



Karşılaştırmalı Hukukta Eski ve Yeni*

Something Old, Something New in Comparative Law

Esin Örucü¹

Çev: Nurcan Yılmaz Özel²

Öz

Bu çalışma, karşılaştırmalı hukukun tarihsel gelişimini ele aldıktan sonra, klasik karşılaştırmalı hukukun nasıl "eskiyi" anlattığını tartışacaktır. Sonrasında; dinamik sistemlere, düzenlere, normatif yapılarla, melezliklere ve içeriklere yani "yeniye" eğilerek günümüz karşılaştırmalı hukuk anlayışının ufkunu aşan multidisipliner yaklaşımları inceleyecektir. Bu bağlamda, bu makale ilgili postmodern gelişmelerde kullanılan metodolojinin derin karşılaştırmalı araştırma, eleştirel karşılaştırmalı araştırma, sosyo-hukuki metodoloji, küresel karşılaştırmalı hukuk ve son olarak sayısal analiz gibi alanlara doğru nasıl genişlediğini inceleyecektir. Dolaylı karşılaştırmalı hukuku da dikkate aldığımızda şu soruyu irdeleyeceğiz: Bu noktadan itibaren nereye yöneliyoruz?

Anahtar Kelimeler

Karşılaştırmalı Hukukun Tarihsel Gelişimi • İşlevsel Denklik • Bağlam • Hukuk Kültürü • Derin Karşılaştırma • Eleştirel Karşılaştırmalı Araştırma • Sosyo-Hukuki Metodoloji • Sayısal Karşılaştırmalı Hukuk

Abstract

After considering the historical development of comparative law, this paper will discuss what classical comparative law provided for an understanding: the old. It will then look into multi-disciplinary approaches that have crossed the horizon of modern day comparative law looking at dynamic systems, orders, normativities, hybridities and contexts: the new. In this context, the paper will consider the extension of methodology in these postmodern developments: deep-level comparative research, critical comparative research, socio-legal methodology, global comparative law and finally numerical analysis. Considering also implicit comparative law, the question will be: where do we go from here?

Keywords

Historical Development of Comparative Law • Functional Equivalence • Context • Legal Culture • Deep-Level Comparison • Critical Comparative Research • Socio-Legal Methodology • Numerical Comparative Law

* Karşılaştırmalı Hukuk Emekli Profesörü ve Onursal Araştırmacı, Glasgow Üniversitesi; Karşılaştırmalı Hukuk Onursal Profesörü, Erasmus Üniversitesi, Rotterdam. Bu makale 5 Haziran 2015 tarihinde Limerick'te gerçekleşen "Annual Conference of the Irish Society of Comparative Law: Comparative Law from Antiquity to Modernity" adlı etkinlikte açılış konuşması olarak sunulmuştur. (2015) 2:2 JICL, 323-326'da yayınlanmıştır.

Çeviri yayın için izin alınmıştır. Çeviri hakem incelemesinden geçirilmiştir.

¹ Sorumlu Yazar: Esin Örucü (Profesör), Glasgow Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Glasgow-İskoçya, E-posta: esin.orucu@glasgow.ac.uk ORCID: 0000-0002-1425-2407

² Nurcan Yılmaz Özel (Araştırma Görevlisi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye, E-posta: nurcan.yilmaz@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-9825-9720

Atf: Orucu E, "Karşılaştırmalı Hukukta Eski ve Yeni" (Çev. Yılmaz Özel N) (2019) 18(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 79. <https://doi.org/10.26650/ihid.644409>

I. GİRİŞ

Bu makale ilk olarak karşılaştırmalı hukukun tarihsel gelişimini inceledikten sonra, yakın zamana dek klasik karşılaştırmalı hukukun eskiyi anlamak üzere sunduğu körelmiş araçları tartışacaktır. Akabinde, dinamik sistemleri, düzenleri, normatif konumları, melez modelleri, daha geniş bağlamları -yani yeniyi- incelemeye yönelik yeni görevini yerine getirmek üzere günümüz karşılaştırmalı hukuk anlayışının ufkunu aşan multi-disipliner yaklaşımlara eğilecektir. Bu noktada bu makale ilgili postmodern gelişmelerde kullanılan metodolojinin derin karşılaştırmalı araştırma, eleştirel karşılaştırmalı araştırma, sosyo-hukuki metodoloji, küresel karşılaştırmalı hukuk ve son olarak sayısal karşılaştırmalı hukuk analizi gibi alanlara doğru nasıl genişlediğini inceleyecektir. Dolaylı karşılaştırmalı hukuku da dikkate aldığımızda şu soruyu irdeleyeceğiz: Bu noktadan itibaren nereye yöneliyoruz ve yeni karşılaştırmacılar bu iş için nasıl yetiştirilecek?

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA "ESKİ"

Karşılaştırmalı Hukuk Tarihine Genel Bir Bakış¹

1. "Eski"

Karşılaştırmalı hukuk tarihi, düşüncelerin tarihiyle paralel şekilde ilerlemektedir. O dönemde bilimsel metodoloji kullanılmamasına karşın, en eski karşılaştırmalı hukuk çalışması Yunanistan'da yapılmıştır. Antik dünyada Solon Kanunları ile Romalıların 12 Levha Kanunları karşılaştırmalı araştırmaya dayanmaktaydı. Platon, Yasalar (Laws) eserinde Yunan şehir devletlerinin hukuki yapılarını karşılaştırmıştır. Politika (Politics) adlı eserinde Aristo, 153 şehir devletinin anayasasına ilişkin bir araştırma yürütmüştür. Aristo'nun eserini bir adım ileri götüren Theophrastus, çeşitli Yunan hukuk sistemlerinde özel hukukun genel ilkelerini belirleme girişiminde bulunmuştur.

Roma İmparatorluğu'nda, milattan sonra 4. yüzyılda iki hukuk sistemini karşılaştıran ilk çalışma olarak bilinen Lex Dei (Collatio legum Mosaicarum et Romanarum) dışında tanınmış bir karşılaştırmalı hukuk araştırması yoktur. Bu çalışma ceza hukuku, evlilik ve miras konularını incelemektedir.

Ortaçağ İngiltere'sinde Fortescue, sübjektif bir bakış açısıyla olsa da, İngiliz ve Fransız siyasi, hukuki ve adli kurumlarını karşılaştırmıştır. Kıta Avrupa'sında kilise

¹ Bu tarihsel tartışmaya ilişkin ayrıca bkz., Esin Öricü "Comparative Law" in Stanley N Katz (baş editör), The Oxford International Encyclopedia of Legal History (New York: Oxford University Press, Vol 2, 2009) s.97-100. Ayrıca bkz., Harold C Gutteridge, Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research (Cambridge, ikinci baskı, 1949, London 1974 yeni baskı) Ch.II, s.11-22; Walter Hug, "The History of Comparative Law" (1931-1932) 45 Harv L Rev 1027-1070. 19. yüzyılın ortalarında sona eren tarihsel giriş niteliğindeki eserler için bkz.: Annelise Riles (ed), Rethinking the Masters of Comparative Law (Oxford, 2001), Montesquieu, Weber, Kantorowitz, Wigmore, Hozumi, Sanhuri, Rabel, David, Schlesinger ve Sacco'nun çalışmalarını ve katkılarını inceleyen düzenlenmiş bir makale derlemesi. Ayrıca bkz., Konrad Zweigert ve Hein Kötz, "The History of Comparative Law", An Introduction to Comparative Law (Oxford: T Weir çevirisi, 3. baskı, 1998) Ch.4, s.48-62.

hukukçuları, hukukçular ve teologlar seküler hukuk ve kilise hukukuna dair karşılaştırmalı çalışmalar yürütmüş olsa da, bilim insanları yerel mahkemelerin teamüllerinin gelişimini ayrıntılı olarak incelememiştir.

Hümanizm Çağı'na gelindiğinde ise karşılaştırmalı hukuk analizinde daha ciddi girişimler gözlenmiş; Struve ve Stryck Alman Hukuku ile Roma Hukukunu karşılaştırırken, Bacon ve Leibniz karşılaştırmalı hukuk çalışmalarını ilerletmiştir. Özellikle Bacon, kişinin tabi olduğu hukuk sisteminin bağlarından kendisini kurtarması gerektiğini savunmuştur. Grotius, Pufendorf, Montesquieu ve Hugo gibi doğal hukuk düşünürleri doğal hukuk öğretiminde ampirik dayanak üretebilmek için karşılaştırmalı hukuku kullanmışlardır.

Esasen Montesquieu, bazılarınca karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişim sürecinde yükselen ilk isim olarak kabul edilmektedir. Kanunların Ruhu Üzerine (De l'Esprit des Lois- 1748) adlı çalışması, hukuku bir sosyal olgu olarak ele almakta ve hukukun farklılıklarının, doğal, tarihi, etnik, siyasi ve hukukun içinde bulunduğu sosyal ortamla ilgili diğer faktörlerin çeşitliliğinden ileri geldiğini öne sürmektedir. Montesquieu'nun görüşleri 19. yüzyılın başlarında Hugo, Savigny ve Eichhorn ile Alman tarih ekolünün diğer yazarlarının çalışmalarında tekrar karşımıza çıkar. Sir Henry Maine, karşılaştırmalı hukuk felsefesinin ana işlevini, yasamayı ve hukukun tatbiki gelişimini kolaylaştırmak olarak görmüş ve 1861'de yazdığı *Ancient Laws* adlı, doğu ve batıdaki köy topluluklarını karşılaştırdığı eserinde Montesquieu'nun görüşlerinden yararlanmışır.

17. yüzyıla gelindiğinde ise kimilerince tarihin önemli ilk karşılaştırmacısı kabul edilen Selden'i görmekteyiz. Selden, Roma Hukukunun Common Law üzerindeki etkisini ele alan "*Dissertatio ad Fletam*" eserini yazmıştır. 1681 yılında İskoçya'da Stair, "*Institutions of the Law of Scotland, collated with the Civil, Canon and Feudal laws and with the Customs of Neighbouring Nations*" isimli eserini yayınlamıştır.

18. yüzyıldan itibaren ve özellikle karşılaştırmalı hukukta modern çağın başlangıcı olarak kabul edilen 19. yüzyılda, iki ayrı yaklaşım gelişmiştir: Kanunlara dayalı karşılaştırmalı hukuk ve akademik, bilimsel veya nazari karşılaştırmalı hukuk.

Kanunları temel alan karşılaştırmalı hukukun tarihi oldukça eskiye dayanır. Danimarka-Norveç, İsveç, Prusya, Avusturya, Fransa, Almanya, İsviçre, ve Hollanda Medeni Kanunları ile neredeyse Avrupa'daki tüm önemli yasaların hazırlık aşamaları öncesinde yoğun karşılaştırmalı çalışmalar yürütülmüştür. Günümüzde, karşılaştırmalı hukukun yasama reformu ve uyumlaştırma² çalışmalarında kullanılması ve hukuki kararlar alınırken bir yorum aracı olarak önemli bir rol oynaması itibarıyla bu yaklaşım hala önemini korumaktadır.

² Makaleler için bkz. Nicola Lupo ve Lucia Scaffardi (editörler), *Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments* (Eleven International Publishing, 2014).

İkinci yaklaşım ise bilimsel karşılaştırmalı hukuktur. Hukuki bilgiyi artırma yöntemi olarak kabul edilen karşılaştırmalı hukuk, inişli çıkışlı bir geçmişe dayanır. Bilimsel karşılaştırmalı hukuka ilk ilgi gösterenler filozoflar ve tarihçilerdi. Nitekim günümüzde dahi ulusal katı kuralların içine çekilmiş olan hukukçu bilim insanlarına kıyasla sosyologlar, antropologlar ve siyaset bilimciler karşılaştırmalı hukukla daha çok ilgilenir. Tarihçi Hukuk Bilimi Ekolü ve Pandektistlerin kavramsal hukuk bilimi, karşılaştırmalı hukuka itibarlı bir seviye affetmemiş ve karşılaştırmalı hukukun amacını yasamaya yardımcı rolüyle sınırlamıştır. Ampirik bir yaklaşım benimsenmediğinden, a priori dogmatik hukuk bilimi önemli hale gelmiştir. Karşılaştırmalı hukuk çok az insanı kabul eden, ezoterik bir oyun olarak görülmekteydi. Pozitivizme ve ulusal yasal kültürlerle karşı önyargılı tutumlar ise karşılaştırmalı hukukun daha fazla tanınmasını engellemiştir.

Hukukların farklılığına ilişkin bilimsel ilginin tarihi neredeyse yüz yıla dayanır. 20. yüzyılın başlarına değin karşılaştırmalı hukuk araştırmasına dayalı bir evrensel hukuk bilimi ortaya koyma girişimine rastlanmamaktadır. Bu dönemde bile pek çok hukuk bilimcisi, karşılaştırmalı hukuku, hukuk bilgisi elde etmek için kaçınılmaz bir araç olarak görmemiştir.

2. "Yeni"

Modern Çağ, 1800-1850 yılları arasında başlar. O dönemde karşılaştırmalı hukuk, "karşılaştırmalı mevzuat" başlığı altında yabancı hukuklarla ilgili bilgi toplamak için kullanılmaktaydı. Bu dönemin alamet-i farikası 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'dur. İlk Alman Karşılaştırmalı Hukuk Dergisi 1829 yılında, Fransızca ilk dergi (Revue étrangère de législation) ise 1834 yılında çıkarılmıştır. Bu akımların ardındaki güçlü isimler Fransa'da Foelix, Almanya'da ise Mittelmaier'di. Almanya'da Gans "Miras Hukukunun Dünya Tarihindeki Gelişimi" adlı eseri yazdı. İngiltere'de Burge, "Sömürge Hukukları ve Yabancı Hukuklar Üzerine Yorumlar" adlı çalışmasını yayınlarken, 1854'te Levi "Dünyada Ticaret Hukukları" isimli eserini yayınlamıştır. ABD'ye baktığımızda, ilk medeni hukuk dersleri Harvard Law School'da verilmiştir ve Story ile Kent'in bu alandaki çalışmaları da önemli sayılmaktadır.

Sonraki, yani 1850-1900 yılları arasındaki dönemde ise ağırlıklı olarak yabancı hukuka dair bilgi toplamaktan ziyade hukuk sistemleri bir araya getirilmiştir. Bu dönemde bir takım Karşılaştırmalı Hukuk Cemiyetleri teşekkül etmiştir: 1869'da mecmuasıyla birlikte Fransız "Société de législation comparée" (şimdiki adıyla *Revue internationale de droit comparé*) kurulurken, 1894'te Alman "Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre" ve 1898'de de yine mecmuasıyla birlikte "English Society of Comparative Legislation" (şimdiki adıyla *International and Comparative Law Quarterly*) kurulmuştur. Bu

cemiyetlerinin kuruluşu pratik nedenlere dayanmakla beraber, karşılaştırmalı hukukta Modern Çağın başlangıcı olarak nitelendirilebilir.

Yabancı mevzuatların çevirisi ve tartışılması başlıca faaliyet alanlarını oluşturuyordu. Yine aynı dönemde evrensel hukuk tarihi ve etnolojik hukuk bilimi gelişmiştir. 1889 yılında Maine, Oxford'da Tarihsel ve Karşılaştırmalı Hukuk Bilimi Kürsüsü Başkanlığı'na atanmıştır. Paris'te Karşılaştırmalı Hukuk Kürsüsünün başkanlığını yapan Saleilles ise Alman Medeni Kanunu'nu (BGB) Fransızca'ya tercüme etmiştir. Avusturya'da Unger dünya tarihinde evlilik kurumunu incelerken, Almanya'da ise von Stein, Goldschmit ve Kohler'in çalışmaları öne çıkar.

"Karşılaştırmalı hukuk" terimi, uluslararası hukukun birleştirilmesi fikrinin canlandığı 1900'lerde başlayan dönemde oluşmuş ve önem kazanmıştır. Günümüzde karşılaştırmalı hukukun resmi olarak ortaya çıkışı 1900'de Soci  t   française de legislation compar  e tarafından Paris'te gerçekleştirilen Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi'ne dayandırılmaktadır. Karşılaştırmalı hukukun tanımı, amaçları ve yöntemleri bu Kongrede tarti  şılmıştır. Mamafih, Common Law geleneğini temsilen katılan Sir Frederick Pollock dışında bu kongreye yalnızca Kıta Avrupası hukuk  ları katılmışlardır.

1917 yılında Rabel, Münih   niversitesi bünyesinde ileride Max Plank Yabancı ve Uluslararası   zel Hukuk Enstitüsü'ne (Institute for Foreign and International Private Law) dönüşecek olan "Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü"n   (Institute of Comparative Law) kurmuştur. Fransa'da ise Saleilles, "Fonction de droit compar  "yi yazan Lambert ve Levy-Ullmann karşılaştırmalı hukuku 20. yüzyılda *droit commun de l'humanit   civilis  e*'nin kurucusu olarak görmüşlerdir. 1920'de Lambert tarafından Lyon'da ve 1932'de Levy-Ullmann tarafından Paris'te bir karşılaştırmalı hukuk enstitüsü ("Institut de droit compar  ") kurulmuştur. İsviçre'de 1913'te Sausser-Hall "karşılaştırmalı hukukun işlevi ve yöntemi"   zerine bir eser yazmıştır. Rabel ve Lambert Common Law'un ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gereğini savunmuşlardır. Birleşik Krallık'ta karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına, karşılaştırmalı hukuku "diğer ülkelerle hukuki ili  şkilerin geliştirilmesi, hukuk reformu, yerel mahkemelerin yabancı hukuku daha iyi idrak etmesi ve hukuk eğitimi" gibi pratik amaçlara yönelik bir teknik olarak kabul eden Gutteridge öncülük etmiştir. ABD'de ise Roscoe Pound ismi   ne   kar. Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi (International Academy of Comparative Law) 1924'te Lahey'de kurulmuş ve halen, hukukun her alanına yönelik olmakla beraber karşılaştırmalı hukuka ağırlık veren araştırmaları, yazıları, entelektüel paylaşımları teşvik etmek ve yürütmek üzere dört yılda bir kongre düzenlemektedir.

Sistemantik karşılaştırmalı hukuk araştırmasının günümüzdeki anlamına kavuşması da bu d  nemeye tekabül etmektedir. Bu araştırmalar yasama, birleştirilme (*unification*) ve uluslararası etkileşim gibi pratik faydalar sağlamakla beraber, sosyal bir olgu olarak hukuka ilişkin sistemantik bilgi keşfetme arzusu   klinde kuramsal yararı da beraberinde getirir.

İkinci Dünya Savaşı'nın sonundan 1990 yılına kadar geçen dönem, hukuk sistemlerinin etkileşimine ilişkin artan farkındalıkla birlikte dünya geneline ilgi duyulduğu, Avrupa Topluluğu gibi yeni uluslarüstü örgütlerin ortaya çıktığı ve böylelikle karşılaştırmacıların çalışmalarını zorunlu kılan bir dönemdi. Geleceğin hukukçularını diğer hukuk sistemlerini anlayabilecek şekilde yetiştirmek üzere hukuk eğitiminin kapsamının genişletilmesi gerektiği fikri ivme kazanmıştır. Uygulamacılar ve hakimlerin karşılaştırmalı hukukun değerine ilişkin şüpheleri ortadan kalkmıştı. 1917'de gerçekleşen Rus Devrimi, devrimin Doğu ve Orta Avrupa'daki yankıları ve iki Dünya Savaşı, karşılaştırmalı hukuk üzerinde çok büyük etki yarattı. Zira birçok göçmen bilim insanı karşılaştırmalı hukukun Birleşik Krallıkta, ABD'de ve başka ülkelerde gelişmesine katkıda bulundular.

UNESCO'ya bağlı Association International des Science Juridiques, Strazburg'da Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Eğitimi Fakültesi (International Faculty for the Teaching of Comparative Law) ve Lüksemburg'da Uluslararası Karşılaştırmalı Bilimler Üniversitesi (International University of Comparative Sciences) kurulmuştur. Karşılaştırmalı Hukuk Ansiklopedisi (The Encyclopaedia of Comparative Law) Association International des Science Juridiques gözetiminde yayınlanmış ve düzenli olarak güncellenmiştir. Amerika Kıtası Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi (The Inter-American Academy of International and Comparative Law) ABD'de kurulmuştur. Hukukun birleştirilmesinden ziyade yabancı hukukların araştırılması dünya barışını sağlamanın en iyi yollarından biri olarak kabul edilmiştir. Tarihsel yöntem ve göreceli yaklaşımın da yardımıyla hukuklar arasında ayırt edici unsurlara ilişkin araştırmalar yürütülmüştür. Bilhassa özel hukuk ve ticaret hukuku alanında normatif çalışmalar zenginleşmiştir.

1990'dan sonra, Avrupa'da sosyalist sistemlerin çöküşü, hem Avrupa'nın kendi içinde hem de "sözde" Batı, Asya ve Afrika arasındaki dengelerin değişmesiyle karşılaştırmalı hukukun yeri, rolü ve metodolojisi bir kez daha değişmeye başlamıştır.

B. 20. Yüzyılın Klasik Ana Akım Karşılaştırmalı Hukuku

Klasik ve ana akım karşılaştırmalı hukukun kökleri pozitivizme, kanunculuğa ve hem hukukta hem de kültürde yasal merkezîyetçilik ve tekçilik üzerine varsayımlara dayanırken, büyük ölçüde işlevsel denklige odaklanmış ve 20. yüzyılın ikinci yarısının sonlarına kadar Zweigert ve Kötz'ün son derece başarılı buluşu olarak görülmüştür.³

Bu yaklaşımın ardında, hukuk sistemi nerede ve ne renkte olursa olsun insan olmamız itibarıyla hepimiz benzer sorunlarla karşılaştığımızdan, sosyal sorunların da ortak olduğu fikri yatar. Hukuk kuralları bu sorunları çözmek için vardır. Her ne

³ Bkz. Zweigert ve Kötz, An Introduction to Comparative Law (n.1).

kadar farklı hukuk sistemleri farklı kurallar ve müesseseler öngörse de, bunlar aynı sorunu farklı yollarla da olsa çözdüğünden, işlevsel olarak denk kabul edilebilirler. Bu nedenle karşılaştırmalı hukukçunun, ister yasalarda ister başka yerde olsun, bu çözümleri karşılaştırması gerekmektedir.

İşlevsel-kurumsal yaklaşımla cevaplanmak istenen "B sistemindeki hangi müessese, A sisteminde incelenen müesseseye denk bir işlev icra etmektedir?" sorusudur. Bu soruya verilen cevap "işlevsel denklik" fikrini ortaya çıkarır. Eğer A sisteminde "boşanma" adlı bir müessese inceleniyorsa, karşılaştırmalı hukukçu B sisteminde, kişiyi artık içinde bulunmak istemediği evlilik ilişkisinin bağlarından kurtaracak, denk bir işlev sağlayan bir müessese arayışında olacaktır. Böylece karşılaştırmalı hukukçu "işlevsel olarak karşılaştırılabilir özelliklere" sahip olma ya da aynı sorunu çözme gibi benzer görevler yürüten müesseseleri arayacaktır. Burada odaklanılan bir diğer konu ise karşılaştırılabilir çözümlerin işlevsel olarak yan yana getirilmesidir. İşlevsel araştırma, karşılaştırmalı hukukta faydacı yaklaşıma denk gelmektedir.

Sorun çözme yaklaşımı ise madalyonun diğer yüzünü teşkil etmektedir. Bu yaklaşım şu soruları cevaplamayı amaçlar: "A ve B toplumlarının her ikisinde de karşılaşılan belirli bir sosyal yahut da hukuki sorun nasıl çözülmektedir?" yani "Bu sorunla başa çıkabilmek için hangi hukuki ya da başkaca müesseseler geliştirilmiştir?" Örneğin, bir evliliğin sona erdirilmesinden sonra muhtaç duruma düşecek olan eşin bakımını üstlenme sorunu A toplumu ve B toplumunda nasıl çözümlenmiştir? Bu sorun yoksulluk nafakası, devletin sunduğu sosyal sigorta ile veyahut muhtaç durumdaki eşin geleneksel aile yapısı içindeki durumu gibi farklı yollarla çözülmeye çalışılmış olabilir. "İşlevsel" yaklaşımla aynı düşünceden doğan bu yaklaşım, hukuk sistemleri arasında benzer sorunların –her ne kadar farklı yollar izlenerek ulaşılsa da- benzer çözümlere sahip olduğu düşüncesinden beslenir. "Sorunların aynı olması karşılaştırılma yapılabileceğini temin eder"⁴ denilmektedir.

İşlevsel-kurumsal yaklaşım uyarınca yukarıdaki sorular cevaplandıktan sonra işlevsel sorular ortaya çıkar.

Meseleyi başka şekilde ele almak da mümkündür: Yaklaşım olgusal olmalıdır. Olgusal yaklaşım uyarınca farklı hukuk sistemleri tarafından karşılanan olgusal ihtiyaçların yani sorunun benzerliği, ilgili hukuk sistemlerini karşılaştırılabilir kılmaktadır. Müesseselerin anlamlı bir şekilde karşılaştırılabilir olması için aynı olgusal sorunu çözmesi gerektiği söylenmektedir⁵. Örneğin, günümüzde Cornell Projesinin⁶ kapsamını sözleşme hukuku ötesinde genişletmeyi amaçlayan Trento Projesi; ticari tröstler, sözleşme hukukunda hata ve hile, taşınır mülkiyetinde teminat, salt ekonomik kayıp,

⁴ M Schmitthoff, "The Science of Comparative Law" (1939) 7 The Cambridge Law Journal 94-110.

⁵ Bkz. Zweigert and Kötz, An Introduction to Comparative Law (n.1.).

⁶ Rudolf Schlesinger (ed), Formation of Contract: A Study of the Common Core of Legal Systems (Dobbs Ferry: Oecnia Publications, 1968).

taahhütlerin tenfiz kabiliyeti, iyiniyet ve haksız fiil hukukunda kusursuz sorumluluk gibi birçok alt başlıkla birlikte sözleşme, mülkiyet ve haksız fiil konularına odaklanmıştır. Bu proje, olgusal yaklaşıma yani olgulara dayalı kapsamlı araştırma yöntemine dayanır. Buna göre on beş ila otuz farklı dava ulusal raportörlere sunulurken, onların hukuk sistemlerinde öngörülen çözümler sorulur.⁷

Bu yaklaşımın bir diğer türünde ise insani ihtiyaçlar evrensel yaklaşımla ele alınır. Sosyal sorunların evrensel olduğu kabulüne dayanan bu yaklaşım uyarınca, yasalar ihtiyaçları farklı şekillerde karşılarsa da ortaya çıkan sonuçlar karşılaştırılabilir. Karşılaştırılabilirlik bu noktada benzerlik bulgularından yararlanır. Zira “somut bir sorundan” hareketle aynı olgulara odaklanarak “*praesumptio similitudinis*” (çözümlerin benzerliği) yönünde ilerleme kaydedebilir. Eğer olgular aynı değilse, karşılaştırılabilirlik mümkün değildir. Evrensel yaklaşımın en önemli boyutu çözümlerin benzerliğidir. Eğer bu yoksa, karşılaştırma yapmak da mümkün olmayacaktır. Yakın zamana kadar aile hukuku gibi ahlaki ve dini değerlerin baskın olduğu alanların ihmal edilmesi de bu yüzden.

Bu noktada daha geniş kapsamlı birkaç soru sorabiliriz. Bir karşılaştırmalı hukukçu, eğer mahkemelerin genel olarak dosyaları nasıl ele aldığını anlamak, davaların ne kadar sürdüğüne ilişkin ya da kararların nasıl yazıldığına ilişkin bir anlayış geliştirmek gayesindeyse, örnek olarak bir boşanma davasıyla tahliye davasını karşılaştırabilir mi? İlgili hukukun kaynağını kavrama maksadıyla belgelerin nasıl hazırlandığı, ne kadar uzun veya detaylı olduğunu saptamaya çalışan bir kimse İngiliz vergi, şehir ve ülke planlama mevzuatı ya da evlilik davalarını tamamen farklı konulardaki üç adet Alman mevzuatıyla karşılaştıramaz mı? Sayısız benzer örnek sunulabilir.⁸

Bir hukuk sisteminde karşılaşılan kurumsal olguların başka bir hukuk sisteminde karşılaştırılabilir bir muadili olmadığında, işlevsel yaklaşım yetersiz kalabilir. Bu belirli bir oranda benzerlik taşıyan hukuk sistemlerinin mi karşılaştırılması gerektiği anlamına gelir? Eğer karşılaştırmaya tabi tutulan ülkeler birbirinden tamamen farklı sosyal düzenlere sahipse, bu iki toplumdaki yalnızca birine özgü durumları düzenleyen hukuk kuralları, müşterek durumları düzenleyen hukuk kurallarından ayrı tutulmalıdır. Bu yaklaşım uyarınca, ilk kategoridekiler karşılaştırılmazken, ikinci kategoridekiler karşılaştırılabilir. Bu fikri kabul ettiğimiz takdirde; karşılaştırmalı hukukçuların ancak birbiriyle ilişkili sistemleri araştırabileceği sonucu çıkmaktadır. Ve bu durum, ne yazık ki, karşılaştırmalı hukuk araştırmacısına oldukça sınırlı bir alanda, oldukça sınırlı bir yer tanımaktadır.

⁷ Bkz. Mauro Bussani ve Ugo Mattei (editörler), *Making European Law: Essays on the Common Core Project* (Trento: Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2000).

⁸ Ayrıca bkz. Michael Bogdan, *Comparative Law* (Göteborg: Kluwer Tano, 1994) s. 58.

Eğer "hukuk"la kastedilen yalnızca bir kurallar bütünüyse ve mikro seviyede karşılaştırma bu kurallara yönelikse, işlevsel yaklaşımın ne denli faydalı olduğu inkar edilemez. Zira kurallar bütünü pek çoğu ortak insan sorunlarını çözmek için düzenlenmiştir.⁹ Karşılaştırmalı hukukun uyumlulaşma sürecinde belirleyici bir itici güç olduğu Avrupa Birliği bağlamında, işlevsel karşılaştırmalı analiz yönteminde odak noktası dikeyden yataya kaymış, üye devletlerin hem hukuk sistemlerinin hem de hukuki yöntemlerinin tek noktada birleşmesi potansiyeli doğmuştur. Bu süreç kademeli olarak nihai hukuki bütünleşmeye varır. Bu nedenle benzerliklere odaklanarak ilerleme kaydetmek yalnızca belirleyici değil aynı zamanda arzu edilen yöntemdir.

III. SON ZAMANLARDA YENİDEN KARŞILAŞTIĞIMIZ ESKİ BİR DOST VE ONUN DÜNYA ÇAPINDA ARTAN ŞÖHRETİ

A. İşlevsel Yaklaşımdan Öte

İşlevsel yaklaşım birçok çağdaş karşılaştırmacı tarafından sert bir şekilde eleştirilmesine karşın tamamıyla gözden çıkarılamamakta ve hatta hala fayda sağlamaktadır. Her ne kadar karşılaştırmalı hukuk araştırmasına uygun tek yaklaşım olmadığı gerçeği bilinse de, işlevsel yaklaşım son zamanlarda Avrupa'daki ortak temel çalışmalarda özel bir yer kazanmıştır. Çoğunlukla özel hukukun çeşitli alanlarına eğilen bu Avrupa projeleri arasında Avrupa Sözleşmeler Hukukunun ilkelerini hazırlayan Avrupa Sözleşmeler Hukukuna Dair Lando Komisyonu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Dair İlkeler gibi oldukça benzer bir proje üzerinde çalışan UNIDROIT, Avrupa Medeni Kanunu üzerinde çalışan Von Bar Çalışma Grubu, Gandolfi'nin Sözleşmeler Hukuku Kanunu, Avrupa Özel Hukukunun ortak esasına dair Trento Projesi, diğer hususların yanında illiyet üzerine de odaklanan Spier ve Koziol çalışma grubu, Avrupa Birliği Müktesebatı Grubu, SECOLA ve Avrupa Aile Hukuku Komisyonu yer alır.

21. yüzyıl, karşılaştırmalı hukukun olgunluğa ulaşacağı çağ olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu dönemde karşılaştırmalı hukuk zorluklarla karşılaşacak ve farklı şekillerde ele alınacaktır.

Farklı bağlamlarda kurulmuş sistemler arasında yapılan karşılaştırmalar, işlevsel denklik kurallarının ötesine uzanmalı, başka yaklaşımları bünyesine dahil etmelidir. Örneğin, işlevsel-kurumsal yaklaşımın, bir batı hukuk sistemiyle dini bir sistemin ya da gelişmekte olan bir hukuk sisteminin nasıl karşılaştırılabileceği sorununun çözmediği kabul edilir. Dahası, eğer bir hukuk sisteminde karşılaşılan bir sorunun diğer bir sistemde muadili yoksa, işlevsel yaklaşım başka bir açmazla karşılaşır. Ayrıca bu yaklaşıma yöneltilecek farklı temel eleştiriler de vardır. Karşılaştırılabilecek konuların sınırlılığı ve tarihi olaylar, gelenekler, etik değerler, siyasi ideolojiler, kültürel

⁹ Jaakko Husa, "Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?" (2003) 67 *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 446.

farklılıklar veya dini inanışlarla belirlendiği için “karşılaştırma yapmaya elverişli olmadığı” düşünülen hukukun pek çok alanının karşılaştırma kapsamı dışında kaldığı yönündeki eleştirisi gibi. Pek çok işleve sahip tek bir kurum veya kuralın varlığı da bir başka soruna işaret eder.

Son zamanlarda öne sürülen bir düşünceye göre, “daha iyi sonuca odaklanan karşılaştırmacılık” olarak ifade edilen “post modern işlevsellik eleştirisi”, benzerlik sonuçları elde etmek ve “hukukun toplumdaki rolüne dair zorlu meselelerden” kaçınmak amacıyla öncelikli olarak işlevselliğin zımni ya da açık evrenselliğine, “aynılık hedeflerine” yöneliktir. Çerçeve-görelî kültürel anlayışla bağlantılı olduğu düşünülen bu gibi iddialar işlevsel yaklaşımın farklılıkları görmezden geldiği gerçeğine işaret eder. Bu anlayışa göre “yasal düşünce sistemi, dil ve yargılar birbirinden son derece farklı ve nihayetinde birbiriyle bağdaşmaz çerçeveler tarafından belirlenir”.¹⁰

Günümüzde karşılaştırmalı hukuk, rakibi “karşılaştırmalı hukuk çalışmaları” ile yüz yüze gelirken, sosyologlar ve antropologlar, karşılaştırmalı hukuku ekonomik, sosyal, kültürel ve dini bağlama dahil etme gayreti gösterirler. Karşılaştırmalı hukuk bağlama oturdukça, hukuk sosyolojisine daha çok yaklaşacak ve “karşılaştırmalı hukuk çalışmaları” adı daha uygun hale gelmiş olacaktır. Günümüzde karşılaştırmalı hukukun kuramsal temeli sorgulanmaktadır. Kullanılan yöntemler artmıştır. “İşlevsel denklik” ve “ortak esas” araştırmaları gibi köklü araçlar, tıpkı “daha iyi hukuk” ya da “en iyi hukuk” yaklaşımlarında olduğu gibi eleştirilmektedir.

Geçtiğimiz yüzyılın son dönemine kadar karşılaştırmalı hukuk, ehemmiyetini AB bütünleşme süreci ve hukukun uyumlulaştırılması projesindeki yeri ve rolüne borçludur. Buna karşın, bütün dünyayı “Roma ve Westminster”ın varisleri” arasında bölünmüş olarak gören karşılaştırmacıların en çok başvurduğu yaklaşım olan Avrupa-merkezcilik; tıpkı 20. yüzyılda karşılaştırmacıların ilgi odağı pozitivist, normatif özel hukuk araştırmalarında olduğu gibi, eleştiri oklarına hedef olmuştur. Her ne kadar birbirinden mutlak biçimde ayrıldığı gözlemlenmese de, günümüzde kimileri karşılaştırmayı kültür/bağlam odağında ele alırken, kimileri genellikle ana akım olarak ifade edilen işlevsel kural karşılaştırmalarına odaklanırlar.

Asya ve Afrika’da yerli bilim insanlarının yürüttüğü karşılaştırmalı hukuk öğretimi, çalışmaları ve araştırmaları ancak sömürge sonrası dönemde gelişmiştir. Bu dönemden evvel bu tür araştırmaları ve öğretimleri batılı karşılaştırmacılar üstlenmişlerdi. Genel itibarıyla bugün bile bu durum değişmemiştir.

B. Post-Modern Yollar

Günümüzde karşılaştırmalı hukuk yöntemlerine bir takım yeni yaklaşımların eklenmesiyle eski dostumuz karşılaştırmalı hukuk, yeni şeylerle karşılaşmıştır. Bunların

¹⁰ Bkz. Gunter Frankenberg, “Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law” (1985) 26 Harv Intern LJ 411-455.

bazıları bize, yeniden tanımlanarak daha modern terminolojilere bürünen eski şeyleri hatırlattığı için, çok da yeni görünmemektedir. Şimdi bu post-modern gelişmelerin birkaçını kısa ve öz bir şekilde inceleyeceğim: Derin karşılaştırmalı hukuk, eleştirel karşılaştırmalı araştırma, sosyo-hukuki metodoloji, küresel karşılaştırmalı hukuk ve son olarak sayısal analiz.

İlk olarak Van Hoecke tarafından 2004 yılında kullanılan bir kavram olan “derin karşılaştırmalı hukukun”¹¹ temelinde karşılaştırmalı hukukta kullanılan ana akım yöntemlerin farklılıklar ve benzerlikleri ancak sığ düzeyde anlamaya izin verdiği eleştirisi yatar. Bu yöntemle ulaşılmak istenen gaye daha eleştirel bir yaklaşım sağlayabilmektir.

Bunu başarmanın yollarından biri karşılaştırmalı hukuku, hukuk felsefesi ile bağlamak suretiyle teknik bir yaklaşımdan ziyade hukuki bir yaklaşım benimseyerek, pozitif hukukun altında yatan fikirleri incelemenin önemli olduğunu vurgulamaktır.¹² Bunun ötesinde karşılaştırmacı, “hukuk bilgilerinin iç yapısını”¹³ tespit etmelidir. Bu cihetle, bir kimse ister farklılıkları ister esasen benzerlikleri arıyor olsun, daha derine inmelidir. Ana çıkış noktası derinliktir.

Diğer bir eleştirel yaklaşım ise hukuku, kültürün içine gömülü kabul eder. 20. yüzyılın sonlarına doğru “kültür olarak hukuk” bakışı karşılaştırmacıları iki kampa ayırmasına rağmen karşılaştırmalı hukuk literatürünün önemli bir ögesi haline gelmiştir. “Kültür olarak hukuk”, hukuk ve kültürün genel itibarıyla ortak etkilerinin hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları şekillendirdiğini varsayar. Bu varsayım daha da ileri götürülerek, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının işe yararlığı dahi reddedilmiştir. Her halükarda, böyle bir araştırmayı yürütmek isteyen karşılaştırmacı, kanun koyucuyu ve kanun yorumlayıcısını şekillendiren sosyal çevre ve sosyal ortama dahil olmalıdır. Bu bağlamda, bazı bilim insanları hukuk, din ve gelenek arasındaki ilişkiye de işaret etmektedir. Ele alınan topluma bağlı olarak, kültürel ve antropolojik bir bakış açısı gerekli olabilir.

Hukuk bazılarınca, politik sol ve radikal feminizmin geliştirdiği bakış açısıyla “hikaye anlatıcılığı” olarak da kabul edilmektedir. Yine burada ilgili toplumlara “dahil olmak”¹⁴, yalnızca işlevsel yaklaşımın yetmeyeceği bir önkoşuldur. Örneğin Richard Hyland, karşılaştırmalı hukuk ile karşılaştırmalı literatür arasında bir

¹¹ Mark Van Hoecke, “Deep Level Comparative Law” in Mark Van Hoecke (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004) s. 165-195.

¹² Catherine Valcke, “Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems” (2004) 52 *AJCL* 713-740; Catherine Valcke, “Reflections on Comparative Law Methodology – Getting Inside Contract Law” in Maurice Adams and Jacco Bomhoff (editörler), *Practice and Theory in Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) s. 22-48.

¹³ Geoffrey Samuel, “Form, Structure and Content in Comparative Law” in Eleanor Cashin Ritaine ve diğerleri. (editörler). *Legal Engineering and Comparative Law* (Zurich: Schulthess, 2009) s. 22-50.

¹⁴ Vivian Grosswald Curran, “Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law” (1998) 46 *AJCL* 657-668.

paralellik çizerek bu yaklaşıma "yorumlayıcı yöntem" adını vermektedir.¹⁵ John Bell de "hukuk sisteminin içindekilerin o sisteme dair bakışını" ele alarak hukuk sistemlerini kendi terimleriyle anlamamız gerektiğini önerir ve "dahil olma" terimini kullanır.¹⁶

Öte yandan hukuku "yasal çoğulculuk" olarak kabul eden bir yaklaşım mevcuttur. Bu yaklaşımın temelinde; devletin yasa yapabilen tek aktör olmadığı ve sosyal düzenin genellikle çeşitli normatiflik kaynaklarına dayandığı varsayımı yatar. Bu bakış açısı kabul edildiği takdirde, araştırılan toplumlar üzerine derinlikli bilgi sahibi olmak daha fazla önem kazanacak, böylelikle ana akım karşılaştırmacıların işi daha göz korkutucu hale gelecektir.

Yukarıda bahsedilen konuların hepsi "derin karşılaştırmalı hukuka" çeşitli yaklaşımlar olarak kabul edilebilir. Bir sonraki gelişme "eleştirel karşılaştırmalı hukuk" olarak adlandırılabilir. Bu terminolojiyi kullanan karşılaştırmacılar, hukuku söylem olarak ele almakta ve bağdaşmaz hukuk sistemleri arasındaki farklılıklara eğilmektedir.¹⁷ Burada aynı zamanda genel itibarıyla siyasal tutumların karşılaştırmacı hukukçuların bakış açılarını belirlediğini ifade eden "siyaset olarak hukuk" yaklaşımından da bahsetmemiz gerekir.¹⁸

Siems'in de ifade ettiği gibi, "karşılaştırmalı hukuka yönelik bu post-modern yaklaşımlar değerli olmakla beraber onlar da birtakım eksiklikler bıraktığından, karşılaştırmalı hukuk yöntemleri üzerine nihai söz olarak kabul edilmemelidir...".¹⁹ Karşılaştırmalı hukuka yönelik, verilere dayalı sosyo-hukuki yaklaşımlar yaşanan bir sonraki önemli gelişmeye tekabül eder. Bu yaklaşımlar, hukukun şekli anlayışı (geleneksel karşılaştırmalı hukuk) yerine sosyo-hukuki anlayışı ele alır ve hukukla toplumun nedensel açıdan nasıl birbirine bağlı olduğunu inceleyerek "hukuk kültürü" terimini kullanır. Burada aynı zamanda, bir toplumun hem geçmişinin hem de bugününün bir ürünü olan hukukun, incelenen toplumu yansıttığını varsayan "ayna" bakış açısıyla karşılaşıyoruz.

Küreselleşen dünyada karşılaştırmalı hukuk mutlaka yeni bir anlam kazanmasa da eski ahabaplarla kurulan yeni temaslar ön plana çıkıyor. Örneğin, hukukun iktibasına yeniden ilgi gösterilmektedir. Değeri ateşli tartışmalara konu olsa da, uygulamada, gerek yargı organlarının gerekse de yasa koyucuların faaliyetleriyle hukuk iktibası

¹⁵ Richard Hyland, *Gifts: A Study in Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

¹⁶ John Bell, "Reflections on Continental European Supreme Courts" in Guy Canivet, Mads Andenas ve Duncan Fairgrieve (editörler), *Independence, Accountability and the Judiciary* (London: BIICL, 2006) s. 253-263.

¹⁷ Pierre Legrand, *Fragments on Law-as-Culture* (Deventer: Willink, 1999). Siems bu yaklaşımı yarıdan çok zarar getirici olarak kabul etmektedir, bkz. Mathias Siems, *Comparative Law* (Law in Context Series) (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) s.114.

¹⁸ Duncan Kennedy, "Political Ideology and Comparative Law" in Mauro Bussani ve Ugo Mattei (editörler), *Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) s. 35-56.

¹⁹ Bkz. Siems, *Comparative Law* (n. 17) s.117.

çağımızda hız kazanmıştır. İktibasın, hukukun gelişimindeki rolü reddedilemeyeceği gibi, daima sabit kalacağı söylenebilir. Aynı zamanda, karma hukuk sistemlerine yönelik ilgi ve farkındalık ile yeni projelerde ortak araştırma çabaları son yirmi yılda çoğalmıştır.

Yakın dönemde “uluslararası hukuk” adı verilen, ulus devletlerin ötesine geçen yeni bir çalışma alanı doğmuştur. AB Hukuku, uluslararası hukuk, uluslararası örgütler hukuku ve bütün bu hukukların iç hukuka aktarılmasıyla ortaya çıkan sorunlar ve iç hukuk sistemlerinin bu kuralları uygulayış biçimi bir araya gelmiş ve böylelikle karşılaştırmalı hukukun kapsamı genişlemiştir. Bu gelişmeler hem özel alan hem de kamusal alanı kapsamaktadır.

Son olarak “sayısal karşılaştırmalı hukuk”a geldik. Bu akımda niceliksel yaklaşım bilimsel ilerlemenin merkezi olarak görülmektedir. Sosyal bilimciler bunu her daim son derece önemli adanmıştır. Karşılaştırmalı hukuk araştırmacıları ise bu alana oldukça geç girmişlerdir. Karşılaştırmacının öncelikli ilgi alanı “ampirik hukuki çalışmalar” olmaya devam etmekte ve istatistiksel yöntemlerin uygulanışı bulguların analizi ile sınırlanmış olarak görülmektedir. Burada ağırlıklı olarak sosyo-hukuki verilere yönelik niceliksel karşılaştırmalı araştırmalara rastlıyoruz. Örneğin, yabancı hukuki fikirlerin etkisini ölçmek adına mahkeme kararları arasındaki çapraz alıntılar analiz edilmiştir. Hukuk kurallarının ve kurumların niteliği de yine istatistiksel analizle ölçülmüştür. Bununla beraber, karşılaştırmalı hukuk ayrıca, ekonometrik analizi kullanarak hukuku bir açıklayıcı değişken olarak kabul eden sayısal karşılaştırmalı hukuk vasıtasıyla ekonomik düzeyde de analiz edilir. Sayısal karşılaştırmalı hukukta, anket düzenleme, ampirik verileri sayma ve hukuki kuralları kodlama gibi edimler bulunur.²⁰

Siems, karşılaştırmalı hukukun “bağlam” doğrultusunda ilerlediğini vurguladığı çalışmasının son bölümüne “Bakış Açısı” adını vermiştir. Karşılaştırmalı hukuku, en gelecek vadeden yol olarak diğer karşılaştırmalı disiplinlerdeki araştırmalarla birleştirmeyi savunmaktadır.²¹

C. İngilizce Karşılaştırmalı Hukuk Literatüründe “Yeni”

20. yüzyılın başında Gutteridge²² ve daha sonra Zweigert ve Kötz²³ ve David²⁴ karşılaştırmalı hukuk ders kitabı yazımında son sözü söyleyenler olarak kabul edilmiş olup; son iki ders kitabı sırasıyla Almanca ve Fransızca olarak yazılmış ve İngilizceye tercüme edilmiştir.

²⁰ *Ibid.*, s. 146-190.

²¹ *Ibid.*

²² Bkz. Gutteridge, *Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research* (n.1).

²³ Bkz. Zweigert ve Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (n.1).

²⁴ Rene David, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* (London: Stevens, John Brierley translation, 3. baskı, 1985).

Geçen yüzyılın son on yılında ve özellikle bu yüzyılın başlarında, alanımızda gerçekleşen gelişmeleri yansıtan ders kitaplarını öğrencilere vermek niyetiyle, kitap raflarının farklı türdeki karşılaştırmalı hukuk kitaplarıyla doldurulduğunu gördük: Werner Menski²⁵, Peter de Cruz²⁶, Esin Orucu²⁷, Andrew Harding ve Esin Orucu²⁸, Esin Orucu ve David Nelken²⁹, David Clark³⁰, Pier Giuseppe Monateri³¹, Mathias Siems³², Maurice Adam ve Jacco Bomhoff³³, Ugo Mattei, Teemu Ruskola ve Antonio Gidi³⁴, William Butler, Oleksiy Kresin ve IS Shemschuchenko³⁵, Mary Ann Glendon, Paolo Carozza ve Colin Picker³⁶, Pierre Legrand ve Roderick Munday³⁷ ve Oxford tarafından basılan bir el kitabı³⁸, Cambridge tarafından basılan bir el kitabı³⁹ ve Elgar Publishers tarafından basılan bir ansiklopedi⁴⁰ ile en sonuncusu Jaakko Husa⁴¹'dir. American Journal of Comparative Law ve International and Comparative Law Quarterly gibi iyi bilinen dergilerin yanı sıra, bir takım e-dergilere ilaveten, Güney Afrika, Ukrayna ve Çin'de çıkarılan karşılaştırmalı hukuk dergileri gibi Journal of Comparative Law ve daha da yakın zamanda Journal of International and Comparative Law gibi dergilerin yayın hayatına başladığını görüyoruz.

IV. SONUÇ

Karşılaştırmalı hukukun geleceği sağlam olmasına karşın, özel hukuk dışındaki alanlara, Batı dünyası dışında (daha evvel sözde bölgesel ya da alan çalışmalarınca ele alınan) yer alan bölgelere odaklanarak ve “ötekini” anlamının kendimizi anlamının olmazsa olmaz şartı olduğu küreselleşen çağımıza uygun multidisipliner bir yaklaşımı benimseyerek imajını yenileme sürecindedir.

²⁵ Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context* (Cambridge: Cambridge University Press, 2. baskı, 2006).

²⁶ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (London: Routledge-Cavendish, 3. baskı, 2007).

²⁷ Esin Orucu, *Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the 21st Century* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004).

²⁸ Andrew Harding ve Esin Orucu (editörler), *Comparative Law in the 21st Century* (London: Kluwer Law International, 2002).

²⁹ Esin Orucu ve David Nelken (editörler), *Comparative Law: A Handbook* (Oxford: Hart Publishing, 2007).

³⁰ David Clark (ed), *Comparative Law and Society* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).

³¹ Pier Giuseppe Monateri (ed), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).

³² Bkz. Siems, *Comparative Law* (n.17).

³³ Bkz. Adam ve Bomhoff, *Practice and Theory in Comparative Law* (n.12).

³⁴ Ugo Mattei, Teemu Ruskola ve Antonio Gidi (editörler), *Schlesinger's Comparative Law: Cases – Texts – Materials* (Foundation Press, yedinci baskı, 2009).

³⁵ William Butler, Oleksiy Kresin ve IS Shemschuchenko (editörler.), *Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies* (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2011).

³⁶ Mary Ann Glendon, Paolo Carozza ve Colin Picker (editörler), *Comparative Legal Traditions in a Nutshell* (St Paul: 3. baskı, 2008).

³⁷ Pierre Legrand ve Roderick Munday (editörler), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press, 2003).

³⁸ Mathias Reimann ve Reinhard Zimmermann (editörler), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

³⁹ Bkz. Bussani ve Mattei, *Cambridge Companion to Comparative Law* (n.18).

⁴⁰ Jan Smits (ed), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar, ikinci baskı, 2012, 2014 paperback).

⁴¹ Jaakko Husa, *A New Introduction to Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2015).

Siems "bütünleşmiş yaklaşımların anlamlı bir karşılaştırmalı manzara sunma olasılığı en yüksek yaklaşımlar olduğunu" ileri sürmektedir.⁴² Niceliksel ve niteliksel yaklaşımları birleştirmek de faydalı olacaktır. Zira böylelikle diğer sosyal bilimlerin yöntemleri daha fazla benimsenecektir.⁴³

Bu noktada yine de, eski ya da yeni, hangi yaklaşım kullanılıyor olursa olsun; ister farklı hukuk sistemleri arasındaki benzerlikleri, ister benzer hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları açıklamak için sorulmuş olsun, her zaman "neden?" sorusuyla karşılaşacağımızı hatırlamamız gerekir. Tanımlama aşamasını takiben, mutlaka açıklayıcı aşamanın gelmesi gerekir. Açıklayıcı aşamaya kültür, ekonomi, ideoloji ve din gibi faktörler ve bu faktörlere ilişkin bulgulara dair başka cevaplar bulunamıyorsa tarihsel rastlantılar dahil edilir.

Bir karşılaştırmalı hukuk araştırmacısı, "benzer" ve "farklı", "olağan" ve "olağandışı" kıyaslamalarını içerebilmek adına kapsamını istediği kadar geniş tutabilmelidir. "Her şeyin karşılaştırılabilir olduğu" yönündeki temel varsayımdan yola çıkarak çalışmalıdır. Herhangi bir şeyin diğer bir şeyle karşılaştırılabilir olduğu gerçeği, yine de karşılaştırmalı hukukçuları, kesin bir sonuca varılamadığı halde, "karşılaştırılabilirlik" ve "metodoloji" kavramlarını tartışmaktan alıkoymamıştır. "Karşılaştırılan şeylerin karşılaştırılabilir olması gerektiği" yönündeki iddianın "gibi" ve "benzer" kelimelelerinin ekseninde döndüğü söylenmektedir. Karşılaştırmalı hukukun meşhur deyişine göre "similia similibus" yani: "benzer, benzer olanla karşılaştırılmalıdır". İşte o zaman şu soruyu sormalıyız: Hukukta "benzer" olandan kasıt nedir? "Benzer" in gerçekten ne anlama geldiği tespit edilse dahi, ilgili hususların "karşılaştırılabilir" olmak için ne kadar "benzer" olması gerektiğini bilmek isteriz. Dahası, "yalnızca karşılaştırılabilir olanlar anlamlı bir şekilde karşılaştırılabilir" şeklindeki laf kalabalığı ve "makul bir şekilde karşılaştırılabilir", "yeterli düzeyde karşılaştırılabilir" veya "verimli bir biçimde karşılaştırılabilir" gibi kavramlarla kastedilen nedir? Tüm bunların altında yatan ise en önemli soru haline gelmiş gözükten "hukuk nedir?" sorusudur.

İyimser bir notla bağlamak isterim. Açıkça görülüyor ki, karşılaştırmalı hukukçular ağırlıklı olarak hukuk alanında yetiştirildiklerinden, diğer karşılaştırmalı disiplinler ve onların metodlarına karşı genel bir bilgisizlik mevcuttur. Bununla birlikte bütünüyle disiplinler arası olmak yalnızca zor olmakla kalmaz, aynı zaman da her zaman gerekli de değildir. Aslında araştırmalar farklı düzeylerde olacaktır. İşte bu, karşılaştırmacılar olarak sahip olduğumuz özgürlüğü yansıtır. Her halükarda, yardımın yanı başınızda olduğunu daima hatırlayın. Sosyologlar, antropologlar ve psikologlar ihtiyacımız olduğu zaman oradalar.

⁴² Bkz. Siems, *Comparative Law* (n.17) s.186.

⁴³ *Ibid.*, s.187.

KAYNAKÇA

- Adam and Bomhoff, **Practice and Theory in Comparative Law** (n. 12).
- Andrew Harding and Esin Orucu (eds), **Comparative Law in the 21st Century** (London: Kluwer Law International, 2002).
- Annelise Riles (ed), **Rethinking the Masters of Comparative Law** (Oxford, 2001).
- Catherine Valcke, "Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems" (2004) 52 **AJCL** 713-740.
- Catherine Valcke, "Reflections on Comparative Law Methodology – Getting Inside Contract Law" in Maurice Adams and Jacco Bomhoff (eds), **Practice and Theory in Comparative Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 22-48.
- David Clark (ed), **Comparative Law and Society** (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).
- Duncan Kennedy, "Political Ideology and Comparative Law" in Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), **Cambridge Companion to Comparative Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 35-56.
- Esin Orucu "Comparative Law" in Stanley N. Katz (editor-in-chief) **The Oxford International Encyclopedia of Legal History** (New York: Oxford University Press, Vol 2, 2009) pp. 97-100.
- Esin Orucu, **Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the 21st Century** (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004).
- Esin Orucu and David Nelken (eds), **Comparative Law: A Handbook** (Oxford: Hart Publishing, 2007).
- Geoffrey Samuel, "Form, Structure and Content in Comparative Law" in Eleanor Cashin Ritaine *et al.* (eds), **Legal Engineering and Comparative Law** (Zurich: Schulthess, 2009) pp. 22-50.
- Gunter Frankenberg, "Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law" (1985) 26 **Harv Intern LJ** 411-455.
- Harold C. Gutteridge, **Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research** (Cambridge 2nd ed. 1949, London 1974 reprint) Ch. II, pp. 11-22.
- Jaakko Husa, "Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?" (2003) 67 **Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht** 446.
- Jaakko Husa, **A New Introduction to Comparative Law** (Oxford: Hart Publishing, 2015).
- Jan Smits (ed), **Elgar Encyclopedia of Comparative Law** (Cheltenham: Edward Elgar, 2nd ed., 2012, 2014 paperback).
- John Bell, "Reflections on Continental European Supreme Courts" in Guy Canivet, Mads Andenas and Duncan Fairgrieve (eds), **Independence, Accountability and the Judiciary** (London: BIICL, 2006) pp. 253-263.
- Konrad Zweigert and Hein Kötz, "The History of Comparative Law", **An Introduction to Comparative Law** (Oxford: T. Weir translation, 3rd ed., 1998) Ch. 4, pp. 48-62.
- M Schmitthoff, "The Science of Comparative Law" (1939) 7 **The Cambridge Law Journal** 94-110.
- Mark Van Hoecke, "Deep Level Comparative Law" in Mark Van Hoecke (ed), **Epistemology and Methodology of Comparative Law** (Oxford: Hart Publishing, 2004) pp. 165-195.
- Mary Ann Glendon, Paolo Carozza and Colin Picker (eds), **Comparative Legal Traditions in a Nutshell** (St Paul: 3rd ed., 2008).
- Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), **The Oxford Handbook of Comparative Law** (Oxford: Oxford University Press, 2006).

- Mathias Siems, **Comparative Law** (Law in Context Series) (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) p. 114.
- Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), **Making European Law: Essays on the Common Core Project** (Trento: Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2000).
- Michael Bogdan, **Comparative Law** (Göteborg: Kluwer Tano, 1994) p.58.
- Nicola Lupo and Lucia Scaffardi (eds), **Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments** (Eleven International Publishing, 2014).
- Peter de Cruz, **Comparative Law in a Changing World**, (London: Routledge-Cavendish, 3rd ed., 2007).
- Pier Guiseppi Monateri (ed), **Methods of Comparative Law** (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).
- Pierre Legrand, **Fragments on Law-as-Culture** (Deventer: Willink, 1999).
- Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), **Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions** (Cambridge University Press, 2003).
- Rene David, **Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law** (London: Stevens, John Brierley translation, 3rd ed., 1985).
- Richard Hyland, **Gifts: A Study in Comparative Law** (Oxford: Oxford University Press, 2009).
- Rudolf Schlesinger (ed), **Formation of Contract: A Study of the Common Core of Legal Systems**, (Dobbs Ferry: Oceania Publications, 1968).
- Ugo Mattei, Teemu Ruskola and Antonio Gidi (eds), **Schlesinger's Comparative law: Cases – Texts - Materials** (Foundation Press, 7th ed., 2009).
- Vivian Grosswald Curran, “*Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*” (1998) 46 *AJCL* 657-668.
- Walter Hug, “The History of Comparative Law”, (1931-32) 45 *Harv L Rev* 1027-1070.
- Werner Menski, **Comparative Law in a Global Context** (Cambridge: Cambridge University Press, 2nd ed., 2006).
- William Butler, Oleksiy Kresin and IS Shemshuchenko (eds), **Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies** (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2011).



Something Old, Something New in Comparative Law*

Esin Örucü¹

Abstract

After considering the historical development of comparative law, this paper will discuss what classical comparative law provided for an understanding: the old. It will then look into multi-disciplinary approaches that have crossed the horizon of modern day comparative law looking at dynamic systems, orders, normativities, hybridities and contexts: the new. In this context, the paper will consider the extension of methodology in these postmodern developments: deep-level comparative research, critical comparative research, socio-legal methodology, global comparative law and finally numerical analysis. Considering also implicit comparative law, the question will be: where do we go from here?

Keywords

Historical Development of Comparative Law • Functional Equivalence • Context • Legal Culture • Deep-Level Comparison • Critical Comparative Research • Socio-Legal Methodology • Numerical Comparative Law

* This article was published in (2015) 2: 2 JICL, 323-326. Professor Emerita of Comparative Law and Senior Honorary Research Fellow, University of Glasgow; Emeritus Professor of Comparative Law, Erasmus University, Rotterdam. This article was delivered as the Keynote lecture in Limerick on the occasion of the Annual Conference of the Irish Society of Comparative Law: Comparative law from Antiquity to Modernity on 5 June 2015.

¹ **Correspondence to:** Esin Örucü (Professor), Glasgow University, Faculty of Law, Glasgow-Scotland, E-mail: esin.orucu@glasgow.ac.uk
ORCID: 0000-0002-1425-2407

I. INTRODUCTION

This paper will first review the historical development of comparative law, then discuss the blunt tools for understanding which, until recently, classical comparative law provided - the old. It will move to look into multi-disciplinary approaches that have crossed the horizon of modern day comparative law in order to deal with the new task of looking at dynamic systems, orders, normative positions, hybrid models and wider contexts - the new. Here the paper will consider the extension of methodology in these postmodern developments: deep-level comparative research, critical comparative research, socio-legal methodology, global comparative law and finally numerical comparative law analysis. Considering also implicit comparative law, the question will be: where do we go from here and how is the new comparatist to be trained for this job?

II. SOMETHING OLD IN COMPARATIVE LAW

An overview of its history¹

1. The Old

The history of comparative law runs parallel with the history of ideas. Though at that time the methodology used was not scientific, the earliest comparative law work is found in Greece. In the ancient world, the laws of Solon and the XII Tables of the Romans were based on comparative inquiry. Plato compared the legal structures of the Greek city-states in the *Laws*. In his *Politics*, Aristotle carried out research into 153 city-state constitutions. Theophrastus, building on Aristotle's work, attempted to determine the general principles of private law in a number of Greek legal systems.

There is no recognisable comparative legal research in the Roman Empire, apart from the first known work that compares two systems of law, *Lex Dei (Collatio legum Mosaicarum et Romanarum)* in the fourth century AD. This work deals with criminal law, marriage and succession.

In the Middle Ages, in England Fortescue compared English and French political, legal and judicial institutions, though rather subjectively. In Continental Europe some comparative observation of secular laws and canon law were undertaken by canonists, legists and theologians, but the development of customs of local courts was not elaborated on by scholars.

¹ For this historical discussion also see, Esin Orucu "Comparative Law" in Stanley N. Katz (editor-in-chief) *The Oxford International Encyclopedia of Legal History* (New York: Oxford University Press, Vol 2, 2009) pp. 97-100. Also see, Harold C. Gutteridge, *Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research* (Cambridge 2nd ed. 1949, London 1974 reprint) Ch. II, pp. 11-22; Walter Hug, "The History of Comparative Law", (1931-32) 45 Harv L. Rev 1027-1070. An introduction that concludes around the middle of the nineteenth century; Annelise Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford, 2001), an edited collection of essays analysing the works and contribution of Montesquieu, Weber, Kantorowitz, Wigmore, Hozumi, Sanhuri, Rabel, David, Schlesinger and Sacco. Also see, Konrad Zweigert and Hein Kötz, "The History of Comparative Law", *An Introduction to Comparative Law* (Oxford: T. Weir translation, 3rd ed., 1998) Ch. 4, pp. 48-62.

In the Age of Humanism, more serious attempts at comparative legal analysis were made when Struve and Stryck, compared German law with Roman law, while Bacon and Leibniz advanced the cause of comparative law: Bacon in particular advocated freeing oneself from the bonds of one's own legal system. Natural law thinkers such as Grotius, Pufendorf, Montesquieu and Hugo used comparative law to produce empirical support for teaching natural law.

In fact, Montesquieu is regarded by some as the first name in the development of comparative legal research. His work *De l'Esprit des Lois* (1748) treats law as a social phenomenon and regards diversities of law as being caused by diversities of natural, historical, ethnic, political and other factors related to the law's social setting. His ideas reappeared in the early nineteenth century in the works of Hugo, Savigny and Eichhorn and other writers of the German historical school. Sir Henry Maine saw the chief function of comparative jurisprudence to be facilitating legislation and the practical improvement of law, and he used Montesquieu's ideas when he wrote in 1861 his *Ancient Laws* comparing village communities in the East and West.

When we reach the seventeenth century, we see Selden, who is also regarded by some as the first important comparatist. He wrote *Dissertatio ad Fletam*, discussing the influence of Roman law on the Common Law. In 1681, in Scotland Stair published his *Institutions of the Law of Scotland, collated with the Civil, Canon and Feudal laws and with the Customs of Neighbouring Nations*.

From the eighteenth century onwards, especially in the nineteenth century which is regarded as the beginning of the modern age for comparative law, two distinct strands developed: legislative comparative law and scholarly, scientific or theoretical comparative law.

Legislative comparative law has a long history. Intensive comparative studies were carried out preceding the preparatory stages of the Danish-Norwegian, Swedish, Prussian, Austrian, French, German, Swiss and the Dutch civil codes and almost all the most important legislation in Europe. This strand remains important today as comparative law is still used in legislative reform and harmonisation² and, in addition, plays an important role as an interpretive tool in judicial decision-making.

Scholarly comparative law was the second strand. Comparative law, regarded as a means of enhancing legal knowledge, has a chequered history. It was philosophers and historians who were first interested in scholarly comparative law. Even in our day sociologists, anthropologists and political scientists are more interested in comparative law than legal scholars, who are mostly involved in national black letter law. The historical school of jurisprudence and the conceptual jurisprudence

² See, contributions in Nicola Lupo and Lucia Scaffardi (eds), *Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments* (Eleven International Publishing, 2014).

of the Pandectists did not attribute a recognised place to comparative law and saw its purpose as confined to helping legislators. Because empiricism was not favoured, a priori dogmatic science of law became prominent. Comparative law was seen as an esoteric game. Prejudices towards positivism and national legal cultures obstructed its further recognition.

Scholarly concern about the diversity of laws is just over one hundred years old and until the beginning of the twentieth century the creation of a universal legal science based on comparative law research was not attempted. Even then many legal scholars did not regard comparative law as an indispensable tool of research for gaining knowledge of law.

2. The New

The modern age starts with the period 1800-1850. Comparative law was then used for gathering information related to foreign law under the title of "comparative legislation". The hallmark of this period is the French Civil Code of 1804. The first German Comparative Law Journal appeared in 1829 and the French in 1834 (*Revue étrangère de législation*). Foelix in France and Mittelmaier in Germany were the forces behind these movements. In Germany, Gans wrote the "Development of Law of Succession in World History". Burge published the "Commentaries on Colonial and Foreign Laws" in England, and in 1854 Levi published "Commercial Laws of the World". In the USA the first civil law course was offered in the Harvard Law School and the works of Story and Kent must be noted.

The next period, 1850-1900, was characterised by the bringing together of legal systems rather than the gathering of information on foreign law. A number of Comparative Law Societies were formed: In 1869 the French *Société de législation comparée* with its periodical (now the *Revue internationale de droit comparé*), in 1894 the German *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre* and in 1898 the English Society of Comparative Legislation with its journal (now the *International and Comparative Law Quarterly*). The considerations were practical and the foundation of these Societies can be regarded as the start of the modern era for comparative law.

Translation and discussion of foreign codes were the principal fields of activity. Universal legal history and ethnological jurisprudence developed. Maine was appointed to the Chair of Historical and Comparative Jurisprudence in Oxford in 1889. Saleilles, who held the Chair of Comparative Law in Paris, translated the German Civil Code (BGB) into French. In Austria, Unger looked at marriage in world history, and in Germany the works of von Stein, Goldschmidt and Kohler should be noted.

The term "comparative law" was established and gained significance in the period starting with 1900 when the inspiring ideal became international legal unification. The 1900 International Congress of Comparative Law of the *Société française de legislation comparée* held in Paris is regarded today as the formal birth of comparative law proper. It was there that the definition, aims and methods of comparative law were discussed. However, only jurists of continental Europe participated in this Congress except for Sir Frederick Pollock representing the Common Law tradition.

Rabel established the Institute of Comparative Law at the University of Munich in 1917, which later became the Max Planck Institute for Foreign and International Private Law. In France Saleilles, Lambert, who wrote the *"Fonction de droit comparé"*, and Levy-Ullmann saw comparative law as the creator of *droit commun de l'humanité civilis  e* for the twentieth century. An *Institut de droit comparé* was founded in 1920 by Lambert in Lyon and in 1932 by Levy-Ullmann in Paris. In 1913 in Switzerland Sausser-Hall wrote on "the function and method of comparative law". Rabel and Lambert advocated a thorough investigation of the Common law. In the UK the study of comparative law was pioneered by Gutteridge, who saw it as a technique for practical purposes: improving legal relations with other countries, law reform, better appreciation of foreign law by domestic courts and legal education. Roscoe Pound emerged in the USA. The International Academy of Comparative Law was set up in 1924 in The Hague and still organises four-yearly International Congresses to stimulate and conduct research, writing and intellectual exchange in all fields of law with a significant comparative law dimension.

This is the period when systematic comparative law research developed its current meaning. There was both practical interest for the purposes of legislation, unification and international transactions, and theoretical interest: a desire to discover systematic knowledge about law as a social phenomenon.

The period from the end of the Second World War until 1990 was one of world-mindedness with increasing awareness of the interaction of legal systems, and the appearance of new supranational organisations such as the European Community, making the work of comparatists indispensable. The concept that legal education should be broadened in order to equip future lawyers with understanding of other legal systems gained momentum. Scepticism regarding the value of comparative law among practitioners and judges was disarmed. The impact on comparative law of the Soviet revolution of 1917, its aftermath in Eastern and Central Europe and the two World Wars was immense, as many   migr   scholars contributed to its flourishing in the UK, the USA and elsewhere.

The *Association Internationale des Science Juridiques* affiliated to UNESCO, the International Faculty for the Teaching of Comparative Law with its seat in

Strasbourg and the International University of Comparative Sciences in Luxemburg were established. The Encyclopaedia of Comparative Law was published under the supervision of the *Association Internationale des Science Juridiques*, and is regularly updated. The Inter-American Academy of International and Comparative Law was set up in the USA. It was the study of foreign laws rather than the international unification of law that was regarded as the best means of ensuring world peace. Search for distinctive features was undertaken with the help of the historical method and a relativistic perspective. Normative studies flourished, mostly in private law and commercial law.

After 1990, with the fall of the socialist systems in Europe and the change of balance both within Europe and between the so-called West, and Asia and Africa, the place, role and methodology of comparative law began to change yet again.

B. Classical mainstream comparative law of the twentieth century

Classical and mainstream comparative law, remaining rooted in positivism, legalism and assumptions about legal centralism and monism, both in law and culture, relied heavily on functional equivalence, regarded as the triumphant creation of Zweigert and Kötz, until the last decades of the twentieth century.³ The underlying idea of this approach is that social problems are shared wherever the legal system is and of whatever colour, because we are all humans and have similar problems; legal rules are there to solve these problems; and although various legal systems may provide different institutions and rules to do the job, these can be regarded as functionally equivalent since they solve the same problem, though in different ways. Thus, the comparative lawyer needs to compare these solutions, whether to be found in law or elsewhere.

The question the functional-institutional approach seeks to answer is: "Which institution in system B performs an equivalent function to the one under survey in system A?" From the answer to this question the concept of "functional equivalence" emerges. If an institution called "divorce" is under survey in system A for example, the comparative lawyer would be looking for an institution performing an equivalent function in system B, that is, an institution that frees an individual from the bonds of a marital relationship within which she or he does not want to stay. In this way, the comparative lawyer seeks out institutions having the same role, that is, having "functional comparability", or solving the same problem. What is undertaken here is also the "functional juxtaposition" of comparable solutions. Functional inquiry corresponds to the utilitarian approach to comparative law.

³ See Zweigert and Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (n 1).

The problem-solving approach is the other side of the coin. This approach seeks to answer the question: "How is a specific social or legal problem encountered both in society A and society B, resolved?" that is, "Which legal or other institutions have developed to cope with this problem?" For instance, how is the problem of looking after a wife, who would otherwise be destitute after the termination of marriage, resolved in society A and B? This problem may be tackled in various ways: by alimony, by state social security or within the traditional family of the indigent spouse. This approach springing from the same belief as the "functionalist" approach, also regards similar problems to have similar solutions across legal systems, though reached by different routes. It is said that, "the fact that the problem is one and the same warrants the comparability".⁴

According to the functionalist-institutionalist approach the above questions, once answered, are translated into functional questions.

The issue can be put yet another way: the approach should be factual. The factual approach tells us that similarity of factual needs - the problem - met by different legal systems, makes those legal systems comparable. It is said that to be meaningfully comparable institutions should be solving the same factual problem.⁵ For instance, in our day, the Trento Project, which seeks to broaden the scope of the Cornell Project⁶ beyond contract law, has put the emphasis on contract, property and tort with a number of sub-topics, such as commercial trusts, mistake and fraud in contract law, security rights in moveable property, pure economic loss, enforceability of promises, good faith, and strict liability in tort law. This Project relies on the factual approach, that is, fact-based in-depth research methodology, presenting a number of cases, fifteen to thirty, to national reporters and asking for solutions offered by their legal systems.⁷

Another version of this approach is the universalist approach to human needs. This approach expresses the belief that social problems are universal; that laws respond to these needs in various ways; but that the end results are comparable. Here, comparability benefits from the findings of similarity as it can then develop further on "*praesumptio similitudinis*", the starting point being a "concrete problem" and the focus being on the same facts. If facts are not the same there is no comparability. In the "universalist approach", the similarity of solutions is paramount. If this were not so there would be no place for comparisons. This is why until recently certain areas such as family law, where moral and religious values are prominent, have been neglected.

⁴ M Schmitthoff, "The Science of Comparative Law" (1939) 7 The Cambridge Law Journal 94-110.

⁵ See Zweigert and Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (n. 1).

⁶ Rudolf Schlesinger (ed), *Formation of Contract: A Study of the Common Core of Legal Systems*, (Dobbs Ferry: Oceania Publications, 1968).

⁷ See Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), *Making European Law: Essays on the Common Core Project* (Trento: Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2000).

At this point, we may ask a few wider questions. Could a comparative lawyer for example, compare a divorce case with an eviction case if the intention is to find out how courts deal with cases in general and develop an understanding of how long cases take in court or how decisions are written? Could one not compare, for instance, an English statute on taxation, town and country planning or matrimonial causes with three pieces of German legislation on entirely different topics, if one were trying to establish how such documents are prepared and how long or detailed they are, in order to develop an understanding of such a source of law? Such examples could be infinite.⁸

When institutional facts encountered in one legal system have no comparable counterpart in the other legal system, the functional approach may not be satisfactory. Would this mean therefore that comparisons must be carried out between legal systems of some similarity? If the countries under comparison have social orders that are entirely different to one another, then legal rules that regulate situations specific to only one of the societies must be separated from the legal rules that regulate shared situations. According to this approach, those in the first category are not comparable, whereas those in the second are. If we were to accept this, then it can be claimed that comparative lawyers can only work in systems that are in some way related. This unfortunately allocates to the comparative law researcher a rather limited role in a rather limited arena.

If by "law" is meant a body of rules only and comparison at the micro-level is directed at these rules, then the usefulness of the functional approach cannot be denied, since a body of rules is created for the purpose of solving human problems most of which are shared.⁹ In the context of the European Union (EU), where comparative law is a driving force with a decisive role in the harmonisation process, the "functional comparative analysis method" shifts the focus from the "vertical" to the "horizontal" and provides the potential for convergence of both the legal systems and the legal methods of the member states. This process leads to gradual and eventual legal integration, and therefore to build on similarities may be not only decisive, but desirable.

III. RECENT ENCOUNTERS WITH AN OLD FRIEND AND ITS INCREASING PROMINENCE IN A GLOBAL CONTEXT

A. Moving on from the functionalist approach

This functionalist approach, though harshly criticised by many contemporary comparatists, could not be discarded in its entirety and is still of use. Notwithstanding

⁸ See also, Michael Bogdan, *Comparative Law* (Göteborg: Kluwer Tano, 1994) p.58.

⁹ Jaakko Husa, "Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?" (2003) 67 *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 446.

the fact that we know that the “functionalist method”, in any of its forms, is not the sole approach available to comparative law research, it has recently gained a special place in common core studies in Europe. Most of these European projects are in a number of fields of private law and range from the Lando Commission on European Contract law that prepared the principles of European Contract Law; UNIDROIT which worked on a very similar project, the Principles for International Commercial Contracts; Von Bar Study Group on the European Civil Code; Gandolfi’s Code of Contract Law; Trento Common Core of European Private Law; Spier and Koziol group dealing with causation among other things; the *acquis communautaire* Group, the SECOLA, to the Commission on European Family Law.

The twenty-first century is regarded as the time when comparative law will reach maturity. However, this is also when it is being challenged and regarded in a number of different lights.

Where the comparison is between systems set in different contexts, it must extend beyond functionally equivalent rules: other approaches are required. For instance, it has been accepted that the functional-institutional approach does not solve the issue of comparability as between a Western legal system and a religious system or a developing legal system. Moreover, if there is a problem in one legal system with no counterpart in another, the functional approach faces another dilemma. There are yet other fundamental criticisms of this approach: the limitation of subject areas that can be compared and the fact that many areas of law are beyond the scope of comparison since they are regarded as “not lending themselves to comparison”, being determined by specific histories, mores, ethical values, political ideologies, cultural differences or religious beliefs. Another problem arises where there is one institution or rule with many functions.

It has been suggested recently that “the post-modern critique of functionalism, coined as ‘better-solution-comparativism’ is primarily directed against the implied or outspoken universalism of functionalism, its ‘agenda of sameness’”, in order to yield results of similarity and avoid “challenging questions about the role of law in society”. These claims which are seen to be related to cultural “framework-relativist” thinking, “according to which legal thought, language and judgements are determined by greatly differing and ultimately irreconcilable frameworks”, point to the fact that the functional approach underestimates differences.¹⁰

Comparative law today confronts its rival, “comparative legal studies”, and sociologists and anthropologists are pushing it to get involved in context: economic, social, cultural and religious. The more it becomes involved with context, the closer it moves towards sociology of law and the name “comparative legal studies” becomes more appropriate.

¹⁰ See Gunter Frankenberg, “Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law” (1985) 26 Harv Intern LJ 411-455.

The theoretical basis of comparative law is being questioned. The methods used have multiplied. Its well-established tools, such as “functional equivalence” and “common core” research are criticised, as are “better law” or “best law” approaches.

Although since the latter part of the last century comparative law has owed its prominence to its place and role in the EU integration process and legal harmonisation projects, Eurocentricism, which has been the dominant approach of comparatists, who on the whole saw the world divided between the “heirs of Rome and Westminster”, is being challenged from a number of quarters, as are positivistic, normative private law inquiries - the field of interest of most twentieth century comparatists. Though not necessarily an either/or, there are now those who regard comparison as culturally/contextually oriented and those who are involved in functionalist rule-comparisons, often called the mainstream.

Comparative law teaching, study and research by domestic scholars in Asia and Africa only flourished in the post-colonial period. Earlier it was Western comparatists who undertook such research and teaching. On the whole, this is the case even today.

B. Post-modern paths

A number of new approaches have been added to the methodologies of comparative law in our day and our old friend comparative law has encountered things new. Some do not look too new, however, since they remind us of things past redefined and put into more modern terminology. I will have a brief look now into some of these post-modern developments: deep-level comparative research, critical comparative research, socio-legal methodology, global comparative law and finally numerical analysis.

“Deep-level comparative law”, a concept first used by Van Hoecke in 2004,¹¹ was born out of the criticism that mainstream methods of comparative law provide only a shallow understanding of differences and similarities. The aim was to employ a more “critical” approach.

One way of achieving this is by linking comparative law with legal philosophy and taking a more jurisprudential approach rather than a technical one, stressing that what is important is looking at the ideas underlying the positive law.¹² Further, the comparatist should identify the “internal structure of legal knowledge”.¹³ Thus,

¹¹ Mark Van Hoecke, “Deep Level Comparative Law” in Mark Van Hoecke (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004) pp. 165-195.

¹² Catherine Valcke, “Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems” (2004) 52 *AJCL* 713-740; Catherine Valcke, “Reflections on Comparative Law Methodology – Getting Inside Contract Law” in Maurice Adams and Jacco Bomhoff (eds), *Practice and Theory in Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 22-48.

¹³ Geoffrey Samuel, “Form, Structure and Content in Comparative Law” in Eleanor Cashin Ritaine *et al.* (eds), *Legal Engineering and Comparative Law* (Zurich: Schulthess, 2009) pp. 22-50.

whether one is looking for differences or indeed similarities, one should “go deeper”. Depth is the crucial point of departure.

Another “critical” approach is to regard law as embedded in culture. Towards the end of the twentieth century, the view of law-as-culture became a prominent feature of comparative law literature - even dividing the community of comparatists into two camps. Law-as-culture assumes that the mutual influence of law and culture, understood broadly, shapes differences between legal systems. The extreme position even negates the usefulness of comparative law research. In any case, in order to carry out this kind of research, the comparatist must be embedded into the “milieu and social setting” that shapes the lawmaker and the interpreter of the law. In this context, some scholars also refer to the connection between law and religion, and tradition. Depending on the society one is dealing with, a cultural and anthropological perspective might be required.

Law is also regarded by some as “story telling”, a view developed by the political left and radical feminism. Again here “immersion”¹⁴ into the societies concerned is a prerequisite – a merely functional approach will not do. Richard Hyland for example, calls this approach “the interpretive method”, drawing a parallel between comparative law and comparative literature.¹⁵ John Bell also uses the term “immersion”, suggesting that we should understand legal systems on their own terms, taking “the insider’s view on legal systems”.¹⁶

Then there is the approach that regards law as legal pluralism. Here the underlying assumption is that the state is not the only actor that can make law, and the social order is typically based on a variety of sources of normativity. If this view is pursued, the mainstream comparatist’s job becomes rather daunting as deeper knowledge of the societies under survey becomes more significant.

All the above can be regarded as various approaches to “deep-level comparative law”. The next development can be called “critical comparative law”. Comparatists who use this terminology are looking at law as discourse and are interested in the differences between legal systems as being irreconcilable.¹⁷ Here, we should also mention the “law-as-politics” approach, indicating mainly that political attitudes determine the views of comparative lawyers.¹⁸

¹⁴ Vivian Grosswald Curran, “Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law” (1998) 46 AJCL 657-668.

¹⁵ Richard Hyland, *Gifts: A Study in Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

¹⁶ John Bell, “Reflections on Continental European Supreme Courts” in Guy Canivet, Mads Andenas and Duncan Fairgrieve (eds), *Independence, Accountability and the Judiciary* (London: BIICL, 2006) pp. 253-263.

¹⁷ Pierre Legrand, *Fragments on Law-as-Culture* (Deventer: Willink, 1999). Siems sees this approach doing more harm than good, see Mathias Siems, *Comparative Law* (Law in Context Series) (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) p. 114.

¹⁸ Duncan Kennedy, “Political Ideology and Comparative Law” in Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), *Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 35-56.

As pointed out by Siems, these “postmodern approaches to comparative law are valuable, but they should not be the final word on the methods of comparative law, because they too leave a number of shortcomings...”¹⁹ Socio-legal approaches to comparative law, which rooted in data, are the next important development. These approaches replace the formal understanding of “law” (traditional comparative law) with a socio-legal one and use the term “legal culture”, looking at how law and society are linked in a causal way. Here we also come across the “mirror” view, which assumes that law reflects the society in question, as law is a product of a society’s past as well as its present.

Comparative law in a globalised world does not necessarily acquire a new meaning, but new interest in old acquaintances comes to the fore. For instance, there is renewed interest in legal transplants. Although their value is hotly debated, in practice, legal transplants, whether through the activities of the judiciary or the legislature, have gathered pace in our century. Their place in legal development cannot be refuted and seems permanently established. Also, an awareness of and interest in mixed legal systems and the collaborative research efforts with new projects, has multiplied in the last two decades.

Recently, also a new field of study is born, that of so-called “transnational law”, which transcends nation states. EU law, international law and the law of international organisations, combined with the issues raised by the transposition of laws created therein into domestic law and the manner in which domestic legal systems implement these rules have widened the scope of comparative law. These developments cover both the private and the public sphere.

Finally we come to “numerical comparative law”. In this trend, quantitative approaches are seen as central to scientific progress. Social scientists have always regarded this as vital. Comparative law researchers entered this field rather late. The comparatist’s primary continues to be in “empirical legal studies” and the application of statistical methods seems to limited to an analysis of their findings. Here we see predominantly, quantitative comparative research into socio-legal data. For instance, to measure the impact of foreign legal ideas, cross-citations between courts are analysed. The quality of legal rules and institutions are also measured by statistical analysis. In addition, we have economic analysis of comparative law that employs numerical comparative law, which regards law as an explanatory variable, using econometric analysis. Numerical comparative law involves conducting surveys, counting empirical facts and coding legal rules.²⁰

¹⁹ See Siems, *Comparative Law* (n. 17) p. 117.

²⁰ *Ibid.*, pp. 146-190.

Siems calls the final chapter of his work "Outlook", where he is stressing the fact that comparative law has progressed along the lines of "context". He advocates linking comparative law with research in other comparative disciplines as the most promising way forward.²¹

C. The New in Comparative Law Literature in English

In the early twentieth century, Gutteridge²² and later Zweigert and Kötz,²³ and David²⁴ were regarded as the final word in comparative law textbook writing, the last two textbooks written in German and French respectively and translated into English.

In the last decade of the last century and especially the beginning of this one, we suddenly see a crowding of the bookshelves with comparative law of a different kind, intended to give students textbooks that reflect the developments occurring in our field: Werner Menski,²⁵ Peter de Cruz,²⁶ Esin Orucu,²⁷ Andrew Harding and Esin Orucu,²⁸ Esin Orucu and David Nelken,²⁹ David Clark,³⁰ Pier Guiseppi Monateri,³¹ Mathias Siems,³² Maurice Adam and Jacco Bomhoff,³³ Ugo Mattei, Teemu Ruskola and Antonio Gidi,³⁴ William Butler, Oleksiy Kresin and IS Shemshuchenko,³⁵ Mary Ann Glendon, Paolo Carozza and Colin Picker,³⁶ Pierre Legrand and Roderick Munday³⁷ and most recent, Jakko Husa,³⁸ together with a Handbook by Oxford³⁹, a

²¹ *Ibid.*

²² See Gutteridge, *Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research* (n 1).

²³ See Zweigert and Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (n 1).

²⁴ Rene David, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* (London: Stevens, John Brierley translation, 3rd ed., 1985).

²⁵ Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context* (Cambridge: Cambridge University Press, 2nd ed., 2006).

²⁶ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, (London: Routledge-Cavendish, 3rd ed., 2007).

²⁷ Esin Orucu, *Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the 21st Century* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004).

²⁸ Andrew Harding and Esin Orucu (eds), *Comparative Law in the 21st Century* (London: Kluwer Law International, 2002).

²⁹ Esin Orucu and David Nelken (eds), *Comparative Law: A Handbook* (Oxford: Hart Publishing, 2007).

³⁰ David Clark (ed), *Comparative Law and Society* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).

³¹ Pier Guiseppi Monateri (ed), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).

³² See Siems, *Comparative Law* (n 17).

³³ See Adam and Bomhoff, *Practice and Theory in Comparative Law* (n. 12).

³⁴ Ugo Mattei, Teemu Ruskola and Antonio Gidi (eds), *Schlesinger's Comparative Law: Cases – Texts - Materials* (Foundation Press, 7th ed., 2009).

³⁵ William Butler, Oleksiy Kresin and IS Shemshuchenko (eds), *Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies* (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2011).

³⁶ Mary Ann Glendon, Paolo Carozza and Colin Picker (eds), *Comparative Legal Traditions in a Nutshell* (St Paul: 3rd ed., 2008).

³⁷ Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press, 2003).

³⁸ Jaakko Husa, *A New Introduction to Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2015).

³⁹ Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

Companion by Cambridge⁴⁰ and an Encyclopedia by Elgar Publishers.⁴¹ Alongside the well known journals such as the *American Journal of Comparative Law* and the *International and Comparative Law Quarterly*, we now see new Journals coming to life such as the *Journal of Comparative Law*, and more recently the *Journal of International and Comparative Law*, as well as comparative law journals from South Africa, Ukraine and China, in addition to a number of e-journals.

IV. CONCLUSION

Though the future of comparative law is firmly established, it is in the process of renewing its image by being involved in areas other than private law, in regions other than the Western world (previously covered by so-called regional or area studies) and in embracing a multi-disciplinary approach that befits our globalising age where understanding the “other” has become the sine qua non of understanding ourselves.

Siems suggests that “integrated approaches are most likely to provide a meaningful comparative picture”.⁴² “It can also be useful to combine quantitative and qualitative approaches, thus more fully embracing the methods of other social sciences”.⁴³

Here we must remember however, that whichever approach one has been using, the old or the new, one always ends up with the question of “why?” whether this question is asked to explain similarities between different legal systems or differences between similar legal systems. Following the descriptive stage must come the explanatory stage, which has always involved factors such as culture, economy, ideology and religion, including historical accidents if no other answer can be found relating one’s findings to the above factors.

A comparative law researcher should be able to cast her nets as wide as she may wish, to include the comparison of the “similar” and the “different”, the “ordinary” and the “extra-ordinary”. The basic assumption that she should work from is that “everything is comparable”. Yet, the fact that any one thing can be compared with any other thing has not prevented comparative lawyers from discussing, though inconclusively, the concepts of “comparability” and “methodology”. It is said that the claim that “things to be compared must be comparable”, revolves around the words “like” and “similar”. The two well-established maxim of comparative law is *similia similibus*: “like must be compared with like”. We must then ask the question: what is “like” in law? Even if what “like” actually means can be determined, we still want to find out how “like” do things have to be to be “comparable”? Further, what is meant by the tautology “only comparables can be meaningfully compared” and by

⁴⁰ See Bussani and Mattei, *Cambridge Companion to Comparative Law* (n 18).

⁴¹ Jan Smits (ed), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2nd ed., 2012, 2014 paperback).

⁴² See Siems, *Comparative Law* (n. 17) p. 186.

⁴³ *Ibid.*, p. 187.

concepts such as “reasonably comparable”, “sufficiently comparable” or “fruitfully comparable”? Lying underneath all this is what seems to have become the most important question: what is “law”?

Let me conclude on an optimistic note. Obviously, since comparative lawyers are mainly trained in law, there is a general lack of familiarity with other comparative disciplines and their methods. However, to become fully interdisciplinary is not only difficult, but may not always be necessary. There will in fact remain different levels of research. This is the freedom that we enjoy as comparatists. In any case, always remember that help is at hand. Sociologists, anthropologists and psychologists are all out there, if and when we need them!

BIBLIOGRAPHY

- Adam and Bomhoff, **Practice and Theory in Comparative Law** (n. 12).
- Andrew Harding and Esin Orucu (eds), **Comparative Law in the 21st Century** (London: Kluwer Law International, 2002).
- Annelise Riles (ed), **Rethinking the Masters of Comparative Law** (Oxford, 2001).
- Catherine Valcke, “*Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems*” (2004) 52 **AJCL** 713-740.
- Catherine Valcke, “*Reflections on Comparative Law Methodology – Getting Inside Contract Law*” in Maurice Adams and Jacco Bomhoff (eds), **Practice and Theory in Comparative Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 22-48.
- David Clark (ed), **Comparative Law and Society** (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).
- Duncan Kennedy, “*Political Ideology and Comparative Law*” in Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), **Cambridge Companion to Comparative Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 35-56.
- Esin Orucu “*Comparative Law*” in Stanley N. Katz (editor-in-chief) **The Oxford International Encyclopedia of Legal History** (New York: Oxford University Press, Vol 2, 2009) pp. 97-100.
- Esin Orucu, **Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the 21st Century** (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004).
- Esin Orucu and David Nelken (eds), **Comparative Law: A Handbook** (Oxford: Hart Publishing, 2007).
- Geoffrey Samuel, “*Form, Structure and Content in Comparative Law*” in Eleanor Cashin Ritaine *et al.* (eds), **Legal Engineering and Comparative Law** (Zurich: Schulthess, 2009) pp. 22-50.
- Gunter Frankenberg, “*Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law*” (1985) 26 **Harv Intern LJ** 411-455.
- Harold C. Gutteridge, **Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research** (Cambridge 2nd ed. 1949, London 1974 reprint) Ch. II, pp. 11-22.
- Jaakko Husa, “*Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?*” (2003) 67 **Labels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht** 446.
- Jaakko Husa, **A New Introduction to Comparative Law** (Oxford: Hart Publishing, 2015).
- Jan Smits (ed), **Elgar Encyclopedia of Comparative Law** (Cheltenham: Edward Elgar, 2nd ed., 2012, 2014 paperback).

- John Bell, "Reflections on Continental European Supreme Courts" in Guy Canivet, Mads Andenas and Duncan Fairgrieve (eds), **Independence, Accountability and the Judiciary** (London: BIICL, 2006) pp. 253-263.
- Konrad Zweigert and Hein Kötz, "The History of Comparative Law", **An Introduction to Comparative Law** (Oxford: T. Weir translation, 3rd ed., 1998) Ch. 4, pp. 48-62.
- M Schmitthoff, "The Science of Comparative Law" (1939) 7 **The Cambridge Law Journal** 94-110.
- Mark Van Hoecke, "Deep Level Comparative Law" in Mark Van Hoecke (ed), **Epistemology and Methodology of Comparative Law** (Oxford: Hart Publishing, 2004) pp. 165-195.
- Mary Ann Glendon, Paolo Carozza and Colin Picker (eds), **Comparative Legal Traditions in a Nutshell** (St Paul: 3rd ed., 2008).
- Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), **The Oxford Handbook of Comparative Law** (Oxford: Oxford University Press, 2006).
- Mathias Siems, **Comparative Law** (Law in Context Series) (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) p. 114.
- Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), **Making European Law: Essays on the Common Core Project** (Trento: Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2000).
- Michael Bogdan, **Comparative Law** (Göteborg: Kluwer Tano, 1994) p.58.
- Nicola Lupo and Lucia Scaffardi (eds), **Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments** (Eleven International Publishing, 2014).
- Peter de Cruz, **Comparative Law in a Changing World**, (London: Routledge-Cavendish, 3rd ed., 2007).
- Pier Guiseppi Monateri (ed), **Methods of Comparative Law** (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).
- Pierre Legrand, **Fragments on Law-as-Culture** (Deventer: Willink, 1999).
- Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), **Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions** (Cambridge University Press, 2003).
- Rene David, **Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law** (London: Stevens, John Brierley translation, 3rd ed., 1985).
- Richard Hyland, **Gifts: A Study in Comparative Law** (Oxford: Oxford University Press, 2009).
- Rudolf Schlesinger (ed), **Formation of Contract: A Study of the Common Core of Legal Systems**, (Dobbs Ferry: Oceania Publications, 1968).
- Ugo Mattei, Teemu Ruskola and Antonio Gidi (eds), **Schlesinger's Comparative law: Cases – Texts - Materials** (Foundation Press, 7th ed., 2009).
- Vivian Grosswald Curran, "Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law" (1998) 46 **AJCL** 657-668.
- Walter Hug, "The History of Comparative Law", (1931-32) 45 **Harv L Rev** 1027-1070.
- Werner Menski, **Comparative Law in a Global Context** (Cambridge: Cambridge University Press, 2nd ed., 2006).
- William Butler, Oleksiy Kresin and IS Shemshuchenko (eds), **Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies** (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2011).

