

## MEDENİ KANUN VE TARİHÇİ HUKUK OKULU: CUMHURİYET'İN HUKUK KAVRAMI ÜZERİNE NOTLAR

*Buğrahan Fertelliöđlu\**

Medeni hukuk iktibası Cumhuriyet tarihinin en ilgi çekici olgularındandır. Konuyla ilgili her detay hukuk araştırmaları için hâlen daha fevkalade zengin temeller sunmaktadır. Bunların başında dönemin Adalet Nazırı ve hukuk devriminin öncüsü Mahmut Esat Bozkurt'un Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 17 Şubat 1926 tarihli oturumunda sunduğu, bir ölçüde tüm hukuk devriminin ruhunu içinde barındıran *Türk Kanunu Medenisi*'nin genel gerekçesi yer alır. Tahsilini İsviçre'de tamamlamış bir hukukçu olan Bozkurt, yeni kurulan Cumhuriyet'te modern bir medeni kanuna duyulan ihtiyacı kodifikasyon kavramının tarihsel gelişimiyle anlatır. Gerekçede, Avrupa kodifikasyonlarının fikrî arka planının ortaya konmasından hemen sonra, bu kodifikasyonların "*bütün hayatı ölü ananelere bağlamak isteyen tarihî mektebin son kahkari hezimetini olduğu*"<sup>1</sup> ifade edilmiştir. Bahse konu tarihî mektep, 19. yüzyılın başında Almanya'da kurulup yaklaşık yüz yıl boyunca geliştirdiği yöntemler, kavramlar ve öğretiler yoluyla hukukun bağımsız bir bilim olma hüviyeti kazanmasında önemli rol oynayan Tarihçi Hukuk Okulu'dur (*Historische Rechtsschule*).<sup>2</sup> Gerekçe boyunca ismi doğrudan zikredilen tek hukuk hareketi Tarihçi Hukuk Okulu olmuştur. *Tarihî mektebin hezimetini*, Bozkurt'a göre medeni hukuk devriminin hukuk felsefi temellerini göstermek bakımından fevkalade yeterlidir. Tarihçi Hukuk Okulu'nun mağlubiyetinden yükselen bu kanun, yeni Cumhuriyet'in sahip olacağı hukuk kavramı hakkında da ipuçları vermektedir.

---

\* Freie Universität Berlin Hukuk Fakültesi doktora öğrencisi: bfertelli@gmail.com

<sup>1</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre: II, Cilt: 22, İçtima Senesi: III, 57.

İçtima, 17.02.1926: Tüm gerekçeye çevrimiçi olarak erişilebilir:

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c022/tbmm02022057.pdf>

Erişim Tarihi: 03.05.2023

<sup>2</sup> *Historisch* sıfatı yerine göre tarihî, tarihsel yahut tarihçi olarak tercüme edilebilir. Hareketin isminde yer alan *Historisch*, okulun yöntemini ifade etmek için, Savigny tarafından defalarca kez kullanılan "*die wahrhaft historische Methode*"den gelmektedir. Bu yöntemle kısaca, hukuki bilginin ancak tarihsel materyalin doğru şekilde incelenmesi ile elde edilebileceği ifade edilmektedir. *Historische Rechtsschule*'nin program metinlerinde formüle edildiği kadarıyla hukukçudan her şeyden önce bir tarihçi olması beklenmektedir. Bu doğrultuda kendilerini bu ekolle beraber gören hukukçuların kendilerine yer yer "*Historiker*", yani "*tarihçi*" demeleri de bu nedenledir. Bu bakımdan "*historisch*" olmak okulun hukuk-bilimsel yöntemine göndermede bulunur. Yönteme diğer alternatiflerine nazaran daha fazla vurgu yapması bakımından "*tarihçi*" sıfatı Türkçe için kanaatimizce en uygun karşılıktır.

### Kodifikasyon ve Tarihçi Hukuk Okulu

Medeni Hukuk Devrimi'nin Tarihçi Hukuk Okulu'nun hezimetini ile ilişkilendirilmesi pek tabii tesadüf değildir. Kendisi de esasen bir başka kodifikasyon gündeminin ortasında kurulan bu hareket, hemen her Avrupa ülkesinde geleneksel olarak hukuki modernitenin karşı kutbuna yerleştirilmektedir. 1804 yılında Napolyon'un Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu ordularını mağlup etmesi üzerine 1806 yılında İmparator II. Franz tahtını bırakmış ve aynı yıl Napolyon'un himayesinde "*Rheinbund*" kurulmuştur. Alman eyaletlerinin Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'ndan ayrılıklarını beyan etmek suretiyle dahil oldukları bu birlik, İmparatorluk'un politik olarak dağıldığını teyit etmiştir. İlk 16 eyaletle kurulan birliğe sonrasında 23 eyalet daha katılmıştır. *Rheinbund*'un kuruluş metninin ilk maddesi, birliğin esasen eski İmparatorluk'un dağılması amacına yöneldiğini açıkça ifade etmektedir. Aynı metinde İmparatorluk Hukuku da yoklukla malul ilan edilmiştir (Hattenhauer, 1973, s. 35). Napolyon'un 1813 yılında mağlup edilmesine kadar varlığını sürdüren Rheinbund döneminde hukuk alanında da önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bunlardan belki de en önemlisi özel hukuk alanındadır. Zira İmparatorluk Hukuku'nun reddedilmesinden sonra Rheinbund'a mensup eyaletlerde hangi hukukun uygulanacağı sorusu gündeme gelmiştir.<sup>3</sup> Bu soruya yanıt olarak, 1808 yılı itibariyle muhtelif eyaletlerde, *Kod Napolyon* (Code Napoleon) olarak anılan Fransız Medeni Kanunu yürürlüğe konmuş ve bu kanun yürürlüğe girdiği yerlerde özel hukukun temel metni haline gelmiştir. İlk askeri sahada mağlup edilip ardından politik olarak dağıtılan İmparatorluk, Kod Napolyon'un yürürlüğe girmesiyle birlikte hukuken de tasviye edilmiştir. Kod Napolyon, muhtelif Avrupa ülkelerinde aydınlanmanın etkisiyle yürürlüğe konan doğal hukuk kodifikasyonlarının en ileri versiyonudur. İçeriği itibariyle ise Fransız Devrimi'nin özel hukuk alanındaki ruhu olarak kabul edilmektedir (Wieacker, 1952, s. 212–214). Gerçekten de Kod Napolyon ihtiva ettiği kimi hükümler bakımından burjuva anayasacılık hareketinin özel hukuk alanındaki pekiştiricisi gibidir. Zira kanun metninde bugün için anayasalarda düzenlenen çok sayıda hüküm bulunmaktadır. Hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından yurttaşlık dışında hiçbir şart kabul edilmemiş; sınıflar reddedilmiş; kanun önünde eşitlik, sözleşme özgürlüğü, mülk edinmede eşitlik, devlet ve kilise ayrılığı gibi liberal hukuk ilkeleri kabul edilmiştir. Napolyon'un 1813 Leipzig Muharebesi'nde

---

<sup>3</sup> Her ne kadar Rheinbundsakt'ın 2'nci maddesinde İmparatorluk Hukuku yoklukla malul ilan edilmiş olsa da eski hukuk pratikte yürürlüğünü sürdürmüştür. Buna karşın eski hukukun artık başka bir geçerlilik nedenine dayalı olarak yürürlükte olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Hattenhauer, s. 36.

mağlup edilmesinin ardından *Rheinbund* dağılmış, *Alman Konfederasyonu*'nun (Deutscher Bund) kuruluşuna (1815) giden süreç başlamıştır. *Rheinbund*'un dağılışı ile *Konfederasyon*'un kuruluşu arasında yaşanan politik belirsizlikten özel hukuk da nasibini almıştır. Napolyon'un mağlubiyeti bir noktada onunla ve Fransız Devrimi'yle ilişkilendirilen tüm kurumların mevcudiyetini tartışmaya açmıştır. Bunların başında ise yaklaşık 10 yıldır birçok tartışma, kesintilik ve kısmen belirsizlik içinde farklı eyaletlerde yürürlükte olan Kod Napolyon'un akıbeti yer almaktadır.

Birçok hukukçu yeni politik düzende özel hukukun akıbetinin ne olacağı konusunda ilgilenecek ve soruna dair çözüm önerilerini sundukları metinler kaleme almışlardır. Bu metinlerden belki de en ilgi çekici olanı, dönemin önemli özel hukukçularından olan Heidelbergli, Anton Friedrich Justus Thibaut'un (1772-1840) 1814 yılında kaleme aldığı "Almanya İçin Genel Bir Medeni Hukukun Gerekliliği Üzerine (*Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*)" başlıklı risaledir. Bu metin esasen dönemin muhafazakar-milliyetçi hukukçularından August Wilhelm Rehberg (1756-1836) tarafından yazılan "Kod Napolyon ve Almanya'daki Yürürlüğü Üzerine (*Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*)" başlıklı makalede ortaya konan görüşlere cevap olarak yazılmıştır (Hattenhauer, 1973, s. 40)<sup>4</sup>. Napolyon'a karşı kazanılan ulusal bağımsızlığın akabinde milliyetçi motivasyonlarla kaleme alınan bu yazıda Rehberg kısaca, Kod Napolyon'un yürürlükten kaldırılmasını talep etmekte ve özel hukuk alanında yerel eyalet hukuklarının uygulanması çağrısında bulunmaktadır. Rehberg'e göre bu dönemde tüm Almanya'da geçerli olacak genel bir medeni hukuka ihtiyaç yoktur. Her eyaletin kendi hukukunu uygulayacağı parçalı bir hukuk sistemi Rehberg için sakınca teşkil etmez. Thibaut'ya göre ise mevcut belirsiz durum, süre gelen özel hukuk problemini çözmek için bulunmaz bir fırsat sunar. Buna karşın Rehberg'in çözüm önerisi birçok yönden uygunsuzdur. İlk, parçalı hukuk sistemi hukuki belirsizlik sorununu çözmek bir yana daha da körükleyecektir. İkinci olarak ise eski hukuka dönmek Roma Hukuku'nun eski toplumsal ilişkilerine dönmek anlamı taşır. Bu ise tüm yurttaşlık kazanımlarının kaybedilmesi anlamına gelecektir (Thibaut, 1814, ss. 11, 12). Thibaut'ya göre çözüm ne Kod Napolyon'un muhafazasında ne de eski parçalı hukuk düzenine dönüşüdür. Bir üçüncü yol olarak Almanların kendi medeni kanunlarını yapmaları gerektiğini savlayan Thibaut, bu

<sup>4</sup> Görüşlerini ilkin kısa bir inceleme metninde (içinde: Heidelberger Jahrbücher, 1814, ss. 1-32) ifade eden Thibaut daha sonra, kendi deyişle dikkate değer kimselerin talebi üzerine bu görüşleri daha detaylı şekilde temellendirmek üzere bu risaleyi kaleme almıştır.

türden temel bir kanunun tüm yurttta yürürlükte olmak kaydıyla özel hukukun mevcut sorunlarını tamamen çözeceğini öne sürer (Thibaut, 1814, s. 25). Çağının klasik liberal-yurtsever argümanlarına dayanan Thibaut'ya göre bu yeni kanun, bir yandan eşit yurttaşlık zemininde yükselen bir özel hukukun temel metni olacak öte yandan ise tüm yurttta yürürlükte olan tek kanun olması bakımından ticaret ilişkilerini kolaylaştıracaktır. Yurttaşlar bir yerden bir yere giderken hukuki tedirginlik yaşamayacak ve en ufak bir sorunda "kötü avukatların" insafına kalmayacaklardır. Ayrıca bu türden bir birlik, hukuk eğitimini de kolaylaştıracak ve hukukçuları eski düzenin karanlık labirentlerden kurtaracaktır (Thibaut, 1814, ss. 31-36). Thibaut'nun öne sürdüğü çözüm birçok yönden halkçıdır. Zira hem Roma Hukuku'nun sınıflı toplum yapısından türeyen hukuki ilişkileri reddetmekte hem de yurttaşların o zamana dek hukukçu sınıfının tekelinde bulunan hukuki bilgiye erişimini kolaylaştırmaktadır. Bir önceki yüzyılın doğal hukuk geleneğiyle sıkı bağları olan Thibaut'nun tezleri aydınlanmanın yurttaşlık kavramından temel alır.

Thibaut'nun metni hararetle tartışmalara yol açmakla birlikte özellikle Heidelberg çevresindeki hukukçular tarafından büyük kabul görmüştür. Buna karşın Thibaut'nun savlarına itiraz edenler de yok değildir. Muarızların başında, henüz 24 yaşındayken yazdığı "Zilyetlik Hukuku (*Das Recht des Besitzes-1803*)" özel hukuk araştırmaları bakımından uzun yıllar boyunca örnek olarak kabul edilecek olan Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) gelmektedir. Thibaut'nun metnini özel bir mektubunda "Utanç Metni" olarak değerlendiren Savigny, 1814 yılında yayınladığı "Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Hakkındaki Görevi Üzerine (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*)<sup>5</sup> başlıklı risalesinde karşı tezlerini sunmuştur. Savigny hukuk felsefi temelleri bakımından Thibaut'dan büyük ölçüde ayrılmaktadır. Kendini Kant felsefesine yakın konumlandıran Thibaut'ya göre doğal hukukun evrensel kaidelerine dayanmayan her türlü pozitif hukuki düzenleme reddedilmelidir. Bununla birlikte felsefe ile hukuk arasındaki ilişki de, felsefenin hukuk kavramının doğası hakkında hukuk bilime nazaran daha hakiki şeyler söylemesi itibarıyla felsefenin hakimiyeti lehine kurulmalıdır. Savigny ise felsefenin hukuki kavramların anlamları konusundaki epistemolojik tekelini reddetmekte ve hukuk bilimin bağımsızlığı savunmaktadır. Kendisini Göttingenli büyük hukukçu Gustav Hugo'ya yakın gören Savigny için doğal hukuk ancak pozitif hukukun

---

<sup>5</sup> Savigny'nin bu metni Ali Acar tarafından fevkalade yetkin bir şekilde Türkçeye tercüme edilmiştir: Friedrich Carl von Savigny, *Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Hakkındaki Görevi Üzerine*, çev. Ali Acar, Pinhan Yayıncılık, 2018. Bu yazının kaleme alındığı dönemde ilgili Türkçe edisyona erişme şansına sahip olmadığımız için metnin devamında Almanca birinci baskıya başvurulacaktır.

felsefesi olarak anlamlıdır<sup>6</sup>. Buna karşın hukukbilimin materyali pozitif hukuktur. Thibaut, Heidelberg yıllarından Hegel’le arkadaşken, Savigny kendi hukuk düşüncesinin temellerini Schelling’de arar. Birçok yönden iki farklı hukukçu türünü temsil eden bu ikilinin kodifikasyon bahsinde de birbirinin zıttı pozisyonları temsil etmeleri kaçınılmazdır<sup>7</sup>. Savigny’e göre kanun, her türlü olgusal uyumsuzluk ihtimalini öngörüp buna uygun çözümler sunan kurallar üretmek anlamına gelmektedir. Bu nedenle içeriğinin mahir eller tarafından belirlenmesi gerekir. Gel gör ki devir iyi hukukçuların devri değildir. Hem tarihsel hem de sistematik yönden çok daha donanımlı olan büyük Roma Hukukçularının yapmaktan kaçındığı şey, devrin daha az yetkin hukukçularından beklenmemelidir (Savigny, 1814, ss. 45–59).

Savigny’nin esasen Kodifikasyon konusundaki görüşlerini bildirmek adına kaleme aldığı bu metin, içeriğinin zenginliği itibariyle kodifikasyon konusunu aşır, hukuk felsefesi tarihi kanonunda müstesna bir yer edinmiştir. Zira Savigny metnin hemen başında, kodifikasyon konusuna gelmeden önce, “Pozitif Hukukun Oluşumu (*Die Entstehung des positiven Rechts*)” başlığı altında hususî bir hukuki ontoloji geliştirmeye çalışır. Bu bölümde hukukun doğasına dair görüşlerini ortaya koyan Savigny’e göre hukuk, ancak belirli bir halkın parçası olarak mevcuttur. Hukukun varlığını dil, kültür ve anayasa gibi diğer toplumsal görünümlele kıyaslayan Savigny, tıpkı bunlar gibi hukukun da ancak bir halkın yahut bir insan topluluğunun hukuku olarak kabul edilmesi gerektiğini öne sürer. Bu bakımdan doğal hukukun öne sürdüğü, yerden, zamandan ve toplumdan bağımsız, evrensel ilkelere dayanan hukuk kavramı esas itibariyle hukukun özünü ıskalamaktadır. Hukuk, doğası gereği belirli bir halkın hukukudur (Savigny, 1814, ss. 8, 9). Halkın ortak kanaatinden türeyen hukuk (aus der gemeinsamen Überzeugung des Volkes) parçası olduğu halkla birlikte doğar, gelişir ve ölür. Halkın hukukunu halkın varlığından soyutlamak mümkün olmadığı gibi, herhangi bir hukuku bir başka yere taşımak da mümkün değildir. Sonrasında Halkın Ruhü Öğretisi (Volksgeistlehre) olarak tanınacak olan bu hukuk kavramı temel prensipleri itibariyle kodifikasyonla uyumsuzdur. İlk olarak kodifikasyonlar hukuku sabitlerler. Buna karşın halkın

<sup>6</sup> Savigny, Tarihçi Okul’un kuruluş manifestosu olarak kabul edilen “Beruf” metninde Gustav Hugo’nun hukuk bilimsel yöntemini över. Birçok hukuk tarihçisine göre Hugo’nun yöntemi, hukuki pozitivistizmin erken örneklerinden olmakla birlikte Tarihçi Okulu’na mensup hukukçular için de yol gösterici olmuştur.

<sup>7</sup> Alman hukuk tarihi yazımında yaklaşık bir yüzyıl boyunca tekrarlanan Thibaut-Savigny polarizasyonu esasen birçok bakımdan eksiklidir. Zira görünüşteki ayrılıklara karşın her iki hukukçunun da oldukça fazla ortak yanı vardır. Derinleşmek isteyen okurlar için: Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*. Vittorio Klostermann, 2022. ss. 160-194.

yaşamında organik olarak gelişen hukuk bu sabitliğe direnir. İkinci olarak kodifikasyon kavramı, hukukun “yapılabilirliğine” işaret etmesi bakımından onu inorganikleştirir. Dolayısıyla devlet, yasama yoluyla hukuku kendi iradesine göre belirleyebilecektir. Organik gelişim tezine göre ise hukuk, devletin keyfi tasarruflarına terk edilemez. Üçüncü olarak dönemin kodifikasyonları doğal hukukun evrensel ilkelerini içerirler. Ancak organik gelişim tezi her türlü evrenselliği reddeder. Zira aydınlanmanın soyut metafiziğine dayanan bu ilkeler halkların kendine mahsusluklarını görmezden gelmektedirler. Savigny’e göre halk ile hukuku arasına devlet dahi giremez. Devletle hukuk arasına çizilen bu çizgi, iktidarların keyfi müdahalelerine karşın hukuka bir yaşam alanı sunmuştur.

*Vom Beruf*’ta ortaya konan bu halk temelli hukuk kavramının bir de epistemolojik neticesi vardır. Halkın ortak kanaatinden türeyen hukukun ne olduğu ancak yetkin hukukçuların mahir elleriyle tespit edilebilir. Yine de hukukçunun görevi hiç yoktan hukuk yapmak değil halihazırda var olan hukuku tespit etmektir. Hukukçular Savigny’nin hukuk kavramının teknik unsurunu oluşturmaktadırlar (F. C. von Savigny, 1814, s. 12). Buna göre hukukçunun görevi, incelediği kavramın mevcut hukuk sistemi içerisindeki yerini tespit etmek ve onu tarihsel gelişimi içinde anlamaktır. Hukuk sisteminde mevcut hukuki ilişkilerin kimi akıl ilkelerine aykırı olmaları nedeniyle dışarıda bırakılmaları mümkün değildir. Zira tarihsel gelişim içinde kaybolmamış her hukuk kurumu kendi varlığını tarih yoluyla doğrulamıştır<sup>8</sup>. Savigny, hukuk bilim için önerdiği bu yöntemi aynı yıl, Karl Friedrich Eichhorn ve Johann Friedrich Ludwig Göschen ile birlikte kurduğu “Tarihçi Hukukbilim Dergisi (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*)”nin amacını bildirdiği kısa yazısında formüle etmeyi sürdürmüştür. Kendilerini “tarihçi olmayan” hukukçulardan yöntemsel olarak ayıran bu grup (Savigny, 1815, ss. 1–3), Alman hukuk tarihinde yeni bir çağ açmıştır (Landsberg, 1910, ss. 186–284). Yıllar içerisinde Moritz August von Bethmann-Hollweg’den Friedrich Puchta’ya, Jacob Grimm’den Rudolf von Jhering’e birçok önemli hukukçunun yöntemsel gelişiminde önemli etki sahibi olan bu hareket, modern Alman hukuk dogmatikine bir ölçüde bugünkü şeklini vermiştir (Rückert, 2010)<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Yöntemsel kurucu baba olarak kabul edilen Gustav Hugo’nun Roma Hukuku sisteminde köleliği bir hukuki ilişki olarak tasnif etmiş olması bu çerçevede değerlendirilmelidir.

<sup>9</sup> Buna karşın Tarihçi Okul’un tam anlamıyla bir bütünlük sunduğunu söylemek güçtür. Zira hangi isimlerin hangi kriterlere göre bu hareketle birlikte anıldığı ciddi tartışmalara konu olmuştur. Yöntemsel olarak tarihçilerle yakın olmasına karşın kişisel ilişkileri nedeniyle bu kanonda yer almayan hukukçular olduğu gibi (Mühlenbruch, Gans), kanonda yer alan hukukçular arasında da hukuk kavramı temelinde ciddi ayrılıklar vardır. Derinleşmek

### Cumhuriyet'in Hukuk Kavramı

İşte Cumhuriyet Devrimi'nin en mühim abidelerinden biri olan Türk Medeni Kanunu, bu hukuk hareketinin "kahkari hezimetini" üzerinden yükselmiştir. Gerçekten de Medeni Kanun'un gerekçesi birçok yönden Savigny'nin organik gelişim teziyle tezatlık içindedir. Zira Bozkurt birçok yerde örf ve âdet hukukuyla kodifikasyonları karşı karşıya getirmektedir. Büyük kanun kitapları, o eski örf ve âdeti *çiğneyip*, hükümden *iskat edip* yerine yepyeni bir hukuk koymaktadırlar. Cumhuriyet'in hukuk kavramı bu bakımdan kendini halkın yaşamında temellendirmemekte, aksine bu ortak yaşamdan türeyen hukuku reddetmektedir. Bozkurt'un şu satırları hukuk ve toplumsal yaşam arasındaki sürekliliğin mevcut olmadığına dair kanaatini ortaya koymaktadır:

Bu misalleri vermektan maksat, zamanın icabatına ve medeniyetin mukteziyatına göre milletlerin örf ve âdetlerine bir hamlede nasıl veda ettiklerini ve bu vedanın zannedildiği gibi mazarrat ve tehlikeyi değil, büyük menfaatleri istilzam eylediğini canlı bir surette göstermektedir. Hayatın icabatına uymayan örf ve âdatta İsrardır ki, milletler için baisi felâket olur.

Esasen yeni bir politik düzende, yeni bir iyi yaşam ideali etrafında örgütlenen Cumhuriyet'in, kendi prensiplerinin tam tersini yansıtan eski hukuku muhafaza etmesi beklenemez. Dolayısıyla her devrimci hareket gibi, Türk Medeni Hukuk Devrimi de hukuku halkın yaşamı ile ayrılmaz bir bütün olarak gören organik gelişim tezini reddederek başlamıştır. Buradan hareketle, bu özlü gerekçe içinde bir anektod gibi görünen Tarihçi Hukuk Okulu göndermesi esasen Cumhuriyet'in hukuk kavramının "devrimci" ve bu doğrultuda "inorganik" olduğunu ortaya koymasını bakımından önemlidir. Tarihçi Okul'un, hukuku halkın politik yaşamının ayrılmaz bir parçası olarak gören hukuk kavramı bir yere kadar değer-nötr bir anlayış olarak yorumlanabilir (krş. Reutter, 2011, s. 21. vd.). Esas amacı doğal hukuk teorisyenlerinin metafizik kabullerinden arınmış bir hukuk kavramı geliştirmek olan Savigny bu doğrultuda "eşitlik" ve "özgürlük" gibi evrensel olduğu iddia edilen ilkelere dayanan hukuk teorilerini reddetmektedir. Savigny'e göre hukukun bu temel ilkelerle uyumlu olması gerektiğini öne sürmek hukukun halkın yaşamındaki organik gelişimine müdahale etmek anlamına gelir. Kanun koyucu ya da iktidar sahipleri mevcut hukukun bu ilkelere aykırı olduğunu tespit etmeleri halinde ona müdahale edebilecek ve bu ilkelere daha uyumlu bir hukuk üretebileceklerdir. Buna karşın bu türden bir hukuk kavramı halkın yaşamında

---

isteyen okurlar için: Hans-Peter Haferkamp. *Die Historische Rechtsschule*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2018.

organik olarak gelişen her türlü güç ilişkilerini doğrudan hukuka taşıma ihtimalini de içerir. Tam da bu nedenle Savigny ve Okulu hem Kantçı hem de Hegelci hukukçular tarafından sık sık gericilikle suçlanmıştır. Bu türden bir hukuk anlayışı, Gustav Hugo örneğinde olduğu gibi yerine göre köleliğin dahi istenmeyerek de olsa mülkiyet sisteminin bir parçası olarak kabul edilmesini mümkün kılmaktadır (Kirste, 2022, s. 19). Bu bakımdan değer-nötrlük ve devletten bağımsızlık Tarihçi Okul'un hukuk anlayışının temel nitelikleri olarak kabul edilebilirler. Bu iki nitelik Cumhuriyet'in devrimci hukuk kavramıyla uyumsuzluk içindedir. Medeni toplum ideali ve dinden bağımsız bir devlet tahayyülü Medeni Kanun gerekçesinin temel motiflerini oluştururlar. Bu bakımdan hukukun da bu ideale dönük olarak ele alınması gerekir. Osmanlı İmparatorluğu döneminden kalma hukuki biçimler, İmparatorluğun toplumsal yapısı gereği dinle iç içedirler. Organik gelişim tezinin kabulü durumunda bu biçimlerin reddedilmesi olanaklı olmayacaktır. Belirli bir "iyi" ideale dayanan her türlü hukuk anlayışı bir ölçüde bu tezi karşısına almalıdır. Zira Tarihçi Hukuk Okulu nazarında her çağın kendi hakikati vardır (Savigny, 1815, ss. 3, 4). Fakat devrimler tam da karşısına aldıkları eski rejiminin hakikatini tartışmaya açmaları bakımından devrimdirler.

Bununla birlikte Tarihçi Hukuk Okulu'nun mağlubiyeti tezi de aynı şekilde dikkat çekicidir. Zira Savigny ve arkadaşları, okulun kurulduğu günden itibaren farklı fikir cepheleri tarafından eleştiri topuna tutulmuşlardır. Thibaut ve Feuerbach gibi Kantçı hukukçular tarafından bir tür "mikroloji" yapmakla yaftalanmışlar (Rückert, 2011), Eduard Gans ve Leopold von Henning gibi Hegelci hukukçular tarafından ise "tarihin bütünlüğünü" ıskalamakla suçlanmışlardır (Gans, 1824, ss. VIII–XVII). Sola yakın hukukçular tarafından "milliyetçi" olarak görülmüşler, nasyonal sosyalizme yakın hukukçular tarafından ise "romanist" olmakla itham edilmişlerdir. Tüm hukukun kanun kavramı etrafında şekillenmeye başladığı 20. yüzyıl itibariyle, felsefi temellerini kodifikasyon karşılığı ile somutlaştıran bir ekolün mağlup olmadığını düşünmek absürttür. Ayrıca İkinci Dünya Savaşı sonrası gelişen insan hakları doktrini de yerel hukukları büyük ölçüde yeknesaklaştırmaya başlamıştır. Karşılaştırmalı hukuk, en mühim hukuki araştırma yöntemine dönüşmüş, yerel hukuk kavramları ulusal üstü hukuk kaynaklarıyla ilişki içerisinde yorumlanmıştır. Bu türden bir çağda, hukuku salt belirli bir halkın hukuku olarak görüp devletin hukuka kanun yapma yoluyla müdahale edemeyeceğini savlayan Tarihçi Okul tıpkı Bozkurt'un ifade ettiği gibi hezimete uğramış görünmektedir. Bununla birlikte Tarihçi Hukuk Okulu'nun mirası konusu, görüldüğünden daha karışıktır. Zira görünüşte milliyetçi, muhafazakâr, aydınlanma karşıtı ve romantik bir resim çizen bu hareket, geliştirdiği hukuki ontoloji itibariyle liberal hukuk anlayışının temel



taleplerine bir ölçüde cevap vermektedir. Organik gelişim tezi bir yandan hukuku yerelleştirirken öte yandan bir tür hukuki sürekliliği olanaklı kılmaktadır. Her türlü keyfi müdahaleden bağımsız olarak gelişen hukuk fikri, liberal hukuk düşüncesinin “hukuk güvenliği” kavramının belki de en radikal karşılığıdır. Zira hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik kriterleri en iyi haliyle kendini müdahale ve kesintilerden koruyabilen bir hukuk sistemi içerisinde mümkündür. Bununla uyumlu olarak, görünüşte Tarihçi Hukuk Okulu’nun hezimetini kabul edilen Avrupa Medeni Kanunları, bu okulun çalışmalarıyla gelişen kavramlarla örülmüşlerdir. Tüzel kişi, hak ve fiil ehliyeti, hukuki ilişki, mülkiyet karinesi gibi çok önemli Roma Hukuku kavramları Tarihçi Okul eliyle modernleşmiş ve modern özel hukuk sistemlerinin temel taşları haline gelmişlerdir. Vaktiyle Türk Hukuk Devrimi’nin en mühim kurumlarından Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ders vermiş olan Paul Koschaker’e kulak verecek olursak durum şöyledir: “(Tarihçi Okulun) etkisi, görüldüğü üzere fevkalade güçlüdür ve Alman Medeni Kanunu’na (BGB) sirayet etmiş olması bakımından- her ne kadar çok kez modifiye edilmiş olsa da- varlığını bugün hala daha sürdürmektedir” (Koschaker, 1966, ss. 298–299). Hukuk dogmatikliği bakımından devam eden bu etkinin yanında çoktan aşılış gibi görünen organik hukuk kavramı da bir şekilde varlığını sürdürmektedir. Halkın Ruhu Öğretisi’nin milliyetçi ve metafizik içeriği Rudolf von Jhering tarafından daha seküler ve olgusal temelli olarak yorumlanmış ve bugün için hukuk sosyolojisine yakın düşen tecrübe temelli hukuk kavramına evrilmiştir. Hukuk ve toplumsal yaşam arasındaki sürekliliğe dayanan bu öğretiyi, modern devletler çağında pre-modern olmakla suçlanmışsa da bugün “devlete karşı hukuk” savaşında önemli bir cepheye işaret eder. Carl Schmitt’e göre Savigny’nin sunduğu temeller, devletin iki dudağı arasına sıkışmış 20. Yüzyıl hukuk bilimine bağımsız bir alan tanır (Schmitt, 2003, s. 408 vd.).

### **Sonuç Yerine**

Hukuk felsefesi tarihi, bir ölçüde hukuk kavramlarının tarihidir. Genellikle büyük bir kanon içerisinde sıralanan hukuk okulları esas itibariyle hukuka yönelik farklı kavrayışlar geliştirmiş olmaları bakımından birbirlerinden ayrılırlar. Fakat bu kavramların ya da düşünce akımlarının mağlubiyetleri/galibiyetleri meselesi çoğunlukla felsefi niteliklerinden bağımsız seyreder. Toplumsal talepler hukuku belirli bir yönde gelişmeye zorlarlar. Dolayısıyla çağının toplumsal taleplerine cevap veren hukuk kavramları galip gelirlerken kalanları unutulmaya yüz tutar. Savigny ve Tarihçi Okul’un organik hukuk kavramı kodifikasyonu reddetmesi bakımından 19. yüzyıl politik ruhuyla uyumsuzdur. Öyle ki Savigny’nin kendisi de ömrünün devamında yasama faaliyetlerine katılmak durumunda kalmış, karşısında durduğu hukuki düşüncenin gelişimine bizzat şahit olmuştur. Aynı şekilde temel hakların

tüm hukuk sistemlerinin merkezine yerleşmesi tarihsel olgusu da daha evrenselci bir hukuk kavramını gerektirmiş, bu evrenselliği reddeden halkın ruhu öğretisi bir ölçüde çağ ile uyumsuz hale gelmiştir. Cumhuriyet Devrimi'nin Tarihi Hukuk Okulu ile kurduğu ilişki, toplumsal gelişim ve "makbul hukuk kavramı" gerilimi bakımından oldukça dikkat çekicidir. Halkın ortak kanaatinden türeyen hukuk, halkın ortak kanaatinde kök bulan toplumsal eşitsizlikleri de hukuki biçimler haline getirir. Bu nedenle toplumsal yaşamın temel dinamiklerine yönelen devrimler için, bu temel dinamiklerden türeyen hukuki biçimlerin devrim sonrasında muhafaza edilmesi düşünülemez. Medeni Kanun Gerekçesi bu dinamizme işaret etmektedir. Dolayısıyla sahip olduğu hukuk kavramı da kendisini örf ve adetle yahut toplumsal süreklilikle değil, örf ve adetin reddi ve medeni toplumların ortak ihtiyaçlarıyla temellendirmektedir. Tamamen farklı prensipler üzerine kurulu monarşiden laik cumhuriyete geçişte gerekli olan hukuk kavramı budur. Fakat yüz yıllık tecrübenin ardından, Cumhuriyet'in temel kazanımlarını muhafaza edip, eşitlikçi bir toplum idealini ortaya koyacak olan hukuk kavramı, kendini süreklilikle temellendirmek zorunda kalacaktır. Dolayısıyla yüz yıl önce Cumhuriyet Devrimi'nin temel ilkeleri karşısında bir direnç odağı haline gelebilecek olan organik gelişim tezi, yüz yıl kadar sonra bu ilkelerin muhafazası adına kullanılabilir. Yüz yıl önce "kahkari hezimet" ilan edilen bir hukuk hareketi ise toplumsal gelişimin talepleriyle uyumlu olan "makbul hukuk kavramını" temin edebilecektir.

### **Başvurulan Kaynaklar**

- Gans, E. (1824). *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung: Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte* (Bd. 1). Maurer.
- Haferkamp, H.P. (2018). *Die Historische Rechtschule*, Vittorio Klostermann.
- Hattenhauer, H. (1973). Einleitung. içinde: H. Hattenhauer (Hrsg.), *Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften* (1. Aufl., S. 9–52). Verlag Franz.
- Kirste, S. (2022). Die Positivität des Rechts bei Hegel Hegels Philosophie der Positivität des Rechts und Hugos Philosophie des positiven Rechts. içinde: K. Vieweg, B. Zabel, E. Eichenhofer, S. Kirste, M. Pawlik, & Schmidt am Busch (ed.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts* (S. 13–42). Duncker & Humblot.
- Koschaker, P. (1966). *Europa und das Römische Recht*. C. H. Beck.
- Landsberg, E. (1910). *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (Bd. 2). R. Oldenbourg.

- Reutter, W. P. (2011). »Objektiv Wirkliches« in *Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken, Rechtsquellen- und Methodenlehre*. Vittorio Klostermann.
- Rückert, J. (2010). Die Historische Rechtsschule nach 200 Jahren—Mythos, Legende, Botschaft. *JuristenZeitung*, 65(1), 1–9.
- Rückert, J. (2011). Thibaut—Savigny—Gans: Der Streit zwischen „historischer“ und „philosophischer“ Rechtsschule. içinde: Joachim Rücker, *Savigny-Studien* (S. 415–474). Vittorio Klostermann.
- Savigny, F. C. von. (1815). Über den Zweck dieser Zeitschrift. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1(1), 1–17.
- Savigny, F. C. von. (1814). *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Mohr und Zimmer.
- Schmitt, C. (2003). Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-44). içinde: Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954* (4. Aufl., S. 386–429). Duncker & Humblot.
- Thibaut, A. F. J. (1814). *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*. Mohr und Zimmer.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre: II, Cilt: 22, İçtima Senesi: III, 57. İçtima, 17.02.1926.
- Wieacker, F. (1952). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Vandenhoeck & Ruprecht.