

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY'NİN HUKUK ANLAYIŞI

Ali ACAR*

GİRİŞ

Bu makale, XIX. yüzyılda, hukuk felsefesi ve bir ölçüde hukuk sosyolojisi literatürüne katkıda bulunmuş olan ve Tarihsel Hukuk Okulu'nun kurucusu olarak bilinen Friedrich Karl von Savigny'nin hukuk teorisini ana hatları ile ortaya koymaktadır. Makale, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde yürütülmekte olan yüksek lisans tez çalışmasının bir bölümünün tekrar düzenlenmesinden oluşturulmuştur. Çalışmanın burada yer almayan diğer bölümlerinde, Savigny'nin teorisinin oluşmasını sağlayan ana etkenler üzerinde durulmuş ve bu teorinin, hukukun doğası kavramı çerçevesinde incelemesi yapılmıştır.

Tez çalışmasının bir bölümünü oluşturan aşağıdaki metin, yalnız hukuk felsefesi okumasına konu olabilme potansiyelini taşımaktadır. Bu nedenle ayrı bir bölüm halinde sunulmasında sakınca görülmemiştir. Bu makale için, asıl tez metnindeki bölüm büyük oranda korunmuş, ancak gerekli yerlerde düzeltmeler yapılmıştır.

Savigny'nin teorisini¹, ana hatlarıyla beş bölümde incelenmiştir. İlk bölümde, onun, hukukun oluşumuna ve kaynağına dair temel düşünceleri ve evrimsel bir hukuk anlayışının örneği olan Savigny'nin teorisindeki hukukun gelişim aşamaları üzerinde durulmuştur. Bu bölüm, temelde birinci bölümün ilk kısmı ile bağlantılı olarak oluşturulmuş ve kimi yerde tekrarlarla kaçılmıştır. Ancak, bu tekrarlar teorinin farklı bir açıdan değerlendirmesini ve daha çok vurgu yapmak amacıyla yapılmıştır. Bir bütünlük gösteren Savigny'nin teorisinin öne çıkan diğer hususları; pozitivist hukuk anlayışı, resepsiyona karşı çıkışı ve kodifikasyon konusunda görüşleri ve daha sonra da doğal hukuka bakışı ve bu anlayıştan etkilendiği hususlar ilerleyen bölümlerde ele alınmıştır. Daha sonra kısa bir değerlendirme yapılarak çalışma tamamlanmıştır.

I. Savigny'ye Göre Hukukun Kaynağı, Oluşumu ve Gelişim Aşamaları

A. Hukukun Kaynağı ve Oluşumu

Hukukun kaynağı Savigny için çözülmesi gereken önemli bir sorundur. Onun bu soruna getirdiği çözüm, XIX. Yüzyıla kadar hakim olan doğal hukuk anlayışından ayrılmakta ve bu, onun teorisinin özelliğini yansıtmaktadır.

* Onati / İspanya Uluslararası Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi.

¹ Hemen belirtmekte fayda var ki Savigny bu teorisini özel hukuk alanına ilişkin olarak kurmuştur.

Savigny, hukukun kaynağı ile ilgili olarak şöyle demektedir: “Hukukun kaynağı kavramıyla, (*öncelikle ve özellikle*) hukukun (*gemeine Recht*) oluşumu ve aynı zamanda hem hukuk kurumları hem de bu kurumlardan soyutlama yoluyla oluşturulan hukuk kuralları anlaşılır”². Daha açık bir ifadeyle o, hukukun kaynağı kavramıyla hukukun genel anlamda oluşumunu ve ayrıca tarihsel süreçte ortaya çıkan hukuk kurum ve kurallarını (kanunları) anlamaktadır. Bu belirtilenlere ek olarak Savigny, tarihsel süreçte ortaya çıkan bütün hukuk eserlerini (özellikle de Roma Hukuku kaynaklarını ve buna ilişkin olarak yazılan her türlü eseri) hukuk kaynağı kavramı içinde değerlendirmiştir. Onun **Beruf**³ta ifade etmediği; ancak **System**⁴de hukuk kaynağı anlayışına dahil ettiği bir başka kaynak da XIII. ve XIV. yüzyıl Alman örf-adet hukuku derlemeleridir⁴.

Hukukun, tarih içinde ortaya çıkışını sorgulayan Savigny, “eski kabileler nasıl olup da gerçekten hukuku geliştirmişlerdir?”⁵ diye sormuştur. Hukukun tarihsel (belki de antropolojik) olarak nasıl ortaya çıktığını bulmaya niyetlenen bu soruya o, maalesef tarihsel bir cevap verilemeyeceğini söylemiştir⁶; çünkü (açıkça belirtmekle birlikte) ona göre tarih (ya da antropoloji) biliminin o gün geldiği seviye bunu tespit etmeye olanak vermemektedir. Buna rağmen o, varsayımsal olduğunu iddia ettiği ve kendi zamanında hakim olduğunu söylediği, hukukun (devletin ve toplumun) oluşumunu açıklayan toplumsal *sözleşme kuramına* karşı çıkmıştır. Savigny, her şeyin öncelikle içgüdüsel bir durumda yaşandığı (sözleşme kuramın-

² Savigny, F.C., **System des heutigen Römischen Rechts**, Erster Band, Berlin, 1840(b), s. 11. Hukuk kurumu anlayışı Savigny için son derece önemli bir kavramdır. Ona göre hukuk kuralları, yani tek tek normlar, ancak hukuk kurumlarından çıkarılabilir. Aynı şekilde yasama ve hukukçular da tek tek normları ancak hukuk kurumları kapsamında değerlendirebilirler. Bkz. Coing, H. “Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft”, **Anales de la Catedra Francisco Suarez**, Yıl: 1978-79, Sayı: 18-19, s. 96. Ayrıca hukuk kurumu kavramının Savigny'nin teorisi için bir başlangıç noktası olduğu da söylenmektedir. Bkz. Larenz, K. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 1975, Berlin Heidelberg: Spinger Verlag, s. 14.

³ Çalışma içinde **Beruf** ile Savigny'nin temel eseri “**Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**”; **System** ile ise bir diğer temel eseri “**System des heutigen Römischen Rechts**” kasdedilmektedir.

⁴ Savigny, 1840(b), s.13. Bu derlemeler arasında önemli bir tanesi, XIII. ve XIV. yüzyıl Alman örf-adetlerini gösteren Eike von Repgow adlı bir hukukçunun *Saksonya Aynası* (*Sachsenspiegel*) olarak nitelenen derlemesidir. Bkz. Can, C., **Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon** (Basılı Olmayan Doçentlik Tezi), Ankara, 1982, s. 130; Manigk, A., “Savigny und die Kritik der Rezeption”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung**, Band: 61, 1941, s. 208. Bu kompilasyon dönemin Almanya'sında oldukça etkili bir hukuk kaynağı olmuştur. Bkz. Vinogradoff, Paul, **Roman Law in Medieval Europe**, 1961, Oxford University Press., s. 124-125. Savigny'nin bu derlemeleri hukuk kaynağı kavramına dahil etmesinde, büyük bir olasılıkla, Okul içindeki iki ayrı grubu birleştirme çabası rol oynamıştır. Tarihsel Roma Hukuku Okulu içinde zamanla başlıca iki farklı anlayış baş göstermiştir. Bunlar, Savigny'nin hukukun kaynağı hakkındaki görüşünün farklı yorumlaması sonucu ortaya çıkmıştır. Bir grup, kaynak için yalnız Alman hukuku kaynaklarını kabul ederken (Germanistler olarak bilinen bu grup okul içinde milliyetçi bir hukuk anlayışını benimsemiştir), diğer anlayış Almanlar için hukuk kaynağı kavramı olarak temelde Roma Hukuku kaynaklarını kabul etmiştir; çünkü 1495'te Almanya'da yapılan Roma Hukuku resepsiyonu uzun tarihsel süreçte Alman halkının ruhunu etkilemiş ve onun hukuku üzerinde belirleyici olmuştur). Bu farklı anlayışlar, okul içinde iki farklı grubun oluşmasına neden olmuştur. Savigny'nin çalışmalarına bakıldığında onun da Roma Hukuku üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir.

⁵ Savigny, F.C., **Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Dritte Auflage, Heidelberg, 1840(a) s. 8.

⁶ a.g.e., s. 8.

daki “doğa hali”ne atfen) ve daha sonra yavaş yavaş ortaya çıkan gelişmelerle mevcut gelişme seviyesine (ve hukuk düzeyine) ulaşıldığı varsayımını yadsır⁷. Bu kurama karşı çıkmasına rağmen o, yukarıdaki soruya tarihsel bir cevap verilemeyeceğini savunarak çelişkiye düşmüştür. Zira daha sonra kendisi de bazı varsayımlardan hareket edecektir.

O, genel anlamda, hukuku (gemeine Recht) ele aldığı anda şunu söyler: “Hukuka baktığımızda, onun bizi gerçek yaşamda her taraftan kuşattığını ve bize nüfuz ettiğini görürüz”⁸. Savigny, hukukun oluşumunu sağlayanın temelde *halkın bilinci* (*Bewusstsein des Volkes*) olduğunu söylemektedir. “Hukuk, kendisi için bir varlığa sahip değildir, onun varlığı gerçekte halkın kendi yaşamıdır”⁹. Bu bakımdan ona göre hukuk, halkın ruhundan kaynaklanır ve onunla gelişir. O, bu savı şöyle temellendirmektedir. Nasıl ki *dil* halk tarafından yaratılmış ve onunla gelişmişse, “hukuk da aynı şekilde halkla oluşur ve onunla gelişir ve halkın dokusunu/özelliğini yitirmesiyle (bu dokuyu yitirirse eğer) ortadan kalkar”¹⁰. Savigny’e göre hukuk, halkın bilincinde soyut kurallar, yani genel hukuk nosyonu olarak değil, fakat kültürel biçimlerin hepsinin, bir başka ifadeyle bütün kültür unsurlarının (dil, din, vb.) bütünsel idraki ve hukuk kurumlarının organik ilişkisi içinde yaşayan, canlı bir algılaşma olarak mevcuttur¹¹. Daha açık bir ifadeyle, hukuk halkın bilincinde, onun diğer unsurları gibi ve onlarla birlikte (özellikle *dil*) varolan canlı bir varlıktır ve günlük pratiklerle (örf-adetle) bu bilinç sürekli yenelenir¹². Ona göre, özellikle tarihsel dönemin (ilerlemenin) erken aşamalarında halkın hukuka dair olan bu bilinci çok açık, elle tutulur kadar belirgindir¹³. Bunun bir nedeni, soyut düşüncenin henüz gelişmemiş olmasıdır¹⁴. Halk bu dönemde hukukunu yalnız günlük uygulamalar (örf-adet) biçiminde yaşar. Ancak daha sonraki aşamalarda da hukukun gelişmesi ve biçim alması bu anlamda halkla olmaktadır. Savigny’nin *dili* örnek göstermesi, onu halkı birleştirici ve bir arada tutan unsur olarak görmesi nedeniyle önemlidir. Ona göre hukuk da dil gibi halkı bir arada tutan birleştirici unsurlardan biridir¹⁵.

Aslında Savigny, hukukun kaynağına ilişkin olarak, içinde yaşadığı dönemi (ve onun gereklerini) de dikkate alarak, çeşitli kaynaklardan söz eder. Hukukun gelişim dönemlerini de yansıtan bu bakışa göre hukuk, temelde *halk bilincinden* kaynaklanır ve toplumsal gelişmeyle birlikte çeşitli kaynaklar onun gelişimine eşlik eder. Savigny, eğer halk, bilincinde var olan bu hukukun, tarihsel aşamalar içinde deva-

⁷ a.g.e., s 8-9.

⁸ Savigny, 1840 (b), s. 7.

⁹ Savigny, 1840(a), s. 30.

¹⁰ a.g.e., s. 11.

¹¹ Savigny, 1840(b), s.16; Toews, J. E., “Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State”, *The American Journal of Comparative Law*, 1989, Vol.37, s.145.

¹² Ancak aşağıda görüleceği üzere bu açıklama daha çok toplumun erken aşamasındaki hukuk için geçerlidir.

¹³ Savigny, 1840(a), s. 9.

¹⁴ a.g.e., s. 9.

¹⁵ Honig, R. *Hukuk Felsefesi*, Çev. M. Yavuz, 1935. İkinci Basım, İstanbul: Burhaneddin Matbaası, s. 105. O, daha sonra System’de bu birleştirici unsura dilin yanında *dini* de ekleyecektir.

mını sağlamak için gerekli olan *hukuk bilimini ve hukukçuları* yaratamazsa, bu durumda halkın bilincinde varolan bu hukukun da sona ereceğini belirtmektedir. O, teorisindeki değişikliğin bir sonucu olarak *hukuk bilimi ve hukukçuların* yanına daha sonra **System**'de *yasamayı* da koyar¹⁶. Ancak önemle vurgulanmalıdır ki o, tarihsel ilerleme içinde ortaya çıktığını söylediği bu kaynaklar arasında bir hiyerarşiyi kabul eder ve bu hiyerarşide halkın bilincinden (daha sonra ruhundan- *Volkgeist* dediği) kaynaklanan hukuku temele yerleştirir. Bu çerçevede Savigny: "her hukuk, önce örf- âdetle ve halk inancıyla; sonra da hukuk bilimiyle yaratılır"¹⁷ demektedir. Nitekim ona göre, daha sonra ayrıntılı olarak değinileceği gibi, oluşturulan pozitif hukuk (kanunlar) ve hukuk bilimi de temelini halk hukukundan (*Volksrecht*) alır. Bu nedenle, "hukuk kuralları da hukuk kurumlarından, yani tipik yaşam davranışlarından soyutlama yoluyla elde edilmek zorundadır"¹⁸.

Yukarıda da belirtildiği gibi ilkel zamanlarda halk soyut düşünce açısından fakir olmakla birlikte kendine, yaşadıklarına ve sahip olduklarına dair çok güçlü bir bilince sahiptir. Savigny, halkta ortak bir bilinç yaratan unsur olarak ise "*benzer ihtiyaçların yarattığı ortak duygu*"yu göstermektedir¹⁹. Örneğin benzer ihtiyaçların yarattığı bu ortak duygu sayesinde ki birçok devlette, apartman daireleri için özel bir hukuk (kat mülkiyeti) oluşturulmuştur²⁰.

Yukarıda da belirtildiği gibi, halkın hukuk bilinci, o toplumun ilerlemesi ve gelişmesiyle birlikte gittikçe azalmaktadır²¹. İlerlemeyi sağlayan ise, dışsal etkiler ya da keyfi eylemler değil, ulusal öznenin, sessiz işleyen *içsel gerekliliği (innere Notwendigkeit)*'dir²². Savigny için *içsel gereklilik* kavramı hem toplumsal ilerlemeyi hem de hukuktaki değişmeyi açıklayan temel bir kavramdır²³. Onun bu kavramla tam olarak neyi kastettiği ise belirgin değildir. Onun bu kavramı "*keyfililik* korkusuna karşı kullandığı"²⁴ belirtilmektedir. Yani Savigny, hukukun oluşumuna ilişkin herhangi bir keyfi iradenin²⁵ rolünü bertaraf edebilmek adına, içsel gereklilik kav-

¹⁶ Savigny, 1840(b) s. 18. Hukukun kaynağına dair bu üçlü ayrım Puchta tarafından da aynen kabul edilmiştir. Gerçi Savigny'nin bu konuda Puchta'dan etkilenmiş olması daha olasıdır; çünkü **System, Das Gewohnheitsrecht**'ten daha sonra yazılmıştır. Puchta'ya göre de hukukun üç kaynağı vardır. Bunlar, halk (örf-âdet), yasama ve hukuk bilimidir. Bkz. Puchta, G. F., **Das Gewohnheitsrecht**, Erster und Zweiter Teil, 1965, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, s. 143-148. O da Savigny gibi bu kaynaklar arasındaki hiyerarşiyi kabul eder ve temele örf-âdeti yerleştirir. Yalnız Puchta yasamayı *potansiyel gerçek hukuk kaynağı* (potentiale wirkliche Rechtsquelle) olarak nitelemiştir. Bkz. Puchta, 1965, s. 146.

¹⁷ Savigny, 1840(a), s. 14, Savigny, F.C. **Grundgedanken der historischen rechtsschule 1814/40**, 1944, Tekrar Baskı, Frankfurt: Vittorio Klostermann, s. 7; Savigny, 1840(b), s. 50.

¹⁸ Kaufmann, A. und Hassemer, W., **Einführung Rechtsphilosophie, Rechtstheorie der Gegenwart**, 1994, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, s. 139.

¹⁹ Honig, 1935, s. 103.

²⁰ Savigny, 1840(a), s.13.

²¹ a.g.e., s. 9; Savigny, 1944, s. 4.

²² Savigny, 1840(a), s. 11, 14; Savigny, 1944, s. 4, 7; Savigny, 1840(b), s. 17-18. Ayrıca Bkz. Mollnau, K. A., "Contributions of Savigny to the Theory of Legislation, **The American Journal of Comparative Law**, 1989, Vol. 37, s. 87.

²³ Savigny'nin bu kavramı, onun, yukarıda belirtilen varsayımsal olarak ele aldığı kavramlarından biridir.

²⁴ Rückert, J., **Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny**, 1984, Ebelsbach: Rplf Gremer Verlag, s. 381.

²⁵ Ayrıca bkz. Savigny, 1840(a), s. 14.

ramını kullanmıştır. Nitekim o, gereklilik ve doğal kavramlarına, kendiliğinden ve özerk bir gelişim için benzer roller biçmiştir²⁶.

“İlerleme, toplumsal işbölümünün bir biçimi ve toplumsal işlevlerin ayrılması biçiminde kendini göstermiştir. Böylece mesleki uzmanlaşma toplumsal olarak belirli işlevleri yerine getiren grupların ve bu da bireysel yaşam tecrübeleriyle, yine bireysel bilinçler arasında büyüyen farklılıkların oluşmasına neden olmuştur. Bunun sonucu olarak da kültürel bütünlüğün ve sürekliliğinin sağlanmasında zorluklar ve karmaşıklıklar meydana gelmiş ve bu da halkın tecrübelerini ve bilincini soyut ve belirsiz bir hale getirmiştir”²⁷.

Buradan hareketle Savigny, eğer hukuk halkın ruhundan kaynaklanıyor ve onunla geliyorsa ve ilkel dönemde halkın buna dair güçlü bir bilinci varken, onun kültür zamanı dediği, modern zamanda halkın bu bilinci köreliyorsa, bu durumda temellendirme sorunu nasıl halledilecektir? Yani bu durumda ya ilk tez, yani hukukun halkın ruhundan doğduğu tezi yanlış olacak ya da bunu tamamlamak üzere başka bir dayanak ileri sürülecektir. İşte Savigny ikinci seçeneği tercih ederek, hukukun halkın ruhundan doğduğu tezini kabul etmekte ve bunu modern zamanda tamamlayan unsur olarak, (dildeki ve hukuk dilindeki gelişmelere paralel olarak) halkın azalan/körelen bilincinin, toplumsal işbölümü ve mesleki uzmanlaşmayla ortaya çıkan *hukukçuların* bilincine aktarıldığını savunmaktadır²⁸. Böylece o, halk bilincinin hukukçular vasıtasıyla temsil edildiğini sonucuna varmaktadır. Bu noktada, Savigny'nin teorisinin büyük bir kısmı için temel oluşturulmuştur. Ne var ki Savigny'nin ilerleme ve hukukçular sınıfının ortaya çıkışına ilişkin temellendirilmesinde, **Beruf**'ta ve **System**'de belirttikleri arasında farklılık vardır. O, **Beruf**'ta, hukukçuların, halkın hukuka dair azalan bilinci dolayısıyla ortaya çıktığı söylerken; **System**'de toplumsal ilerleme (ve işbölümü) sonucu ortaya çıktığı ve böylece bu hukukçuların halktaki hukuk bilincini üstlendiklerini söylemektedir. Bu farklılık tarihsel bakımdan yanlış izahlara yol açabilirse de, Savigny bu izahı hukuk anlayışını temellendirmek niyetiyle yaptığından bu farklı açıklamalar önemli bir sorun olarak gözükmemektedir. O, bu açıklamalarda yalnızca halktaki hukuk bilincinin hukukçular tarafından temsil edildiğini göstermeye çalışmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi halk, modern zamanda hukuka dair bilincinde hukukçular tarafından temsil edilmekle birlikte, yine hukukun esas yaratıcı kaynağı olmaya devam etmektedir. Ona göre “hukukla halk arasındaki bağlantı, hukukun ileriki aşamalarında da devam eder”²⁹. Böylece hukuk, ikili bir varlığa sahip olur; biri hiçbir zaman sona ermeyen tümüyle halkın yaşamında (bilincinde) var olan hukuk (buna örf-adet denebilir), diğeri hukukçuların elinde var olan özel bir bilim alanı

²⁶ Rückert, 1984, s. 381-382.

²⁷ Toews, 1989, s. 145.

²⁸ Savigny, 1840(a), s. 12.

²⁹ Rückert, J., “Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900, *The American Journal of Comparative Law*, 1989, Vol. 37, s. 123.

olarak" hukuk³⁰. İşte o, aşağıda görüleceği üzere halkın bilincinde var olmaya devam eden hukuku, hukukun *politik unsuru*, hukukçuların elindeki hukuku da *hukukun teknik unsuru* olarak nitelemektedir.

1. Hukukun Politik Unsuru

Savigny, yukarıda da görüldüğü üzere, hukukun politik unsuru ile hukuk anlayışını temellendirdiği bir kavramı kullanmaktadır. Hemen belirtelim ki hukukun politik ve teknik unsuru ayrımı modern zamanda, yani uzman hukukçular grubunun ortaya çıktığı bir dönemde geçerli olmak üzere yapılmıştır.

Savigny, halkın modern zamandaki bilincine ilişkin olarak belirttiği körelmeye rağmen, hukukun halen halkın bilincinde yaşadığını ve bu anlamda bir taraftan halk hukukunun, daha doğrusu halkın bilincinde yaşayan bir hukukun; diğer taraftan ise hukukçuların elinde bulunan hukukun (wissenschaftlicher Jrispruddenz) var olduğunu söyler. Ona göre halk ve hukuk arasındaki ilişki, hukukun ileriki aşamalarında da devam eder³¹ ve işte bunu da, hukukun politik unsuru olarak nitelendirmektedir. Yani o, "genel halk yaşamıyla hukukun bağlılığı" hukukun politik unsuru olarak nitelendirir³². Bu ayrımında, hem bir taraftan doğal hukuka hem de diğer taraftan iradeci pozitivist hukuk anlayışına yönelik karşı çıkışı belirleyici olmuştur. Daha sonra bu politik unsur kavramı Savigny'de, yasadada bulunmayan; ama halkın bilincinde olan, halkın bir parçası olan "*hukuk ilkeleri*" biçimine dönüşmüştür³³. İşte ikili bir hukukun söz konusu olduğu bu durumu Savigny iki kavramla açıklar. Tarihsel gelişmenin sonucu olarak modern zamanda ortaya çıkan, hukuk bilimiyle uğraşan uzman bir grubun varlığına rağmen hukuk, halkın bilincinde (özellikle erken modern toplumlarda daha belirgin bir şekilde) hala yaşamaktadır³⁴.

2. Hukukun Teknik Unsuru

Savigny, hukukun teknik unsuruyla, yukarıda da belirtildiği üzere hukukçuların elindeki, bilimsel hukuk dediği hukuku kasteder³⁵. Bu anlamda hukukun teknik unsuru için, halk hukukunun teknik yansımasıdır denilebilir. Hukukun teknik unsuru, ona göre, ancak politik unsur üzerine kurulabilir. Politik unsurdan bağımsız bir hukuk (ya da kanun) olamaz.

Savigny, dönemindeki kodifikasyonları bu iki kavram açısından, yani onların teknik özellikleri bakımından değerlendirmiştir³⁶. Onun, hukukun teknik unsuruna dahil ettiği pozitif hukuk anlayışına aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

³⁰ Savigny, 1840(b), s. 12. **Beruf'ta** halkı temsil etmede temel olarak hukukçulara görev veren Savigny, **System'de** buna yasamayı da eklemiştir. Bu onun teorisindeki değişimin bir başka yansımasıdır. Bkz. Savigny, 1840(b), s. 18. Bu ayrımı pozitif hukuk ve yaşayan hukuk olarak da nitelendirebiliriz.

³¹ Rückert, 1989, s.123.

³² Savigny, 1840(a), s. 12; Savigny, 1944, s. 6.

³³ Freeman, M.D.A, **Lloyd's Introduction to Jurisprudence**, 1994, Sixth Edition, London: Sweet&Maxwell Ltd., s. 786. Savigny bu kavramı özellikle kodifikasyona temel teşkil etmesi için kullanmıştır.

³⁴ Commentary (1972), "Savigny: German Lawgiver", **Marquette Law Review**, 1972, Vol. 55, s. 284.

³⁵ Savigny, 1840(a), s. 12.

³⁶ A.g.e., s. 54-110.

3. Halk Ruhı (Volkgeist)

Savigny'e atfedilen halk ruhu (Volkgeist) kavramını ilk kez kullanan o değil, "Das Gewohnheitsrecht" (Örf-Adet Hukuku) adlı kitabıyla bir diğer Tarihsel Hukuk Okulu düşünürü olan Puchta'dır³⁷. Savigny, bu kavramı *romantik akımın* etkisi sonucu benimsemiştir³⁸. O, *Volkgeist* kavramını öncelikle her ulusun bir devamlılığa ve deneyimlerinin birliğine sahip olduğunu göstermek ve kabul etmek için kullanmıştır. Savigny, *Volkgeist* kavramını; "her zaman geçerli, statik ve sürekli bir hukuk sistemi için uğraşmış olduğu söylenen doğal hukukçulara karşıt olarak, dinamik ve her zaman gelişen hukuk kavramı vurgusu"³⁹ için kullanmıştır. Ayrıca Savigny'nin bu kavramı ele almasının bir nedeni de yukarıda belirtilen Tarihsel Hukuk Okulu içinde bölünmedir. Milliyetçi bir söyleme kaçan Germanistlerin tavrı karşısında Savigny, bir ölçüde bu bölünmeye engel olmak için *Volkgeist* kavramını kendi teorisine enjekte etmiştir⁴⁰. Bir görüşe göre, Savigny'nin bu kavramı, Montesquieu, Voltaire ve Herder'e dayandırdığı ve bir kültürü, bir birlik olarak görmek için kullandığı söylenmektedir⁴¹. Ayrıca, kavramı bu anlamda ele alarak Savigny, Fransız Medeni Kanunu'na karşı olan tavrını da belirgin kılmak istenmiştir⁴².

Savigny'nin *Volkgeist* kavramında metafizik bir yan bulunduğu savlanmakta ve bu sav Hegelyen felsefeye dayandırılmaktadır⁴³. Ancak, o, bir halkta etkili olanın genel insan doğası olduğunu ve bunun da kendini *bireysel* bir tarzda açığa çıkardığını söylemektedir⁴⁴. Yani, halk ruhu kavramı, bireyin üstünde duran, onun dışında bir kavram değil bilakis bireyde ve bireyle var olan bir kavramdır⁴⁵. Hukukun yaratılması Savigny'e göre ortaklaşa bir eylemdir. Bu ortaklaşa olma durumunu, düşüncelerin ve eylemlerin ortaklığı altında düşünmek yalnız mümkün değil aynı zamanda gerçektir⁴⁶. Ona göre *Volkgeist*, bireylerde genel insan ruhu olarak var olan bir kavramdır. İşte bu kabulde metafizik bir yön vardır. Yani her bireyde bu ruhun kendiliğinden var olacağını kabul etmek, metafizik olması bakımından bir yanılığa ola-

³⁷ Bkz. Arsal, S. M. *Hukuk Tarihi Dersleri*, 1941, Ankara: A.Ü.H.F. Yayınları, s. 18, dipnot 21; Gale, S. G., "Very German Legal Science: Savigny and the Historical School," *Stanford Journal of International Law*, 1982, Vol. 18, s.131, dipnot 53.

³⁸ Stone, J., *Social Dimensions of Law and Justice*, 1966. London: Stevens&Sons Limited ,s. 93.

³⁹ F. Schmitt & J. Göres , *Abriss der Deutschen Literaturgeschichte in Tabellen* , 1969 s.116'dan akt. Gale, 1982, s.138.

⁴⁰ Stone, 1966, s. 93.

⁴¹ Coing, 1978-79, s. 99-100.

⁴² Freeman, 1994, s. 785.

⁴³ Topçuoğlu, H., *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, 1969, Cilt:1, Cezaevi Matbaası: İstanbul, s. 20; Özbilgen, T., *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 1979. İstanbul : İ.Ü Yay. No:2170, Hukuk Fakültesi Yay., No:485, s. 138-140.

⁴⁴ Savigny, 1840(b), s.21.

⁴⁵ a.g.e., s.24.

⁴⁶ a.g.e., s. 21. Aynı konuda Puchta ise bireysel düşüncelerin/inançların hukuk yaratmaya müsait olmadığını söylemiştir. O, halk, hukuk yaratan inancını ya da özelliğini nereden almaktadır? diye sorulduğunda, bu soruya doğrudan cevap verilemeyeceğini; ancak hukukun insanların ortaklaşa yaşamın bir ürünü olması düşünüldüğünde onun bireysel düşüncelerden ya da inançlardan kaynaklanamayacağını, onun kaynağının *Volkgeist*'ta olduğunu söyler. Böylece, hukukun kaynağını, bireysel iradelerin bir araya gelerek bir sözleşme oluşturmasında bulan sözleşme kuramını Puchta da Savigny gibi eleştirmiştir. Bkz. Puchta, 1965, s. 152-160.

rak değerlendirilebilir. Bu bakımdan, onun "bu kavramını ampirik olarak analiz etmek mümkün değildir"⁴⁷.

Halk ruhu kavramı çoğu kez milliyetçi bir anlayışla örtüşür biçimde yorumlanmıştır. Bu yorum tümüyle yanlış olmamakla birlikte, kavramı yalnızca onunla sınırlı olarak ele almak eksik bir değerlendirme olacaktır. Bu anlamda "ulusal ruh, toplumu oluşturan bireylerde, kimi ortak inanışların doğmasına neden olur. Böyle bir inanış hukuksal sorunlara ilişkin ise, bu yoldaki ortak inanış hukukun ta kendisidir. Şu halde ulusun içinde yaşayan ve gelişen örf-adet hukuku asıl hukuktur"⁴⁸. Bu tespit doğru olmakla birlikte, Savigny'nin bu örf-adeti durağan bir unsur olarak değil, daha çok dinamik bir temelde değerlendirdiği belirtilmelidir. Onun, **Beruf**'taki halk bilinci kavramı yerine **System**'de halk ruhu kavramını getirmiş olması, Almanya'da gelişen o anki egemen siyasi koşulların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ancak onun bu kavramı kullanması daha çok, evrimci/organik bir hukuk anlayışını inşa etmek ve hukuk bilimini özerkleştirmek içindir⁴⁹.

Hukukun oluşumunu bu şekilde değerlendiren Savigny hukukun gelişim aşamalarının aşağıdaki sınıflandırmaktadır:

B. Evrimci Bir Hukuk Anlayışı ve Hukukun Gelişim Aşamaları

Yukarıda açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Savigny evrimsel/organik bir hukuk anlayışını benimsemiştir. O, hukukun gelişimine ilişkin olarak üç dönemden söz eder. Bu dönemler: *İlk(el) dönem (Jugendzeit)*, *bilimsel dönem (Kulturzeit)* ve *kanunlar (Gesetzbücher) dönemidir*.

1. İlk(el) dönem

Savigny, ilk(el) dönem dediği hukukun bu evresinde, yukarıda çeşitli kısımlarda belirtildiği gibi, hukukun doğrudan halk bilincinde oluştuğunu ve onda yaşadığını ifade etmektedir. İlk(el) zamanlarda halk, soyut düşünce açısından fakir olmakla birlikte kendine, yaşadıklarına ve sahip olduklarına dair çok güçlü bir bilince sahiptir⁵⁰. Bu dönemde hukuk, doğrudan halkın bilincinde vardır. Halkın ilk(el) dönemi, toplumun henüz tam anlamıyla örgütlenmediği bir durumu yansıtmaktadır. Hukukun bu dönemdeki varlık kaynağına bakıldığında, ona göre bireylerin birbirine benzer davranışları görülmektedir⁵¹. Bu benzer davranışlar zaman içinde ve tekrarlanarak halkın bilincinde yer etmeye başlar ve bir süre sonra da benzer davranışlara ilişkin ortak bir bilinç oluşur; fakat ona göre oluşan bu bilinç görünmezdir. "Peki bu bilinç hangi araçlarla görünür kılınabilir? Savigny, bu bilinç, *uygulamayla* ve *örf-adetle* görünür kılınır"⁵² demektir. O, bu kabullenmeyi davranışlardaki *süreklilik kanunu* dediği⁵³ kavrama dayandırmaktadır. Buna göre davranışlar bir süreklilik

⁴⁷ Cotterrell, R., *The Sociology of Law*, Butterworths: London, 1984, s. 24.

⁴⁸ Üçok, Coşkun, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Ankara, 1966, s. 158'den aktaran, Can, 1982, s. 67.

⁴⁹ Coing, 1978-79, s. 100.

⁵⁰ Savigny, 1840(a), s. 9; Savigny, 1944, s. 4.

⁵¹ Savigny, 1840(b), s. 32.

⁵² a.g.e, s. 35.

⁵³ a.g.e, s. 36. İnsan davranışlarında bir süreklilik olduğu iddiası konusunda bkz. Connerton P., *Toplumlar Nasıl Anımsar?*, Çev., Alaeddin Şener, 1989. İst., Ayrıntı Yay.

kanunun etkisi altındadır ve bu etki dolayısıyla davranışlarda devam eden bir benzerlik sürekli olarak korunur. Savigny'nin Roma Hukuku çalışmaları da bir bakıma bu süreklilik anlayışının bir ürünü olarak değerlendirilebilir⁵⁴. Çünkü, ona göre Almanya'da 1495 yılındaki Roma Hukuku resepsiyonu, zamanla Alman hukuk geleneğinde ve uygulamasında bu anlayışın sürekliliğini oluşturmuştur. Bu bakış açısı onun evrimci anlayışıyla örtüşmektedir. Böylelikle ilkel zamanlarda hukuk, benzer davranışlardan hareketle halkın bilincine yükselen kurallar biçiminde kendini gösterir.

2. Bilimsel dönem

Bilimsel ya da kültür dönemi, halkın toplumsal gelişmeyle birlikte örgütlülük düzeyinin yükseldiği, hukukun da bu gelişmeyle birlikte teknik olarak daha yüksek bir aşamaya eriştiği dönemdir. Bu gelişmede temel belirleyici unsur, Savigny'de de, modern çağı açıklamakta sıkça kullanılmış olan *toplumsal işbölümü* olmuştur. Savigny'e göre, daha önce de belirtildiği üzere, aslında aynı zamanda bir sonuç olan toplumsal işbölümünün arkasında duran ya da onun ortaya çıkmasını sağlayan etken içsel gereklilik kavramıdır. Bu kavramın tam olarak ne anlama geldiği yine daha önce belirtildiği üzere açık değildir. Ancak bu kavramın evrimci bir hukuk anlayışının temsilcisi olan Savigny açısından sürekli ilerleme fikrini yansıttığı söylenebilir.

Kültür zamanındaki ilerlemeyle ve bunun sonucu olarak halkın hukuka dair olan bilincinin zayıflamasıyla birlikte, hukuk bilincine dair oluşan boşluğu dolduracak yeni bir grup, hukuk bilimiyle uğraşan bir uzmanlar topluluğu ortaya çıkmıştır. Bu dönemde hukuk, gelişimini ortaya çıkan bu grup üzerinden; ama temeline halkın bilincinden kaynaklanan hukuku alarak devam ettirir. Savigny, **Beruf**'ta kültür döneminde ağırlıklı olarak bilimsel hukuktan ve hukukçuların bu dönemdeki öneminden ve çalışmalarından söz ederken⁵⁵, **System**'de kendi döneminin gereklerini de göz önünde tutarak, bilimsel dönemde kanunların varlığını kabul etmiştir⁵⁶. Ortaya çıkan bu grubun görevi ise çeşitli şekillerde belirlemektedir. Hukuk bilimcileri öncelikle, halk hukukunu formüle ederek bunu yasamanın konusu yaparlar. Yani hukukun bir sonraki aşaması olan⁵⁷ kanunlar dönemi için çalışma yaparlar. Bunun için hukukçular, gerçek (tipik) hukuk davranışlarını ve daha sonra da soyut kanunları hukuk kurumlarıyla yaşayan/organik bir ilişkide ortaya koymalıdır. Bu dönemde hukukçular ayrıca yasamayı çeşitli şekillerde etkileyecek olan kişilerin hukuki eğitimini de sağlarlar⁵⁸. Hukukçuların, bu ve daha sonraki dönemdeki görevi bağımlı bir görev olma niteliğindedir. Yani onların uğraşları temel olarak halk hukuku üze-

⁵⁴ Vinogradoff, P., **Introduction to Historical Jurisprudence**, 2002. Kitchener: Batoche Books . s. 107-108.

⁵⁵ Savigny, 1840(a), s. 12.

⁵⁶ Savigny, 1840(b), s. 50. Bu değişiklikte Savigny'nin, Prusya Krallığında yasaların hazırlanmasında sorumlu kurumun başına gerilmesinin de etkililiği olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

⁵⁷ Savigny'de bu iki aşama System'deki görüşleri doğrultusunda tarihsel olarak öncelik sonralık olarak değil birlikte, fakat bilimsel hukuk çalışmalarının yasamanın temeline oturması biçiminde dönüşmüştür. Bakınız Savigny, 1840(b), s. 50-57.

⁵⁸ a.g.e. s. 48.

rinedir. Bir başka ifadeyle bu uğraş daha çok halk hukuku üzerindeki biçimsel ve teknik bir uğraştan ibarettir⁵⁹.

Savigny, hukuku evrimci anlayış doğrultusunda ele alarak, ondaki *sürekliliği* göstermeye çalışmıştır⁶⁰. Onun, temele örf- adeti, daha doğrusu halkın bilincinde olan hukuku yerleştirerek diğer hukuk kaynaklarının, yani yasamanın ve hukuk biliminin, bu hukuktan hareketle oluşması tezi, hem bu sürekliliği ispatlama hem de hukuku (yalnız) bir iradenin belirleyiciliğinden kurtarmaya çalışmasının bir sonucudur.

Bu süreklilik anlayışı dolayısıyla ki, Savigny, “radikal hızlı dönüşümlerden korkuyordu”⁶¹, böylelikle de o, “*hukukun* değişiminden değil *hukuktaki* değişmeden söz etmiştir ve bunda ısrar etmiştir. O hukuktaki devrimsel bir değişmeyi önlemek adına böyle bir evrimci değişimi savunmuştur”⁶². Onun bu ısrarı, liberal bir anlayışla uyumlu bir bakışı yansıtmıştır⁶³. Zira Savigny, idealist (muhafazakar) liberal bir anlayışın temsilcisi olarak değerlendirilmiştir⁶⁴. Doğal gelişimine bırakılmak istenen özel hukuk konularında yasamanın müdahalesi belirlilik yerine belirsizlik getirmektedir ve bu nedenle Savigny bırakınız yapsınlar felsefesini özel hukuk konularında kabul etmiştir⁶⁵. Özel hukuk alanı, örf-adetten ya da teamülden etkilenmeye açık olması bakımından Savigny'nin teorisi için uygun bir zemin teşkil etmiştir. O, özel hukuk alanını (özel) iradenin egemen olduğu bir alan olarak tanımlamıştır⁶⁶. Ona göre “insan, dış dünyanın ortasında yer alır ve onun bu çevresinde en önemli unsur, diğerleriyle iletişimde bulunmasıdır. Böyle bir iletişimde bireyler özgür varlıklar olarak birlikte bulunmak zorundadırlar ve insanlığın ilerlemesinde bireyler birbirini sınırlamaz aksine birbirinin gelişimine katkıda bulunurlar. Bu ise yalnız görünmez bir sınırın varlığının kabul edilmesiyle mümkündür ve her bir bireyin etkinliği böylece güvenceye alınmış olur. İşte sınırı ve özgür alanı belirleyen kural ise hukuku oluşturmaktadır”⁶⁷. Denilebilir ki Savigny'de (özel) hukuk, özgürlük alanının sınırının belirlenmesidir⁶⁸. Görüldüğü üzere Savigny burada Kantçı felsefenin özgürlük anlayışından yararlanmış⁶⁹ ve böylelikle onun görüşünde liberal bir anlayışın olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

⁵⁹ a.g.e, s. 46.

⁶⁰ a.g.e, s.36.

⁶¹ Mollnau, 1989, s. 85.

⁶² a.g.e., s. 89.

⁶³ Manigk, 1941, s.218.

⁶⁴ Manigk, A. *Savigny und der Modernismus im Recht*. 1914, Berlin: Verlag von Franz Vahlen, s. 7; Wolf, E. “Friedrich Carl von Savigny”, *Grosse Rechtsdenker, Der Deutschen Geistesgeschichte* içinde. 1951. Tübingen: Dritte neubearbeitete Auflage, s. 506; Coing, 1978-79, s. 85. “Savigny..... kattı siyasi iktidar anlayışının bulunduğu devlet içinde, özgürleştirilmiş bir toplum taraftarıdır...” Dilcher, G., “Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Alma Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm”, *A.Ü.H.F.D.*, 1974, Çev. Ahmet Mumcu, s. 480.

⁶⁵ Reimann, M. , “Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code,” *American Journal of Comparative Law*. 1989, Vol.37, s. 116

⁶⁶ Savigny. 1840(b), s. 7.

⁶⁷ a.g.e. s. 331-332.

⁶⁸ Coing. 1978-79, s. 95.

⁶⁹ a.g.e. s. 97; Dilcher. 1974.s 471.

3. Kanunlar (Gesetzbücher) Dönemi

Savigny'e göre kanunlar dönemi hukukun tarihsel ilerleme içinde geldiği bir diğer aşamadır. Ancak bu aşamaya gelmek için hukukun yukarıda belirtilen, olgunlaşma aşaması diyebileceğimiz aşamalardan geçmesi gerekir. Onun kanunlar dönemi dediği aşamanın, pozitif hukukla olan ilgisinden dolayı bunun aşağıdaki bölümde ele alınması daha uygun olacaktır.

II. Savigny'nin Hukuk Anlayışında Pozitif Hukukun Yeri

Hukukun tarihsel gelişimi içinde geldiği bir sonraki aşama Savigny'e göre kanunlar dönemi ya da bir başka deyişle pozitif hukuk aşamasıdır. Bu dönemde artık bilimsel dönemde geliştirilen hukuk, yasa yapmaya elverişli hale gelmiştir.

Savigny'nin hukuk anlayışında pozitif hukukun yeri, yukarıda anlatılanlardan çıkarılabilecekse de, konuya burada bir kez daha ve ayrıntılı bir şekilde değinmek onu daha belirgin kılacaktır. Zira Savigny'nin teorisinde yukarıda bazı kısımlarda aktarılan değişiklikler de aslında onun pozitif hukuk hakkındaki düşüncelerinde belirmektedir.

Hemen belirtmelidir ki, "Tarihsel Hukuk Okulu ve Savigny yasamaya karşı önyargılı olmuştur"⁷⁰ ve Savigny'nin, teorisinde yasamaya yüklediği görev genellikle pasif bir görev olmuştur⁷¹. Fakat görüleceği üzere bu önyargı bir noktadan sonra yasama lehine geliştirilen düşünceler biçimini almıştır.

Savigny'nin yasama faaliyetini yapması bakımından *devlet* kavramına ilişkin görüşleri şu şekilde özetlenebilir: Ona göre "devlet, halkın manevi varlığının yaşayan/organik bir biçimi veya yansıması ve bu manevi varlığın sınırlarını belirleyen bir birliktir"⁷². Yine Savigny'e göre devlet, hukukun ortaya çıkmasını sağlayan aynı araçla, yani *içsel gereklilikle* ortaya çıkmıştır⁷³. Devletin ortaya çıkmasını Savigny ona iki işlev atfederek açıklamıştır. Buna göre devletin yerine getirmesi gereken işlevlerinin başında bireyleri hak ihlallerine karşı korumak gelir ve devlet bunu *usul hukuku* kurallarıyla yapar. İkinci olarak devlet hakkı ihlal edilen bireyi temsil ederek onun hakkının yeniden tesis edilmesini sağlar ve devlet bunu *ceza hukukuyla* sağlar⁷⁴.

Savigny'e göre pozitif hukuk, mutlak bir güçle ve dil aracılığıyla oluşturulan kanun anlamına gelmektedir. Buradaki mutlak güç ise devlettir. Ancak, bahsi geçen pozitif hukukun, yani kanunun içeriği nedir diye sorgulandığında bunun Savigny'de halk hukuku (Volksrecht) olduğu görülecektir. Böylelikle kanun, halk hukukunun bir türevi olarak anlaşılır⁷⁵. "Yasamayı, herhangi bir şekilde bağımsız görmek yanlış

⁷⁰ Reimann, 1989, s. 114.

⁷¹ Winhold, T., *Die Methodenlehre Savigns, Methodenlehre in der Rechtswissenschaft*, 2002, Justus Liebig Universität Giessen, s. 5.

⁷² Savigny, 1840(b), s. 22. Savigny'nin devlet anlayışı idealist bir görüşü yansıtır biçimde yorumlanmıştır. Bkz. Rückert, 1984, s. 312.

⁷³ Savigny, 1840(b), s. 22.

⁷⁴ a.g.e., s. 26. Ancak belirtmelidir ki Savigny'e göre her iki hukuk alanı da, yani ceza hukuku ve usul hukuku, kamu hukuku ya da devlet hukuku alanına aittir.

⁷⁵ a.g.e.s. 39.

bir düşüncedir”⁷⁶. Bu bakımdan yasamaya düşen temel olarak iki görev vardır. Birincisi, pozitif hukuk için tamamlayıcı/boşluk doldurucu görev; ikincisi de pozitif hukukun yavaş ilerlemesini desteklemek ve bunu temin etmektir⁷⁷. Yasamanın ikinci görevi Savigny’e göre onun ilk görevinden daha önemlidir⁷⁸.

Belirtilen ilk görevde, örf-adet hukukunun bütün bireylerde belirgin olmaması rol oynar. Yani buna göre, halkın bilincinde bir hukuk vardır; ancak bu her bir birey için tam anlamıyla belirgin değildir ya da başka bir ifadeyle bu kuralın sınırları yeterince belirgin değildir ve bu nedenle de bir güvensizlik vardır. İşte bu durumda, hukuki güvenliği tesis için onun belirgin kılınmasında yasama bir tamamlayıcılık, bir açığa çıkarma görevi üstlenir⁷⁹. Yalnız bu, bir hukuk yaratma süreci değildir. Bu daha ziyade bir hukuki güvenlik sağlama işlemidir. Daha açık bir deyişle, “yasamaya düşen görev hukukun biçimsel inşasıdır⁸⁰”. Bu belirliliği ve güveni sağlarken yasama, teamülü yani halkın bilincindeki hukuku esas alır ve bunu da hukukçular eliyle yapar⁸¹.

Eğer halkın hukuksal davranış kalıplarında ve ihtiyaçlarda bir değişiklik meydana gelir ve bu durum yeni hukuk kurumlarının ortaya konmasını gerektirirse, bu yeni hukuk kurumu da, daha önce sözü edilen, hukuku yaratan *içsel ve görünmez güçle*, var olan hukuka dahil edilir. Kısacası, yeni bir hukuk kurumuna ihtiyaç olup olmadığını belirleyecek olan bu *içsel/sessiz işleyen güçtür*, yoksa tek başına yasamanın kendisi değil. Yine de yasamanın böyle bir durumdaki işlevi faydalı olabilir. Şöyle ki; yeni bir hukuk kurumuna ihtiyaç duyulması halinde bu hukuk kurumu aniden hukuka dahil olmaz. Bunun için bir belirsizlik ya da geçiş dönemi yaşanır. İşte bu belirsizlik dönemi bir kanun talebiyle ve yasamanın bu talebe uymasıyla ortadan kaldırılır. Bunun yanı sıra, birbiriyle bağlantılı ve karşılıklı olarak etkileşim içinde bulunan hukuk kurumlarına yeni bir kurumun dahil olması fark edilmeyen bir çelişkiye neden olabilir⁸². Bu nedenle de ortaya çıkan bu çelişkiyi gidermede ve bir yeknesaklaştırma işlemi yapmada yasama yine önemli bir görev üstlenebilir. Yasamanın bu görevi layıkıyla yerine getirebilmesi için Savigny ona bir başka görev yüklemiştir. Buna göre devlet, o ana kadar geçerli olan bütün hukuk mevcudunu ortaya çıkaracak ve kayıt altına alacaktır ve yukarıda belirtilen iki görevini bu sayede yerine getirecektir⁸³. Burada söz edilen örf-adet hukuku ya da teamülü hukukun, Savigny’nin teorisi bakımından yaşayan hukuk olarak nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır.

Anlaşılabacağı ve yukarıda çeşitli kısımlarda belirtildiği üzere Savigny, hukukun oluşturulması bakımından mutlak anlamda iradeci pozitivizme karşı çıkmış, bunun

⁷⁶ a.g.e. s. 39

⁷⁷ a.g.e. s. 40.

⁷⁸ a.g.e., s. 41.

⁷⁹ a.g.e., s. 41.

⁸⁰ Mollnau, 1989, s. 89.

⁸¹ Savigny, 1840(a), s. 17.

⁸² Savigny, 1840(b), s. 41.

⁸³ Savigny, 1840(a), s. 17.

yerine ise tarihsel diyebileceğimiz bir pozitivizm anlayışını kabul etmiştir. Pozitivizmin köklerinin tarihçi okulda bulunduğu ve bunun anlaşılması için de başlangıç noktasının Savigny olması gerektiği belirtilmektedir⁸⁴. Öyle ki, “eğer her pozitivist akımın salt kendi sorunları ile uğraşmak yolundaki temel ilkesi iyice araştırılırsa, Savigny’nin programındaki pozitivizm görüşü ortaya çıkar”⁸⁵. Ona göre hukuk, yalnız egemenin iradesiyle ortaya çıkmaz, fakat tarihsel bir çalışmanın ürünü olarak onun yardımıyla belirgin kılınır ve sınırları ona göre çizilir.

Bir kez daha hatırlatmakta fayda var ki Savigny’nin bu söyledikleri tamamen özel hukuk konularına yöneliktir. Bu nedenle örneğin kamu ya da devlet hukukuna dahil ettiği usul hukuku ve ceza hukuku alanlarında pozitivist bir anlayış geçerli olabilir. O, bunu açıkça dile getirmese de, yukarıda belirtildiği üzere bireylerin haklarını korumak ve ihlal edilen hakları yeniden tesis etmek için devlete tanıdığı yetkiden böyle bir anlam çıkarılması yanlış olmayacaktır. Tabi bu da Savigny’nin genel düşüncesi göz önünde bulundurulurken, mutlak manada bir yetki olarak değil, devlete bu görevi verme amacıyla bağlı bir yetkidir.

III. Savigny’de Yorum ve Yorumda Metod

Savigny’nin hukuk literatürüne katkısı büyük oranda onun metodoloji anlayışıyla olmuştur⁸⁶. “Hukuk uygulaması ve hukuk yaratımı ile ilgili modern yazılar, tartışmayla ilgili olarak aslında hep Savigny’nin yorum ilkelerine göndermede bulunmaktadır”⁸⁷. Bu metodolojinin, hukukun ne olduğunun ortaya konmasındaki görünümü yukarıda incelenmiştir. Burada, onun metodolojisinin hukukun uygulanması aşamasındaki görünümü ele alınacaktır. Yani burada hukukun uygulanmasında beliren yorum metotlarına değinilecektir.

Savigny, yukarıda gösterildiği şekilde hukukun kaynağını belirledikten sonra, bu hukuk nasıl uygulanacaktır, bu hukukun gerçek yaşama aktarılması ve kabulü ne şekilde olacaktır sorusunu gündeme getirmiştir⁸⁸. O, bu konuda, hukukun çeşitli biçimlerde günlük/gerçek yaşamda etkisini gösterdiğini söylemektedir. Buna göre, hukuk öncelikle hukuk bilimi eğitiminde birçok biçimde etkilidir. Sonra, hakimlerin kararlarında ve en önemlisi bireylerin bizatihi davranışlarına ve onların yaşamlarına yön veren araç olarak etkilidir⁸⁹. Hukukun yargı safhasındaki uygulanmasına ilişkin olarak Savigny *yorumdan* söz etmektedir. Ancak, burada yoruma niçin ihtiyaç duyulur sorusu gündeme gelmektedir. Savigny, bu soruya, bilimsel hukuk çalışmasının sürekli gelişen bir doğaya sahip olmasıyla cevap verir⁹⁰. Bunun da Savigny’de, yaşamın sürekli ilerlemesi fikrinden kaynaklandığı söylenebilir. Ayrıca Savigny’nin kanunu bir *ortalama* olarak değerlendirmesi nedeniyle, o, kanunu uygulayanların bu

⁸⁴ Dilcher, 1974, s. 467.

⁸⁵ a.g.e., s. 469.

⁸⁶ Krawietz, W. “Zur Kritik der juristischen Methodenlehre siet Friedrich Carl von Savigny”, *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, Yıl: 1978-79, Sayı: 18-19, s. 101 vd.

⁸⁷ Manigk, 1914, s. 7.

⁸⁸ Savigny, 1840(b), s. 206.

⁸⁹ a.g.c. s. 206.

⁹⁰ a.g.e. s. 207.

kanuna organik bir içerik eklemek zorunda olduklarını da dile getirmektedir⁹¹. Bu son husus son derece önemlidir. Savigny, kanunun *ortalama* olması fikriyle herhangi bir kanunun düzenleme alanına ilişkin halkın ortak davranışlarını her yönüyle kapsa(ya)madığı gerçeğini kabul etmiştir. Kanun, ancak hukukçuların ortaya koyduğu gerçek yaşam ilişkilerinin bir ortalaması olabilir, yoksa onu her yönüyle içinde taşıyamaz. Ayrıca, halk ruhunda yaşayan hukuk, yalnız bu hukukun temel düşüncesine ve normların çıkarıldığı hukuk kurumlarına yöneliktir. Yani bütün hukuk normları halkta ayrıntısıyla mevcut değildir⁹². İşte bu nedenlerle kanun yorumu muhtaçtır.

Savigny tarafından geliştirilen yorum kuralları çok yaygın bir kullanım alanına sahiptir.⁹³ Ona göre bir sanat olan yorum⁹⁴, “kanunda içkin olan *düşüncelerin* (kanunun oluşumundaki düşünceler anlamında) yeniden inşasıdır ve ancak böylelikle kanunun içeriği kesin ve tam olarak anlaşılabilir ve onun amacına yalnız böylece ulaşılabilir”⁹⁵. Savigny’e göre yorum, hukuk biliminin başlangıcı ve temelidir⁹⁶. Savigny yorumda keyfiyete karşı çıkmaktadır. O, bu durumu, yani keyfiyet halini **Beruf**’ta eleştirmiştir. Ona göre, yargının görünürde yasayla; ancak gerçekte yasanın dışında duran herhangi bir güçle (örneğin keyfi takdir yetkisiyle) gerçek yöneten iktidar olması zararlıdır⁹⁷. Bu nedenle de yargı, ancak belli bir amaç doğrultusunda yorumu kullanabilir ve yorum da bu amaç doğrultusunda bazı ilkeleri gerektirir.

Ona göre yorumda başlıca dört ilke vardır. Bunlar; yorumun *dilsel* (ya da dilbilimsel), *mantıksal*, *tarihsel* ve *sistematik* ilkeleridir. Kanunun *dilsel yorumu* anlaşılacağı üzere kanunda kullanılan kelimelerle (bu bakımdan etimoloji çok önemlidir der Savigny⁹⁸); *mantıksal yorum* kanundaki düşüncenin kurulumuyla/yapısıyla ilgilidir. *Tarihsel yorum*, verili kanunun *zamanını*, mevcut hukuksal davranışlar için belirgin kılmaktır. Savigny, tarihsel yorum için kanun koyucunun düşüncesine atf yaparak onun açığa çıkarılması gerektiğini bildirmektedir⁹⁹; ancak kanun koyucunun iradesine atfedilen bu yorumun da, onun kanunun ortaya çıkarılması için kabul ettiği metot doğrultusunda haktan kaynaklanan hukuk olarak¹⁰⁰ anlamak gerekir. Aksi halde Savigny’nin yalnız pozitivist bir anlayışı benimsediği sonucuna ulaşılabacaktır ki bu, yukarıda bazı kısımlarda açıklandığı üzere Savigny’nin anlayışı için yanlış bir değerlendirme olacaktır. Buna göre tarihsel yorumun, “kanunun içeriğinin tarihsel oluşumunu ortaya çıkaracak bilgi”¹⁰¹ biçiminde anlaşılması doğru olacaktır.

⁹¹ a.g.e. s. 44.

⁹² Coing. 1978-79. s. 99.

⁹³ Mollnau, 1989, s. 82.

⁹⁴ Savigny, 1840(b), s. 211.

⁹⁵ a.g.e. s. 213. Aynı yönde bkz. Savigny, F. C. *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, 1993, Herausgegeben und eingeleitet von Aldo Mazzacane, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, s. 89.

⁹⁶ Savigny, 1840(b), s. 206.

⁹⁷ Savigny, 1840(a), s. 22-23.

⁹⁸ Savigny, 1993, s. 101-102.

⁹⁹ Savigny, 1840(b) s. 214; Savigny, 1993, s. 90.

¹⁰⁰ Larenz, 1975, s. 13.

¹⁰¹ Winhold, 2002, s. 11.

Sistematik yorum ise, hukuk kurumlarının ve kuralların, daha bütünlüklü bir şekilde ele alınması için, kanunun içsel bağlantılarının karşılıklı ilişkisini kurmaktır. “Bu bağlantılar, tarihsel yorumda olduğu gibi benzer şekilde değerlendirilir ve kanun koyucunun düşüncesi yalnız böyle tam olarak anlaşılabilir”¹⁰². Ayrıca Savigny sistematik yorumla kanun boşluklarının giderilmesini de amaçlamıştır¹⁰³. Sistem inşası ise iki şekilde belirir. İlki, tek tek kanunların yorumu olarak ortaya çıkar. Bu durumda yorum, yukarıda belirtilen dört ilkeye göre yapılır ve o kanunun kendi içinde sistematik bir bütünlük sağlar. Sonra da kanunlarının tamamının bir sistem (hukuk sistemi) oluşturması için yoruma başvurulur. Savigny bunları yorumun *tikel* ve *evrensel* ilkeleri olarak nitelendirmektedir¹⁰⁴. Yani o, bir tek kanunun kendi içinde bir sistem oluşturacak biçimde yorumlanmasını *tikel*; kanunların tamamının bir sistem oluşturacak biçimde yorumlanmasını da *evrensel* ilke olarak nitelendirmiştir. Savigny’e göre, yorumun bu dört unsuruyla birlikte kanunun içeriğindeki muhake-me tamamlanır¹⁰⁵. Yukarıda da görüldüğü üzere sistematik ilke yalnız yorumda değil, Savigny’nin metodoloji anlayışının genelinde yer alan önemli bir ilkedir¹⁰⁶.

Ne var ki her yorumun başarısı yorumun bu dört unsuru birleştirmesi yanında iki koşula daha bağlıdır. Bu koşullardan birincisi, “düşüncenin özel ifadesi olan kanundan kaynaklanan zihinsel eylemin, yani yorumun, etkin kılınması; ikincisi de mevcut metindeki ilişkileri aynen anlamak amacıyla yeterli tarihsel bilgiye, yani *hukukun yeterli tarihsel bilgisine* sahip olunmasıdır”¹⁰⁷. Bu koşulların yanında, kanun koyucunun, kanunu ortaya koymadaki becerisi de yorumu etkileyen önemli bir unsurdur. Bu noktada Savigny, iyi bir kanun koyucu ile iyi bir yorum arasında karşılıklı bir etkileşim vardır¹⁰⁸ der.

Peki mevcut hukuk kurumlarına yeni bir davranış kalıbı girer ve buna dair de bir kural bulunmazsa ne olacaktır? Yani kanunda bir boşluk doğduğunda bu nasıl giderilecektir? Savigny’nin bu soruya yanıt vermeden önce, doğal hukuk anlayışının ürettiği çözümü reddettiğini belirtmek gerekir¹⁰⁹. Böyle bir durumda pozitif hukuk kendini, içindeki organik bütünsellik sayesinde doldurur ve bunu açığa çıkarmada da *kıyas*a başvurur. Kıyas iki biçimde söz konusu olabilir. Öncelikle kıyas, pozitif hukuk tarafından kapsanmayan ve o ana kadar bilinmeyen bir hukuki davranış kalıbı ortaya çıktığında ve bunu karşılayacak bir model hukuk kurumu olmadığında gerekir. Bu durumda kıyas kanunda zaten var olan içsel benzerliğe göre, onun yeniden biçimlendirilmesi şeklinde kendini gösterir. İkinci durumda ise kıyas, varolan bir hukuk kurumunda yeni bir hukuki sorun ortaya çıkartıldığında söz konusu olur.

¹⁰² Savigny, 1840(b), s. 213-214; Savigny, 1993, s. 89-90.

¹⁰³ Winhold, 2002, s. 11.

¹⁰⁴ Savigny, 1993, s. 91-92.

¹⁰⁵ Savigny, 1840(b), s. 215.

¹⁰⁶ Krawietz, 1978-79, s. 112. Aslında Savigny için sistem sorunu ontolojik bir sorun teşkil etmektedir. Bkz., Coing, H. “German “Pandektistik” in its Relations to the Former “Ius Commune”, *The American Journal Of Comparative Law*, 1989, Vol. 37, s. 13.

¹⁰⁷ Savigny, 1840(b), s. 215.

¹⁰⁸ a.g.e. s. 216.

¹⁰⁹ a.g.e. s. 290.

Böyle bir durumda da o hukuk kurumunun içsel benzerliğine göre cevap verilir¹¹⁰. “Kıyasın her uygulaması hukukun varsayılan içsel sonucuna dayanır. Bu içsel sonuç ise yalnız mantıksal bir sonuca değil; fakat aynı zamanda hukuki davranışların pratik doğasından ve onların modellerinden kaynaklanan organik sonucuna bağlıdır”¹¹¹.

Savigny gerçekçi denilebilecek bir anlayışla kanun koyucunun yasayı ortaya koymada beceriksiz davranması durumunu da göz önüne almıştır. Eğer kanun koyucu yetersiz, eksik vb. bir kanun (gerek dil gerekse tarihsel açıdan) yaparsa bu durumda sorun nasıl çözülecektir? Daha açık bir ifadeyle, böyle bir durumda yoruma düşen görev nedir? Savigny, kanundaki yetersizliğin iki biçimde ortaya çıkabileceğini söyler. Buna göre birinci durumda, kanun *açık olmayan ifadeler* kullanarak tamamlanmayan bir düşünceyle ortaya çıkabilir. Diğer durumda ise kanun, *doğru olmayan ifade* kullanılabilir. Böyle bir durumda kanunun gerçek düşüncesiyle onda doğrudan beliren düşünce arasında bir farklılık vardır¹¹². Bu iki durumda aşamalı bir çözüm söz konusudur. Savigny, öncelikle kanun koyucunun tutarlı olması durumunu dikkate almaktadır. Buna göre, öncelikle kanunun eksik kısmı, kanunun en güvenilir kısmına göre yorumlanır. Daha sonra ise bu kanun, başka bir kanunla yoruma tabi tutulabilir. Yani, Savigny burada önceki kanun sonraki kanun ayrımı yapar¹¹³. Böyle bir durumda yorumda kullanılabilir olan bir diğer husus da kanunun ortaya konmasındaki amacıdır¹¹⁴.

IV. Resepsiyona ve Kodifikasyona Karşı Duruşu ve Thibaut'a Yanıtı

Savigny, resepsiyon kavramına, bu kavramın bir ülkenin diğer bir ülkeden kanun (mevzuat) ithal etmesi olarak anlaşıldığı biçimiyle¹¹⁵ karşı çıkmıştır. Kodifikasyon düşüncesine ise yukarıdan da anlaşılacağı üzere tümüyle karşı olmamıştır. Ancak burada onun görüşlerini izah edebilmek ve doğru anlamak için bazı ön açıklamalarda bulunmak gerekmektedir.

Rönesans'tan beri (ve daha da öncesinden) Alman halkı, Alman kültürü ve de Alman hukuku, büyük bir oranda Avrupa'da ortaya çıkan ortak kültürel unsurların etkisi altında kalmıştı. Bu manada örneğin Alman kültürünün kimi unsurlarında İtalyan etkilenmelere rastlanabilmekteydi. Alman hukukundaki 1495 Roma Hukuku resepsiyonu sonrası, sözü edilen ortak kültürün üzerine yerleşen bu hukuk, Alman hukukunun ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Bu andan sonra da Roma Hukuku, Alman hukuku için vazgeçilmez olmuştur. Savigny, Roma Hukuku'na önem atfetmekle ve çalışmalarının merkezine onu yerleştirmekle, bu tarihsel geçmişi ve gerçekliği görmüştür (ve Roma Hukuku'nun birleştirici yönünü bir kez daha kullanmak istemiştir¹¹⁶). Buradan hareketle, “bu resepsiyonun Alman kültüründe bir yozlaşma-

¹¹⁰ a.g.e. s. 291.

¹¹¹ a.g.e. s. 292.

¹¹² a.g.e. s. 222.

¹¹³ a.g.e. s. 223.

¹¹⁴ a.g.e. s. 223-225

¹¹⁵ Resepsiyon kavramının farklı anlamları için Bkz. Can, 1982: 18-20.

¹¹⁶ Manigk, 1941, s. 205-210. 1495'te Almanya'daki parçalı siyasi yapıdan kaynaklı parçalı hukuk sistemini birleştirmek için Roma Hukuku'na başvurulmuştur. XIX. yüzyılda Savigny aynı amaç için Roma Hukuku'nu bir kez daha kullanmak istemiştir.

ya neden olmadığı” ifade edilmiştir¹¹⁷. Böylece onun, bir başka ülkeden kanun ithal etme manasında Code Napolyon’un Almanya için bir medeni hukuk resepsiyonuna konu olmasına karşı olan tavrı da anlaşılabilir gözükmektedir; çünkü bu kanun tümüyle farklı bir ülke (ve kültür) için oluşturulmuş, tümüyle farklı kültür ve gerçeklikten doğmuştur: Oysa Roma Hukuku, Alman gerçekliğinin dışında değil, bilakis onun ortasında yer almaktadır.

Savigny, kendi zamanı açısından kodifikasyona ise çeşitli gerekçelerle karşı çıkmıştır. Ancak belirtildiği gibi o, kodifikasyona tümüyle karşı olmamış, sadece bir zamanlama ve yöntem sorunu üzerine vurgu yapmıştır. Buradan hareketle denilebilir ki, o zamanının gerekliliği yönündeki pozitif hukuk ihtiyacını görmezlikten gelmemiştir. Savigny, Thibaut’un 1814’te kaleme aldığı “*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*” (Almanya İçin Ortak Bir Medeni Kanunun Gerekliliği Üzerine) adlı yazısına, 1815’teki eseriyle (**Beruf**) cevap vermiştir ve yukarıda özetlenen karşı tavrını belirtmiştir. Aydınlanmanın rasyonalizmine ve Fransız İhtilali’ne karşı bir sempati duyan Thibaut¹¹⁸, eserinin başlığından da anlaşılacağı gibi Almanya için ortak bir medeni kanun önerisinde bulunmuş ve bunu da doğal hukuk felsefesinden hareketle yapmayı salık vermiştir. Savigny ise, öncelikle içinde yaşadığı zamanın (medeni kanun açısından) bir kodifikasyon için uygun olmamasını gerekçe göstermektedir¹¹⁹. Bunu da, hukukun doğal gelişim çizgisi açısından, kendi zamanının hukuk düzeyinin ve hukuk biliminin henüz olgun olmamasına dayandırmıştır. Savigny’e göre hukuk, kodifikasyon aşamasına gelmeden önce, yukarıda belirtildiği üzere çeşitli aşamalardan geçmelidir¹²⁰. Buradan hareketle o kendi zamanının Almanya’sının hukuk düzeyinin herhangi bir kodifikasyon için böyle bir aşamaya gel(e)memiş olduğunu gerekçe göstererek, Almanya için bir medeni kanun yapılmasına karşı çıkmıştır¹²¹. Ayrıca bir kanun için öncelikle “uzun yıllar içinde gelişen temel ilkelere, onun aşağıda açıklanacak olan rehber ilkeler dediği ilkelerin tespit edilmesine ihtiyaç vardır. Bu ilkelerin tespiti, bir kanun yapılması için önkoşul niteliğindedir”¹²². Bunlara ek olarak, hukukun teknik unsuruna dahil olan hukuk dili, ona göre, henüz yeterli bir seviyeye ulaşmamıştır¹²³. Dil konusuna büyük bir önem atfetmiş olan Savigny, bir halkı ya da ulusu bir arada tutan temel unsurlardan biri olarak gördüğü dili, zamanın Almanya’sı için, genel bir kanun yazacak şekilde henüz tam olarak gelişmiş (ortak) bir dil olarak görmemektedir¹²⁴. Ashında bu durum, biraz da o zamana kadarki hukuk dilinde Latince’nin ege-

¹¹⁷ Manigk, 1941, s. 211.

¹¹⁸ Winhold, 2002, s. 8-9.

¹¹⁹ Reimann, 1989, s. 98.

¹²⁰ Elliott, E. D. “The Evolutionary Theory in Jurisprudence”, *Columbia Law Review*, Vol. 85, 1985, s. 41.

¹²¹ Savigny, 1840(a), s. 49.

¹²² Reimann, 1989, s. 98.

¹²³ De Montmorency, J. E. G. “The Great Jurists of the World, XII- (1910-11), Friedrich Carl Savigny”, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 11, 1910-1911, s. 43.

¹²⁴ Savigny, 1840(a), s. 52.

men olmasından kaynaklanmıştır¹²⁵. Tabii Savigny devrime karşı olan fikirlerinin etkisinde, kodifikasyon fikrinin Code Napolyon'u çağrıştırmaması ve onun esin kaynaklarından birinin de Fransız İhtilali olması dolayısıyla buna karşı çıkmıştır¹²⁶.

Belirtilen bu sebeplerle Savigny, doğal hukukun etkisinde kalan ve yalnız akıl aracılığıyla yapılacak olan bir kodifikasyona açıkça karşı durmuştur. Eğer yalnız akla dayanılarak bir kodifikasyon yapılacak olursa, bu durumdan beklenen iyilik elde edilemeyecek, bilakis bu durum zarar getirecektir. Örneğin aile hukuku, eşya hukuku alanına ilişkin böyle bir kanun yapıldığı düşünülecek olursa, bu durumda bu kanun, hukukun yalnız teknik kısmını içeren ve yalnız bu şekilde geçerli olacak bir kanun olacak (ancak etkin olmayacaktır). Oysa ki, böyle bir durumda ailenin, ancak yarısı kanuna ait olabilir, diğer yarısı ise örf-adet, dine vb. ait olacaktır ve bu alanda yapılacak bir kanun, bu nedenle belirsiz ve kararsız olacaktır¹²⁷. Hukukun teknik kısmının başarısı, onun politik unsura dayanmasına bağlıdır ve bu nedenle teamüli olarak var olan hukuki davranışların doğru tespit edilmesi gerekir (yani tarihsel araştırma gereklidir). Ve bu teamüli hukuk davranışları gerçek hayatta kanunda yazılı olan düzenleme kadar geçerliliğe sahiptir¹²⁸.

Savigny, kendi zamanı açısından kodifikasyona karşı çıkmış olmakla birlikte, aslında Thibaut'un Alman ulusunu birleştirecek bir kodifikasyon fikrini kendisinin de savunduğunu ve bu anlamda Thibaut ile aynı görüşte olduğunu; ancak amaçtaki bu ortaklığın araçlarda ayrıldığını söylemiştir¹²⁹. Çünkü ona göre Alman hukukunun asıl kaynağı ve oluşumu, ancak tarihsel bir araştırmadan sonra anlaşılabilir ve kanun da bu noktadan sonra oluşturulabilir. Bu konudaki her hata, yarar sağlamaz; yalnız felaket getirir. Oluşturulacak bu hukukun keyfi bir irade tarafından değil, yüzyıllardan beri oluşmuş Alman ulusunun örf-adeti doğrultusunda olması ve üniversitelerde hazırlanması gerekir¹³⁰. Araçlardan biri belirtildiği üzere tarihsel çalışmayken diğeri yine belirtildiği üzere böyle bir kanunun üniversitelerde hazırlanması gereğidir; çünkü eğer hukuk bir bilimse, kanun hazırlanması başlı başına yasamaya bırakılmaz¹³¹. Diğer husus, Thibaut bu kanunun iki ile dört yıl arasında bir zamanda hazırlanabileceğini söylerken Savigny doğal olarak bunun daha uzun bir zaman alacağını söylemiştir¹³².

V. Savigny'nin Doğal Hukuka Bakışı

Savigny'nin hukukun oluşumuna ve onun dönemlerine ilişkin temel görüşleri aktarıldıktan sonra, bu kısımda, doğal hukuka tepki mahiyetinde değerlendirilen hukuk anlayışının, aslında doğal hukuk felsefesinden nasıl etkilendiği ve ona ne

¹²⁵ Koschaker, P., *Europa und das Römische Recht*, München-Berlin: Biederstein Verlag, 1947, s. 84.

¹²⁶ Reimann, 1989, s. 115.

¹²⁷ Savigny, 1840(a), s. 46-47.

¹²⁸ a.g.e. s. 48.

¹²⁹ a.g.e. s. 155.

¹³⁰ a.g.e. s. 153. Burada Savigny'nin bu Alman Hukuku'ndaki Roma Hukuku etkilenmesini göz ardı etmediğini bir kez daha belirtmekte fayda vardır.

¹³¹ Reimann, 1989, s. 109.

¹³² Savigny, 1840(a), s. 156.

şekilde karşı durduğu değerlendirilecektir. Gerçi yukarıda bazı kısımlarda onun doğal hukuka karşı olan tutumu kısmen aktarılmıştı; ancak burada Savigny'nin doğal hukukla olan ilişkisi daha detaylı ele alınacaktır.

Tarihsel Hukuk Okulu'nun ve dolayısıyla Savigny'nin fikirlerinin doğal hukuka karşı bir tepki olarak ortaya çıktığı söylenmektedir¹³³. Gerçekten de Savigny, döneminin Fransız İhtilali'nin açık etkisinden ve aydınlanma döneminden kaynaklanan rasyonalist doğal hukuka karşı çıkmıştır. O, doğal hukukun, yalnız akli kullanarak geliştirilebilecek bir hukuk sistemi iddiasını reddetmiştir¹³⁴. "Tarihi Hukuk Okulu, doğal hukuk ilkelerinin nesnel gerçeklikten değil de soyut akıldan kaynaklanmış olmalarını eleştirdiği ve kanun koyucu için evrensel, ebedi, değişmez hukuk normları bulunmadığı tezinden yola çıkmıştır"¹³⁵. Ona göre, "her halk kendi özel kimliğine, kendi özel halk ruhuna sahip olduğundan, bütün halklar (toplumlar) için geçerli (aynı) değişmez bir hukukun varlığı söz konusu olamaz(dı)"¹³⁶. O, hukukun kaynağının salt akla dayanamayacağını söyleyerek adeta sosyolojik bir bakış açısı sunar ve sözleşmecileri de yukarıda gösterildiği üzere bu açıdan eleştirmiştir. Savigny yukarıda da belirtildiği gibi, sözleşmecilerin *doğa durumu* anlayışlarına yönelik olarak, her şeyin adeta içgüdüsel bir durumda yaşandığını ve çeşitli gelişmelerle günümüzdeki (XIX. yüzyıl) gelişme seviyesine ulaşıldığı savını yadsımakta ve bunun tarihsel olarak açıklanıp kanıtlanamayacağını söylemektedir¹³⁷. Bu bakımdan o, evrensel doğal hukuk anlayışının, akıl aracılığıyla bulunacak, her zaman ve her yerde geçerli olacak hukuk savının, ihtiyaç duyulan tek şeyin iyi sistemli ve gerçek anlamda iyi kanunlar olduğu fikrine de karşı çıkmaktadır¹³⁸.

Ancak kimi noktalarda Savigny'nin, doğal hukuk anlayışının bazı miraslarından etkilendiği ve onun bu mirası hukuk anlayışında kullandığı da görülmektedir¹³⁹. XIX. yüzyılda, Almanya'daki doğal hukuk anlayışı bazı açılardan Avrupa'daki (özellikle Fransa ve İngiltere) diğer doğal hukuk anlayışından farklılık göstermekteydi ve bu farklılık, bir sistem inşası fikriyle kendini gösteriyordu. İşte Almanya'daki bu doğal hukuk geleneğinin, Savigny'nin bir *hukuk sistemi* inşası çabasında etkili olduğu söylenebilir. Bu etkilenmenin bir diğer örneği ise *hukukun rehber ilkeleri (leitenden Grundsätze des Rechts)* kavramında yer almaktadır¹⁴⁰. Bu kavramı Savigny geometriden verdiği şu örnekle açıklamaktadır: "Her üçgen için bilinen bir

¹³³ Marx, K. "The Philosophical Manifesto of the Historical School of Law", *Rheinische Zeitung*, 1842, No:221, August 9; Honig, 1935, s. 160; Koschaker, 1947, s. 275; Freeman, 1994, s. 785; Stone, 1966, s. 93; Winhold, 2002, s.4.

¹³⁴ Gale, 1982, s. 136.

¹³⁵ Brimo Alberto. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, Paris, 1967, s. 160-161'den aktaran Can, 1982, s. 68.

¹³⁶ Kaufmann-Hassemer, 1994, s. 67; Stone, 1966, s. 88.

¹³⁷ Savigny, 1840(a), s.8-9; Savigny, 1944, s. 4; Stern, J, *Thibaut und Savigny, Ihre Programmatischen Schriften*, 2002, Zweite Auflage, Berlin: Franz Wahlen s. 66.

¹³⁸ Savigny, 1840(a), s. 22.

¹³⁹ Schwarz, A. B. "John Austin and the German Jurisprudence of His Time". *Politica*, 1934, No: 2. s. 178-199, s. 185; Coing, 1989, s. 13; Leonhard, R. "Methods Followed in Germany by the Historical School of Law", *Columbia Law Review*, 1907, Vol. 7, s. 580; Dilcher, 1974, s. 470.

¹⁴⁰ Gale, 1982, s. 136.

tespit vardır, bu bilinen tespitle ona dair geri kalan (bilinmeyen) her şey, aynı (zorunlu) bağlantıyı takip ederek bulunabilir. Yani bununla, örneğin iki kenar ve aralarında duran açının bilindiği bir üçgenin geri kalan unsurları da elde edilebilir. Savigny, bu (biraz karışık) örnekte şunu söylemek istemektedir: Bir üçgen için bilinen bir ilke vardır, bu da üçgenin iç açıları toplamının 180 derece olduğudur ve bu temel tespite dayanarak o, iki kenarı ve bir açısı bilinen bir üçgenin bilinmeyen diğer unsurlarının da tespit edilebileceğini söyler. Benzer biçimde hukukun her bir kısmı da geri kalanı bulabilecek böyle ilkelere sahiptir ki bunları *rehber ilkeler* (*leitenden Grundsätze*) olarak adlandırır¹⁴¹. “ Hukuk bilimindeki bütün başarı bu ilkelere (*leitenden Grundsätze*) sahip olmaya dayanmaktadır ve Roma Hukukçularının büyüklüğü de bu ilkelere sahip olmalarından gelir”¹⁴². Ancak o, doğal hukukçulardan (Thibaut’dan ve diğer doğal hukukçulardan) farklı olarak, hukukun en iyi ilkeleri olduğuna inandığı ilkeleri bulmada; hukukçuların (teoride) özgür olmadıklarını savunur. Savigny, “**System’de** gösterdiği gibi, bir hukuk sisteminin ancak tarihsel olarak kurulabileceğini savunur. Kısaca, doğal hukukçular *rehber ilke*’nin ya da genel olarak ilkelerin yalnız akla dayalı varsayımı talep ederken, Savigny bu ilkenin bulunmasının tarihsel kaynaklara dayanması gerektiğini söyler.”¹⁴³ Ve her çağdaki itinalı çalışmalar, içsel gerekliliğin sonucu olan bu ilkeleri bulmaya yönlendirilmeli, onu genç ve taze kılmak için çalışmalıdır¹⁴⁴.

Savigny’nin doğal hukukun mirasını kullanması daha temelde, daha sonra **System’de** dile getirdiği ve yukarıda belirtilen (özel) hukukun ontolojisine ilişkin görüşüdür. Bu görüşe göre “(özel) hukuk, özgür bireylerin karşılıklı varoluşlarını düzenleyen kurallar bütünüdür. Bu, Kant’ın doğal hukuk felsefesinden kaynaklanan bir doğal hukuk anlayışıdır”¹⁴⁵.

1815 ile 1840 arası süreçte ise Savigny’nin ilgisini ve entelektüel odağını, her bir ayrı (ulusal) hukuk sistemlerindeki ortak unsurlara, bu ayrı hukuklarda kendini gösteren evrensel ruha yönlendirilmiştir¹⁴⁶. Aslında **System** de bu yönelimin bir sonucudur ve Savigny’nin, Roma Hukuku’nun Avrupa’daki genel geçerliliğini göstermeye çalışmasının bir çabasıdır. Savigny kendisi de bu hususu ifade etmiştir¹⁴⁷. Yine de şurası açıktır ki, yukarıda Savigny’nin doğal hukuka ilişkin düşüncesinde de görüldüğü üzere o, soyut nitelikteki, tarihsellikten bağımsız “değer” övgüsüne dayanan hukuk anlayışına karşı çıkmıştır¹⁴⁸.

¹⁴¹ Savigny, 1840(a), s. 22, Savigny, 1944, s.11-12, Stern, J., 2002, s. 71.

¹⁴² Savigny, 1840(a), s. 28-29; Stern, J., 2002, s. 73.

¹⁴³ Schlosser, E. Molitor, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, 2d Edition, 1975, 'den aktaran Gale, 1982, s.136.

¹⁴⁴ Savigny, 1815, s. 6.

¹⁴⁵ Coing, 1989, s. 13.

¹⁴⁶ Toews, 1989, s. 142.

¹⁴⁷ Savigny, 1840(b), s. 21.

¹⁴⁸ Bräunig, A., “Recht und Positives Recht bei Kant und Savigny”. www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/4256.html, s.12.

DEĞERLENDİRME

“... Herhangi bir kuramı incelerken, her şeyden önce o kuramın doğuşu ve olgunlaşması sırasındaki düşünce düzeyini, insanların ulaştıkları kültür derecesini mutlaka göz önünde bulundurmamak gerekir. Çünkü insan zekasının her çağdaki olgunluk derecesi, o çağın bilimsel gerçeklerini ve manevi inançlarını derinden etkiler. Daha doğrusu belirli bir çağdaki insan zekası ancak o çağdaki gelişim derecesine ve kültür hazinesine göre ürün verir”¹⁴⁹. İşte Savigny’nin teorisini de böyle bir çerçevede değerlendirmek, onu daha iyi anlamayı ve analiz etmeyi beraberinde getirecektir.

Tarihsel Hukuk Okulu’nun ve Savigny’nin hukuka katkısı, en azından hukuk kurallarını toplumun bir parçası olarak görmesinden gelmektedir. Aynı şekilde, hukukçuların ve de hukuku uygulayanların genel olarak toplumun parçası olduğunu ve bu anlamda onların, toplumun hukuk anlayışını yansıttıklarını söylemeleri belli bir gerçekliğe tekabül etmektedir¹⁵⁰. Savigny, günümüzde ortaya atılan hukuk sosyolojisi teorilerinin¹⁵¹ bir çoğundaki düşünsel temeli, daha XIX. yüzyıldan görmüştür. Günümüzdeki hukuk sosyolojisi çalışmalarının gösterdiği ve genel olarak kabul edilen bu gerçeğe göre; hukuk, kitaplardaki/pozitif hukuk dışında, yaşayan başka bir görünüme sahiptir ve işte Savigny bunu daha XIX. yüzyılda görmüştür. Onun kendi teorisindeki arayışı, bir bakıma gördüğü bu gerçeğin nasıl aşılabileceğine yönelik bir gayrettir; başka bir deyişle yaşayan hukukla kitaplardaki hukuk arasındaki ayrılığın nasıl giderilebileceğine yönelik bir gayrettir. Bunda ne kadar başarılı olduğu elbette tartışmalıdır ve derin çalışma gerektiren bir konudur.

Bununla birlikte Savigny’nin teorisinde eleştirilecek bazı hususlar vardır. Örneğin, “Tarihsel Hukuk Okulu’nun (ilk) hatası (ise), hukuku tarihin ve filolojinin gerisine atmak olmuştur. Ayrıca, “Alman Tarihsel Hukuk Okulu, sonraki hukuku geçmişin hukukuyla açıklamaya çalışmakla da hataya düşmüştür”¹⁵². “Ayrıca denilebilir ki; genel olarak Savigny’nin kurmaya çalıştığı bu bütüncül teori, yani hukukun kaynağı, yasalştırılması ve uygulanması aşamaları adım adım pozitivizme giden bir anlayışı yansıtmaktadır.

¹⁴⁹ Hirsch, E., **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Anlara : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s.74.

¹⁵⁰ Freeman, 1994, s. 787.

¹⁵¹ Bknz. **Sociology of Law in Non-Western Countries** / Edited by Masaji Chiba, Oñati: The International Institute for the Sociology of Law, 1993; John Griffiths, “Legal Pluralism And The Social Working of Law “ Coherence and conflict in law : proceedings of the 3rd Benelux-Scandinavian Symposium in Legal Theory, Amsterdam, January 3-5, 1991; Werner F. Menski. **Comparative Law in a Global Context : The Legal Systems of Asia and Africa**, London: Platinum Publishing, 2000.

¹⁵² Leonhard, 1907. s. 581.

KAYNAKÇA

- Arsal, S. M. (1941), **Hukuk Tarihi Dersleri**, Ankara :A.Ü.H.F. Yayınları
- Bräunig, A. (2002), "Recht und Positives Recht bei Kant und Savigny", www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/4256.html
- Can, C. (1982), **Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon** (Basılı Olmayan Doçentlik Tezi), Ankara
- Coing, H. (1978-79), "Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft", **Anales de la Catedra Francisco Suarez**, Yıl: 1978-79, Sayı: 18-19, s. 83-100
- Coing, H. (1989), "German "Pandektistik" in its Relations to the Former "Ius Commune", **The American Journal Of Comparative Law**, Vol. 37, p. 9-15, www.heinonline.org
- Commentary (1972), "Savigny: German Lawgiver" . **Marquette Law Review**, Vol. 55, p. 280-297 www.heinonline.org
- Connerton, P. (1999), **Toplumlar Nasıl Anımsar?**, Çev., Alaeddin Şener, İst.: Ayrıntı Yay.
- Cotterrell, R. (1984), **The Sociology of Law**, Butterworths: London,
- De Montmorency, J. E. G., "The Great Jurists of the World, XII-(1910-11), Friedrich Carl Savigny", **Journal of the Society of Comparative Legislation**, Vol. 11, p. 32-54, (1910-1911), www.heinonline.org
- Dilcher, G. (1974), "Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Alma Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm", **A.Ü.H.F.D.**, Çev. Ahmet Mumcu
- Elliott, E. D. (1985), "The Evolutionary Theory in Jurisprudence", **Columbia Law Review**, Vol. 85, p.38-94, (1985), www.heinonline.org
- Freeman, M.D.A (1994), **Lloyd's Introduction to Jurisprudence**, Sixth Edition, London: Sweet&Maxwell Ltd.
- Gale, S. G. (1982), "Very German Legal Science: Savigny and the Historical School, ", **Stanford Journal of International Law**, Vol. 18 p.123-146 (1982), www.heinonline.org
- Honig, R. (1935), **Hukuk Felsefesi**, Çev. M. Yavuz, İkinci Basım, İstanbul: Burhaneddin Matbaası
- Hirsch, E.(1996), **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996
- Kaufmann, Arthur **Einführung Rechtsphilosophie und Hassemer, Winfried (1994), Rechtstheorie der Gegenwart**, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag

- Koschaker, P. (1947),** *Europa und das Römische Recht*, München-Berlin: Biederstein Verlag
- Krawietz, W. (1978-79),** “Zur Kritik der juristischen Methodenlehre siet Friedrich Carl von Savigny”, *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, Yıl: 1978-79, Sayı: 18-19, s.101-132
- Larenz, K. (1975),** *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1975, Berlin Heidelberg: Spinger Verlag
- Leonhard, R. (1907),** “Methods Followed in Germany by the Historical School of Law”, *Columbia Law Review*, Vol. 7, s. 573-581
- Manigk, A., (1914),** *Savigny und der Modernismus im Recht*, Berlin: Verlag von Franz Vahlen
- Manigk, A. (1941),** “Savigny und die Kritik der Rezeption”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Band: 61, 1941, s. 187-230
- Marx, K. (1842)**“The Philosophical Manifesto of the Historical School of Law”, *Rheinische Zeitung*, No:221, August 9, 1842
- Mollnau, K. A. (1989),** “Contributions of Savigny to the Theory of Legislation, The” *American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, p. 81-93 (1989), www.heinonline.org
- Özbilgen, T. (1976),** *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul : İ.Ü Yay. No:2170, Hukuk Fakültesi Yay., No:485
- Puchta, G. F.(1965),** *Das Gewohnheitsrecht*, Erster und Zweiter Teil, 1965, Darmstad: Wissenschaftliche Buchgesellschaft
- Rückert, J. (1984),** *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach: Rplf Gremer Verlag
- Rückert, J. (1989),** “Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900, The”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, p. 121-138 (1989), www.heinonline.org
- Savigny, F.C. (1815)** “Über den Zweck dieser Zeitschrift”, *“Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Band 1, s.1-18
- Savigny, F.C. (1840a),** *Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Dritte Auflage, Heidelberg
- Savigny, F.C. (1840b),** *System des heutigen Römischen Rechts*, Erster Band, Berlin
- Savigny, F.C. (1944),** *Grundgedanken der historischen rechtsschule 1814/40*, Tekrar Baskı, Frankfurt:Vittorio Klostermann
- Savigny, F. C. (1993),** *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, Herausgegeben und eingeleitet von Aldo Mazzacane, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann

- Schwarz, A. B. (1934)** “ John Austin and the German Jurisprudence of His Time”, **Politica**, 1934, No: 2, s. 178-199
- Stern, J. (2002)**, **Thibaut und Savigny, Ihre Programmatischen Schriften**, Zweite Auflage, Berlin: Franz Wahlen
- Stone, J. (1966)****Social Dimensions of Law and Justice**, London: Stevens&Sons Limited
- Toews, J. E. (1989)**, “Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State, The”, **American Journal of Comparative Law**, Vol.37, p 139-170 (1989), www.heinonline.org
- Topçuoğlu, H. (1969)**, **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)**, , Cilt:1, Cezaevi Matbaası: İstanbul
- Vinogradoff, Paul (1961)**,**Roman Law in Medieval Europe**, Oxford University Pres
- Vinogradoff, Paul (2002)**, **Introduction to Historical Jurisprudence**, 2002, Kitchener:Batoche Books
- Winhold, T.(2002)**, Die Methodenlehre Savigns, **Methodenlehre in der Rechtswissenschaft**, Justus Liebig Universität Giessen
- Wolf, E. (1951)**,”Friedrich Carl von Savigny”, **Grosse Rechtsdenker, Der Deutschen Geistesgeschichte** içinde, s.464-535, Tübingen: Dritte neuebearbeite Auflage