

FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY: TARİHSEL HUKUK OKULU GELENEĞİ

Yard. Doç. Dr. Kasım Akbaş*

“Modern hukuk kuramı hiç kuşku yok ki, Alman yapımıdır.” (Sheldon Amos, 1872)

1. Giriş

Türkiye’deki hukuk düşüncesinin, 19. yüzyıl Alman hukuk düşüncesine en köklü etkiyi yapmış olan Friedrich Carl von Savigny’den (1779-1861) mahrum kalmış olması üzücüdür. Bugün Kıta Avrupası geleneği olarak adlandırdığımız, Batı dünyasında *civil law* diye bilinen hukuk anlayışı, Roma-Cermen hukuk ailesi olarak da anılmaktadır ki, bu geleneğin günümüz modern versiyonlarını 19. yüzyılda Alman hukuk çevrelerindeki tartışmalar ortaya çıkarmıştır. Savigny bu tartışmanın köşe taşlarından birisi olarak, üzerinde etkili olduğu dönem itibarıyla, günümüz Kıta Avrupası hukuk geleneği açısından önemli bir –kimilerine göre en önemli- hukukçudur. Zira döneminin hukuk tartışmaları içerisindeki pozisyonu, rakiplerinin ve yandaşlarının argümanlarının belirlenmesinde kullanılacak bir kistas oluşturur. Savigny’nin kurduğu Tarihsel Okul, kendisinden sonra Pandekt hukuk yaklaşımını etkilemiş; bu yaklaşım modern hukukun günümüze kadar uzanan ana kavramlarını ortaya koymuştur.¹ Buna rağmen, Savigny Türkçe’de çok az sayıda akademik çalışmaya konu olmuştur. Geçerken yapılan “Tarihsel/tarihçi hukuk okulu da var” atfı dışında, yalnızca bu okula ve Savigny’ye özgülenmiş Türkçe çalışmaların sayısı bir elin parmaklarını geçmez.²

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı-Tepebaşı Eskişehir. kakbas@anadolu.edu.tr.

¹ Pandekt Hukuku için bkz. Küçük, E. (2007). XII. Yüzyıl Rönesansı ve ‘Yeniden Doğan’ Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka. Pandekt Hukuku. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 56/4: 111-122, s. 118.

² Belki de haksızlık etmemek gerekir, zira benzer durum Almanca da dahil olmak üzere diğer diller için de söz konusudur. O kadar ki, Joachim Rückert, Savigny’nin günümüze kadar ulaşan etkisinden söz ettikten sonra aslında bu etkinin 1900’den sonra ancak dolaylı olarak ortaya çıktığını belirtir. Rückert, ilginç bir gözlemini de paylaşır. Önde gelen Medeni Hukukun Genel Esasları ve Borçlar Hukuku kitaplarında Savigny atfının peşine düşerek 1900 öncesi bir kitapta her beş sayfadan birinde Savigny’ye atfı yapıldığını, 1900’den sonra ise bunun önceleri her 11 ve 24 sayfadan 46 ve 80 sayfada bire kadar düştüğünü belirtir. Ünlü Larenz’in Genel Esaslar ve Borçlar Hukuk kitaplarında Savigny’ye yalnızca bir kere atfı bulunulmuştur (Rückert, J. (1989). The Unrecognized Legacy: savigny’s Influence on German Jurisprudence after 1900. The American Journal of Comparative Law, 37: 121-137, ss. 127-128). Savigny’nin İngilizce konuşulan ülkelerde yarattığı etkiye ilişkin olarak (bkz. Hoeflich, M. H. (1989). Savigny and his Anglo-American Disciples. The American Journal of Comparative Law, 37: 17-37). Harika bir Savigny-O.W. Holmes karşılaştırması için ise (bkz. Posner, R. A. (2001). Fronti-

Kendisini Kıta Avrupası geleneği içerisinde konumlandığımız Türk hukukunun ve hukuk anlayışının dolaylı da olsa Savigny'den etkilenmemiş olması mümkün değildir.³ Bu gelenek içerisinde günümüze ulaşan hukuk yaklaşımları, Savigny'nin kuramıyla hesaplaşarak, diyaloğa girerek veya onu aşarak var olmuşlardır. Böylece, bugün Türkiye'de kendisini bir hukuk yaklaşımının devamcısı olarak gören veya bu yaklaşımlarla hesaplaşmak durumunda kalan her hukukçunun Savigny ile öyle veya böyle temas etmesi gerekir.

Bu giriş bölümünde kısaca ifade etmek gerekirse, Savigny bir Roma hukukçusudur ve *hukukun ilkelerini* bu kadim hukuk yaklaşımından damıtmaya çalışır. Buraya dikkat çekelim: Savigny geçmişin Roma Hukuku'nun kendi döneminin Almanyası'nda aynen uygulanmasını talep eden bir dogmatik değildir. Roma Hukuku'nun uygulandığı dönemde karşılık verdiği ihtiyaçları da içerecek bir analizden yanadır. Eğer ulaşılabilecek ise *ilkelere* böyle ulaşılabilir. Bir başka deyişle, Roma Hukuku ilkeleri, aklın evrensel ilkeleri değil, belli bir tarihsel dönemin ürünüdür.⁴ Dolayısıyla hukukçunun araştırma konusunun bir parçasını, tarihsel bir ürün olan hukuk düzeninin içerisinde işlediği sosyo-kültürel yapı oluşturmalıdır.

Bu araştırma *salt tarih* olmayacaktır. Zira araştırılan Roma Hukuku tarihi değildir. Araştırılan bir sosyal kurumun (*hukukun*) işleyiş mantığı ve sürecidir. Araştırma ancak böylelikle, bir *kronoloji* olmaktan çıkıp, sistemik ve sistematik bir nitelik kazanabilir.

Ayrıntıyı aşağıya bırakarak, burada kabaca özetlediğimiz bu yaklaşımın vaad ettiği yönetsel enginlik ve farklılık vurgulanmalıdır. Savigny ile belki de ilk kez, hukukun ancak aynı anda tarihin, mantığın, felsefenin, sosyolojinin yöntemleri kullanılarak analiz edilebileceği ileri sürülmektedir. Zira hukuk hem tarihsel hem de felsefidir.⁵ Savigny'nin bu tarihsel-toplumsal perspektifi, değil yönteminin, henüz sosyolojinin kendisinin ortaya çıkmadığı bir dönemde ileri sürdüğü de mutlaka akılda tutulmalıdır.

ers of Legal History. Cambridge: Harvard University Press, ss. 193-221). Ayrıca belirtmeye sanırım gerek yoktur: Savigny adı bugün Türkiye'de yalnızca Hukuk Felsefesi kitaplarında ve derslerinde geçmektedir. İstisnalardan biri ise Ali Acar'ın yüksek lisans çalışmasıdır.

³ Hemen örnek verelim: Vasfi Raşit Sevig, 1947'de yayımladığı makalesinde "Fransız, İsviçre, Türk ve nihayet Avrupa kıtası Medenî Kanunları üzerinde tesirini gösteren Alman borçlar nazariyesinin, daha doğrusu nazariyelerinin doğmasına Savigny'nin XIX üncü asırda (1839-1853) müdafaa eylemiş olduğu borç kavramı sebep olmuştur. Alman müellifleri Savigny'nin nazariyesini kabul etmiş değillerdi. Alman nazariyeleri Alman müelliflerinin Savigny'nin nazariyesini ret ve cerheyemelerinden çıkmış ve gelişmiştir" demektedir (Sevig, V.R. (1947). Hukuk Mukayesesi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (1/4): 168-261, s. 208).

⁴ "Tarihçi Hukuk Görüşünün böylece, yasa koyucunun iradesinin dışında, objektif ve doğru bir hukuk araması, doğal hukuk anlayışı ile aralarında bir koşutluk (paralellik) görülmesini haklı kılmaz.... Tarihçi Hukuk Görüşü, doğru hukukun halk ruhudan çıkacağını söylemekle, ayrıca bir pozitif hukukun varlık hakkını reddettiği gibi, bu doğru hukukun sadece her somut toplumun kendisi için geçerli olacağını bildirmekle de, onun evrensel bir niteliğe sahip olamayacağını açıkça ortaya koymaktadır; öyle ki, bu görüşü ile Tarihçi Hukuk Okulu, doğal hukukla koşutluk şöyle dursun, ona karşı bir tutum almış olmaktadır." (Aral, V. (2012). Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları. Üçüncü baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 206)

⁵ Siimets-Gross, H. (2006). Scientific Tradition of Roman Law in Dorpat: usus modernus or Historical School of Law? Juridico International, XI: 76-84, s. 78.

2. Felsefi ve Tarihsel Arka Plan

Avrupa'da 19. yüzyıl hukuk tarihi üç ana tema etrafında özetlenebilir: modernitenin doğası ve evrimine ilişkin sosyolojik ilgi; yerel, bölgesel, dinsel kurumlar yerine, ulusal ve sosyal yaşamın devlet kavramı çerçevesinde ele alınmasını gerektiren siyasal ilgi ve yüzyılın sonuna doğru da, üretim kapasitesi ile hukuki düzenleme arasındaki ilişkiye odaklanan iktisadi ilgi.⁶

19. yüzyıl Almanyası'nda yeni bir kavram olarak ortaya çıkan *Rechtswissenschaft*⁷, yalnızca yeni bir araştırma alanının ya da hukuk yaklaşımının değil, önceki dönem hukuk anlayışlarına karşı metodolojik bir karşı çıkışın ifadesidir⁸.

19. yüzyıla gelene kadar, Alman hukuk düşüncesine damgasını vuran hukuk kuramı Doğal Hukuk olmuştur. 17. ve 18. yüzyılın Rasyonalist Doğal Hukuk (Almanca "*Vernunftrecht*"; İngilizce "*Law of Reason*") olarak adlandırabileceğimiz hukuk düşüncesi geleneği, 18. yüzyılda Almanya'da Christian Wolff (1679-1754) şahsında temsillenmektedir ve esasen bir hukuk yaklaşımı değil, hukuk kurallarının felsefi *maxim*lerden çıkartılabileceğini ileri süren bir felsefedir⁹.

Immanuel Kant (1724-1804) öncesindeki bu doğal hukuk anlayışının problemi, felsefi/ahlaki ilkeler ile hukuksal kuralların veya bir başka ifade ile "*a priori* ve görgül öğeler" in karıştırılmış olmasıdır.¹⁰ Oysa Kant, bunların her birinin ayrı doğası olduğundan hareketle, farklı metodolojik süreçlerin gerekliliğini vurgulamıştı.¹¹ Kant'a kadarki doğal hukukçular etik ile hukuku birbirine

⁶ Getzler, J. (2003). Law, History, and the Social Sciences: Intellectual Traditions of Late Nineteenth- and Early Twentieth-Century Europe. Law and History: Current Legal Issues 2003 Vol. 6, ss. 215-263. New York: Oxford University Press, s. 215.

⁷ Rechtswissenschaft Türkçeye pozitif hukukun bilimi olarak da çevrilebilir. Kavram İngilizce'de Jurisprudence ile karşılanmakta ve bu kez hukuk biliminin yanı sıra "hukuk kuramı" hatta "hukuk felsefesi" olarak da çevrilmeye müsait hale gelmektedir. Oysa 18. yüzyıl Almanyası'nda Rechtswissenschaft tam da hukuk felsefesinin karşısı olarak ortaya çıkmıştır. Zira Kantçı anlamda hukuk felsefesi, saf akıl aracılığıyla elde edilecek ideal standartları ifade etmektedir. Oysa hukukçuların uygulayacağı mevcut kuralların bilgisine deneyimle, dolayısıyla ampirik olarak ulaşılabileceği ve Rechtswissenschaft bu işi ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

Bu çalışmada, durumun gereğine göre, her bir anlamı karşılayacak kullanıma da yer verilecektir. Bu ilk kullanımda ise, bir hukuk anlayışı olarak ortaya çıkan bu kavramın, pozitif hukukun bilgisinin saf akılsal bir yöntemle değil, bilimsel bir ilgiyle ele alma iddiasına karşılık verdiğini de ifade etmeye vesile olması bakımından orijinal hali alınmıştır. Şunu da ifade edelim ki, Wissenschaft kavramı Almanca'da sistematik bir araştırma ve öğretim içeren her türlü çalışma, disiplin ya da bilim alanı için kullanılmaktadır. Böylece Rechtswissenschaft deyişi daha baştan itibaren pozitif hukukun nasıl ele alınması gerektiğine ilişkin bir iddia içermektedir.

⁸ Reimann, M. (1990). Nineteenth Century German Legal Science. Boston College Law Review, 31(4/2): 837-897, s. 842.

⁹ Ibid., s. 844.

¹⁰ Copleston, F. (2004). Felsefe Tarihi Cilt 6. Üçüncü baskı. İstanbul: İdea Yayınları, s. 160. Hatırlatalım; Kant'ın burada, bu iki öğeyi karıştırmakla itham ettiği kişi Wolff'un ta kendisidir.

¹¹ Nitekim Saf Aklın Eleştirisi tam da bu saptama ile başlamaktadır: "Deneyim hiç kuşkusuz anlayışımızın duysusal izlenimlerin ham gerecini işlemede ortaya çıkardığı ilk üründür. Tam da bu nedenle ilk öğretimdir ve ilerlemesinde yeni şeyler öğretmede öyle tükenmez bir kaynaktır ki, tüm gelecek kuşakların birbirine bağlı yaşamlarında bu

karıştırıyorlardı. Fakat Kant etik standartları içsel, hukuksal standartların ise dışsal olduğunu söylemekle bu problemi ortadan kaldırmıştı. Keza doğal hukukçular, gerçekliğin bilgisi ile ideal standart arayışını da birbirine karıştırıyorlardı. Kant, deneyim yoluyla elde edilen bilgi ile saf akıl yoluyla elde edilen bilginin farklı olduğunu ortaya koydu. Öyleyse pozitif hukukun bilgisi ve bu bilgiye ulaşma yöntemi farklı, ideal standartların araştırılma şekli farklıdır. *Hukuk Felsefesi* olarak adlandırılan araştırma alanı Kant -ve daha sonra Hegel tarafından- böylece *ideal standartların araştırılmasına* yönelmekle tanımlandı. Pozitif hukuk ise pozitif hukuk biliminin konusuydu fakat Kant (ve izleyicileri) bu bilimin nasıl yapılacağı hakkında bir şey söylemediler.

18. yüzyıl Rasyonalist Doğal Hukuk yaklaşımının eleştirisi olarak ortaya çıkan ve Kant'ın *wissenschaft* kavramından hareket eden "yeni hukuk bilimi" ise Wolffçu yaklaşımın spekülasyonlarından kurtulabilmek üzere; birincisi, yalnızca, hukukun ampirik olarak incelenebilecek kısmı olan pozitif hukukun bilimi olmalıydı ve ikincisi, konusunun özünün yapısına ilişkin bir gelişim göstermeli yani bilimsel bir sistem geliştirebilmeyi hedeflemeliydi.¹²

"Yeni hukuk bilimi"nin önünde duran bu ödev, üç temel soruyu beraberinde getirir. İlk olarak, eğer hukuk bilimi ampirik olacak ise, ampirik olarak incelenecek veri nereden elde edilecektir? İkincisi, geliştirilmesi hedeflenen sistemin özellikleri neler olacaktır? Üçüncüsü, ampirik ve sistemsal sorunlara ilişkin bu yaklaşımlar bir araya nasıl getirilecektir?

İlk soruya verilen yanıt, yeni bir düşünce döneminin başladığının da işaretidir: Ampirik veri tarihten elde edilecektir. Bu yanıt, rasyonalizmden *histosizme* (tarihselciliğe) geçiş anlamına gelir. Böylece artık hukuk bilimi mantıksal ve dedüktif bir çıkarıma indirgenemeyecek, aksine hukukun kendisi tarihsel bir olgu olarak ele alınacaktır.¹³

Böylece 19. yüzyıla gelindiğinde Alman hukuk düşüncesinde karşımıza üç dönem olarak sıralanan yöntemsel farklılıklar çıkmaktadır. Bu dönemler; eski doğal hukuk doktrininin yöntemleri, erken dönem tarihsel okul yöntemi ve

alandan toparlanabilecek yeni bilgilerde hiçbir zaman eksiklik olmayacaktır. Gene de burası hiçbir biçimde anlayışımızın kendini sınırlayacağı biricik alan değildir. Deneyim hiç kuşkusuz bize neyin varolduğunu söyler, ama zorunlu olarak niçin başka türlü değil de öyle olması gerektiğini değil. Bu yüzden hiçbir gerçek evrensellik vermez, ve bu tür bilgi üzerinde öylesine direten us onun tarafından doyurulmaktan çok uyarılır. Böyle aynı zamanda iç zorunluk karakterini de gösteren evrensel bilgiler deneyimden bağımsız olarak kendilerinde açık ve pekin olmalıdırlar; ama, karşıt olarak, yalnızca deneyimden ödünç alınmış olan ise, söylenegeldiği gibi, yalnızca a posteriori ya da görgül olarak bilinir. Şimdi, özellikle belirtmeye değer ki giderek deneyimlerimize bile kökenleri zorunlu olarak a priori olan ve belki de yalnızca duyuusal tasarımları bağlamaya hizmet eden bilgiler karışır. Çünkü deneyimlerimizden duyulara ait her şeyi uzaklaştırırsak, gene de geriye belli kökensel kavramlar ve onlardan üretilmiş yargılar kalır ki, deneyimden bağımsız, bütünüyle a priori ortaya çıkmış olmalıdırlar, çünkü duyulara görünen nesnelere üzerine yalnızca deneyimin öğretebileceğinden daha çoğunu söyleyebilmemize olanak verir ya da en azından bizi buna inanmaya götürürler; ve önesürümlere gerçek evrensellik ve sağın zorunluluk verirler ki, bunlar salt görgül bilgi sağlayamaz" (Kant, I. (2010) Arı Usun Eleştirisi. Çev.: Aziz Yardımlı. İstanbul: İdea Yayınevi). Alman hukuk felsefesinin izleri hiç kuşku yok ki, Kant'ta ve Hegel'de aranmalıdır. Öte yandan bu çalışmada Savigny daha genel bir perspektiften ele alınmakta, geleneğin kendisi ile ayrı bir karşılaştırma yapılmamaktadır.

¹² Reimann, op.cit., s. 847.

¹³ Reimann, op.cit., s. 848.

tarihsel okulun son dönemindeki gelişmeler çerçevesinde birbirinden ayrılır.¹⁴ Söz konusu sürecin başında devlet hukuku, tarihsel ve sistematik yöntemlerin birlikte oluşturacağı birlik ve düzenin çok uzağında ve esasen *Rechtswissenschaft* tam da bu düzen yokluğu içerisindeki ihtiyaçtan ortaya çıkmıştı.¹⁵

Burada, Savigny öncesinde, Savigny'nin hocalığını da yapmış olan Philip Friedrich Weiss'in temsil ettiği geleneğe de dikkat çekmek gerekir. Weiss, tabiri caizse, Roma hukukuna taparcasına bağlı olan bir ekolün temsilcisidir. Weiss, Romanist ekol içerisine, meslektaş ve Roma Hukuku'nun Tarihi çalışmasının yazarı Augustus Bach'ın meseleyi bıraktığı yerden alarak *Glossatorlar* döneminin Roma hukukunu incelemiştir.¹⁶

19. yüzyıl ve hukuk dendiğinde önemli bir tartışma başlığı, toplumsal değişim sürecinde *özel hukukun* yeri ve önemine ilişkindir. O kadar ki, kimilerince 19. yüzyıl devrimi denilen şeyin “en çok özel hukukun etkisiyle gerçekleştiği” dahi söylenmektedir.¹⁷ Öyleyse, tarihsel bir araştırma hukuksal, hukuksal bir araştırma ise tarihsel öğeler içermek zorundadır.

Bu görüşle dile gelen ekol, 18. yüzyılın ortalarından itibaren tedricen daha fazla önem kazanmaya başlayan kodifikasyon hareketleriyle de görünür olur. Gerçekten de 1756 tarihli Bavyera Kodu, 1794 tarihli Prusya Kodifikasyonu ve 1804 tarihli Napolyon Kodu veya diğer bir deyişle Fransız Medeni Kanunu bu gelişimin göstergeleridir. Bunlar aynı zamanda, toplumun yasa ile değiştirilebileceği yolundaki bir inancın da ifadesidir.¹⁸

Dönemin Almanya'daki önemli hukuk uygulamacılarından olan Burckhard Wilhelm Pfeiffer gibi isimler ise Almanya'da yasal düzenlemeler aracılığıyla gerçekleştirilecek ani bir değişiklikten ziyade bir tür *doktrinler tarihçesi* çalışmasıyla yapılacak reformu savunmaktadır. Diğer bir deyişle, yeni bir içerikten ziyade yeni bir formun yeterli olacağı kanısındadırlar.¹⁹

Dönemin Almanya açısından bir başka özelliği de, Almanya'nın 1814 savaşı sonrasında bağımsızlığını kazanan bir ülke olarak tarih sahnesine çıkmış olmasıdır. Bu bir yandan milliyetçi duyguların yüksek olduğu bir tarihsel ana işaret ederken, bir yandan da, siyasal yapının, kurumların ve bu arada hukukun da yeni baştan ve *milli* bir içerikle yeniden oluşturulması probleminin açığa çıkışını vurgular.

Yeni devletin inşası problemi, dönemin Alman hukukçuları, siyaset insanları arasındaki temel tartışma başlığıdır. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) ve Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) gibi hukukçulardan oluşan ve erken dönem tarihsel yaklaşımlar olarak nitelendirilebilecek olan “Tarihsel-Felsefi Okul”, tarihsel bir araştırma sonucu elde edilecek bilginin, temel ilkelerin neler olduğunun ortaya konmasını sağlayacağını; bu

¹⁴ Leonhard, R. (1907). *Methods Followed in Germany By the Historical School of Law*. Columbia Law Review, 7: 573-581, s. 574.

¹⁵ Reimann, op.cit., s. 856.

¹⁶ Laboulaye, E. (1846-47). *Life and Writings of Savigny*. The Law Review and Quarterly Journal of British and Foreign Jurisprudence, 5: 1-32, s. 8.

¹⁷ Dilcher, G. (1974). *Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm*, Çeviren: Ahmet Mumcu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31 (4/1): 467-485, s. 467

¹⁸ Gale, S. G. (1982). *A Very German Legal Science: Savigny and the Historical School*. Stanford Journal of International Law, 18: 123-146, s. 127.

¹⁹ Laboulaye, op.cit., s. 19.

ilkelere dayalı olarak da rasyonel bir düzen kurulabileceğini ileri sürmektedir. Buna göre hukuksal kavramların doğru tanımlanması, hukuksal düzenlemeler arasındaki dahili bağlantıların sağlanması ve hukuksal dogmaların sistemleştirilmesi ile bir düzen oluşturulacaktır.²⁰ Böylece akıl yoluyla elde edilmiş *doğru ilkelere* dayalı bir hukuk düzeni kurmak mümkün olacaktır. Anlaşılabacağı üzere, erken dönem tarihsel çalışmalar, rasyonalizm etkisini taşımayı sürdürmekte; tarihsel araştırmanın ürünlerini, aklın üzerinde çalışacağı nesnel haline getirmektedir.

Thibaut açısından medeni kanunun çıkartılması aynı zamanda siyasal sonuçlar da doğuracaktır. “Thibaut, tüm Almanya’da ortak olarak geçerli olabilecek yeni bir kanun talebinin vaktinin geldiğine inanıyordu. Siyasal birliğin sağlanması beklenmediğine göre, böyle bir kanunla yasama birliği ve hukuk öğretiminde sağlanacak birlik sayesinde en azından ulusal birlik sağlanabilir”di.²¹ Dolayısıyla 1814’te *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* [On the Necessity for a Common Civil Law/ Almanya İçin Ortak Bir Medeni Kanunun Gerekliliği] çalışmasını yayımlayan Thibaut ve taraftarları açısından tartışma aynı zamanda ulusal birliğin sağlanması tartışmasıdır. Thibaut Roma hukukunu tam da bu gerekçeyle eleştirmektedir. Karmaşık, birbirinden farklı yorumları olan ve tek tip hukuk öğretimini mümkün kılmayan, üstüne üstlük başka bir ulus tarafından, bambaşka bir dönemde yapılmış Roma hukuku, Thibaut’unun milliyetçi, yurtsever siyasal görüşlerini tatmin etmez.

Thibaut, “Tarihsel-Felsefi” olarak nitelenen ekolün içerisinde olmakla birlikte, esasen tarihsel çalışmalara itibar etmez. Hukukun, özellikle *özel hukukun* insanın *içinde* olduğunu düşünür. Kanun, bir tür “hukuki matematik”tir. Geçerliliği için zamanın ve mekanın önemi yoktur. Asıl olan akıldır ve makul (rasyonel) insanlar zaten akılla ve mantıkla en iyi yasayı bulacaklardır.

Savigny’nin Thibaut ve Feurbach’a temel itirazı, aklın bu isimlerin çalışmalarında taşıdığı öneme ilişkindir. Diğerlerine göre akıl, hukuksal düzenin temel unsurlarından biridir. Oysa Savigny bu yaklaşımı tarihsel olmamakla, akli geleneğin önüne geçirmekle eleştirmektedir. Hukuka ilişkin kendi tarihsel perspektifli kuramını bu eleştiri üzerinden geliştirir.²² Savigny’nin de dahil olduğu anlayışa göre hukuk, akıl adı altında toplumsal değişime öncülük etme vazifesi üstlenmez, aksine ortaya çıkan değişimi yansıtma işlevi görür.

Başta da ifade ettiğimiz üzere Kıta Avrupası hukuk geleneği üzerinde 19. yüzyıl Tarihsel Hukuk Okulu kadar etkili çok az ekol olmuştur. Okul Almanya’da Roma Hukuku’nun yeniden dirilişini sağlamış ve Alman Medeni Kanunu (BGB) üzerinde etkili olmuştur.²³

3. Akli Doğal Hukuk vs. Tarihsel Hukuk

Tarihsel olmayan doğal hukukçu yaklaşım, hukukun herhangi bir dönemde, herhangi bir yasakoyucu tarafından keyfince çıkartılabileceğini veya üretilebileceğini düşünür. Zira bu yaklaşıma göre *Vernunftrecht* kendiliğinden uygulanabilir bir tür doğal veya akli hukuktur. Yasakoyucu da aslında bunu

²⁰ Reimann, op.cit., s. 849.

²¹ Laboulaye, op.cit., s. 17.

²² Reimann, op.cit., s. 851.

²³ Gale, op.cit., s. 123.

keşfederek düzenleme gerçekleştirmektedir. Oysa Tarihsel Okula göre hukuk, bir ulusun bütünü bir geçmişinde mündemiçtir ve keyfince değiştirilemez. Hukukun nihai kaynağı *halktır* ve burada keyfi yasamaya hiç bir şekilde yer yoktur.²⁴ Aynı dil, veya örnekler gibi hukuk da, daha sonra *volkgeist* olarak anılan ulusal bir karakter tarafından belirlenmiştir ve aynı dil gibi, *ayrı bir varlığı* yoktur. Ulusun yaşamının bir *fonksiyonu* veya *görünümüdür*. Önceleri halkta mündemiç iken, uygarlaşma ile birlikte hukuk yapımı hukukçuların yerine getirdiği ayrı bir işlev haline gelir. Yani aslında hukuk, organik olarak sosyal yaşamın gelişimi ile bağlantılıdır.²⁵ Böylece bir hukuk araştırması da sosyal yaşamın tarihsel bir şekilde araştırılması ile mümkün olur.

Savigny'ye göre hukuk, özgün haliyle örf olarak halktan neşet eder. Uygarlığın sonraki aşamalarında, öğrenim görmüş hukukçular tarafından düzenli olarak uygulanmaya başlar ve zaman içerisinde de "*organik*" bir şekilde evrilir.²⁶ Örf aşamasında iken hukuk, aynı bir toplumun dil'i gibi, halkın içerisinde sessizce işlemeye devam etmektedir.

Gerçekten Savigny, aşağıda kısaca değerlendirilecek çalışmasının hemen başında pozitif hukukun kaynaklarını ele alırken, halkın içerisinde, onun ilişkilerinde, alışkanlıklarında, duygularında, davranışlarında gözlenebilecek *kural-lardan* söz eder. Bu, ilkel veya fikri anlamda zayıf ulusal aşamada ortaya çıkan kurallar, "günümüzde" (Savigny esasen modern aşamadan söz etmektedir), yüksek bir soyutlama ile kelimelere hatta yazıya dökülmüştür.²⁷

Hukuku, bir *gelişim*, bir tür *evrim* çerçevesinde ele alan bu yaklaşım, toplumsal gelişme ve ilerlemeci bir tarih perspektifini de yansıtır; ve esasen sosyolojik bir vaad de içerir. O kadar ki, özellikle toplumsal gelişim ile gelişimin doğurduğu ihtiyaçlara bağlı olarak değişen toplumsal yapı ve kurallar düşüncesi Durkheim'in habercisi gibidir. Aşağıdaki tespit bu durumu yansıtmaktadır:

...ilkel zamanlarda soyut halk 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 göstermektedir.... halkın hukuk bilinci, o toplumun ilerlemesi ve gelişmesiyle birlikte gittikçe azalmaktadır. İlerlemeyi sağlayan ise, dışsal etkiler ya da keyfi eylemler değil, ulusal öznenin, sessiz işleyen *içsel gerekliliği* (*innere Notwendigkeit*)'dir. Savigny için *içsel gereklilik* kavramı hem toplumsal ilerlemeyi hem de hukuktaki değişmeyi açıklayan temel bir kavramdır.... Savigny,... 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 savunmaktadır.²⁸

Savigny adeta, Durkheim'dan önce mekanik ve organik dayanışmayı, toplumun evrimsel gelişimini anlatmaktadır. Bu kadar da değil, Savigny'nin

²⁴ Gale, op.cit., s. 136.

²⁵ Kantorowicz, H. (1937). Savigny and the Historical School of Law. Law Quarterly Review, 53: 326-343, ss. 332-333.

²⁶ Savigny, F. C. Von (1999). Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence. İngilizceye çeviren: A. Hayward. Kitchener: Batoche Books, s. 18.

²⁷ Savigny, op.cit., s. 18.

²⁸ Acar, A. "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006: 67-68.

Volkgeist'i da Durkheim'daki "kolektif bilinç"i önceler.²⁹ Yine de, Acar'ın bu iddiasını, Savigny'nin Durkheim'i "öncülediği" değil, "öncelediği" şeklinde anlamak gerekir.

Savigny, Thibaut'ya karşı, kodifikasyon yapılmamasını savunurken hukukun ortaya çıkışına ilişkin görüşünü de yansıtmış olur. Ona göre öncelikle halkın bilincinde bir hukuk fikri olgunlaşacak, ardından hukukçular –tarihsel bir yöntemle- bunu çıkartıp sözel ifadeye büründürebilecek teknik yetiye sahip olacaklardır. Oysa dönemin kodifikasyon meraklıları, Tarihsel Okul mensuplarının ifadesiyle "amatörler"dir. Thibaut bir Alman Medeni Kanunu hazırlanmasını önerirken bu yetersizliği görmezden gelmektedir.

Buna dikkat çekmek üzere Savigny bir kitapçık yayımlar. Ekim 1814 tarihli *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* [On the vocation of our age for legislation and jurisprudence/ Çağımızın Yasama ve Hukukbilimi İçin Yetersizliği] adlı bu küçük broşürün yayımlanması Tarihsel Okul'un da başlangıcı olarak kabul edilmektedir^{30, 31}. Broşür Thibaut'ya karşı yayımlanmıştır. Zira bu dönemde Thibaut, Alman ulusunun *tiranlıktan* ve *Fransız diktatörlüğünden* kurtulmasının sonucu olarak yeni bir medeni kanun yapılabileceğini savunmaktadır. Savigny'nin "çağımızın yasama konusundaki yetersizliği" olarak çevrilebilecek çalışması tam da bu fikrin karşısındadır ve Tarihsel Okul'un programını ortaya koymaktadır.

Beruf, hiç kuşku yok ki, ismiyle ve yarattığı etkiyle Savigny'yi günümüze taşıyan eser olmuştur. Bu minvalde biraz daha ayrıntılı ele alınmayı hak etmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, çalışma esasen bir polemik üzerine kuruludur. Thibaut 1814'te Almanya için ortak bir medeni kanun ihtiyacına ilişkin çalışmasını yayımlamış; aynı yılın Ekim ayında Savigny, anılan eseriyle bir karşılık vermiştir.

Savigny kitapçığın ikinci basımına yazdığı önsözünde, eleştirilerinin genel olarak hukuk kuramına uyarlanan felsefeye ilişkin olarak anlaşıldığından yakındır. Oysa onun yapmaya çalıştığı, özellikle Wolffçu felsefenin daha sonra gelen felsefecilerin etkilerinin hukuk kuramındaki yerine ilişkindir.³²

Savigny, resmi tarihin uzandığı en eski dönemlerde hukukun, aynı dil, alışkanlıklar veya karakter gibi, halka özgü sabit bir niteliğe kavuştuğunu ileri sürer. Bu hususiyetler, ayrı bir varoluşa sahip olmak bir yana, belli bir halkın doğa ile ayrılmaz bir birlik oluşturan melekeleri ve eğilimleridir.³³ Bir başka deyişle, hukuk adeta topluluğun ortak, doğal bir içgüdüğü gibidir.

²⁹ Nitekim Harold J. Berman, Durkheim'in bu iki meseleyle ilişkili olarak Savigny'yi yinelediğini ifade etmektedir. bkz. Berman, H.J. (2006). *Law and Revolution II*. Massachusetts: Harvard University Press, s. 469, dn.75.

³⁰ "Bir ülkenin hukuk hayatını küçük bir makalenin bu kadar derin bir şekilde etkilediğini gösteren başka bir örneği dünya hukuk tarihinde bulmak belki mümkün değildir. Savigny'nin makalesi yalnızca Almanya'daki kodifikasyon hareketini yarım yüzyıldan fazla bir süre geri bırakmamış, aynı zamanda bütün batı dünyası hukuk hayatını da belirli ölçüde etkilemiştir" Güriz, A. (1987). *Hukuk Felsefesi*. İkinci baskı. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 228.

³¹ Kantorowicz, op.cit., s. 332.

³² Savigny, op.cit., s. 10.

³³ Savigny, op.cit., s. 17.

Savigny, yasakoyucunun iradesi ile bir kanun yapılmasına karşı, hukukun doğal bir şekilde evrimleşmesini savunur. Bir kanun çıkartılması fikrine iki argümanla karşı çıkar: Birincisi, kitapçığın başlığında da görüldüğü üzere Savigny'ye göre içinde yaşadıkları dönem bir kanun hazırlanması açısından yetersizdir. Buradaki yetersizlik, gerekli tarihsel çalışmanın yapılmamış, hukuki dilin gelişmemiş olması ve hukukçuların bir kanun hazırlayabilecek kapasiteye sahip olmamaları anlamındadır. Savigny, bir önceki, 18., yüzyıl Alman hukukçularının tarihsel olarak her bir çağdaki hukukun özelliklerini belirleyebilecek çalışmalar yapmadıkları gibi, hukuk içerisinde yer alan her bir kavramın bütün sistemle ilişkisini değerlendirebilecek sistemsel/bütünsel yaklaşımdan da mahrum olduklarını ileri sürmektedir. Üstelik dilsel ifadeler de, hukuki gereklilikleri karşılayabilecek kavramları üretebilmiş değildir.³⁴ Eğer gerekli hazırlık yapılmadan kanun çıkarılacak olursa, bu yararlı olmak bir yana topluma zarar verecek ve bazı yanlışların hukuk içerisinde muhafaza edilmesine yol açacaktır.³⁵ İkincisi, ona göre daha evvel hazırlanmış olan kanunlar (Napolyon, Prusya ve Avusturya Medeni Kanunları) kanun hazırlama fikrinin başarısızlığını ortaya koymaktadır.³⁶ Savigny, kitapçığının yaklaşık dörtte birlik bölümünü bu üç kanunun incelenmesine ayırmıştır.

Savigny hukukun temelinde devleti değil, halkı ve bilimi görür. Savigny kendisini geleneksel hukuk kaynakları –yani yasakoyucunun iradesinden kaynaklanan hukuk- ile bağlı saymaz, hatta bu arada tabi hukuk okulunun bazı ana ilkelerini de kullanır.³⁷

Savigny sosyal ve hukuksal gelişmeler arasındaki ilişkinin araştırılması konusunda öncüdür. Bu da üç hususta önem taşır: Birincisi geçmiş ve mevcut kurumların sürekliliği konusunda, ikincisi hukuk sosyolojisinin temellerinin ortaya konulması anlamında ve üçüncüsü tarihsel bir araştırma yönteminin yerleşmesi hususunda.³⁸ Savigny için hukuk biliminin Newton'u veya Darwin'i ifadesini kullanan yazarlar bulunur. Buna göre söz konusu isimlerin kendi alanlarında yaptıklarını Savigny hukuk biliminde yapmıştır. Savigny hukuka ilişkin bilgi alanını Rönesans'ın aydınlığını taşımış olmakla, bize hukukun kendisinin de yasalara tabi olduğunu, yoksa salt yasakoyucunun iradesinden ibaret olamayacağını göstermiş olmakla da bilinir.³⁹ Kantorowicz Savigny'nin Goethe ile karşılaştırıldığını söyler.⁴⁰

Mevcut yaklaşımlara yönelik eleştiri, dönemin hukuk çalışmalarında en göze çarpan özelliklerden biridir. Söz gelimi Göttingen Üniversitesi'nde Gustav Hugo da mevcut yaklaşımların eleştirisine odaklanmıştır. Ne var ki Hugo'un dile getirdiği reform talebi, naif bir "her kurumun kendi özgün varoluş nedenine uygun hale getirilmesi" isteğinin ötesine geçmez. Tarihsel Okulu bir okul yapan kurucu dokunuş, Savigny'nin Hugo'nun eleştirisinden de yola çıkarak oluşturduğu yönetsel yaklaşımın bir geleceği olabileceğini göstermesidir. Bir

³⁴ Savigny, op.cit., ss. 37-39.

³⁵ Gale, op.cit., ss. 132-3.

³⁶ Montmorency, J. E. G. (1910). The Great Jurists of the World: Friedrich Carl von Savigny. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 11: 32-54, s. 43.

³⁷ Dilcher, op.cit., s. 470.

³⁸ Kutner, L. (1972). Savigny: German Lawgiver. *Marquette Law Review*, 55: 280-295, s. 280.

³⁹ Montmorency, op.cit., s. 51.

⁴⁰ Kantorowicz, op.cit., s. 331.

diğer deyişle, Rönesans'la başlayıp, 18. yüzyılda Wolff ve Vattel tarafından ortaya konan hukuk teorisi olarak tarihsel okul, Hugo aracılığıyla Savigny'de yoğunlaşır.⁴¹ Öte yandan şunu da unutmamak gerekir ki, Hugo ve Savigny bir ekol oluşturduklarını değil, *Cujacius*⁴² ekolüne mensup olduklarını düşünmektedirler. Nitekim *Das Recht des Besitzes* (The law of possession/ Zilyetlik Hukuku)'te Savigny'nin yaptığı tam da bu; yani, *commentatorların* ve Alman hukuk uygulamasının ortaya çıkardığı ilaveleri temizleyerek Roma hukukunu özgün kaynakları ile ortaya koymaktır.

Bir başka deyişle, tarihsel yaklaşım, Roma hukukunun *yorumcularının* değil, esas metinlerinin temel alınmasını savunmaktadır. Öte yandan bu kolay da bir iş değildir, zira yaklaşık beş yüz yıllık süreçte tedricen metinlere ilave olunan, yani neredeyse özgün metinden ayrılması imkansız hale gelen bir pratiğin tek tek temizlenmesini gerektirmektedir. Ayrıca tarihsel okul ortaya çıkana kadar bu işi yapmaya girişenler de olmuştur elbette, ancak *Hümanistler* veya *Elegant Okul* mensubu olarak anılan bu bilim insanları daha ziyade tarihçilerdir.⁴³ Özgün Roma hukuku metninde olmadığını düşündükleri ilaveler çıkarıldıktan sonra kalan hukuki malzemenin uygulanabilir bir hukuk düzenlemesi olup olmadığı ile ilgilenmemektedirler. Oysa bir hukukçunun ihtiyacı, aynı zamanda uygulanabilir bir düzenlemenin de ortaya konulabilmesidir. Böylece 19. yüzyıla gelene kadar kaynağını *gelenekten* alan uygulamalar ile harman olmuş bir Roma hukuku Almanya'daki etkisini sürdürmüştür.

Savigny'nin kuramı, gerek karşı çıktığı Thibaut/Feurbach geleneği ile gerekse ekolü birlikte oluşturdukları Hugo ile çeşitli ortaklıklar içerir. Söz gelimi, hukuk biliminin verilerini ortaya çıkaracak bir araç olarak tarihsel yöntem konusunda Hugo ile ortaklaşır. Öte yandan bir sistem veya düzen kurulması zorunluluğu konusunda da Thibaut geleneği ile uzlaşır. Ancak gerek hukukun doğasına ilişkin yaklaşımının özgünlüğü gerek çok daha sofistike bir sistem tasarımına sahip olması gerekse tarihsel ve sistematik boyutları birleştirme becerisi, kuramını adı anılan diğerlerinin bir adım ötesine taşır.⁴⁴ Bunlar aynı zamanda Tarihsel Okul markasının da yapı taşlarıdır.

4. Yöntem Tartışması

Bugün *hukukta yöntem* denildiğinde, büyük oranda *hukuk uygulamasındaki muhakeme yöntemleri* veya yargıcın karar verme sürecinde kullandığı düşünülen yöntemler anlaşılmaktadır. Oysa 19. yüzyıl hukukçusu için yöntem, aynı zamanda *hukuk hakkında düşünme yöntemi*dir. Bu anlamda Savigny, özel bir yöntem bölümü hazırlamış değildir. Ancak çalışmaları karşımıza özel bir hukuk hakkında düşünme usulü, yöntemi çıkarır.⁴⁵

Her ne kadar içinde bulunduğu dönemdeki Almanya'nın kodifikasyon için yetersiz olduğunu düşünse de, bu söz konusu dönemde hukuk bilimi ça-

⁴¹ Montmorency, op.cit., s. 34.

⁴² İsmi Jacques Cujas (veya Cujacius)'tan alır. Cujas, ortaçağdaki commentatorların ortaya koyduğu metinler yerine orijinal Roma Hukuku kaynaklarının çalışılması gerektiği yolundaki görüşleri ile bilinmektedir.

⁴³ Gale, op.cit., s. 125.

⁴⁴ Reimann, op.cit., s. 852.

⁴⁵ Rückert, J. (2006). Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law. *Juridico International*, XI: 55-67, s. 59.

lişması yapılamayacağı anlamına gelmez. Savigny'nin yöntemsel olarak önerisi, Roma hukukuna modern dönemde yapılan ilavelerin temizlenmesini ve klasik dönem düzenlemelerinin açığa çıkarılmasını sağlayacak tarihsel yöntemdir.⁴⁶ Nitekim, *Rechtswissenschaft* kavramı Savigny'nin çalışmalarında esasen *Geschichte* (tarih) ve *System* (sistem veya düzen) olarak ele alınır. Yani kavram tek bir temelde değil, birbiriyle ilişkili iki temel üzerinde yükselir. Kavramın özü, bu iki temelin sentezlenmesidir. Bu esasen metodolojik bir problemdir ve 19. yüzyıl boyunca Alman hukukçuları için önem arz eder. Zira iki ayrı düzey, yani tarihsel gerçeklik ile mantıksal düzen, birbiriyle bağdaştırılmaya çalışılmaktadır. "Savigny bunu, hukuku, organik bir kültür bütünü temelinde bireysel özgürlüğün korunmasına hizmet eden bir olgu olarak ele almakla başarır".⁴⁷ Böylece tarihsel yöntem, sistematik hedef ve hukukun bireyci işlevi birleşerek, *Rechtswissenschaft*'ın pozitivizm, idealizm ve formalizmi kapsayan bir bütünlük olarak ortaya çıkmasını sağlar.

1803'te yayımladığı *des Besitzes*'te⁴⁸ Savigny, zilyetlik kavramından yola çıkarak tarihsel yöntemin nasıl kullanılabileceğini de gösterir. Savigny'nin burada yaptığı, tarihsel malzeme içerisinde öne çıkan ilkelerin neler olduğunun saptanmasıdır. Bu tarihsel malzeme içerisinde, Roma hukukundan yasakoyucunun iradesi olarak görülebilecek malzemeyi ayıklayıp, zilyetliğe ilişkin özgün hukuk ilkelerini ortaya koyar.⁴⁹

Des Besitzes'in önemi, henüz 1803'te sosyolojik özellikler taşıyan bir hukuk çalışması olarak ortaya çıkmış olmasındandır. Zira çalışmada Roma hukuk sistemi, antik Roma uygarlığının ve kültürünün bir ürünü olarak ele alınır.⁵⁰ Savigny'nin çalışmalarını tarihe hukuk bilimine kaydırması bu çalışmanın ardından gerçekleşir.

Öte yandan Savigny'nin yapmaya çalıştığı şeyin münhasıran Roma hukukunun ne olduğunu bulmaya çalışmak olduğu da sanılmamalıdır. Aksine bu, kaçınmaya çalıştığı bir yanılgıdır. Esasen kendisine varana kadar çeşitli aşamalardan geçen doktrinin *ölü* ve *canlı* yanlarını ayırt etmeye çabalar. Böylece hem Roma hukukunu, hem Alman hukukunu hem de, süreç içerisinde her iki hukuk düzeninde de yaşanan başarılı değişimlerin neler olduğunu saptamaya çalışır.⁵¹ Bir başka deyişle, tarihsel yöntem, tek başına geçmişin yüceltilmesi değil, bugünün pozitif hukuk ilkelerinin bu geçmiş içerisinde çıkarılmasıdır. Ancak elbette, pozitif hukuk tarihsel gelişimin bir sonucu olduğu için, söz konusu ilkeler de hukukun tarihsel boyutundan çıkartılacaktır. Geçmişin incelenmesi burada yalnızca araçtır. Yani Savigny, bir hukuk tarihi (*Rechts-*

⁴⁶ Gale, op.cit., s. 135.

⁴⁷ Reimann, op.cit., s. 842.

⁴⁸ *Des Besitzes*, Savigny'nin ceza hukuku, Roma hukuku, Ulpian, miras hukuku, hukuk tarihi üzerine dersler verdiği bir dönemde ortaya çıkar. Ders konularından birini Pandektler'in son kitabı olan zilyetlik oluşturmaktadır. Ders esnasında düzenlemenin kendisi ile yorumcuların yorumları arasındaki tutarsızlığı fark eder. Hocasının da teşvik ile kitabı yayımlar. Kitap yayımlandığında, mevcut yaklaşımlara karşı ciddi bir sıklıkla ve yorgunluk söz konusudur (Laboulaye, op.cit., ss. 11-12). Belki de bu yüzden, kitap büyük bir ilgi görmüştür. Öyle ki, atıf yaptığımız ve kitaptan 40 yıl sonra yayımlanan bu makalede ilginin halen sürdüğü ifade edilmektedir.

⁴⁹ Reinmann, op.cit., s. 856.

⁵⁰ Kutner, op.cit., s. 281.

⁵¹ Laboulaye, op.cit., s. 27.

geschichte) değil, tarihsel bir hukuk bilimi (*geschichtliche Rechtswissenschaft*) tasarlamaktadır.⁵²

Kaldı ki, günümüz (modern) hukuku, tek başına tarihsel bir araştırmayla incelenemeyecek kadar karmaşıktır. Roma hukukunda evlilik, mülkiyet kavramlarını, bunların tanımlarını çıkartabilmek görece kolay olabilir. Ne var ki, “hukuk artık daha fazla kurgusal ve karmaşıktır. Zira iki yönlü bir varoluşu söz konusudur: Birincisi, bir bütünlük olarak var olan toplumun bir parçasıdır, bu özelliğini hiç kaybetmez. İkincisi hukukçulara ait ayrı bir bilgi alanıdır”.⁵³ Bir başka deyişle hukuk artık, herhangi birine indirgenemeyeceği *siyasa*⁵⁴ ve *teknik* unsurlardan oluşan bir bütünlüğün ifadesidir. Dolayısıyla siyasal unsurun (halktaki varoluşunun) araştırılacağı tarihsel yöntem, teknik veya bilimsel unsurun (hukukçulara ait teknik bilgi) araştırılacağı sistematik, mantıksal yöntem ile birleştirilmelidir.

Bir kez ön ilkelere bulunduktan sonra, artık tarihsel kısım sona erer. Hukuk bilimi, kaynakları arşivlere ve tarihçilere bırakır. Hukukçuların yapacağı şey ise, bu ilkelere üzerine tümüyle bilimsel bir sistem inşa etmektir. Savigny’ye göre sistem ‘sadece bir çerçeve, bir araya getirilmiş materyallerin toplamı’ yani ‘hatırlamaya yardımcı’ değildir. Aksine ‘sistematik yöntemin özünü, tekil kavram ve kuralların bir araya gelerek muazzam bir bütün oluşturdukları, içsel bağlantı veya ilişkinin anlaşılması ve ifadesi’ olarak görür.⁵⁵ Böylece hukuk bilimi, tarihsel ve sistematik yöntemlerin bir araya gelmesi ile icra edilir.

Buna ilişkin bir diğer örnek, meslek yaşamının sonlarında 1850’lerde yayımlanan çalışmalarından da çıkartılabilir. Türkçe’ye “Bugünkü Roma Hukukunun Sistemi” olarak çevrilebilecek çalışmasında (*System des heutigen römischen Rechts/ System of the Modern Roman Law*) Savigny, hukuki ilişkilerden söz ederken aslında dolaylı olarak bir “borç” anlayışını ortaya koyar. Özetle Savigny açısından borç, şahıslar arasında kurulan bir *tabiiyet ilişkisi*dir.⁵⁶

“Savigny’nin borçlar hakkındaki kavramını ve anlayışını tek bir kelime hülâsa eder:

Herrschaft (HERSAFT); *Herrschaft* hâkimiyet, hâkimlik demektir; *imperium* (emretmek veya yasak etmek: komuta) etmektir. Demek ki, Savigny’ye göre borç bağı, şahsî bir tabiiyet bağı, şahsî bir mahkûmiyet, mahkûmluk bağı oluyor. Borç şahıslar arasında: bir şahıs ile diğer bir şahıs arasında bir bağ küçük ölçüde kölelik oluyor; ‘*Die Herrschaft über eine fremde Person*’: ‘yabancı bir şahıs üzerinde hâkimiyet’ oluyor. Savigny’nin bir tarihî sıfatıyla borçlar münasebetini iki şahıs arasında bir tabiiyet ve matbuiyet münasebeti olarak kabul etmesinin sebebini anlamak lazımdır.

Savigny, sistemini yazarken klasik Roma hukukunu nazara almadı; eserin adı ‘Bugünkü Roma Hukuku Sistemi’dir. Çünkü; Almanya’da 1900 senesine kadar Roma Hukuku, hususî bir kanunun bulunmadığı hallerde tatbik

⁵² Reimann, op.cit., s. 854.

⁵³ Savigny, op.cit., s. 19.

⁵⁴ Buradaki siyasal unsur terimi karışıklığa neden olabileceğinden, Savigny’nin sosyoloji disiplini ortaya çıkmadan evvel yazdığını tekrar hatırlatalım. Kastettiği aslında sosyal unsurdur. Ne var ki, 19. yüzyıl Almanyası’nda toplum, siyasal toplum yani ulustur.

⁵⁵ Reimann, op.cit., s. 854-55.

⁵⁶ Sevig, op.cit., s. 209.

edilen âdi (olağan) kanundu. Binaenaleyh Savigny sistemini, muasır Roma hukuku çerçevesi içinde çizmişti. Savigny çizdiği sisteme temel olarak hukukî münasebeti (*'Rechtsverhaeltnisse'*, *'Rapport de droit'*) alıyordu. Her şeyi hukukî münasebete irca ediyordu, yani döndürüyordu, Bütün kavramları hukukî münasebet merkezinde topluyordu".⁵⁷

Savigny'nin yaklaşımının nasıl işlediğine dikkat edelim: Roma Hukuku'ndan bir kurum alınır, günümüz uygulaması tespit edilir, kuruma ilişkin kavramsal belirleme yapılır, ilişkili olduğu diğer kavramlar belirlenir ve ilişki değerlendirilir, soyutlama yapılarak daha bütünsel bir sistemsel kavrayışa (örneğinimizde "hukukî ilişki") ulaşılır. Borç kurumu, tarihsel, uygulamalı ve sistematik olarak incelenmiş ve bir uygulama perspektifi ortaya konmuştur. Savigny bu çalışma şeklini, özel hukukun pek çok kavramına uygulayarak bir Alman Hukuk uygulaması perspektifi ortaya koyar. Ona göre "tümüyle tarihsel yöntem" "gerçekten uygulamalı yöntem"dir.⁵⁸ Savigny'yi hem tarihçi, hem felsefeci hem pratik hukukçu görmemizi sağlayan bu çok yönlü yöntemidir.

Savigny, yargıcın yorum yapmasının yasaklandığı bir dönemde, yasa koyma faaliyetinin kendisini şüphe ile karşılamakta, böylece zorunlu olarak yargıcın yorum faaliyetini ve bunun usullerini öne çıkarmaktadır. Bugün hâlâ kullandığımız dört yorum usulü (gramatik veya lafzi, mantıksal, tarihsel ve sistematik yorum usulleri), *System*'de Roma hukukunda kullanılan nesnel yorum usulleri olarak ele alınmıştır. "Bu bağlamda Savigny'nin hukukta hermeneutik öncülerinden olduğu sonucuna varmak mümkündür. Savigny' i ilk hermeneutik yorum teorisini olarak görenler, bunu, onunla genel hermeneutik arasındaki ilişkide önemli bir hermeneutik düşünürü olan Schleiermacher ile Savigny arasındaki düşünsel etkiyle açıklamaktadır".⁵⁹

Özetleyecek olursak, Savigny'nin *kazuistik* yasama karşısında öne çıkardığı yöntemi, hukuka ilişkin bilimsel bir yöntem olmanın ötesinde aynı zamanda somut dava dosyasındaki hukuk uygulamasında da kullanılabilir. Fakat karar verecek olan yargıcın, bugün bizim anladığımızdan farklı bir usulle çalışması gerekecektir. Yargıç, "doğru ilkeler"i belirlemeye çalışacağı bir çalışma tarzı benimseyerek, önündeki somut uyumsuzluğa bir çözüm bulabilir. Bu doğru ilkelere ise tarihsel ve toplumsal bir araştırma ile ulaşılabilecektir. Çağın yasama yapmak konusunda yetersiz kaldığı, bir kod'un bulunmadığı dönemde hukukçunun çalışma şekli böyle olacaktır.⁶⁰

5. Savigny Eleştirisi

Savigny özelinde Tarihsel Okul'a en köklü eleştirileri yöneltenlerden biri Eugen Ehrlich'tir. *Yaşayan Hukuk* kavramıyla *volkgeist*'a yaklaştığı düşünülebilecek olan Ehrlich hayli uzun bir bölüm ayırdığı eleştirilerini Savigny'nin Roma hukuk incelemelerini modern hukukla ilişkilendirememiş olması⁶¹, Savigny sonrası Tarihsel hukukçuların ise bu kez Roma hukukunu, çalışmayı vaad

⁵⁷ Sevig, op.cit., ss. 209-210.

⁵⁸ Rückert, op.cit., s. 62.

⁵⁹ Heper, A. (2012). Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler. Ankara Barosu Dergisi, 2012/1: 71-85, s. 77.

⁶⁰ Savigny, op.cit., s. 66 vd.

⁶¹ Ehrlich, E. (2002). *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New Jersey: Transaction Publishers, s. 319.

ettikleri kadar çalışmamaları⁶², sistemleştirme adı altında yalnızca ansiklopedik bir kavram endeksi sunmaları⁶³ ve nihayet sahip çıktıkları norm çıkarma usulünün, hukuk algılarına uygun olup olmadığını sorgulamamaları⁶⁴ gibi başlıklarda toplar. Yeri gelmişken Ehrlich'in *yaşayan hukuk* kavramı sayesinde gelenekle hukuk arasında kurduğu ilişkinin, *volkgeist* varsayımından farklı olduğunu da belirtelim. Ehrlich, yaşayan hukukla, Savigny'nin aksine, halkın bilincini yansıtan tek bir hukuk öneriyor değildir.⁶⁵

Savigny'nin *volkgesit'i* gelenek hukukunun (*customary law*) da, yürürlükteki yasaların (*statute law*) da, yargıçların yarattığı hukukun (*juristic law*) da kaynağıdır.⁶⁶ Oysa bilindiği üzere Ehrlich yaşayan hukuk ile *hükmi hukuk*⁶⁷ arasında bir ayırım yapmaktadır.

Tarihsel okula yöneltilebilecek eleştirilerden biri, söz konusu yöntemin bugünün toplumunu, geçmişteki yasakoyucunun iradesine tabi kılmak anlamına gelebileceğidir. Öte yandan tarihsel okulun her dönemi özgünlüğü içerisinde ele aldığı ifade edilerek bu eleştiri göğüslenir.⁶⁸ Nitekim Savigny'nin önerdiği, Roma hukukunu çalışmak dışında bir şey yapmamak değildir. Savigny'nin Roma hukukuna ilişkin vurgusu, hem bu hukuk geleneğinin teori ve pratik arasında kurduğu birliğe dikkat çekmeye dairdir hem de Roma hukukunu sonraki yüzyıllarda yazılan özetlerden, genel eserlerden değil, doğrudan kendi kaynaklarından okumak gerektiğini söylemektedir.

Savigny'nin, hukukun yasakoyucunun iradesine indirgenemeyeceği şeklindeki yaklaşımı Austin'in pozitivismi ile de karşıtlık taşıyormuş gibi görünür. Oysa Austin hukuku egemenin buyruğu olarak tanımlarken aslında bağlayıcılığını ifade etmeye çalışmaktadır. Savigny ise, hukuku *volkgeist'in* bilinç dışında ortaya çıkışı olarak görürken aslında hukukun içeriğini gösterip açıklamaya çalışır. "Austin'in kuramı rasyonel bir inşadır; Savigny'ninki ise sosyolojik bir betimlemedir".⁶⁹ Dolayısıyla aralarında bir karşıtlıktan ziyade birbirini tamamlayıcılık var gibidir.⁷⁰

⁶² Ibid, s. 321.

⁶³ Ehrlich, op.cit., s. 332.

⁶⁴ Ehrlich, op.cit., s. 337.

⁶⁵ Likhovski, A. (2009). *Venus in Czernowitz. Living Law içinde* ss. 49-72. Ed. M. Hertogh. Oxford: Hart Publishing, s. 61.

⁶⁶ Ehrlich, op.cit., s. 446.

⁶⁷ Ehrlich'in "judicial law" kavramı Türkçe'de "devletin yürürlüğe koyduğu hukuk" olarak da karşılabilir. Devlet yargısındaki hükme esas oluşturma anlamında "hükmi hukuk" kullanımını öneriyorum.

⁶⁸ Montmorency, op.cit., s. 49.

⁶⁹ Kantorowicz, op.cit., ss. 334-35.

⁷⁰ Austin ile Savigny'nin karşılaştırıldığı ayrı bir çalışma hayli ilginç olabilirdi. Zira Austin'in yaşamının bir kısmını Bonn'da geçirdiğini ve Alman Tarihçi Okulu ile temas halinde bulunan kişilerle çalıştığını biliyoruz. Bir başka deyişle, Austin, Savigny'yi okumuş, tanımıştır (Schwarz, A. (2008). John Austin ve Dönemin Alman Hukuk Felsefesi. Çev.: İzzet Mert Ertan. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 2, ss. 383-400, s. 389 vd.) Schwarz makalesinde, Austin'in Benthamcı geleneğinin kodifikasyon yanlısı tutumunun, Savigny'nin kodifikasyon karşıtlığı ile bağdaşmadığını, aynı bizim saptadığımız gibi saptar. Bkz. Ibid., s. 390. Öte yandan biz burada ifade ettiğimiz üzere, meselenin bir karşıtlık olarak değil, bir tamamlayıcılık içerisinde ele alınması gerektiği görüşünde ısrarcıyız. Zira Austin, ustası Benthamcı anlamında bir pozitivist değildir. Aksine, pozitivismle ilişkin görüşleri, Alman hukuki pozitivismi dolayısıyla oluş-

Savigny'ye yöneltilen bir diğer eleştiri ise siyasal ve sınıfsaldır. Hukukun kaynağını halkta arayan Savigny'nin karşısında yer aldığı Thibaut'ya oranla daha halkçı ve demokrat olduğu düşünülebilir. Oysa hukuk konusunda üstünlüğü yasakoyucuya tanıyan Thibaut daha ulusal ve demokrat bir tutum izlemektedir. Savigny bu anlamda totaliter ve seçkincidir. Kodifikasyon karşısında geleneğin savunusu, dönemin devrimci fikirleri karşısında muhafazakârlığın savunulması olarak görülür.⁷¹ Öte yandan yükselen burjuvaziyi önceden görebildiği de söylenebilir.⁷² Evgeny Pasukanis'in tespiti de benzer şekildedir. Ona göre Savigny'nin tarihsel okulunun ortaya çıkışı iktisadi düşüncenin gelişimine paralellik arz etmektedir. "Öyle ki, tarihsel hukuk okulu, feodal aristokrasininin ve bir yönüyle korporatist küçük burjuvazinin tepkisinin ifadesi olarak değerlendirilebilir".⁷³

Savigny'nin elitist tavrı kültür kavramının kullanımında kendini ele verir. Zira onun kültür kavramı, antropolojik değil, entelektüeldir. Kültür halkın davranışları toplamı değil, entelektüel yaşamın karakteristiğidir. Bu yaşam zamanla daha sofistike hale geldikçe, entelektüel elitlerin fikirleri de bu alan üzerinde daha etkili olacaktır. Dolayısıyla hukuk söz konusu olduğunda, hukukçular ulusu kültürel olarak temsil edebilirler.⁷⁴

"Savigny, hukuku... ulusal ruhtan (*Volkgeist*) çıkan gelenek hukukuna dayandırmaktadır. Bu dışsal ve ulusal-özgürlükçü renk, ulusların ayaklandığı o devirde, şüphesiz büyük bir çekiciliğe sahipti. Fakat Savigny bu noktada bambaşka bir sistem düşünmüştü: Hukuk kanun koyucuya, yani devlete değil, gerçek anlamda bilgin olan hukukçulara emanet edilmelidir".⁷⁵

Yani hukukun geleceği Humboldt Üniversitesinin temsil ettiği 'aydın-burjuva' sınıfa bırakılmaktadır.⁷⁶ Üstelik Savigny bunu son derece incelikli yapmaktadır. Zira hukuku, bilimsellik adı altında aydın-burjuva sınıfa bırakırken, son derece modern liberal bir kavrama dayanmaktadır: *kendiliğindenlik*. Kendiliğindenlik, liberal bir içerikle, hukuka ilişkin bir siyasal iktidar analizinin önündeki en büyük engellerden biridir. Hukuk *kendi kendine işleyen bir mekanizmadır*. Herhangi bir *egemenin çıkarlarının sonucunda değil, doğal olarak* bu form ve içerikle ortaya çıkmıştır. Bu anlamda Savigny'nin yaptığı, rasyonalist doğal hukuku eleştirirken bir tür *sosyal-kültürel doğal hukuk* geliştirmektir. Ne var ki, halkta tespit edilen hukuk, aslında aydın-burjuva dayatması olarak da görülebilir. Savigny, belli bir içerikle ortaya çıkan hukuku doğal bir olgu olarak meşrulaştırma işlevi görebilir, görmüştür.

maya başlamıştır. (Özcan, M.T. (2015) Önsöz, John Austin, Hukukun Belirlenmiş Alanı (Çev.: Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş) içinde, İstanbul: Tekin Yayınları, ss. ix-xxiii, s. xiii). Alman geleneğinin ve tartışmalarının ayırındadır, hatta takipçisidir. Böylece, bir Savigny karşıtlığından ziyade, aynı gelenek içerisindeki bir tartışmadan söz etmek daha yerinde olur.

⁷¹ Topçuoğlu, H. (1977). Hukuk Sosyolojisi 1973-77 Öğrenim Yılı Ders Takrirleri. Ankara: 72 Teksir-Daktilo Fotokopi, s. 8.

⁷² Dilcher, op.cit., s. 469.

⁷³ Pasukanis, E. (2002). Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm. Çev.: Onur Karahanoğulları, İstanbul: Birikim Yayınları, s. 65.

⁷⁴ Reimann, op.cit., s. 853-4.

⁷⁵ Dilcher, op.cit., s. 469.

⁷⁶ Ibid.

Savigny'ye yönelik sınıfsal eleştiri, Fransız Devrimi'yle ortaya çıkan ve *doğal hukuk* formunda dillendirilen akla dayalı eşitlik ve özgürlük taleplerinin karşısında feodalizmin korunması şeklinde de özetlenebilir.⁷⁷ Böylece *toplumsal hiyerarşi, itaat* vb. kavramlar ulusal gelenek etiketi altında, akla karşı daha önemli addedilmiştir.

Gerçekten de, her ne kadar yukarıda ifade edildiği üzere çeşitli kuramcılar onu doğal hukukun tam karşısına oturtmuşlarsa da, Savigny'nin çalışmalarında doğal hukukçu izler bulmak olasıdır. Söz gelimi *hukuk, gelenek, irade beyanı* gibi değişmez, kaçınılmaz adeta doğal bir gerçeklik olarak sunduğu bazı kavram kategorilerini kabul etmektedir. Bu anlamda, Savigny'nin "geleneksel doğal hukuk düşüncesini yükselmekte olan Alman Romantizmi yönünde yorumlayarak, hukukun ne surette geliştiği hakkında bir görüş açısı" oluşturduğu da rahatlıkla dile getirilebilir.⁷⁸ Doğrudan Savigny üzerine olmasa da, Marx, Tarihsel Okul'un eserlerindeki "*tarihsel olmayan tahayyüller*, belirsiz duygu alanları ve kasti kurgular"a dikkat çeker.⁷⁹ Keza hukuksal bazı ilkelere ulaşabileceğini ve bunların sistemleştirilerek uygulanmasını savunmaktadır. Ancak bunlardan daha önemlisi, hemen yukarıda da ifade edildiği üzere, hukukçuların ortaya çıkaracağı *volkgeist'i* mutlak bir objektivite gibi kabul etmektedir.⁸⁰ Bu açıdan düşünüldüğünde Savigny'nin kendisinin, kendisini doğal hukukun ne derece karşısında konumlandıracağı sorgulanabilir. Elbette buradan yola çıkarak salt doğal hukukçu bir Savigny portresi de çizilemez. Nitekim Savigny, aklın hukukunu (*law of reason*) bir yana koyup, adaletle ilişkin her türlü spekülasyonu hukuk biliminin alanının dışına çıkararak, *jurisprudence'i* pozitif hukukla sınırlandırmış olmakla doğal hukuktan uzaklaşmıştır.⁸¹ Bir başka deyişle, Savigny'nin doğal hukuk karşıtlığı, adalet spekülasyonlarına ilişkindir.

Esasen Savigny'nin ve Puchta'nın 19. yüzyıl doğal hukuk anlayışına duydukları tepkinin nedeni, bu yaklaşımda örtük bir şekilde var olduğunu düşündükleri bireycilik ve soyut akılcılıktır. Nitekim doğal hukuka tepki göstermekle birlikte, otoritenin koyduğu hukukla, bir ulusun ortak hukuk bilincinin sonucu olan halkın yaşayan hukukunu ayırıyorlardı. Onlara göre âdet/örf, geleneksel bir teamül değil aynı zamanda aracsız halk sezzisinin tezahürüdür.⁸² Yine de Savigny'nin doğal hukuk felsefesine ilişkin en önemli karşı çıkış noktası, evrensel bir hukuk yerine, tarihsel bir hukuk anlayışına sahip olmasıdır. Ona göre, doğal hukuk ilkelerine dayalı evrensel olarak uygulanabilecek bir hukuk düzeni kurulabileceği düşüncesi, verili dillerin yerine geçecek bir evrensel dil geliştirilebileceği iddiası kadar anlamsızdır.⁸³ Nitekim Dilcher'e göre, hukuku pozitivistin kökleri de tarihçi okulun pandekt koluna uzanmaktadır.⁸⁴

⁷⁷ Can, C. (2002). Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi. İkinci baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 176.

⁷⁸ Özcan, M. T. (2003). Hukuk Sosyolojisine Giriş. İkinci baskı. İstanbul: Set Yayınları, s. 39.

⁷⁹ Marx, K. (2013). "Tarihselci Hukuk Okulunun Felsefi Manifestosu" (Çev.: Toros Güneş Esgün) içinde Genç Düşünceler (1838-1845), Der.: Önder Kulak. Ankara: NotaBene Yayınları, s. 88. İtalik vurgu eklendi.

⁸⁰ Gale, op.cit., ss. 136-137.

⁸¹ Reimann, op.cit., s. 852.

⁸² Gurvitch, G. (1945). Tabii Hukuk mu, Yoksa Sezziye Dayanan Müsbet Hukuk mu? Çev. Hâmede Uzbar. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1945 (2/1): 156-196, s. 169.

⁸³ Gale, op.cit., s. 131.

⁸⁴ Dilcher, op.cit., s. 468.

Keza Keyman da, hukuki pozitivistin Almanya'da tarihçi okulla doğmuş olduğunu dile getirir. Ona göre Savigny'nin hukuk bilimini, politika (yasakoyucu iradenin belirlendiği alan anlamında olduğunu düşünelim) karşısındaki bağımsızlığını ortaya koymasından sonra, bu ayırım hukuki pozitivistin temel ilkesi haline gelmiştir.⁸⁵ Öte yandan Savigny'nin "sadece doğal hukukun devrimci doktrinine değil, pozitif yasama faaliyetlerine de karşı çıktığı" unutulmamalıdır.⁸⁶

Burada Savigny eleştirileri dile getirilirken *volkgeist* kavramının kendisinin de eleştiriden münezzeh olmadığını hatırlatmak gerekir. Bilindiği üzere kavram, halk ruhu veya milli karakter gibi anlamlara gelmektedir ve romantizmin, bunun sonucunda da milliyetçiliğin eseri olarak kabul edilmektedir. Öyle ki, söz konusu kavram nedeniyle Savigny ile Nazi hukuk kuramı arasında ilişki kurulduğu da vakidir.⁸⁷

Hukukun kökeni veya kaynağı anlamında *volkgeist* kavramı esasen Puchta'ya aittir. Savigny önceleri "topluluğun ortak bilinci" ifadesini kullanırken, kavramı kendi terminolojisine sonradan dahil eder.⁸⁸

"Kaçınılmaz bir şekilde romantik bir yan taşımakla birlikte, Savigny'nin *Volkgeist* teorisi görüldüğü kadar hayalperest değildir. *Volkgeist* hayli özel bir anlam içerir. Bu kullanımdaki 'Volk' sosyal ya da ampirik değil, kültürel bir kavramdır. 'Geist', Hegel'in *Weltgeist*'indeki gibi yüksek düzeyde soyutlama içeren entelektüel bir varlık değil, aksine halkın genel olarak paylaştığı kültürel özellikler anlamında somuttur. Böylece *volkgeist*, bir ulusun kültür anlamındaki karakteristiğidir. Hukuk, bu karakterin bir parçasıdır. Hukukun aslı, belli bir açıdan görülen insan yaşamıdır. Böylece Savigny, modern bir tarzda, hukukun kendi bağımsız varlığının olmadığını ileri sürer. Hukukun özü felsefe veya akıl değil, kültürel özelliklerin ifadesidir. Dolayısıyla hukuk, metafizik değil, tarihsel bir olgudur".⁸⁹

Volkgeist Hegelci felsefedeki *weltgeist*'a dayanmaktadır. Bu felsefede insanlık tarihini açıklarken bir *dünya ruhu* olarak mutlak bir fikir anlamında kullanılmaktadır. Öte yandan bu yaklaşım 20. yüzyıldaki ırkçı toplum tasarımlarına kaynaklık etmekle de eleştirilir. Savigny'nin öğretilerinde halk veya ulus (*volk*) kavramının üstün bir gerçeklik, mistik bir ruh hatta biyolojik bir terim olarak kullanılıyor oluşu⁹⁰, bugüne kadar ulaşan şüpheleri doğurmuştur. Öte yandan hukuku Alman ırkının bir fonksiyonu olarak hayata geçirmeye çalışan Nazi partisinin hukuk yaklaşımının kökenini Savigny'nin "halkın ruhu" kavramından aramanın haksızlık olduğunu ileri süren düşünürler de vardır.⁹¹

⁸⁵ Keyman, S. (1978). Hukuki Pozitivism. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35 (1/4): 17-56, s. 21.

⁸⁶ Işıқтаç, Y. (2004). Hukuk Felsefesi. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 214.

⁸⁷ Gale, op.cit., s. 131, dn.53.

⁸⁸ Reimann, op.cit., s. 853.

⁸⁹ Reimann, op.cit., s. 853.

⁹⁰ Kutner, op.cit., s. 294-5.

⁹¹ Koschaker, P. (1954). Mukayeseli Hukuk Tarihi. Çev.: Kudret Ayiter. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (1/2): 581-589, s. 588.

6. Sonuç

Kıta Avrupası hukuk geleneği hızla *Anglo-Saksonlaşırken* Savigny önemi koruyor. Bunun, bu makalenin yazılmasına neden olan alt başlıklarını şu şekilde sıralayabiliriz:

Kıta Avrupası geleneği açısından taşıdığı öneme rağmen Savigny, diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de yüzyılı aşkın bir süredir hak ettiği incelemelere konu olmış değildir. Hukukçular onu âdeta unutmışlardır. Bir düşünce sisteminin öncesinde var olan temeller unutulduğunda, o temel üzerine inşa edilen yapıların da zamanla yıkılması kaçınılmazdır. Hukukun bugün yaşadığı krizin en azından bir kısmını, hukuk üzerinde düşünme kabiliyetimizi yitirmiş olmamıza da bağlayabiliriz. Bunun en önemli göstergesi ise farklı düşünce gelenekleri ile bağımızın kopmuş olmasıdır.

Savigny yaşadığı dönemin hukuk düşüncesinde çok sayıda yeniliğe imza atmıştır; ve ilginçtir, bunu Roma hukukuna yani “geçmişe” dönerek yapmıştır. Bu yeniliklerin en önemlileri arasında hukukçulara kazandırmaya çalıştığı tarihsel-toplumsal perspektif, sosyolojik yöntemin ilk kez ifade edilmeye başlanması, hukukun bir *doğru yorum problemi* olarak ortaya konması, yer yer antropolojiyi çağrıştıran bir bakış açısının hukuk çalışmalarına katılması sayılabilir. Bunların hepsi hem içerik hem de yöntem bakımından son derece ufuk açıcıdır. Zira içinde yaşadığı dönemde ne sosyoloji vardır ne de hermeneutik.

Savigny, ortaya uygulamalı bir hukuk kuramı koymuştur. Bu yönüyle özellikle özel hukuk dogmatğinde çalışanlar açısından vazgeçilmez bir perspektif ortaya koymaktadır. Bu anlamda çalışmalarının ABD’de Yargıç Holmes özetinde yankı bulmuş olması şaşırtıcı değildir. Şaşırtıcı olan, Amerikan Realistleri’nin Savigny’de buldukları şeyin Kıta Avrupası hukuk kuramcılarının dikkatini çekmemiş olmasıdır.

Savigny, çok az hukukçuda bulunan kendi çağı üzerinde refleksiyon geliştirme becerisini gösterebilen bir hukukçudur. Kitapçığının ismi “*Çağımızın Yasama Konusundaki Yetersizliği*” şeklindedir. Kendi kuramını oluştururken, bir yargılamada akıl yürütürken “Çağı”nın nitelikleri üzerinde düşünme zorunluluğunu bize bir kez daha hatırlatır.

Sonuçları sıralamaya “Kıta Avrupası hukuk geleneği hızla *Anglo-Saksonlaşırken* Savigny önemini koruyor” diye başlamıştık. “Çağımız” hukuku, hızla *dekodifikasyon* yolunda ilerliyor. Neo-liberalizm, dünyamızı *deregülasyon* yoluyla düzenleyip yönetebileceğimiz yolundaki bir iddiayı da taşıyor. Buna Avrupa hukukunun *Amerikanlaşması* da deniyor. Öyleyse, ya Savigny’nin kendi döneminde kodifikasyona karşı çıkarken eksik olduğunu ileri sürdüğü niteliklerin günümüzde hâlâ eksikliğini koruyor olması gerekiyor veya bu arada geçen sürede bu niteliklerin tüketilmiş/aşınmış olması. Ya da aslında bizatihi bu niteliklerin kendileri tartışmaya açılmalıdır. Savigny, bunları tartışabileceğimiz önemli bir zemin de sunuyor. Durkheim’in sosyal evrimci yaklaşımı ile, Marx’ın tarihselliği ile, Holmes’un realizmi, Ehrlich’in yaşayan hukuku ile tartışmamız gereken Savigny, kendisiyle hesaplaşmak için bile olsa, unutulduğu köşede güncelliğini koruyor.

KAYNAKÇA

- Acar, A. (2006) Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Aral, V. (2012). Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları. Üçüncü baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Berman, H.J. (2006). Law and Revolution II. Massachusetts: Harvard University Press.
- Can, C. (2002). Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi. İkinci baskı. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Copleston, F. (2004). Felsefe Tarihi Cilt 6. Üçüncü baskı. İstanbul: İdea Yayınları.
- Dilcher, G. (1974). Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm, Çeviren: Ahmet Mumcu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31 (4/1): 467-485.
- Ehrlich, E. (2002). Fundamental Principles of the Sociology of Law. New Jersey: Transaction Publishers.
- Gale, S. G. (1982). A Very German Legal Science: Savigny and the Historical School. Stanford Journal of International Law, 18: 123-146.
- Getzler, J. (2003). Law, History, and the Social Sciences: Intellectual Traditions of Late Nineteenth- and Early Twentieth-Century Europe. Law and History: Current Legal Issues 2003 Vol. 6, ss. 215-263. New York: Oxford University Press.
- Gurvitch, G. (1945). Tabii Hukuk mu, Yoksa Sezgiye Dayanan Müsbet Hukuk mu? Çev. Hâmide Uzbank. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1945 (2/1): 156-196.
- Güriz, A. (1987). Hukuk Felsefesi. İkinci baskı. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Heper, A. (2012). Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler. Ankara Barosu Dergisi, 2012/1: 71-85).
- Hoeflich, M. H. (1989). Savigny and his Anglo-American Disciples. The American Journal of Comparative Law, 37: 17-37.
- Işıқтаç, Y. (2004). Hukuk Felsefesi. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Kant, I. (2010) Arı Usun Eleştirisi. Çev.: Aziz Yardımlı. İstanbul: İdea Yayınevi
- Kantorowicz, H. (1937). Savigny and the Historical School of Law. Law Quarterly Review, 53: 326-343.
- Keyman, S. (1978). Hukuki Pozitivizm. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35 (1/4): 17-56.
- Koschaker, P. (1954). Mukayeseli Hukuk Tarihi. Çev.: Kudret Ayiter. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (1/2): 581-589.
- Kutner, L. (1972). Savigny: German Lawgiver. Marquette Law Review, 55: 280-295.
- Küçük, E. (2007). XII. Yüzyıl Rönesansı ve 'Yeniden Doğan' Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka. Pandekt Hukuku. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 56/4: 111-122.
- Laboulaye, E. (1846-47). Life and Writings of Savigny. The Law Review and Quarterly Journal of British and Foreign Jurisprudence, 5: 1-32.

Leonhard, R. (1907). *Methods Followed in Germany By the Historical School of Law*. *Columbia Law Review*, 7: 573-581.

Likhovski, A. (2009). *Venus in Czernowitz. Living Law içinde ss. 49-72*. Ed. M. Hertogh. Oxford: Hart Publishing.

Marx, K. (2013). "Tarihselci Hukuk Okulunun Felsefi Manifestosu" (Çev.: Toros Güneş Esgün) içinde *Genç Düşünceler (1838-1845)*, Der.: Önder Kulak. Ankara: NotaBene Yayınları.

Montmorency, J. E. G. (1910). *The Great Jurists of the World: Friedrich Carl von Savigny*. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 11: 32-54.

Özcan, M. T. (2003). *Hukuk Sosyolojisine Giriş*. İkinci baskı. İstanbul: Set Yayınları.

Özcan, M.T. (2015). *Önsöz, John Austin, Hukukun Belirlenmiş Alanı* (Çev.: Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş) içinde, İstanbul: Tekin Yayınları, ss. ix-xxiii.

Pasukanis, E. (2002). *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*. Çev.: Onur Karahanoğulları, İstanbul: Birikim Yayınları.

Posner, R. A. (2001). *Frontiers of Legal History*. Cambridge: Harvard University Press.

Reimann, M. (1990). *Nineteenth Century German Legal Science*. *Boston College Law Review*, 31(4/2): 837-897.

Rückert, J. (1989). *The Unrecognized Legacy: savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900*. *The American Journal of Comparative Law*, 37: 121-137.

Rückert, J. (2006). *Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law*. *Juridico International*, XI: 55-67.

Savigny, F. C. Von (1999). *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. İngilizceye çeviren: A. Hayward. Kitchener: Batoche Books.

Schwarz, A. (2008). *John Austin ve Dönemin Alman Hukuk Felsefesi*. Çev.: İzzet Mert Ertan. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 2, ss. 383-400.

Sevig, V.R. (1947). *Hukuk Mukayesesi*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (1/4): 168-261.

Siimets-Gross, H. (2006). *Scientific Tradition of Roman Law in Dorpat: usus modernus or Historical School of Law?* *Juridico International*, XI: 76-84.

Topçuoğlu, H. (1977). *Hukuk Sosyolojisi 1973-77 Öğrenim Yılı Ders Takrirleri*. Ankara: 72 Teksir-Daktilo Fotokopi.