının araştırıldığı bu yöntem, İskandinavya'da Kıta Avrupası'na kıyasla çok daha büyük önem kazanır. Burada yasama çalışmalarını bir çeşit yorum aracı gibi görmektense, bunlara belirleyici bir konum atfedildiğini söylemek daha doğrudur. Hazırlık çalışmaları en önemli hukuk kaynağı halini almış ve kanunun kendisiyle aynı düzeye erişmiştir.<sup>67</sup> Öyle ki, özellikle İsveç'te zaman zaman bu çalışmaların kanunun lafzının önüne geçtiği bile gözlenebilir. Böylece kanun metninin kısa olması gerektiği, gerekli detayların kanunun hazırlık çalışmalarından çıkarılabileceği görüşü yerleşmiştir.<sup>68</sup> Özellikle yakın zamanda çıkan kanunlar için, hazırlık çalışmalarının belirleyici rolü güçlüdür.<sup>69</sup> Eğer hazırlık çalışmalarından kanun koyucunun sübjektif niyeti anlaşılabilirse, bu anlam lafzi yorum ve sistematik yorumun önüne geçer.<sup>70</sup>

İskandinav hukuk çevresinde, hukuk kaynakları arasında; kesin bir hiyerarşik sıralama yapıldığı söylenemez. Hukuk kaynaklarının yarışmasından ziyade, işbirliği içinde ele alınacağı ifade edilmektedir. Bu açıdan hukukçuların kanunlar dışındaki kaynakları, özellikle de içtihat ve öğretiyi de gözetmeleri gerektiği kabul edilir.<sup>71</sup> Kanunun hazırlık çalışmaları, içtihat ve öğreti arasında nasıl bir sıralama yapılacağı konusunda net bir yanıt bulmak zordur. Bunun yerine bunların uygulamada ne kadar ciddiyetle dikkate alındığı sorusu öne çıkmaktadır. Öte yandan dar anlamda hukuk kaynakları ile hukukun belirlenmesine yardımcı materyalleri de kapsayacak şekilde geniş anlamda hukuk kaynakları arasında ayrımı yapılmaz. Bu bakımdan içtihatların hukuk kaynağı olup olmadığı da kesin bir biçimde ifade edilmemektedir.<sup>72</sup> Aynı şekilde bir yorum metodu olarak ele alınabilecek olan 'kıyas'ın hukuk kaynakları arasında sayıldığına rastlanmaktadır.<sup>73</sup> Bir başka deyişle tipik İskandinav pragmatizminden hukuk kaynakları teorisi de payını almaktadır. İskandinav anlayışı burada, normatif hukuk kaynaklarını katı biçimde sınırlamak ve sıralamak yerine; somut olaya göre, sağduyunun gerektirdiği makul sonuca işaret etmekle yetinmektedir.<sup>74</sup> Bunun dışında, bağlayıcı olup olmadığına bakılmaksızın, içtihat ve öğretinin de gözetileceğinin kabul

<sup>66</sup> İsveç'teki yasama sürecine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz Strömholm (n 59) 35-37.

<sup>67</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 22.

<sup>68</sup> Kischel (n 3) 602.

<sup>69</sup> Bernitz (n 1) 20.

<sup>70</sup> Lundmark (n 17) 336.

<sup>71</sup> ibid 122.

<sup>72</sup> Kischel (n 3) 603.

<sup>73</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 22.

<sup>74</sup> Kischel (n 3) 608.

edilmesi, hukukun normatif karakter taşımayan parçalarına gerçekte etki tanındığını kabul etmesi bakımından, İskandinav realizminin izlerini taşımaktadır.<sup>75</sup>

Yukarıdakine benzer bir pragmatizm, hukuk kuralının uygulanmasında da kendisini gösterir. Örneğin İsveç'te, yargıcın hukuku formalist biçimde uygulamak yerine, somut olayın şartlarına büyük önem attığı görülmektedir. Tümdengelim gibi yöntemlerin yerine, somut olayda adil bir çözüme ulaşmaya odaklanıldığına rastlanmaktadır. Somut olayın şartları gerektirdiği ölçüde yargıç, eğer bir istisnaya müsaade etmek mümkünse eşitlik ilkesinden ayrılmaktadır. Bu bağlamda yargıçların hukuk politikası analizine ve ekonomik analize yatkın oldukları da bildirilmektedir.<sup>76</sup> Bir başka deyişle, her ne kadar kanun hukukun kaynağı olsa da, dar bir yorum metodu yoktur. Bunun yerine uyumsuzluğun somut ve pratik yönlerine yönelik bir duyarlılıkla donanmış bir yorum söz konusudur.<sup>77</sup>

İçtihat, Anglo-Amerikan hukukundaki kadar önemli olmasa da, hukuk kaynakları arasında sağlam bir rol üstlenir. 19. yüzyıldan bu yana, Norveç istisna teşkil etmekle beraber bağlayıcı olarak kabul edilmeyen içtihat,<sup>78</sup> yine de mahkemelerce dikkate alınmaktadır.<sup>79</sup> Birinci derece mahkemeler, yerleşmiş içtihatları gözden geçirmeyi gerektirecek denli istisnai durumlar haricinde yüksek mahkeme içtihatlarını takip ederler. Tarihsel olarak sistematik kanunların bulunmadığı, hukuk kurallarını toparlayıp sistematize edecek denli uzun bir geleneğe sahip öğretinin bulunmadığı Kuzey hukuk düzenlerinde hukuku birleştirme görevi üst derece mahkemelere düşmüştür.<sup>80</sup>

Kimi zaman yargıçların hukuk yarattığı açıkça ifade edilmektedir. Bu görüşe göre Danimarka'da da yargıçlar hukuk yaratmakta ancak bunu Anglo-Amerikan hukuk çevresindeki yargıçlardan daha az belirgin biçimde yapmaktadır. Danimarka'da yargıç bir içtihat yaratmak yerine, söz konusu somut olayı çözüme bağlamayı amaçlamaktadır. Böylece Danimarka'da yargıcın, Türk/İsviçre medeni kanunlarında öngörülen şekilde yasa koyucu gibi hareket ederek bir kural oluşturmasından çok, somut olayda makul gördüğü kararı vermesi söz konusudur.<sup>81</sup> Yargıçların somut olaydaki olguları ele alıp tartıştığı, fakat bunları bir yasa hükmüne atlamak için çaba sarf etmediğine rastlanır. Genellikle yargıcın buradan çıkardığı rehber ilkeyi de ortaya koymamakta, bir başka deyişle kararını bir nedene dayandırmakta fakat bu

<sup>75</sup> Lundmark (n 17) 321.

<sup>76</sup> ibid 108, 122, 126.

<sup>77</sup> Rodolfo Sacco, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (Jacob Joussen tr, 2nd edn, Nomos 2011) 240-241.

<sup>78</sup> Green-Gonas (n 7) 192.

<sup>79</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 22.

<sup>80</sup> Anna Nylund and Jorn Øyrehagen Sunde, 'Courts and Court Proceedings' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds), *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019) 210-211.

<sup>81</sup> Ole Lando, 'Scandinavian Law in Practical Implication: Characteristic Features, Solutions of International Interest, Social Dimension' (2007) 50 *Scandinavian Studies in Law* 157, 160.



nedeni kararda açıkça bildirmemektedir. Bu tip kararlar, bir içtihat oluşturmak için yeterli değildir.<sup>82</sup> Yargıcın kurallardan yola çıkarak bir sonuca ulaşmaktansa, önce makul ve adil olan sonucun hangisi olduğunu sezdiği, daha sonra da hükme ulaşırken yürüttüğü mantığın bu sonuca götürüp götürmediğini test ettiği söylenmektedir. Yargıcın böylece ulaştığı ve mahkeme kararının içinde genellikle bir paragrafı aşmayacak kadar kısa olan hüküm, İskandinav hukuk çevresinin pragmatist ve realist niteliğini de ortaya koyar.<sup>83</sup>

Uygulamada birincil olarak başvuru hukuk kaynağının öğretisi olduğu söylenmektedir. Özellikle ders kitapları bu çerçevede sıkça başvuru bir referanstır.<sup>84</sup> Öğreti ve uygulama arasında 19. yüzyılın başından beri sıkı bir ilişki olduğu gözlenmektedir. Nitekim bu işbirliğinin bir göstergesi olarak sözgelimi Danimarka'da hukuk teorisyenlerinin dogmatik veya teorik bir yaklaşımdan uzak durdukları, uygulamaya dönük oldukları söylenebilir. Büyük ölçüde kabul gören bilimsel eserlere, mahkemede avukatlarca göndermede bulunulduğuna ya da mahkeme kararlarında atıf yapıldığına rastlanmaktadır. Öğreti, genellikle mahkemelerin somut olayda verecekleri kararı etkileyebilmektedir.<sup>85</sup> İlgili kanunun düzenlemediği ve başka kanunlarda bulunup kıyas yoluyla uygulanacak hükümlerin de yer almadığı hallerde mahkemeler çoğunlukla öğretiyi takip etmektedir.<sup>86</sup>

Kıyas, İskandinav hukukunda özel hukuka ilişkin kanunlar ilgili oldukları hukuki alanın bütünü düzenlemediklerinden sıkça karşılaşılan kanun boşluklarını gidermek için çok yoğun ve etkin biçimde başvuru yorum yöntemlerinden birini oluşturmaktadır.<sup>87</sup> 1905/1907 yıllarında İskandinav ülkelerinde yürürlüğe giren yeknesak Taşınır Satımı Kanunu'nun hükümleri özel kanunlarla düzenlenmeyen başka sözleşme tipleri için de kıyas yoluyla uygulanmış ve böylelikle pek çok hukuki problem bu kanunun hükümleriyle çözümlenmiştir.<sup>88</sup> Sözgelimi İsveç'te 1734 tarihli İsveç Kanunu'nda düzenlenmeyen hizmet sözleşmesi; Taşınır Satımı Kanunu'nun ayıplı malların teslimini düzenleyen hükümleri ile idare edilmektedir. İyi niyet kuralı genel bir kanunla düzenlenmediği halde; taksitle satış ve sigorta sözleşmelerine ilişkin kanunlarda düzenlendiğinden bu hükümler yine kıyas yoluyla tüm sözleşme ilişkilerine uygulanır hale gelmiş ve iyi niyet kuralı genel bir ilke haline getirilmiştir.<sup>89</sup>

<sup>82</sup> Lundmark (n 17) 350, 351.

<sup>83</sup> Lookofsky (n 15) 177, 178.

<sup>84</sup> Kischel (n 3) 603.

<sup>85</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 21, 22.

<sup>86</sup> Lando (n 81) 160.

<sup>87</sup> Bernitz (n 1) 20.

<sup>88</sup> Lando (n 81) 160.

<sup>89</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 277.



### C. Hukuki Düşünce Biçimi, Pragmatizm ve Realizm

İskandinav hukuk çevresi, pragmatizm ve realizmle tanımlanmaktadır.<sup>90</sup> Az sayıda teorisyenin varlığının, aynı zamanda hukuk sistemlerinin rafine biçimde gelişmesini engellediğinden ve gerek hukuk teorisinin gerekse hukuk uygulamasının yaşayışla iç içe, pragmatik biçimde gelişmesinin önünü açtığından bahsedilmektedir.<sup>91</sup> İskandinav hukuk düzenleri 19. yüzyılda Pandekt hukuk biliminden yoğun biçimde etkilenmelerine ve Kıta Avrupası'nı yakından takip etmelerine rağmen, yine de uygulamaya dönük yerleşik anlayış, bu hukuk düzenlerini yoğun bir kavramcılıkla ve kuramsallaşmış sistemle yan yana durmaktan alıkoymuştur.<sup>92</sup>

Üzerinde şüpheler de olan bir önermeye göre, İskandinav anlayışını kavramak için İskandinav hukuki realizminin anlaşılması gerekmektedir.<sup>93</sup> Amerikan hukuki realizminin aksine günümüzde rafa kaldırılmış olan İskandinav hukuki realizmi, 20. yüzyılda İsveçli filozof Axel Hägerström tarafından kurulmuş olan, Uppsala Okulu olarak da anılan felsefi bir akımı ifade etmektedir. Hägerström'e göre "... duygulardan kaynaklanan kelimeler bulutunu delmek için metafizik olanı yok etmemiz gerekmektedir." Bu anlamda Hägerström, fiziksel ve doğal dünyanın varlığı dışındaki metafizik ve doğaüstü olanın varlığını reddetmektedir.<sup>94</sup> Hägerström'e göre bilimsel olması için bir şeyin somut olgulara dayanması gerekir. Kavramlar da bu bağlamda gerçeklere dayanmalıdır.<sup>95</sup> Gerçeklik her türlü 'değer'den aridir. Etik kavramlar; acı ve haz gibi ampirik kavramlarla ifade edilemez. Böylece değerler fiziksel dünyada değil ancak insanların akıllarında varlık kazanabilir. Etik yükümlülükler ve hakların veya doğal hak kavramının da bu bakımdan fiziksel dünyada var olduğu iddia edilemez. Hak ve yükümlülüklerle ilişkin normatif gerçeklerle ilgili bir hukuki gerçeklik de yoktur. Hukuk, her türlü kavramsal içerikten yoksundur ve hukuki terimler de insan davranışlarını düzenlemek için kullanılan kavramlar değil, uygun davranışa yönlendirmek için kullanılan içi boş sözcüklerdir. Böylece aslında hak ve yükümlülük kavramları da zamansal ve mekânsal gerçeklikte elle tutulabilen hiçbir şeye karşılık gelmediklerinden, mevcut değildirler.<sup>96</sup> Sözelimi mülkiyet hakkı kavramını metafizikten bağımsız ele alma olanağı yoktur. Mülkiyeti, devletin ihlallere karşı koruduğu bir gerçeklik olarak ele almak mümkün değildir. Çünkü mülkiyet aslında devletin sağladığı korumanın ön şartıdır. 'Hak' kavramı ile ifade edilen bir 'yetki'dir. Yetki ise yaşama dair olgularla açıklanamaz. "Doğaüstü, mistik, büyü ve metafiziksel bir güçtür."<sup>97</sup> Realizm böylece, kavramlardan çok,

<sup>90</sup> Lookofsky (n 15) 177, 178.

<sup>91</sup> Kischel (n 3) 608.

<sup>92</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 279, 280.

<sup>93</sup> Kischel (n 3) 620.

<sup>94</sup> Jes Bjarup, 'The Philosophy of Scandinavian Legal Realism' (2005) 18(1) Ratio Juris 1, 1-3.

<sup>95</sup> Kischel (n 3) 622.

<sup>96</sup> Bjarup (n 94) 4-7.

<sup>97</sup> Kischel (n 3) 622, 623.

mahkemelerin gerçekte nasıl karar verdiği üzerine düşünme faaliyetinin hukukun asıl konusu olduğunu öne sürmüştür.<sup>98</sup>

İskandinav hukuki realizminin, hukukun uygulamaya dönük kısmıyla ilgilenen Amerikan hukuki realizminden farklı olarak, hukukun felsefi tarafıyla<sup>99</sup>, temel kavramlarla ilgilendiği,<sup>100</sup> pratik bakımdan günümüz hukuki düşünce biçimi üzerinde hiçbir iz bırakmadığı, hatta günümüzde çoğu İskandinav hukuk öğrencisinin Hägerström veya Uppsala Okulu'nun adını bile duymadığı ifade edilmektedir. Ancak doğrudan gözlenemeyen bu etki dolaylı olarak ortaya çıkmış olabilir. İskandinav hukuk teorisi, günümüzde yalnızca geçerli hukuka, bunun uygulanmasına ve yapısına odaklanırken; hukukun toplumsal, siyasal, felsefi ve ekonomik yönlerinden hukuk dışındaki disiplinler lehine fedakârlık etmektedir. Bu durum, hukuki realizmin, metafizik karşıtı tutumuna bağlanabilir.<sup>101</sup>

Kaldı ki, hukuki realizmin Avrupa'nın geri kalan kısmında geniş yankı uyandırmamasına rağmen, İskandinavya'da ortaya çıkıp kurumsallaşması da tesadüf değildir. Uzun süre hukuk eğitimi almamış ve profesyonel olmayan hukukçular tarafından yürütülen hukuk uygulaması, 19. yüzyılda Pandekt hukuku etkisi altında kalana kadar bilimselleşmemiştir.<sup>102</sup> Bu mirasla beraber hukukun sıradan insanların gündelik yaşamlarıyla bağıni koparmadığı ve rafine biçimde hukuk profesyonellerinin tekeline girmediği İskandinavya; pragmatist ve politika odaklı çözümleri savunan hukuki realizm akımı için biçilmiş kaftan olmuştur.<sup>103</sup> Hukuki realizm bir taraftan da 20. yüzyılın başlarından itibaren sanayileşmenin beraberinde getirdiği sorunlara karşı geliştirilen araçların altyapısını oluşturmuştur. Hukuk bilimi sosyal teori olarak, hukuk politikası ise sosyal teknoloji olarak anlaşılmıştır.<sup>104</sup> Hukukun kendisi ise bu dönemden itibaren toplum mühendisliğinin bir aracıdır.<sup>105</sup>

İskandinav hukukunda, hukuki realizmin temelini teşkil ettiği toplum mühendisliği, İsveç'te haksız fiiller hukukunun gelişimi bakımından örneklenebilir. 19. yüzyılda İsveç hukukuna giren *culpa* ilkesi, 20. yüzyıla doğru ve 20. yüzyıl başlarında risk ilkesine dayalı kusursuz sorumluluk halleri ile takviye edilmiştir.<sup>106</sup> 19. yüzyılda

<sup>98</sup> Letto-Vanamo and Tamm (n 5) 13.

<sup>99</sup> İrem Akı, 'Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2008) 30.

<sup>100</sup> Lundmark (n 17) 95.

<sup>101</sup> Kischel (n 3) 625, 626.

<sup>102</sup> Bkz yuk n 16 ile başlayan metin.

<sup>103</sup> 1920 ve 1930'larda hukuki realizmin ortaya çıkışında, mahkemelerde hala hukukçu olmayan yargıçların güçlü konumda oluşunun payı olduğu ifade edilmektedir. Jaakko Husa and Kimmo Nuotio and Heikki Pihlajamäki, 'Nordic Law - Between Tradition and Dynamism' (2008) TICOM - Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2008/10 <<https://ssrn.com/abstract=1287088>> accessed 31 December 2019, 22.

<sup>104</sup> Heikki Pihlajamäki, 'Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared' (2004) 52 Am. J. Comp. L. 469, 472, 486, 487.

<sup>105</sup> Letto-Vanamo and Tamm (n 5) 13.

<sup>106</sup> Modéer (n 37) 214-216.

Alman hukuk biliminin etkisiyle biçimlenen; kavramsallık ve sistematize olma nitelikleriyle damgalanan haksız fiil hukukunun, yeni risklerle beraber yeni kurumları benimsediği görülmektedir. Bu durum salt kavramsal bir düşünce modelinden sonuç odaklı bir düşünce biçimine evrilmeyi anlatır.<sup>107</sup>

20. yüzyılda bir süre daha ilerledikten sonra bu defa *culpa* ilkesi ve münferit kusursuz sorumluluk hallerine dayanan sorumluluk hukukunun da dönüşüme uğradığı görülür. İskandinav hukuki realizminin temsilcilerinden Lundstedt, kusur gibi haksız fiilin klasik kavramlarını eleştirmiş ve fayda prensibini düstur benimsemiştir. II Dünya Savaşı'nın ardından bu sefer de ceza hukukçusu Strahl geleneksel haksız fiil hukuku teorisine karşı eleştiriler yönelterek sosyo-politik mülahazaların da dikkate alınması gereğini vurgulamıştır. Aynı dönemde Danimarka'da Ussing gibi yazarlar, haksız fiil hukukunun yeni bir ilkeye, sigorta ilkesine, dayanması gerektiğini savunmuştur. Sosyal demokrat bir refah devleti fikrinin alabildiğine baskın olduğu ve bununla bağlantılı olarak liberal odaklı bir haksız fiil anlayışından sosyal odaklı bir anlayışa doğru dönüşümün başladığı bu dönemde, haksız fiil hukukunu sosyal güvenlik sistemleri ile ikame etme görüşü yasa koyucuyu ikna etmiştir. Artık sosyal güvenlik ve özel sigortalar modern haksız fiiller hukukunun bir parçasıdır. Bu çerçevede 1929 yılında motorlu araçlar için zorunlu sorumluluk sigortasına ilişkin İsveç'te kabul edilen yasa öncü kabul edilebilir.<sup>108</sup>

Böylece 1950'lerde entelektüel hayattaki yerini sağlamlaştıran Uppsala Okulu'nun, metafizik olan unsurları açıkça yıkmaya başladığı söylenebilir. Pragmatizm ve realizm artık inşa edici bir rol üstlenmeye başlamıştır. Değerlerden arınmış bir hukuk anlayışı, hukukun toplumsal yönünün vurgulanışını ve toplumun gereksinimlerine göre şekillenecek bir reformu da beraberinde getirmiştir. Böylece artık kolektif bir yaklaşım öne çıkarılmaya; haksız fiil hukukunu, sosyal güvenlik ve sigorta sistemleriyle ikame etme yönünde adımlar atılmaya başlanmış ve bu konudaki kanunlaştırmaların önü açılmıştır. Hukukçular cephesinden bu adımlar başta kuşkuyla karşılanırsa da sigortanın öne çıkan rolü yavaş yavaş normalleşmiş ve bunun sosyal devletin gerekliliklerini nasıl sağlayabileceği üzerinde durulmaya başlanmıştır. Pragmatizmin olumlu sonuçlar doğurduğuna dair iyimser bir yaklaşımın hâkim olduğu 1950'ler ve 1960'lar aynı zamanda reformları finanse etmek için vergilerin gittikçe artırıldığı yıllardır.<sup>109</sup>

1972'de kabul edilen Haksız Fiil Sorumluluğu Yasası ise asıl dönüm noktasıdır. Artık sorumluluğun önleyici ve caydırıcı etkisi önemli bir yer tutmaz. Bunun yerine sosyal ve insancıl mülahazalar öne çıkmıştır. Bu kanunu izleyen İş Kazaları Sigortası Yasası, tıbbi müdahale sırasında gerçekleşen zararlar, farmakolojik ürünler nedeniyle

<sup>107</sup> Håkan Andersson, 'The Tort Law Culture(s) of Scandinavia' (2012) 3 JETL 210, 214.

<sup>108</sup> Modéer (n 37) 216-220.

<sup>109</sup> Andersson (n 107) 216-218.

gerçekleşen zararlar ve çevresel zararlar için sigortalara ilişkin düzenlemeler; İsveç hukuk kültürüne rengini veren gelişmeler olmuştur. Haksız fiil hukukunun tazmin edici işlevi artık kesinlikle ön plandadır. Amaç kaybın, zorunlu veya isteğe bağlı sigortalar yoluyla dağıtılmasıdır.<sup>110</sup>

Sosyal mülahazaların hukuka doğrudan yansımına, sosyal devlet ilkesiyle bağlantılı olarak zayıf tarafı koruyucu hükümler de örnek olarak verilebilir. Bu doğrultuda medeni hukukta, tarafların kişisel özelliklerine değer atfeden düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlara gösterilebilecek en çarpıcı örneklerden biri Finlandiya'daki mücbir sebep kavramıdır. Mevcut kanuni düzenlemeleri dikkate alarak “sosyal” mücbir sebep kavramını sistematize eden Thomas Wilhelmsson'a göre, sosyal mücbir sebebin devreye girebilmesi için dört koşul bulunmaktadır. Birinci olarak borçlu; hastalık, işsizlik veya ailevi problemler gibi sosyal, kişisel olaylardan etkilenmiş bulunmalıdır. İkinci olarak bu sosyal olaylar borçlunun ifada bulunmasını engellemiş olmalı, bir başka deyişle borçlunun ifada bulunmakta gecikmesi ile bu sosyal olaylar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Sosyal olay öngörülemez bir olay olmalıdır. Son olarak borçlu bu sosyal olayın gerçekleşmesi konusunda kusurlu olmamalıdır. Böylece özetlenebilecek olan sosyal mücbir sebep teorisi Finlandiya'daki birçok kanuni düzenlemede hayat bulmaktadır. Taksitle satış sözleşmeleri hakkındaki kanuna göre; eğer alıcı hastalık, işsizlik veya buna benzer bir kişisel sebeple ve kusuru olmaksızın ödemede bulunamamışsa, satıcı alıcıya karşı haklarını kullanamaz.<sup>111</sup>

#### D. Hukuk Eğitimi ve Mesleki Kariyer

İsveç'te Ortaçağ boyunca yargılama faaliyeti mesleği hukukçuluk olmayan yargıçlar tarafından idare edilmekteydi. Kırsal bölgelerde, bu bölgede yaşayan tüm hür vatandaşların oluşturduğu *ting* adı verilen kurullar yargılama yapıyordu.<sup>112</sup> Vikinglerden beri var olduğu bilinen *tingler*, yerel toplulukların çeşitli konuları karara bağladıkları genel kurulları ifade etmekteydi. Ortaçağ'da bunlar hukuki uyuşmazlıkların çözümlendiği forumlar haline geldiler.<sup>113</sup> *Tingler* zamanla kendilerini, yerel aristokratlardan oluşan *nämnd* adı verilen kurullara bıraktı. 1400'lerde kendisini iyice kabul ettirmeye başlayan *nämnd*'lerin başkanı yargıç olarak adlandırılırken, bu kurula atanan mesleği hukukçuluk olan üye daha alt düzeydeki bir konumdaydı. 17. yüzyılda temyiz mahkemelerinin kurulması ile meslekten hukukçu olmayan

<sup>110</sup> Modéer (n 37) 216-220.

<sup>111</sup> Johan Bärlund and Peter Moeglvang-Hansen, 'Contracting with a Social Dimension' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds), *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019) 124-126.

<sup>112</sup> Lundmark (n 17) 182.

<sup>113</sup> Jesper Larsson, 'Conflict-resolution mechanisms maintaining an agricultural system. Early modern local courts as an arena for solving collective- action problems within Scandinavian Civil Law' (2016) 10(2) *International Journal of the Commons* 1100, 1103.

yargıçların otoritesi sarsılmaya başladı. Bu mahkemeler yargılama alanında bir profesyonelleşmeyi de beraberinde getirdiler. Bu arada üniversite eğitimi almış olan hukukçu sınıfı, alt derece mahkemeleri de dâhil olmak üzere yargıçların hukukçular arasından seçilmesi için lobi faaliyetine girişti. Bu etkiler sonucunda mesleği hukukçuluk olan yargıçların otoritesi, diğerlerine karşı sağlamlaşmış oldu.<sup>114</sup> Batı Avrupa’da 12. Yüzyılda başlayan profesyonelleşmenin, İskandinavya’da bu denli geç bir dönemde gerçekleşmesi, büyük ve sistematik kodifikasyonların eksikliğine ve hukuk öğretisinin görece zayıf konumuna bağlanabilir. Batı Avrupa’daki muadillerine göre daha az teknik olan İskandinav hukuku uzun süre, hukuk eğitimi almamış aktörlerin yargılama faaliyetine katılmasını sağlamıştır.<sup>115</sup>

Gerek İsveç’te gerek diğer İskandinav ülkelerinde mesleği hukukçuluk olmayan yargıçların hala yargılama faaliyetinde yer aldıkları görülmektedir. Bunların yetkisi, meslekten hukukçu olan yargıçlarla müzakere etmekten ibarettir. Hatta tanık dinlendiğinde bu yargıçların soru sormaktan imtina ettikleri görülmektedir. Ancak örneğin Finlandiya’da hala meslekten hukukçu olmayan yargıçların, oybirliğiyle profesyonel yargıcın kararını geçersiz kılması mümkündür.<sup>116</sup>

Hukuk alanında mesleki kariyer konusunda göze çarpan bir diğer nitelik, örneğin İsveç’te hukuk fakültesi mezunlarının mesleklerini icra etmek için baroya kabul edilmeleri şartının bulunmamasıdır. Öğrenciler üniversite eğitimlerini tamamladıktan sonra ‘hukukçu’ olarak çalışmaya başlayıp müvekkillerini kabul edebilirler.<sup>117</sup> Bir başka deyişle hukuki danışmanlık yapıp müvekkillerini temsil edebilmesi için hukuk mezunlarının baroya kaydolup *Advokat* unvanını almalarına teorik olarak gerek yoktur. Ancak hukuki desteğe ihtiyaç duyanların baroya kayıtlı bir avukatın unvanına itibar ettikleri de gözden kaçırılmamalıdır. Avukat olmak için ise bir avukatın bürosunda beş yıllık deneyim kazanmak ve bir taraftan da etik ve meslek kurallarına ilişkin dersler almak şarttır. Mezunlar ayrıca savcı olmayı da tercih edebilirler. Yargıçlık mesleğine girmek ise ancak en başarılı öğrencilerin davet edildikleri iki yıllık bir eğitim programıyla başlar. İki yıllık eğitimden sonra yargıç adayı, yargıç olarak atanana kadar mahkemelerde raportör olarak çalışmaya devam eder.<sup>118</sup> Yargıç, savcı veya avukat olabilmek için tamamlanması gereken staja başlama şansı, İsveç’teki istatistiklere göre hukuk fakültesi mezunlarından en başarılı %30’luk dilime tanınmaktadır.<sup>119</sup>

<sup>114</sup> Lundmark (n 17) 221, 222

<sup>115</sup> Nylund and Öyrehagen Sunde (n 80) 203.

<sup>116</sup> Lundmark (n 17) 222, 238.

<sup>117</sup> Green-Gonas (n 7) 202.

<sup>118</sup> Ortwein II (n 28) 440, 441, 443, 444.

<sup>119</sup> Lundmark (n 17) 160.

Bunun dışında birçok hukuk fakültesi mezununun ise kamu görevine girdikleri görülmektedir. İdari veya yerel idareye bağlı makamlarda hukukçular için pek çok pozisyon bulunmaktadır.<sup>120</sup> İskandinav ülkelerinde 19. yüzyılda hukukçular devlet kademelerinde önemli görevler üstlenmişler; kentleşme, sanayileşme ve ticaretin gelişimi sırasında aktif rol almışlardır. Bu dönemde son derece geliştirilmiş bir eğitim vererek toplumu yönetmeyi öğreten hukuk fakültelerinin mezunları, sayıca oldukça artarak en büyük profesyonel grubu oluşturmuşlardır. Kırsal ağırlıklı bir toplumdaki, modern devlete doğru geçişte hukukçular ihtilafları engelleyen ve çözen bir konumda durmuştur. 20. yüzyılda, geleneksel hukuki akıl yürütme biçimi etkinliğini yitirip bunun yerini daha pragmatik bir akıl yürütme biçimi aldığı anda, hukukçular baskın konumlarını yavaş yavaş diğer profesyonellere terk etmeye başlamışlardır. Sosyal devlet politikaları hukukçuların tekeli kırıyorken, hukukçular diğer disiplinlerin uzmanlarına gittikçe daha çok ihtiyaç duymaya başlamışlardır.<sup>121</sup>

Hukuk eğitime gelindiğinde, İsveç örneği ele alındığı zaman hukuk eğitiminin tamamen üniversiteler eliyle verildiği görülmektedir. Bu bir lisans eğitiminden oluşur. Eğitim modeli pratiğe dayalı olmaktan çok teorik bazlıdır. Hukuk fakültelerine kabul edilmek için özel bir sınav bulunmamasına karşın, öğrencilerin orta öğretim düzeyinde aldıkları notlar önemlidir.<sup>122</sup> Hukuk eğitiminin, ağırlıklı olarak hukuk derslerinden oluştuğu bildirilmektedir. Fakat söz gelimi Almanya'ya göre hukuk politikası analizini daha fazla önceleyen bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir.<sup>123</sup> 4,5 yıl süren hukuk programının ardından öğrenci yüksek lisans düzeyine denk gelen bir derece ile mezun olur.<sup>124</sup>

Tarihsel olarak meslekten hukukçu olmayanların yürüttüğü yargılama faaliyeti, nihayetinde profesyonel hukukçuların egemenliğine girmiş olsa da, profesyonel olarak organize olmuş hukukçuluk mesleğinin İskandinavya'da, Kıta Avrupası'ndaki diğer ülkelere göre oldukça geç bir dönemde şekillendiği göz ardı edilmemelidir.<sup>125</sup> Bu örgütlenme eksikliğinin hala, hukuk mezunlarının baroya kaydolmalarının müvekkillerini temsil etmek için zorunlu bir koşul olmayışında kendisini gösterdiği söylenebilir. Üstelik Ortaçağ'a göre etki alanları çok büyük ölçüde kısıtlanmış olsa da meslekten hukukçu olmayan yargıçların hala yargılama faaliyetinde bir yerlerinin bulunduğu da dikkate alınmalıdır. Ayrıca hukuk eğitiminin de Almanya örneğine nazaran, politika analizini de içermesi ve hukukçuların diğer disiplinlerden uzmanlara da gittikçe daha fazla ihtiyaç duyuyor olması önemli göstergelerdir.

<sup>120</sup> Ortwein II (n 28) 443.

<sup>121</sup> Ole Hammerslev, 'Convergence and conflict perspectives in Scandinavian studies of the legal profession' (2010) 17(2) *International Journal of The Legal Profession* 135, 136-140.

<sup>122</sup> Green-Gonas (n 7) 201; Ortwein II (n 28) 436, 438.

<sup>123</sup> Lundmark (n 17) 108, 114.

<sup>124</sup> Bengt Lundell, 'Legal Education in Sweden' (Learning from Each Other: Enriching the Law School Curriculum in an Interrelated World, Soochow University, Kenneth Wang School of Law Suzhou, China, October 17-19, 2007) 1.

<sup>125</sup> Örneğin İsveç Barosu'nun kurulduğu yıl 1887'dir. Lundmark (n 17) 148.

## E. Yargı Teşkilatı

İsveç örneği ele alındığında, genel yetkili mahkemeler üç düzeyde incelenebilir: Yüksek Mahkeme (*Högsta domstolen*), istinaf mahkemeleri ve yerel mahkemeler. Bunlar ceza ve hukuk yargılamaları alanında ve aksi öngörülmediği sürece diğer tüm alanlarda genel yetkili mahkemelerdir.<sup>126</sup> Birince derece mahkemeler olan yerel mahkemeler, hukuk davalarında üç profesyonel yargıç ile yargılama yaparken, ceza ve aile hukukuna ilişkin davalarda bir profesyonel yargıç ve üç tane meslekten olmayan yargıçla yargılama yapar. Meslekten olmayan bu yargıçlar genellikle kamu görevinde uzun süre tecrübe kazanmış kişiler arasından, yerel otoriteler tarafından dörder yıllık dönemler için atanırlar.<sup>127</sup> Bunlar jüri üyeleri gibi değil, mahkeme heyetinin üyeleri olarak görev yaparlar. Bu bağlamda hem olgular hem de hukuk alanında karar verirler. Ancak heyetteki profesyonel yargıcın hukuk ve kanunun yorumu gibi konularda belirleyici bir rolü vardır.<sup>128</sup> Birinci derece mahkemelerin, diğer birçok Avrupa ülkesinde başka makamlara bırakılan yetkileri de vardır. Sözelimi taşınmaz satım sicilinin tutulması, vasiyetnamenin düzenlenmesi, tereke defterinin tutulması, vesayet gözetimi gibi yetkiler de bu mahkemelere aittir.<sup>129</sup>

İsveç'te toplam altı tane istinaf mahkemesi bulunur. Bunlar yeni bir yargılama yaparak hukuk ve olgular hakkında karar verirler. İstinafa istisnai durumlarda başvurulmaktadır. Hukuk davalarında verilen kararların yüzde 8'ine, ceza davalarında verilen kararın ise yüzde 10'una karşı istinaf yoluna gidildiği belirtilmektedir.<sup>130</sup> 1789 yılında kurulan Yüksek Mahkeme kendisini sadece hukuka ilişkin konularla kısıtlamamakta, birinci derece mahkemeler ve istinaf mahkemeleri gibi olgulara ilişkin kararlar da vermektedir.<sup>131</sup> Yalnızca profesyonel yargıçlardan oluşan<sup>132</sup> ve içtihat oluşturan bir mahkeme konumuna gelen Yüksek Mahkeme, yalnızca çok önemli görülen uyuşmazlıklarda devreye girmektedir.<sup>133</sup> Sözelimi İsveç Yüksek Mahkemesi'nde 16 yargıç görev yapmaktadır. 2016 yılı istatistiklerine göre yılda 66 uyuşmazlığı ele alan mahkeme,<sup>134</sup> iş yükü ve boyutu bakımından tutarlı kararlar vererek içtihat oluşturmaya uygun koşulları oluşturmaktadır.

Genel yetkili bu mahkemelere ek olarak 20. yüzyılda hayata geçirilen bazı özel yetkili mahkemeler de mevcuttur. İş Mahkemesi, İsveç'teki yargı teşkilatının başarılı örneklerinden biridir. Bu mahkeme, eski bir Yüksek Mahkeme üyesi olan başkandan,

<sup>126</sup> Ortwein II (n 28) 420.

<sup>127</sup> Lundmark (n 17) 195, 196.

<sup>128</sup> Strömholm (n 59) 39.

<sup>129</sup> ibid 39, 40.

<sup>130</sup> Ortwein II (n 28) 422.

<sup>131</sup> Strömholm (n 59) 40.

<sup>132</sup> Lundmark (n 17) 197.

<sup>133</sup> Ortwein II (n 28) 422.

<sup>134</sup> Nylund and Øyrehagen Sunde (n 80) 211.



iki kıdemli kamu görevlisinden ve ülke çapındaki işçi ve işveren sendikalarının temsilcilerinden oluşur. Bu mahkemenin oluşturduğu yargıç hukuku, İsveç toplum mühendisliğinin en başarılı örneklerinden kabul edilmektedir.<sup>135</sup> İş mahkemelerine ek olarak; taşınmaz kirası ve mülkiyet ile ilgili uyuşmazlıklara, patent uyuşmazlıklarına ve rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakan diğer özel mahkemelere de rastlanmaktadır.<sup>136</sup> Ancak Kuzey ülkelerinin bütününe bakıldığında özel mahkemelerin çok sınırlı sayıda olduğu ve yetkilerinin çok kısıtlı olduğu da belirtilmelidir. Uyuşmazlıkların çok büyük bir kısmı genel yetkili mahkemeler tarafından görülür. Sözelimi iş mahkemelerinin görevine bakıldığında bunların, İsveç hariç olmak üzere İskandinav ülkelerinde sadece toplu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara baktıkları görülür. Bireysel iş uyuşmazlıklarına ilişkin davalar ise genel yetkili mahkemelerde görülmektedir. Özel mahkemelerin sınırlılığı, ideal yargıcın her konuyu ele alabilen bir hukuk aktörü olacağı yönündeki tasarımla ilgilidir. Özellikle İsveç, Danimarka ve Finlandiya’da yargıçlar diğer mahkemelerde yargıç yardımcısı olarak çalışmış olan hukukçular arasından seçilmekte, böylece her bir yargıcın hukukun farklı alanlarında tecrübe kazanmış olması sağlanmaktadır.<sup>137</sup>

Yargılama usulü, tipik İskandinav pragmatizminin izlerini taşır. Süreler genellikle kanunen belirlenmemiştir. Belirlenmiş süreler de yargıcın takdirine göre uzatılması mümkün olan sürelerdir. Mahkemeler tarafından tebliğ edilen belgeler genellikle sıradan posta yoluyla gönderilir. Kimi durumlarda ise telefon yoluyla haber verildiğine rastlanır. Tanık dinlenilmesi söz konusu olduğunda, yargıç tanığın telefon bağlantısı yoluyla dinlenilmesini takdir edebilir.<sup>138</sup>

## II. İskandinav Hukukunun Hukuk Çevreleri/Gelenekleri Arasındaki Konumu

### A. Geleneksel Karşılaştırmalı Hukuktaki Sınıflandırma Eğilimi

Geleneksel karşılaştırmalı hukukun iki ayağının bulunduğu belirtilmektedir. Mikro karşılaştırma, hukuk kurumlarıyla veya hukuki problemlerle ilgilenirken, makro karşılaştırma hukuk sisteminin ruhuna ve tarzına yönelir.<sup>139</sup> Makro karşılaştırmanın temelinde hukuk düzenlerini sistematize etme ve sınıflandırma faaliyeti yatmaktadır. Karşılaştırmalı hukukun klasik eserleri, dünya hukuklarının makro düzeyde panoramasının sunulmasıyla uzun yıllardır ilgilenmiştir.<sup>140</sup>

<sup>135</sup> Strömholm (n 59) 40, 41.

<sup>136</sup> Lundmark (n 17) 195.

<sup>137</sup> Nylund and Öyrehagen Sunde (n 80) 205, 206.

<sup>138</sup> ibid 207.

<sup>139</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 4.

<sup>140</sup> Jaakko Husa, ‘Legal Families’ in Jan M. Smits (ed), *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law* (Edward Elgar 2006) 382.



Karşılaştırmalı hukukun klasik eserlerinde, Kıta Avrupası hukuku (*civil law*) ve *common law* ayrımı en temel mesele olarak ele alınmaktadır. Bu hukuk sistemleri, hukuk düzeninin yapı taşları ve dünyanın baskın hukuk sistemleri olarak görülmekte<sup>141</sup> ve birbirlerinden önemli ölçüde ayrılan gruplar olarak anılmaktadır.<sup>142</sup> Klasik sınıflandırma çabalarına bakıldığında, her ne kadar sınıflandırma sırasında kullanılan terminoloji değişse de, bu iki büyük sınıfın varlığının her zaman vurgulandığına rastlanır. Sınıflandırmaya girişen bu yaklaşımlardan kimileri “hukuk çevreleri” (*Rechtskreise*) terimini kullanırken<sup>143</sup>, kimileri “hukuk aileleri” (*legal families*) kavramını tercih etmekte<sup>144</sup>, kimileri de “hukuk gelenekleri”nden (*legal traditions*) bahsetmekte<sup>145</sup> ve dünya hukuk düzenlerini bu şablonlara oturturken; *civil law* ve *common law* gruplarına mutlaka ayrımlarında yer vermektedir.

## B. İskandinav Hukukunun Hukuk Çevreleri Arasındaki Yerinin Belirsizliği

### 1. Klasik Sınıflandırmalarda İskandinav Hukukunun Yerleştirilmesi

İskandinav hukuklarının Kıta Avrupası – *common law* ayrımındaki yeri konusunda bir türlü tutarlı bir yaklaşım benimsendiği söylenemez. Gerek İskandinav hukukçuları arasında, gerekse İskandinav hukuk çevresini sınıflandıran karşılaştırmalı hukukçular arasında; İskandinav hukukunun hukuk çevreleri arasındaki yeri konusunda bütünüyle uzlaşma sağlanamamıştır.

Roma-Cermen hukuk ailesi, *common law* ailesi ve sosyalist hukuk ailesi arasında üçlü bir ayrıma giden René David ayrı bir yer ayırmaksızın, İskandinav hukuklarını Roma-Cermen hukuk ailesinin içine yerleştirir.<sup>146</sup> Arminjon, Nolde ve Wolff, İskandinav hukuk çevresini ayırdıkları yedi hukuk çevresinden biri olarak incelerler.<sup>147</sup>

Zweigert ve Kötz’e göre, İskandinav hukuk çevresini *common law* hukukları arasında sıralamak düşünülemez. Çünkü Ortaçağ döneminin İngiliz hukukundan türeyen *common law* ile İskandinav ülkelerinin herhangi bir tarihsel bağı bulunmamaktadır. Üstelik hukuk tekniği, yargıç hukukunun belirgin konumu, yargıçlık mesleği bakımından da *common law*’a rengini veren nitelikler İskandinav

<sup>141</sup> Mathias Siems, *Comparative Law* (2nd edn, Cambridge University Press 2018) 50.

<sup>142</sup> Mary Ann Glendon and Michael W. Gordon and Paolo G. Carozza, *Comparative Legal Traditions* (2nd edn, West Group 1999) 15.

<sup>143</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 62ff.

<sup>144</sup> René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World* (3rd edn Stevens & Sons 1985) 22.

<sup>145</sup> John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2nd edn, Stanford University Press 1985) 2-4; Glendon and Gordon and Carozza (n 142) 1999.

<sup>146</sup> Yazar, Roma-Cermen hukuk ailesinin temel unsurlarına değinirken, her bir unsur için, ikincil ayrımlara gidilip gidilmeyeceğini de tartışır. Sözelimi tarihsel gelişim bakımından İskandinav hukuklarına, Roma-Cermen hukuk ailesi içinde ayrı bir başlık açılmasını gerektirecek denli farklılık bulunmamaktadır. Aynı şey hukuk kaynakları bakımından da geçerlidir. David and Brierley (n 144) 34, 72, 128.

<sup>147</sup> Ergun Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1976) 293, 294, 298, 299.

hukuklarında eksiktir. Öte yandan bu coğrafyada Ortaçağ'da Roma hukukunun iktibas edilmemiş olması ve Alman veya Fransız Medeni Kanunları gibi sistematik kodifikasyonların görülmemiş olması bu hukukların Kıta Avrupası hukukları arasında sayılması konusunda şüphelere yol açmaktadır. Ne var ki Roma hukukunun sınırlı da olsa İskandinav hukuklarına etki ettiği ve özellikle 19. yüzyıldan itibaren hukuk teorisi ve uygulamasının Kıta Avrupası'nda olduğu gibi bilimselleştiği ve Kıta Avrupası ile sıkı bir ilişki içine girdiği unutulmamalıdır. Bu nedenle yazarlara göre Kuzey hukuk çevresini, Kıta Avrupası hukuku altında, ancak Alman hukuk çevresi ve Latin hukuk çevresinden ayrı bir grup olarak ele almak doğrudur.<sup>148</sup>

Kischel'e göre ne tarihsel süreç bakımından ne de hukuka temel yaklaşım veya çeşitli hukuki kurumlar bakımından İskandinav hukuklarının *common law* ile hiçbir dikkate değer ortaklığı bulunmamaktadır. Bu bakımdan her ne kadar İskandinav hukuklarının bazı özgün nitelikleri nedeniyle bunu yapmak kolay olmasa da, bu hukuk çevresini Kıta Avrupası hukukları arasında değerlendirmek doğrudur. Kıta Avrupası içinde ise İskandinav hukuk çevresini tarihsel etki nedeniyle Fransız hukuk düzeninden çok Alman hukuku ile ilişkilendirmek mümkündür.<sup>149</sup> De Cruz; *civil law, common law*, sosyalist hukuk olmak üzere üç büyük gelenek/ailenin ayrımını yaptıktan sonra,<sup>150</sup> İsveç hukukunun genellikle *civil law* ülkesi olarak ele alındığını belirtir.<sup>151</sup>

İskandinav hukukçular Bogdan ve Sundberg de Zweigert/Kötz gibi İskandinav hukukunun Kıta Avrupası'na, *common law*'a olduğundan çok daha büyük benzerlikler gösterdiğini ifade ederek, İskandinav hukukunu Kıta Avrupası hukukuna altlar.<sup>152</sup> Benzer biçimde Strömholm'a göre de, yalnızca Roma hukuku etkisinin zayıflığı gerekçe gösterilerek İskandinav hukukunun *common law*'a yaklaştığı iddia edilemez. Gerek tarihsel gelişim gerekse günümüzdeki içeriği bakımından İskandinav hukukları Kıta Avrupası'na çok daha yakındır.<sup>153</sup>

İsveçli karşılaştırmalı hukukçu Åke Malmström ise İskandinav hukukunun Kıta Avrupası hukuklarından farklarını vurgulayarak, İskandinav hukuk çevresini Kıta Avrupası ve *Common Law* hukuk çevrelerinin altına değil, bunların yanına ayrı bir çevre olarak yerleştirmiştir.<sup>154</sup> Tamm'a göre de kendisinin paylaştığı ve günümüzde bazı İskandinav hukukçular tarafından benimsenen bir görüş, İskandinav hukukunu ne Kıta Avrupası hukuku altında ne de *common law* altında ele almaktır. Her ne

<sup>148</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 271, 279, 280.

<sup>149</sup> Kischel (n 3) 628, 629.

<sup>150</sup> Peter De Cruz, *Comparative Law In A Changing World* (2nd edn, Cavendish Publishing Limited 1999) 34, 35.

<sup>151</sup> ibid 258.

<sup>152</sup> Bernitz (n 1) 19, 20; Jacob W. F. Sundberg, 'Civil Law, Common Law and the Scandinavians' (1969) 13 *Scandinavian Studies in Law* 179, 204.

<sup>153</sup> Strömholm (n 59) 32, 33.

<sup>154</sup> Bernitz (n 1) 18, 19.

kadar İskandinav hukuk çevresinin Kıta Avrupası ile ilişkisinin daha yoğun olduğu itiraf edilmekteyse de bunu ayrı bir hukuk çevresi olarak inceleme düşüncesi ağır basmaktadır.<sup>155</sup>

İsveç örneğinden hareket edildiğinde buradaki hukukçuların büyük bölümü arasında, İsveç hukukunun Kıta Avrupası geleneğine, en azından *common law* geleneğine olduğundan daha yakın olduğundan bahsedildiği bildirilmektedir. Ancak bir taraftan da hukuk çevrelerini *common law* ve Kıta Avrupası hukuku olarak iki büyük sınıfta toplamanın sorunlar yarattığı ve İskandinav hukuk çevresinin Kıta Avrupası'na daha yakın ancak yine de kendine özgü bir grup olduğu da savunulmaktadır.<sup>156</sup>

İskandinav hukuk çevresinin, hukuk çevreleri içine yerleştirilmesi konusunda ortaya çıkan bu uzlaşmazlık, İskandinav hukuklarının ne *common law* çevresine/geleneğine ne de *civil law* çevresine/geleneğine tipik biçimde oturmasından kaynaklanmaktadır.<sup>157</sup> Gerçekten de İskandinav hukuklarının, onları Kıta Avrupası'ndan ayıran ve İngiliz hukukunun ürünü olmadığı halde *common law* 'un parçasıymış gibi görünmelerine neden olan bir dizi özelliği bulunur. Pragmatizm odaklılığı, Roma hukukundan Alman ve Fransız hukukları kadar etkilenmemiş olması, kanunlarının kapsamlı Kıta Avrupası tipi kodifikasyonlarından ayrılması bu özelliklerdendir.<sup>158</sup> Sınıflandırma konusunda ortaya çıkan bu karışıklık *civil law* ile *common law* ayrımının ne derece isabetli bir ayırım olduğu konusunda soru işaretlerine neden olmaktadır. Yakın tarihli yaklaşımlar, geleneksel karşılaştırmalı hukukun sınıflandırma eğilimine, özellikle de Kıta Avrupası ve *common law* arasında yapılan büyük sınıflandırmaya yönelik ciddi eleştiriler yöneltmektedir. Kıta Avrupası ve *common law* arasında yapılan büyük sınıflandırma, iki büyük grup arasında derine işlemiş ayrılıkların ve az sayıda benzerliğin bulunduğu yönünde bir algıya sebep olmakta,<sup>159</sup> araştırmacının odağını sapıtırarak daha önemli soruların çalışılmasının önüne geçmektedir.<sup>160</sup>

## 2. İskandinav Hukukunun Kıta Avrupası Çevresi/Geleneğinden Ayrık Konumu

Görüşlerine yer verilen kimi yazarlar İskandinav hukuklarını ayrı bir hukuk çevresi/geleneği olarak ele alırken, kimileri de Kıta Avrupası başlığı altına yerleştirmektedir. İskandinav hukuklarının özellikle tarihsel gelişim bakımından İngiliz hukukunun tipik evrimiyle bağlantısının kurulamaması nedeniyle, hiçbir

<sup>155</sup> Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 11, 12.

<sup>156</sup> Schultz (n 38) 200.

<sup>157</sup> İsveç gerek *Common law* gerekse Alman hukuku ile benzerlikler göstermekte ancak kendine özgü bazı karakterler de taşımaktadır. Lundmark (n 17) 436.

<sup>158</sup> Rudolf B. Schlesinger and Hans W. Baade and Peter E. Herzog and Edward M. Wise, *Comparative Law Cases-Text-Materials* (6th edn, Foundation Press 1998) 304.

<sup>159</sup> Lundmark (n 17) 37.

<sup>160</sup> Siems (n 141) 82.

yaklaşımın bu hukukları *common law* ile ilişkilendirmediği görülmektedir. Fakat Kıta Avrupası ile ilişkilendirmesi yönünde azımsanamayacak kadar fazla görüş bildirilmektedir. Aşağıda, İskandinav hukuklarının tipik biçimde Alman hukuk düzeni ile aynı grupta, dolayısıyla Kıta Avrupası çevresi altında ele alınmasının da mümkün olmadığı, çalışmanın birinci bölümünde tespit edilen özellikler çerçevesinde ortaya koyulacaktır.

Kıta Avrupası'ndaki, özellikle de Alman hukukundaki bilimsel bir hukuk yaklaşımının ve kavramcılığın<sup>161</sup> yerine, İskandinav hukuklarında pragmatizm ve realizm hakim görünmektedir. Bilimsel ve dogmatik bir hukuk uygulaması yerine, hayatla iç içe bir uygulama hüküm sürmektedir. Sözelimi normatif olarak bağlayıcı olup olmadığına bakılmaksızın, açıkça öğreti ve içtihatlarla da hukuk kaynağı niteliğinin atfedilmesi, yargıçların karar verme aşamasında tündengelim gibi metotlara sıkı bağlılık sergilemek yerine somut olaya adil bir çözüm bulma amacını öne koyması tipik İskandinav pragmatizm ve realizminin örnekleri olarak Alman hukukunun bilimsel yaklaşımından bu hukukları ayırmaktadır.

Almanya'da, hukukun otonom bir yapı olarak soyutlanıp kapalı bir disiplin biçiminde ele alınmasına ve böylece açık hukuk politikası analizine rastlanılmamasına rağmen, örtülü olarak bunun yapıldığı, hatta zaman zaman *contra legem* yoruma başvurulduğu görülür.<sup>162</sup> Fakat İsveç'te ise hukukçuların bu yola başvurmaları, sözcükleri eğip bükmesi rastlanır bir olgu değildir. Buna sebep olarak İsveçli yargıçların yargıç hukukuna başvurmasındaki kolaylık gösterilmektedir.<sup>163</sup> Yargıçların, hukuk politikasına referans vermektan kaçındığı, kanunun amacına veya kendilerinin kanuna yüklediği amaca göre karar verme eğiliminde oldukları Almanya'nın aksine,<sup>164</sup> İskandinav hukuklarında yargıçların hukuk politikası analizine eğilmeleri ve hukuk dışı mülhazaları açıkça göz önüne almaları yaygındır.

İskandinav hukuklarında, kanunun tam, eksiksiz ve boşluksuz olduğu varsayımına da rastlanmamaktadır. 19. yüzyıl Kıta Avrupası'nda büyük kodifikasyonların gerçekleştirildiği bir dönem olmuşken, İskandinav hukuklarında bir hukuki alanı tamamen düzenleme iddiasındaki önemli kodifikasyonlar eksiktir. İskandinav ülkelerindeki büyük kodifikasyonların tamamı, farklı alanlarda hükümler içeren, kazuistik kanunlardır. Bu bakımdan bunların sözelimi Alman Medeni Kanunu ile kıyaslanması imkânsızdır. Pandekt hukuk okulunun bir ürünü olarak ortaya çıkan Alman Medeni Kanunu'nda hukuk, kapalı ve boşluksuz bir bütün olarak tasavvur

<sup>161</sup> Koray Güven, 'Hukuk Çevreleri Ayırımında Alman Hukuku'nun Yeri ve Temel Özellikleri' (2016) 65(3) Ankara Üniversitesi. Hukuk Fakültesi Dergisi 837, 872.

<sup>162</sup> ibid 876ff.

<sup>163</sup> Lundmark (n 17) 108.

<sup>164</sup> ibid 433.

edilmişken<sup>165</sup>, İskandinav kanunlarında buna rastlanmaz.<sup>166</sup> Oysa Kıta Avrupası hukukları tarif edilirken, 19. yüzyıl kanunlaştırmalarının karakterize edici bir unsur olduğu göze çarpmaktadır.<sup>167</sup> İskandinav hukukları Kıta Avrupası'ndan, bu çerçevede de ayrılmaktadır.

Tarihsel olarak kazuistik ve ampirik tarzda kaleme alınan kuralların uygulandığı, bu nedenle de meslekten hukukçu olan yargıçların kendilerini diğer Kıta Avrupası ülkelerinden çok daha geç kabul ettirdiği ve örgütlendiği İskandinavya'da hala bu tarihsel gelişimin izleri sürülebilir. Profesyonel olmayan yargıçlar hala yargılama faaliyetinde önemli bir yer kaplamakta, hukukçuların ise müvekkillerini temsil edebilmeleri için baroya kaydolup 'avukat' unvanını almaları şart koşulmamaktadır.<sup>168</sup> Hukukçu örgütlenmesinin zayıflığı ve meslekten hukukçu olmayanların yargılamadaki varlığı; hukukun kavram inşasına dayanan otonom bir bilim olarak kapalı biçimde anlaşılmadığına bir başka örnek olarak gösterilebilir. Hukuk, hala halka yakın karakterini korumaya devam etmektedir. Bu yönüyle de İskandinav hukukları, Roma hukukunun yoğun iktibasıyla birlikte hukukun kurumsallaştığı ve bilimselleştiği Alman hukukundan<sup>169</sup> uzağa konumlandırılmalıdır.<sup>170</sup>

Roma hukuku etkisinin eksikliği, tarihsel gelişiminde İskandinav hukuklarını Kıta Avrupası'ndan uzağa koyan en belirgin etkilerden diğeridir. Tarihsel gelişim bakımından, Roma hukukunun kapsamlı iktibasının eksikliği İskandinav hukuklarını Alman hukuk düzenine ve genel olarak Kıta Avrupası'na rengini veren karakterden mahrum bırakmaktadır. Literatürde Kıta Avrupası çevresi/geleneği sınıflandırılırken Roma hukukunun iktibasını mutlaka gündeme getirmekte,<sup>171</sup> hatta *common law* ve Kıta Avrupası ayırımında belirleyici bir unsur olarak ele alınmaktadır.<sup>172</sup> Oysa İskandinav hukukları, tarihsel evrimlerinde Roma hukuku etkisini, Kıta Avrupası'ndaki diğer hukukların paylaştığı boyutta paylaşmamıştır. Tarihsel gelişim bakımından İskandinav hukukunun Kıta Avrupası'ndan ayrı gelişmiş olması o denli renk vericidir ki, sözgelimi Lundmark'a göre İsveç hukuku, tarihsel gelişim bakımından Almanya'dan çok İngiltere ile ortaklıklar taşımaktadır.<sup>173</sup>

<sup>165</sup> Güven (n 161) 869ff.

<sup>166</sup> Bkz yuk n 60 ile başlayan metin.

<sup>167</sup> De Cruz (n 150) 36.

<sup>168</sup> Bkz yuk n 113 ile başlayan metin.

<sup>169</sup> Güven (n 161) 844 vd.

<sup>170</sup> Bu noktada, esasında Alman hukukunda da meslekten hukukçu olmayan yargıçların (*Schöffen*) hala ceza yargılaması faaliyetine katıldığı belirtilmelidir (§ 28 ff. Gerichtsverfassungsgesetz, GVG). Ancak tarihsel olarak Almanya'da hukukun kurumsallaşması, bilimselleşmesi, profesyonel hukukçuların güdümüne girmesi ve halktan uzaklaşmasının boyutu göz önüne alındığında İskandinav hukukunun halkla iç içeliği ile Almanya'daki kurumsallığın yan yana konulamayacağı açıktır.

<sup>171</sup> Siems (n 141) 50, 51; Kıta Avrupası (*civil law*) geleneği, ilk şekillendirici evresinde Roma hukuku, Cermen ve yerel örf adet hukuku, kilise hukuku ve uluslararası tacir hukuku ile etkileşimi, daha sonra da feodalizmden kopuş ve ulus devletlerin yükselişi ile hukuk bilimine attığı değer ile karakterize olur. İngiliz hukuku ise Kıta Avrupası'ndaki bu Roma hukuku iktibasından izole biçimde gelişmiştir. Glendon and Gordon and Carozza (n 142) 16, 150.

<sup>172</sup> De Cruz (n 150) 47.

<sup>173</sup> Lundmark (n 17) 426.

### C. Hukuk Çevreleri Ayrımının Gözden Geçirilmesi İhtiyacı

İskandinav hukuklarının ne *common law* ne de Kıta Avrupası grubuna altlanamayışı, bir yandan yukarıda belirtildiği gibi Kıta Avrupası – *common law* ayrımının geçerliliği problemini ortaya koyarken, bir yandan da daha geniş ölçekli bir sorunu hatırlatmaktadır. Buna göre hukuk çevrelerini sınıflandırmanın ne derecede gerekli olduğuna veya bu sınıflandırmaların yeni bir anlayışla yeniden kurulmasına ihtiyaç bulup bulunmadığına dair sorgulamalar gündeme gelmektedir.

Klasik hukuk çevreleri/gelenekleri ayrımlarının amacı karşılaştırmalı hukuk araştırmasına başlayan araştırmacı için bir başlangıç yardımı sağlamak, dünyadaki çok sayıda hukuk düzenini resmi olmayan bir düzene oturtmaktır.<sup>174</sup> Hukuk düzenlerinin çeşitliliği, yabancı bir hukuk düzenini çalışmaya herhangi bir nedenle başlayan bir araştırmacı için aşılmaz görünebilir. Bu engeli aşmak için hukuk düzenlerinin bir grup aileye ayrılması ve araştırmacıya ilk inceleme olanağı sağlanması amaçlanmakta, bir başka deyişle hukuk çevreleri/gelenekleri ayrımına didaktik bir işlev yüklenmektedir.<sup>175</sup> Bu sınıflandırma yabancı hukukların anlaşılmasını ve tanımlanmasını mümkün kılar. Aynı özellikleri taşıdığı bilinen hukuk sistemlerini inceleyen araştırmacı bu bilgisi sayesinde geriye kalan farklılıklara odaklanabilir.<sup>176</sup> Böylece hukuk çevrelerinin, ampirik bir betimlemeden çok, karşılaştırmalı hukuk araştırmasına başlarken yardımcı olabilecek bir yapı olduğundan bahsedilebilir.<sup>177</sup>

Araştırmacıya rehberlik etmek için oluşturulan klasik hukuk çevreleri/gelenekleri şablonları kimi hukuklar bakımından yetersiz kalmakta, hatta araştırmacıyı yanlış yönlendirebilecek ön kabuller kurulmasına yol açabilmektedir. Sözelimi İskandinav hukuklarını bu şablonda Kıta Avrupası tarafına yerleştirmek; son derece pragmatist ve realist biçimde gelişmiş ve uygulanmakta olan İskandinav hukuklarını, kavramcı ve bilimsel bir yaklaşımla, sözelimi Alman hukuku ile, yan yana koyma sonucunu doğurur. Oysa yukarıda görüldüğü gibi, İskandinav hukuklarına rengini veren birçok nitelik bu hukukların Alman hukukundan önemli ölçüde uzaklaşmasına yol açmaktadır. Bu durum; araştırmacıya yardımcı olmak için kurulan klasik hukuk çevreleri/gelenekleri şablonunun, kendisine atfedilen amacın tam tersi sonuca götürmesine neden olmaktadır. Özetle ifade etmek gerekirse, dünya hukuklarını, kendi içlerinde ortaklıklara sahip fakat birbirlerinden kalın çizgilerle ayrılan bağımsız sınıflara ayırma eğilimine dayanan hukuk çevreleri teorisinin işlevi, İskandinav hukukları gibi zorlu yapılar karşısında zedelenmektedir.

Hukuk kültürü ve yine hukuk kültürü ile bağlantılı olarak hukuki *mentalité* kavramlarını önceleyen bir takım yaklaşımlar, genellikle ‘kurallar bütünü olarak

<sup>174</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 72.

<sup>175</sup> David and Brierley (n 144) 18, 21.

<sup>176</sup> Siems (n 141) 85, 86.

<sup>177</sup> Husa, ‘Legal Families’ (n 140) 384.

hukuk' yaklaşımını ön plana çıkaran hukuk çevreleri teorisine karşı görünmektedir.<sup>178</sup> Bunlara göre, geleneksel karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında kurallara, mahkeme kararlarına, hukuk öğretilerine ve hukuki kurumlara yapılan vurgu, hukuk çevreleri ayırımının yetersiz kalmasına yol açmaktadır.<sup>179</sup>

Hukuk kültürü kavramını ilk defa literatüre sokan Friedman iki farklı 'hukuk sistemi' tanımı arasında ayırım yapar. Friedman'a göre klasik anlamda hukuk sistemi tarihsel ve evrimsel iken, kendi önerdiği tanım hukuk kültürünü önceleyen ve süreç modeline dayanan bir tanımdır. Friedman'ın tanımında hukuk sisteminin üç unsuru bulunur. Yapısal unsurlar kurumlarla ilgilidir. Maddi unsurlar kurallar, öğretiler ve kanunlarla ilgilidir. Kültürel unsurlar ise sistemi birbirine bağlayan değer ve yaklaşımlara ilişkindir. Bunlar hukuk sisteminin toplumsal kültürdeki yerini belirler. Hukukçuların eğitimi ve alışkanlıkları; insanların hukukla ilgili algıları ve mahkemeye gönüllü biçimde başvurup başvurmadıkları, hukukçulara ve diğer resmi görevlilere hangi amaçlarla yöneldikleri; hukuk, hükümet ve geleneklere saygı duyulup duyulmadığı vb. konular işte hukuk sisteminin bu kültürel yönüne ilişkin sorulardır.<sup>180</sup> Oysa klasik hukuk çevreleri teorileri, hukuk sistemlerinin belirli bir karakteri olduğunu varsayar. Çevrelerin belirlenmesinde bazı nitelikler renk verici sayılır. Bu nitelikler ise genellikle hukukçuların kontrol sahasına ilişkindir. Ayrıca bu sınıflandırmaların tarihsel gelişimi odağına koyduğu ve buradan yola çıktığı da görülmektedir. Friedman'a göre bahsedilen bu klasik hukuk sistemi kavramı, toplum ile hukuk arasındaki ilişkiyi anlamak için yeterli değildir.<sup>181</sup>

Böylece klasik ayırımların benzer bir özelliğinin, hukuk kültüründen çok hukuk normlarını odaklarına almaları olduğu söylenebilir. Bunlar kendi aralarında yalnızca hukuk sistemlerinin sayısı ve çeşitliliği ile hukuk sistemlerini hani kategoriye oturttukları konusunda ayrışır.<sup>182</sup> Gerçekten de klasik hukuk çevreleri ayırımlarından en bilinenlerinden birinin mimarı David, hukuk tekniğini ve hukuk sisteminin altında yatan felsefi, siyasi ve ekonomik ilkeleri sınıflandırmasının ölçütleri olarak

<sup>178</sup> Legrand'a göre, Avrupa hukuk sistemlerinin birbirine yaklaştığı tezini savunan klasik teoriler, kurallara ve kavramlara odaklanırlar. Oysa hukuki kurala ve kavramlar bir hukuk sistemini ancak yüzeysel olarak açığa çıkarabilirler. Legrand, bunun yerine hukuk kültürü araştırmalarını öne çıkarır. Hukuk kültürü araştırmasında, araştırılan kültürdeki bilişsel yapıya vurgu yapar. Topluluğun hukuk hakkında ne düşündüğü ve neden böyle düşündüğü belirlenmeye çalışırken, topluluğun algısı ve zihniyeti tanımlanmalıdır. Legrand'ın hukuki *mentalité* ile kastettiği işte bu "kollektif zihinsel program"dır. Pierre Legrand, 'European Legal Systems Are Not Converging' (1996) 45(1) The International and Comparative Law Quarterly 52, 55, 56, 60.

<sup>179</sup> Husa, 'Legal Families' (n 140) 389.

<sup>180</sup> Lawrence M. Friedman, 'Legal Culture and Social Development' (1969) 4(1) Law & Society Review 29, 34-36. Nelken'e göre hukuk kültürüne dâhil edilebilecek noktalar, hukukçuların sayısı ve rolü, yargıçların atanma ve denetlenme süreçleri; dava açma ve hapis cezası oranları gibi somut konular olabileceği gibi, fikirler, değerler, *mentaliteler* gibi daha soyut noktalara da uzanabilir. David Nelken, 'Legal Culture' in Jan M. Smits (ed), *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law* (Edward Elgar 2006) 374.

<sup>181</sup> Friedman (n 180) 32-34.

<sup>182</sup> Esin Örtücü, 'A General View of "Legal Families" and of "Mixing Systems"' in Esin Örtücü and David Nelken (eds), *Comparative Law: A Handbook* (Hart Publishing 2007) 170.



kullanmıştır.<sup>183</sup> Bir diğer sınıflandırma girişiminde bulunan Zweigert ve Kötz ise sınıflandırmalarına temel aldıkları ölçüt olarak hukuk tarzından bahsederek; tarihsel gelişim, hukuki düşünce biçimi, ideoloji, kurumlar ve hukuk kaynakları ölçütlerine yönelirler.<sup>184</sup> Salt kurallara odaklanmak yerine diğer bazı etkenleri de göz önünde bulunduran bu ‘klasik’ sınıflandırma girişimlerinin, yine de kültürel’ unsuru ise göz ardı ettikleri ve hukuk sistemini büyük ölçüde ‘kurallar bütünü’ olarak ele aldıkları ‘belirtilmelidir. Ayrıca bu klasik sınıflandırmalar, sınıfları belirlerken kullandıkları çizgiler bakımından, atipik hukuk düzenlerinin yerleştirilmesine imkân vermeyecek kadar katı ve genelleştirilmiş şablonlar sunmaktadır.

Yukarıda anılan klasik hukuk çevreleri teorilerinin karşısına 1990’lardan itibaren yeni yaklaşımlar çıkmaya başlamıştır. Komünist rejimlerin birer birer çökmesiyle, geçmişte sosyalist hukuk çevresinde kabul edilen hukuklar, kısa bir süre içinde Kıta Avrupası sınıfına sokulmaya başlanmıştır. Kamu hukukunda meydana gelen değişikliklerin, özel hukuk sahasına odaklanan hukuk çevreleri teorilerini bir anda alt üst edebilmesi, bu teorilere karşı şüphelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.<sup>185</sup> Böylece ivme kazanan hukuk kültürünü önceleyen yaklaşımlara göz atıldığında, bunların hukuk sistemlerini gruplandırma konusunda, geleneksel karşılaştırmalı hukukçuların hevesini paylaşmadıkları<sup>186</sup> veya ortaya attıkları sınıflandırma önerilerinin klasik yaklaşımlar kadar keskin uçlu olmadığı gözlenmektedir.<sup>187</sup>

Sözgelimi Örucü’nün önerdiği “aile ağacı” modelinde tüm hukuk sistemleri, açık veya kapalı biçimde karışık veya çakışan sistemlerdir. Karışımlarında bulunan içeriğin oranına göre bunların sınıflandırılması gerekir. Her hukuk sisteminin kurucu özelliklerine bakılması ve bunların daha büyük ölçekte yeniden gruplandırılması gerekir. Bazı Kıta Avrupası sistemleri, sözgelimi Hollanda hukuku; Roma, Fransız, Alman ve yerel hukukların karışımıdır. İtalyan hukuku gibi bazı hukuklar da Kilise, Roma, Fransız, Avusturya ve Alman hukuklarının karışımıdır. İngiliz hukukunun kendisi bile, Roma hukuku, Kıta Avrupası fikirleri, kilise hukuku, hakkaniyet (*equity*) ve yerel *common law*’un karışımından oluşur. Sistemler arası kombinasyonlar

<sup>183</sup> David and Brierley (n 144) 21.

<sup>184</sup> Zweigert and Kötz (n 2) 62ff.

<sup>185</sup> Mark Van Hoecke and Mark Warrington, ‘Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law’ (1998) 47(3) The International and Comparative Law Quarterly 495, 499.

<sup>186</sup> Varga’ya göre, her kültür münhasıran kendine özgü biçimde tasarım, çerçeve ve şemalar oluşturur. Bunların bütünü, ilgili düzene o kültüre özel karakterini verir. Karşılaştırmalı hukuk kültürü çalışmaları işte bu yüzden, bir sınıflandırma veya önceden belirlenmiş bir metodoloji vb. öngörmez. Csaba Varga, *Comparative Legal Cultures* (Szent István Társulat 2012) 34.

<sup>187</sup> Üstelik geleneksel yaklaşımlarda bile, sınıflandırmaların kesin olmadığı zaman zaman ifade edilmektedir. Zweigert/Kötz’e göre, hukuk çevreleri ayrımı sadece başlangıçta yardımcı bir araçtır. Gelişmiş bir karşılaştırmalı araştırmacı bu araca artık gerek duymayabilir. Zweigert and Kötz (n 2) 72. De Cruz’a göre ise günümüzde dünyadaki birçok hukuk düzeninin, baskın olarak üç hukuk geleneğinden birinin ve birden fazlasının özellikleri ile biçimlenir. Bu üç gelenek *civil law*, *common law*, sosyalist hukuk gelenekleridir. Fakat yazar bu üçlü sınıflandırmanın tüm hukuk düzenlerini kapsamadığını da belirterek, Asya ve Afrika’daki ülkeler ile İslam ülkelerini örnek verir. Bu arada melez hukuk düzenlerinin varlığını da vurgular. De Cruz (n 150) 34, 35. Böylece De Cruz’un sınıflandırma çabasına girse de bu sınıfların keskin uçlu ve tamamen kapsayıcı olmadığını, ayrıca birbirleriyle çakışabildiğini itiraf ettiği de görülmektedir.



bulunabileceği gibi farklı kaynaklara sahip alt-sistemler de bulunabilir. Dünyada saf sistemler yoktur. Aile ağaçlarının köklerinin ve dallarının farklı derecede ve katmanlarda karşılaşma ve sarmalanmasından kaynaklanan farklı derecelerde melezlikler söz konusudur.<sup>188</sup> Birbirinden belirgin çizgilerle ayrılan sınıflar ve bu sınıfların içinde önemli noktalarda ortaya çıkan benzerliklerden çok, karışım ve çakışmalardan oluşan daha az keskin uçlu ve daha esnek bir model önerilmektedir.

Mattei'nin ortaya koyduğu sınıflandırma çabası da, Örucü'nünkine benzer biçimde, esneklik içermektedir. Profesyonel hukuk, politik hukuk ve geleneksel hukukun hüküm sürdüğü sınıflar biçiminde üç kategoriye ayırdığı modelinde, her hukuk sisteminde bu üç unsurdan bulunduğunu belirtir. Fark ise bu unsurların her bir hukuk sistemindeki miktarı, kabul edilebilirliği ve baskınlığından kaynaklanmaktadır. Bir hukuk sistemi, bir hukuki çizgiye asla tam olarak oturmaz. Bu modelde Mattei, dinamik bir yapı ortaya koymaktadır. Dengenin değişmesi ile bir hukuk sistemi bir sınıftan diğerine kayabilir.<sup>189</sup>

“Dönüşüm yoluyla dinamik bir sınıflandırma” öneren Husa ise, bir yandan güçlenen ve zayıflayan hukuk düzenleri olmak üzere iki kategori önerirken, bununla aynı anda yapılacak olan Batılı, Batılı olmayan ve melez hukuk düzenleri olmak üzere üçlü bir ayrım daha öne sürer. Burada güçlenme karakteri, hukuk sisteminin diğer sistemlere yayılma eğilimi anlatırken; zayıflama karakteri de hukuk sisteminin yayılmadığını, tam tersine gelecekte kaybolma eğiliminde olduğunu ifade eder. Güçlenme/zayıflama karakteri, bu sınıflandırma modelinde hukuk sistemlerinin sürekli bir dönüşüm içinde olduğunu vurgular. Örneğin bazı melez hukuk düzenlerinde güçlü olan hukuk kültürü zayıf olanı devamlı dışarı doğru itmekte, bu da melezlik karakterini etkilemektedir. Diğer taraftan, modelin yapılandırılması nedeniyle bu modelde birçok hukuk düzeni birden çok grupta birden yer alır.<sup>190</sup>

Her ne kadar hukuk kültüründen değil, hukuk geleneklerinden<sup>191</sup> bahsetse de, klasik hukuk çevreleri teorisine karşı görünen Glenn'in sınıflandırması da, yukarıdakileri andırır biçimde keskin uçlardan arınmış görünmektedir. Glenn açıkça kendi önerdiği hukuk gelenekleri kavramının, hukuk çevreleri teorisinin aksine sivri çizgiler içermediğini belirtir. Normatif bilgi<sup>192</sup> olarak düşünüldüğünde hukuk geleneğini mekânsal veya kategorik sınırlarla bağdaştırmak güçtür. Hukuk geleneği birbirinden

<sup>188</sup> Örucü, 'A General View of 'Legal Families' and of 'Mixing Systems'' (n 182) 172, 174; Esin Örucü, *The Enigma of Comparative Law Variations on a Theme for the Twenty-first Century* (Springer-Science+Business Media, B.V. 2004) 138.

<sup>189</sup> Ugo Mattei, 'Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems' (1997) 45(1) *American Journal of Comparative Law* 5, 15-17.

<sup>190</sup> Jaakko Husa 'Classification of Legal Families Today. Is it time for a memorial hymn?' (2004) 56(1) *Revue internationale de droit comparé* 11, 25, 26, 31.

<sup>191</sup> Glenn'in bahsettiği 'hukuk gelenekleri' kavramı, yukarıda klasik ayrımlarda bahsedilen 'hukuk geleneği' kavramından farklı görünmektedir. Bkz yuk n 145. Aynı yönde bkz Örucü, *The Enigma of Comparative Law Variations on a Theme for the Twenty-first Century* (n 188) 42.

<sup>192</sup> Toplumsal bağlamda geçmişten günümüze aktarılan bir unsur olarak gelenek, bir bilgi olarak düşünülebilir. Patrick H. Glenn, *Legal Traditions of The World Sustainable Diversity in Law* (3rd edn, Oxford University Press 2007) 13.

ayırmaya değil, bir araya getirmeye ilişkindir. Hukuk gelenekleri birbiriyle çakışır veya birbirlerine dokunurlar.<sup>193</sup>

Yakın zamanlı bu sınıflandırma çabalarının özelliği kesin sınırlar yerine daha kaygan ve silik çizgilerin bulunduğu veya grupların iç içe geçtiği ya da sürekli bir dönüşümün söz konusu olduğu kategoriler önermeleridir. Buradaki kategoriler, dikkate alınan belirli öğeler itibariyle birbirlerinden önemli ölçüde ayrılmış değildir. Aynı doğrultuda, bu kategorilere atılan hukuk düzenleri de tipik biçimde bu kategoriye kesin biçimde yerleştirilmek yerine, bir taraftan diğerine dinamik biçimde geçiş yapan, karakterinde değişiklikler meydana gelen veya diğer sınıfla da iç içe geçmiş tarafları bulunan hukuk düzenleridir. Bu modellerin, tipik olarak bir çevreye/geleneğe yerleştirilemeyen hukukları, sözgelimi İskandinav hukuklarını, açıklamak konusunda klasik şablonlardan daha başarılı olacağı konusunda şüphe yoktur.

Avrupa'da Roma hukukunun Ortaçağ'daki büyük iktibasından görece izole biçimde muhafaza edilen İskandinav hukukları, 19. yüzyıla gelindiğinde bu defa Alman Pandekt öğretisi ile Roma hukukunun etki alanına girerler. Bu bakımdan İskandinav hukukları her ne kadar Kıta Avrupası geleneğinin en tipik karakterinden yoksun kalsa da, hatta bu bakımdan İngiliz hukuku ile daha fazla benzerlikler taşısa da<sup>194</sup> Pandekt hukuku ile er geç tanışmış olan bu hukukları Kıta Avrupası'ndan tamamen dışarıya çıkarmak da doğru görünmemektedir. Öte yandan, eski tarihli kodifikasyonların bulunduğu İskandinav hukukları, buna rağmen kodifikasyonların kapsamlı ve bütüncül olmayan niteliği nedeniyle Kıta Avrupası altında tipik biçimde konumlandırılmamaktadır. Yargıçların hukuk dışı mülhazaları dikkate almaları ve hukuku tamamen kapalı bir yapı olarak görmemeleri de İskandinav hukuklarını Kıta Avrupası çizgisinden *common law* çizgisine doğru kaydurmaktadır. Benzer bir durum, kavramcılığın eksikliği ve bunun yerine realizm ve pragmatizmin öne çıkması konularında da gözlenebilir. Tüm bu hususlar gözetildiğinde, İskandinav hukuklarının ne Kıta Avrupası ve *common law*'dan tamamen ayrı bir yerde, ayrı bir hukuk çevresi/geleneği olarak konumlandığını söylemek; ne de bu çevre/geleneklerden birine tipik biçimde yerleştiğini söylemek doğru olacaktır. Bunun yerine İskandinav hukuklarının iki kategori arasında gidip geldiğinden veya iki çevre/gelenek ile de çakışan/iç içe geçen taraflarının bulunduğundan bahsetmek daha amaca uygun bir yaklaşımdır.

## Sonuç

İskandinav hukuk çevresi; tarihsel olarak Roma hukuku etkisinin sınırlılığı, sistematik kodifikasyonların eksikliği, hukukun bilimselleşmesinin Kıta Avrupası

<sup>193</sup> Patrick H. Glenn, 'Legal Families and Legal Traditions' in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press 2007) 432.

<sup>194</sup> Bkz yuk n 173.

ülkelerine göre oldukça geç gerçekleşmiş olması ve dolayısıyla uygulamanın profesyonel hukukçuların güdümüne girişinin de gecikmesi ile anılmaktadır.

İskandinav hukukunun Roma hukukundan hiç etkilenmeden gelişimini tamamladığını söylemek abartılı bir iddia olacaktır. Ancak Kıta Avrupası'nın tersine Roma hukukunun İskandinavya'da hiçbir zaman *ius commune* olarak kabul görmeyişi, bir başka deyişle Roma hukukunun bütünüyle iktibasına rastlanmayışı dikkat çekicidir. İskandinavya'da Roma hukuku asıl 19. yüzyılda Alman Pandektistlerinin etkisi ile hayat bulmuştur. Hukuk profesyonellerinin de bu denli geç bir tarihte hukuk düzenini tekellerine almaları ve hukukun bilimselleşmesinin de yine bu denli gecikmesi, İskandinav hukukunun her zaman gündelik hayatla iç içe niteliğini korumasına yardımcı olmuştur. Realizm ve pragmatizmin anahtar sözcükler olduğu İskandinavya'da, hukuki realizmin başka hiçbir Avrupa ülkesinde olmadığı kadar gelişip serpilmesi de tesadüf sayılmaz. Kıta Avrupası'nı karakterize ettiğinden bahsedilen Fransız ve Alman Medeni Kanunu gibi büyük kanunlaştırmalar burada gözlenmez. Alman hukukundakinin aksine hukukun kapalı, boşluksuz ve özerk bir disiplin olarak kabul edildiğine de rastlanamaz. Pragmatizm ve realizm gerek mahkeme kararlarına, gerekse hukuk kaynakları öğretisine şekil vermekte; sosyal mülhazalar da yargıçlar tarafından göz önüne alınmaktadır.

İskandinav hukuk çevresinin gerek hukuki kurumlar, gerekse tarihsel gelişim bakımından kendine özgü nitelikler barındıran *common law* altında incelenemeyeceğine kuşku yoktur. Ne var ki İskandinav hukuk çevresini sistematik, kuramsallaştırılmış, bilimselleşmiş ve Roma hukuku köklerine dayanan Kıta Avrupası hukuklarının arasına yerleştirmek de doğru değildir. Bununla beraber, İskandinav hukukunu Kıta Avrupası'ndan tamamen ayrılan bir hukuk çevresi/geleneği olarak kategorize etmek de, bu hukukların Kıta Avrupası ile arasındaki ilişkileri büsbütün inkâr etmek olacaktır.

Bunun yerine İskandinav hukuklarının *common law* ile Kıta Avrupası kategorileri arasında gidip geldiği veya bu iki kategoriye de taşan kısımlarının olduğu sonucuna varılabilir. Bu durum hukuk çevreleri teorisine yeni bir bakışın gerekliliği üzerine var olan argümanların altına bir başka destek daha koymaktadır. Kalın çizgilerle birbirinden ayrılan ve kendi içlerinde belirli noktalarda önemli düzeyde benzeşen kategoriler yerine; devamlı çakışıp iç içe geçen veya birden fazla kategorideki unsurları çeşitli derecelerde içererek bu kategoriler arasında dinamik biçimde gelip giden hukuk sistemlerinden bahsetmek, İskandinav hukukları gibi tipik özellikler göstermeyen hukuk sistemlerini açıklamak için daha uygun görünmektedir. Bu yaklaşımlar, kurallar bütünü olarak değil, kültürel boyutu da bulunan bir olgu olarak hukukun anlaşılabilmesi ve dünya hukuklarının bu perspektiften panoramasının sunulabilmesi için klasik hukuk çevreleri teorilerine nazaran daha amaca uygun görünmektedir.

**Hakem Deęerlendirmesi:** 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

- Akı İ, 'Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2008)
- Andersson H, 'The Tort Law Culture(s) of Scandinavia' (2012) 3 JETL 210
- Bärlund J and Moegelang-Hansen P, 'Contracting with a Social Dimension' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds), *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019)
- Bernitz U, 'What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future' (2007) 50 Scandinavian Studies in Law 14
- Bjarup J, 'The Philosophy of Scandinavian Legal Realism' (2005) 18(1) Ratio Juris 1
- David R and John E.C. Brierley J E C, *Major Legal Systems in the World* (3rd edn Stevens & Sons 1985)
- De Cruz P, *Comparative Law In A Changing World* (2nd edn, Cavendish Publishing Limited 1999)
- Friedman L M, 'Legal Culture and Social Development' (1969) 4(1) Law & Society Review 29
- Glendon M A and Gordon M W and Carozza P G, *Comparative Legal Traditions* (2nd edn, West Group 1999)
- Glenn P H, 'Legal Families and Legal Traditions' in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press 2007)
- *Legal Traditions of The World Sustainable Diversity in Law* (3rd edn, Oxford University Press 2007)
- Green-Gonas C, 'The Scandanavian Legal System: An Introduction' (1989) 6 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 181
- Güven K, 'Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukuku'nun Yeri ve Temel Özellikleri' (2016) 65(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637
- Hagström V, 'The Scandinavian Law of Obligations' (2007) 50 Scandinavian Studies in Law 117
- Hammerslev O, 'Convergence and conflict perspectives in Scandinavian studies of the legal profession' (2010) 17(2) International Journal of The Legal Profession 135
- Husa J, 'Classification of Legal Families Today. Is it time for a memorial hymn?' (2004) 56(1) Revue internationale de droit comparé 11
- 'Legal Families' in Jan M. Smits (ed), *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law* (Edward Elgar 2006)
- Husa, J and Nuotio, K and Pihlajamaki, H, 'Nordic Law - Between Tradition and Dynamism' (2008) TICOM - Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2008/10 <<https://ssrn.com/abstract=1287088>> accessed 31 December 2019
- Kischel U, *Rechtsvergleichung* (C.H. Beck 2015)
- Lando O, 'Scandinavian Law in Practical Implication: Characteristic Features, Solutions of International Interest, Social Dimension' (2007) 50 Scandinavian Studies in Law 157
- Larsson J, 'Conflict-resolution mechanisms maintaining an agricultural system. Early modern local courts as an arena for solving collective- action problems within Scandinavian Civil Law' (2016) 10(2) International Journal of the Commons 110
- Le Bouteillec N and Zara B and Festy P, 'Freedom to Divorce or Protection of Marriage? The Divorce Laws in Denmark, Norway, and Sweden in the Early Twentieth Century' (2011) 36(2) Journal of Family History 191

- Legrand P, 'European Legal Systems Are Not Converging' (1996) 45(1) *The International and Comparative Law Quarterly* 52
- Letto-Vanamo P and Tamm D, 'Nordic Legal Mind' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds) *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019)
- Lookofsky J, 'Desperately Seeking Subsidiary: Danish Private Law in the Scandinavian, European, and Global Context' (2008) 19 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 161
- Lundell B, 'Legal Education in Sweden' (Learning from Each Other: Enriching the Law School Curriculum in an Interrelated World, Soochow University, Kenneth Wang School of Law Suzhou, China, October 17-19, 2007)
- Lundmark T, *Charting the Divide Between Common and Civil Law* (Oxford University Press 2012)
- Mattei U, 'Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems' (1997) 45(1) *American Journal of Comparative Law* 5
- Merryman J H, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2nd edn, Stanford University Press 1985)
- Modéer K A, 'Scandinavian exceptionalism: The development of modern Swedish tort law' in Nils Jansen (ed) *The Development and Making of Legal Doctrine V. 6* (Cambridge University Press 2014)
- Nelken D, 'Legal Culture' in Jan M. Smits (ed), *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law* (Edward Elgar 2006)
- Nylund A and Øyrehagen Sunde J, 'Courts and Court Proceedings' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds), *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019)
- O'Brien R and Williams M, *Global Political Economy: Evolution and Dynamics* (3rd edn, Palgrave Macmillan 2010)
- Oğuz A, *Karşılaştırmalı Hukuk* (Yetkin Yayınları 2003)
- Ørebeck P, 'Western Scandinavia: Exit Bürgerliches Gesetzbuch - The Resurrection of Customary Laws' (2013) 48(3) *Texas International Law Journal* 405
- Ortwein II B M, 'The Swedish Legal System: An Introduction' (2003) 13(2) *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 405
- Örücü E, *The Enigma of Comparative Law Variations on a Theme for the Twenty-first Century* (Springer-Science+Business Media, B.V. 2004)
- 'A General View of 'Legal Families' and of 'Mixing Systems'' in Esin Örücü and David Nelken (eds), *Comparative Law: A Handbook* (Hart Publishing 2007)
- Özsunay E, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1976)
- Pihlajamaki H, 'Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared' (2004) 52 *Am. J. Comp. L.* 469
- Sacco R, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (Jacob Joussen tr, 2nd edn, Nomos 2011)
- Schlesinger R B and Baade H W and Herzog P E and Wise E M, *Comparative Law Cases-Text-Materials* (6th edn, Foundation Press 1998)
- Schultz M, 'The impact of institutions and professions in Sweden' in Paul Mitchell (ed) *The Impact of Institutions and Professions on Legal Development V. 8*, (Cambridge University Press 2014)
- Siems M, *Comparative Law* (2nd edn, Cambridge University Press 2018)

- Strömholm S, 'Introduction' in Stig Strömholm (ed), *An Introduction to Swedish Law* (Springer Science +Business Media 1981)
- Sundberg J W F, 'Civil Law, Common Law and the Scandinavians' (1969) 13 *Scandinavian Studies in Law* 179
- Tamm D, 'Eidora Romani Terminus Imperii - Roman Law in the North' (1996) 2 *Fundamina* 39
- 'Why Roman Law - Danish Arguments for the Study of Roman Law' (2010) 16 *Fundamina* 428
- *The History of Danish Law* (DJOF Publishing 2011)
- Van Hoecke M and Warrington M, 'Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law' (1998) 47(3) *The International and Comparative Law Quarterly* 495
- Varga C, *Comparative Legal Cultures* (Szent István Társulat 2012)
- Zweigert K and Kötz H, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3rd edn, J.C.B. Mohr Paul Siebeck 1996)

