

Kıta Avrupası Özel Hukukunun Uyumlaştırılması: Roma Hukuku Bize Ne Öğretebilir; Ne Öğretemez?



Prof. Dr. Pascal PİCHONNAZ*

Çev.: Ar. Gör. Ceren SOYDAN**

Geçmiş tarafından yönetilmekten kaçınmak isteyen kişi, geçmiş bilmelidir. Bu kapsamda, bu konferansı düzenleyenlerin, Roma hukukunun, Kıta Avrupası özel hukukunun uyumlaştırılması sürecinde bize neler öğretebileceğine ilişkin bir çalışma sunmamızı planlamalarına müteşekkirimiz.

Elbette, baştan belirtmeliyim ki, Roma hukuku, sadece Romalıların MÖ. altıncı yüzyıl ile MS. altıncı yüzyıl arasında hüküm süren bir hukuk değildir.¹ Çok daha ileri gider.

İlk olarak, Roma hukuku, MS. 1453'te Constantinopolis'in (günümüz İstanbul'u) düşüşüne kadar Doğu Roma İmparatorluğu'nda uygulanmaya devam etmiştir. Avrupa'nın batısında ise, Roma hukukunun kullanımı, MS. 476'da Batı Roma İmparatorluğu'nun düşüşü ile sona ermemiştir. Roma hukuku, *Roman Statutes of the Barbarians* (Bar-

* Dekan, Özel Hukuk ve Roma Hukuku Bölümü Başkanı, Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İsviçre.

** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Ana Bilim Dalı.

¹ On İki Levha Kanunları, MÖ. 451 ve 450 yılları arasında on bilge kişi (*decemviri*) tarafından oluşturulan kanundur ve buna, MÖ. altıncı yüzyılda bir takım nadir krallık kanunları (*regiae leges*) öncülük eder. *Corpus Iuris Civilis* (1583'ten beri bu isimle anılır; bkz. Hans Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, 3rd edn (Heidelberg: C. F. Müller, 1999), n. 350; ayrıca Hermann Lange, *Römisches Recht im Mittelalter, Bd 1, Die Glossatoren* (Munich: C. H. Beck, 1997), 60, fn 1; Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Recht*, vol. 1 (Berlin: Veit und Comp., 1840), 66 et seq.) ve yeniden gruplanan *Institutiones* (MS. 533), *Digesta* (MS. 533), *Codex* (MS. 534) ve *Novellae* (MS. 565).

bar Kavimlerin Roma Kanunları) (Gotlar,² Vizigotlar,³ Burgundlar⁴ ve diğerleri) ile Avrupa'da kullanılmaya devam etmiştir.

İkinci olarak, Ortaçağ'da (MS. onbirinci yüzyıl sonlarında), *Glossatorlar* ve sonrasında *Commendatorlar*'ın, Iustinianus'un antik derlemelerini keşfederek üzerinde çalışmasıyla Roma hukuku, yeniden doğmuştu: Barbar Kavimlerin Roma Kanunları'nda o zamanlar hala yer alan İmparatorluk Emirnameleri derlemesi (İmparator Iustinianus tarafından MS. 534'te derlenen genel kurallar) ve daha da önemlisi, mevcut ve yaratılan davaların derlenmesinden oluşan, İmparator Iustinianus tarafından MS. 533'te yayınlanan *Digesta* ile Roma hukuku, adeta bir ikinci hayat tecrübe etmiştir. Bu dönemde kurulan hukuk okullarında, bu hukuk materyali ile çalışmaya başladılar.⁵

Ortaçağ boyunca hukukçular, dört yüz yıldan fazla bir süre bu metinleri inceleyerek Kıta Avrupası hukuklarının uygulanması üzerinde kesin etki bırakan bir metodoloji geliştirmişlerdir. Bu dönem, Avrupa'nın müşterek hukuku, *ius commune*'si olarak adlandırılmıştır.⁶ Baltık ülkelerinden⁷ Napoli'ye kadar uygulanan kurallar aynı olmasaydı, hukukçuların, kendi memleketlerindeki kuralları yorumlama yöntemi ve hukuk boşluklarını doldurması yine de aynı olurdu. Zira hukukçular, aynı kaynak ve metodoloji ile eğitildiğinden Roma hukuku,

² Edictum Theodorici (MS. 510 civarı). Ancak, günümüzde çoğunlukla Batı Gotları olarak atfedilmektedir, bkz. Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. 2 (München: C. H. Beck, 2006), 255.

³ Codex Euricianus (MS. 472), Lex Romana Visigothorum, aynı zamanda Breviarium Alacici (MS. 506) şeklinde isimlendirilirdi.

⁴ Lex Romana Burgundionum (MS. 534), ayrıca Lex Burgundionum veya Gundobada (MS. altıncı yüzyıl başları).

⁵ Fransız perspektifiyle bu üniversiteler için bkz., Jacques Verger, *Les universités au Moyen Âge* (Paris: Puf 2007).

⁶ *Ius commune* ve özellikle *ratio scripta* için bkz., Pascal Pichonnaz, *Les fondements romains du droit privé* (Geneva/Zurich/Basel: Schulthess, 2008), n. 277 et seq.; Peter Stein, *Roman Law in European History* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 74; daha şüpheli bir yaklaşım için bkz. Paul Nève, "(Europäisches) Ius Commune und (Nationales) Gemeines Recht, Verwechslung von Begriffen?", *Wirkungen Europäischer Rechtskultur*, ed. G. Köbler & H. Nehlsen (Münich: C. H. Beck, 1997), 871 et seq.

⁷ Daha fazla referans için bkz. Gábor Hamza, *Die Entwicklung des Privatrechts auf römisch-rechtlicher Grundlage, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*, vol. 1 (Budapest: Andrásy University, 2002), 155, et seq.

böylelikle Avrupa'nın genelinde ortak yapısal düşünce ve yorumlama da doğrudan etkili olmuştur.

Ortaçağın başlarında, medeni hukukçular, *Digesta*'nın (MS. 533'te Iustinianus tarafından düzenlenen Romalıların hukuku) detaylı bir incelemesiyle karşılaştılar. Bu durum ilk olarak, iki yüzyıl boyunca⁸ *Digesta*'ya alınan kenar notlarıyla ortaya çıkmış ve sonradan, on dördüncü yüzyıl ve devamında medeni hukuk üzerindeki genişletilmiş yorumlarla devam etmiştir.⁹ Ardından, özel hukuk açısından belirleyici nitelikte olan ve medeni hukuku sistemleştiren muhtemelen ilk çalışmayı Fransız hümanist Hugo Donellus'un (1527-1591) eseri ortaya koymuştur.¹⁰ Ancak, esasen, Friedrich Carl von Savigny¹¹, Heinrich Dernburg veya Bernhard Windscheid gibi bir kısım önde gelen isimleri içeren Alman Tarihçi Okulunun (Pandekt hukukçular olarak isimlendirilen) bilimsel yaklaşımı, Alman hukuk bilimini, hukuk doktrinindeki soyut teorik tartışmalarca yönetilen bir alt başlığa yönlendirmişlerdi.¹² Bu nitelikteki bir hukuk sisteminde, "hukuk", "*Wissenschaftsrecht*" (bilimsel hukuk) olarak isimlendirilen bilimsel bir fenomen olarak kabul edilmiştir.¹³

⁸ Elbette, akla hemen MS. 1250'den on altıncı yüzyıla kadar yürürlükte olan *Glossa Accursiana* gelir. En son güncellenmiş hali sadece 1627 yılına uzanmaktadır!

⁹ En meşhur olanlar tartışmasız Azo Azonis'in (1220'de vefat etmiştir), *Summa Aurea*, in *quartum librum codicis*, ve örneğin Lugduni 1557 basısı (Frankfurt am Main 1968'de yeniden basılmıştır) ve Bartolus a Saxoferrato (1313-1357), *Commentaria, cum additionibus Thomae Diplovatatii aliorumque excellentissimorum doctorum, una cum amplissimo repertorio noviter elucubrato per dictum clarissimum doctorem dominum Thomam Diplovatium*, örneğin Venetiis 1525 basısı (G. Polara tarafından tekrar basılmıştır, Roma, 1996-1998), hepsi birkaç yüzyıl boyunca yeniden üretilmiştir.

¹⁰ Örnek için bkz. Robert Feenstra, "Hugues Doneau et les juristes néerlandais du XVIIe siècle: L'influence de son "système" sur l'évolution du droit privé avant le Pandectisme", Jacques Godefroy'un (1587-1652) et l'Humanisme juridique à Genève, ed. Bruno Schmidlin & Alfred Dufour (Bâle/Francfort: Helbing & Lichtenhahn 1991), 231-243 ayrıca Robert Feenstra, *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th- 18th Centuries* (Aldershot: Ashgate Variorum 1996), IV 231-243'de yayınlanmıştır.

¹¹ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 vol. (Berlin: Veit und Comp. 1840).

¹² Ayrıca bkz. Wolfgang Ernst, *Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers*, in Engel/Schön (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (Tübingen: Mohr Siebeck 2007), 6.

¹³ Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 2nd ed (Zurich: Schulthess 1988), 13, ayrıca Ernst tarafından alıntılanmıştır (fn 12), 4 et seq.

Geçmişten ders alınabilir; ancak bu bizi, Kıta Avrupası özel hukukunu ve ticaret hukukunu uyumlaştırmamıza yardımcı olacak yaratıcı yolları aramaktan alıkoymamalıdır. Kıta Avrupası özel hukukunun uyumlaştırılmasının iyi bir şey mi olduğu yoksa bazı akademisyenler tarafından işaret edildiği gibi "şeytani" mi olduğu sorusuna değinmiyorum,¹⁴ zira Kıta Avrupası özel hukukunun uyumlaştırılması çalışmaları hala devam etmektedir¹⁵. Bir çok denemeden sonra, Özel Hukukçular Akademisi (*Academy of Private Lawyers*)¹⁶ ve çok sayıdaki özel projeler¹⁷ sonucunda oluşturulan Ortak Referans Çerçevesi Taslağı

¹⁴ Bu konudaki tartışma için: yaklaşma fikri üzerine, diğerleri yanında bkz.: Reinhard Zimmermann, "Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Science", *Law Quarterly Review* (1996): 576 et seq.; karşıt görüşler için bkz., örneğin, Pierre Legrand, "A Diabolical Idea", *Towards a European Civil Code*, 3rd edition, ed. Arthur Hartkamp et al. (The Hague: Kluwer Law International, 2004), 245-272; Pierre Legrand, "European Legal Systems Are Not Converging", *International and Comparative Law Quarterly*, 45 (1996): 52 et seq.; hukuki temelde soru için, bkz. Jürgen Basedow, "A Common Contract Law for the Common Market", *Common Market Law Review* 33 (1996): 1169 et seq.; ayrıca bkz. Stephen Weatherill, "Constitutional Issues: How Much Is Best Left Unsaid?", *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Law, Business and Legal Practice*, ed. Stefan Vogenauer & Stephen Weatherill (Oxford, UK: Hart Publishing, 2006), 89 et seq.; ayrıca son yayınladığım makalem için bkz. Pascal Pichonnaz, *Codification of European Private Law: Has Europe Forgotten the Old Principle That Rules Cannot Precede the Law?*, Ajani/Gambaro et al. (eds), *Studi in onore di Aldo Frignani, Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale* (Naples: Jovene, 2011), 379 et seq.

¹⁵ Sunumlar için şu makalelere bkz. Hugh Beale, "European Contract Law: The Common Frame of Reference and Beyond", *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, ed. Christian Twigg-Flesner (Cambridge: Cambridge University Press, 2010) p. 116 et seq.; Hans Schulte-Nölke, "The Way Forward in European Consumer Contract Law: Optional Instrument instead of Further Deconstruction of National Private Law", *ibid.*, 131 et seq.; Pascal Pichonnaz, *European Private Law: Has Europe Forgotten the Old Principle That Rules Cannot Precede the Law?*, Ajani/Gambro et al. (eds), *Studi in onore di Aldo Frignani, Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale* (Naples: Jovene, 2011), 379 et seq.

¹⁶ Académie des privatistes européens/ Giuseppe Gandolfi (eds), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, 2nd edn, Milan: Giuffrè 2004; Académie des privatistes européens Giuseppe Gandolfi (eds), *Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Livre deuxième, I, Vente et contrats collatéraux* (Milan: Giuffrè 2007) Academy of European Private Lawyers Giuseppe Gandolfi (eds), *European Contract Code, Book Two, I* (Sale, Milan: Giuffrè 2007).

¹⁷ Ole Lando, Eric Clive, André Prüm, & Reinhard Zimmermann (eds), *Principles of European Contract Law*, t. I-II (2000), t. III (2003), La Haye/Londres/New York: Kluwer Law International) teklif değişiklikleri için ayrıca bkz. Bénédicte Fauvarque-Cosson, Denis Mazeaud, Jean-Baptiste Racine & Guillaume Wicke (eds), *Principes contractuels communs*,

(*Draft Common Frame of Reference*)¹⁸ adı verilen medeni kanun tasarısı oluşturulmuştur. Bundan da öte, İsviçre kökenlerim, bana, on dokuzuncu yüzyılda, yirmi altı kanton ve bir yarı kantonun, ekonomik ve kültürel sebeplerle, yine aynı sayıda farklı hukuk sistemleriyle federal düzeyde tek bir özel hukuk rejimi altında birleştirilmesini içeren özel hukukun kanunlaştırılması hareketlerini hatırlatıyor. Gariptir ki, İsviçre'deki medeni usul hukuku, kantonal hukuk (yani bölgesel) meselesi olarak varlığını sürdürmüştür. Medeni usulü birleştirme yetkisi, ancak 2000 yılındaki yeni Anayasa ile federal devlete verilmiştir.¹⁹ Böylelikle, 19 Aralık 2008'de Federal Parlamento, birleştirilmiş İsviçre Medeni Usul Kanununu kabul etmiş ve bu Kanun, 1 Ocak 2011 tarihinde, yani İsviçre'de sözleşme hukukunun birleştirilmesinden 130 yıl sonra yürürlüğe girmiştir.²⁰

Bu durumda, uyumlaştırma veya kanunlaştırma hareketlerinin nasıl etkili bir şekilde yapılacağını belirlemek yerine bunların meşruluğu sürecini tartışmak yanlış olur.²¹ Bu bakış açısı kapsamında, sunu-

coll. "Droit privé comparé et européen", vol 7, Société de législation comparée, Paris 2008, ayrıca Bénédicte Fauvarque-Cosson, Denis Mazeaud & Aline Tenenbaum (eds), *Terminologie contractuelle commune*, coll. "Droit privé comparé et européen", vol. 6, Société de législation comparée, Paris 2008; ayrıca Ugo Mattei ve Mauro Bussani tarafından yürütülen Ortak Temel (Common Core) projesi kapsamında birçok yayına bkz. <http://www.common-core.org/books.html>; ayrıca bkz. Harvey McGregor, *Contract Code Drawn up on Behalf of the English Law Commission* (London: Sweet & Maxwell, 1993).

¹⁸ Avrupa Medeni Kanunu (European Civil Code) üzerindeki çalışma grubu/ EC Özel Hukuku üzerine araştırma grubu (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Munich 2009 (DCFR Outline), Tam Baskısı, altı sayı ile (6.500 sayfadan fazla) Ekim 2009'da yayınlanmıştır.

¹⁹ İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası, m. 122 al. 1, <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>.

²⁰ Lucien W. Valloni & Daniel Bloch, *Swiss Civil Procedure (CPC): Yeni İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun temel özelliklerini gözden geçiren İngilizce tercümesi*, Zurich, 2010. 1911 İsviçre Borçlar Kanunu'nun evriminin tarihçesi için bkz. yakın dönemde, Heinrich Honsell, *Hundert Jahre Obligationrecht*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, II, 2011, p. 5-116; Pascal Pichonnaz, *Le Centenaire du Code des obligations suisse, Un code toujours plus hors du code*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2011 II 117-226.

²¹ Yakın zamandaki fikirlerim için bkz. Pascal Pichonnaz, "Codification of European Private law: Has Europe Forgotten the Old Principle That Rules Cannot Precede the Law?", Ajani/ Gambaro et al. (eds), *Studi in onore di Aldo Frignani, Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale* (Naples: Jovene, 2011), 379 et seq.; Fransızca olarak, Pascal Pichonnaz, "Les principes en droit européen des contrats: De règles communes à une compréhension partagée", Samantha Besson Pascal Pichonnaz (eds), *Les principes en droit*

mumu iki kısma ayırıyorum. İlk olarak, uyumlaştırma hareketinin nasıl yapılması gerektiğini anlamamıza Roma hukukunun bize nasıl yardımcı olabileceği konusunu ele alacağım ki, bu uyumlaştırmanın şekli bakış açısını oluşturmaktadır (birinci bölüm). Ardından, ikinci bölümde, Roma hukukunun, uyumlaştırma sürecine önemli katkılarını ele alacağım (ikinci bölüm).

I. ROMA HUKUKUNUN UYUMLAŞTIRMANIN BIÇİMSEL YÖNÜNE KATKISI

Roma hukukunun, uyumlaştırmanın biçimsel yönüne katkısı, en az *üç kademedede* olmuştur. İlk olarak, uyumlaştırma süreci, imparator emirnameleri ve farklı kültürlerin hukuklarını kaynaştıran özel derlemeler şeklinde tezahür etmiştir (A.). Bundan sonra, uyumlaştırmanın etkili bağlam içinde kullanılması için meydana getirilmiş uyumlaştırma sürecinin katı kurallara değil de mevcut olaylara dayanması gerektiği süreci gelir (B.). Son olarak, Roma hukukunun ortaçağda yeniden doğuşu ve başarısı, hukuku uyumlaştırmanın ve hatta birleştirmenin ortak hukuki düşünüş ve geniş olarak paylaşılan hukuk eğitimi süreciyle mümkün olabileceğini öğretir (C.).

A. ÖZEL DERLEMELER VE İNSANLARIN UYUMLAŞTIRMA SÜRECİNİNDE KAYNAŞTIRILMASI

Roma zamanında, günümüzde tanımladığımız anlamda bir uyumlaştırma süreci mevcut olmamıştır. Esasen, Roma İmparatorluğu hükmü altındaki tüm tebaaya aynı hukuk kurallarının uygulanması, özellikle MS. 212'de İmparator Caracalla'nın, İmparatorluğun hükmü altında yaşayan hemen herkese vatandaşlık hakkı tanıyan emirnamesinden sonra Romalıların bu türden bir uyumlaştırma hareketine ihtiyaç duymadıkları, bunun daha çok **insanların kaynaştırılması süreci** olduğunu görüyoruz.²² Buna karşın, aynı zamanda *Latium*'da küçük bir köyde başlayıp günümüzdeki Avrupa Birliği'nden çok daha fazla bir alanı kapsayan sınırlara sahip hale gelmiş Roma Cumhuriyeti ve sonrasında Roma

européen Principles in European Law, Fondements du droit européen, vol. 2 (Geneva/Zürich: Schulthess 2011), 281 et seq.

²² Diğerleri yanında bkz. Luigi Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere* (Bologna: Il Mulino 2009), 399 et seq.

İmparatorluğu'nun genişlemesi süreci, örf ve adetlerin birleştirilmesini ve bir anlamda, Roma hukuku doktrinlerinin uygulanmasının uyumlaştırılmasını kapsamıştır.²³ Bu sebeple, uygulanabilir olan hukuk, farklı kültür ve medeniyetlere de uyarlanmalıdır.

Roma hukuku, **ıçtihat hukuku ile kanunlardan oluşan karma** niteliğinde bir hukuk sistemiydi. Şöyle ki, bu hukuk, Cumhuriyet döneminde halk meclisi (*comitia centuriata*) tarafından kabul edilen ve sonradan İlk İmparatorluk Devri'nin (MÖ. 27) başlarından itibaren, imparator emirnameleri, imparatorun belirli bir davaya ilişkin kararları (*rescripta*) veya genel soyut kurallara dair İmparator Beyannameleriyle, kanunlar kıyaslanabilir hale gelmiştir.²⁴ Bu Emirnamelerin sayısı oldukça az sayıda kalmıştır. O dönemlerde Roma hukukunun evrimi, esasen, mevcut veya farazi davalar hakkında veyahut hatiplere müvekkillerini *praetor* ve hakim önünde savunmasına yardım etmek amaçlı yazdıkları hukuki mütalaalar (*responsa prudentium*) ile hukukçuların eline bırakılıyordu.

Açık konuşmak gerekirse, o dönemde uyumlaştırmaya ihtiyaç yoktu. Ancak **mevcut hukuku derleme ve uyarlama** fikri Roma İmparatorluğunun ikinci kısmında gündeme geldi.

Hepsi, önemli imparator emirnameleri ve içtihatlarının birbirini izleyen **iki "özel" derlemesi** ile başlamıştır. Bu derleme, muhtemelen önemli hukuki metinlerin kaydını tutmak isteyen Roma İmparatorluğu yönetimi üyeleri tarafından bir araya getirilmiştir. MS. 291'de *Codex Gregorianus* ve MS. 295'te *Codex Hermogenianus* adı verilen emirnameler düzenlenmiş ve sonrasında, bir örnekle²⁵, İmparator Büyük Theodosius, MS. 26 Mart 429'da, İmparator Konstantin zamanından itibaren (MS. 311) tüm genel kuralları (*leges generales*) derleyen ve tüm uygulanan hukuku kapsamak açısından²⁶, klasik hukukçuların çalışmalarını da içeren bir *codex* olması gerektiğine karar verdi.²⁷ İmparator Theo-

²³ İmparatorluk emirnamelerinin önemli gerekçeleri için bkz., Jean-Pierre Coriat, *Le prince législateur* (Paris: De Boccard), 457 et seq.

²⁴ Bu emirnameler hakkındaki inceleme için bkz, Jean-Pierre Coriat, *supra* n. 23, 72 et seq.

²⁵ Bkz. CTh. 1,1,5 (Imp. Theod. Et Valentin., 26 Mart 429): "Ad similitudinem gregoriani atque hermogeniani codicis...".

²⁶ A. J. B. Sirks, *The Theodosian Code: A Study* (Friedrichsdorf: Ed. Quatorze du Septembre, 2007), 4 et seq.

²⁷ Sirks, *The Theodosian Code*, *supra* n. 26, 64.

dosius, kamu hukukuyla başladı; ancak özel hukuk alanına geçmeyi başaramadı. *Codex Theodosius*, bir hukukçu ve idarenin sekiz üyesinin muazzam çalışmaları sonucunda ortaya çıkmıştır. MS. 1 Ocak 439'da yürürlüğe girmiştir.²⁸

İmparator Iustinianus (hüküm süresi: MS. 527-565) ile beraber, mevcut hukuku derleme fikri, o dönemdeki kuralların uyumlaştırılmasıyla ilişkilendirilerek, gerçekliğe dönüştü. Bu ilk tipteki *yeniden şekillendirme*, esasen oldukça güçlüydü. Ortaçağda belirtildiği gibi *Corpus Iuris Civilis*'in²⁹ neden bu kadar etkili olduğuna ilişkin en az iki neden saptanabilir:

1. *Hukuk müfredatının uyarlanması*. Iustinianus, bu yönde bir *yeniden şekillendirmenin* doğru olarak uygulanabilmesinin sağlanabilmesi için, hukuk müfredatının bunun etrafında işlenmesi gerektiğini anlamıştı. Bu maksatla, *Constitution Omnem*'de (MS. 16 Aralık 533) öğretim konularını bu yeni *şekillendirme* etrafında yeniden düzenledi. Ayrıca komisyondan, öğrencilerin, çalışmalarının ilk yılında temel konuları öğrenmelerini sağlayan bir temel bilgiler kitabı ("*Institutiones*") hazırlamalarını talep etti.³⁰
2. *Kazuistik yaklaşım*. Iustinianus, derlemesinde gerçek veya farazi davaları muhafaza ederek, sonraki nesillere, her toplumda meydana gelebilecek sorunlara çözüm sunabildi. Benzer davalarda, bazen, o durumun gerekçesi değişebileceğinden az da olsa farklılıklar olabiliyordu. Ancak bu yaklaşım yeni değildi. Bir kısım genel imparator emirnamelerine karşın, Iustinianus, kazuistik yaklaşımın, farklı insan gruplarının ihtiyaçlarına cevap verebilecek esneklikte olduğuna inanıyordu.

²⁸ Bkz. Stephan Meder, *Rechtsgeschichte*, 3rd edn (Cologne/Weimar/Vienne: Böhlau 2008), 86; Pichonnaz, *LEs fondements* (fn 6), n. 139; detaylı bir inceleme için bkz. Sirks, *The Theodosian Code*, *supra* n 26, 74 et seq.; Lorenza Atzeri, *Gesta senatus Romani de Theodosiano publicando, Il codice Theodosiano e la sua diffusione ufficiale in Occidente* (Berlin: Duncker & Humblot 2008), 127; ve Batı kısmında geçerli olup olmadığıyla ilgili soru için bkz. Sirks, *The Theodosian Code*, *supra* n 26, 198 et seq. ve Atzeri, *Gesta senatus*, 128 et seq.

²⁹ *Corpus Iuris Civilis* adını ilk olarak kullanan kişi, 1583 yılında Dionysius Gothofredus idi; Herbert Hausmanninger & Walter Selb, *Römisches Privatrecht*, 9th edn (Vienne: 2001), 56.

³⁰ Const. Omnem, *principium*.

B. "HUKUK KURALI (REGULA) HUKUKUN ÖNÜNE GEÇEMEZ"

Muhtemelen MS. 2. yüzyılda Paulus (MS. 222'de vefat eden) adlı bir hukukçu tarafından hukuk kuralları (*regulae iuris*) adı verilen kurumla ilgili meşhur bir metin, dikkat çekicidir. Iustinianus'un "erken hukukların çeşitli kuralları" ("*De diversis regulis iuris antiquae*") ile ilgilenen *Digesta*'sında (MS. 533) bu metin açılışı yapıyor.³¹ Diğer şeylerin yanında Paulus, temel bir prensibi dile getirir (D. 50,17,1³²): *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (D. 50,17,1). Bu metin, bazen, "hukuk, bir kuraldan (*regula*'dan) doğmaz; ancak kural, muhakkak hukuktan doğmalıdır" şeklinde yorumlanmıştır.³³

Esasen, bu pasaj, kuralın modern anlamda ele almamış ve fakat bugün "kazuistik kural" anlamına gelebilecek *regula* terimini kullanmıştır. Paulus, *regula* kavramını şu şekilde tanımlamıştır:

Kural, bir şeyin nasıl olduğunu kısaca açıklayan bir şeydir. [...] O halde kural, bir davanın temeli olup, geçmişten miras kalan ve yetersiz olduğu anda gücünü kaybeden bir şey olarak kısaca tanımlanabilir ("*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. [...] Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*").³⁴

³¹ *Regulae Iuris* hakkındaki kapsamlı bir inceleme için bkz. Peter Stein, *Regulae iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1966); Bruno Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln: Versuch einer Typologie* (Cologne: Böhlau Verlag 1970), especially 29 et seq.; André Magdelain, *De la Royauté et du droit de Romulus à Sabinus* (Rome L'Erma di Bretschneider 1995), 202 et seq.

³² D. 50.17.1 (Paul. 16 ad Plautium): "*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regula igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*"

³³ Bunun Paulus için ne anlama geldiğini tam olarak anlayabilmek için, bu alıntıyı, tüm metnin içine yerleştirmemiz gerekir. Zira, o dönemlerde esas amaç, muhtemelen, hukuki görüşleri (davaya [*regula*] ilişkin olup) -ki bunlar hukuk kaynağı [*non ex regula ius sumatur*] değillerdi- hukuktan doğan [*ex iure quod est regula fiat*] hukuk kurallarıyla [bu da yine *regula*'dır; ama başka anlamda] karşılaştırmaktı, bkz. André Magdelain, *supra* n. 31, 203 et seq.

³⁴ D. 50.17.1 (Paul. 16 ad Plautium).

Iustinianus'un *Digesta*'sının neredeyse son kısmında, ancak genel kurallarla ilgili kısmın başında yer alan Paulus'un bu metni, oldukça yararlı bir uyarı niteliğindedir. Kazuistik bir kural bile olsa, bir kimse, kuraldaki hukuku donduramayacaktır. Olgusal veya sosyal koşullar değiştiği anda kural, mevcut haliyle uygulanabilir olarak kalmaz. Davaların (dolayısıyla içtihat hukukunun) derlenmesinden oluşan elli kitaplık bölümün sonunda yer alan bu uyarı, çarpıcıdır.

MS. 529'da İmparator Iustinianus tarafından emredilen derleme süreci, esasen, *hukukçuların uygulanabilir hukuka ulaşmada yaşadıkları zorlukların* tetiklemeyle doğmuştur. Yüzyıllar boyunca, Paulus, Ulpianus, Pomponius veya diğer önemli klasik hukukçuların metinleri (özellikle mevcut veya farazi davalara ilişkin hukuki mütalaalar), usuli çerçeve değiştiğinden ve geçen üçyüz yıl içerisinde bazı fiili ve sosyal durumlar evrime uğradığından artık uygulayıcılar tarafından doğrudan kullanılamıyordu ki, bu hukukçuların Iustinianus'dan farkı da burada karşımıza çıkıyordu. Komisyonun bu derlemeyi hazırlaması sürecinde (MS. 15 Aralık 530'da *Constitutio Deo autore*) Iustinianus, üyelere, en saygın imparatorların verdiği yetkiyle oluşturulup yorumlanan kuralları meydana getiren bilge hukukçuların hazırladığı "Roma hukuku ile ilgili kitapları okuyup üzerlerinde çalışmalarını" emretmiştir. Böylece "tüm tekrar ve uyuşmazlıkların mümkün merteye giderilebilir ve bunların yerine geçecek nitelikte, hepsinden tek bir kaynak olarak uyumlaştırılması sağlanarak çalışmanın tüm özü bu kaynaklardan çıkarılabilir".³⁵

Şunu vurgulamak esastır ki, bu derleme süreci, derlemenin geçtiği dönemin usul kurallarının yenisine sosyal ve ekonomik şartların da özelliklerinden etkilenmiştir. Bir başka deyişle, ilk sonuç olarak, bu derleme veya uyumlaştırma sürecinin *muhakkak çevresindeki öğelerle beraber değerlendirilmesi gerektiği* vurgulanabilir. Bu aynı zamanda Paulus'un, kazuistik kuralın ne hukuktan üstün olabileceği, ne de hukukun değişiklikleri karşısında hayatta kalabileceği görüşünü anlamanın yoludur. Bir anlamda, kabul edilen kuralların çevresindeki öğelerin değişmesi, bilhassa usul hukuku bağlamında veya kültürel/sosyal çevresel değişikliklerin olması halinde, kuralın bundan etkilenmeden muhafaza edilmesi mümkün değildir.

³⁵ İngilizce metin için bkz. Alan Watson, ed., *The Digest of Justinian*, vol. 1 (Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 1998), xiiv.

Bu konu elbette yeni bir fikir değildir ve "hukuku biçimlendirici" (*legal formant*) teorisine de yansımıştır.³⁶ Bir hukuk sistemini kavrayabilmek için, katı kurallar dışındaki tüm kriterler yelpazesi göz önüne alınmalıdır. Rodolfo Sacco'ya göre; sadece içtihat hukuku ve öğretici çalışmalarını değil³⁷ aynı zamanda bunların ilişkisi ve hakimlerin karar verme sürecine etkisi de incelenmelidir. Hukuki içerik aynı kaldığı sürece (Roma) kuralının geçerliliğini sürdürmesinde olduğu gibi (*modern*) kurallar, *hukuku biçimlendirenlerin* tümü arasındaki fiili etkileşimin karmaşıklığını makul düzeyde azaltabildiği oranda faydalı olabilir.

O halde, Roma'nın çevresel etkiler göz önüne alınarak yapılan, kazuistik hukuk yapım süreci bizim için de kullanışlıdır. Avrupa özel hukukundaki mevcut uyumlaştırma/kodifikasyon sürecine değer biçmemize yarayan en az iki ölçüt gösterir:

(1) *Avrupa özel hukukunu uyumlaştırmada mevcut içtihat hukukunun sadece bir araya getirilmesi yeterli değildir.* Hukuk sistemlerinin uyumlaştırılmasının karmaşıklığı ve çeşitliliğiyle başa çıkabilmek için bir takım kazuistik kurallar tahsis edilmelidir. Bu, uluslararası içtihat hukukunun incelenmesinden doğan ilkelerin tanınmasının önemi anlamına gelir. Bu açıdan UNIDROIT Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Prensipler (PICC) bu rolü oynayabilir. Uluslararası ticari sözleşmeler hukuku kurallarının yeniden şekillendirilmesi, ancak kullanıcılarının, bu kuralların ve davaların ilkelerinin ortaya çıkışına ilişkin gereken farkındalığa sahip olmaları halinde anlamlı olabilir. Katı kurallar bütünü olarak PICC amacını ıskalayabilir. Bu bağlamda, resmi Şerh yetersiz kalmıştır. Ancak karşılaştırmalı PICC Şerhi'nin 2009'da yayınlanmasından sonra,³⁸ oldukça etkin olmaya başlamıştır. Son kısmı vurgulamak açısından, kapsamlı şerhler³⁹ ve içtihat hukuku kole-

³⁶ Rodolfo Sacco, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law" (Part 1 of 2), *American Journal of Comparative Law* 39 (1991): 1-34; (Part 2 of 2) *American Journal of Comparative Law* 39 (1991): 343-401; ayrıca bkz. Ugo Mattei, "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System", *American Journal of Comparative Law* 45, no. 1 (1997): 5-44, esp. 13 et seq.

³⁷ Rodolfo Sacco, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law" (Instalment 1 of 2), *American Journal of Comparative Law* 39, no. 1 (1991): 27 et seq.

³⁸ Stefan Vogenauer & Jan Kleinheisterkamp (eds), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (Oxford: Oxford University Press 2009).

³⁹ Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd (English), ed., (Oxford: Oxford University Press,

siyonlarının⁴⁰ ortaya çıkmasıyla, Viyana Sözleşmesi'nin (CISG) büyük önem kazandığını hatırlamak faydalı olacaktır.

İtalyan Ugo Mattei ve Mario Bussani tarafından yürütülen "Ortak Temel" (*The Common Core*) Projesi, Avrupa devletlerinin hukuklarının tümevarım yöntemiyle haritasını çıkarılmasından oluşmaktadır.⁴¹ Ulusal raportörler belirli bir takım sorunlara ilişkin anketlere uygun cevapları vererek, bu sonuca yol açabilecek hukuku biçimlendirenleri (sebepleri) vurgulamaktadırlar. Bu proje, milletlerarası ticaret hukukunun uyumlaştırılması açısından oldukça kullanışlı olabilir. Kaldı ki, *kazuistik kuralların* tanımlanması açısından atılan ilk adım olabilir.

(2) *Hukuk kuralı, hukuktan üstün olamaz.* Avrupanın bir nevi "medenî kanunu" niteliğinde olan DCFR'nin (Ortak Referans Çerçevesi Taslağı) oluşumuna dahil olmuş akademisyenlerin bir çoğu, toplumda hukuk devletinin ne olacağına dair gerçek bir konsensüs oluşmadan önce etkili bir biçimde hukuk kuralı şekillendirilemeyeceğine ilişkin seküler ilkeyi unutmuş görünmektedir.

Yerel hukukun ilgili durumunun yeniden şekillendirileceğine ilişkin bir şüphe olsa dahi, bu durum ulusal rejimleri ve sosyal koşulları birbirinden farklı olan diğer yirmi yedi AB Üye Devleti için çok daha zorlu ve kuşkulu olabilir. DCFR'de yer alan bir takım "prensipler ve tanımlar"⁴² dizisi, Giriş bölümüne göre, "akademik metin" olarak nitelendirilmektedir.⁴³ Benzer şekilde, Avrupa sözleşme hukukunun birleştirilmesi/uyumlaştırılması, ancak Avrupa'daki ulusal içtihat hukukların karşılaştırılması incelenmeleri ve bu içtihatların hukuki ve sosyal gerçeklikleri nasıl etkilediğinin incelenmesi temelinde faydalı

2010), Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht CISG: Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht* (Bern: Stämpfli Verlag, 2004); John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, 3rd edn (The Hague: Kluwer Law International 1999); Ulrich Magnus, "Wiener UN-Kaufrecht (CISG)", in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Book 2 (Berlin: Sellier/de Gruyter, 2005).

⁴⁰ İçtihat hukukunun büyük bir kısmı Pace Üniversitesi'nin internet sayfasında bulunabilir <http://cisg.law.pace.edu/>.

⁴¹ <http://www.common-core.org/>; yaklaşım ile ilgili olarak: http://common-core.org/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=54#3.

⁴² DCFR, Intro, p. 9, no. 9.

⁴³ DCFR, Intre, p. 6, no. 4.

olabilir. Esasen Yorumlar ve Notlar'ın (*Comments and Notes*) altı cildi, DCFR'nin ("Tam Bası"⁴⁴) tamamlayıcı belgesi şeklinde anlaşılan ek kısım, 6,500'den fazla sayfada, her kural için belirli bir yorum içerir. Ancak, söz konusu notlar, katı kurallar ve bazen davalara ilişkin uygulamalar içermesine karşın, tüm DCFR'yi "çevresel öğelerle ele alması" açısından elverişli olduğu şeklinde değerlendirilemeyecektir.

Bu DCFR kurallarıyla, Avrupa Hukuku'nun birbirine yaklaşmasının durumuna ilişkin akademik düşüncenin sonucu olmasından öteye geçilmesi hedeflenmiştir. Bu kurallar, bir şekilde uygulanacaktır. Bu, çeşitli kullanıcıların hukuk düzenlemelerinin önemli farklılıklarını saptamayı öngörür. Böylece, hukuk düzenlemelerindeki farklılıklarına karşın aynı sonuca varmalarına yardımcı olunmuş olur. Aksi takdirde, bu prensipler veya kurallar, aynı şekilde uygulanmadığından, *common law*'un ifadesi olamayacaktır. Bu sorun, teklif edilen ve Avrupa'nın yirmi sekizinci sistemi olacağı varsayılan Ortak Avrupa Satış Hukuku (*Common European Sales Law*)⁴⁵ için de özdeştir. Böylece bu konu, çalışmama üçüncü alt bölüm eklememe yol açmaktadır.

C. ORTAK HUKUK EĞİTİMİNİN UYUMLAŞTIRMAYA ETKİSİ

Iustinianus'un *Digesta*'sı MS. 1080'de Bolonya'da tekrar keşfedildiğinde, ilk hukuk okulu bu şehirde kurulmuştu⁴⁶. Profesörler, bilhassa din adamları, *Digesta*'yı mükemmel bir biçimde incelemeye başladılar. Sayfa kenarlarına, *glossae* denilen açıklamalar eklediler. Bu itibarla, birbiriyle ilişkili her metni aynı kitap içerisine koymaya çalıştılar. Çalışmalarının ayırt edici niteliği *Digesta*'nın tüm hukuku kapsadığı, çe-

⁴⁴ Avrupa Medeni Kanunu'na İlişkin Çalışma Grubu/EC Özel Hukuku ile İlgili Araştırma Grubu (Acquais Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition* (Munich: Sellier, 2009). Altı cilt, 6563 sayfadan oluşmaktadır! Quoted: DCFR Full Edition.

⁴⁵ COM (2011) 635 son bölüm, a Communication, ayrıca 11 Ekim 2011, Com (2011) 636 son bölüm, tarihi ve esas içeriğini açıklayarak yeni teklifin mevcut *acquis communautaire* ile uyumunu göstermişlerdir. Ayrıca bkz. Bénédicte Fauvarque-Causson, *Vers un droit commun européen de la vente*, Recueil Dallaz 5 janvier 2012, 34 et seq. C. De Vincelles, "Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente, Aperçu rapide", *Juris Classeurs Périodiques* 2011: 1376.

⁴⁶ Hepsini için bkz. Pichonnaz, *Les fondements romain*, *supra* n. 6, 74 seq. ve Ennio Cortese, *Le Grandi Linee della Storia Giuridica Medievale* (Roma: Il Cigno, 2000), 251 et seq.

lişkiye yer vermediği ve Iustinianus'un *Deo Auctore*⁴⁷ Beyannamesi'nde belirttiği gibi alternatifi olmaması şeklindeki anlayışlarında kendini göstermektedir.

Hukuk öğrenmeye Bolonya Üniversitesi'ne ve sonradan İtalya, Fransa ve daha Kuzeyde kurulmuş tüm üniversitelerdeki öğrenciler, MS. 1250'den kalan sayfa kenarlarındaki yorumlar (*glossalar*) dahil olmak üzere, aynı metinler üzerinde çalışıyorlardı. Bu öğrenciler, ayrıca aynı metodolojiyi kullanıyorlardı. Bununla beraber, profesörler ve hakimler arasında farklı görüşler de mevcuttu. Hukuk doktorları arasındaki meşhur doktrin ihtilafları (bilhassa Bulgarus ile Martinus arasında), hatta bir takım başka yazınsal karşıtıklara da yol açmıştır (*diversitates sive dissensiones dominorum*).⁴⁸

Çalışmalarını tamamladıktan sonra, öğrenciler, çoğunlukla kendi memleketlerine giderek tüm Kıta Avrupa'sına yayılmışlardır. Sonradan hakim (*magistra*) olarak atanarak veya avukat olarak çalışarak; çoğunlukla yerel adet ve hukuklarını uygularlardı. Buna karşın yerel hukuklar, kapsamlı olmaktan uzaktı. Bu şekilde, hakimler, zorluklarla karşılaşılıyor olsalar da, *Digesta*'da çalıştıkları Roma hukuku içtihatlarının yardımına başvurabiliyorlardı.⁴⁹ Kitabın kapsamlı olduğu belirtilir, "içerisinde her zaman bir çözüm buldukları" söylenirdi. Bundan da öte, Roma hukuk metinlerini çalışırken geliştirdikleri metodoloji araçlarını kullanabiliyorlardı.⁵⁰

⁴⁷ *Deo Auctore*, n. 4: "[. . .] et leggere et elinimare, ut ex his omnibus materia colligatur, nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat, quia autem et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae a nullis auctoribus receptae nec usitae sunt, neque nos eorum volumina nostrum inquietare dignamur sanctionem"; ayrıca bkz. metin içerisindeki *supra* açıklamalarımız.

⁴⁸ Hugolinus, "*Diversitates sive dissensiones dominorum super toto corpore iuris civilis, prima editio, repris*", in Gustave Haenel. *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig, 1834 (reprinted bu Aalen: Scientia Verlag 1964).

⁴⁹ Bu konuyla ilgili önemli bir kitap için bkz. Wolfgang Wiegand, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit* (Ebelsbach: Gremer 1977), özellikle 75 et seq. "iudex suppleat de iure"; ayrıca Peter Stein, *Roman Law in European History* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 87.

⁵⁰ Bu metodolojiler için diğerleri yanında bkz. Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)* (Munich: C. H. Beck, 2001), 23 et seq.; Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England*

Yerel hukukların mevcudiyeti ve uygulanmasına karşın, ortak hukuk eğitimi, hem maddi hukuk (*substantive aspect*) açısından hem de metodolojik araçların geliştirilmesinde Avrupa hukuk sistemleri arasında üst seviyede bir yakınlaşma oluşmasında güçlü ve nüfuz eden bir araç olmuştur. Benzer yapısal anlayış (*structural mindset*), Kıta Avrupa'sında, 15. ve 16. Yüzyıllarda, müşterek hukuk *ius commune* şeklinde adlandırılan başarıyı tetiklemiştir.⁵¹

Şüphesiz, hukukçular, her çözüm üzerinde hemfikir olmazdı ve yorumlarda uyumsuzluğa düşebilirlerdi. Ancak temel metodolojik araçları ve ortak hukuk altyapıları, benzer bir "dil" ile iletişim kurmalarına, böylelikle birbirine yaklaşan ve etkin bir hukuk geliştirebilmelerine olanak verebilirdi. Bu, bizi, uluslararası ticaret hukukunun (international business law) etkili bir şekilde birleştirilmesi ve uyumlaştırılması için *iki önemli bakış açısını* açıklamaya zorlar:

(1) *Hukuk eğitiminde ortak maddi temellerinin önemi.* Hukuk eğitiminin ortak maddi hukuk temeli olması fikri, altıncı yüzyılda İmparator Justinianus tarafından, *Digesta*'yı yürürlüğe koyduğuda (*implemented*) öngörülmüştü. O dönemde (*Omnem* Emirnamesi, 16 Aralık MS. 533) öğrencilerin, o zamanın farklı hukuk okullarında, özellikle dönemin önemli okulları olan Beyrut ve İstanbul okullarında, hukuk eğitimi almalarının yollarını aramalarını emretmiştir.⁵² Bu, temel ortak hukuk kültürünün gelişimini devam ettirmede muazzam bir öneme sahip oldu. Ancak yine de, tek bir hukuk sisteminin bulunmaması nedeniyle bunun nasıl yapılabileceği sorusu baki kaldı.

und auf dem Kontinent: Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlage, Bd I' (Tübingen: Mohr-Siebeck, 2001), 403 et seq.; *ibid.*, SS 133, 157; Auslegung, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd I., ed., Mathias Schmoedel, Joachim Rückert, & Reinhard Zimmermann (Tübingen: Mohr-Siebeck 2003), 566, Rn. 8.

⁵¹ Bu dönemde "ius commune" teriminin eleştirel bir değerlendirmesi için bkz. Paul L. Nève, "Ius commune oftewel "gemeen recht": traduttore traditore?" in *Tertium datur, en hommage au Prof. H. Ankum*, eds, O. E. Tellegen-Couperus, P. L. Nève & J. W. Tellegen (Tilburg, NE: Tilburg University Press, 1995), 3-58; ayrıca Paul L. Nève, "(Europäisches) Ius Commune und (nationales) Gemeines Recht: Verwechslung von Begriffen?", *Wirkungen europäischer Rechtskultur*, ed., Mél. K. Kroeschell, G. Köbler & H. Nehlsen (Munich: C. H. Beck, 1997), 871- 884. Bunların yanında bkz. Peter Stein, *Roman Law in European History*, *supra* n. 6, 74; Pascal Pichonnaz, *Les fondements romains*, *supra* n.6, n. 277.

⁵² İyi bir sunum için bkz. Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der antike*, vol. 2 (München: C. H. Beck, 2006), 316 et seq.

Ortaçağ'daki durum, bize bir takım güzel başlangıç fikirleri verebilir. Gerçekten de tarih bize, ortak maddi temellerde benzer hukuk sistemini öğretmenin gerekli olmadığını (en azından başlangıçta) gösterir. Bununla birlikte, uluslararası ticari amaçlar bakımından hukuk eğitiminde neyin önem taşıdığına ortak anlayış ve ortak gerekçelerle tespitine ihtiyaç duyulmaktadır. Avrupa'da, bir takım yazarlar, gelecek vaat eden yeni tip içtihat hukuku kitapları çıkarmışlardır. Hart tarafından Oxford'da⁵³ yayınlanan, *Ius Commune İçtihat hukuku* kitap dizileri, *Tort Law* (Walter van Gerven, Pierre Larouche ve Jeremy Lever tarafından 2000'de düzenlenen), *Contract Law* (Hugh Beale, Hein Kötz, Arthur Hartkamp ve Dennis Tallon tarafından 2002'de düzenlenen), *Unjustified Enrichment* (Jack Beatson, Eltjo Schrage tarafından düzenlenen), *Non-Discrimination* (Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell tarafından 2007'de düzenlenen), *Consumer Law* (Hans-W Micklitz, Jules Stuyck, Evelyne Terryn tarafından 2010'da düzenlenen) ile sonraki ve hazırlık aşamasındaki sayı ve basılar aklıma geliyor.

Bu kitaplar, çeşitli konularda farklı yerel hukuk sistemlerindeki temel içtihatları ortaya koymaktadır. UNIDROIT İlkeleri gibi uluslararası prensipleri kullanarak ve devletlerarası ortak içtihat hukukunu içeren ortak içtihat hukuku yazısını kullanıp oluşturarak, öğrencilerin benzer materyallerle eğitim görmesi sağlanmaktadır. Böylece, davalarla karşılaşıldığında, öğrenciler ve hukukçular ana konuları benzer şekillerde teşhis edeceklerdir. Bu şekilde, belirli hukuk kurallarının içeriği ihmal edilmeden ortak çözümler geliştirilecektir.

(2) *Benzer metodolojilerin ivediliği*. Hukuki ve sözleşmesel yorum yöntemleri bir sistemden diğerine farklılıklar göstermektedir. Bazı yazarların doğru olarak işaret ettiği üzere, bu farklılıklar, değişik sonuçlara yol açmaktan ziyade, yapısal farklılıklardır.⁵⁴ Ancak, metodoloji, esasen, bir kimsenin karara varması için anlaşmaları, politikaları veya hukuki biçimleri başkalarının nasıl ele aldığını gösteren bir iletişim şeklidir. Ortak bir metodoloji geliştirilerek, hukuki aktörlerin birbiriyle iletişime geçmesi, böylelikle, farklı hukuk sistemlerinde dahi benzer kurallar temelinde sonuçların birbirine daha çok yaklaşması sağlanabilir. On

⁵³ www.casebook.eu.

⁵⁴ Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England*, *supra* n. 50; Ewan McKendrick, "Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In", in *Harmonisation*, ed., Stefan Vogenauer & Stephen Weatherill, *supra* n. 14, 22.

beşinci yüzyılda gördüğümüz üzere, *ius commune* yani müşterek hukukun yaratılışı, insanlar, farklı yerel kuralları uyguluyor olsalar da aynı stratejiyi kullanıp aynı değerleri içerdiklerinden mümkün görülmüştür.

Aynı zamanda, on beşinci ve on altıncı yüzyıllardaki deneyimler, hukukun uyumlaştırılması hatta birleştirilmesinin özünün bir takım özgün prensipler bütünü yaratmaktan ibaret olmadığını göstermiştir. Ancak bu prensipler ortak bir anlayışın ("*the rule should not precede law*") sonucu olursa, bu anlamlı olabilir. Böylece, örneğin, uluslararası ticari sözleşmelerdeki yarışan prensipler, benzer şekilde eğitim görmüş hukuk uygulayıcıları tarafından kullanıldığında, üst seviyede uyumlaştırmanın yüksek derecede gerçekleştirilmesini azaltmayacaktır. Esasen, bir metnin tasarısı, genel ilkeler seviyesinde olsa da, seçilmiş olan birtakım değerleri yansıtır. Metni uygulayarak, bu değerlerin somut kararlara dönüşmesi, yasa koyucuya değil; ancak okuyucu ve yorumlayıcılara bağlıdır.⁵⁵ Bu bakımdan, üst düzey bir yeknesaklığa ulaşabilmek için, hukuku yorumlar ve yaratırken, yalnızca eşdeğer anlayışlardan ziyade hukukun yorumlanmasında ve yaratılmasında *benzer yorumlayıcı süreçlere* de ihtiyaç vardır.

Dolayısıyla, *ortak hukuk kültürünün* gelişmesi, ortak kurallarının yaratılmasından daha önemlidir. Elbette bu kurallar ortaya çıkmalıdır; ancak bunlar, ortak metodolojiler tarafından desteklenirse, benzer şekilde yorumlanarak uyumlaştırma anlamında gerçek manada verimli olabilir.

Bu açıdan, Avrupa Sözleşme Hukuku'nun Lando Prensipleri denilen UNIDROIT Prensipleri, hukuk eğitimi ve araştırmasında ortak ilkelere odaklanarak yardımcı olması açısından asli olduğu kanaatindeyim. Ancak bunlar, ortak strateji ve hukuki sürecin desteği olmadan hukukun uyumlaştırmasını sağlamayı başaramayacaktır.

⁵⁵ Marc Amstutz, *Der Text des Gesetzes Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 2007 II, 237 et seq.; Marc Amstutz & Marcel Niggli, Wittgenstein III, "Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der Rechtswissenschaftlichen Methodenlehre", *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter*, ed., P. Fortsmoser, H. Honsell & W. Wiegand (Berne: Stämpfli, 2005), 9 et seq.; Pierre Legrand, "Il n'y a pas de hors-texte: Intimations of Jacques Derrida as Comparatist-at-Law", *Derrida and Legal Philosophy*, ed., P. Goodrich (New York: Palgrave Macmillan, 2008), *passim*; Franz Werro, *Commentaire romand du Code civil*, vol. I, ed., P. Pichonnaz & B. Foëx (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2010), n. 33, 44 ad art. 1 CC.

II. MADDİ AÇIDAN UYUMLAŞTIRMAYA ROMA HUKUKUNUN KATKISI

Bu makalenin son ve daha kısa olan bölümünde, Roma hukukunun Avrupa özel hukukunun uyumlaştırılmasına *maddi* bakımdan nasıl katkıda bulunabileceğini ortaya koymaya çalışacağım.

Yeknesak veya uyumlaştırılmış kural veya ilkeler üzerinde anlaşılabilmesi için ortak noktalar ile ortak sorunlar belirlenerek, ilkin farklı yerel hukuklardaki mevcut rejimler *incelenmelidir*. Ancak, devam etmekte olan birçok proje, birtakım hukuk düzenlerindeki mevcut hukuki düzenlemeleri karşılaştırma eğilimindedir. Bu karşılaştırmanın sonucu olarak, mümkün olduğunca fazla müşterek nokta ihtiyacına yanıt verebilme seçeneği ortaya çıkmaktadır.

Kaldı ki, oldukça yaygın olarak, aynı Roma hukuku kökenleri üzerinden şekillenenler de dahil olmak üzere, çeşitli hukuk sistemleri, büyük ölçüde farklılaşmaktadır. Bu farklılığın güzel bir örneği, karşılıklı iddialar içeren, defî kurallarında (yaptırım, *compensation*, *Aufrechnung*, *verrekening*) takdim edilmiştir.⁵⁶ Bazı hukuk düzenleri, genel olarak defîye ilişkin olarak resen işleyen bir defî sürecine büyük ölçüde dayanmaktadır. Fransız hukuku ve ona bağlı olarak gelişen hukuk düzenlerinde bu durum umumiyetle böyledir. Diğer bazı hukuk düzenlerinde defîye ilişkin irade açıklaması ile başlayan ve definin ilk kez beyan edilebilir olduğu tarihe kadar geçmişe etkili olduğu bir sürece dayanır. Ancak İskandinav hukuku, irade beyanına bağlı bir defî sistemine sahiptir; buna karşın defî beyanından itibaren ileriye etkili (*ex nunc*) şekilde yapısı vardır.⁵⁷

⁵⁶ Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002); Pascal Pichonnaz, 'Set-off Compensation: From Diversity to Unity. Comments on the Principles of European Contract Law Part III', *La tercera parte de los principios de derecho contractual europeo, The Principles of European Contract Law*, Part III, ed., Antoni Vaquer (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2005), 281; ve Pascal Pichonnaz, *La compensation: Analyse Historique et Comparative des Modes de Compenser Non Conventionnels* (Fribourg: Éditions universitaires Fribourg Suisse 2001), 495 et seq. See also DCFR Full Edition, vol. 2, 1112 et seq.

⁵⁷ İsveç hukuku için bkz. S. Lindskog, *Kvitning* (2nd edn 1993) 565; K. Rodhe, *Obligationsrätt* (1984), 71. Danimarka ve Finlandiya hukuku için, bkz. PECL m. 13:106 Notlar, ve Reinhard Zimmermann, *Die Aufrechnung. Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht*, Beuthien et al. (eds), *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag* (Köln: Heymanns, 1999), 719.

Bu çeşitlilik göz önüne alındığında, defi konusundaki ortak kuralların içeriğinin ne olması gerektiğini belirlemek pek de kolay değildir. Buna karşın, yerel rejimler incelenecek olursa, defnin kanunda re'sen dikkate alındığı sistemlerde dahi, ilk başta içtihat hukukunda irade beyanıyla başlayan sisteme yönelik geniş biçimde bir eğilim olduğu görülecektir.⁵⁸ İkinci olarak, defnin geçmişe yürümesinin daha önceki zamanlardan miras kaldığı gözlemlenebilir. Esasen, on dokuzuncu yüzyılda Pandekt hukukçuları, defi beyanının, sadece, hakim önüne getirilen istisnai bir usul işlemi olan *exceptio compensationis* anlamında mümkün olabileceğini göz önüne almışlardır. Dolayısıyla, alacaklısına karşı bir karşı iddia sahibi olan borçlunun, defiyeye karşı koymak için açtığı ikinci dava açılana kadar beklemesi gerektiği düşünülürse, defnin geçmişe etkili oluşunu anlamak oldukça adil olacaktır. Ancak Alman Pandekt hukukçuları (ve onları takip eden İsviçreliler), nihayetinde, belirli bir usul işlemi sırasında yapılmamış olsa da defi iradesinin geçerli olmasına müsaade etmişler, defnin geçmişe dönük etkisini bastırmamışlardır. Böylelikle, defiyeye ilişkin ortaçağ anlayışının etkisi, aslında halen mevcuttur.

Bununla birlikte, defnin geçmişe dönük etkisi, *artık rasyonel değildir*;⁵⁹ bunun aksine, borcunu ödemek için bu tarz bir karşı iddia sahibi borçlu lehine yeni bir etkiyi tetiklemiştir. Sadece karşı iddiası için kendisine ödeme yapılması kesinliğine sahip olmayıp, ayrıca geç ödemelerden kaynaklanan faizleri ödeme borcundan da kurtulmuştur. Bu ikinci nokta, geç yapılan ödemenin her zaman faiz ödeme borcunu tetikliyor olmasına rağmen defiyi ödemeyi basitleştirmesi sebebiyle açıkça haksızdır.

Reinhard Zimmermann'ın incelemeleri sayesinde, Avrupa Sözleşme Hukuku Lando Komisyonu (*Lando Commission for European Contract Law*) bunu fark ettikten sonra, hızla ileriye etkili (*ex nunc*)

⁵⁸ Pascal Pichonnaz, *La compensation*, fn 57, 540 et seq.

⁵⁹ Pascal Pichonnaz, *La compensation*, fn 57, 638 et seq.; Pascal Pichonnaz, "Set-Off Compensation: From Diversity to Unity. Comments on the Principles of European Contract Law Part III1, Vaquer, *Principles Part III*, fn 57, 293 et seq; Pascal Pichonnaz, "The Retroactive Effect of Set-Off (Compensatio): A Journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code", *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 68 (2000): 541-564; Pascal Pichonnaz, "Comment" in *Commentary*. Vogenauer & Kleinheisterkamp, *supra* n. 38, n. 4 et seq. ad art. 8.5 PICC; Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).

defi irade açıklaması fikrini benimsemiştir. Bu, hukuk evrimini dikkate alan, tarihi yanlış anlamadan vazgeçerek ticaretin gerekleriyle örtüşen bir çözümdür.

UNIDROIT ilkeleri de artık bunu, aynı bakış açısıyla benimsemiştir.⁶⁰ Buna karşın ilk taslaklarda, Fransız hukukunda olduğu gibi, *re'sen defi* fikrini takip etmişlerdi. Bu hükümleri hazırlayan kişi Paris II Üniversitesi'nden Profesör Jauffret-Spinosi idi. Profesör Jauffret-Spinosi, bu konunun tarihsel incelenmesinden etkilenmiş olabilir. Esasen, kendisiyle, 2001 senesinde Paris'te, bu konudaki araştırmalarımın sonuçlarını içeren sunumumu yaptıktan sonra hararetli bir tartışma yaptığımı hatırlıyorum.⁶¹ Geçmişe etkili olmayan bir defi sistemini tanıttığımdı. Kesin olan şu ki, Zimmermann'ın Lando Komisyonu'na ilişkin raporu⁶², bazıları aynı zamanda UNIDROIT Komisyonu'nda olan üyeler üzerinde etkili olmuştu. DCFR'yi tasarlayanlar aynı çizgiyi, çok fazla tartışmaya mahal vermeden kabul etmişlerdir.⁶³

Bu örnek göstermektedir ki, bir hukuk sisteminin *incelenmesiyle* belirli sorunların kaynağını *anlamak daha kolay* hale gelir. Böylece, modern hukuku tasarlayanlar, oldukça etkili bir biçimde *yeni yollar* izleyebilir. Elbette, ortaya çıkan bu *yeni çözümün*, genel ilkenin yürürlüğü olduğu iddia edilemez. Esasen, bu, *yeni* bir maddi kuraldır. Ancak objektif şekilde açıklandığı ölçüde bir anlam kazanır ve böylelikle hukuk aktörleri, onun yolunu takip edebilir.

III. SONUÇ

Fransız kodifikasyon dönemi olan 1801'de, Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807) "Discours préliminaire" adlı eserinde: "Kanunlar, [...] sadece kalıcı ve mutlak genel prensipler ile hüküm sürebilir" (Les lois ... ne peuvent gouverner que par des principes généraux, constants

⁶⁰ Bkz. Pascal Pichonnaz, "Comment", Vogenauer & Kleinheisterkamp, *supra* n. 38, n. 1 et seq. ad art. 8.5 PICC.

⁶¹ Pascal Pichonnaz, *La compensation*, fn 55, 667 et seq.

⁶² Reinhard Zimmermann, "Die Aufrechnung Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht", in *Festschrift für Dieter Medicus* (Cologne: Heymann, 1999), 707-739.

⁶³ Christian von Bar & Eric Clive (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 2, 1131 et seq.

et absolutus") demiştir.⁶⁴ Bazı açılardan Roma hukukunu incelediğimiz kısa yolculuğumuz, tam tersine, çok genel bir tabiata ait olmadıkça, genel prensiplerin muhakkak kalıcı ve mutlak olamayacağını göstermiştir.

Bir devlet veya devletlerüstü bir girişim daha kapsamlı ve heterojen oldukça, herhangi bir konu üzerinde ortak anlayış geliştirmek daha önemli hale gelir. Çeşitlilik elbette değerlidir; ancak, hukuk hakkında ortak temel anlayış ve değerler de öngörülebilirliğin yüksek derecede olmasını ayrıca destekler.

Uyumlaştırma veya resmi bir birleştirme süreci, geçmişten gelen birtakım tecrübeleri dikkate almazsa, "global Hukuk"⁶⁵ denilen kavram günümüzde mevcut olmamaya devam edecek ve gelecekte de ortaya çıkmayacaktır.

İlk olarak, genel kurallar veya prensipler, çeşitliliğe daha çok itibar ediyormuş gibi görünse de, bu bir o kadar yetersizdir. Genel prensipler, gerçek şekillerini alırken içtihatlardan beslenmeleri gerektiğini açıkça ifade etmeleri açısından bir avantaj sağlar. Nitekim, Roma hukukundaki tecrübenin de gösterdiği üzere, uyumlaştırılmış kurallar genel nitelikte değilse, kazuistik kurallar ya da *paylaşılan davaların* ortak anlayışının sonucu olmalıdır.

Ortak anlayışı daha çok geliştirmek adına, uluslarötesi olarak kullanılabilir temel içtihatlar geliştirilmelidir.⁶⁶ Böylece, ulusal hukuk düzenlemelerinin fiili çeşitliliğine rağmen, daha çok ortak noktayı beraberinde getirerek, ortak meselelere ilişkin paylaşılan anlayış daha da artacaktır.

⁶⁴ Jean-Marie-Etienne Portalis, *Discours préliminaire*, 67 (reprinted in P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827, vol. 1 [Paris s. n. 1827], 520).

⁶⁵ Marc Amstutz & Vaios Karavas, *Wellrecht: Ein Derridasches Monster*, Graff-Peter Calliess et al. (eds.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag* (Berlin/New York: De Gruyter, 2009), 645 et seq.

⁶⁶ Bu fikir için bkz., Pascal Pichonnaz, 'Codification of European Private law: Has Europe Forgotten the Old Principle That Rules Cannot Precede the Law?' Ajani/Gambaro et al. (eds), *Studi in onore di Aldo Frignani, Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale* (Naples: Jovene, 2011), 379 et seq., özellikle 402; Fransızca, Pascal Pichonnaz, 'Les principes en droit européen des contrats: De règles communes à une compréhension partagée', Samantha Besson Pascal Pichonnaz (eds), *Les principes en droit européen Principes in European Law*, *Fondements du droit européen*, vol. 2 (Geneva/Zürich: Schulthess 2011), 281 et seq.

Bu üst düzey uyumlaştırma, ancak Avrupa'daki hukukçuların *ortak metodolojiler* geliştirmesi ile mümkün olabilir. Bu durum, müşterek ve muayyen hukuk biçimlendiricilerine ilişkin daha iyi bir anlayış doğuracaktır. Nitekim, farklı ülkelerden akademisyenlerden oluşan grup tarafından genelden özele yaklaşımla hazırlanan hukuk kuralları tasarısı, kitaplardaki ilk birleştirme girişimidir. Ancak, Ortaçağ'daki tecrübelerimiz göstermiştir ki, herkesin benzer yöntemlerle eğitildiği ve karşılaştırılabilir içtihatlarla sahip olduğu takdirde bu sonuca erişilebilir.

Son olarak, modern ulusal kuralların incelenmesi, yeni yollar bulmamızı sağlayabilir. Roma hukuku, çözüm sosyal ve ekonomik çevreye bağlı olduğundan, uygun çözümler temin edemeyebilir. Bununla birlikte, inceleme ve tarihi inceleme, Avrupa'da farklı sonuçlara götüren sonuçları anlamamızı geliştirerek, yolumuzu yeni fikirler ve çözümlerle açacaktır.