

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY'N N HUKUK ANLAYI I ¹

Giri

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

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

Savigny'nin teorisi,² ana hatlarıyla bu bölümde incelenmiştir. İlk bölümde, onun, hukukun oluşumuna ve kaynağına dair temel düşünceleri ve evrimsel bir hukuk anlayışının örneği olan Savigny'nin teorisindeki hukukun gelişim amaçları üzerinde durulmaktadır. Bu bölüm, temelde birinci bölümün ilk kısmı ile bağlantılı olarak oluşturulmuş ve kimi yerde tekrarlara kaçılmıştır. Ancak, bu tekrarlar teorisinin farklı bir açıdan değerlendirilmesini ve daha çok vurgu yapmak amacıyla yapılmıştır. Bir bütünlük gösteren Savigny'nin teorisinin öne çıkan diğer hususları; pozitivist hukuk anlayışı, resepsiyona karşı çıkışı ve kodifikasyon konusunda görüşleri ve daha sonra da doğal hukuka bakışı ve bu anlayıştan etkilendiği hususlar ilerleyen bölümlerde ele alınmıştır. Daha sonra kısa bir değerlendirme yapılarak çalışmaya tamamlanmıştır.

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

A. Hukukun Kaynağı ve Oluşumu

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

¹ Ali Acar, Onatı/ İspanya Uluslararası Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü'nde yüksek lisans öğrencisi.

² Hemen belirtmekte fayda var ki Savigny bu teorisini özel hukuk alanına ilişkin olarak kurmuştur.

Savigny, hukukun kaynağı ile ilgili olarak şöyle demektedir: “Hukukun kaynağı kavramıyla, (öncelikle ve özellikle) hukukun (gemeine Recht) oluşumu ve aynı zamanda hem hukuk kurumları hem de bu kurumlardan soyutlama yoluyla oluşturulan hukuk kuralları anlamıdır”³. Daha açık bir ifadeyle o, hukukun kaynağı kavramıyla, hukukun genel anlamda oluşumunu ve ayrıca tarihsel süreçte ortaya çıkan hukuk kurum ve kurallarını (kanunları) anlamaktadır. Bu belirtilenlere ek olarak Savigny, tarihsel süreçte ortaya çıkan bütün hukuk eserlerini (özellikle de Roma Hukuku kaynaklarını ve buna ilkin olarak yazılan her türlü eseri) hukuk kaynağı kavramı içinde de erlendirmiştir. Onun **Beruf**’ta ifade etmediği; ancak **System**’de⁴ hukuk kaynağı anlayışına dahil ettiği bir başka kaynak da XIII. ve XIV. yüzyıl Alman örf-adet hukuku derlemeleridir⁵.

Hukukun, tarih içinde ortaya çıkışını sorgulayan Savigny, “eski kabileler nasıl olup da gerçekten hukuku geliştirdiler?”⁶ diye sormuştur. Hukukun tarihsel (belki de antropolojik) olarak nasıl ortaya çıktığını bulmaya niyetlenen bu soruya o, maalesef tarihsel bir cevap verilemeyeceğini söylemiştir⁷; çünkü (açıkça belirtmemekle birlikte) ona göre tarih (ya da antropoloji) biliminin o gün geldiği seviye bunu tespit etmeye olanak vermemektedir. Buna rağmen o, varsayımsal olduğunu iddia ettiği ve kendi zamanında hakim olduğunu söylediği, hukukun (devletin ve toplumun) oluşumunu açıklayan toplumsal *sözleşme kuramına* karşı çıkmıştır. Savigny, her şeyin öncelikle içgüdüsel bir durumda yaşandığını (sözleşme kuramındaki “doğal hali”ne atfen) ve daha sonra yavaş yavaş ortaya

³ Savigny, F.C., **System des heutigen Römischen Rechts**, Erster Band, Berlin, 1840(b), s. 11. Hukuk kurumu anlayışını Savigny için son derece önemli bir kavramdır. Ona göre hukuk kuralları, yani tek tek normlar, ancak hukuk kurumlarından çıkarılabilir. Aynı şekilde yasama ve hukukçular da tek tek normları ancak hukuk kurumları kapsamında de erlendirebilirler. Bkz. Coing, H. “Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft”, **Anales de la Catedra Francisco Suarez**, Yıl: 1978-79, Sayı: 18-19, s. 96. Ayrıca hukuk kurumu kavramının Savigny’nin teorisi için bir başlangıç noktası olduğu da söylenmektedir. Bkz. Larenz, K, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 1975, Berlin Heidelberg: Springer Verlag, s. 14.

⁴ Çalışmada içinde **Beruf** ile Savigny’nin temel eseri “**Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**”; **System** ile ise bir diğer temel eseri “**System des heutigen Römischen Rechts**” kastedilmektedir.

⁵ Savigny, 1840(b), s.13. Bu derlemeler arasında önemli bir tanesi, XIII. ve XIV. yüzyıl Alman örf-adetlerini gösteren Eike von Repgow adlı bir hukukçunun *Saksonya Aynası* (Sachsenspiegel) olarak nitelenen derlemesidir. Bkz. Can, C., **Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon** (Basılı Olmayan Doçentlik Tezi), Ankara, 1982, s. 130; Manigk, A., “Savigny und die Kritik der Rezeption”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung**, Band: 61, 1941, s. 208. Bu kompilasyon dönemin Almanya’sında oldukça etkili bir hukuk kaynağı olmuştur. Bkz. Vinogradoff, Paul, **Roman Law in Medieval Europe**, 1961, Oxford University Press., s. 124-125. Savigny’nin bu derlemeleri hukuk kaynağı kavramına dahil etmesinde, büyük bir olasılıkla, Okul içindeki iki ayrı grubu birleştirmeye çabası rol oynamıştır. Tarihsel Hukuk Okulu içinde zamanla başlıca iki farklı anlayışa göstermiştir. Bunlar, Savigny’nin hukukun kaynağı hakkındaki görüşünün farklı yorumlaması sonucu ortaya çıkmıştır. Bir grup, kaynak için yalnız Alman hukuku kaynaklarını kabul ederken (Germanistler olarak bilinen bu grup okul içinde milliyetçi bir hukuk anlayışını benimsemiştir), diğer anlayış Almanlar için hukuk kaynağı kavramı olarak temelde Roma Hukuku kaynaklarını kabul etmiştir; çünkü 1495’te Almanya’da yapılan Roma Hukuku resepsiyonu uzun tarihsel süreçte Alman halkının ruhunu etkilemiş ve onun hukuku üzerinde belirleyici olmuştur. Bu farklı anlayışlar, okul içinde iki farklı grubun oluşmasına neden olmuştur. Savigny’nin çalışmaları bakıldığında onun da Roma Hukuku üzerinde yoğunlaştığını görülmektedir.

⁶ Savigny, F.C., **Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Dritte Auflage, Heidelberg, 1840(a) s. 8.

⁷ a.g.e., s. 8.

çıkın geli melerle mevcut geli me seviyesine (ve hukuk düzeyine) ula ıldı ı varsayımını yadsır⁸. Bu kurama kar ı çıkmasına ra men o, yukarıdaki soruya tarihsel bir cevap verilemeyece ini savunarak çeli kiye dü mü tür. Zira daha sonra kendisi de bazı varsayımlardan hareket edecektir.

O, genel anlamda, hukuku (gemeine Recht) ele aldı ında unu söyler: “Hukuka baktı ımızda, onun bizi gerçek ya amda her taraftan ku attı ımı ve bize nüfuz etti ini görürüz”⁹. Savigny, hukukun olu umunu sa layanın temelde *halkın bilinci (Bewusstsein des Volkes)* oldu unu söylemektedir. “Hukuk, kendisi için bir varlı a sahip de ildir, onun varlı ı gerçekte halkın kendi ya amıdır”¹⁰. Bu bakımdan ona göre hukuk, halkın ruhundan kaynaklanır ve onunla geli ir. O, bu savı öyle temellendirmektedir. Nasıl ki *dil* halk tarafından yaratılmı ve onunla geli mi se, “hukuk da aynı ekilde halkla olu ur ve onunla geli ir ve halkın dokusunu/özelli ini yitirmesiyle (bu dokuyu yitirirse e er) ortadan kalkar”¹¹. Savigny’e göre hukuk, halkın bilincinde soyut kurallar, yani genel hukuk nosyonu olarak degil, fakat kültürel biçimlerin hepsinin, bir ba ka ifadeyle bütün kültür unsurlarının (dil, din, vb.) bütünsel idraki ve hukuk kurumlarının organik ili kisi içinde ya ayan, canlı bir algılama olarak mevcuttur¹². Daha açık bir ifadeyle, hukuk halkın bilincinde, onun di er unsurları gibi ve onlarla birlikte (özellikle *dil*) varolan canlı bir varlıktır ve günlük pratiklerle (örf-adetle) bu bilinç sürekli yinelenir¹³. Ona göre, özellikle tarihsel dönemin (ilerlemenin) erken a amalarında halkın hukuka dair olan bu bilinci çok açık, elle tutulur kadar belirgindir¹⁴. Bunun bir nedeni, soyut dü üncenin henüz geli memi olmasıdır¹⁵. Halk bu dönemde hukukunu yalnız günlük uygulamalar (örf-adet) biçiminde ya ar. Ancak daha sonraki a amalarda da hukukun geli mesi ve biçim alması bu anlamda halkla olmaktadır. Savigny’nin *dili* örnek göstermesi, onu halkı birle tirici ve bir arada tutan unsur olarak görmesi nedeniyle önemlidir. Ona göre hukuk da dil gibi halkı bir arada tutan birle tirici unsurlardan biridir¹⁶.

Aslında Savigny, hukukun kayna ına ili kin olarak, içinde ya adı ı dönemi (ve onun gereklerini) de dikkate alarak, çe itli kaynaklardan söz eder. Hukukun geli im dönemlerini de yansıtan bu bakı a göre hukuk, temelde *halk bilincinden* kaynaklanır ve toplumsal geli meyle birlikte çe itli kaynaklar onun geli imine e lik eder. Savigny, e er halk, bilincinde var olan bu hukukun, tarihsel

⁸ a.g.e., s 8-9.

⁹ Savigny, 1840 (b), s. 7.

¹⁰ Savigny, 1840(a), s. 30.

¹¹ a.g.e., s. 11.

¹² Savigny, 1840(b), s.16; Toews, J. E, “Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State”, **The American Journal of Comparative Law**, 1989, Vol.37, s.145.

¹³ Ancak a a ıda görülece i üzere bu açıklama daha çok toplumun erken a amasındaki hukuk için geçerlidir.

¹⁴ Savigny, 1840(a), s. 9.

¹⁵ a.g.e., s. 9.

¹⁶ Honig, R. **Hukuk Felsefesi**, Çev. M. Yavuz, 1935, ikinci Basım, stanbul: Burhaneddin Matbaası, s. 105. O, daha sonra System’de bu birle tirici unsura dilin yanında *dini* de ekleyecektir.

a amalar için devamını sağlamak için gerekli olan *hukuk bilimini ve hukukçuları* yaratamazsa, bu durumda halkın bilincinde varolan bu hukukun da sona ereceğini belirtmektedir. O, teorisindeki de ikili bir sonucu olarak *hukuk bilimi ve hukukçuların* yanına daha sonra **System**'de *yasamayı* da koyar¹⁷. Ancak önemle vurgulanmalıdır ki o, tarihsel ilerleme içinde ortaya çıktığını söylediği bu kaynaklar arasında bir hiyerarşiyi kabul eder ve bu hiyerarşide halkın bilincinden (daha sonra ruhundan- *Volkgeist* dediği) kaynaklanan hukuku temele yerleştirir. Bu çerçevede Savigny: “her hukuk, önce örf- âdetle ve halk inancıyla; sonra da hukuk bilimiyle yaratılır”¹⁸ demektedir. Nitekim ona göre, daha sonra ayrıntılı olarak değinileceği gibi, oluşturulan pozitif hukuk (kanunlar) ve hukuk bilimi de temelini halk hukukundan (*Volksrecht*) alır. Bu nedenle, “hukuk kuralları da hukuk kurumlarından, yani tipik yaşam davranışlarından soyutlama yoluyla elde edilmek zorundadır”¹⁹.

Yukarıda da belirtildiği gibi ilkel zamanlarda halk soyut düşünce açısından fakir olmakla birlikte kendine, ya adıklarına ve sahip olduklarına dair çok güçlü bir bilince sahiptir. Savigny, halkta ortak bir bilinç yaratan unsur olarak ise “*benzer ihtiyaçların yarattığı ortak duygu*”yu göstermektedir²⁰. Örneğin benzer ihtiyaçların yarattığı bu ortak duygu sayesinde ki birçok devlette, apartman daireleri için özel bir hukuk (kat mülkiyeti) oluşturulmuştur²¹.

Yukarıda da belirtildiği gibi, halkın hukuk bilinci, o toplumun ilerlemesi ve gelişmesiyle birlikte gittikçe azalmaktadır²². İlerlemeyi sağlayan ise, dışsal etkiler ya da keyfi eylemler değil, ulusal öznenin, sessizleşen *içsel gerekliliği (innere Notwendigkeit)*'dir²³. Savigny için *içsel gereklilik* kavramı hem toplumsal ilerlemeyi hem de hukuktaki değişimi açıklayan temel bir kavramdır²⁴. Onun bu kavramla tam olarak neyi kastettiğini ise belirgin değildir. Onun bu kavramı “*keyfililik* korkusuna karşı kullandığını”²⁵ belirtilmektedir. Yani Savigny, hukukun oluşumuna ilişkin herhangi bir keyfi

¹⁷ Savigny, 1840(b) s. 18. Hukukun kaynağına dair bu üçlü ayırım Puchta tarafından da aynen kabul edilmiştir. Gerçi Savigny'nin bu konuda Puchta'dan etkilenmiş olması daha olasıdır; çünkü **System, Das Gewohnheitsrecht**'ten daha sonra yazılmıştır. Puchta'ya göre de hukukun üç kaynağı vardır. Bunlar, halk (örf-âdet), yasama ve hukuk bilimidir. Bkz. Puchta, G. F., **Das Gewohnheitsrecht**, Erster und Zweiter Teil, 1965, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, s. 143-148. O da Savigny gibi bu kaynaklar arasındaki hiyerarşiyi kabul eder ve temele örf-âdeti yerleştirir. Yalnız Puchta *potansiyel gerçek hukuk kaynağı* (potentiale wirkliche Rechtsquelle) olarak nitelemiştir. Bkz. Puchta, 1965, s. 146.

¹⁸ Savigny, 1840(a), s. 14, Savigny, F.C. **Grundgedanken der historischen rechtsschule 1814/40**, 1944, Tekrar Baskı, Frankfurt: Vittorio Klostermann, s. 7; Savigny, 1840(b), s. 50.

¹⁹ Kaufmann, A. und Hassemer, W., **Einführung Rechtsphilosophie, Rechtstheorie der Gegenwart**, 1994, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, s. 139.

²⁰ Honig, 1935, s. 103.

²¹ Savigny, 1840(a), s.13.

²² a.g.e., s. 9 ; Savigny, 1944, s. 4.

²³ Savigny, 1840(a), s. 11, 14 ; Savigny, 1944, s. 4, 7; Savigny, 1840(b), s. 17-18. Ayrıca Bkz. Mollnau, K. A., “Contributions of Savigny to the Theory of Legislation, **The American Journal of Comparative Law**, 1989, Vol. 37, s. 87.

²⁴ Savigny'nin bu kavramı, onun, yukarıda belirtilen varsayımsal olarak ele aldığı kavramlarından biridir.

²⁵ Rückert, J., **Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny**, 1984, Ebelsbach: Rplf Gremer Verlag, s. 381.

iradenin²⁶ rolünü bertaraf edebilmek adına, içsel gereklilik kavramını kullanmıştır. Nitekim o, gereklilik ve doğal kavramlarına, kendiliğinden ve özerk bir gelişim için benzer roller biçmiştir.²⁷

“İlerleme, toplumsal i bölümünün bir biçimi ve toplumsal i levlerin ayrılması biçiminde kendini göstermiştir. Böylece mesleki uzmanlaşma toplumsal olarak belirli i levleri yerine getiren grupların ve bu da bireysel yaşam tecrübeleriyle, yine bireysel bilinçler arasında büyüyen farklılıkların oluşmasına neden olmuştur. Bunun sonucu olarak da kültürel bütünlüğün ve sürekliliğinin sağlanmasında zorluklar ve karmaşıklıklar meydana gelmiştir ve bu da halkın tecrübelerini ve bilincini soyut ve belirsiz bir hale getirmiştir.”²⁸

Buradan hareketle Savigny, her hukuk halkın ruhundan kaynaklanıyor ve onunla gelişiyorsa ve ilkel dönemde halkın buna dair güçlü bir bilinci varken, onun kültür zamanı dediği, modern zamanda halkın bu bilinci köreliyorsa, bu durumda temellendirme sorunu nasıl halledilecektir? Yani bu durumda ya ilk tez, yani hukukun halkın ruhundan doğduğu tezi yanlış olacak ya da bunu tamamlamak üzere başka bir dayanak ileri sürülecektir. İşte Savigny ikinci seçeneği tercih ederek, hukukun halkın ruhundan doğduğu tezini kabul etmekte ve bunu modern zamanda tamamlayan unsur olarak, (dildeki ve hukuk dilindeki gelişmelere paralel olarak) halkın azalan/körelen bilincinin, toplumsal i bölümü ve mesleki uzmanlaşma mayla ortaya çıkan *hukukçuların* bilincine aktarıldığını savunmaktadır²⁹. Böylece o, halk bilincinin hukukçular vasıtasıyla temsil edildiğini sonucuna varmaktadır. Bu noktada, Savigny'nin teorisinin büyük bir kısmı için temel oluşturulmuştur. Ne var ki Savigny'nin ilerleme ve hukukçular sınıfının ortaya çıkmasına ilişkin temellendirilmesinde, **Beruf**'ta ve **System**'de belirttikleri arasında farklılık vardır. O, **Beruf**'ta, hukukçuların, halkın hukuka dair azalan bilinci dolayısıyla ortaya çıktığını söylerken; **System**'de toplumsal ilerleme (ve i bölümü) sonucu ortaya çıktığını ve böylece bu hukukçuların halktaki hukuk bilincini üstlendiklerini söylemektedir. Bu farklılık tarihsel bakımdan yanlış izahlara yol açabilirse de, Savigny bu izahı hukuk anlayışını temellendirmek niyetiyle yaptığından bu farklı açıklamalar önemli bir sorun olarak görülmemektedir. O, bu açıklamalarda yalnızca halktaki hukuk bilincinin hukukçular tarafından temsil edildiğini göstermeye çalışmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi halk, modern zamanda hukuka dair bilincinde hukukçular tarafından temsil edilmekle birlikte, yine hukukun esas yaratıcı kaynağı olmaya devam etmektedir. Ona göre “hukukla halk arasındaki bağlantı, hukukun ilerikliğe amalarında da devam eder”³⁰. Böylece hukuk, ikili bir varlığa sahip olur; biri hiçbir zaman sona ermeyen tümüyle halkın yaşamında (bilincinde) var

²⁶ Ayrıca bkz. Savigny, 1840(a), s. 14.

²⁷ Rückert, 1984, s. 381-382.

²⁸ Toews, 1989, s. 145.

²⁹ Savigny, 1840(a), s. 12.

³⁰ Rückert, J., “Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900, **The American Journal of Comparative Law**, 1989, Vol. 37, s. 123.

olan hukuk (buna örf-adet denebilir), di eri hukukçuların elinde var olan özel bir bilim alanı olarak” hukuk³¹. te o, a a ıda görülece i üzere halkın bilincinde var olmaya devam eden hukuku, hukukun *politik unsuru*, hukukçuların elindeki hukuku da *hukukun teknik unsuru* olarak nitelemektedir.

1. Hukukun Politik Unsuru

Savigny, yukarıda da görüldü ü üzere, hukukun politik unsuru ile hukuk anlayı nı temellendirdi i bir kavramı kullanmaktadır. Hemen belirtelim ki hukukun politik ve teknik unsuru ayrımı modern zamanda, yani uzman hukukçular grubunun ortaya çıktığı bir dönemde geçerli olmak üzere yapılmı tır.

Savigny, halkın modern zamandaki bilincine ili kin olarak belirtti i körelmeye ra men, hukukun halen halkın bilincinde ya adı nı ve bu anlamda bir taraftan halk hukukunun, daha do rusu halkın bilincinde ya ayan bir hukukun; di er taraftan ise hukukçuların elinde bulunan hukukun (wissenschaftlicher Jrispruddenz) varoldu unu söyler. Ona göre halk ve hukuk arasındaki ili ki, hukukun ileriki a amalarında da devam eder³² ve i te bunu da, hukukun politik unsuru olarak nitelendirmektedir. Yani o, “genel halk ya amıyla hukukun ba lılı ı” hukukun politik unsuru olarak nitelendirir³³. Bu ayrımda, hem bir taraftan do al hukuka hem de di er taraftan iradeci pozitivist hukuk anlayı na yönelik kar ı çıkı ı belirleyici olmu tur. Daha sonra bu politik unsur kavramı Savigny’de, yasamada bulunmayan; ama halkın bilincinde olan, halkın bir parçası olan “*hukuk ilkeleri*” biçimine dönü mü tür³⁴. te ikili bir hukukun söz konusu oldu u bu durumu Savigny iki kavramla açıklar. Tarihsel geli menin sonucu olarak modern zamanda ortaya çıkan, hukuk bilimiyle u ra an uzman bir grubun varlı na ra men hukuk, halkın bilincinde (özellikle erken modern toplumlarda daha belirgin bir ekilde) hala ya amaktadır³⁵.

2. Hukukun Teknik Unsuru

Savingy, hukukun teknik unsuruyla, yukarıda da belirtilildi i üzere hukukçuların elindeki, bilimsel hukuk dedi i hukuku kasteder³⁶. Bu anlamda hukukun teknik unsuru için, halk hukukunun

³¹ Savigny, 1840(b), s. 12. **Beruf**’ta halkı temsil etmede temel olarak hukukçulara görev veren Savigny, **System**’de buna yasamayı da eklemi tir. Bu onun teorisindeki de i menin bir ba ka yansımasıdır. Bkz. Savigny, 1840(b), s. 18. Bu ayrımı pozitif hukuk ve ya ayan hukuk olarak da nitelendirebiliriz.

³² Rückert, 1989, s.123.

³³ Savigny, 1840(a), s. 12; Savigny, 1944, s. 6.

³⁴ Freeman, M.D.A, **Lloyd’s Introduction to Jurisprudence**, 1994, Sixth Edition, London: Sweet&Maxwell Ltd., s. 786. Savigny bu kavramı özellikle kodifikasyona temel te kil etmesi için kullanmı tır.

³⁵ Commentary (1972), “Savigny: German Lawgiver”, **Marquette Law Review**, 1972, Vol. 55, s. 284.

³⁶ Savigny, 1840(a), s. 12.

teknik yansımasıdır denilebilir. Hukukun teknik unsuru, ona göre, ancak politik unsur üzerine kurulabilir. Politik unsurdan bağımsız bir hukuk (ya da kanun) olamaz.

Savigny, dönemindeki kodifikasyonları bu iki kavram açısından, yani onların teknik özellikleri bakımından değerlendirir³⁷. Onun, hukukun teknik unsuruna dahil ettiği pozitif hukuk anlayışına da ayrıntılı olarak değinilecektir.

3. Halk Ruhu (Volkgeist)

Savigny'e atfedilen halk ruhu (Volkgeist) kavramını ilk kez kullanan o da il, "**Das Gewohnheitsrecht**" (Örf-Adet Hukuku) adlı kitabıyla bir diğer Tarihsel Hukuk Okulu üyesi olan Puchta'dır³⁸. Savigny, bu kavramı *romantik akımın* etkisi sonucu benimsemiştir³⁹. O, *Volkgeist* kavramını öncelikle her ulusun bir devamlılığı ve deneyimlerinin birliğine sahip olduğunu göstermek ve kabul etmek için kullanmıştır. Savigny, *Volkgeist* kavramını; "her zaman geçerli, statik ve sürekli bir hukuk sistemi için uygun oldu" dendiği söylenen doğal hukukçulara karşı olarak, dinamik ve her zaman gelişen hukuk kavramı vurgusu⁴⁰ için kullanmıştır. Ayrıca Savigny'nin bu kavramı ele almasının bir nedeni de yukarıda belirtilen Tarihsel Hukuk Okulu içinde bölünmedir. Milliyetçi bir söyleme kaçan Germanistlerin tavrı karşısında Savigny, bir ölçüde bu bölünmeye engel olmak için *Volkgeist* kavramını kendi teorisine enjekte etmiştir⁴¹. Bir görüşe göre, Savigny'nin bu kavramı, Montesquieu, Voltaire ve Herder'e dayandırdığı ve bir kültürü, bir birlik olarak görmek için kullandığı söylenmektedir⁴². Ayrıca, kavramı bu anlamda ele alarak Savigny, Fransız Medeni Kanunu'na karşı olan tavrını da belirgin kılmak istemiştir⁴³.

Savigny'nin *Volkgeist* kavramında metafizik bir yan bulunduğunu savlanmakta ve bu sav Hegelyen felsefeye dayandırılmaktadır⁴⁴. Ancak, o, bir halkta etkili olanın genel insan doğası olduğunu ve bunun da kendini *bireysel* bir tarzda açığa çıkardığını söylemektedir⁴⁵. Yani, halk ruhu kavramı, bireyin üstünde duran, onun dışında bir kavram değil bilakis bireyde ve bireyle var olan bir

³⁷ A.g.e., s. 54-110.

³⁸ Bkz. Arsal, S. M. **Hukuk Tarihi Dersleri**, 1941, Ankara: A.Ü.H.F. Yayınları, s. 18, dipnot 21; Gale, S. G., "Very German Legal Science: Savigny and the Historical School," **Stanford Journal of International Law**, 1982, Vol. 18, s.131, dipnot 53.

³⁹ Stone, J., **Social Dimensions of Law and Justice**, 1966, London: Stevens&Sons Limited, s. 93.

⁴⁰ F. Schmitt & J. Göres, **Abriss der Deutschen Literaturgeschichte in Tabellen**, 1969 s.116'dan akt. Gale,1982, s.138.

⁴¹ Stone,1966, s. 93.

⁴² Coing, 1978-79, s. 99-100.

⁴³ Freeman, 1994, s. 785.

⁴⁴ Topçuoğlu, H., **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)**, 1969, Cilt:1, Cezaevi Matbaası: İstanbul, s. 20; Özbilgen, T., **Elektirsel Hukuk Bilgisi Dersleri**, 1979, İstanbul: .Ü Yay. No:2170, Hukuk Fakültesi Yay., No:485, s. 138-140.

⁴⁵ Savigny, 1840(b), s.21.

kavramdır⁴⁶. Hukukun yaratılması Savigny'e göre ortakla a bir eylemdir. Bu ortakla a olma durumunu, dü üncelerin ve eylemlerin ortaklı ı altında dü ünme yalnız mümkün de il aynı zamanda gerçektir⁴⁷. Ona göre Volkgeist, bireylerde genel insan ruhu olarak var olan bir kavramdır. te bu kabulde metafizik bir yön vardır. Yani her bireyde bu ruhun kendili inden var olaca ını kabul etmek, metafizik olması bakımından bir yanılı ı olarak de erlendirilebilir. Bu bakımdan, onun “bu kavramını ampirik olarak analiz etmek mümkün de ildir”⁴⁸.

Halk ruhu kavramı ço u kez milliyetçi bir anlayı la örtü ür biçimde yorumlanmı tır. Bu yorum tümüyle yanlı olmamakla birlikte, kavramı yalnızca onunla sınırlı olarak ele almak eksik bir de erlendirme olacaktır. Bu anlamda “ulusal ruh, toplumu olu turan bireylerde, kimi ortak inanı ların do masına neden olur. Böyle bir inanı hukuksal sorunlara ili kin ise, bu yoldaki ortak inanı hukukun ta kendisidir. u halde ulusun içinde ya ayan ve geli en örf-adet hukuku asıl hukuktur”⁴⁹. Bu tespit do ru olmakla birlikte, Savigny'nin bu örf-adeti dura an bir unsur olarak de il, daha çok dinamik bir temelde de erlendirdi i belirtilmelidir. Onun, **Beruf**'taki halk bilinci kavramı yerine **System**'de halk ruhu kavramını getirmi olması, Almanya'da geli en o anki egemen siyasi ko ulların bir sonucu olarak ortaya çıkmı tır. Ancak onun bu kavramı kullanması daha çok, evrimci/organik bir hukuk anlayı ını in a etmek ve hukuk bilimini özerkle tirmek içindir⁵⁰.

Hukukun olu umunu bu ekilde de erlendiren Savigny hukukun geli im a amaların a a ıdaki sınıflandırmaktadır:

B. Evrimci Bir Hukuk Anlayı ı ve Hukukun Geli im A amaları

Yukarıda açıklamalardan da anla ılaca ı üzere Savigny evrimsel/organik bir hukuk anlayı ını benimsemi tir. O, hukukun geli imine ili kin olarak üç dönemden söz eder. Bu dönemler: *lk(el) dönem (Jugendzeit)*, *bilimsel dönem (Kulturzeit)* ve *kanunlar (Gesetzbücher) dönemidir*.

1. lk(el) dönem

Savigny, ilk(el) dönem dedi i hukukun bu evresinde, yukarıda çeşitli kısımlarda belirtildi i gibi, hukukun do rudan halk bilincinde olu tu unu ve onda ya adı ını ifade etmektedir. lk(el)

⁴⁶ a.g.e., s.24.

⁴⁷ a.g.e., s. 21. Aynı konuda Puchta ise bireysel dü üncelerin/inançların hukuk yaratmaya müsait olmadığını söylemi tir. O, halk, hukuk yaratan inancını ya da özelli ini nereden almaktadır? diye soruldu unda, bu soruya do rudan cevap verilemeyece ini; ancak hukukun insanların ortakla a ya amın bir ürünü olması dü ünüldü ünde onun bireysel dü üncelerden ya da inançlardan kaynaklanamayaca ını, onun kayna ının Volkgeist'ta oldu unu söyler. Böylece, hukukun kayna ını, bireysel iradelerin bir araya gelerek bir sözle me olu turmasında bulan sözle me kuramını Puchta da Savigny gibi ele tirmi tir. Bkz. Puchta, 1965, s. 152-160.

⁴⁸ Cotterrell, R., **The Sociology of Law**, Butterworths: London,1984, s. 24.

⁴⁹ Üçok, Co kun, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, Ankara, 1966, s. 158'den aktaran, Can, 1982, s. 67.

⁵⁰ Coing, 1978-79, s. 100.

zamanlarda halk, soyut dü ünce açısından fakir olmakla birlikte kendine, ya adıklarına ve sahip olduklarına dair çok güçlü bir bilince sahiptir⁵¹. Bu dönemde hukuk, do rudan halkın bilincinde vardır. Halkın ilk(el) dönemi, toplumun henüz tam anlamıyla örgütlenmedi i bir durumu yansıtmaktadır. Hukukun bu dönemdeki varlık kayna ına bakıldı ında, ona göre bireylerin birbirine benzer davranı ları görülmektedir⁵². Bu benzer davranı lar zaman içinde ve tekrarlanarak halkın bilincinde yer etmeye ba lar ve bir süre sonra da benzer davranı lara ili kin ortak bir bilinç olu ur; fakat ona göre olu an bu bilinç görünmezdir. ” Peki bu bilinç hangi araçlarla görünür kılınabilir? Savigny, bu bilinç, *uygulamayla* ve *örf-adetle* görünür kılınır”⁵³ demektedir. O, bu kabullenmeyi davranı lardaki *süreklilik kanunu* dedi i⁵⁴ kavrama dayandırmaktadır. Buna göre davranı lar bir süreklilik kanunun etkisi altındadır ve bu etki dolayısıyla davranı larda devam eden bir benzerlik sürekli olarak korunur. Savigny’nin Roma Hukuku çalı maları da bir bakıma bu süreklilik anlayı ının bir ürünü olarak de erlendirilebilir⁵⁵. Çünkü, ona göre Almanya’da 1495 yılındaki Roma Hukuku resepsiyonu, zamanla Alman hukuk gelene inde ve uygulamasında bu anlayı ın süreklili ini olu turmu tur. Bu bakı açısı onun evrimci anlayı ıyla örtü mektedir. Böylelikle ilkel zamanlarda hukuk, benzer davranı lardan hareketle halkın bilincine yükselen kurallar biçiminde kendini gösterir.

2. Bilimsel dönem

Bilimsel ya da kültür dönemi, halkın toplumsal geli meyle birlikte örgütlülük düzeyinin yükseldi i, hukukun da bu geli meyle birlikte teknik olarak daha yüksek bir a amaya eri ti i dönemdir. Bu geli mede temel belirleyici unsur, Savigny’de de, modern ça ı açıklamakta sıkça kullanılmı olan *toplumsal i bölümü* olmu tur. Savigny’e göre, daha önce de belirtildi i üzere, aslında aynı zamanda bir sonuç olan toplumsal i bölümünün arkasında duran ya da onun ortaya çıkmasını sa layan etken içsel gereklilik kavramıdır. Bu kavramın tam olarak ne anlama geldi i yine daha önce belirtildi i üzere açık de ildir. Ancak bu kavramın evrimci bir hukuk anlayı ının temsilcisi olan Savigny açısından sürekli ilerleme fikrini yansıttı ı söylenebilir.

Kültür zamanındaki ilerlemeyle ve bunun sonucu olarak halkın hukuka dair olan bilincinin zayıflamasıyla birlikte, hukuk bilincine dair olu an bo lu u dolduracak yeni bir grup, hukuk bilimiyle u ra an bir uzmanlar toplulu u ortaya çıkmı tır. Bu dönemde hukuk, geli imini ortaya çıkan bu grup üzerinden; ama temeline halkın bilincinden kaynaklanan hukuku alarak devam ettirir. Savigny, **Beruf**’ta kültür döneminde a ırlıklı olarak bilimsel hukuktan ve hukukçuların bu dönemdeki

⁵¹ Savigny, 1840(a), s. 9; Savigny, 1944, s. 4.

⁵² Savigny, 1840(b), s. 32.

⁵³ a.g.e, s. 35.

⁵⁴ a.g.e, s. 36. nsan davranı larında bir süreklilik oldu u iddiası konusunda bkz, Connerton P., **Toplumlar Nasıl Anımsar?**, Çev., Alaeddin ener, 1989, st., Ayrıntı Yay.

⁵⁵ Vinogradoff, P., Introduction to Historical Jurisprudence, 2002, Kitchener: Batoche Books , s. 107-108.

öneminden ve çalı malarından söz ederken⁵⁶, **System**'de kendi döneminin gereklerini de göz önünde tutarak, bilimsel dönemde kanunların varlı nı kabul etmi tir⁵⁷. Ortaya çıkan bu grubun görevi ise çe itli ekillerde belirlemektedir. Hukuk bilimcileri öncelikle, halk hukukunu formüle ederek bunu yasamanın konusu yaparlar. Yani hukukun bir sonraki a aması olan⁵⁸ kanunlar dönemi için çalı ma yaparlar. Bunun için hukukçular, gerçek (tipik) hukuk davranı larını ve daha sonra da soyut kanunları hukuk kurumlarıyla ya ayan/organik bir ili kide ortaya koymalıdır. Bu dönemde hukukçular ayrıca yasamay ı çe itli ekillerde etkileyecek olan ki ilerın hukuki e itimini de sa larlar⁵⁹. Hukukçuların, bu ve daha sonraki dönemdeki görevi ba ımlı bir görev olma niteli indedir. Yani onların u ra ları temel olarak halk hukuku üzerinedir. Bir ba ka ifadeyle bu u ra daha çok halk hukuku üzerindeki biçimsel ve teknik bir u ra tan ibarettir⁶⁰.

Savigny, hukuku evrimci anlayı do rultusunda ele alarak, ondaki *süreklili i* göstermeye çalı mı tır⁶¹. Onun, temele örf- adeti, daha do rusu halkın bilincinde olan hukuku yerle tirerek di er hukuk kaynaklarının, yani yasamanın ve hukuk biliminin, bu hukuktan hareketle olu ması tezi, hem bu süreklili i ispatlama hem de hukuku (yalnız) bir iradenin belirleyicili inden kurtarmaya çalı masının bir sonucudur.

Bu süreklilik anlayı ı dolayısıyla ki, Savigny, “radikal hızlı dönü ümlerden korkuyordu”⁶², böylelikle de o, “*hukukun de i iminden de il hukuktaki de i meden söz etmi tir ve bunda ısrar etmi tir. O hukuktaki devrimsel bir de i meyi önlemek adına böyle bir evrimci de i imi savunmu tur*”⁶³. Onun bu ısrarı, liberal bir anlayı la uyumlu bir bakı ı yansıtmı tır⁶⁴. Zira Savigny, idealist (muhafazakar) liberal bir anlayı ın temsilcisi olarak de erlendirilmi tir⁶⁵. Do al geli imine bırakılmak istenen özel hukuk konularında yasamanın müdahalesi belirlilik yerine belirsizlik getirmektedir ve bu nedenle Savigny bırakınız yapsınlar felsefesini özel hukuk konularında kabul

⁵⁶ Savigny, 1840(a), s. 12.

⁵⁷ Savigny, 1840(b), s. 50. Bu de i iklikte Savigny'nin, Prusya Krallı nda yasaların hazırlanmasında sorumlu kurumun ba ına gerilmesinin de etkili i oldu unu söylemek yanlı olmayacaktır.

⁵⁸ Savigny'de bu iki a ama System'deki görü leri do rultusunda tarihsel olarak öncelik sonralık olarak de il birlikte, fakat bilimsel hukuk çalı malarının yasamanın temelına oturması biçiminde dönü mü tür. Bakınız Savigny, 1840(b), s. 50-57.

⁵⁹ a.g.e, s. 48.

⁶⁰ a.g.e, s. 46.

⁶¹ a.g.e, s.36.

⁶² Mollnau, 1989, s. 85.

⁶³ a.g.e., s. 89.

⁶⁴ Manigk, 1941, s.218.

⁶⁵ Manigk, A., **Savigny und der Modernismus im Recht**, 1914, Berlin: Verlag von Franz Vahlen, s. 7; Wolf, E., “Friedrich Carl von Savigny”, **Grosse Rechtsdenker, Der Deutschen Geistesgeschichte** içinde, 1951, Tübingen: Dritte neuebearbeite Auflage, s. 506; Coing, 1978-79, s. 85. “Savigny..... katı siyasi iktidar anlayı ının bulundu u devlet içinde, özgürle tirilmi bir toplum taraftarıdır...” Dilcher, G., “Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Alma Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm”, **A.Ü.H.F.D.**, 1974, Çev. Ahmet Mumcu, s. 480.

etmi tir⁶⁶. Özel hukuk alanı, örf-adetten ya da teamülden etkilenmeye açık olması bakımından Savigny'nin teorisi için uygun bir zemin te kil etmi tir. O, özel hukuk alanını (özel) iradenin egemen oldu u bir alan olarak tanımlamı tır⁶⁷. Ona göre “insan, dı dünyanın ortasında yer alır ve onun bu çevresinde en önemli unsur, di erleriyle ileti imde bulunmasıdır. Böyle bir ileti imde bireyler özgür varlıklar olarak birlikte bulunmak zorundadırlar ve insanlı ın ilerlemesinde bireyler birbirini sınırlamaz aksine birbirinin geli imine katkıda bulunurlar. Bu ise yalnız görünmez bir sınırın varlı ının kabul edilmesiyle mümkündür ve her bir bireyin etkinli i böylece güvenceye alınmı olur. te sınırı ve özgür alanı belirleyen kural ise hukuku olu turmaktadır”⁶⁸. Denilebilir ki Savigny'de (özel) hukuk, özgürlük alanının sınırının belirlenmesidir⁶⁹. Görüldü ü üzere Savigny burada Kantçı felsefenin özgürlük anlayı ından yararlanmış tır⁷⁰ ve böylelikle onun görü ünde liberal bir anlayı ın oldu unu söylemek yanlı olmayacaktır.

3. Kanunlar (Gesetzbücher) Dönemi

Savigny'e göre kanunlar dönemi hukukun tarihsel ilerleme içinde geldi i bir di er a amadır. Ancak bu a amaya gelmek için hukukun yukarıda belirtilen, olgunla ma a aması diyebilece imiz a amalardan geçmesi gerekir. Onun kanunlar dönemi dedi i a amanın, pozitif hukukla olan ilgisinden dolayı bunun a ıdaki bölümde ele alınması daha uygun olacaktır.

II. Savigny'nin Hukuk Anlayı ında Pozitif Hukukun Yeri

Hukukun tarihsel geli imi içinde geldi i bir sonraki a ama Savigny'e göre kanunlar dönemi ya da bir ba ka deyi le pozitif hukuk a amasıdır. Bu dönemde artık bilimsel dönemde geli tirilen hukuk, yasa yapmaya elveri li hale gelmi tir.

Savigny'nin hukuk anlayı ında pozitif hukukun yeri, yukarıda anlatılanlardan çıkarılabilecekse de, konuya burada bir kez daha ve ayrıntılı bir ekilde de inmek onu daha belirgin kılacaktır. Zira Savigny'nin teorisinde yukarıda bazı kısımlarda aktarılan de i iklikler de aslında onun pozitif hukuk hakkındaki dü üncelerinde belirlemektedir.

⁶⁶ Reimann, M. , “Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code,” *American Journal of Comparative Law*, 1989, Vol.37, s. 116

⁶⁷ Savigny, 1840(b), s. 7.

⁶⁸ a.g.e, s. 331-332.

⁶⁹ Coing, 1978-79, s. 95.

⁷⁰ a.g.e, s. 97; Dilcher, 1974,s 471.

Hemen belirtmelidir ki, “Tarihsel Hukuk Okulu ve Savigny yasamaya kar ı önyargılı olmu tur”⁷¹ ve Savigny’nin, teorisinde yasamaya yükledi i görev genellikle pasif bir görev olmu tur⁷². Fakat görülece i üzere bu önyargı bir noktadan sonra yasama lehine geli tirilen dü ünceler biçimini almı tır.

Savigny’nin yasama faaliyetini yapması bakımından *devlet* kavramına ili kin görü leri u ekilde özetlenebilir: Ona göre “devlet, halkın manevi varlı ının ya ayan/organik bir biçimi veya yansıması ve bu manevi varlı ın sınırlarını belirleyen bir birliktir⁷³. Yine Savigny’e göre devlet, hukukun ortaya çıkmasını sa layan aynı araçla, yani *içsel gereklilikle* ortaya çıkmı tır⁷⁴. Devletin ortaya çıkmasını Savigny ona iki i lev atfederek açıklamı tır. Buna göre devletin yerine getirmesi gereken i levlerinin ba ında bireyleri hak ihlallerine kar ı korumak gelir ve devlet bunu *usul hukuku* kurallarıyla yapar. kinci olarak devlet hakkı ihlal edilen bireyi temsil ederek onun hakkının yeniden tesis edilmesini sa lar ve devlet bunu *ceza hukukuyla* sa lar⁷⁵.

Savigny’e göre pozitif hukuk, mutlak bir güçle ve dil aracılı ıyla olu turulan kanun anlamına gelmektedir. Buradaki mutlak güç ise devlettir. Ancak, bahsi geçen pozitif hukukun, yani kanunun içeri i nedir diye sorgulandı ında bunun Savigny’de halk hukuku (Volksrecht) oldu u görülecektir. Böylelikle kanun, halk hukukunun bir türevi olarak anla ılır⁷⁶. “Yasamayı, herhangi bir ekilde ba ımsız görmek yanlı bir dü üncedir”⁷⁷. Bu bakımdan yasamaya dü en temel olarak iki görev vardır. Birincisi, pozitif hukuk için tamamlayıcı/bo luk doldurucu görev; ikincisi de pozitif hukukun yava ilerlemesini desteklemek ve bunu temin etmektir⁷⁸. Yasamanın ikinci görevi Savigny’e göre onun ilk görevinden daha önemlidir⁷⁹.

Belirtilen ilk görevde, örf-adet hukukunun bütün bireylerde belirgin olmaması rol oynar. Yani buna göre, halkın bilincinde bir hukuk vardır; ancak bu her bir birey için tam anlamıyla belirgin de ildir ya da ba ka bir ifadeyle bu kuralın sınırları yeterince belirgin de ildir ve bu nedenle de bir güvensizlik vardır. te bu durumda, hukuki güvenli i tesis için onun belirgin kılınmasında yasama bir tamamlayıcılık, bir aç ı a çıkarma görevi üstlenir⁸⁰. Yalnız bu, bir hukuk yaratma süreci de ildir. Bu

⁷¹ Reimann, 1989, s. 114.

⁷² Winhold, T., **Die Methodenlehre Savigns, Methodenlehre in der Rechtswissenschaft**, 2002, Justus Liebig Universität Giessen, s. 5.

⁷³ Savigny, 1840(b), s. 22. Savigny’nin devlet anlayı ı idealist bir görü ü yansıtır biçimde yorumlanmı tır. Bkz. Rückert, 1984, s. 312.

⁷⁴ Savigny, 1840(b), s. 22.

⁷⁵ a.g.e., s. 26. Ancak belirtmelidir ki Savigny’e göre her iki hukuk alanı da, yani ceza hukuku ve usul hukuku, kamu hukuku ya da devlet hukuku alanına aittir.

⁷⁶ a.g.e.,s. 39.

⁷⁷ a.g.e., s. 39

⁷⁸ a.g.e., s. 40.

⁷⁹ a.g.e., s. 41.

⁸⁰ a.g.e., s. 41.

daha ziyade bir hukuki güvenlik sağlamasıdır. Daha açık bir deyişle, “yasamaya düzen görev hukukun biçimsel esasıdır⁸¹”. Bu belirliliği ve güveni sağlamak için yasama, teamülü yani halkın bilincindeki hukuku esas alır ve bunu da hukukçular eliyle yapar⁸².

Eğer halkın hukuksal davranış kalıplarında ve ihtiyaçlarda bir değişiklik meydana gelir ve bu durum yeni hukuk kurumlarının ortaya konmasını gerektirirse, bu yeni hukuk kurumu da, daha önce sözü edilen, hukuku yaratan *içsel ve görünmez güçle*, var olan hukuka dahil edilir. Kısacası, yeni bir hukuk kurumuna ihtiyaç olup olmadığını belirleyecek olan bu içsel/sessiz iyleyen güçtür, yoksa tek başına yasamanın kendisi değildir. Yine de yasamanın böyle bir durumdaki iylevi faydalı olabilir. Böylece; yeni bir hukuk kurumuna ihtiyaç duyulması halinde bu hukuk kurumu aniden hukuka dahil olmaz. Bunun için bir belirsizlik ya da geçiş dönemi gerekir. İşte bu belirsizlik dönemi bir kanun talebiyle ve yasamanın bu talebe uymasıyla ortadan kaldırılır. Bunun yanı sıra, birbirleriyle bağlantılı ve karışık olarak etkilendiği içinde bulunan hukuk kurumlarına yeni bir kurumun dahil olması fark edilmeyen bir çelişkiye neden olabilir⁸³. Bu nedenle de ortaya çıkan bu çelişkiyi gidermede ve bir yeknesakla tutarlı iylemi yapmada yasama yine önemli bir görev üstlenebilir. Yasamanın bu görevi layığıyla yerine getirebilmesi için Savigny ona bir başka görev yüklemiştir. Buna göre devlet, o ana kadar geçerli olan bütün hukuk mevcudunu ortaya çıkaracak ve kayıt altına alacaktır ve yukarıda belirtilen iki görevini bu sayede yerine getirecektir⁸⁴. Burada söz edilen örf-adet hukuku ya da teamülü hukukun, Savigny'nin teorisi bakımından ya da yasanın hukuk olarak nitelendirilmesi yanlı olmayacaktır.

Anlatıldığı ve yukarıda belirtilen kısımlarda belirtildiği üzere Savigny, hukukun oluşturulması bakımından mutlak anlamda iradeci pozitivizme karşı çıkmış, bunun yerine ise tarihsel diyebileceğimiz bir pozitivizm anlayışını kabul etmiştir. Pozitivizmin köklerinin tarihçi okulda bulunduğu ve bunun anlaşılması için de başlangıç noktasının Savigny olması gerektiği belirtilmektedir⁸⁵. Öyle ki, “eğer her pozitivist akımın salt kendi sorunları ile uğraşmak yolundaki temel ilkesi iyice araştırılırsa, Savigny'nin programındaki pozitivizm görüşü ortaya çıkar”⁸⁶. Ona göre hukuk, yalnız egemenin iradesiyle ortaya çıkmaz, fakat tarihsel bir çalışmanın ürünü olarak onun yardımıyla belirgin kılınır ve sınırları ona göre çizilir.

Bir kez daha hatırlatmakta fayda var ki Savigny'nin bu söyledikleri tamamen özel hukuk konularına yöneliktir. Bu nedenle örneğin kamu ya da devlet hukukuna dahil ettiği iylevi hukuku ve ceza hukuku alanlarında pozitivist bir anlayış geçerli olabilir. O, bunu açıkça dile getirmese de, yukarıda belirtildiği üzere bireylerin haklarını korumak ve ihlal edilen hakları yeniden tesis etmek için

⁸¹ Mollnau, 1989, s. 89.

⁸² Savigny, 1840(a), s. 17.

⁸³ Savigny, 1840(b), s. 41.

⁸⁴ Savigny, 1840(a), s. 17.

⁸⁵ Dilcher, 1974, s. 467.

⁸⁶ a.g.e., s. 469.

devlete tanıdığı yetkiden böyle bir anlam çıkarılması yanlı olmayacaktır. Tabi bu da Savigny'nin genel düüncesi göz önünde bulundurularak, mutlak manada bir yetki olarak de il, devlete bu görevi verme amacıyla ba lı bir yetkidir.

III. Savigny'de Yorum ve Yorumda Metod

Savigny'nin hukuk literatürüne katkısı büyük oranda onun metodoloji anlayışıyla olmu tur⁸⁷. “Hukuk uygulaması ve hukuk yaratımı ile ilgili modern yazılar, tartışmayla ilgili olarak aslında hep Savigny'nin yorum ilkelerine göndermede bulunmaktadır”⁸⁸. Bu metodolojinin, hukukun ne olduğunu ortaya konmasındaki görünümü yukarıda incelenmiştir. Burada, onun metodolojisinin hukukun uygulanması amacıyla görünümü ele alınacaktır. Yani burada hukukun uygulanmasında beliren yorum metodlarına değinilecektir.

Savigny, yukarıda gösterildiği şekilde hukukun kaynağını belirledikten sonra, bu hukuk nasıl uygulanacaktır, bu hukukun gerçek yaşamı aktarılması ve kabulü şeklinde olacaktır sorusunu gündeme getirmiştir⁸⁹. O, bu konuda, hukukun çeşitli biçimlerde günlük/gerçek yaşamda etkisini gösterdiğini söylemektedir. Buna göre, hukuk öncelikle hukuk bilimi eğitiminde birçok biçimde etkilidir. Sonra, hakimlerin kararlarında ve en önemlisi bireylerin bizzat davranışlarına ve onların yaşamalarına yön veren araç olarak etkilidir⁹⁰. Hukukun yargı safhasındaki uygulanmasına ilişkin olarak Savigny *yorumdan* söz etmektedir. Ancak, burada yoruma niçin ihtiyaç duyulur sorusu gündeme gelmektedir. Savigny, bu soruya, bilimsel hukuk çalışmasının sürekli gelişen bir doğaya sahip olmasıyla cevap verir⁹¹. Bunun da Savigny'de, yaşamın sürekli ilerlemesi fikrinden kaynaklandığını söylenebilir. Ayrıca Savigny'nin kanunu bir *ortalama* olarak değerlendirmesi nedeniyle, o, kanunu uygulayanların bu kanuna organik bir içerik eklemek zorunda olduklarını da dile getirmektedir⁹². Bu son husus son derece önemlidir. Savigny, kanunun *ortalama* olması fikriyle herhangi bir kanunun düzenleme alanına ilişkin halkın ortak davranışlarını her yönüyle kapsayamadığını gerçeğini kabul etmiştir. Kanun, ancak hukukçuların ortaya koyduğu gerçek yaşamın ilikilerinin bir ortalaması olabilir, yoksa onu her yönüyle içinde taşıyamaz. Ayrıca, halk ruhunda yaşamayan hukuk, yalnız bu hukukun temel düüncesine ve normların çıkarıldığı hukuk kurumlarına

⁸⁷ Krawietz, W. “Zur Kritik der juristischen Methodenlehre siet Friedrich Carl von Savigny”, **Anales de la Catedra Francisco Suarez**, Yıl: 1978-79, Sayı: 18-19, s. 101 vd.

⁸⁸ Manigk, 1914, s. 7.

⁸⁹ Savigny, 1840(b), s. 206.

⁹⁰ a.g.e, s. 206.

⁹¹ a.g.e, s. 207.

⁹² a.g.e, s. 44.

yöneliktir. Yani bütün hukuk normları halkta ayrıntısıyla mevcut de ildir⁹³. te bu nedenlerle kanun yorumu muhtaçtır.

Savigny tarafından geli tirilen yorum kuralları çok yaygın bir kullanım alanına sahiptir.⁹⁴ Ona göre bir sanat olan yorum⁹⁵, “kanunda içkin olan *dü üncelerin* (kanunun olu umundaki dü ünceler anlamında) yeniden in asıdır ve ancak böylelikle kanunun içeri i kesin ve tam olarak anla ılabilir ve onun amacına yalnız böylece ula ılabilir”⁹⁶. Savigny’e göre yorum, hukuk biliminin ba langıç ve temelidir⁹⁷. Savigny yorumda keyfiyete kar ı çıkmaktadır. O, bu durumu, yani keyfiyet halini **Beruf**’ta ele tirmi tir. Ona göre, yargının görünürde yasayla; ancak gerçekte yasanın dı nda duran herhangi bir güçle (örne in keyfi takdir yetkisiyle) gerçek yöneten iktidar olması zararlıdır⁹⁸. Bu nedenle de yargı, ancak belli bir amaç do rultusunda yorumu kullanabilir ve yorum da bu amaç do rultusunda bazı ilkleri gerektirir.

Ona göre yorumda ba lıca dört ilke vardır. Bunlar; yorumun *dilsel* (ya da dilbilimsel), *mantıksal*, *tarihsel* ve *sistemik* ilkeleridir. Kanunun *dilsel yorumu* anla ılaca ı üzere kanunda kullanılan kelimelerle (bu bakımdan etimoloji çok önemlidir der Savigny⁹⁹); *mantıksal yorum* kanundaki dü üncenin kurulumuyla/yapısıyla ilgilidir. *Tarihsel yorum*, verili kanunun *zamanını*, mevcut hukuksal davranı lar için belirgin kılmaktır. Savigny, tarihsel yorum için kanun koyucunun dü üncesine atıf yaparak onun aç ı a çıkarılması gerekti ini bildirmektedir¹⁰⁰; ancak kanun koyucunun iradesine atfedilen bu yorumun da, onun kanunun ortaya çıkarılması için kabul etti i metod do rultusunda halktan kaynaklanan hukuk olarak¹⁰¹ anlamak gerekir. Aksi halde Savigny’nin yalnız pozitivist bir anlay ı benimsedi i sonucuna ula ılacaktır ki bu, yukarıda bazı kısımlarda açıklandı ı üzere Savigny’nin anlay ı için yanlı bir de erlendirme olacaktır. Buna göre tarihsel yorumun, “kanunun içeri inin tarihsel olu umunu ortaya çıkaracak bilgi¹⁰²” biçiminde anla ılması do ru olacaktır. *Sistemik yorum* ise, hukuk kurumlarının ve kuralların, daha bütünlüklü bir ekilde ele alınması için, kanunun içsel ba lantılarının kar ılıklı ili kisini kurmaktır. “Bu ba lantılar, tarihsel yorumda oldu u gibi benzer ekilde de erlendirilir ve kanun koyucunun dü üncesi yalnız böyle tam

⁹³ Coing, 1978-79, s. 99.

⁹⁴ Mollnau, 1989, s. 82.

⁹⁵ Savigny, 1840(b), s. 211.

⁹⁶ a.g.e, s. 213. Aynı yönde bkz. Savigny, F. C, **Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842**, 1993, Herausgegeben und eingeleitet von Aldo Mazzacane, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann s. 89.

⁹⁷ Savigny, 1840(b), s. 206.

⁹⁸ Savigny, 1840(a), s. 22-23.

⁹⁹ Savigny, 1993, s. 101-102.

¹⁰⁰ Savigny, 1840(b) s. 214; Savigny, 1993, s. 90.

¹⁰¹ Larenz, 1975, s. 13.

¹⁰² Winhold, 2002, s. 11.

olarak anlaşılabilir”¹⁰³. Ayrıca Savigny sistematik yorumla kanun bөлüklerinin giderilmesini de amaçlamıştır¹⁰⁴. Sistemin amacı ise iki şekilde belirir. İki, tek tek kanunların yorumu olarak ortaya çıkar. Bu durumda yorum, yukarıda belirtilen dört ilkeye göre yapılır ve o kanunun kendi içinde sistematik bir bütünlük sağlanır. Sonra da kanunlarının tamamının bir sistem (hukuk sistemi) oluşturması için yoruma başvurulur. Savigny bunları yorumun *tikel* ve *evrensel* ilkeleri olarak nitelendirmektedir¹⁰⁵. Yani o, bir tek kanunun kendi içinde bir sistem oluşturacak biçimde yorumlanmasını *tikel*; kanunların tamamının bir sistem oluşturacak biçimde yorumlanmasını da *evrensel* ilke olarak nitelendirmiştir. Savigny’ye göre, yorumun bu dört unsuruyla birlikte kanunun içeriğindeki muhakeme tamamlanır¹⁰⁶. Yukarıda da görüldüğü üzere sistematik ilke yalnız yorumda değil, Savigny’nin metodoloji anlayışının genelinde yer alan önemli bir ilkedir¹⁰⁷.

Ne var ki her yorumun başarısı yorumun bu dört unsuru birleştirmesi yanında iki koşula daha bağlıdır. Bu koşullardan birincisi, “düncenin özel ifadesi olan kanundan kaynaklanan zihinsel eylemin, yani yorumun, etkin kılınması; ikincisi de mevcut metindeki ilkeleri aynen anlamak amacıyla yeterli tarihsel bilgiye, yani *hukukun yeterli tarihsel bilgisine* sahip olunmasıdır”¹⁰⁸. Bu koşulların yanında, kanun koyucunun, kanunu ortaya koymadaki becerisi de yorumu etkileyen önemli bir unsurdur. Bu noktada Savigny, iyi bir kanun koyucu ile iyi bir yorum arasında karşılıklı bir etkileşim vardır¹⁰⁹ der.

Peki mevcut hukuk kurumlarına yeni bir davranış kalıbı girer ve buna dair de bir kural bulunmazsa ne olacaktır? Yani kanunda bir bölük olduğu anda bu nasıl giderilecektir? Savigny’nin bu soruya yanıt vermeden önce, doğal hukuk anlayışının ürettiği çözümü reddettiğini belirtmek gerekir¹¹⁰. Böyle bir durumda pozitif hukuk kendini, içindeki organik bütünsellik sayesinde doldurur ve bunu açığa çıkarmada da *kıyasa* başvurulur. Kıyas iki biçimde söz konusu olabilir. Öncelikle kıyas, pozitif hukuk tarafından kapsanmayan ve o ana kadar bilinmeyen bir hukuki davranış kalıbı ortaya çıktığında ve bunu karşılayacak bir model hukuk kurumu olmadığında gerekir. Bu durumda kıyas kanunda zaten var olan içsel benzerliğe göre, onun yeniden biçimlendirilmesi şeklinde kendini gösterir. İkinci durumda ise kıyas, varolan bir hukuk kurumunda yeni bir hukuki sorun ortaya çıkarttıında söz konusu olur. Böyle bir durumda da o hukuk kurumunun içsel benzerliğine göre

¹⁰³ Savigny, 1840(b), s. 213-214; Savigny, 1993, s. 89-90.

¹⁰⁴ Winhold, 2002, s. 11.

¹⁰⁵ Savigny, 1993, s. 91-92.

¹⁰⁶ Savigny, 1840(b), s. 215.

¹⁰⁷ Krawietz, 1978-79, s. 112. Aslında Savigny için sistem sorunu ontolojik bir sorun teşkil etmektedir. Bkz., Coing, H. “German ‘Pandektistik’ in its Relations to the Former ‘Ius Commune’”, **The American Journal Of Comparative Law**, 1989, Vol. 37, s. 13.

¹⁰⁸ Savigny, 1840(b), s. 215.

¹⁰⁹ a.g.e, s. 216.

¹¹⁰ a.g.e, s. 290.

cevap verilir¹¹¹. “Kıyasın her uygulaması hukukun varsayılan içsel sonucuna dayanır. Bu içsel sonuç ise yalnız mantıksal bir sonuca de il; fakat aynı zamanda hukuki davranı ların pratik do asından ve onların modellerinden kaynaklanan organik sonucuna ba lıdır”¹¹².

Savigny gerçekçi denilebilecek bir anlayı la kanun koyucunun yasayı ortaya koymada beceriksiz davranması durumunu da göz önüne almı tır. E er kanun koyucu yetersiz, eksik vb. bir kanun (gerek dil gerekse tarihsel açıdan) yaparsa bu durumda sorun nasıl çözülecektir? Daha açık bir ifadeyle, böyle bir durumda yoruma dü en görev nedir? Savigny, kanundaki yetersizli in iki biçimde ortaya çıkabilece ini söyler. Buna göre birinci durumda, kanun *açık olmayan ifadeler* kullanarak tamamlanmayan bir dü ünceleyle ortaya çıkabilir. Di er durumda ise kanun, *do ru olmayan ifade* kullanabilir. Böyle bir durumda kanunun gerçek dü üncesiyle onda do rudan beliren dü ünçe arasında bir farklılık vardır¹¹³. Bu iki durumda a amalı bir çözüm söz konusudur. Savigny, öncelikle kanun koyucunun tutarlı olması durumunu dikkate almaktadır. Buna göre, öncelikle kanunun eksik kısmı, kanunun en güvenilir kısmına göre yorumlanır. Daha sonra ise bu kanun, ba ka bir kanunla yoruma tabi tutulabilir. Yani, Savigny burada önceki kanun sonraki kanun ayrımı yapar¹¹⁴. Böyle bir durumda yorumda kullanılabilir olan bir di er husus da kanunun ortaya konmasındaki amacıdır¹¹⁵.

IV. Resepsiyona ve Kodifikasyona Kar ı Duru u ve Thibaut’a Yanıtı

Savigny, resepsiyon kavramına, bu kavramın bir ülkenin di er bir ülkeden kanun (mevzuat) ithal etmesi olarak anla ıldı ı biçimiyle¹¹⁶ kar ı çıkmı tır. Kodifikasyon dü ünçesine ise yukarıdan da anla ılaca ı üzere tümüyle kar ı olmamı tır. Ancak burada onun görü lerini izah edebilmek ve do ru anlamak için bazı ön açıklamalarda bulunmak gerekmektedir.

Rönesans’tan beri (ve daha da öncesinden) Alman halkı, Alman kültürü ve de Alman hukuku, büyük bir oranda Avrupa’da ortaya çıkan ortak kültürel unsurların etkisi altında kalmı tı. Bu manada örne in Alman kültürünün kimi unsurlarında talyan etkilenmelere rastlanabilmekteydi. Alman hukukundaki 1495 Roma Hukuku resepsiyonu sonrası, sözü edilen ortak kültürün üzerine yerle en bu hukuk, Alman hukukunun ayrılmaz bir parçası haline gelmi tir. Bu andan sonra da Roma Hukuku, Alman hukuku için vazgeçilmez olmu tur. Savigny, Roma Hukuku’na önem atfetmekle ve çalı malarının merkezine onu yerle tirmekle, bu tarihsel geçmi i ve gerçe i görmü tür (ve Roma

¹¹¹ a.g.e, s. 291.

¹¹² a.g.e, s. 292.

¹¹³ a.g.e, s. 222.

¹¹⁴ a.g.e, s. 223.

¹¹⁵ a.g.e., s. 223-225

¹¹⁶ Resepsiyon kavramının farklı anlamları için Bkz. Can, 1982: 18-20.

Hukuku'nun birle tirici yönünü bir kez daha kullanmak istemi tir¹¹⁷). Buradan hareketle, “bu resepsiyonun Alman kültüründe bir yozla maya neden olmadı ı” ifade edilmi tir¹¹⁸. Böylece onun, bir ba ka ülkeden kanun ithal etme manasında Code Napolyon'un Almanya için bir medeni hukuk resepsiyonuna konu olmasına kar ı olan tavrı da anla ılabilir gözükmetedir; çünkü bu kanun tümüyle farklı bir ülke (ve kültür) için olu turulmu , tümüyle farklı kültür ve gerçeklikten do mu tur: Oysa Roma Hukuku, Alman gerçekli inin dı nda de il, bilakis onun ortasında yer almaktadır.

Savigny, kendi zamanı açısından kodifikasyona ise çe itli gerekçelerle kar ı çıkmı tir. Ancak belirtildi i gibi o, kodifikasyona tümüyle kar ı olmamı , sadece bir zamanlama ve yöntem sorunu üzerine vurgu yapmı tir. Buradan hareketle denilebilir ki, o zamanının gereklili i yönündeki pozitif hukuk ihtiyacını görmezlikten gelmemi tir. Savigny, Thibaut'un 1814'te kaleme aldı ı “*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*” (Almanya için Ortak Bir Medeni Kanunun Gereklili i Üzerine) adlı yazısına, 1815'teki eseriyle (**Beruf**) cevap vermi tir ve yukarıda özetlenen kar ı tavrımı belirtmi tir. Aydınlanmanın rasyonalizmine ve Fransız htılali'ne kar ı bir sempati duyan Thibaut¹¹⁹, eserinin ba lı ndan da anla ılaca ı gibi Almanya için ortak bir medeni kanun önerisinde bulunmu ve bunu da do al hukuk felsefesinden hareketle yapmayı salık vermi tir. Savigny ise, öncelikle içinde ya adı ı zamanın (medeni kanun açısından) bir kodifikasyon için uygun olmamasını gerekçe göstermektedir¹²⁰. Bunu da, hukukun do al geli im çizgisi açısından, kendi zamanının hukuk düzeyinin ve hukuk biliminin henüz olgun olmamasına dayandırmı tir. Savigny'e göre hukuk, kodifikasyon a amasına gelmeden önce, yukarıda belirtildi i üzere çe itli a amalardan geçmelidir¹²¹. Buradan hareketle o kendi zamanının Almanya'sının hukuk düzeyinin herhangi bir kodifikasyon için böyle bir a amaya gel(e)memi oldu unu gerekçe göstererek, Almanya için bir medeni kanun yapılmasına kar ı çıkmı tir¹²². Ayrıca bir kanun için öncelikle “uzun yıllar içinde geli en temel ilkelere, onun a a ıda açıklanacak olan rehber ilkeler dedi i ilkelerin tespit edilmesine ihtiyaç vardır. Bu ilkelerin tespiti, bir kanun yapılması için önko ul niteliindedir”¹²³. Bunlara ek olarak, hukukun teknik unsuruna dahil olan hukuk dili, ona göre, henüz yeterli bir seviyeye ula mamı tir¹²⁴. Dil konusuna büyük bir önem atfetmi olan Savigny, bir halkı ya da ulusu bir arada tutan temel unsurlardan biri olarak gördü ü dili, zamanın Almanya'sı için, genel bir kanun yazacak

¹¹⁷ Manigk, 1941, s. 205-210. 1495'te Almanya'daki parçalı siyasi yapıdan kaynaklı parçalı hukuk sistemini birles irmek için Roma Hukuku'na ba vurulmu tu. XIX. yüzyılda Savigny aynı amaç için Roma Hukuku'nu bir kez daha kullanmak istemi tir.

¹¹⁸ Manigk, 1941, s. 211.

¹¹⁹ Winhold, 2002, s. 8-9.

¹²⁰ Reimann, 1989, s. 98.

¹²¹ Elliott, E. D. “The Evolutionary Theory in Jurisprudence”, **Columbia Law Review**, Vol. 85, 1985, s. 41.

¹²² Savigny, 1840(a), s. 49.

¹²³ Reimann, 1989, s. 98.

¹²⁴ De Montmorency, J. E. G, “The Great Jurists of the World, XII- (1910-11), Friedrich Carl Savigny”, **Journal of the Society of Comparative Legislation**, Vol. 11, 1910-1911, s. 43.

ekilde henüz tam olarak gelişmiş (ortak) bir dil olarak görmemektedir¹²⁵. Aslında bu durum, biraz da o zamana kadarki hukuk dilinde Latince'nin egemen olmasından kaynaklanmıştır¹²⁶. Tabii Savigny devrimine karşı olan fikirlerinin etkisinde, kodifikasyon fikrinin Code Napolyon'u çıkarılması ve onun esin kaynaklarından birinin de Fransızca olması dolayısıyla buna karşı çıkmıştır¹²⁷.

Belirtilen bu sebeplerle Savigny, doğal hukukun etkisinde kalan ve yalnız akıl aracılığıyla yapılacak olan bir kodifikasyona açıkça karşı durmuştur. Eğer yalnız aklı dayanılarak bir kodifikasyon yapılacak olursa, bu durumdan beklenen iyilik elde edilemeyecek, bilakis bu durum zarar getirecektir. Örneğin aile hukuku, eyalet hukuku alanına ilişkin böyle bir kanun yapıldığı düşünülecek olursa, bu durumda bu kanun, hukukun yalnız teknik kısmını içeren ve yalnız bu şekilde geçerli olacak bir kanun olacak (ancak etkin olmayacaktır). Oysa ki, böyle bir durumda ailenin, ancak yarısı kanuna ait olabilir, diğer yarısı ise örf-adet, dine vb. ait olacaktır ve bu alanda yapılacak bir kanun, bu nedenle belirsiz ve kararsız olacaktır¹²⁸. Hukukun teknik kısmının başarısı, onun politik unsura dayanmasına bağlıdır ve bu nedenle teamüli olarak var olan hukuki davranışların doğru tespit edilmesi gerekir (yani tarihsel araştırmaya gereklidir). Ve bu teamüli hukuk davranışları gerçek hayatta kanunda yazılı olan düzenleme kadar geçerliliğe sahiptir¹²⁹.

Savigny, kendi zamanı açısından kodifikasyona karşı çıkmış olmakla birlikte, aslında Thibaut'un Alman ulusunu birleştirecek bir kodifikasyon fikrini kendisinin de savunduğunu ve bu anlamda Thibaut ile aynı görüşte olduğunu; ancak amaçtaki bu ortaklığın araçlarda ayrıldığını söylemiştir¹³⁰. Çünkü ona göre Alman hukukunun asıl kaynağı ve oluşumu, ancak tarihsel bir araştırmadan sonra anlaşılabilir ve kanun da bu noktadan sonra oluşturulabilir. Bu konudaki her hata, yarar sağlamaz; yalnız felaket getirir. Oluşturulacak bu hukukun keyfi bir irade tarafından değil, yüzyıllardan beri olduğu Alman ulusunun örf-adeti doğrultusunda olması ve üniversitelerde hazırlanması gerekir¹³¹. Araçlardan biri belirtildiği üzere tarihsel çalışmayken diğeri yine belirtildiği üzere böyle bir kanunun üniversitelerde hazırlanması gerektir; çünkü eğer hukuk bir bilimse, kanun hazırlanması başarılı olmasına yasamaya bırakılamaz¹³². Diğer husus, Thibaut bu kanunun iki ile dört yıl arasında bir zamanda hazırlanabileceğini söylerken Savigny doğal olarak bunun daha uzun bir zaman alacağını söylemiştir¹³³.

¹²⁵ Savigny, 1840(a), s. 52.

¹²⁶ Koschaker, P., **Europa und das Römische Recht**, München-Berlin: Biederstein Verlag, 1947, s. 84.

¹²⁷ Reimann, 1989, s. 115.

¹²⁸ Savigny, 1840(a), s. 46-47.

¹²⁹ a.g.e, s. 48.

¹³⁰ a.g.e, s. 155.

¹³¹ a.g.e, s. 153. Burada Savigny'nin bu Alman Hukuku'ndaki Roma Hukuku etkilenmesini göz ardı etmediğini bir kez daha belirtmekte fayda vardır.

¹³² Reimann, 1989, s. 109,

¹³³ Savigny, 1840(a), s. 156.

V. Savigny'nin Do al Hukuka Bakışı

Savigny'nin hukukun oluşumuna ve onun dönemlerine ilişkin temel görüşleri aktarıldıktan sonra, bu kısımda, do al hukuka tepki mahiyetinde de erlendirilen hukuk anlayışının, aslında do al hukuk felsefesinden nasıl etkilendiği ve ona ne şekilde karşı durduğunu de erlendirilecektir. Gerçi yukarıda bazı kısımlarda onun do al hukuka karşı olan tutumu kısmen aktarılmıştı; ancak burada Savigny'nin do al hukukla olan ilişkisi daha detaylı ele alınacaktır.

Tarihsel Hukuk Okulu'nun ve dolayısıyla Savigny'nin fikirlerinin do al hukuka karşı bir tepki olarak ortaya çıktığı söylenmektedir¹³⁴. Gerçekten de Savigny, döneminin Fransız İhtilali'nin açık etkisinden ve aydınlanma döneminden kaynaklanan rasyonalist do al hukuka karşı çıkmıştır. O, do al hukukun, yalnız akıllı kullanarak geliştirilebilecek bir hukuk sistemi iddiasını reddetmiştir¹³⁵. “Tarihi Hukuk Okulu, do al hukuk ilkelerinin nesnel gerçeklikten de il de soyut akıldan kaynaklanmalarını ele tirdiği ve kanun koyucu için evrensel, ebedi, de i mez hukuk normları bulunmadığı tezinden yola çıkmıştır”¹³⁶. Ona göre, “her halk kendi özel kimliğine, kendi özel halk ruhuna sahip olduğundan, bütün halklar (toplumlar) için geçerli (aynı) de i mez bir hukukun varlığı söz konusu olamaz(dı)”¹³⁷. O, hukukun kaynağının salt akla dayanamayacağını söyleyerek adeta sosyolojik bir bakış açısı sunar ve sözle mecileri de yukarıda gösterildiği üzere bu açıdan ele tirmiştir. Savigny yukarıda da belirtildiği gibi, sözle mecilerin *do a durumu* anlayışlarına yönelik olarak, her şeyin adeta içgüdüsel bir durumda yaşadığını ve çeşitli gelişmelerle günümüzdeki (XIX. yüzyıl) gelişme seviyesine ulaştığı savını yadsımakta ve bunun tarihsel olarak açıklanıp kanıtlanamayacağını söylemektedir¹³⁸. Bu bakımdan o, evrensel do al hukuk anlayışının, akıl aracılığıyla bulunacak, her zaman ve her yerde geçerli olacak hukuk savının, ihtiyaç duyulan tek şeyin iyi sistemli ve gerçek anlamda iyi kanunlar olduğu fikrine de karşı çıkmaktadır¹³⁹.

Ancak kimi noktalarda Savigny'nin, do al hukuk anlayışının bazı miraslarından etkilendiği ve onun bu mirası hukuk anlayışında kullandığı da görülmektedir¹⁴⁰. XIX. yüzyılda, Almanya'daki do al hukuk anlayışı bazı açılardan Avrupa'daki (özellikle Fransa ve İngiltere) diğer do al hukuk

¹³⁴ Marx, K. “The Philosophical Manifesto of the Historical School of Law”, **Rheinische Zeitung**, 1842, No:221, August 9; Honig, 1935, s. 160; Koschaker, 1947, s. 275; Freeman, 1994, s. 785; Stone, 1966, s. 93; Winhold, 2002, s.4 .

¹³⁵ Gale, 1982, s. 136.

¹³⁶ Brimo Alberto, **Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état**, Paris, 1967, s. 160-161'den aktaran Can, 1982, s. 68.

¹³⁷ Kaufmann-Hassemer, 1994, s. 67; Stone, 1966, s. 88.

¹³⁸ Savigny, 1840(a), s.8-9; Savigny, 1944, s. 4; Stern, J, **Thibaut und Savigny, Ihre Programmatischen Schriften**, 2002, Zweite Auflage, Berlin: Franz Wahlen s. 66.

¹³⁹ Savigny, 1840(a), s. 22.

¹⁴⁰ Schwarz, A. B. “John Austin and the German Jurisprudence of His Time”, **Politica**, 1934, No: 2, s. 178-199, s. 185; Coing, 1989, s. 13; Leonhard, R. “Methods Followed in Germany by the Historical School of Law”, **Columbia Law Review**, 1907, Vol. 7, s. 580; Dilcher,1974,s. 470.

anlayı mdan farklılık göstermekteydi ve bu farklılık, bir sistem in ası fikriyle kendini gösteriyordu. te Almanya'daki bu do al hukuk gelene inin, Savigny'nin bir *hukuk sistemi* in ası çabasında etkili oldu u söylenebilir. Bu etkilenmenin bir di er örne i ise *hukukun rehber ilkeleri (leitenden Grundsätze des Rechts)* kavramında yer almaktadır¹⁴¹. Bu kavramı Savigny geometriden verdi i u örnekle açıklamaktadır: “Her üçgen için bilinen bir tespit vardır, bu bilinen tespitle ona dair geri kalan (bilinmeyen) her ey, aynı (zorunlu) ba lantıyı takip ederek bulunabilir. Yani bununla, örne in iki kenar ve aralarında duran açının bilindi i bir üçgenin geri kalan unsurları da elde edilebilir. Savigny, bu (biraz karı ık) örnekte unu söylemek istemektedir: Bir üçgen için bilinen bir ilke vardır, bu da üçgenin iç açıları toplamının 180 derece oldu udur ve bu temel tespite dayanarak o, iki kenarı ve bir açısı bilinen bir üçgenin bilinmeyen di er unsurlarının da tespit edilebilece ini söyler. Benzer biçimde hukukun her bir kısmı da geri kalanı bulabilecek böyle ilkelere sahiptir ki bunları *rehber ilkeler (leitenden Grundsätze)* olarak adlandırır”¹⁴². “ Hukuk bilimindeki bütün ba arı bu ilkelere (*leitenden Grundsätze*) sahip olmaya dayanmaktadır ve Roma Hukukçularının büyüklü ü de bu ilkelere sahip olmalarından gelir”¹⁴³. Ancak o, do al hukukçulardan (Thibaut'dan ve di er do al hukukçulardan) farklı olarak, hukukun en iyi ilkeleri oldu una inandı ı ilkeleri bulmada; hukukçuların (teoride) özgür olmadıklarını savunur. Savigny, “**System**'de gösterdi i gibi, bir hukuk sisteminin ancak tarihsel olarak kurulabilece ini savunur. Kısaca, do al hukukçular *rehber ilke*'nin ya da genel olarak ilkelerin yalnız akla dayalı varsayımını talep ederken, Savigny bu ilkenin bulunmasının tarihsel kaynaklara dayanması gerekti ini söyler.”¹⁴⁴ Ve her ça daki itinalı çalı malar, içsel gereklili in sonucu olan bu ilkeleri bulmaya yönlendirilmeli, onu genç ve taze kılmak için çalı malıdır¹⁴⁵.

Savigny'nin do al hukukun mirasını kullanması daha temelde, daha sonra **System**'de dile getirdi i ve yukarıda belirtilen (özel) hukukun ontolojisine ili kin görü üdür. Bu görü e göre “(özel) hukuk, özgür bireylerin kar ılıklı varolu larını düzenleyen kurallar bütünüdür. Bu, Kant'ın do al hukuk felsefesinden kaynaklanan bir do al hukuk anlayı ıdır”¹⁴⁶.

1815 ile 1840 arası süreçte ise Savigny'nin ilgisini ve entelektüel oda ını, her bir ayrı (ulusal) hukuk sistemlerindeki ortak unsurlara, bu ayrı hukuklarda kendini gösteren evrensel ruha yönlendirilmi tir ¹⁴⁷. Aslında **System** de bu yönelimin bir sonucudur ve Savigny'nin, Roma Hukuku'nun Avrupa'daki genel geçerlili ini göstermeye çalı masının bir çabasıdır. Savigny kendisi

¹⁴¹ Gale, 1982, s. 136.

¹⁴² Savigny, 1840(a), s. 22, Savigny, 1944, s.11-12, Stern, J., 2002, s. 71.

¹⁴³ Savigny, 1840(a), s. 28-29; Stern, J., 2002, s. 73.

¹⁴⁴ Schlosser, E. Molitor, **Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte**, 2d Edition, 1975,'den aktaran Gale, 1982, s.136.

¹⁴⁵ Savigny, 1815, s. 6.

¹⁴⁶ Coing, 1989, s. 13.

¹⁴⁷ Toews, 1989, s. 142.

de bu hususu ifade etmi tir¹⁴⁸. Yine de urası açıktır ki, yukarıda Savigny'nin do al hukuka ili kin dü ünçesinde de görüldü ü üzere o, soyut nitelikteki, tarihsellikten ba ımsız “de er” övgüsüne dayanan hukuk anlayı na kar ı çıkmı tir¹⁴⁹.

DE ERLEND RME

“... Herhangi bir kuramı incelerken, her eyden önce o kuramın do u u ve olgunlaşması sırasındaki dü ünçe düzeyini, insanların ula tıkları kültür derecesini mutlaka göz önünde bulundurmak gerekir. Çünkü insan zekasının her ça daki olgunluk derecesi, o ça ın bilimsel gerçeklerini ve manevi inançlarını derinden etkiler. Daha do rusu belirli bir ça daki insan zekası ancak o ça daki geli im derecesine ve kültür hazinesine göre ürün verir”¹⁵⁰. te Savigny'nin teorisini de böyle bir çerçevede de erlendirmek, onu daha iyi anlamayı ve analiz etmeyi beraberinde getirecektir.

Tarihsel Hukuk Okulu'nun ve Savigny'nin hukuka katkısı, en azından hukuk kurallarını toplumun bir parçası olarak görmesinden gelmektedir. Aynı ekilde, hukukçuların ve de hukuku uygulayanların genel olarak toplumun parçası oldu unu ve bu anlamda onların, toplumun hukuk anlayı nı yansıttıklarını söylemeleri belli bir gerçekli e tekabül etmektedir¹⁵¹. Savigny, günümüzde ortaya atılan hukuk sosyolojisi teorilerinin¹⁵² bir ço undaki dü ünşsel temeli, daha XIX. yüzyıldan görmü tür. Günümüzdeki hukuk sosyolojisi çalı malarının gösterdi i ve genel olarak kabul edilen bu gerçe e göre; hukuk, kitaplardaki/pozitif hukuk dı nda, ya ayan ba ka bir görünüme sahiptir ve i te Savigny bunu daha XIX. yüzyılda görmü tür. Onun kendi teorisindeki arayışı, bir bakıma gördü ü bu gerçe in nasıl a lılabilece ine yönelik bir gayrettir; ba ka bir deyi le ya ayan hukukla kitaplardaki hukuk arasındaki ayrılı ın nasıl giderilebilce ine yönelik bir gayrettir. Bunda ne kadar ba arılı oldu u elbette tartı malıdır ve derin çalı ma gerektien bir konudur.

Bununla birlikte Savigny'nin teorisinde yanlı le alınan kimi hususlar da olmu tur. ”Tarihsel Hukuk Okulu'nun (ilk) hatası (ise), hukuku tarihin ve filolojinin gerisine atmak olmu tur. Ayrıca, “Alman Tarihsel Hukuk Okulu, sonraki hukuku geçmi in hukukuyla açıklamaya çalı makla da hataya

¹⁴⁸ Savigny, 1840(b), s. 21.

¹⁴⁹ Bräunig, A., “Recht und Positives Recht bei Kant und Savigny”, www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/4256.html, s.12.

¹⁵⁰ Hirsch, E., **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Anlara : Banka ve Ticaret Hukuku Ara tırma Enstitüsü, 1996, s.74.

¹⁵¹ Freeman, 1994, s. 787.

¹⁵² Bknz. **Sociology of Law in Non-Western Countries** / Edited by Masaji Chiba, Oñati:The International Institute for the Sociology of Law, 1993; John Griffiths, “Legal Pluralism And The Social Working of Law “ **Coherence and conflict in law : proceedings of the 3rd Benelux-Scandinavian Symposium in Legal Theory, Amsterdam, January 3-5, 1991**; Werner F. Menski, **Comparative Law in a Global Context : The Legal Systems of Asia and Africa**, London: Platinum Publishing, 2000.

dü mü tür¹⁵³. ”Ayrıca denilebilir ki; genel olarak Savigny’nin kurmaya çalıştığı bu bütüncül teori, yani hukukun kaynağı, yasalaştırılması ve uygulanması amaçları adım adım pozitivizme giden bir anlayışı yansıtmaktadır.

KAYNAKÇA

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

¹⁵³ Leonhard, 1907, s. 581.

- Hassemer, Winfried (1994),** **Rechtstheorie der Gegenwart**, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag
- Koschaker, P. (1947),** **Europa und das Römische Recht**, München-Berlin: Biederstein Verlag
- Krawietz, W. (1978-79),** “Zur Kritik der juristischen Methodenlehre siet Friedrich Carl von Savigny”, **Anales de la Catedra Francisco Suarez**, Yıl: 1978-79, Sayı: 18-19, s.101-132
- Larenz, K, (1975),** **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 1975, Berlin Heidelberg: Spinger Verlag
- Leonhard, R. (1907),** “Methods Followed in Germany by the Historical School of Law”, **Columbia Law Review**, Vol. 7, s. 573-581.
- Manigk, A., (1914),** **Savigny und der Modernismus im Recht**, Berlin: Verlag von Franz Vahlen.
- Manigk, A. (1941),** “Savigny und die Kritik der Rezeption”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung**, Band: 61, 1941, s. 187-230.
- Marx, K. (1842)** “The Philosophical Manifesto of the Historical School of Law”, **Rheinische Zeitung**, No:221, August 9, 1842
- Mollnau, K. A. (1989),** “Contributions of Savigny to the Theory of Legislation, The” **American Journal of Comparative Law**, Vol. 37, p. 81-93 (1989).
- Özbilgen, T. (1976),** **Ele tirisel Hukuk Ba langıcı Dersleri**, stanbul : .Ü Yay. No:2170, Hukuk Fakültesi Yay., No:485
- Puchta, G. F.(1965),** **Das Gewohnheitsrecht**, Erster und Zweiter Teil, 1965, Darmstad: Wissenschaftliche Buchgesellschaft
- Rückert, J. (1984),** **Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny**, Ebelsbach: Rplf Gremer Verlag
- Rückert, J. (1989),** “Unrecognized Legacy: Savigny’s Influence on German Jurisprudence after 1900, The”, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 37, p. 121-138 (1989).
- Savigny, F.C. (1815)** “Über den Zweck dieser Zeitschrift”, **“Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissensachft**, Band 1, s.1-18
- Savigny, F.C. (1840a),** **Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissensachft**, Dritte Auflage, Heidelberg
- Savigny, F.C. (1840b),** **System des heutigen Römischen Rechts**, Erster Band, Berlin
- Savigny, F.C. (1944),** **Grundgedanken der historischen rechtsschule 1814/40**, Tekrar Baskı, Frankfurt:Vittorio Klostermann
- Savigny, F. C. (1993),** **Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842**, Herausgegeben und eingeleitet von Aldo Mazzacane, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann
- Schwarz, A. B. (1934)** “ John Austin and the German Jurisprudence of His Time”, **Politica**, 1934, No: 2, s. 178-199

- Stern, J. (2002),** **Thibaut und Savigny, Ihre Programmatischen Schriften,** Zweite Auflage, Berlin: Franz Wahlen
- Stone, J. (1966)** **Social Dimensions of Law and Justice,** London: Stevens&Sons Limited
- Toews, J. E. (1989),** “Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State, The”, **American Journal of Comparative Law, Vol.37, p 139-170 (1989),**
- Topçuo lu, H. (1969),** **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk),** , Cilt:1, Cezaevi Matbaası: stanbul
- Vinogradoff, Paul (1961),** **Roman Law in Medieval Europe,** Oxford University Pres
- Vinogradoff, Paul (2002),** **Introduction to Historical Jurisprudence,** 2002, Kitchener:Batoche Books
- Winhold, T.(2002),** Die Methodenlehre Savigns, **Methodenlehre in der Rechtswissenschaft,** Justus Liebig Universität Giessen
- Wolf, E. (1951),** “Friedrich Carl von Savigny”, **Grosse Rechtsdenker, Der Deutschen Geistesgeschichte** içinde, s.464-535, Tübingen: Dritte neuebearbeite Auflage