

JOHN AUSTIN VE DÖNEMİNİN ALMAN HUKUK FELSEFESİ¹

Çev.: İzzet Mert Ertan**

Andreas B. Schwarz

(Leipzig, Zürich ve Freiburg-im-Breisgau Üniversiteleri Roma ve Modern Medeni Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukuk Felsefesi Eski Profesörü, İstanbul Üniversitesi Profesörü.)

Londra Üniversitesi'ne birkaç ders vermek üzere davet edildiğimde, ilk konu olarak John Austin'in Alman hukuk felsefesi ile ilişkilerini ele almaya karar verdim. Londra Üniversitesi'nin ilk günlerinin o muhteşem figürü John Austin, Alman hukuk bilimiyle özel olarak ilgilidir. İngiltere'de "hukuk felsefesi" (Almanya'da genel hukuk bilimi anlamına gelecek şekilde kullanılan bir kelime) olarak adlandırılan hukuk araştırmaları dalının genel olarak kurucusu olarak kabul edilir ve -iyi bilindiği üzere - Almanya ile yakın entelektüel ilişkilere sahiptir. Hatta bildiğim kadarıyla, kendisi İngiliz hukukçular arasında, Alman hukuk bilimine karşı gerçek ilgi ve yakınlık duyan ilk kişidir. Ancak, adı uzun bir zaman, doğrusu istenirse çok yakın zamana kadar, gerek Almanya'da gerekse de genel olarak kıtada çok az biliniyordu. Bundan dolayı, kanaatimce, Alman hukuk felsefesinin, yalnızca İngiliz hukuk düşünürleri içinde ilk olarak Alman hukuk araştırmalarının başarılmasına ilgi uyandıran değil bunun yanında yurtdışında İngiliz hukuk fenomeninin daha kolay anlaşılmasına çok katkı sağlayan - Austin tarafından kurulan ve dahası halefleri tarafından geliştirilen hukuk felsefesi için yabancı hukukçulara, diğer hukuk sistemlerinden çok

¹ Bu ders 9 Mayıs 1934'te Londra University College'da verilmiştir. Bu makaleye doğru İngilizce biçimini vermedeki nazik yardımından dolayı Oxford University College üyesi Bay A. H. Campbell'a fazlasıyla borçluyum. Ayrıca bana sağladığı oldukça nazik yardım için Oxford'da Bayan E. McCalman'a teşekkür etmem gerekir.

* Eserin özgün kimliği; Andreas B. Schwarz, "John Austin and the German Jurisprudence of His Time", *Politica*, No. 2, (August 1934), pp. 178-199. Makaleyi sağlayan ve çeviriyi gözden geçirerek düzeltme nezaketini gösteren Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan'a teşekkür ederim. Ayrıca metindeki Latince ifadeleri Prof. Özcan, Almanca ifadeleri Araş. Gör. Mehmet Cemil Ozansü çevirmiştir. Kendilerine teşekkürü borç bilirim.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

farklı olan İngiliz hukukunun temel fikirlerine en iyi başlangıcı sağlar – bu kişiye karşı belirli bir derecede borçluluğu mevcuttur. Fakat bu düşünceden tamamen ayrı olarak, “Austin ve Almanya” temasının, bugünlerde kitada olduğu kadar İngiltere ve Amerika’da da giderek artan ölçüde bir ilgiyi hak eden bir konu olan, on dokuzuncu yüzyılda hukuk felsefesi alanındaki ana eğilimler arasındaki ilişki bakımından bir miktar önemi olduğunu düşünmekteyim.

Genel olarak İngiliz hukukunun gelişimi ve karakteri ile, Batı Avrupa’nın hukuk sistemleri arasında çok büyük bir ayrılık varsa, bu fark muhtemelen hiçbir yerde İngiltere ile Almanya arasında olduğu kadar belirgin değildir. Sir Frederick Pollock’un bir makalesinde şu anlamlı genellemeyi buluyoruz: “Common law öğrenimi doğası gereği adlidir [*forensic*], kıta Avrupası [*civilian*] hukuku öğrenimi skolastiktir.”² Kaynağı Orta Çağın geç döneminde İtalya’da olan, bu skolastik öğrenim, gelişiminin en yüksek noktalarından birine Almanya’da ulaşmıştır. Kesin olan bilimsel karakteri, Roma hukukunun ezici önemi ve tüm hukuk hayatı üzerindeki güçlü akademik etkisi ile Alman hukuku geçmişte ve bugün bile İngiliz hukukunun temel doğası ve yöntemlerine karşı en keskin karşıtlığı ortaya koyar. Bununla birlikte Blackstone bir bütün olarak İngiliz hukukunun kapsamlı bir açıklamasını inşa ettikten ve bunu İngiliz hukuk öğretisi düzeninin içine soktuktan sonra ve özellikle Bentham’ın eleştirisi ile birlikte açık kavram ve tanımları ve sonuçta teorik berraklığa yönelik, büyüyen bir itici kuvveti olan sistematik kodifikasyon temennisi hissedildiğinde İngiliz hukuk evrimi, yurtdışında ve özellikle Almanya’da hakim olan hatları çok daha yakın şekilde izlemeye başladı. Bu yeni eğilimlerden etkilenmiş olan İngiliz hukukçularının Almanya’ya doğru bakmak zorunda olmaları doğaldı. Bunu yapan İngiliz hukukçu John Austin’di.

Bu istisnai bir durum değildi. On sekizinci yüzyılın sonundan beri İngiliz edebiyatının bir kısmı ve eğitilmiş çevreler aniden Alman entelektüel hayatının yeni akımlarına oldukça ilgi göstermeye başladılar. (Yalnızca en önemlilerinin isimlerini vermek gerekirse) Coleridge ve Carlyle Alman edebiyatının hayranlarıydılar ve bunu İngiliz kamuoyunun ilgisine sundular.³ Kant ve Kant ardılı filozoflar, hepsinden önce Hegel, giderek İngiltere’de daha bilinir oldular⁴, Niebuhr’un, Roma tarihi çalışmalarında devrim yaratan, *Roma Tarihi* bu ülkede çok büyük bir etki yarattı.⁵ Ayrıca Londra Üniversitesi’nin kuruluşunda Alman akademik yaşamı ve kurumlarının etkisinin anlamlı bir nüfuzu vardı.⁶ Bunun sonucu olarak bu yeni üniversitede hukuk felsefesi kürsüsünün, orada hukuk

² *The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century* (The Continental Legal History Series, Vol. XI), Introduction, p. 41.

³ Bkz. Leslie Stephen, “The importation of German,” in *Studies of a Biographer*, II (1898), p. 38. John L. Haney, *The German Influence on S. T. Coleridge* (Thesis, Philadelphia, 1902). W. Streuli, *Th. Carlyle als Vermittler deutscher Litteratur und deutschen Geistes* (Zürich, 1895). C. E. Vaughan, *Carlyle and his German Masters* (Oxford, 1910).

⁴ René Wellek, *Immanuel Kant in England, 1793-1838* (Princeton, 1931). J. H. Muirhead, *How Hegel came to England*, Mind, XXXVI (1927), pp. 423 ff.

⁵ Bkz. Leslie Stephen, *English Utilitarians*, III, p. 142. G. P. Gooch, *History and Historians in the Nineteenth Century* (1913), p. 23.

⁶ Cf. H. Hale Bellot, *University College, London, 1826-1926* (London, 1929), esp. pp. 1, 8-9, 15, 31, 79-80.

teorisindeki Benthamcı ruhu temsil etmek üzere teklif edildiği hukukçu, Almanya'ya yönelik ilginin canlı olduğu çevrelerle çok yakından bağlantılıydı.

Austin'in Almanya ve Alman düşüncesinden bir şekilde etkilenmiş olduğu gerçeği yaşamı ve çalışmalarına ilişkin edebi değerlendirmelerde birden çok kez işaret edilmiştir.⁷ Her ne kadar meselenin bu kısmı özel olarak asla çalışılmamışsa da ve her ne kadar bazı görüş farklılıkları olduğu görünse de, genel kanı Austin'in *çalışmaları* üzerindeki Alman etkisinin çok önemli olarak görülmemesi gerektiğidir. Temel fikirleri ile ilgili olduğu sürece, bu yargıya katılabilirim. Austin çok bağımsız bir düşünür, katı eleştirel melekelere sahip, zihni Alman bilimiyle yakın temasa geçmeden yıllar önce İngiliz felsefecileri ve İngiliz hukuk düşünürlerinin etkisi altında biçimlenmiş ve olgunlaşmış, bir kişiydi; ve bu temas bile görece kısıydı ve çok derin değildi. Fakat Austin'in zihninin ve düşüncesinin yerli eğilimleri – bana göre – Almanlarınkilere oldukça yakındı ve bu nedenle Almanlar ve [Almanca] kitaplarla olan tanışıklığı birçok yönden zihninin harekete geçmesine, bilgisini zenginleştirmesine ve tefekkürünü geliştirmesine katkı sağlamıştır. Bu çalışmamın amacı yalnızca Almanya ile olan temas noktalarını incelemektir ve kendimi bu tek veçheyle sınırlamış olduğum gerçeğinin söz konusu kişinin ve bir bütün olarak çalışmalarının tek taraflı ya da önyargılı bir değerlendirmesini biçimlendirmiş olduğum izlenimini vermeyeceğini umuyorum.

II

Mevcut amacımızla ilgili bazı biyografik gerçekleri hatırlayalım.

Austin yeni kurulmuş olan Üniversite'ye profesör olarak atandıktan sonra kendisi ve eşi 1827 sonbaharında kısa bir süre için Heidelberg'e gittiler ve sonrasında tüm kış dönemi için Bonn'a yerleştiler.⁸ Ren üzerinde olan Bonn, Siebengebirge'in romantik kale harabelerinin olduğu sevimli tepelerinin karşısında büyüleyici bir şekilde, çok büyük olan nehrin güneşli kıyısına yerleşmiş, Ren Bölgesi halkının ışığı ve canlı neşesi ile dolu küçük, sakin bir üniversite şehridir. Hemen hemen on yıl önce kurulmuş olmakla birlikte şimdiden çok sayıda saygıdeğer kişiyi, hepsinden önce muhteşem tarihçi Niebuhr ve diğerlerinin arasında çevirmen ve filolog Wilhelm von Schegel, elinde bulunduran en genç Prusya üniversitesinin bulunduğu yerd. Bonn, birkaç yıl önce, gezisinin izlenimlerinden memnun olan Thomas Campbell'da bir Londra Üniversitesi fikrinin uyandırdığı yerd.⁹

Oxford ya da Cambridge'teki akademik hayata ilişkin hiçbir kişisel deneyimi olmayan ve Londra'nın gürültülü telaşından gelen Austin, eşine de olduğu gibi, Alman üniversite şehrinin pastoral ve düşünceye dalmaya elverişli hayatından büyülenmişti. İngilizlere oldukça garip gelmiş olabilecek bazı özelliklere,

⁷ Cf. yakın geçmişteki literatürde, e.g., Roscoe Pound, *Interpretations of Legal History* (Cambridge, 1923), pp. 26, 98-99. C. A. W. Manning in *Modern Theories of Law* (London, 1933), pp. 182 ff. W. A. Dunn, *English Political Theories* (London, 1930), p. 320.

⁸ Bu Almanya gezisine öngelen, aynı şekilde Bonn'a gittikleri, daha önceki bir gezi mevcuttur: Bellot, *University College*, p. 96; Austin to George Grote in Ross, *Three Generations of English Women* (new ed., London, 1893), p. 67.

⁹ Bellot, *University College*, p. 1; W. Beattie, *Life and Letters of Thomas Campbell* (1849), II, pp. 354-5, 362-72.

kesinlikle, yukarıdan bakmamışlardır. Kardeşine “(H)ayat burada akıp gidiyor” diye yazmıştı Bayan Austin Bonn’dan “sigara içiyorlar ve yemek yiyorlar, yürüyorlar ve dans ediyorlar; yoğun, aktif bir ruhu ne amaçlayan ne de bundan heyecan duyan çalışkan erkekler, araştırmaları üzerinde hevesle çalışıyorlar; kadınlar yemek pişiriyor ve örgü örüyor ve “fenikler” için pazarlık yapıyorlar fakat çekişme ya da boğuşma, sıkıntı verici kaygılar, kazanmak ve harcamak için ruhu tüketen çabalara rastlanmıyor” ve böyle devam ediyor.¹⁰ Bonn’da Austin çifti dışında İngiliz olmadığından, özellikle [John Austin] halihazırda bir üniversite kürsüsüne atanmış ve entelektüel güçleri ve canlandırıcı sohbeti çağdaşlarının en iyileri (belki de daha sonraki bazı eleştirilenlerden çok daha fazla) tarafından en yüksek saygıyı gören bir kişi¹¹, [Bayan Austin ise] muhteşem güzelliğe ve olağanüstü yeteneğe sahip bir kadın olduğundan, çok sıcak karşılanmışlardır. Kısa sürede orada, hukuk ve filoloji çevrelerinde tanınmış figürler haline gelmişlerdir. Daha önce dersler vermiş olduğu şehrin “beaumonde”una, Schelgel tarafından haftada bir kez verilen “soirée”lere sık sık gitmişlerdir ve Noel Gecisini onunla geçirmişlerdir. Niebuhr kendilerine karşı “çok nazikti” ve İyi Yıllar dilemek üzere uğramıştı.¹²

Bu esnada John Austin azami enerji ile kendisini çalışmalarına adanmıştı. Titiz bir plana uygun olarak günde on ya da on bir saat çalıştı. Vardığında hala dil sorunları vardı bu nedenle derslere katılmakla geçen zamanın yararsız olduğunu düşündü. Fakat ilerleme kaydetti ve büyük bir çalışkanlıkla düzenli bir şekilde birkaç Alman hukuk kitabı içinde zorla ilerlemek için çaba sarf etti. Haftada dört kez bir Alman hukuk *Privatdozent*i bu iş için kendisine yardım etmeye geldi. Arkadaşı George Grote’ye 1827 Aralık ayında “(Y)öğün bir şekilde derslerimle meşguldüm,” yazmıştır. Alışılmamış ve açıkça hoş ve bilgili atmosfer onu neşeli ve iyimser bir ruh haline soktu ve hayatı boyunca aşağılık kompleksinden ıstırap çeken ve herhangi bir işini bitirmede en acı dolu zorlukları yaşayan, sürekli kararsızlık içindeki hastalıklı ve tartışmasız nevrastenik bu kişi, aynı mektupta “(d)ersime tereddüt olmaksızın girebilirim” yazar. “Kendimin ve Londra Üniversitesi’nin iyiliği için burada izlenen çalışma programı hakkında daha fazla bilgi edinmeyi diliyorum... Her şeyi düşünürsek, bana göre, buradaki ikametimin bana çok büyük faydası olacak” diye devam eder. Bunun yanında, gençliğinin beş yılını askeri hizmette geçiren ve “yaşamının sonuna kadar askeri karaktere sempati, otorite ve disipline büyük saygı duyan” Austin’in Prusya’ya yönelik özel bir meyli olduğu gözükmektedir.¹³ 1828

¹⁰ Janet Ross, *Three Generations of English Women* (new ed.), p. 69. Cf. pp. 70-3.

¹¹ Cf. J. S. Mill, *Autobiography* (The World’s Classics, CCLXII), p. 62. *Letters of Sir George Cornwall Lewis* (1870), p. 57. J. Ross, *Three Generations*, pp. 92, 98, 165, 359, 371, *The Fourth Generation* (1912), pp. 21, 72-6. *The Personal Life of George Grote* (1873), p. 200. *Dictionary of National Biography*, II, pp. 265, 268. W. Bagehot, *Biographical Studies* (new ed., 1907), pp. 254-8.

¹² Cf. Sarah Austin, *Fragments from German Prose Writers* (London, 1841), pp. 266, 313, 334. J. Ross, *Three Generations*, pp. 67-73.

¹³ Yukarıdaki alıntılar Bayan Austin’in *Lectures on Jurisprudence* (5th ed.)’a Önsözü, p. 3’tendir. Diğer taraftan Bayan Austin’in 1866 yılının siyasi olaylarıyla ilgili olarak tutkulu Prusya karşıtı hislerini kaydetmek ilginçtir; yayınlanan mektupları için bkz. J. Ross, *Three Generations*, pp. 419-23. Cf. ayrıca John Austin’in Friedrich List’in *Das Nationale System der polit. Oekonomie*’sine karşı polemigindeki almanperver fakat milli-

ilkbaharında Bonn'dan ayrılmak zorunda olduğunda – çok büyük bir bağlılıkla eşi tarafından yazılmış olan biyografi taslağından alıntı ile – “bu, tamamen yarar ile dolu ve bir o kadar kaygıdan uzak bir yaşamı terk etmekten dolayı hayli pişmanlık ve bazı olumsuz önsözlerin olduğu bir durumdu.”

Bonn'daki bu ikametinin Austin'in zihninde ve görüşlerinde bıraktığı izlenimin ne kadar derin olduğunu, arkadaşı John Stuart Mill'in kendi *Otobiyoğrafisi*'nin iyi bilinen bir pasajında fazlasıyla vurgulanmıştır: “Austin'in zevkleri şiir ve düşünceye dalmaya doğru değişmişti... bir çeşit Alman dinine, şiir dinine gittikçe daha fazla kendini adanmıştı.”¹⁴

Almanya'ya yönelik bu sevgi ve sempati Austinlerin tüm yaşamları boyunca devam etti. Bu özellikle, bir dizi ustaca yapılmış çeviri ile çok sayıda önemli Alman edebi çalışmalarını İngilizlerin bilgisi dahiline getiren Bayan Austin bakımından çok verimliydi.¹⁵ Başlangıçta çok başarılı olan fakat bu başarısı giderek azalan Londra derslerinin acı hayal kırıklığından sonra kürsüsünden istifa etmeye mecbur hissettiğinde kendisi ve eşinin Bonn'a geri dönme planı yaptıkları gözlemlenmektedir.¹⁶ Bu fikrin gerçekleşmediği doğrudur fakat sonraki yıllarda bazı kışlarını, çok sayıda ilginç insanla, başkalarının arasında – doğal olarak Austin'in uzun zaman önce terk ettiği hukuk çalışmaları için herhangi bir önemi olması için çok geç şekilde – Savigny'nin kendisiyle¹⁷ tanışarak, Dresden ve Berlin'de geçirmişlerdir. Her ne kadar sonradan Fransa'ya yerleşmeyi tercih ettiler ve daha sonra kalıcı olarak İngiltere'ye geri döndülerse de, John Austin yaşamı boyunca daima gençliğinin Alman üniversitelerine özlem duymuştur: “Yanlış zamanda ve yanlış yerde doğmuşum” – benzer şekilde sıklıkla şöyle iç geçirdiği aktarılmıştır – “On ikinci yüzyılda bir üniversite mensubu ya da bir Alman profesör olmalıydım.”

III

John Austin Heidelberg ve Bonn'a geldiğinde Alman hukuk felsefesinin durumu neydi? [Alman hukuk felsefesi], kabaca doğal hukuktan tarihçi okula geçiş olarak karakterize edilebilecek, bir geçiş dönemi içindeydi.

Almanya'ya dışarıdan giren doğal hukuk fikirleri – Samuel Pufendorf ve haleflerinin çalışmalarında – yeni bir biçim aldı. Doğal hukuk, hukukun tüm alanını kapsayan, tüm özel branşların – bireysel ya da özel hukuk, topluluklar/gruplar [*“groups”*], aile ve şirketler hukuku, anayasa hukuku ve uluslararası hukuk – kendisinden türediği genel ilkeler üzerine kurulan bir *sistem*,

yetçilik karşıtı ifadeleri burada yayınlanmıştır: *Edinburgh Review*, 75 (1842), pp. 515 ff. şurada alıntılanmıştır *D.N.B.*, II, p. 267.

¹⁴ *Autobiography* (The World's Classics, CCLXII), pp. 150-1.

¹⁵ *Characteristics of Goethe, from the German of Falk, von Müller, etc.* (Vols. 1-3) çalışması, Cariyle ve J. S. Mill'in ilgisini uyandırmıştır: cf. *Letters of J. St. Mill* (ed. H. S. R. Elliot), pp. 41, 58, 70. *Letters of Th. Cariyle to J. St. Mill*, etc. (ed. A. Cariyle), pp. 22, 30, 36. J. Ross, *Three Generations*, pp. 101-5. Bayan Austin'in, *History of the Reformation in Germany* çevirisinin ardından geleceği, Ranke'nin *The Popes of Rome* çevirisi, Ranke'nin sıcak onayı ile karşılaşmıştır, bkz. Ross, *op. cit.*, pp. 152-3, 163-4.

¹⁶ Cf. *Letters of John Stuart Mill* (ed. H. S. R. Elliot), I, pp. 41, 51, 57. *Letters of Th. Cariyle to J. S. Mill*, etc. (ed. A. Cariyle), p. 60. Janet Ross, *op. cit.*, pp. 82-3.

¹⁷ Ross, *op. cit.*, pp. 185, 186, 190. Cf. *Letters of Sir George Cornwall Lewis* (1870), pp. 125 ff.

kapsamlı [*“encyclopaedic”*] bir sistem, olacak şekilde ayrıntılandırılmıştır. Böylelikle doğal hukukun ilkeleri, amacı akılcı spekülasyon ile hukuk fenomeninin her alanını doğal hukuk ilkelerine uygun olarak biçimlendirmek olan, gerçek bir *bilime* dönüşmüştür. “Jus naturæ, Naturrecht” bilimi hukuk öğretisinin, ilki 1660’ta Pufendorf için Heidelberg’de kurulan, üniversitelerdeki özel kürsülerle birlikte, olağan bir branşı haline gelmiştir. Bu bilimsel eğilim, Alman zihninin özellikle her tür – felsefi, siyasi, ekonomik – fikri, ayrıntılandırılmış teorik bir sisteme doğru geliştirme eğilimi olduğu daima görüldüğünden, özellikle Alman olarak addedilebilir. Doğal hukuk ilkeleri, uygulamalı mevzuatın içine karışma eğilimine yapısal olarak sahip olduğundan; sistematik teorisi, On sekizinci ve On dokuzuncu yüzyılların sonlarında üretilen sistematik kodifikasyonların temellerini atmıştır.

Fakat “Naturrecht” fikri ve öğretisi On sekizinci yüzyıl sonuna doğru düşünüşe geçti. Felsefi düşünce, özellikle Kant’teki, tarihçi araştırmaların büyümesi gibi, ebedi ve doğal geçerliliği olan tüm yasalara olan inancı kırdı ve her hukuk sisteminin tarihçi bağımlılığını gösterdi. Yeni evrimin habercisi, en güçlü yandaşı tarihçi okulun kurucusu ve lideri olan Friedrich Karl von Savigny olan, Gustav Hugo’ydu. Savigny rasyonel spekülasyonun karşısına tarihçi araştırmayla çıktı. Thibaut tarafından ifade edilen eğilimin aksine, modern akılcı ve yapay hukuk yapımı modasına, kodifikasyona temelden karşıydı ve hukukun; hukuk alanında kendisini her şeyin üstünde örf adet hukuku olarak ortaya koyan “Volksgeist”in, halk ruhunun, içkin enerjisi tarafından yavaş ve organik evrimine inanıyordu. Bu öğreti, akılcılığın radikal ve devrimci etkilerinin bezginliği, romantizmin ve çağın siyasi muhafazakarlığı içinde derin olarak kök salmış bulunmaktaydı.

Siyasi uygulamada olduğu kadar teoride de çok fazla abartılan ve suiis-timal edilen doğal hukuk, tarihçi okulun, en azından ilke olarak, en çok karşı çıktığı rakibiydi. Fakat doğal hukukun temel doktrini tahttan indirilmiş görünüyorduydu da, biliminin değerli sonuçları unutulamazdı; daha ziyade diğer kanallara sapsmışlardı. Tarihçi okulun galip çıktığı ve yeni bir hukuk özü ve evrimi kavramını yurtdışına saçtığı On dokuzuncu yüzyılın ilk birkaç on yılında, doğal hukuk doktrinleri kompleksinin çok yönlü bir çözülüşünü gözlemleyebiliriz. Bu devirde eski doğal hukukun mirasının varisleri olarak, bazı daha fazla ya da daha az önemli eğilimler ve literatür çeşitleri görülebilir.

“Jus naturæ” öğretisi bir yüzyıldan daha fazla hukuk ve ahlakın, doğrunun ve yanlışın temel problemleri ile boğuşmuştur. Bu görüş ve sorunlar “*Rechtphilosophie*”nin, hukuk felsefesi, çoğu kez, farklı bir anlam taşımakla birlikte, adlandırıldığı şekliyle “*Naturrecht*”, yeni bir türü tarafından devralınmıştır. Doruk noktasına, son derece felsefe dışı olan ve üstünlüğü yakında uzun yıllar boyunca hukuk felsefesini Alman ufuklarından neredeyse tamamen uzaklaştıracak olan çağdaş tarihçi okul ile keskin karşıtlık içinde, Kant, Hegel ve diğerlerinin hukuk felsefesinde ulaşmıştır.

Ayrıca *Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft* olarak bilinen yaygın bir kısa kurumsal kitaplar tipi var olmuştur. Doğal hukuk sistemlerinin ansiklopedik yapısına dayanan bu kitaplar, halihazırda birçoğu tarihçi eğilimin görüşleri ve sonuçlarından etkilenmiş olmakla birlikte, doktrinlerinin çoğunu aynı şekilde iletmişlerdir.

Ve son fakat aynı derecede önemli olarak “Naturrecht” sistematik öğretisi pozitif hukuk, ilk ve başlıca olarak müşterek hukuk (*gemeines Recht*) ya da *pandekt hukuku* olarak adlandırılan, Almanya’da yürürlükte olan Roma hukuku, şerhlerini zenginleştirmiştir. Roma-Cermen örf adet hukuku uygulaması, özellikle genel ilkeler üzerine kurulduğu ve akılcı bir sistem halini aldığı On sekizinci yüzyılda, doğal hukukun yöntemlerinden etkilenmeye başladı. Tarihçi okul, tüm tarihçi dürtüsüne rağmen, mevcut hukukun dogmatik sistemlerini inşa etmeye devam etti. Hugo ve Savigny ve takipçilerinin birçoğu, hiçbir şekilde yalnızca hukuk tarihçileri değilirdi fakat en azından bir ölçüde, daha fazlası değilirse, dogmatik sistemlerin yaratıcılarıydılar. Tüm hukuk öğreniminin temeli olarak en önemli çalışmalar ve Almanya’daki hukukun tüm dallarının teorik ele alması için örnekler olan, Pandekt hukukunun tüm o risaleleri esas itibarıyla eski Roma hukukundan farklı bir modern Alman teorisi içermekteydiler ve birçok, özellikle sistematik yöntemleri ve genel altyapılarında, bakımdan bilimsel doğal hukukun daha eski sistemlerinden gelmekteydiler.¹⁸ Her ne kadar bu bağlantı, büyük ihtimalle asla tamamen bilinçli şekilde olmadan, doğal hukukun tarihsel doğal hukuk karşısı ruh içinde eğitilmiş On dokuzuncu yüzyıl hukukçuları tarafından dikkate alınması, çoktan ölmüş ve gömülmüş bir konu olarak kısa zamanda tamamen unutulmuş olsa da, bu daha az doğru değildir.

Tüm bunlar – doğal hukuk üzerine eski ve daha yeni kitaplar, hukuk felsefesinin farklı türleri, hukuk ansiklopedileri ve metodolojileri, bilfiil yürürlükte olan müşterek hukuk ya da Pandekt hukuku risaleleri ve bunlara ek olarak eski Roma hukukunun yeni tarihçi ve sistematik açıklamaları – doğal ve pozitif hukukun, felsefi ve hukuki fikirlerin, eski ve yeni Roma hukukunun birlikte öze ve yöneme ilişkin dikkatli ayırım olmaksızın karışmış olduğu renkli ve ilginç fakat bir bakıma kafa karıştırıcı bir durumu göstermektedir.

IV

Austin’in Alman hukuk felsefesindeki bu akımlarla ilişkisi neydi? 1827’de Almanya’ya geldiğinde, Savigny ve okulu başarılarının zirvesine neredeyse ulaşmışlardı. Savigny’nin rakibi, “tarihçi olmayan okul”un lideri Thibaut’un ders verdiği¹⁹ Heidelberg’de Austin – eğer ziyaretinin süresi izin verseyse – muhtemelen, hala az ya da çok akılcı “Naturrecht”te temellenmiş bir hukuk okulu izlenimi edinmiş olabilir. Diğer yönden Bonn şüphesiz olarak yeni tarihçi ruhu gözlerinin önüne serebilirdi. Savigny’nin yakın arkadaşlarından biri olan Niebuhr, bu ruhun oradaki sıra dışı temsilcisiydi ve filologların bazıları da tarihçi hukuk okulu ile yakın temastaydı. Gerçekten Bonn’daki hukuk fakültesi, sırasıyla Hugo ve Savigny’nin ders verdikleri Göttingen ve Berlin’in olduğu gibi, hukuk felsefesinin yeni eğiliminin henüz ne bir merkeziydi ne de kısa zaman sonra kazanacağı itibara ulaşmıştı. Bununla birlikte bazıları Austin

¹⁸ Cf. Benim makalem olan *Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium* (Zürich, 1928), pp. 11-16.

¹⁹ Cf. Savigny, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I (1815), p. 1 ff.; Thibaut, “Ueber die sogenannte historische und nichtistorische Rechtsschule,” *Archiv für zivilistische Praxis*, XXI (1838), pp. 391-419; E. I. Bekker, *Ueber den Streit der historischen und filosofischen Rechtsschule* (Heidelberg, 1886), *Vier Pandektlisten* (Heidelberg, 1903), pp. 32-54.

ile kişisel olarak tanışıyor olan, J. Chr. Hasse, A. W. Heffer, Ferdinand Mackeldej ve diğerleri gibi profesörler az çok yeni eğilimin yandaşlarıydılar.²⁰ Her şeyin üstünde Austin'e Alman hukuk kitaplarını okumada yardım eden – Austin Bonn'dan onun hakkında "karşılaşabileceğimin en iyisi" diye yazmıştır – Privatdozent, öğrenimini Hugo ve Savigny yönetiminde görmüştür. Ben o kişinin, 1826'dan beri Bonn'da ders vermekte olan ve en çok kullanılan pandekt hukuku ders kitaplarından birinin yazarı olacak olan Ludwig Arndts, daha sonra Ritter von Arnsberg, olduğunu zannediyorum. Bu şekilde, ayrıca kişisel temaslar da, Austin'e tarihçi okulda neler yapıldığı ve amaçlandığına yönelik bir kavrayış sağlamış olabilir.²¹

Fakat Austininki tarihselci bir zihin değildi. [Austin] Benthamcı okuldan, inanmış bir yararcıydı bununla birlikte birçok noktada ustasından farklılaşmıştı.²² Şimdi İngiliz yararcılığı ve Alman romantik tarihçi okulu tamamen birbirine karşıt akımlardı ve – her ne kadar birbirilerini az tanıyor gözükseler de – kodifikasyonun tutkulu bir savunucusu olan Bentham ile inanmış bir kodifikasyon muhalifi olan Savigny arasındakinden daha keskin bir farklılık olamazdı. Savigny'nin bakış açısı daha çok geleneksel İngiliz hukukuna sıcak kanlı bağlılığı ile Blackstone'üne yakındı. Şu kolay fark edilebilir bir gerçektir ki, İngiltere'de Blackstone'un tarihçi muhafazakarlığını Benthamcı radikalizm takip ederken Almanya'da akılcı doğal hukuk doktrinleri yerlerini muhafazakar tarihçi okula bırakmışlardı. Austin'in, hem Fransız devriminden hem de Reform'dan bile hoşlanmadığından, bu muhafazakar tutuma karşı bir miktar sempatisi olabilir.²³ Yine de ve Savigny'nin bilgisi ve hukuksal güçlerine duyduğu büyük hayranlığa rağmen, Austin bir kodifikasyon ve hukuk reformu inananı olarak kalmıştır ve çalışmaları (pp. 662-681, 1037) Savigny'nin "görünüşte doğru fakat sığ bilimsel incelemesi"nde, *On the Vocation of our age for Legislation and Jurisprudence (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)*, belirtilen karşıt doktrine karşı ayrıntılı bir polemik içerir. Örf adet hukukunun mistik bir şekilde yüceltilmesine katılmıyordu, hukuksal evrimin sorunlarına ilişkin fazla fikri ve okulun o erken dönem yıllarında enerjisini büyük çoğunluğunu adadığı akademik tarihçi araştırmaya temayülü yoktu. [Tarihçi okulun] felsefi dürtüsünün olmadığı kanısındaydı²⁴ ve hukuki

²⁰ Mackeldej'in önemi, tabii ki, hiçbir şekilde, ders kitabı ile yurtdışında kazandığı ününe tekabül etmez. Cf., yukarıda bahsedilen diğer kişiler için olarak da, E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, notes, p. 120.

²¹ Hugo'nun bir öğrencisi olan John Reddie, "Jur. Utr. Doc. Göttingen," tarihçi okulun başlangıcını çok sayıda bibliyografik göndermelerle anlattığı Hugo'ya ithaf edilmiş bir kitapçık yayınlamıştır, *Historical Notices of the Roman Law and of the recent progress of its study in Germany* (Edinburg, 1826). İncelemiş olduğu bu kitapçıktan Austin de bilgi edinmiştir.

²² John Austin'in Bentham'a ilişkin görüşleri ile ilgili olarak, Sarah Austin's letter to Guizot in J. Ross, *op. cit.*, pp. 381-4 dikkate değerdir.

²³ Cf. *Letters of Sir George Cornwall Lewis* (1870), pp. 105 ff.

²⁴ Grote'ye Bonn'dan "Hukuk felsefesi Almanlar arasında geri kalmış bir durumda" diye yazmıştı (in Ross, *op. cit.*, p. 69). Hukuk felsefesinin eksikliği tarihçi okul döneminde Almanya'da çalışmakta olan başka İngilizlerce de hissedilmişti. Cf. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, II, p. 204.

yöntemlerindeki tutarsızlıklara ilişkin güçlü bir eleştirel algıya sahipti.²⁵ Hatta Austin tarafından, Bentham ve görünüşe göre – derhal zikredilecek bir nedenden dolayı –Thibaut'a da tarihçi okulun yandaşları olarak baktığı göze çarpan, tarihçi okula ilişkin olarak yapılan belirli gözlemler, bu okulun temel niteliğini asla tamamen kavramadığı izlenimini yaratmıştır.²⁶

Kendisini çağdaş Alman hukuk bilimcilerinden ayıran tüm bu farklara karşılık, onlarla üç ortak temel özelliği sahipti: pozitivist, romanist ve sistematik tutum.

“Hukuk felsefesinin meselesi pozitif hukuktur: basit ve kesin bir şekilde öyle adlandırılan hukuk: ya da siyasi üstlerin siyasi aslar için koyduğu hukuk”; bunlar Austin’in derslerinin ilk sözleriydi. Pozitivist tutum, tarihçi okulun doğal hukuku kararlı reddi ile uyum içindeydi. Austin’in tarihçi ve “faydacı ve tümevarımcı” okullar arasındaki herhangi bir temel farkı yok saymasına yol açan neden buydu. Austin’in hukukun bütününe pozitif karakterine ilişkin keskin anlayışı Almanya’da tanıştığı kökten doğal hukuk karşıtı atmosfer ve belki de ayrıca bazı yeni, bir keresinde söylemiş olduğu gibi²⁷, “doğal hukuk olarak adlandırılan saçmalık hakkında muğlak kitaplar” ile tanışıklığı tarafından geliştirilmiş olabilir. Diğer taraftan tarihçi okul hiçbir şekilde temel tutumunu gerçekleştirmediyi başaramamıştır. Hukuksal pozitivism fikri, Austin tarafından döneminin Alınanlarından çok daha fazla açıklık ve tutarlılıkla ifade edilmiştir. Bu açıdan – diğer başkalarından da – Almanya’daki daha sonraki gelişmelerin öncüsü sayılabilir.

Austin’in, Bentham’dan çok temelden farklılaştığı²⁸, romanist tutumu hiç şüphesiz çok büyük ölçüde o dönemde Roma hukukuna büyük ilgi dolu olan Alman çevrelerindeki çalışmalarının bir sonucuydu. Yıllar önce Roma hukuku çalışmış olduğu ve John Stuart Mill ile birlikte on sekizinci yüzyıl boyunca Almanya’nın dışında da geniş ölçüde kullanılan Alman Heineccius’un ders kitaplarını okuduğu doğrudur.²⁹ Bununla birlikte Almanya’ya yolculuğunun asıl amaçlarından biri, daha derin bir Roma hukuku bilgisi kazanmaktı. Bu bilginin asla çok derin olmadığı doğru olarak işaret edilmiştir.³⁰ Fakat bir romanist ve ayrıca Roma hukuku öğretmeni olma isteğini o kadar güçlü hissetmiştir ki Londra Üniversitesi’ne özel bir Roma hukuku profesörü atanacağı zaman buna muvafakati daha çok yumuşak bir itiraz gibi görünmüştür. Bu romanist eğilim hiçbir şekilde, biraz önce tartıştığımız, tarihçi olmayan tutumu ile uyumsuz değildir. Austin’in Roma hukukuna ilgisi kesin olarak sistematik ve dogmatiktir, tarihçi değil. Roma hukuku yüzyıllar boyunca hümanist ve tarihsel bir bi-

²⁵ Cf. e.g., Hugo’ya ilişkin, *Jurisprudence* (5th ed.), I, p. 32,

²⁶ Cf. e.g. *Jurisprudence*, p. 679. Cf. Diğer taraftan eleştirel görüş, p. 1029 (in “Notes on Codification”): Felsefenin dışında, tarihin değerine ait alışılmamış görüşleri yanlışır.” Yukarıda bahsedilen bakış açısına göre, Leslie Stephen Austin’i tarihçi faydacılar arasında sınıflandırmıştır, fakat bunu gerekli nitelikler ile birlikte yapmıştır.

²⁷ *Jurisprudence*, p. 940.

²⁸ Cf. Austin, *Jurisprudence* (5th ed.), p. 692.

²⁹ Bkz Mill, *Autobiography*, p. 53.

³⁰ Cf. Allen, *Law in the Making* (1927), pp. 4-5. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, II, p. 180.

çimde ele alınmıştır, şimdi ise mantıksal-hukuki bir sistematik içinde. Öncellerinin birçoğu ve ayrıca birçok on dokuzuncu yüzyıl Alman romanisti gibi Austin'in eğilimi ikinci yöndedir. Bu bakış açısından, büyük bir bütünlük ve yapısına yönelik özel bir ilgiyle çalıştığı, yeni keşfedilen – kesinlikle Roma hukuk bilimcilerinin en önemli sistematik başarısı – Gaius'un, Austin'in Grote'ye yazdığı mektuptan alıntı yaparak "Roma hukukunun açık, özlü ve düzenli bir açıklaması", Institutes'i tarafından Bonn'a güçlü bir çekim duyuyordu. Temel olarak bu bakış açısından ayrıca – gene de hiçbir koşul olmaksızın – Alman ders kitaplarında bulunan sistematik Roma hukuku açıklamalarına hayrandı. kalışının ilk haftalarında Bonn'dan yazdığı aynı mektupta şöyle bir pasaj geçmektedir: "Bunlar gibi gözden geçirdiğim (özellikle Roma hukukuna ilişkin) açıklayıcı kitapları düzenleme örnekleri olarak ve bilgi dolu gözükmedirler".

Austin'inki ilk olarak ve en başta sistematik bir zihindi, kelimenin çok geniş bir anlamıyla sistematik. Sistemleştirme ve hukukun sınıflandırılması sorunuyla en yüksek derecede ilgilidi; bu çalışmalarının bütününden özellikle derslerinin *Outline of the Course*'unun yanı sıra okumuş olduğu kitapların içine koyduğu çok sayıda sistematik tablodan da belli olmaktadır. Fakat bunun ötesinde hukuk bilimi işini "bir organik bütün olarak addedilen bir hukuk sistemi"nin geliştirilmesinde görmüştür. "Codification and Law Reform" fragmanının içerdiği bu konudaki düşünceleri, açıkça Savigny'nin *Vocation*'mda bu konuya ilişkin olarak yapılan bazı gözlemlerden etkilenmiştir.³¹ Austin'in sistem eğilimi, o dönemde özellikle sınıflandırma sorunlarıyla³² uğraşan ve hukukun bütününe genel ilkelerden türetme yönteminin azami derecede gelişme içinde olduğu Alman hukuk felsefesinde tatmin olmuştur. Üzerinde en fazla etkiye sahip olan, değeri azalan sistematik *Naturrecht* mirasını şekillendiren yukarıda tartıştığımız çalışmalardı. Hukuk yapımı ve hukuk tarihinin rolüne dair tüm farklılığa rağmen, bu sistematik itici kuvvet İngiliz analitik hukuk felsefesi ile Alman pandektist yöntemini birleştiren başlıca unsurdur. Bu hususta her ikisi de (her ne kadar meselenin bu yüzü pandektistlerin yüksek teorik zihinleri için daha az açık idiyse de) aynı hukuk siyaseti, yani hukukun sistemleştirilmesi ile daha da yüksek derecede bir hukuki kesinliği amaçlamak, tarafından yönlendirilmiştir. Leibnitz'in Austin tarafından *Outline of Course of Lectures*'ma şiar olarak seçilen sözleri – "jurisconsulti eruditi, prudentes ... cogitent de jure constituendo, ut reddant certius quam nunc" [Öğretici hukukçular, alimler... halihazırda mevcut bulunan tarzında karar vermeleri için hukuksal mevzuatı zihinlerine yerleştirdiler] – çalışmalarının eğilimi için en anlamlı olanlardır.

Austin'in örneğinde kaynakları ve ilgileri tam olarak incelenebildiğinden fevkalade olumlu bir durumdayız. Esas olarak, görünüşe göre büyük bölümünü Almanya'da kaldığı sırada edindiği, Almanca olan, yüzün üzerinde ciltten oluşan kütüphanesi dul eşi tarafından, girişin yanında ayrı bir bölümde tutulan, Inner Temple Kütüphanesi'ne miras olarak bırakılmıştır. Bu kitaplar, kenar notlarının ve altı çizilen satırların çokluğu gibi (Savigny'nin *History of Ro-*

³¹ Cf. Savigny, *Vom Beruf*, etc. (1814), pp. 22, 28, 48 ("leitende Grundsätze," "temel ilkeler")

³² Cf. Benim makalem "Zur Entstehung des modernen Pandektensystems," *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abt.*, XLII (1921), pp. 578 ff. Görünüşe göre Austin'in, özel hukukun sınıflandırılmasında en çok etkili olan G. A. Heise'nin *Outline of Pandect Law*'unu bilmediği belirtilebilir.

man Law in the Middle Ages ve tarihçi okulun önde gelen yaygın organı *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* ciltlerinin ait olduğu) besbelli okunmamış olan ciltler ve pasajlardan sahibinin ilgilerinin nerede yattığını ve – kitaplarını herhangi bir referans olmaksızın yazmış ve kaynaklarını tahmin etmek çok güç olan İngiliz hukuk felsefesinin bir başka öncüsünün aksine: Sir Henry Maine’yi kastediyorum – ne kadar ciddi bir okuyucu olduğunu açıkça göstermektedirler.

Austin’in ilk ve temel çalışmaları yeni çağın büyük sistematik çalışmalarının, Savigny’nin *System*’i ve Puchta’nın çok etkili ders kitapları, ortaya çıkmasından önceki bu geçiş döneminde yaygın olan bazı Alman Institutiones ve Pandects ders kitaplarıydı.³³ Bunlar Haubold ve Mackeldey’in Institutiones’i, Thibaut’un Pandects’i ve daha da yüksek derecede Mühlenbruch’un, Latince yazılmış, *Doctrina Pandectarum*’u ve Hugo’nun kısa dogmatik ve tarihçi taslaklarıydı. Onlardan yalnızca temel Roma hukuku bilgisini değil fikrimce ayrıca hukuki eğitiminin çok büyük bir kısmını da edinmiştir. Ayrıca Thibaut’un bazı, özellikle ayni ve kişisel hakların yorumu ile ilgili olan, makalelerini dikkatle okumuş ve özel titizlikle ve en yüksek hayranlıkla Savigny’nin, araştırmanın pandekt hukuku yöntemleri için çok anlamlı olan doğal hukuk spekülasyonlu metinler³⁴ ile birleştirilmesini anlatan ve uzun bir süre için yüzyılın önde gelen monografisi olacak olan, Possession³⁵ üzerine erken çalışmalarını da incelemiştir. Aynı şekilde Anselm von Feuerbach ve C. F. Rosshirt’in sistematik ceza hukuku ders kitaplarını özenle incelemiştir. Kısa ansiklopedilerin bazıları, Hugo’nunkiler ve her şeyin üstünde Falck’mki, ona, tarihçi gelişme ve hukuk biliminin durumunun öğretici incelemelerini sunmuştur. Tüm bu kitaplardan Savigny, Hugo, Falck ve ceza hukukçularınmkiler, çalışkan bir şekilde incelenmiş olduklarının en belirgin işaretlerini ortaya koymaktadırlar. Çağdaş Alman felsefesinin derinliklerine girmemiştir fakat Hegelci fikirlerden etkilenmemiş olarak kalırken; bir miktar Kant, özellikle *Metaphysik der Sitten*’ini ve bir felsefe yapma eğilimindeki daha az önemli broşürlerini, çalışmıştır. Bütün bunlar derin ve geniş kapsamlı bir çalışma olmaktan uzaktır fakat ona, bir kendine özgülük ve anlamlı genel görüş sağlamak için tamamen yerinde bir seçimdir.

V

Bu Alman incelemeleri ve izlenimlerinin etkileri Austin’in çalışmalarında nereye kadar izlenebilir?

Londra’da University College Kütüphanesi’nde Austin’in, tesadüfen, sürekli hastalıklara, hazırlıksızlıklara ve gittikçe azalan dinleyicilere göndermeleleriyle, bu profesörün kariyerinde hayal kırıklıklarının önemli bir kaydını sağlayan yaklaşık yirmi mektubu vardır. Bunların ilki, ilk dersinin başlangıcının ertelenmesine yönelik talebi içerir. Mazereti “bir örnek olmaksızın çalışmanın

³³ Savigny’nin ilk cildi 1840’a kadar ortaya çıkmayan *System of Modern Roman Law*’u. Austin’in kitaplığında yalnızca, kendisine 1841’de Dresden’de “yazarın oğlundan saygısının bir göstergesi olarak” hediye edilmiş ve daha sonra açıkça incelenmiş olan, ilk cildi bulunmaktadır.

³⁴ Cf. E. I. Bekker, *Recht des Besitzes*.

³⁵ Austin, *Jurisprudence*, p. 53: “hukuka ilişkin tüm kitapların en eksiksiz ve ustacası ve bildiğim tüm kitapların en az hatalı ve eksik olanı.”

büyük dezavantajı içinde” bulunmuş olmasıdır. “Alman profesörler tarafından pozitif hukuka giriş olarak verilen dersler İngilizlerin hoşnut olmayacağı bir yöntemde yazılmışlardır” (bu Alman tarzına kusur bulduğu tek yer değildir)³⁶ ve “uzmanların hafızalarını tazelemeye, toy öğrencilerin zihinlerine hukuk felsefesinin ilkelerini sokmaktan daha uygundur” (burada kendisine tamamen katılmam mümkün değil) diye ekler. Almanya’dan dönüşünden kısa süre sonra resmi bir mektupta ileri sürülen bu görüş, alanın en azından bir ölçüde, çoktan Almanlar tarafından kapılmış olduğu kanısına sahip olduğunu göstermektedir.

Doğrusu hukukun genel ilkelerini saptama gayreti uzun zamandan beri Alman doğal hukuk öğretisinin kendine özgü özelliği olagelmüş ve pozitif hukuk felsefesi tarafından ondan devralınmıştır. Örneğin on sekizinci yüzyılda hüküm süren Christian Wolff’un doğal hukuk okulunun bir yandaşı ve kuralcı olan buna karşılık çok etkileyici bir yazar olmayan fakat bu yönelimde etkili olan Daniel Nettelblatt, 1749’da basılmış olan *Systema elementare universæ Jursiprudantiæ positivæ*’sinde “jurisprudencia specialis” ve generalis arasında bir ayırım yapmıştır: “generalissimæ veritates de iuribus et obligationibus etiam peculiarem iurisprudantiæ positivæ partem constituunt, quam iurisprudentiam positivam generalem appello” (§. 21) [Haklardan ve borçlardan kaynaklanan en genel hakikatler; bundan dolayı pozitif hukuka ait özellik inşa eder, böylece ben buna genel pozitif hukuk diyorum].

Görünüşe göre bu, genel olarak on sekizinci yüzyıl literatürü itibarıyla, Austin için hemen bilinir olmamıştı. Fakat, daha erken bölümlerini tamamıyla incelemiş olduğu Falck’ın *Encyclopædia*’sı – hem yazar hem kitap bir şekilde Austin tarafından fazla büyütülmüş, bugün neredeyse unutulmuşlardır – Naturrecht’in yerine “genel hukuk doğruları ve bir genel hukuk teorisi”³⁷ inşa etme işini tartıştığı, anlamlı bir incelemeyi “Naturrecht und allgmeine Rechtslehre” (§. 48 f.) içermektedir. Falck’ın burada hukuki kavramların analitik bir gelişiminin gerekliliğinden bahsetmesi not etmeye değerdir: “Die allgemeine Rechtstheorie kann daher nur durch eine analytische Entwicklung gegebener Begriffe zu Stande kommen” [“Genel hukuk teorisi, ancak anılan verili kavramların analitik gelişimi yoluyla bir yetkinlik seviyesine erişebilir”] (§. 55). Bütün bunlar bize Austin’i hatırlatıyor³⁸ ve eğer yanılmıyorsam son Denemesinde Profesör Manning bu benzerliği fark etmiş görünüyor.³⁹ Fakat Falck’ın zihnindeki genel teoriler Austin’in kavrayışına tam olarak tekabül etmez. Falck hukuk ilkelerinin türetilmesini pozitif hukuktan *farklı* şekilde, aslında bir çeşit doğal hukuk anlayışından güçlülükle ayırt edilen bir şey olarak tasarlar.⁴⁰ Dahası Falck’ın bu pasajında bulunan⁴¹, “analiz” ve “analitik yön-

³⁶ Cf. Jurisprudence (5th ed.), pp. 714, 1090.

³⁷ Nettelblatt’tan yukarıda yapılan alımta bulunan, “genel hukuk hakikatleri” (“allgemeine Rechtswahrheiten”) doğal hukuk öğretisinin “veritates iuridicæ”sine teka-bül eder.

³⁸ Cf. Austin, *On the Uses of the Study of Jurisprudence* (p. 1075): “Fakat bu ilke, nosyon ve ayrımların mutlaka kullanmamız gereken belirli temel terimlerin anlamlarını doğru olarak belirlediğimiz dikkatli analize kadar, bir açıklamasına girişmek imkansız ya da yararsız olacaktır.”

³⁹ *Modern Theories of Law* (1933), p. 185.

⁴⁰ Cf. Berbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, p. 291, §. 23.

tem” ifadeleri, Austin’in “analiz etme” tarzının Alman hukuk yönteminin kendine özgü özelliği olmasından daha fazla, çağdaş Alman hukuk felsefesinin yerleşik ya da yaygın terimleri değildir. Austin’in kendisi “On the Study of Jurisprudence” başlıklı dersinde kavramları, onları sadece tanımlamak yerine, analiz etme yöntemine açıkça karşı çıkar.⁴² Fakat, Austin tarafından iyi bilindiğine şüphe olmayan Falck’ın bu görüşleri, ona bazı fikirler vermiş olabilir; her durumda Alman kitapları yalnızca gerçekleştirmek için hiçbir çaba olmaksızın yalnızca muğlak bir program içerirler. Austin’in çalışmalarıyla bir bütün olarak karşılaştırılabilir, bir etkili girişim, daha sonra benzer başarılar gösterilmişse de, çağdaş Alman hukuk literatüründe var olmamıştır. Austin’in çalışmaları, mevcut halleriyle, bu zamanda – eğer bunu hayal etmek mümkün ise – bir Alman tarafından yazılmış olsaydı var olan çalışmalarla daha yakın ilişki içinde olur, bu ülkede zaman içinde ulaştığı böyle bir temel önemi kazanmaz gene de meselelerini ortaya koyarken ki özgünlük, açıklık ve bağımsızlık ve yönteminin sağlığı onları çok yeni ve önemli bir şeyin ortaya çıkışı haline getirirdi.

“Jurisprudence or the *Philosophy of Positive Law*” başlığının, doğrudur, bir bölümünü, kendisinin söylediği üzere, Austin, bundan ayrı olarak çok da ortak özelliği olmadığı, Hugo’nun çok sayıdaki küçük ders kitaplarından biri olan “*Naturrecht als eine Philosophie des positiven Rechts*”ten ödünç almıştır. Fakat, bu zamanda Almanya’da ortaya çıkan ve Falck’ta⁴³ tartışmasını bulduğu “pozitif hukuk felsefesi” ifadesinden etkilenmişti: saf hukuka karşı felsefe; doğal hukuk ve etiğe karşı pozitif hukuk.⁴⁴

Austin’e özgü doktrinlerin Alman itici gücüne hangi ölçüde bağımlı olduğu üzerinde düşünmeye döndüğümüzde, çalışmalarının çeşitli bölümleri arasında ayırım yapmalıyız.

⁴¹ Cf. Falck, *op. cit.*, §. 57: “auch die Lehren des positiven Rechts sind, um sie vollständig zu erkennen, *analytisch* zu entwickeln.” [“pozitif hukuk öğretilerinin bütünsel olarak algılanabilmesi de, ancak bunların analitik gelişimlerinin irdelenmesiyle mümkün olmaktadır.”]

⁴² *Jurisprudence*, p. 1075-6.

⁴³ Falck, *op. cit.*, §. 53.

⁴⁴ “Pozitif hukuk” İngiltere’de uzun zamandan beri bilinen bir ifadeydi. Örneğin – ilk defa olmamakla birlikte – Hobbes, *Leviathan*, II, 26 ve Hume, *Treatise of Human Nature* (Oxford, 1896), p. 561’de kullanılmıştır. Fakat kullanımı yaygın değildi ve Blackstone ve Bentham’da teknik bir terim olarak bulunmamaktadır. Diğer taraftan, doğal hukuk ve doğal hukuk felsefesinin karşıtı olarak “pozitif hukuk” ve “pozitif hukuk felsefesi” Alman hukuk düşüncesinde çok büyük bir rol oynamıştır. Bu olgu, E. Jenks, *New Jurisprudence* (1933), pp. 41-2’ta, Dekan Roscoe Pound, *Harv. L. R.*, XLVII (1934), p. 894 tarafından eleştirilen bir görüş olan, bu ifadenin Austin tarafından Alman çağdaşlarından ödünç aldığı varsayılmasına neden olmuştur. Austin’in Blackstone, edited by E. Christian, London, 1809 kopyasında, editörün “pozitif hukuk” nosyonunu ele almasına ilişkin bazı notları tespit edebildim. Büyük ihtimalle Austin’in erken döneminde incelemiş olduğu bu kopyada ilgili pasaj kenar notunu şöyle gösteriyor: “Ahlak yasaları ya da doğal yasalar (tüm zamanlar ve mekanlarda kullanılması için belirlenen yasalar) ve yalnızca pozitif yasalar olan yasalar (kısa süreli ya da bölgesel kullanıma ilişkin olan) arasındaki ayırım”. Bu şekilde Austin’in “pozitif hukuk” ifadesine Alman incelemelerinden önce zaten aşına olduğu ispatlanmış sayılabilir.

[Çalışmalarının], kendisinin yayınladığı ve doktrinleri içinde açık ara en çok tartışılanı olan, adlandırıldığı şekilde Austinci hukuk teorisini içeren, ilk ve en olgun bölümü “The Province of Jurisprudence determined”da Alman etkisi güçlükle göze çarpar. Görünüşe göre ana hatları halihazırda, Almanya’ya gelmeden önceki Hobbes, Bentham ve başkalarına ilişkin önceki çalışmalarının etkisi altında belirlenmişti. Austin’in, Baro için hazırlanırken, “hukukun ilkelelerini açığa kavuşturmak” görevinin bilincinde olduğuna ilişkin kanıtlar mevcuttur.⁴⁵ Alman incelemelerinin bazı altta yatan fikirleri olabilir. Bununla birlikte meydana gelen ilginç tesadüfler bu tür bir etkiye atfedilemez. Nitekim hukukun emir olduğu görüşü doğal hukuk doktrininde temellenir ve Pufendorf ve daha sonraki Alman yazarlarda⁴⁶ olduğu gibi Hobbes, Paley⁴⁷, ve Blackstone’da da bulunacaktır. Fakat emir kavramının açık analizi ve emredici hukuk kuralları alanının sınırlanması Austin’in kendisinin eseridir. Ondan bağımsız olarak ve çok daha sonra, medeni, ceza ve anayasa hukuklarında önemli olan, Alman *Normen* (normlar) teorisi, onunkilere yakın şekilde benzer sonuçlara ulaşmayı başarmıştır.⁴⁸ Aynı şekilde hukukun zorlayıcı niteliği doktrinini Almanlar gibi, daha önceki İngiliz yazarlar tarafından da ifade edilmiştir. Austin’in çalışmalarında çok temel olan, hukukun ve ahlakın sınırlanması Alman doğal hukuku ve hukuk felsefesinin çabalarının da amacı olmuştur ve nitekim burada Dekan Roscoe Pound, Austin’in öğretilerindeki Kantçı etkiyi işaret etmiştir.⁴⁹

Çalışmalarının daha sonraki ve ölümünden sonra yayınlanan bölümleri tamamen başka türdür ve meselemiz bunlar dikkate alınmadan – bazen böyle olduğu görünmesine karşın – ele alınmamalıdır. Burada Alman Roma ve Pandekt hukuku eğitiminin kendine özgü özelliğinin yadsınmayacak şekilde farkına varabiliriz. Bu olmaksızın hakim nosyonlar ve özellikle kaynaklar⁵⁰ ve, Austin’in Roma hukukuyla çok uğraştığı, hukukun amaçlarının kısımları oldukları şekilleriyle güçlükle yazılabilir.

Austin’in açık hukuki kavramlara biçim verme ve onları belirleme gayreti benzer bir Alman eğilimi ile kesişmiştir. Kökenleri daha sonraki Alman doğal hukuk öğretisinin içindeydi ve, sık sık yozlaşarak biçimsel bir “Begriffsjurisprudenz”in skolastisizmine dönüşmüş olduğu, on dokuzuncu yüzyıl pandekt

⁴⁵ Bkz. *Memoir of the Right Hon. Sir John Pattenon*, p. 10. Janet Ross, *The Fourth Generation*, p. 73. Cf. ayrıca Ross, *Three Generations*, pp. 55, 364.

⁴⁶ Cf. S. Pufendorf, *De Off. Hom. et Civ.*, I, ii, 2. D. Nettelbladt, *Nova Introductio in Jurisprudentiam Positivam Germanorum Communem* (Halle, 1772), §. 458. Pozitif hukuka ilişkin kimi fikirler şuradan edinilebilir, L. A. Warnkönig, *Versuch einer Begründung des Rechts durch eine Vernunftidee* (Bonn, 1819).

⁴⁷ W. Paley, *The Principles of Moral and Political Philosophy* (4th ed., London, 1787), I, p. 4: “Yasa yalnızca emir vermek için konuşur, yalnızca icbar edebileceği zaman emir verir.”

⁴⁸ Alman *Normen*-teorisinde Austin’e gönderme yalnızca şurada bulunur, A. Affolter, “Zu Normentheorie,” *Arch. f. öffentl. Recht*, XXIII (1908), pp. 361 ff.

⁴⁹ Bkz. Roscoe Pound, *Interpretations of Legal History* (Cambridge, 1923), pp 98-9. *Law and Morals* (2nd ed. 1926), p. 11, n. 26, p. 97. Genel olarak Austin Kant’ın felsefesinden hoşlanmadığını ifade etmiştir (*Jurisprudence*, p. 940).

⁵⁰ “Fontes iuris” ve “Rechtsquellen”in çevirisi olarak “hukukun kaynakları ya da pınarları” ifadesi Austin tarafından alınmış hale getirilmiştir (cf. *Jurisprudence*, pp. 35, 510 ff.).

biliminin en temel özelliklerinden biri olmuştu. Austin kesinlikle, gelişiminin görece erken bir dönemdeki Alman kavramcı yönteminden çok şey öğrenmiştir. Bu hukuki düşünüş tarzı kendisinininkine benzerdi ve pandekt yöntemlerinde yetişmiş bir Alman hukukçu Austin'in çalışmalarının çoğu bölümünü neredeyse kendi hukuk literatürünün ürünleriymiş gibi kolaylıkla okur. Austin Almanların, bir dogmatik hukuk bilimcisi olarak adlandırdıkları, yüksek bir dereceye sahipti.⁵¹ Zaman zaman ifade edilen Austin'in yönteminin Almanlardan, metafizik olmayarak, farklılaştığı görüşü⁵² bana göre önyargılıdır. En azından, ana etkinin kendisini gözler önüne serdiği söz konusu noktada, Almanların yöntemi esas olarak yargılamaya ilişkindir ve muhtemelen Austin'inkinden daha kullanışlıdır.

Alman etkisini ayrıntılı olarak belirleme girişimi, Almancada "Dogmengeschichte" olarak adlandırılan, hukuki fikirler tarihinde bu makaleye sıkıştırılmayacak bir dizi çok ince araştırmayı gerektirecektir.⁵³ Bu özellikle Austin'in Alman sistematik teorisinden devraldığı kavramlara değindiği pasajlarda fark edilebilir. Önemli bir örnek, kavramlarının sisteminde merkezi bir yer tutan ve tekrar tekrar tartıştığı – kaynağı Roma davalar hukukunda olduğu doğru olmakla birlikte tamamen, özellikle Austin tarafından dikkatlice incelenmiş olan, Thibaut'un bir makalesi ile modernize edilmiş – "iura in rem" ile "iura in personam" ayrımında bulunabilir.⁵⁴ İki kişi türü arasındaki fark Blackstone'un Commentaries'inde bulunacaktır. Fakat, bu zamanda Hugo ve diğerleri tarafından o zamana kadar kullanılan "manevi kişi ["*moral person*"]" terimi yerine getirilmiş olan, Austin'in kullandığı "tüzel kişi ["*legal person*"]" terimi Almanca "juristische Person"un bir çevirisi gibi gözükmektedir. Tüzel kişilere ilişkin kısa açıklama, açıkça Alman kitaplardan etkilenmiştir.⁵⁵ Austin'in sevdiği konulardan biri haksız fiil ve ceza teorisiydi – Digest'in ondaki kopyasının hemen hemen her bölümünde, ceza hukukuna ilişkin son kitaplarda olduğu gibi, çok sayıda kenar notu vardır – ve hukukun bu alanındaki yukarıda bahsedilen Alman ders kitaplarının genel kısımlarından açıkça çok faydalanmıştır.

Örnekler çoğaltılabilir. Yabancı doktrinlerin kabulü, hukuk felsefesinin İngiltere'de hala uğruna mücadele ettiği popülaritenin eksikliğine katkıda bulunmuş olabilir. Austin bir şekilde, İngiliz hukuk felsefesinin, İngiliz hukukuna kendine özgü büyüklüğünü veren aynı yerli malı özelliğini taşıyor olması gerçeğinden sorumlu tutulabilir; gerçekten o bir İngiliz hukukçusundan daha çok bir romanisttir ya da daha ziyade bir pandektisttir ve pandekt hukukuna ilişkin Alman kitaplarının – genellikle adlandırdığı şekliyle "modern Roma hukuku bilginlerinin" yazdıklarına – otoritesine İngiliz mahkemelerinin kararla-

⁵¹ "Dogmatik" kelimesinin Austin tarafından tarihiye karşıt olarak arada sırada kullanılması tahminen Almandan ödünç alınmıştır (e.g. *Jurisprudence*, pp. 1027, 1090: "tarihçi-dogmatik").

⁵² R. A. Eastwood and G. W. Keeton, *The Austinian Theories of Law* (London, 1929), p. 7.

⁵³ Daha sonraki kapsamlı bir çalışmada İngiliz ve Alman hukuk felsefelerinin bazı noktalarını işleyebilmeyi umuyorum.

⁵⁴ Bu tür bir başka örnek olarak külli intikal nosyonundan bahsedilebilir.

⁵⁵ "Prædium dominans"ın bir tüzel kişi olduğu görüşü Austin tarafından Mackeldey'in ders kitabında bulunabilirdi, p. 142.

rmadan çok daha sık göndermede bulunur. Austin'inki gibi bir İngiliz hukuk felsefesinin inşa edilmesinin İngiliz hukukunun herhangi bir zamanda olduğundan daha sistemleştirilmiş bir kanunlar külliyyatının yardımı olmaksızın mümkün olup olmadığı tartışmaya açıktır. Her durumda Austin'in Alman Roma hukuku sistemi ile temasının onunla bitmemiş olması, Savigny, Ihering ve daha yakın zamanda Gierke'nin de daha sonraki Alman teorilerinin, Austin'in önemli halefleri olan Holland, Salmond ve Sir Frederick Pollock tarafından benzer şekilde kullanılmış olması kayda değerdir.

VI

Austin'in on yıllar boyunca Almanya'da tamamen tanınmamış olması, Alman hukuk felsefesinin, büyük kısmının yabancı ve özellikle İngiliz kitaplarına nadiren göndermede bulunduğu, on dokuzuncu yüzyıldaki katı bir özerk yapılmışlığının sonucudur. Bu, Austin'in gerek çalışmasının genel kavrayışında gerekse de birçok belirli doktrininde, daha sonraki Alman gelişmelerini öngörmüş olmasından ve onları zamanında ayakta tutmuş ve ilerleme göstermesini sağlamış olabileceğinden dolayı çok üzücüdür.

Ona ilk kez ilgi gösterildiği bazı noktaları kaydetmek yararlıdır.

Bulmuş olduğum, çalışmalarından ilk kayda değer bahsetme tüm ülkenin hukuk literatürüne karşı, bunun öyle ya da böyle doğal hukuk fikirleriyle birlikte tınladığını ileri sürerek en keskin eleştiri yöneltmiş olan, Karl Bergbohm'un 1892 tarihli, büyük olasılıkla Almanya'daki hukuksal pozitivismen en aşırı ifadesi olan, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*'dedir. Austin, olağanüstü bir okuyucu olan Bergbohm'un dikkatinden kaçmamıştır ve şiddetli pozitivist zihniyetiyle Austin'in öğretilerine karşı çekim duyduğu, onu "olağanüstü zeka ve hayranlık uyandırıcı anlaşılabilirliğe sahip bir hukuk bilimcisi" olarak tarif eder (p. 13), açıktır.

Bierling ve Stammer'in tekrar eden, örneğin bir genel hukuk teorisi, bir "allgemeine Rechtslehre"⁵⁶, inşa etme, girişimleri İngiliz öncellerine ilişkin herhangi bir bilgi sunmaz. Bir Macar hukuk bilimcisi olan Felix Somló'nun, 1918'de Almanca yayınlanan, *Juristische Grundlehre*'si için Austin'in çalışmalarında en önemli örneği ilk kez keşfeden kişidir ve ona, Austin'in doktrinlerinin bilinirliğinin yayılmasına çok büyük katkı sağlamış olduğu, göndermelerde bulunmaya devam etmektedir.⁵⁷ [Somló'nun] Macar olması yalnızca bir tesadüf değildir. On dokuzuncu yüzyılda Macar hukuk felsefesinin önde gelen figürü Augustus Pulszky, gençliğinde babası, ünlü Francis Pulszky yüzünden siyasi nedenlerle geçici göçmenlikten dolayı İngiltere'ye getirilmiş ve eğitiminin bir bölümünü bu ülkede almıştır. Dikkate değer, bildiğim kadarıyla çok az fark edilmiş, çalışması *The Theory of Civil Law and Society*'yi yayınlamış, ayrıca İngilizcesi de mevcuttur (Londra, 1888) ve, *Ancient Law* kitabının bol miktarda açıklayıcı notları içeren bir Macarca çevirisini 1875'te yayınlamış olduğu, Sir Henry Maine'nin anısına ithaf etmiştir.⁵⁸ Bu çevirinin önsözü ve notlarında Pulszky sık sık, sınırlı kapsamı dahilinde klasikler arasına katılmaya hak etti-

⁵⁶ Bu girişimlerin bir incelemesi şurada verilmiştir, F. Somló, *Juristische Grundlehre* (1917), pp. 8 ff.

⁵⁷ Cf. Ayrıca E. Rogium, *La Science juridique pure* (Paris-Lausanne, 1923), I, pp. 1 ff.

⁵⁸ *A jog oskora* (Budapest, 1875).

recek mükemmeliyet ölçüsünü başardığını belirttiği, Austin'in çalışmalarına göndermede bulunur. Bu temasın bir sonucu olarak uzun yıllar boyunca Macaristan'da, İngiliz hukuk felsefesi ve siyaset bilimi ile bağlantı Almanya'dakinden bir dereceye kadar daha yakındı.⁵⁹

Austin'le azımsanmayacak ortak yönü bulunan⁶⁰, Avusturyalı Hans Kelsen'den çok etkilenen Danimarkalı Alf Ross'un hukuk kaynakları teorisine ilişkin en öğretici karşılaştırmalı incelemesinde⁶¹ Austin'in hukuk teorisinin yakın zamanda eksiksiz ve övgü dolu bir değerlendirmesini yapmış olması da sadece tesadüf değildir.

Fakat son yıllarda Almanya'da hem İngiliz hukukuna ve hem de Austin'in ilk savunucusu olduğu belirli teorik eğilime büyüyen ilgiyi canlandıran, esas olarak karşılaştırmalı hukuk incelemesine yönelik güçlü itici güçtür.

Ve böylece John Austin'in adı – çok geç, doğru, belki de fazla geç – yabancı ülkelerdeki eğitimli hukukçuların genel bilincine gitgide daha fazla girmekte. Tarzı birçok açıdan Alman okuyucuya özellikle uygun gözüküyor olabilir. Eğitimlerinde onu anlamayı öğrenebilmiş olanlar, her kim olursa olsunlar, birçok üzücü hayal kırıklığından acı çekmiş olan ve bir düşünür olarak önemli olduğundan bir insan olarak daha az değerli olmayan bu kişinin, parlak akıllı ve katı dürüstlüğü ve kendi kendisini eleştirebilmesine belirli bir sempati ve hayranlık duyarlar.

⁵⁹ Pulszky'nin öğrencisi ve halefi olan Julius Pikler de İngiliz faydacı düşüncesinden etkilennmiştir. Bir Macar hukukçu olan Géza Kiss Somló'dan birkaç yıl önce Austin'in teorisine üzerine Almanca bir makale yayınlamıştır, *Archiv für bürgerliches Recht*, 39 (1913), pp. 265 ff., 276 ff.

⁶⁰ Cf. H. Lauterpacht in *Modern Theories of Law* (London, 1933), p. 116, n. 1.

⁶¹ Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen* (Leipzig and Vienna, 1928), pp. 75 ff., 83 ff.