

## KARŞILAŞTIRMALI HUKUKUN GÖREVLERİ

Prof. Dr. ERGUN ÖZSUNAY

### İÇİNDEKİLER

**I. Karşılaştırmalı hukukun hukuk ilminin gelişimine, ulusal hukukun daha iyi anlaşılması, düzeltilmesi, yenilenmesi ve «yasa koyma politikasına»na ilişkin görevleri:** 1. Karşılaştırmalı hukukun, hukuk ilminin gelişimi bakımından önemi; 2. Karşılaştırmalı hukukun, ulusal hukukun anlaşılması, düzeltilmesi ve yenilenmesi bakımından önemi; 3. Karşılaştırmalı hukukun ülke çapındaki hukukî sorunların belirlenmesi ve çözümlenmesindeki önemi; 4. Karşılaştırmalı hukukun, ortak sorunların çözümüne ve «yasa koyma politikası»na ilişkin görevleri. **II. Karşılaştırmalı hukukun, hukuk boşluklarının doldurulması, yargıcın hukuk yaratması ve kanunların yorumlanmasına ilişkin görevleri:** 1. Genel olarak; 2. Boşlukların doldurulması ve yargıcın hukuku yaratmasında karşılaştırmalı hukukun önemi; a. Boşlukların doldurulmasına ilişkin çözümler; b. Yargıcın hukuku yaratmasında karşılaştırmalı hukukun önemi; 3. Kanunların yorumlanmasında karşılaştırmalı hukukun önemi. **III. Karşılaştırmalı hukukun, «hukukun birleştirilmesi»ne, «hukukların denkleştirilmesi ve uyumlaştırılması»na ilişkin görevleri:** 1. «Hukukun birleştirilmesi»nde; 2. «Hukukların denkleştirilmesi ve uyumlaştırılması»nda. **IV. Karşılaştırmalı hukukun, «genel hukuk ilkeleri»nin somutlaştırılmasına ilişkin görevleri:** 1. Uluslararası antlaşmalarda yer alan «genel hukuk ilkeleri»nin somutlaştırılması bakımından; 2. «Ticaret hukukunun uygar uluslar tarafından tanınmış genel ilkeleri» ile «ticarî örf ve adet kuralları»nın saptanması bakımından; a. «Ticaret hukukunun uygar uluslarca tanınan genel ilkeleri»nin saptanmasında; b. «Ticarî örf ve adet kuralları»nın saptanmasında. **V. Karşılaştırmalı hukukun, uluslararası ilişkilerin geliştirilmesi, «barış içinde birlikte yaşama»nın sürdürülmesi ve çağdaş uygarlığın korunmasına ilişkin görevleri.** **VI. Karşılaştırmalı hukukun, çağdaş hukuk kültürüne, çağdaş hukukçunun sorularına ve eğitimine ilişkin görevleri:** 1. Karşılaştırmalı hukukun, «çağdaş hukuk kültürü»ndeki önemi; 2. Karşılaştırmalı

hukukun, çağdaş hukukçunun karşılaştığı sorunlara çözüm bulma görevi; 3. Karşılaştırmalı hukukun, çağdaş hukukçunun formasyonuna ilişkin görevleri; 4. Karşılaştırmalı hukukun, hukuk öğretimindeki önemi; a. Fransa; b. İngiltere; c. Amerika Birleşik Devletleri; d. İsviçre; e. Almanya.

## I. Karşılaştırmalı hukukun, hukuk ilminin gelişimine, ulusal hukukun daha iyi anlaşılması, düzeltilmesi, yenilenmesi ve «yasa koyma politikası»na ilişkin görevleri

### 1. Karşılaştırmalı hukukun, hukuk ilminin gelişimi bakımından önemi :

Karşılaştırmalı hukuk, genel hukuk bilgisinin ilerlemesi ve hukuk ilminin gelişiminde önemli bir rol üstlenir (1). Kendisini sadece ulusal hukuku ile sınırlayan bir hukukçu için, kendi hukukunun yenilenmesine hiç bir katkısı olmayan «dar görüşlü ve geri kafalı bir hukuk teknisyeni» kalmak tehlikesi sözkonusudur. Oysa René David'in dediği gibi, her hukukçu, son tahlilde kendi hukukunu geliştirmek, iyileştirmek, onun gelişimine katkıda bulunmak sorumluluğu altındadır (2). Böylece, karşılaştırmalı hukukun, «tarih»in rolüne benzer bir rol üstlendiği söylenebilir. Karşılaştırmalı hukuk sayesinde, salt ulusal hukuku ile uğraşan hukukçu, kendi hukuk düzeninin gerçek yapısını, tıkanıklıklarını, yapısal sorunlarını, bunları doğuran nedenleri ve ulusal hukukun gelişim yönlerini görebilecek bir «aralık»a sahip olur. Ulusal düzenlemelerdeki bir takım çözümlerin, nasıl birer rastlantı sonucu olarak başka bir hukuk düzeninden aktarıldığını ve çok önemli alanlara ilişkin bazı hukuk kurallarının da, ne kadar eski ve çağ dışı olduklarını, bize karşılaştırmalı hukuk gösterir. Bunun gibi, helirli hukuk sorunlarının hangi biçimlerde ortaya konulabilecekleri ve bunlara ne gibi çözümlere bulunabileceğini de, bize yine karşılaştırmalı hukuk öğretir.

(1) Ekz. David, Méthode et buts de la recherche comparative en matière de droit, s. 97 vd.; Zajtay, CILSA 7 (1974), No. 3, s. 323-324; Schmitthoff, Cam. L. J. 7 (1939), No. 1, s. 103; Constantinesco, II, 378 vd.

(2) Le rôle des juristes dans l'élaboration du droit selon la conception traditionnelle du système de droit Romano - Germanique, «Festschrift für Dölle», Tübingen 1963; Bd. I, s. 359-370. Karş. Kahn-Freund, LQR, 82 (1966), s. 60; Zajtay, CILSA 7 (1974), No. 3, s. 324.

Böylece, karşılaştırmalı hukukun, genel olarak, *hukuk ilminin ilerlemesine* önemli bir katkıda bulunduğu söylenebilir.

## 2. Karşılaştırmalı hukukun, ulusal hukukun anlaşılması, düzeltilmesi ve yenilenmesi bakımından önemi :

Karşılaştırmalı hukuk, ulusal hukukun daha iyi anlaşılması ve uygulanması bakımından da büyük önem taşır (3). Özellikle, *yabancı hukukun tümü olarak benimsendiği* ya da belirli alanlarda *yabancı hukuka ilişkin hukuk olgularının aktarılmış olduğu durumlarda*, ulusal hukuktaki kural, kavram, ve kurumların anlaşılabilmesi geniş ölçüde karşılaştırmalı hukuk araştırmalarını zorunlu kılmaktadır.

Bundan başka karşılaştırmalı hukuk, *ulusal hukukun düzeltilmesi ve yenilenmesi için kanun koyuculara gerekli araç ve gereci sağlamakta ve ulusal hukukların aksayan taraflarını düzeltmek ya da eskiyen kurumlarını yenilemek üzere adeta onları özendirir* (4).

Genel olarak, başarılı bir düzenleme yapmak isteyen her kanun koyucu için, karşılaştırmalı hukuk, zorunlu bir «*çalışma aracı*»dır. Örneğin *Almanya*'da, on yıllardan bu yana süregelen ve 1 Ocak 1975 tarihinde yürürlüğe giren yeni Alman Ceza Kanunu ile somutlaşan ceza hukukuna ilişkin reform çalışmaları, çok yoğun karşılaştırmalı hukuk araştırmalarına dayanmaktadır. Bunun gibi, 1942 tarihli *İtalyan Medenî Kanunu* (Codice civile) ile 1940 tarihli *Yunan Medenî Kanunu*'nun hazırlanmasında da, geniş ölçüde karşılaştırmalı hukuk araştırmaları yapılmıştır (5).

*İngiltere*'de de, 1965 tarihli «*Law Commissions Act*»e göre, ulusal hukukun düzeltilmesi ve yenilenmesine ilişkin çalışmaları yürütmekle görevlendirilen komisyonlar, ulusal hukuk için yararlı ol-

(3) Bkz. Merryman s. 85; De Croo, s. 18; Neumayer, The Nature and Teaching of Comparative Law, s. 49; Constantinesco, II, s. 335 vd.

(4) Karşılaştırmalı hukukun, ulusal hukukun iyileştirilmesi ve yenilenmesine ilişkin görevi, özellikle İngiliz hukukçuları tarafından belirtilmiştir. Ancak karşılaştırmalı hukukun bu görevi diğer ülkeler bakımından da sözkonusudur. Bkz. David/Grasmann, Nr. 8.

(5) Bkz. Zweigert/Kötz, I, s. 15.

duğu oranda yabancı ülkelerin hukuklarını incelemekle de yükümlü kılınmışlardır (6).

Karşılaştırmalı hukukun, ulusal hukukun düzeltilmesi ve yenilenmesinde oynadığı rolü, çeşitli konularda *Türk hukukunda* da gözleyebilmek mümkündür. Örneğin, 1957 tarihli *Türk Ticaret Kanunu* (6762 sayılı) hazırlanırken, 1926 tarihli Ticaret Kanunu'muzdan aktarılan hükümler yanında, geniş ölçüde yabancı hukuk düzenlerinden yararlanılmıştır. TTK'nun, *kıymetli evrak* ile ilgili hükümleri (m. 537 vd.) hemen hemen aynen *İsviçre Borçlar Kanunu*'ndan (OR 965 vd.) alınmış; ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerde ise (TTK m. 136 vd.), *İsviçre Borçlar Kanunu* (OR 552 vd.) ile eski Ticaret Kanunu'muzdan aktarmalar yapılmıştır (ETK m. 121 vd.). Bunların yanında, «*ticarî işletme*»ye ilişkin hükümlerde, ulusal hukukumuz yenilenirken önemli derecede *İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü*'nden esinlenilmiştir (7).

Ticaret Kanunu'muzun, «*haksız rekabet*»e ilişkin hükümlerine (m. 56 vd.) ise, geniş ölçüde, 30.9.1943 tarihli «*Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanun*» (Bundesgesetz über den unlautbaren Wettbewerb) örnek olmuştur. Bunlardan başka, *acentalık* konusunda (TTK m. 116 vd.) *İtalyan Medenî Kanunu*'ndan (Codice civile, Art. 1742-1753); deniz ticareti hukukunda, özellikle *gemi mülkiyeti* ve *ipotegi* konularında *Alman Ticaret Kanunu*'ndan (HGB) esinlenilmiş ya da aynen aktarmalar yapılmıştır. Ayrıca *uluslararası antlaşmalar* da, bazı konularda TTK'na esas teşkil etmiştir. Örneğin avaryalarda 1924 ve 1950 tarihli *York/Answers kuralları*, Cif satışlarda *Varşova/Oxford kuralları*, kambiyo senetlerinde 1930-1931 tarihli *Cenevre konvansiyonları* vb. gibi (8).

(6) Bkz. Kahn-Freund, On Uses and Misuses of Comparative Law, The Modern Law Review, Vol. 37 (January 1974), No. 1 s. 2; Chloros, s. 3. Brown, Am.L.Comp.L. 19 (1971) No. 2, s. 247.

(7) 7.6.1937 tarihli *İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü* (Verordnung über das Handelsregister) 24.3.1947, 6.5.1970 ve 20.12.1971 tarihlerinde değişiklik görmüştür.

(8) TTK hazırlanırken, çeşitli yönlerden karşılaştırmalı hukuktan yararlanılmak istenilmiş ise de, bu konuda pek fazla başarı sağlanamamıştır. Bu bakımdan, TTK'nun «yeni bir kanun» mu, yoksa 1926 tarihli eski Ticaret Kanunu'nun «değiştirilmiş yeni bir metni» mi olduğu tartışmalı kalmıştır. Bkz. Karayalçın, Y., Ticaret Hukuku Dersleri. Giriş - Ticarî İşletme, 2. Baskı, Ankara, 1960, s. 42 vd.; Mimaroglu, S. K., Ticaret Hu-

### 3. Karşılaştırmalı hukukun, ülke çapındaki hukuki sorunların belirlenmesi ve çözümlenmesindeki önemi :

Karşılaştırmalı hukuk, bazen ülke ekonomisini ve toplumun büyük bir bölümünü önemli derecede etkileyen ekonomik ve hukukî sorunların varlığını ortaya koymak ve bu sorunlarda kanun koyuculara amaca uygun çözümler ya da yönler göstermek bakımından da yararlı olabilir (9).

Örneğin karşılaştırmalı hukukun, bu anlamda yararlı olduğu alanlardan biri de, «*taksitle satım sözleşmeleri*»dir.

Taksitle satım sözleşmelerinin yeniden düzenlenmesi; bu sözleşmelerde, alıcıları korumaya yönelik tedbirler ve değişen koşullar karşısında, «*çıkarların yeniden dengelenmesi*»ne ilişkin çağdaş çabalar, son on yılların ilginç yasama uğraşlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği gibi, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, A.B.D.'nde, Kanada'da ve Batı Avrupa'nın bir çok ülkelerinde büyüyen ekonomik yapı bir «*bolluk toplumu*»nun (affluent society) doğumuna yol açmıştır. Bolluk toplumunun tipik özelliği, bir «*tüketim toplumu*» olmasıdır. «*Tüketim ekonomisi*» de, bireylerin, mali güçlerini aşan derecelerde tüketim yapmalarını gerekli kılmaktadır. İşte taksitle satım sözleşmeleri ekonomik sürecin bu aşamasında büyük bir önem kazanıyor. Zira tüketimi arttırmaya en elverişli hukukî mekanizmalardan biri de, «*taksitle satım sözleşmeleri*»dir.

XIX. yüzyılın ikinci yarısından bu yana, taksitle satım sözleşmelerinin giderek artması, çeşitli ülkelerde, alıcıları korumak amacıyla özel düzenlemeler yapılması gereğini doğurmuştur. Bu konuda ilk düzenleme 1887 yılında, Belçika tarafından yapılmış; bunu 1894 tarihli Alman Taksitle Satım Sözleşmeleri Kanunu (Abzahlungsgesetz = AbzG) ile 1896 tarihli Avusturya Kanunu izlemiştir. Bu düzenlemelerle, alıcının, ödemede gecikmesi (temerrüdü) durumlarında korunmasına çalışılmıştır. Daha sonra İsviçre Borçlar Kanunu

---

kuku, I. Cilt: İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 1970, s. 58 vd. Genel görünüşü ile, TTK, «*melez bir kanun*»dur. Uygulamada ortaya çıkan bir çok güçlükler, kanunun bu niteliğinden ileri gelmektedir.

(9) Kamba, ICLQ, 23 (1974), s. 195.

ile de (CR 226-228), taksitle satım sözleşmelerinde, alıcıya daha sağlam bir koruma sağlanmıştır (10).

Sosyal nitelikte olan bu karışmaların yanında, ayrıca taksitle satım sözleşmelerinin ulusal ekonomiyi önemli ölçüde etkilemesi de (sürümü arttırması, ekonomik durgunluk dönemlerinde piyasayı canlandırması, bazı sanayi kollarını geliştirmesi vb. gibi), kanun koyucuları bu alanda daha köklü tedbirler almaya yöneltmiştir. İşte bu ekonomik nedenlerden dolayıdır ki, taksitle satım sözleşmelerine ilişkin eski düzenlemelerde önemli değişiklik ve yenilemeler yapılmıştır. 1894 tarihli «*Alman Taksitle Satım Sözleşmeleri Kanunu*»na, 1/Eylül/1969 tarihli bir kanunla yeni bazı hükümler eklenmiştir (11).

*Avusturya*'da 1896 tarihli Kanun'un yerini, 15/Kasım/1961 tarihli «*Ratengesetz*» (=RtG) almıştır. *Belçika*'da, 1887 tarihli özel düzenleme, yerini, 9/Temmuz/1975 tarihli Kanuna bırakmıştır. *İngiltere*'de taksitle satım sözleşmelerine ilişkin 1938 tarihli «*Hire-Purchase Act*», 1954 ve 1964 tarihlerinde önemli değişikliklere uğramış; ancak değişen koşullar ve yeni gereksinimler karşısında, bu düzenlemenin yerini 1/Ekim/1965 tarihli Kanun almıştır. Aynı şekilde, *İsviçre Borçlar Kanunu*'nun taksitle satım sözleşmelerini düzenleyen 266-228. maddeleri de, 23/Mart/1962 tarihli bir kanunla yürürlükten kaldırılmış ve bunların yerine yeni 22 madde konulmuştur (OR 266 a-226 m; 227 i ve 228) (12).

Yine ekonomik etkenlerle, *İtalyan Medeni Kanununun* (Codice civile) taksitle satım sözleşmelerini düzenleyen hükümlerinin (m. 1523 - 1526) yerini, 15/Eylül/1964 tarihli özel bir düzenleme (*Regolamentazione della vendita a rate*) almıştır (13).

(10) Bu koruma, iki yönde geliştirilmiştir: Borçlunun ödemede gecikmesi (temerrüt) durumunda, satıcıya tanınan hukukî olanakların kısıtlanması ile ve alacağın ödenmesi gününün (muacceliyet) gelmesine ilişkin koşulların ağırlaştırılması ile. Bkz. Akünal, T., Mukayeseli Hukukta Taksitle Satım Sözleşmelerinde Alıcıyı Korumaya Yönelen Tedbirler, MHAD, Sayı 9 (1972) s. 81.

(11) Taksitle satım sözleşmelerini yeni baştan düzenleyen bir tasarı ise, halen parlamentoda görüşülmektedir. Bkz. Akünal, MHAD, Sayı: 9 (1972). s. 80 dn. 4.

(12) Bu maddelerden, onkisi taksitle satışlara (226 a — 226 m); dokuzu, taksitler halinde ödenen, peşin ödemeli satışlara (m. 227 a — 227 i) ilişkindir. Bir madde ile de, ortak hükümler düzenlenmiştir.

(13) Bu kanunla, ulusal ekonomi bakımından belirli mallara karşı

Aynı şekilde, *İspanya*'da da, önceleri genel hükümlerle düzenlenen taksitle satım sözleşmeleri için, 22/Ocak/1966 tarihli Kanunla yeni bir düzenleme getirilmiştir.

Taksitle satım sözleşmelerinin giderek artan önemi nedeniyle, konu *Avrupa Konseyince* de ele alınmış ve üye ülkelerde taşınırlar bakımından taksitle satış sözleşmelerine ilişkin çeşitli sorunları kapsayan bir rapor hazırlanmıştır (14).

Görüldüğü gibi, çeşitli ülkelerde taksitle satım sözleşmelerinin yeniden düzenlenmesi ve benimsenen çözümler arasındaki yakınlıklar, bu alanda beliren sorunların ortak özelliğini ortaya koymaktadır.

Acaba, bir çoğu ile aynı hukuk çevresine dahil olduğumuz ülkelerdeki bu ilginç gelişimler karşısında taksitle satım sözleşmelerine ilişkin *Türk hukukunun çözümleri* (BK 222-224) halâ yeterli sayılabilecek midir? Değişen toplumsal ve ekonomik koşullar gözönüne alındığında, yürürlükteki hukuk düzenimizin çözümleri, alıcıyı koruma bakımından olduğu kadar; büyümekte olan ulusal ekonomi açısından da doyurucu ve uygulanabilir bir nitelik taşımakta mıdır? Başka bir deyişle, son on yılların değişen ve değişmekte olan Türkiyesinde taksitle satım sözleşmelerine ilişkin düzenlemenin yenilenmesi zorunluluğu yok mudur? Bir reform zorunluluğu saptandığı takdirde, hukukumuzun bu bölümünün yenilenmesi ve modernleşmesi için hangi çözüm ve kuralların getirilmesi gerekecektir?

Taksitle satım sözleşmelerinin Türk ekonomisi üzerindeki yeri ve rolü henüz ayrıntılı bir araştırmaya konu olmamıştır. Ancak, *Üçüncü Beş Yıllık Kalkınma Plânı* çalışmalarına esas olmak üzere DPT (Devlet Plânlama Teşkilâtı) tarafından hazırlanan «*Banka Kredi Sisteminin Yeniden Düzenlenmesi*»ne ilişkin bir raporda, «dayanıklı ev eşyaları ve motorlu taşıt araçları satışlarına ait tahmini rakamlara dayanılarak yapılan hesaplara göre, halen Türkiye'de kullanılmakta olan taksitli satış kredisi hacminin kabaca 600 milyon TL. ve yıllık artışların da 150 milyon TL. civarında» olduğu belirtilmiş-

---

aşırı talebin kısılmasına, ithalâtın kısıtlanmasına ve ödeme dengesinin sağlanmasına çalışılmıştır. Bkz. Akünel, MHAD, Sayı 9 (1972) s. 83.

(14) Bkz. Vente a tempérament et a credit d'objets mobilier corporels dans les etats membre du Conseil de l'Europe, Etude de droit comparé préparée par l'Unidroit, Strasbourg, 1970.

tir. Aynı rapora göre, ortalama vadesi 9 ay olarak saptanan taksitli satışlarda tüketicilerin ödediği faiz oranı da % 18-24 arasında değişmektedir (15).

Görüldüğü gibi, taksitle satım sözleşmeleri hacminin büyüyen Türk ekonomisi içinde önemli bir yeri bulunmaktadır. Türk sanayinin giderek iç pazar için üretim yapması, taksitle satım sözleşmelerinin önemini daha da arttırmaktadır. Bugün buzdolabı, çamaşır makinesi, elektrik süpürgesi, radyo gibi elektrikli ev eşyaları yanında, mobilya ve motorlu taşıt araçları satışlarında da taksitle satım sözleşmelerinin çok yaygın olduğu söylenebilir. Son yıllarda, iç ve dış gezilerde, gezi giderlerinin taksitle ödenmek üzere tüketicilere sunulması, turizm endüstrisi alanında da, bu tür sözleşmelerin önemini giderek arttıracaktır (16).

Bütün bu gelişmeler, Türk Hukukunda taksitle satım sözleşmelerine ilişkin düzenlemenin (BK 222-224), modern düzenlemeler karşısında oldukça eskimiş olduğunu ortaya koymaktadır. *Akünel*'in dediği gibi, «taksitle satım sözleşmelerinin günün ihtiyaçlarına uygun biçimde yeniden düzenlenmesi, hukukî olduğu kadar, iktisadî bakımdan da önem taşıyan bir sorun» teşkil etmektedir (17). DPT, sanayileşmede iç pazarın önemine değinerek, taksitle satışların, geniş bir iç pazarın yaratılması yönünden etkisi üzerinde durmuş ve «taksitle satışları finanse etmekte ihtisaslaşacak yeni bir tip malî müessesenin kurulması»nı yararlı görmüştür. Bugünkü koşullar, yakın bir gelecekte, Türkiye'de de bir «taksitle satışlar çığırı»nın açılacağını göstermektedir. İşte bu oluşun başlamasıyla beraber, BK 222-224'ün yetersiz çözümlerini gören kanun koyucunun da, taksitle satım sözleşmelerinin ulusal ekonomi açısından önemini gözönüne almak ve piyasaya mal süren büyük sanayi kuruluşları karşısında tüketiciyi daha etkili bir biçimde koruyabilmek için, taksitle satım sözleşmelerine ilişkin yeni bir düzenleme getireceği kuşkusuzdur.

Bugüne değin, «karşılaştırmalı hukuk», bu konunun önemi konusunda kanun koyucuya gereken bilgiyi vermiş, karşılaşılan sorunları, tıkanıklıkları ve belli başlı çözüm yollarını onun bilgisine sunmuştur. Bu konunun, yeni ve gerçekçi bir çözüme kavuşturul-

(15) *Akünel*, MHAD, Sayı 9, (1972), s. 85.

(16) *Akünel*, MHAD, Sayı: 9, (1972), s. 85.

(17) MHAD, Sayı 9, s. 105.



masında da, kanun koyucunun en önemli yardımcısı hiç kuşkusuz, yine karşılaştırmalı hukuk araştırmaları olacaktır.

#### 4. Karşılaştırmalı hukukun, ortak sorunların çözümüne ve «yasa koyma politikası»na ilişkin görevleri :

Karşılaştırmalı hukuk, ayrıca ortak sorunların çözümünde de, ulusal kanun koyuculara yönler gösterme ve «yasa koyma politikası»nı biçimlendirme bakımından büyük önem taşır. Özellikle son on yıllarda bir çok ülkede ekonomik, kültürel ve sosyal yapıya ilişkin benzerlikler birbirine çok benzeyen ortak sorunların doğumuna yol açmıştır. Örneğin, geniş ölçüde endüstrileşmiş ve yüksek düzeyde kentleşmiş tüm özgürlükçü demokrasilerde birbirine çok benzer sorunlar ortaya çıkmıştır: *Tüketicilerin korunması, piyasada beliren fiilî tekellerin denetimi, çevrenin korunması, ileri teknolojinin (atom enerjisi, bilgisayarlar) kullanılması, kitle haberleşme araçlarının denetimi, ceza ve ceza infaz hukukunun yenilenmesi, adalet örgütünün düzenlenmesi* vb. gibi (18). Bu sorunların çözümünde, her ülke hiç kuşkusuz kendi hukuk düzeni içinde girişimde bulunmakta ve kendi özel gereksinmelerini giderecek hukukî çözümleri aramaktadır. Ancak, bu tür sorunların çözümünde, her ülkenin, komşu ülkelerdeki düzenlemelerden ya da başka hukuk düzenlerinin çözümlerinden yararlanmakta olduğu da bir gerçektir. Ne var ki, bu yararlanmanın oldukça sınırlı olduğu da belirtilmelidir. Oysa, özellikle endüstrileşmiş tüm ülkelerde, sorunların benzerliği nedeniyle, bunlara uluslararası örgütler içinde çözümler bulmak, hem daha pratik; hem de amaca daha uygundur. Ancak, bu akılcı yol pek az denenmekte ve ortak sorunların çözümüne ilişkin işbirliği çok sınırlı alanlarda kredisini göstermektedir. Belirli sorunlara ilişkin düzenlemeler bakımından, karşılıklı bilgi alış veriş de, önemsenebilecek bir gelişim göstermemiştir. Oysa her ülkenin, komşu ülkelerdeki ve özellikle ekonomik, ticarî ve kültürel yönlerden sıkı ilişkiler içinde bulunduğu ülkelerdeki hukuk düzeni ve bu düzene ilişkin oluşumlar hakkında bilgi sahibi olmasında büyük yarar ve çıkarlar söz konusudur. Bir ülkenin, yabancı sermaye yatırımlarının vergilendirilmesi, sorumluluk sigortaları, yapımcının sorumluluğu

(18) Rheinstejn, Einführung in die Rechtsvergleichung, s. 13. Ayrıca bkz. Hukukta Sibernetik ve Bilgisayar Kullanımı Semineri, Ankara, 1975, s. 16 vd.; s. 87 vd.; s. 240 vd.

vb. konularda başka ülkelerin düzenlemeleri hakkında bilgisinin olması ve yabancı çözümlerin başarı ya da başarısızlıklarının izlenmesi, o ülkeye, bu sorunların çözümünde çeşitli kolaylıklar sağlar ve «yasa koyma politikası» bakımından da belirli yaklaşım yönleri gösterilebilir.

Görüldüğü gibi, karşılaştırmalı hukuk araştırmaları ile yabancı hukukların öğrenilmesi, «yasa koyma politikası» bakımından ulusal hukukun yanlış yönlere yönelmesine engel olabileceği gibi; çeşitli sorunlarda «amaca elverişli» ve «uygulanabilir» çözümlerin getirilmesinde de yardımcı olabilir (19).

## II. Karşılaştırmalı Hukukun, hukuk boşluklarının doldurulması, yargıcın hukuk yaratması ve kanunların yorumlanmasına ilişkin görevleri

### 1. Genel olarak :

Yazılı hukukun hükümleri, matematik kurallara benzemez. Bu nedenle, hiç bir hukuk düzeni, tüm hukuk sorunlarını çözümleyebileceği savında bulunamaz. Genel olarak, her ulusal hukukta, tipik durumları düzenleyen hükümlerin uygulanamayacağı sınır - durumlar sözkonusu olabileceği gibi; kanun koyucunun hiç düşünmemiş olduğu yeni bazı durumlar da ortaya çıkabilir.

Gerçekten, yazılı hukuk, ancak belli bir zaman dilimindeki toplumsal gereksinimleri karşılayabileceğinden, hiç bir kanunun «bütünlük»ünden sözedilemez. Bununla beraber, kanunların tüm hukuk sorunlarını çözümleyebileceği inancının yaygın olduğu bazı dönemlere rastlayabilmek de mümkündür. Örneğin Fransa'da, *Fransız Medenî Kanunu*'nu (Code civil) izleyen ilk hukukçu kuşağının, sadece bu kanunun metnini şerhetmekle yetindikleri belirtilmelidir (*Şerhçi Okul*) (20). Kanunların, keyfiliği önleme yanında, her hukuk sorununa cevap verebileceği inancı, *Büyük Friedrich*'te de gözlenebilir. Siyasal vasiyetnamesinde, *Friedrich*, «hükümdar yargılamaya karışmamalıdır, herşeye kanun hükmedecektir» derken, kanunların bütünlüğü kanısını vurgulamaktadır. Aynı inanca, «yargıçları, sade-

(19) Karş. Rheinstejn, Einführung in die Rechtsvergleichung, s. 13).

(20) Özsunay, Kubalı'ya Armağan, s. 71.

ce kanunların sözcüklerini belirten birer ağız»dan ibaret sayan ünlü düşünür *Montesquieu*'de de rastlanabilir (21). Oysa toplumsal yaşayışın yeni görünüşleri, ekonomik kalkınma ve teknolojik gelişim, hemen her yerde, «kanunların bütünlüğü» savının doğru olmadığını ve hukukta da yer yer boşluklar bulunabileceğini ortaya koymuştur. İşte, «*hukukta boşluk*» denilince, bununla, bir hukukî sorun hakkında, kanunun (yazılı hukuk), örf ve adet hukukunun (yazılı olmayan hukuk) ve diğer bir hukuk kaynağının cevap vermediği durumlar anlaşılır (22).

*Avusturya* (ABGB § 7), *Fransız* (Code civil, Art 4) ve *İsviçre hukuklarında* (ZGB 1/II), kanunda boşluk bulunabileceği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, yeni öğreti, sadece kanunlarda değil, fakat hukukta da boşluk bulunabileceğini kabul etmektedir (23).

*Türk hukukunda* da, MK 1/c. 2 ile, hukukta boşluk bulunabileceği belirtilmekte ve boşlukların doldurulması için de, yargıca hukuk kuralı koyma (hukuku yaratma ya da bulma) yetkisi verilmektedir. Hukukta boşluklar bulunabileceği olgusunun yanında, Medenî Kanunu'muzda, böyle bir hükmün yer almasının başka bir nedeni de, yargıcın hak dağıtımından kaçınamayacağına ilişkin *Anayasa kuralıdır* (AY m. 31/II) (24).

«*Boşluk*» kavramı, çeşitli ölçütlere göre sınıflandırılmıştır (25). Öğretide, «boşluk» kavramına ilişkin en yaygın ayırım «*gerçek boşluk* ve *gerçek olmayan boşluk*» ayırımıdır (26).

Belli bir hukukî sorun hakkında, kanun hiç bir hüküm öngörmediği takdirde, *gerçek boşluktan* (echte Lücke) sözedilir. Burada

(21) Schnitzer, Bd. II, s. 447.

(22) Meier - Hayoz, Art. 1, N. 252; Özsunay, Medeni Hukuka Giriş, s. 212.

(23) Böylece, yargıcı kanunların metni ile sınıksız bağlayan ve kanunun her soruna cevap verebileceğini savunan görüş, artık çağdışı kalmıştır. Bkz. Özsunay, Medenî Hukuka Giriş, s. 212.

(24) Gerçekten, Anayasamıza göre, «hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz». HUMK'muza göre, hak dağıtımından kaçınan (ihkakı haktan imtina eden) yargıca karşı, bir zarar giderim davası açılabilir (m. 573/b. 6).

(25) Bkz. Özsunay, Medenî Hukuka Giriş, s. 213 vd.

(26) Bkz. Meier - Hayoz, Art. 1, N. 262 vd.

kanun, bize belli bir soruda cevap verememekte ve bizi bir çözüme götürememektedir (27).

*Gerçek olmayan boşluklarda* ise (unechte Lücken), belli bir sorun kanun tarafından düzenlendiği halde, kanunun getirdiği çözüm tatmin edici değildir (28). Başka bir anlatımla, kanunda mevcut hüküm, uygulandığı somut olaya metin olarak uymakta, fakat, anlam ve amacı bakımından uygun düşmemektedir. Böyle, gerçek olmayan boşlukların da bulunabileceği, *İsviçre Medenî Kanunu'nun Fransızca metninden* anlaşılmaktadır: «Uygulamaya elverişli bir kanun hükmünün bulunmaması halinde...» (A défaut d'une disposition légale applicable...) (29).

## 2. Boşlukların doldurulması ve yargıcın hukuku yaratmasında karşılaştırmalı hukukun önemi :

### a. Boşlukların doldurulmasına ilişkin çözümler :

Boşlukların doldurulmasında çeşitli çözümler gözlenebilir. Bazen, *kanun koyucu*, boşluk doldurma işini doğrudan doğruya üstüne alabileceği gibi; bu görevin *yargıca* ya da *başka bir organa* bırakılabilmesi de mümkündür. Tarihsel bakımdan, her üç döneme de rastlanabilir. Örneğin, *mutlakiyetçilik döneminde* (Zeit des Absolutismus), kanunları tamamlama yetkisi sadece kanun koyucuya tanınmaktaydı. *Prusya Devletleri Genel Land Kanunu*'nda (ALR §§ 47 vd.), bu görev özel bir komisyona bırakılmıştı (30). *İsviçre ve Türk hukuklarında* ise, boşlukları doldurma görevi yargıca verilmiş ve başka hukuk düzenlerinden farklı olarak, yargıçlar için bir *kural koyma yükümlülüğü* (Pflicht zur Regelbildung) öngörülmüştür. Yargıcın «*hukuku bulma*» ya da «*yaratma*» yetkisi, MK 1/II, 2 ve 4 hükümlerinden başka, yargıcı, «*hakkanîyet*»e göre hüküm vermekle yükümlü kılan çeşitli maddelerden de çıkarılabilir. Görüldü-

(27) Bkz. Meier - Hayoz, Art. 1, N. 271.

(28) Gerçek olmayan boşluklara, hukuk politikasına ilişkin boşluklar veya örtülü ya da istisnai boşluklar (rechtspolitischen, verdeckten, Ausnahmelücken) adları da verilir. Bkz. Meier - Hayoz, Art. 1, N. 271.

(29) Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, N., En Yakın Kanunî Mirasçılarının Mirası Reddetmesi — Mehaza Göre Tefsir, MHAD 1957, Sayı: 1, s. 46).

(30) Bkz. Meier - Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, s. 220 vd. 224.

ğü gibi, İsviçre ve Türk hukukları, yargıcı yücelterek, onu, kanun koyucu gibi hareket etmek suretiyle hukuku bulmak, yaratmak ve boşlukları doldurmakla görevli kılmışlardır. Bununla beraber Medenî Kanunu'muz (m. 1/II), yargıcın, kanun koyucu gibi nasıl hareket edeceğini açıklamamış, sadece, yargıcın kural koyarken, «ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlardan» yararlanabileceğini belirtmiştir.

Burada, boşlukların doldurulması bakımından yargıcın yapacağı işler, başvuracağı yöntemler, kaçınacağı yollar ve boşluğun doldurulmasına ilişkin süreç üzerinde durulmayacaktır (31). Buna karşı, boşlukların doldurulmasında yargıcın başvuracağı yardımcı araçlar ve bunlar içinde *karşılaştırmalı hukukun yeri* ayrıntılı olarak incelenecektir.

b. *Yargıcın hukuku yaratmasında karşılaştırmalı hukukun önemi :*

Görüldüğü gibi, MK 1/II, hukuku arayıp bulurken, yargıca belirli yardımcı araçlara başvurma ödevini yükleyen bir *istisna hükmü* görünümündedir. Medenî Kanunu'muz, yardımcı araçlar olarak, özellikle «ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlar»dan söz etmiştir (32).

O halde, burada yargıcın hukuku yaratırken birer yardımcı araç olarak, *öğreti* ve *mahkeme kararlarına* başvurma yükümlülüğü söz konusudur. Yoksa yargıç, *öğreti* ve *mahkeme kararlarını* aynen izlemeye mecbur kılınmamıştır (33).

aa — Baskın görüşe göre, MK 1/II'de bir yardımcı araç olarak belirtilen *öğreti* (doctrine, Lehre, Dottirine), hukuk ilmi anlamına gelir. Hukuk kuramcıları, kanun şerhçileri, bilim adamları, karar notlayanlar gibi hukukla uğraşanlar tarafından ortaya atılan düşünce ve görüşlerin tümüne, *öğreti* adı verilir.

(31) Bu konularda ayrıntı için bkz. Özsunay, Medenî Hukuka Giriş, s. 217-224.

(32) Bununla beraber, İsviçre Medenî Kanunu'nun (ZGB) Almanca metnine ağırlık tanıyanlar, *öğreti* ve *mahkeme kararlarının* da, birer hukuk kaynağı niteliğinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak bu görüş, İsviçre hukukunda azınlıktadır. Bkz. Meier - Hayoz, Art. 1, N. 422.

(33) Bkz. Meier - Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, s. 103.

Öğreti ile sadece yürürlükteki hukuku ele alan hukuk ilmini değil, aynı zamanda *hukuk tarihi, hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi* ve *karşılaştırmalı hukuk ilmini* de anlamak gerekir (34).

MK 1/II, sadece «ilmî içtihatlar»dan sözetmiştir. İsviçre Medenî Kanunu'nun Fransızca metninde, «öğreti» (doctrine) denilmektedir. Buna karşı, Almanca metin ise, «doğruluğu belli olmuş öğreti»den (bewährte Lehre) sözetmektedir (ZGB 1/III). Doğruluğu belli olan öğreti gerçek, uzun süre üzerinde durulmuş ve doğruluğu denenmiş öğreti anlamına gelir. Bu, her zaman, baskın görüşü yansıtan öğreti olmayabilir. Bununla beraber bir hukukî sorun üzerinde bir çok kimsenin birleşmesi ve aynı görüşü paylaşmaları belli bir çözümün doğruluğu için güçlü bir belirti sayılmalıdır.

İsviçre uygulamasında öteden beri doğruluğu belli olan öğreti, uygulama üzerinde geniş ölçüde etkili olmuştur. Mahkemeler, gerek somut olayların çözümünde; gerekse sistemleştirme ve ilkeleri geliştirme çabalarında öğretiden geniş ölçüde yararlanmışlardır (35).

*Türk mahkeme kararlarında* da, kanunların uygulanması ve yorumu bakımından, zaman zaman öğretiye yollamalar yapmak alışkanlığı belirmektedir. Bu tutum, özellikle içtihadı birleştirme kararları ile Yargıtay HGK kararlarında göze çarpmaktadır. Bazı kararlarda, sadece Türk öğreti ve uygulamasına başvurulmayıp, ayrıca İsviçre öğreti ve kararlarından yararlandığı da görülmektedir. Örneğin manevi tazminatın takdirinde yargıcın takdir yetkisine ilişkin kuralları saptamaya çalışan Yargıtay HGK nun 9/3/1966 tarihli ve E. 566/D. T; K. 69 sayılı kararında, hem Türk ve İsviçre hukuk öğretisine (*Velidedeoğlu, Tandoğan, Arsebük, Ansay, Tuor, v. Tuhr, Oser/Schönenberger, Martin*); hem de Federal Mahkemenin bazı kararlarına başvurulmuştur (36).

bb — MK 1/II'de sözü edilen «*kazai karar*» kavramı ile, İsviçre Medenî Kanunu'nun Almanca metninde belirtilen «*değeri belli olmuş mahkeme kararları*» (bewährte Überlieferung) anlaşılır (ZGB 1/III) (37).

(34) Egger, Art. 1 N. 45; Meier - Hayoz, Art. 1, N. 434.

(35) Bkz. Meier - Hayoz, Art. 1, N. 451 vd.

(36) Bkz. Son İçtihatlar, Yıl: XXIII, No. 219, Haziran 1966, s. 162 vd.

(37) Fransızca ve İtalyanca metinlerde ise, «mahkeme içtihatları» anlamına gelen «*jurisprudence, giurisprudenza*» sözcükleri kullanılmıştır.

«Doğruluğu belli olan mahkeme kararları», çeşitli konularda yüksek mahkemelerin sürekli uygulaması anlamına gelir.

Yargıcın, kanunu yorumlarken ve boşlukları doldururken mahkeme kararlarından yararlanabilmesi için, bu kararların yerindeliğinin ve doğruluğunun belli olması gerekir. Öğretide olduğu gibi, mahkeme kararlarında da, doğru, gerçek ve akla uygun olana «doğruluğu belli olmuş» gözüyle bakılır. Doğruluğun belli olması, tarihsel bakımdan değil, fakat *eleştirisel bakımdan* anlaşılmalıdır.

O halde hukuk yaratırken yargıç, doğruluğu belli olan öğreti gibi, üst mahkemelerin yerleşmiş ve sürekli uygulamasını da göz önüne alacaktır.

Medenî Kanunumuzun belirttiği yardımcı araçlar yanında, ayrıca *öğreti* tarafından da bazı yardımcı araçlarının önerildiği görülmektedir. Öğretinin, boşluk doldurma ve hukuku bulmada yargıca yardımcı olabileceğini belirttiği belli başlı araçlar şunlardır: *Hukukun genel ilkeleri* (allgemeine Rechtsgrundsätze), *tabii hukuk* (Naturrecht), *eşyanın tabiatı* (la nature des choses), *kanunların değiştirilmesi için hazırlanmış tasarılar*, *hukuk tarihi* ve *karşılaştırmalı hukuk* (38).

Hukukun bulunması ve boşluğun doldurulmasında yargıcın yararlanabileceği yardımcı araçlar içinde en önemlisinin *karşılaştırmalı hukuk* olduğu kuşkusuzdur (39).

Gerçekten, kanun koyucular gibi, boşluk dolduran yargıçların da, yabancı hukukların çözümlerinden ve karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlanabilecekleri ve çeşitli sorunlarda yabancı hukuklara başvurmanın zorunlu olduğu, bugün hemen her yerde kabul edilmektedir (40). Yargıcı, sadece ulusal hukukun pozitif kuralları ile kuşatmak ve yabancı hukuk düzenlerinin çözümlerine karşı onun etrafına bir «Çin Duvarı» örmek, günümüzde, artık çağdaş hukuk ve hukukçu anlayışına ters düşmektedir.

---

Bazen bu kavram ile, dar anlamda mahkeme geleneklerinin (Übung) anlaşıldığı da belirtilmelidir.

(38) Ayrıntı için bkz. Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 228 vd.; Meier - Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber*, s. 110 vd.

(39) *Karş. Zajtay*, CILSA 7 (1974), No. 3, s. 325.

(40) Bkz. Meier - Hayoz, *Art. 1, N. 360* vd.

### 3. Kanunların yorumlanmasında karşılaştırmalı hukukun önemi :

Karşılaştırmalı hukuk, ulusal hukuktaki boşlukların doldurulmasından başka, kanunların yorumunda da önem taşır. Ulusal hukuktaki kural ve kavramların yönelik oldukları amaçların saptanmasında, bir kanun hükmünün gerçek anlamının bulunup ortaya çıkarılmasında, eski bir kanun hükmüne, yeni toplumsal ya da ekonomik gereksinimleri giderebilecek çağdaş bir anlam kazandırılmasında veya bir hukuk normuna ilişkin belirli bir yorumun desteklenip pekiştirilmesinde karşılaştırmalı hukuktan geniş ölçüde yararlanılabilir. Bu nedenledir ki, genellikle *İsviçre mahkemeler uygulamasında*, yabancı öğreti ve mahkeme kararlarından yararlanmak bir gelenek haline gelmiştir. Özellikle Federal Mahkeme, yabancı kanun hükümlerine yollama yaptığı gibi (BGE 80 II 203; 84 II 548), çok kez yabancı mahkeme kararlarına da başvurmuştur (41).

Benzer bir davranışı, çok kalın çizgilerle, *Türk uygulamasında* da bulabilmek mümkündür. Örneğin, 20/9/1950 tarihli ve E 4/K 10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, *Yarçıtayımız*, MK 65'e ilişkin açıklamalar bakımından hem *İsviçre Medenî Kanunu'nun* 72. maddesine yollama yapmış; hem de *İsviçre hukuk öğretisinden* yararlanarak, MK 65'i *İsviçre Medenî Kanunu'na* uygun biçimde yorumlamıştır (42).

Nitekim, daha eski bir içtihadı birleştirme kararında da *Yarçıtayımız* «kanunlarımızı yorumlarken, kendi metinlerimizi gözönün-

(41) *İsviçre Federal Mahkemesinin* genellikle *Alman ve Avusturya mahkeme kararlarına* yollamada bulunduğu gözlenebilir. Bu tutuma örnek olarak *Alman İmparatorluk Mahkemesi* (Reichsgericht) kararlarına yollama yapan BGE 80 II 309 ve 84 II 238 ile *Alman Federal Mahkemesi'nin* (Bundesgerichtshof) görüşüne yollamada bulunan BGE 84 II 674 anılabılır. Federal Mahkeme, ayrıca *Avusturya Yüksek Mahkemesinin* kararlarına da yollama yapmaktadır (BGE 86 II 139). Ayrıca, yabancı literatüre yollamada bulunan Federal Mahkeme kararlarından (BGE 80 II 317; 84 II 288; 84 II 534; 85 II 107) başka, yabancı öğreti ve uygulamaya birarada yollama yapan kararlar bulmak da mümkündür. Özellikle *Fransız, Alman ve İtalyan teori ve uygulamasına* yollama yapan BGE 84 II 266 ve *Alman İmparatorluk Mahkemesi kararı* ile *Alman öğretisine* yollama yapan BGE 85 II 598 burada belirtilmelidir. Bkz. Meier - Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber*, s. 197 vd.

(42) RG. 1950; Sayı: 7676.



de tutmakla beraber, yorumlarda ilmi içtihatlardan faydalanılabileceğine göre, bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçmeyiz» demiştir (43).

Aynı tutum Yargıtay Genel Kurul kararlarında da göze çarpmaktadır. Örneğin, aşırı sözleşme cezasına (fâhiş cezaî şart) ilişkin Yargıtay HGK'nun 24/1/1968 tarihli ve E 1964/4-365; K 45 sayılı kararında da, hem Türk ve İsviçre öğretisine (Tunçomağ, Oser/Schönenberger, v. Tuhr/Siegwart); hem de Federal Mahkemenin bazı kararlarına yollamada bulunulmuştur (44).

Bunun gibi, vasiyet olunan şeyin tayininde yanılmaya ve ölüme bağlı hukukî muamelelerde yorum kurallarına ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7/12/1968 tarihli ve E 2-738/K 309 sayılı kararında da hem Federal Mahkeme kararlarına; hem de İsviçre ve Türk öğretisine (Escher, İmre) başvurulduğu görülmektedir (45).

Bazen Yargıtay dairelerinin kararlarında bile aynı tutuma rastlayabilmek mümkündür. Örneğin derneklerin, dernekten üye çıkarma yetkilerine ilişkin Yargıtay 2. HD'nin 1/12/1972 tarihli ve E. 7221; K. 6790 sayılı kararında İsviçre ve Türk öğretisine (Egger ve Özsunay) yollamada bulunulmuştur (46).

Yargıtayımızın bu tutumunu övgü ile karşılamak gerekir. Zira ancak böyle bir tutum ile, batıya açılmış Türk Hukukunun ileriye götürülebilmesi ve çağdaş hukuk anlayışı içinde geliştirilebilmesi mümkündür.

### III. Karşılaştırmalı hukukun, «hukukun birleştirilmesi»ne, «hukukların denkleştirilmesi ve uyumlaştırılması»na ilişkin görevleri

#### 1. «Hukukun birleştirilmesi»nde :

Karşılaştırmalı hukuk, «hukukun birleştirilmesi»nde de büyük

(43) 28.11.1945 tarihli ve 13/15 sayılı içtihadı birleştirme kararı için bkz. RG 1946, Sayı: 6365.

(44) RKD, Yıl: 3, Eylül/Ekim, 1968, Sayı: 9/10, s. 219 vd.

(45) RKD, Yıl: 2 Mart - 1967, Sayı: 3, s. 23 vd.

(46) Bkz. RKD, Yıl: 8, Haziran/Temmuz/Ağustos, 1973, Sayı: 6/8, s.

önem taşır (47). Hukukun birleştirilmesine ilişkin çabalar, özellikle, son on yıllarda daha gerçekçi ve daha somut hedeflere yöneltilmiştir. Günümüzde, artık gerçekleşmesi çok güç olan, hukuku «dünya çapında» birleştirme çabasından vazgeçilmiş; buna karşı uluslararası ilişkilerin, ekonomik ve ticarî gereksinmelerin zorunlu kıldığı alanlarda başarılı «birleştirme»ler vücuda getirilmiştir (deniz ticareti hukukunda, ticarî senetlerde, taşınır malların satımında vb. olduğu gibi). Bunun yanında, bölgesel ekonomik birleşmeler çerçevesinde de, çeşitli alanlarda başarılı birleştirmeler gerçekleştirilmiştir (AET'ye ve COMECON'da olduğu gibi) (48). İşte, bütün bu birleştirmelerde, karşılaştırmalı hukuk araştırmaları önemli bir rol üstlenmiş ve hukukların birleştirilmesinde, karşılaştırmalı hukukun ne derece önem taşıdığı somut olarak ortaya çıkmıştır (49).

## 2. «Hukukların denkleştirilmesi ve uyumlaştırılması»nda :

Karşılaştırmalı hukukun, «hukukun birleştirilmesi» yanında, «hukukların denkleştirilmesi» (ya da «yaklaştırılması») (Rechtsangleichung, la rapprochement des législations) ve «uyumlaştırılması»ndaki (Rechtsharmonisierung, l'harmonisation des législations) rolü ve önemi de, karşılaştırmalı hukuk araştırmacılarının son yıllarda üzerinde çok tartıştıkları konulardan birini teşkil etmiştir. Gerçekten, AET'yi vücuda getiren 25 Mart 1957 tarihli Roma Antlaşmasının (AETA) çeşitli maddelerinde «hukukların denkleştirilmesi»nden (m. 3/h ve 100/1), «uyumlaştırılması»ndan (m. 99) ve «koordine edilmesi»nden (m. 54/3 g, 56/2 ve 57/2) sözedilmesi, karşılaştırmalı hukuka yeni bir boyut kazandırmış, hukuk ilminin bu genç disiplinine önemli bir görev yüklemiş ve ona yeni oluşumlar sağlamıştır (50).

(47) Zweigert, Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung, s. 255 vd.

(48) Karş. Cerexhe, s. 52.

(49) Ekz. Zweigert, IHFM C. XXXVIII (1973), Sayı: 1-4, s. 653; Sacco, s. 114; David/Grasman, Nr. 6; Ancel, Les buts actuels de la recherche comparative, s. 7.

(50) Karş. Cerexhe, s. 54; Serick, Über den Wert der Privatrechtsvergleichung in der Völkerrechtspraxis, s. 657; Constantinesco, II, s. 400 vd. 1954 yılında Münih'te toplanmış bulunan Alman Karşılaştırmalı Hukuk Derneği'nin (Gesellschaft für Rechtsvergleichung) ele aldığı ve tartıştığı konulardan biri de, «hukukun birleştirilmesi ve uyumlaştırılması» sorunu olmuştur. Bkz. David/Grasman, Nr. 6'da dn. 1.

*Roma Antlaşmasının* yürürlüğe girmesinden bu yana, Antlaşma'da öngörülen yeni hukuk kavramlarının oluşturulmasında ve çeşitli alanlarda gerçekleştirilen, hukukların denkleştirilmesi, uyumlaştırılması ve koordine edilmesi uğraşlarında, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının çok önemli yardım ve katkıları olduğu gözlenmiştir (51).

#### IV. Karşılaştırmalı hukukun, «genel hukuk ilkelelerinin somutlaştırılmasına ilişkin görevleri

Karşılaştırmalı hukuk, ayrıca, *hukukun genel ilkelerinin somutlaştırılması* (Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze) ve bunların uluslararası antlaşmalarda ya da uluslararası özel hukuk (özellikle ticaret hukuku) sözleşmelerinde, yer alması bakımından da önemli katkılarda bulunur (52).

##### 1. Uluslararası antlaşmalarda yer alan «genel hukuk ilkelelerinin somutlaştırılması bakımından :

Günümüzde, «genel hukuk ilkeleleri»nin çeşitli açılardan önem taşıdığı, en önemli uluslararası antlaşmalarda bu ilkelere yollamalar yapıldığı ve bir çok hukuk sorununun çözümünde, hukukun genel ilkelerine başvurulduğu gözlenebilir. Örneğin, La Haye'deki *Uluslararası Adalet Divanının Statüsünde*, «hukukun, uygar uluslar tarafından tanınmış genel ilkeleleri»nin (les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, the general principles of law recognized by civilized nations), uluslararası çekişmelerde Adalet Divanı tarafından bir hukuk kaynağı olarak uygulanacağı belirtilmiştir (53).

Bunun gibi, *Roma Antlaşması* (AETA, m. 215/II) ve *Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşmasında* da (AAETA, m. 183/II), organları ya da hizmetlileri tarafından verilmiş olan sözleşme dışı

(51) Zweigert, Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung, RabelsZ 16 (1951), s. 387 vd.

(52) David/Grasmann, Nr. 6; Lorenz, JZ 1962, s. 270 vd.; Khan, s. 22 vd.

(53) Bkz. Schlesinger, Comparative Law. s. 31-32; Constantinesco, II. s. 396 vd.

ve hukuka aykırı zararlardan dolayı Avrupa topluluklarının, «üye ülkelerin hukuk düzenlerinde ortak olan genel hukuk kuralları»na, göre zararı giderimle yükümlü tutulacakları belirtilmiştir (54).

2. «Ticaret hukukunun uygar uluslar tarafından tanınmış genel ilkeleri» ile «ticarî örf ve adet kuralları»nın saptanması bakımından :

a. «Ticaret hukukunun uygar uluslarca tanınan genel ilkeleri»nin saptanmasında :

Günümüzde, bir çok uluslararası teknik yardım sözleşmesinde, «ticaret hukukunun, uygar uluslar tarafından tanınmış genel ilkeleri»ne (general principles of commercial law recognized by civilized nations) yollama yapıldığı göze çarpmaktadır. Genellikle, teknoloji ülkelerindeki (A.B.D. ve Batı Avrupa ülkeleri) özel hukuk ortaklıkları ya da çok uluslu ortaklıklar ile; ulusal hukuk düzeninin, sadece hükümdarın otoritesinden türediği, az gelişmiş ülkelerin (örneğin Arabistan Yarımadasındaki şeyhlikler gibi) hükümdarları arasında yapılan imtiyaz sözleşmelerindeki tahkim şartlarında bu tür kayıtların olağan olduğu söylenebilir (55).

İşte uluslararası ticaret alanında, hangi ticaret hukuku ilkelerinin tüm uygar uluslarca benimsenen ve paylaşılan ilkeler olduğunu saptama ve somutlaştırma görevi de yine karşılaştırmalı hukuka düşmektedir.

b. «Ticarî örf ve adet kuralları»nın saptanmasında :

Öte yandan, çeşitli hukuk düzenlerindeki yapısal farklılıklar ve yargılama usulüne ilişkin çeşitli güçlükler de, uluslararası alış veriş ilişkilerinde, çekişmelerin geniş ölçüde hakem mahkemelerine (=tahkim) götürülmesi sonucunu doğurmuştur. «Hakem mahkemelerine kaçış» (Flucht in die Schiedsgerichtsbarkeit), uluslararası

(54) Bkz. Heldrich, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der ausservertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Frankfurt/M. - Berlin, 1971, s. 9 vd.

(55) Bkz. Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. The Ruler of Abu Dhabi arasındaki hukukî çekişme, David/Grasmann, Nr. 6, s. 11, dn. 2.

ticaret ilişkilerinin, günümüzdeki tipik görünümünden biridir. Bu yeni oluşum, beraberinde getirdiği sorunlarla, karşılaştırmalı hukuka da yeni bir boyut kazandırmıştır. Zira, uluslararası hakem mahkemelerinde hukukî sorunlar, genellikle, belirli bir hukuk düzeninin kurallarına göre değil; fakat uluslararası ticaret hayatında yerleşmiş ve ilgili çevreler tarafından da benimsenmiş genel kurallara (özellikle ticarî örf ve adet kurallarına) göre çözümlenirler. Bu durum, günümüzdeki «*Law Merchant*»ın geleneksel kuralları ile ticarî örf ve adet kurallarının neler olduğunun somut olarak saptanması ve bu kurallar ile ulusal hukuklar arasındaki ilişkilerin ortaya konulması görevinin, karşılaştırmalı hukuk tarafından üstlenilmesi sonucunu doğurmuştur (56). Bu bakımdan, karşılaştırmalı hukukun, uluslararası ticaret hayatının, lisans ve know-how sözleşmelerinin, teknik yardım ve mühendislik anlaşmalarının, daha genel bir anlatımla tüm teknoloji transferi mekanizmasının en önde gelen yardımcılarından biri olduğunu söylemek fazla abartma sayılmamalıdır.

#### V. Karşılaştırmalı hukukun, uluslararası ilişkilerin geliştirilmesi, «barış içinde birlikte yaşama»nın sürdürülmesi ve çağdaş uygarlığın korunmasına ilişkin görevleri

Karşılaştırmalı hukukun başka bir görevi de, bizi *başka ulusların hukuk anlayışları* hakkında bilgi sahibi kılması ve başka uluslara da ulusal hukukumuzu öğretmesidir (57). Böylece karşılaştırmalı hukuk, *ulusların barış içinde beraber ve uyumlu yaşayışlarını sağlayan* ve kolaylaştıran araçlardan biri olarak ortaya çıkmaktadır. Günümüzdeki, «*bloklar dünyası*»nda, «*barış içinde birlikte yaşama*»nın çağdaş uygarlığın korunması ve geliştirilmesinin zorunlu bir koşulu olduğu düşünülürse, karşılaştırmalı hukukun önemi hakkında bir fikir verilebilir (58).

Öte yandan, uluslararası ilişkilerin gelişmesinde, karşılaştırmalı hukukun üstlendiği önemli role ilişkin başka bir olguya da dikkat

(56) Bkz. Rheinstejn, Einführung in die Rechtsvergleichung, s. 23-24.

(57) Karş. Sacco, s. 115.

(58) Karş. David, Méthode et buts de la recherche comparative en matière de droit, s. 96; Yntema, Am.J.Comp.L. 7 (1958), s. 496.

çekilmelidir. Bugün içinde yaşadığımız yüzyıl, doğrudan doğruya Batı Avrupa'nın üstünlüğüne ve egemenliğine boyun eğen önceki yüzyıllardan değişiktir. Günümüzde, tüm uluslararası ilişkiler, her durumda, romanist hukuk geleneği ve düşünce biçimine göre yetişmiş hukukçuların hukuk kavramlarına ve düşünce kalıplarına göre biçimlenmemektedir. Hiç değilse artık, kesinlikle romanist hukuk kalıplarına uyma zorunluluğu sözkonusu değildir. Örneğin «*İngilizce konuşan ülkeler*» hukukçuları, romanist ve cermanist hukukların düşünce kalıplarına alışık olmadıkları gibi, bu hukuklara ait kavram ve kurumların egemenliğini kabule de istekli değildirler.

Bunların yanında, ayrıca S.S.C.B. ve *Doğu Avrupa Halk Demokrasileri* de, uluslararası platforma «iddialı» olarak çıkmakta; çeşitli alanlardaki deney ve başarılarına dayanarak, belirli yönlerde «meydan okumak»ta ve genellikle de, kendi hukuk düzenlerinin üstünlüğünü ileri sürmektedirler.

Bir başka ses de, «*tarafsızlar bloku*»ndan gelmektedir. Günümüzde, sayıları giderek çoğalan tarafsız (bloklar dışı) ülkeler de, çeşitli yönlerde seslerini duyurmak istek ve eğilimindedir. Böylece ekonomik ilişkiler ve uluslararası politika, her gün bu yeni durumlar çerçevesinde oluşmaktadır. René David'in belirttiği gibi, düşüncelerimizi, sorunlarımızı ve çözümlerimizi başkalarına anlatabilmek için, artık onların sorun ve düşüncelerine de anlayış göstermek gerekmektedir (59). Bir hukukî çekişmede, bir Alman mahkemesi için mükemmel ve inandırıcı olan bir dilekçe, bir Amerikan mahkemesi ya da bir Sovyet Hakem Mahkemesi bakımından inandırıcı olmaya bilir. Kendi yargıcımızı iddialarımıza inandıran kanıtların, bir yabancı yargıç için de, kesinlikle aynı sonucu ortaya koyacağı belli değildir.

Bu nedenlerle, A.B.D. ile S.S.C.B.'nin etkin olduğu ve Çin Halk Cumhuriyeti ile Japonya'nın da giderek sesini duyurduğu bir dünyada «karşılaştırmalı hukuk»un, on yıllar öncesine oranla, yeni ve çok önemli görevler üstlendiği söylenebilir. Ayrıca, karşılaştırmalı hukukun üstlendiği yeni görevleri, başka bir yönden, «*endüstri ülkeleri*» ile «*az gelişmiş*» ve «*gelişmekte olan ülkeler*» arasındaki ekonomik, ticarî ve siyasal ilişkilerde de açık bir şekilde görebilmek mümkündür. Gerek, bu ülkeler arasında siyasal ilişkilerin kurulma-

(59) Bkz. David/Grasmann, Nr. 7.

sı ve yoğunlaştırılması; gerekse, ekonomik ve teknik yardıma ilişkin hukukî mekanizmanın başarı ile işletilebilmesi için, günümüzde devlet adamlarının, diplomatların ve hukukçuların, on yıllar öncesine oranla, yabancı hukuklar hakkında daha fazla bilgi sahibi olmaları gerekmektedir. Siyasal ilişkilerin geliştirilmesinde, yabancı hukukları bilmeyen diplomatların başarılı olamadıkları ve ülkelerine çeşitli yönlerden zararlar verdikleri bilinen bir gerçektir. Yabancı hukuk kavramları ve yapıları bilinmeksizin, uluslararası antlaşmaların ve teknik yardım sözleşmelerinin başarılı ve uygulanabilir bir biçimde vücuda getirilebilmeleri olanaksızdır.

Bu nedendir ki, *Rabel*, uluslararası antlaşmalar ve ticarî sözleşmeler bakımından yabancı hukukların bilinmesine gerek olduğunu ısrarla belirtmiş (*Aufgaben und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, Münchener Juristische Vorträge, Heft 1, München, 1925, s. 20); *Eduard Lambert* de dış ticaretle ilgili hukukî sorunlarda uzmanlar yetiştirilmesi amacıyla, 1920 lerde Lyon'da «Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü»nü kurmuştur (60).

Görüldüğü gibi, hangi yönden bakılırsa bakılsın, «karşılaştırmalı hukuk»un, uluslararası ilişkilerin kurulması ve geliştirilmesinde, uluslar arasındaki anlaşmanın sağlanmasında ve barış içinde birlikte yaşamının sürdürülmesinde çok önemli roller üstlendiği söylenebilir (61).

## VI. Karşılaştırmalı Hukukun, çağdaş hukuk kültürüne, çağdaş hukukçunun sorunlarına ve eğitimine ilişkin görevleri

### 1. Karşılaştırmalı hukukun, «çağdaş hukuk kültürü»ndeki önemi :

Büyük bir hızla değişen bir zaman diliminde yaşadığımız herkesçe bilinen bir gerçek. Çağımız, bir sosyal, siyasal ve teknolojik devrimler çağı. Bu çağda, kendine özgü önemli oluşumlar bulunduğunu hepimiz biliyoruz. Örneğin yaşadığımız çağda, uluslararası ilişkiler önceki yüzyıllarla karşılaştırılmayacak oranda artmış ve

(60) Bkz. *David/Grasmann*, Nr. 7.

(61) Karş. *Mc Dougal*, *Am.J.Comp.L.* 1 (1952), No. 1-4, s. 24 vd.; *Tunc*, *Comparative Law, Peace and Justice*, s. 87 vd.; *Tunc*, *Vers une meilleure comprehension internationale*, s. 709; *Khan*, s. 16; *De Croo*, s. 16.

yoğunlaşmıştır. Modern ulaşım araçları ile birkaç saat içinde, başka bir ülkeye ya da başka, bir kıt'aya gidebilmek olanakları gerçekleşmiştir. Kitle haberleşme araçları ile, dünyanın en uzak yerlerinde olup bitenler günü gününe bilgimize sunulabilmektedir. «*Ekonomik yönden birbirine bağılılık*» (economic interdependence), günümüzün ilginç olgularından biri olarak görünüyor. Ne kadar çevresel olursa olsun, her savaş; dünyamızda vukubulan herhangi siyasal ya da sosyal ciddi bir olay, hemen tüm ulusların özgürlüğünü ve güvenliğini etkileyebiliyor; ekonomik ve sosyal denge üzerinde gecikmeksizin etkisini gösteriyor. Teknolojik gelişim sonucunda, endüstri, *tüketim ve bolluk toplumları* (industrial society, consumer society, affluent society) gerçekleşmiştir. Nüfus patlaması ve kentleşme, yeni ve çözümlü güç bir çok sorunu da beraberinde getirmektedir. Batı Avrupa toplumları, 1950'lerde başlayan ve 1960'dan sonra gittikçe hızlanan önemli değişim ve oluşumlar geçirmiştir. İnsanoğlu, tarihi boyunca ilk kez, «*kendi birliğinin bilinci*»ne varmaktadır. Bürokratik devlet yapısı giderek değişmekte, dünyamızın bir çok yerinde «*polis devleti*», yerini artık bir «*refah devleti*»ne (welfare State) bırakmaktadır (62).

Böylesine değişen bir dünyada halâ «*kendi köşesine çekilerek yaşayabilmek*», bütün çevresel etki ve oluşumlara kulak tıkayarak, yeni yeni ortaya çıkan ekonomik, hukukî ve toplumsal sorunlara sadece ulusal hukukun yürürlükte olan kuralları çerçevesinde çözümler bulmaya çalışmak, olanaksız olduğu kadar, amaca da aykırıdır. Uluslararası işbirliği ve beraberliğin her alanda zorunlu bir duruma geldiği bir dönemde, çağdaş hukukçunun da, önceki kuşaklara oranla daha başka boyutlara sahip bulunması gerekir. Zira Başkan Lincoln'un dediği gibi, «*Fırtınalı günümüz için sakin geçmişin dogmaları yetersizdir. Yeni bir biçimde düşünmemiz, yeni bir biçimde davranmamız gerekmektedir.*» Bu nedenlerle, René David, karşılaştırmalı hukuku, «*hukuk kültürü*»nün (culture juridique) önemli bir ögesi saymaktadır. İşte karşılaştırmalı hukuk, hukuk ilmine ve çağdaş hukukçuya yeni görüş açıları ve boyutlar sağlamakta, onları çağdaş sorunlara çözüm bulma olanakları ile donatmakta ve toplumları donup kalmaktan kurtarmaktadır (63).

(62) Bkz. Avrupa Konseyi Danışma Meclisine 23/Eylül/1968 tarihinde sunulan **Hicter memorandumu**: La Crise Actuelle de la Société Européenne, Strasbourg, 1968, s. 16 vd.

(63) Karş. Tunc, Comparative Law, Peace and Justice, s. 85; Neumayer, The Nature and Teaching of Comparative Law, s. 49; De Croo, s. 16.



## 2. Karşılaştırmalı hukukun, çağdaş hukukçunun karşılaştığı sorunlara çözüm bulma görevi :

Günümüzde, çağdaş hukukçu için, yabancı hukuklar hakkında bilgi edinmek, artık kaçınılmaz olmuştur. Bugün, bir çok hukukçu, avukat olarak, danışman olarak, hakem ya da yargıç olarak uluslararası işlem hayatının ve çeşitli ticarî ya da ekonomik ilişkilerin hukukî sorunları ile karşı karşıya gelmektedir. Örneğin yabancı ülkelerde çalışan konuk işçilerin iş ilişkilerine ve kişisel durumlarına ilişkin çok yönlü hukukî sorunlar, lisans ve know-how sözleşmeleri, uluslararası satım sözleşmelerinin çeşitli görünümleri, donatım kiralama kredileri (leasing, credit bail), uluslararası kalkınma sözleşmeleri, çok uluslu ortaklıkların (=ÇUO) vergilendirilmesi ve denetimine ilişkin sorunlar, uluslararası turizmin yaygınlaşması sonucunda ortaya çıkan yeni gelişmeler (turizm sözleşmeleri = contrat touristique, Reiseveranstaltungsvertrag) vb. çağdaş hukukçunun yüzyüze geldiği hukukî görünümlerin sadece bir bölümünü oluşturmaktadır (64).

Bundan başka, uluslararası ilişkilerin hukukî mekanizmasını hazırlayan ve uygulayan yüksek düzeydeki devlet memurlarının, bakanlık danışmanlarının, konsolosların, diplomatların ve dış ilişkilere eğilim duyan parlamenterlerin de yabancı hukuk düzenleri ve hukuk çevreleri hakkında bilgi sahibi olmalarının ülke çıkarları yönünden son derece önem taşıdığı kuşkusuzdur (65). İşte, bu sorunların çözümü, karşılaştırmalı hukukun görevlerinden birini teşkil etmekte ve çağdaş hukukçunun karşılaştığı sorunlara somut çözümler, ancak karşılaştırmalı hukuk tarafından bulunabilmektedir.

## 3. Karşılaştırmalı hukukun, çağdaş hukukçunun formasyonuna ilişkin görevleri :

Karşılaştırmalı hukuk, ulusal hukukun daha iyi anlaşılıp öğrenilmesi yanında, ayrıca hukuk öğrencilerine de, onların hukukçu ve insan olarak eğitimleri bakımından çok önemli bazı boyutlar kazandırır: *Başka ulusların kendilerine özgü hukuk kültürlerine saygı, hukuk kurallarının toplumsal sorunlara ve koşullara bağlı olarak*

(64) Bkz. Rheinstejn, Comparative Law - Its Functions, Methods and Uses, s. 555.

(65) Karş. Rheinstejn, Einführung in die Rechtsvergleichung, s. 12.

oluşturduğunu ortaya koyma; hukukî kurum ve yapıların morfolojisine nüfuz edebilme olanağını sağlama vb. gibi.

Böylece karşılaştırmalı hukuk, «dar görüşlü» hukukçuluğa engel olur. Kendi hukukunu, yabancı hukuklarla karşılaştırabilen bir hukukçu, ulusal hukuk düzeni için hangi kuralların zorunlu olduğunu; hangi kuralların da, sırf tarihsel nedenler ve rastlantılarla ortaya çıktığını daha iyi görebilir (66).

Bunların yanında karşılaştırmalı hukuk, hukuk öğrencisini ayrıca, çağdaş bir hukukçu için zorunlu olan bazı pratik yeteneklerle de donatır: Uluslararası sözleşmelerin uygulanması ve yorumunda ortaya çıkacak kanun uyuşmazlıklarında yabancı hukuklar hakkında bilgi vermek suretiyle, uluslararası mahkemeler ve hakem mahkemelerinde yargılama usullerini öğretmek suretiyle ya da onu uluslararası kuruluşlarda yönetici veya görevli olarak çalışabilmesi için gerekli bilgi ile donatmak suretiyle (67).

Görüldüğü gibi, karşılaştırmalı hukuk, çağdaş hukukçunun formasyonunda çok önemli görevler üstlenmiştir. Hukukçunun sadece ulusal hukukla sınırlanması, dar, verimsiz ve geriye yönelik bir milliyetçilik yaratır. Oysa, doğanın korunması, ırk ayrımının ortadan kaldırılması, sosyal güvenliğin sağlanması ve benzeri sorunlar, ancak, yabancı hukukların çözüm ve deneylerinden esinlenilerek ve bazen de uluslararası işbirliği ile çözüme kavuşturulabilir (68).

#### 4. Karşılaştırmalı hukukun, hukuk öğretimindeki önemi :

Karşılaştırmalı hukukun, çağdaş hukukçunun somut sorunlarına çözüm bulma ve çağdaş hukuk kültürünü oluşturmadaki öneminden dolayı, bir çok ülkede karşılaştırmalı hukuk öğrenimine özel bir önem verilmiş ve son on yıllarda, çeşitli amaçlara yönelik karşılaştırmalı hukuk enstitüleri, çalışma ve araştırma merkezleri kurulmuştur.

##### a. Fransa :

Fransa'da, karşılaştırmalı hukukun, çağdaş hukukçunun formas-

(66) Bkz. Kahn - Freund, LQR, 82 (1966), s. 60.

(67) Bkz. Zweigert/Kötz, I, 18.

(68) Karş. Zweigert/Kötz, I, 19.

yonundaki önemi ve hukuk kültürü içindeki yeri oldukça erken anlaşıldığından Fransız üniversitelerinde karşılaştırmalı hukuk derslerine büyük bir önem verilmektedir. Bu nedenle, 1955 yılından bu yana tüm Fransız hukuk fakültelerinde ders programına «*Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*» dersleri de konulmuştur. Bu derslerde, genel olarak karşılaştırmalı hukuk yöntemleri öğretilmekte; *dünyadaki belli başlı hukuk sistemleri* (Romanist hukuk çevresi, Alman hukuku çevresi, Common Law ve Sosyalist hukuk çevresi) hakkında toplu bilgi verilmekte ve hukukun uluslararası birleştirilmesi bakımından bugünkü durum üzerine açıklamalar yapılmaktadır. Bundan başka, dördüncü sınıfta yabancı hukuklar üzerine ayrıca özel dersler de verilmektedir. Örneğin *Paris Üniversitesinde*, İngiliz hukuku, A.B.D. hukuku, İslâm hukuku üzerine özel dersler düzenlenmekte; hukuk etnolojisi, Afrika ve Madagaskar'da modern hukuk kurumları ve Uzak Doğu hukukları hakkında konferanslar verdirilmektedir. Ünlü Fransız karşılaştırmalı hukuk hocası *René David*, 1955'den bu yana karşılaştırmalı hukukun gelişimini olumlu olarak karşılamakta; ancak söz konusu özel derslerin ve konferansların «mecburî» hale getirilmesini ve sınava tabi olmasını savunmaktadır (69).

Karşılaştırmalı hukukun çeşitli yönlerden taşıdığı önem gözönüne alınarak, bir çok Fransız Üniversitesinde, karşılaştırmalı hukuk araştırmaları yapan ya da yabancı hukuklar hakkında bilgi toplayan enstitü ve merkezler vücuda getirilmiştir. Örneğin *Paris, Lyon, Dijon, Rennes ve Strasbourg'da* «*Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüleri*» (Institut de droit comparé) kurulmuştur. *Poitiers'de* bir «*Karşılaştırmalı ve Uluslararası İnceleme ve Araştırma Merkezi*» (Centre de recherches et d'études internationales et commapatives) mevcuttur. Ayrıca *Paris'te*, bir de «*Karşılaştırmalı Hukuk Fransız Merkezi*» (Centre français de droit comparé) bulunmaktadır. Bunların yanında karşılaştırmalı hukuk ve özellikle Avrupa hukuku üzerine çalışmalar yapan ve kurlar düzenleyen başka bir merkez de unutulmamalıdır: *Nancy Üniversitesindeki* «*Centre d'études européennes*» (70).

(69) Bkz. *David*, La coopération internationale en matière de droit comparé, s. 60. Karş. *Zweigert/Kötz*, I, s. 20.

(70) Bkz. *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, s. 217; *David/Brierly*, s. 507.

b. İngiltere :

Karşılaştırmalı hukukun önem kazanması İngiltere'de de çeşitli araştırma merkezlerinin kurulmasına yol açmıştır. Bu merkezler içinde özellikle *İleri Hukuk Araştırmaları Enstitüsü* (Institute of Advanced Legal Studies) ile Doğu Hukukları ve Afrika Hukukları üzerine araştırmalar yapan *School of Oriental and African Studies* önem taşır. «*İleri Hukuk Araştırmaları Enstitüsü*», 1948 yılında kurulmuştur. Enstitünün yabancı hukuklara ilişkin zengin bir kitaplığı mevcuttur. Kitaplardan genellikle, lisans üstü ve doktora çalışmaları yapan araştırmacılar ile yabancı bilim adamları yararlanırlar. Enstitünün iki önemli uğraşı da, *yabancı hukuk dergilerine ilişkin sistematik bir dizin* (Index to Foreign Legal Periodicals) yayınlaması ve disiplinler arası tartışma grupları oluşturarak ortak sorunların tartışılması olağanı sağlamasıdır (71). Yine 1948 yılında kurulan Londra Üniversitesine bağlı «*School of Oriental and African Studies*» ise, özellikle Afrika kıtasındaki çeşitli hukuk düzenlerine ilişkin araştırmalarıyla tanınmıştır. Bu araştırma merkezinin gelişimine özellikle Doğu Hukuklarına ilişkin çalışmalarıyla tanınan Profesör *J.N.D. Anderson*'ın ve Afrika hukuku üzerine önemli araştırmalar yapan *Dr. A. N. Allot*'ın verimli katkılarda buldukları unutulmamalıdır.

Öte yandan çeşitli İngiliz hukuk fakülteleri öğretim programları içinde, karşılaştırmalı hukuka, özellikle Fransız ve Alman hukuklarına ilişkin seçimsel derslerin yer aldığı da belirtilmelidir. Karşılaştırmalı hukuka ilişkin zengin araştırma olanaklarıyla donatılmış bulunan *Londra, Cambridge ve Oxford* üniversiteleri yanında, *Exeter, Nottingham, Southampton, Birmingham ve Manchester*'da da, verimli karşılaştırmalı hukuk çalışmaları yapılmaktadır.

Bu arada, 1951 yılında kurulan «*Karşılaştırmalı Hukuk İçin Birleşik Krallık Ulusal Komitesi*» (The United Kingdom Committee of Comparative Law) ile 1958 yılında «*The Grotius Society*» (1894) ve «*The Society of Comparative Legislation and International Law*» un (1915) birleşmelerinden oluşan «*Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukuk İngiliz Enstitüsü*» nün de (The British Institute of International and Comparative Law), İngiltere'de karşılaştırmalı hukukun gelişimine önemli katkılarda buldukları özellikle belir-

(71) *Brown, Am.J.Comp.L.*, 19 (1971), No. 2, s. 244-245.

tilmelidir (72). İngiltere'nin AET'ye girmesinden sonra, 1972 tarihli «European Communities Act», AET hukukuna Birleşmiş Krallık'ta da yürürlük tanıdığından, karşılaştırmalı hukuk ve Kara Avrupası hukuk düzenlerine ilişkin araştırmalar daha da önem kazanmıştır (73).

### c. Amerika Birleşik Devletleri :

Çağdaş hukukçunun formasyonunda karşılaştırmalı hukukun yeri ve önemi nedeniyle, A.B.D.'nde de karşılaştırmalı hukuka büyük önem verilmektedir.

A.B.D.'nde 1945'lerden sonra karşılaştırmalı hukuk büyük bir gelişim göstermiştir. Bu oluşumda, özellikle *İkinci Dünya Savaşı*ndan önce A.B.D.'ne göç etmiş olan Batı Avrupalı bilim adamlarıyla; savaştan sonra bu ülkeye göçen Doğu Avrupalı hukukçuların büyük emek ve çabaları olmuştur. Örneğin *Rheinstein*, *Ehrenzweig*, *Szladits* gibi sonradan Amerikan uyruğunu kazanan Avrupalı hukukçuların Amerika'daki karşılaştırmalı hukuk ilmine geniş ölçüde katkıda buldukları belirtilmelidir. Bununla beraber, Birleşik Devletler'de karşılaştırmalı hukukla uğraşarak, bu alanda önemli katkılarda bulunan, doğrudan doğruya Amerika'da doğmuş ve orada hukuk öğrenimini görmüş yeni bir kuşağın yetiştiği de unutulmamalıdır. Günümüzde bir çok *Amerika hukuk fakültesinde* (School of Law), karşılaştırmalı hukuk üzerine dersler verilmekte; yetişkin öğrenciler ve mezunlar için de «*lisans üstü seminer*»ler (graduate studies) düzenlenmektedir. Bununla beraber, Amerikan öğrencilerinin büyük çoğunluğunda yabancı dil bilgisinin yetersiz olduğu, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında öğrencilerin doğrudan doğruya yabancı hukuklara ait malzeme ile çalışmadıkları ve Amerikalı hocaların, İngilizce'ye çevrilmiş yabancı hukuk malzemesinden (yabancı kanunlar, önemli treteler vb.) yararlandıkları da belirtilmelidir (74).

(72) Brown, Am.J.Comp.L. 19 (1971), No. 2, s. 246.

(73) Chloros, s. 4.

(74) Gray, Am.J.Comp.L. 19 (1971), No. 4, s. 633 vd.; Schlesinger, Am.J.Comp.L., 19 (1971), No. 4, s. 616 vd.; v. Mehren, Am.J.Comp.L.: 19 (1971), No. 4, s. 624 vd.; Rheinstein, Am.J.Comp.L. 1 (1952), s. 104 vd.; Re, Am.J.Comp.L. 1 (1952), s. 236 vd.; Ault, H. J. / Glendon, M., Law in the United States of America in Social and Technological Revolutions, s. 70-74.

## d. İsviçre :

İsviçre'de bütün üniversitelerde zaman zaman yabancı hukuklara giriş dersleri düzenlenmekte ise de, bildiğimiz anlamda «karşılaştırmalı hukuk» derslerine genellikle *Fransız İsviçresi*'nde rastlanmaktadır. Dört semestr olarak düzenlenen bu derslerde, birinci semestr, «*karşılaştırmalı hukuka giriş*» ile Fransız, Alman ve İtalyan hukuklarına giriş konuları öğretilmekte; ikinci semestr, *anglo-amerikan hukuku* ele alınmakta; üçüncü ve dördüncü semestrlerde ise, *seçilen hukuk kavram ya da kurumları* (sözleşme, haksız fiil vb.) üzerinde *karşılaştırmalı hukuk çalışmaları* yapılmaktadır (75).

## e. Almanya :

Almanya'da da karşılaştırmalı hukukun önemi gittikçe artmaktadır. 1951 yılında, Alman «*Karşılaştırmalı Hukuk Derneği*»nin (Gesellschaft für Rechtsvergleichung) yapmış olduğu bir anket, üniversitelerde, Fransız hukuku ile anglo-amerikan hukukuna ilişkin derslere yer verilmesi isteğini gün ışığına vurmuş bulunuyordu. O tarihlerde, sadece beş üniversitede, haftada ikişer saat olmak üzere «*karşılaştırmalı hukuka giriş*» dersleri veriliyor; yedi üniversitede de, özel hukuka ilişkin sorunlarda karşılaştırmalı hukuk seminerleri düzenleniyordu. O tarihten bu yana, «karşılaştırmalı hukuk», Almanya'da önemli bir gelişim geçirmiştir. *Berlin, Frankfurt, Heidelberg, Köln, Hamburg ve Freiburg*'da karşılaştırmalı hukuk enstitülerinde yabancı hukuklara ilişkin zengin kitaplıklar vücuda getirilmiştir. Öğrencilerin karşılaştırmalı hukuka karşı ilgileri artmış; son yirmi yılda çeşitli hukukî sorunlar üzerinde çok sayıda karşılaştırmalı hukuk çalışmaları (tezler, monografiler vb.) yapılmıştır (76). Öte yandan Hamburg'da, Heidelberg'de, Münih'de ve Frankfurt'ta kurulmuş bulunan *Max-Planck Enstitüleri*'nin de, karşılaştırmalı hukuka ve yabancı hukuklara ilişkin önemli inceleme ve araştırma merkezleri olduğu belirtilmelidir. Bu enstitülerden *Hamburg'daki Max-Planck Enstitüsü*, *yabancı hukuklar ve uluslararası özel hukuka* özgülüştür (Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht). *Heidelberg'de*, *Yabancı Kamu Hukukları ve Uluslararası Hukuk Max-Planck Enstitüsü* (Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches und Völkerrecht) bulunmaktadır. *Frank-*

(75) Riese, *Mélanges Guisan*, s. 167-174; *Zweigert/Kötz*, I, s. 20.

(76) *Rheinstein*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 216-217.

*furt*'taki Enstitü, Avrupa hukuk tarihine ilişkin sorunların incelenmesi amacıyla kurulmuştur (Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte). Münih'teki enstitü ise, «Yabancı ve Uluslararası Patent Hukuku, Eser Sahibinin Hakları ve Rekabet Hukuku Max-Planck Enstitüsü» (Max - Planck Institut für ausländisches und internationales Patent -, Urheber-und Wettbewerbsrecht) adını taşımaktadır.

## LİTERATÜR

Ancel, M., *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchatel, 1971; Ancel, M., *Les buts actuels de la recherche comparative*, Mélanges de droit comparé en l'honneur du Doyen Ake Malmström. Stockholm, 1972, s. 1-12; Ancel, M., *Valeur actuelle des études de droit comparé*, «XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema», Leyden, 1961, s. 15-28; Aubin, B., *Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung*, *RabelsZ* 34 (1970) 458-480; Ault, H. J. / Glendon, M. A., *The Importance of Comparative Law in Legal Education - Goals and Methods of Legal Comparison*, «Law in the United States of America in Social and Technological Revolution», Brussels, 1974, s. 67-80; Brown, L. N., *A Century of Comparative Law in England: 1869-1969*, *Am.J.Comp.L.* 19 (1971), No. 2, s. 232-252; Cerexhe, E., *Le rôle du droit comparé dans les phénomènes d'intégration*, «Rapport belges au IX e Congrès International de Droit Comparé», Téhéran, 1974, s. 51-71; Chloros, A. G., *Goals and Methods of Legal Comparison*, «National Report, IX th International Congress of Comparative Law», Teheran, 1974; Constantinesco, Léontin - J., *Rechtsvergleichung*, Bd. II: *Die rechtsvergleichende Methode*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1972; David, R., *La coopération internationale en matière de droit comparé*, «Mélanges de droit comparé en l'honneur du Doyen Ake Malmström», Stockholm, 1972, s. 58-72; David, R., *Méthode et buts de la recherche comparative en matière de droit*, «Buts et Méthodes du Droit Comparé», Padova/New York, 1973, s. 87-102; David, R., *Le rôle des juristes dans l'élaboration du droit selon la conception traditionnelle du système de droit Romano - Germanique*, «Festschrift für Dölle», Tübingen, 1963, Band I. s. 359-370; David, R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 4. Bası, Paris, 1971; David/Brierly, *Major Legal Systems in the World Today*, London, 1968; David/Grasman, *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, München/Berlin, 1966; De Croo, H. - F., *Le droit comparé et son enseignement face à la société moderne*, «Canadian and Foreign Law Research Center, Proceedings of the Seventh International Symposium», Huk. Fak. Mec. — F.: 19

sium on Comparative Law (Canada, August 27-29, 1969)», Ontario, 1970, s. 11-48; Gray, W., The Basic Course - A Mild Dissent, *Am.J.Comp.L.* 19 (1971) No. 4, s. 433-644; Heldrich, A., Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der ausservertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Frankfurt/M. - Berlin, 1971; Kahn - Freund, O., Comparative Law as an Academic Subject, *LQR.* 82 (1966), s. 40-61; Kahn - Freund, O., On Uses and Misuses of Comparative Law, *The Modern Law Review*, 37 (January 1974), No. 1, s. 1-27; Kamba, W. J., Comparative Law: A Theoretical Framework, *ICLQ* 23 (1974), s. 485-519; Khan, R., An Introduction to the Study of Comparative Law, Bombay, 1971; Lorenz, W., Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts, *JZ*, 1962, s. 269-275; McDougal, M. S., The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order, *Am.J.Comp.L.* 1 (1952), No. 1-4; s. 24-57; McWhinney, E., Toward the Scientific Study of Values in Comparative Law Research, «XX the Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema», Leyden, 1961, s. 29-41; v. Mehren, A. T., An Academic Tradition for Comparative Law?, *Am.J.Comp.L.* 19 (1971), No. 4, s. 624-632; Meier - Hayoz, A., Schweizerisches ZGB, Berner Kommentar, Band I. Einleitung und Personenrecht, Einleitung: Art. 1-10, Bern, 1963; Meier - Hayoz, A., Der Richter als Gesetzgeber, Zürich, 1951; Merryman, J. H., Comparative Law and Scientific Explanation, «Law in the United States of America in Social and Technological Revolution», Brussels, 1974, s. 81-104; Neumayer, K. N., The Nature and Teaching of Comparative Law, «Canadian and Foreign Law Research Center, Proceedings of the Seventh International Symposium on Comparative Law (Canada, August 27-29, 1969)», Ontario, 1970 s. 49-63; Özsunay E., Medenî Hukuka Giriş, İstanbul, 1970; Özsunay, E., Batı Avrupa'da Hukuk İlminin Bağımsız Bir Disiplini Olarak Karşılaştırmalı Hukukun XIX. Yüzyıldan Eugüne Kadarki Gelişimi, «Kubalıya Armağan», İstanbul, 1975, s. 67-96; Özsunay, E., Hukukun Birleştirilmesinde İskandinav Denemesi, *İHFM*, C. XXXIX (1974), Sayı: 1-4, s. 202-220; Pabel, E., Aufgaben und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Münchener Juristische Vorträge, Heft 1, München, 1925; Re, E. D., Comparative Law Courses in the Law School Curriculum, *Am.J.Comp.L.* 1 (1952), s. 233-242; Pheinstein, M., Teaching Tools in Comparative Law, *Am.J.Comp.L.* 1 (1952), s. 95-114; Pheinstein, M., Comparative Law - Its Functions, Methods and Uses, «Buts et Méthodes du Droit Comparé», Padova/New York, 1973, s. 545-556; Pheinstein, M., Einführung in die Rechtsvergleichung, München, 1974; Piese, O., Etude sur les fonctions du droit civil comparé et son enseignement en Suisse, «Mélanges François Guisan», 1950, s. 165-188; Potondi, M., Comparative Law, *Comparative Juridical Review*, Vol. 3 (1966), s. 45-56; Potondi, M., Mukayeseli Hukukun Pratik Hedefleri ve Öğretiminin Zorunluğu, «Kubalıya Armağan», s. 55-65; Sacco, Les buts et les méthodes de la comparaison du droit, «Rapport national italien au IX e Congrès International de Droit Comparé», Téhéran, 1974, s. 116 vd.; Schlesinger, R. B., Comparative Law: Cases, Text, Materials, 3. Edition, Mineola, Foundation Press, 1970;



Schlesinger, R. B., Formation of Contracts - A Study of the Common Core of Legal Systems, 1968; Schlesinger, R. B., The Role of the «Basic Course» in the Teaching of Foreign and Comparative Law, Am.J.Comp.L. 19 (1971), No. 4, s. 616-623; Schnitzer, A., Vergleichende Rechtslehre, Bd. II, 2. Auflage, Basel, 1971; Schmitthoff, M., The Science of Comparative Law, Cam.L.J. 7 (1939), No. 1, s. 94-110; Schwind, F., Rechtsvergleichung in Österreich - Probleme, Ziele, Methoden, «Buts et Méthodes du Droit Comparé», Padova/New York, 1973, s. 623-632; Serick, R., Über den Wert der Privatrechtsvergleichung in der Völkerrechtspraxis. «Buts et Méthodes du Droit Comparé», Padova/New York, 1973, s. 707-721; Tunc, A., Comparative Law, Peace and Justice, «XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema», Leyden, 1961, s. 80-90; Yntema, H., Comparative Law and Humanism, Am.J.Comp.L. 7 (1958), s. 493 - 499; Zajtay, I., Aims and Methods of Comparative Law (English translation by W. J. Hosten), CILSA, 7 (November, 1974), No. 3, s. 321-330; Zweigert, K., Rechtsvergleichung als Universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949/50), s. 5 vd.; Zweigert, K., Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung, «Beiträge zur Rechtsforschung», Tübingen, 1950, s. 251-262; Zweigert, K., Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung, RabelsZ 16 (1951), s. 387-397; Zweigert, K., Rechtsvergleichung und Rechtsfortbildung heute, Universitas, 28. Jahrgang, Januar. 1973, Heft 1, s. 27-39, Türkçesi, E. Özsunay, tarafından «Karşılaştırmalı Hukuk ve Günümüzde Hukukun Oluşumu» İHFM, C. XXXVIII (1973), Sayı: 1-4, s. 651-665; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. I, Tübingen, 1971.

## KISALTMALAR

<b>AET</b>	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
<b>AETA</b>	: Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması (25/Mart/1957 tarihli «Roma Antlaşması»)
<b>Am.J.Comp.L.</b>	: American Journal of Comparative Law
<b>Art.</b>	: Artikel, Article (madde)
<b>BK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>Bkz. bkz.</b>	: bakınız
<b>Cam. L. J.</b>	: The Cambridge Law Journal
<b>CILSA</b>	: The Comparative and International Law Journal of South Africa
<b>İHFM</b>	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>LQR</b>	: Law Quarterly Review
<b>MHAD</b>	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>OR</b>	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)