

BİLİMSEL METOT VE SİYASAL KARAR ARACI OLARAK HUKUKİ POZİTİVİZM

Prof. Dr. Gerhard DILCHER

Çev. : Doç. Dr. Ahmet MUMCU

I. XIX. uncu yüzyılın hukukî pozitivizmi pek çok bilgin tarafından araştırılmış, geniş bir bilimsel alandır¹. Bu nedenle hukukî metot sorunları üzerinde yeniden yapılacak bir incelemede kuralları saptamak için toplumsal tarihin etkilerini araştırmak gerekli değildir. Daha çok XIX. uncu yüzyılda, özel hukukun iç gelişimindeki kuralları ve ana hükümleri ortaya çıkarmak elverişlidir; bu kurallar ve hükümlerin çoğu, bugünkü hukumuzda da yaşamaktadır².

XIX. uncu yüzyıl toplumunun esaslı olarak değişmesinde, özel hukuk çok önemli bir rol oynamıştır. Bu rol belki, özellikle siyasal değişikliklerin çok belirgin olarak göze çarptığı anayasa hukukununkinden bile daha fazladır. Hukukî bakımdan düşünülürse, XIX. uncu yüzyılın devrimi en çok özel hukukun etkisiyle gerçekleşmiştir. Özel hukuk yolu ile ya toplum belli alanlarda değişme yoluna itilmiş, ya da güvenlik altına alınması gereken alanlar bilinçli olarak düzenlenmeyerek, özgür bir gelişme sağlanmıştır. Bu araştırmada hukukî pozitivizm, sözü geçen zamanda meydana gelen esas-

¹ Çok geniş bilgi ve zengin bibliyografya için bk. : WIEAOKER, Franz : *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Bası), Göttingen 1967 (Priv RG). Gene aynı yazarın şu eserlerine bk. : *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtswissenschaften und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953; *Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution* (Juristen-Jahrbuch, C. 9, 1968); *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee* (Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn 1954).

² «Neunzehntes Jahrhundert» in şu ciltlerine bk. : «Philosophie und Rechtswissenschaft», Frankfurt/M. 1969; «Recht und Ethik, Frankfurt/M. 1970; «Positivismus im 19. Jahrhundert», Frankfurt/M. 1971 (Bütün bu ciltleri yayımlayanlar : v. Blühdorn ve J. Ritter).

lı toplumsal değişmede, özel hukukun öz yapısı olarak incelenecektir³.

Bu büyük devrimsel değişimin başlangıcında Almanya eski sınıflara göre düzenlenmiş, geniş ölçüde tarımsal bir yapıya sahipti. XIX. uncu yüzyılın sonunda ise ulusalcı, çok sanayileşmiş bir toplumla karşılaşırız. Bu toplum eskiden olduğu gibi sayıca üstün bir tarımsal nüfus ile siyasal-iktisadî alanda henüz rol oynayan soyluların yanında, kendi aralarında çeşitli ve farklı guruplara ayrılan burjuva ve işçi sınıflarından oluşmuştu. Şüphesiz bu devirde her Avrupa ülkesinin toplumsal ve siyasal sorunları farklıydı; fakat burada Almanya ile sınırlanan gözlemler genel bir örnek olarak da anlaşılabilir: Avrupa uluslarının yolları, kendilerine özgü renklere ve zaman bakımından farklılara rağmen birbirine paraleldi.

II.1 Hukukî pozitivizm köklerini tarihçi okulun pandekt kolunda bulur. Burada, onun anlaşılması için yapılan geniş açıklamalar birleşmektedir. Böylece, biz de Savigny'den hareket etmeliyiz. Savigny, «hukuk biliminin halâ içinde bulunduğu bir devreyi yaratmıştır»⁴. Fakat bu araştırmada onun eserinin sade ve ahenkli bir yorumu yapılmayacaktır. Bizim görevimiz, Savigny'nin eserinin çağındaki toplumsal-siyasal manzarayla olan ilişkisini ortaya çıkarmaktır. Savigny'nin eseri tüm yönlülüğü yanında çelişkileriyle de birlikte kabul edilmelidir. Ayrıca şurası da saptanmalıdır: Savigny'nin düşünceleri, çağdaşlarından bugünkü bilginlere kadar, siyasal açıdan çok farklı biçimlerde sistemleştirilmiştir: Jacobinlerin etkisi altında kaldıkları ileri sürülen romantiklerden liberalere ve konservatiflere, yâni prusyalı reaksiyonerlere kadar, herkes Savigny'yi başka başka anlamıştır. Onun bu yönü özellikle tartışmalara açıktır. Fakat bu tartışma Savigny'nin subjektif-siyasal görüşleri açısından değil, bilâkis onun karşısındaki objektif hareket noktasından yapılmak zorundadır.

Romantiklere etkisi bakımından kendisinin 1914 yılında yayımlanan «Vom Berum unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswis-

³ İlk planda kamu hukuku pozitivizmini inceleyen şu eserlere bk.: WILHELM, Walter: Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert: Aynı yazar: Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft. OERTZEN, Peter v.: Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre (Verfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962), S. 183-209.

⁴ Bk.: LARENZ, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, (2. Bası), Berlin 1969, S. 8.

senschaft» (Günümüzde kanun koyma ve hukuk bilimi mesleği) adlı eseri zikredilmelidir. Bu yazısında Savigny, hukuku — organik yapısını özellikle göz önünde tutarak — ulusal ruhtan (Volksgeist) 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, yâni devlete değil, gerçek anlamda bilgin olan hukukçulara emanet edilmelidir. (Savigny'nin kastettiği devlet otoriterdi ve demokratik ilkeler 1814 yılında bu devlet kavramına tam anlamı ile girmemişti). Bu görüşte Savigny'nin hukuk siyaseti anlayışı yatmaktadır, çünkü hukukun geleceği böylece — manevi, siyasal, toplumsal açılardan — gelecek yıllarda Humboldt Üniversitesinin temsil ettiği «aydın burjuva» sınıfına nakledilmiş oluyordu⁵. Şu durumda diyebiliriz ki, Savigny'nin hukuk siyaseti anlayışı, karşıtı olan Georges Thibaut'un ki gibi ulusalcı - demokrat değildi. Ama bu anlayış mutlak otoriter devlete yeniden dönmek anlamına da kesinlikle gelmiyordu. Savigny belki Thibaut'un siyasal görüşünden de ileriye bakarak, burjuva sınıfına bir yol açmak istiyordu. Bu yol üniversitenin devlet alanına girmeye başlayan sınırlı özgürlüğünden de öteye giderek, burjuva sınıfının çıkarlarına uygun bir özel hukuk ortaya koymaya yönelmeliydi.

Pandekt biliminin tarihçi okul içindeki durumu, özel hukukun, hukukçuların yetiştirilmesindeki rolünü güçlendirdi, ama aynı zamanda kendi içine kapadı. Böylece özgürlük alanından yararlanma sadece özel hukuku biçimlendirme ile sınırlanmış oldu. XVIII. inci yüzyılın sonuna kadar hukukçu hem devlet hizmeti, hem yönetim hem de özel hukuk alanında bir uzman sayılıyordu ve bu amaçla uygun olarak yetiştiriliyordu. XVIII. inci yüzyılın Göttingen okulu hukukçuların yetiştirilmesinde idare hukukunun pratik yanlarını içine yeni bir yol bile tutmuştu (Pütter, Jakob Moser). Buna karşılık tarihçi okulda kamu hukuku — zor ve çetin siyasal anlayışın yenilenmesi içinde — germanistlerin geniş kapsamlı bir ortaçağ tarihi anlayışına veya tekrar doğan devlet felsefesine bırakılmıştı (Stahl). Eğer her pozitivist akımın salt kendi sorunları ile uğraşmak yolundaki temel ilkesi iyice araştırılırsa, Savigny'nin programındaki pozitivizm görüşü ortaya çıkar. Bu görüş, gerçekten, gelecek yıllarda özel hukukun, pek çekici kamu ve idare

⁵ Bk. : SCHELSKY, H. : Einsamkeit und Freiheit, Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen, Reinbek bei Hamburg 1963.

hukuku hattâ ceza hukuku ile bağılı olmaksızın sıkı bir gelişmesini sağlamıştır.

Savigny'nin, aydınlanma devrinin akıl hukukuna tek yönlü olmayıp bir hayli çift yönlü olan anlayışı, yeni araştırmalarda bir hayli su yüzüne çıkmaktadır⁶. Yukarıda zikredilen eserinde Savigny, bu konudaki tek yönlülüğü reddeden sert kelimeler kullanmıştır⁷. Buna karşılık XVIII. inci yüzyılın geleneğinde yaşayan eski Marburg Okulunun metot anlayışını o kadar iyi belirtmemektedir. Bu okul hukukun kaynağı olarak yalnız kanunu — yâni gelenekleri ve bilimi değil — tanımıştır. İctihat ve bilimi ise «kanun koyma bilimi» olarak tanımlamıştır⁸. Fakat bu kavramda Montesquieu'dan Filangieri ve Bentham'a kadar uzanan bilginler yanında bir sıra alman hukukçu tarafından da temsil edilen, tüm batıyı kapsayan aydınlık bir hukuk bilimi yatmaktadır (Burada daha önce yayınlanmış bir araştırmamı zikredebilirim⁹. Hukuk bilimini bu yolda anlamak, ilerideki kanun koyma hareketlerine bu düşünceleri aşılabilmiştir. Bu yoldaki bilim, şartlarında, metodunda ve hukuk uygulamasında olan etkisinde kendisini göstermektedir. Savigny'nin aydınlanma devri hukuk biliminden ayrılması ileride tamamen açığa çıkacaktır: O, Marburg okulunun metot anlayışına göre kurulan hukuk bilimini bir yana atacak ve hukukun temelinde devleti değil halkı ve bilimi görecektir. Bu noktaya Savigny özellikle Marburg okulunun işlediği ve yaydığı başka bir XVIII. inci yüzyıl konusuna önem verecek ve tarihsel-felsefî unsurların hukuk bilimindeki ilişkilerine eğilecektir. Bu noktaya tekrar döneceğiz.

Özel hukukun «bugünkü Roma hukukunun bir sistemi»ne dönüştürülmesinde Savigny kendisini geleneksel hukuk kaynakları ile asla bağılı saymamaktadır. Bu çalışması sırasında, tabii hukuk okulunun bazı ana ilkelerini de kullanmaktadır: Kant'ın biçimsel

⁶ Krşl.: WIEACKER, Priv RG, S. 372; MARINI, Giuliano: Savigny e il metodo della scienza giuridica, Mailand 1966.

⁷ SAVIGNY, F. C.: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1914, S. 4 ve 48 (Krşl. ve bk.: Stern, Jacques: Thibaut und Savigny, Darmstadt 1959. Ayrıca Hattenhauer, H. v'nin ekli yeni baskısına bk. (München 1973).

⁸ SAVIGNY, F. C.: Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm (Yayımlayan: WESENBERG, Gerhard), Stuttgart 1951, S. 13 ve 14.

⁹ DILCHER, G.: Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht (Juristenzeitung, 1969, S. 1 vd.)

özgürlük ahlâkından esinlenmektedir. Hukuk için bu metot «özerklik» olarak da nitelendirilebilir ve kişideki kategorilere ve gene kişinin hukuk işlemleri yapmak için belirttiği irade gücüne yönelik anlamına da gelmektedir¹⁰.

Böylece Savigny, XIX. uncu yüzyılın hukuk gerçeğini, XVII ve XVIII. inci yüzyılların aydın ve ilerici hukukçularının tabii hukuk teorisi üzerinde ki görüşlerine dayandırarak yaratmaktadır. Savigny, burjuva bireyine yaslanan özgür bir hukuk için temel görüş ortaya koymakta ve böylece kendisince ortaya konulmuş olan, belli değer yargıları taşıyan, sınırlandırılmış pandekt özel hukukunun çerçevesini aşmaktadır. Hukuk bilimini bu yolda esaslı olarak biçimlendiren Savigny iki sonuç üzerinde etkili olmaktadır: Özel hukukun Aristo kategorileri, yâni ahlâk, iktisat ve siyaset ile olan bağılılığı yokedilmektedir¹¹; ayrıca daha çok toplumsal, eski amaçsal ve eşyanın tabiatına bağlı hukuk düşüncesinin öz sistemini ortadan kaldırmaktadır¹².

Şu ana karar Savigny'yi hukuk metodu açısından incelemek denendi. Şimdi onun hukuk kurumları üzerindeki düşüncelerini kısaca incelemeye geçelim. Savigny, hukuk kurumları üzerindeki çıkış noktasını daha geç devirlerinde yayınladığı «System des heutigen römischen Rechts» (Günümüzdeki Roma Hukukunun Sistemi)¹³ adlı eserinde işleyip geliştirmiştir. Ona göre hukuk kurumu, önemli insan ilişkilerinin bir bütünüdür; bu bütüne ise teknik anlamdaki hukuk kuralları uyruktur. Hukuk kurumunun bu pek de açık olmayan anlayışını, ana eserinde bulunup çok zikredilen bir cümlesi ile genişletebiliriz: «Hukukun kendisi bilinçsizdir; o, insan hayatının yalnız özel bir açıdan gözlenmesidir»¹⁴. Burada, ge-

¹⁰ Bk.: KIEFNER, H.: Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jh. (Philosophie und Rechtswissenschaft-Bk. Dipnot 2 S. 4.

¹¹ Bu konuda özellikle bk.: BRUNNER, O.: Das ganze Haus und die alteuropäische Ökonomik (Aynı yazarın şu kitabı içinde: Neue Wege der Verfassung-und Sozialgeschichte. 2. Bası, Göttingen 1969); Gene bk. Aynı yazar: Adeliges Landleben und europäischer Geist, Salzburg 1949.

¹² Bu konu özellikle şu eserde işlenmiştir: VIEWEG, Th.: Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, (3. Bası), München 1965.

¹³ Bu konularda bk.: LARENZ, Methodenlehre - Bk. Dipnot 6 -, S. 12 vd; COING, H.: Grundzüge der Rechtsphilosophie (2. Bası), Berlin 1969, S. 42; WIEACKER, Priv RG, S. 398; WILHELM -Bk. Dipnot 3 -, S. 47, 51 vd; Aynı Yazar: Savignys überpositive Systematik (Philosophie und Rechtswissenschaft -Bk. Dipnot 2-), S. 126 vd.

¹⁴ Vom Beruf unserer Zeit - Bk. Dipnot 7 -, S. 30.

ne Savigny tarafından ortaya atılan ve bizi kavramsal hukuka götüren ilke ile açık bir çelişkinin görülmemesi imkânsızdır, zira bu düşünce ile Savigny'nin özel hukuka temelde ve metotta tanıdığı özgürlük ihmal edilmiş olmaktadır. Hukuk, kavramlara yönelmiş dogmatik bir bilim değil, tersine toplumsal bir bilim olarak anlaşılmaktadır. Bu görüşe göre, hukuk kuralının geliştirilmesi ve yorumu için aile veya mülkiyet ilişkileri gibi toplumsal gerçeklerin araştırılması gerekmektedir. Bu metot içine, hem yukarıda belirtilen kanun koyma biliminin ilkeleri, hem de hayatın bir tüm olduğunu ileri süren Romantiklerin düşünceleri alınmış bulunmaktadır. Ama ben herşeyden önce, Savigny tarafından hukuk biliminde sürdürülen XVIII. inci yüzyılın tarihsel ve felsefi unsurlara dayandırılmış ikiciliğini şöyle anlıyorum: Tarihsel unsurları deneysel (ampirik), yâni gerçek anlamında pozitif, buna karşılık felsefi unsurları zorunlu bir sistematığın temel taşları, yâni esasa yönelmiş biçim (norm) bilimi olarak görmek gerekmektedir. Böylece kavram ikiliği, bana kalırsa hem akılcı hukuk hem de Savigny için açıklanabilir.

Şimdi, Savigny'nin özellikle «Vom Beruf...» adlı eserinde ortaya koyduğu ve ileride pozitivistlerce daraltılan bütünsel ilkesini bir az izleyelim. Bu izleme sırasında Savigny'nin hukuku hem toplumsal, hem de normatif bir bilim olarak anlayabildiği görüşüne varırız (Bu görüş tabii ki onun tarafından kesinlik tamamlanmamıştır!). Savigny'nin eserinin bir çok bölümlerinde, akılcı hukukun «kanun koyma bilimi» ile, deneysel - toplumsal ve felsefi - normatif görüş birarada bulunmaktadır. Bu özellik, eserinin zenginliğini ve çelişkilerini iyice ortaya koymaktadır. Ancak o, belli bir diyalektikle görüşlerini açıklamaya ve pozitif olarak tek taraflı kalmamaya da çalışmaktadır.

Savigny'de ağırlık noktasını oluşturan anlayışın neden tarihsel açıdan hukukî pozitivizme ve kavram hukukuna doğru geliştirildiğinin sebepleri sorulmak gereklidir. Bu açıklamaya girişmek için geriye dönüp hukukî pozitivizmin metot yönü Puchta'dan başlar, Jhering'in ilk zamanları ve Gerber üzerinden Windscheid'e ulaşır. Buarada ayrıca belirtmek isterim ki, Windscheid ile birlikte bir kodifikasyonun, yâni BGB'nin yaratılması konusuna değinilecek, fakat kanunî pozitivist metot açısından sorun, gözlemlerimiz dışında kalacaktır.

2. Hukukî pozitivizm, tabii hukukça ortaya atılan ve Savigny'de henüz ilke olarak mevcut bulunan hukuk dışı unsurlara açıl-

miş metottan uzaklaşır ve bu konuda özgürlük ya da kendi kendine yeterliliği geliştirir. Bu, gerçek ve saf bir kavramsal hukuk metodudur. Hayatın yapısında işildama artık söz konusu değildir(tabii yalnız teorik alanda). Ortaya çıkan her hukukî olay, hukuk bilimi tarafından, mevcut kavramlara göre, başka düşüncelere uyruk olmaksızın çözümlenecektir.

Hukukî pozitivizm metodunun işlenmesinde, tabii bilimlere doğru bir dönüş vardır. Bu özellikle Puchta ve Jhering'de göze çarpmakla beraber, Windscheid'de de görülür. Puchta, hukuk ilkelelerini dar, sistemli bir bütün içinde görür ve kavramların biribirine sık sıkıya bağlı olmasından söz eder. Saf bir tümevarımın devamlı ve ince bir biçimde kullanılması hukukçunun meslek mantığını geliştirir, onu üretken yapar, yâni bu metot hukukun kendisine özgü bir kaynağı olur. Aslında burada, akılcı hukukun sistemli düşüncesi more geometrico'nun geliştirilmesi söz konusudur. Jhering'de XVIII. inci yüzyılın ana bilimi olan matematiğin, tabii bilimler metodu örnek alındığı için nasıl etkisini yitirdiği görülür : Jhering hukuk kavramları sistemini zoolojik sistemle karşılaştırır. Nasıl Linné'nin sistemine uymayan hiçbir yeni hayvan bulunmasına imkân yoksa, her hukuk sorunu, mevcut kavramsal sistem içinde mantık yoluyla mutlaka çözümlenecektir¹⁵. Jhering, tabii bilimler içindeki buluşlarla hukukî buluşları açıkça biribine paralel tutar. Saf kavramsal sistem içinde çalışan hukuk bilimini Jhering, «nedenleri» soran metottan üstün tutar. Burada tekrar bir tabii bilimle, bu kez fizikle karşılaştırma yapar¹⁶. Bu karşılaştırma, amacı açısından çok belirgindir : Başarılı, ya da başarısı kesin olan tabii bilimcinin toplumsal itibarı, hukukçulara da tanınmalıdır; bununla birlikte hukuk bilimi, hukuk dışı alanlarla olan her türlü ilişkiden korunmalıdır. Bu noktadan itibaren Windscheid'in ünlü formülüne çok az mesafe vardır : «Ahlâkî, siyasal veya iktisadî endişelerle hukukçunun ilgisi yoktur». Bu formül, sözü geçen metodun kesin sonudur. Eğer bu metottan, haklı adaletli hükümler beklenirse şöyle denilebilir : Hukuk kavramları doğrudan doğruya gerçekler ve böylece adalet de bunların içindedir. (Bu devir hukukçularının adaletli davrandıklarını da ayrıca belirtmek gerekir) : Doğru olarak tümevarım yolunda kullanılan kavramlar, aynı za-

¹⁵ JHERING, Unsere Aufgabe (Jherings Jahrbücher, I., 1857), S. 16; Ayrıca bk. : WILHELM, -Dipnot 3-, S. 114.

¹⁶ Jhering böyle diyor . Bk. : Geist des römischen Rechts, 1. Bölüm, (9 Bası), Basel 1953, S. 4 8vd.

manda adaletli hukuktur. Bu anlayış Ortaçağdaki evrensel tartışmadan doğan kavramsal gerçekçiliğin yeni ve dikkate değer bir yorumudur! Bu hukukî pozitivizmin özellikleri, aynı devirdeki toplumsal bilimler-felsefe pozitivizmi ile yapılacak bir karşılaştırmada daha açık-seçik biçimde ortaya çıkar. Sözü geçen pozitivizm de tabii bilimlerdeki pozitivizm metotlarından çok esinlenmiştir.

III. 1. İlk bakışta, hukukî pozitivizmin gelişimi, genel pozitivist akımla zaman açısından ve bilimsel bakımdan paralellik gösterir. Bu paralellik de en açık biçimde Auguste Comte'nin felsefi-sosyolojik pozitivizminde ifadesini bulur. Ancak, derin ve esaslı bir gözlem, bu iki tür pozitivizm arasında temel bazı farklar olduğunu ortaya çıkarır. XVIII. inci yüzyılda kurulup XIX. uncu yüzyılda gelişen felsefi pozitivizm, her bilimin üzerine dayalı olmasını istediği «pozitif» kavramını şöyle belirtir : Pozitiflik, dış dünyanın gerçekleridir. Bu gerçekler, duygularımızla tanınan ve gözlenen olgulardır. Dinsellik çağının aşılp, metafizik anlayış devrinin de geçilmesinden sonra ortaya çıkan pozitif bilim, Comte'a göre, yukarıda belirtilen kesin metotsal temele dayanmaktadır. Ona göre, olguların tam gözlemi sonucunda kanunların araştırılmasına, yani devamlı, sağlam ilişkilerin bulunmasına geçilir. Böylece Comte, yeni bir sosyolojinin teorik temelini atmıştır. O, toplumsal gelişimin kanunlarını tanıyarak bu gelişmeye egemen olmak yolunda dündümiştir. Tabii bilimlerin hem deneysel metodu hem de kanun anlayışı onu açıkça etkilemiştir. Nasıl tabii bilimler bu metotla o güne kadar asla tanınmayan bir ölçüde tabiata egemen olmuş ve böylece hızlı bir gelişmeye imkân hazırlamışsa, Comte'un sosyolojisi de toplumsal gelişmeyi sağlamak için toplum planlaması yolunda gerekli kanunları bulup onları kullanmak istemiştir.

Formüllerde, felsefi-toplum bilimi ve hukukî pozitivizm arasında ortak noktalar bulunabilir : Her ikisi de mevcut olan «pozitif» toplumsal unsurlar arasındaki karşılıklı etkilerden «kanunları» çıkarmaya uğraşmaktadırlar. Her ikisi de açık kavramlara ulaşabilmek için olguların arkasındaki metafizik kavramları ve hattâ diğer bilim alanlarıyla olan bağılıkları bir yana atmaktadırlar. Mantık, her iki bilimin metodunda da çok önemli, bir yer tutmaktadır. Mamafih, bu ana formüllerden öteye gidilirse, pek önemli diğer noktalarda farklılıklar ortaya çıkmaktadır : Genel pozitivizm, pozitif olguları toplumsal gerçekler içinde ararken, hukukî pozitivizm, eskiden hiç tanınmayan bir biçimde kendisini toplum gerçeklerinden ayırır ve pozitif olgularını mümkün olduğu kadar saf hukuk kavramlarında araştırır. Toplum çevresi yerini hukukçularda

kavramlar dünyasına bırakır. Toplumsal gelişme gerçeklerin tanınması ile değil, bilâkis mevcut hukukî kavramlarının soyut-biçimsel çerçevesi içinde anlaşılır. Bu nedenle belki «hukukî biçimcilik» bu bilimsel akım için daha iyi bir addır, zira örneğin Comte'unki gibi gerçek pozitivizme alman hukukçuları ancak Jhering'in çıkarlar ve amaçlar konusundaki düşünceleri sonunda ulaşabilmiştir. Alman hukukî pozitivizmi olgunluk çağına ise Eugen Ehrlich'in hukuk sosyolojisi ve Artur Nussbaum'un hukukî gerçekleri, olayları araştırma çabası ile gelebilmiştir. Bu nedenle bizim ilgilendiğimiz hukukî pozitivizm, genel pozitivizmin yalnız metot özelliklerini kullanmış, özde biçimci kalmıştır. Bu özde ise, Kant'ın biçimsel özgürlük ahlâkı esas rolü oynamıştır. Bu ahlâk anlayışı, üretim araçlarında mülkiyet hakkı olan ufak sanayicilerin toplumunda temelini bulmuştu¹⁷. Fakat iktisadî ve toplumsal yapının büyük bir hızla gelişmesi, bu anlayışı yetersizleştirmişti, çünkü sanayinin belirli elerde toplanması, sermayenin çoğalması ve tekelleşmesi çerçevesi içinde yeni bir toplumsal sınıflaşma başlamıştı. Bu yapı, sınıfsal toplum kavramı içinde ayrı ve başka bir açıdan anlaşılmaktadır¹⁸. Bu toplumda, liberal teorinin esas amacı olan insancılığa ancak ilkelerde yapılan bazı düzeltmeler ile erişilebilmişti, fakat bu ilkeler yukarıda belirtilen pozitivizm anlayışı nedeniyle teorik olarak işlenebilecek durumda değildi.

Hukuk bilimi, kavramları gerçekler olarak kabul ettiği için, onun bir biçim bilimi olduğu, fakat toplumsal gerçeklerle uğraşan bir bilim olmadığı yolundaki anlayışı artık yerleşmeye başlamıştı, zira o yalnız salt bulgularla değil, değerlendirmelerle uğraşıyordu. Bu anlayış yerleşmişti, çünkü akılcı hukuk tarafından kurulan ve Savigny'ce de kabul edilen tarihsel-felsefi unsurlar arasındaki ayırım, hukuk bilimine yerleşmişti. Ve bu bilim hem gelişme durumundaki bir toplumla, hem de bu toplumun değerlendirici bir biçimlendirilmesi ile uğraşmak zorundaydı.

2. Toplumsal bilimlerin gelişmesinin hukuka etkisi çok geç olmuş, hattâ Hegel'in felsefî metodu bu konuda hemen hemen hiç rol oynamamıştır. Bu özellikle hukuk metodunun tabii hareket ka-

¹⁷ Sınıfsal toplumun daha John Locke devrinde, onun tarafından savunulduğu hakkında bk. : RÖHRLICH, W. : Sozialvertrag und bürgerliche Emanzipation von Hobbes bis Hegel (Erträge und Forschung 13), Darmstadt 1972.

¹⁸ Bk. : HABERMAS, J. : Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied/Berlin 1969 (4 Bası). Özellikle bk. : S. 91 vd, 99, 242 vd. Bölüm 11 ve 23.

nunları ile açıklanabilir. Fakat Savigny'den başlayıp Puchta üzerinden Windscheid'a varan kaçınılmaz yolda, bazı alternatifler etrafında mücadeleler olmuştur. Bu noktada zamanın içsel sorunları kendisini göstermeye başlamıştır. Böylece bu gelişme, Derwin'in liberal metodu ile açıklanamaz; yâni hukuk bilimi içinde çarpışan düşüncelerde «güçlü olanın» zaferi söz konusun değildir.

Burada, XVIII. inci yüzyılda temelini bulan XIX. uncu yüzyıl rasyonalistlerini kısaca belirtelim; örneğin Thibaut ve Feuerbach gibi. Bunların zamanı düşünsel olarak değil, fakat siyasal olarak çoktan geçmişti.

Tarihçi Okulun başka bir kolu da, bir alternatif etrafında mücadele etti, bunlar germanistlerdi. Hiç olmazsa onların en büyük bölümü bu mücadeleyi yürütmüştür.

Bu noktada, XIX. uncu yüzyılın kendine özgü dilinin tarihsel açıdan nasıl kullanıldığını, bugünkü anlayışımıza çevirmek gerektir. Eğer bu yapılırsa, kavimler göçü sırasında Romalılarla Germanler arasında mücadelesi başlayan «Roma Hukuku - German Hukuku» ayrımı tanınmayacak, bilâkis «halk hukuku» ile «hukukçuların hukuku» arasında siyasal ilişkiden doğan sorun ortaya çıkacaktır. Buna uygun olarak germanist Beseler'in, Puchta'nin gelenek-görenek hukukuna karşı çıkıp, onun aslında bir «hukukçu» olduğunu ileriye sürdüğü bilinmektedir. Bütün sorunun özü şudur: Acaba kavramsal-pozitif, hayatın bireysel çıkarlarına dayanmış, hukukçuların üstün bir sınıfa temsil edilen hukuk, diğerinin karşısına konulabilir mi? Hukuku ve toplumu biribinden ayırmamalıdır Tersine, ortaçağ Almanyasında olduğu gibi, içinde toplumsal sınıfların, loncaların etkisi altında değişen ve gelişen hukukun yaşadığı toplumu açıkça belirtip kabul etmek gerektir. Ortaçağdaki hukuk, bu modele uygun olarak küçük tımar sahiplerinin, şehir vatandaşlarının, köy cemaatlarının katılması ve işbirliği ile biçimlenmişti. Yâni en sonunda vatandaş, hukukun ortağı oluyordu.

Germanistlerin bu düşünce modeli yalnız tarihsel bir yorum değil, aynı zamanda siyasal programdı. Bu program, germanistlerin 1846'dan 1848'e kadar topladıkları, parlamentoya benzer «Alman Meclisinde»¹⁹ ileri sürülen isteklerde daha somut olarak anlaşılır. Germanistler, hem hukukçu olmayan vatandaşların yargılamalar-

¹⁹ «Alman ulusunun düşünsel parlamentosu». Bk. : GIERKE, O. : Die historische Rechtsschule und die Germanisten, Berlin 1903, S. 21; TREITSOHKE, H. v. : Deutsche Geschichte, V. S. 686.

da söz sahibi bulunmalarını hem de ulusal bir (medeni) kanunun parlamenter-demokratik usullere göre yapılıp kabul edilmesini istemişlerdir. Otto von Gierke, germanist hareketi överken, bu amaçları özellikle ön planda tutmuştur²⁰. Bununla birlikte germanist bilim özel hukukun gelişimi üzerinde pek küçük bir rol oynayabilmiştir. Bu rolü oynadığı zaman da pandekt biliminin soyut-kavramsal pozitivist metodu önünde eğilmiştir, Gerber'in yaptığı gibi. Gerber, temelde yatan gerçeği bir yana bırakarak, alman unsurlarından pandekt bilimindeki kavramlara benzer ilkelere dönüşen bir sistem ortaya koymuştu²¹. Bu sistemle kendisinin «alman hukukundaki ulusal ruhu öldürdüğü»²² ileri sürülmüştür. Bu eleştiri yalnız ulusal bir romantizmin ifadesi değildir. Ayrıca Gerber'in metodu ile ortaçağ hukukuna bağlı, kendisine özgü toplumsal ilişkinin ortadan kaldırıldığı ve böylece metodik-siyasal alternatifin gidisinin yok olduğunun tanınması anlamına da gelmektedir. Yaşadıkları devir üzerinde tam bir etkiyi sağlayabilmek için germanistler ya pozitivist-kavramsal hukukçu metodu önünde eğilmek zorunda kalmışlardır, ya da, pekçoğunu 1848 yılı hareketinde Paulus Kilisesindeki Parlamentoda yaptıkları gibi, siyasal alana kaymışlardır.

IV. Böylece, XIX. uncu yüzyıl bilimindeki akımları görmüş oluyoruz. Şimdi, şu sorunun bir kez daha ortaya konulması gerekir: Pek çeşitli ilke ve tanımlarla yüklü Savigny-Puchta-Gerber-Jhering-Windscheid metodu neden büyük ölçüde rağbet gördü, tamandı?

1. Burada gene Savigny'ye dönmek gereklidir ve bu dönüş onun yeni hukuk tarihi anlayışı yolundaki eserinin en önemli bölümünün başlığı yönünde olacaktır²³. Bu başlığın anlamı şudur: «Savigny'den başka alternatif yoktur». Eğer Savigny'nin Marburg metodundan «Vom Beruf» adlı yazısına kadar geçen ilk devri dikkatle incelenirse görülür ki o, 1800-1815 yıllarının siyasal sarsıntıları karşısında büyük bir duyarlılık içindedir. Bu sarsıntıları o devirde pek çok kişi temsil ediyordu. Savigny'nin de felsefeye karşı olan ilgisi, siyaset anlayışı ile ortaya çıkmıştır. O, eski üst sınıfın bir

²⁰ GIERKE, age., S. 21 vd. Savigny'nin hukukun doğuşu üzerindeki teorisinden vazgeçme ve Thibaut'un düşüncelerini benimseme yolunda «Kanun Koymanın Gücü» söyleyişi ile GIERKE, age, S. 23'de konuşmaktadır.

²¹ WILHELM, W.: Zur jur. Methodenlehre - Bk. Dipnot 3 -, S. 88 vd, 91.

²² GIERKE, age. s. 27; BRUNNER, H.: Das anglonormannische Erbsystem, Leipzig 1869, S. 71 vd.

²³ Bk.: HATTENHAUER, H.: Zwischen Hierarchie und Demokratie, Karlsruhe 1971, S. 98.

mensubu olarak «kaynağı ve toplumsal durumu bakımından siyasetçiydi»²⁴. Onun bu özelliği eserinin dikkatle incelenmeğe değer pek çok yerlerinde hep parıldamaktadır. Örneğin, «Marburg Metodu» adlı eserinde Fichte için şöyle der²⁵. Fichte'nin eserleri, hukukun felsefi incelenmesi yapılırken siyasetle olan ilişkinin ne kadar önemli bir biçimde göz önünde tutulması gerektiğini gösterir. Fichte, bilinçli olmadan ve bu konuda bir hesap da vermeden pek çok siyasal sorun üzerine eğilmiştir». «Vom Beruf...» adlı eserinde ise şöyle diyor: «Siyasal ilişkilerin incelenmesinde tarifi bazen kullanılması zorunluluğu vardır²⁶. Gene o, özgürcü İngiliz Anayasasının, İngiltere'deki özel hukukun gelişmesine ne kadar etkili olduğunu göstermektedir; böyle bir gelişmenin Almanya'da yalnız özgür bir yargıç sınıfıyla gerçekleşebileceğine de işaret etmektedir. Savigny, hukukun siyasetle karışma özelliğini bilinçli olarak fark etmiştir. ve Fichte'deki bu «bilinç» eksikliğini de eleştirmiştir.

Hem metot üzerindeki ilkesinde, hem de bilimsel eserinde Savigny, XIX. uncu yüzyıl almanlığındaki siyasal-düşünsel temel noktayı büyük bir yetenekle görmüş ve bu gelişime etkide bulunmuştur: Sorun, devlet ile toplumun birbirinin tersine gelişmesidir. Bu sorunla Almanya'da son zamanlarda hem anayasa hukuku hem de toplumsal tarih alanında esashı olarak uğraşmıştır²⁷. XIX. uncu yüzyılda gelişen burjuva sınıfıyla temsil edilen toplum, devletin demokratik bir açılımla kendi yanına gelmediğini farkedince, Aristot'un eski kategorilerindeki birlik — societas civilis ve corpus politicum — kutuplaşarak birbirinden ayrıldı. Devlet, örneğin Prusya'daki gibi aydın-ilerici memurlarla iş görmesine rağmen, monarşiye ve soyluluk özelliğine bağlı kaldı. Bununla birlikte devlet toplumsal atılımı ne durdurabilirdi, ne de bunu durdurmak istedi; Stein-Hardenberg devrindeki Prusya reform kanunları bu görüşü en açık biçimde kanıtlar. Bu kanunlar, başlangıç bölümlerinde prog-

²⁴ WIEACKER, Priv RG, S. 385.

²⁵ Juristische Methodenlehre - Bk. Dipnot 8 -, S. 49. Bu bölüm üzerindeki ilk gözlem için bk. : KANTROWICZ, Savignys Marburger Methodenlehre, BRG, Abt. 53, (1933), S. 469.

²⁶ Vom Beruf - Bk. Dipnot 7 -, S. 114.

²⁷ Çok zengin literatürde üç görüş açısı belirgindir : CONZE, W. : Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands (Die Entstehung des modernen souveränen Staaten, Yayınlayan. H. H. HOFMANN,) Köln, 1967, S. 297 vd. : EHMKE, H. : Staat und Gesellschaft als verfassungstheoretisches Problem (Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend) Tübingen 1962; HABERMAS, J. : Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied u. Berlin, 1962.

ramlı olarak bu gerçeği az-çok açıklamaktadırlar²⁸. Bu devreden sonra gelen Metternich devlet anlayışı, gerçi toplumsal gelişmeye devletin gözetimi denetimi ve koruyuculuğu altında özgür bir alan tanıdı, ama diğer yandan, bu özgür alanın «siyasal» özgürlüğe dönüşmesinin korkusu içinde gerekli tedbirleri aldı. Bu nedenle devlet, artık toplumun yansıdığı bir varlık değildi, bilâkis siyasetin ve iktidarın dış sınırıydı. Buna karşılık toplum, burjuva kültürü ve iktisadını yansıtıyordu. Devlet ile toplum arasındaki bu zıtlık, kamu hukuku-özel hukuk ayrımını da açıklıyordu. Bu ayırım, yolunu daha, geç absoltizmin, siyasal görüşler altında tabii hukuka uygun olarak yaptığı kodifikasyonlarda bulmuştu²⁹. Kamu hukuku, hükümdarın isteği olarak anlaşılıyordu. Buna karşılık özel hukuk «adalet» duygusunun tekeli altında vatandaş için «haklılık» ve «haksızlık» kavramlarını belirtiyordu. Ancak adalet de kanuna bağlıydı ve bu nedenle devletin müdahalesine açıktı.

2. Kendi kendine yeten, bağımsız bir özel hukuk kurabilmek için Savigny pandekt özel hukukundan yararlanmıştı; hattâ Savigny, devletin bölgesine giren hukuku, «hukuk» niteliğine bile sahip görmemektedir³⁰. Tarihsel bir görüş ile Savigny özel hukuku, devletin müdahalesinden çıkartmakta ve onu bilimsel olarak yetiştirilmiş hukukçuların eline emanet etmektedir; bu hukukçular da gerçekte burjuva toplumunun temsilcileridir. Roma Hukukuna doğru esaslı bir yönelme, soyut bir ilişkiler hukukunun temeli olmaktadır. Özgür kişinin iradesine egemen olması noktasından başlayan metot biçimi, bu yönelmeyi daha da güçlendirmektedir. Burada, ideolojik açıdan hukuk metoduna dönüştüğü için her türlü tartışmadan uzak bir değer yargısı söz konusudur. Bu değer yargısını Savigny, Kant'ın biçimsel özgürlük ahlâkı anlayışını benimsemekle ortaya koymuştur. Gerber ise daha sonra bunun klâsik formülünü belirtmiş

²⁸ Örneğin, 9 Ekim 1807 tarihli, köylülerin pek çok hakkını tanıyan Karar gibi. Bu kararda şüphesi Adam Smith ile başlayan liberal iktisat ilkelere etkisi vardır. Bk. : HUBER, E. R. : Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, I, Stuttgart 1961, Nr. : 7, S. 38. : «...adalet duygusunun kesin isteklerine ve devletin iktisadî yapısının refaha erişmesine uygun olarak, her birey, yeteneklerine uyan tüm güce sahip olmalı ve bu gücü sınırlayan tüm engeller kaldırılmalı...».

²⁹ GRIMM, Dieter : Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Helmut Coing zum 28. Februar 1972. Yayınlayan : WILHELM, Walter) Frankfurt/M. 1972, S. 224 vd.

³⁰ Merburger Methodenlehre, age, (Bk. Dipnot 8), S. 13.

tir:³¹ «Alman hukuku tekrar insanın dolaysız, etkili ve canlı irade gücüne bağlanırken, yâni tam hukukî açıdan kurulurken, artık günümüzde egemen olan anlayışların dizisine girmektedir». Hukukî yapı ile hukukî değerlendirme denilecek özel özgürlük eşit, denk durumu getirilmektedir.

Şu duruma göre, Savigny ile kavram hukukuna yönelmiş hukukçular, katı siyasal iktidar anlayışının bulunduğu devlet içinde, özgürleştirilmiş bir toplum taraftarıdır. Ancak bu, almanların, özellikle prusyalıların da çözüm yoluydu. 1840 yılında güney almanyalı bir gözlemci(Prusyayı pek güzel biçimde şöyle anlatmaktadır :³² «Bu devletin vatandaşları yeni zamanlarda özgürlük denen kavramdan pek yararlanamıyorlar; buna karşılık burjuva hareket özerkliğini ise en yüksek derecede tadıyorlar».

Hukukî biçimciliğin temeli olarak irade ahlâkı şüphesiz, bu özgür (veya özerk) kılınan toplumdaki değişiklikler karşısında, ilk çıkış noktasının arkasında bulunan «ahlâklılık» niteliğini yitirmektedir. Buna karşılık durmadan artan ölçüde, en güçlüünün toplumda bilincini kabul ettirmesi mücadelesini yerleştirmektedir. Ancak bütün bu söylenenlere rağmen, sık sık denildiği gibi özel hukuk asla, pratik olmayan³³, hayat gerçeklerine sırtını çeviren bir hukuk da değildir. Bilâkis, bunun tamamen tersidir; Gerber'in söylediği gibi, «günümüzdeki egemen anlayışlardan» birisidir. Bu hukuk, yaptırım ve düzenlemeden gelen olağanüstü bir güçle, hiçbir toplumsal ahlâkça frenlenemeyen teknik-sanayi ve kapitalist alanlardaki dinamiği, planlayıcı insan iradesi ile yararlı duruma getirmektedir. Özel hukuk, hukukî güvenliğin kafilidir. Borç ilişkilerinin özgür biçimde gelişmesi yolunda etkendir. Böylece hukukî pozitivizmin egemen olmaya başladığı zaman, bu büyük atılım için karar da verilmiş olmaktadır. Ve gerçekten özel hukuk bu biçimiyle yüzyılımızdaki teknik, iktisadî ve toplumsal temelleri yaratmıştır.

3. XIX. uncu yüzyılın ikinci yarısında bana, pozitivist hukukun aşılmasına yol açan, ama gene de onun izlerini taşıyan, gözleme değer üç önemli teorik durum ortaya çıkmıştır gibi geliyor.

³¹ GERBER, C. F. v. : System des deutschen Privatrechts, S. XIX (WILHELM, W. : Zur jur. Methodenlehre - Bk. Dipnot. 3 - S. 102'den aktarılmıştır).

³² CONZE, W. : Staat und Gesellschaft -Bk. Dipnot 27 - S. 306 vd'dan aktarılmıştır.

³³ Bk. : WIEACKER, F. : Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, (Juristen Jahrbuch 9) 1968/69, S. 1 vd.

Burada, Rudolf von Jhering'in son zamanlardaki düşünceleri ve Otto von Gierke ile Karl Marx söz konusudur. Bu teorik durumlar; toplumsal bilimci analizler (Jhering), toplumsal ahlâk temeline dayanan toplum felsefesi reformu (Gierke) ve siyasal-toplumsal ihtilâl (Marx) olarak belirtilebilirler.

Jhering'in son devrinde sosyolojik pozitivizm hukuk bilimine girdi. Böylece hukuk bilimi yalnız kavramlarla değil, dogmatik kurallar üzerine dayanmayan toplumsal çekişmelerle de uğraşmaya başladı. Jhering hukuku tekrar, onun toplumsal şartlarına bağlamaktadır: «Amaç, hukukun yaratıcısını bulmaktır». «Hukuk, ancak çıkarlar mücadelesi, yâni Darwin'in anladığı yaşama mücadelesi içinde³⁴ kendisini kabul ettirebilir». Bu görüş hukuk bilimini, daha önce içinde bulunduğu dar kavram kalbından kurtarıcı bir anlam taşımaktadır. Tüm eserinin uluslararası olumlu yankısı gibi, Jhering'in bir zamanlar kendisinin de temsil ettiği kavram hukuku karşısındaki alaycı-hicivci kızgınlığı, bu yeni düşünceyi kısa bir sürede, hukuku kurtarmak yolunda çok önemli, büyük bir etken yapmıştır. Mamafih Jhering, amaçların bir analizini yaparak, onları değerlendireci bir ölçü ortaya koyamamıştır. Pandekt hukukunun kupkuru özelliği onun eline metotsal, daha iyi bir deyişle toplumsal-teorik bir araç verememiştir. Buna karşılık Gierke, «birlik-beraberlik» teorisine sonunda temelini antropolojide bunlan bir toplum görüşü ortaya atmıştır. Teorisini germanistlerin eski ilkelerinden, yâni Ortaçağ'daki eski sınıfsal toplumun ve en eski tabii hukukun (althusius) toplum ahlâkından çıkararak işlemiştir. Toplumsal görüşüyle Gierke, Laband'ın kamu hukuku pozitivizmine, pozitifçiliği dolayısıyla toplumsal-gerçekçi olmayan BGB tasarısına karşı savaş açmış, toplumcu bir özel hukuku savunmuş, kamu hukuku-özel hukuk ayırımına karşı çıkmış, toplumsal hukuku yeni sınıflara yaydırmak istemiştir. Fakat bütün olumlu tepkilerine rağmen, Gierke, en son noktada sonuca varmak özelliğini yitirmiştir. O da Savigny'nin hukuk biliminden esinlenmiştir: Toplumsal felsefesi, geçmişe dayalı olguların tarihçi gözle kullanılmasıyla gelişmiş, buna karşılık artık iyice güçlenmiş sanayi toplumu gerçeği ile doğrudan doğruya temas kuramamıştır. Tabii ki hemen hemen yüz yıl tarihçi metotları kullanan hukuk bilimi Gierke'nin bu tutumunu açıklayabilir. Gierke, kavramları oluştururken de dokt-

³⁴ Jhering'in Darwin'in teorisi ile olan bağlılığı için bk.: WIEACKER, W.: Jhering und der «Darwinismus» (Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, Yayınlayan: v. G. Paulus, U. Diderichsen, C. - W. Canaris, 1973, S. 63).

rinci ve soyutçudur (yâni kavramsal pozitivisttir), böylece gerçekleri göz önüne alma özelliği yoktur. Hem deneyci hem de teorik olan ve XVIII. inci yüzyılda ve bir aralık Savigny tarafından da «tarihsel» ve «felsefi» açılardan incelenen hukuk biliminin geleceği konusunda Gierke de ancak sınırlı çözümlere varabilmiştir. Fakat Gierke'nin Jhering'den de ileri giderek, toplumsal sorunlara karşı hukukun kapısını açtığı inkâr edilmez. Bu sorunlar daha önce, pozitif açıdan yapılan hukukî gözlemler karşısında bir yana itiliyorlardı.

Karl Marx ise hukuku belli bir sınıfın egemenlik aracı olarak nitelendirirken, çıkar ve amaç analizleri ile³⁵ — tıpkı Jhering'de gördüğümüz gibi — yeni bir toplum teorisini biribine bağlamıştır. Ancak buna rağmen Marx'ın toplum teorisi Gierke'ninki gibi tarihe değil, yaşadığı zamanın gerçeklerine dönüktür. Fakat bu teori mevcut hukuk düzenini açıklamak gücünden yoksundur zira bu düzen açıklanmaya çalışılırken sınıf kavramı tek yanlı ve tekbaşına bir ölçü olarak alınmaktadır. Marx'ın bu çıkış noktasını hukukî pozitivizmi tarihsel bir olumsuzluk biçiminde nitelemesi olarak anlamak istiyorum. Bu olumsuzluğu, hukukî pozitivizm kendisi yaratmıştır, çünkü burjuvazinin çıkarlarını, metotlarının bile derinliğine kadar özel hukuk içine yerleştirmiş, böylece hukukun çıkarlar arasında bir denge olabilecek aracılık niteliğini büyük ölçüde yoketmiştir³⁶. Bu nedenle Marx da hukukî pozitivizme karşı çıkmış ve devlet ile hukukun ortadan kalkacağı gelecek ütöpik toplumda, onu toptan inkâr etmiştir. Böylece Marx'da ne işçi sınıfının çıkarları için burjuva toplumların hukuk düzenlerini eleştirmek yolunda dolaysız bir hareket noktası vardır (bu noktada kısaca Anton Menger'in görüşleri kaydedilmelidir) ne de komünist ihtilâlden sonra gerekli toplum planlanmasının uygulanabilmesini mümkün kılacak bir hukuk teorisi vardır. (Rus ihtilâlinden sonra en büyük çalkantılar ve çelişkiler bu yüzden çıkmıştır)³⁷.

³⁵ WELZEL : Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 191; WIEACKER, Priv RG, S. 453, not 66.

³⁶ WIEACKER, Privrg, S. 442; EBEL, W. : Quellen zur Geschichte des deutschen Arbeitsrechts, Göttingen, Berlin, Frankfurt/M. 1964, S. 20.

³⁷ Bu görüş etrafında bk. : REICH, N. : Sozialismus und Zivilrecht, Frankfurt/M. 1972. — Yukarıda bildirilen sorun için ayrıca bk. : Marxistische und sozialistische Rechtstheorie, yayınlayan : REICH, N. v., Frankfurt/M. 1972. Bu eser içinde bk. : PAUL, W. : Das Problem marxistischer Rechtslehre-ein kritischer Rekonstruktionsversuch, özellikle, S. 202 vd : «Markist hukuk teorisi - Pozitivizm veya hukukun eleştirisi mi?» Eğer, Paul

V. Bütün bu açıklamalardan anlaşılıyor ki, hukukî pozitivizm yalnız bir metot değil, toplumsal felsefenin pek de açık olmayan bir biçimiydi. Hukukî pozitivizm XIX. uncu yüzyıl alman tarih felsefesinin en etkili ve en zengin sonuçlu bir dahıydı. Bu okulun inkâr edilmeyecek etkisi iki sebeple kısaca açıklanabilir : İlkönce, bu pozitivizm, eski sınıfsal yapının liberalleştirilmesi ile doğan yeni toplumsal ve iktisadî kurallara ve ülkelerle tam bir uygunluk içindir. İkinci sebep ise Almanya'nın özellikle elverişli siyasal durumudur. Almanya uzun bir süre ulusalcı, tek devlet biçiminden yoksun kaldığı için, mevzuatı birleştirici, ulusal bir kanun koyma organına da sahip olamamıştı. Ayrıca, Almanya'da XIX. uncu yüzyılın ilk yarısında devlet kavramı, egemenliğin tek elde toplandığı mutlak monarşinin yenileştirilmesinden ibaretti ve aynı yüzyılın ikinci yarısında demokratik parlamenter rejime geçiş çabaları olumsuz biçimde sonuçlanmıştı, böylece işçi sınıfının isteklerinden doğan önemli toplumsal sorunların su yüzüne çıkması mümkün olamamıştı.

Doğmatik biçimler üzerinde kurulu pozitivizmin bu bakımdan kısaltılıp özleştirilmesi ile sağladığı bağımsızlık yönü, en geç XIX. uncu yüzyılın ortasından sonra yalnız yukarıya karşı, yani tac'a, soylulara ve devlet mekanizmasına karşı değil, ayrıca toplumsal devlet ilkelerinin yerleşmeye başladığı özel hukuka karşı da çevrilmiştir. Sadece, Gierke ve Menger'in BGB tasarısına yaptıkları eleştirinin temeli ve günümüzde de pek karmaşık noktalardan olan iş sözleşmesi ile kira hukukuna zikredebilmek yukarıdaki yargıyı doğrular İşte, hukukî pozitivizmi konservatif olarak olarak nitelerek yalnız bu görüş açısı altında doğrudur³⁸. Yoksa o, toplumcu devletin temel ilkelerine uyabilir. Hukukî pozitivizmin eski, sınıfsal-feodal hukuktaki tabuları, tapınma noktalarını ortadan kaldıran modern düşünme biçimi de ayrıca tanınmalıdır³⁹. Unutmamalı ki, bu eski kavramlar, Prusya'da, junkerci büyük toprak sahipliği devrinde bile yaşıyorlardı. Gene, 1870 lerde Alman Parlamentosunda,

tarafından, Marx'ın hukuk teorisi, bugüne kadar eleştirici, kritik bir toplum teorisi biçiminde işlenemediyse bunun nedeni bir rastlantıda yatmaz, doğrudan doğruya Marx'ın ilkelerinin bir bölümünde yatar.

³⁸ Bk. : WILHELM, W. : Zur jur. Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft. Frankfurt/M. 1956. Özellikle kamu hukukunda pozitivizm için bk. : S. 152 vd, ve 155.

³⁹ Böyle bir değerlendirme P. v. Oertzen'in eserinde görülmektedir : Die Bedeutung ş. Gerbers - Bk. Dipnot 3 - S. 198 özellikle önemli.

kodifikasyonun ticaret ve borçlar hukukuna da yaydırılmasına karşı gösterilen tutucu tepki de belirtilebilir.

Hukukî pozitivismdeki «halk hukuku-hukukçular hukuku» sorunu bir kez daha araştırılırsa, belki parlamenter demokrasiye geçiş süreci üzerindeki çok ciddi endişeler dile gelebilir. Çünkü Almanya da XIX. uncu yüzyılda bu yolda yürümeye başlamıştı. Şüphesiz ki gelişme germanistlerin anladığı halk hukukun karmaşık, çok sorunlu yapısı dolayısıyla, seçkin hukukçuların yararına olmuştur. Ancak, pozitivismin metodu, hukukçuları toplumun diğer unsurlarından ayırmış ve onları hukuku yaratan kişiler olarak toplumun önünde rol oynamak zorunda bırakmıştır. Hukuk düşüncesinin bu çizgisi, günümüze kadar çok derin etkiler yapmıştır.

Şimdi, kodifikasyonun ortaya konuş biçimine değil, yapısına kısa bir göz atalım : XIX. uncu yüzyılın pozitivism, XX'inci yüzyılın medenî kanunu olan BGB'ye çok geniş kapsamlı ve düşündürücü etkiler yapmıştır. Hukukî pozitivismın aydınlanma çağında anlaşılan kavramdan da başka biçimde bir «kanun koyma bilimi» olmuştur. Borçların, güvenliğin, güçsüzlerin, toplumsal bazı bağlantıların korunması gibi eski ve yeni hukukun klâsik konuları, sınırsız bir yapısı olan özel özgürlük uğrunda feda edilmişlerdir. Bu konular ileride teori ve içtihat yolu ile, metotça çok tartışılır tarzda, türlü engelli yollardan toplumsal devlet yönünde özel hukuka yeniden sokulabilmişlerdir.

Yukarıdan beri yaptığım açıklamalarda teorik bilgileri bir hayli basitleştirdiğimi biliyorum ve bunu belirtmeden de konumu bitirmek istemiyorum. Bu basitleştirmeler özellikle üç noktada açıklamayı gerektirir : Metotttan çıkarak biçimlenen bu hukuk dalını inceleyen araştırmada, metodun gelişimine etkili olan hukuk kavramlarının ve normlarının tek tek incelenmesi gerekirdi; bu konuda özellikle hukuk uygulaması inceden inceye araştırılarak önemli ilke ve çelişkilerin ortaya konulması zorunluydu. Bu XIX. uncu yüzyılın hukuk tarihi açısından çok önemli bir ödevdir. İkinci nokta şudur : Eğer hukukî biçimlerle toplumsal gelişim birlikte incelenirse, toplumsal gelişme bütünsel yapısı ile değil, gerçekteki farklılaşmaları ortaya konularak araştırma konusu yapılabilir. Bu da uzman tarih araştırmacısının pek zorunlu bir ödevidir. Üçüncü nokta da Almanya'daki gelişimi özellikle göz önünde tutmaktır. Alman toplumu XIX. uncu yüzyılda yalnız saf bir liberalleşmeye varmamıştır, bilâkis sanayi ve işçi dünyası, böylelikle hukuku ge-

niş ölçüde değişmiştir ve bu gelişmenin belirli bölümlerinde devlet çok etkili bir rol oynamıştır. Araştırmacı bu bölümleri çok iyi incelemelidir. Bu zorunluluk, hukukî pozitivizmi XIX. uncu yüzyılın tarihsel yolu üzerindeki temel kararların en önemli parçası olarak tanıyıp o devrin genel pozitivist anlayışının ana unsurlarından birisi olduğunu anlamaktan daha önce gelir.