

AVRUPA HUKUK ENSTİTÜSÜ'NÜN ÜSTESİNDEN GELMESİ GEREKEN ZORLUKLAR*

Challenges for the European Law Institute

Reinhard ZIMMERMANN**

Çev. Meliha Sermin PAKSOY / Ece BAŞ***

ÖZET

Bu metin, 1 Haziran 2011 günü Avrupa Hukuk Enstitüsü'nün kuruluş kongresinde konuşma olarak sunulmuştur. Avrupa Hukuk Enstitüsü'nün üstesinden gelmesi gereken bazı zorluklara değinilmesi suretiyle okuyucunun Enstitü'nün temel özellikleri hakkında bilgilendirilmesi amaçlanmıştır. Bu zorluklar özellikle Enstitü'nün her meslekten hukukçuyu, çeşitli hukuk dallarını ve farklı hukuk kültürlerini kapsamak istemesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca hukuk geleneği kavramına ve dil ve hukuk arasındaki ilişkiye özel bir önem verilmiştir. Son olarakta Avrupa Hukuk Enstitüsü'nün hukukun yeknesaklaştırılmasını amaçlayan mevcut ağlar, organizasyonlar ve Avrupa Birliği'nin resmi organları karşısındaki

* *Reinhard Zimmermann*, Challenges for the European Law Institute, The Edinburgh Law Review,16.1 (2012): 5-23. Bu makale İstanbul Bilgi Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlileri Ece Baş ve Meliha Sermin Paksoy tarafından çevrilmiştir. Yazar kendilerine bu tercüme için içtenlikle teşekkür etmektedir.

** Max Planck Uluslararası ve Karşılaştırmalı Özel Hukuk Enstitüsü Müdürü, Hamburg; Regensburg Üniversitesi Özel Hukuk, Roma Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Tarihi Profesörü, Bu metin Avrupa Hukuk Enstitüsü'nün 1 Haziran 2011 günü Paris'te yapılan açılış kongresinde sunulmuştur (<http://europeanlawinstitute.eu/eli/index.php>).

*** Meliha Sermin Paksoy, Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Araştırma Görevlisi, (sermin.paksoy@bilgi.edu.tr) ; Ece Baş, Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Araştırma Görevlisi, (ece.bas@bilgi.edu.tr).

konumuna değinilmiştir. Metin boyunca Amerikan Hukuk Enstitüsü'ne çeşitli atıflar yapılmış ve bu kuruluşun Avrupa Hukuk Enstitüsü'ne ne ölçüde modellik edebileceği sorgulanmıştır.

Anahtar Sözcükler: Avrupa Hukuk Enstitüsü, Amerikan Hukuk Enstitüsü, hukuk ve dil, hukuk geleneği, Avrupa Hukukçular Forumu

ABSTRACT

This is the text of a speech given on the occasion of the Inaugural Congress of the European Law Institute in Paris on 1 June 2011. It attempts to familiarize the audience with essential features of that Institute and it does so by highlighting a number of specific challenges facing the Institute. These challenges arise, *inter alia*, from the Institute's ambition to be comprehensive, as far as legal professions, legal disciplines, and legal traditions are concerned. Specific attention is devoted to the notion of legal tradition(s) and the relationship between law and language. Finally, the position of the European Law Institute vis-à-vis other existing "networks" and organizations, the official organs of the European Union, and other organizations, worldwide, aiming at the harmonization of law, is highlighted. Throughout the speech, reference is made to the American Law Institute and the question is asked to what extent it can serve as a model for the European Law Institute.

Keywords: European Law Institute, American Law Institute, law and language, legal tradition, European Jurists' Forum

I. Paris 1900

“Hukuku ve yaşamayı etkileme konusunda önlenemez bir faaliyet olduğuna göre, acaba bu faaliyeti konu edinebilecek bir bilim dalı olabilir mi ve olmalı mıdır? Böyle bir bilim dalı, sadece doğadan ve insandan gelen bu hareketi izlemekle kalmayacak, eğer mümkün olabilirse onu düzenleyecek, kontrol edecek ve yönetecektir. Bu bilim dalı, eğer varsa veya herhangi bir şekilde var olabilecekse, artık karşılaştırma yöntemi veya karşılaştırmalı hukuk yöntemi olmayacak ve fakat kelimenin tam anlamıyla, karşılaştırmalı hukuk bilimi olacaktır.” Raymond Saleilles, Paris'te düzenlenen Uluslararası

Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi'nin gündemindeki temel meseleyi bu cümlelerle açıklamıştır. Kendisi, 4 Ağustos 1900 tarihindeki genel kapanış oturumunda konuşmuş ve “insanlığa, hukuka ve adalete ilişkin derin tutku”ya yaptığı çağrı ile doruk noktasına ulaşan bu konuşmayı “üç kez tekrar eden bir alkış dalgası” izlemiştir.

1900 yılında Paris'te düzenlenen bu kongrenin, karşılaştırmalı hukukun, hukuk biliminin ayrı bir disiplini veya dalı olarak ortaya çıkmasına önayak olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce bugün, karşılaştırmalı hukukun canlı ve merak uyandıran bir çalışma ve araştırma alanı olduğu ve Paris Kongresi'nde Saleilles, Edouard Lambert ve birçok diğer konuşmacıya ilham veren fikirlerin en azından belirli ölçüde gerçekleştirilebildiği söylenebilir. Lambert'e göre karşılaştırmalı hukuk bilimin en önemli görevlerinden biri hukukun uluslararası alanda yeknesaklaştırılmasıdır. Kendi ifadesiyle “Karşılaştırmalı hukuka atfedilen birleştirici özellik aynı medeniyetten insanları yöneten yasalar arasındaki rastlantısal farklılıkları aşamalı olarak ortadan kaldırmasında görülür”. Bu açıklama bir takım soruları da beraberinde getirmektedir. Modern ulus devletlerin yasalarını birbirinden ayıran farklar gerçekten rastlantısal mıdır? Karşılaştırmalı hukukçuların somut yasalardan çok daha fazlasını araştırması gerekmez mi? Yeknesaklaştırma hukukun bütün dalları için aynı ölçüde arzu edilir midir? Bu ve benzeri birçok soru bugün halen cevaplanmamıştır. Ancak buna rağmen karşılaştırmalı hukuk, hem Avrupa'da hem de dünyada hukukun yeknesaklaştırılması için bir temel hazırlanması görevini coşkuyla üstlenmiştir. Ayrıca hukuk biliminin Avrupalılaşması da son yirmi yılda önemli bir ilerleme kaydetmiştir. Böylelikle farklı hukuk alanlarını kapsayan monografilerden, ders kitaplarından, içtihatlardan ve birçok süreli yayından oluşan elle tutulur büyüklükte bir Avrupa hukuku kitaplığı oluşmuştur. Fakat hukukun Avrupalılaşması çalışmalarının himayesindeki karşılaştırmalı hukuk, esas etkisini uluslararası çalışma gruplarının şaşırtıcı artışında göstermiştir. Bu gruplar sayesinde ortaya çıkan etkileşim, özellikle daha genç nesil hukukçuların anlayışlarının önemli şekilde değişmesini sağlamıştır.

II. Paris 2011

Sanırım izleyiciler arasından kimse Paris'in, farklı ülkelerden birçok hukukçuyu bir araya getirmek isteyen bu yeni girişimin açılış kongresini

yapmak için oldukça sembolik önem taşıyan bir yer olduğunu gözden kaçırmayacaktır. Paris, “karşılaştırmalı hukukun parlak günleri”¹ olarak adlandırılan sürece ve seleflerimizin hukuki ve politik milliyetçiliği aşma idealine ilişkin anılarımızı canlandırıyor. Fakat Paris, aynı zamanda bize 111 yıl önceki yaklaşımlar, hedefler, dile getirilen duygular ve kullanılan şaşalı dilden bizi ayıran uçurumu da hatırlatıyor.

Bu açılış kongresinin onuruna düzenlendiği yeni girişim Avrupa Hukuk Enstitüsü’nün (AHE) kuruluşudur. Son on, on beş yılda özellikle Avrupa’da hukukun uyumlaştırılmasını zorlaştıran yapısal eksiklikler göz önüne alındığında böyle bir enstitünün kurulması sürekli önerilmekte hatta talep edilmekteydi. Bu talepler bir yandan Avrupa Hukuku Enstitüsü Derneği’nin (AHED) kurulmasını ve diğer yandan Floransa’daki Avrupa Üniversitesi Enstitüsü (AÜE) tarafından organize edilen “Avrupa Hukuku Enstitüsü: Avrupa Hukukunun Entegrasyonunda Yeniliğe Doğru” başlıklı bir konferansın düzenlenmesini sağlamıştır.² Anılan konferansta sunulan tebliğler Avrupa Hukuk Enstitüsü’nün kurulmasının ne kadar arzu edilir olduğu hususundaki görüş birliğini ortaya çıkarmıştır. Hatta 200 yıl öncesine dayanan bir ifade ile, bu enstitünün kurulmasının hukuk ve hukuk ilmi ile ilgili konularda zamanımızın misyonu olduğu ifade edilebilir³. Nitekim bu konferansı takip eden birçok toplantı ve tartışma ortak bir girişime öncülük etmiş ve Avrupa Hukuk Enstitüsü altı hafta önce Atina’da kurulmuştur.⁴

Bugün Dr. Irmgard Griss ile birlikte kurucu heyetin başkanı olarak benim görevim, enstitünün temel özellikleri ve çalışma usulü hakkında sizi bilgilendirmektir. Bu görevi Avrupa Hukuku Enstitüsü’nün karşı karşıya olduğu belirli zorlukların altını çizerek gerçekleştirmeyi planlıyorum. Bu arada Avrupa Hukuk Enstitüsü hakkında yazan herkesin esin kaynağı olarak değindiği Amerikan Hukuk Enstitüsü’nden de aralıklarla bahsedeceğim. Bu enstitü, başkanlığını Eski Dışişleri Bakanı Elihu Root’un yürüttüğü “Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the

¹ B. Fauvarque-Cosson, “Comparative Law in France” in M Reimann and R Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, paperback edn (2008) 35 at 42.

² 9-10 Nisan 2010 (Çevirmenlerin Notu, ç.n.)

³ F C von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), metne bugün kolayca ulaşılabilir. bkz. H Hattenhauer (ed.), *Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften*, 2nd edn. (2002) 61.

⁴ 15 - 16 Nisan 2011 (Çevirmenlerin Notu)

Improvement of the Law” (Hukukun Geliştirilmesi için Daimi Teşkilat Oluşturulması Komitesi) tarafından kurulmuştur. Komiteninin adı, programını ortaya koymaktadır. Benzer şekilde Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün kuruluş tüzüğünde de Enstitü'nün temel işinin; hukukun sadeleştirilmesi ve sosyal ihtiyaçlara daha çok cevap verir hale getirilmesi, adaletin daha iyi şekilde yönetilmesi, bilimsel ve akademik çalışmaların teşvik edilmesi olduğu daha detaylı bir şekilde dile getirilmiştir⁵. Bunlar kuruluş tüzüğü'nün üçüncü maddesinde yer alan Avrupa Hukuku Enstitüsü'nün amaçları ile açıkça uyum içerisindedir ve aynı zamanda Avrupalılar'ı, Avrupa Birliği Komisyonu'nun Daha İyi Regülasyon stratejisi hakkında düşünmeye sevk etmektedir. AB Komisyon Başkanı'nın da açıkladığı gibi Avrupa Birliği Hukuku, Avrupa Birliği'ni özel kılan unsurların merkezinde yer almaktadır ve bu nedenle Avrupa Hukuku'nun ve regülasyonlarının etkin olması, doğru seviyede ve amacına uygun bir şekilde yürütülmesi sağlanmalıdır⁶. Daha İyi Regülasyon, Komisyon'un temel önceliklerinden biri olmuştur ve kanaatimce AHE de bu amaca katkıda bulunabilmek için elinden geleni yapacaktır.

Amerikan Hukuk Enstitüsü bundan 88 yıl önce 23 Şubat 1923'te kurulmuştur. Bu enstitünün deneyimlerinden yararlanmamak akıllı bir davranış olmayacaktır.

III. Üyelik

AHE'nin karşı karşıya olduğu ilk ve en bariz sorun enstitü üyelik sistemini oluşturmaktır. Amerikan Hukuk Enstitüsü, Amerika Birleşik Devletleri'nin her bölgesinden ve diğer ülkelerden gelen 4000 avukat, hâkim ve akademisyenden oluşmaktadır. Avrupa Hukuku Enstitüsü'nün ise şu ana kadar 52 kurucu üyesi vardır. Bu üyeler, 22 farklı ülkeden gelen; özel hukuk, kamu hukuku, usul hukuku, uluslararası özel hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku gibi alanlarda uzmanlaşan ve Avrupa Hukuku alanında aktif olarak çalışan yaklaşık yirmi farklı ağı ve organizasyonu temsil eden; profesörler, hâkimler, adli görevliler, tapu sicili memurları, noterler ve avukatlardır. Aslında kurucu üyelerin kompozisyonu, AHE'nin ortaya çıkış sürecini yansıtmaktadır. Zira AHE'nin kuruluş sürecini başlatan iki organizasyonun,

⁵ Bu enstitünün tüzüğüne ulaşmak için bkz. <http://www.ali.org/doc/charter.pdf>

⁶ European Commission, *Better Regulation- Simply Explained* (2006) 1.

Avrupa Hukuku Enstitüsü Derneği ve Avrupa Üniversitesi Enstitüsü'nün, bir araya getirilmesinin ve kapsanmasının hem makul hem de yararlı olduğu düşünülmüştür. Bu iki girişim birbirini çok iyi tamamlamaktaydı. Bireysel üyeliği esas alan AHED, kısa sürede 300'den fazla üye sayısına ulaşırken; AÜE, Avrupa hukuku alanında bir şekilde aktif olan birçok ağın temsilcisini davet etmiştir. Kuruluş tüzüğü'nün taslağının hazırlanması, kurucu heyetin oluşturulması ve bu kongrenin hazırlanması ile görevli üç çalışma grubu; AÜE'nin bir üyesi, AHED yönetim kurulunun bir üyesi ve bu ikisi tarafından seçilen bir üçüncü kişi tarafından koordine edilmiştir. Bu yüzden esas olarak bu çalışma gruplarının biri tarafından belirlenen kurucu heyet üyeleri, enstitünün kurucu üyeleri olmuşlardır. Bu üyelerden bazıları AHED'nin eski kurul üyeleri iken diğerleri önemli profesyonel ve akademik organizasyonların veya ağların temsilcileridir. Fakat bu kurucu üyeler sadece AHE'yi harekete geçirmiştir. Üyelik, Avrupa hukukunun gelişimine kendi kişisel ve mesleki inanışlarına göre, herhangi bir çıkar odağına hizmet etmeden aktif olarak katkıda bulunmak isteyen her gerçek kişiye açıktır. Diğer bir deyişle üyeler bağımsız olmalıdır. Kuruluş tüzüğü bu kişileri "fellow (üye)" olarak adlandırmaktadır. Üyeler konseyin 2/3 oyuyla atanmaktadır. Bu kongreye çağrılan herkese, kayıt formunda AHE'ye üye olmak için değerlendirilmeyi isteyip istemedikleri sorulmuştur. Üyelik için farklı kategoriler de mevcuttur: Örneğin bireysel gözlemciler, kurumsal gözlemciler, görevi gereği doğal üyeler. Üyelige ilişkin detaylar kuruluş tüzüğü'nün 8. maddesinde yer almaktadır. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün aksine üye sayısına ilişkin bir üst sınır belirlenmemiştir. AHE'nin elit bir gruptan ibaret olmaktan ziyade kapsayıcı olmak istediği aşikârdır. AHE, bir akademi değildir. Özellikle genç avukatların katılımı teşvik edilmektedir. Bu genç avukatlar grubunun en az iki temsilcisi de ilk konseyde yer almaktadır.

IV. Örgütlenme

Avrupa Hukuk Enstitüsü'nün karşı karşıya olduğu ikinci zorluk ise basit bir işleyiş mekanizmasının kurulması ve özellikle Avrupa Hukuk Enstitüsü'nü oluşturan farklı birimlerin koordinasyonunun sağlanmasıdır. AHE yönetim yapısının kilit unsurları, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nden esinlenilmiş gibi durmaktadır. Onun gibi bütün AHE üyelerinden oluşan bir genel kurula, büyük bir konseye (AHE'de bu konsey 60 kişiden, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nde ise en fazla 65 kişiden oluşmaktadır); başkandan,

başkan yardımcısından, saymandan ve dört diğer üyeden oluşan bir icra kuruluna sahiptir. Konsey üyeleri, genel kurul tarafından; icra kurulu üyeleri, konsey tarafından konsey üyeleri arasından seçilmektedir. AHE, en esnek ve en uygun kuruluş imkânını sunması nedeni ile Belçika Hukuku'na göre uluslararası kâr amacı gütmeyen bir kuruluş olarak kaydedilecektir. Belçika Hukuku'na göre bu tür birlikler genel bir karar ve yönetme organına sahip olmalıdır. Kuruluş tüzüğüne göre genel kurul, genel karar organıdır. Bu nedenle genel kurulun sadece konsey üyelerini seçmekle kalmayıp, hesapları ve bütçeyi ve Enstitü projelerinin çıktılarını da onaylaması gerekmektedir. Konsey ise genel yönetim organıdır, özellikle AHE projelerinin yürütülmesinde kilit bir işleve sahiptir. 60 kişiden oluşan bir konseyin genel karar organına ve icra kurulunun ise genel yönetim organına dönüşeceği düşünülebilir. Söz konusu husus, uzun uzadıya tartışılmış, AHE ortaklarını, AHE'nin işleyişine daha çok dâhil eden ve çoğunluk tarafından AHE'yi daha meşru kılan mevcut yapı tercih edilmiştir.

AHE'nin ayırt edici özelliği bir senatoya sahip olmasıdır. Senato, yaşam boyu atanan seçkin kişilerdir. Senatonun ilk on üyesi, ilk konsey tarafından seçilmiştir. Bundan sonra senatonun kendisi, 80 yaşın altında 21 üye sınırını aşmayacak şekilde yeni üyelerini bünyesine katabilecektir. Konsey, faaliyetleri ve aldığı kararları hakkında senatoyu bilgilendirmelidir. Senato, birliğin diğer organlarının talebi üzerine veya resen tavsiyede bulunmaya yetkilidir. Ayrıca senato iç uyumsuzlukların çözümünden sorumludur.

Son olarak AHE tabii ki bir sekreteryaya sahip olmalıdır. Sekreteryanın yeri için teklif çağrısı yapılmıştır. Bu çağrının şartlarından da anlaşılacağı üzere AHE, bir büyük bürokrasi daha oluşturmayacaktır. Sekreterya tam zamanlı bir genel sekreterden ve ona yardımcı bir sekreter ve bilişim teknolojileri uzmanı da içeren küçük bir ekipten oluşacaktır. Büyük ve hantal bir yapıdan ziyade küçük ama işlevsel bir nitelikte olacaktır. Sekreteryanın AHE'nin projelerini yürütmesi beklenmemektedir. Sekreterya; AHE bünyesinde gerçekleşen faaliyetleri ve yapılan işleri gözlemleyip, koordine edecek, gerekli veri tabanlarını kuracak, genel kurul ve AHE'nin diğer organlarının toplantılarını tertipleyecek, internet sitesini AHE üyelerinin AHE faaliyetlerine geniş katılımını sağlayacak şekilde kurup, yürütecek, Avrupa Hukuku'ndaki diğer gelişmeler ve faaliyetler hakkında bir sirküler yayınlanacaktır. Ayrıca AHE'nin kendi içindeki ve AHE ile Avrupa

hukukunun geliştirilmesiyle ilgili bütün ağlar ve organizasyonlar arasındaki iletişimi sağlayacaktır. İlk dört yıl için sekreteryaya belirli bir yerden faaliyetlerini yürütecektir. Bu dört yılın son yılında ise sekreteryanın aynı yerde mi kalacağına yoksa başka bir yere mi taşınacağına karar verilecektir. O zamana kadar Viyana Üniversitesi'nin teklifi kabul edilmiştir. Genel sekreterliğin görev yeri en kısa sürede duyurulacaktır.

Bir bütün olarak ele alındığında AHE, biraz karmaşık bir yapıya sahiptir. Bu yapının sorunsuz işlemesi ve farklı organların etkinlik ve meşruluk arasında doğru dengeyi bulan bir etkileşim tarzını geliştirilmesi, AHE'ye dâhil olan herkesin çabasını gerektirmektedir.

V. Farklı Mesleklerden Hukukçuların Katılımı

AHE'nin kurucu üyeleri farklı mesleklerden gelmektedirler. Bununla birlikte kuruluş sürecine akademisyenlerin hükmettiği aşikârdır. Bu yüzden AHE'nin üstesinden gelmesi gereken bir diğer zorluk; hâkimleri, noterleri, adli memurları, özel hukuk alanında veya yasama sürecinde faaliyet gösteren diğer hukukçuları da bugüne kadar söz konusu olandan çok daha fazla şekilde AHE faaliyetlerine dâhil etmektir. Akademisyenler ve hukuk uygulamacıları arasındaki sıkı işbirliği Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün en önemli özelliği olduğu gibi başarısının da sırlarından biridir. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün kuruluş tüzüğünü imzalayan yedi kişi, bir eski ve bir de müstakbel yüksek yargıcı da içeren çoğunluğu hâkimlerden müteşekkil hukuk uygulayıcılarıydı. İmza atanların çoğunluğu Columbia bölgesinde faaldiler. Bugün bile Amerikan Hukuku Enstitüsü konseyinin akademisyen üyelerinin oranı bir bölü dördü bulmamaktadır. Bu bize Avrupa ve Amerika'da, akademi ile karşılaştırıldığında uygulamanın saygınlığı ve bir hukuk sisteminin geliştirilmesinde öncülük eden seçilmiş hukukçu kitlesinin, yani Max Weber'in sözü ile "*Rechtshonoratioren*"⁷in kimler olduğu hakkında bir şeyler anlatabilir. Fakat bu aynı zamanda bize Avrupa'da bile yasaların akademisyenler ve uygulamayıcılar tarafından yani "hâkimler, kanun koyucular ve profesörler" (Raoul van Caenegem'in meşhur kitabının başlığı⁸) tarafından şekillendirildiğini ve bu şekilde şekillendirilmeye devam edileceğini hatırlatmalıdır. Buna karşılık ulusal veya uluslararası alanda her

⁷ M Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5th edn. By J Winkelmann (1972) 455, 456 ff.

⁸ R van Caenagem, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History* (1987)

meslekten hukukçunun görüş alışverişi ve işbirliği için bir araya gelmesini sağlayan platformların azlığı da fark edilmelidir. Bu nedenle Avrupa Hukukçu Forumu oluşturulmuş ve 2001'den beri her iki yılda bir konferanslar düzenlemiştir. Avrupa Hukukçu Forumu'nun altıncısı iki hafta önce Lüksemburg'ta gerçekleşmiştir. Bu organizasyon, akademisyenler ve uygulamacıları güncel hukuk problemlerini tartışmak için bir araya getirmeyi ve hukukun yargısal ve yasal gelişiminde rol oynamayı amaçlayan ve ilki 1860'da Berlin'de gerçekleşen Hukukçular Kongresi'ni (*Juristentag*) temel almaktadır. Bu model Almanya'da ve Almanya ile yakından ilişkili hukuk sistemlerinde oldukça başarılı olmuştur; ama Avrupalı karşılığının Avrupa Hukuku'nun gelişimindeki etkisi bu güne kadar sınırlı kalmıştır. Bunun birçok nedeni vardır. Avrupa Hukukçu Forumu'nun sabit olmaması nedenlerden biridir. Bu forum esas itibarıyla her iki senede bir, bir başka Avrupa ülkesinde organize edilen (bazen de o ülkenin hükümeti tarafından) ve her sefer önemli ve güncel olduğu düşünülen üç konunun ele alındığı büyük bir kongredir. Çoğunlukla birçok tebliğ ve bir genel rapor hazırlanır, sunulur ve tartışılır.

Bu yüzden Avrupa hukukunun gelişimini daha istikrarlı ve sistematik şekilde izleyen, değerlendiren ve yönlendiren, hükümetler veya diğer politik ve ticari organizasyonlar tarafından yönetilmeyen, Avrupa hukukçularının kendileri tarafından idare edilen bağımsız bir organizasyona ihtiyaç vardır. AHE'nin aksine sürekliliği ve kurumsal bir yapısı olmayan Avrupa Hukukçu Forumu, AB Komisyonu ile etkili bir diyalog yürütemediği gibi, Komisyonu eleştirmek veya Komisyona tavsiye vermek için de devamlı hazır bulunamamaktadır. Tabii ki AHE ve Avrupa Hukukçu Forumu'nun faaliyetleri arasında özellikle iki organizasyonun da farklı mesleklerden hukukçuları bir araya getirmeleri nedeni ile belirli bir işbirliği söz konusu olacaktır.

VI. Farklı Hukuk Dallarının Bir Araya Gelmesi

AHE kurucu üyeleri; kamu hukuku, özel hukuk, maddi hukuk ve usul hukuku gibi birçok hukuk dalında faaliyet göstermektedirler. Bununla birlikte özel hukukçular, özellikle kuruluş sürecinde daha faal olmuşlardır. Bunun temel nedeni son yirmi yılda özel hukukun Avrupalılaştırılmasının, Avrupa hukuk gündeminin merkezinde yer alması olabilir. Aynı zamanda farklı nedenlerle özel hukuk, hukukun uluslararası yeknesaklaştırılması için

çalışan karşılaştırmalı hukukun, geleneksel olarak yoğunlaştığı alan olmuştur. Fakat aynı zamanda Avrupa Birliği Hukuku, esas itibarıyla kamu hukukunun bir parçasıdır. Hatta Avrupa Adalet Divanı çoğu zaman yanıltıcı şekilde Avrupa Anayasa Mahkemesi olarak anılmaktadır ve Avrupa idare hukukuna ilişkin olarak etkileyici boyutlarda özgün bir birikim ortaya çıkarılmıştır. Bu nedenle AHE, idare ve anayasa hukukçularını; ceza hukuku (tarihsel olarak egemenlikle en yakından ilişkilendirilen hukuk dalı) ve uluslararası kamu hukuku, iş hukuku, şirketler hukuku, rekabet hukuku gibi bugüne kadar daha az temsil edilmiş hukukun diğer alt dallarında faaliyet gösteren hukukçuları da kapsayabilmek için büyük çaba harcamalıdır. Zira en başından beri AHE'nin farklı hukuku dalları söz konusu olduğunda mümkün olduğunca kapsayıcı olması gerektiği hususunda görüş birliği vardır.

Bu şekilde AHE, hukukun bütünlüğünü tehdit etmeye başlayan ve giderek artan uzmanlaşmaya karşı bir panzehir olacaktır. Avrupa'da sadece sosyal güvenlik hukuku, spor hukuku, karayolu trafik hukuku, icra iflas hukuku, kamu ihale hukuku gibi yeni hukuk dallarına odaklanan sayısız dergi çıkarılmaktadır ve bu ve benzeri özelleşmiş yayınlar belirli bir alt dalda uzmanlaşmamış hukukçuların anlayışından giderek uzaklaşma eğilimindedirler. Her yeni alt dal; kendine has yapılar, kavramlar ve söylemler geliştirmektedir ve hatta bu Avrupa Birliği Hukuku için de geçerlidir. Bu belirli ölçüde kaçınılmazdır. Bilim adamlarının, hukuk bilimine özgün bir katkı yapmaları kendi ilgi ve araştırma alanlarında mümkün olduğunca derine inmelerine bağlıdır. Bu nedenle hepimiz daha dar bir alanda daha fazla bilgi sahibi olma eğilimi sergilemekteyiz. Söz konusu eğilim, hukuk uygulamasının birçok alanı için de geçerlidir. Fakat aynı zamanda bu eğilim nedeni ile hukuk sistemlerimizin temelinde yatan değerleri ve hukuk geleneğimizin bütünlüğünü gözden yitirme tehlikesi ile karşı karşıyayız. Hukuk fakültelerinin müfredatları da bu gelişime karşı koymamaktadır. Zira hukuk tarihi, hukuk teorisi gibi eleştirel hukuki bakış açısının kazanılması için zaruri olan temel derslerin azaltılma eğilimi içerisindedirler. Oysa uzmanlar, her zaman çarpık bakış açılarını doğal karşılama ve sahiplenme tehlikesi ile karşı karşıyadırlar. Örneğin, Avrupa Sözleşme Hukuku, bu tür bir çarpık bakış açısının sürekli olarak tehdit ettiği hukuk dallarına güzel bir örnek teşkil etmektedir, zira bu dalın meşruiyetini sadece iç pazarın işlemesine sağladığı katkıda bulunduğu bakış açısı hakimdir.

Fakat sözleşme hukuku, iç pazarın kurulması için uygun bir araç olmaktan çok daha fazlasıdır. Sözleşme serbestisi temeline dayanması ile özgür insanların serbest iradelerini ortaya koymalarını sağlar (tabii ki bir hukuk sistemleri ancak iki tarafın da özgür iradeleri ile şekillendirildiği hallerde bir sözleşmenin varlığını kabul edebilir).

Bugün belirli bir alandaki hukukçuları hukukun diğer alanlarında faaliyet gösteren hukukçularla diyalog kurmak için bir araya getirmeyi amaçlayan platformların sayısı oldukça azdır. Özel ve kamu hukukçularının ayrı birlikler kurma, ayrı kongrelerde bir araya gelme eğilimleri vardır ve hatta özel hukuk alanında bile borçlar, aile, eşya ve ticaret hukukçularını birbirinden ayıran görünmez ama esaslı duvarlar vardır. AHE, hukukçuların kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrımın bazı hukuk sistemlerinde diğerlerindeki kadar bariz ve derin olmadığını fark ettikleri (Anglo-Sakson Hukuku buna en iyi örnektir) ve hukuk dalları arasındaki sınırların giderek silikleştiğini gördükleri bir yer olarak tasarlanmıştır. Hepimiz anayasalarda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklar ve değerlerin özel hukuka sürekli nüfuz ettiğini biliyoruz ve giderek daha fazla hukuk dalının (rekabet hukuku, vergi hukuku gibi) sadece kamu hukukuna veya özel hukuka ait olarak nitelendirilemediğini fark ediyoruz. Devletin özel kişilerin ilişkilerini şekillendirmesine ve aynı zamanda özel hukukun giderek ekonomiyi regüle eden bir araç olarak kullanılmasına şahit oluyoruz. Bu nedenle esasen hepimiz özel hukuk aktörleri ve kamu yönetimi arasındaki ilişkiyi esaslı bir şekilde sorgulamaya ve yeniden gözden geçirmeye başladık.

VII. Farklı Hukuk Sistemleri

AHE'nin bir diğer, ve en az yukarıdaki kadar önemli bir açıdan daha kapsayıcı olması gerekir: Avrupa içerisindeki "hukuk sistemi" ve "hukuk kültürü" çeşitliliğini yansıtması gereklidir. AHE'nin kuruluşunda hazırlanan çeşitli belgelerde bu husus tekrar tekrar vurgulanmıştır. Fakat her ikisi kavram da birçok soruyu beraberinde getirmektedir. Zweigert ve Kötz'e göre Avrupa hukuku dört hukuk ailesinden meydana gelmektedir: Roma, Cermen, İskandinav ve Anglo-Sakson hukuku⁹. Diğer yandan Patrick Glenn, Kıta

⁹ K Zweigert and H Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3rd edn.(1996).

Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinden bahsetmektedir¹⁰. Harold J. Berman ise Avrupayı, tek bir “Batı” hukuk geleneğinin beşiği olarak görmektedir¹¹. Rene David ve Camille Jauffret-Spinosi; bir yandan Zweigert ve Kötz gibi hukuk ailelerinden bahsederken diğer yandan Glenn gibi sadece ikili bir ayırım yapmaktadır¹². Ve ayrıca hukuk sistemi veya hukuk kültürü kavramlarını modern ulus devletle yakından ilişkilendirenler de vardır. Bu görüşe göre Avrupa Birliği içerisinde 27, hatta daha fazla (İskoçya ve Katalonya) hukuk sistemi mevcuttur. Hukuk ailesi, hukuki gelenekler ve hukuk kültürü kavramları arasında nasıl bir ilişki vardır? Bu kavramların epistemolojik değerleri nedir? Referans noktaları nedir? Belki de çeşitli mitlerin ve önyargıların sürdürülmesine yarayan maskeler ile uğraşmaktayız? Hukuk ve kültür veya hukuk kültürü arasındaki ilişki genellikle üstü kapalı olarak söylenenlerden çok daha karmaşıktır.

Örnekler öğretir. Burada verilecek olan örnek; oldukça sabit olduğu ve kültürel özellikler tarafından şekillendirildiği kabul edilen, bir ülkenin can damarına ait sayılan ve bu yüzden hukuk uyumlaştırmasına ve karşılaştırmalı çalışmalara uygun olmadığı iddia edilen miras hukuku alanındandır. Muris, bir vasiyetname hazırlamak istediğinde hangi şekil şartlarına riayet etmelidir?¹³ Almanya, resmi şekilde ve el yazısı ile düzenlenmiş vasiyetnameyi tanımaktadır. Hollanda sadece resmi vasiyetnameyi, İngiliz hukuku ise sadece sözlü vasiyetnameyi kabul etmektedir. Lakin sözlü vasiyetname, 19. yüzyılın sonuna kadar Almanya’nın büyük bir bölümünde tanınmaktaydı; Roma ve Flemenk hukukunda da sözlü vasiyetname kabul edilmişti (yedi yerine beş tanıkla) ve 16. yüzyılın sonunda kilise mahkemeleri, el yazısı ile düzenlenmiş vasiyetnameyi İngiltere’ye taşımışlardı. Dolayısıyla Almanya’da, Hollanda’da veya İngiltere’de vasiyetnameye ilişkin olarak kabul edilen şekil şartlarının, söz konusu ülkelerin hukuk kültürlerinin özgün ve ayrılmaz bir parçası oldukları kolay kolay kabul edilemez. Ayrıca Hollanda ve Almanya gibi birbiri ile yakından ilişkili iki ülkenin el yazısı ile düzenlenmiş vasiyetnamenin kabul edilip

¹⁰ H P Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 4th edn (2010).

¹¹ H J Bermann, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (1983).

¹² R David and C Jauffret-Spinosi, *Les grands systemes de droit contemporains*, 11th edn. (2002)

¹³ Daha detaylı tarihsel ve mukayeseli açıklamalar için bkz. K G C Reid, M J de Waal and R Zimmermann (eds.), *Testamentary Formalities* (2011).

edilmemesi hususunda birbirinden ayrılmasının mantıklı bir kültürel açıklaması olamaz. Aslında Alman hukuku da el yazısı ile vasiyetnameyi az kalsın kabul etmeyecekti. Hatta bu tür vasiyetnameyi kabul eden ve Alman olmayanların (özellikle Fransızların) geleneklerine ehemmiyet verilmemesi gerektiği ileri sürülmüştü. Gerçekten de el yazısı ile vasiyetname son anda Alman Medeni Kanunu'na dâhil edilmiştir. Bu yüzden Lambert'in de 1900'de Paris Kongresi'nde ifade ettiği gibi hukuk sistemleri arasındaki farklar aslında rastlantısal olabilir. Fakat bu demek değildir ki, bir hukuk sistemi bir tür vasiyetnameyi kabul ettikten sonra bu vasiyetname zaman içerisinde bu hukuk kültürünün temel bir parçası olarak algılanmaya başlamasın. Belirli bir ülkede yaşayan insanların kendilerine has hukuk kurallarının bir parçası olmuştur artık bu kurum. Diğer yandan Roma hukukunun Orta Avrupa'da, Alman hukukunun Japonya'da, İsviçre hukukunun Türkiye'de, İngiliz hukukunun Ümit Burnunda veya Amerikan şirketler hukukunun Avrupa'da kabul edilmesi gibi kültürler arası geniş çaplı hukuk transferleri, hukukun belirli bir kültürde köklerinin olduğu görüşü hakkında ciddi kuşkular doğurmaktadır. Günümüzde ekonominin globalleşmesinin harekete geçirdiği hukuki gelişmeler de aynı kuşkuyu doğrulamaktadır.

Özellikle antropoloji ve sosyoloji yazınında bilindiği üzere, belirli bir toplumun kendine has özelliklerini yansıtması gereken kültür kavramı, tanımlanması zor bir kavramdır. Bir toplumu teşhis etmeye, kimliğini açıklamaya ve diğerlerinden ayırmaya yaramaktadır. Bu yüzden kültürün biraz çatışmacı, özcü çağrışımları vardır. Bu tespit, özellikle karşılaştırmalı hukukun sadece hukuki kuralların karşılaştırılmasından ibaret olmadığını vurgulamak için karşılaştırmalı çalışmalarda ortaya konan hukuk kültürü kavramı için de geçerlidir. Doğru bir görüş olmasına rağmen en azından Avrupa açısından hukukun bir gelenek teşkil ettiğini ortaya koyamamaktadır. Avrupa'da hukukun bir geçmişi vardır ve hukuk kaçınılmaz olarak bu geçmiş tarafından şekillendirilmiştir. Ancak özünde var olan gelişime açıklığı karakteristik özelliğidir.

Avrupa hukuk geleneğinin kendine has dinamiği ve canlılığı, birlik ve farklılık arasındaki verimli gerilim ile açıklanabilir. Şöyle ki orta çağ hukuku ve erken modern hukuk; Roma hukuku, yerel örf ve adet hukuku, kanonik hukuk, feodal hukuk, ticari teamül, tabii hukuk teorisi gibi farklı unsurların

bir araya gelmesinden oluşmuştur. İktibasın en yoğun olduğu dönemde dahi hukuk uygulaması, bugün bile hayali zor olan bir hukuki çeşitlilik tarafından karakterize edilmekteydi. Fakat bu, kapsayıcı bir entelektüel birliğin altında yer alan bir çeşitliliği ve entelektüel birlik, aynı kaynaklara odaklanan hukuk eğitimi ve akademik eserler tarafından oluşturulmuştu. Bu entelektüel birlik, 17. ve 18. yüzyıl kurumsal yazarlarının artık Roma hukukundan değil; Roma- Flenk, Roma- İskoç, Roma- İspanyol, Roma- Sakson Hukuku'ndan bahsetmeleri ile bozulmaya başlamış ve Kıta Avrupası'nda kapalı ama kapsayıcı modern kodifikasyonların gerçekleştirilmesi ve bağımsız bir yorum alanının oluşması ile kaybolmuştur. Fakat bu, halen bugün bile birlik ve farklılık modelinin varlığını sürdürdüğü gerçeğini değiştirmez. Zira modern Avrupa hukuk sistemlerinin karakteristik farklar sergilemelerine ve bu nedenle farklı gelenekler teşkil etmelerine rağmen halen bir ve kendine has bir Avrupa geleneğinin güncel görünümüleri olarak algılanmaları mümkün olduğunu fark etmeye başladık. Aynı zamanda hiç de rastlantısal olmayan bir şekilde hukukun geçerliliğinin modern ulus devletten kaynaklandığı iddiasını sorgulamaya ve “yasalaşmamış kodifikasyonlar”¹⁴ fenomenini karşılaştırmalı ve tarihi bakış açısı ile incelemeye başladık.

Bu yüzden milli hukukların farklarını aşmayı ve hukuk bilimini entelektüel sınırlarının politik sınırlarla örtüşmediği bir disiplin olarak tekrar kurmayı amaçlarsak, modern Avrupa hukuk sistemlerinin dayandığı ortak temeli tekrar ortaya çıkarabiliriz. Fakat aynı zamanda farklı sistemlerin karakteristik düşünce tarzlarının, hukuk kaynaklarını ele alışlarının, stillerinin, kendine has hukuki kurumlarının ve deneyimlerinin yapabilecekleri katkıların ayırdına varmalıyız: İskoç *Özkaynaksız Trust* kavramı¹⁵, İtalyan *hukuka aykırı zarar, biyolojik zarar ve varoluşsal zarar* kavramı, Avusturya'nın *esnek sistemi*, İsviçre'nin aynı hukuk sistemi içerisinde dil farklılığının üstesinden gelişi, İskandinavya'daki hukuki birliği, yeni Hollanda ve Katalonya miras hukuku kuralları ve Orta ve Doğu Avrupa'da uluslararası model kuralların kodifikasyonlar yolu ile resepsiyonu gibi. Avrupadaki karşılaştırmalı çalışmalar genellikle İngiltere, Fransa ve Almanya tarafından domine edilmiş ve bu yüzden diğer hukuk sistemlerinin

¹⁴ N Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective* (2010).

¹⁵ G L Gretton, “Trust without equity”, (2000) 49 ICLQ 599.

deneyimlerinin farklılığından ve zenginliğinden yararlanılamamıştır. AHE ancak bu deneyim zenginliğinden yararlanabildiği ölçüde gelişecektir. Bu açıdan Amerikan Hukuk Enstitüsü'nden çok daha zor bir görev ile karşı karşıyadır.

VIII. Hukuk ve Dil

Aynı zorluk Amerikalı avukatların tümünün İngilizce konuşmasına karşılık, Avrupa'da avukatların çok farklı dillerde iletişim kurmalarından kaynaklanmaktadır. Yalnızca Avrupa Birliği'nde 23 resmi dil bulunmakta ve Çeviri Genel Direktörlüğü'nün iş yükü muntazaman artmaktadır. 2010 yılındaki çıktı sayısı, yaklaşık 300 milyon Avro'luk bir maliyetle, 1.86 milyon sayfadır. AHE bu büyüklükte bir maliyete katlanamayacak ve dokümanlarını tüm Avrupa dillerine tercüme ettiremeyecektir. Bu nedenle üyeler tarafından kolaylıkla erişilebilir, faaliyetlerin yürütülmesinde genel olarak kullanılacak bir dilin benimsenmesi gerekir. Bu dilin İngilizce olmasından şüphe etmek için bazı sebepler olabilir. Doğal bilimlerde, tıpta, psikolojide, ekonomide ve diğer bir takım sosyal bilimlerde, uluslararası alanda dikkate alınmayı arzu edenlerin İngilizce yayın yapması gerektiği uzun süredir kabul edilmektedir. Aynı gerçek giderek artan bir biçimde hukuk için de geçerli olmaktadır. Brüksel'de bile, artık iki geleneksel dil (yani iyi Fransızca ve zayıf Fransızca) hâkim değil; pek çok doküman İngilizce olarak hazırlanmakta ve pek çok toplantı İngilizce olarak yürütülmektedir. Ancak bu husus ulusal dillerin önemini kaybedeceği anlamına gelmiyor. Ulusal hukuk sistemlerimiz var oldukça, bunlara ilişkin tartışmalar ağırlıklı olarak ilgili ulusal dilde gerçekleşecektir. Ancak kendimizi en azından iki dilin ana dil gibi konuşulduğu bir rejime alıştırmak gerekir. Avrupa için bu yeni sayılmaz; 13. yüzyıl - 18. yüzyıllarda eğitilmiş avukatlar, iki dilliliğe alışkındı; ana dillerinin dışında bir de Latince bilmeleri gerekiyordu.

İngilizcenin Avrupa'da akademisyenler ve uygulama tarafından ortak dil olarak kullanılmasına karşı bir takım fikirler ileri sürülmüştür. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki kastedilen, Jane Austen veya Anthony Trollope tarafından kullanılan, edebi açıdan zengin olan İngilizce değil; Avrupa çapındaki avukatlar tarafından kullanılan oldukça basitleştirilmiş, kötü olmasa da temel seviyedeki İngilizcenin ortak dil olmasıdır. Bundan başka, İngilizce hukuk dilinin özellikle İngiliz hukuki düşünce yapısının

ifadesi olduğu ve Kara Avrupası hukuku ve akademik çevrelerin iletişimi açısından çok da uygun olmadığı tartışılmaktadır. Ayrıca, bir dile münhasıran bağlanmanın kültürel fakirleşmeye yol açabileceği de söylenebilir, nitekim kanunların uyumlaştırılması da çoğu kez kültürel çeşitliliğin kaybına sebep olduğu ifade edildiği gibi.

Bu tartışmalar kesinlikle gerçeğin ta kendisidir. Ancak abartılmamalıdır. Her çeviri, bilgisayarlı çeviri sistemlerini kullananların karşılaştığı çeviriler kadar kötü değildir. Genç nesil avukatlar arasında iyi İngilizce bilgisi oldukça yaygındır. Bundan başka, dil ve hukuki kültür çözülmez bir biçimde birbiriyle bağlı değildir. Güney Afrika, Louisiana ve İskoçya'daki Roma-Flemenk hukuku İngilizce'nin konuşulup, Anglosakson hukukunun uygulanmadığı hukuk sistemlerine örnektir. Alman ve İsviçre Hukukları Japonya ve Türkiye'de kabul edilmiştir, ancak bu sırada Alman veya İsviçre dilleri kabul edilmemiştir. Bu bakımdan uluslararası çalışma gruplarının geliştirdikleri terminoloji de bahis konusu yapılabilir. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri, örneğin “müşterek ve münferit borçluluk” yerine “müteselsil borçluluk” kelimesine; “dava zamanaşımı” yerine “alacak zamanaşımı” terimlerine yer vermektedir. Böylece İngiliz hukukunun yükünden bağımsız olarak, İngilizce dilinde oldukça kabul gören yeni bir Avrupa terminolojisi yaratılmaya çalışılmıştır. Ayrıca, Vinnius ve Voet tarafından yazılan Latince de, Vergil veya Cicero'nun klasik Latincesinden farklıdır. Pothier'in başarısı, büyük ölçüde, Dumoulin'in daha önce kötü bir Latince ile söylediklerini iyi bir Fransızca ile ifade etmesine dayanmaktadır. Ancak kendisinin sözleşme hukuku alanında İngilizce'nin gelişmesi yönündeki büyük etkisi, Pothier'in *Traité des obligations* eserinin İngilizce çevirisinin 1806'da ortaya çıkmasıyla olmuştur¹⁶.

Bu da bizi tercüme hususuna getiriyor. Hukuki bir metni bir başka dile çevirmeye çalışan herkes bu girişimde bazı zorluklarla karşılaşmaktadır. Ancak herkes iyi bir çeviri yapmanın nihayetinde imkânsız olmadığını da bilir. Ve herkes, bu süreçte, kendi dili ve düşünce yapısı hakkında ne kadar çok öğrendiğini de görür. 1930'lu yıllarda Almanya'dan ayrılmaya zorlanan büyük sanat tarihçisi Erwin Panofsky, durumu şu şekilde ifade etmektedir¹⁷: “Almanya'da eğitim görmüş olan ancak İngilizce iletişim kurmak isteyen her

¹⁶ R J Pothier, *A treatise on the Law of Obligations or Contracts* (tr W D Evans, 1806)

¹⁷ E Panofsky, *Meaning in the Visual Arts* (1955) 329-330.

sanat tarihçisi, kendi sözlüğünü oluşturmalıydı. Bu süreçte, ana dilinin terminolojisinin genelde anlaşılmasının gereksiz derecede zor veya oldukça muğlak olduğunu görmüştür: Alman dili ne yazık ki, önemsiz bir düşünceyi bilgeliğin kalın perdesi ardına gizlemeye mahal verir... Kısacası, bir sanat tarihçisi bile, İngilizce yazar veya konuşursa, az ya da çok, neyi ifade ettiğini bilmek ve ifade ettiğini söylemek zorundadır ve bu herkes için çok faydalıdır.” Hatta tercüme edilebilirliğin, iyi akademisyenliğin olmasa bile düşünce berraklığının güvenilir bir delili olduğu söylenebilir.

AHE için bu tespitler şunu ifade eder; AHE faaliyetlerini çoğunlukla İngilizce yürütecek; ancak bu hususta kuralcı olmak yerine pragmatik olacaktır. Çalışma gruplarını ilgilendikleri konuya uygun buldukları başka bir dili kullanmaya memnuniyetle teşvik etmek gerekir. Bu amaçla özellikle AHE'nin ayrılmaz unsurları olan tekil ülke hukuklarındaki önemli kazanımların Avrupa genelinde hukukçuların kullanımına sunulması için yardımcı olması gerekir. Örneğin, özellikle son zamanlarda orta ve doğu Avrupa'da yapılan düzenlemeler başta olmak üzere önemli yasal belgelerin ve literatürün, Estonyaca, Macarca veya Lehçe'den daha geniş kullanımı olan bir dile çevrilmesi desteklenebilir veya buna önyak olunabilir. 1966 tarihli Portekiz Medeni Kanunu bile, benim bildiğim kadarıyla, diğer başka bir dile çevrilmiş değildir. Ayrıca, AHE, tam bir Avrupa hukuk eğitimi için üç dillilik düşüncesini teşvik edebilir: bir kişinin ana dil bilgisi, İngilizce bilgisi ve bir diğer dil bilgisi daha. Benim tecrübeme göre bu, ulusal bağlardan kurtulmanın en etkin yoludur. Zira bu şekilde üç hukuk geleneğine de doğrudan erişim sağlanabilecektir.

IX. Avrupa Hukuk Enstitüsü'nün Konumu

1. Diğer Oluşumlar Karşısında Konumu

AHE'nin üstesinden gelmesi gereken diğer bir zorluk ise kendisini zaten var olan diğer kurumlar ve ağlar (network) karşısında konumlandırmasıdır. Bu ilk aşamada, hukukun Avrupalılaştırılması alanında ilerleme kaydetmek için oluşturulan tüm kurumlar için geçerlidir. Floransa'da Avrupa Üniversite Enstitüsü tarafından lanse edilen girişim bu tür ağları ve kurumları bir araya getirmek fikrine dayanmaktaydı. Ne kadar çok sayıda olduklarını gördüğümde ben bile şaşırdım. Bir kısmı hukuki eğitimle ilgili iken, diğer bir kısmı Avrupa Hukuku İlkeleri taslak

çalışmalarını yürüten veya esasını ayrıntılandıran araştırma ağlarıdır. Nihayet son kısmı ise tartışma veya mesleki işbirliği platformları kurmakla ilgilenmektedir. Bunların bir kısmı farklı hukuki meslekleri temsil eden kurumlar, diğerleri hukuk fakültelerinin, araştırma merkezlerinin veya idare hukuku, sözleşmeler hukuku veya aile hukuku gibi hukukun özel bir alanında çalışan akademisyenlerin kurduğu birliklerdir. Ayrıca son zamanlarda akademisyenlerin AB Hukuku kaynaklarına veya topluluk müktesebatına odaklanarak kaleme aldıkları bağlayıcı olmayan hukuki metinler özellikle moda olmaya başladı. Avrupa Birliği Temyiz Mahkemeleri Başkanları'nın, idari hâkimlerin, adalet bakanlarının, tapu sicil memurlarının veya icra memurlarının bir ağları vardır. Hukukçular birçok farklı şekilde organize olmuş durumdadırlar. Bunların bir kısmı gayri resmi iken, diğer bir kısmı şu veya bu şekilde, bir veya diğer ülkede tescil edilmiş durumdadır. Bazı ağların sekretaryalarının, belli şehirlerde merkezleri varken, diğerleri sabit değildir. Bundan başka, Avrupa Hukuku'nun gelişim sürecinde, belli bir ülkeden avukatların katılımını artırmayı hedeflemek için kurulmuş ulusüstü ağlar da vardır. Nadiren de olsa aynı alanda var olan ve benzer veya aynı hedefleri güden birden fazla kuruluşun varlığına da rastlanır. Bazı ağlar üyelik aidatları ile finansman sağlarken; diğerleri ulusal hükümetler, akademisyenler, mesleki organizasyonlar veya Avrupa Birliği Komisyonu tarafından finansman sağlamaktadırlar. Tablo daha farklı ya da çeşitli olamazdı; bir o kadar da karmaşık. Birçok organizasyon birbirinden veya aktivitelerinden haberdar değildir. AHE'nin bir görevi de bu girişimlerin tanışıp, iletişim kurabileceği ve hatta belki iş birliği yapabileceği bir platform kurmaktır. Ancak bu platformun kurulması sürecinde AHE'nin bu kurulu ağları ve organizasyonları bünyesine almak veya onların yerine geçmek gibi bir niyeti olmadığı konusunda netlik vardır. AHE, Avrupa Hukuku çiçek bahçesindeki diğer bitkileri öldürmek yerine onların yetişmesi için bir takviye olarak tasarlanmıştır. Bu nedenle diğer ağ ve organizasyonlara AHE'nin aktivitelerine ve yürütülmesine katkıda bulunmaları için çağrı yapılmaktadır.

2. Avrupa

İkinci olarak, tabii ki, Komisyon başta olmak üzere, Birlik seviyesinde yasamadan sorumlu Avrupa Birliği organları da mevcuttur. AHE, politik ve ekonomik bağımsızlık prensibine dayanır ve bununla bağlıdır. Bu AHE'nin

diğer bir ayırt edici unsurdur ve özellikle AHE'nin, Komisyon, herhangi bir hükümet veya menfaat sahibi grup tarafından kurulmadığı anlamına gelir. Bu durum kuruluş sürecini bir anlamda külfetli hale getirmiş ve yürütmenin işleyişini bir ölçüde hantallaştırmıştır. Ancak bu bağımsızlık son derece önemli bir değerdir ve AHE'nin sahip olduğu veya kısa sürede olacağı meşruluğun önemli temel taşıdır. Örneğin_eğer Avrupa Birliği Komisyonu daha iyi bir düzenleme veya tüketici müktesabı hakkında bir revizyon ya da Avrupa Hukuku ve hukuk politikası hakkında herhangi bir konuda tavsiye talebinde bulunursa, bu talep tarafsız ve bağımsız bir tavsiye talebi olurdu ve yine bu talep bir menfaat grubu tarafından yönetilmeyen, aksine, bütün menfaat sahiplerinin yer aldığı bir organizasyondan istenmiş olurdu. Açıktır ki, teklif edilmiş bir Avrupa Birliği düzenlemesi hakkında tavsiyede bulunmak, AHE'nin başlıca görevi olacaktır; aynı şekilde var olan AB mevzuatını değerlendirmek, karşılaştırmalı uygulama ve etki analizleri yapmak da AHE'nin görevi kapsamındadır. Ancak AHE Başkanı bugün bu konuyu açacağından, detaya girmiyorum. AHE'nin muhtemel projeleri hakkında da konuşmak istemiyorum, zira bunlar da öğleden sonra sunulacaktır. Yalnızca AHE'nin aşırı hırslı olmaması gerektiğine vurgu yapmak isterim. Amerika Hukuk Enstitüsü bile kuruluşundan itibaren ilk 19 yılda sadece 9 adet *restatement* projesi geliştirebilmiştir. Bu nedenle AHE iki veya üç projeye başlarsa, kendisi için oldukça yeterli olacaktır. Bu projelerin seçiminde yalnızca akademik önem değil aynı zamanda bu projelere olan pratik ihtiyaçlar (aynı ABD hukukunun 20. yy'ın başında bulunduğu çaresiz durum karşısında *restatement* hazırlanmasına duyulan ihtiyaç gibi) ve bu projelerle şimdiden uğraşan başka grupların varlığı da dikkate alınmalıdır. Başka deyişle, AHE gayret etmeli ve eğer gerekirse üstüne yeni görev almalı ve başka yerde yapılanı tekrarlamamalıdır. Belki, AHE'nin aktiviteleri ile ilgili olarak AB hukukunda da hâkim olan ikincillik ilkesine atıf yapılabilir. Yalnızca AHE'nin şemsiyesi altında yürütüldüğü için hiç bir proje övgüye değer sayılmamalıdır; bir AHE projesi *ratione imperii* (yani sadece bir AHE projesi olduğu için, ç.n.) bir etkinliğe sahip olmamalıdır. Eninde sonunda, hukuk camiasını sonucun kalitesi hakkında ikna etmesi gerekir (yani etkinlik imperio rationis olacaktır, ç.n.¹⁸).

¹⁸ "non ratione imperii, sed imperio rationis" (ç.n.)

Amerikan Hukuk Enstitüsü ile yapılan karşılaştırma başka bir gözlemi ortaya çıkartmaktadır. Amerikan Hukuk Enstitüsü saygınlığını, ilk aşamada, yukarıda anılan *restatement* projelerinin sonuçlarıyla kazanmıştır. Hukukun bu projelerle sistematik şekilde yeniden kaleme alınması fikri, özellikle Ole Lando'nun Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri yayınlandıktan sonra, Avrupa özel hukuku konusundaki tartışmalarda oldukça etkili olmuştur¹⁹. Ancak bu fikir bazı akademisyen gruplar tarafından, Avrupa genelinde kabul edilen veya kabul edilebilir olanı ancak andırabilecek bazı model kurallar yaratmak için de kullanılmıştır. Oysa Avrupa'da hukukun pek çok alanında bir "restatement", yani yeniden kaleme almak bir anlam ifade etmez, zira yeniden kaleme alınacak bir husus yoktur. Amerikan *restatement* metinlerine benzer bir otoriteye sahip olacak kurallar kaleme almak için henüz yapılması gereken çok iş vardır. Aslında bu işler için AHE çok da doğru kurum değildir. Ancak bu, AHE'nin manifestosunda da belirttiği gibi, Pan-Avrupa araştırmalarını yürütmek ve kolaylaştırmak; özellikle, Avrupa hukuk sistemlerine ortak olan ilkeleri ve kuralları kaleme almak, değerlendirmek ve geliştirmek görevini enstitünün yerine getiremeyeceği anlamına da gelmez. Ancak alanların seçiminde dikkatli olmak gerekir. Zaman zaman ortak ilkelerin olmadığı alanlarda bile, karşılaştırmalı araştırma ve ulusüstü tartışmalar sayesinde bir ilkeler bütünü kaleme alınması faydalı bir egzersiz olabilir. Faydası, Avrupa hukuklarında genel olarak kabul edilir ilkeleri yansıtmaması noktasında değil, bu ilkelerin ikna edici olduğu ölçüde, ulusal hukuk sistemlerini kademeli olarak yakınlaşmasına katkı sağlaması noktasında olacaktır. Yeri gelmişken değinmek gerekir, Amerikan Hukuk Enstitüsü, artık yalnızca *Restatement* projeleri ile kendisini sınırlandırmamaktadır. 1970'lerden itibaren düzenlenme veya reforma ihtiyaç duyulan hukuki alanlarda "İlkeler" üretmeye başlamıştır. Ayrıca, "National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (Birleşik Devletler Hukukunu Yeknesaklaştırma Hakkında Ulusal Konferans Delegeleri)" ile iş birliği içinde, model teşkil eden kanunların yapılmasına da katkı sağlamaktadırlar²⁰.

¹⁹ O Lando and H Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (2000); O Lando, E Clive, A Prüm and R Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law, Part III* (2003)

²⁰ Bununla beraber son organizasyondaki lobicilik etkileri hakkında ciddi eleştiriler yapılmış ve bu durum işbirliği hakkında bir soru işareti doğurmuştur.

Herkesin bildiği üzere, Avrupa'nın tanımlanması zordur. Bugün, terim, genellikle Avrupa Birliği ve bu Birliğe üye olan devletler ile ilişkilendirilmektedir. İngilizler ise Avrupa'yı, Avrupa kıtası ile belirlemek eğilimindedir. Rusya'nın bir Avrupa ülkesi olup olmadığı 500 yıldan uzun süredir tartışılıyor. Bundan başka, Türkiye'nin Avrupa'ya dâhil olma sorunu da bugün canlılığını koruyor. Rusya ve Türkiye, himayesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hazırlanan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni barındıran uluslararası bir organizasyon olan Avrupa Konseyi'nin üyeleridir (Konsey, tesadüfen, özel hukuk alanında Avrupa hukuk uyumlaştırılmasının ilk başarılı örneğini vermiş ve 1962 yılında Otelcinin Sorumluluğuna İlişkin Antlaşmayı kabul etmiştir). Avrupa Konseyi'nin 47 üyesinden 27'si Avrupa Birliği'ne üyedir. AHE'nin kuruluş sürecinde, aktivitelerinin ve üyeliğinin Avrupa Birliği'ne bağlı olmaması kabul edilmiştir. Ve AHE, en geniş haliyle Avrupa Hukukunun gelişiminde aktif rolü olan tüm organizasyonlarla yakın olarak çalışmak istemektedir. Tekrar etmek gerekir ki, AHE'nin dayandığı felsefe katılımcılıktır.

3. Global Boyut

Üçüncü olarak, tabii ki, yasaların uyumlaştırılmasını dünyanın diğer bölgelerinde amaçlayan gruplar da vardır. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nden çok bahsettik. Açıkçası, AHE, Amerikan Hukuk Enstitüsü ile sıkı bağlantılar kurmak isteyecektir. Böylelikle, AHE Amerika Birleşik Devletlerinde edinilen deneyimlerden faydalanma fırsatına sahip olacaktır. Ancak bu münasebet, iki girişim arasındaki farkların varlığını da açığa çıkaracak ve AHE'nin yüzleşeceği belirli zorlukların anlaşılmasına yarayacaktır. (En azından bugün itibarıyla önemli bir fark, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün Carnegie Öğretimin Geliştirilmesi Vakfı'ndan bir milyon dolardan fazla bir başlangıç bağıışı almış olması ve toplamda diğer kaynaklardan gelen bağıışlarla kısa sürede bunu ikiye katlamış olması olgusunda yatmaktadır. ELI halen bu cömertlikte bir sponsorun arayışı içindedir).

Bununla beraber, Güney Afrika'da Mercosur, Afrika'da OHADA, Çin, Kore ve Japonya'da Asya Sözleşmeler Hukuku Prensipleri gibi başkaca organizasyonlar ve girişimler de vardır. Sonuncu ve önemli diğer bir grup aktör ise, hukukun küresel uyumlaşmasına önyak olan bir dizi örgüttür. Örneğin, Uncitral, UNIDROIT ve Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı, özel hukuk, ticaret hukuku ve uluslararası özel hukuk alanındaki

en önemli kuruluşlardır. AHE anılan organizasyonlarla verimli bir işbirliği içinde olmayı dört gözle beklemektedir. Tıpkı Amerikan Hukuk Enstitüsü gibi gerçek bir uluslararası projeye veya ortak bir projeye kalkışılabilir. Bu konuda, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün "Dünya Ticaret Hukukunun Yasal ve Ekonomik İlkeleri" veya Amerikan Hukuk Enstitüsü ile UNIDROIT'nin "Uluslararası Medeni Usul İlkeleri" örnek olarak gösterilebilir.

AHE'nin yüzleştiği bir takım zorlukları sıraladım. Daha fazlasının yaşanacağı konusunda şüphe yoktur. Bunları seçmemin nedeni, anılan zorlukların Enstitü'nün kurulması aşamasında benim önemli gördüğüm zorluklar olmasıdır. Ben Almanya'dan gelen bir özel hukukçuyum ve akademik bir çevrede çalışıyorum. Kuşkusuz verdiğim örnekleri de bu arka planım belirledi. Umarım sunmaya çalıştığım genel görünüm bu durumdan etkilenmemiştir. AHE artık kuruldu ve resmen bugün açılmıştır. Bu uzun ve her zaman pürüzsüz olmayan Paris'e giden bir yoldu ve sonunda vardık. 22 farklı ülkeden, farklı disiplinlerden ve mesleki geçmişlerden, oldukça çeşitli geleneklerden, ağlardan ve kuruluşlardan gelen 52 kişi ile bir başlangıç yapıldı. Son derece temayüz etmiş bir hukukçu olan Sir Francis Jacobs AHE'nin ilk başkanı olacaktır. Sir Francis bir akademisyen olduğu kadar bir uygulamacıdır da; hem İngiltere'de hem de 18 yıl boyunca Lüksemburg'da hukuk uygulamasında çalışmıştır. Uluslararası saygınlığa sahip olan Sir Francis, AHE'yi ilk beş yılında başarılı bir şekilde yönetmek için gerekli deneyime sahiptir. Zorlayıcı ama bir o kadar da değerli olan bu işi üstlenmekteki istekliliğinden ötürü hem çok mutluyum hem de kendisine müteşekkirim.

Avrupa Hukuku'nun gelişmesi ile aktif bir şekilde ilgili olan tüm hukukçular bu girişime katılmaya davetlidirler. AHE'nin halen yeteri kadar esnek olan yapısı gelecek iki senede yapılacak tartışmalarla şekillenmeye müsaittir. Hâlihazırdaki Konsey geçici bir konumdadır ve 2013 Genel Kuruluna kadar yetkilidir. O tarihe kadar, bugün biraz dengesiz veya geçici görünen her şey düzeltilecektir. Ancak bu sadece, AHE'nin kuruluşunun önünü açan Hamburg, Viyana ve Atina toplantılarında olduğu gibi yaratıcı bir ruhla tartışmalara herkes katkıda bulunmaya devam ederse olabilir.

Geçen gün Alman Adalet Bakanı bana, AHE'nin kuruluşunu kutlayan ve AHE'nin daha iyi hukuk yapımına ilişkin katkılarına dair beklentisini açıklayan bir mektup yollamış. Bakan, bu mektubunda aynı zamanda Paris şehrinin armasında yer alan ve belki de AHE için de uygun olan şu cümleye dikkat çekmiş: “*Fluctuat nec mergitur*” – dalgalardan sarsılabilir ancak batmaz. Böylece, umalım ki 2122’de, başka bir 111 yıl geçtikten sonra, 2011 Paris Kongresi, bugün 1900 Paris Kongresi hatırlandığı gibi hatırlansın.

KAYNAKÇA

- Bermann, Harold J. (1983). *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. (1. bs.). Harvard: Harvard University Press.
- van Caenegem, Raoul. (1987). *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*. (1.bs.). Belgium: Cambridge University Press.
- David, Renè /Jauffrett-Spinosi, Camille. (2002). *Les grands systemes de droit contemporains*. (11.bs.). Paris: Dalloz.
- Fauvarque-Cosson, Benedicte. (2008). Comparative Law in France. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds). (1.bs.). Oxford: Oxford University Press.
- Glenn, H. Patrick. (2010). *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. (4.bs.). New York: Oxford University Press.
- Gretton, G L. (2000). *Trust without equity*. 49 ICLQ 599. (1.bs.). Oxford: Oxford University Press.
- Hattenhauer, Hans. (2002). *Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften*, (2.bs.). München: Verlag Vahlen.
- Jansen, Nils (2010). *The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*. (1.bs.). Oxford: Oxford University Press.
- Lando, Ole / Beale, Hugh (eds.). (2000). *Principles of European Contract Law, Parts I and II*. Hague: Kluwer Law International.
- Lando, Ole/ Clive, Eric/ Prüm, André /Zimmermann, Reinhard (eds.). (2003). *Principles of European Contract Law, Part III*. Hague: Kluwer Law International.
- Panofsky, Erwin. (1955). *Meaning in the Visual Arts*. (1. bs.). Chicago: University of Chicago Press.
- Pothier, Robert Joseph/ William, David Evans S. (1806). *A treatise on the Law of Obligations or Contracts*. (1. bs.). London: Joseph Butterworth.

Reid, Kenneth G. C./ de Waal, Marius J./ Zimmermann, Reinhard. (2011). *Testamentary Formalities*. (1.bs.). Oxford: Oxford University Press.

von Savigny, Frederich Carl. (1814). *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. (1.bs.). Heidelberg: Mohr und Zimmer.

Weber, Max. (1972). *Wirtschaft und Gesellschaft*. (5.bs.). Tübingen: Mohr Verlag.

Zweigert, Konrad / Kötz, Hein. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung*, (3.bs.). Tübingen: Mohr Siebeck.

<http://www.ali.org/doc/charter.pdf>