

Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu

Her zaman aynı şeyi gören hiçbir şey
görmez. “Yabancı olan” önce bize
gerçekten görmeyi öğretir ve aynı zamanda
eşyaların gerçek değerini gösterir.

Theodor Fontane

Prof. Dr. Arzu Oğuz*

Giriş

Karşılaştırmalı hukukun oldukça uzun bir tarihsel geçmişi olmakla birlikte, metodu ve genel hukuk sistemi içerisindeki yeri uzun yıllardır tartışma konusu olmaktadır. Bunun nedeni, karşılaştırmalı hukukun bir yandan öneminin artması, bunun sonucu olarak, sürekli değişime uğramasıdır¹. Ancak bu sayede *Gustav Radbruch*'un genel kabul görmüş bilim dalları ile ilgili olarak, “metodlarını sorgulamak için nedenleri olan bilim dalları, hasta bilim dallarıdır²” saptaması, henüz karşılaştırmalı hukuk için geçerli değildir³.

Günümüzde karşılaştırmalı hukukun değeri, önemi ve uygulama alanları ne kadar artmış olursa olsun, hangi temele dayandığı, amaçları, uygulama alanları ve herşeyden önce metodu üzerinde farklı açıklamalar bulunduğu görülmektedir. Bu duruma yol açan en önemli nedenlerden birisi, karşılaştırmalı hukukun bir metod mu, kendine özgü metodu olan bağımsız bir hukuk disiplini mi, yoksa, her ikisi de mi olduğu konusunda görüş ayrılıklarının olmasıdır.

Karşılaştırmalı hukukun konusunu ve uygulama alanını açıklığa kavuşturmak isteyen yazarların, bunu genellikle karşılaştırmalı hukuku tanımlayarak ve diğer benzer hukuk disiplinlerinden farklı yönlerini

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

¹ CONSTANTINESCO, L.J.: Rechtsvergleichung, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1. Band (Bd.), München 1971, 203.

² RADBRUCH, G.: Einführung in die Rechtswissenschaft, 1969, 253.

³ ZWEIGERT, K.: Zur Methode der Rechtsvergleichung, Studium Generale 13 (1969) 193.

belirterek gerçekleştirmeye çalıştıkları görülmektedir. Bu çalışmanın konusu, karşılaştırmalı hukukun metodu konusundaki gelişim çizgisinin incelenerek, günümüzde varılan noktanın açıklanmasıdır. Bu amaçla, burada da karşılaştırmalı hukuk tanımları üzerinde durulacak ve karşılaştırmalı hukukun benzer disiplinlerden ayrıldığı noktalar belirtilecektir.

§ 1 Karşılaştırmalı Hukukun, Hukuk Biliminin Bağımsız Bir Alanı Olarak Saptanması

I. Karşılaştırmalı Hukukun Tanımı ve Konusunun Benzer Disiplinlerden Ayrılması

1. Genel Olarak

Bundan yüzyıl öncesinden bu yana karşılaştırmalı hukuk hakkında kitaplar, dergiler, kürsüler olmasına ve bu alanın kısmen de olsa sevilip benimsenmesine rağmen, henüz bir tanımının yapılmadığı görülmektedir⁴. Ancak son yüzyıldır karşılaştırmalı hukukçular, karşılaştırmalı hukuku tanımlamaya çalışmaktadır. Fakat bugüne kadar yapılan tanımların hiçbirisi genel kabul görmemiştir. Bunun en önemli nedeni de yine, karşılaştırmalı hukukun bir metod mu, yoksa kendine özgü metodları olan bağımsız bir hukuk disiplini mi olduğu tartışmasının uzun zaman devam etmiş olmasıdır. Başka bir neden ise, karşılaştırmalı hukukun uygulama alanlarının, dolayısıyla konusunun kesin olarak belirlenmemiş olmasıdır. Birçok hukukçunun, karşılaştırmalı hukukun uygulama alanlarını ve konusunu, karşılaştırmalı hukuku, diğer disiplinlerden ayırmak suretiyle, negatif bir biçimde belirlemeyi, daha güvenli bir yol olarak seçtikleri görülmektedir. Aşağıda önce karşılaştırmalı hukuk ile ilgili olarak yapılan tanımlardan en dikkate değer olanları üzerinde durulacaktır.

2. Tanımlar

Karşılaştırmalı hukukun tanımlarına bakıldığında, yazarların bu tanımları yaparken, kendi hukuk anlayışlarını ve hukuk ile ulaşmak istedikleri hedefleri belirler bir biçimde tanım yaptıkları görülmektedir. Örneğin, 19. yüzyıl yazarları, karşılaştırmalı hukukun yardımı ile, insanlığın gelişimindeki kanunları keşfetmek veya Dünya üzerindeki hukukî evrimi açıklamak amacı güdüyorlardı⁵. Bazı yazarlar ise, karşılaştırmalı hukuk ile evrensel bir hukuk tarihi yaratmak veya genel hukuk teorisi kurmak

⁴ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 204.

⁵ KOHLER, F.: Über die Methode der Rechtsvergleichung, Grünhutszeitschrift (GrünhutsZ) 28 (1901) 276.

istiyorlardı⁶. Pollock⁷, karşılaştırmalı hukukun tarihsel bakış açısını, etnolojik bakış açısına göre ön plâna almaktadır. Yazara göre, “*Historical Jurisprudence*” ile “*Comparative Jurisprudence*” kavramları, eş anlamlıdır. Ancak yazarın eserinde, karşılaştırmalı hukuku bir metod mu, yoksa bağımsız bir bilim dalı olarak mı gördüğü konusunda açıklık yoktur.

Geçtiğimiz yüzyılın başından itibaren, karşılaştırmalı hukukun, başka bir yöne doğru gelişme gösterdiği görülmektedir. Bu dönemden itibaren, karşılaştırmalı hukukun amacının, insanlığın ya da hukukun gelişimini sağlamak olmadığı, bu hukuk dalının daha güncel ve aktif görevlerinin olduğu, bu anlamda öneminin de arttığı görüşü ağırlık kazanmaya başlamıştır. Bu görüş, biraz da pratik nedenlerle önemli hale gelmiştir, çünkü 20. yüzyılda, gerek ulusal, gerek uluslararası alanda hukukun birleştirilmesi kaçınılmaz bir zorunluluk olarak kendisini göstermeye başlamıştır⁸.

Zitelmann'a göre⁹, hukukta üç alan vardır: hukukun uygulanması (uygulama), hukuk araştırmaları (bilim) ve kanun koyma. Yazara göre, karşılaştırmalı hukuk, bu üç alanda da özel bir öneme sahiptir. Josserand¹⁰, karşılaştırmalı hukukun en önemli rolü, hukukun uygulanmasında oynadığını ileri sürmektedir. Lambert¹¹ ise, karşılaştırmalı hukukun en önemli rolü, Fransa'da *droit commun coutumier*'in, Almanya'da *gemeines Recht*'in, İsviçre'de ise medenî hukukun oluşturulmasında oynadığını savunmaktadır. Yazara göre, karşılaştırmalı hukukun ödevi hakkında iki

⁶ 1834 yılında Austin'in eserlerinde bu görüşe rastlanmaktadır; POLLOCK, F.: The History of Comparative Jurisprudence, Journal of the Society of Comparative Legislation (JoSCL) 5 (1903-1904) 74'den naklen.

⁷ POLLOCK (dn. 6), 74.

⁸ Bkz., KÖTZ, H.: Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, Rabelszeitschrift (RabelsZ) 50 (1986) 1; COING, H.: Europäisierung der Rechtswissenschaft, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, 937; FLESSNER, A.: Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, RabelsZ 56 (1992) 243; OĞUZ, A.: Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1-4, 2000, sh. 31-65.

⁹ ZITELMANN, E.: Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Deutsche Juristenzeitung (DJZ) 5 (1900) 329.

¹⁰ Conception générale du droit compare (Procès-verbaux) I, 237 vd. (CONSTANTINESCO I (dn. 1), 208'den naklen).

¹¹ LAMBERT, E.: Rapport general, (Procès-verbaux) I, 42 (CONSTANTINESCO I (dn. 1), 209'dan naklen).

görüŖ vardır. Bunlardan birine göre, karşılaŖtırmalı hukuk, hukukî olgularla ve kanun koyma faaliyetiyle ilgili bir bilimdir. İkincisine göre, karşılaŖtırmalı hukuk, hukukların birbirine yaklaŖtırılmasında kullanılan bir araçtır. Yazar, bu görüşlerden, karşılaŖtırmalı hukuku, hem ulusal, hem de uluslararası alanda hukukun birleŖtirilmesinde araç olarak gören görüşe katılmaktadır.

İngiltere’de karşılaŖtırmalı hukukun sadece kanun koyucunun işlerini kolaylaŖtırmak için düşünöldüğü görüşü, *Sir Hanry Maine*’ye kadar uzanmaktadır¹². *Sir Maine*, daha sonra, karşılaŖtırmalı hukukun, hukuk kurumlarının münferit tiplerini ve hukukî düşünceleri de araştırma işlevinin olduğunu ileri sürmektedir.

KarşılaŖtırmalı hukukun, sadece hukuk uygulamasına yönelik olduğı görüşü, uzun yıllar İngiltere’de hakim olmuştur¹³. *Bryce*¹⁴’a göre, karşılaŖtırmalı hukuk, medenî toplumlarda geçerli olan hukuk sistemlerini incelemekte ve her ülkede aynı biçimde ortaya çıkan sorunların, bu ülkelerdeki normlarla nasıl çözüldüğünü incelemektedir. Bu tanımın karşılaŖtırmalı hukukun rolünü, amacı aynı hukukî sorunların farklı düzenlenişinden ortaya çıkan pratik ve teknik farkları incelemek olan karşılaŖtırmalı metod ile sınırlandırdığı görölmektedir. *Salmond*¹⁵ da, karşılaŖtırmalı hukukun, farkları ve benzerlikleri araştırma işlevinin olduğunu görüşünü savunan yazarlardandır.

İkinci dünya savaŖından sonra da, karşılaŖtırmalı hukukun bir metod mu yoksa kendine özgü bağımsız bir hukuk disiplini mi olduğı konusunda bir açıklık yoktur. Bazı yazarlar, karşılaŖtırmalı hukukun görevinin, birden fazla hukuk düzenini karşılaŖtırmak ve hangi sorunun nerede, nasıl çözümlendiğini, çözümlerin birbiri ile olan benzerlik ve farklılıklarının neler olduğunu araştırılması olduğunu savunmaktadır¹⁶. *Arminjon-Nolde-Wolf*, karşılaŖtırmalı hukukun, metodolojik yönüne ağırlık vermekle birlikte,

¹² GUTTERIDGE, H.C.: Comparative Law, An Introduction to the comparative Method of Legal Study and Research, Cambridge, 1. edition (ed.), 1946, 48 vd.

¹³ HOLLAND, The Elements of Jurisprudence, London, 13. ed. 1924, 8.

¹⁴ BRYCE, Studies in History and Jurisprudence II, Oxford 1901, 188.

¹⁵ SALMOND, J.: Jurisprudence or the Theory of the Law, 10. ed., London 1947, 8.

¹⁶ RABEL, E.: Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Wege der Forschung, Rechtsvergleichung ((Herausgeber (Hrsg.) ZWEIGERT, K./PUTTFARKEN, H.J.), Bd. CCCXXXII, Darmstadt 1978, 2 vd.; KADEN, E.H.: Rechtsvergleichung, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Berlin 1938, Bd. VI, 20.

bağımsız bir dogmatik disiplin olduğunu savunmaktadırlar¹⁷. *Zweigert*¹⁸, hukukî kurumların karşılaştırılmasıyla, hukuk düzenlerinin karşılaştırılmasını birbirinden ayırmaktadır. Yazara göre, hukuk düzenlerinin birbiriyle karşılaştırılması, hukuk düzenlerinin, “ruhu” ve “tarz”ları ölçütüne bağlı kılınmalıdır. Bu ölçütler, *Constantinesco*¹⁹, tarafından belirsiz olarak nitelendirilmektedir.

*Neuhaus*²⁰ ise, karşılaştırmalı hukuku, hem bir metod, hem de bağımsız bir hukuk disiplini olarak nitelendirmekte ve tarihin, metodolojinin ve karşılaştırmalı hukukun genel sonuçlarının, hukuk biliminin bir dalını oluşturduğunu, ayrıca, karşılaştırmalı hukukun bir metod olarak hukukun bütün dallarında kullanılabileceğini ifade etmektedir.

3. Karşılaştırmalı Metodun Diğer Disiplinlerde Kullanılması

Bu yaklaşımların çoğunun, karşılaştırmalı hukuku ayrı ve bağımsız bir hukuk disiplini olarak nitelendirmekle birlikte, karşılaştırmalı hukukun metod yönüne ağırlık verdikleri görülmektedir. Ayrıca tanımlar, bu tanımları yapan yazarların, karşılaştırmalı hukuktan beklentileri, karşılaştırmalı hukuka uygun gördükleri amaçlar doğrultusunda değişiklik göstermektedir. Yapılan her tanım, kendince en önemli işlevi ön plâna çıkarmaktadır. Karşılaştırmalı hukukun tanımlanmasını güçleştiren en önemli neden, bu hukuk dalının amaç ve işlevleri konusundaki anlayış farklılığıdır. Karşılaştırmalı metod, bilimsel bir metod olarak, bütün toplum bilimlerinde uygulama alanı bulabilir. Bu toplum bilimlerinden bir tanesi de hukuktur. Karşılaştırmalı metod ile elde edilen sonuçların tümünün bağımsız bir bilim dalı olarak görülmesi mümkün değildir. Bir hukuk disiplininin, karşılaştırmalı metod kullanılarak elde edilen bir bölümü, daima söz konusu disiplinin bir parçası olarak kalır. Bu parça, bütünün karakterini değiştirmeyeceği gibi, bağımsız bir disiplin haline dönüşmez. Örneğin, karşılaştırmalı metod ile hukuk felsefesinde temel bir kural oluşturulursa, bu karşılaştırmalı hukuk felsefesi, bağımsız bir disiplin haline gelmez. Sadece karşılaştırmalı metod, bu hukuk disiplininde kullanılmış olur. Belki kendi ulusal sınırları içinde kalmış olan bu hukuk disiplini, bu metod ile zenginleşmiş, gelişmiştir. Ancak hukuk felsefesi, yine hukuk

¹⁷ ARMINJON-NOLDE-WOLF, *Traité de droit compare*, Paris 1950, 10 ve 29.

¹⁸ ZWEIGERT (dn. 3), 193.

¹⁹ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 213.

²⁰ NEUHAUS, P.H.: *Verbo Rechtsvergleichung*, *Staatslexikon*, 6. Auflage (Aufl.), Freiburg 1961, VI, Spalte 732.

felsefesi olarak kalır, ayrıca bir karşılaştırmalı hukuk felsefesinden söz edilemez²¹.

Yine benzer bir biçimde, karşılaştırmalı metod, belli bir hukuk kurumunun tarihsel gelişimi, yapısı ve işlevini açıklamak veya belli bir hukuk kurumunun, çeşitli tarihî hukuk düzenleri içerisindeki karşılıklı ilişkilerini belirlemek için, tarihsel metod ile birlikte kullanılırsa, burada da bağımsız bir hukuk disiplininin çok karşılaştırmalı hukuk tarihinden söz edilir²².

4. Karşılaştırmalı Hukukun Kendisine Benzeyen Diğer Disiplinlerle Olan İlişkisi

Günümüzde karşılaştırmalı hukukun geldiği noktada, karşılaştırmalı hukukun uygulama alanını, diğer hukukî ve sosyal disiplinlerin uygulama alanından ayırma konusunda bir sorun yoktur²³. Ancak yine de karşılaştırmalı hukukun ayrı ve bağımsız bir disiplin olduğunu kesin olarak söyleyebilmek için, diğer sosyal ve hukukî disiplinlerden ayrı bir konunun ve araştırma alanının olması gerekir²⁴. Bu ayrı konu ve araştırma alanı üzerinde durmadan önce, karşılaştırmalı hukuku kendisine benzeyen bazı disiplinlerle, benzeyen ve ayrılan yönleri açısından kısaca karşılaştırmakta yarar vardır.

Karşılaştırmalı hukuk ve milletlerarası özel hukuk birbirlerinden çok farklı dallar olmakla birlikte, birbirlerine yardımcı olan iki alandır. Milletlerarası özel hukuk, yürürlükte olan hukukun, pozitif normlara sahip bir dalıdır. Milletlerarası özel hukukta, yabancı unsurlu somut olaya uygulanması mümkün olan birden çok hukuk düzeninden, hangisinin uygulanması gerektiği konu edilmektedir. Burada, hukuk uygulamasında bir yetki düzenlemesi sonucunda, belli bir ulusal hukuk normu uygulama alanı bulmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta ise, birden fazla hukuk düzeninin çeşitli şekillerde ve amaçlarla birbiriyle ilişkili hale getirilmesi, hukuk uygulaması açısından bir önem taşımaz²⁵. Ancak, günümüzde uluslararası hukukî ilişkilerin yoğunlaşması nedeniyle, faaliyet alanları ne kadar farklı

²¹ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 215.

²² CONSTANTINESCO I (dn. 1), 215.

²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., ZWEIGERT, K./KÖTZ, H.: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, 6 vd.

²⁴ Karşılaştırmalı (Karş.), CONSTANTINESCO I (dn. 1), 215.

²⁵ COING, H.: Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht im 19. Jahrhundert, Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today, 1988, 521 vd., 539.

olursa olsun, kanunlar ihtilâfının uygulanabilmesi için, karşılaştırmalı hukukun işlevsel denklik metodunun yardımına gereksinim duyulmaktadır²⁶. Örneğin vasıflandırma sorununda, evlilik, sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi belli kavramların, ulusal kanunlar ihtilâfı düzenlemelerinde nasıl yorumlanması gerektiği sorunu çözüme kavuşturulmaya çalışılır. Bu kavramlar vasıflandırılırken, ulusal kanunlar ihtilâfı hukuku (*lex fori*)na göre mi, yoksa bağımsız bir karşılaştırmalı hukuk bakış açısıyla mı yorumlanacağı konusu tartışmalıdır²⁷. Günümüzde işlevsel denklik ilkesinin yardımı olmadan bu sorunun çözümü olanaksızdır²⁸. Günümüzde genel kabul gören görüşe göre, her kavram, karşılaştırmalı hukuk açısından genel bir bakışa tâbi tutularak, bağımsız bir biçimde yorumlanmalıdır²⁹. Kanunlar ihtilâfı ile gösterilen yabancı hukukun uygulanmasında da karşılaştırmalı hukuk kullanılmaktadır. Örneğin bir vasiyetnameye İngiliz hukuku uygulanması gerektiğinde, dul eşin “*life tenant*” olarak, ya da üçüncü bir kişinin “*trustee*” olarak atanıp atanmadığını belirleyebilmek için, bu kavramların, mirasın açıldığı hukuk düzeninde tercüme edilmesi gerekir. Böyle bir tercüme ise, ancak, İngiliz hukukundaki kurumların, Kıta Avrupası hukuk düzeninde aynı işlevi gören hukuk kurumları ile karşılaştırılması ile mümkün olur. İngiliz hukukunda tereke, doğrudan doğruya mirasçılara geçmemekte, onun yerine temsilci olabilecek bir kişiye (*personal representative*) geçmektedir. Bu kişi, terekeyi yönetmekte, bütün borçları ifa ettikten sonra, terekeyi mirasçılar arasında bölüştürmektedir. Bu durum, İngiliz hukukunu uygulamak durumunda kalan kıta Avrupası hukukçusu için ancak yoğun karşılaştırmalı hukuk araştırmaları ile çözülebilecek sorunlar yaratmaktadır³⁰. Ayrıca yine bir kanunlar ihtilâfı kavramı olan kamu düzeni (*ordre public*)’ne de ancak karşılaştırmalı hukuk yöntemleri ile bir açıklık getirilebilir. İç kanunlar ihtilâfı kuralı ile gösterilen yabancı maddi hukuk kuralı, önce iç maddi hukuk kuralı ile karşılaştırılmalıdır ki, iç kamu düzeninin, bu kuralın uygulanmasını yasaklayıp yasaklamadığı belirlenebilsin³¹. Yine bunun gibi

²⁶ MANSEL, H.P.: Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, Juristenzeitung (JZ) 11 (1991) 530.

²⁷ WENGLER, W.: Die Vorfrage im Kollisionsrecht, RabelsZ 8 (1934) 179 vd.

²⁸ MANSEL (dn. 26), 530; ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 7; SCHNITZER, A.: Vergleichende Rechtslehre I, Basel 1961, 33 vd.

²⁹ RABEL, E.: Das Problem der Qualifikation, RabelsZ 5 (1932) 241.

³⁰ GOTTHEINER, Zur Anwendung englischen Erbrechts auf Nachlässe in Deutschland, RabelsZ 21 (1956) 33 vd., 71; ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 7.

atıf (*renvoi*) sorusunda da, iç hukuka tekrar gönderme yapan kuralın kabulü veya reddi konusunda kanunlar ihtilâfinin başlıca amaçlarından biri olan kararlar arasında uyumun gerçekleştirilebilmesi için, karşılaştırmalı hukuk yöntemlerinin uygulanması gerekir³².

Karşılaştırmalı hukuk, devletler umumî hukuku³³ ve Avrupa hukuku için önemli bir hukuk kaynağı oluşturan hukukun genel ilkelerinin³⁴ somutlaştırılmasında büyük işlev görmektedir. Devletler umumî hukuku, ulusların üzerinde evrensel bir hukuk dalıdır. Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü md. 38/1 c’de gelişmiş devletler tarafından kabul edilen hukukun genel ilkelerinin, hukuk kaynağı olarak tanındığı belirtilmiştir. Bu genel ilkelerin, hukuk kaynağı olarak kullanılmasında da karşılaştırmalı hukuktan yararlanılması gerekir³⁵. Genel hukuk ilkelerinin hukuk kaynağı olarak kullanılması sırasında karşılaşılan en önemli sorun, bu ilkelere, gelişmiş ülkelerle, gelişmemiş ülkelerde aynı derecede değer verilmemesidir. “En uygun çözüm”ü bulma amacıyla olan karşılaştırmalı hukuk, kendine özgü yöntemleriyle, üzerinde en çok anlaşılan genel hukuk ilkelerinin somutlaştırılmasına yardımcı olur³⁶.

³¹ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 7.

³² RABEL, E.: Conflict of Laws I, 1958, 3 vd.; 103 vd.

³³ SEIDL-HOHENVELDERN, I.: Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht, Völkerrecht und Rechtliches Weltbild, Festschrift (FS) für Alfred Verdross, Wien 1960, 253 vd.; SERICK, R.: Über den Wert der Privatrechtsvergleichung in der Völkerrechtspraxis, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, 1967, 215 vd.; HEILBRONNER, Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung, ZaöRV 36 (1976) 190.

³⁴ OPPERMANN, T.: Europarecht, München 1991, § 6 I 2 b.

³⁵ Amerikan *Cornell* Üniversitesi Hukuk Fakültesi (*Law School*), 1958 yılında amerikan karşılaştırmalı hukukçusu, *Rudolf B. Schlesinger* başkanlığında aşağı yukarı on yıl süren bir proje yürütmüştür. Bu projede, karşılaştırmalı hukuk yöntemleriyle, en azından ilk deneyim olarak, sözleşmeler hukuku alanında, hukukun genel ilkelerinin araştırılarak somutlaştırılmasına çalışılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., LORENZ, W.: Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts; Bericht und Gedanken über ein Programm der Cornell Law School (Ithaca, New York), JZ 9 (1962) 269 vd.; IDEM: Rechtsvergleichung am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, FS für H.C. Nipperdey II, hrsg. R. Dietz und H. Hübner, München/Berlin 1965, 797 vd.; IDEM: General Principle of Law, Their elaboration in the Court of Justice of the European Communities, 13 American Journal of Comparative Law (Am. J. Comp. L.) (1964) 1 vd.

³⁶ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 8; RHEINSTEIN, M.: Einführung in die Rechtsvergleichung, München 1987, 115 vd.

Karşılaştırmalı hukuk son dönemlerde, Avrupa hukuku çerçevesinde, temel hak ve özgürlükler ve insan hakları kurumlarının geliştirilmesinde de kullanıldığı gibi, Avrupa mahkemelerinde de temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında önemli bir araç işlevi görmektedir³⁷.

Karşılaştırmalı etnolojik hukuk araştırmaları veya kısaca hukuk etnolojisinin karşılaştırmalı hukuk ile ilişkisini de ortaya koymak gerekir. Hukuk etnolojisinin asıl konusu, evrensel hukuk tarihini, evrensel bir kültür tarihi içerisinde incelemektir³⁸. Geçmişte hukuk etnolojisi, insanlığın üç ortak fiziksel yapısından yola çıkarak, insanlığın, dünyanın her yerinde, bütün bölgelerde ve bütün boylarda aynı gelişim çizgisinden geçtiğine inanmaktaydı. Bundan dolayı bu hukuk alanı, halâ ilkel toplumlarda yaşayan, eski ilkel toplumların hukukunu araştırmaktaydı. Bu araştırmayı yapan hukukçular, halâ yaşayan ilkel toplumlardaki hukuk sisteminin incelenmesi sonucunda çıkarılan sonuçların, bugünkü gelişmiş toplumların hukuklarının eskiden nasıl olduğunu gösterdiğine inanmaktaydılar. Etnolojik hukuk araştırmalarının temel savı olan, insanlığın bütün boylarının doğal bir biçimde birbiri ile paralel bir gelişme gösterdiği savı, kültür çevreleri teorisine ile karşı karşıya gelmektedir. Bununla birlikte kültür çevreleri teorisi de, çeşitli toplumların hukuk kurumlarında şaşırtıcı benzerlikler bulunduğunu inkâr edememekle birlikte bunu göçlerle ve hukuk iktibaslarıyla açıklamaktadır. Yine de göç ve iktibasla bütün paralellikleri açıklamak oldukça zordur. Yeni araştırmalar, her yerde tekrarlanan bazı tipik etkenlerin her toplumda ortaya çıktığını ve bu toplumların hukuk hayatını etkilediğini ileri sürmektedir. Bunun en önemli örneklerinden biri, klâsik dönem Roma hukukundaki “*actio*” sistemi ile İngiliz hukukundaki “*writ*” sistemi olabilir³⁹. *Koschaker*⁴⁰, bu durumun,

³⁷ HELDRICH, A.: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der ausservertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Frankfurt am Main/Berlin 1961, 20 vd.; DAIG, H.W.: Zur Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht, FS für ZWEIGERT, hrsg. H. BERNSTEIN/U. DROBNIG/H. KÖTZ, Tübingen 1981, 395 vd.; FROWEIN, J. A.: Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien, FS für Maihofer, 1988, 150; IDEM: Der europäische Menschenrechtsschutz als Beginn einer europäischen Verfassungsrechtspflege, JuS 1986, 845 vd.; OPPERMANN (dn. 34) § 6 I 2 c; JAYME, E.: Ein internationales Privatrecht für Europa, 1991, 22, N. 70.

³⁸ WESEL, U.: Juristische Weltkunde, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 1990.

³⁹ PETER, H.: Actio und Writ, Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe, Tübingen 1957.

⁴⁰ KOSCHAKER, P.: Römisches Recht in Europa, 2. Aufl., München 1953.

doğal gelişim sürecinden değil, tarihsel gelişim sürecinden kaynaklandığını ileri sürmektedir. Şöyle ki, bir insan grubu, belli bir coğrafî, sosyal ve ekonomik çevrede belli bir biçimde gelişmektedir. Bu gelişimin içinde hukuk da vardır. Bu tipik gelişimin yönü, tipik olmayan bazı faktörler tarafından değiştirilebilir. Örneğin, ırk, özel bazı yetenekler, tarih gibi. Bundan dolayı, hukuk etnolojisinin görevi, tipik faktörleri tipik olmayan faktörlerden ayırmaktır. Ancak bu yapılırsa, günümüzde yaşayan ilkel hukuk sistemlerinin incelenmesinden çıkarılan sonuçların, eski hukukların durumunu gösterdiği hususu doğru kabul edilebilir⁴¹.

Bugün hukuk etnolojisinin evrensel tarih yaklaşımı etkisini kaybetmiştir. Hukuk etnolojisi, etnolojinin ve karşılaştırmalı metodun bir dalı olarak, günümüzde halâ yaşayan ilkel toplumların hukukunu araştırmaktadır. Ancak günümüzde yaşanan global gelişme, bu grupların arta kalanlarını da her geçen gün içine almaktadır. Bundan dolayı modern hukuk etnolojisinin başlıca çalışma alanı, daha önce incelenen toplumlarda, daha yüksek bir kültürün bu toplumlara girmesi veya toplumların bu kültüre uyum sağlamak için gösterdikleri çaba sırasında uğradıkları değişimlerdir. Bu anlamıyla hukuk etnolojisi, modern karşılaştırmalı hukukun bir dalı haline gelmiştir. Modern karşılaştırmalı hukuk da, henüz gelişme aşamasında olan toplumlara, genel karşılaştırmalı metoduyla, hukukî yardım sağlamayı en önde gelen ödevi olarak görmektedir. Hukuk etnolojisi, kendi özel bilgi birikimi ile bu çabaya destek olabilecek bir daldır⁴².

Son yıllarda karşılaştırmalı hukuk ile hukuk sosyolojisi arasındaki ilişki ve metodlarındaki büyük benzerlikler çeşitli araştırmaların konusu olmuştur⁴³.

Hukuk sosyolojisi, hukuk ile toplum arasındaki etkileşimleri ve bağlantıları ortaya çıkarma amacını güden bir hukuk dalıdır. Bu hukuk dalı, hukukun insan davranışlarından doğup doğmadığını, doğuyorsa bunun hangi koşullarda ortaya çıktığını, bu konuda kurallar olup olmadığını, ayrıca

⁴¹ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 9.

⁴² ZWEIGERT/ KÖTZ (dn. 23), 10.

⁴³ DROBNIG, U./REHBINDER, M. (Hrsg.): Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, Hamburg 1977; MARTINY, D.: Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtssoziologie, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1 (1980) 65 vd.; POUND, R.: Some Thoughts About Comparative Law, FS für RABEL I (1954) 7 vd.; ZWEIGERT, K.: Die soziologische Dimension in der Rechtsvergleichung, RabelsZ 38 (1974) 299; HELDRICH, A.: Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung, RabelsZ 34 (1970) 427 vd.; DROBNIG, U.: Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie, RabelsZ 5 (1931) 245 vd.

hukukun, politik, ekonomik, psikolojik veya demografik değişikliklere nasıl reaksiyon gösterdiğini inceler⁴⁴. Bu alanda hipotezler ortaya koymanın çok zor olduğu ortadadır. Bu hipotezlerin inandırıcı olması için, kültürler ve uluslararası karşılaştırmalı yöntemlerin kullanılmasının yararlı olacağı açıktır⁴⁵.

Bugün karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi, karşılaştırmalı hukukun, karşılaştırmalı hukuk ise, hukuk sosyolojisinin deneyimlerinden ve araştırma sonuçlarından yararlanmaktadır. Bu durum herşeyden önce problem tanımı için söz konusudur. Karşılaştırmalı hukukta, uzun zamandan beri, işlevsel denklik ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre, sadece, çeşitli hukuk düzenlerinde aynı işlevi gören kurum ve kurallar karşılaştırılır⁴⁶. Daha başka bir deyimle, bu kurum ve kuralların, farklı hukuk düzenlerinde, aynı vakıaları veya menfaat çatışmalarını düzenliyor olması gerekir. İşlevsel denklik ilkesinin uygulanması, karşılaştırmalı hukukçunun, bu vakıaları veya menfaat çatışmalarını incelerken, kendisini, bağılı bulunduğu hukukun dogmatik kavramlarından ve ait olduğu kültürel çevrenin özelliklerinden kurtararak, bu kavramları, karşılaştırmalı hukuk bakış açısından değerlendirmesi ve bu kavramlara çeşitli hukuk düzenlerinden “bağımsız” bir içerik kazandırmasını da öngörür⁴⁷. Hukuk sosyolojisinin çıkış noktası da buna benzemektedir, ancak sonuçlar bazen karşılaştırmalı hukukçu için düşündürücü olmaktadır. Hukuk sosyolojisi, karşılaştırmalı hukukçunun “bağımsız” ve bu nedenle de problem tanımına uygun gördüğü kavram veya karakteristiklerin, gerçekte, ulusal veya kültürel etkiler taşıdıklarını veya varlıkları için belli sosyal koşulların oluşmasının gerektiğini, bir yerde var olmalarının, karşılaştırmaya konu olan başka bir yerde de olmalarını gerektirmediğini gösterir. Aynı durum, problemin tanımlanıp, kuralların elde edilmeye başlanmasında da söz konusudur. Ayrıca karşılaştırmalı hukukçular, sadece yazılı hukukun, mahkeme kararlarının, örf ve adet kurallarının ya da genel işlem şartlarının değil, ilgili durumda insan davranışlarını biçimlendiren her unsurun dikkate alınması gerektiği konusunda görüş birliği içindedirler. Hukuk sosyologları için böyle bir bakış açısı, çok doğaldır, çünkü, onlara göre, insan davranışlarının sadece bir bölümü hukuk tarafından biçimlendirilir. Karşılaştırmalı hukukçular, bu

⁴⁴ RHEINSTEIN (dn. 36), 150 vd.; ÖZSUNAY, E.: Karşılaştırmalı Hukuka Giriş, İstanbul 1976, 31; HELDRICH (dn. 43) 428; POUND (dn. 43), 7 vd.;

⁴⁵ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23) 10.

⁴⁶ Bakınız aşağıda sayfa (Bkz. aşağıda s.). 36 vd.

⁴⁷ Bkz., aşağıda s. 50 vd.; ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23) 31 vd.; HELDRICH (dn. 43) 429.

noktada zorlanmaktadırlar. Hukuk dışı olguları değerlendirme konusunda, daha deneyimli olan hukuk sosyolojisinin verilerinden yararlanmaları gerekir. Bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasında, karşılaştırılan olgunun, çeşitli hukuk düzenlerindeki benzerliklerinin ve farklılıklarının belirtilmesinde, aynı araştırmanın sonucunun açıklanmasında da aynı durum söz konusudur. Karşılaştırmalı hukuk çalışmasında dikkate alınacak sosyal unsurların kapsamının ne olması gerektiği konusunda da, hukuk sosyolojisinin verilerinden yararlanılması gerekir. Bu arada karşılaştırmalı hukukun, farklı amaçlar izlediği de unutulmamalıdır. İlk bakışta, karşılaştırmalı hukuk, çeşitli hukuk düzenleri arasındaki farklılıkları ve benzerlikleri açıklamayı amaçlar. Hukuk sosyolojisinin verileri de bu kapsam içerisinde kullanılır. Ancak karşılaştırmalı hukuk, bu işlevinin dışında, hukuk politikasına ilişkin yön gösterme işlevi de vardır. Bu işlevini yerine getirebilmek için karşılaştırmalı hukuk, ortaya çıkan sorunlara, halihazırdaki sosyal ve ekonomik koşullar altında, hangi çözümlerin en uygun olduğunu araştırır. Bu noktada karşılaştırmalı hukuk, hangi noktada hukukun değiştirilmesi gerektiğine, bir hukuk boşluğunun nasıl doldurulması gerektiğine veya uluslararası bir yeknesak kural getirilmeye çalışıldığında bunun nasıl olması gerektiğine karar vermesi gerektiğinde, hukuk sosyolojisinin verilerinden yararlanabilir⁴⁸.

Karşılaştırmalı hukuk ile hukuk tarihi arasındaki ilişki ise, düşünüldüğünden çok daha yakındır. İlk bakışta, karşılaştırmalı hukukun, yaşayan hukuk düzenlerini konu aldığı, hukuk düzeninin ise, geçmişte kalmış hukuk düzenlerini konu aldığı düşünülebilir. Ancak bu tümüyle doğru değildir. Bütün hukuk tarihi araştırmaları, karşılaştırmalı unsur içerir. Çünkü bir hukuk tarihçisi araştırma yaparken, örneğin Roma hukukunda, bir kurum veya kavramın tarihi kökenini araştırır. Hukuk tarihçisi bu araştırmayı yaparken, tarihsel kökenini incelediği kurum veya kavramı, kendi ait olduğu hukuk düzeninin anlayışı ile kavramaya çalışacak, böylece bilinçli veya bilinçsiz bir karşılaştırma yapacaktır. Ayrıca bir karşılaştırmalı hukuk araştırması, üst üste yığılmış bilgiler yığını olmaktan daha fazla bir şeyler sunmak istiyorsa, incelediği kurum veya kavramın içinde geliştiği tarihsel koşulları da dikkate alacaktır. Çoğu zaman bir karşılaştırmalı hukuk araştırması nerede biter, hukuk tarihi araştırması nerede başlar, ayırtetmek çok zordur. Bu nedenle, karşılaştırmalı hukuk ile hukuk tarihi için aynı

⁴⁸ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 11; SCHWARZ, A.B.: Mukayeseli Medenî Hukuk İlminin Bilhassa Türkiye'deki Ehemmiyet ve Vazifeleri, Üniversite Konferansları 1937-1938, İstanbul 1939, 76.

dkökenden gelen iki hukuk dalı veya ikiz hukuk dalları benzetmesi yapılmaktadır⁴⁹.

II. Karşılaştırmalı Hukuk mu, Karşılaştırmalı Metod mu?

Karşılaştırmalı hukuk konusunda yapılan en önemli tartışmalardan biri de, karşılaştırmalı hukukun, bağımsız bir hukuk dalı mı, yoksa sadece bir metod mu olduğu noktasında toplanmıştır⁵⁰. Bu tartışmanın çok önemli olmadığı savunulduysa da⁵¹, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Karşılaştırmalı hukukun sadece bir metod olması ile ayrı ve bağımsız bir bilim dalı olması arasındaki fark çok büyüktür. Çünkü, bu konuda yapılacak tercihe göre, karşılaştırmalı hukukun, varlık nedeni, amaçları, işlevleri ve uygulama alanları farklılık gösterecektir. Bu sorun ilk bakışta teorik bir nitelik taşıyor gibi görünse de, pratik birtakım sonuçları da vardır. Bu konuda bir sonuca varılabilmesi için, ileri sürülen çeşitli görüşlerin kısaca özetlenmesi gerekir.

1. Karşılaştırmalı Hukukun Sadece Bir Metod Olduğunu İleri Süren Görüşler

A. Yazarların Dayandıkları Ortak Nokta

Karşılaştırmalı hukukun gelişimine çok büyük katkıda bulunan bazı hukukçuların bile, karşılaştırmalı hukuku, sadece bir metod olarak değerlendirdikleri görülmektedir. Örneğin *Kaden*⁵²'e göre karşılaştırmalı hukukun görevi, farklı hukuk sistemlerine ait hukuk normlarının, farklı hukukî çözümler arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları göstermek üzere karşılaştırılmasıdır. Yazara göre karşılaştırmalı hukuk, çeşitli hukuk düzenleri hakkında bir eğitim verilebilmesi için özel bir teknik sunmaktadır,

⁴⁹ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 8; COING, H.: Aufgaben der Rechtsvergleichung in unserer Zeit, NJW 48 (1981) 2601 vd.; WENGER, L.: Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, Mémoires de l'Académie internationale de droit compare III 1 (1953), 151 vd.; YNTEMA, H.E.: Roman Law as the Basis of Comparative Law, Law a Century of Progress 1835-1935 II (1937), 346 vd.; ZIMMERMANN, R.: Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ 1 (1992) 8 vd.; KUBALI, H.N.: XIX.cu Yüzyılın Sonlarından İtibaren Türkiye'de Mukayeseli Hukukun Gelişmesi ve Mukayeseli Araştırmaların Bugünkü Durumu, (Çev.: SELİÇİ, Ö.), Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:7, Sayı: 10, 17; SCHWARZ (dn. 48), 77.

⁵⁰ CONSTANTINESCO, L.J.: Über den Stil der "Stiltheorie" in der Rechtsvergleichung, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 78 (1979) 154 vd.

⁵¹ ZWEIGERT (dn. 3), 193 vd.; Ayrıca bkz., CONSTANTINESCO I (dn. 1), 219-220; IDEM (dn. 50), 157 vd.

⁵² KADEN, (dn. 16), 11.

ayrı bir bilim dalı değildir. Böylece *Kaden*'in görüşleri, karşılaştırmalı hukuku, amaç ve işlevlerine göre tanımlayan, şu ya da bu amaçla özdeşleştiren görüşlerden bu noktada ayrılmaktadır.

Gutteridge önceleri karşılaştırmalı hukukun bağımsız bir disiplin olduğunu savunduysa da⁵³, sonraları, karşılaştırmalı hukukun, karşılaştırma yoluyla oluşturulmuş hukuk normlarının bir bütün oluşturduğuna inanılması suretiyle bağımsız bir bilim dalı olarak kabul edilmesine karşı çıkmıştır⁵⁴.

David'in ileri sürdüğü savlar da *Gutteridge*'nin savları ile benzerlik göstermektedir. Yazara göre, karşılaştırmalı hukuk, hukukun diğer alanları gibi, kurallar bütününden oluşmamaktadır. Bu nedenle, karşılaştırmalı hukuk, sadece bir metod olarak görülebilir ve teorik bir disiplin olarak kendine özgü bir çalışma alanı yoktur⁵⁵.

Jescheck'in de bu görüşleri paylaştığı görülmektedir⁵⁶. Yazara göre karşılaştırmalı hukukun konusu, tanımlanmış ve sınırlandırılmış değildir. Yazar, bilimsel bir metodun sürekli işlenmek ve geliştirilmek suretiyle bilim dalına dönüşebileceğini, ancak o zamanda karşılaştırmalı hukukun, evrensel olma özelliğini kaybedeceğini, çünkü bu durumda karşılaştırmalı metodun, bütün hukukçuların kullanabileceği bir metod olmaktan çıkıp, sadece belli birkaç uzman tarafından kullanılabilen bir araç haline geleceğini savunmaktadır.

B. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Yazarların çoğunluğuna göre, karşılaştırmalı hukuk, hukukî düzenlemeler arasındaki farklılıkların ve benzerliklerin saptanması için, bir sorunun, karşılaştırmalı metod kullanılarak, çeşitli hukuk düzenlerindeki

⁵³ GUTTERIDGE, H.C.: La valeur du droit compare, Recueil Lambert I, 294 (CONSTANTINESCO I (1971) 226'dan naklen).

⁵⁴ GUTTERIDGE, H.C.: The Province of Comparative Law, Interpretations of Modern Legal Philosophies, New York 1947, 303; IDEM: Comparative Law and the Law of the Nations, BYIL 21 (1944) 1 vd.

⁵⁵ DAVID, R.: Traité élémentaire de droit civil compare, Paris 1950, 3-6; Bu arada David'in "Çağdaş Hukukun Büyük Sistemleri" adlı eseri ile karşılaştırmalı hukukun konusunu ve işlevlerini ortaya koyan ve karşılaştırmalı hukukun, bağımsız bir hukuk disiplini olmasında en büyük katkıyı veren hukukçu olduğunu belirtmek gerekmektedir; Bkz., DAVID, R. (übersetzt und für den deutschen Leser bearbeitet GRASMANN, G.): Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart, Rechtsvergleichung, München 1966.

⁵⁶ JESCHECK, H.H.: Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, Tübingen 1955, 36 vd.

görünümünün karşılaştırılmasıdır. Eğer sadece mikro karşılaştırma⁵⁷ ele alınacak olursa, tanım doğru olarak kabul edilebilir. Ancak tartışılan nokta, karşılaştırmalı metodun olup olmadığı değil, karşılaştırmalı metodun dışında bir de, bağımsız bir disiplin olarak karşılaştırmalı hukukun olup olmadığıdır. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukun, mikro karşılaştırmanın sınırlarını aşıp, bir bütünlük içerisinde sunulabilen yeni araştırma konularını yeni bilgilerle donatmak suretiyle bağımsız bir alan haline dönüşebileceği söylenebilir. Bilgiler anlamsız bir yığın oluşturmaktan çıkarılıp, bir düzene oturtuldukça, araştırma sonuçları sistematik bir biçimde toparlandıkça, ortaya çıkan sorunlar çözümlenir ve bilgiler, daha önce hiçbir alanda olmadığı şekilde biraraya getirilir. Böylece karşılaştırmalı hukuk, bağımsız bir bilim dalını oluşturur⁵⁸.

Ayrıca sırf pozitif hukukun bir parçası olmadığı için karşılaştırmalı hukukun bağımsız bir disiplin olarak varlığının inkâr edilmesi son derece hatalı bir düşünüş tarzıdır. Karşılaştırmalı hukukun, medenî hukuk, ceza hukuku, idare hukuku gibi pozitif hukukun bir dalı olmadığı açıktır. Ancak bir alanın, genel hukuk bilimi içerisinde bağımsız bir bilim dalı ya da disiplin olup olmaması, bu alanın pozitif hukukun içinde olup olmaması ile ilgili değildir. Pozitif hukuk kavramı ile hukuk biliminin çeşitli dalları, sadece kısmen birbiriyle örtüşen ifedelerdir. Bilinmektedir ki, pozitif hukukun dışında da hukuk disiplinleri vardır. Hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, hukuk etnolojisi, hukuk tarihi, Roma hukuku, genel hukuk teorisi, genel kamu hukuku bunlara verilebilecek en ana örneklerdir. Bu hukuk dallarının varlığını kimse inkâr edemez. Bu durum, pozitif hukuk dışında bağımsız bir hukuk dalı olamayacağı savını tamamen çürütmektedir⁵⁹.

2. Karşılaştırmalı Hukuku Bağımsız Bir Hukuk Disiplini Olarak Kabul Eden Görüşler

A. Genel Olarak

Karşılaştırmalı hukukçuların önemli bir bölümü, karşılaştırmalı hukuku, hem ayrı ve bağımsız bir hukuk disiplini, hem de bir metod olarak

⁵⁷ Mikro karşılaştırmada münferit hukuk kurumları veya hukukî sorunlar ele alınarak, bu kurum veya sorunun çeşitli hukuk düzenlerinde nasıl ele alındıkları inceleme konusu yapılır. Ayrıntılı bilgi için bkz., ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 4-5; RHEINSTEIN (dn. 36), 31 vd.

⁵⁸ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 229-230; Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., aşa. s. 30 vd.

⁵⁹ ÖZSUNAY (dn. 44), 11.

kabul etmektedirler. Ancak bu yazarların görüşleri de çeşitli açılardan sınıflandırmaya tâbi tutulabilir. Bir grup yazar, karşılaştırmalı hukuku, kesin olarak bağımsız bir hukuk disiplini olarak görürken, bir grup yazar ise, genel karşılaştırmalı bilim dalının bir parçası olarak kabul etmektedirler. Diğer bir grup yazarın ise, karşılaştırmalı hukukun evrensel yanını savundukları görülmektedir. Bu görüşlerin kısaca özetlenmesinde yarar vardır.

B. Karşılaştırmalı Hukuku Tartışmasız Olarak Bağımsız Bir Bilim Dalı Olarak Kabul Eden Yazarlar

Bu yazarların önemli bir kısmı, karşılaştırmalı hukukun tartışmasız bir biçimde, bağımsız bir bilim dalı olduğunu öne sürmekte, ancak bunun için herhangi bir gerekçe ileri sürmemektedirler. Diğer bir grup yazarın ise, bu konuda bir gerekçe ileri sürmek ve karşılaştırmalı hukukun konusunu ve uygulama alanını saptamak için çaba harcadıkları görülmektedir. Ancak bütün bu görüşlere genel olarak bakıldığında, karşılaştırmalı metod ile karşılaştırmalı hukukun birbiri ile çok fazla karıştırıldığı, diğer yandan da, karşılaştırmalı hukukun bağımsız bir bilim dalı olarak kabul edilmesi için hep aynı temel düşüncelere dayanıldığı görülmektedir. Bu temel düşüncelerden önemli bir tanesi, karşılaştırmalı hukukun konusunun, toplumların hukuk yaşamının doğal kanunları, aynı gelişim düzeyindeki toplumların ve hukukların gelişiminin saptanması olduğu yönündedir. Bu gruptaki yazarların düşüncelerine kısaca değinmekte yarar vardır.

Çok fazla bilinmemekle birlikte *Emerico Amari* (1810-1870)⁶⁰'nin karşılaştırmalı hukuku bağımsız bir bilim dalı olarak kabul eden ilk yazar olduğu vurgulanmalıdır⁶¹. *Amari*'nin karşılaştırmalı hukuka katkısı, onun hayat öyküsü ile yakından ilgilidir. Geçtiğimiz yüzyılda, mülteci olarak başka ülkelerde yaşamak durumunda kalan hukukçuların, karşılaştırmalı hukuka yaptıkları katkı bilinmektedir. Nazi Almanya'sından kaçarak Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşayan *Rabel*, *Rheinstein*, *Kessler* ve *Ehrenzweig* ve Türkiye'ye gelen *Schwarz* bu hukukçulara sadece birkaç örnektir. Yeni bir Dünya ile karşılaşmak, arkada bırakılan kendi hukuk

⁶⁰ AMARI, E.: *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, Palermo 1969.

⁶¹ JAYME, E.: *Emerico Amari (1810-1870) und die Begründung der Rechtsvergleichung als Wissenschaft*, FS für Karl FIRSCHING (Hrsg. D. HEINRISCH/B. v. HOFFMANN), München 1985, 143 vd.

sistemine yabancılaşmak⁶² olguları, karşılaştırma konusundaki his ve algıları güçlendirmektedir⁶³. Gerçi *Amari* için bu durum biraz daha değişiktir. *Amari*'nin 1845 yılında *Palermo* Üniversitesi'nde verdiği açılış dersinde ileri sürdüğü görüşlerin modernliği ve cesareti şaşırtıcı niteliktedir. *Amari*'nin duygusal dünyasında içsel bir mültecilik yaşadığı ve bunun görüşlerine yansıdığı görülmektedir. *Amari*'nin düşüncelerinde karşılaştırmalı hukuk, temel hak ve özgürlüklerin içsel baskı altına alındığı ve bunun yabancı hukuklara bakıldığında özellikle ortaya çıktığı bir dönemde, politik bir işlev kazanmaktadır. *Amari*, karşılaştırmalı hukuk ile, toplumun genel refahı için felsefi dayanaklar bulmayı denemiştir⁶⁴. Son derece dikkati çekici bir biçimde *Amari*'nin düşüncelerinin günümüzdeki anlamıyla karşılaştırmalı hukukta yer aldığını görüyoruz: Hukukların ortak bir temele dayanması, ortak çözüm bulmakta “*praesumptio similitudinis* (çözümlerin benzerliği)” ilkesi, karşılaştırmalı bir çalışmada mutlaka bir değerlendirme bulunması, yabancı hukuklar yardımıyla iç hukukun yorumlanması ve herşeyden önce karşılaştırmalı hukukun bağımsız bir hukuk dalı haline gelmesinde en önemli rolü oynayan hukuk çevrelerinin yaratılması⁶⁵.

Lambert ise bu gruptaki hukukçuların görüşlerini sistematize etmeyi denemiş ve bu konuda yazdığı raporda şu sonuca varmıştır: “Bu gruptaki yazarların ortak düşünceleri, karşılaştırmalı hukukun görevinin, hukukun tümünü oluşturan sosyal hayatın görünümünün bağlı olduğu doğa yasalarını ve hukuk hayatındaki değişikliklerin nedenlerini açıklamak, farklı ekonomik rejimlerin hukuku nasıl etkilediğini saptamak olduğudur”⁶⁶. Ayrıca *Lambert*, 1900 yılında Paris'te yapılan karşılaştırmalı hukuk kongresinde, karşılaştırmalı hukukun, Fransa'daki *droit commun* veya Almanya'daki *ius commune pandectarum*'un doğuşundaki rolünü vurgulamaktadır⁶⁷.

⁶² Modern karşılaştırmalı hukukun metoduna göre, doğru bir karşılaştırma yapabilmek için, hukukuçunun kendisini, kendi hukukunun dogmalarından kurtarması gerekmektedir (işlevsel denklik ilkesinin negatif yönü, bkz., KÖTZ/ZWEIGERT (dn. 23), 34).

⁶³ JAYME (dn. 37), 150.

⁶⁴ JAYME (dn. 37), 151.

⁶⁵ JAYME (dn. 37), 156 vd.

⁶⁶ LAMBERT, Rapport général, 29 (CONSTANTINESCO (dn. 1), 234'den naklen).

⁶⁷ Rapport Général, 38 (CONSTANTINESCO (dn. 1), 234'den naklen).

Saleilles'e göre⁶⁸, karşılaştırmalı hukukun amacı, hukuk kurumlarının ideal tipini ve ortak hukuk normlarını bulmaktır. Karşılaştırmalı hukukun konusunu da bu oluşturur. Hukukçunun, zamanlarüstü, değişmez ve soyut bir doğal hukuk yerine, evrensellik ilkesine dayanan, daha dünyevî bir doğal hukuk önerdiği, bunu da *droit commun* sözcükleriyle ifade ettiği görülmektedir. Ancak bu düşünceye karşı, *droit commun*'ün birçok genellemeye dayandığı, *droit commun* yoluyla oluşturulması düşünülen hukuk kurumlarının sayısının oldukça sınırlı olduğu eleştirileri ileri sürülmüştür⁶⁹.

1900 Paris Kongre'sinde *Raoul de Grasserie*, sunduğu tebliğ ile, karşılaştırmalı hukukun sadece bilgi edinme aşamasında henüz bir bilim dalı olmadığını, ancak bu aşamanın, gelişimde bir temel oluşturacağını savunmuştur. Yazara göre, karşılaştırmalı hukuk, ancak ikinci aşamada, yani, hem hukuk düzenlerinin gelişim çizgilerinin, hem de halihazırdaki durumlarının karşılaştırılması aşamasında dar anlamda bilim dalı haline gelir⁷⁰.

*Lévy-Ullmann*⁷¹, karşılaştırmalı hukuku, hukuk biliminin bağımsız bir alanı olarak görmektedir. Yazar, karşılaştırmalı hukukun, hukuk biliminin, hem kamu, hem de özel hukuk alanında, uygar toplumların hukuk düzenleri arasındaki sistematik yakınlıklarını konu alan özel bir dalı olduğu görüşündedir. Yazara göre, 20. yüzyılın hukukçuları, özellikle karşılaştırmalı hukukçuları, ikili bir görev yerine getirmek durumundadırlar: Bu görevlerden biri, uluslararası alanda, kamu hukuku bazında bir organizasyon kurmak, bireysel ilişkiler bazında da farklı ülkelerin bireylerinin hukukî ilişkilerinde yeknesak bir hukukun uygulanması için zemin hazırlama konusunda uzlaşmaya çalışmaktır. *Lévy-Ullmann* bu ödevler ile karşılaştırmalı hukukçulara, evrensel bir hedef göstermektedir.

*Sausser-Hall*⁷² ise karşılaştırmalı hukuku, hem bir metod, hem de bağımsız bir disiplin olarak görmektedir. Yazara göre, karşılaştırmalı hukuk,

⁶⁸ SALEILLES, R.: Conception et objet de la science juridique du droit compare, Procès-verbaux, I, 188 (CONSTANTINESCO (dn. 1), 234'den naklen).

⁶⁹ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 235; Kaden (dn. 16), 12.

⁷⁰ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 238'den naklen.

⁷¹ LÉVY-ULMANN, H.: Vers un droit mondial = Préface à la Thèse de Lepaulle, Paris 1923, 5 (CONSTANTINESCO I (dn. 1), 238'den naklen).

⁷² SAUSER-HALL, G.: La Fonction et la méthode du droit compare, Geneve 1913, 51, 95 vd.; 99 (CONSTANTINESCO I (dn. 1) 239'dan naklen).

yardımcı bir araç olma işlevini görürse, o zaman sadece bir araçtır ve bir metottur. Yazar, karşılaştırmalı hukukun, sadece bir araç ve metod olmakla sınırlı kalmasını eleştirdikten sonra, hukuk tarihi ve karşılaştırmalı hukuk arasında sıkı bir bağ olduğunu, hattâ her ikisinin bir bütün olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, karşılaştırmalı hukuk, her medeniyet aşamasının ortaya çıkardığı çeşitli hukukî aşamaların gelişim çizgisini incelemek görevini üstlenmelidir. Bu görüşün sonucu olarak yazar, hukuk düzenlerini, gruplara ayırma gereksinimi duymuştur. Bununla birlikte, yazarın savunduğu, hukuk düzenlerini, ırklara göre ayırma ölçütü doğru olmayıp, kendisi de sonradan bu görüşünden vazgeçmiştir⁷³.

*Egon Weiss*⁷⁴, karşılaştırmalı hukukun, sadece bir metod değil, aynı zamanda bir amaç olduğu zaman bağımsız bir bilim dalı olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır. Yazar, ayrıca, karşılaştırmalı hukukun konusunun, hukuk düzenlerinin farklılığından ötürü, hukuk düzenlerini hukuk çevreleri şeklinde sistematize etmek olması gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁵.

Buraya kadar değinilen yazarların görüşlerindeki ortak nokta, hukuk düzenlerini gruplara ayırmayı gerekli görmüş olmalarıdır. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukukun sadece bir metod olmasıyla, bağımsız bir hukuk disiplini olması arasındaki sınırı tam çizemedikleri görülmektedir.

De Sola Canizares'e göre⁷⁶, karşılaştırmalı hukuk, herşeyden önce bir metottur, ancak aynı zamanda bağımsız bir disiplindir. Ancak yazar, karşılaştırmalı hukukun niçin ve ne ölçüde bağımsız bir disiplin olduğunu açıklamamakta, genel ifadelerle yetinmektedir. Ayrıca yazar, bağımsız bir bilim dalı olarak karşılaştırmalı hukuku tanımlarken, karşılaştırmalı metodu da tanımlamış, sorunun çözümünü de felsefecilere bırakmıştır. *Canizares*, karşılaştırmalı metodu kullanmak suretiyle, herhangi bir konuda, çeşitli hukuk düzenlerinde araştırma yapılarak bazı sonuçlar elde edilmesini karşılaştırmalı hukuk olarak saptamıştır.

⁷³ SAUSER-HALL, G.: Recueil de travaux suisses présentés au I ve Congrès international de droit compare, Genève 1954, Préface XIV.

⁷⁴ WEISS, E.: Die Rechtsvergleichung in der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Sonderdruck aus FS RANDA, Prag 1934, 9.

⁷⁵ Bu görüş Erbe tarafından da savunulmaktadır; ERBE, W.: Der Gegenstand der Rechtsvergleichung, RabelsZ 1942, 201, dn. 26.

⁷⁶ CANIZARES, S. de: Iniciación al derecho comparato, Barcelona 1954, 102.

*Neuhaus*⁷⁷, karşılaştırmalı hukukun, hemen her hukuk disiplinde uygulanabilecek bir metod oluşturduğunu, tarih, metodoloji ve karşılaştırmalı hukuk araştırma sonuçlarının, karşılaştırmalı hukukun, hukuk biliminde ayrı bir dal olduğunu gösterdiğini savunmaktadır.

*Dölle*⁷⁸'ye göre, karşılaştırmalı hukuk, hukuk biliminin bağımsız bir alanıdır. Ancak yazar, bu görüşünü, çok genel ifadelerle gerekçelendirmektedir. *Dölle*'ye göre, karşılaştırmalı hukuk, genel olarak karşılaştırmalı bilimin değil, hukuk biliminin bir dalıdır. Yazar, sonuçta doğru olan bu yaklaşım için ikna edici savlar getirememektedir.

*Fontana*⁷⁹ ise, karşılaştırmalı hukukun teorik araştırma metodunun, yeni bilgiler elde etmeye yönelik olması, pratik olarak uygulanma gibi bir amaç gütmemesi nedenleriyle, karşılaştırmalı hukukun, ayrı ve bağımsız bir bilim dalı olarak kabul edilmesini gerektirdiğini savunmaktadır. Yazara göre, bilimsel araştırma ile ulaşılmak istenen amaç, bilimin konusunu belirler. Bu araştırmanın sonuçlarının uygulanmasıyla, pratik amaç yerine getirilmiş olur. Bu noktada, karşılaştırmalı metod ile karşılaştırmalı hukuk yine birbirine karıştırılmış olmaktadır. Karşılaştırmalı hukukun doğasının, sadece ilgili araştırmanın amacına bağlı olduğu, belli bilgilere götüren bilimsel amaçların karşılaştırmalı hukukun doğasını belirlediği yaklaşımları, araştırmanın pratik sonuçları, teknik alana ait olduğu sürece pek doğru olmasa gerektir⁸⁰.

Sorunun çözümü, araştırmanın amacında aranmamalıdır. Aksine, karşılaştırmalı hukuk, karşılaştırmalı metoddan, doğası, konusu, yapısı ve amacı yönlerinden ayrılmalıdır. *Fontana*'nın değerlendirmesi, bu ayrımı açıkça yapamamış olması ve karşılaştırmalı hukukun bağımsız disiplin yönünü teorik ve spekülatif olarak açıklamaya çalışması yönlerinden eleştirilebilir⁸¹.

⁷⁷ NEUHAUS, P.H.: Staatslexikon, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, 6. Aufl., Freiburg 1957- 1970, VI, Stichwort: Rechtsvergleichung, 732.

⁷⁸ DÖLLE, H.: Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, FS zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 2. 1860-1960, Karlsruhe 1960, 2. Bd., II, 20.

⁷⁹ FONTANA, G.: Introduzione al dritto pubblico comparato, Firenze 1938, Nummer (Nr.) 35-38.

⁸⁰ Bkz., CONSTANTINESCO I (dn. 1) 244.

⁸¹ CONSTANTINESCO I (dn. 1) 244.

*Rotondi*⁸², dogmatik hukuk teorisi yanında, bağımsız bir teori (*corpo di dottrina*) geliştirilmesinden yanadır. Yazara göre, hukukun tarihsel açıdan araştırılması yeterli olmadığı için, evrensel hukuk bilimi (*scienza universale del dritto*) sadece geçmişte kalan ve günümüzde yaşayan hukukların tarihlerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesiyle kurulabilir. Yazar, sadece evrensel karşılaştırmalı hukuk bilimi (*scienza universale del dritto comparato*) ile hukukî fenomenler hakkında gerçek bilgiye ulaşılabileceğini savunmaktadır.

*Rheinstein*⁸³, karşılaştırmalı hukukun, empirik bir bilim dalı olduğunu, konusunun ise, tüm zaman ve ülkelerdeki hukuk sistemleri olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre karşılaştırmalı hukuk, hukuk fenomenlerini inceler, tanımlar, sistematize eder ve bunları gerek birbiri ile, gerek, politika, ekonomi, nüfus yapısı, din gibi, diğer toplumsal fenomenlerle ilişkili hale getirir. Karşılaştırmalı hukuk böylece, hukukun doğal yasalarını bulacaktır. Bu anlamda karşılaştırmalı hukukun kendisine özgü bir konusu olacağı açıktır.

Türk Hukuku'nda da *Özsunay*⁸⁴, karşılaştırmalı hukuku, hukukun bağımsız bir disiplini olarak görmekte, karşılaştırmalı metodun ise, hukukun diğer alanlarında da kullanılabilen, karşılaştırmalı hukukun metodu olduğunu belirtmektedir. *Özsunay* ayrıca, karşılaştırmalı hukukun, hukukun bağımsız bir disiplini olarak, kendine özgü bir konusu, diğer hukuk disiplinlerinden farklı amaç ve görevleri ve yine kendisine özgü bir metodu olduğunu ifade etmektedir⁸⁵.

C. Karşılaştırmalı Hukukun Birden Çok Amaç ve İşlevi Olduğunu Savunan Yazarlar

Karşılaştırmalı hukukun, bağımsız bir disiplin olarak yerine getirmesi gereken görevlerin ve izlediği amaçların çokluğu, yazarların, karşılaştırmalı hukukun birden fazla amaç ve işlevine değinmelerine neden olmuştur. Bunlardan *Wigmore*⁸⁶'a göre, karşılaştırmalı hukukun üç konusu ve uygulama alanı vardır. Bunlardan ilki, yazar tarafından *nomoscopy* olarak

⁸² ROTONDI, M.: Dogmatica e dritto comparato, il dritto como oggetto di conoscenza, Padova 1933, 15.

⁸³ RHEINSTEIN (dn. 36), 20-21.

⁸⁴ ÖZSUNAY (dn. 44), 18 vd.

⁸⁵ ÖZSUNAY (dn. 44), 20.

⁸⁶ WIGMORE, A Panorama of the World Legal Systems, Bd. III, Saint Paul 1928, 1120.

adlandırılmaktadır. Buna göre karşılaştırmalı hukuk, çeşitli hukuk sistemlerini tanımlamalıdır. Karşılaştırmalı hukukun ikinci görevi *nomothetic* olarak adlandırılmaktadır. Buna göre, çeşitli hukuk kurumları analize edilmeli ve kanun koyucu bakış açısından, kaliteleri ve tercih edilebilirliklerine ilişkin değerlendirme yapılmalıdır. Yazarın karşılaştırmalı hukukun *nomogenetic* olarak adlandırdığı, üçüncü konusu ve uygulama alanı, çeşitli hukuk kurumlarının ve normların gelişim çizgisinin, nedensellik ve zaman açısından bağlantısının araştırılmasıdır. Yazar, karşılaştırmalı hukukun bu son ödevi ve çalışma alanı ile ilgili olarak, çeşitli hukuk düzenlerinin sosyal ve politik temellerini araştırarak, çeşitli hukuk çevrelerinin, ailelerinin birbiriyle bağlantısını inceleyen *Comparative legal Corporealogy* geliştirmek istemektedir. Bu yöntemi, dil grupları oluşturmaya çalışan karşılaştırmalı dil bilimi de kullanmaktadır.

Wigmore'nin karşılaştırmalı hukuka yüklediği ilk iki amaç çok geneldir ve karşılaştırmalı hukuka bağımsız bir bilim dalı olarak temel oluşturamayacak kadar, karşılaştırmalı metodla sıkı bağlantı içindedir. Karşılaştırmalı hukuka izafe edilen son amaç, daha ilgi çekici görülmektedir, çünkü, çeşitli hukuk düzenlerini, hukuk çevreleri şeklinde sınıflandırmanın, karşılaştırmalı hukukçuları ne kadar uğraştırdığını göstermektedir. Ancak *Wigmore*'de, kendinden öncekiler ve sonrakiler gibi, hukuk çevrelerini, genel kabul görececek bir biçimde sınıflandırmayı başaramamıştır. Bunun nedeni, yazarın, bu sınıflandırma için bilimsel ölçütlere ulaşamamış olmasından kaynaklanmaktadır⁸⁷.

Wigmore'nin karşılaştırmalı metodun bütün bilim dallarında kullanılabilir bir metod olduğunu ileri sürmesine karşın, *Schnitzer*⁸⁸, karşılaştırmalı hukukun, metodun ötesinde bir anlam taşıdığını, hukuk biliminde hiçbir alanın bu kadar çok bilgiyi elde etmeyi sağlamadığını, bu nedenle özel bir materyal (*Sondermaterie*) olduğunu belirtmektedir. Yazar, karşılaştırmalı hukukun uygulama alanının saptanmasındaki zorluğu ortaya koyabilmiş olmakla birlikte, bu durumun eskimiş alanlarda da ortaya söz konusu olabileceğini, yeni bir alanda böyle bir sorunun ortaya çıkmış olmasına şaşırılmaması gerektiğini belirtmiştir⁸⁹. Yazara göre, karşılaştırmalı hukuk, bir çok aşamadan geçmiştir. İlk aşamada karşılaştırmalı hukuk, *a priori*, çok spekülâtifti ve gelişimi ile ilgili kuralları, dağınık ve eksik materyallerden çıkarmaya çalışıyordu. Karşılaştırmalı hukuk, ikinci ve

⁸⁷ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 245.

⁸⁸ SCHNITZER, A.F.: Vergleichende Rechtslehre, Bd. I, 2. Aufl., Basel 1961, 111.

⁸⁹ SCHNITZER I (dn. 88), 112.

tarihsel, pozitivist aşamada, gereksiz bilgiler yığını ve bunların denetlenememesi ile savaşmış ve daha çok belgesel araştırmalara ağırlık vermiştir. Karşılaştırmalı hukuk, ancak üçüncü aşamada her bilim dalı gibi senteze önem vermeye başlamış, artık çeşitli hukukların tanımlanması ve tarihsel gelişiminin açıklanması ile yetinmemeye başlamış, hukuk düzenleri arasındaki benzerlik ve farklılıkların anlamını ve nedenlerini sosyolojik olarak açıklamaya yönelmiştir.

Schnitzer, karşılaştırmalı hukukun, hukuk biliminin bağımsız bir alanı olarak, diğer sosyal bilimler gibi, birden fazla konu ve uygulama alanına sahip olduğunu ileri sürmüştür⁹⁰. Kavramsal olarak bakıldığında (*Ideographisch*), karşılaştırmalı hukukun konusunun ve işlevinin, hukuku, karşılaştırmalı bir analizle tarihsel süreç ve şimdiki zaman kapsamlı ve kesin olarak saptamak olduğu görülür. Tasvirî olarak bakıldığında (*Nomothetisch*), karşılaştırmalı hukukun konu ve işlevi, tarihte ve çeşitli yerlerde ortaya çıkan hukuk normları ve hukuk kurumlarını birbiriyle karşılaştırarak, aralarındaki neden-sonuç ilişkisini saptamaktır. Teleolojik, yani amaca yönelik bakıldığında ise, karşılaştırmalı hukukun konu ve işlevi, hukuk politikasının bir aracı olduğu oranda açıktır. *Schnitzer*, son olarak bütün bu konu ve işlevleri kapsayacak bir tanım yapmıştır: “Karşılaştırmalı hukuk bilimi, hukuku yatay ve dikey olarak incelemeli, geçmişteki neden-sonuç ilişkilerini araştırmalı ve halihazırdaki sorunlara çözüm bulmalıdır”⁹¹.

Günümüzdeki anlayışa oldukça yaklaşan bu tanımın da eksik yönleri vardır. Çünkü bu tanım, karşılaştırmalı hukukun konusunu, bağımsız bir bilim dalı olarak tanımlamaya yetmemektedir. Yazar, sadece karşılaştırmaların metodolojik aşamalarını tanımlamakta ve karşılaştırmalı hukukun önemli birkaç işlevinden söz etmektedir.

D. Karşılaştırmalı Hukuku İleride Bilim Dalı Olma Potansiyeline Sahip Bir Metod Olarak Gören Yazarlar

Başka bir grup yazar ise, sorunu iki yönlü bir anlayışla çözebileceklerine inanmaktadır. Bu yazarlara göre, karşılaştırmalı hukuk, değişebilen bir yapıya sahip olup, bazı durumlarda sadece bir metodken, bazı durumlarda, bağımsız bir bilim olmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlardan *Blagojeviç*⁹²’e göre, her bilim alanının konusunun özelliği ve

⁹⁰ SCHNITZER I (dn. 88), 115 vd.

⁹¹ SCHNITZER I (dn. 88), 118 vd.

⁹² BLAGOVIÇ, B.: Le droit compare – méthode au science, Revue internationale de Droit Comparé (RIDC) 1953, 656.

özgünlüğü, bu bilim alanının varlığı için ölçüttür. Genel hukuk teorisinde veya hukuk felsefesinde olduğu gibi, elde edilen sonuçların toplamı, bağımsız bir yapı oluşturabilir. Karşılaştırmalı hukuk ile elde edilen yeni sonuçlar, bu hukukun bağımsız bir disiplin olmasına yetmektedir. Karşılaştırmalı hukukun, hukuk biliminin bağımsız bir alanı olarak görülebileceği durumlar son derece istisnaî olup, karşılaştırmalı hukukun ilke olarak bir metod olduğu kabul edilmelidir.

Daha yakından bir inceleme yapıldığında, bu teorinin problemin çözümüne yaklaşmakta bile yetersiz kaldığı görülür. Karşılaştırmalı hukukun sahip olduğu iddia edilen yeni alan nedir sorusu, bu yazar tarafından da yanıtı bırakılmaktadır.

Türkiye’de ise *Davran*, 1968 yılında yazdığı eserinde⁹³, karşılaştırmalı hukuku belli bir amaca yönlendirerek, ancak bu amaç yönünde yapılan çalışmaları bağımsız bir hukuk bilimi olarak kabul etmenin henüz erken olduğunu, bu nedenle karşılaştırmalı hukukun, hukuk biliminin her alanında kullanılması gereken bir metod olduğunu savunmuştur. Ancak *Davran*, karşılaştırmalı hukuku belli bir amacı olan bağımsız bir bilim sayan yazarların görüşlerine karşı duyarsız kalmanın mümkün olmadığını eklemektedir.

3. Karşılaştırmalı Hukukun Genel Karşılaştırmalı Bilimin Bir Dalı Olduğunu İleri Süren Görüşler

Bazı yazarlar ise, karşılaştırmalı hukuku, hukuk biliminin değil, karşılaştırmalı dil bilimi, karşılaştırmalı tarih, sosyoloji gibi dalları olan, genel karşılaştırmalı bilimin bir dalı olarak görmektedirler. Bu yazarlara göre, sosyal bilimlerin alanındaki karşılaştırmalı disiplinlerle, karşılaştırmalı hukuk arasındaki ilişki, karşılaştırmalı hukuk ile hukuk bilimi arasındaki ilişkiden daha sıkıdır. *Rabel*’in yazılarında bu görüşün yansımaları bulunmaktadır. *Rabel* öncelikle, karşılaştırmalı hukuku, dogmatik, sistematik ve tarihsel olarak sınırlandırmakta ve bu üç yönün, diğer disiplinlerle birlikte, genel karşılaştırmalı bilimi oluşturduğunu savunmaktadır⁹⁴. Yazar

⁹³ DAVRAN, B.: Mukayeseli Medenî Hukuk Dersleri, İstanbul 1968.

⁹⁴ RABEL, E.: Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Wege der Forschung, Bd. CCCXXXII, Darmstadt 1978, 3 vd.

daha sonra karşılaştırmalı hukukun, genel karşılaştırmalı bilim içerisindeki yerine değinmeksizin, onun bilimsel karakterini vurgulamaktadır⁹⁵.

Ancak bu kategorinin asıl savunucusu *Rothacker*⁹⁶ dir. Yazar, karşılaştırmalı dil bilimini, karşılaştırmalı din bilimini ve karşılaştırmalı hukuk bilimini genel bir karşılaştırmalı bilim üst kavramı altında toplamıştır. Yazar ayrıca, sosyal bilimler alanındaki bütün karşılaştırmalı bilimlerin ancak bir arada değerlendirilmek suretiyle bilim seviyesine yükselebileceklerini savunmuştur. Yazara göre, münferit karşılaştırmalı bilim dalları, bütün olarak teorik bir temele oturmazlarsa, havada asılı kalırlar. *Ficker*⁹⁷ ve *Gutzwiller*⁹⁸ in de bu görüşü savundukları görülmektedir.

4. Karşılaştırmalı Hukukun Evrensel Olduğunu İleri Süren Görüşler

Karşılaştırmalı hukuk doğası gereği dışı dönüktür ve evrensellik yönünde bir eğilim gösterir. Karşılaştırmalı hukukun bu özelliği *Feuerbach*, *Gans*, *Post* ve *Kohler* tarafından vurgulanmıştır. Bununla birlikte her yazarın ayrı bir gerekçe getirdiği görülmektedir. Karşılaştırmalı hukuk ile hukukun evrensel anlayışı arasındaki sıkı bağlantı, evrensel hukuk tarihi⁹⁹ ve hukuk tarihi¹⁰⁰ tarafından ortaya konulmuştur. Bu eğilim yaşayan hukuk sistemlerinin karşılaştırılmasında da devam etmektedir. Bazı yazarlar, karşılaştırmalı hukukun, bir Dünya hukuku yaratılmasında yardımcı bir araç olması gerektiğini savunurlarken, bazıları böyle bir Dünya hukuku yaratılmasını, karşılaştırmalı hukukun gerçek konusu haline getirmeye çalışmaktadırlar. Bu bağlamda Dünya hukuku kavramı, karşılaştırmalı hukuk ile çok yakından ilgili olup, yeni ortaya çıkmış bir kavram değildir ve

⁹⁵ RABEL, E.: Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, 25 Jahre Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, Berlin 1937, 82.

⁹⁶ ROTHACKER, E.: Logik und Systematik der Geisteswissenschaften, Bonn 1948, 92, 97 vd.; IDEM: Die vergleichende Methode in den Geisteswissenschaften, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZvglRWiss) 60 (1957) 14.

⁹⁷ FICKER, H.: L'état du droit compare en Allemagne, RIDC (1958) 704 (CONSTANTINESCO I (dn. 1), 250'den naklen).

⁹⁸ GUTZWILLER, M.: Rechtsvergleichung in kontinentaler Sicht, Recueil de travaux suisses IV Congrès international de droit compare, Genève 1954, 12.

⁹⁹ CONSTANTINESCO I (dn.1) 142 vd.

¹⁰⁰ CONSTANTINESCO I (dn. 1) 172 vd.

uzun bir gelişim çizgisine sahiptir. 1888 yılında *Zitelmann*¹⁰¹, Viyana’da yapılan bir sempozyumda, Dünya hukuku yaratma olasılığından ve tesadüfen değil de, hukukun objektif niteliğinden ötürü yaratılması gereken bir “medenî ülkeler hukuku”ndan söz etmiştir. Yazara göre, kesin, ideal, zaman ve mekânlar üstü bir hukuk söz konusu olamaz. Gerçi tarih, hukuk sistemleri arasındaki farklar kadar benzerlikleri de göstermektedir. Bir Dünya hukukunun varlığı, biçimsel olarak bakıldığında, hukukun mantıksal yapısının ve hukuk düşüncesinin evrenselliği ile kavranabilir. Maddi olarak bakıldığında ise, hukuk düzenleri arasındaki ortak noktaların, Dünya hukukunun oluşturulmasına katkı sağladığı görülecektir. Yazar, bu ortak noktaların arasında, dinî, etik anlayışları, hukuk kurallarının amaca uygunluğu, herşeyden önce aynı ihtiyaçların aynı hukuk kuralları ile giderilmesine yönlendiren ekonomik ve sosyal unsurları saymaktadır. Tabii ki bazı ihtiyaçlar ve hukuk normları, bir hukuk sisteminin ulusal karakteri ile sıkı bağlantı içinde olabilir. Bir Dünya hukukuna ulaşmadan önce, hukukların uyumlaştırılması, çeşitli kanun koyucular tarafından ortaya atılan kurallar, yabancı bir hukuk düzeninin iktibas, benzer yapılardaki devletler arasındaki anlaşmalar ile gerçekleştirilmektedir.

Daha sonraki yıllarda *Saleilles*, karşılaştırmalı hukukun işlevini “*droit commun de l’humanité civilisée*”, *Lambert* ise, “*droit commun législatif*” yaratmakla sınırlandırmışlardır. Ancak bu yazarlara göre, böyle bir hukuk sistemi, yapısal olarak birbiri ile akraba olan hukuk düzenlerinin karşılaştırılmasından doğacaktır. *Lévy-Ullmann*¹⁰²,a göre ise, Dünya hukuku, hızlı bir şekilde artmakta olan ekonomik ilişkilerin gereklerine ve ilişkilerine yanıt vermelidir. Yazara göre Dünya hukuku kavramı, çeşitli anlamlar taşıyabilir. Ancak yazarın ilerisi için umduğu gelişme, farklı kültürel çevrelere ait olan ulusların kendi aralarında hukuk birliğine ulaşmalarıdır. Burada söz konusu edilen hukukun birleştirilmesi, derhal kanunlaştırma yapılması değil, hukuk sistemlerinin birbiri içinde eritilmesidir. Karşılaştırmalı hukuk da bunu gerçekleştirmeyi deneyecektir. Yazarın diğer görüşleri şu şekilde özetlenebilir: Hukukun bağımsız bir alanı olarak karşılaştırmalı hukuk, ticaret hukukundan başka, ekonomi hukukunu da kapsamalıdır. Karşılaştırmalı hukukun uygulama alanı, hiçbir zaman tam olarak belirlenmediği için, hangi hukukî kurumlara sahip olması gerektiği de belirlenmemiştir. Diğer yandan sözü çok edilen Dünya hukuku da bir biçim almamıştır. Çeşitli ülkelerde, hukukun çeşitli alanlarında hukuka

¹⁰¹ ZITELMANN, E.: Die Möglichkeit eines Weltrechts, Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung (AÖGZ) XXXIX, 1888, 193 vd.

¹⁰² Bkz., CONSTANTINESCO I (dn. 1), 251.

devlet müdahale etmeye başladığı andan itibaren, *Lévy-Ullmann*'ın görüşleri de gerçeğe dönüştürülebilirliğini tamamen yitirmiştir. Bizim inceleme konumuz açısından bakıldığında ise, yine burada da karşılaştırmalı metodla elde edilen sonuçların, bağımsız bilim dalı kavramı ile karıştırıldığı görülmektedir.

Aynı dönemde Japon hukukçularının da çok yoğun bir biçimde Dünya hukuku düşüncesi ile ilgilendikleri görülmektedir. Bu hukukçulardan biri *Tanaka*¹⁰³'dir. *Tanaka*, 1938 yılında açıkladığı teorisinde, Dünya hukuku kavramı altında *droit uniforme*'nin bir sentezini, yani milletlerarası özel hukuk ile devletler umumî hukukunun sentezini anladığını belirtmiştir¹⁰⁴. *Sugiyama* da¹⁰⁵ karşılaştırmalı hukuk ile ilgilenip, bir Dünya hukuku geliştirilmesi gerektiği teorisini savunan Japon hukukçulardan bir tanesidir. *Sugiyama*, yeni bir evrensel karşılaştırmalı hukuk bilimi geliştirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Sugiyama*'nın da, *Lambert*, *Lévy-Ullmann* ve *Tanaka*'nın etkisinde kaldığı, karşılaştırmalı hukukun bağımsız bir bilim dalı olduğunu savunmakla birlikte, bunun için yeterli gerekçeler öne süremediği görülmektedir. Bunun da ötesinde yazarın, bir çok sınıflandırma ve alt sınıflandırmanın yanı sıra, karşılaştırmalı hukukun alt dallara ayrılmasını önerdiği, bunun da karşılaştırmalı hukukun konusunun ve uygulama alanının kesin olarak saptanmasını zorlaştırdığı görülmektedir.

III. Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Uygulama Alanı

1. Karşılaştırmalı Metod İle Karşılaştırmalı Hukuk Arasında Ayırım Yapılması Gereği

Yukarda çeşitli yazarların görüşlerinden yapılan alıntılardan, karşılaştırmalı hukukun bağımsız bir alan olduğu inancında olan hukukçuların çoğunun, karşılaştırmalı hukukun konusunu, karşılaştırmalı metod ile sınırlı tuttuklarını görmekteyiz. Bunun en büyük nedenlerinden biri, hukukçuların çoğunlukla mikro karşılaştırma yapmaları, mikro karşılaştırma yoluyla elde ettikleri bigiler yığını, nerede, nasıl

¹⁰³ TANAKA, K.: *Theorie eines Weltrechts* (Japonca) Bd. III (CONSTANTINESCO I (dn. 1) 252, dn. 183'den naklen).

¹⁰⁴ TANAKA, K.: *Une esquisse d'une Théorie du droit mondial*, *Annales de l'Institut de Droit compare de l'Université de Paris*, Paris 1938, III, 303 vd. (CONSTANTINESCO I (dn. 1) 252'den naklen).

¹⁰⁵ SUGIYAMA, N.: *Essai d'une conception synthétique du droit compare*, *Recueil Lambert I*, 51 (CONSTANTINESCO I (dn. 1) 253'den naklen).

kullanacaklarını bilememeleridir. Çünkü, mikro karşılaştırma yoluyla elde edilen sonuçların düzenlenmesi, sınıflandırılması ve sistematize edilmesi gerekmektedir. Ancak bunu yapabilmek için bazı bilimsel ölçütlerin saptanması zorunluluğu vardır. Karşılaştırmalı hukuk çalışmalarıyla hukuk düzenlerini oluşturan münferit hukukî unsurlar, dolayısıyla hukuk düzenleri global olarak incelenmedikçe bu ölçütlerin bulunması mümkün değildir. Bunu gerçekleştirebilmek için karşılaştırmalı hukukun konusu ve uygulama alanı, hukuk düzenlerini hukuk aileleri ve hukuk çevreleri şeklinde sistematize etmek olarak belirlenmelidir. Böyle bir sınıflandırma, sadece bilimsel ölçütler bulunarak gerçekleştirilebilir¹⁰⁶. Geçtiğimiz yüzyılda bu sınıflandırmanın yapılabilmesi için bazı ölçütler bulunmaya çalışılmıştır¹⁰⁷. Bunlardan ilki, ırk ve tarih ortaklığıdır. Bu düşünceye göre hukuk düzenlerindeki kurumların benzerliği, ilgili halkların ırk ve tarih birliğine dayanıyorsa, hukuk düzenlerinin akrabalığından söz edilebilir. Aslında bu düşünce 19. yüzyıldaki karşılaştırmalı dil biliminin düşüncelerinin karşılaştırmalı hukuk alanına aktarılmasıdır. Bu düşüncenin hukuk çevreleri teorisini tam olarak açıklayamaması üzerine hukukçular, tarih birliği düşüncesine yönelmişlerdir. Buna göre, hukuk düzenleri sadece ortak bir tarihsel geçmişe sahip olurlarsa akraba sayılırlar. Böylece Amerika Birleşik Devletleri'nin hukuku ile İngiliz hukuk düzeni arasındaki akrabalık açıklanabilecektir. Bu düşünce ırk birliği düşüncesine göre daha mantıklı görünse de yetersiz kaldığı açıktır. Örneğin Polonya hukuku, tarihsel açıdan bakıldığında Alman ve Fransız hukuku ile ortak bir geçmişe sahip olmakla birlikte, komünizm döneminde tamamen farklı bir hukuka sahip olduğu gibi, komünist sistemin çökmesinden sonra da yeni bir yol izlemektedir. Bütün bunlar karşılaştırmalı hukukçuları yeni ölçütler aramaya götürmüştür. Bu ölçütler ise hukuk düzenlerinin tipik özellikleridir. Bu görüşe göre, iki hukuk düzeni aynı tipik yapıya yani aynı karakteristik özelliklere sahipse akrabadır. Bu tipik yapı ve özelliklerin neler olduğu ise tanımlayıcı unsurlar aracılığı ile bulunmalıdır¹⁰⁸.

Sonuç olarak denilebilir ki, karşılaştırmalı hukukun bağımsız bir hukuk dalı olarak kabul edilmesine engel olan en önemli neden,

¹⁰⁶ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 254.

¹⁰⁷ EÖRSI, G.: On the Problem on the Division of Legal Systems, *Inchieste di dritto comparato* (Hrsg. ROTONDI) 1973, 181 vd.; ZWEIGERT, K. *Zur Lehre von den Rechtskreisen, XX th Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of HESSEL, E. YNTEMA/A.W. Sythoff, Leyden 1961, 42 vd.; ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 62 vd.;*

¹⁰⁸ CONSTANTINESCO (dn. 50), 156.

karşılaştırmalı hukuk ile, karşılaştırmalı metod arasındaki sınırın çizilememesi¹⁰⁹. Karşılaştırmalı metod, yeni bilgilerin elde edilmesi için düzenli ve sistematik adımlar atılmasını sağlar ve hukukun bütün alanlarında uygulanabilir. Bu metodun yardımı ile elde edilen bilgiler, hem teorik, hem pratik açıdan değerlendirilebilir. Bağımsız bir bilim dalında ise, sınırlı bir alanda elde edilen bilgilerin düzenlenmesi ve sınıflandırılması, böylelikle, anlaşılmasının kolaylaştırılması söz konusudur. Karşılaştırmalı hukukun bu şekilde bağımsız bir alan olarak kabul edilebilmesi için, karşılaştırmalı metod ile elde edilen bilgilerin karşılaştırmalı hukuk biliminin kurulmasında kullanılması gerekmiştir. Daha başka bir deyimle, karşılaştırmalı metod ile elde edilen sonuçların gruplandırılması, düzenlenmesi, sınıflandırılması ve bunların birbiri ile ilgili bir bütün haline getirilmesi bağımsız bir karşılaştırmalı hukuk biliminin ön koşulu olarak görülmüştür. Birbiriyle ilişkili bilgiler toplamı kendine özgü kurumlarıyla birlikte karşılaştırmalı hukuk bilimini oluşturmuştur. Bu bilim bağımsızdır, çünkü yeni sorular yöneltmiş ve bilimsel olarak henüz araştırılmamış bir alana el atmıştır. Bu alan, hiçbir disiplinin konusu ya da uygulama alanı değildir¹¹⁰.

2. Makro ve Mikro Karşılaştırma

Makro karşılaştırma kavramı altında genellikle çeşitli hukuk düzenlerindeki münferit kuralların ve hukuk kurumlarının karşılaştırmalı olarak incelenmesi anlaşılmaktadır. Mikro karşılaştırma ile genellikle hukukî kurum ve kuralların biraz ihmal edilmiş küçük parçaları inceleme konusu yapılmaktadır¹¹¹. Karşılaştırmalı metod ile yapılan bu şekildeki bir inceleme sonucunda, sadece hukuk düzenleri arasındaki teknik farkların ortaya çıkacağı açıktır. Münferit hukukî fenomenlerin incelenmesiyle, hukuk düzenlerinin bir bütün olarak kavranması mümkün değildir. Hukuk düzenlerinin bir bütün olarak araştırılabilmesi için, makro karşılaştırma yapılır. Ancak makro karşılaştırma yapılırsa, hukuk düzenlerinin karakteristik unsurları ortaya konulur, hukuk çevrelerinin tanımlayıcı yapıları üzerinde çalışılır¹¹².

¹⁰⁹ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 254 vd.

¹¹⁰ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 257.

¹¹¹ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 4; CONSTANTINESCO, L.J.: Ideologie als determinierendes Element zur Bildung der Rechtskreise, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 19 (1978) 160; RHEINSTEIN (dn. 36), 31.

¹¹² CONSTANTINESCO I (dn. 1), 259.

Bu çalışmanın yöntemi ne olmalıdır? Mikro karşılaştırma yoluyla yapılan araştırmaların sonuçları, parça parça bir görünüm arz etmektedir. Münferit olarak bakıldığında, böyle bir araştırmanın sonuçları ilgi çekicidir, ancak bu sonuçların sınıflandırılması, gruplandırılması, yani sistematize edilmesi gerekir. Aksi takdirde bu araştırmaların sonuçları, anlamsız bir bilgi yığını olmaktan öteye geçemez¹¹³. Mikro karşılaştırma ile makro karşılaştırma arasındaki fark, karşılaştırmalı metod ile bağımsız bir hukuk bilimi arasındaki farkı oluşturur. Karşılaştırmalı metod, münferit sonuçlara götüren bir methodur. Karşılaştırmalı hukuk ise, bu metod yoluyla elde edilen sonuçların, anlamsız bilgiler yığını olarak kalmaması için, ayıklanması, düzenlenmesi, sınıflandırılması ve henüz araştırılmamış bir alanda, yeni bilgilerin edinilmesini mümkün kılan bir disiplindir. Bu çalışma sonucunda, ortak birtakım kurallara ulaşmak mümkün hale gelir¹¹⁴.

3. Karşılaştırmalı Metod ile Karşılaştırmalı Hukuk Arasındaki Ayırım

Karşılaştırmalı metod ile karşılaştırmalı hukuk arasında ayırım yapabilmek için esasa ilişkin bir seçim yapmak, başka bir deyimle, bir hukuk düzenini meydana getiren parçacıklarda, belirleyici unsurları, değişken unsurlardan ayırmak gerekmektedir. Bu ayırım, hukuk düzenlerinin önemli yapı taşlarının ortaya çıkarılmasına yardımcı olacaktır. Hukuk düzenlerinin önemli yapı taşları olan belirleyici unsurlar, her hukuk düzenine, özel bir karakter kazandırır. Hukuk düzenlerinin hukuk çevreleri şeklinde sistematize edilmeleri de ancak bu unsurların yardımıyla gerçekleşir. Aynı temel yapı taşlarına, yani aynı belirleyici unsurlara sahip olan bütün hukuk düzenleri bir hukuk çevresi oluşturarak, biraraya getirilir. Makro karşılaştırma araştırmaları sayesinde bulunan belirleyici unsurlar, hukuk çevrelerinin saptanması işlevini görürler¹¹⁵.

Her ne kadar karşılaştırmalı metodun, karşılaştırmalı hukuk biliminden, araştırma konusu ve sonuçları itibariyle farklı olduğu söylene de, bu iki fenomen, birbirine tamamen zıt olmayıp, bir bütünün parçaları olarak algılanmalıdır. Karşılaştırmalı metod, karşılaştırmalı hukuk disiplininin metodudur ve bu metod ile elde edilen münferit sonuçlardan bir bütüne ulaşarak, karşılaştırmalı hukuk disiplini yaratılmaktadır. Bu

¹¹³ NEUMAYER, K.H.: K. H.: Ziele und Methoden der Rechtsvergleichung, Recueil des travaux suisses présentés au IX e Congrès international de droit compare, Basel 1976, 52.

¹¹⁴ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 260.

¹¹⁵ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 261; RHEINSTEIN (dn. 36), 33.

disiplinin yaratılması, makro ve mikro karşılaştırmanın birlikte uygulanması ile mümkün olur¹¹⁶.

Makro ve mikro karşılaştırma arasındaki fark, araştırma konularında ve amaçta ortaya çıkar. Karşılaştırmalı metod, münferit hukukî unsurları inceleme konusu yapar. Hukuk düzeni, bu münferit hukukî unsurlardan oluşmaktadır. Makro karşılaştırmanın konusu ise, hukuk düzenlerinin ayırıcı yapı taşlarıdır. Mikro karşılaştırmanın amacı, bir hukuk kurumunun veya hukuk kuralının, yani küçük bir unsurun ya da ayrıntının açıklanmasıdır. Makro karşılaştırmanın amacı ise, yapı taşlarının açıklanmasıdır. Bunlardan başka karşılaştırmalı metodun mikro karşılaştırma çerçevesinde uygulanması, hem hukuk bilgisinin derinleştirilmesi gibi teorik, hem de kanunlaştırma, hukuk politikası ve hukukun birleştirilmesi gibi pratik amaçlara da hizmet edebilir¹¹⁷. Oysa makro karşılaştırmada amaç, sadece teorik ve bilimsel olabilir. Makro karşılaştırmanın amacı, hukuk düzenlerinin ayırıcı unsurlarını saptamak ve bir çok hukuk düzeninde ortak olan bu unsurların yardımıyla, tipolojik akrabalıklar yoluyla hukuk aileleri, hukuk çevreleri oluşturmaktır. Yani bu araştırmanın sonucunda hukuk aileleri veya irili ufaklı hukuk çevreleri saptanır¹¹⁸.

A. Ayırımın Ölçütü

Bir hukuk düzeninin ilk bakışta, normlar, ilkeler ve hukukî kavramlardan oluştuğu görülür. Bunlar, bir toplum içerisindeki insanların ilişkilerinde uygulanabilir bir nitelik taşır ve hukuk düzeninin münferit temel unsurlarını oluşturur. Bir hukuk düzeni, bütün olarak değerlendirilecek olursa, bu münferit unsurlar, bir organizmanın küçük hücreleri olarak değerlendirilebilir. Ancak bu münferit parçaların, her zaman eşit değerde görülmesi doğru değildir, çünkü, gerçekte hukuk düzenleri, münferit hukukî unsurların basit bir toplamından daha fazla bir olgudur. Bu unsurların ilgili hukuk düzenleri içindeki yeri ve rolü önemlidir. Her hukuk düzeninde münferit parçalar, eşit ve horizontal bir şekilde değil, vertikal ve hiyerarşik bir şekilde dizilirler. Bu düzen, dolaylı ya da dolaysız olarak, açıkça veya üstü kapalı bir şekilde ve bilinçli ya da bilinçsiz olarak her hukuk düzeninin temelini oluşturan değerler sistemi tarafından belirlenir. Her hukuk düzeninin temelinde de münferit hukukî unsurlardan oluşan bir çekirdek vardır. Bu çekirdek “belirleyici unsurlar”dan oluşur. Bu

¹¹⁶ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 261; RHEINSTEIN (dn. 36), 33.

¹¹⁷ Bkz. OĞUZ (dn. 8) 31 vd.

¹¹⁸ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 261; RHEINSTEIN (dn. 36), 33.

çekirdek etrafında, değişebilir nitelikte birçok unsur daha vardır. Bu noktada tanımlayıcı, belirleyici unsurlarla, değişebilir unsurlar arasındaki farkı incelemek gerekmektedir¹¹⁹.

B. Belirleyici ve Değişebilir Unsurlar

Bütün münferit hukukî unsurlar öncelikle teknik bir anlama sahiptir. Bu aşamada belirleyici ve değişebilir unsurlar arasında hiçbir fark yoktur. Ancak belirleyici unsurlar bunun ötesinde ideolojik ve teleolojik bir anlama sahiptir. Çünkü, küçük münferit unsurlar, her hukuk düzeninin bilinçli ya da bilinçsiz olarak dayandığı değerler sistemine doğrudan doğruya bağlıdır. Belirleyici unsurlar, birbiriyle bağlantılı hale geldikleri zaman, temel kurallar ve değerler sistemini veya söz konusu hukuk düzeninin teleolojik devamını dile getirirler. Bu unsurlara “belirleyici unsurlar” adı verilebilir. Çünkü bu unsurlar, hukuk düzeninin temel yapısını belirlemek suretiyle, hukuk düzenine kendi bireysel niteliğini kazandırır. Belirleyici unsurlar, öncelikli bir yere oturur ve diğer unsurları da etkilemek suretiyle, bütün hukuk düzenini etkiler. Bu unsurlar temeli, yani çekirdeği oluşturur. Değişebilir unsurlar olarak adlandırılan diğer unsurlar, çekirdeğin etrafında toplanmış teknik unsurlardır. Değişebilir unsurların sayısı daha fazla olmakla birlikte önemi ikincildir, çünkü, bu unsurların değişmesi, hukuk düzeninin temel yapısını değiştirmez¹²⁰.

İlk bakışta belirleyici ve değişken unsurların birbirinden ayrılması kolay değildir. Özellikle mikro düzeyde yapılan karşılaştırmada bu farkın hemen ortaya çıkmayacağı açıktır. Daha dikkatlice yapılan bir inceleme, bir hukuk düzeni içerisindeki bazı hukukî unsurların daha büyük bir öneme sahip olduklarını, merkezî bir yerlerinin olduğunu, etkilerini bütün hukuk düzeni içerisinde gösterdiklerini ve böylece hukuk düzeninin temel yapısını belirlediklerini gösterecektir. Örneğin, bir hukuk düzeninde ekonomik düzen ile ilgili hukukî kurallar, resmî ideoloji¹²¹, kuvvetler ayrılığı ilkesi, hakların doğuşu için gereken faktörlerin hukuka yaptığı etki, kanunların yorumundaki temel ilkeler, hakimin hukuk düzeni içerisindeki rolü, dolaylı ya da dolaysız olarak bütün hukuk düzenini etkileyen hukuk kurumları zorunlu olarak diğer bütün hukukî unsurları belirleyen unsurlardır. Bu unsurların değiştirilmesi, ilgili hukuk düzeninin özel yapısının değiştirilmesi anlamına gelir. Buna karşın diğer unsurlar, hukuk düzeninin özel karakterini

¹¹⁹ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 264.

¹²⁰ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 266.

¹²¹ CONSTANTINESCO (dn. 111), 161 vd.

belirlemedikleri için, sınırlı bir anlama sahiptir ve bunların değiştirilmesi, hukuk düzeninin özel karakterini değiştirmez. Örneğin, evlenmeye ilişkin bazı kuralların değiştirilmesi, boşanmaya, velâyete, sağ kalan eşin miras hakkına, vasiyetname özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler sınırlı bir anlam taşır. Çünkü bu kurallar, ilgili hukuk düzeninin özel karakterini değiştirmeksizin değiştirilebilir. Kısaca belirleyici ve değişken unsurlar arasındaki fark şöyle özetlenebilir: Belirleyici unsurlar, hukuk düzeninin temel yapısını belirler. Bu unsurların değiştirilmesi, ilgili hukuk düzeninin temel görünümünün değişmesine yol açar. Bu konuda yapılan araştırmalardan sonra bugün için genellikle kabul edilen görüşe göre beş adet belirleyici unsur vardır. Bunlar, bir hukuk düzeninin tarihsel kökeni ve gelişimi, bir hukuk düzeninde belirgin bir biçimde göze çarpan özel bir hukukî düşünce tarzı, bir hukuk düzenine özgü belirli hukuk kurumları, her hukuk düzeninde hukukun kaynakları ve bunların yorumu ve ideolojik etkenler¹²². Buna karşın değiştirilebilir unsurlar ise, hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik yaratmadan değiştirilebilir unsurlardır. Hukuk düzenlerinin belirleyici unsurlarını, değişken unsurlarından ayırmanın yolu, mikro karşılaştırma yapmaktır. Mikro karşılaştırmanın metodu ise, işlevsel denklik ilkesine göre belirlenir¹²³.

§ 2 Karşılaştırmalı Hukukta İşlevsel Denklik İlkesi

I. Karşılaştırmalı Hukuk Araştırmasının Çıkış Noktası

Özellikle son zamanlarda, karşılaştırmalı hukukta işlevsel denklik ilkesi önem kazanmıştır. İşlevsel denklik ilkesi, özellikle *Esser*'in “Özel Hukukta Hâkimin Hukuk Yaratmasında Temel İlkeler ve Normlar” konulu kitabını yazmasıyla tanınmıştır¹²⁴. Günümüzde bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasının bu ilkeye göre yapılması gerektiği hususu kabul edilmektedir¹²⁵.

¹²² ZWEIGERT, K.: XX th Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of Hessel, E. YNTEMA/A.W. SYTHOFF, Leyden 1961, 42 vd.

¹²³ CONSTANTINESCO I (dn. 1), 272.

¹²⁴ ESSER, J.: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., Tübingen 1956.

¹²⁵ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 31 vd.; ZWEIGERT (dn. 3) 193 vd.; NEUMAYER, (dn. 113), 446 vd.; RABEL (dn. 29), 245 vd.; HIRSCH, E.: Rechtssoziologie heute, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft II, 1967, 16 vd.; ZWEIGERT, K.: Wertung in der Rechtsvergleichung, *Ius Privatum Gentium*, FS für Max Rheinstein, 1. Bd.: Rechtsmethodik und Internationales Recht, Tübingen 1969, 405.

Bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasında araştırmaya ulusal hukuka ilişkin bir hukuk normundan, bir konuya ilişkin normlar bütününden veya bir hukuk kurumundan ya da sadece o ulusal hukuka özgü bir hukuk alanından yola çıkılarak, yabancı hukuk sisteminde o hukuk normlarına, normlar bütününe, hukuk kurumlarına veya hukuk alanına eş unsurlar aranarak başlanmaz. Bunun yerine, hayata ilişkin somut bir vakia veya somut bir hukukî problem ele alınır ve bu vakia veya hukukî problem için çeşitli hukuk düzenlerinde nasıl bir çözüm getirildiği araştırma konusu yapılır¹²⁶. Bu şekilde başlanılan bir araştırmada, aynı hukuk çevresi içerisinde değişik hukuk sistemlerinde incelenen sorunun çözümü için, benzer ya da ortak hukukî kurumlar geliştirilmiş olduğu görülür. Ancak değişik hukuk çevreleri arasında yapılan bir inceleme, somut hukukî problemin farklı nitelikte hukukî kurumlar aracılığı ile çözüldüğünü, ancak maddî çözümün, bu farklılığa rağmen, teknik-hukukî yapı içerisinde ortak ya da çok benzer olduğunu gösterir¹²⁷. Örneğin, ifa ve karşı ifa arasındaki bağlantı, çoğu kıta Avrupası hukuk sistemlerinde (Almanya, İsviçre, Türkiye) iki taraflı hukukî işlemlerin (*sinallagma*) çeşitli biçimleriyle, Fransız hukukunda şart teorisiyle, anglo-amerikan hukukunda ise, “*consideration*”¹²⁸ adı verilen kurum ile güvence altına alınmıştır.

Böyle farklı teknik yapılar altında gizli kalmış ortak çözümleri arayan karşılaştırmalı hukuk araştırma biçimi, gerçekçi bir karşılaştırmalı hukukun temelidir¹²⁹.

¹²⁶ ZWEIGERT (dn. 125), 406.

¹²⁷ ZWEIGERT (dn. 125), 407; SCHWARZ (dn. 48), 81.

¹²⁸ *Consideration* şu şekilde tanımlanmaktadır: “*A valuable consideration, in sense of law, may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered or undertaken by the other* (Hukukî değeri olan bir *consideration*, bir tarafa onu zenginleştiren bazı hak, faiz, kâr, menffat sağlayabilen, diğer tarafa ise, bazı kaçınma, zarar, kayıp verebilen veya sorumluluk yükleyen halleri içerebilir)”; bkz., MURRAY, J.E.: Murray on contracts, a revision of Grismore on contracts, 2. Aufl., New York 1974, 143; Buna göre sözleşmeden doğan bir hakkın ileri sürülebilmesi için, ya vaadeden sözleşme dolayısıyla bir yarar elde etmiş olmalıdır ya da vaadin muhatabı bundan bir zarar görmüş ise bu zarar tazmin edilmiş olmalıdır. Bu kavram, daha sonra “*bargained-for exchange* (değiş-tokuş amacıyla pazarlık konusu olma)” ilkesinin koşul olarak getirilmesiyle tamamlanmıştır. Buna göre, karşılık olarak bir bedel, vaade karşılık oluşturmaktadır; Karş., MURRAY (dn. 128), 142; EISENBERG, M.A.: Gilbert Law Summaries, contracts, 11. Aufl., Chicago 1984/85, 2 vd.; ATIYAH, P.S.: The rise of fall of freedom of contracts, Oxford 1979, Paper back ed., 1988, 755.

¹²⁹ ZWEIGERT (dn. 3), 193 vd.; ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 31 vd.

Hukuk düzeninin belirleyici unsurlarını bulmaya yönelik mikro karşılaştırmada, hukukî vakıaların, sorunların çözümünü gösteren normların, farklı hukuk düzenlerindeki görünümü inceleme konusu yapılmaktadır. Bu konu incelenirken, araştırma konusunun seçiminden bilimsel sonuca ulaşıncaya kadar hangi yolların izlenmesi gerektiği, araştırmanın başında belirlenmelidir. Araştırmanın metodu, biraz da araştırma konusunun yapısına ve ulaşılmak istenen amaca göre saptanmalıdır. Bu noktada belli bir formül önermek mümkün değildir. Araştırmacının deneyimleri, çalışma sırasındaki hisleri burada rol oynayacaktır¹³⁰. Karşılaştırmalı hukuk araştırmaları sırasında araştırmacı, deneyimleri sayesinde belli temel ilke ve kuralları kullanarak çözüme bağladığı sorunların, temelde ya aynı ya da benzer olduklarını farkedecektir. Böyle objektif mantık ve deneyimlerle kazanılan temel kural ve ilkeler, araştırmacının, araştırması sırasında önemli hususları ihmâl etmesine veya atlmasına engel olacaktır¹³¹.

Her karşılaştırmalı hukuk çalışmasının başlangıcında, bir hukukî sorun ya da bir hipotez vardır. Çoğu kez ulusal hukuk düzenindeki bir çözümün yetersizliği, hukukçuyu, başka hukuk sistemlerinde yer alabilecek daha iyi bir çözümü aramaya yöneltmektedir. Ancak bazen, herhangi bir amaçla başlanmayan bir karşılaştırmalı hukuk çalışması da, yararlı olabilir ve araştırmacının kendi hukukuna eleştirel bir gözle bakmasını sağlayabilir¹³².

Karşılaştırmalı hukukta, karşılaştırılacak hukuk düzenlerinin seçimi, yapılacak araştırmanın kapsamı, araştırmanın sistemi gibi metoda ilişkin diğer hususları da yine *işlevsel denklik ilkesi* belirler. Birbiriyle karşılaştırılma imkânı olmayan kurumların karşılaştırılması mümkün değildir. Sadece, aynı ödevi gören, aynı işlevi yerine getiren kurumlar birbiriyle karşılaştırılabilir. İşlevsel denklik ilkesinin bu çıkış noktası ilk anda son derece olağan gibi görünebilir. Ancak bu konuda edinilen bir takım deneyimler, bu hususun bir metod olarak belirlenmesi gereğini gündeme getirmiştir. Sadece karşılaştırılabilir olanların karşılaştırılacağı ilkesi, her şeyden önce, her toplumun hukukunda aynı sorunlara rastlanması, toplumların sonuçta aynı çözüme ulaşsalar bile, bu sorunu farklı yollardan giderek çözdüklerinin belirlenmesinden sonra kabul edilmiştir. Bundan dolayı, her karşılaştırmalı hukuk çalışmasının çıkış noktasında, sadece

¹³⁰ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 33; NEUMAYER, (dn. 113), 76, 53.

¹³¹ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 32.

¹³² ZWEIGERT (dn. 3), 195; ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 33.

kurumların işlevleri dikkate alınmalı, araştırılan sorun, araştırmacının ulusal hukuk düzenindeki kavramlardan bağımsız olarak ele alınmalıdır. Bu ilkenin gerçekleştirilebilmesi için, ulusal hukuk düzenindeki kavramlardan bağımsız düşünülmesi, her karşılaştırmalı hukuk çalışmasının asıl konusunun, objektif sorun olduğu unutulmamalıdır¹³³.

İşlevsel denklik ilkesi karşılaştırmalı hukukçu için, özellikle, belli bir hukukî soruna ya da çözümüne ilişkin bir şey bulamadığı zaman önem taşır. Bazen deneyimli bir hukukçu bile, belli bir sorunu, kendi ulusal hukukunun bakış açısından görmekte, bu nedenle de, yabancı hukuk düzeninde aynı düzenlemeyi, kendi hukukunun sistematik düzenlemesi altında aramakta ve bulamamaktadır. Bundan dolayı, eğer araştırmacı, yabancı hukuk düzeninde hiç bir şey bulamazsa, bu onun, çıkış noktasını, iyice düşünmesi gerektiğini, her şeyden önce, kendi ulusal hukuk sistemindeki dogmalardan kurtulması gerektiğini gösterir. Yabancı hukuk düzeni bütün açılardan incelendikten sonra, hâla söz konusu hukukî soruna ve çözümüne rastlanamazsa, o zaman bu sorunun gerçekten yabancı hukuk düzeninde bulunmadığı sonucuna varılabilir. Bu duruma çok seyrek rastlanmakla birlikte, rastlanması halinde de çalışmayı yarım bırakmak için bir neden yoktur. Bazen, bu sorunun ve çözümünün yabancı hukuk düzeninde neden olmadığını araştırılması bile, araştırmacıyı gerek kendi, gerek yabancı hukuk düzeni ile ilgili bir takım sonuçlara götürebilmektedir. Bazen araştırmacı, kendi hukuk düzenindeki bu çözümün, gereksiz olduğu, sadece kanunun mükemmel olması düşünüldüğü için bu çözümün kanuna alındığı sonucuna varabilir. Bazen de sadece geleneklerden ve sosyal alışkanlıklardan doğan birtakım ihtiyaçların giderilmesi için bu çözümün kanuna alındığı ortaya çıkabilir. Aynı şekilde, sosyal yapının farklılığından dolayı, bu çözüm, yabancı hukuk düzenine alınmamış olabilir. Bu durumda da, böyle bir çözümü hukuk düzenine almaktan kaçınan bir adalet anlayışının nereden kaynaklandığı araştırma konusu yapılabilir¹³⁴.

Bu bağlamda işlevsel denklik ilkesinin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönü olduğunu belirtmek gerekir: İşlevsel denklik ilkesinin olumlu yönü, hukukçunun kendi hukukundaki çözüme denk düşen çözümü bulmak amacıyla araştırdığı hukuk düzenlerinde hangi alanlara girmesi gerektiğini, olumsuz yönü ise, karşılaştırmalı hukukçunun, çalışması sırasında kendisini,

¹³³ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 33.

¹³⁴ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 34.

kendi hukuk düzeninin bütün dogmalarından radikal olarak kurtarması gereğini ifade eder¹³⁵.

II. Karşılaştırılacak Hukuk Düzenlerinin Seçimi

Çalışmanın başlangıcında atılması gereken ilk adımlardan biri de karşılaştırılacak hukuk düzenlerinin seçimidir. Karşılaştırılan hukuk düzenlerinde yapılacak araştırmanın kapsamının ne kadar geniş tutulması gerekiyorsa, karşılaştırılacak hukuk sistemlerinin seçiminde de o kadar dikkatli olmak gerekmektedir. Bu sonuç, her şeyin incelenmesinin zorluğundan değil, çabaların bir çevrede sınırlı tutulmaması halinde elde edilen sonucun gösterilen çabaya değmediği deneyiminden çıkarılmaktadır. Bu deneyimler birçok şekilde yaşanmıştır. Gelişimlerinde belli bir olgunluğa ulaşmış hukuk sistemleri ya iktibas edilmekte ya da büyük ölçüde örnek alınmaktadır. İktibas eden veya örnek alan hukuk düzeni, çıktığı hukuk sisteminin içinde kaldığı sürece, asıl hukuk düzeni tarafından belirlenen çözümlerin dengesinde ve orjinalliğinde asıl hukuk düzeninin gerisinde kalmaktadır. Karşılaştırmalı hukukçu, asıl hukuk düzenini araştırmakla yetinebilir ve iktibas eden hukuk düzenini bir yana bırakabilir. Ancak bu durumda araştırmacı bazı konuların eksik kalmasını ve araştırmanın karşılaştırmalı hukuk metodunun kesin bir sonucu olmasından çok bir çalışma hipotezi olarak kalmasını göze almalıdır¹³⁶.

Bütün bunlardan, örneğin, bir özel hukuk karşılaştırmasında Lâtin hukuk çevresinin karşılaştırmaya alınması durumunda, sadece ana hukuk düzeni olarak Fransız Hukuku'nun incelenmesinin yeterli olmadığı, İtalyan Hukuku'nun da incelenmesi gerektiği sonucu çıkar. Zira, İtalyan Hukuku'nda Medenî Hukuk alanında yeni gelişmeler vardır ve özellikle yeni yapılan kodifikasyon ile bu gelişmeler desteklenmiştir. Buna karşın karşılaştırmalı hukukçu, İberya yarımadasının hukuk düzenini derinlemesine incelemeyi ihmal edebilir¹³⁷.

Common Law hukuk çevresi için de aynı şeyi söylemek mümkündür. Eğer 18. yüzyılda karşılaştırmalı hukuk bugünkü ölçülerde yapılmış olsaydı, araştırmacılar, sadece İngiliz Hukuku'nun incelenmesiyle yetinir, Kuzey Amerika hukuk düzenini tamamen ihmal edebilirlerdi. Günümüzde de İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri hukuk sistemleri ana ve yan hukuk düzenleri olarak, *Common Law* hukuk çevresi olarak

¹³⁵ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 34; ÖZSUNAY (dn. 44), 142.

¹³⁶ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 40; ZWEIGERT (dn. 3), 195.

¹³⁷ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 40; ZWEIGERT (dn. 3), 195.

değerlendirilmektedir. Ancak Amerika Birleşik Devletleri'nin hukuk sistemi bu hukuk çevresi içerisinde öylesine kendine özgü bir gelişim çizgisi izlemiştir ki, sadece İngiliz Hukuku'nun incelenmesiyle yetinip, Amerikan Hukuku'nu ihmal eden bir karşılaştırmalı hukukçu, bu hukuk çevresi ile ilgili olarak büyük yanlışlıklar yapabilir¹³⁸.

İncelenecek hukuk çevrelerinin sınırlandırılmasında ölçü, biraz da somut inceleme konusuna bağlıdır. Eğer inceleme konusu, belli bir hukukî kurum ya da somut bir hukukî sorun değil de, belli hukuk çevrelerinin genel tarzının karşılaştırılması ise, her halde ana hukuk düzenlerinin genel tarzlarının incelenmesi yeterli olabilir. Buna karşın belli bir somut sorunun incelenmesi söz konusu ise, yine konuyu ikiye ayırmak gerekir: Sözleşmeler hukuku, haksız fiil, eşya hukuku gibi. medenî hukukun klâsik konularından biri ile uğraşılıyorsa, Anglo-amerikan hukuku ile ilgili olarak sadece İngiliz ve Amerika Birleşik Devletleri'nin hukuku, Latin hukuk çevresinden Fransa ve İtalya, Alman hukuk çevresinden ise, Alman ve İsviçre hukuklarının seçimi yeterli olacaktır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, Alman hukuk çevresinden gelmeyen bir hukukçu için, Alman ve İsviçre hukukları arasındaki farkı anlamak zor olacaktır. Kuzey Avrupa hukuk çevresinden ise, dogmalara sıkı sıkıya bağlı kalmamaları ve dinamik olmaları açısından, Danimarka ve İsveç hukuklarının incelenmesini önermek mümkündür. Ancak, bu hukuk sistemlerinin incelenmesi, genellikle dil sorunu yüzünden ihmal edilmektedir. Medenî hukukun klâsik konularında ortaya çıkan birtakım özel sorunların araştırılmasında, karşılaştırılan hukuk düzenlerinde, karşılaştırılacak hukuk düzenlerinin belirlenmesindeki ölçütler farklı olabilir. Ancak, büyük hukuk çevrelerinin, ana hukuk düzenleri mutlaka incelenmelidir. Örneğin, kartel hukuku inceleniyorsa, Fransız hukukundan çok, Amerika Birleşik Devletleri hukuku incelenmelidir. Gerek kanun koyucu, gerek hukuk uygulaması tarafından bütün Dünyada çözülmeye çalışılan güncel ve henüz deneme aşamasında olan hukukî sorunlar da vardır. Bu konularda, küçük devletlerin hukukları, başka bir deyişle yan hukuk düzenleri de karşılaştırmalı hukukçu için incelenmeye değerdir. Örneğin, hiçbir devletin hukuk uygulaması, deniz taşımacılığında İngiltere kadar tecrübe sahibi değildir. İsveç hukukunda sigorta yaptıran kişi ve kiracının korunmasının, tüketicinin korunması kapsamına alınarak gerçekleştirilmesi şeklindeki çözümler çok ilginçtir. *Québeck*'de trafik kazalarından doğan tazminat talepleri, Yeni Zelanda'da ise, bütün tazminat talepleri, sosyal kaza sigortası biçiminde düzenlenmiştir. Ayrıca aile hukuku

¹³⁸ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 40; ZWEIGERT (dn. 3), 196.

alanında İskandinav hukukundaki yeni düzenlemelerden çok şey öğrenilmesi mümkündür. Bütün bunlardan anlaşılmaktadır ki, karşılaştırılacak hukuk düzenlerinin seçiminde kesin bir kural koymak mümkün olmayıp, bu seçim, daha çok hukukçunun tecrübesine ve tahmin gücüne bırakılmalıdır¹³⁹.

III. Araştırmanın Kapsamı

Kural olarak yabancı hukukun araştırılması sırasında bütün sınırların aşılması gerekir. Yabancı hukuktaki her türlü kaynak, hukuk kaynağı olarak dikkate alınmalıdır. Karşılaştırmalı hukuk anlamında hukuk kaynağı, incelenen hukuk düzenindeki hukuku etkileyen belirleyen her şeydir. Karşılaştırmalı hukukçu, incelediği yabancı hukuk düzenindeki bir hukukçu gibi yabancı hukuk düzenindeki kaynakları ele almalı, bütün kaynaklara o hukuk düzeninin bir hukukçusu gibi yaklaşarak, onunla aynı değer ve ağırlığı vermelidir. Bu bağlamda, kanunlar, örf-adet kuralları, içtihatlar, öğreti, sözleşme tipleri, genel işlem şartları, ticarî teamüller ve alışkanlıklar araştırılmalıdır. Bu karşılaştırmalı hukuk metodunda kesin bir noktadır¹⁴⁰.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kanun metinleri ve hakimın yarattığı hukuk ön plândadır. Anglo-amerikan hukuk sisteminde ise, bazı kurumların hukuk kaynağı olarak çok önemli oldukları görülmektedir: *Common Law, custom, tradition, judgemade maxims* ve *statute law*'dan oluşan geniş bir kaynak örgüsüne sahiptir¹⁴¹.

Karşılaştırmalı hukuk çalışmasına başlandığı anda hukukçunun, yabancı hukuk düzenlerine ilişkin bütün bilgileri toplamış olması mümkün değildir. Ancak, karşılaştırmalı hukukçuların, sürekli olarak, yabancı hukuk düzenlerinin, özellikle ana hukuk çevrelerinin, tarihsel gelişimine, genel yapısına ilişkin bilgilerini derinleştirmeleri gerekir¹⁴².

¹³⁹ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 41; ZWEIGERT (dn. 3), 196.

¹⁴⁰ NEUMAYER (dn. 113), 53; IDEM: Fremdes Recht aus Büchern, Fremde Rechtswirklichkeit und die Funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 34 (1970) 422; ZWEIGERT (dn. 3), 196; IDEM (dn. 125), 406; ZEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 35.

¹⁴¹ Bkz., BERNSTORFF, v. G.: Einführung in das Englische Recht, 2. Aufl., München 2000, 9 vd.

¹⁴² ÖZSUNAY (dn. 44), 147.

III. İşlevsel Denklik İlkesinin Uygulanması

Karşılaştırmalı hukukçunun, incelediği yabancı hukuk düzenlerinde, araştırdığı hukukî kuruma işlevsel olarak denk düşebilecek kuralları bulurken hangi sistematîği kullanacağı konusu bir kaç örnekle açıklanmayı gerektirecek niteliktedir. Kıta Avrupası hukukçuları için, kanunî temsil düşüncesi, rüşt yaşına ulaşmamış, ya da hacir altına alınmış kişilerin hukukî yaşama katılabilmeleri için tek yol olarak görünmektedir. Bütün çocukların doğdukları andan itibaren kanundan dolayı bütün temsil yetkileriyle donatılmış bir kişi tarafından temsil edilmeleri -ki bu bazı hallerde sulh hukuk hakimliği, gençlik dairesi vs. olabilir -düşüncesi, Kıta Avrupası hukukçuları için o kadar doğaldır ki, hiç kimse başka bir alternatifin varlığını araştırmaz. Ancak *Common Law* sistemine bakıldığında böyle bir kurum olmaksızın da bu sorunun çözüldüğü görülmektedir. Bu sistemde, ebeveynler doğrudan kanun gereği, küçüğün hukukî temsilcisi olma hakkı ve yükümlülüğüne sahip değildirler. Küçüğün açması gereken davalar, onun adına, mahkeme tarafından *ad hoc* (somut olayın özelliğine göre) belirlenen bir "*next friend*" tarafından açılır, küçüğe karşı açılan davalar ise, yine aynı şekilde belirlenen "*guardian ad litem*" tarafından yürütülür. Eğer küçük, kanunî mirasçı olmuşsa, mahkeme belli durumlarda bir "*administrator durante minore aetate*" atar. Ayrıca küçük, belli koşulların gerçekleşmesiyle "*ward of court*" olarak atanabilir. Gerçi burada mahkeme, önce temsil yetkisini elde etmekte, daha sonra bunu başka kimselere devretmektedir¹⁴³. Kıta Avrupası hukukunda kanunî temsilcinin küçüğün, malvarlığını yönetmek görevi, *Common Law* sisteminde özel birtakım inançlı işlem kurumları tarafından (*trustees*) yerine getirilir. Çünkü, Anglo-amerikan hukuk sisteminde eski bir gelenek olarak, küçüğe yapılan devir ve temlik işlemleri, doğrudan küçüğe değil, malvarlığını küçük adına yönetmeye yetkili olan, *trustee*'lere yapılır¹⁴⁴. Görüldüğü gibi, Kıta Avrupası hukuk sisteminde belki de hukuk politikası gereğince tek bir kurum olarak düzenlenen bir hukukî gereksinim, *Common Law* sisteminde münferit ihtiyaçlara göre, farklı kurumlar halinde düzenlenmiştir. Bu kurumların her biri, kendi ayrı tarihsel gelişim çizgisine sahiptir.

¹⁴³ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 36.; ZWEIGERT, K.: Die "*presumptio similitudinis*" als Grundsatzvermutung Rechtsvergleichender Methode, Inchieste di dritto comparato, (Hrsg. ROTONDI) 1973, 740-742.

¹⁴⁴ HENRICH, D.: Einführung in das Englische Privatrecht, Darmstadt 1971, 103 vd.; BERNSTORFF (dn. 141), 146.

Ancak bütün bunlara bakıp, Kıta Avrupası hukuk sisteminin soyutlamaya ve genellemeye eğilimli olduğu, kapsamlı kavramlar yaratmış olduğu, *Common Law* sisteminin ise buna karşın, tümevarımlı ve doğaçlama bir metodunun olduğu, somut münferit gereksinimlerin *ad hoc* olarak yaratılan kurumlarla giderilmeye çalışıldığı söylenemez. Farklı hukuk sistemlerindeki aynı işlevlerin, bu işlevler için öngörülen kurumların farklı tarihsel gelişim çizgilerine ve dogmatik kaynak noktalarına rağmen, aynı şekilde yerine getirildiklerine ilişkin bir örnek vermek mümkündür. Bu örnek, Anglo-amerikan hukuk sistemindeki *trust*'tir¹⁴⁵. Bu kurum çok basit bir düşünceden doğmuştur: Bu düşünceye göre bir malvarlığı üzerinde birden çok kişinin hakkı vardır. Bu kişilerden bir tanesi, *trustee* olarak adlandırılır, malvarlığını inanılan kişi olarak yönetir ve mal varlığı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Malvarlığının diğer sahipleri ise, çoğu kez sıra ile, belli ölçüde bu malvarlığının semerelerine sahip olurlar. Bu temel düşünce *Common Law* sisteminde, aile, miras, vakıf, ticarî şirketler hatta sebepsiz zenginleşme kurumlarının işleyişinde kullanılmaktadır. Bu kurum, bizim kıta Avrupası hukuk sisteminde tanıdığımız, ancak birçok araçla ve heterojen hukukî kurumlarla giderilmeye çalışılan hukukî gereksinimlerin çoğunun giderilmesinde kullanılmaktadır.

Bütün bu örneklerde, başka bir sistematik düzenleme altında bile olsalar, birbirleri ile ilişkilendirmemiz gereken hukuk kuralları söz konusudur. Ancak çoğu zaman karşılaştırmalı hukukçu, bunun da ötesine geçmek zorunda kalmaktadır. Çünkü, karşılaştırmalı hukuk çalışması yapan hukukçu, bazen, yabancı hukuk düzeninde araştırdığı hukuk normunun işlevini gören kurumun bir norm olmadığını, aksine ancak hukuk dışı gerçekliklerin araştırılması ile bulunabilecek, hukukun dışında bir fenomen olduğunu saptamak zorunda kalmaktadır. Bu bağlamda, bazen kanun ile ya da içtihatlarla belirlenmiş pozitif hukuku uygulama dışı bırakan ve ders kitaplarında bulunmayan genel işlem şartları sayılabilir. Yine bunun gibi, katılanların aralarındaki zımnî anlaşmaya göre kabul edilmiş olan ticarî alışkanlıklar da bu kategoriye girer. Son olarak, ulusal hukukta hukuk kuralı halinde düzenlenmeye muhtaç bir sosyal problem, yabancı hukuk düzeninde tamamen hukuk dışında kalabilmektedir. Zira, söz konusu hukuk düzeninde, bu sosyal problem, hukuk dışında kalan başka bir mekanizma ile çözüme kavuşturulabilmektedir. Doğal olarak, hukuk dışında kalan bu sosyal problem de karşılaştırmalı hukuk çalışmasının içine alınabilir. Karşılaştırmalı hukuk çalışması ile, belli bir sosyal problemin, yabancı

¹⁴⁵ HENRICH (dn. 144), 100 vd.; BERNSTORFF (dn. 141), 147 vd.; BLUMENWITZ, D.: Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 6. Aufl., München 1998, 11, 16.

hukuk düzeninde kural halinde düzenlenmediğinin saptanmasıyla yetinilmesi hem yanlış hem de yetersizdir, zira bu gereksinim, o hukuk düzeninde başka bir şekilde giderilmiştir¹⁴⁶.

Bu duruma verilebilecek en çarpıcı örnek, icap yapanın icabıyla bağlılığıdır. İsviçre ve Alman hukuklarına göre (§ 145 BGB), icap yapan, ya kendi belirlediği ya da uygun bir sürede, icabıyla bağlıdır ve icabından dönemez. *Common law* sisteminde ise, icap yapan, belli bir süre icabıyla bağlı kalacağını açıklamış bile olsa, icap kabul edilinceye kadar icabını geri alabilir. Ancak her iki hukuk düzeninde de hukukî gerçeğin farklı olduğu görülmektedir. Almanya'da ticarî işlemlerde ve özellikle genel işlem şartlarında sıkça, icapla bağlı olunmak istenmediğine ilişkin kayıtlar konulmaktadır. Öyle ki, bu bağlı kalınmak istenmeyen icabın, hukukî anlamda icap olmadığı, bir icaba davet (*invitatio offerendi*) olduğu bile söylenebilir. *Common law* sistemi ise, icabın her zaman geri alınabilmesini yumuşatan birtakım hukukî çözümler üretmiştir¹⁴⁷.

Karşılaştırmalı hukukçunun, hukuk dışı fenomenleri de araştırması gerektiğine ilişkin başka bir örnek de, taşınmazların mülkiyetinin devri konusunda verilebilir. Bütün gelişmiş hukuk düzenlerinde, bir taşınmazın mülkiyetini devralan veya bir taşınmaz üzerinde ipotek hakkını elde etmek isteyen kişinin, bu taşınmaz üzerinde üçüncü bir kişinin hak sahibi olmasıyla uğrayabileceği zararlara karşı korunmasına ilişkin hükümlerin yer alacağına inanılır. Alman-İsviçre hukukunda tapu sicilinde "tapu siciline duyulan güvenin korunması" ilkesi ile bu duruma bir çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Fransa ve başka bazı ülkelerde de bu sistem kabul edilmiştir. Anglo-amerikan hukuk sisteminde de uzun bir zamandan beri taşınmazların kaydedilmesi yöntemi kullanılmaktadır. Ancak bu yöntemin, sadece kalabalık bazı şehirlerde sınırlı bir başarıya ulaştığı saptanmıştır. İngiltere'de ve Amerika Birleşik Devletleri'nde "*conveyancing*" adı verilen eski bir uygulama sürdürülmektedir. Bu uygulamaya göre, bir taşınmaz üzerinde aynı hak elde etmek isteyen kişinin avukatı, satıcı tarafından gösterilen belgeleri inceleyerek, taşınmazı elde edenler zincirinde bir eksiklik olup olmadığını saptamak zorundadır. Bu yöntemin zaman alıcı ve masraflı olması, Amerika Birleşik Devletleri'nde "*Title Insurance Companies*"lerin kurulmasına yol açmıştır. Bu şirketler, ilgili herkese, üçüncü bir kişinin hakkı nedeniyle doğabilecek zararları gidermeyi üstlenen sigorta şirketleridir. Şirketler, böyle bir sigorta sözleşmesini, ancak

¹⁴⁶ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 37; ÖZSUNAY (dn. 44), 153.

¹⁴⁷ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 37.

kendilerine ait bir takım belgeleri inceledikten ve üçüncü bir kişinin hakkından dolayı, sigorta yapılan kişinin zarara uğraması olasılığının çok az olduğu kanısına vardıldıktan sonra yapmaktadır. Bu şirketlerin belli bölgelerde tekel halinde çalıştıkları ve bu işi geçtiğimiz yüzyılın başından beri yaptıkları dikkate alınacak olursa, Kıta Avrupası hukukundaki tapu sicili kadar iyi işleyen bir arşive sahip oldukları kolaylıkla tahmin edilebilir¹⁴⁸.

Bütün bu örnekler, karşılaştırmalı hukukun temel ilkelerinden birini daha ortaya koymaktadır. Çeşitli hukuk düzenleri, tarihsel gelişimlerdeki, hukukun sistematik-kuramsal yapısındaki ve uygulama tarzındaki bütün farklılıklara rağmen, aynı şekilde ortaya çıkan sorunları, bütün ayrıntılarına kadar aynı ya da çok benzer bir biçimde çözmektedir. İnsan yaşamının bir çok alanı, farklı etik ve geleneksel değerlerle biçimlendirilmiştir. Bu alanların bu kadar farklı olmasının nedeni, kökenlerinde dinsel anlayışların özelliklerinin bulunması, tarihsel gelişimin farklılığı, uygarlık gelişiminin ayrı çizgilerde seyretmesi ve halkların karakter özellikleridir. Örneğin, vasiyetname yapma özgürlüğü, hayatta kalan eş ya da diğer yakınlar lehine sınırlandırılabilir mi? Veya boşanma nedenleri nelerdir? Aynı cinsiyetten iki kişi evlenebilir mi? Evli olmayan çiftler evlât edinebilirler mi? Bütün bu sorunlar, yukarıda sayılan faktörlerin etkisiyle, farklı hukuk düzenlerinde, farklı biçimde çözümlenen sorunlardır. Bu farklılık çoğu kez, bir kanunlar ihtilâfi kuralı uyarınca yabancı hukuk kuralını uygulamak durumunda olan mahkemenin, yabancı hukuk kuralının kendi hukukundaki kamu düzenini ihlâl edip etmediği sorusunu sormaya başlamasına neden olmaktadır. Gerçekte, karşılaştırmalı hukuk araştırması yapan kişi, farklı değer yargılarıyla karşı karşıya kalır. Bu durum, onun, bir hukuk düzenindeki çözümün, diğerinden daha iyi ya da kötü olduğu şeklinde bir değer yargısında bulunmasının yanlış olduğunu gösterir¹⁴⁹.

Bu şekilde değer yargılarının ve ahlâki değerlerin etkilediği alanların dışına çıkılıp, diğer bir deyişle politik olmayan özel hukuka bakıldığında, hukukî ilişkilerde aynı gereksinimlerin, aynı gelişmişlik düzeyindeki bütün hukuk düzenlerinde, aynı ya da çok benzer bir biçimde çözüldüğü görülmektedir. Bu konuda neredeyse bir *praesumptio similitudinis*¹⁵⁰, den, yani, pratik çözümlerin benzerliğinin varsayımsal olarak kabul edilmesinden söz edilebilir. Bu belirleme, metodik açıdan iki

¹⁴⁸ HENRICH (dn. 144), 96; BERNSTORFF (dn. 141), 28; ÖZSUNAY (dn. 44), 156.

¹⁴⁹ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 44), 38.

¹⁵⁰ ZWEIGERT (dn. 143), 737 vd.

yönden verimli olabilir: Başlangıçta karşılaştırmalı hukuk çalışmasına bulgusal bir ilke olarak yardımcı olur. Araştırmacıya, yabancı hukukun hangi alanlarının pratik alandaki muhtemel benzerlikleri bulma amacının gerçekleştirilmesinde, hangi yollardan gidilmesi gerektiğini gösterir. Bundan başka, her varsayım, çalışmanın sonunda, çalışmanın sonucunun doğruluğunun kontrolünde bir araçtır. Karşılaştırmalı hukukçu, araştırdığı materyalin tamamından, sonuç olarak, karşılaştırdığı hukuk düzenlerindeki çözümlerin aynı ya da en azından benzer olduğu sonucuna varırsa, sonuçtan memnun olmalıdır. Buna karşın, pratik çözümlerde farklılıklar veya tamamen bir zıtlık saptayacak olursa, bunu belirtmeli ve sorunu, hukukî kurumların işlevlerine göre gerçekten ortaya koyup koyamadığını veya araştırmasının kapsamını yeterince geniş tutup, tutmadığını yeniden düşünmelidir¹⁵¹.

IV. Karşılaştırmalı Hukuk Çalışmasının Tarzı

Karşılaştırılan hukuk düzenlerinin araştırılması sırasında, çoğu kez bilinçsizce, ancak sürekli olarak yapılan bir karşılaştırma itici bir güçtür. Sadece hukukî materyalin belirtilmesinin ötesine geçen gerçek bir karşılaştırmalı hukuk çalışması (*process of comparison*), hukuk düzenlerindeki materyallerin incelenmesinin bitirilmesi ile başlar¹⁵². Çalışmanın yön alması sırasında, ülkelerin hukuk sistemlerine ilişkin ve şimdiye kadar değinilen temel ilkelerin yer aldığı materyaller, herhangi bir eleştiri getirilmeden, ancak, aralarındaki bütün nüanslar ortaya konulmak suretiyle sunulmalıdır. Bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasını eline alan kişi, kullanılan bütün materyali anlayabilecek durumda olmalıdır. Ancak incelenen hukukî sorunun bazı özellikleri, başka tarzda bir inceleme yapmayı gerektirebilir. Örneğin, sorun, birden fazla yan sorun doğurmuş olabilir veya farklı olay tiplerinde ortaya çıkmış olabilir: Burada her yan sorun veya her olay tipi için ayrı bir bölüm açmak ve hukuk düzenlerinin materyallerini bu bölümlerin içerisinde incelemek önerilebilir¹⁵³.

Çeşitli hukuk düzenlerindeki çözümlerin hiçbir yorum olmaksızın sıralanarak aktarılması karşılaştırmalı hukuk değildir. Tam aksine, karşılaştırmalı hukuk, asıl bu aşamadan sonra başlar¹⁵⁴. Bu aşama

¹⁵¹ ZWEIGERT (dn. 143), 737; ÖZSUNAY (dn. 44), 146-147; ZWEIGERT (dn. 3), 198.

¹⁵² ZWEIGERT (dn. 3), 198;

¹⁵³ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 42.

¹⁵⁴ Günümüzde birçok hukuk araştırmasının ya da doktora tezinin başlığının "karşılaştırmalı hukuk araştırması" olarak nitelendirildiği görülmektedir. Yabancı hukuk düzenlerine sadece bilgi vermek amacıyla şöyle bir değinen bu tür araştırmaların, gerçek

karşılaştırmalı hukukun en zor aşamasıdır, çünkü bu aşamada belli kalıcı kuralların saptanmasına çalışılmaktadır. Bu noktada çok şey, münferit sorunun özelliklerine ve çeşitli hukuk düzenlerindeki çözüm biçimlerine bağlıdır.¹⁵⁵

Karşılaştırmalı olarak yapılan bir analizin, çözümlerdeki farklılıkları ortaya çıkarmaya yönelik olması doğaldır. Bu farklılıklar üzerinde düşünmek ise, karşılaştırmalı araştırmanın ilk itici gücüdür. Bununla birlikte, farklılıkların ya da benzerliklerin katalog biçiminde bir araya getirilmesi ise, hukukî materyallerde zaten olan bir şeyin, daha belirgin ve düzenli bir biçimde bir araya getirilmesinden başka bir şey değildir. Bu çalışma biçimi, hukukî bir problemin, karşılaştırılan bütün hukuk düzenlerinde açık ve anlaşılabilir bir çözüme kavuşturulmuş olması durumunda yeterli olabilir. Ancak şimdiye kadar verilen örneklerde de görüldüğü gibi, sorunlar çoğu kez son derece karmaşıktır ve genellikle böyle karmaşık sorunlar karşılaştırmalı hukuk çalışması için özellikle seçilir. Bu noktada karşılaştırma, çeşitli çözümlerin, ortak bir bakış açısından değerlendirilmesi anlamına gelir. Çeşitli hukuk düzenlerinin hukukî materyalleri, sadece bilgi vermeye yönelik olup, maddî hukuka ilişkin bir sorunun, belli bir ülkede nasıl çözüldüğünü belki kapsamlı bir biçimde, ancak kendi terminolojisi ile (*on its own terms*) açıklamaktadır. Bu açıklama, her ülkenin kanunlarında ya da şerhlerinde, içtihatlarında, kendi kavramları, kendi sistematigi ile yapılmaktadır. Buna karşın karşılaştırmada araştırılan her çözüm, ait olduğu hukuk düzeninin özelliklerine göre değerlendirilmeli, araştırmacının bizzat kendi hukuk düzenindeki

karşılaştırmalı hukuk araştırmaları ile bir ilgisi yoktur. Yabancı hukuk düzenlerinin bu şekilde bilinçsiz ve rastlantı sonucu incelenmesi hiçbir şekilde karşılaştırmalı hukuk olarak değerlendirilemez. Bu tür çalışmaların yanında yabancı hukuk düzenlerini, bilinçli, amaçlı ve sistemli şekilde inceleyen çalışmalara da rastlanmaktadır. Bu çalışmalardan bazılarında, belirli bir konunun, belirli bir yabancı hukuk düzeninde, örneğin, İngiliz, Fransız, Alman veya Avusturya hukukunda, monografik olarak derinlemesine incelendiği, bazılarında ise, belirli bir hukukî sorunun, farklı hukuk düzenlerindeki, örneğin, İngiliz, Fransız ve Alman hukuklarındaki çözümleri yanyana açıklanmakta ve karşılaştırılmaktadır. Bu tür çalışmaların hepsi, sadece “yabancı hukuklar hakkında bilgi verici araştırmalar” olup, gerçek karşılaştırmalı hukuk çalışmaları için zorunlu ve yararlı ön çalışmalar olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak bunların, “işlevsel denklik ilkesi” gözetilerek yapılan gerçek karşılaştırmalı hukuk çalışmaları olarak değerlendirilmeleri, yanlış ve yanıltıcıdır. Bkz., aynı yönde, ÖZSUNAY (dn. 44), 142; CONSTANTINESCO, L.J.: Rechtsvergleichung, Bd. II: Die Rechtsvergleichende Methode, Köln/Berlin/Bonn/München 1972, 34 vd.; RHEINSTEIN (dn. 36), 22.

¹⁵⁵ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 42; ZWEIGERT (dn. 3), 198.

bağlantılarla açıklanmamalıdır. Burada da yine dikkate alınması gereken husus işlevsel denklik ilkesidir. Karşılaştırılan hukuk düzenlerindeki çözümler, bu hukuk düzenlerindeki bütün sistematik kavramlardan bağımsız düşünölmeli, bu hukuk düzenlerindeki ulusal-dogmatik saplantılardan arındırılmalı ve işlevsellik, yani, söz konusu hukukî gereksinimin çözümlü açısından ele alınmalıdır. Bu aşamada, aynı gereksinimlerin farklı çözümlerle karşılanmaya çalışıldığı saptanacak olursa, bunun nedenleri araştırılmalıdır. Bu araştırma, özellikle yorucu ve zor bir araştırmadır, çünkü bu araştırma sırasında, sosyal yaşamın bütün alanlarının dikkate alınması gerekmektedir. Bu yapılırken, ekonomi, sosyoloji veya politika bilimi gibi sosyal bilimlerin diğer alanlarının da dikkate alınması gerekebilir¹⁵⁶.

V. Karşılaştırmalı Hukuk Çalışmasının Sistematiğı

-Bağımsız Karşılaştırmalı Hukuk Kavramı-

Karşılaştırmalı çalışma yapılırken bir sonraki adım ise bir sistem oluşturulmasıdır. Bir karşılaştırmalı hukuk çalışması, kendi sistematiğini ve kendi kavramlarını oluşturmaktan kaçınmamalıdır. Sistem, öylesine esnek olmalıdır ki, heterojen, fakat, ancak işlevlerine göre karşılaştırılabilir olan kavramlar, geniş kapsamlı üst kavramlarla ifade edilebilmelidir¹⁵⁷. Rabel¹⁵⁸ tarafından “vasıflandırma” probleminin çözümlü için bulunan “bağımsız karşılaştırmalı hukuk kavramı”, sadece milletlerarası özel hukukta değil, aynı zamanda karşılaştırmalı hukukta da pratik bir öneme sahiptir.

Bu şekilde uluslararası kavramlar, özellikle son yıllarda gelişmekte olan “Dünya Ticaret Hukuku” için son derece önemlidir¹⁵⁹. Her ne kadar uluslararası mal ve hizmet değişiminin bir aracı olarak sözleşme, tüzel kişi, tahkim gibi kavramlar yeryüzündeki bütün hukuk sistemleri tarafından biliniyorsa da, benzerlikleri ve farklılıkları, bu benzerlik ve farklılıkların nedenleri ve etkileri karşılaştırmalı olarak incelenmelidir. Bu inceleme, yeni uluslararası kavramların üretilmesi ve yeni bir terminoloji yaratılması konusunda yararlı olacak, böylece hukukların yakınlaştırılması, belki de nihai olarak birleştirilmesi sonucuna götürecektir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 43; ZWEIGERT (dn. 3), 198.

¹⁵⁷ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 43; ZWEIGERT (dn. 3), 199.

¹⁵⁸ RABEL (dn. 29), 241-288.

¹⁵⁹ SCHMITTHOFF, C.M.: Welthandelsrecht, RabelsZ, 47 vd.; OĞUZ, A.: Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 3, sh. 11 vd.

¹⁶⁰ SCHMITTHOFF (dn. 159), 77.

Bir örnek vermek gerekirse, bütün hukuk düzenleri, tarafları borç altına sokan hukukî işlemleri, tarafları borç altına sokmayan açıklamalardan ayırma ihtiyacını duymuştur. Ancak bu ayrımı yaparken kullandıkları ölçütler farklıdır. Borçlandırıcı işlemler sıkı şekil şartlarına bağlı kılınabilir: belli şekli koşullar, belli ve tipik bir hukukî neden (*causa*), karşılıklılık (*consideration*) gibi. Ancak, bu, daha ileri bir aşamada, irade açıklamasının yorumlanması ile hakime de bırakılabilir. Bu noktada karşılaştırmalı hukuk sisteminde öyle bir kavram ortaya çıkmalıdır ki, şekil, *causa* (bir çok anlamından sadece biri, belli ve tipik bir hukukî neden anlamı burada söz konusu edilmektedir), *consideration* (karşılıklılık) gibi kavramları kapsamalı ve hukukten bağlayıcılığı ifade etmelidir. *Kötz* ve *Zweigert* tarafından bu kavramları ifade etmek üzere önerilen kavram, "ciddiyet belirtileri (*Seriositätsindizien*)"dir¹⁶¹.

Bu duruma başka bir örnek, sebepsiz zenginleşme alanından verilebilir. Sebepsiz zenginleşmeden doğan iadenin her hukuk düzeninde rastlanan bir düzenleme olduğu söylenir. Bir çok hukuk düzeninde bu kurala şu veya bu şekilde rastlanmaktadır. Ancak bu kurum her hukuk düzeninde farklı görünümle ortaya çıkmaktadır; Bir hukuk düzeninde, zenginleşmenin iadesi, başka bir hukuk düzeninde haksız fiil, başka bir hukuk düzeninde sözleşmeden doğan iade talebi olarak tezahür etmektedir. Karşılaştırmalı hukuk sisteminde, bu konuda ortak bir işlevi kapsayan bir üst kavram, hattâ sebepsiz zenginleşmeden doğan çeşitli talep haklarını, çeşitli işlevlerine göre, aynı ödevi gören diğer talep haklarıyla bağdaştıran birden fazla üst kavram bulunmalıdır. Diğer bazı kavramlar daha kolay ifade edilebilirler. Örneğin, "imkânsızlık" yerine "sözleşmenin ihlâli", "ifa yardımcılarının fiillerinden sorumluluk" yerine "emre tâbi kişilerin fiillerinden sorumluluk", "*respondeat superior*" yerine "başkalarının davranışlarından sorumluluk", "tehlike sorumluluğu" yerine de "risk sorumluluğu" ya da "katı sorumluluk" terimleri önerilmektedir¹⁶².

Böylece, karşılaştırmalı hukuk sistemi, daha geniş bir yapı kazanabilir. Bu sistemin kavramları, ulusal sistemin kavramlarından daha geniş kapsamlıdır, çünkü, karşılaştırmalı hukukun işlevsel denklik ilkesine göre daha geniş yorumlanmakta ve çoğu kez ulusal kavramların arkasında kaldıkları için gözden kaçan, hayatın fenomenlerine göre biçim almaktadır. Böylece karşılaştırmalı hukuk, bir işlevler bütünlüğü sistemine

¹⁶¹ ZWEIGERT (dn. 3), 199; ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 44; KÖTZ, H.: Europäisches Vertragsrecht, Tübingen 1996, 77vd.

¹⁶² ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 44; ZWEIGERT (dn. 3), 199.

götürmektedir; bu sistemin kavramları aynı sosyal ve ekonomik koşullardaki hukuk sistemlerinde, hukuka, hayata ait bir vakıa olma niteliğini vermektedir. Bu kavramlar, ister hukuk tekniği, ister objektif açıdan farklı olsun, çeşitli çözümleri objektif bir gerekçe getirilebilecek bir şekilde birleştirmektedir. Böylece bu çözümler, birbirleriyle karşılaştırılabilir ve ölçülebilir hale gelir. Böyle bir sistem ve bu şekildeki kavramlar, karşılaştırmalı hukuk çalışmasının uluslararası niteliği artıkça daha fazla önem kazanır¹⁶³.

Bu noktada uluslararası bir hukuk biliminin gerekliliği açıktır. Ayrıca görülmektedir ki, özel hukuk, kendi öğretisi ve dogmalarını yaratmış olan ulusal hukuk döneminden sonra, tekrar, daha önce doğal hukuk döneminde olduğu gibi, kapsamlı bir biçimde uluslararası hukukun araştırma konusu olabilir. Bu araştırma yapılırken, ortaya çıkarılacak sonuçların bilimselliği ve objektifliği konusunda taviz verme zorunluluğu yoktur. Karşılaştırmalı hukuk, hukukun, özellikle özel hukukun, bir araştırma konusu olarak, mutlaka ulusal hukuk düzenleri ile sınırlandırılmasının zorunlu olmadığını göstermiştir. Aslında, bu alan, uzun zamandır bu yolu izleyen hukuk disiplinlerinden birisidir. Bir çok disiplin, ulusal kavramlara sıkı sıkıya bağlı kalınmasını eleştirmiştir: Menfaatler içtihadı, serbest hukuk okulu, hukuk sosyolojisi, hukukî gerçekçilik gibi bazı yeni akımlar, hukuk biliminin konusunun, ille de kavramsal hukukî yapılardan oluşmadığını, çözülmeyi bekleyen hayata ilişkin sorunların da hukuk biliminin konusunu oluşturabileceği konusunda birleşmektedir. Bu düşüncelere göre, hukuk bir "sosyal mühendislik"tir ve hukuk bilimi de bir sosyal bilimdir. İşte bu görüş, karşılaştırmalı hukukun hem sonucudur hem de metodik çıkış noktasıdır. Çeşitli ülkelerdeki hukuk kurumlarının dogmatik yapısı yerine, onların işlevlerinin sorgulanması, metodolojik olarak, çeşitli hukuk düzenlerinin farklı çözümlerinin kendi gerçekliklerine göre araştırılması, sosyal amaçlarının yerine getirilmesine göre birbirleriyle ölçülmesi, gibi bütün konularda karşılaştırmalı hukuk, bu yöndeki diğer hukuk disiplinleri ile yakın bir bağlantı halindedir. Ancak karşılaştırmalı hukuk, bütün bu alanlara, uluslararası bir boyut kazandırır ve çok zengin bir materyal sunar. Bu materyal çok yetenekli ve yaratıcı ancak, sadece kendi ulusal hukukunun materyali ile sınırlı kalan bir hukukçunun kendi kendine düşünemeyeceği kadar çok çözüm olanakları sunar¹⁶⁴. *Jhering*¹⁶⁵'e göre, bir

¹⁶³ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 44.

¹⁶⁴ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 45; ZWEIGERT (dn. 3),194.

ülkedeki hukuk düzeni politik tercihlerin sonucudur. Bu bir bilim dalı için son derece alçaltıcı ve onursuz bir şeydir. Ancak bütün sınırlar aşılabilir ve evrensellik karakteri yakalanabilir. Bu düşünce ancak Roma hukukundaki ortak noktaların yeniden saptanması ve karşılaştırmalı hukuk araştırmaları ile gerçeğe dönüştürülebilir¹⁶⁶.

Jhering'in düşünceleri gerçek olma aşamasına gelmiştir. Eğer hukukî kurumlar, işlevsel olarak incelenip, sosyal olayların kurallar halinde düzenlenmesi olarak anlaşılırsa, hukukî sorunların, hemen her ülkede aynı türde olduğu görülecektir. Bütün hukuk düzenlerinde, farklı toplumsal düzenlerde ve farklı gelişim aşamalarında da olsalar, aynı soruları yöneltmek ve aynı ölçütleri uygulamak mümkündür. Böyle evrensel bir hukuk bilimi, kavramlar birliği ve öğreti ancak, karşılaştırmalı hukuk metodunun kullanılması ile sağlanabilir. Daha başka bir deyimle böyle bir sonuca, *a priori* değil, sürekliliği olan bir araştırma ve karşılaştırma ile ulaşılabilir. Ancak bu çalışma metodu ile karşılaştırmalı hukuk, uluslararası bir niteliğe kavuşabilir. Bugüne kadar yapılan karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının çoğunda, belli bir sorun ya da hukukî kurum, karşılaştırmalı hukuk çalışmasının yapıldığı ulusal hukuk düzeninin bakış açısından ele alınmış, karşılaştırılan hukuk düzenlerindeki görünümü karşılaştırmalı olarak araştırılmış, daha sonra da ulusal hukuk düzeni için reform önerileri, yeni yorum biçimleri gibi birtakım araştırma sonuçları çıkarılmıştır. Karşılaştırmalı hukuk çalışmasının bu türü, belki, ulusal alanda karşılaştırmalı hukuk olarak adlandırılabilir. Ancak gerçekten evrensel bir hukuk bilimine ulaşılabilmesi için karşılaştırmalı hukukun da uluslararası alanda yapılması gerekmektedir. Bu yeni hukuk bilimi, araştırmacıya, düşünce metodlarından, sistem kavramlarından, sorunların ortaya konuluş türlerinden, bilgilerden, değer ölçütlerinden oluşan zengin bir malzeme, Dünya üzerindeki hukuk bilimlerinin deneyimlerinden oluşan bir araç sunacağı gibi, bilimsel ufku genişletecektir. Böyle bir hukuk bilimi, çeşitli ülkelerin hukukçularının birbirleriyle anlaşmalarını da mümkün kılacak, yanlış anlamaları ve önyargıları ortadan kaldıracaktır¹⁶⁷.

¹⁶⁵ JHERING, v. R.: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I. Teil, Tübingen 1924, 15.

¹⁶⁶ COING, H.: Die Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert in Europa, Opladen 1991; IDEM: Die Ursprüngliche Einheit der Europäischen Rechtswissenschaft, Wiesbaden 1968; Bkz., yuk. dp. 43.

¹⁶⁷ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 45.

VI. Eleştirel Değerlendirme: Araştırmanın Sonucu

Karşılaştırma ile elde edilen sonucun eleştirel bir biçimde değerlendirilmesi, karşılaştırmalı hukuk çalışmasının en önemli bölümüdür. Genellikle bir çözümün diğerinden iyi ya da kötü olduğunu ileri sürmek doğru değildir. Çoğunlukla çözümlerin aynı değerde olduğunu kabul etmek gerekmektedir¹⁶⁸. Bazı durumlarda çözümlerden birinin üstünlüğünü kabul etmek kaçınılmazdır. Bazı durumlarda ise, çeşitli ulusal çözümlerden yaratılan bir kombinasyon, mevcut bütün çözümlerden daha iyi olabilir. Karşılaştırmalı hukuk araştırmasını yapan hukukçu, bunların hepsini tartışmalı ve çalışmasında ifade etmelidir¹⁶⁹.

Karşılaştırmalı hukukçu, çalışmasına eleştirel bir sonuç bağlamak zorundadır. Aksi halde karşılaştırmalı hukuk çalışması, çeşitli hukuk düzenlerindeki çözümlerin, kullanışsız bir biçimde bir araya toplanmasından ibaret olmaktan başka bir şey ifade etmez¹⁷⁰. Eleştirel bir değerlendirme sonucu bulunan ölçütler, hukukçular tarafından uygulanmalı, düşünülmeli ve eldeki çözümlerden hangisinin amaca uygun olduğu gerekebilir. Bu noktada karşılaştırmalı hukukçunun faaliyeti, kendi ulusal hukuku ile ilgilenen hukukçudan farklı değildir¹⁷¹. Ancak karşılaştırmalı hukukçunun elinde daha fazla materyal vardır. Sadece ulusal hukuku ile ilgilenen en iyi hukukçunun bile üretemeyeceği kadar çok çözüm modeli onun önünde durmaktadır¹⁷². Ayrıca kendi hukukunun en iyi hukuk olduğuna ilişkin kör bir inancı da yoktur. Değerlendirmenin subjektif olma olasılığı iddiası da *Rabel* tarafından şu sözlerle çürütülmüştür: "Yapılan resimde araştırmacının kökeni ve eğitimi nedeniyle ihmal ettiği renkler de, uluslararası işbirliği ile yapılan çalışmalarla eklenecektir"¹⁷³.

¹⁶⁸ ZWEIGERT (dn. 125), 410.

¹⁶⁹ ZWEIGERT/KÖTZ (dn. 23), 46; ZWEIGERT, K./PUTTFARKEN, H.J.: *Analoge Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen, Wege der Forschung, Rechtsvergleichung* (Hrsg. ZWEIGERT, K./PUTTFARKEN, H.J.), Bd. CCCXXXII, Darmstadt 1978, 404.

¹⁷⁰ NEUMAYER, (dn. 113), 406.

¹⁷¹ ZWEIGERT (dn. 125), 409.

¹⁷² KOHLER, J.: *Über die Methode der Rechtsvergleichung, Wege der Forschung, Rechtsvergleichung* (Hrsg. Zweigert, K./Puttfarken, H.J.), Bd. CCCXXXII, Darmstadt 1978, 2 vd.

¹⁷³ RABEL, E.: *Deutsches und amerikanisches Recht*, *RabelsZ* 16 (1951) 359.

Sonuç

Çalışmada üzerinde çok tartışılan karşılaştırmalı hukukun bir metod mu yoksa bağımsız bir hukuk disiplini mi olduğu sorusu ele alınmıştır. Karşılaştırmalı hukukun tarihsel geçmişi çok kısa olmamakla birlikte, metodu ve genel hukuk sistemi içerisindeki yerine ilişkin tartışmalar sürmüştür. Ancak son zamanlardaki toplumsal ve ekonomik gelişmeler, geleneksel dogmatizmin hukukî sorunların çözümünde son derece yetersiz kalmasına neden olmuş, böylece yaşamdan giderek kopan hukuk biliminin, gerçekliklerle bağlantısını kurabilmek amacıyla yeni metodlar geliştirilmesi gerekmiştir. Karşılaştırmalı hukuk, bu konuda başvurulması gereken yeni çözümlerden biridir. Çünkü karşılaştırmalı hukuk, hukukî düşüncüyü, gerçeklere ve hukukun güncel sorunlarına götürebilmektedir. Ayrıca karşılaştırmalı hukuk sadece eleştirmemekte, hukukî materyalin derinlemesine araştırılmasını sağlamakta ve “daha iyi ve doğru” bir hukukun kazanılmasına büyük katkı sağlamaktadır. Çünkü karşılaştırmalı hukuk araştırmaları ile elde edilen bilgiler sonucu ulaşılan çözüm seçenekleri, en dahi hukukçunun bile ömür boyu düşünebileceği çözüm seçeneklerinden daha zengindir.

Bugün gelinen noktada, tüm gelişmiş ülke hukuklarında karşılaştırmalı hukukun kendisine özgü konusu, diğer hukuk disiplinlerinden farklı amaç ve görevleri ve kendisine özgü bir yöntemi olduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Bu ülkelerde karşılaştırmalı hukukçular artık bu konuda deneyler yapma ve özel bir hukukî literatür oluşturma aşamasına ulaşmışlardır. Karşılaştırmalı hukuk, özellikle devletler hukukunda olduğu gibi, diğer hukuk disiplinlerine yardımcı olmasının yanı sıra, kanunlaştırma çalışmalarında, ulusal hukukta kanun boşluklarının doldurulmasında yorum yöntemi olarak ve hukukçuların ufkunu genişletmek açısından hukuk eğitiminde olmak üzere çeşitli görevler üstlenmektedir. Ancak, karşılaştırmalı hukukun en önemli ve çağdaş görevi, hukukun birleştirilmesidir. Bu konuda çaba harcayan uluslararası kuruluşlar, uluslararası anlaşmalar ve model kanunları hep, uluslararası işbirliği halinde ve karşılaştırmalı hukukun işlevsel denklik ilkesini kullanarak hazırlamaktadırlar. Ayrıca Avrupa’yı ortak bir Avrupa Medenî Kanunu yapmaya götüreceği olan, ortaçağ Avrupası’nın *Ius Commune*’sinin ve günümüz Amerika Birleşik Devletleri’nin hukukunun örnek alındığı ortak Avrupa hukuk bilimi yaratmak için oluşturulan literatür ile, yine karşılaştırmalı hukukun işlevsel denklik ilkesi kullanılarak, bağımsız bir karşılaştırmalı hukuk sistematığı ve kavramları yaratılmaktadır. Bu hukuk sistemlerinde karşılaştırmalı hukukun bu noktaya gelmesinde en önemli

etkenin, bu hukuk dalının kurumsallaşması olduğunu belirtmek gerekir. Karşılaştırmalı hukuk enstitüleri, kürsüleri ve hukuk fakültelerindeki dersler, bu çalışmalardaki sürekliliği ve sürdürülebilirliği güvence altına almaktadır.

Gelişmiş ülke hukuklarında bu noktada olan karşılaştırmalı hukukun, ülkemizdeki durumuna bakıldığında, çok ümit verici olmadığı görülmektedir. Bu konu ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek kadar ayrıntı içerdiği için kısaca değinilecektir. Türkiye’de salt İslâm hukuku döneminde (1299-1839) Hanefî İslâm hukuku uygulanmıştır. 3 Kasım 1839’da Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nun yayınlanmasından sonra İslâm/Batı hukuku dönemine geçilmiştir. Bu dönemde, gelenekçilik ile modernizmi bağdaştırmaya çalışan ve Adliye Vekili Cevdet Paşa’nın savunduğu akım doğrultusunda, 1858 tarihli Arazî Kanunnamesi ve 1869 tarihli Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye hazırlanmıştır. Bu dönemde, Mekteb-i Hukuk’ta, öğretim programında Roma hukuku, karşılaştırmalı ticaret hukuku ve Fransız kanunları yer almıştır. Yine bu dönemde yapılan ceza hukuku ve ticaret hukuku alanlarındaki bir dizi kanunlaştırmada batı, özellikle Fransız kanunları örnek alınmıştır.

Lâik batı hukuku döneminde ise, bir dizi devrimin yanı sıra, 1926 yılında İsviçre Medenî Kanunu kabul edilmiş ve tümüyle kıta Avrupası hukukuna girilmiştir. Bundan sonra “mukayese-i kavanin-i medeniye” ve “Avrupa Hukuku Medeniyesi” derslerinin, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ders programından çıkarıldığı görülmektedir. Bu tutumun nedeni, Türkiye’nin zaten kıta Avrupası hukuk çevresine girmesi nedeniyle, batı hukuklarının artık yabancı hukuk olmadığı düşüncesi olsa gerektir. Bu tutumun yanlışlığı anlaşılmış ve tekrar karşılaştırmalı hukuk dersleri konulmuş ise de, bu dersin hukuk fakültelerinde süreklilik arz etmediği gibi, müfredatının da çoğu zaman karşılaştırmalı hukukun gerçek konu, işlev ve metoduna değinmekten çok uzak olduğu görülmektedir. Ayrıca ülkemizde teknik anlamda kurulan tek karşılaştırmalı hukuk kurumu 1949 yılında kurulmuş bulunan “İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü”dür. Bir dönem karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına büyük katkı sağlayan bu kuruluşun da bugün eski işlevini yitirdiği görülmektedir.

Bugün hukuk fakültelerinin ders programlarında bu alana yer verilmemesi, gelişmiş ülke hukuk sistemlerinde bu konuda yaşanan gelişmelerin Türk hukukçusuna öğretilmemesi sonucuna yol açmaktadır. Gerçi, Türk hukukunun yabancı hukuklarla yakın ilgisi nedeniyle yapılan araştırmalarda yabancı hukuk literatüründen azamî ölçüde yararlanılmaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, bu çalışmalar gerçek

anlamda karşılaştırmalı hukuk çalışması olarak değerlendirilemez. Oysa içinde yaşadığımız dönemde, uluslararası ilişkiler hiç olmadığı kadar artmıştır. Ülkemizin sadece Avrupa Birliği'ne girme çabası bile bu konunun önemini anlatmaya yetecek bir örnektir. Bu oluşum, ülkemizi de bugüne kadar hiç olmadığı bir biçimde yabancı hukuklarla ilişki haline sokacaktır. Böylece yabancı hukuklar hakkında makro ve mikro düzeyde azamî bilgi sahibi olma gereği de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu gereğin yerine getirilmesi ise bireysel çabalarla mümkün olmayıp, karşılaştırmalı hukukun kurumsallaşması ile gerçekleştirilebilir. Karşılaştırmalı hukukun kurumsallaşması, karşılaştırmalı hukukun, hukukun bağımsız bir disiplini olarak değerlendirilmesini, böylece işlevlerini yerine getirmesini, araştırmaların karşılaştırmalı hukuk metodlarına göre yapılmasını ve herşeyden önemlisi bu konuda sürekliliği sağlayacaktır.