

# ARGUMENTUM

EYLÜL 1991

YIL: 2 SAYI: 14

ISSN 1017- 625X

## İÇİNDEKİLER

*Hukuk ve Dil, Yard. Doç.Dr. Hayrettin Ökçesiz-Başka İsim Altında Yapılan Sözleşmeler- (Vertragsschluss Unter Fremdam Namen- KARL H. NEUMAYER)Çev: Yard. Doç.Dr. Osman B. GÜRZUMAR-Salvage Law and The New Convention, Arş. Gör. Ziya AKINCI-Yargıtay Kararları (Devletler Özel Hukuku), İltan Yılmaz*

## HUKUK VE DİL

Yard. Doç. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ(\*)

### I

İnsan kendini dile getiren bir varlıktır. Duygu-Düşünce-Eylem üçgeninin alanını onun dile getirmesi doldurur. O, bu alanda var olur. Bu alanın dışında var olan, onun da dışındadır. Dile getirmenin araçları türüdür ve çoktur. Gizemli olan da kendini bu alanda gösterir. Ancak dile getirilemeyerek....(1)

Belirli seslerin ve imlerin bizde duygu, düşünce ve eylem doğurdıkları bir anlam- ortam bağlamında yaşarız. Buna geniş anlamıyla dil diyebiliriz. Dilin ileten ve algılayan öznelere ancak insandır. "Gel" diye ses çıkaran bir papağan bize Türkçede bir sözcüğü anımsatmış olur, fakat onunla kimseye böyle bir buyrukta bulunmuş olamaz. İlk olarak, dil insani bir yetenektir. İkinci olarak, dil somut bir olgudur: Koşulludur. İnsanın kendini türlü araçlarla, bilinçle dile getirmesinden, sesle ve yazıyla belirli bir anlam- ortam bağlamında dile getirmesinden, yalnızca sözdizimi yapısında görülen dile kadar daralarak süren bir anlama ve açıklama alanında bulunuyoruz. Bilimsel ve felsefi birçok soru bu bağlamda yeniden sorulmaktadır.

### II

İnsan kural koyan bir varlıktır (2). Beklentilerinin bir kısmını, belirli nitelikte olanlarını düş kırıklığına karşı güvenceye alır(3). Toplumsal sözleşme kuramlarında dahi doğal yaşamın topluma dönüşmesi normatif (dolayısıyla hukuki) bir çerçeveye tasarlanır: Gereksinimlerden değerlere ve normlara doğru bir yol izlenir. Kural koyma ve hukuk hep olagelmıştır. Bu, insanın derisidir. Dışına çıkamaz. Ama içerisinde nasıl durur? - Dil ile .

Anlam taşıyıcısı ve iletişim aracı olarak dil, hukuk normlarının da taşıyıcısı ve iletme aracıdır. Hukuk düzeni içerisinde yer alan işaretler ve eylemler dahi dilsel bir ifadeden kaynaklanır. Trafik polisinin "Dur" işareti yahut park yapma yasağını gösteren bir tabela, kaynağında dilsel bir ifadeye dayanır.

Hukukun toplumsal işlevlerinin her biri onun dilden, doğal dilden, genel dil kullanımı çerçevesinden hiçbir zaman kopamaz-

(\*) Hayrettin ÖKÇESİZ, M.Ü.Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı öğretim üyesidir.

yacağını ortaya koyar. Hukuk toplumda, uyumsuzlukların giderilmesi, davranış yönlendirme, egemenliğin örgütlenmesi ve meşrulaştırılması, yaşam koşullarının biçimlendirilmesi, hukuki sistemin korunması ve işlenmesi gibi belirleyici, yönlendirici, bütünleştirici birtakım işler görür (4). Bu bağlamda karşımıza hukuk-dil ilişkisinde iki ana sorun çıkmaktadır: İlki; hukuk normlarının nasıl yorumlanıp, anlaşılacağı ve uygulanacağıdır. Diğeri, bir hukuk ya da hukukçular dili ve uygulaması karşısında hukukun ti-pik muhatabının durumudur.

### III

Hukuk filozofu Radbruch "Yasa, yasakoyucudan daha akıllıdır." demektedir (5). Bu söz bizi hukuk normlarının yorumunda birbirine karşıt iki ayrı konuma yollamaktadır (6) : 1) Yasa özünde mükemmeldir. Yalnızca dış görünüşü özürleli olabilir. Yargıç bu özürleri aşarak yasadaki gerçek çözümü bulup çıkarmalıdır. Bu yaklaşım bütün de egemenliğini sürdüren hukuki pozitivizmin bakış açısıdır. 2) Yasa zorunlu olarak ve daima eksiktir. Yargıç yaratıcı bir tutum ve işlevle yasaı tamamlamalıdır. Çoğunlukla da bunu hep yapar. Bu noktada hukuki hermeneutik'e yaklaşmış bulunuyoruz.

Hukuk düşüncesinin bu iki yakası arasında hukukun dilselliği uzanmaktadır. Hukuk felsefesinde karşılaştığımız bu, iki ayrı açıdan bakışın hukuk-dil felsefesinde de izdüşümleri vardır. Bunlar aslında hukuk düşüncesinden geçerek hukuk-dil ilişkisine düşen toplumsal siyasi-ekonomik olgu ve düşünce görüntüleridir.

### IV

Ekonomik ve siyasi liberalizm, 1789 Fransız İhtilalinden sonra, Batıda formal hukuk devletini yaratırken aynı zamanda hukuk düşüncesinde formal-rasyonal bir hukuk anlayışına geçilmektedir (7). Hukukun pozitifleşmesi sürecinde bir yasa hukuku ve yasa devleti felsefesi de temellendirilmekte, bu, hukuk normlarının yorumunda "Yasada boşluk olmaz." inancına götürmektedir. Bu dönem, Batının büyük kodifikasyonlarının gerçekleştirildiği tarih kesitidir. Her hukuki uyumsuzluğun çözümünü kesinlikle kapsayan bir yasa hukuku, dilsel anlamda bir hukuki kavramlar sistemi olarak tasarlanıp olgunlaştırılmaktadır. Bütün gerçeklik bu kavramlar dünyasında tüketilmekte, normlar piramidinin yanında bir kavramlar piramidi de yükselmektedir. Alt ve üst kavramlar konulmakta, tanımlanmakta bunlardan yine alt ve üst kavramlar türetilmektedir. Burada amaç, yasayla ve yeni devlet ile sağlanmak istenen hukuk güvenliği (ve doğrallıkla, elde edilmiş yeni olanakların- hakların ve özgürlüklerin- güvenceye alınması) olmaktadır. Bu, yukarıda belirtildiği gibi kavramcı bir hukuk bilimine ve bu bilimin yasaların dilinde mutlak bir kesinliğe ve açıklığa yönelmesine yol açmaktadır. Hukuk-Dil felsefesinde bu yeni dönem Ortaçağın, Yeniçağdan geçerek gelen, dilin hakikatın aynası, bir "speculum" olduğunu dile getiren rasyonalist felsefesinin bir uzantısı olarak önce 19. yüzyılda "Kavramlar İçtihadı-Begriff-

sjurisprudenz", "Hukuki Pozitivizm", ve bugün "Modern Hukuk Mantığı" akımlarıyla doğup gelişmiştir. Bu dilsel yaklaşımlar yasanın lafzının temel alındığı; gerekçelendirmede mantık-kavramsal çözümlenmeden yana olarak dilin toplumsal bağlamının geriye itildiği, hatta hukuki kavramların bir "soyağacı"nın, bir kavramlar piramidinin kurulduğu sentaktik, rasyonalist arayışlardır: Hukukçular uzun bir süre doğal dilin içerdiği çok anlamlılık ve belirsizlik özellikleri karşısında tek anlamlı, objektif, rasyonel olarak denetimi mümkün bulunan bir normlar dili ve sistemi düşlemişlerdir. Bunun gerçekleşebildiği yerde ve kadarıyla bir "Hukuk Dili"nden söz edilebilir. Ancak bununla yukarıda amaçlanan hedeflere ulaşılamamıştır. Çünkü, dil "Hukuk Dili"de olsa, yatay yani rasyonal-kategoriyal niteliği yanında düşey yani transandantal, aşkın bir boyut da taşımaktadır(8). Bu bağlamda dilin bir aşkın-mantiki anlamından söz edilebilir. Dil yaşayan gerçekliğin gösterdiği türürlüğe açık olmak zorundadır. Bu da eşyanın doğasından hareketle bir kesinliğin ve tek anlamlılığın olanaksızlığını ortaya koyar (9).

Her rasyonalist dönemden sonra dile semantik boyutta yaklaşan düşüncelerin sahneye çıktığı görülmektedir: Renaissance'ın hümanizmi, 19. yüzyılın historisizmi ve bugün de karşılaştırmalı filoloji ile dilin evrimi konusunda görülen araştırmalar bu gözlemi doğrulamaktadır. Semantikçiler yönelimselci (intentionalist) bir bakışla salt kavramsallığın bir bilgi kaynağı olmadığını; Kant'ın akıl ve duyuların ancak birlikte bize bilgi sağladıklarına dair düşüncesine uygun olarak, kanaatlerin ve duyguların da eklenmesi gerektiğini ileri sürmektedir (10). Dile semantik açıdan yaklaşımın hukuk kuramı bakımından önemi; yasanın lafzının da ötesinde başkaca faktörlerin hukukun anlaşılmasında, kuralların konmasında ve uygulanmasında rollerinin araştırılması düşüncesidir. Bu bakışın hukuk düşüncesindeki yansımaları "Menfaatler İhtihadı-Interessenjurisprudenz", "Serbest Hukuk Okulu-freie Rechtsschule" ve "Hukuki Hermeneutik" akımlarıdır. Bu görüşlerin ortaya çıkışları ve ifade ettikleri zorunluluklar da, daha önceki liberal-formal hukuk ve devlet açıklamalarının temeli olan sosyal-siyasi koşullardan yeni gerçekliklerin ve bilinç düzeylerinin oluştuğu bir ortama geçişten kaynaklanmaktadır. Hukuk artık bir menfaatler dengesidir. Yargıç yargılama işlevinde hukuk normlarıyla doğrudan bağımlı sayılamamakta, ona somut olayda hukuk normunu bulmak görevi yüklenmektedir. Tümden gelimci deduktif yöntem yerini bir yöntem çokluğuna bırakmaktadır. Nihayet hukukun yorum bilimi, bir meta-hukuk bilimi olarak (11) bu gelişim sürecinin ortaya çıkardığı bütün sorunlar ve sonuçlar ile hukukun yüzüne bir ayna tutmaktadır. Bu çerçevede hukuk-dil ilişkisi artık bir kapalı kurgu-dil arayışından sıyrılarak, hukuk-dilinin gerçekliklerle anlaşılma istendiği bir anlam-ortam bağlamına yerleştirilmekte, semantik boyutuyla vurgulanmaktadır. Bu oluşum, dilsel çok anlamlılık idealine belki dil-gerçeklik ilişkisinde yaklaşmayı denemektedir.

Tarihsel olarak iki kısımda ele alınan hukuk-dil ilişkisinde hukuk her iki dönemden de olgunlaşarak, toplayarak geçmiştir. Bugün hukukun sentaktik boyutlu yorum kuralları yanında semantik boyutlu yorum kuralları da normların anlaşılma uygulamasında birbirleriyle yarışmasına uygulama bulmaktadır.

## V

Hukuk-dil ilişkisinin, dogmatik hukuk bilimi-yasama-uygulama yahut hukuk bilimci-yasakoyucu -uygulamacı etkinlikleri ile bunların karşılıklı etkileşimleri ve iletişimleri alanında bu alanın

dışında kalan yurttaşların doğrudan anlayıp, aracasız bir iletişime ve etkileşime geçemedikleri bir meslek diline, kendine özgü bir dile dönüştüğünü görüyoruz. Bu dil karşısında -genel dil kullanımının özellikle dışında kaldığı anlamlarda- meslekten olmayan yurttaşlar duruma göre -bilseler öyle olmayacak- yersiz bir korkuya veya umuda kapılırlar. Bir hukuki kavram kılıç gibi savrulabileceği gibi bayrak gibi de dalgalanabilir. Fakat onun gerçekte ne olduğunu herkes kolay kolay bilemez. Matematiğinki gibi diğer yapay diller karşısında bir duyguya kapılmamamıza karşın hukuk dili karşısında girdiğimiz ruh halinin nedeni elbette yukarıda hukukun toplumsal işlevleri olarak dile getirdiğimiz, hukukun bu kendine özgü kavramları ile yaşamımızda araştırıp, karıştırmadığı bir yan bırakmamasıdır. Bunu, insanın yaşamının normatif özelliğinin doğurduğu fakat sonuçlarında pek o kadar doğal olmayan bir gelişme olarak anlamamız gerekir. Çünkü davranışlarına yöneldiği yurttaşların aynı zamanda anlamlarının da beklenmediği bir bilim-yasama-uygulama etkinliği özellikle insan onuru ile yönlendirilmekte olan çağdaş devlet ve hukuk felsefeleri ile hiç bağdaşmaz. Genel dil kullanımından, uzmanlaşmayı gerektiren zorunluluklar ile farklılaşan hukuk dili giderek yurttaşların katılımının olanaksızlaştığı bir hukuk düzeninin ifade biçimine dönüşebilir. Bu hangi biçimiyle olursa olsun, bireyin özerkliğine ve insan onuruna dayalı demokratik hukuk devleti ruhuna az ya da çok yabancılaşmış bir düzen olacaktır. Kesinlik ve açıklık arayışı ile oluşan hukuk dili, kullanımında semantik ve pragmatik boyutlarının vurgulanması ile, uzmanlaşma ve toplum yaşamı arasındaki gerekli köprüyü edinebilir. Burada görev özellikle bu dili yapanlara ve kullananlara düşmektedir. Dogmatik hukuk biliminin ve özellikle ampirik hukuk sosyolojisinin bir disiplinler arası işbirliğine bu çerçevede gereksinim vardır. Bu her iki alanın bilimcileri bu gereksinimi duyumsamalı, dikkatlerini bu çalışma alanına da yöneltmelidirler. Hukuk dogmatikliği üzerine ampirik çalışmalar, dilbilimin hukukun bu uzmanlık dili ile genel dil kullanımı arasında genel anlaşılabilirlik bakımından ortaya koyacağı yapısal ve biçimsel ilkeler ile hukuk dilinin meslekten olmayanlarda doğurduğu olumsuz duyguların ve hukukun, toplum yaşamında işlev kaybına uğramasının önlenmesine hizmet edebilirler. Tabii ki, hukukun toplumsal işlevlerinin, her bireyin, bir yurttaş ve insan olarak temel hakları ve özgürlükleri temelinde etkin ve sorumlu katılımına dayalı bir hukuk düzenini gerçekleştirmek amacı yönünde anlaşılması koşuluyla....

Son olarak İsviçreli bir avukatın kendi ülkesinde de aynı derecede önem taşıyan hukuk ve hukuk dili sorununa ilişkin yazısındaki şu sözünü burada iletmek istiyorum: "Dilini yitiren, haklarını da yitirir" (12). Hangi nedenlerle olursa olsun, iyice yapaylaşmış ve giderek abartılmış bir hukuk dilinde hemen hemen bütün yurttaşlar dillerini ya da haklarını yitirirler.

Böyle bir dilde yurttaş, kendini dile getiremeyen bir varlıktır. Artık kuralları da o koyamamaktadır.

## DİPNOTLAR:

- 1) Wittgenstein, Ludwig; *Tractatus-Logico-Philosophicus*. Çev. Oruç Aruoba, İstanbul 1985, s. 162, No. 6. 522.
- 2) Krş. Mengüşoğlu, Takiyettin; *İnsan Felsefesi*, İstanbul 1988, s.13
- 3) Krş. Dux, Günter; *Rechtssoziologie*, Stuttgart 1978, s. 30 vd.
- 4) Rehbindler, Manfred; *Rechtssoziologie*, Berlin, New York 1977, s. 142 vd.
- 5) Radbruch, Gustav; *Rechtsphilosophie*, yayınlayanlar: E. Wolf,

H.P. Schneider, Stuttgart 1973, s. 207.

6) Haft, Fritjof; *Recht und Sprache*, in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. Yayınlayanlar: A. Kaufmann, W. Hassemer, 3. baskı, Heidelberg, Karlsruhe 1981, s. 112.

7) Max Weber'in bu açıklaması için bakınız. Riegel, Klaus-Georg; *Rechtssoziologie*, in: *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, yayınlayan: Axel Görlietz, 1974.

8) Kaufmann, Arthur: *Die Sprache als hermeneutischer Horizont*

*der Geschichtlichkeit des Rechts*, in: *Rechtsphilosophie* s. 338 vd: Haft, a.g.e. s. 15'ten naklen.

9) Kaufmann, a.g.e s. 338: Haft, a.g.e. s. 115'ten naklen.

10) Haft, a.g.e. s. 115.

11) Larenz, Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. baskı, Berlin, Heidelberg, New York 1979, s. 225 vd. 230.

12) Baumann, Max: *Recht und Rechtssprache*, in: *ZSR*, 131. cilt, s. 96.

## BAŞKA İSİM ALTINDA YAPILAN SÖZLEŞMELER (VERTRAGSSCHLUSS UNTER FREMDEM NAMEN) (\*)

KARL H. NEUMAYER

Çeviren: Yard. Doç.Dr. Osman B. GÜRZUMAR (\*\*)

Başka isim altında yapılan hukuki işlemlerin ortaya attığı sorunlar şimdiye kadar İsviçre Doktrini'nde çok az işlenmiş olduğu gibi, bu konuda hiçbir yargısal içtihatın bulunmadığı da göze çarpmaktadır. Bu konuya şöyle bir değinen az sayıdaki görüş ise, Alman Doktrini'ne ayrıntılarında sağlam bir şekilde temellenmemiş olmakla birlikte egemen bulunan, "temsil konusundaki kuralların bu soruna uyarlanmış bir biçimde uygulanması" tezini kısa yoldan reddetmekle yetinmektedir(1).

Bu yaklaşıma son tahlilde katılmak gerekir. Ancak, sözkonusu yaklaşımı temellendiren bir açıklamanın yapılmamış ve Ren Nehri'nin kuzeyindeki "görüşler cümbüşü" (LARENZ) ile tartışılmaması olması gerçeği de artık değiştirilmelidir. Bu bağlamda özellikle Alman Doktrini'nde temsil kavramı ile ilgili olarak gözden kaçırılan subjektif unsur volone de representation (contemplatio domini)(temsil isteği) üzerine dikkat çekmek gerekmektedir ki, bu unsurun gerekliliğini armağanın atfedildiği yazar da haklı olarak vurgulamıştır(2).

Ancak aşağıdaki açıklamalar yalnızca işlem yapanın, objektif olarak ferdileştirilebilen belli bir kişinin adını kullandığı, sanki bu kişi imiş gibi davrandığı durumları kapsamakta, incognitio ilişkiler ve takma ad yahut fantezi ismi kullanılması durumları ile, belli bir başka sahse işaret etmeyen yanlış isimlerin kullanılması hallerini (mesela işlemi yapan kendine bir ad yakıştırmıştır ve yazılı olarak bile bu yakıştırmaya ad ile kendisine her zaman ulaşılabilmesini, bir kiralık kasa tutmak veya kendi evindeki posta kutusunun üzerine bu yakıştırmaya adı yazmak türünden önlemlerle, sağlamıştır) kapsam dışı bırakmaktadır.

### I

'A', 'N' adı altında 'B' ile bir sözleşme yapmışsa, bunun üç farklı hukuki sonucu olabilir: 1) A'nın kendisine ait bir hukuki işlem sözkonusudur, yani sözleşme -hata sebebiyle iptal olasılığı saklı kalmak kaydıyla-'A' ile 'B' arasında meydana gelmiştir, 2) sözleşmenin hükümleri kullanılan ismin sahibi ile 'B' arasında geçerlidir veya 3) sözleşmeyi yapanlar arasındaki konsensus eksikliği nedeniyle herhangi bir anlaşma meydana gelmemiştir. "Başka isim altında sözleşme yapma" fenomeni daha yakından gözlemlenecek olursa görülür ki, farklı durumların sınıflandırılması, beklenildiği gibi yalnızca her somut olayda bir yorum meselesinin değil, aynı zamanda belli dogmatik sorunların da doğmasına sebep olmaktadır

(\*) *Mélanges Pierre ENGEL-* Lausanne 1989, s 221, 234

(\*\*) Osman B. Gürzumar; M. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesidir.

Konuyla ilgili olarak Alman Doktrini'nde aşağıdaki örneklerle değinilmiş ve bunların hukuki niteliklerinin belirlenmesi üzerinde düşünülmüştür:

a) Bir sanatçı başka bir isim altında 'incognito' ortaya çıkar ve bir kere artık kendisine almış bulunduğu bu ad altında çeşitli hukuki işlemler yapar.

b) Mağaza sahibi tacirin vermiş olduğu temsil yetkisiyle işlem yapan mağaza çalışanı, kendisinin bu özelliğinin anlaşılmasını engeller ve müşteriler tarafından mağazanın sahibi zannedilir. - Bir başvuru öz ad altında yapılır ama başvuruyu yapan, sözkonusu işlemin şahsen yapılacağı yere, kendisinin adı altında işlem yapacak olan becerikli bir arkadaşını gönderir. - Kadın kocasının bilgisi dahilinde bunun banka hesabı üzerinde tasarrufla bulunur. - Kızının rızası ile anne, Lotto pusulasını kızının adı ile imzalar. - Oğul babasının adı ile ve onun bilgisi dahilinde bir itibar emri verir. - Baba oğlunun bilgisi dahilinde ve onun adı altında ipotek işlemleri yapar.

c) 'A' kendisini yanlışlıkla 'N'nin kartvizitiyle tanıtır. 'B' onu 'N' zannetmektedir ama 'A' bunun farkında değildir. - Bir sözleşmenin yapılmasını garantiye almak için 'A', bir müze direktörünün kartvizitiyle ve onun ismini kullanarak hareket eder. - Bir otel odası başka bir isim altında tutulmuştur. - Açıklanmış fiyat listeleri gönderimine yardım esnasında ikinci postalama başka ad altında olmuştur.

d) Tanınmamak isteyen bir sanat taciri kendisine bir sanatseverin adını yakıştırmıştır. - 'B' kendisine miras kalmış çok değerli bir malı yalnızca aile içinde satmak istediğinden, akraba olmayan 'A' bu malı ele geçirmek amacıyla, kendisini kuzen 'N' olarak tanıtır. - 'A' kredi alabilmek için güvenilir bir kişi olan 'N'nin adıyla işlem yapar.

e) 'A' 'B'ye, kendisine uygun koşullar yaratmak amacıyla, 'B'nin yakın bir arkadaşının adı olan Blumenkranz (3) ismi altında mal ısmarlar. - 'A' 'B' ile bir sözleşme yapabilmeyi garantilemek amacıyla, 'B' karşısında kendi lehine ve 'N' adı altında kefil olur.

f) Çirkin bir film aktristi güzel bir arkadaşını mülakata gönderir. Bu da diğerinin adı altında ilgili sözleşmeyi yapar. - İspanyolca dersine memur edilecek ama bu dile kafi derecede yeteneği olmayan bir özel ders öğretmeni ilgili sözleşmenin yapılmasına çok iyi bir İspanyolca bilgisine sahip olan bir başka kişiyi gönderir;

g) 'A' 'N' adı altında bir senet (bono, poliçe) imzalar, bununla kendisinin senetle sorumluluk altına girmesini engellemek istemektedir.

### II

Başka isim ile işlem yapma konusu ile ilgili sorunları inceleyen