

## (Hukuk Eğitiminde) Hukuk Felsefesi İçin Savaşım: Yöntem ve Sorunlar

Imer B. FLORES<sup>(\*)</sup>

Çeviren: Öykü Didem Aydın<sup>(\*\*)</sup>

*Adaletsizliğe karşı gösterilecek direniş, hukuksal atanda haksızlığa karşı direniş, hukuksal hak sahibi herkesin ödevidir; hem kendi kendilerine karşı –çünkü bu ahlaki bir nefsi koruma emridir- hem topluluğa karşı –çünkü hukukun kendini kabul ettirebilmesi için bu direniş evrensel olmak zorundadır.*

*Rudolf Von Jhering,  
Hukuk İçin Savaş (1872).*

### I. GİRİŞ:

#### Prometheus'u Zincirlerinden Kurtarmak

Hukuk felsefesini, hem onu yalnızca –soyut bir kanun metni ve kuram çeşitlemesi olarak final sınavlarında tekrarlanması için ezberlenecek bir

başka bilgi konusu olmaya indirgeyen-geleneksel hukuk eğitiminin; hem de avukat, yargıç, hatta yasa koyucu gibi bir hukuk teknisyeni ya da uygulayıcısı için ona yalnızca tümü ile anlamsız, yararsız ve değersiz, kıyıda köşede rol biçen hukuk mesleğinin zincirlerinden kurtarmak; bu alanı ders programlarının önemli ve gelişimi biçimlendirici bir bölümü olarak ele almayı ve her anlamda ciddi, yararlı ve değerli bir merkezi konu olarak maruz kaldığı haksızlığı telafi etmeyi gerektirir<sup>(1)</sup>. Benim fikrime göre, yalnızca kuramsal bir bakış açısından değil, eleştirel düşünceye, diyalektik ve diyalog-vurgulu araştırmaya ve yine problem çözme yönelimi ve benzeri yaklaşımlara, salt ezberlemekten daha fazla önem vererek, hukuk

felsefesini aynı zamanda pratik bir açıdan da öğretmeliyiz.<sup>(2)</sup>

Bu nedenle, hukuk felsefesi öğretmek için uygun metotları; ders anlatma ve olay örgüleri sistemlerinin ötesinde tartışmaya ve aynı zamanda öğrenilmesi ve ezberlenmesi zorunlu olan salt soyut ve genel bilgisel kuramlardan öte, daha somut ele alınan, tartışılan ve çözülen (halledilen ve karara bağlanan) belli temel sorunlara geçmeye gereksinimimiz var. Bu anlamda hukuk felsefesi için savaşım; Rudolf von JHERING'in, 1872'de, *Der Kampf ums Recht* (yani *Hukuk İçin Savaş*) yayınladığında öngördüğüne ve 1906'da Herman Kantorowicz'in –Gnaeus Flavius müstear adı altında– *Der Kampf um die Rechtswissenschaft: Hukuk Bilimi İçin Savaş* ("Hukuk Biliminin Kurtuluşu İçin Mücadele") olarak da bilinir) yayınladığında bulunduğu kehanete paralel bir fikirdir.<sup>(3)</sup>

Jhering; *Begriffsjurisprudenz* (yani "Kavramlar İçtihadı) anlayışını terk ederek hukukun soyut kavramlardan çıkan kurallardan oluştuğu fikrini reddetmiş ve hukukun varlıksal niteliğinin bir mücadele –ulusların, devlet iktidarının, sınıfların ve bireylerin mücadelesi– olduğunu ifade etmiştir. Yaşamın koşulları değiştikçe, insanlar hukuksal sistemde değişiklikler talep ederler; fakat bu değişiklikler ancak kabul etmek ve direnmek, itaat etmek ya da etme-

mek, tanımak ya da reddetmek konusundaki şiddetli çarpışmalardan sonra vücuda gelir. Bir haksızlığa maruz kaldığını hisseden bireyler, hukuksal telafi talep ederler ve onların tam da bu telafi istekleri, eğer sonuçta başarılı olmuşsa, yeni hukuksal hakların kurulmasına neden olur. Müellifin bu fikrinin temelinde, –toplumsal adalete ulaşma aracı olarak- hukuk yapma- ve aynı koşullar altında hukuk felsefesi yapmaya teşvik vardır.

Öte yandan, Kantorowicz; *Freirechtsbewegung* (yani "Özgür Hukuk Hareketi")'ni destekleyerek; hukuk bilimini, her türlü somut ya da olası sorunu çözmeye ehil olduğu yolundaki kuramsal olsun pratik olsun, başka hiçbir bilimin kabul etmediği ya da edemeyeceği- dogmatik varsayımından kurtarma davasına yeni savaşçılar katmıştır. Onun manifestosu, yalnızca böyle bir dogmatizmi ve karmaşık soruların tüm yanıtlarını önceden bulmuş olma varsayımının geride bırakılması gereğini savunmakla kalmayıp, aynı zamanda hukuk biliminin –hale göre hukuk felsefesinin– hem kuramsal hem pratik sorularının –çözümü için ileriye bakılması gerektiği yolundadır.

Böylece, aşağıdaki iki bölümde, hukuk eğitimi bakımından hukuk felsefesinin önemini incelemek amacıyla, şu noktaları çözümlenmek istiyorum: 1) kuram ve uygulama yöntemleri dizge-

(\*) Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) (i.e. Legal Research Institute, National Autonomous University of Mexico) -ÇN: Hukuk Araştırmaları Enstitüsü (IIJ), Meksika Ulusal Özerk Üniversitesi- E-mail: imer@servidor.unam.mx. Yazar, Brian BURGE-LENDRIX, Keith CULYER, Conrado Hübner MENDES ve Polonya'nın Krakow kentinde düzenlenen XXIII. İVR Dünya 21. Yüzyılda Hukuk ve Hukuksal Kültürler: Çeşitlilik ve Birlik Kongresi'ndeki "Hukuk Felsefesi Eğitiminde Alternatif Metotlar" (ve Hukuk Eğitiminde Hukuk Felsefesinin Önemli) konulu özel atölye çalışmasının diğer katılımcılarına müteşekkirdir.

(\*\*) Yard. Doç., Dr. Avukat

(1) Vid. Imer B. FLORES, "Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho: Enseñar a pensar y a repensar el derecho", *Cauce. Expresión de los Estudiantes de la Facultad de Derecho UNAM*, Año II, Nos. 3-7, enero-septiembre, 2003, pp. 30-38. "Langdell v. Holmes: On Legal Education - and the Legal Profession", *De Legibus. Review of the Harvard Law School Association of Mexico*, Year III, No. 3, 2004, pp. 13-42. (Published electronically in: *Mexican Law Review*, No. 4, July-December, 2007: <http://info8.juridicas.unam.mx/cont/4/arc/arc2.htm>). "Prometeo (des)encadenado: La enseñanza del derecho y los estudios de posgrado", *Cultura y derecho*, Nos. 14-15, mayo-diciembre, 2004, pp. 93-123. (Gözden geçirilmiş bir versiyon da vardır: "Prometeo (des)encadenado: La enseñanza del derecho en México", *Academia. Revista sobre Enseñanza del derecho*, Año 4, No. 7, 2006, pp. 51-81.) "Protágoras vis-à-vis Sócrates: Los métodos de enseñanza-aprendizaje del derecho", in José María SERNA DE LA GARZA (ed.), *Metodología del Derecho Comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005, pp. 125-151.

(2) Cf. Brian H. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 3: "Bu kitabın yazarının bir amacı da (yani Hukuk Bilimi: Kuram ve Uygulama) hukuku köri köüne ezberlenen bir başka etkinlik olarak görme eğilimine karşı çıkmaktır. Hukuk öğrencileri için bu alandaki önde gelen yazarları kanun metninin doktrinal bir çeşitlemesi olarak görmek cazip gelir; yani fikirler, görüşler ve argümanlar, final sınavında tekrar hatıra gelsin diye ezberlenmek istenir."

(3) Vid. Rudolf von JHERING, *The Struggle for Law*, trans. John Lalor, New Jersey, The Law Book Exchange Ltd., 1997. (Published originally in English: 1915.) (İspanyolca bir versiyon da vardır: *La lucha por el derecho*, trans. Adolfo Posada y Biseca, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1921; ve bir de yeniden baskı: México, Porrúa, 1982.) Hermann KANTOROWICZ, "La lucha por la ciencia del derecho", trans. Werner Calkschmidt, in Friedrich Karl von SAVIGNY et al., *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, 323-373.

sinin birbirinden farkını ortaya koyabilmek için kuram ve uygulama arasındaki bağlantıyı -kuramsal müellif ve uygulamacı meslek insanının amaçlarını vurgulayarak, tabii doğru anlaşılırsa her ikisi de bir ve aynıdır- çözümlenmek; ve 2) yalnızca bir yanda bir bilim olarak hukuk felsefesinin amaçları, öte yanda bir teknik olarak uygulamalı hukuk felsefesini vurgulayan her iki tür sorun arasında ayırım yapmak için değil, aynı zamanda "sorunsallara yönelim" olarak kabul ettiğim fikri ortaya atmak için; kuram ve uygulama yöntemleri arasındaki karşılıklı ilişkiyi çözümlenmek.

Son bölümde ise, hukuk felsefesi eğitiminde alternatif yöntemleri ortaya koymak amacıyla, olay örgülerini ve problemleri de kapsayan derslerle ve seminerlerle, okumalarla ve materyellerle ve aynı zamanda hukuk ve edebiyat hareketinden ödünç alınan örneklerle hukuk eğitimi ve hukuku öğretmek ve öğrenmek yolunda kullandığım kendi birleşik-bütünsel modelimi ortaya koyacağım.

*Kuram ne kadar karmaşık olursa olsun, kuram ve uygulama arasında birinden diğerine bağlantı ya da geçiş sağlayan bir orta terim bulunmak zorundadır.*

*Immanuel Kant,  
Über den Gemeinspruch: Kuramsal  
Olarak Doğru Olabilir Ama  
Uygulamaya Bir Yararı Yok (1793)*

## II. YÖNTEMLER: Langdell ve Holmes

Harvard Hukuk Fakültesi'nin eski bir öğrencisi ve profesörü olan Yüksek Yargıç Felix Frankfurter şu fikri ortaya atmıştır: "Netice itibarı ile hukuk, hukukçular ne ise odur. Ve hukuk ve hukukçular, hukuk fakülteleri onları ne yapıyorsa odurlar."<sup>11</sup> Bununla birlikte, kuramın sunduğu ile uygulamanın talep ettiği arasındaki artan mesafe yüzünden (yüksek) öğrenimin bir kriz içinde bulunduğu herkes tarafından bilinmektedir. Ve bu krizin hem yenilikçi hem de muhafazakar ülkeleri, kamusal ve özel kurumları, doğal ve sosyal bilimleri aynı biçimde etkilediği de söylenmektedir. Paralel olarak, Meksika'da -ya da bir başka yerde- hukuk öğrenimi de krize girmiş görünmektedir: Hukuk fakülteleri ve hukukçular ve yine diğer hukuk uygulayıcıları ve kuramcılar da birbirlerinden ayrılmış, ya da en azından ayrılma yolunda görünmektedir.

Felaketler ve acil durumlardan, ölümcüllük ve zaruretler değil de, nasıl fırsatlar ve olanaklar doğduğunu açıklamak için Yargıç Harry T. Edwards'ın Amerika Birleşik Devletleri'nde "hukuk öğrenimi ile hukuk mesleği arasındaki büyüyen ayrılık"tan duyduğu endişeyi -birkaç sempozyum için hazırladığı metinleri de sonuna eklediği aynı adlı makalesinde- dile getirerek

başlattığı sinerjiye dikkatinizi çekmek isterim.<sup>12</sup>

Açıktır göze çarpan farklılıklara karşın, hukuk öğrenimi ile hukuk mesleği arasındaki mesafenin durumu çoğu ülkede de birbirine benzer: özellikle, yalnızca kuram ve pratik arasındaki ayrılık açısından değil, aynı zamanda etik bir uygulamanın olmaması açısından da. Örneğin, yakın geçmişte, Harvard Hukuk Fakültesi'nin Dekanı Elena Kagan yönetimini bu tip bir girişime soktu.<sup>13</sup> Bununla birlikte, dikkatli de olmak gerekir. Professor James Boyd White'a göre "ilgili ayırım çizgisi «kuramsal» olanla «uygulamalı» olan arasında değil, avukatların ve yargıçların icra ettiği işe saygı duyan çalışmalarla, bu saygıyı duymayan çalışmalar arasında" White'ın kısaca savladığı nokta şudur: "kuramsal" olan ile "uygulama" karşılığı... yanıtıcı bir düşüncedir.<sup>14</sup>

Yazar, kuram ya da uygulamayı gözardı edenlere karşı şüpheli olmamız gerektiği konusunda sonuna kadar haklıdır. Çünkü bu ikisi birbirlerine bağlı olduklarına göre, birini önemsememek diğerini de hiçe saymak demek olur. Oysa, karşılıklı menfaatlerin gözetilmesinde ve bir yanda, avukatların, yargıçların ve hukuk uygulayıcılarının icra ettikleri işlere, öte yanda müelliflerin, öğrencilerin ve diğer hukuk kuramcılarının ortaya koyduklarına saygı

duyulması konusunda ısrar etmek zorundayız. Netice itibarı ile, döner kapı mecazındaki gibi, bir kimsenin her zaman bir yanda ya da diğer yanda olabileceği gerçeği karşısında her iki tarafı da birbirine bağlayan bir köprünün varolduğu bellidir. Sorun, o köprünün bazen yıkılıp ya da döner kapının sıkışıp kulp, uygulamadan uzak kuramcı ile kuramdan uzak uygulamacıyı iletişimsiz bırakması sorunudur. Hukuk fakülteleri ile hukuksal arenalar ya da uygulama ortamları arasındaki bağlantıyı yeniden inşa etmek zorunlu hale gelmiştir. Biraz farklı terimlerle ifade etmek gerekirse, kuram ve uygulama arasındaki bağı "uygulamacı kuramcı"yı ve "kuramcı uygulamacı"yı, birbirlerine, bir ve aynı olarak, yeniden kenetlenmelerini sağlama yolunda yeniden bağlamak gereklidir.

Bu anlamda, kuram ve uygulamanın somut olarak karşılaştığı bir ortam olan hukuk fakültelerine dönmek istiyorum. Hukuk fakültelerinde öğrenim gören her öğrencide geleceğin yargıçlarını, avukatlarını, yasa koyucularını, hukuk uzmanı ya da uygulayıcılarını görebiliriz ve her kuramcıda geçmiş -hatta halihazırdaki- bir yargıcı, avukatı, yasa koyucuyu, hukuk uzman ve uygulayıcısını bulabiliriz.<sup>15</sup> Hukuk eğitimini çözümlerken, genel olarak sorulması gereken birbirlerinden farklı

(11) ÇN: Yazar "problematic turn" terimini kullanmıştır. Bu çerçevede, hukukun temel sorunsallarını ele almaya, kavramayı, tartışmayı, öğretmeyi vs. yaklaşımına değinildiği, onları savunduğu düşünülebilir. Makalede özellikle karşı ikiliklerle ifade edilen pek çok soruna değinildiği görülmektedir: Kuram-uygulama çalışması-uzlaşımabilirliği; hukuk-ahlak, mantık-deneyim, formalist pozitivizm-empirizm, kuramcı-uygulamacı gibi.

(12) Letter from Felix Frankfurter (Professor, Harvard Law School) to Mr. Rosenwald (May 13, 1927), quoted in Harry T. EDWARDS, "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession", Michigan Law Review, Vol. 91, No. 1, October, 1992, p. 34-78.

(13) Vid. Harry T. EDWARDS, "The Growing Disjunction...", cit. note 4, pp. 34; "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession: A Postscript", Michigan Law Review, Vol. 91, No. 8, August, 1993, pp. 2191-2219; and, "Another 'Postscript' to <<The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession>>", Washington Law Review, Vol. 69, No. 3, July, 1994, pp. 561-572. ÇN: Imer B. FLORES, "Langdell v. Holmes...", cit. note 1, pp. 13-20. Vid. also "Symposium: Legal Education", Michigan Law Review, Vol. 91, No. 8, August, 1993, pp. 1921-2219; and "Symposium: The 21st Century Lawyer. Is There a Gap To Be Narrowed?", Washington Law Review, Vol. 69, No. 3, July, 1994, pp. 505-678.

(14) ÇN: Elena KAGAN, "Connecting to Practice", Harvard Law Bulletin: "Managing the Profession. The World of Law School and the World of Practice are about to Get Closer", Fall, 2006, p. 2.

(15) James Boyd WHITE, "Law Teachers' Writing", Michigan Law Review, Vol. 91, No. 8, August, 1993, p. 1970.

(16) İd.: "Pratik ve öğrenimi gerçekten biraraya getirdiği hukuk fakültesinin asıl misyonu: geleceğin hukukçularını eğitmektir."

ama birbirleri ile karşılıklı bağlantı içinde bulunan üç soru bulunmaktadır: 1) Ne öğretmeli-öğrenmeli?; 2) Nasıl öğretmeli-öğrenmeli?; ve 3) Niye öğretmeli-öğrenmeli?

“Nerede” ve “ne zaman” sorularının hukuk fakülteleri lehine, “salt teknik olmayan ve sürekli hukuk öğrenimi” ve “geçici olmayan sürekli” biçiminde yanıtlanabileceğinin ortada olmasına karşın, “ne, nasıl ve neden öğretmeli-öğrenmeli” sorularının henüz açıklığa kavuşmadığı söylenebilir. Çünkü bu sorular, birbirlerini biçimleyen sürekli bir değişim döngüsü içindedirler. Bunun ötesinde, “world wide web” ya da “internet”; genel olarak hukuku, özel olarak da hukuk felsefesini “nerede ve ne zaman öğretmeli-öğrenmeli” soruları konusundaki olanakları ve potansiyelleri bakımından şüphesiz genişletmiştir: Her yerde ve her zaman.<sup>10</sup>

### 1. Neden öğretmeli-öğrenmeli?

Neden öğretmeli-öğrenmeli sorusu, kolaylıkla, “ne için ve hangi amaç için” sorularına çevrilebilir. Bu soruya verilecek net yanıt, “bir yanda hukuk uygulayıcılarını, öte yanda modern karmaşık küresel toplumumuzun gereksinim duyduğu hukuk kuramcılarını, yani profesörleri ve araştırmacıları

eğitmek için” yanıtıdır. Bununla birlikte, kaliteli ve liberal bir meslek olarak kabul edilen hukuk mesleği, daha demokratik ve artan kamusal menfaat ve sosyal işlevleri, pro hono,<sup>11</sup> işlevleri nedeniyle yurttaşlara yönelik bir hale gelmiştir ve en azından gelmek zorundadır.<sup>12</sup>

Eğitim etkinliği, yalnızca bilgi almakla değil, aynı zamanda formasyon ile ilgili olduğu için, geleceğin hukuk uygulayıcılarının ve kuramcılarının; bilgilerini, meslekleri ya da bilimleriyle ilgili problemleri çözmek yolunda analitik ve eleştirel olarak kullanmalarını sağlar. Bununla birlikte hukuk eğitimi ve öğretiminde iki temel yön bulunmaktadır: 1) Uygulamalı yön; hukuk mesleğinin hedeflerinin güncelleştirilmesine ve ana amaç olarak ihtimal dahilinde gerçekleşmesi mümkün hedeflere yönelmek ve 2) Kuramsal yön hukuk biliminin amaçlarının gerçekleştirilmesine yönelmek.

Bu makalenin çerçevesi içinde, Yüksek Yargıç Oliver Wendell Holmes Jr. ve Dekan Christopher Columbus Langdell’in fikirlerine de değinmek istiyorum; çünkü onlar hukuk mesleği ve hukuk biliminin kuramsal uygulamacı ve uygulamacı kuramcılarının iki önemli temsilcisidirler.<sup>13</sup>

(9) Bir başka yerde, bu problemleri genel olarak hukukla ilgili olarak ele aldım, bu makalenin takip eden bölümünde özellikle hukuk felsefesi ile ilgili olarak ele alacağım. Vid. “Langdell v. Holmes: On Legal Education...”, cit. note 1, pp. 20-39.

(10) Öğretmek-öğrenmek ilişkisinde, ikinci unsur –tanımlayıcı ve daha güçlü bir unsur olarak– sözel önceliğe sahiptir: Öğrenmeden bağımsız, hatta öğretme söz konusu olmasa da daha önemli unsur, öğrenmektir. Vid. İmer B. FLORES, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho...”, cit. note 1, pp. 31-32; and, “Protágoras vis-à-vis Sócrates...”, cit. note 1, p. 28.

(2\*) ÇN: Kamu yararına.

(11) Cfr. Harold LASSWELL and Myres MCDUGAL, “Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest”, Yale Law Journal, Vol. 52, No. 2, March, 1943, pp. 203-295, and William AYERS, Jean Ann HUNT and Therese QUINN (eds.), Teaching for Social Justice. A Democracy and Education Reader, New York, The New Press and Teachers College Press, 1998.

(12) Bir başka çalışmada, ilk yazarı PROTÁGORAS –hatta Çiçero– ile özdeşleştirdim ve ikincisini de SOKRAT’a. Vid. İmer B. FLORES, “Protágoras vis-à-vis Sócrates...”, cit. note 1, p. 136.

Karl N. Llewellyn’in sözleri ile ifade etmek gerekirse: “Teknik beceri, sadece bir temel değil zorunlu bir temeldir.<sup>14</sup>” Bunun ötesinde, hukuk fakülteleri mesleki okullar oldukları, salt teknik okul olmadıkları için, onların kuramsal bilgiye de odaklanmaları gereklidir. Daha önce de işaret ettiğimiz gibi, ne sadece bilimin, bilimsel ve kuramsal amaçlarına ne de sadece mesleğin uygulama amaçlarına odaklanabilirler. Fakülteler, diğer amaçları bir yana, uygulama ve kuramsal amaçları, özel ve genel hedefleri bir arada kombine etmek zorundadırlar.<sup>15</sup> Bu anlamda, her iki konu arasındaki bağlantıyı sağlamak üzere hukuk felsefesini öğretmek-öğrenmek gerekmektedir.

### 2. Nasıl öğretmeli-öğrenmeli?

Hukuk öğretiminin geleneksel yöntemi, hukuk felsefesi de dahil olmak üzere, Meksika’da ve tahminen tüm Latin Amerika ve Kıta Avrupası ülkelerinde temel olarak ders verme sistemine dayanır. Bu sistem, bir konunun ya da bir dizi konunun dersliklerde profesör tarafından sunumu ve öğrenciler tarafından da edilgen olarak dinlenmesi biçimindedir. Öğrencinin ödevleri, okumak –ya da daha doğru bir ifade ile ders kitabını takip etmek, hocanın “parlak” sunumunun notlarını tutmaktan ibaretken; hocanın, öğrencinin sorularını yanıtlaması ve şüphelerini gidermesi yolunda –aşlında görevi olması gereken– isteğince bağlı bir ayrıcalığı vardır.

Geleneksel yöntemi eleştirirken, burada bilginin sadece profesöre mah-

sus olduğuna ve sonuçta öğretme ve öğrenme sürecinin gerçek bir diyalog değil, bir monolog olduğuna işaret etmek isterim. Buna ek olarak, hukuk fakültelerinin uygulamayı değil, kuramı öğretmesi gerektiği yolunda da güçlü bir yanlış-inanış mevcuttur. Bu inanış fakültelerin deneyimi öğretmeyeceği, çünkü deneyimin yalnızca “gerçek” yaşamda öğrenildiği –ve öğrenilebileceği– yolundadır. Bununla beraber, daha önce iddia ettiğimiz gibi, Dekan Roscoe Pound’un, önerisine de uygun olarak hem “kitaplardaki hukuku” hem de “yaşayan hukuku” öğretmek önemlidir.<sup>16</sup>

Meksika’da profesyonel hukuk kuramcılarının, özellikle “uygulamacı kuramcılarının” azlığına karşın, ne büyük şanstır ki, hukuk fakülteleri hukuk uygulayıcıları, yani özellikle sadece kitaplardaki hukuku değil, yaşayan hukuku da öğreten “kuramcı uygulamacılarla” doludur. Bununla birlikte, onlar dahi, hukuku, teknik ve uygulamalı bilgi ile tamamlamak yerine, sadece bilimsel ve kuramsal açıdan öğretmeye eğilim göstermektedirler.

Herşeye karşın, geleneksel yöntemleri çağdaş zamanlara uyarlamak gerekmektedir. Bu çerçevede ilk akla gelen çözüm yolu, hukukçuların ve meslek insanlarının problem çözme yeteneklerini geliştirmek için, kuramın yerini alsın diye değil, kuramı tamamlasın diye kurpratik metodunu benimsemek ve uyarlamaktır. Çünkü bu yol, mücadele ettiğimiz sorunları telafi etme yolu olarak akla gelmektedir. Kur-

(13) Karl N. LLEWELLYN, Jurisprudence: Realism in Theory and Practice, Chicago, The University of Chicago Press, 1962, p. 367.

(14) Cfr. Charles EISENMANN, Law, The University Teaching of Social Sciences, Paris, UNESCO, 1973, pp. 17-55.

(15) Vid. Roscoe POUND, “Law in Books and Law in Action”, American Law Review, Vol. 44, 1910, pp. 12-36.

pratiğin, çoğu dersi öğretmek için genel bir kural olduğu Amerika Birleşik Devletleri'nde, ders anlatmanın ancak hukuk felsefesi dersleri gibi alanlarda bir istisna olarak uygulandığından söz edilmelidir. Hukuk felsefesi derslerini öğretmek-öğrenmek için kurpratik normal olarak kullanılsa da bu alanın bazı içeriklerini vurgulamak için kullanılabilir. Bunlar ve başka bazı metodlar arasında, örneğin ders anlatmanın içtihad hukuku ile birlikte ve küçük çalışma gruplarına ayrılarak kullandığı İngiltere'deki gibi, bir denge kurmak için hiçbir neden yoktur.<sup>16</sup>

### 3. Ne öğretmeli-öğrenmeli?

Ne öğretmeli-öğrenmeli sorusu ile ilgili olarak, yalnızca "olan" hukuku değil "olması gereken" hukuku da öğretmeliyiz. Bu anlamda, "olması lazım gelen" hukuku ya da "olabilir", "olabilirir", "olmasına izin verilebilecek" hukuku, "olması muhtemel" ya da "olması kuvvetle tavsiye edilebilecek ya da zorunlu kılınabilecek" hukuku da gözardı etmemeliyiz. Bir başka deyişle, hukuk öğretim ve öğrenimini, salt hukuksal formalizm ve pozitivizmle uyumlu biçimsel ve deskriptif<sup>17</sup> açıdan

yürürlükte olan pozitif hukuksal kural-lara indirgemek ne olası ne de arzu edilir bir durumdur. Tam aksine, hukuku, en geniş kapsamında, onun içeriğine eleştirel yaklaşarak, değerlendirici ve normatif-preskriptif açıdan farklı seçenekleri ve geleneksel olmayan kavram açılımlarını ve konstrüksiyonları kullanarak öğretmeli ve öğrenmeliyiz<sup>17</sup>.

Bu bağlamda, temel bir eleştiri de, açıkça mekanik uygulama ve syllogizmin<sup>18</sup> nötrallğine vurgu yaparak analitik, tümdengelimci-tümevarımcı, formal<sup>19</sup> ve rasyonel<sup>20</sup> mantığa karşı yöneltilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde hukuksal biçimselciliğe ilk eleştiri ateşi açan Holmes idi ve onun hedefi Langdell olmuştur. Bununla birlikte, H. L. A. Hart, "İngiliz Gözünden Amerikan Yargısı: Kabus ve İdealist Rüya" adlı ünlü eserinde, şunları söylemiştir:<sup>18</sup>

Holmes, şüphesiz hiçbir zaman [Llewellyn and Frank tarafından savunulan] aşırılığa varmamıştır... Yargıçların belli noktalarda yasa koyduklarını ve koymaları gerektiğini açıklamasına karşın, kanun hukukunun ve ortak hukukun sabit olarak yerleşmiş doktrinlerinin geniş bir bölümü-

nün... yeterince belli olduğunu teslim ederek yargıçı birincil yasa koyucu olarak gösterme fikrini anlamsız bulmuştur. Böylece Holmes'a göre, yargıçın yasa koyma işlevi, boşluk olan noktalardadır. Yani Holmes'un kuramı 'tam gaz ileri, kahrolsun silogizmler'<sup>21</sup> olmamıştır.

Ve yazar aşağıdaki şu sözleri de ifade etmiştir:<sup>19</sup>

Herhangi bir Amerikan yargıcından belki de en yanlış yapılan alıntı Holmes'un 1884 yılında sarfettiği ifadeleridir: 'hukukun varlıksal niteliği mantık değildir: O, her zaman deneyim olmuştur.' Bu fikir, kendi bağlamı içinde, hukukun mahkemelerce uygulandığı biçimiyle tarihsel gelişiminin, onun, ilk zamanlarda, mantuksal olarak içeriğinde bulunan sonuçların uzantısı olarak açıklanabileceği yolundaki rasyonalist batılığa karşı (Holmes'un düşündüğü biçimde) bir protestoydu. Hukukun yargısal değişimi ve gelişimi, -Holmes'un ısrarla vurgulandığı- zamanın 'tespit edilen istisnalarına' yanıt olarak yargıçların 'içgüdüsel seçimleri ve açıklanamayan kamları'nı ifade etmelerinden ibaretti.

Hart, Holmes'un, 'mantığa', en azından 'mantığın aşırı kullanımı ve mantığa aşırı güven' fikrine karşı açık saldırısını küçümsemeye çalışsa da, herkes için Holmes'un çok kereler atıf yapılan "Hukukun varlıksal niteliği mantık olmamıştır: o deneyim olmuştur" sözleri marştan da öte bir hal almıştır.<sup>21</sup> Bununla birlikte bu sözlerin Ortak Hukuk'un 1881'de yayınlanma-

sından önce sarfedildiğini herkes bilmez. Aynı ifadeler, 1880 yılının Ocak ayında, C.C. LANGDELL'in Ana Konuların Özeti ile Birlikte Sözleşmeler Hukukunun Seçme Davaları adlı kitabına yapılan bir eleştiride yer almıştır.<sup>21</sup>

Sayın Langdell'in hukuktaki ideali, tüm çabasının ereği, elegancia juris, ya da sistemin bir sistem olarak mantuksal bütünlüğüdür. Kendisi belki de yaşayan en büyük ilahiyatçıdır. Ancak bir ilahiyatçı olarak, postülatlarından<sup>22</sup> çok, onlardan çıkarılan sonuçların birbirleriyle uyumlu olduğunu göstermekle ilgilenmektedir... tamamen şeylerin birbirleriyle biçimsel bağlanmaları ile ilgilidir, ya da mantıkla, mantığın içeriğini oluşturan seziler ve işte hukukun maddi içeriğini oluşturan o sezilerden bağımsız bir mantıkla. Hukukun varlıksal niteliği mantık olmamıştır, deneyim olmuştur. Hukuk çerçevesinde meydana gelen her yeniliğin tohumu, hissedilen bir zaruret olmuştur. Her şeyi mantıksal bir zaman ardışıklığına indirgeyen akıl yürütmelerle süreklilik hali korunmuştur; fakat o hal, yeni konunun geleneksel beklentilere uymak ve kendini kabul ettirmek için giydiği bir gece kıyafetinden başka bir şey değildir. Önemli olan olgu, bu mantığın altında bir insanın olduğudur, bir kararın adil ve makul oluşudur, yoksa daha önce kabul edilen fi-kirlere uygunluğu değil.

Bu noktada, tümcenin etkisini yumuşatmak için ona bir nüans katmak zorunludur. Benim hissime göre, bu sözler, geleneksel mantığa, açıkça ana-

(16) Vid. Jerome HALL, "Teaching Law by Case Method and Lecture" (paper presented at the annual meeting of the Society of Public Teachers of Law in Edinburgh, July 15, 1955). Vid. also Charles EISENMANN, Law... cit. note 14, pp. 144-152.

(3\*) ÇN: Botimsel, tasviri.

(17) Vid. Imer B. FLORES, "La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXX, No. 90, septiembre-diciembre, 1997, pp. 1001-1036. "El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho", in La ciencia del derecho durante el siglo XX, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 999-1027.

(14\*) ÇN: Akıl yürütme, usavurma, usamlama. Felsefele, iki önermesi ve bir sonucu bulunan ve genellikle tümdengimsel olan bir argüman. Yargı bildiren bu iki önermeden en az birisi evrenseldir ve sonuç, ilk iki önermeden zorunlu olarak çıkar. Üç temel usamlama biçimi vardır: Kategorik, Seçenekli, Varsayımsal.

(5\*) ÇN: Biçimsel.

(6\*) ÇN: Akılcı.

(18) H.L.A. HART, "American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream" in Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 128. (There is version in Spanish: "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", trans. José Juan Moreso and Pablo Eugenio Navarro, in Pompeu CASANOVAS y José Juan MORESO (eds.), El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo, Barcelona, Crítica, 1994, p. 332.)

(7\*) ÇN: Usamlamalar.

(19) Ibid., pp. 129-30. (Ibid., p. 333.)

(20) Oliver Wendell HOLMES Jr., The Common Law, New York, Dover, 1991, p. 1. (Published originally: 1881.)

(21) Oliver Wendell HOLMES Jr., "Book Notices", American Law Review, Vol. 14, January, 1880, p. 234.

(8\*) ÇN: Latince kökenli Postulat terimi, belirli bir kanıtama yolunun öngörçlüğüne tanınması halinde zorunlu olarak kabul edilmesi gereken bir savı anlatır; kazıye, sayılı, temel kabul; bir tanıtlamada kabul edilmesi gereken ön gerçek.

litik, tümdengelimci-tümevarımcı, biçimsel ve akılcı mantığa doğrudan bir meydan okumadır; fakat burada, hiçbir biçimde mantığın kullanımının ortadan kaldırılması, açıkça diyalektik, abdüktif<sup>10\*</sup>-substractive<sup>10\*</sup> informal ve makul mantığın ortadan kaldırılması savunulmamıştır. Kitabın daha sonraki satırlarında Holmes'un şu açıklamalarına dikkati çekmek istiyorum: "Bu kitabın amacı, Ortak Hukukun genel bir görüntümünü ortaya koymaktır. Mantığın dışında, diğer araçlara da gereksinim duyulduğu fikrini tamamlamaktır. Bir sistemin kendi içinde tutarlı olabilmesinin belirli bir sonuca yönelmeyi gerektirdiğini, ancak bunun her şey olmadığını göstermeyi amaçlamaktır." Ek olarak da aşağıdaki ifadelerle yer verilmiştir:<sup>22</sup>

Zamanın tespit edilen zaruretleri, genel geçer ahlaki ve siyasal kuramlar, doğru kabul edilen ya da bilinçaltından kaynaklanan kamusal siyasal sezgiler, hatta yurttaşların, yargıçların da benimsediği önyargılar, insanların tabi olacağı kuralların ne olduğunu belirlemede uslamamalarından daha önemli yer tutarlar. Hukuk, bir ulusun yüzyıllar boyunca geçirdiği gelişimleri bünyesinde barındırır, ve o bir matematik kitabının aksiyom ve çözümleri gibi değer-

lendirilemez. Hukukun ne olduğunu bilmek için onun ne olmuş olduğunu ve ne olmaya doğru yol aldığını bilmemiz gerekmektedir.

Gerçekten Holmes 1897 tarihli çığır açan "Hukukun Yolu" eserinde şu eleştirileri getirmiştir: "Asıl mantıksızlık... hukukun gelişiminde rol oynayan tek etkenin mantık olduğu fikridir."<sup>23</sup> Böylece, Holmes, geleneksel mantığın önemli yerini ve rolünü teslim etse de, eleştirel-şüpheli biçimde, mantığın her şey olmadığını savlamaktadır:<sup>24</sup>

Böyle düşünmek tamamen doğaldır. Hukukçuların eğitimi, mantık eğitimidir. Kıyas süreçleri, ayırmak ve çıkarsamak onların kendilerini en rahat hissettikleri süreçlerdir. Yargısal kararların dili, büyük ölçüde, mantığın dilidir. Ve mantıksal yöntem ve biçim, kesinlik özlemi ve güven havası verir. Fakat kesinlik genelde bir yanılsamadan başka bir şey değildir ve güven insanın yazgısı değildir. Mantıksal yöntemin altında, yasal temellerin görece değeri ve önemi ile ilgili birbirleri ile rekabet halindeki yargılar yatar; bu yargılar sıklıkla açık olmayan ve bilinçaltından kaynaklanan yargılardır, bu durum tüm yargısal süreçlerin gerçek kökeni ve itici gücü olarak doğrudur. Vardığımız her sonuca mantıksal bir çerçeve verebilirsiniz.

Benzer biçimde, "Bilimde Hukuk ve Hukukta Bilim" adlı konuşmasında Holmes aşağıdaki ifadelerde bulunmuştur:<sup>25</sup>

Kimi zaman hukuk fakültelerinin öğrencilerde mantıksal yöntemle birleşmiş bir heyecan yaratmayı hedeflediklerini söylüyorum. Bu durum, postulatların, değerleri ile ilgili olarak bir sorgulamayı içermeden doğru kabul edildikleri ve sonra da mantığın, sonuçları ortaya koymak için tek yöntem olarak kullanılması demektir. Bir dogmanın öğretilmesi için gerekli bir yöntemdir. Ancak hukuk devletinin gerçek meşruiyeti söz konusu olduğunda, eğer öyle bir şey olacaksa, arzu ettiğimiz toplumsal amacı gerçekleştirmeye yardım edecektir. Öyle ise yasa koyucular ve yasaları uygulayanların kafalarında bu hedefler hakkında net fikirlerin olması gerekir.

Gerçekten, Julius Cohen'in yorumladığı gibi, Holmes'un "mantık" ve "deneyim" arasındaki dengesizliğe karşı yönelttiği eleştiriler, "mantığın, hukukun gelişiminde hiçbir yeri olmadığı fikrini desteklemez... Bu fikre göre yanlış olan, hukuku yalnızca tümdengelimli mantığın bir uygulaması olarak görmektir... <aslında> Holmes'un hukuk düşüncesine yaptığı pek

çok önemli temel katkı, hukuksal doktrinler hakkındaki keskin mantıksal çözümler de olmuştur."<sup>26</sup>

Özünde Holmes diğer ucu da onaylamamıştır; yani hukukun gelişimindeki tek etkili gücün tarih ve gelenek olduğu yanlış kanısını: "Her yerde ilkenin temeli gelenektir, öyle ki tarihin rolünü gerçekte olduğundan daha büyük kılma tehlikesi içindeyiz."<sup>27</sup> Bu düşünceye paralel olarak da şu tavsiyede bulunmuştur:

Konunuz hakkında özgür bir fikir edinmenin yolu, bir başka şey okumak değildir, konunun kendi özüne inmektir. Bunu başarmanın aracı, ilk elde, en geniş genellemeleri içinde varolan dogmayı yargı kararları yardımıyla izlemek; daha sonra varolduğu hale nasıl geldiğini tarihin yardımı ile keşfetmek, ve neticede de, mümkün mertebe, belirli kuralların ereklarini, o erekların neden arzu edildiğini, o ereklere varmak için nelerden vazgeçildiğini ve tüm bunlara değip değmediğini düşünmek gereklidir.

Bu bütünsel tamamlayıcılık fikri, Pound'un "Hukuku Deneyim ve Akıl Yoluyla Bulmak" eserinde de vardır. Bu eserin giriş sözlerinde yazar; üçyüz yıl önce, Court of Common Pleas<sup>11\*</sup>'in

(9\*) ÇN: Ters-tümdengelimci çıkarım. Bu çıkarıma, tüm mantıksal düşüncenin ilk aşaması olarak görünmektedir. Bu çerçevede, önce belirli bir somut olgu, gözlem ve verili bilgiler dikkate alınır. Sonra bunların açıklanması için akla gelen, diğerlerinden daha etkili olduğu düşünülen, bir hipotez kurulur ve bu hipotezin muhtemelen doğru olduğu kabul edilir. Örneğin, hasta belirli davranışlar ve tıbbi değerler göstermektedir. Bu davranış ve değerler tablosunu en güçlü gösteren hipotez, Alzheimer hipotezidir. Öyleyse hasta Alzheimer'dir (Bilindiği gibi, Alzheimer hastalığının kesin tanısı ölümünden önce yapılamamaktadır, bu nedenle hastalığa muhtemel (probable) Alzheimer adı verilmektedir.)

(10\*) ÇN: Olay örgüsünün bütününden, uygulanacak normun kapsamına girmeyeceği düşünülen tek tek alt-örgüleri ayırıp çıkarma, eleme; örneğin telif hakkı hukuku ile ilgili bir ihtilafta mahkemenin olayın bütününden öncelikle, telif hakkı korumasına girmeyen durumu ayıklaması (kamuya mal olan bilgiler vs. gibi); hukukta bütünsel ve toplu olarak değerlendirmeye karşı uygulama yaklaşımı olarak kullanılmaktadır.

(22) Oliver Wendell HOLMES Jr., *The Common Law*, cit. note 20, p. 3.

(23) Oliver Wendell HOLMES Jr., "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, Vol. 110, No. 5, March, 1997, p. 997. (Published originally: 1897.) (There is Spanish version: *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1975).

(24) *Ibid.*, p. 998.

(25) Oliver Wendell HOLMES Jr., "Law in Science and Science in Law" in *Collected Legal Papers*, London, Constable and Co., 1920, p. 238.

(26) Julius COHEN, "Justice Brennan's <<Passion>>," *Cardozo Law Review*, Vol. 10, Nos.1&2, October-November, 1988, p. 193.

(27) Oliver Wendell HOLMES Jr., "The Path of the Law", cit. note 23, p. 1003.

(11\*) ÇN: *The Court of Common Pleas, Ortak Hukuk Mahkemesi*, 1873 yılında çıkarılan "Yargı Sistemi Kanunu ile getirilen reformlardan önce (Judicature Act) İngiliz hukuk sisteminde ortak hukuku uygulayan bir mahkemeydi. Bu anlamda, hukuk, ortak hukuk anlamına geliyordu ve "equity", yani ortak ya da yasa hukukunun adaleti gerçekleştirmede eksik kalabildiği durumlarda, onu tamamlayan hakkaniyet hukukundan farklı bir yapıydı. İngiltere'de, 1873'den önce, paralel iki mahkeme sistemi bulunuyordu: Hukuk (ortak ya da yasa hukuku) mahkemeleri yalnızca parasal tazminat ya da mülkiyet hakkı gibi davalara görürken, hakkaniyet mahkemeleri, men' nüdahale gibi davalara bakıyordu. Hukuk ve hakkaniyet arasındaki fark, pek çok temel anayasal ve yasal sorun ve olay örgüleri bakımından oldukça önemli idi. Bununla birlikte, genel olarak, bir taraf, ancak "hukuk"ta bir yol ya da çare bulamaz ise "hakkaniyet" çaresine başvurabiliyordu. Bu durum bugün de geçerlidir.

ve sonra King's Bench<sup>127</sup>'in Baş Yargı-  
cı ve de Sir Francis Bacon'un baş düş-  
manı olan Sir Edward Coke'un savla-  
dığı "Akıl hukukun varlıksal niteliği-  
dir, hayır hayır, ortak hukukun kendisi  
akıldan başka bir şey değildir" sözleri-  
ni hatırlatarak "hukuk yapay bir akıldır":  
akılın yapay olarak, uzun bir çatış-  
ma, gözlem ve deneyim yoluyla mü-  
kemmelleştirilmesidir, yoksa herkesin  
doğal akılı yoktur, çünkü nemo nascitur  
artifex<sup>13</sup>" ifadelerini hatırlatmıştır.<sup>28</sup>  
Gerçekten, "Harvard Hukuk Fakülte-  
si'nin Yüz Yıllık Tarihi" adlı eserde  
büyük olasılıkla Pound tarafından ya-  
zılmış bir bölüme şu notlar düşülmüş-  
tür:<sup>29</sup>

Bununla birlikte, geçen yıllarda açık-  
ça ortaya çıkmıştır ki... hukuk eğitiminin  
kapsamı; basılı eserler, şüphesiz basılı hu-  
kuk kitaplarının ötesine geçmelidir. Hukuk  
su geçirmez bir bilgi bölmesi olmadığına,  
insan yaşamını düzenleyen kurallar sistemi  
olduğuna göre, o kuralların doğruluğu  
mahkemelerin ve yasama meclislerinin  
geçmiş süreçlerinin dışındaki başka ger-  
çekliklerle de sınanmalıdır.

### III. SORUNLAR:

#### Socrates Protagoras'a İstinaden

Jhering ve Kantorowicz tarafın-  
dan sert olarak eleştirilmiş bulunan,

sistematik yaklaşıma öncelik tanıyan  
ve yine hem kuramsal hem pratik kar-  
maşık soruların tüm yanıtlarının çıkar-  
ıldığı bir sistemin yaratılması ve ta-  
mamlanmasını hedefleyen geleneksel  
yaklaşımdan daha sorunlu bir alana ge-  
çebiliriz. Daha özet bir ifade ile, özel  
bir sorunu çözmek için genel sisteme  
odaklanırken, dikkati özel sorunun  
kendisine göstermemek aykırı bir du-  
rumdur. Sorunlu dönüş fikrinin, genel-  
de felsefe, özeldede hukuk felsefesinde;  
özellikle 1911 yılında Paul Nartop'un  
"Felsefe Sorunu ve Sorunları" ve ölü-  
münden sonra yayınlanan "Felsefi Sis-  
tematik" (1958) eserlerinde; bu çerçe-  
vede Hans Kelsen'in de doçentlik tezi  
olarak yayınladığı "Kamu Hukuku Ku-  
ramının Temel Sorunları. Hukuk Ku-  
ralları Kuramından Geliştirilmiş" ese-  
rinde köklerini bulduğunu vurgulamak  
gerekmektedir.

Sorunsallık yaklaşımının Nicolai  
Hartmann'ın "Sistematik Felsefe"<sup>14</sup>  
(1942) adlı eserinden önceki dönemle-  
re ait "Hukuk Gerçeği Sorunu Üstü-  
ne"<sup>15</sup> (1931); "Entelektüel Oluş Üstü-  
ne. Tarih Felsefesi ve Sosyal Bilimle-  
rin Ele Alınması Yolunda Araştırmalar"<sup>16</sup>  
(1933); "Eflatun Felsefesinde  
Apriorizm Problemi"<sup>17</sup> (1935); "Aristo

ve Kavram Sorunu"<sup>18</sup> (1939) adlı eser-  
leri sayesinde popüler hale geldiği akıl-  
da tutulmalıdır. Öte yandan Philipp  
Heck'in "Hukuk Uygulaması Sorunu"  
-Das Problem der Rechtsgewinnung<sup>19</sup>  
(1912) eseri de anılmalıdır. Kelsen, sa-  
dece "Egemenlik Sorunu ve Devletler  
Hukuku Kuramı", "Salt Hukuk Kura-  
mına Katkı"<sup>20</sup> (1920)- ve "Parlamentar-  
izm Sorunu"<sup>21</sup> (1925) eserlerinde de-  
ğil, aynı zamanda "Salt Hukuk Kura-  
mı"<sup>22</sup> eserinin birinci baskısında "Hu-  
kuk Bilimi Sorunsalına Giriş"<sup>23</sup>  
(1934)- alt başlığı altında ve hatta ese-  
rin ikinci baskısında "Bir Ek: Adalet  
Sorunu"<sup>24</sup> (1960)- alt başlığı altında ve  
Erik Wolf "Doğal Hukuk Kuramı So-  
runu"<sup>25</sup> (1955) eserinde aynı meseleyi  
ele almışlardır.

Latin Amerika'da bu yaklaşımın  
öncüleri, Arjantin'de Carlos Cossio ve

Meksika'da Eduardo García Máynez  
olmuştur. Bunların takipçileri, Urugu-  
ay'da Juan LLambías de Azevedo; Ko-  
lombiya'da, Luis E. Nieto Arteta; ve  
yine Meksika'da, Luis Recaséns Sic-  
hes olmuştur. Bir yanda, Cossio, "Üni-  
versite Reformu ve Yeni Kuşak Soru-  
nu"<sup>26</sup> (1927); "Hukuki Normun Eşgü-  
dümü ve Hukukta Neden Sorunu"<sup>27</sup> nu  
(1948) -Kelsen'le "Salt Hukuk Kura-  
mının Seçme Sorunları. Egolojik"<sup>28</sup>  
Kuram ve Salt Kuram"<sup>29</sup> (1952)- şek-  
lindeki görüş alışverişleri- yayınlamış-  
tır; ve -Nartop'un bir dönüm noktası  
olan- eserinden açıkça referans alır bi-  
çimde "Hukukun Egolojik Kuramı:  
Problemi ve Problemleri"<sup>30</sup> ni (1963)  
yayınlamıştır. Öte yandan, García  
 MÁYNEZ, hocası -Hartmann'ı takip  
ederek-"Hukukun Meşru-Geçerliliği-  
nin Felsefi-Hukuksal Temelleri"<sup>31</sup>

(18\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "Aristoteles und das Problem des Begriffs".

(19\*) ÇN: Almanya'da hukuksal metot kuramı, yasanın yorumundan öteye geçer. Metot kuramı, hukuk uygulama-  
ması kuramıdır ki buna zaman zaman "hukuk elde etme, hukuka varma" da (Rechtsgewinnung) denebilir.  
Bunun anlamı, metot kuramında, hukuk kuralları ve yasaların yorumlanmasının yanında, dogmatik gerekçe-  
lendirmelerin yapılarının ve aynı zamanda bu gerekçelendirme yapılarının hukuksal zorunluluklarının da  
araştırıldığıdır. Yapısal hukuk sisteminin (Yapılar İçtihadı: die Konstruktionsjurisprudenz) metot kuramı  
"kavramların parçalarına ayrılması" yoluyla hukuku bulmaya yönelirken, Menfaatler İçtihadı (die  
Interessenjurisprudenz), hukuk uygulamasında, farklı menfaatler arasındaki rekabetin ve çekişmenin yasadaki  
nasıl yankı bulduğunu araştırır. Bu ikinci metotta tarihsel yorum doğal olarak daha fazla önem taşır. Buna  
göre, Menfaatler İçtihadı, kendisinden metodolojik sonuçların çıkarıldığı hukuki-kuramsal bir tasarıdır. Aynı  
durum, yasa koyucunun menfaatler değerlendirmesine vurgu yapıp, çıkarsamalarını yorum için kullanan  
Değerler İçtihadı için de geçerlidir. Her üç içtihad metodunda da norm salt yorumlanmaktan ziyade, hukuk  
"ortaya çıkarılmakta, elde edilmekte, kazanılmaktadır". Gewinnung.

(20\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts.  
Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre".

(21\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "Das Problem des Parlamentarismus".

(22\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "Reine Rechtslehre".

(23\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik".

(24\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "Mit einem anhang: Das Problem der Gerechtigkeit".

(25\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "Das Problem der Naturrechtslehre".

(26\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "La reforma universitaria o el problema de la nueva generación".

(27\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "La coordinación de las normas jurídicas y el problema de la causa en  
el derecho".

(28\*) ÇN: Birinci felsefesinde "Ben", "Benim", "Kendim" perspektifi. Birincil-tekil kişi perspektifi. deneyimlerin  
'benim'selliği. Karşıt kavramı "non-egolojik"dir.

(29\*) ÇN: "Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura".

(30\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "La teoría egológica del derecho: su problema y sus problemas".

(31\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "El problema del fundamento filosófico-jurídico de la validez del dere-  
cho".

(12\*) ÇN: İngiltere'nin tarihi Mahkemelerinden olan Kral ya da Kraliçe Mahkemesi adıyla anılan Queen's Bench  
veya King's Bench bugün İngiltere ve Wales Yüksek Mahkemesi'nin bir dairesidir. Tarihsel olarak karışık  
yetkili, kral ya da kraliçenin saray Danıştay gibi doğmuş, sonraları mahkemleşmiştir. Genelde ceza  
yargılaması yetkisi vardı.

(13\*) ÇN: "Kimse uzran olarak doğmaz."

(28) Edward COKE, Seventh Report, quoted in Roscoe POUND, Law Finding through Experience and Reason,  
Atlanta, University of Georgia Press, 1960, p. 45.

(29) Roscoe POUND quoted in Erwin N. GRISWOLD, "Intellect and Spirit", Harvard Law Review, Vol. 81, No.  
2, December, 1967, p. 295.

(14\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "Systematische Philosophie."

(15\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "Zum Problem der Realitätsgegebenheit."

(16\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "Das Problem des Geistigen seins. Untersuchungen zur Grundlegung  
der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften".

(17\*) ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: "Das Problem des Apriorismus in der Platonischen Philosophie".

(1933); “Moral Özgürlük ve Hartmann’ın Etik Anlayışı”<sup>332</sup> (1943); “Hukukun Tanımı Sorunu”<sup>333</sup> (1954); “Hukuksal Alanda Antinomiler”<sup>334</sup> Problemi Üstüne Bazı Düşünceler”<sup>335</sup> (1963) ve “Objektiflik Problemi ve Değeri”<sup>336</sup> (1969) eserlerini yayınlamıştır.<sup>30</sup>

Sistemlerden çok sorunları—en azından onları tamamen ortaya koymadan ve/veya bütünüyle göstermeden—vurgulayan filozofların listesine gelince, diğerleri bir yana, Lucie Olbrechts-Tyteca ile birlikte on yıl sonra tamamladıkları *Traité de l’argumentation: La nouvelle rhétorique* (1958)<sup>31</sup> önce “Adil Çözüm Problemi”<sup>337</sup> (1948) eserini yayınlamış olan ve toplu makalele-

ri İngilizce’de tam olarak “Hart’ın ‘Giriş’ Bölümü İle Adalet Fikri ve Argüman Problemi” adıyla yayınlanan -The Idea of Justice and the Problem of Argument with an “Introduction by Hart.”-<sup>32</sup> Chaïm Perelman’ı kapsar. Bunun ötesinde, Joseph Raz gibi yazarlar, sistemlerini denetleme süreci içinde hukukun doğası ve onun normatifliği üstüne somut problemler üstünde durmuşlardır.<sup>33</sup>

Sadece Bix,<sup>34</sup> Anthony T. Kronman<sup>35</sup> ve Brian Leiter<sup>36</sup> gibi bazı çağdaş yazarların bu problemlere açıkça değinmesine karşın, büyük bir çoğunluk, HART-DWORKIN tartışması adı verilen tartışmayı takip ederek, sözü edilen

sorunları en azından üstü kapalı olarak ele almışlardır. Aslen, Hart’ın Hukuk Kavramı adlı eseri sorunsallığa yönelimin bir öncüsüdür. Bu eserde yazar—giriş bölümünde işaret ettiği gibi—uzun süreden bu yana çözülmeyi bekleyen problemleri ya da süregelen olarak karşılaşılan ilk üç problemi çözmekte ve bunları birbirlerinden ayırmaktadır; yani “Hukuk tehditlerden cesaret alan düzenlerden nasıl ayrılır ve onlarla ilişkisi nedir? Hukuksal yükümlülüğün ahlaki yükümlülükten farkı ve onunla ilişkisi nedir?” sorularını “daha sonra tüm bunların, hukukun tanımını aramak ya da ‘hukuk nedir?’ sorusunun yanıtını veyahut ‘hukukun tabiatı (veya özü) nedir?’ gibi daha muğlak çerçeveli sorulara yanıt bulmak için sormuştur.”<sup>37</sup>

Dahası, hukuk felsefesinin en çağdaş ve şematik tasviri; onun, orijinal olarak, Paul EDWARDS’ın Felsefe Ansiklopedisi için hazırlanan ve 1983’de yeniden yayınlanan ve aynı zamanda “kahverengi kitap” olarak da bilinen Hukuk Bilimi ve Felsefe “Hukuk Felsefesi Problemleri” eserinde bulunmaktadır.<sup>38</sup> Bu eserin orijinal versiyonu yalnızca iki bölüme ayrılmıştı: İlk bölüm “Tanım ve Analiz Sorunları”nı ele alırken ikinci bölüm “Hukuk Eleştirisinin Sorunları” başlığını taşıyordu ve gözden geçirilmiş versiyon, önceki iki başlığın arasına “Hukuksal Akıl Yürütmenin Problem-

leri” konusunu eklemiştir. En son versiyon:

1) “Tanım ve Analiz Sorunları” başlığı altında, hukukun tanımı sorunları, hukuk, cebir ve ahlak gibi konular bağlamında hukuk yapısının sorunları; ve analiz problemleri, esasen kavramsal analiz konularını içeriyordu;

2) “Hukuksal Akıl Yürütmenin Problemleri”; değişmezlik ve esneklik; yaratma-yasa koyma problemleri ile uygulama-yargılama problemleri; kesinlik ve öngörülebilirlik; hem somut olgular hem de normlar açısından seçim ve takdir problemleri; tek doğru cevap/karar problemleri; ve kanun boşluğunu doldurucu yargısal yasa koyma problemleri konularını kapsıyordu.

3) “Hukuk Eleştirisinin Sorunları” ise, hukukun hedef ve amaçlarının belirlenmesi problemleri; maddi hukuka ilişkin problemler (yani maddi hukukun içeriğine ilişkin sorunlar) ile “usul hukuku”na (yani onun ilkelerine) ilişkin problemler; eşitlik, özgürlük, fayda gibi adalet ve diğer değerlerle ilişkili problemler ile hukuka uyma zorunluluğu problemi gibi konuları içeriyordu.

Sorunsallara yönelimin, salt kavramsal yaklaşımı pratik yaklaşımla bütünselleştirdiğini vurgulamak için, örneğin değişmezlik ve esneklik sorunlarının yalnızca hukuk felsefesi meseleleri olmadığı, aynı zamanda uygulamalı hukuk felsefesi meseleleri olduğu

(32\*)ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: “El problema de la libertad moral en la ética de Hartmann”.

(33\*)ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: “El problema de la definición del derecho”.

(34\*)ÇN: Hepsini açıkça yanlış içermeyen ve makul görünse de, birbirleri ile çelişki oluşturan normlar, ilkeler, uygulamalar.

(35\*)ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: “Algunas consideraciones sobre el problema de las antinomias en el campo jurídico”.

(36\*)ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: “El problema de la objetividad de los valores”.

(30) Vid. Imer B. FLORES, Eduardo García Máynez (1908-1993). Vida y obra, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, p. 153. A couple of these texts were translated into English and one was published originally in German. Cfr. Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, “The Philosophical-Juridical Problem of the Validity of Law”, trans. Milton R. Konvitz et Miguel A. de Capriles, in *Latin-American Legal Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1948, pp. 459-512; “Das Problem der Definition des Rechts”, *Österr. Zeitschrift für Öffentliches Recht*, Band III, Heft 3, 1951, pp. 307-330; and “Some Considerations on the Problem of the Antinomies of Law”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLIX/7, 1963, pp. 1-14.

(31) Vid. Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, trans. J. Wilkinson and P. Weaver, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1969.

(37\*)ÇN: Yazarın ifade ettiği özgün adı: “Le problème du bon choix”.

(32) Vid. Chaïm PERELMAN, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963.

(33) Vid. Joseph RAZ, “The Problem about the Nature of Law”, *Contemporary Philosophy: A New Survey*, Vol. 3, 1983, p. 107; and *University of Western Ontario Law Review*, Vol. 21, 1983, pp. 203-218. (Reprinted in *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 195-209.) (İspanyolca bir versiyonu da vardır: “El problema de la naturaleza del derecho”, trans. Rolando Tamayo y Salmorán, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 3, octubre, 1995, pp. 131-151.) Vid. also *Practical Reason and Norms*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 170: “Hukukun normatifliği sorunu, hukuku ya da hukuksal durumları tasvir ederken normatif dilin kullanılmasının açıklanması sorunudur.”

(34) Vid. Brian H. BIX, “Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?”, *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 3, September, 2003, pp. 281-295; and, “Problem: Conceptual Analysis”. (There is Spanish version: “Un problema: análisis conceptual”, trans. Hernán Bouvier, *Discusiones*, Vol. 5, 2005, pp. 197-199.) Vid. also Ira M. ELLMAN, Elizabeth SCOTT, Paul KURTZ, Lois A. WEITHORN, and Brian BIX, *Family Law: Cases, Text, Problems*, 4th ed., LexisNexis, 2004.

(35) Vid. Anthony T. KRONMAN, “The Problem of Judicial Discretion”, *Journal of Legal Education*, Vol.36, No. 4, December, 1986, pp. 481-484.

(36) Vid. Brian LEITER, “Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence”, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 48, 2003, pp. 17-51 (Reprinted with minor changes in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.)

(37) Vid. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 1-17. (There is a second edition “With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz”: 1994, pp. 1-17.) Vid. also Ronald DWORKIN, “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, No. 1, Autumn, 1967, p. 14-46. (Reprinted as “Is Law a System of Rules?” in Robert S. LUMMERS (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1968, pp. 25-60; and as “The Model of Rules I” in *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press and London, Duckworth, 1977. (2nd ed. with “Appendix: Reply to Critics”: 1978.) pp. 14-45.)

(38) Vid. H.L.A. HART, “Problems of the Philosophy of Law” in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit. note 18, pp. 88-119.

hususuna dikkati çekmek istiyorum: Hart'ın kendi ifadelerine göre:<sup>39</sup>

Aslında her sistem, farklı farklı yollarla, iki toplumsal gereksinim arasında uzlaşmaya gider; resmi talimatlara ya da sosyal meseleler konusundaki tahlillere gereksinim duymadan, büyük bir bölümüyle ilgili olarak, bireylerin kendi kendilerini tabi tutabilecekleri güvenle uygulanabilecek kurallara gereksinimi ve somut bir olayla ortaya çıktığında uygun olarak değerlendirilebilecek ve çözülebilecek meseleler konusunda başvurulacak resmi seçimleri açık bırakmak gereksinimi. Bazı hukuk sistemlerinde bazı dönemlerde kesinlik adına çok şeyden fedakarlık yapılmaktadır ve kanunların ya da emsal kararların yargısal yorumu, haddinden fazla biçimseldir ve bu nedenle olay örgüleri arasındaki, ancak sosyal amaçlar ışığında değerlendirildiğinde, farkına varılabilecek benzerlik ve farklılıklara yanıt vermekten uzaktır. Bazı sistemlerde ya da bazı dönemlerde ise, emsal kararlar mahkemeler tarafından sürekli olarak fazla açık uçlu veya yeniden gözden geçirilebilir olarak değerlendirilmektedir ve yasanın açıkça belirli sözü gibi sınırlara pek az riayet edilmektedir. Hukuk kuramı, bu konuyla ilgili olarak açıklanması zor bir tarihi gelişim göstermektedir; çünkü hukuki kuralların belirsizliklerini ya gözardı etme ya da abartmaya müsaittir. Bu iki aşırı uç arasında gidip gelmekten kurtulmak için bu belirsizliğin temelinde yatan, geleceği tahmin edebilme yetisiyle ilgili insani beceri eksikliğinin, davranışların çeşitli alanlarına göre derece derece değiştiğini hatırlama-

mız ve hukuk sistemlerinin çeşitli tekniklerle bu beceri eksikliğini besleyip büyüttüğünü bilmemiz gerekmektedir.

Her iki gereksinim arasındaki karşılıklı ilişki ve her iki gereksinim kapsamında uygulanan çeşitli teknikler kırk yıl önce Yüksek Yargıç Benjamin N. CARDOZO tarafından, "Yargısal Sürecin Tabiatı" eserinin devamı olan "Hukukun Gelişimi" eserinde tahmin edilip öngörülmüştü: "Günümüzde hukukun iki türlü gereksinime yanıt vermesi gerekir. İlki, emsal kararların karmaşık-düzensizliğine kesinlik ve düzen getirecek bir derleyip toparlama. Bu, hukuk biliminin görevidir. İkincisi, istikrar ve ilerleme arasındaki çatışan savları uzlaştıracak ve bir gelişim ilkesi doğuracak olan bir felsefeye olan gereksinim."<sup>40</sup> Salt kuramsal olan birinci gereksinim için hukuk felsefesi ve kesinlik mantığı yeterli olabilirken, daha çok pratik olan ikinci gereksinim, uygulamalı bir hukuk felsefesini ve ihtimal mantığını gerektirir. Cardozo'nun kendi ifadesi ile:<sup>41</sup>

Daha adına yasa denilemeyecek ve herhangi bir yargısal kararda mündemice olmamış bir ilke veya kural veya ölçüte ne derece kesin geçerlik atfedileceğini soracak olursanız, ileride daha da geliştirme fırsatı bulacağım bir düşünceyi hatırlatabilirim. Bu düşünce, diğer sosyal bilimlerin branşları gibi, hukukun da, vardığı sonuçların, kesinlik mantığından ziyade mantık-

sal ihtimaller dahilinde geçerliliğinin denetlenmesinin zorunlu olduğu yolundadır.

*Hukuk bilimi, hukukun çürüten bölümlerini koparıp atmalı, meyve ve renlerini olgunlaştırmaya çalışmalıdır.*

Hermann Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906).

#### IV. SONUÇ:

##### (Hukuk Eğitimi ve) Hukuku Öğretmek-Öğrenmek Yolunda Birleşik-Bütünsel Bir Modele Doğru

Bu ana kadar iddiamız, hukuk öğretimi-öğrenimi için genel olarak bütünsel-birleşik bir modeli ve özelde de hukuk felsefesini benimsemenin yalnızca olası değil gerekli olduğu yolunda olmuştur. Bu anlamda 1) Kuramsal ve uygulamalı bilgi 2) Geleneksel yöntem -dersler olsun, kurpratikler olsun ve -problem odaklı- geleneksel olmayan yöntemler 3) Hukuksal formalizm ve pozitivism ve alternatif diğer yaklaşımlar birarada kullanılmalıdır.

Sonuç olarak, hukuk eğitimi ve hukuk mesleği arasındaki mesafeyi kapatmak için köprüyü yeniden inşa etmek -ya da döner kapıyı yeniden çalışır hale getirmek- uygulamacıların ve kuramcılarının karşılaştıkları pek çok problemi ele alabilmek için uygulamacı kuramcı ile kuramcı uygulamacı arasındaki iletişimi kurmak, kuramsal bilgiyi uygulama ile, dersler ya da olay çözümleri biçimindeki geleneksel yöntemle geleneksel olmayan yöntemlerle

ve hukuksal formalizm ve pozitivismi diğer alternatif yaklaşımlarla ilişkilendirmek gereklidir.

Neticede, yukarıda açıklanan yola "üç aşağı beş yukarı benzer" biçimde ve Lon L. Fuller'in I. Adalet; II. Pozitif Hukuk; III. Hukukun Gelişimi; IV. Faydacılık; V. Hukuksal Analiz; ve VI. Hukuk Düzeninin İlkeleri bölümlerini içeren "Hukuk Biliminin ve Sisteminin Sorunları" -Problems of Jurisprudence-,<sup>42</sup> ders kitabından da esinlenerek, hukuk bilimi ve sistemi üzerine, esas olarak Argümentasyon, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı üzerine; hem lisans öğrencilerine hem de lisansüstü öğrencilere, yargıçlara, yasa koyuculara ve yine diğer hukuk uzmanlarına, sözü edilen yaklaşımı gelecekte yerleştirmek yolunda, kuramsal sorun ve pratik çözüm odaklı bazı dersler vermeyi on yıldan fazla bir süre ile başardım -en azından başarmaya çalıştım.<sup>43</sup>

Bir yanda, geçmişte, sistematik yaklaşımın desteklediği yalnızca bir ve tek ders kitabı eğilimini terkederek ve HART'ın ders kitabı karşıtı pedagojik felsefesini benimseyerek, öğrencilerime (zorunlu) okumaları ve (gerekli) inceleme-ödevlerini şart koştum; bu çerçevede ilgili materyellerin değerlendirilmesini ve belirli problemleri öncelikle ele alan içeriklerin tartılıp biçilmesini destekledim. Hart'ın kendi sözleriyle:<sup>44</sup>

(39) H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit. note 37, p. 127 (pp. 130-131).

(40) Benjamin N. CARDOZO, *The Growth of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1924, p. 1. Cfr. Benjamin N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921. (There is Spanish version: *La función judicial*, trans. Victoria Cisneros and Leonel Pereznielo Castro, Atzapán de Zaragoza, Pereznielo Editores, 1996.)

(41) Benjamin N. CARDOZO, *The Growth of the Law*, cit. note 40, p. 33. Cfr. Oliver Wendell HOLMES Jr. "The Path of the Law", cit. note 23, p. 1001: "Hukukun aktıcı öğrenilmesi için kanun adamı, günün adamı olabilir, fakat geleceğin adamı, istatistiğin ve ekonominin uzmanı olacaktır."

(42) Lon L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, Brooklyn, The Foundation Press, 1949.

(43) Hukuksal Argümentasyon, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına nazaran daha pratik bir yaklaşımla öğretilir. Fakat her profesör hepsini aynı biçimde anlatmayı cazip bulabilir. Benim, hukuksal argümentasyonu, salt kuramsal yaklaşımla anlatmaya karşı direnişim, beni Hukuk Felsefesini ve Hukuk Kuramını da, bütünsel-birleşik bir yaklaşımla hem teorik hem pratik olarak öğretilen yolunda kararlı bir inanca sevketti. Cfr. Stephen E. GOTTLIEB, Brian H. BIX, Timothy D. LYTTON, and Robin L. WEST, *Jurisprudence. Cases and Materials: An Introduction to the Philosophy of Law and Its Applications*, 2nd ed., LexisNexis, 2006.

(44) H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit. note 37, p. vii (p. vii).



Umarım bu tarz, hukuk kuramı hakkındaki bir kitabın, başka kitapların zaten içerdiği aynı şeylerin okunacağı bir kitap olduğu inancımı kırar. Kitap yazarlar tarafından bu inanç korundukça, konu üzerinde pek bir ilerleme sağlanamayacaktır ve kitap okuyanlar tarafından bu inanç korundukça konunun eğitimsel değeri oldukça sınırlı kalacaktır.

Ben aynı zamanda hem somut hem de varsayımsal olay örgüleri konusunda çekincesiz tartışmaları destekliyorum, bunları motive edici buluyorum; çünkü insanların düşünmesine, yeniden düşünmesine ve ilk anda akıllarına gelenden farklı yönde fikirler edinecek biçimde rol almalarına ve katılmalarına yardım ediyor. Geçmişte, derslerimde FULLER'in "The Case of the Speluncean Explorers"<sup>45,48</sup> ve Recaséns Siches' in "The Case of Ida White (or the Vanished Legacy)"<sup>46</sup> eserlerini sadece insanın herhangi bir olaya uygulanacak hukuku yorumlama şeklinin, onun hukuk konusundaki anlayışına bağlı olduğunu göstermek için değil, aynı zamanda ceza hukuku, medeni hukuk gibi temel alanları öğretmek-öğrenmek için de kullandım.

Bunun yanında, her dersi, en azından birini, bazılarını ya da çoğunu- öğrencilerimden bir problem olarak ortaya koymaya çalıştığım bir ana konu hakkında eleştiride bulunmalarını bekleyerek bitiririm. Genellikle, yine ku-

ramsal bir tarzda, örneğin, Hukuk Felsefesi derslerinde, şunları vurgularım: Hukuk düzeninin epistemolojik ve bilimsel doğası; hukukun farklı metodolojileri ve kuramları; hukukun tanımlanması sorunu; farklı hukuksal kavramların anlaşılmasının analizi; hukuk, ceza ve ahlaklılık arasındaki ilişki; kanun koyma ve kanunu yargısal olarak uygulamanın kapsamı ve sınırları; ve diğer belirli sorunlar olarak güncelliğine göre ilgi çekmesi düşünülecek kürtaj, ölüm cezası, seçim sistemi reformu, ötanazi, ifade ve düşünce özgürlüğü, pornografi, aynı cinsler arasında evlilik ya da birlikte yaşama vb. problemleri ele alırım.

Bundan da öte, bir tarafta, bu ve diğer problemlerle ilgili materyel ve okuma parçaları konusunda, yalnızca Meksika Yüksek Mahkemesi tarafından haklarında karar verilmiş –ya da verilecek- davaları (ya da temyizleri) değil, aynı zamanda diğer ulusal anayasal ya da yüksek mahkemelerin ve yine uluslararası ya da bölgesel, örneğin insan hakları kararlarını da değerlendirmek üzere ele alırım. Bu çerçevede öğrencilerimden, kendilerini olay örgülerine konsantre ederek kendilerine özgü hukuksal-kavramsal anlayışlar edinmelerini, hukuksal akıl yürütmelerin donanım ve araçlarını öğrenmelerini beklerim.

Öte yandan, bazı okuma parçaları –ve başka metinler- de öneririm. Belirli bir problemi ortaya koymak için, Jhering'in "Hukukta Şaka ve Ciddiyet" -Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884)<sup>47</sup>- eserini takip ederek hem nüktedan hem de ciddi eserlerden, örneğin hukuksal, moral ve siyasal filozoflar, kuramcılar ve yine hukuk uzmanları, teknisyenler ve uygulayıcılar arasındaki yazışmalardan ve aynı zamanda klasiklerden, tarihçilerden, edebiyat eserlerinin yazarlarından ve eleştirmenlerden, hatta filmlerden yararlanıyorum. Bundan daha da fazlası, karmaşık konuları ve zor durumları ele almak için nükteli bir yol olarak keşfettim. Örneğin, İspanyol edebiyatının altın çağını ve bu çağın hukukla ilişkisini derinlemesine inceleyen baba-oğul Niceto Alcalá Zamora y Torres ve Niceto Alcalá Zamora y Castillo'yu ve Miguel de Cervantes'in Don Kişot'unu ele alarak, esasen adalet ve hakkaniyet il-

keleri ile ilgili olan örnekler vermişimdir.<sup>48</sup> Benzer şekilde, William Shakespeare'in oyunlarında da bir dizi hukuksal problemlerle ilgili çok iyi örnekler buldum; bunlar arasında onun "Coriolanus", "Kral V. Henry", "Kral Lear", "Kral II. Richard", "Kral III. Richard", "Macbeth", "Venedik Taciri" gibi komedileri, tarihi eserleri ve trajedileri bulunmaktadır.<sup>49</sup>

Bu anlamda, kanuna riayet etme, ya da et(me)me ödevi/zorunluluğu üzerine, Sophocles'in "Antigone" si ile Platon'un "Sokrates'in Müdafaaası" ve/veya "Crito"yu karşılaştırdım.<sup>50</sup> Dil ve hukuk arasındaki ilişki üzerine, Alf Ross'un "Tü-Tü" sunu kullandım,<sup>51</sup> ve hukukun ve belli ölçüde dilin açık dokusu üstüne, yani hukukun/yasa koymanın belir(siz)liği ve amaçları ile ilişkisi üzerine, hem HART'ın (FULLER'in cevabını da içeren) "Parka Araç Girmesi Yasak"<sup>52</sup> ve hem de Re-

(45) Lon L. FULLER, "The Case of the Speluncean Explorers", *Harvard Law Review*, Vol. 112, No. 8, 1999. (Published originally in 1949; and, republished in: Peter SUBER (ed.), *The Case of the Speluncean Explorers. Nine New Opinions*, London, Routledge, 1998.) (İspanyolca bir versiyonu da vardır: *El caso de los exploradores de cavernas*, trans. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.)

(38\*) ÇN: Bu varsayımsal olayın ve davanın ayrıntıları *Harvard Law Review*, Vol. 62, No. 4, February 1949'den okunabilir. Varsayımsal olay, bir mağorada uzun süre mahsur kalan bir grup adamın, açlıktan ölmek için aralarında zar atıp kaybedeni öklütüp yemelerini anlatır.

(46) Luis RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, pp. 256-269; and *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1959, pp. 647-654. Cfr. Fred L. GROSS, "The Vanished Legacy", in *What is the Verdict?*, New York, Macmillan, 1944, pp. 115-161.

(47) Vid. Rudolf von JHERING, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trans. Román Rianza, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1933. (There is English translation of fragments of the essay in *Juristischen Begriffshimmel: "In the Heaven of Legal Concepts"*, in Morris R. COHEN and Felix S. COHEN (eds.), *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, New York, Prentice-Hall, 1951, pp. 678-689.) Cfr. Felix S. COHEN, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *Columbia Law Review*, Vol. XXXV, No. 6, 1935, pp. 809-... (There is Spanish version: *El método funcional en el derecho. Sinsentido trascendental y el enfoque funcional*, trans. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.) H.L.A. HART, "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence" in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit. note 18, pp. 265-277.

(48) Vid. Imer B. FLORES, "Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985): Estampas del derecho en broma y en serio", in Fernando SERRANO MIGALLÓN (ed.), *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho, México. Porrúa and Facultad de Derecho-UNAM*, 2003, pp. 1-32; and "Derecho y literatura: Finas estampas procesales en la obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo", in Marcel STORME and Cipriano GÓMEZ LARA (eds.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. 1: Obtención de información y de asunción probatoria, procesos sumarios y familiares*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005, pp. 3-23. Cfr. Miguel de Cervantes, *Don Quixote de la Mancha*, trans. Charles Jarvis, Oxford, Oxford University Press, 1992.

(49) Cfr. William SHAKESPEARE, *The Complete Works of William Shakespeare*, New York, Avenel Books, 1975.

(50) Cfr. SOPHOCLES, *Antigone*, New York, Dover, 1993; and PLATO, "The Apology" and "The Crito", in *The Dialogues of Plato*, Vol. 1, pp. 79-104 and 117-129.

(51) Vid. Alf ROSS, "Tü-Tü", *Harvard Law Review*, Vol. 70, No. 5, March, 1957, pp. 812-825. (There is Spanish version: *Tü-Tü*, trans. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.)

(52) Vid. H.L.A. HART, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, February, 1958, pp. 593-629. (There is Spanish version: "El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral", in *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64.) Lon L. FULLER, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, February, 1958, pp. 630-672. Vid. also H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit. note 37, pp. 121-150 (pp. 124-154).

caséns Siches' in çalışmaları üzerinden Gustav Radbruch'un, "Metro istasyonuna köpek giremez" örneklerini kullandım.<sup>53</sup> Hukuksal akıl yürütmeye ilkelere rolü üzerine (hatta ahlaki ilkelere de), Ronald Dworkin'in Hart'ı eleştirirken yaptığı atıfları, mesela *Riggs v. Palmer* ve *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, ve yine varsayımsal olsa da kısmen gerçekliğe dayanan ve daha yeni tarihli "Mrs. Sorensen Davası"nı kullandım.<sup>54</sup> Kurallarla ilgili olarak değil, esasen delil ve ispat konusyla ilgili olarak argümentasyon konusunda, Kral Salomon'un, çocuğun kendilerine ait olduğunu iddia eden kadınların talepleri ile ilgili olarak, bebeği ikiye ayırıp her bir yarısını bir kadına vermeye karar vererek, gerçek anenin tepkisini beklemesi ve böylece onun bebekle bağını tespit etme hükmüne varması örneğini kullandım; ve Sancho Panza'nın tuhaf (ya da pek de tuhaf olmayan) adalet uygulamasını, bir erkek tarafından cinsel ilişkiye zorlandığını iddia eden bir kadının, bedenini koruyamazken cüzdânını koruyabilmesinin aslında cinsel ilişkiye hiç de zorlanmadığına delil oluşturduğu kararı örneğinde kullandım: "Hemşire, cüzdânınızı korumakta gösterdiğiniz cesaretin ve yiğitliğin aynısını, hatta yarısını, bedeninizi korumakta gösterse idi-

niz, Herkül'ün gücü sizi alt edemezdi."<sup>55</sup>

Aynı şekilde, Navolato, Sinaloa'da (Meksika); ilk derece mahkemesi tarafından görülen gerçek fakat çok tuhaf bir davada- bir dükkanda çiftleşirken bazı eşyanın kırılmasına neden olan dişi ve erkek iki eşeğin sahipleri arasında sorumluluğu paylaşacağına, her birinin sorumluluk oranına göre üçte iki ve üçte bir sorumluluk ya da sorumsuzluk atfeden- sağduyuya aykırı bir karar da vardır.<sup>56</sup> Ek olarak, dedektifler tarafından yapılan ters-tümdengelimci<sup>57</sup> ve elemeci yaklaşımla yargıçlar ve avukatlar tarafından yapılan hukuksal akıl yürütme arasındaki ilişkiyle ilgili olarak, -Manuel Atienza'yı takip ederek yalnızca Edgar Allan Poe'nun "Çalınan Mektup" ve kahramanı Auguste Dupin'e değil, aynı zamanda Sir Arthur Conan Doyle'un "Sherlock Holmes'ün Maceraları"na ve Agatha Christie'nin "Herkül (Poirot)'ün İşlerini"ne değindim. Aslında, son sömestride, Blake Edwards'ın Pembe Panter filmlerinden biri, *Karanlıkta Bir Ateş* (1962) örneğinde derslerime bir parça sinema da ekledim; amacım tarihsel gerçekliğin yokluğu karşısında hukusal gerçekliğin karanlıkta bir ateşten başka bir şey olmadığını göstermekti- özellikle eğer müfettiş Jacques Clous-

seau gibi bir anti-kahraman söz konusu ise.-

Yargıçların ve yasa koyucuların ve aynı zamanda devlet memurlarının, siyasetçilerin ve yurttaşların, hukuksal akılcılığı üzerine değerlendirmelerde bulunmak için, Duncan Kennedy'nin "Yargılamada Özgürlük ve Engellenme"<sup>58</sup> ve Richard Parker'ın Thomas Mann'ın "Mario ve Büyücü"<sup>59</sup> adlı romanından örnek alan "Burada Kuralları İnsanlar Koyar" eserini kullandım. Yine, "Washington Romanı" janrını başlatan ve Alger Hiss'in McCarthy'ci siyaset tarafından oluşturulması ve takip edilmesinden esinlenen, Allen Drury'nin aynı adlı romanından uyarlanan *Tavsiye ve Rıza* (1962) filmi kullandım. Amacım Washington'da -ya da başka bir yerde- siyasal hayvanların neye benzediğini tasvir etmekten ziyade, politikanın insan hayvanlara neler yaptığını tasvir etmektir.<sup>60</sup>

Öte yandan, bu ana kadar öğrencilerime gerçekte yalnızca kuramsal problemleri değil, aynı zamanda pratik problemleri nasıl çözeceklerini öğretmeye çalışmış olsam da, gelecekte öğrencilere öğretmek ve öğrenmek yolunda daha fazla araç sağlamak için bir adım daha ileri gitmemizin gerekli olduğunu düşünüyorum. Bu çerçevede 1)

genel olarak geleneksel mantığı da içerecek (yani analitik mantık ya da kısaca mantık) mantığın yanında, geleneksel olmayan (yani topik ve retorik olarak da bilinen diyalektik mantık), filoloji, hatta (hukukun sembolizmi gerçeği karşısında) estetik gibi daha çok sayıda felsefe dersleri ve özelde de hukuk felsefesi dersleri<sup>60</sup> 2) Yalnızca etik ve politika üzerine değil, fakat aynı zamanda antropoloji, sosyoloji ve psikoloji ile idare hukuku, ceza hukuku vb. gibi uygulamalı konularda daha çok interdisipliner çalışmalar ve 3) sonuç olarak, hem kuramsal hem de pratik olarak çözülmesi gereken daha çok sorunun ortaya konup ele alınması gereklidir.

Sonuç olarak, hukuku, ahlakın ve siyaset felsefesinin yanında felsefenin bir branşı olarak ele almak ve bu haliyle pratik felsefenin bir parçası olarak görmek, hem hukuk felsefesini hem de uygulamalı hukuk felsefesini özünde birbirleriyle bütünsel olarak birleştirmeyi gerektirir. Bununla birlikte, iki nokta açıklığa kavuşturulmalıdır: Bir yandan, hukuk felsefesinin kuramsal unsurlarını pratik olanla, yani uygulamalı hukuk felsefesi ile eşgüdümlü kılmayı düşünüyorum. Genellikle uygulamayı ciddiye alan kuramsal çalışmalar

(53) Vid. Luis RECASÉNS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1959, pp. 645-647.

(54) Vid. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit. note 37, p. 23; and *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, 2006, pp. 7-9.

(55) Miguel de CERVANTES, "The Cases Judged by Sancho Panza", in Ephraim LONDON (ed.), *The World of Law. I. The Law in Literature*, New York, Simon and Schuster, 1960, p. 14.

(56) Vid. Héctor TORKES BELTRÁN (ed.), *Justicia con sentido común. Belem Torres y sus anécdotas*, pp. 37-38.

(39\*) ÇN: Yazar "abduction" terimini kullanmıştır. Ters-tümdengelimci çıkarım. Bu çıkarsama, tüm mantıksal düşüncenin ilk aşaması olarak görülmektedir. Bu çerçevede, önce belirli bir somut olgu, gözlem ve verili bilgiler dikkate alınır. Sonra bunların açıklanması için akla gelen, diğerlerinden daha etkili olduğu düşünülen bir hipotez kurulur ve bu hipotezin muhtemelen doğru olduğu kabul edilir. Dedektifler açısından bir örnek şöyle verilebilir: Karısını lehtar göstererek hayat sigortası yapan bir erkeğin öldürülmesi halinde, yükümlü kumar borcu olan karısının bu suçu işlediğinden şüphelenilmesi gibi.

(57) Vid. Duncan KENNEDY, "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", *Journal of Legal Education*, Vol. 36, No. 4, December, 1986, pp. 518-562. (There is Spanish version: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trans. Diego Eduardo López Medina and Juan Manuel Pombo, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.)

(58) Vid. Richard D. PARKER, "Here, the People Rule". A Constitutional Populist Manifesto, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1994. Cfr. Thomas MANN, "Mario and the Magician" in *Death in Venice. And Seven Other Stories*, trans. H. T. Lowe-Porter, New York, Vintage Books, 1930, pp. 135-181.

(59) Cfr. Roger KAPLAN, "Allen Drury and the Washington Novel", *Policy Review*, No. 97, October-November, 1999: "Drury Washington'daki siyasal hayvanların neye benzediğini değil, siyasetin insan hayvanına neler ettiğini tasvir etmiştir."

(60) Bir başka yerde, UNAM'ın (ÇN: National Autonomous University of Mexico: "Meksika Ulusal Özerk Üniversitesi") hukuk öğrenimi lisansüstü ve lisans programlarında güçlü bir hukuk felsefesi eğitimi için, onun hem niteliksel hem de niceliksel olarak güçlendirilmesi gerektiğini savundum, vid. Imer B. FLORES, "Prometeo (des)encadenado...", cit. note 1, pp. 100-103 (pp. 57-60).

büyük önem taşımaktadır. Öte yandan, salt kuramsal yaklaşımı değil, fakat daha pratik bir yaklaşımı benimseyerek, ne genel hukuk kuramlarını, belirli hukuk uygulamalarına tabi kılmaya cüret ediyorum ne de olmazsa olmaz felsefi ve kuramsal bölümleri zamana göre değişir, tesadüfi sosyolojik ve pragmatik bölümlere tabi kılmaya çalışıyorum. Genellikle bu türlü ince noktaları ciddiye alan genel hukuk bilimi zamanı ve bazı somut meseleleri son derece aşkın ve yüksek düzeylidir.<sup>61</sup> Professor James Boyd White'ın sözleriyle:<sup>62</sup>

Sıklıkla, sürpriz bir biçimde uygulamalı değeri olan çalışmalar, kuramsal çalışmalardır. Çoğunlukla pratik ayrıntılara dalmak, en değerli genel düşünceyi kamçılar. Hukukun varlıksal özünün büyük bir kısmı, özel ve genel arasındaki, pratik ve kuramsal arasındaki süregelen karşılıklı etkileşimdir.

Bitirirken, Yüksek Yargıç Oliver Wendell Holmes Jr.'dan kısa bir alıntı yapmak istiyorum: "Hukukta çok değil, çok az felsefe ve hukuk felsefesi yapıyoruz." Ve bir başka biçimde ifade etmek gerekirse: "Çok az öğretiyor-öğreniyoruz."

## Hukukun Zorunlu Eğitsel İşlevi Üzerine

Brian BURGE-HENDRIX<sup>\*)</sup>

Çeviren: Saim Üye<sup>\*\*)</sup>

### HUKUK EĞİTİMİ: PRATİK & KAVRAMSAL

Hiçbir duyarlı hukuk profesörü hukuk ve eğitim arasında bir *pratik bağlantı* olduğunu inkâr etmeyecektir. Bu tür bir bağlantının varlığı her hukuk fakültesindeki her bir yetkin hukuk profesörü için açıktır: bir hukuk profesörü öğrencilerine, eğer hukukçu olacaklarsa, belirli bir konuyu öğretmek zorundadır –hukuku–. Ender durumlarda, bir hukuk öğrencisi, araştırmalar için kaynak oluşturan hukuk materyalleriyle ilgilenerek ve onlar hakkında yeterince bilgiyi geliştirerek, hukuku kendi kendine öğrenebilir. Ancak, hukuk ve eğitim arasında, hukuk öğrencilerinin yetiştirilmesinde açıkça görülmekte olandan daha güçlü bir bağlantı vardır ve bu bağlantının imaları, ilk başta sanıldandan daha fazlasını kapsar. En genel anlamıyla, yani çağdaş analitik felsefecilerin hukuk sistemlerini kavramlaştırdıkları anlamda bir hukuk anlayışı, hukuk fakültelerinin (hiçbir biçimde daha az önemli olmamakla

birlikte) dar sınırlarında ve tutkularında içerilebilecek olandan daha geniş bir hukuk eğitimi anlamını açığa çıkarır.

Tüm hukuk sistemleri ile onların yerine getirmeleri gereken eğitsel işlev arasında bulunan *kavramsal bağlantı* dikkatli bir incelemeyi gerektirir. Ancak, kavramsal gerçeğin önemi sadece filozoflar için değildir; çünkü o, hukukla ilişkileri sadece pratik düzeyde olanları ve özellikle öğrencileri belirli bir hukuk sistemi ve o hukuk sistemi içindeki hukuk mesleklerinin işleyişi hakkında eğitime amacı olanları da etkiler. Bununla ilintili olarak, bu yazının amacı, hukuk sistemlerinde genellikle görüldüğü biçimiyle hukuk ve eğitim arasındaki kavramsal bağlantıların önemini açığa çıkarmaktır.

### HUKUKUN İKİ MODELİ

Çağdaş felsefi bakış açısından, hukuk ve eğitim arasındaki kavramsal bağlantı esrarengiz bir şeydir. 'Esrarengiz' herhalde yanlış bir terim, çün-

(61) Vid. Imcr B. FLORES, "Procrusto, su cama y el viajero: Hacia una jurisprudencia comparada e integrada". (On file with the author.)

(62) James Boyd WHITE, "Law Teachers' Writing", cit. note 7, p. 1970.

(\*) Churchill College, Cambridge. Bu çalışma, Ağustos 2007'de, Polonya-Krakow'da düzenlenen olan 23. AVR Dünya Kongresi'nde "Hukuk Felsefesi Öğretiminde Alternatif Yöntemler ve Hukuk Felsefesinin Önemi" başlıklı özel bir atölye çalışmasında sunulmuştur. Çalışma, kendisi de Law and Philosophy (Oxford University Press, 2007)'de yayınlanacak olan "Hukukun Eğitsel İşlevi" adlı daha önceki bir çalışmaya ve aynı zamanda, Legal Research Institute of the National Autonomous University of Mexico, Supreme Court of Mexico ve Cambridge Forum for Legal and Political Philosophy'de yapılan sunumlara dayanmaktadır. Üretken ve derinlikli yorumları için özellikle Prof. Imcr Flores'e teşekkür etmek istiyorum. Aynı zamanda, Social Sciences and Humanities Research Council of Canada'nın finansal desteği ile Churchill College ve Law Faculty of Cambridge University'nin kurumsal desteği için de çok müteşekkirim.

(\*\*) Yrd. Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi