

Hukuk Tarihi, Hukukun Temel Bilimleri ve Almanya'da Bugünkü Hukuk Eğitiminin Eleştirisi*

Michael Stolleis**

çev. Muhammed İkbâl İmamoğlu***

Özet: Alman hukukunun on dokuzuncu yüzyılda bütün dünyayı etkileyen büyük bir cazibeye kavuşması, büyük medeni hukukçular, ceza hukukçuları, anayasa hukukçuları, hukuk felsefecileri ve hukuk tarihçileri sayesinde olmuştur. O zamanlarda hukukun hangi alt disiplini söz konusu olursa olsun, on dokuzuncu yüzyılın bütün meşhur isimlerinin ortak özelliği, temel bilimlere ciddi bir şekilde yönelmiş olmalarıdır. Bugün ise, artık ortalamaya vurulduğunda "hukukun temel bilimleri"nden neredeyse hiç bir şekilde haberi olmayan yeni bir hukukçu nesli yetişmektedir. Hukuk tarihi ve hukuk teorisi, artık hukuk fakültelerinin doğal olarak vermesi gereken dersler arasında bile görülmemektedir. Makalede, bu gelişmenin tarihsel seyri ile bilim ve eğitim alanındaki sebeplerine değinilmekte, hukuka eleştirel bakabilen, meselelerin temellerinden haberdar olan, meslek hayatında yeni konulara ve alanlara hızlı bir şekilde nüfuz edebilen hukukçu tipinin tekrar nasıl yetiştirilebileceğine dair çözüm yolları teklif edilmektedir.

Anahtar kelimeler: Hukuk eğitimi, hukuk tarihinin eleştirel işlevi, hukukçu zihniyeti, Roma hukuku, Bologna süreci

Abstract: In the 19th century the German law achieved worldwide great respect due to excellent scholars in civil law, criminal and constitutional law, legal philosophy and legal history. The most common characteristic of all famous law scholars in the 19th century was their ambitious interest in the fundamentals of law within their working

* Bu makalenin aslı, Almanya'da bugünkü hukuk eğitiminin farklı açılardan tartışılıp değerlendirildiği geniş katılımlı bir kongrede tebliğ olarak sunulmuş ve "Zur kritischen Funktion der Rechtsgeschichte" ["Hukuk Tarihinin Eleştirel İşlevine Dair"] başlığı altında diğer tebliğler ve tartışma kayıtlarıyla birlikte şu eserin içerisinde yayınlanmıştır: Hagen Hof, Peter Götz von Olenhusen (ed.), *Rechtsgestaltung-Rechtskritik-Konkurrenz von Rechtsordnungen... Neue Akzente für die Juristenausbildung* [Hukukun Şekillendirilişi-Hukukun Eleştirilmesi-Farklı Hukuk Düzenlerinin Rekabeti... Hukukçuların Yetiştirilmesine Dair Yeni Vurgular, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, s. 212-219. Kongre programı için bkz. http://www.volkswagenstiftung.de/fileadmin/downloads/programme/Juristenausbildung_Tagungsprogramm.pdf. Bizim burada yazının başlığıyla ilgili olarak yaptığımız tasarruf yazının bilgisi dahilindedir (çev. notu).

** Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult., Max-Planck-Institute for European Legal History

*** Arş. Gör., İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

areas. Nowadays, a new generation of lawyers is educated at German Law Schools who has on average no idea about the fundamentals of law. Legal history and legal theory are not everywhere seen as courses which must be represented and thought at the law schools anymore. This article focuses on the historical, scientific and educational background of this trend. In connection with its analyses it provides also concrete solutions in order to make it again possible for German Law Schools to educate lawyers who are well informed about the fundamentals of law, can criticize the legal system and have the ability to orientate themselves successfully for new legal materials.

Key words: Legal education, critical function of legal history, reasoning of jurists, Roman law, Bologna process

I

“Hukuk tarihinin eleştirel işlevi” konusu ile ilgili o kadar çok şey söylen-di ki, bu konuyu tekrar vurgulamak artık neredeyse gereksiz görünmektedir. Çünkü kim hukuk tarihi ile ilgili bir konuda çalışıyorsa, bunu zaten geçmişte kalmış olan hukuki şartlara eleştirel bir bakış açısıyla yaklaşarak yapıyordur. Zira onun ortaya koymak istediği, hukukun farklı toplumsal bağlamlarda nasıl “işlediği”dir. İster **hukukun yapılması** (özel kişiler tarafından, sözleşmeler eliyle; devlet tarafından oluşturulmuş olmayan toplumsal ilişki ağlarında, davranış kuralları konulması suretiyle; klasik anlamda, kanunlar eliyle kanun koyucu ya da yönetmelikler eliyle tüzel kişiler tarafından; devletlerarası ilişkilerde antlaşmalar yoluyla; Avrupa hukuku üzerinden vs.), ister **hukukun aktarılması** (uygulamadaki hukuku öğrenme süreçleri, üniversite eğitimi, yüksek okullar, baronun yaptığı sınavlar vb.), isterse de **hukukun tatbiki** ya da fiilen **hukukun kabulü** konuları ile ilgili olsun, her zaman ortaya çıkan soru, hangi toplumsal, ekonomik, ideolojik veya zihinsel etkenlerin hukuku etkilediği, bunların diğer müessir güçlerle ilişkilerinde nasıl bir “işlev gördü-ğü” sorusudur.¹

Mukayeseli hukuk alanında olduğuna benzer şekilde, hukuk tarihi alanındaki çalışmalarda yapılan tasvir ve incelemeler esnasında da kendi hukuk düzenine karşı mesafeli yaklaşmak çok büyük önemi haizdir. Kişi böylelik-

1 Bu tasvir, bir konunun izlerini Antik Çağ’dan Medeni Kanun’a (BGB) kadar sürmeyi âdet edinmiş olan ve bu esnada, değişen somut bağlamlarda ortaya çıkan soruları büyük oranda görmezden gelen ve çoğunlukla özel hukuk alanında yapılan Dogmalar Tarihi çalışmalarında benimsenen üsluptan ayrılmaktadır. Bu çalışmalar, öncelikle “sürekliliği” ortaya koymak, Roma hukuku mirasının bugün hâlen “yaşamakta” olduğunu ve bu yüzden gelecekte oluşacak bir Avrupa özel hukuku için kullanılmaya müsait bulunduğunu vurgulamak amacıyla binaen yapıldıklarından dolayı, toplumsal ve iktisadi tarihle aralarında bariyerler vardır. Bu tasvir ayrıca, Yasama Faaliyetinin ya da Kodifikasyonun Tarihi alanında yapılmış bir şekilde yapılan çalışmalardaki tarza da bir reddiye içermektedir.

le yalnızca “karşiki dağların ardında da insanların yaşadığını” öğrenmekle kalmaz; başka dönemlerde de kısmen aynı ya da “benzer”, kısmen tamamen farklı sorunlarla uğraşıldığını görür. Bu meselelerin çözülmesinde onların da hukuku kullandıklarını -ki bugün biz bundan “hukukun kullanılması” (**Rechtsnutzung**) şeklinde bahsediyoruz- görmek, kişiye bugün yürürlükte olan hukukun açtığından çok daha farklı pencereler açar.

Tarihsel bakış açısının mecburen “eleştirel” olması, onun kendi metodolojik sorunlarını ele alması sırasında da gündeme gelir ve kişinin kendisini, modern ön kabullerinin ya da siyasi kanaatlerinin geçmişte yaşanmış olan hukuki düzeni ve şartları değerlendirirken çalışmalarını ne derece fark ettirmeden etkilediği noktasında mümkün olduğunca eleştirel bir şekilde değerlendirmesi gerektiğini ifade eder. Kişi, mazide kalmış olan hukuki düzene ve şartlara ya da bugünkü hukukta mukayeseli olarak ele alınan meselelere hukuk siyaseti açısından da “eleştirel” olarak yaklaşabilir ve kendi çözmek istediği meselelere dair olarak geçmişte teklif edilmiş olan bir çözüm yolunun yetersiz kaldığını veya bugün ile mukayese edildiğinde aşılmış olduğunu iddia edebilir. Eleştiri ille de siyasi olmak zorunda değildir. Bilakis eleştiri, herhangi bir nesneyi ve onun kendine has olan özelliklerini tanıyabilmek için kişinin nesne ile kendisi arasına uygun gördüğü şekilde belirli bir mesafe koyması anlamına gelir. Bu metodolojik tavır tabii ki sadece hukuk tarihi için geçerli değildir; aynı şey mukayeseli hukuk, hukuk sosyolojisi, hukuk teorisi ya da hukuk felsefesi için de geçerlidir. Tüm bu alanlar (hukukun temel bilimleri), kendilerine konu olarak aldıkları, inceledikleri, karşılaştırdıkları ve değerlendirdikleri nesneleri/meseleleri metinlerden ve verilerden yola çıkarak inşa ederler. Bunlar, ilgili metinler ve veriler üzerinde çalışırken, bir yandan da kendi özel sorularını üretirler, ki bu sorular da yine metinden bağımsız değildir; aksine ona bağlıdır.

Bahsettiğimiz “temel bilimler”in hukuk eğitiminin hangi aşamasında verilmesi gerektiği, her yeni eğitim reformu sürecinde en çok tartışılan konulardan birisidir. Önceden birinci senenin ilk döneminde verilmesi âdetten olan “Hukuk Başlangıcı” dersi artık neredeyse hiç verilmemektedir. Çünkü bu dersin verilmesi, artık kitlelere yönelik olarak tasarlanan eğitim sistemi içerisinde gerçekleştirilebilir olmaktan çıkmış gibi gözükmemektedir. Nitekim bu ders, dersi anlatacak olan ve hukukun daha özel alanlarından birisinde uzmanlaşmış bulunan hukukçulardan, hukuka ansiklopedik bir şekilde kuşbakışı bakabilmelerini beklemektedir ki, bu da onlar için gerçekten yerine getirilmesi zor bir beklentidir. Bu yüzden de onlar, ya bu beklentiye yerine getirebileceklerine inanmamaktadırlar, ya da dersi acemice anlatmak endişesi

taşıtmaktadırlar. Bu nedenle “Hukuk Başlangıcı” dersinin yerine, birçok fakültede “Hukuk Tarihinin Temelleri” ya da “Hukuk Felsefesinin Temelleri” adı altında “Hukukun Temel Bilimleri” dersleri verilmeye başlanmıştır. Bu derslerden kimisi seçimliktir, kimisi de zorunlu. Bu derslerden geçmek için öğrencilerin, birinci senenin ilk döneminin sonunda bir sınava girmeleri ve ikinci döneminin sonunda da bir ev ödevi hazırlamaları gerekmektedir. Bunlardan birisini başaramamaları halinde, öğrencilerin artık hukuk eğitimine devam etmeleri mümkün değildir. O nedenle de bu sınavları bir kere başaramayan öğrencilerin yoğun bir şekilde bunların bütünlemelerine hazırlanmaları gerekmektedir ki, bu da öğrencilerin hem gerçek anlamda hukuk eğitimine, hem de hukukun temel bilimleri ile ilgilenmeye başlayabilmelerinin önünde ciddi bir engel teşkil etmektedir.²

Şayet, “hukukun temel bilimleri” ile öğrencilerin birinci senede erkenden tanışmaları sağlanmazsa ve üniversiteden mezun olmak için bu derslerden başarılı olmaları şart koşulmazsa, büyük bir ihtimalle öğrencilerin çoğu bu dersleri almadan mezun olurlar. Tarih, felsefe, mukayeseli hukuk ya da sosyoloji ile ilgili meselelerin yürürlükte olan hukuk ile ilgili diğer derslerde yeri geldikçe ele alınması bu boşluğu dolduramaz. Çünkü bu şekilde hukukun temel bilimlerini sistematik bir şekilde ele almak ve konular arasındaki ilişkileri öğrencinin kavrayabilmesini sağlamak mümkün değildir.

Eğer “hukukun temel bilimleri”, hukuk eğitiminin başlangıç zamanlarına konulursa, o zaman hukuk eğitiminin ortasına gelindiğinde, öğrencinin ilerde hangi alanlarda çalışmak istediğine dair eğilimlerinin yavaş yavaş oluşmaya başladığı dönemden hemen önce “hukukun temel bilimleri” ile ilgili bilgilendirme derslerinin yapılması gerekir. Zira yoğunlaşma döneminde ilgi alanlarını belirlerken öğrencinin daha iyi karar verebilmesi ancak bu şekilde sağlanabilir.

II

Somut olarak hukuk tarihine dair konuşacak olursak eğer, bu alan hukuk fakülteleri bünyesinde hâlen yaşatılmaya devam etmektedir. En parlak çağını on dokuzuncu yüzyılda ve yirminci yüzyılın ilk dönemlerinde yaşamıştır. O zamanlarda bu ders, eski diller (Latince, Yunanca) ve hümanizm merkezli or-

2 Bu son iki cümle asıl metinde yer almamaktadır. Alman hukuk eğitimi sisteminin bu konudaki özel durumunu biraz daha anlaşılır kılmak için yazar tarafından şahsıma bilahare yazılı olarak izah edilmiştir (gev. notu).

taokul ve lise eğitimi³ ile içli dışlı idi. Bu dönemde hukuk tarihi, klasikçilerin Eski Yunan'a ve Roma'ya yönelme doğrultusundaki taleplerini, romantizmin ümitlerini ve 1814'ten sonraki dönemde kiliseyi yeniden yapılandırmak isteyenlerin kiliseyi gözden geçirme ve Orta Çağ geleneğiyle irtibatını tekrar tesis edebilme yönündeki ihtiyaçlarını karşılıyordu. Bu çağı takip eden dönemde tarihselci akımın (**Historismus**) gelişmesiyle akademilerin edisyon projeleri patlama yaptı. Artık hukuk fakültelerinde yapılan araştırmaların tamamı hukuk tarihi temelli olarak yapılıyordu. On dokuzuncu yüzyılın en önemli hukukçuları hukuk tarihçileri idi ve bunlar, Pandekt hukukunu yeniden elden geçirerek ve tekrar inşa ederek yürürlükte olan hukukla irtibatlandırıyorlardı (Gustav Hugo, F.C. v. Savigny, B. Windscheid, D. v. Jhering). Gerber ve Laband gibi anayasa hukukçuları da aslında işe hukuk tarihçisi olarak başlamışlardı. Bunların yanı sıra bir de on sekizinci yüzyılın doğal hukuk geleneğinden beri yapılagelen hukuk felsefesi (çoğunlukla ceza hukuku ve devletler hukuku alanları ile bağlantılı olarak) ve yeni-Kantçılık akımının izinden giden hukuk teorisi çalışmaları devam etmekte idi.

III

Medeni Kanun'un (BGB) yürürlüğe girmesiyle birlikte, hukuk tarihinin medeni hukuk için icra edegeldiği altyapıyı kurma işlevi de sona erdi. Bundan böyle medeni hukuk kendisini hukuk tarihinden kopardı ve pozitivizmin gösterdiği yolda giderek iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku gibi yeni alanları kendi bünyesine dahil etmeye başladı. Böylece hukuk tarihi, hukuk dogmatığı için tarihsel malzemeleri sunmak görevinden "azat" edilmiş oldu; olaylara dogmatığın dar bakış açısıyla bakmaktan kurtuldu ve 1920'li yıllarda tarih biliminin bir parçası olarak gelişmeye devam etti. Bu zaman zarfında Antik Çağ Bilimleri'nden (**Alttertumswissenschaften**) de yardım alarak, Franz Wieacker'in dediği gibi, Ludwig Mitteis, Leopold Wenger, Paul Koschaker ve diğerlerinin araştırmalarıyla Antik Çağ Hukuk Tarihi'ne doğru (Mısır, Eski Babil, Asurlular, Eski Yunan) gerçek anlamda "İskender seferleri" düzenledi. Aynı dönemlerde anayasa hukuku tarihi ve karşılaştırmalı anayasa hukuku (Otto Hinze) ile hukuk sosyolojisi (Max Weber, Eugen Ehrlich) alanları da benzer şekilde kuruluş devirlerini yaşadılar.

3 Burada kast edilen, klasik Gymnasium eğitimidir. Yazarın şahsi yazışmamızda belirttiği- ne göre, artık bu eğitim tarzı oldukça nadir görülür bir hâle gelmiştir. Bugün Yunanca neredeyse hiç öğretilmemektedir. Latince ise hâlen vardır, fakat eskiden olduğu kadar geniş bir kapsamda verilmemektedir (çev. notu).

Fakat tüm bu gelişmelerle eş zamanlı olarak, hümanizm ve eski diller ağırlıklı ortaokul ve lise eğitimi de gücünü kaybetti. Hukuk tarihi, hukukçuların yetişmesi sürecinde etkisini kaybetti, pozitif hukuka dair malzemeler ve bilgiler hızla arttı. Nasyonal sosyalizm zamanında da “Roma” hukuku alanındaki çalışmalar, liberal, kapitalist, bireyci ve “yahudileşmiş” diye yaftalanarak bastırıldı. Roma hukukunun adı, Antik hukuk tarihi olarak değiştirildi; “Yeni Çağda Özel Hukukun Tarihi” ve anayasa hukuku tarihi alanları ortaya çıktı.

1945 yılından sonra Romanistik⁴ alanı, Nazi zamanında zihinsel olarak idam edilmiş olmasının sıkıntılarını çekti. Bu alanda çalışan en önemli isimler yurtdışına göç etmek zorunda bırakılmıştı. Germanistik⁵ alanı ise bunun tam aksine olarak, ırkçı-Almancı nasyonal sosyalist yapıya çok sıkı bir şekilde yakınlaşmış olmasından dolayı muzdarip oldu. Böylelikle “Alman” hukuk tarihinin var olabilmesi için gerekli olan milli şartlar eş zamanlı olarak çökmüş ya da nasyonal sosyalizm tarafından suiistimal edilmişti. Onlarla irtibatı tekrar kurmak artık mümkün görünmüyordu. Bu durum, her iki temel alanda da savaş sonrası dönemde özel bazı zorlukların yaşanmasına sebep oldu. Romanistik alanında önemli bir kaç kişi (Kaser, Kunkel, Wieacker, Coing, muhtemelen bir de Flume) tarafından kurucu nitelikte işler yapıldı; Germanistik alanında ise bunlarla aynı vasıflarda şahıslara pek fazla rastlanmıyordu, hatta uluslararası alanda neredeyse (Heinrich Mitteis, Franz Beyerle, Hans Thieme hariç) hiç yoktu. Hukuk tarihinin bu her iki ayağı da (Romanistik ve Germanistik⁶), her ne kadar meselelere farklı açılardan bakıyor olsalar da, kendilerini aynı şekilde Avrupa düşüncesine açtılar.

IV

Bugün şartlar tekrar değişmiş durumda. Eski dillere ağırlık veren ortaokul ve lise eğitimi artık neredeyse numunelik bazı yerlerde veriliyor. Bu yüzden, Antik Çağ, Orta Çağ ve erken dönem Yeni Çağ ile ilgili olarak çalışan hukuk tarihinin –kaynakları çoğunlukla Latince olarak yazıldığından dolayı– hayat kaynakları neredeyse kurumuş vaziyette. Bu nedenle, uluslararası düzeyde işbirliği yapabilecek seviyede üç beş kişi yetiştirebilmek için artık üniversitenin kendisinin dil ile ilgili eğitim programları (Eski Yunanca, Latince,

4 Romen kültürü, dilleri ve edebiyatı (çev. notu).

5 Cermen kültürü, dilleri ve edebiyatı (çev. notu).

6 Yazarın özel yazışmamızda verdiği bilgiye göre, Alman hukuk tarihinin üçüncü ayağı Kili-se hukuku alanıdır. Bu alan bugün artık hukuk fakültelerinde öğrencilere anlatılmamaktadır (çev. notu).

Althochdeutsch⁷ ve **Mittelhochdeutsch**,⁸ paleografya, papiroloji) sunması gerekiyor. Bugünkü hukuk eğitimi açısından meseleye baktığımızda ise, bu sorular normalde hukuk fakültelerinin gündeminde hiçbir rol oynamıyor.

Latinceye dair altyapının ve önbilgilerin kaybolması yüzünden, yeni yetişen araştırmacılar ilgilerini daha ziyade –geniş tanımlayacak olursak, on dokuzuncu yüzyıldan bugüne dek uzanan– yakın dönem hukuk tarihi üzerine yöneltiyorlar. Her ne kadar bu vesileyle artık hukuk tarihi ile yürürlükte olan hukuk arasındaki ilişkinin daha da sıkışmış olduğu varsayılabilirse de, meselenin aslı böyle değildir. Özel hukukun tarihi alanında, yürürlükte olan hukukla bağlantı iyice gevşemiştir. Artık herhangi bir özel hukukçunun hukuk tarihi ile ilgili gelişmelere en azından atıf yapıyor olması, neredeyse kişinin şahsıyla sınırlı bir tesadüf haline gelmiştir. Bugünün kitlelere hizmet veren üniversitesinde ve hukukçuların eğitim süresinin kısaltılmaya çalışıldığı bir dönemde artık yürürlükte olan hukukun tarihsel temellerini ortaya koyacak şekilde geniş araştırmalar yapmaya imkan yoktur. Fakat anayasa hukuku tarihi alanında durum biraz daha farklıdır. Çünkü bu alan, kendisini ağırlıklı olarak anayasanın tarihsel ön hazırlığı dönemiyle ilgilenen bir alan olarak görür ve bu yüzden de çoğunlukla kamu hukukçuları tarafından ele alınır ve ders olarak anlatılır. Ceza hukuku tarihi, kamu hukuku biliminin tarihi ve hatta devletler hukukunun tarihi alanlarında ise ortaya konulanlar oldukça zayıftır. Bunun ana nedeni, hukuk fakültelerinin bugün hâlâ hukuk tarihi doçenti olabilme ve bu dersi anlatabilme yetkisini geleneğe bağlı kalarak yalnızca özel hukukçulara veriyor olmasında yatmaktadır. Bu durum esef vericidir; fakat ne yazık ki şu anda doçentlik vermedeki bu uygulama çok katı bir şekilde devam ettirilmekte ve pek de değişeceğe benzememektedir.

Bugün hukuk eğitimi üzerindeki baskı, yalnızca üniversitelerin **kitle üniversitesi** olmasından kaynaklanmamaktadır. Bu baskının bir diğer sebebi de, **öğrenci sayısının kitlesel olarak artırılması**dır. Bir önceki kuşak zamanında pozitif hukuk aşırı bir şekilde kendi alanını genişletti. Bir düzine yeni ve kendine has hukuk alanı (örn. Avrupa hukuku ve bu hukukun kendi alt disiplinleri, bilgi güvenliği hukuku, kitle haberleşme hukuku, banka ve finans hukuku, çevre hukuku, teknik/teknoloji hukuku, kamusal ekonomi hukuku vs.) ile bu alanlara dair hukuk dergileri ortaya çıktı. Almanya'da zaten haddinden fazla detaylı kararlar vermek eğiliminde olan yargı erki, kararlarını

7 Yaklaşık 750-1050 tarihleri arasında kullanılmış olan ve yazılı kaynakları bulunan Batı Alman lehçelerinin ortak adı (çev. notu).

8 Alman dilinin Orta Çağ boyunca (1050-1350 tarihleri arasında) kullanılmış olan şeklinin adı (çev. notu).

bu sefer de Avrupa Mahkemesi'nin ve Strasburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ile besleyerek sürekli yeni malzemeler üretiyor. Hukuki yayınlar üzerine uzmanlaşmış her yayınevi, piyasaya ders kitapları ve şerhler şeklinde hazırlanmış tam teşekküllü birer parti mal sürüyor. Bugün hukuk eğitimi, yoğun bir şekilde çalışarak çeşitli "teorileri" -ki bunlar çoğunlukla teori denecek kadar büyütülecek şeyler de değildir-, en yeni mahkeme kararlarını, piyasadaki ders kitaplarını -mümkün olduğunca sınavı yapacak olan hocanın taleplerini karşılayacak şekilde - bir arada gözetebilmek becerisine dönüşmüştür. Hukuk tarihi dersini öğrenciler, almaya mecbur olduklarından, ama bir an önce de halledip kurtulmak istediklerinden dolayı, hukuk eğitimlerinin ilk iki döneminde tercih etmektedirler. Eğer erken bir dönemde bu dersi alma fırsatları olmadıysa, artık belirli bir alana doğru yönelmenin başladığı, hukuk eğitiminin yarısından sonraki dönemde ya da bir seminer dersi bünyesinde almaktadırlar.

V

Üniversitelerin gittikçe artan bir oranda projeler, destek fonları ve Exzellenz-Cluster⁹ fetişizmine kapılması ve de yaklaşık on yıldan beri süregelen

9 *Exzellenzcluster*, Almanya'da üniversiteler bünyesinde yapılan eğitim ve araştırma faaliyetlerinin üst düzey bir seviyeye çıkartılmasını sağlamak amacıyla 2005 yılında ülke çapında başlatılmış olan teşvik programından (*Exzellenzinitiative*) faydalanmak isteyen üniversitelerin programa müracaat edebilmeleri için geliştirmeleri gereken büyük çaplı araştırma projelerinin adıdır. Bu projeler, herhangi bir disiplinin alt bir dalına değil, müracaat eden üniversite bünyesinde uluslararası alanda kendisini ispat etmiş yirmi beş bilim adamını bir araya getirmek ve birlikte çalışmalarını sağlamak üzere farklı disiplinleri kuşatacak şekilde tasarlanmış ve toplumsal ya da ekonomik önemi olan bir konuya dair olmalıdır. Ayrıca bu projelerin, yetişmekte olan araştırmacılara ciddi destek ve kariyer imkanları sunuyor ve bir bilim muhiti olarak Almanya'nın uluslararası rekabet gücünü iyileştirmesine katkı sağlamayı vaat ediyor olması gerekmektedir. Bu teşvik programının ilk aşamasını teşkil eden 2006/2007-2012 yılları arasında yapılmak üzere tasarlanmış olan her bir projeye 6,5 milyon Avro kaynak ayrılmıştır. Programı organize eden Alman Araştırma Kurumu (*Deutsche Forschungsgemeinschaft*) tarafından, programın 2012-2017 yılları arasını kapsayan ikinci aşamasında yapılması planlanan projelerin 3-8 milyon Avro arasında kaynak talebinde bulunabilecekleri açıklanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.dfg.de/en/research_funding/programmes/excellence_initiative/index.html. Programın birinci aşamasında teşvik almaya hak kazanan insan ve toplum bilimleri alanındaki projelerden bazıları şunlardır: Küresel Bağlamda Asya ve Avrupa: Kültürlerarası Geçişkenliğin Dinamiği (<http://www.asia-europe.uni-heidelberg.de/en/>), Toplumsal Bütünleşmenin Kültürel Temelleri (<http://www.exc16.de>), Modernite Öncesi Dönem ile Modern Dönemin Kültüründe Din ve Siyaset (<http://www.uni-muenster.de/Religion-und-Politik/en/index.shtml>), Kaide Koyucu Düzenlerin Oluşumu (<http://www.normativeorders.net/en>) (çev. notu).

eğitimin ticarileştirilmesi süreçlerinin muhtemel sonuçları olacaktır. **Artık ortalamaya vurulduğunda** (yani ortalama olarak “geçer” notu esas aldığı-mızda) “**hukukun temel bilimleri**”nden neredeyse hiç bir şekilde haberi olmayan yeni bir hukukçu tipi yetiştirilmektedir. Hukuk tarihi, artık hukuk fakültelerinin doğal olarak vermesi gereken dersler arasında görülmemektedir. Sadece öğrenciler değil, öğretim üyeleri bile hukuk tarihini uçuk, yabancı, aslına bakılırsa gereksiz olan bir ders olarak görmektedirler. Çünkü onların kendileri de zaten hukuk tarihiyle ilgilenmeksizin profesör olmuşlardır ki, bunu da dolaylı olarak hukuk tarihine ihtiyaç olmadığı yönünde bir delil olarak kabul etmektedirler. İyi hukuk tarihçileri ise çoğunlukla yürürlükte olan hukukun dogmatığı ile ilgilenmediklerinden dolayı, üniversitelerde boşalan [medeni hukuk ve hukuk-tarihi]¹⁰ kürsüleri de büyük olasılıkla [hukuk tarihiyle ilgilenmeyen] özel hukukçulara verilecektir ki, bugün bu tür uygulamalara da maalesef rastlanmaktadır.

Olayların bu şekilde gelişmesinde hukuk tarihçilerinin kendilerinin de pek masum oldukları söylenemez. Çünkü onlar, kendi bölümlerini nadiren cevval bir şekilde temsil etmektedirler. Bir çoğu, doçent olacak şekilde öğrenci yetiştirmemiştir. Diğer bir kısmı da hukuk tarihi çalışmayı bırakmış ve dava takip edebilecekleri, bilirkişi raporu yazabilecekleri maddi getirisi daha iyi olan alanlara yönelmişlerdir. Ayrıca hukuk tarihi bölümünün kendisi de geçmişte bir lobi oluşturmayı, sözü dinlenen akademik sözcüleri olan sağlam yapılanmalar kurmayı ya da en azından gündemi takip eden bir bilimsel dergi çıkartmayı başaramamıştır. **Savigny-Dergisi**¹¹ yüz yıl önceden olduğu gibi hâlâ on dokuzuncu yüzyılın kategorik ayrımlarına göre (Romanistik, Germanistik, Kanonistik), yılda bir defa ve çok pahalı bir fiyata çıkmaktadır. **Yakın Çağ Hukuk Tarihi Dergisi**,¹² ilk zamanlardaki heyecanını kaybetmiş ve aslına bakıldığında Avusturya’nın bir yayın organı haline gelmiştir. Benim enstitümün çıkardığı **Hukuk Tarihi Dergisi**¹³ ise -ki bu dergiyi bayan Fögen kurmuştur- entelektüel açıdan ilgi uyandırıcı idi ve hâlâ da öyle, fakat modern bir kurumun yayın organı olmak hedefinden oldukça uzaktır.

10 Yazarın şahsi yazışmamızda belirttiğine göre, Almanya’da özel hukuk ve hukuk tarihi kürsüleri bugüne kadar çoğunlukla bir arada bulunurken ve kürsü mensubu öğretim üyelerinin bu sahaların her ikisi ile de ilgilenmesi âdetten iken, bugün artık bu kürsülerin hukuk tarihi kısmı kaldırılmakta ve kürsüler yalnızca özel hukuk kürsülerine dönüştürülmektedir (çev. notu).

11 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (çev. notu).

12 *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* (çev. notu).

13 *Rechtsgeschichte: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte* (çev. notu).

VI

Bitirmeden önce, bugünkü hukuk eğitimi müfredatında **hukukun temel bilimlerine** daha fazla ağırlık verilecek şekilde yeni bir düzenlemenin yapılması gerektiği çağrısını yapmak istiyorum. Bu çağrıyı, bana muhalefet edecek olan karşı güçlerin ne kadar kuvvetli olduklarını bilmeme rağmen yapıyorum. Çünkü böyle yapmamın doğru olduğunu düşünüyorum. Bu çağrıyı yaparken beslendiğim kaynaklar, uzun yıllardır yaptığım kendi gözlemlerim, kamu hukuku alanındaki uzun süren öğretim üyeliği tecrübem ve de yurtdışı ile olan çok sayıdaki bağlantılarımdır. Özellikle de yirmi yıldan beri Frankfurt'ta yabancı doktora öğrencileri için yapageldiğimiz yaz okulları vesilesiyle Alman hukuk eğitiminin yurtdışında nasıl algılandığına dair tecrübeler edindim. Buna göre Alman sistemi, üniversiteden ziyade bir okul gibi eğitim vermekte, fakat hukukun temelleri ile çok az ilgilenmektedir.

Hukuk eğitimi müfredatı, yürürlükte olan hukuk tarafından istila edilmiş durumdadır. Hukuk eğitiminin içerisine giderek artan bir oranda mevzu hukuku dahil etmek, akla ve mantığa tamamen aykırıdır. Eğer dört sene (sekiz dönem) süren hukuk eğitiminin süresi daha fazla uzatılmak istenmiyorsa –ki her şey uzatılması gerektiğini söylemektedir–, o zaman dört yıllık eğitim müfredatının içeriğinde muhakkak bir şeylerin değiştirilmesi lazımdır. Kişinin mesleki hayatında da aynı şekilde öğrenebileceği tüm konular müfredattan çıkartılmalıdır. İhtiyacımız olan şey, açık bir şekilde dikkatimizi iki nokta üzerine yoğunlaştırmaktır: (1) Hukukun temel bilimleri, (2) yürürlükte olan hukukun ana/çekirdek alanları (Avrupa hukuku ile medeni hukukun, ceza hukukunun ve kamu hukukunun genel esasları). Bu “çekirdek”lerin de tabii ki bir kısım yeni alanların “vazgeçilemez” önemde olduğu iddia edilerek tekrar genişletilmemesi gerekir. Yakın zamanda, –haklı olarak– yine Reinhold Zimmermann tarafından denilmiştir ki:

“Bugün, hukuk eğitiminin şu ana kadar olandan çok daha güçlü bir şekilde hukukun temel bilimleri alanına yönelmesi...” gerekmektedir. “Hukuk kültürümüze rengini vermiş olagelen yetişmiş, farklı alanlara girme konusunda esnek ve çok yönlü bir şekilde istihdam edilebilir hukukçuların yetiştirilmeye devam edilebilmesinin en iyi güvencesi, hukukun temel bilimleri alanında ve metodolojik açıdan sağlam olan çalışma yöntemlerinin öğrenilmesine elverişli olan sınırlı sayıda materyal üzerinden eğitim vermektir.”¹⁴

14 R. Zimmermann, “Juristische Bücher des Jahres: Eine Leseempfehlung” [“Senenin Hukuk Kitapları: Bir Kitap Tavsiyesi”]. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2011, s. 3557-3559.

Zimmermann bu noktadaki görüşünü, Ernst-Wolfgang Böckenförde tarafından öncülük edilen 1993 tarihli “Ladenburg Manifestosu”na dayandırmaktadır.¹⁵ Ben kendim de bu konudaki hedefimi aynı şekilde temellendirmeye çalıştım.¹⁶

“Temel bilimler”e yönelmek, öğrencilerin eleştiri kabiliyetlerini artırır ve hukuk düzenini, tarihsel şartlar altında oluşmuş siyasi ve kültürel bir ürün/mahsul olarak görmelerini sağlar. Bu ise onlara, artık meselelerin “temeller”inden haberdar olduklarından dolayı, meslek hayatlarında hukukçuların yeni konulara ve alanlara hızlı bir şekilde nüfuz etmekte ve ayak durmakta zorlandıkları yönündeki genel kabulün aksini ispat etmek imkânını sunar. Hukuk eğitiminin süresinin kısaltılması ve gerçek anlamda bilim yapıldığı kanaatini uyandıracak şekilde içerik olarak daha yoğun ve iddialı bir hale getirilmesi yönündeki ümitler ancak bu sayede hayat bulabilir. Milli hukuk biliminin uluslararası boyutta alışverişi mümkündür olabilmeye ise, diğer hukuk kültürlerine de bakmaktan geçer.

Buna karşılık, hukukun temel bilimleri alanlarından da, öğrencilerin yönlerini bulabilmelerine yardımcı olacak şekilde onlara kuşatıcı bir bakış açısı sunan, ilgili disiplinin temel umdelerinin, [o alanda muhakkak bilinmesi gereken şeylerin (çev.)] ortaya konulduğu sağlam bir bilgi zeminini (**Wissenskanon**) oluşturmalarının beklenmesi icap etmektedir. Tüm bu noktalarda hâlâ hedefin oldukça uzağındayız. Evet, çoğu zaman bir bilim sahasının kendisine esas alması, üzerinde hareket etmesi gereken ana güzergâhın ve ilkelerin tespit edilmesi (**Kanonbildung**), ancak “gerçek” bilim adamlarının yapabileceği bir iş olarak görülmekte ve yüceltilmektedir. Bu noktada bilim adamları, gerek hukuk teorisi/hukuk felsefesi, gerekse de hukuk tarihi alanlarında olsun, kendilerini eleştirmek ve mutlaklaştırmamak noktasında ciddi zaafılar göstermektedirler. Şüphesiz ki piyasada birçok “giriş” kitabı ile ders

15 R. Zimmermann, E.W. Böckenförde, “Reform der universitären Juristenausbildung: Das ‘Ladenburger Manifest’” [“Üniversitedeki Hukuk Eğitiminin Reformu: ‘Ladenburg Manifestosu’”], *Juristische Schulung (JuS)*, sy. 2, 1999’un eki. Bu manifesto, 57 hukuk profesörü ve 19 yüksek mahkeme üyesi tarafından imzalanarak kamuoyuna duyurulmuştur. Manifesto, hukukçu bakış açısına sahip olan, meselelere çok yönlü bir şekilde yaklaşabilen ve meslek hayatında yeni karşılaştığı alanlara nüfuz etmekte zorlanmayan bir hukukçu tipinin yetiştirilebilmesi için, hukuk eğitiminin nasıl bir müfredat çerçevesinde verilmesi gerektiği, derslerin nasıl daha yoğun ve öğretici bir hâle getirilebileceği, sınav sisteminin nasıl yapılandırılması gerektiği, hukuk eğitimi almaya müsait olan öğrencilerle olmayanlar arasındaki ayıklamanın hangi kısıtlara göre yapılabileceği ve öğretim üyeleri ile öğrenciler arasındaki ilişkilerin nasıl daha iyi bir hale getirilebileceği konuları üzerinde durmakta ve bu konulara dair somut tekliflerde bulunmaktadır (çev. notu).

16 M. Stolleis, “Gesucht: Ein Leitbild der Juristenausbildung” [“Kayıp İlanı: Hukuk Eğitimi İçin Model Aranıyor”], *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2001, s. 200-202.

kitapları mevcuttur; fakat bunlar öğrencilerin daha ziyade dikkatini dağıtmakta, kendilerini bir belirsizlik içerisinde hissetmelerine neden olmaktadır. Çünkü bu kitapların üzerinde ittifak ettikleri genel ilkeler/umdeleler ya da müşterek bir tasavvur yoktur. Bu yüzden de öğrencilere, sekiz dönemlik eğitim hayatının sonunda, bir yük olarak algıladığı “temel bilgiler”in hayatta ne işine yarayacağını anlatabilmek mümkün olmamaktadır.

VII

“Temeller”e yönelmenin muhakkak surette getireceği bir diğer fayda da şudur: Bu sayede Alman hukuk eğitiminin yabancılar için cazibesini daha fazla kaybetmesinin önüne geçilebilir. Zira yurtdışından gelen ve daha sonra ülkelere geri dönüp orada çalışmak isteyen üniversite ya da doktora öğrencilerinin, yürürlükte olan Alman hukukunun detaylarını vermekten ibaret olan bir hukuk eğitimine ilgi göstermeleri için makul bir sebep yoktur. Hatırlatmakta fayda vardır ki, Alman hukukunun on dokuzuncu yüzyılda bütün dünyayı etkileyen büyük bir cazibeye kavuşması, büyük Roma hukukçuları (Pandektistler), ceza hukukçuları, anayasa hukukçuları, hukuk felsefecileri ve hukuk tarihçileri sayesinde olmuştur. O zamanlarda hukukun hangi alt disiplini söz konusu olursa olsun, on dokuzuncu yüzyılın bütün meşhur isimlerinin ortak özelliği, temel bilimlere ciddi bir şekilde yönelmiş olmalarıdır. Bu insanlara cazibelerini kazandıran, **başka şekillerde ve başka materyaller üzerine de uygulanabilir olan araştırmalar yapmış ve teoriler geliştirmiş olmalarıdır.**

VIII

Benim kanaatime göre, eğer üniversitelerdeki hukuk eğitimi, kitlelerin eğitilmesi için gerekli olan şartları oluşturmaya, eğitimin ticarileştirilmesinin ve Bologna sürecinin çizdiği yolu takip etmeye devam ederse, uluslararası arenada ayakta duramayacak bir hale gelecektir. Her ne kadar hukuk fakülteleri ya da kürsüler, siyaset tarafından çizilen çerçeveyi değiştiremezlerse de, bilimsel ve uluslararası alışverişe açık bir hukuk bilimi fikrini hayata geçirebilmek için pekâlâ kendi içlerinde “hukukun temelleri”ne ve “çekirdek disiplinler”e ağırlık verecek şekilde ayarlamalar yapabilirler.

Tüm bunların yanı sıra, ayrıca **Fachhochschule**lerde¹⁷ de, meslek olarak avukatlık, noterlik, hakimlik ya da yüksek bürokratik yapıyı düşün-

17 Alman üniversite sisteminde *Fachhochschule* tabiri, pratik ağırlıklı olarak eğitim veren yüksek öğrenim kurumları için kullanılmaktadır. Buna karşılık üniversitelerde ise daha ziyade teori ağırlıklı bir eğitim verilmektedir. *Fachhochschule* eğitimi, üniversite

müyor olmasına rağmen hukuk ile uygulamayı/pratiği birbirine bağlamak isteyen herkese pratikle içli dışlı olan bir hukuk eğitimi verilmesinin teşvik edilmesi gerekir. Eğer bu kişiler daha sonradan fikirlerini değiştirir ve bahsedilen mesleklerden birisini icra etmek kararını alacak olurlarsa da, bunların esnek bir şekilde **Fachhochschuleden** üniversiteye geçebilmelerini sağlayacak geçiş aşamaları oluşturulmalıdır. Bugün üniversitelerde hukukun temel bilimlerini okutarak kendilerine işkence ettiğimiz pek çok kimse, aslında aradıklarını **Fachhochschulede** daha iyi bulabilirler. Çünkü bu insanların karakteristik özelliği, uygulamaya yakın olmayı ve eğitim sürecini hızlı bir şekilde tamamlamayı istiyor olmalarıdır. Bir yandan üniversite eğitiminin yeni bir şekilde yapılandırılmasını isterken, diğer yandan da **Fachhochschulelerdeki** eğitimin güçlendirilmesini istemek bir çelişki değildir; aksine bu ikisi birbirini makul bir şekilde tamamlar.

eğitiminden yalnızca bir sene kadar kısa sürmektedir. Mesleki imkanlar bakımından her iki kurumdan mezun olanlar arasında fazla bir fark yoktur. Bunların nerelerde ve hangi konumda istihdam edilecekleri, işverenler tarafından kendi ihtiyaçları doğrultusunda belirlenmektedir. Meselelerin daha çok teorik açıdan ele alınacağı yerlerde üniversite mezunları, pratik açıdan ele alınacağı yerlerde ise *Fachhochschule* mezunları görevlendirilmektedir. Yalnız bazı meslekler (doktorluk, mimarlık, avukatlık/hakimlik/noterlik vs.) sadece üniversite mezunları tarafından icra edilebilmektedir. Ayrıca üniversitede okuyabilmeleri için öğrencilerden daha iyi bir lise mezuniyet derecesi beklenmektedir. Bilimsel araştırmalar daha ziyade üniversiteler bünyesinde yapıldığından ve bilim adamları çoğunlukla üniversite mezunları arasından yetiştiğinden dolayı, üniversitelerin toplumda nispeten daha itibarlı oldukları söylenebilir (çev. notu).