

AVRUPA ÖZEL HUKUKUNUN DOĞUŞU*

*Prof. Dr. Jürgen BASEDOW**

(Çev.: Doç. Dr. Arzu OĞUZ**)

1. Özel Hukuk

Common Law hukukçuları için özel hukuk anlayışı özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki sınırı, hukuk dünyasını iki parçaya bölen ekvatora benzeten kıta Avrupası hukukçularına göre nisbeten yabancıdır. *Common Law* aynı şekilde sözleşme hukuku, haksız fiil hukuku, taşınmaz hukuku veya aile hukuku gibi hukuk alanlarını tanımakta ve kullanmakta iken, geniş kapsamlı bir özel hukuk düşüncesi, bu hukuk sisteminde ya hiç bilinmemekte ya da yararsız görülmektedir. Otuz yıl önce *Tony Weir* “*nothing turns on it*”¹ ifadesini kullanmıştır. Bugün de *Dicey&Morris*’in ders kitabında “hukukî ve ticarî konular (*civil and commercial matters*)” şeklinde, İngiliz hukuk sisteminde teknik terim olarak yer almayan bir kavramı kullandığı görülmektedir². Diğer yandan kitap, bu genel anlayışın *Common Law* sisteminde tartışılmasına ve uyarlanmasına yol açabilecek yeni gelişmelere işaret etmektedir.

Bir tarafta sadece ticaret hukukunda ve özel hukukta uygulanan ve bundan dolayı diğer hukuk alanlarına bir sınır çizmeyi gerekli kılan 1965 tarihli Lahey tebligat anlaşması³ veya 1970 tarihli delillerin ikamesi⁴

* Metin, 16 Nisan 2003 tarihinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde tebliğ olarak sunulmuş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Doç. Dr. Arzu Oğuz tarafından sunum sırasında Almanca’dan Türkçe’ye çevrilmiştir.

† Prof. Dr. Jürgen Basedow, Hamburg Max-Planck Enstitüsü müdürlerindedir.

Yazar, bay Tobias P. Maas’a yardımlarından ötürü teşekkür eder.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ *Tony Weir*, *The Common Law System*, Int. Encycl. Comp. L., vol. 2 ch. 2 (1971) 115.

² *Dicey&Morris*, *On the Conflict of Laws*, vol. 1 (11. Aufl. 1987) 267.

³ Hukukî ve Ticarî Mevzularda Adli ve Mahkeme Dışı Evrakın Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme, Hague Conference on Private International Law, Collection of Conventions (1951-1980) 76.

anlaşmaları vardır. Öte yandan bazı *Common Law* sistemleri idarî işlemlerin denetlenmesi için ayrı yargı organları kurmuştur. Böylece, bu alanın geleneksel yargı organlarına sahip diğer hukukî alanlardan ayrılması *Common Law* sisteminde de aynı şekilde gerekli hale getirilmiştir. Bu iki hukuk sisteminin birbirine yakınlaşması gözlenebilir. Roma hukuk bilgini *Ulpianus*'un eski bir tanımı, hem *Civil Law* hem *Common Law*'da homojen bir yorum için yol gösterici nitelikte olabilir. *Ulpianus*'un sözlerine göre, devletin yararı ile ilgili normlar, kamu hukukuna, özel kişilerin yararına olan normlar ise özel hukuka aittir⁵.

Bu altyapı üzerinde yavaş yavaş gelişmekte olan konuların avrupalılaştırılmasının gözlenmesi mümkündür. Yine de aşağıdaki incelememde ilk önce bunun tersine bir hareketle başlayacağım ve özel hukukun sözde ulusal karakterini kesin olarak araştıracağım (bkz. 2). Bundan sonra özel hukukun bazen günümüzdeki avrupalılaştırmanın öncülleri olarak görülen uluslararası anlaşmalarla birleştirilmesine değineceğim (bkz. 3). Avrupa Birliği'nin özel hukuka olan etkisini anlamak isteyen kişi, zorunlu olarak, sadece şu anda ulaşılan durumu anlatmakla kalmayan (bkz. 5), aynı zamanda yönergeler ve bunların üye devletler tarafından ulusal hukuka alınmaları özel problemi ile de bağlantılı olan (bkz. 6) Avrupa anlaşmalarının hukukî dayanağını incelemek zorundadır (bkz. 4). Avrupa hareketi, kanunlaştırma alanıyla sınırlı değildir. Diğer önemli alanlar ATAD'm katkılarıyla ortaya çıkmıştır (bkz. 7) ve hukuk öğretisi özel hukukun genel ilkelerini birçok alanda ortaya çıkarmaya başlamıştır (bkz. 8). Bu gelişim çizgisinin toparlanması güncel çabaların konusudur (bkz. 9).

2. Özel Hukukun Ulusal Karakteri

Fransız devriminden beri özel hukuk sanki ulusal kültür mirasının çekirdeğiymiş gibi ulusal olarak kök salmış kabul edilmektedir. Eski yüzyıllarda bu durum farklıydı. O zamanlar tüm Avrupa'daki hukukçular, genel bir *Ius Commune* anlayışına sahiptiler. Roma hukukundan çıkarılan *Ius Commune*, ya ulusal normları ve teamül kurallarını tamamlayıcı rol oynayan ikincil nitelikte bir hukuk kaynağı olarak ya da hukuk kavramlarının belirlenmesinde ve yorumlanmasında başvurulan genel bir kaynak olarak anlaşılmalıdır⁶. 18. yüzyıldan sonra *Ius Commune*'nin bu modeli yerini, ulusal

⁴ Hukukî ve Ticarî Mevzularda Yabancı Ülkelerde Delillerin İkamesi Hakkında 18.3.1970 tarihli Anlaşma, Collection of Conventions (Bkz. yuk. N. 3), 152.

⁵ Ulp. D. 1.1.1.2: "...Kamu hukuku, Roma devlet anayasasına, özel hukuk bireylerin yararına ilişkindir...; Bkz., *Max Kaser*, "Ius Publicum" und "Ius Privatum", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung 103 (1986) 1 vd.

⁶ *Ius Commune*'nin çeşitli bakış açıları için bkz., *Paul Nève*, (Europäisches) Ius Commune und (nationales) gemeines Recht: Verwechslung von Begriffen?, *Gerhard*

hukukla sınırlı kalan bir hukuk sistemine bırakmıştır. Buna benzer bir gelişme, çok açık algılanamasa bile, *Common Law* sisteminde de görülmüştür. İngiliz ve Amerikan *Common Law* sistemlerindeki yol ayrımı yüz yıldan fazla bir zaman öncesine kadar giderken, birçok *Common Wealth* ülkesinin *Privy Counsel*'in en yüksek mahkeme olması durumunu sona erdirmeye yönelik açıklamaları, özel hukuku da kapsayan bir şekilde hukukun ulusallaştırılması konusunda açık bir kanıttır. Hukukun ulus devleti kavramı ile bağlanması, Rusya'dan Avrupa'ya, hattâ Arjantin'den Japonya'ya, müslüman ülkelerden Brezilya ve Quebec'e kadar, tüm *Civil Law* ülkelerinde gerçekleşmiş olan, özel hukukun ve ticaret hukukunun kodifiye edilmesinde en belirgin şekilde gözlenebilir.

Yukarıda da söylediğimiz gibi tarih bize özel hukukun mutlaka ulusal alanda sınırlı kalmak zorunda olmadığını göstermektedir. Bununla birlikte ulusal sınırlar içerisindeki bir özel hukukun, özellikle çok işleyen uluslararası ticaret alanında, büyük ve sürekli büyüyen masraflara yol açtığı sır değildir. Buna rağmen özel hukukun uluslararası alanda uyumlaştırılması çabası, özel hukuk sisteminin güya teorik birliğine dayanan temel bazı itirazlarla karşılaşmaktadır. Mahkemeler sistemi, hukuk eğitimi, hukuk mesleklerinin yapısı, kanunlar hiyerarşisi, akademik alanda kanunların yorumunun rolü, kanun koyma metodu ve hukuk hakkında düşünme tarzı arasındaki bağlantılar öyle sıkıdır ki, bunların oluşturduğu bütün uluslararası uyuma karşıdır. Uluslararası uyumlaştırma başarısız olmaya mahkumdur, çünkü, formel metinlerin uyumlaştırılması mümkündür, ancak yaşayan bir hukuk sisteminin uyumlaştırılması mümkün değildir. Bu görüşe göre, sadece biçimsel bir yeknesaklık sağlamak mümkündür, ancak hukuk sistemleri arasındaki maddi farklar yaşamaya devam ederler⁷. Bundan dolayı, bir hukuk sisteminin özelliklerinin ulusla olan bağlantısını vazgeçilmez kılıp kılmadığını ve bunların hangi özellikler olduğunu sormamız gerekir. Başka bir ifade ile, özel hukukun içsel bir ulusal boyutu var mıdır? Bu noktada hukuk sisteminde sayısız bakış açısı düşünülebilir:

Tarafların çıkarları: Bir yandan tipik olarak kamu ya da uluslararası çıkarları ilgilendiren hukukî uyuşmazlıkların çeşitli türleri vardır, örneğin, devletin daima taraf olarak etkilendiği idarî işlemlerin denetlenmesi için yargılama usulü. Bütün devletler tarafından cezaî takiplerin devletin eline teslim edildiği tarihten itibaren, bu konuda da ulusal çıkarlar rol oynamaya

Köbler/Hermann Nehlsen (Hrsg.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur – Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag* (1997) 871-884.

⁷ Bakınız örneğin, *Pierre Legrand*, *Fragments on Law-as-Culture* (1999) 77, 104; *idem.*, *Counterpoint: Law is also Culture*, *Franco Ferrari* (Hrsg.), *The Unification of International Commercial Law* (1998) 245, 250 vd.; *Geoffrey Samuel*, *English Private Law in the Context of the Codes*, *Mark van Hoecke/François Ost* (Hrsg.), *The Harmonisation of European Private Law* (2000) S. 47 vd.

başlamıştır. Diğer yandan bunların hepsi medenî hukuk konularında hiç tereddütsüz genel olarak onaylanamaz, çünkü devlet, bu konularda istisnai durumlarda taraf olarak yer alır.

Hukuk normlarında yer alan değer yargıları. Ulusal hukukun, kolayca çeşitli kurumların kanun koyma faaliyetleri sırasında ortaya çıkan değil, onun yerine, sıkıca kök salmış olan ulusal ilkeleri dile getiren ulusal değer yargıları tarafından biçimlendirildiği görüşü, 19. yüzyıl boyunca ve kısmen 20. yüzyıl boyunca ortak bir görüş olmuştur. Alman Medenî Kanunu'nun görüşülmesi sırasında tutulan tutanaklar, bu düşünce biçimini desteklemektedir. 1900 yılından önce Alman halkı, aralarında Fransız Medenî Kanunu (*Code Civil*)'nun ve Avusturya Medenî Kanunu'nun da olduğu, birbirinden farklı birden çok hukuk sistemleri ile yaşarken, BGB'nin tutanakları, yaratıcıların Alman karakteri taşıyan çözümleri aradıklarını göstermektedir. Benzer düşünceler, *Zweigert/Kötz*'ün karşılaştırmalı hukuka giriş konusundaki etkili kitabının ilk baskısında da yer almaktadır. Bu baskıda yazarlar, farklı olarak adlandırılan hukuk aileleri veya hukukî gelenekleri sadece kendi kurumları, hukuk kaynakları ve ilgili hukuk sisteminin diğer genel özellikleri ile değil, aksine, ilgili hukukî gelenek için özel ve tarz belirleyici oldukları anlaşılacak olan özel hukuk kuralları ve kurumlarla karakterize etmeyi denemişlerdir. Yazarlar, *Trust'u Common Law için*⁸, satım sözleşmesinin geçerliliğini teslim sözleşmesinin geçerliliğinden ayıran mücerret işlem teorisini Alman hukuku için⁹, evlilik dışı çocukların hukukî durumunun dezavantajlı düzenlenmesini ise, Lâtin hukuk çevresi için tipik olarak nitelendirmişlerdir¹⁰. Ancak bu ayırım geçerli nedenlerle diğer basılarda terkedilmiştir. Bunun nedeni, *trust* düşüncesinin *Civil Law* sisteminde bazı problemlere yol açması, diğer yandan, *Lichtenstein*¹¹ devletinin kanunlaştırmalarının ve *Lahey trust* anlaşmasının İtalya tarafından imzalanmasının¹², *trust*'un tereddütsüz *Civil Law* sistemine alınabileceğini göstermesi olabilir. Lâtin hukuk çevresinde evlilik dışı çocukların hukukî durumunun dezavantajlı bir biçimde düzenlenmesi, şüphesiz Roma-Katolik kilisesinin güçlü etkisi nedeniyle ortaya çıkmıştır. Bu etki 70'li yıllara dayanırken, güney Avrupa toplumlarındaki modernleşme, bu dezavantajları ortadan kaldırmıştır. Özet olarak, ulusal ruhun damgasını taşıyan bir etki artık hissedilmemektedir veya Danimarkalı

⁸ Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. I (1. Aufl. 1971) S. 328 vd.

⁹ Zweigert/Kötz (yuk. N. 8) S. 213 vd.

¹⁰ Zweigert/Kötz (yuk. N. 8) S. 148 vd.

¹¹ Bkz. Artt. 897 vd. Ve 932a vd. Şahsın hukuku ve şirketler hukuku hakkında kanun. 20.1.1926, Landesgesetzblatt (LGBl.) 1926 Nr. 4 ve LGBl. 1928 Nr. 6.

¹² Bakz., Lahey Trust Anlaşması 1.7.1985, İtalya'da 9.10.1989 tarihinde resmi diller olan İngilizce ve Fransızca olarak kanunla yürürlüğe girmiştir. Nr. 364, Gazzetta Ufficiale, Supplemento Ordinario Nr. 261 v. 8.11.1989, S. 135.

hukukçu *Ole Lando*'nun ticaret hukuku ile ilgili olarak saptadığı gibi "*commercial law is not folklore*"¹³.

Hukuk Dili: Dil olmadan hukuk da olmaz ve bir kanun normunun içeriği, örneğin, bir emir ve yasağın içeriği sözcük seçimi ile çok yakından ilgilidir. Bundan dolayı şüphesiz, çeşitli dillerde yazılmış olan bir kanunun, daha az kesin olduğu, çünkü, çeşitli dillerdeki ifadelerin farklı yorumlara yol açabileceği doğrudur. Ancak kesinlik ve tek anlamlılık kanun koyma faaliyetinin ve hukuk uygulamasının tek ve son amacı değildir ve birden fazla dilin konuşulduğu bir çevre, tek başına ele alındığında hukukun etkili bir biçimde birleştirilmesi veya uyumlaştırılması için engel değildir. Birden çok orjinal lisanı olan uluslararası anlaşmaların sayısının çokluğu bunu göstermektedir. İhmal edilemez derecede çok sayıda olan, Belçika, Kanada, Finlandiya veya İsviçre gibi yüksek oranda gelişmiş hukuk sistemleri de, birden fazla dilde kanun koyma olanağını göstermektedir.

Geriye kanun koyma faaliyetinin, hukuk uygulamasının ve hukuk eğitiminin uluslararası çerçevesi kalmaktadır. Örneğin, kanun koyucu organlar, devlet organları ve bunların etrafını alan çıkar grupları, mahkemeler, avukatlar ve avukatların meslek birlikleri, hukuk fakülteleri ve bilimsel organizasyonlar ağı. Zaman içerisinde bu kurumlar, ilgili hukuk düzenlerinin karakteristik özelliği haline gelen, çeşitli karşılıklı etkileşim usul ve yolları yarattılar. Bu anlamda hukuk sistemleri, iç iletişimi kolaylaştıran ve bazen çeşitli birimler arasındaki iletişimi zorlaştıran ve böylece uyumlaştırmanın yoluna engel olarak çıkan (bilimsel epistemolojik) birimler olarak görülebilir. Böylece, bu argümanlar zincirinden, bu zorlukların çoğunun kanun koyma, hukuk uygulaması ve hukuk eğitimi ile ilgili konularda birliğe ait kurumsal yapıların gelişmesi ile yenilebileceği sonuçlarının çıkarılması doğrudur. Daha başka entegrasyon projelerinin aksine Avrupa Birliği böyle kurumlarla donatılmıştır.

Sonuç olarak, bir hukuk sisteminde özellikle ulusal olarak nitelenebilecek ve dış etkilere karşı bağışık olan çok az unsur vardır. Bu noktada, bir hukuk sisteminin tarzını belirleyen ilgili kurumlar ve uygulama, hukukçuların nasıl iletişim kurması ve düşünmesi gerektiği konusunda en fazla etkiye sahiptir. Bundan dolayı hukukun uyumlaştırılması, eğer mümkünse, uyumlaştırılmış hukukun uygulanmasıyla gelişen ve uyumlaştırma ruhunu güçlendirmeye çalışan kamu ve özel kurumların desteklenmesiyle başarılabılır.

¹³ *Ole Lando*, *Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code*, *Mauro Cappeletti* (Hrsg.), *New Perspectives for a Common Law of Europe* (1978) S. 276, 285.

3. Uluslararası Anlaşmalar

Özel hukukun 19. yüzyıl boyunca ulusallaştırılması ulusal devletler içinde hukukun yapısallığını ve yeknesaklığını güçlendirmiştir. Ancak bunun bedeli ağır olmuştur: Diğer hukuk sistemleri ile bağlantı az ya da çok azalmış ve endüstri devriminin sonunda canlanan uluslararası ticaret, bu nedenle ortaya çıkan problemlerle yalnız bırakılmıştır. Dünyanın her yerinde hukuk sistemleri buna üç türlü tepki göstermiştir:

Hukuk bilimi, farklı sistemler arasındaki yeni bağlantıları kurmak amacıyla olan yeni bir araştırma alanı olarak karşılaştırmalı hukuku keşfetmiştir.

Hukuk uygulaması, sınırlarötesi olaylarda yargılama usulünde önceden öngörülebilirlik oranını yükseltmeye çalışmıştır. Bu amaca ulaşabilmek için uygulama, ulusal hukuk sistemleri arasındaki maddî farkları olmasa bile, en azından bu zararlı etkileri yok etme sözü veren yeni bir hukuk disiplini üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu yeni disiplinin temel düşüncesi, her olayda olaya uygun bağlama kurallarıyla, üstelik olayın mahkeme önüne geldiği ülkeden bağımsız olarak bir başka ya da aynı ulusal hukuk sisteminin uygulanmasıdır. Sonuçta milletlerarası özel hukuk, özel hukukun ulusallaştırılmasının da yetiştirdiği aynı ağacın bir meyvesidir.

Çıkar grupları tarafından harekete geçirilen hükümetler, uluslararası ticaretin çerçeve şartlarını özel hukukun belirli alanlarında birleştirme yapmak amacıyla hazırlanan anlaşmaların görüşülmesi sırasında geliştirmeye çalışmaktadır. Yine burada, özel hukuk üzerindeki ulusallaştırma etkisi açıktır: Medenî yargılamada çıkar sahipleri, özel bireyler ve girişimler iken, sadece devletlerin katıldığı diplomatik konferanslar çerçevesinde, ulusal çıkarlar söz konusu imiş gibi davranılmaktadır.

Özel hukukun uluslararası anlaşmalarla birleştirilmesi veya uyumlaştırılması halihazırdaki avrupalaştırma prosedürünün öncüsü olarak görülebilir. Bu gelişme, sınaî haklar¹⁴ ve demiryolları taşımacılığı¹⁵ konularında ilk anlaşmaların yapıldığı 1880 yılına kadar geriye gider. O zamandan bu yana yeknesak hukuk başka bir alana doğru genişleme göstermiştir, örneğin, kambiyo ve çek hukuku, temsil, satım, *leasing* ve

¹⁴ Convention d'Union pour la protection de la propriété industrielle v. 20.3.1883. Reichsgesetzblatt 1903, 147; bkz., *Léon Poincard, Etudes de droit international conventionnel* (1894) S. 558 vd.

¹⁵ Demiryolu Taşımacılığı Hakkında Uluslararası Anlaşma v. 14.10.1890, Reichsgesetzblatt 1892, 793; bkz., *Poincard* (yuk. N. 14) 151 vd.

factoring, deniz ve hava taşımacılığı, otomobil sorumluluk sigortası ve otelcilerin sorumluluğu, karayolları taşımacılığı ve fikrî haklar gibi¹⁶. Anlaşma yapan devletlerden büyük bir çoğunluğu, bu anlaşmalarda yeknesak hukuk kuralları üzerinde anlaşma sağlarken, anlaşmanın tarafı olan devletlere, bir uyuma ulaşmak için, anlaşma kurallarını, ülkenin kendi iç hukukuna uygun bir biçimde uyarlamaya izin veren konişmento hukuku hakkındaki Lahey Konvansiyonu gibi Konvansiyonlar da vardır¹⁷.

20. yüzyıl boyunca özel hukukun uyumlaştırılması ya da birleştirilmesi ile ilgilenen birçok uluslararası kurum kurulmuştur. Bunların çoğu, özel hukukun münferit konuları ile sınırlı olarak faaliyet gösterirler, örneğin merkezleri Cenevre'de olan Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü (*World Intellectual Property Organisation* (WIPO)) ve Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labour Organisation* (ILO)), Londra'daki Uluslararası Denizcilik Örgütü (*International Maritime Organisation*), Cenevre'de Telekomünikasyon Birliği (*Telecommunication Union*) gibi. Ancak sorumlu oldukları alan ticaret hukuku ve özel hukuk olan ve bu anlamda diğer örgütlerle çalışma alanları kesişen Roma'daki Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü (*International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT)) veya Viyana'daki Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law* UNCITRAL) kuruluşları da vardır. Bu kurumsallaşma birleştirme çabasına önemli ölçüde kendine özgü bir dinamizm kazandırmıştır.

Diğer yandan özel hukukun uluslararası anlaşmalarla birleştirilmesinin sınırları açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Uluslararası anlaşma aracının geçerli olabilmesi için anlaşmaya taraf olan söz konusu ulusal devlet tarafından onaylanması gerekir. Bu yol, 19. yüzyılda, henüz Dünya küçük iken, eskiden medenî olarak görülen devletler tarafından öngörülebilir nitelikte görüldüğü için, hukukun birleştirilmesi konusunda bir araç olarak görülmüştür. İkinci Dünya savaşıdan sonra bağımsız ülkelerin sayısı 100'ün üzerine çıktığında, bu araç giderek daha fazla etkisini yitirmiştir. Bugün, dünya çapındaki hukukun birleştirilmesi konulu diplomatik konferanslara yüzlerce kişi katılmaktadır. Bu koşullarda görüşmeler daha az yoğun olmakta, bunun sonucunda da devletler, yapılan sözleşmeyi imzalamış bile olsalar kendi iç hukuklarına alma konusunda kendilerini daha az sorumlu hissetmektedirler. Buna uygun olarak, çok az sözleşme

¹⁶ Bu şekildeki - kısmen eskimiş - anlaşmaların derlemesi için bkz., *Konrad Zweigert/Jan Köpholler* (Hrsg.) *Sources of International Uniform Law* vol. I-IV (1971-1979).

¹⁷ Konişmento Hakkındaki Kuralların Birleştirilmesi İçin Uluslararası Anlaşmanın imza protokolu için bkz., 25.8.1924, Reichsgesetzblatt 1939 II, 1049.

devletlerin çoğunluğu tarafından iç hukuka alınmaktadır, bu da çok uzun süren bir onay usulünden sonra gerçekleşebilmektedir. Uluslararası anlaşmalar gerçek bir hukuk birliği sağlamaktan çok, yamalı bir bohçadan başka bir şey yaratmamaktadır. Bunlara ek olarak anlaşmaların çoğunluğunun öngörmüş olduğu istisnalar ve sınırlamalar ve ortak bir yorumun eksikliği, bu yolla birleştirmeye varılacağı konusunda ciddi kuşkular yaratmaktadır¹⁸.

Avrupa Birliği içerisinde ortaklığa ait araçlar, usuller ve kurumlarla, yukarıda anılan dezavantajların çoğundan kaçınılmaktadır.

4. Avrupa Birliği İçinde Özel Hukuka İlişkin Kural Koyma Yetkisinin Temelleri

Avrupa Birliği'nin hedefleri ve yapısı hakkında bilgi sahibi olmadan, özel hukuka katkısı anlamak mümkün değildir. Avrupa Birliği'nin en eski hedefi hukukun birleştirilmesi ya da uyumlaştırılması değil, pazarların entegrasyonu idi. Bu kapsamlı hedef temel hak ve özgürlükler olarak nitelendirilen, malların serbest dolaşımı, hizmetlerin serbest dolaşımı, şubelerin açılması, sermayenin serbest dolaşımı haklarının uygulanmasıyla gerçekleştirilmeliydi. Roma anlaşmasının bu spesifik özgürlüklerle ilgili münferit maddeleri, birliğe, özellikle ulusal hukuktaki sınırları bertaraf etmeyi sağlamak üzere, bu hakların uygulanmasını sağlayan mevzuat yapma konusunda yetki vermiştir. Temel hak ve özgürlükler, rekabet sınırlarına karşı, pazarın özel aktörlerini, özel anlaşmalarla pazara giriş engellerini ortadan kaldıran yeknesak hukuk ile tamamlanmıştır. Roma anlaşmasının yeknesak Avrupa müktesabatındaki eklemeleri, Maastrich sözleşmesi ve Amsterdam sözleşmesi, diğer politik alanlarda da hukukî yetki için temel oluşturmuşlardır. Birliğin yetkilerinden oluşan bu görünüm, en azından ilk bakışta, yamalı bir bohçaya benzemektedir. Federal devletlerin birçoklarının anayasalarının aksine, AET-A, ne sözleşme hukukunda, ne şirketler hukukunda, ne ticaret hukukunda, ne de özel hukukta olmak üzere hukukun münferit alanlarında kapsamlı bir kanun koyma yetkisi içermektedir. Bunun yerine, kapsamı, terminolojik olarak, hukukî terimlerden çok, politik veya ekonomik kavramlarla belirlenen ve Birliğe kanun koyma yetkisi veren birçok münferit hüküm vardır. Burada Avrupa Komisyonu'nun ödevi, ilgili kanun önerileri için uygun bir hukukî temel yaratmaktır.

Sözleşmenin verdiği değişik yetki temellerinde iki şey ortak noktalara sahiptir: Bunlar, kanun koyma usulünü belirlemede ve bunların iç hukuka alınma biçimini tanımlamaktadırlar. Bunlar, kanun koyma usulü açısından,

¹⁸ Karş., Hein Kötz, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ 50 (1986) 1 vd.

insiyatifi, kural olarak komisyona havale etmektedir. Ayrıca Avrupa Konseyindeki gerekli çoğunluğu ve olayın özelliğine göre, kimi zaman danışma, kimi zaman işbirliği, kimi zaman da Avrupa Parlamentosu'nun birlikte karar verme yetkisini belirlemektedirler. Yetki temelleri her bir geçerli mevzuatın biçiminin ilgilendirdiği oranda birbirlerinden farklıdır. Bazı hükümler sadece doğrudan etkisi olmayan bir yönergenin çıkarılmasını mümkün kılar, Art. 249 Abs. 3 AET-A, bazı hükümler ise, Birliğe "önlemler" alma konusunda yetki verirler, bir teknik terim, en azından Art. 249 AET-A'da liste halinde sayılmış olan beş aracı kapsar ve bununla birlikte Birliğe üye devletlerde doğrudan etkili olan tüzükleri de içine alır. Hukukun ilgili alanından bağımsız olarak kapsamlı bir kanunlaştırmanın ve özellikle kodifikasyonun sadece tüzük şeklinde düşünülebilir olduğuna çok az değinilmiştir.

Birliğin özel hukuk alanında kanun koyma yetkisine sahip olduğu öncelikle şu hükümlerden çıkarılır: ortak pazarın kurulmasını etkileyen Art. 94 AET-A eskiden hukukların yakınlaştırılması için anahtar bir hüküm iken, bu hükümde yer alan, Bakanlar Konseyi'ndeki kararın oybirliği ile alınması zorunluluğu, üye devletlerin sayısı arttıkça, engelden de fazla bir olgu olarak ortaya çıkmıştır. Bundan dolayı yeknesak Avrupa müktesabattı, ortak pazar hedefine ulaşmak için AET-A md. 95'i koymuştur. Bu hüküm AET-A md. 94'ün aksine, söz konusu olabilecek bütün tedbirler için Bakanlar Konseyi'nde oy çokluğunun yeterli olduğunu belirtmiştir. Diğer yandan bu hükmün kapsamı, serbest dolaşım hakkı ve iş hukuku alanlarında getirilen istisnalarla sınırlandırılmıştır, AET-A md. 95/2. Şirketler hukuku ile ilgili olarak, AET-A md. 44/2 lit. g yönergelerin sayısının artmasında önemli bir yetki temeli olarak hizmet etmiştir¹⁹. Bu hükmün kapsamı, şirketler hukukunun sorunlarının çoğunu kapsayacak kadar geniş bir uygulama alanına sahiptir, ancak bu hükmün sermaye piyasası ile bağlantılı kurallar ile sınırını çizmek gerekir. Amsterdam sözleşmesi ile AET-A'nın IV. başlığına eklemeler yapılmıştır. Bu sözleşme Birliği açık bir şekilde, milletlerarası medenî usul hukuku ve hukuk davalarında takip edilecek usul alanlarında Birliğe uyumlaştırma yetkisi veren AET-A md. 65'i de kapsamaktadır²⁰. IV. başlığın alt başlığına göre orada öngörülen kanunlaştırma faaliyeti serbest

¹⁹ Bu yönergenin yayımı için bkz., *Jürgen Basedow* (Hrsg.), *European Private Law – Sources* vol. 1 (1999) 3 – 391; Bu kanun koyma yetkisinin kapsamı için karşı., *G.-J. Vossestein*, *De bevoegdheid van de Europese Gemeenschap tot regeling van het vennootschapsrecht*: *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2002, 247 vd.

²⁰ Bkz., örneğin *Bernd von Hoffmann*, *The Relevance of European Community Law*, idem. (Hrsg.), *European Private International Law* (1998) 19 vd.; *Jürgen Basedow*, *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, *Com. Mkt. L. Rev.* 37 (2000) 687 vd.; *Oliver Remien*, *European Private International Law, The European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, *Com. Mkt. L. Rev.* 38 (2001) 53 vd.

dolaşım hakkı ile bağlantılı düşünülmesi ise de Birliğin bugüne kadar almış olduğu önlemler, bu çerçevenin dışına çıkmıştır²¹. AET-A md. 65. de hükme bağlanmış olan sorun, Birliğin kanunlar ihtilâfı alanında üye olmayan devletlerle olan ilişkileri düzenleme yetkisine de sahip olup olmadığı veya bu alandaki yetkinin üye devletlere verilip verilmediğidir. Nisbeten yeni bir yetki temeli, geniş bir yorumla tüketicinin korunması alanında büyük bir anlam taşıyan AET-A md. 153'tür. Ancak AET-A md. 153/3'ün daha yakından incelenmesi, bu hükmün önemli ölçüde AET-A md. 95'e atf yaptığını ve Birliğe kanun koyma konusunda çok az ek yetki getirdiğini gösterir. Son olarak AET-A 308, özel hukukta çok büyük bir anlam kazanmıştır. Bu norm her ne kadar diğer yetki veren normların yanında ikincil nitelikte ve bundan dolayı AET-A md. 94 ve 95 ışığı altında ulusal hukukun uyumlaştırılmasında bir dayanak oluşturamasa da, ulusal hukukun halihazırda var olan kurumlarının yanı sıra ortaya çıkan, topluluk markası²² ya da Avrupa Ekonomik Çıkarlar Birliği²³ gibi, yeni hukukî kurumların yaratılması konusundaki kanunlaştırma için, çok önemli bir temel oluşturmaktadır.

5. Özel Hukuk Müktesabati (*Acquis*)

Dağınık kanun koyma temellerinden ve bunların ortaklığın özel hedefleri ile olan bağlantısından, ortaklık hukukî faaliyetlerinin genel olarak, kamu ve özel hukuk arasındaki farkı dikkate almadığı çıkmaktadır. Bu bakış açısından birçok tedbirin karma nitelikte mevzuat olduğu söylenebilir. Sigorta alanında ortak pazar gerçekleştirmek isteyen yönergeler, şartların ve primlerin devlet tarafından onaylanması, sigorta şirketlerinin yatırımlarının düzenlenmesi, denetleyen makamların yetkileri söz konusu olduğunda kamu hukuku alanında görülmelidir. Aynı zamanda bu yönergeler, sigorta sözleşmesinin başka açılarını da düzenler. Örneğin, sigorta yaptırınların hakları, sözleşmenin sona erdirilmesi konusunda onay, taraflar arasında bilgi verme yükümlülüğü²⁴. Son yıllarda sadece özel hukuka ilişkin olan tedbirlerin sayısı artmıştır. Birliğin bu şekildeki mevzuatının toplamı, 70'den

²¹ Bu beş tüzük için bkz., Jürgen Basedow (Hrsg.), European Private Law – Sources vol. 3 (2002) 703-955.

²² Konseyin 20.12.1993 tarihli 40/94/EG sayılı tüzüğü, ABl. EG 1994 L 11/1 = Basedow (yuk. N. 21) 426.

²³ Konseyin 25.7.1985 tarihli 2137/85/EWG sayılı Tüzüğü, ABl. EG 1985 L 199/1 = Basedow (yuk. N. 19) 316.

²⁴ Özellikle hayat sigortası dışında kalan sigortalar (*Nichtlebensversicherung*) alanında ikinci ve üçüncü yönergeye bakınız: Konseyin 22.6.1988 tarihli, 88/357/EWG sayılı yönergesi, ABl. EG 1988 L 172/1; Konseyin 18.6.1992 tarih 92/49/EWG sayılı yönergesi, ABl. EG 1992 L 228/1, yine bunun gibi ikinci ve üçüncü doğrudan sigorta (hayat sigortası) yönergesi: Konseyin 8.11.1990 tarihli, 619/90/EWG sayılı yönergesi, ABl. EG 1990 L 330/50; Konseyin 10.11.1992 tarihli 96/92/EWG sayılı yönergesi, ABl. EG 1992 L 360/1.

fazla yönerge ve tüzüğü kapsayacak şekilde üç cilt halinde derlenmiştir²⁵. Bunlar, şirketler hukuku, iş hukuku, tüketici-sözleşmesi hukuku ve sorumluluk hukuku, ticarî iletişim, fikrî haklar ve patent hukuku, veri koruma, milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası usul hukuku gibi çok farklı alanları da düzenlemektedir. En yeni kazanımlar Avrupa Anonim Şirketi²⁶'nin statüsü ve ortaklık tasarımı²⁷ hakkındaki tüzüklerdir. Son olarak anılanlar gibi, bu araçlardan bazıları, nisbeten ayrıntılı ve kapsamlı iken, diğerleri sadece sözleşme ve iş hukuku alanlarında küçük bir kısmı düzenlemektedirler. Bunlar daha çok küçük bir renk lekesi etkisi yaparken, böyle mevzuatın sayısının giderek çoğalması, bir Avrupa şirketler hukukunun²⁸, bir Avrupa iş hukukunun²⁹ ve bir Avrupa tüketici hukukunun³⁰ genel bir görünümünü yaratmaktadır. Mamafih, bu şekildeki kitap başlıkları, Avrupa kanunlaştırma faaliyetinin hiçbir alanda sistematik bir biçimde yapılmadığını ve her aracın, çeşitli ulusal kanunlarla bağlantılı olarak görülmesi gerektiğini gösterir.

6. Yönergelerin Uyarlanması

Birlik, özel hukuk alanında genellikle yönerge ve seyrek olarak da tüzük araçlarını kullanmaktadır. AET-A md. 249'un lafzına göre, yönerge, üye devletler için amaçlanan hedefler açısından bağlayıcıdır, "ancak iç hukuktaki makamlara biçim ve araç seçimini bırakmaktadır". ATAD, yönergelerin tüzüklerin aksine yatay ilişkide doğrudan etki sağlamadığını, ancak özel hukukta daha karakteristik olduğunu karara bağlamıştır³¹. Diğer bir ifade ile sadece yönergeler değil, bunların ilgili üye devletin hukuk sistemine uyarlanması da önemlidir. Kanunlaştırma faaliyeti iki aşamaya bölünmüştür: İlk aşama ortaklık düzeyinde, ikinci aşama münferit üye devletler düzeyindedir. Sadece ilk aşamada yeknesak bir metin hazırlanmakta, ikinci aşama ise, ulusal mahkemelerin yönergelere uygun yorum yapma yükümlülüğü ile azaltılmış da olsa, çeşitliliğin bütün türlerine açıktır³². Uyumlaştırmanın karşısında yer alan, biçim ve içerik farkları halâ büyüktür.

²⁵ Bakınız *Jürgen Basedow* (Hrsg.) *European Private Law – Sources* vol 1-3 (1998-2002).

²⁶ Tüzük 2157/2001/EG v. 8.10.2001, ABİ. EG 2001 L 294/1.

²⁷ Tüzük 6/2002/EG v. 12.12.2001, ABİ. EG 2002 L 3/1.

²⁸ *Vanessa Edwards*, *European Company Law* (1999).

²⁹ *Dieter Krimhove*, *Europäisches Arbeitsrecht* (1996).

³⁰ *Norbert Reich*, *Europäisches Verbraucherrecht* (3. Aufl. 1996); *Stephan Weatherill*, *EC Consumer Law and Policy* (1997).

³¹ EuGH, v. 14.7.1994, Slg. 1994, I-3325, Rs. C-91/92 (*Paola Faccini Dori vs. Recreb Srl*), Tz. 22-25.

³² EuGH, v. 10.4.1984, Sgl. 1984, 1891, Rs. 14/83 (*von Colson ve Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*), Tz. 26.

Örnek olarak, tüketici sözleşmelerindeki kötüye kullanma klozu hakkındaki 93/13 yönergesinin uyarlanması gösterilebilir³³. Bu yönerge çeşitli formlarda uyarlanmıştır: Alman, İtalyan ve Hollanda ulusal medenî kanunlarına, Avusturya, Fransa, Yunanistan ve kısmen Finlandiya ve İspanya'daki özel tüketicinin korunması kanunlarına, Danimarka, Finlandiya ve İsveç'de genel nitelikteki sözleşmeler hakkında kanuna, Belçika'da ticaret uygulamasına dair özel kanunlara, İsveç'de tüketici sözleşmelerine dair özel kanuna, Portekiz ve İspanya'da genel işlem şartlarına dair özel kanunlara, son olarak, İngiltere ve İrlanda'da hemen hemen aynı sözcüklerle yönergeyi alan bir hukukî araca alınmıştır³⁴. Bu uyarlama kanunlarının bir kısmı aynı yönergede olduğu gibi uygulama alanlarını tüketici sözleşmeleri ile sınırlı tutarlarken (örn., Fransa, İtalya), diğerleri ticarî sözleşmelere de uygulanabilir (örn., Almanya, Hollanda). Yönergenin ekinde "hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kabul edilebilecek, ancak, sadece örnek niteliğinde sayılmak suretiyle bir kloz listesi" verilmiştir (Art. 3/3). Bu liste, Almanya ya da Avusturya gibi üye devletlerde, yasak klozların bağlayıcı bir listesine dönüştürülürken, İskandinav ülkelerinde, ulusal kanunlara geçirilmemiştir. Başka örnekler vererek, farklı ulusal uyarlama biçimlerine anlatıma devam etmek çok kolaydır. Bundan, uyumlaştırmaya rağmen, halâ, yabancı bir avukat için diğer bir üye devletin ilgili hukukî durumunu kesin olarak tesbit edebilmenin çok zor, hattâ imkânsız olduğu sonucu çıkar. Birliğin her yerinde belirli bir standartın geçerli olduğu söylenebilir. Ancak ilgili üye devletteki ilgili hukuku bulmak ve onun gerçek anlamını saptamak, herşeye rağmen çok zordur, çünkü, bunlar çoğunlukla farklı hukukî anlayışlara, ilkelere ve ilgili hukuk sisteminin sistematik yapısına bağlıdır.

Özel hukuka ilişkin uyumlaştırmamızın diğer bir sonucu mevcut ulusal kanunlaştırma faaliyeti ile olan gerilimdir. Bu durum, tüketici malları satımı yönergesi 1999/44 yardımı ile gözünüzde canlandırılabilir³⁵. Bu sadece tüketici işlemlerinde uygulama alanı bulan yönerge, alıcıya, ayıpsız bir malın teslimi hakkının yanında, ayıbın giderilmesini de birincil nitelikte bir talep hakkı olarak vermektedir. Ticarî satımla tüketici satımı arasında ayırım yapmayan eski Alman satım hukuku, alıcıya sadece, sözleşmeyi feshetme veya satım bedelini indirme hakkı vermektedir, ancak ayıbın giderilmesini isteme hakkı vermemektedir. Yönergenin eksiksiz olarak uyarlanması, Alman Medenî Kanunu'nun değerini biraz daha azaltmakla birlikte, tüketici satımlarına dair ayrı bir kanunda mümkün olabilirdi. Alman Medenî Kanunu'nun yapısını değiştirmeksizin alternatif bir uyarlama mümkün

³³ Yönerge 93/13/EWG v. 5.4.1993, ABl. EG 1993 L 95/29 = *Basedow* (yuk. N. 25) vol 2 (2000) 140.

³⁴ Karşılaştırmalı liste için bakınız. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vol. 1 (4. Aufl. 2001) Einl. AGBG Rnd. 22-38.

³⁵ Konseyin 25.5.1999 tarihli 1999/44 EWG sayılı yönergesi, ABl. EG 1999 L 171/12 = *Basedow* (yuk. N. 25) vol 2 (2000) 452.

olamazdı. Birçokları, tüketici satımlarıyla ilgili bir başlığı, Alman Medenî Kanunu'nun ruhu ile uyumsuz nitelikte olduğu şeklinde bir değerlendirme yapmışlardır. Alman Kanun koyucusu, iki sıkıntı verici alternatiften, sonuncusu için tercihini yapmış, hattâ bundan çok daha ileri gitmiştir. Yönerge 1999/44, Alman hukukunda ademi ifa ile ilgili hukukun genel olarak aşılmasına neden olmuştur³⁶.

Bu gözlem genel bir ilâve yapma gereksinimini göstermektedir. Birlik parça parça kanunlaştırma yapmakta, üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerindeki, özellikle, yapı, ilkeler ve kavramlardaki farkları dikkate almamaktadır. Genel hukukî çerçevenin uyumlaştırılması, mahkemeler tarafından (bkz., aşa. 7) ve hukuk öğretisi (bkz., aşa. 8) tarafından yapılabilir.

7. Avrupa Adalet Divanı'nın Katkısı

Yönergeler yoluyla uyumlaştırma, önemli dezavantajlar getirirse bile, açık bir avantajı da vardır: Yönergeler, ATAD'ın muhakemelerinin dayandığı, Avrupa Birliği müktesabatını (*acquis communautaire*) güçlendirmektedir. Giderek daha fazla ulusal hâkim AET-A md. 234'ün ön karar prosedürünü etkili bir biçimde kullanmakta ve Lüksemburg'daki ATAD'a yönergelerin ve tüzüklerin yorumu konularında ön karar için başvurumaktadırlar. Bu ATAD'a, giderek daha fazla oranda, ilkeler yaratma, münferit mevzuat boşluklarını doldurma ve bunları yeknesak bir yorum altında biraraya getirme olanağı vermektedir. ATAD, genel hukuk ilkelerine atıf yapmak ve yenilerini yaratmak suretiyle ortaklık hukukunun gelişimine önemli katkılar sağlamaktadır³⁷. Anlaşma "üye devletlerin hukuk düzenlerinde ortak olan hukukun genel ilkelerinin" uygulanmasını, sadece, ortaklık organları veya orada çalışanların, görevlerini yaparken yol açtıkları sözleşme dışı zararlardan ortaklığın sorumlu olması alanında öngörürken, AET-A md. 288/2, ATAD, tekrar tekrar, hukukun genel ilkelerinin, hukukun diğer alanlarında da ortaklık hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu açık hale getirmiştir. Bununla birlikte ATAD, relatiflik ve hukukî güvenlik gibi, daha sonra ilgili olayda somutlaştırılmaya ihtiyaç duyan, genel geçerli temel ilkeler yaratmıştır.

Ancak şimdiye kadar ATAD, yönergelerin yorumu söz konusu olduğunda, yaratıcı gücünü kullanma konusunda daha isteksiz görünmektedir. İkincil nitelikteki topluluk hukukuna dair kararlar kısa ve çoğu zaman bilmece gibidir; argümanlar yapılırken metnin ve münferit

³⁶ Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Hakkında Kanun 26.11.2001, Bundesgesetzblatt I, 3138.

³⁷ Bakınız *Takis Tridimas*. The General Principles of EC Law (1999).

hukukî faaliyetin gerekçesinden öteye gidildiğine seyrek olarak rastlanmaktadır. ATAD, ulusal hâkim tarafından ortaya konulan soruna çok sıkı bağlanmakta ve bunun ötesine geçerek, *obiter dicta* yaratıcı olmaya eğilimli gözükmemektedir. Özel bir tüzük ya da yönergeyi, ortaklık hukuku ışığında bir bütün olarak gören argümanlar ya da karşılaştırmalı hukuk çalışmaları ile farkına varılabilen uluslararası gelişmeler, ATAD tarafından görmezlikten gelinmektedir. Bunun açık bir örneği, ATAD'ın *Simone Leitner./TUI Deutschland* olayında verdiği karardır³⁸. ATAD burada, Avusturyalı davacının, hazır seyahat bürosuna karşı yönelttiği tazminat talebinin 90/314³⁹ no.lu yönergeye göre manevî zararları da kapsayıp kapsamadığı konusunda karar vermek durumundaydı. Olayda davalı seyahat bürosu tarafından düzenlenen tatilde, bir Türk otelinde salmonelle mikrobu taşıyan yemek servisi yapılmıştır. Hukuk sözcüsü *Tizziano*'nun iyi gerekçelendirilmiş görüşünde bu soru, 90/314⁴⁰ sayılı yönergeye, ancak, aynı zamanda başka yönergelerden çıkarılan argümanlara ve uluslararası konvansiyonlar ve ulusal kanunlaştırmalarda da ifadesini bulan, hukukî gelişmelere yapılan atıflara da dayanılarak olumlu yanıtlanmıştır. ATAD sonuçta hukuk sözcüsünün sözlerine katılırken, kararına gerekçe olarak sadece yönergenin lafzını dikkate alan argümanları göstermiştir.

Simone Leitner gibi tozlanmış kararlar, okuyucunun Avrupa Özel Hukuku konusundaki coşkusunu alevlendirmemektedir. Daha kötüsü, ATAD, hukukun genel ilkelerinin geliştirilmesi yoluyla Avrupa özel hukukunu yaratma konusundaki şansını kaybetmektedir. ATAD bu kadar çekimser davrandığı sürece, çok acil bir şekilde gereksinim duyulan hukukun genel ilkelerinin geliştirilmesi yükü, hukuk teorisine düşmektedir. Aşağıda incelemek istediğim akademik çaba, er ya da geç ulusal hâkimin dar ön karar sorununun arka plânında da görülecek şekilde ATAD'ı cesaretlendirmesi beklentisi içerisine girmek gerekir.

8. Hukukun Genel İlkeleri

1980'de yatay düzeyde (*horizontal*) bir araç olarak borç ilişkileri alanında çalışmalar başlamıştır. Avrupa Komisyonu'nun maddî desteği ile Danimarkalı hukukçu *Ole Lando* başkanlığında bir grup hukuk bilgini,

³⁸ EuGH v. 12.3.2002, Slg. 2002, 2631, Rs. C-168/00 (*Simone Leitner vs. TUI Deutschland GmbH&Co KG*) = EuZW 2002, 339.

³⁹ Komisyonun 13.5.1990 tarihli 90/314 EWG sayılı yönergesi. ABl. EG 1990 L 158/59 = Basedow (yuk. N. 25) vol 2 (2000) 94.

⁴⁰ Hukuk sözcüsü *Antonio Tizzano*'nun görüşü, Slg. 2002, 2831, Nr. C-168/00 (*Simone Leitner vs. TUI Deutschland GmbH&Co KG*) v. 20.09.2001.

sözleşme hukukunun genel ilkelerini bir listede toplamışlardır⁴¹. Bu grup, bu çalışmayı yaparken, *Amerikan Law Institute* tarafından geçtiğimiz yüzyılın başından beri çalışılarak hazırlanan, *Restatements of the law*'ın metoduna dayanmıştır⁴². Bu çalışmada ilk amaç, hukukun ortak kural ve ilkelerini saptamaktır. Çeşitli hukuk sistemlerinin pozitif kuralları birbirinden farklı olduğu ölçüde, sonuçta sayılan liste, zorunlu olarak, bir çözümün diğerine tercih edildiği kararı zımnen beraberinde getirmektedir. Böyle olaylarda, ortaya konulan bu çalışma, hukuk sistemlerinin çoğunda görülen durumu izlememektedir. Aksine, en iyi çözümün önerilmesi suretiyle hukukun daha iyi bir hale getirilmesi amaçlanmaktadır⁴³. Bu çalışmadan ortaya çıkan kurallar ve ilkeler, kıta Avrupası hukuk sistemlerinin kanunlarında olduğu gibi, kısa ve somut bir biçimde formüle ve sistematize edilmişlerdir. Bu kuralların sözleşme hukukunun genel hükümlerini konu alan I. ve II. Bölümleri yayınlanmıştır⁴⁴. Borçlar hukukunun genel hükümlerini konu alan III. Bölüm de kısa bir süre sonra yayınlanacaktır⁴⁵. Amerikan örneğinde olduğu gibi bu kurallar, içerik, hedef ve olası uygulamayı açıklayan şerhler içerirler. Bunlara ek olarak Avrupa sözleşme hukukunun temel ilkeleri, üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerinin ilgili kurallarına atıflarla, karşılaştırmalı hukuk notlarını da içermektedir.

Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu bu çalışmayla büyük bir adım atmakla birlikte, genel ilke yaratma konusunda görevli olan tek grup değildir. Haksız fiil hukuku⁴⁶, sigorta sözleşmesi hukuku⁴⁷, *Trust* hukuku⁴⁸

⁴¹ Bakınız, *Ole Lando/Hugh Beale* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law – Parts I and II* (2000) XI.

⁴² Bakınız *David Clark*, *The Sources of Law, Tuğrul Ansay/David Clark* (Hrsg.) *Introduction to the Law of the United States* (1992) 33, 45; kapsamlı bir inceleme için bakınız *Alan Schwartz/Robert Scott*, *The political economy of private legislation*, *U. Pa. L. Rev.* 143 (1995) 595 vd.

⁴³ *Roy Goode*, *International Restatements of Contract and English Contract Law*, *Uniform L. Rev.* 1997, 231, 234.

⁴⁴ Bakınız yukarıda N. 41.

⁴⁵ Zamanlamı konusunu ele alan III. Bölüm, Almanca yayınlanmıştır. Bakınız, *ZeUP* 2001, 400 vd. ve *Reinhard Zimmermann*, *Grundregeln eines europäischen Verjährungsrechts und die deutsche Reformdebatte*, *ZeUP* 2001, 217-222.

⁴⁶ Karş., *J. Spier/O. Haazen*, *The European Group on Tort Law (“Tilburg Group”) and the European Principles of Tort Law*, *ZeUP* 1999, 469 vd.

⁴⁷ Bakınız *Malcolm Clarke*, *First Working Session of Project Group “Restatement of European Insurance Contract Law”*, v. 10.9.1999 Innsbruck, Avusturya, *Journal of the British Insurance Law Association* 2000 Nr. 102, 31

⁴⁸ *D. J. Hayton/S.C.J.J. Kortmann/H.L.E. Verhagen*, *Principles of European Trust Law* (1999); bakınız aynı zamanda “*Principles of European Trust Law*”, *ZeUP* 1999, 748, *Hayton/Kortmann/Verhagen*'in önsözüyle birlikte.

ve milletlerarası özel hukuk⁴⁹ konularında çalışan başka gruplar vardır. Bu hareketin en genç şubesi, Avrupa aile hukuku⁵⁰ için kurulan komisyondur. Bu grupların tümü, aynı amacı izliyor görünmektedirler. Daha önce yapılan araştırmaların aksine, çeşitli üye ülkelerin halihazırdaki hukuk kurallarının karşılaştırmalı analizleri ile sınırlı kalmamakta, onun yerine, genel ilkelerin önerilmesi yoluyla aktif bir biçimde uyumlaştırma ve birleştirmeyi desteklemektedirler. Amaçtaki bu değişim, bazılarında akademik bir aktivite gibi görünmektedir. Bununla birlikte bu çalışmalarda, Avrupa Birliği organlarında önemli ölçüde eksikliği hissedilen, kanunların bilimsel olarak hazırlanması ve uzun vadeli perspektifle formüle edilmesi görülebilir.

Bu çabaların sonuçları henüz görülmemektedir. ATAD tüzük ve yönergelerin yorumunda özel hukukun bu temel ilkelerinden yararlanacak mıdır? Bu ilkeler, Avrupa Komisyonu'nun kanun önerilerinde dikkate alınacak mıdır? Basit bir cevap vermek için henüz çok erkendir. Ancak, birkaç yeni oluşum iyimser olmak için neden oluşturmaktadır.

9. Bakış: Avrupa Medeni Kanunu

Avrupa Parlamentosu sık sık sözleşme hukuku, hattâ genel olarak özel hukuk alanında⁵¹ kapsamlı bir ortaklık kanununu desteklerken, böyle bir kanun çıkarma inisiyatifi, sadece Komisyon'dadır. Ancak Avrupa Komisyonu geçmişte uzun zaman özel hukukta yatay düzeyde etki yapan her tür kanunlaştırmaya karşı şüpheli yaklaşmış ve hattâ Birliğin böyle bir hukukî eylem konusunda yetkisi olup olmadığından emin olamamıştır⁵². Bundan dolayı Komisyon'un 2001 yılında Avrupa sözleşme hukuku için, Birliğin gelecekte Avrupa sözleşme hukuku yaratması konusunu ve bunun nasıl olacağını ilk kez açık olarak soran bir bildiri yayınlaması şaşırtıcı olmuştur⁵³.

Bu bildiri, halihazırda var olan mevzuat ve yeknesak hukuk konvansiyonları hakkında kısa bir bilgi vermekte ve sözleşme hukuku

⁴⁹ Bakınız Milletlerarası Özel Hukuk Grubunun İnternet adresi: <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>

⁵⁰ Bakınız "Gründung der Kommission für Europäisches Familienrecht (Avrupa Aile Hukuku İçin Komisyon Kurulması)": ZeuP 2002, 194; bakınız internet adresi: <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>

⁵¹ Bakınız 26.5.1989 tarihli karar. ABl. EG 1989 C 158/400, ve 6.5.1994 tarihli karar. ABl. EG 1994 C 205/518.

⁵² Bakınız örneğin Komisyon'un eski üyesi *Martin Bangemann*. Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union, ZeuP 1994, 377, 378; yine aynı şekilde hukukun yakınlaştırılmasının eski direktörü *Ivo Schwartz*, Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der europäischen Gemeinschaft, ZeuP 1994, 559, 570.

⁵³ KOM (2001) 398 fin., ABl. EG 2001 C 255/1.

hakkında gelecekteki AB insiyatifi için dört olanak tasarlamaktadır. İlk seçenek, özel bir AB aracı öngörmemektedir. Bununla daha çok “*business as usual*” kastedilmekte, yani ortaya çıkan somut gereksinime cevap olarak parçalanmış hukuktan bir yanıt aranmasına devam edilmektedir. İkinci seçenek, Komisyona, ulusal hukuk düzenlerinin birbirine yakınlaşması sonucuna götürmesi amaçlanan, sözleşme hukukunun ortak genel ilkeleri çalışmalarının desteklenmesini önermektedir. Üçüncü yol halihazırda var olan kuralların kalitesinin yükseltilmesini amaçlar. Bu, AB Tüketici Kanunu’nda olduğu gibi, mevcut kanunların konsolide edilmesinden fazla bir şeydir. Dördüncü bir olanak olarak, Komisyon, AB düzeyinde, hem genel olarak sözleşme hukuku düzenlemeleri, hem de çeşitli özel sözleşme tiplerini içerebilen, yeni ve kapsamlı hukuk kurallarını öngörmektedir.

Komisyonun bildirisi tartışmaların çığ gibi büyümesine ve hükümetlerden, ekonomiden, tüketici derneklerinden, avukatlardan ve hukuk teorisyenlerinden ortaya çıkan 160’dan fazla reaksiyona yol açmıştır⁵⁴. Bunların çoğunluğu yeknesak bir Avrupa sözleşme hukuku önerisini uzun vadeli görmüş, ancak birçok ses, Avrupa Birliği’nin bu alanda sağlam ve aktif davranış biçimi hakkında tereddütsüz olumlu görüşe sahiptir. Avrupa Parlamentosu’nun arzuları bundan da öteye geçmektedir. Parlâmento başka bir kararla, üye devletlerin medenî hukuk ve ekonomi hukuklarının yakınlaştırılması amacıyla, 2010 yılından itibaren Avrupa Birliği’nin sözleşme hukukuna dair hukukî bir aracın hazırlanması ve kabul edilmesini öngören bir eylem plânı önermiştir⁵⁵.

Avrupa Komisyonu’nun bu görüşe katılma olasılığı azdır ve çok az olasıdır. Ancak Komisyon’un, bu politikayı onaylar nitelikte görünen, işlevsel bir iç pazar için engel olarak ortaya çıkan, ulusal sözleşme hukuklarındaki farkların giderilmesi şeklinde görüş açıklamaları vardır. Komisyon, hizmetlere dair iç pazarın durumu ile ilgili olarak verdiği yeni bir raporda, sözleşme hukukuna dair bildiri ile harekete geçirilen görüşlerin, “üye devletlerin hukuk sistemlerinden ortaya çıkan iç pazarın işlemesine dair sayısız problemin saptanması”nı mümkün kıldığını saptamıştır. Bu zorluklar, hizmetleri ve özellikle malî hizmetleri (özellikle sigorta sektöründe) de ilgilendirmektedir⁵⁶.

⁵⁴Bakınız http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/index_en.html

⁵⁵ Avrupa Parlamentosu’nun üye devletlerin medenî hukuklarının ve ticaret hukuklarının yakınlaştırılması konusunda verdiği karar (KOM (2001) 398), EP Dokument A 5-0384/2001 v. 15.11.2001.

⁵⁶ Komisyonun Konseye ve Avrupa Parlamentosu’na sunduğu rapor – hizmetlerin serbest dolaşımı için iç pazarın durumu – hizmet sektöründe iç Pazar stratejisinde ilk adım çerçevesinde rapor, KOM (2002) 441 v. 30.7.2002, 39.

Komisyon'un "yeknesak Avrupa sözleşme hukuku"na dair "eylem plânı", daha da öteye gitmektedir⁵⁷. Bu plân, somut bir biçimde mevcut mevzuatın farklı yorumuna işaret etmekte ve sözleşme hukukuna ilişkin ulusal hükümlerin, örneğin, sigorta hukukunun, iç pazarı engellediği konusunda sayısız örnek vermektedir. Rapora göre, bu ölçüde sektöre özel kanunlaştırmalar devam ettirilmeli ve tamamlanmalıdır. Bunun da ötesinde Komisyon, ortaklık müktesabatının sözleşme hukuku alanında güçlü bir bağlantıya sahip olmasını talep etmektedir. Bu sonuca, sadece "sözleşme" veya "zarar" gibi genel kavramları tanımlamayan, onun yerine Avrupa sözleşme hukukunun genel ilkelerini yazılı hale getiren, genel bir çerçevenin hazırlanmasıyla ulaşılabılır. Komisyon, bundan başka, sözleşme hukuku alanında sektöre özel değil, gerektiğinde genel bir çerçeve temelinde opsiyonel bir hukukî araç (mevzuat) olarak uygulanabilecek genel hükümlere gereksinim olup olmadığını araştırmak istemektedir.

Bununla birlikte Avrupa'da karşılaştırmalı hukuk bilimi gelecek yıllar için bir program vermiştir. Aynı zamanda Avrupa hukuk sistemlerine, sadece daima daha yoğun hale gelen, hukuk ve ekonomi uygulamalarının katılımını gerektiren, pan Avrupa düşünce alış-verişi ile ulaşılabilecek hırsla çalışılarak ulaşılabilecek zor bir hedef göstermiştir.

⁵⁷ KOM (2003) 68 endg. v. 12.2.2003.