

Mukayeseli Hukuk Üzerine Bir İnceleme

Murat Yüksel¹⁾

Giriş

Bu çalışma "hukuk kültürü"nü çok eski dönemlerden bu yana bir araştırma yöntemi olarak varlığını sürdüren ve bir takım yeni eğilimlerle karşı karşıya olan mukayeseli hukukun incelenmesine dayanır. Bugün bu eğilimlerin en önemlileri hukuk teorisi, hukuk tarihi, kültür ve ekonomi olarak kabul edilir. Mukayeseli hukuk ile bunların karşılıklı etkileri arasında doğrudan bir ilişki vardır. Bütün bunlar arasındaki ilişkiyi görmenin en iyi yolu ise, eleştirel mukayeseli hukuk yoluyla mümkündür. Bu çalışmada mukayeseli hukuk uyumsuzluklarının incelenmesi, belirlenmesi ve uyumlulaştırılması üzerinde durulacaktır. Yine burada modernizme geçiş aşamasında olan ülkelerin diğer hukuk sistemlerinden yaptığı nakiller ve burada karşılaşılan paradoksların incelenmesi de hedeflenecektir. Yine modernist ve postmodernist perspektiften mukayeseli hukuk analizi ve mukayeseli hukukun bu noktada bir çare olup olamayacağı konusu üzerinde durulacaktır.

1. Genel Olarak Mukayeseli Hukuk

Modern, sistematik mukayeseli hukuk 19. Yüzyıl'ın bir ürünüdür. Modern mukayeseli hukuk, 19. Yüzyıl'da doğmuş, 20. Yüzyıl'da olgunlaşmıştır. Bu dönemde mukayeseli hukuk, mukayeseli hukukçular için sonsuz bir iş sağlamıştır. Bu dönem, mukayeseli hukukun anlamının, tarihinin, gelişiminin, sakıncalarının, erdemlerinin, alanının, fonksiyonlarının, amaçlarının, hedeflerinin, kullanımlarının, yanlış kullanımlarının ve metotlarının tartışıldığı bir dönem olmuştur. Yine bu dönemde birçok üniversitede mukayeseli hukuk, üniversite müfredatının bir parçası olarak kabul edilmiştir¹.

Mukayeseciler, konuları yeniden düşünen olarak adlandırılır. Bugün hala mukayeseli hukukun gerçek değeri anlaşılammıştır. Fakat gelecek yüzyılın, mukayeseli hukukun gerçek değerinin anlaşılacağı bir dönem olacağı noktasında beklentiler yüksektir². Bununla birlikte bugün hala mukayeseli hukukun gerçekte bağımsız bir disiplin olup olmadığı tartışmalıdır³. Nite-

kim bazıları mukayeseli hukukun bağımsız bir disiplin olma uğraşı yerine, diğer konuları işlemek suretiyle daha fazla bir geleceğe sahip olabileceğini ileri sürmektedir. Bu farklı bakış tarzına çağımızın mukayeseli hukuk kurucularından olan Zweigert ve Kötz tarafından yapılan geniş ve belirsiz tanımlama yol açmıştır. Bu tanımlama ise kendi konusu olarak hukuka ve kendi süreci olarak mukayeseye ilişkin bir zihinsel aktiviteyi önermektedir⁴.

Bu konular genellikle pratik, sosyolojik, politik ya da pedagojik olarak gruplandırılır. Mukayeseli hukuk araştırmacılarının bulgularından bu konularda yararlanılır. Mukayeseli hukuk araştırmaları ister bu konularla biçimlendirilsin isterse biçimlendirilmesin, 20.Yüzyıl'da mukayeseli hukuk araştırmaları yeni konularla tartışmaya açılmalıdır. Mukayeseli hukuk için yeni bir yüzyıla girmeden önce bu konular üzerinde çalışılmalı ve bu konular değerlendirilmelidir. Ancak bugünkü çalışmaların, genellikle bu konuları amaçlamadığı görülmektedir. Ayrıca bugünkü çalışmalar, yukarıda sayılanların mukayeseli hukukun temel konuları olup olmadığıyla ilgilenmemektedir⁵.

Kendisine özgü konuları, amaçları ve yöntemleriyle hukuk ilminin genç bir disiplini olan mukayeseli hukuk⁶, günümüzde her ne kadar gelişmemiş olsa bile, mukayeseli hukuk ile ilgili konularda büyüyen ve gelişen bir ya-

rar söz konusudur. Nitekim son yıllarda birçok hukuk dergisinde mukayeseli hukuk analizleri üzerine incelemelere rastlanmıştır. Şimdilerde ise mukayeseli hukuk ile ilgili yaratıcı ve yenilik getirici çalışmalarla sıkça karşılaşılacak mümkündür.

1990'lı yıllarda yapılan Mukayeseli Hukuk Kongresi, mukayeseli hukukçuların, metodologların ve sosyal bilimcilerin katıldığı mukayeseli hukukun hedeflerinin ne olduğunu belirlemeyi ve mukayeseli hukukun diğer dallarla ne ölçüde ilişkili olduğunu ortaya koymayı amaçlamıştır. Geniş katılımlı bu çalışmada şu konular temel olarak işlenmiştir: Akademik çalışmalar; hukuk reformu, hukuk politikası ve hukukun gelişimi; evrensel bir hukuk teorisine ulaşmayı araştırmak; öğrencilerin perspektifini geliştirme; hukukun uluslararası uygulaması için bir yardım; uluslararası birleştirme ve uyumlulaştırma; genel merkezi araştırma; hukuk mahkemelerinde boşluk doldurma yolları ve dünya barışına yardım⁷.

Bu kongrede mukayeseli hukukun başlı başına bağımsız bir ilim olduğunu belirten Saleilles, bunun mahkeme kararlarının yorumuna, öğretiyeye ve mevzuatın evrimine yardımcı olan olumlu amaçlarını ortaya koyarak, mukayeseli hukukun, ulusal hukukun olumlu gelişimine katkıda bulunan "yardımcı bir ilim" olduğunu ileri sürer. Yine bu kongrede Alman hukukçu

4 Zweigert and Kötz, p. 2-3.

5 Esin Örcü, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, Deventer 1999, p. 3.

6 Ergun Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul 1976, s.VIII.

7 Örcü, p. 3 - 4.

* Dr. Murat Yüksel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.

1 K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998, p. 2-3.

2 T. Koopmans, *Comparative Law and the Courts*, 1996, 45 ICLQ, p. 1.

3 G. Samuel, *Comparative Law and Jurisprudence*, 1998, 47 ICLQ, p. 817.

Zitelmann da, mukayeseli hukuku amacına göre tanımlamaya çalışıyor. Bu kongrede mukayeseli hukuka ilişkin olarak yapılan tanımları çoğaltmak mümkündür. Örneğin Lambert, mukayeseli hukukun bir ilim iddia eden görüşleri benimsemiyor. Bu arada hukukun bir ilim mi yoksa bir yöntem mi olduğuna ilişkin tartışmalar yoğunlaşıyor. Birinci Dünya Savaşından sonra ise mukayeseli hukukun bir yöntem olduğu görüşü baskın görüş haline geliyor. Fakat günümüzde mukayeseli hukuk sadece bir çalışma ve araştırma yöntemi olmayıp aynı zamanda bağımsız bir disiplin olarak ele alınmaktadır⁸.

Daha geniş bir hukuk bilgisi elde etme ve evrensel bilgiyi iletme hukuk olgusunu anlama koşulu olarak mukayeseli hukukun temel fonksiyonlarından. Mukayeseli hukuk, temel olarak bireysel örneklerden doğan hukuk bilgisinin eleştirel köklerinin anlaşılmasını da tercih etmiş olabilir⁹. Daha önceki yıllarda mukayeseli hukuk, tanımlayıcı, uygulamalı, soyut ya da kurumsal olarak bölümlenmiştir. Mukayeseli hukuk hakkındaki diğer kategorilerin en çok bilinenleri ise şunlardır: İç / dış; açıklayıcı / uygulamalı; tanımlayıcı / doğmatik / uygulamalı / karşılaştırmalı; yasayıcı / bilimsel / bilimsel ya da teorik; formel / doğmatik / tarihsel vs¹⁰.

⁸ Özsunay, s. 6.

⁹ Esin Özücü, *Symbiosis Between Comparative Law and Theory of Law: Limitations of Legal Methodology, Mededelingen van het Juridisch Instituut, 1982, p. 1.*

¹⁰ Özücü, *Critical, p. 4.*

¹¹ J. H. M. van Erp, *European Private Law, Postmodern Dilemmas and Choices, Maastricht 1998, p. 1.*

¹² M. B. Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws, Oxford 1975, p. 2-3.*

2. Modernist ve Postmodernist Perspektiften Mukayeseli Hukuk Analizi

Bu konudaki temel sorun ideal ile gerçek arasındaki gerilimin hem teorik hem de pratik olarak kabul edilebilir bir şekilde nasıl çözüleceğidir. Burada mukayeseli hukukun ilk olarak modern bir perspektiften (soyut-metodolojik) analiz edilmesi, daha sonra ise postmodern ideal bir perspektiften analizinin yapılması hedeflenecektir. Modern mukayeseli hukuk, yakınlaşmayı ve benzerlikleri bulmayı amaçlayan fonksiyonel bir metot kullanır. Postmodern mukayeseli hukuk ise benzerlikleri ve farklılıkları açıklar. Mukayeseli hukuk uygulamaları günümüzde yoğun bir şekilde devam eden uygulamalar olup mukayeseli hukukçular ideale ulaşmaya teşebbüs ederler¹¹.

Mukayeseli hukukun teoriği ve pratiği arasındaki diğer bir deyişle ideal ve realite arasındaki bu gerilim, mukayeseli hukukun en önemli konularından birisidir. Buradaki temel bir sorun da Batı avukatlarının hukuk sistemlerini nasıl anlamakta olduğudur. Onlara göre bu bir kültürün ürünü müdür veya bir dizi farklı algılayış olarak mı ele alınmaktadır¹²? Bir yabancı hukuk incelemesinde veya bu tarz çalışmalarda bu tür sorularla karşılaşılır ve hemen teorik mukayeseli hukuk ile pratik mukayeseli hukuk arasındaki gerili-

min farkına varılır. Burada çok yakın bir şekilde birbirine geçen iki konu vardır. Bunların ilki idealizm ve pragmatizm arasında doğan gerilim, ikincisi ise bir takım açmazlarla karşılaşıldığında tercih yapma kaçınılmazlığıdır. Yine burada bir ideal olarak mukayeseli hukuk ile pratikteki mukayeseli hukuk arasında aynı gerilimi hemen görmek mümkündür¹³.

Tercihler, hukukta her zaman yapılmak zorundadır. Anlaşılması kolay olması bakımından bir örnek vermek gerekirse, burada ilk olarak tıbbi sorunların hukuki sonuçlarını vermek mümkündür. Bir insanın yaşamı hukuka göre ne zaman başlar ve ne zaman sona erer. Bu, çocuk aldırma, ötenazi, gen araştırmaları gibi bu tarz konularla ilgili sorunları kapsar. Diğer örnekler ise ne tür ekonomi iyidir ve ne tür mülkiyet şekli kabul edilmelidir gibi politik ve sosyoekonomik sorunlardır. Bazen bu tercihler bir açmaza neden olmadığı gibi bazen de bir açmaza neden olabilir. Bunlar, görelilik olarak somut tercihler ve açmazlardır. Bununla birlikte hukuk, daha soyut açmazlara ve tercihlere neden olabilir. Bu çalışmada mukayeseli hukuk metodu uygulamasındaki açmazlar üzerinde yoğunlaşılacak ve ayrıca mukayeseli hukukun ideal olarak ne olduğu konusu üzerinde durulacaktır.

2.1. Modernist Perspektiften Mukayeseli Hukuk Analizi

Hollanda'da mukayeseli hukuk metodu uygulamasına ilişkin saf bir yak-

laşımına ulaşılması gereksinimi, Kokkini-Iatridau tarafından "Mukayeseli Hukuk Araştırmalarına Başlangıç" adlı kitabında savunulmuştur. Kitabın başında mukayeseli hukuk hakkında düşünmek bakımından büyük bir paradoksun var olduğu söylenir. Kitabın ikinci kısmında ise mukayeseli hukuk metodunun uygulanması işlenir. Kokkini'ye göre, en az iki sistem içermesi halinde mukayeseli hukuk uygulamasından bahsedilebilir. Yine ona göre tek bir hukuk sisteminin derinlemesine bilgisini elde etmek anlamayı kolaylaştırmak bakımından çok önemli olabilir. Fakat bu, hukuk sisteminin metodolojik mukayesesine imkan vermez. Bu noktada Kokkini, mukayeseli hukuku üç aşamaya ayırır. bunlar: a) Benzerlikleri ve farklılıkları araştırmak, b) Açıklama ve c) Çalışmanın sonuçlarının değerlendirilmesidir¹⁴.

Kokkini, kitabının ilk aşamasında iki metodolojik kuralı açıklar. Aslında bu kurallar ilk olarak bir hukuk düzeninin bir kısmının ayrı bir şekilde incelenmesini talep etmektedir. Daha sonraki aşamada ise hukuk sisteminin bir bütün olarak incelenmesi ve daha geniş bir çerçevede ele alınması üzerinde durulur. Bu doğrultuda bu kitap, mukayeseli hukuku metoduna ulaşmak isteyen araştırmacılar için bir ilham kaynağı olmuştur.

Zweigert ve Kötz de iyi bir mukayeseli hukuk metodunun gerekliliğini ve kesinliğini vurgular ve ideal metotları tanımlar. Ayrıca onlar, mukayeseli hukuk süreci için bir fonksiyonel yak-

¹³ Van Erp, p. 2.

¹⁴ D. Kokkini - Iatridau, *An Introduction to Comparative Law Research, Deventer 1988, p. 11.*

laşımı savunur. Onlara göre hukuk, bir ülkeden başka bir ülkeye büyük ölçüde farklılaşmasına rağmen, dogmatik yapılar bakımından aynı çözümler benzer problemler için özellikle özel hukukta bulunabilir. Zira bu benzerlik çok güçlüdür¹⁵.

Mukayeseli çalışmaların sonuçlarını değerlendirme aşamasında mukayeseli hukukçular, sık sık belli bir çözümün diğerlerinden daha iyi ya da daha kötü olacağına karar verme sorunlarıyla karşılaşır. Zweigert ve Kötz tarafından savunulan hukuki mukayesenin fonksiyonel metodu ise son zamanlarda Jansen tarafından kullanılmıştır. Jansen'in bilimsel çalışmaları bir Avrupa Sözleşme Hukuku inşa etmeye yönelik çalışmalar üzerinedir¹⁶. Bu noktada Jansen, kendi terminolojisini geliştirmiştir. Önerdiği kavramlar ise İngilizce terimlerle tanımlanmaktadır. Ona göre eğer tek bir biçim hukuk geliştirilecekse bu tercih çözümler arasında yapılacaktır. Yine ona göre mukayeseli hukukun fonksiyonel metodu birçok avantaja sahip olduğu gibi, aynı zamanda tehlikelere de sahip olabilir.

2.2. Postmodernist Perspektiften Mukayeseli Hukuk Analizi

Hem Avrupa'da hem Amerika'da birçok yazar son on yıldır mukayeseli hukuk metodunu bir postmodern ya-

şam felsefesi perspektifinden yeniden düşünmeye başlamıştır¹⁷. Postmodernist perspektifte birçok yazar araştırmacı kişi, kendi kimliklerini ve kendi bilgilerini merkezi olarak ele alıp işlemektedir. Onların her biri, hukukun belli bir topluluğun kültürüyle yakın ve sıkı bir ilişki içinde olduğunu kabul eder ve sürekli yineler. Bu topluluk türü milli olarak tanımlanabileceği gibi aynı zamanda etnik ya da bir dini topluluk olabilir¹⁸.

Mukayeseli hukuk çerçevesinde doğan temel sorun araştırmacıların kendi kimliğinin yabancı hukuku anlamayı imkansız kılıp kılmayacağıdır. Eğer bu doğru şekilde cevaplanırsa metodolojik olarak söylemek gerekirse bu mukayeseli hukukun postmodern ölümü demektir. Legrand'a göre mukayeseli hukuk, bir düşünce sürecini gerektirir. Bu düşünce süreci mukayese edilen hukuk sistemlerini duygusal ve entelektüel olarak ele alır. Bu ise, yıllar alan bir süreçtir ve birkaç hukuk sistemi bakımından mümkündür. Bu noktada ona göre mukayeseli hukukun diğer bütün biçimleri anlamsızdır¹⁹.

Kendisine postmodern bir soru soran diğer bir mukayeseli hukukçu da Jayme'dir. Onun ulaştığı sonuçlar ise diğerlerinden daha az radikaldir. Postmodernist bakışa göre hukuk, sosyolojideki ve ekonomideki gibi gerçeğin bir öyküsü olarak görünür. Fakat bu

bir avukatın aynı zamanda bir ekonomist ya da sosyolog gibi düşünülebileceği anlamına gelmez. Zira hukuk, sosyoloji ya da ekonomi değildir. Fakat insan ilişkilerine bağımsız bir yaklaşımdır. Postmodernist düşüncede çoğulculuk önemlidir. Bu anlamda her metin değerlidir. Bununla birlikte postmodernist bakışta üstelik süreklilik yadsınır. Ayrıca bu bakışta yalnızca parçalı bilgi olasıdır. Postmodernist düşünce diğer düşüncelere alaycı bakar. Bu bakışa göre ise hiçbir şey belirli değildir²⁰.

Modernistler, paradoksların ve açmazların üstesinden gelmeye ve çözmeye çalışırken, postmodernistler çağdaş entelektüel düşüncenin kaçınılmaz koşulu olarak paradoksları ve açmazları kucaklamaktadır. Avrupa'da ise mukayeseli hukuk üzerinde postmodernizmin etkisi artmaktadır. Burada Legrand ve Jayme'nin görüşlerine kısaca değinmekte fayda vardır. Jayme'ye göre, postmodernizmi niteleyen dört unsur vardır. Bunlar: plüralizm, iletişim, öyküleme ve hislerin dönüşümüdür. Plüralizm, birinin kendi görüşünü diğerine mutlak olarak muamele etmekten alıkoymasındadır. Ona göre iletişim ihtiyacı, iletişim ağının büyümesinin kanıtıdır. Postmodernizmin bir özelliği olarak öyküleme ise olguyu nakletmeyi amaçlar. Yine Jayme'ye göre, somut fikirler için büyüyen bir ihtiyaç vardır. Ayrıca o, hislerin dönüşümüne büyük önem verir. Aynı zamanda o, bilginin parçalanmasında temel olarak postmodernizme atıf yapar.

Jayme, postmodernizmden açıkça etkilenmişken, Jayme'den farklı olarak Legrand postmodernizmden dolayı olarak etkilenmiştir. Yine iki yazar arasındaki bir diğer fark da şudur: Jayme, devletler özel hukuku ile pozisyonunu yeniden düşünmeye çalışırken bu noktada modernist hukuk düşüncesi ile postmodernist hukuk düşüncesi arasındaki sınırları belirler. Oysa Legrand, modern mukayeseli hukuku, resmi kurallar üzerine odaklaşma yoluyla nitelendirmektedir. Yine Legrand, Kıta Avrupası hukuku ile Common Law üzerine odaklaşmıştır. Legrand'ın görüşleri Kıta Avrupası Hukuk sistemi ile Common Law arasındaki "hukuk kültürü" ve hukuk dilindeki farklılıklarla yakından ilişkilidir. Bununla birlikte Legrand, birçok çalışmasında mukayeseli hukuk çalışması metodu üzerinde durmuştur. O, temel olarak hukukun birleştirilmesine karşıdır. Çünkü bu, farklı Avrupa Birliği ülkelerindeki bölgesel "hukuk kültür"lerini göz önünde bulundurmaksızın tek resmi kuralın üretimi anlamına gelmektedir. Yine ona göre birleştirme Avrupa'da varolan hukuk sistemlerinin gerçek değerini gözetmez. Bu ise, açık bir postmodernizm ifadesidir²¹.

Daha önce söylediğimiz gibi Jayme ve Legrand arasındaki büyük fark mukayeseli hukuk hakkındaki modern ve postmodern düşünce arasındaki ihtilaf hakkındadır. Legrand'ın hukukun kültürden ve özellikle hukuk kültüründen farklı olarak incelenemeyeceği düşünceleri görünüşte doğrudur. Hukukun

¹⁵ Zweigert and Kötz, p. 39.

¹⁶ C. E. C. Jansen, *Towards a European Building Contract Law, Defects Liability: A Comparative Analysis of English, German, French, Dutch and Belgian Law*, Deventer 1988, p. 2-3.

¹⁷ M. Von Hoecke and M. Warrington, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine, Towards a New Model for Comparative Law*, 47 ICLQ 1988, p. 534.

¹⁸ Van Erp, p. 4.

¹⁹ P. Legrand, *How to Compare Now*, 1996 16 LS, p. 232.

²⁰ Van Erp, p. 4.

²¹ Van Erp, p. 6.

kültürel, sosyal, ekonomik ve ideolojik bağlarının farkında olan bir mukayeseli hukukçu mukayeseli hukukun önemini bilmektedir. Bilincin uzantısı gereği mukayeseli hukukçular kültürel farklılığın daha derin bilincine sahip olmalıdır²².

3. Mukayeseli Hukuk Analizi Uygulamaları

Mukayeseli hukuk analizi uygulamalarına geçmeden önce mukayeseli hukukçuların karşılaştıkları bazı sıkıntılara değinmek gerekir. Bu noktada ilk ve öncelikli olarak yabancı hukukun içeriğini araştırma zorluğu vardır. Yabancı hukukun içeriğini saptama görevi mukayese için zorunludur. Bu zorlukların bazıları oldukça problematik olabilir. Örneğin bir dil zorluğu ya da bir kaynak materyalinin eksikliği varolabilir. Bir diğer zorlukta bir iç savaş ya da devrim yapan ülkelere ilişkin olarak hukuk sistemlerine ilişkin materyale ulaşma zorluğu hakkındadır. Örneğin Çin'deki Kültür Devrimi, birçok kargaşaya neden olmuştur. Yine bu tür çalışmalarda bir uzman desteğinin sağlanması zorunludur. Özellikle mukayeseli hukuk çalışmalarında uzman desteğini sağlayacak komite, ülkelerdeki özel hukuk incelemeleriyle bağlıdır²³.

Mukayeseli hukukun ideal olarak ne olması gerektiği ile uygulamada ne olduğu arasındaki boşluğun neden olduğu açmaz mukayeseli hukukun temel bir sorunudur. Mukayeseli hukukçuların karşılaştıkları temel açmaz

ideal ile realite arasında ve teori ile pratik arasındadır. Buradaki temel soru şudur: İdeal ve realite arasındaki ayrılığı nasıl çözümleriz? Mukayeseli hukuk analizinin ideal metodu, mukayeseli hukukçuların tahmin edebileceği problemler hakkında mukayeseli hukukçulara bilgi sağlar. Buradaki temel soru şudur: Mukayeseli hukukçular bundan nasıl kurtulabilir veya bu sorunu çözebilir? Bu noktada Legrand'a göre mukayeseli hukukçuların mümkün olduğu kadar mukayeseli kültürlerle sahip olması büyük önemdedir.

Mukayeseli hukuk metodu her şeyden önce özellikle Avrupa özel hukukunun gelişiminde kullanıldığında hukuki araştırma kaynağı konusu olarak bir ilham ve yaratma kaynağıdır. Alternatifleri mukayese etmek, avantajları ve avantajlılıkları değerlendirmek her hukukçu için bir öğretici süreçtir. Benzer bir süreçte özellikle bir globalleşme dünyasında ve karşılıklı bağımlılığın artan bilincinde zihinsel duruluğa yer yoktur. Burada ihtiyaç duyulan şey yanlış anlaşılma ya da yanlış anlaşılma riskini alma cesaretini göstermektir. Bu, mukayeseli hukuk idealine ulaşmak için ise kesinlikle bir çabaya dayanılmalıdır. Yine bu, geçmiş hataları öğrenme arzusunu ve açık bir tutumu gerekli kılar. Bu anlamda mukayeseli hukuk ile ilgili olarak ileri sürülen bu yaklaşım pragmatik olarak tanımlanabilir. Bu düşünce Hoetink'in görüşleriyle paraleldir. 1920'lerde Ho-

etink'in kendisine sorduğu sorular bugün Legrand'ın sorduğu sorulardır²⁴.

Mukayeseli hukuk çalışmalarının sonuçları uygun olmaya dayanmalıdır. Bu noktada mukayeseli hukukçular bilginin elde edilme sürecinde sağlam kararlar almalıdır. Bu noktada şu soru sorulabilir: İkincil kaynaklar yeterli midir? İşte bir mukayeseli hukukçunun araştırma esnasında karşı karşıya kaldığı tercihler ve kararlar metodolojik açıdan en temel konu olarak belirir.

Bir uygun çözüm, modern ya da postmodern mukayeseli hukuk tarafından savunulan ideal metot temelinde tercih edilmelidir. Bu amaç nedeniyle uygun çözüm ideal ile pratik olarak uygun olan şey arasındaki doğru dengedir. Pratikte neyin bir uygun çözüm olacağı sorusunu cevaplandırmada ise şunlar göz önünde tutulmalıdır:

- a- Mukayeseli çalışmanın konusu
- b- İncelenen hukuk alanı
- c- Seçilen problemin niteliği
- d- İncelenen hukuk sisteminin bir diğeriyle ne ölçüde ilgili olduğu
- e- İlgili yabancı hukuk bakımından materyalin elde edilebilirliği
- f- Sosyal, ekonomik ya da pratik olarak sonuçlara çabucak ulaşma zorunluluğu

Eğer Avrupa Birliği içinde bir tek özel hukuk kurma olanağını incelemekteyse araştırma, hukuk sistemi hakkında göreceli olarak kolay materyal bulma ile ilgilidir. Bu tür bir durumda mukayeseli hukuk çalışmasının doğruluk standardı yüksek olacaktır. Diğer bir deyişle mukayeseli hukuk

çalışmasının doğru çıkma olasılığı yüksek olacaktır. Bu anlamda birçok şey mukayeseli hukuk metodolojisi hakkındaki literatürden öğrenilebilecektir. Böylelikle birçok yetersiz kardan kaçınılabılır. Sonuç olarak mukayeseli hukukçuların karşılaştıkları açmazlar uygun tercihler yoluyla çözümlenmelidir. Diğer bir deyişle tercihler, sağlam olmalıdır. Problemleri ise uygun bir şekilde çözmek için mukayeseli hukukçuların incelediği materyalin sayısı yeterli olmalıdır. Bu ise, postmodern bir bakıştır. İkinci bir noktada mukayeseli hukuk metodu hakkındaki sorularla ilgilidir. Bu anlamda mukayeseli hukukçular sorunları ciddi bir şekilde ele almalıdır²⁵.

4. Mukayeseli Hukuk ve Yeni Eğilimler

Mukayeseli hukukta bahsedilmeye değer dört eğilim vardır. Bunlar: mukayeseli hukuk ve hukuk felsefesi (mukayeseli hukuk kuramı), mukayeseli hukuk ve hukuk tarihi (tarihsel mukayeseli hukuk ya da tarihsel mukayeseli perspektif), mukayeseli hukuk ve kültür (mukayeseli hukuk kültürleri ve hukuk ve kültürel çalışmalar gibi) ve mukayeseli hukuk ve ekonomidir.

Mukayeseli hukukun temel savı, yalnızca mukayeseli hukuk ve hukuk felsefesinin bileşimi yoluyla doğru bir hukuk anlayışına ulaşabileceğidir. Bununla birlikte mukayeseli hukuk ve kültür bileşimi, 1970'li yıllarda hukuk ve toplum çalışmaları biçimini almış,

22 Van Erp, p. 6.

23 Van Erp, p. 7.

24 Van Erp, p. 8.

25 Van Erp, p. 11.

1980'ler de ise hukuk ve popüler kültür biçimini almıştır. Mukayeseli hukuk ve ekonomik gelişmeler ise bugün rağbet halindedir. Hukuki araştırmaları, mukayeseli hukuk ile eş anlamlı olarak gören Yntema ise mukayeseli hukukun, hukuk biliminin diğer adı olduğunu söylemiştir. Bu anlamda milli hukuk, bilimin reddi anlamına gelir. Bu eğilim, mukayeseli hukuk için tatmin edici görünür. Bununla birlikte teori ya da sağduyulu bakışın mukayeseli hukukun bir metodolojiden az ya da birçok şey olmadığı bakışı da söz konusudur. Yine mukayeseli hukukun bir dizi farklı hukuk sistemlerinden doğan "doktriner analiz" ve "case law" yoluyla ve "kurumsal inşa" ve "yeniden inşa" yoluyla bir dizi farklı ontolojik modellerin inşasına yardım etmek suretiyle hukuk kuramına katkıda bulunmasını görmek ister. Bu bakımdan burada hukuk teorisyenleri, mukayeseli hukukun hizmetlerini kullanmak ister. Çünkü mukayeseli hukuk, her bir sistemin sosyal realitesinin inşasını deneme çabasında başarı gösterebilir²⁶.

Bununla birlikte aynı zamanda genel hukuk kuramı ve mukayeseli hukuk arasında da bir birlik söz konusudur. Genel hukuk kuramının ve mukayeseli hukukun birliği, içerik ve biçim birliğinden oluşmaktadır. Onlar, aynı zincirin farklı yönleri ve hukuk bilgisinin zorunlu unsurlarıdır. Mukayeseli hukuk olmaksızın genel hukuk kuramı boş ve şekli bir şeydir. Diğer bir deyiş-

le genel hukuk kuramı olmaksızın mukayeseli hukuk, kördür ve aleladedir. Bu bağlamda genel hukuk kuramı ile mukayeseli hukukun birlikteliği gerçektir ve aktüeldir. Bununla birlikte mukayeseli hukuk ile genel hukuk kuramı seçicidir ve açık görüşlüdür. Buna göre mukayeseli hukukçu, hukuka hukuk teorisi yoluyla ve mukayeseli hukuk teorisi yoluyla yaklaşmalıdır. Fakat henüz standart hukuk teorisi ve hukuk kuramı ders kitaplarında, mukayeseli hukuk kuramının yer aldığı bölümler yer almamıştır²⁷.

Ewald'a göre, geleneksel mukayeseli hukuk, fikir çerçevesini yadsımak suretiyle ve kontekse daha az dikkat vermek suretiyle başarısız olmuştur. Bu anlamda mukayeseli hukuk, zorunlu olarak felsefi bir aktivitedir. Yine Ewald'a göre, mukayeseli hukuk kuramının henüz kesin bir tanımı yoktur. Fakat Ewald, bir ya da daha fazla yabancı hukuk sistemlerini vurgulayan entelektüel kavramların mukayeseli çalışması olarak geçici bir tanım ileri sürer. Bununla birlikte Ewald, mukayeseli hukuk kuramının hukuk felsefesine iki çeşit katkıda bulunduğunu ileri sürer. Bunların ilki, öncelikle kurumsal ve felsefi asli yöntem sorunlarını ortaya çıkarır. Bunların ikincisi ise, başlı başına bir felsefi yarar olabilecek yabancı ülkelerdeki hukuka ilişkin maddi bilgiyi sağlamaktır. Bu noktada Ewald'a göre mukayeseli hukuk, mukayeseli hukuk kuramı olarak yeni-

26 Samuel, p. 827-836.

27 Örcü, *Critical*, p. 5; P. G. Monateri, *The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures*, in: *Italian National Reports to the XV th International Congress of Comparative Law, Bristol 1988*, p. 84.

den adlandırılmalı, ayrıca felsefenin hizmetçisi olmalıdır²⁸.

Sacco'ya göre ise bilimsel fikirler, ne bir bilim tanımlamalarını ne de sonuçların geçerliliğini etkili kılmaktadır. Bu, doğru olmakla birlikte mukayeseli hukukun gerçekte hiçbir pratik kullanıma sahip olmadığı anlamına gelmez. Hukuk sistemlerinin bu tarz mukayeselerini amaçlamanın nedeni, kendi varlığını kendi kullanımları yoluyla haklılaştırmak zorunda oldukları içindir. Yine Sacco'ya göre bununla birlikte biz hala konularımızı haklılaştırma arayışındaysak ve cevap verme yetkisine de sahip değilsek, mukayeseciler olarak kendimizi suçlamalıyız. Bununla birlikte bütün bunların bizim uzmanlaşmış olduğumuz konuları yansıttığını düşünmeliyiz. Birçok bilim adamının da söylediği gibi ister bilgiyi kullansın isterse kullanmasın mukayeseli hukuk, bilgiyi elde ettiği sürece bir bilim olarak varlığını sürdürür. Bu ise kazanılan bilginin kullanılmaması şeklinde anlaşılmalıdır. Eğer mukayeseli hukuk, hukuk kurallarının ve kurumlarının bir çoğulcu varlığını kabul ederse onlar benzer ya da farklı olduğu ölçüde benzerlikler ya da farklılıklar üzerinde kazanılan bilgiye ilişkin şeyler üzerinde bir sınırlama yoktur²⁹.

Bir bilim olarak anlaşılan mukayeseli hukuk, zorunlu olarak hukuki verilerin daha iyi anlaşılmasını amaçlar.

Hukukun gelişimi ya da yorumlama gibi daha sonraki görevler en büyük görevler değerindedir. Fakat bununla birlikte onlar, mukayeseli araştırmanın yalnızca ikincil amaçlarıdır. Hukuk teorisi ya da hukuk kuramı ile sarmalanan mukayeseli hukuku göz önünde bulundurmak önemlidir. Bununla birlikte mukayeseli hukuk araştırmalarından özel olarak yararlanmak, teorileri denemek ve hukuk teorilerine bir yardım eli olarak onu basitçe görmek de önemlidir. Çünkü ikincil anlamda mukayeseli hukuk, hala başlı başına bir konu değildir. Mukayeseli hukuk çalışmalarını yoluyla sağlanan bilgi ve kavrayış bütünlüğünü kullanmak isteyenler mukayeseli hukuk arasındaki birleşmeyi arayanlar hukuk teorisyenlerinden ziyade hukuk tarihçileri, ekonomistler, antropologlar ve sosyologlardır³⁰.

Mukayeseli hukuk, özellikle inceleme konusu yönünden hukuk tarihinden ayrılır. Hukuk tarihinde hukuk düzenlerinin ya da hukuki kurumların zaman boyutu içinde incelenmesi söz konusu olduğu halde, mukayeseli hukuk yaşayan hukuk sistemlerine ya da yürürlükteki hukuk düzenlerine el atar³¹. Yine hukuk tarihçileri geçmişte fikirlerin ve kurumların devinim yeteneğini, hukuki nakil ya da dönüşümlerini aramaktayken, mukayeseli hukukçular kendi dikkatini geçmişte ya da bugün işleyen değişik hukuki olgulara

28 W. Ewald, *Comparative Jurisprudence What Was It Like to Try a Rot*, 1995, 143 *Pen. Law Rev.* 1989, p. 2114-2115.

29 Örcü, *Critical*, p. 5-6.

30 J. Bell, *Comparative Law and Legal Theory in W. Krawietz, Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Berlin 1995, p. 23-31.

31 Özsunay, s. 28.

yönelmektedir. Mukayeseciler, tarihsel olgu olarak hukuki ön koşulları düşünür. Bu anlamda mukayeseli hukuk, bir tarihsel bilimdir. Sacco'ya göre mukayeseli hukuk, bir ülkeden diğerine dönuşen, değişen ve bağlantılı hukuki kurumların şeklini işler. Bu anlamda mukayeseli hukuk, iç hukuku sadece daha iyi bilmemizi sağlamaz. Ayrıca hukukun sosyolojik analizlerinde biçimlenen hipotezleri kontrol etmeye de yarar. Bu bakımdan mukayeseli hukuk, böylelikle hukuk bilimi ve hukuk tarihi arasında ve hukuk bilimi ile genel hukuk teorisi arasında hareket eder³².

Mukayeseli hukuk ile kültür arasında da sıkı bir ilişki vardır. Antropologlar ve sosyologlar, geçmişte doğan ve bugün hukuki nakillerden doğabilecek hukuk ve sosyal kültürler arasındaki yanlış benzerliklerden doğan karmaşa ve problem türlerini araştırır. Bu konuda büyük ve etkili bir literatür vardır. Kültürel çalışmalarda mukayeseli hukukun rolü ve mukayeseli hukuk çalışmalarında kültürün rolü zordur ve hasastır. Mukayeseli hukuk ve kültürler, alıcı ve modellerin yanlış kullanımlarıyla ilgili vurgulara özellikle hukukun tek yönlü hareket yörüngesine ve nakil normlarının (özellikle değerler ve standartların) reddi problemlerine yaklaşır. Mukayeseli hukuk çalışmaları aynı zamanda bir taraftan hukuk reformu ve modernizasyonun aracı olarak hukuki nakilin başarısızlığını ve zayıflığını başarısız örnekleri açıklamak suretiyle özellikle sömürge dene-

yimleriyle ilgili olanları açıklamaya çalışır. Diğer taraftan mukayeseli hukuk çalışmaları, hukuki nakillerin modernizmin en iyi yolu olduğunu göstermiştir. Ayrıca mukayeseli hukuk çalışmaları, kendi yaratıcı çabaları ve başarılı nakil örneklerinin sağlanması yoluyla varolan hukukun ve sosyal kültürün başarısızlığına yol açmaz. Bununla birlikte mukayeseli hukuk çalışmaları, sosyo kültürün yabancılaşmasına neden olmaksızın yararlı bir şekilde kullanılmıştır. Burada mukayeseli hukukun rolü ise örnekler ve açıklamalar sunmaktır³³.

Mukayeseli hukuk ile ekonomi arasında da sıkı bir ilişki vardır. Ekonomistler, rakip sistemler tarafından önerilen çözüm havuzlarından en etkili çözümü seçebilen sistemler yoluyla ayrıntılı bir plan kurmaya çalışır. Avrupa özel hukukundaki yeni hukuk topluluğu (ius commune), hukuk kurallarının yarışması, en etkili nihai tercihler ya da en iyi hukuk kuralları yoluyla gelişebilir. Bu noktada hukuk ve ekonomik gelişmeler, bir zihinsel sömürge kurma süreci olarak görünür. Burada hukuk ve ekonomi yoluyla bir nevi sömürgecilik görürüz. Mukayeseli hukuk, bu sömürgeciler için özel av olmuştur. Bununla birlikte kendi özgünlüğünü koruduğu müddetçe bu ilişki sömürgeciliğin ötesinde bir ortaklığa doğru ilerleyebilir. Böylelikle mukayeseli hukuk ün kazanabilir ve mukayeseli hukuk, hukukta ekonominin ve ekonomide hukukun rolünü anlamada vazgeçilmez olarak görülmeli-

dir. Bu bakımdan mukayeseli hukuk ve ekonomik yaklaşımlar, farklı hukuk sistemleri tarafından önerilen gerçek dünya alternatifleriyle mukayese yapmak suretiyle etkili bir hukuki kurum için bir model inşa etmeyi amaçlamaktadır³⁴.

Mukayeseli hukuk ile hukuk sosyolojisi arasında da sıkı bir ilişki vardır. Hukuk sosyolojisi, sosyolojinin bir parçası olarak hukuk hayatının gerçeğini ve hukuki olguları konu alan ve hukukun doğuşu ile etkileri arasındaki nedensellik ilişkilerini araştırır bir ilimdir. Bunun yanı sıra bir hukuki kurumun doğumunu ve oluşumunu belirleyen tarihsel, toplumsal, psikolojik ve ekonomik etkenlerin neden olduğu durumları hukuk sosyolojisi araştırır. Bu özelliklerinden dolayı hukuk sosyolojisi bir ideal tip bulmak üzere hukuki kural, kavram ve kurumları hukuki açıdan bir araya getirip karşılaştıran mukayeseli hukuktan kesin olarak ayırır. Bu noktada mukayeseli hukuk ile hukuk sosyolojisi arasındaki ilişki iki yönden incelenebilir. Bunlar, ilk olarak hukuk sosyolojisinin hukuk ilmine yardımı, ikinci olarak ise ampirik hukuk sosyolojisinde karşılaştırmalı hukukun rolü bakımındandır. Buna göre modern mukayeseli hukuk artık sadece kanun hükümlerinin karşılaştırılmasından çok öteye gitmiş, uygulanmakta olan hukukların ya da hukuki olguların karşılaştırılmasına dönüşmüştür. Bundan dolayı modern mukayeseli hukuk kendisini sadece hukuk

öğretisince tanınan hukuk kaynakları ile sınırlı saymamakta, ayrıca inceleme konusu yapılan hukuk düzeninde fiilen mevcut olan hukuki gerçeklikleri de el almaktadır. Bununla birlikte ampirik hukuk sosyolojisinde de mukayeseli hukukun önemi büyüktür. Zira mukayeseli hukuk, sosyal bilimcilere ilginç denemeler sunmaktadır. Mukayeseli hukukun bu hizmeti özellikle hukukun oluşumunu etkileyen sosyal koşulların açıklamasında göze çarpar³⁵.

5. Eleştirel Mukayeseli Hukuk

Örücü, eleştirel mukayeseli hukuk başlığı altında mukayeseli hukukun yukarıda önerilen evliliklerinden doğacak problemleri ve uyarı işaretlerini değerlendirmek için yalnızca hukuk gerçeğinin küme bilgisinin güvenilir yolu olarak mukayeseli hukuku kendi uhdesinde bir problem olarak görür. Bu bakımdan kazanılan bilgiye ilişkin olarak buradaki görev, temel olguları tam anlamıyla analiz etmektir. Ayrıntıya karşı benzeşmeye ilişkin olarak mukayeseli hukuk araştırmacılarının geçerli kaygılarının çoğu, hukuki kurum ve fikirleri ihraç edenler ve ithal edenler için problemlere eleştirel mukayeseli hukuk adı altında yapıcı bir biçimde yaklaşılabilmesidir. Bununla birlikte bu terminolojinin seçimi, eleştirel mukayeseli hukukun, eleştirel hukuk çalışmaları hareketinin bir dalı olduğu anlamında hiçbir şekilde yorumlanamaz³⁶.

32 Örücü, *Critical*, p. 6.

33 Örücü, *Critical*, p. 7.

34 Örücü, *Critical*, p. 7.

35 Özsunay, s. 33-34.

36 Örücü, *Critical*, p. 8.

Bugün Avrupa'da mukayeseli hukuk, ilk ve öncelikli olarak Avrupa Birliği içinde kullanılmaktadır. Bu noktada mukayeseli hukuk, Avrupalıların kendi aralarında önem verdiği konuları kapsamaktadır. Avrupa'da mukayeseli hukuka yönelen ilk görev, entegrasyonu kolaylaştırmak için yeni hukuk topluluğu çalışmaları ile hukuki dönüşümün başarısını benzeşme temelinde sağlamaktır. İkinci görev ise Kıta Avrupası Hukuku ile Common Law'u uzlaştırma yollarını bulmaktır. Mukayeseli hukuk çalışmalarına bu çerçevede verilen üçüncü görev, Avrupa kanunlarının yaratılması hakkındadır. Mukayeseli hukukun dördüncü ve en genel görevi ise, milli devletlerdeki ve Avrupa'daki mahkemelerin inşasına bir araç olarak hizmet etmektir³⁷.

Dolayısıyla bu konuda hukukun birleştirilmesi kavramına değinmekte fayda vardır. Hukukun birleştirilmesi denilince bununla iki ya da daha çok hukuk düzeninde belirli alanı ya da hukuki kurumu düzenleyen özdeş kapsamlı hukuk normlarının istenilerek ve bilinçli olarak birleştirilmesi anlaşılır. Kavramsal açıdan ise hukukun birleştirilmesini hukukun bütünleşmesinden ayırt etmek gerekir. Bütünleştirmede ayrı hukuk sistemlerinin bir araya getirilerek kendi kendine yetebilen yeni bir hukuk sisteminin oluşturulması söz konusudur. Oysa bütünleştirmede bir araya getirilen hukuk sistemleri, yeni hukuk normlarının kaynakları olarak varlıklarını sürdürebilecekleri halde

bağımsız sistemler olarak varlıklarını yitirirler³⁸.

Avrupa dışı ülkelerle ilişkiler bakımından Avrupa, Batı Avrupa Hukuk Sistemleri tarafından sunulan bir model havuzuna biçim vermek için yarışan modellerin inandırıcılığını sağlamak yoluyla yapılacak hukuk reformuna yardımcı olmada hukuki fikirlerin ve kurumların ihracına ilişkin mukayeseli hukukun fonksiyonu ile ilgilidir. Mukayeseli hukuk dünyasında mukayeseli hukuka bakıldığında yukarıda bahsettiğimiz aynı dört eğilimi görürüz. Bu noktada mukayeseli hukukun görevleri yukarıda bahsedilenlere benzer görevlerdir. Bununla birlikte burada beş noktadan bahsetmekte fayda vardır. Bunların ilki, Avrupa sistemlerinin herhangi bir modeli, diğer devletlere özellikle doğu Avrupa devletlerine satma yarışı içindedir. İkincisi, genel sağlık ve Common Law birliği konularında hukuk sistemlerine ve "hukuk kültürü"ne ilişkin olarak İngiltere'de Kraliyet Özel Meclisinin değişim tutumudur. Üçüncüsü Avrupa Birliği içinde İngiliz Hukukunun sağlamlığını sürdürmek için açıklanan güçlü bir arzudur. Bu arzu şu görüşe dayalıdır: Günümüz hukuk sistemleri esnek, gerçekçi ve kanunlaştırılmama şeklinde kalmalıdır. Dördüncü nokta mukayeseli Common Law'u öğrenme ve araştırmada yenilenmiş çıkarlardır. Son olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde mukayeseli hukukun Avrupa'nın gölgesinde büyümesine yönelik kaygılar vardır. Bu noktada mukayese-

li hukukun ciddiye alınması isteniyorsa mukayeseli hukuk kendi gündemiyle gelişmelidir. Bu yüzyılın sonunda yeni bir yüzyıla girerken mukayeseli hukuk yukarıda çizilen çerçeveden doğan çok önemli problematik sorunların bazısı ile donatılmalıdır. Bu bakımdan mukayeseli hukukun dönüşüm ve değişim ufku bir eleştirel duruş yoluyla analiz edilmelidir. Bu noktada problemler aşırı bir şekilde detaylandırılmamalıdır. Bununla birlikte problemlerin bazıları diğerlerinden daha etkilidir. Eleştirel mukayeseli hukuk başlığında bu çalışmalarda mukayeseli hukukun en önemli rolü ve amacı, günümüz için ve gelecek yüzyıl için mevcut ve olası problemleri tartışmaktır³⁹.

21.Yüzyıl'da mukayeseli hukuk, Avrupa Birliğindeki mukayeseli hukuk, Common Law dünyasındaki mukayeseli hukuk, Uzak Doğudaki mukayeseli hukuk ve karşılıklı etkiler gibi genel, kamu, özel ve cezai mukayeseli hukuka çok daha dikkat verilecektir. Mukayeseli hukukun geleceğin hukuk reformu, hukuk ve kültür çalışmalarındaki yabancı modellerin kullanımının ve farklılığının takdiri kadar teorik ve pratik olarak sihirli bir hukuk biliminin yakınlaşmasına ve bütünleşmesine bağlanacaktır. Gelişmesini gördüğümüz eğilimler, mukayeseli hukukun rolü çerçevesinde merkezi olmayı teorileri deneme olanağı olarak yeni yaklaşımları uyumlaştırmak için, yeni reçeteler için, karışık karma sistemler ve yeniden tasarlanan sistemler için, bir Avrupa Topluluğu hu-

kuk topluluğu için, yeniden tanımlanan hukuk kültürü için ve bir Avrupa, Merkezi ve Doğu Avrupa, Common Law, Afrika ve Uzak Doğu gibi bölgesel mukayeseli hukuka vurguyu sürdürecektir. Bu bakımdan birçok kavramlara ve kurumlara eleştirel mukayeseli hukukçuların bakış açısı yoluyla bakılmalıdır. Bu noktada mukayeseli hukuk, aynı zamanda Avrupa Topluluğu Adalet Mahkemeleri, bölgesel mahkemeler ve hukuk reformu inşası için zorunlu bir araç olarak gittikçe önem kazanacaktır⁴⁰.

Doğu ve Merkezi Avrupa hukuk sistemleri için batı hukuk geleneğinden doğan nakiller, mukayeseli hukuk bilimcileri için eşit önemdedir. Bu nedenle vurgu, bugüne ve geleceğedir. Bu noktada sonuçlar, genel olarak kabul edilen hukuki aileler sınıflandırması ve yeni çalışmaların görünümleri arasında ve "hukuk kültür"lerinin kendileri arasında ya da "hukuk kültür"leri ve "sosyal kültür"ler arasındaki sınırın bulanıklığı karma sistem ve nakil sistemlerindeki sistemlerin başlangıcıdır.

Common Law ve Kıta Avrupası Hukuku uzlaşması ve yakınlaşması konusunda, Avrupa entegrasyonu ile ilgili endişeler, nakil konusunda gelişen hukuk sistemlerinin geleceği, hukuki ihracatın alıcısı ya da dış alıcısının problemleri bütünüyle karşılıklı etkilerin ve karşılıklı aşılamanın realitesiyle bağlıdır. Bu etkiler yalnızca hukuk sistemleri arasında değildir. Aynı zamanda sosyal kültürler ve hukuk

37 Özücü, *Critical*, p. 8.

38 Özsunay, s. 164.

39 Özücü, *Critical*, p. 8.

40 Özücü, *Critical*, p. 8-9.

sistemleri ve “hukuk kültür”leri ve hukuk sistemleri arasında da söz konusudur. Ayrıca onlar, hukuki plüralizmin ve çok kültürlüğün önemli destekleridir. Eleştirel mukayeseli hukuk, hukukun dönüşümcü deviniminin sonucunda temel olarak dört başlık altında nakile ve karşılıklı etkilerdeki sistemlere yaklaşır. Bir sisteme dayalı yaklaşım kullanarak göç yöntemi üzerinde duran araştırmacılar genellikle hukuk tarihçileri, siyasi tarihçiler ve Avrupalı hukukçulardır. Burada bir politik ve tarihi yaklaşım zorunludur. Bununla birlikte burada çok ileri ve çok gelişmiş hipotezlere ihtiyaç duyulur. Bu bakımdan burada mukayeseli hukuktaki ve hukuk teorisindeki bilim anlayışı birlikte gelişir.

Bu bakımdan Avrupa Ekonomik Topluluğu’nda mukayeseli hukukun başlıca üç yönden önem taşıdığı söylenebilir. İlk olarak mukayeseli hukuk, topluluğun ikinci derece hukukunun vücuda getirilmesinde önemli bir görev üstlenmektedir. İkinci olarak mukayeseli hukukun, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararları bakımından da büyük bir önem taşıdığı belirtilmiştir. Son olarak AET ülkesi üyelerin, ortak hukuk kurallarının saptanıp belirlenmesinde de mukayeseli hukukun büyük katkılarda bulunduğu belirtilmelidir⁴¹.

6. Ayrılığa Karşı Yakınlaşma

Mukayeseli hukukta bir inanç bölünmesi vardır. Bu inanç, genel olarak

şöyle özetlenebilir: Yakın ya da benzer sistemler bir diğerinin uygulamalarından yararlanabilir. Bundan dolayı daha geniş bir Avrupa çerçevesinde yeni hukuk toplumu tarafından kapsanan sistemlerin alıcılarını genişletmeye teşebbüs etmek gerekir. Bununla birlikte gerçekte nakil yapan birçok sistem sosyokültürel olarak ya da hukuk kültürü olarak birbirinden farklı olan hukuk sistemlerine bakar ve ilham alır. Bu bağlamda şu sorunlar karşımıza çıkar: Bu durum nasıl açıklanabilir? Bu tarz çeşitlilikteki modeller, gerçekte yardımcı olabilir mi? Modelden ve kalbilden doğan uyumsuzluklara nasıl bakılmalıdır? Bu konuda Watson’un görüşleri büyük önem arz etmektedir. Watson’a göre hukuk kuralları birçok yerde aynı derecededir. Hukuk kurallarının tarihsel kökenleri ister özel hukuk kuralları olsun, isterse olmasın hukuk kuralları her hangi bir özel zamanda ya da her hangi bir özel yerde ya da her hangi bir özel topluluk için herhangi bir iletişim bağı olmasa bile varlığını sürdürür⁴².

Schlesinger’e göre ise mukayese etmek, farklılıklar gibi benzerlikleri de açıklamak ve göz önünde bulundurmaktır. Ona göre vurgu, bazen farklılıklar üzerine bazense benzerlikler üzerinedir. Schlesinger, farklılıklar üzerine vurgunun yapıldığı mukayeseye zıt mukayese, benzerlikler üzerinde durulan benzerliğin temel alındığı mukayeseye ise birleştirici mukayese demektedir. Bu sayede Schlesinger, bir-

leştirici mukayeseli hukuk ile zıt mukayeseli hukuku kıyaslar. Onun vardığı sonuç, birleştirici mukayeseli hukukun geleceğe ait olduğudur. Avrupa içinde hukuk topluluğu araştırmacıları hukuk sistemini bütünleştirmeye çalışmaktadır. Ayrıca onlar, İngiltere ve İrlanda gibi farklılıkları da kapsayan bir hukuk dünyasını incelemektedir. Bu amaç doğrultusunda devletin işlerine müdahale etmektedirler⁴³.

Zweigert ve Kötz’e göre ise yabancı hukuki kurumların kabulü milli bir konu değildir. Fakat faydalıdır ve gereklidir. Herhangi bir kimse evinde iyi veya kötü bir şeye sahipse onu uzak bir yerden getirmeye katlanmaz. Bunu ise ancak bir aptal reddedebilir. Çünkü arka bahçede hiçbir şey yetiştirmemiştir⁴⁴.

Mukayeseli hukuk, bugün bir bütünleştirme aracı olarak görülebilir mi? Mukayeseli hukukun bizim ihtiyaç duyduğumuz son şey olması olgusu gerçek bir şey midir? Bu tarz güçlü görüşler ayrımın ya da çeşitliliğin üstünlüğüne itiraz edebilir mi? Bu konuda Ward tarafından şu önerilir: Aynılık ya da farklılık tartışması, sorun ile ilgili teorik mukayeseciliğin çoğunda baskındır. Buradaki sorun, bizim farklılığı tanımlayıp tanımlayamayacağımızdır. Farklılığı besliyor muyuz ya da farklılığı etkili aynılık yoluyla bastırmaya mı çalışıyoruz? Yine Ward’a göre Avrupa içinde mukayeseli hukuk, etkili aynılık ve zorlayıcı farklılık aracı olarak kullanılmaktadır. Bu noktada

mukayeseli hukukçular tarafsız gözlemciler değil fakat güçlü oyunculardır. Ward’a göre farklılığı, mukayese için temel bir araç olarak kabul etmeli, daha sonra ise uzlaşmaya ve arabuluculuk etmeye çalışmalıyız. Bununla birlikte Ward’a göre, anlamlı mukayeseyi yakalayan bir farklılıklar Avrupa’sı vardır. Avrupa ise farklılığı reddetmeyi denemeyi sürdürecektir. Ayrıca Avrupa’da mukayeseli hukuk, post-modern toplumu niteleyen farklılıkları tehlikeye atacaktır. Bu anlamda mukayeseli hukuk bir tehdittir. Mukayesecilik ise aslında farklılıkları tanımlama eğilimindedir⁴⁵.

“Hukuk kültür”lerindeki farklılıklar, hukuk kaynağı, hukuki usullama metodu ya da hukuki kurumlar hakkında olabilir. En temel farklılıklar sosyo kültürle ilgili olanlardır. 20.Yüzyılın ilk on yılında Common Law ve Kıta Avrupası Hukuku arasındaki farklılıkları vurgulanmıştır. En azından Avrupa Birliği içinde özel hukukun bakış açısından genel unsurlar araştırılmıştır. Burada üç soru sorulmalıdır: Bunların ilki şudur: Mukayeseli hukuk kurumlardaki, hukuki yapılarıdaki ve maddi kurallardaki farklılıkları vurgulamıştır. Peki geçmişteki farklılıklar abartılmış mıdır? İkinci soru ise, bazı seçilmiş kuralların benzerliğini göstermek, farklı yaklaşımları reddetmek için ve benzeri yaklaşımları doğrulamak için yeterli olduğu söylenebilir mi? Üçüncü soru şudur: Olgular olarak kültür ve farklılık merkezi

41 Özsunay, s. 222.

42 W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (III), The Logic of Legal Transplants*, 1995, 43 Am. J. Comp. L., p. 489.

43 Özücü, *Critical*, p. 10.

44 Zweigert and Kötz, p. 17.

45 Özücü, *Critical*, p. 12.

önemde olduğunda mukayeseli hukukun fonksiyonu köprülerin temeli mi olmalıdır? Hukuk sistemleri ya da hukuki aileleri yaklaşımı gruplamasının farklılıkları vurgulamaktan doğduğu iddiası şeyleri incelemenin bir yolu olabilir. Bu noktada bu uygulamanın, benzerlikleri tanımlamaktan doğduğu ileri sürülebilir. Hukuki nakilin çalışması da aynı zamanda hukuk sistemleri ve yeni ortak özellikler arasındaki ilişkinin incelenmesidir. Bununla birlikte mukayeseli hukukun son zamanlara kadar yalnızca farklılıkları vurgulamış olduğu iddiası bütünüyle doğru değildir. Macco'nun da belirttiği gibi 16. ve 19. Yüzyıl arasındaki mukayeseli hukuk tarihi, mukayeseli hukuk benzerlikleriyle ilgili olup, farklılıklarıyla ilgili değildir. Bu dönem, milliyetçiliğin ve pozitivistizmin arttığı bir dönemdir. Bu noktada mukayeseli hukuk söylemi farklılıkları söyleyerek ve özellikle Kıta Avrupası ve Common Law arasındaki farklılıkları açıklayarak işe başlamıştır. Burada dört nokta üzerinde durulmalıdır. Mukayeseli hukukun üstün körü tanımı bile, mukayeseli hukukun hem farklılıkları hem de benzerlikleri incelemekte olduğunu bize anlatmaktadır⁴⁶.

Burada uyum sorununa da kısaca değinmekte fayda vardır. Yakınlaşma alanında farklılıkların uyumu oldukça verimli ve faydalıdır. Uyum konusunda genel olarak şu sorular sorulabilir: Bütünleşmenin anlamı nedir? Uyum benzerlikler anlamına mı gelir? Uyum ve uyumlulaştırma arasında bir ayrılık

var mıdır? Bilindiği gibi uyum, her hangi bir sistemin konusudur hem de asli özelliğidir. Bununla birlikte mukayeseli hukuk çerçevesinde hukukun uyumu nosyonu anlaşılmazdır. Bir kavram olarak uyumlulaştırma, uyuma neden olma sürecidir. Bir metot olarak uyumlulaştırma ise hukuk reformu için bir araçtır. Ayrıca uyum, farklılığı kabul eder ve korur. Yine uyum da parçalar bireyselliklerini korur. İhtilaf-tan zıt olarak uyum, hoş bir bileşimdir. Uyum aynı zamanda uyumsuzluğu da kapsayan görel bir kavramdır. Uyuma yalnızca farklılığı ortadan kaldırarak değil, aynı zamanda farklılıklar içinde de ulaşabiliriz⁴⁷.

Mukayeseli hukukun bazı paradokslarıyla dış alıcılar karşı karşıyadır. Burada belli başlı üç temel paradoks göze çarpmaktadır. Burada farklılaşma tartışmalarına karşı yakınlaşma görüşlerine yer verilecektir. Daha önce değindiğimiz benzerlik ve farklılık tartışması ilk paradoksta yansıtılmaktadır. İlk paradoks, hukuk kurallarına biçim verenleri, yabancı modellerin yararları konusunda ikna etmek için yakınlaşmaların (benzeşmenin) faydalılığını açıklama konusundadır. Mukayeseli hukuktan maksimum yarar elde etmek için hukuk sistemleri arasındaki benzeşmeleri ya da farklılıkları açıklamak konusu büyük önem taşımaktadır. Diğer bir deyişle mukayeseli hukukun gerçek rolü, toplumda hukukun gerçek rolünü arttırabilir. Mukayese, şimdiye kadar bilinenle bilinmeyen ya da bilinen ile diğer bilinenin değerlendiril-

mesini kapsamıştır. Bu noktada değerlendirme, bir dizi zıtlıkları ya da mukayeseleri kapsamaktadır. Bugüne kadar bilinmeyen, bilinenin benzeri olarak bulunmuştur. Bu benzerlik, sosyo-kültürel ya da hukuk kültürel olabilir ya da sadece hukuk kültürel olabilir. Eğer iki sistem arasında hukuk kültürel hariç sosyokültürel benzerlik varsa, mukayeseciler tarihsel açıklamalarda ya da tarihsel rastlantılarda çözüm yolları aramaktadır. Bununla birlikte benzerlikler durumunda, benzerliğin nedenlerini bulma konusunda mukayesecilerin görevi azalmıştır. Zira mukayeseciler, benzerlikleri amaçları için kullanmıştır. Fakat benzerliklerin hukuk reformunda kullanılmak için ya da uyum olanağını sağlamak için bir model sağlayabileceği kabul edilmelidir⁴⁸.

Daha önce de değindiğimiz gibi Avrupa'daki baskın eğilimlerden biri, Avrupa'da yeni hukuk topluluğunun yolunu açmak için hukuk sistemleri arasında benzerlikleri bulmak ve ortak hukukun genel ilkelerini geliştirmeye çalışmaktır. Burada önemli olan ortaklığın genel ilkeleridir. Herhangi bir üye devletin hukukunun uygulanmasındaki tarz ya da alan değildir. Bu eğilimlerden biri, bir Avrupa Medeni Kanunu, bir Avrupa Ceza Kanunu vs yaratmak için çabaları genişletmeye çalışır. Tarihsel mukayeseciler bu alanda çok aktiftir. Aktif hukuk topluluğu araştırmacılarına örnek olarak Zimmerman, Watson, Friedman, Koppmans, Xauier, Levitsky ve Markesi-

48 Ötücü, *Critical*, p. 13.

49 Ötücü, *Critical*, p. 13.

50 Ötücü, *Critical*, p. 14.

nis verilebilir. Avrupa'yı içine alan yakınlaşma teorileri elbette ki yalnızca yeni hukuk topluluğuna dönüşü açıklamakla kalmayan hem de doğal bir yakınlaşmaya atıf yapan (doğal hukuk, hukukun gelişimi gibi konulara atıf yaparak) evrensel yakınlaşma teorileridir⁴⁹.

İki şey tıpkı olmadığı müddetçe iki şey arasında hem benzerlikler hem de farklılıklar vardır. Bilindiği gibi hukukta tıpkılık söz konusu değildir. Hatta çok başarılı bir nakilden sonra bile sistemlerde gelişmeci bir dinamizm belirir ve sistemler kendi özgün yollarını bulurlar. Farklı bir çerçevede yaşayan yeni kavramlar ya da kurumlar değişmeye başlar. Bu noktada bir mukayeseci, hem benzerliklere hem de farklılıklara önem vermelidir. Ayrıca mukayeseciler, bulguların nedenlerini de açıklamaya çalışmalıdır. Bu, mukayeseli hukukun en önemli ve en etkin görevidir. Daha önce de değindiğimiz gibi, birbirine benzeyen sistemler mukayese edildiğinde farklılıkları açıklamak çok daha ilginçtir. Mukayeseciler, farklılıkları ya da benzerlikleri ister aydınlatınsın, isterse aydınlatmasın mukayese bir tercih, üstelik bir politika konusu olarak görünmektedir⁵⁰.

Hukuk topluluğu araştırmacılarının gündemi, hem Kıta Avrupası Hukuku hem de hukuk gelenekleri arasında hem de özellikle Avrupa Birliği içindeki Kıta Avrupası ve Post Sosyalist gelenekler arasındaki benzerlikleri abartmakta ve farklılıkları küçümsemektedir. Bazı Common Law muka-

46 Ötücü, *Critical*, p. 12.

47 Ötücü, *Critical*, p. 13.

yesecileri ise daha yakın bağları araştırmaktadırlar. Benzerlikleri araştırmak ve açıklamak kesinlikle daha büyük ve ileri bir yakınlaşmaya yardımcı eder. Ayrıca hukuk reformunun temel aracı olan mukayeseli hukuk çalışmalarının şansını artırır. Böylelikle 20.Yüzyıl'da konusunun önemli bir rol oynamasını isteyen bir mukayeseci, kurucu olmak isteyebilir. Yalnızca farklılıkları açıklamak (özellikle Kıta Avrupası Hukuku ve Common Law arasındaki ve Kıta Avrupası Hukuku ve Sosyalist Hukuk arasındaki farklılıklar) bitmiş görünür. 19. ve 20.Yüzyılın bütününde bir kamp ile diğer kamplar arasında bir dalgalanmalar görülmüştür. Bu, Batı "hukuk kültürü" ile İslami "hukuk kültürü" arasındaki bir uyumsuzluktur⁵¹.

Mukayesecilere göre bilinmeyen, bütünüyle bilinenden farklıdır. Farklılıklar, hem sosyo kültür ya da hukuk kültürü arasında ya da yalnızca sosyokültürel ya da yalnızca hukuk kültürü arasında olabilir. Ayrılık, sosyokültürel olduğunda ortada bir hukuk kültürü benzerlik vardır. Hukuk, hızlı gelişmekte ve yeni alanlara açılmaktadır. Örneğin İngiliz Mahkemeleri, sosyokültürel ve hukuk kültürel bağ gördükleri diğer Common Law yargılamalarını incelerler⁵².

Hatta bazı hukuksal gelenekten doğan sistemler, bir diğer sistemlerden alım yaptığında bile birçok problem ortaya çıkabilir. Bu durum sivil geleceğin parçası olmamış hukuk sistem-

leri için örneğin Türkmenistan ve Özbekistan gibi kesin olabilir. Burada şu soru karşımıza çıkar: Bu tür durumlarda mukayeseli hukukun gerçek fonksiyonu nedir? Amerikalı mukayeseli hukukçu Hazard'a göre mukayeseli hukuk, öğrencilerin düşüncelerini genişletmek için kullanılır. Hazard, kayırmadan kesin olarak kaçınmayı dener. Ona göre kayırmacılık, hukuk ve sosyokültürel anlayışı ve onun sürekli etkileşimini arttırmak isteyen araştırmacının şevkini kırabilir. Flankenburg'a göre ise mukayeseli hukuk çalışmaları, öğrencilerin kültürlerindeki ve eğitimlerindeki ön yargıları yeniden düşünmesine yarayacaktır⁵³.

Eğer mukayeseli araştırma başlı başına ciddi bir şekilde farklılıkları açıklama ve araştırma ile ilgiliyse, mukayeseli hukuk araştırmalarının kendisine yararı dokunduğu gibi mukayeseli hukuk araştırmalarının sonuçlarını inceleyen bilim adamlarına da yararı dokunabilir. Daha ileri bir eleştirel mukayeseli hukuk geliştirmek için mukayeseli hukukun bir olumlu tutumla ilişkisi olmalıdır. Bu tarz araştırmaların bulguları hukuk anlayışımızı, hukuk kültürel ve sosyokültürel anlayışımızı geliştirebilir. Birçok dilde mukayese kelimesi yaklaşık olarak benzer ve çok farklı olmama anlamında kullanılır. Mukayese, kıyaslamak için anlamlı ya da olanaklı olabilir. Mukayese, büyük temel farklılıkları gösterebildiği için böylelikle bir mukayeseyi

51 Örcü, *Critical*, p. 14.

52 Esin Örcü, *The United Kingdom as an Importer and Exporter of Legal Models in the Context of Reciprocal Influences and Evolving Legal Systems*, in: *UK Law for the Millenium*, London 1988, p. 206.

53 Örcü, *Critical*, p. 15.

kabul etmek benzerliği kabul etmekle aynı şey değildir⁵⁴.

Puchalska, Tych ve M. Salter, mukayeseli hukuk çalışmalarının Doğu Avrupa "hukuk kültür"leri anlayışını geliştirmede başarısız olduğu görüşüne itiraz etmiştir. Yine onlar, mukayeseli hukuk araştırmalarının diyalektik bir analize ihtiyaç duyduğu görüşüne itiraz etmiştir. Onlara göre sosyo hukuk kültürü, batı hukuk kültürüyle mukayese edildiğinde literatürün genellikle pozitivist bakış açısının resmi bir türü olduğu, bir azalma içinde olduğu ve eleştirel tanımlama içinde olduğu görülür. Onların ileri sürdüğü ikinci eğilim, kaba bir fonksiyonalist analiz türünü benimseyerek sosyolojik realiteri araçsallaştırır. Bu noktada onlar, baştan aşağı bir analiz türünü yadsır. Onlar, ayrıca bunun hem bir acizlik olduğunu hem de indirgemenin başarısız olduğunu iddia eder. Bu yazarlara göre yaşayan hukuk kültürü, sosyal etkileşimdeki toplumun gelişimini yadsır. Bununla birlikte pozitivist ve fonksiyonalist yaklaşımlara alternatif olarak üçüncü eğilim bu mukayeseli hukuktaki refleks eğilimdir⁵⁵.

7. Modeller ve Alıcılar Arasındaki Uyuşmazlık Konusu

Buradaki bir paradoksta modeller ve alıcılar arasındaki uyumsuzluğun nasıl çözüleceği konusuna odaklanır. Hukuk reformu ve modernleşme için birçok nakil yapan devlet sosyokültürel olarak ve veya hukuk kültürel olarak

kendinden farklı diğer devletlerin modellerini inceler. Burada şu soru karşımıza çıkar: Bu tarz modeller gerçekten yardımcı mıdır? Eğer bir Common Law sistemi, bir Kıta Avrupası Modeli ya da tersi bir modeli ödünç aldığı anda problemlerle karşı karşıya kalır. Daha önce de belirttiğimiz gibi Arnavutluk, Bulgaristan, Özbekistan ve Tacakistan gibi Kıta Avrupası geleneğinin ya da Common Law'un asla parçası olmamış hukuk sistemlerinin kesin kaygısı olmalıdır. Onlar, modeller ve alıcılar arasında ortaya çıkan uyumsuzlukları nasıl ele alırlar. Bu konular elbette mukayeseli hukukun genel problemleridir. Onlar özellikle toplumlarını ya da hukuklarını biçimlendirmek için Common Law ve Kıta Avrupası modeli alan Doğu Avrupa'nın ve Eski Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği devletlerinin hukuk ve sosyal sistemlerinin gelişmesinde bu rolün ölçüsü nedir? Burada doğal olarak şu soru karşımıza çıkar: Mukayeseli hukuk çalışmaları bu paradoksları nasıl çözebilir⁵⁶?

Elbette ki modernizmin bütün savunucuları yabancı modellere böylelikle mukayeseli hukuk çalışmalarına güvenmez. Örneğin Kulcsar, toplumlar arasında mukayeselerin değerlerine şüpheyle bakar. Yine Kulcsar'a göre modernizmin en önemli özelliği bir toplumun kendi iç koşulları sayesinde iç koşulları kullanarak sürekli değişim yeteneğinde olabilmesidir. Yine hukukun dış alımına karşı modernliğin top-

54 Örcü, *Critical*, p. 15.

55 B. Puchalska - Tych and M. Salter, *Comparing Legal Cultures of East Europe: The Need for Dialektik Analysis*, 1996 YCLS, p. 157.

56 Örcü, *Critical*, p. 16.

lumun kendi içindeki dinamikleri sayesinde olması gerektiğini söyler⁵⁷. Bu nedenle modernliğin yarışan modelleri Merkezi ve Doğu Avrupa sistemleri için bir teklif sunar. Bu noktada rejim, mukayeseciler için paralel olmayan zıt fırsatlar sunar. Ayrıca sosyal nakili etkileyen hukukun kullanılması hakkındaki sosyo hukuki hipotezleri test etmek için bir laboratuvar olarak teklifler sunar. Farklı sosyo ve / veya hukuk kültürlerinin hukuk sistemleri arasında bir çatışma olan modeller ve alıcılar arasında bir uyumsuzluk var olduğunda sonuç genel olarak karma bir yargılamanın ortaya çıkmasıdır. Bu tarz hukuk sistemlerinde değişik unsurlar varolacaktır. Bu durumda sosyokültürel ve hukuk kültürel çeşitlilikler varolabilir⁵⁸.

Özel konular hukuk sistemleri ve sosyal sistemler arasındaki yakınlaşma ve farklılaşma problemleridir. Burada hukuki kültürel yakınlaşmalara özel bir dikkat verilmelidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu kültürel plüralizm ve değişik kültürlerin çarpışması ve ithal edilen hukuk sistemi için sonuçlar çağdaş özel öneme sahip konulardır. Bu noktada hukuki plüralizm bir diğer önemli konu olarak karşımıza çıkar. Burada bir ciddi soru sorulmalıdır: Hukuki bütünleşmede parçalı hukuk sistemlerinin uyumu ya da uyumsuzluğu yardımcı mıdır yoksa engel midir? Yine burada şu sorular sorulabilir: Bu sistemler araştırmacılar tarafından göz önünde bulundurulmalı mıdır? Modelin sosyal, politik ve kül-

türel arka planını açıklamak dış alıcılar için zorunlu mudur⁵⁹?

Bu tarz gelişmelerde olan şeyler seçim konusu değil zorunluluk ve aciliyet konusu olmadığı taktirde ihtimal konusudur. Avrupa Birliğine dahil olma konumunda olan bazı Doğu Avrupa sistemleri istenilen yönde kendilerini değişime katlanmaya hazırlanmalıdır. Şüphesiz Merkezi ve Doğu Avrupa ülkeleri topluluk çevresine katılmayı arzu etmektedir. Bunu yapmak için onlar kendilerini topluluğun taleplerini benimsemek için hukuklarını değiştirmeye arzulu olduklarını göstermelidirler. Bu noktada onlar, ekonomik gelişmeleri için hukuk sistemlerindeki temel değişikliklere katlanmaktadır. Gerçekte ise onlar, bu konuda tercih hakkına sahip değillerdir. Bu bağlamda Avrupa anlaşmaları eşitsiz güçler ve nüfuslar tarafından müzakere edilmektedir. Bunun adı ister gönüllü dış alım olsun isterse olmasın, bu durum tabilik seviyesine bağlıdır. Görünürde ise topluluk hukukunun gönüllü bir dış alımı var gibi görünür. Ancak açıktır ki topluluk hukuku partnerler için zorunludur ve görüşülemez⁶⁰.

İkinci paradoks, 21.Yüzyılın paradoksu olarak kalacaktır. Bu paradoks, birçok özel ve kavramsal ifadeyi içerir. Daha önce de değindiğimiz gibi hukukun, hukuki kavramların, hukuk kurallarının ve hukuk sistemlerinin yeniden tanımlanması, hukuk ve kültür arasındaki çatışmalar, yakınlaşma ve farklılaşmanın yarattığı problemler,

hukuk yapmanın bütünüyle açıklanması, hukuk reformu, modernleşmenin ve modernitenin yeniden tanımlanması, nakil yapan hukuk sistemleri ve hukuki plüralizm tartışmanın konuları arasındadır. Bu karma sistemlerin başarısı ya da başarısızlığı ikinci paradoksa bir cevap bulmaya yarayabilir⁶¹.

Bir diğer paradoksta hukuki fikirlerin ve kurumların ihracının çağdaş niteliği hakkındadır. İhracatçı bugün kendi modelini en çok tercih edilen şey olarak piyasa sunar. Bu piyasa hem alıcının ham de satıcının piyasasıdır. Bu alıcının seçeceği birçok model vardır. Bu, ayrıca satıcının piyasasıdır. Çünkü gerçek anlamda dış alıcılar için gerçek bir tercih hakkı ya da seçme özgürlüğü yoktur. Yukarıda değindiğimiz gibi Avrupa Birliğine girmek için bu konuda ülkelere tercih hakkı verilmemiştir. Geçmiştekinden bir diğer farklılık da şudur: Bu bir zorlamadır gönüllü bir dış alım değildir. Son farklılık ise şudur: Süreç, geçmiştekenden daha etkili bir şekilde dış alıcıları kapsamaya rağmen, bütün süreçleri dış alıcılardan ziyade ihraç edenlerin bakış açısından değerlendirme eğilimi vardır. Bu noktada birçok akademisyenin Batı Avrupa'nın dış satımının başarısı ile ilgilendiği söylenebilir⁶².

8. Mukayeseli Hukuk Çare Olabilir mi?

Mukayeseli hukukçuların taşıdıkları ağır sorumluluk onlara sempatiyle

bakılmasını haklı kılmaktadır. 1966 yılında mukayeseli hukuk çalışmalarının alışılmadık özellikleri genel kabul görmüştür. 1949'lu yıllarda yapılan mukayeseli hukuk tanımlamaları ise tatmin edici değildir ve uyumsuzlukları çözme eğilimindedir. Bu dönemde özellikle mukayeseli hukuk tanımlanmaya teşebbüs edilmiştir. Hemen hemen bir yarım yüzyıl sonra mukayeseli hukuk yeniden keşfedilmiştir. Bununla birlikte ilginç olan şey mukayeseli hukukun uzun bir süredir popüler ve halen moda olduğudur. Şimdilerde ise daha büyük bir şekilde popüler ve moda olmaktadır. Mukayeseli hukuk çalışmalarının fonksiyonlarından biri değişik uygulamalara sahip olabilecek yeni bilgiler üretmek olduğu için mukayeseli hukukun kullanımı asla yadsınmamıştır. Bu noktada mukayeseli hukuk, Common Law ile Kıta Avrupası arasındaki uyumsuzlukları çözme çabasıdır. Ayrıca mukayeseli hukuk, araştırmacılar için gelişmiş bir araçtır. Bununla birlikte mukayeseli hukukun ne olduğu sorusuna cevap bulmak mukayeseli hukukun araştırma konularındandır. Bu noktada mukayeseli hukuk yarışan projedir⁶³.

Lord Goff'a göre mukayeseli hukuk, bir düşünme hobisidir. Ayrıca mukayeseli hukuk, aynı zamanda yarışın da kaderidir. Bu noktada onun etkileşiminden korkmaktan ziyade onun etkileşimi memnuniyetle karşılamak gerekir. Yine Koopman da benzer şekilde düşünmektedir. Ona göre muka-

57 Bakınız geniş bilgi için: K. Kulcsar, *Modernisation and Law*, Budapest 1994, p. 18.

58 Esin Özü, *Mixed and Mixing Systems: A Conceptual Search*, in Özü et al., p. 334.

59 Özü, *Critical*, p. 16.

60 Özü, *Critical*, p. 17.

61 Özü, *Critical*, p. 17.

62 Özü, *Critical*, p. 18.

63 Z. Bankowski and E. Christodoulidis, *The European Union as an Essentially Contested Project 1988*, 4. *European Law Journal*, N. 341, p. 347.

yeseli hukuk, uzun zamandan beri akademik araştırmaların bir konusu olarak görünmesine rağmen mukayeseli hukuk çalışmaları ilginç ve geneldir. Son 10 ya da 15 yıldan fazla bir zamandır hukuki iklim değişir görünür. Bu gelişim ise Avrupa entegrasyon sürecinden etkilenebilir. Mukayeseli hukuk, bizim birlikte daha yakın yaşadığımız olgusundan kaynaklanır. Bu noktada mukayeseli hukuk özel bir süreçtir. Yine ona göre 19.Yüzyılda tarih çok modadır. Yüzyılımızda ise toplum yeniden keşfedilmiştir. Mukayeseli hukuk, hakimi bir tür yasa koyucu hatta bir sosyal mühendis olarak görür. Bu noktada 21.Yüzyıl, mukayeseli metod çağı olabilir. Toplumdaki problemlerimiz ise artmaktadır. Artık bu problem ortak problemlerdir. Ortak çözümler için araştırma ise sadece ya-vaş bir başlangıçtır⁶⁴.

Legrand ise, Avrupa'da mukayeseli hukuk için benzer iddialar ileri sürmüştür. Ona göre Avrupa veya Avrupa Birliği Avrupası, bir mukayeseli hareketi tecrübe etmektedir. Çağımız mukayese çağıdır. Bu noktada Avrupa ise bir mukayese cenneti olmuştur. Mukayeseli hukuk çalışmalarının önemi teori konularının ötesine uzar ve pratik konuların gelişmesine yardımcı olur. Bu bakımdan konularıyla ilgili olan ve mukayeseli hukukun gelişimine katkıda bulunan mukayeseli hukuk araştırmacıları Avrupa hukuk düzenine katkıda bulunmaktadır⁶⁵.

64 Koopmans, p. 545-555.

65 Legrand, *How to Compare Now*, 1996 16 LS, p. 232.

66 Örucü, *Critical*, p. 70.

Bu nedenle 21.Yüzyıl, mukayeseli hukuk çağı olarak kabul edilir. Bu görüşe rağmen mukayeseli hukuk önemli bir role sahiptir. Fakat bu sınırlı bir roldür. Çünkü hukuki yetersizlikler için kendisinin bir çare olup olmayacağı araştırılmaz. Bu bağlamda Ward, mukayeseli hukukun sınırlı bir role sahip olduğunu ileri sürer. Ward, mukayeseli hukuk için aktif lehte bir mukayese kabul eder. Ayrıca özellikle o, mukayeseli hukuk tarafından önerilen gerçek bir yardımın var olup olmadığını sorgular. Bir mikro seviyede Avrupa Birliğini oluşturma olanağı olarak mukayeseli hukuk, metodolojik olarak uygulanabilir hatta faydalıdır. Ward, bu noktada makro seviyede ise mukayeseli hukukun değeri hakkındaki şüphelerin söneceğini söyler. Yine mukayeseli hukukun bir parça uygulamalı şey olabileceğini söyler. Son olarak ona göre kurumsal, ideolojik ve felsefi anlamda mukayeseli hukuk potansiyel olarak faydasızdır ya da tehlikelidir veya hem tehlikelidir hem de faydasızdır⁶⁶.

Mukayeseli hukuk çalışmaları öncekinden daha geniş olarak entelektüel bir gündeme sahip bir şey olarak kabul edilmelidir. Mukayeseli hukuk iletişim hakkındadır ve mukayeseli hukuk çalışmaları hukuk biliminin kutsal iletişime girdiğini kabul etmektedir. Mukayeseli hukuk, bilim adamlarına iletişim imkanı tanıdığı için hukuk biliminin yalnızca parçasıdır.

Daha önceden de değinildiği gibi günümüzde birçok hukuk sistemi nakil yapmıştır. Gelecek onlu yıllarda ise devletlerin hukuk sistemlerinde büyük değişimler olacaktır. Bu sistemlerin çoğu, başka hukuk sistemleri ve sosyal sistemleri kendi sistemlerine yeniden biçim vermek için incelemektedir ve inceleyecektir. Bununla birlikte mukayeseli hukuk çalışmaları yoluyla kazanılan bilgi bu tarz kullanımlara elverişli olmasına rağmen mukayeseli hukuk, yalnızca bir bütünleşme aracı olarak ya da yalnızca asli yorumlama ya da inşa aracı olarak düşünülmemelidir. Zira mukayeseli hukuk, hukuki anlayışın ve iletişim zorunlu bir unsurudur. Mukayeseli hukuk, hukuki kurumların bağlantılı olduğu, değiştiği ve nakledilme yollarını incelediği için mukayeseli hukukçular konularını geleneksel alanların ötesinde geliştirmelidir. Bu bakımdan mukayeseli hukukçular, hukuk sistemlerini ve hukuk ailelerini yeniden değerlendirmek zorunda olacaktır ve bunun için onlar aynı zamanda mukayeseli hukuku daha geniş bir kontekse yerleştirmelidir⁶⁷.

Konunun anlamı hakkında düşünen, mukayeseli hukukçular kendi çalışmalarının kullanımını kiskanmamalıdır. Bu noktada daha önce değindiğimiz ve yeni yüzyılın başında gelişen 4 eğilim teşvik edilmelidir. Çünkü onlar (4 eğilim), yalnızca makul sonuçlar üretmekle kalmayacak, aynı zamanda mukayeseli hukuk söylemini daha ileriye götürecek entelektüel gücü de kabul etmektedir. Böylelikle mukayeseli hukukçuların çalışmalarının pazar de-

ğeri artacaktır. Bu bakımdan mukayeseli hukuk, kendi bağımsız karakterini sürdürmeli ve yeni ilişkiler yoluyla göz ardı edilmemelidir.

Bununla birlikte mukayeseli hukuk çalışmaları, ayrılığı ve özelliği muhafaza etmelidir. Eleştirel mukayeseli hukuk, özel mukayeseli hukuk analizi yoluyla bu eğilimleri değerlendirmelidir. Çünkü bütün bu eğilimler açıkça hukukun dönüştürücü devinimiyle ve benzer ya da farklı sistemler arasındaki karşılıklı etkilerle ve bu etkilerin artırılabilmesi ya da azaltılması yoluyla ilgilidir.

Mukayeseli hukuk ile ilgili bir temel sorun da şudur: Benzerlik, düzenli bir nakil ve faydalı karşılıklı verimlilik için gerekli midir? Watson'a göre hatta bazen yanlış anlamalar bile nakledilmiştir. Hukuk kültürel farklılıklar ciddi uyumsuzlukların nedeni olmasına rağmen milli kurallar arasındaki farklılıklar, yasaların dış alımını sınırlandırıcı görülmez. Bununla birlikte onlar birbirlerinin boşluğunu doldurabilir. Bu ise uyumun unsurudur. Nakil zamanı değersiz olabilir. Bu bağlamda Dworkin, hukuku yorumlayıcı olarak anlar. Bu yorumlama, diğer bir deyişle hukuk, kültürel söylemle bağlantılıdır. Geleneksel kültürler ile batı tarzı norm ve standart açıklamaları arasında bir köprü var olabilir. Bu anlamda mukayeseli hukukçular, köprü kurucular olabilir. "Uyum"a yalnızca bütünleştirici mukayeseli hukuk çalışmaları yoluyla ulaşılamaz, aynı zamanda zıt mukayeseli hukuk çalışmaları yoluyla da ulaşılabılır. Burada amaç, iletişimi

67 Örucü, *Critical*, p. 70.

ve mukayeseyi sürdürmek olmalıdır. Yine amaç karşılıklı verimliliği kabul etmek olmalıdır⁶⁸.

Eleştirel mukayeseli hukuk, stratejik bir öneme sahiptir. Mukayeseli hukukçular neyin gerçekte var olduğunu analiz etmeli ve uygulamalıdır. Burada benzerlikler ya da farklılıklar ya da açık yakınlaşmalar ya da farklılaşmalar olabilir. Bu noktada mukayeseli teşebbüsler hem çeşitliliğin tanımlanmasını hem de çeşitliliğin takdirini gerektirir. Bu bağlamda eleştirel mukayeseli hukuk ise, çarpık imajların düzeltilebileceği ve perspektifteki çarpıklıkların aydınlanabileceği bir fonksiyon ifade edebilir.

Common Law dünyası içinde sosyokültürel farklılıklar vardır. Bu farklı sosyo kültürler aynı hukuk kültürü ve ortak hukuk ile karşı karşıyadır. Bu durum diğer hukuk gelenekleri için de söz konusudur. Günümüzde ortak hukukun bir bütün olduğu konusunda bir bilinç vardır. Bu bilinç, hukuki gelenek içindeki yargılama çevreleri arasındaki gerçek bir bağdır. Dış alımın ise hukuki değişimin en faydalı kaynağı olduğu herkesçe bilinmektedir. Bu noktada pratik kullanım hukuki dış alım için temel olarak kabul edilir. Bu bakımdan değişimin unsurları daima oldukça önemli olmuştur⁶⁹.

SONUÇ

Mukayeseli hukukun temel görevi, hukuki verilerin daha iyi anlaşılmasını sağlamaktır. Hukukun gelişimi ya da

yorumlama gibi görevler ise mukayeseli hukukun diğer büyük görevleri niteliğindedir. Fakat bunlar, mukayeseli hukuk araştırmalarının yalnızca ikincil amaçlarıdır. Bu bağlamda hukuk teorisi ya da hukuk kuramı ile sarmalanan mukayeseli hukuk, son derece büyük öneme sahiptir. Bununla birlikte mukayeseli hukuk araştırmalarından özel olarak yararlanmak, teorileri denemek ve hukuk teorilerine bir yardım eli olarak onu görmek de mümkündür.

Mukayeseli hukuk, model sağlamak suretiyle hukuk reformu için bir araç niteliği taşır. Ayrıca bir takım modellerin ithali için model yaratmak konusunda da baskı yapar. Yine milliyetçilik, hükümlerlik, hukuk sistemi, hukuk ve kimlik kavramlarının daha iyi anlaşılmasına da olanak sağlar. Bunların yanı sıra mukayeseli hukuk, yorumlama ve inşa etme yöntemlerinden biri olarak uyumsuzlukları çözmek için mahkemelere yardımcı olur. Böylelikle mukayeseli hukuk, modeller ve hukuki uslamlama modelleri sağlayarak yapısal değişim olanağı sağlar. Bu sayede sistemlerin hukuki nakil yapmasını, diğer deyişle devletlerin sistemlerini değiştirmesini sağlar. Günümüzde mukayeseli hukukun bu alandaki rolü genel olarak kabul edilir. Hatta bu rol gittikçe gelişecek ve güçlenecektir. Bu bakımdan mukayeseli hukuku, yarının kaderi olarak görmek yanlış olmaz. Bu itibarla onun etkileşiminden korkmaktan ziyade onun etkileşimini memnuniyetle karşılamak gerekir.

68 Özücü, *Critical*, p. 71.

69 Özücü, *Critical*, p. 71.