

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HUKUKİ KURGUNUN HUKUKUN
GELİŞİMİNDEKİ YERİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ

BEYZA N. EKER

2501170531

TEZ DANIŞMANI

DOÇ. DR. ÜLKER YÜKSELBABA

İSTANBUL- 2020

ÖZ

HUKUKİ KURGUNUN HUKUKUN GELİŞİMİNDEKİ YERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

BEYZA NUR EKER

Bu çalışmada geçmişten bu yana pek çok alanda kullanılmış olan kurguların hukuktaki yansıması incelenecektir. Hukuki kurguların tanımına ulaşmak amacıyla öncelikle temel niteliğinde kavramlar olan dil ve düşünce konularına değinilecek; bununla bağlantılı olarak gerçeklik-kurgu ilişkisinden bahsedilecektir. Neticede gerçekliğin de kurgunun da zihinde şekillenmesi dil ve düşünce aracılığıyla olmaktadır.

Hukuki kurgular günümüzde diğer alanlara oranla nispeten daha az çalışılan bir konudur. Mevcut kaynakların neredeyse hepsi yabancı dilde kaleme alınmıştır. Bu çalışmada hukuki kurguları incelemiş olan çeşitli düşünürlerin hukuki kurgu tanımlarından bahsedilecek, ilgili tartışmalar takip edilerek hukuki kurgu örnekleri değerlendirilecektir. Dil aracılığıyla oluşan bir kültür ürünü olan hukukun içerdiği tüm kuralların başlangıçta birer kurgu olduğunu düşünenler de bulunmaktadır ancak bu çalışmada daha ziyade hukuktaki kurgular ele alınacaktır. Hukuki kurguların literatürde tek bir tanımı bulunmamakla beraber bazı yazarlarca tanım oluşturma denemeleri yapılmıştır. Hukuki kurgular hakkında dönemden döneme veya kişiden kişiye değişen çok çeşitli yargılar yer almaktadır. Bu sebeple çalışmada hukuki kurguların ne anlam ifade ettiği, hangi işlevlere sahip olduğu ve hukukta kurgu kullanımının hukukun gelişimine olan etkisi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: kurgu, hukuki kurgu, ütopya, gerçeklik, dil, düşünce

ABSTRACT

HUKUKİ KURGUNUN HUKUKUN GELİŞİMİNDEKİ YERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

BEYZA NUR EKER

In this study, the reflection of fictions that have been used in many fields since the past in law will be examined. In order to reach the definition of legal fictions, primarily the basic concepts of language and thought will be addressed; in connection with this, the relationship between reality and fiction will be mentioned. As a result, the formation of reality and fiction in mind occurs through language and thought.

Legal fictions are not being used much as a subject matter of researches compared to other fields. Almost all of the available resources are written in a foreign language. In this study, the legal fiction definitions of various thinkers who have examined the legal fiction will be mentioned, and the examples of legal fiction will be evaluated by following the related discussions. There are also those who think that all the rules of law which is a product of culture through language are fiction at the beginning, but in this study, rather the fictions in law will be discussed. Although there is no single definition of legal constructs in the literature, some authors have attempted to formulate definitions. There are a wide range of judgments about it that vary from period to period or from person to person. For this reason, in this study, the meaning of legal fictions and the effect of the use of fiction in law on the development of law will be examined.

Key Words: fiction, legal fiction, utopia, reality, language, thought

ÖNSÖZ

Bu çalışmada geçmişten bu yana pek çok alanda kullanılmış olan kurguların hukuktaki yansıması incelenecektir. Hukuki kurguların tanımına ulaşmak amacıyla öncelikle temel niteliğinde kavramlar olan dil ve düşünce konularına değinilecek; bununla bağlantılı olarak gerçeklik-kurgu ilişkisinden bahsedilecektir. Neticede gerçekliğin de kurgunun da zihinde şekillenmesi dil ve düşünce aracılığıyla olmaktadır.

Dünyanın bir yerinde bir adam Kongo'daki evinden terör sebebiyle kaçıp Uganda'ya gelerek spora başlıyor, koşuyor. Başka bir yerde bir filozof, her şeyi bırakıp antropoloji ve mitoloji alanında çalışmaya karar veriyor. Bir Amerikalı, yaşama sebebi bulmak için Kofukuji Tapınağı'nın yakınlarındaki Nara 'ya gidiyor. Ben de bir yazarın yazdığı şu satırları okuyorum: *“Bunu düşünmeye hep gereksinimimiz var: Başıma bir şey geldi, bu aynı zamanda şu anlama gelir, bu şey başa gelebilecek şeylerin düzenine ait bir şey değildir ama dışarı götüren ve sürgün eden bir şeydir.”*¹ Sizler de bu satırları okuyorsunuz. Bulunmuş olan yollarda ilerlemekten ziyade, yolda bir şeyler bulmak' a verdiğim önem sebebiyle, bu çalışmanın tabiri caiz ise birilerini “sürgüne göndermesini” ve bir şeyler bulma şevki oluşturabilmiş olmasını diliyorum.

Bu çalışmada hayatının tümünü Gerçek'in anlamını aramaya adanmış olan ben, hukuki kurguları açıklamaya çalışacağım. Tez çalışmam boyunca kıymetli vaktini ayırıp bana yol gösteren sevgili hocam Doç. Dr. Ülker YÜKSELBABA'ya teşekkürlerini sunmak isterim. Çalışmamdaki olası tüm eksik ve hatalardan da yalnızca benim sorumlu olduğumu ayrıca belirtirim.

Gerçeğin ancak kendi zıddı ile birlikte var olabildiğini anlamama imkân tanıyan, emeğini ve sevgisini yalnızca kendi evlatlarına değil yıllardır yüzlerce çocuğa da vermiş olan gurur duyduğum biricik öğretmenim annem başta olmak üzere tüm aileme de bu vesileyle şükranlarımı iletirim.

İstanbul 2020
Beyza Nur Eker

¹ Maurice Blanchot, **Felaket Yazısı**, Çev. Aziz Ufuk Kılıç, İstanbul, Monokl Yay., 2014, s.20.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ KURGULARA GİRİŞ: BAZI TEMEL KAVRAMLAR

A.Kurgu.....	3
B.Gerçeklik	7
C.Dil ve Düşünce	11
D.Hukuk ve Dil	16

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA KURGU ARACILIĞIYLA BAKMAK

A.Hukuki Kurgular.....	25
B.Hukuki Kurgular Hakkında Bazı Görüşler	38
1-William Blackstone (1723- 1780).....	38
2-Jeremy Bentham (1748- 1832).....	40

3-John Austin (1790- 1859).....	44
4-Sir Henry Maine (1822- 1888).....	45
5-John Chipman Gray (1839- 1915).....	49
6-Hans Vaihinger (1852- 1933).....	50
7-Roscoe Pound (1870- 1964).....	52
8-Lon Fuller (1902- 1978).....	54
9-Peter J. Smith (1940-).....	58

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKİ KURGULARIN İŞLEVLERİ VE OLASI TEHLİKELERİ

A)Hukuki Kurguların İşlevleri.....	61
B)Yorum Aracı Olarak Hukuki Kurgular	68

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKİ KURGU ÖRNEKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A)Tarihte Kullanılmış Hukuki Kurgu Örnekleri.....	78
B)Yakın Dönem Hukuki Kurgu Örnekleri	84
C)Hukuk Teorisi Kuran ve Hukuk Eleştirisinde Bulunan Kurgu Örneği Olarak: Toplum Sözleşmeleri	95
D)Hukukta Eleştirel Kurgu Örnekleri Olarak: Ütopyalar	101
SONUÇ	110
KAYNAKÇA	115

ŞEKİL

Şekil 1. Bir İletişim Ağı Olarak Hukuki Kurgular.....	83
--	----



KISALTMALAR LİSTESİ

A.g.e. / a.g.e.	: Adı geçen eser
A.e.	: Aynı eser
Akt.	: Aktaran
A.y.	: Aynı yer
B.a.	: Bütüne atıf
C.	: Cilt
Co.	: Company
Çev.	: Çeviren
Ed.	: Editör
HFD.	: Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Md.	: Madde
No	: Numara
Pub.	: Publishing
s.	: sayfa(lar)
S.	: Sayı
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TDK.	: Türk Dil Kurumu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
U.S.A	: United States of America
Vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Yay.	: Yayıncılık/Yayınları

GİRİŞ

Bu çalışmanın ana konusunu hukuki kurgular, onların ortaya çıkış süreci ve kullanım amaçları oluşturmaktadır. Tüm bunlar göz önünde bulundurularak hukuki kurguların hukukun gelişimine etkisi değerlendirilecektir. Hukuki kurgular hakkında neredeyse hiç Türkçe çalışma bulunmadığından, öncelikle hukuki kurgular tanımlanacak ve değerlendirme mahiyetinde çeşitli düşünürlerin hukuki kurgular hakkındaki görüşleri incelenecektir. Bu değerlendirmelerden yola çıkılarak hukuki kurguların hukuktaki işlevleri açıklanmaya çalışılacak ve son olarak hukuki kurgu örnekleri ele alınacaktır.

Hukuki kurguları açıklamaya geçmeden önce, kurgu ifadesinin hukukla bağlantısı hakkında fikir yürütebilmek adına kurgu konusundan bahsedilecektir. Kurgu ifadesi genel itibariyle sözlükte “*bir bütün oluşturmak için parçaları takip birleştirme; uygulamaya geçmeyen, sadece bilmek ve açıklamak amacını güden düşünce, kuramsal araştırma; gerçek olmayan olay ve kahramanlardan oluşan eser*”² gibi tanımlara sahip olan; daha çok edebiyat, sinema ve sanatın diğer dallarında kullanılan bir ifadedir. Bu sebeple ilk bakışta hukuka uzak bir kavram olarak gözükmektedir. Ancak hukukta da kimi zaman kurgusal öğelere yer verilmekte, kurguların hukukta kullanımı hukuku anlamak ve geliştirmek amacına hizmet edebilmektedir. Ayrıca geçmişte yeni durumlarla karşılaşıldığında bu durumlar yasalarla düzenlenmeden evvel hukuki kurgular gündeme gelmekteydi. Daha sonra kurgularla oluşturulan bu yeni kurallar yasalar tarafından düzenlenmekte yahut yargıç uygulamalarıyla özellikle Common Law sisteminde içtihatlarla dönüşmekteydi.

Kurgunun sözlükteki tanımları pozitif hukukun kesinlik ve belirlilik ile hukuki güvenliği sağlama amacına ters düşüyor gibi gözükmektedir. Hatta bu sebeple hukuki kurgulara karşı çıkan pek çok düşünür bulunmaktadır. Ancak uygulamada çeşitli biçimlerde hukuki kurgu kullanımlarına rastlamaktayız. Örneğin bir kuralın somut

² Bkz: TDK Sözlük

olaya nasıl uygulanacağı muhakeme edilirken yahut bir hukuk kuralı söz konusu olay için yetersiz kaldığında hukuki kurgulara başvurulduğu görülür.

Hukuki kurguların belirgin ve tek bir tanımını bulunmamakta ancak kullanım şekilleri üzerinden düşünürlerce yorumlanarak anlamına ulaşılmaktadır. Hukuki kurgular günümüzde pek fazla çalışmaya konu olmadığından hukuktaki yerinin kavranabilmesi adına öncelikle geçmişteki kullanımlarının incelenmesi yol gösterici olabilir. Zira geçmişte kötü bir üne sahip olan hukuki kurgular zaman içerisinde anlam değişikliğine uğrayarak hukukun gelişimine katkı sağlayan bir araç olarak da görülmeyi başarabilmiştir. Esasında onları bugün dahi hile yahut yalanla eş tutan düşünürler bulunmakta olup kurguların özüne ve temel amacına yönelik düşünme ve araştırma pratiklerine pek rastlanılmamaktadır.

Bu düşünürlerin hukuki kurgu çalışmaları tartışılarak hukuki kurguların kullanımının faydaları ve olası zararları ele alınacaktır. Hukuki kurguların işlevleri incelenirken, belirsizlik tartışmalarıyla bağlantılı olması sebebiyle ayrıca hukuki yorum konusuna değinilecektir. Tüm bu konuların daha anlaşılır olabilmesi için dilin kullanımının gerçeklik ve kurgu ile ilişkisi göz önünde bulundurularak, hukuki dilin kurguları hangi ölçüde içerdiği tartışılacaktır. Çokça karmaşık bir dil olan hukuk dilinin anlamlandırılması ve kuraldaki anlamın özüne ulaşmak da ancak hukuki yorumla mümkündür. Hukuki kurguların işlevlerinden bahsettikten sonra hukuki kurgu kullanım sebepleri ve hukukun gelişimine etkisi daha anlaşılır olacaktır. Son olarak geçmişten bu yana kullanılan bazı hukuki kurgu örnekleri incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ KURGULARA GİRİŞ: BAZI TEMEL KAVRAMLAR

Hukuki kurguları açıklamaya geçmeden önce kurgu ifadesinin ne anlama geldiğinin ve ne şekillerde kullanıldığının incelenmesi çalışma konusunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Sonrasında bununla bağlantılı olan gerçeklik, dil, düşünce gibi temel kavramlar ele alınacaktır. Hukuki kurgular konusunun pek fazla aşına olmadığımız bir çalışma alanı olması sebebiyle bu bölümde öncelikle kurgu kavramı, dilin hukuktaki yeri, kurgunun düşünce ve gerçeklikle ilişkisi tezin konusuyla sınırlı olarak incelenecektir. Sonraki bölümde ise izah edilen bu konular da göz önünde bulundurularak hukuki kurgu tanımları incelenecek ve uygulamadaki örnekleri değerlendirilecektir.

A. Kurgu

Kurgu kelimesinin İngilizcedeki karşılığı olan “fiction” ‘ın etimolojik kökenine bakıldığında, Latince “*şekillendirmek, oluşturmak, tasarlamak, kandırmak*” anlamlarına gelen “*fingere*” sözcüğünden geldiği görülür.³ David Mikics de kurgu kavramının, Latince ‘*kalıba dökmek*’ (to mould), ‘*bir tasarımı şekillendirmek*’ (to shape to a design) ve ‘*sahtesini yapmak, aldatmak, uydurmak*’ (to fake) anlamlarına gelen ‘*fingere*’ sözcüğünden türediğini belirtir.⁴ İlgili Latince kelimelere bakıldığında, onlar da “*elle yapılmış olan, zihinde icat edilen; doğal olmayan (yapay olan)*” anlamlarını içermektedir.⁵ Bunlardan biri olan “fictum” kelimesi ise *aldatmaca, sahtelik, gerçek dışılık* anlamına gelmektedir.⁶

Kurgu ifadesinin sözlükteki açıklamasına bakıldığında “*gerçek kişi ve olaylara dayanmayan, hayali olguları temele alan hikâyeler yahut doğruymuş gibi davranılan yanlış ifadeler*” şeklindeki tanımlamalara rastlarız.⁷ Ancak genellikle kurgu, gerçeklikle ilgili bilinenlerden yola çıkılarak kurulan, oluşturulan, yapma olan

³ Çevrimiçi, <https://www.etymonline.com/word/fiction> , 10.10.2019.

⁴ David Mikics, *A New Handbook of Literary Terms*, Yale University Press, 2007, s.120.

⁵ A.y.

⁶ Charlton, T Lewis, *An Elementary Latin Dictionary*, New York, American Book Company, 1890.

⁷ Çevrimiçi, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/fiction> , 10.10.2019.

şeylerdir. Chris Baldics ise sanat ve edebiyattaki tiyatro oyunları ve şiirlerin de kurgusal olmasına rağmen kurgu kavramının daha çok düzyazı şeklindeki roman, kısa hikâye, novella, romans, fabl ve bu tarz anlatılar için kullanılan bir terim olduğunu ve bu terimle *uydurulmuş/gerçek olmayan (invented)* şeylerin kastedildiğini ifade eder.⁸

Kurgu, esasında genel olarak hayatın şekillenişinde vardır ve dış dünyayı algılamamıza yardım eder. Peter Childs ve Roger Fowler ‘kurgu’ kavramının, birçok farklı zihinsel aktivite ve kültürel oluşum türlerini altında tutan bir şemsiye olduğunu belirtir.⁹ Dışarıda, dış dünyada ‘gerçeklik’ denilen şeyler bulunmaktadır ve bu gerçeklik kimi zaman kurgular aracılığıyla insanın dünyasına girebilmektedir.¹⁰

Kurgu, mutlaka gerçek olaylara karşılık gelmesi gerekmeyen belirli durumların varlığını ortaya koyan bir önerme veya anlatının oluşturulmasıdır. Ancak bu tarz kurgular, edebiyatta okuyucuyu veya dinleyiciyi temsil edilen durumların gerçekliği konusunda herhangi bir aldatma niyeti olmaksızın yaratılır ve aktarılır.¹¹ Gerçekliğe dair pek çok felsefi tartışma bulunsa da burada belirtmek istediğimiz gerçekliğin dil aracılığıyla yazılarak ve/veya okunarak, kimi zaman farklı gerçeklikleri de bir araya getirerek yeniden üretilebileceği; dolayısıyla kurguda üretilmiş bir gerçeklik olduğuna dair görüştür.¹² Yukarıda bahsedilen bu tanımlar, mutlak bir kurgu-gerçeklik ayrımı olduğunu varsaymakta ve bu sebeple “gerçek/olgusal” olan (*factual*), kurgusal olmayanla (*non-fictional*) eş değer tutulmaktadır.¹³ Ancak bu duruma uymayan, daha karmaşık yapıda durumlar da söz konusu olabilir. Kurgusal söylemin aldatıcı olup olmadığının tespitiyle kurguyu yalan/hileden ayırabiliriz.¹⁴

⁸ Chris Baldick, **The Concise Oxford Dictionary of Literary Terms**, New York, Oxford University Press, 2001, s.96.

⁹ Peter Childs, Roger Fowler, **The Routledge Dictionary of Literary Terms**, New York, 2006, s.89.

¹⁰ Aytaç Ören, “Edebiyatta Kurgusal Gerçeklik: Fictional Reality”, **Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, s:2, s.156., <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/255197>, 17.11.2020.

¹¹ Çevrimiçi, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2864290, 20.08.2020.

¹² Ören, **Ag.e.**, s.157.

¹³ Bahar Dervişcemaloğlu, “Kurmaca-Gerçek Ayrımı, Kurgusal Teorileri ve Tarihî Roman”, **Yeni Türk Edebiyatı**, sayı 15, İstanbul, Ana Basım Yay., 2017, s.36.

¹⁴ **A.y.**

Kurgunun yapısı gereği kurgulanan şeyin “imal edilmiş” olması, onu sahte, hile, yapma gibi kavramlarla ilişkilendirilir. Kurguda olayların kendine özgü bir biçimde düzenleniyor oluşu kurgunun gerçeklikle olan sınırının belirsiz olabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla kurgu, bir bakıma gerçekliğin de sorgulanmasını gerektirmektedir.¹⁵

1970 ve 1980’li yıllarda kurgusallık konusu, sanattan ziyade dil felsefesi ve mantık alanındaki semantik (anlambilim) ile pragmatik (edimbilim) tartışmalarına da konu olmuştur.¹⁶ Semantik araştırmalar daha çok kurgusal ifadelerin önerme değeri üzerine yapılırken; pragmatik alanındaki araştırmalar kurgunun bir iletişim biçimi olarak nasıl işlediği, nasıl üretildiği ve kurguların toplumsal rolü üzerine odaklanmıştır.¹⁷ Ancak bu çalışmalar anlatı bilim alanının konusu olduğu için ayrıntılı olarak bahsedilmesi esas konudan uzaklaştıracağından yalnızca hukuki kurguları ilgilendirdiği ölçüde anlatı ilişkisine değinilecektir.

Şöyle ki son zamanlarda öne çıkmaya başlayan hukuk ve edebiyat hareketi, kurgunun hukuktaki yeri konusuyla yakından ilgilidir. Özellikle edebiyat olarak hukuk çalışmaları, anlatı ve yorum konularının önemine ışık tutarak hukuki kurguyu anlamada bir temel niteliğindedir. Zira hukuki kurgular, hukuki söylemin anlatı öğelerini kullanma yöntemlerinden biridir demek haksız bir iddia oluşturmaz.¹⁸ Hukuk ve anlatıya ilişkin tartışmalar, hukukta ‘gerçek’lerin rolü ile bağlantılı olması sebebiyle de hukuki kurgularla yakından ilgilidir.¹⁹

Hukuka yalnızca belli kural ve politikalar olarak değil aynı zamanda öyküler, açıklamalar, dilsel değişimler, anlatı ve retorik olarak yaklaşan birçok çalışma

¹⁵ Nancy J. Knauer, “Legal Fictions And Juristic Truth”, **St. Thomas Law Review**, vol.23., St. Thomas University School of Law Pub., 2010.

¹⁶ **A.e.**, s.38.

¹⁷ **A.y.**

¹⁸ Hukuki söylem ile hukukla ilgili olan her tür metin kastedilmektedir.

¹⁹ Bu açıdan hukuk, anlatısal özelliği ve retorik yanıyla Rus bebeklerine benzetilebilir. Buna göre en büyük bebek anlatısal bağlamda hukuk, onun içerisindeki bebek retorik ifadesi ve en içerideki bebek ise hukukun özündeki tarafsız prensipleri temsil etmektedir. Dolayısıyla yasal bir yaklaşım formüle edilirken gerçek olaylarla ilgili delil ve prensiplerin yanı sıra kurgusal ifadeler de başvurulmaktadır. Bkz: Jane B. Baron, Julia Epstein, “Is Law Narrative?”, **Buffalo Law Review**, vol.45., 1997, s.158; Ertuğrul Uzun, “Hukukun Göstergebilimsel Analizi”, (**Doktora Tezi**, Eskişehir Anadolu Üniversitesi, 2006), s.65-84.

bulunmaktadır. Hukuka anlatı olarak yaklaşmak ve edebiyat olarak hukuk incelemelerinde bulunmak, insan doğasını anlamak ve bunun sonucunda hukuki gelişimi sağlamak açısından önemlidir.²⁰ Ayrıca hikâyelerin yeniden okunmasını (ve üretilmesini) sağlayarak, belirli problem türlerini ve bunlara ilişkin muhtemel kararları kültürel olarak anlamlı kılan bir forma getirme işlevi görmektedir. Böylece belki ilk seferde görülemeyen yahut tek bir bakış açısından bakıldığında tam olarak kavranamayan durumların kavranmasını da kolaylaştırmaktadır.

Hukuk anlayışı ve hukuki tecrübelerin kavranması açısından da hukuka anlatı olarak bakmak konusu önem arz etmektedir. Anlatısallaştırmanın amacı, geleneksel olarak akademik tarzda yazılmış olan metinlerin ilk görünüşte açıklayıcı olmayan kısımlarının gizlediği değerleri tartışmak ve ortaya çıkarmak yahut mevcut hukuki doktrinin dikkate almadığı yaşanmış bir gerçekliğin bir yönünü göstermektir. Yine bu amaçla hukuk metinleri edebi eleştiri yöntemleri aracılığıyla yorumlanabilmekte, Yüksek Mahkeme görüşleri ve diğer karar metinlerinin açıklanması edebiyat aracılığıyla geliştirilebilmektedir.²¹

Sonuç olarak her ne kadar genellikle edebiyat, sinema gibi sanat alanındaki kullanımlarıyla bilinmekteyse de, bir kültür ürünü olan hukukta da kurgulara başvurulmaktadır. Bu sebeple her ne kadar hayal ürünü, uydurulmuş olan şeklinde tanımları bulunsada, anlatı olarak hukuk yaklaşımının belirttiği gibi hukuku anlamada yardımcı olabilmesinden ziyade bu çalışmada konusu itibarıyla kurgu ifadesinin daha çok *“bir bütün oluşturmak için parçaları takıp birleştirme işi”* ve *“uygulamaya geçmeyen yalnız bilmek ve açıklamak amacını güden düşünce, kuramsal araştırma”*²² gibi tanımlarıyla bağlantılı olan yönü öne çıkmaktadır. Thomas Hobbes’un da belirttiği gibi insan, akıl yürütme aracılığıyla bütünü oluşturan parçaları birleştirir, bütünün parçalarıyla diğer şeyler arasındaki ilişkiyi düşünür²³ yani kurgular.

²⁰ Richard A. Posner, “Law and Literature: A Relation Reargued”, **Virginia Law Review**, vol.72, no.8, 1986, s.1352.

²¹ Peter Brooks, Paul Gewirtz, **Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law**, Michigan, Yale University Press, 1996, s.3.

²² Çevrimiçi, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=210877, 10.10.2019.

²³ Thomas Hobbes, **Leviathan**, Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi Yay, 2018, s.42.

B. Gerçeklik

Kurguyu hayal ürünleriyle, gerçek olmayanla, tasarlanmış veya uydurulmuş olanla tanımlayanlar genellikle karşısına gerçek olan, gerçeklik kavramlarını koyarlar. Bu nedenle kurgu kavramı da çeşitli bağlamlarda gerçek olanla, gerçeklikle birlikte tartışılır. Gerçeklik konusu çok derin ve kapsamlı bir konu olduğundan bu çalışmada yalnızca kurguların kavranmasına yardımcı olduğu ölçüde kısaca açıklanacaktır. Gerçek kelimesi TDK Sözlüğü'nde “*bir durum, bir nesne veya bir nitelik olarak var olan, varlığı inkâr edilemeyen, olgu durumunda olan*” şeklinde tanımlanmaktadır.²⁴ Gerçeklik ise yine sözlükte “*gerçek olan, var olan şeylerin tümü, hakikilik, şeniyet, realite, reellik*” olarak ifade edilmektedir.²⁵ Hakikat ise “*gerçek, sabit ve doğru olmak, gerekmek; bir şeyi gerçekleştirmek*” gibi anlamlara gelen hakk kökünden türetilmiş olup, bir görüşe göre gerçek, somut ve nesnel olarak var bulunan iken hakikat, gerçeğin bilinçteki yansımasıdır.²⁶

“Kurgu” ifadesi kimi düşünürlerce yukarıda bahsedildiği üzere yapısı gereği “yapma, imal edilmiş” olma niteliğine sahip olduğu için “uydurma/sahte/yalan” ile eş değer tutulmaktadır. Bu düşünceye göre, genel nitelikte olan ve düzeni temin etmek gibi bir göreve hizmet eden yasalarda kurgu, “belirlilikten uzak ve yapma” olduğu gerekçesiyle hukuk güvenliği açısından sorunlu bulunmaktadır. Oysa algıladığımız şeylere alternatifler kurgulamak, onların sadece bize verilen şekliyle yetinmeyerek, mümkün olanı en geniş anlamıyla düşünmemize ve tartışmamıza olanak sağlamaktadır. Böylece mevcut hukuki sorunlara cevap üretirken kurgulara başvurarak daha geniş perspektiften çıkarımda bulunabilme, yeni durumları hayal edip yeni çözüm önerileri sunabilme ve daha sağlam temellendirilmiş hukuki gerekçelendirme yapabilme gibi pek çok şekilde hukukun gelişimine katkılar sağlayabiliriz.

Felsefe tarihi esasında fizik/metafizik, fenomenler/numenler alemi, materyalist/idealist kavramları ve bunlarla bağlantılı tartışmalarla gerçek kavramını incelemiştir. Bu konuda tartışmaların tüketilemeyeceği kabulüyle bu çalışmada sadece

²⁴ Çevrimiçi, <https://sozluk.gov.tr/>, 14.07.2020.

²⁵ A.y.

²⁶ Hasan İsi, “Gerçek ve Hakikat Sözcükleri Üzerine Felsefi ve Dilbilimsel İnceleme”, **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt:8, S:41, 2015, s.182,183.

hukuk ve kurgu bağlamında gerçekliği ele alan hukukçuların buna dair bazı görüşlerine değinilecektir. Hukuki kurgular hakkında çalışmaları bulunan Jeremy Bentham da gerçeklik ve kurgu ilişkisini incelemiştir. Bentham'ın “gerçeklerin kurgusal doğası” (*fictionalist realism*)²⁷ olarak ifade ettiği teorisi bize hukuki kurgular ve olgusal gerçekliğe ikili bir perspektifle bakma imkânı sunmaktadır. Buna göre hukuki kurgular, toplumda ne saf bir kanaat ne de bir kanaat yokluğu meydana getirmektedir.²⁸ Hukuki kurgulara, toplumsal bir ihtiyaç sonucu başvurulduğu için kurguların gerekli olduğu yönünde bir tür kanaat oluşurken; gerçeklikle ilgili tartışmalar yarattığından tam bir düşünce birliği sağlayamamaktadır. Bazı yazarlar bu ikili perspektifi, “kanaatlerimizi gerçek dünya ve kurgusal dünya arasında ikiye böleriz” şeklinde açıklamıştır.²⁹ Yani hem dış dünyayı algılama hem de algıladıklarını muhakeme ile farklı bir şekilde birleştirme kapasitesine sahip olan insan gerçekle ilgili çıkarımlarla kurguya, kurgu ile ilgili çıkarımlarla gerçeğe ulaşabilir. Ancak ileride değinileceği üzere Bentham'ın kurgularla ilgili düşünceleri olumlu olmaktan çok uzaktır. Onun için kurgu, sanki doğruymuş gibi ele alınan ancak aslında açıkça yanlış olan olayı ifade etmektedir.³⁰

Bentham gerçek ve kurgu arasındaki ilişkiyi ele alırken, “insanların gerçeğin ve aklın dilinden konuşmaları” gerektiğini belirtir ve gerçeklik tarafında saf tutar. Ona göre kurgu yerine göre “bir kum temel” veya başka bir durumda “fantezi”dir.³¹ Gerçek oluşumlar ile fikirlerden meydana gelen kurgu oluşumları arasındaki fark, kullanılan dil ile ilgilidir.³² Dil bize, kullanılan kelimelere karşılık gelen olayların veya durumların nesnel varlığına dair bir inancı taahhüt etmektedir. Bu inanç, zihnin dili anlamlandırma eğilimiyle ilgilidir. Zira şeylere verilen isimler ve onları anlatmak için kullanılan kelimeler, her zaman kendi anlamlarının ötesini de işaret eder. Bentham kurgularla gerçekliğe bir mucize, bir fabl havası verildiğini belirterek toplum

²⁷ Nomi Maya Stolzenberg, “Bentham's Theory of Fictions- A "Curious Double Language"”, **Cardozo Studies in Law and Literature**, Vol. 11, No. 2, Winter, Taylor & Francis, Ltd. on behalf of Cardozo School of Law, 1999, s.223.

²⁸ **A.e.**, s.224.

²⁹ **A.y.**

³⁰ Jeremy Bentham, **Yasamanın İlkeleri**, Çev. Barkın Asal, İstanbul, Oniki Levha Yay., 2017, s.90.

³¹ **A.e.**, s.94.

³² Charles K. Ogden, **Bentham's Theory of Fictions**, Londra, Kegan Paul Trench Trubner & Co, 1932, s.xii.

sözleşmelerine dair eleştirileriyle bunu açıklamaya devam eder. Ona göre insanların mutluluğu bir “kurmacaya” bağımlı kılınmamalıdır.³³ Bentham’ın bu yorumları kurgunun, hukuk güvenliğini tehdit etmesi ve gerçekliği yansıtmaması gibi gerekçelerle olumsuz yanlarını vurguladığını göstermektedir.

Kurguların gerçeklikle arasındaki bağlantı muğlak olup, zamanla yani içerisinde bulunulan dönemle de ilişkilidir. Kurgular dilsel ve kavramsal bir sürecin oluşumudur. Aviam Sofer bu durumu “*Ülkenin gelişimi ve devamlılığı için hukukta kurgulara ihtiyacımız var. Şimdiki çatışmalara ses verebilmek, efsanelerimizi yeniden yaratıp anlatabilmek için, zaferleri olduğu kadar günahları ve yanlışları da öğrenebilmek için kelimelere ihtiyacımız var.*” diyerek ifade etmektedir.³⁴ Zira gerçekleşen sosyal, siyasi ve ekonomik değişimler söylem değişikliklerine sebep olmakta ve bu da ideoloji dolayısıyla hukuk alanında en belirgin sonuçlarını göstermektedir. Toplumsal hayatta meydana gelen bu değişimler, o zamana kadar kabul görmüş olan ‘gerçek’lerden farklı yeni durumlarla karşılaşmamıza sebep olur. Sofier burada kurguları kelimelerin kullanımı ve bir ifade biçimi olarak göstererek gerçeklikte karşılaştığımız yeni durumları algılama ve aktarmada yardımcı olabileceğini belirtmektedir.

Adaletle ilişkin hakikat arayışında bir kültür ürünü olan hukukun oynadığı rol ise oldukça büyüktür.³⁵ Kültür maddi olduğu kadar manevi de ürünleri de kapsar. Dolayısıyla hukuku yalnızca bir olgu olarak saptamakla yetinmemek gerekir.³⁶ Bir yasa oluşturulurken, değiştirilirken, kaldırılırken toplumdaki gerçeklik değerlendirilir. Bu gerçekliğin bilgisine de toplumdaki etkileşime, toplumsal davranış kalıplarına bakılarak ulaşılabilir. Hukuk, ‘sosyal insan’ ın gerçekliğinden yola çıkılarak oluşturulmuş bir sistemdir.³⁷ Hukukta genellikle gerçek kavramı, önceden var olan ve hukuki faaliyet bildiren gerçek dünyadaki durumlar olarak ele alınır. Sosyal gerçeklik, içinden çıktığı topluma göre çeşitli çalışmalar sonucunda organize edilerek ‘hukukî

³³ Bentham, **Yasamanın İlkeleri**, s.93,94.

³⁴ Aviam Sofer, “Reviewing Legal Fictions”, **Georgia Law Review Vol. 20 No.4**, 1986, s.873.

³⁵ Steven Shapin, **A Social History of Truth: Civility and Science in Seventeenth-Century England**, Chicago, University of Chicago Press, 1994, s.208-214.

³⁶ Onur Karahanoğulları, “Diyalektik Hukuk Bilimi Notları”, **Hacettepe HFD, c.5, S.2**, 2015, s.272.

³⁷ Doç. Dr. Bahir Güneş Türközer, “Hukuk Toplumsal Bir Gerçekliktir”, **TBB Dergisi, S. 62**, 2006, s.85.

gerçekliği' oluşturur.³⁸ Hukukun en temel görevlerinden biri de toplumsal ihtiyaçlara cevap vermektir. Bu nedenle hukuk toplumsalla ilgilenmek ve onun gerçekliğinin farklı boyutlarını ele durumundadır. Yasalar da toplumsal gerçekler dikkate alınarak düzenlenmelidir.

Yine de adalet düşüncesinin ve iyiyi doğruyu arama çalışmasının gereği olarak eleştirel değerlendirme elden bırakılmamalıdır. Kurgular da bu konuda bize yardımcı olurlar. Kurgular genellikle gerçeklikte bir durum veya olayla ilgili bir eleştiri, kritik yapılmasını ima eder.³⁹ Dolayısıyla aslında öyleymiş gibi davranma, hayal etme, icat etme anlamlarının yanı sıra kurguların düşünme ve eleştirmeye iten bir yanı da bulunmaktadır. Başkalarının düşünce ve inançlarına ilişkin anlayışlarımızı geliştirmek, insanların beklentileri, bunların sonucundaki eylem ve planları hakkında fikir yürütmek kurgunun ve kurgusal düşüncenin olumlu yanlarıdır.

Bir görüşe göre hukuk, bir kurallar bütünü olması ve bunların gerçeklikteki yansıması olan davranış kalıplarını içermesiyle iki boyuttan oluşmaktadır.⁴⁰ Buna göre hukuki kuralların oluşması, kendisine yanıt veren sosyal davranış kalıplarının görünümüyle olmaktadır. Dolayısıyla aslında hukuki kuralların başlangıçta soyut bir gerçekliği bulunmaktadır, bu da yalnızca insanların buna göre oluşturduğu davranışlar ve yetkililer tarafından bu kuralların uygulanmasıyla algılanabilir ve sosyal olarak gözlemlenebilir hale gelmektedir.⁴¹

Gerçekliğin bilgisi bize verilmiş olan bilgilerin ötesine geçmeyi gerektirebilir⁴²; ona giden yol imgeyle ve kurguyla da ilişkili olabilir. Hukuk, gerçeği dil yoluyla yapılandırmaya-yönelik bir girişim olarak kurgularla ilişkilidir.⁴³

³⁸ François Russo, "Hukuki Gerçeklik — Sosyal Gerçeklik: Hukuk ile Sosyoloji Arasındaki Bağlantılar ve Hukukun Sosyal Hayattaki Rolü Üzerinde Bir Deneme", çev. Kasin Arsebük, çevrimiçi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/320/3234.pdf>, 04.02.2020, s.715.

³⁹ Karen Petroski, **Fiction and the Languages of Law: Understanding Contemporary Legal Discourse**, Londra, Routledge, 2019, s.29.

⁴⁰ Hanneke Van Schooten, "Law as Fact, Law as Fiction: A Tripartite Model of Legal Communication", **Interpretation, Law and the Construction of Meaning**, Berlin, 2007, s.7

⁴¹ A.y.

⁴² Andrew Ortony, **Metaphor and Thought**, Cambridge University Press, 1993, s.1.

⁴³ Kieran Dolin, **Fiction and the Law: Legal Discourse in Victorian and Modernist Literature**, New York, Cambridge University Press, 1999, s.8.

Sonuç olarak kurgular toplumsal gerçeklikte var olan şeyleri yansıtır, onların bir araya getirilmesiyle yeni bir bakış açısı sunar. Hukukta geçmişten bugüne kurgusal öğelerin kullanımına rastlarız. Hukuki söylemler, hukukçuların teorileri kimi zaman kurgu içerebilir. Bu sebeple kurguyu gerçeklikle birebir zıt olarak kabul eden anlayış sadece kurgusal söylemin değil kurgu unsuru içeren yasal söylemlerin de işleyişini azımsamak, basite indirmek olur.⁴⁴ Kurgu, gerçeklikte karşılık bulabilecek şeylerin hayal edilmesini teşvik eder. Kurgusal söylem, gerçek dünyadan bir ayrılmayı içerir, ancak söylemin kendisi ve iletildiği kişi ve şeylerin anlayışları, gerçek dünyanın bir parçası olarak kalır.⁴⁵ Kurgu içeren söylem, dilin kendi referanslarını oluşturmak için kullanıldığı farklı bir tür konuşma/söylev eylemini içerir.⁴⁶ Bu bakımdan dil ve düşünce ile ilişkisi de incelenmelidir.

C.Dil ve Düşünce

20. yüzyılın başlarında dil konusunun bilimsel olarak incelenmesi, dil ve iletişimin süreçlerinin sorgulanmasına sebep olmuş; sosyal hayatın anlamlandırılmasına dair teorilerin oluşmasına katkı sağlamıştır.⁴⁷ Bu bağlamda hukuk ve dil ilişkisine de ilgi artmıştır.

Hukuktaki kurgular, yine bir kültürün en önemli parçası olan dil üzerinden anlaşılır. Hukuk ve dil arasındaki tartışılan temel konu anlam problemidir ve bu sebeple bir anlam taşıyıcısı olan dil ve onun hukuk normlarını iletme şekli incelenmelidir.⁴⁸ Yalnızca anlamın taşınması değil aynı zamanda hukukun yorumlanması, hukukun bilim olarak ilerlemesinde de dil konusu büyük bir öneme sahiptir. Hukuki kurguların anlam ve amacına ulaşmak da onun dil aracılığıyla tanımlanıp daha belirgin bir şekilde ifade edilmesiyle mümkündür.

⁴⁴ Petroski, “Fiction and the Languages of Law: Understanding Contemporary Legal Discourse”, s.32.

⁴⁵ A.e., s.35.

⁴⁶ A.y.

⁴⁷ Schooten, A.g.e., s.4.

⁴⁸ Yasemin Işıқтаç, Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s.61.

Esasında hukuk dil ilişkisi her zaman hukukçular tarafından önemsenmiştir. Bu bölümde hukuk-dil ilişkisi bağlamında hukuki kurguların hukuk içindeki yeri açıklanmaya çalışılacaktır. Şöyle ki kurgularda, öncesinde var olmayan bir duruma ilişkin varsayımlar üzerinden bir kurmak eylemi söz konusu olduğu için dilin bu süreçteki rolü önem arz etmektedir. Dil statü işlevleri yükleme ve böylelikle de kurumsal olgular oluşturmada rol oynar. Örneğin “arabamı yeğenime vasiyet ediyorum” dendiğinde edimsel bir ifade kullanılarak kurumsal bir olgu oluşturmuş oluruz.⁴⁹ Bir ifadenin oluşturulması ile hukuksal bir durum da ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla dil hukuk için inşa edici bir işleve sahiptir.

Dil, genel olarak “*düşünceleri ifade etmek için bir semboller kümesi veya bilgi aktarımı için bir mekanizma*” olarak tanımlanmaktadır.⁵⁰ Oluşturmuş olduğumuz bütün kavramlar zihinsel tasarımın bir ürünü olup, düşünmemizde temel araçlardır. Söz konusu bu kavramlar dil aracılığıyla ifade edildiğinde ise terimler meydana gelmektedir. İnsanın anlam yüklediği şeyler ve anlama eylemi dil ile sınırlıdır.⁵¹ Hukuku ve hukuki kurgu kavramının anlamını kavrayabilmek için de hukuki kurgulara yüklenen özelliklerin nasıl ifade edildiğine ilişkin olarak dilin hukukta ve hukuki kurgularda kullanımını inceleriz.

Bir görüşe göre insan dünyayı bilinç ile anlamlandırmaktadır ve dil olmaksızın bilinçten, onun yoluyla yapılan düşünce aktarımından söz edilememektedir.⁵² Bilinç de kendine özgü olan kurallarla çalışmakta olup, ürettiği düşünceler bu kurallara

⁴⁹ John R. Searle, **Zihin, Dil ve Toplum**, Çev. Alaattin Tural, İstanbul, Litera Yay., 2006, s.167.

⁵⁰ TDK sözlüğündeki farklı tanımlar için bkz: <http://www.tdk.gov.tr/>

⁵¹ Chomsky, Kartezyen Dilbilimi adlı eserinde kurmuş olduğu dil teorisinde cümlelerin derin yapısı-yüzey yapısı şeklinde bir ayrım yapmaktadır. Hükümün dilsel ifadesi olan önermeler ile hüküm arasındaki ayrımı izah etmek için “Görülemeyen tanrı görünür dünyayı yarattı.” önermesinin derin yapısını inceler ve burada dışı vurulmayan üç farklı hüküm yattığını belirtir. (Tanrı görülemez, dünya görülebilir, Tanrı dünyayı yaratmıştır.) Buna göre dilin varoluşu ve kullanımını, doğanın bir ürünü ve düşüncelerin ifadesini gerçekleştirme aracı olarak görülebileceği gibi; insanın sanatının bir ürünü olarak da görülebilir. Zira bu örnekteki üç farklı hükme ulaştıran dili ve tüm bunları algılamamız için verilmiş olan isimleri Adam (ilk insan) oluşturmamış mıdır? Chomsky de insanın sahip olduğu bu dil kabiliyetinin doğuştan geldiğinden bahsetmekte ve dilin insanda genetik bir özellik olduğunu belirtmektedir. (Bkz: Noam Chomsky, **Cartesian Linguistics**, Cambridge University Press, 3.baskı, 2009, s.62,63.; F. Max Müller, **Lectures on The Science Of Language vol 1**, Londra, Longmans, Green and Co, 1885, s.32.; Chomsky, **Bilgi Sorunları ve Dil: Managua Dersleri**, s.27.)

⁵² Işıktaç, Metin, **A.g.e.**, s.55.

dayanılarak ortaya konmaktadır.⁵³ Dolayısıyla gerek kural koyma gerek bu kurallar hakkında bir yargıya varma edimi bir dil edimidir.⁵⁴ Bu görüşe göre dil *bir etkinliktir*, araçsal değil oluşsal bir kavramdır; bu sebeple bir bakıma anlamı oluşturan, dilin kullanımıdır.⁵⁵

Dil, fiziksel, ruhsal ve anlamsal yönleriye sahip *üç boyutlu bir yapıdır*.⁵⁶ Çalışmanın konusu itibariyle bu unsurlardan ruhsal yönden bahsetmek faydalı olabilir. Buradaki ruhsal yön, kültürün tinsel yani maddi olmayan tarafı ve dilin de kültürün bir görünümü olması ile ilişkilidir. Zira belirli anlamları aktaran ifadeleri biçimlendiren dil, bir kültür içerisinde kavranır ve aynı zamanda bir kültürü meydana getirir. Hukuk dili de günlük dilde var olan ifadeleri biçimlendirerek kapsamına dâhil etmektedir.⁵⁷ Bu noktada bir alışkanlık olarak hukuka bakış ve genel itibariyle hukuka itaat tartışmalarına girmeksizin bir kuralın uygulanabilmesi için onun benimsenmesi ve anlaşılması gerektiği belirtilebilir. Bir hukuk kuralı günlük dildeki ifadeleri biçimlendirdiği için hukuki kurguları içeren kurallar da ilk bakışta anlaşılabilir.

Bu anlaşılama belirsizlik konusuyla da ilgili olabilir. Dil ile ilgili yapılan çalışmalarda araştırma konusu kimi zaman dilin kesinliği çerçevesinde; kimi zamansa dilin belirsizliği çerçevesinde ele alınmaktadır.⁵⁸ Sürekli değişim halinde olan dil,

⁵³ Yasin Ceylan, “Yargı ve Din: İnanç ve Düşünce”, **Yargıya Felsefeyle Bakmak**, İstanbul, Yapı Kredi Yay., 2017, s.21.

⁵⁴ R. Levent Aysever, “Yargı ve Dil: Bir Söz Edimi Olarak Yargı Edimi”, **Yargıya Felsefeyle Bakmak**, İstanbul, Yapı Kredi Yay., 2017, s.27,28.

⁵⁵ Ludwig Wittgenstein, **Felsefi Soruşturmalar**, çev. Haluk Barışcan, İstanbul, Metis Yay., 2007, b.a.

⁵⁶ Macit Gökberk, **Değişen Dünya Değişen Dil**, İstanbul, Yapı Kredi Yay., 8.baskı, 2018, s.68.

⁵⁷ Işıktaç, Metin, **A.g.e.**, s.62.

⁵⁸ Hukuktaki belirsizlikler ve bunların algılanması hakkında fikir yürütebilmek adına dilin kurmuş olduğu iletişimin alıcısı ve göndericisi olması sebebiyle öznenin denklemdaki yeri incelenmelidir. Daha sonra öznenin dil aracılığıyla ilettiği şeyin kavranışının eylem formlarıyla bağlantısı açıklanmalıdır. İnsandaki arzu, bilinç aracılığıyla dili yani belli kavramlara karşılık gelen ve belli göstergelerden oluşan bu sistemi inşa ederken; bilinçdışı ile de simgesel bir dil yaratmaktadır. Dilsel ifadeleri anlamlı kılan şeylerin insan zihninde meydana geldiği görüşünü savunan Descartes ve Leibniz gibi düşünürler, kelimelerin anlamının yalnızca idealarımız değil fiili kavrayışlarımız olduğunu belirtirler. Kavramış olduğumuz şeyler yani duyu kesinliğinin bize göstermiş olduğu “Bu” ise Hegel düşüncesine göre hakkında konuşulduğu anda ortadan kaybolacaktır. Burada kastedilen “Bu” nun niteliğinin dil ile aktarılandan fazla olduğudur. Bu da dilin konuşulamaz olanı konuşmak suretiyle, onu bu olumsuzluk içinde muhafaza ettiğini göstermektedir. Bilincin dilde oluşturduğu işaretleri kavrayarak meydana gelen her varoluş da bilincin bu sentez sisteminde kendini aşmasıyla mevcut olmaktadır. Yani dil aracılığıyla iletilen bilgi bilince ulaşmasıyla hem idea haliyle hem de onu kavrayış şeklimizle meydana gelmektedir. (Bkz: Ferdinand de Saussure, **Course in General Linguistics**, trans. Wade Baskin, The Philosophical Library Press, New York, 1959, s.10.; Atakan Altınörs, **İdealar ve Dil Bağlamında**

duygu ve düşünce aktarımının en temel aracı olması sebebiyle gerçekliğin ve dolayısıyla kurguların tanımlanmasında büyük bir öneme sahiptir. Dil ve gerçeklik arasında mutlak bir birlik bulunmamaktadır.⁵⁹ Zira şeyleri kavramamıza yarayan dil aracılığıyla aktarılan ifadeler her zaman kesin ve belirgin bir anlam taşımamaktadır. 1950'lere gelinceye kadar düşünürler anlam sorununa 'doğruluk' temelinde yaklaşmışlardır. Bu sebeple doğruya ulaşmak adına mantıkçı pozitivistler çok anlamlılığa ve anlam belirsizliğine yol açan kullanımları eleştirerek, dış dünyadaki olgularla bire bir eşleşen bir ideal dil yaratmak istemişlerdir.⁶⁰ Ancak daha sonraları dilin ideal kavramından uzak, yaşamın içinde bir sosyal yapı olarak karşımıza çıktığı anlayış yükseliş göstermiştir.⁶¹ Bu bağlamda Cassirer'e göre gerçeği iletecek olan dil, anlamlandırdığımız şeyleri kimi zaman belirgin ve açıklayıcı olarak kurmakta; kimi zamansa onları değiştirip şekillendirerek farklı anlam kapıları açabilmektedir.⁶² "Yerleşik Düşünceler Sözlüğü" gibi kinayeli bir eseri kaleme almış olan Gustave Flaubert de dilin sadece açık ve somut olamayacağına dair bir inanç taşımaktaydı.⁶³ Tüm bu açıklamalar ışığında diyebiliriz ki hukuki kurgular yahut herhangi bir hukuk kuralı bütün metinlerde olduğu gibi dil kullanımından kaynaklı sorunlar

Locke ile Leibniz, Ankara, Efil Yay., 1.Basım, 2009, s.71.; Abdurrahman Aydın, "Dilbilimden Psikanalize Dil ve Arzunun Eklemlenışı", (**Doktora Tezi**, Ege Üniversitesi, 2014), s.9.)

⁵⁹ Sosyal bir fenomen olan dili kavramak, özneyi ve dolayısıyla sosyal olaylar kompleksinden oluşan toplumu kavramanın ilk adımıdır. Dilde, işaret ile göstergesi olan "şey" arasında bir benzeşme olduğu gibi dil ve dünya arasında da bir benzeşme bulunmaktadır. Dil, geçmişte yaşanmış olan toplumsal olayların ortak hafızası, tarihin sosyal bilincimizde bırakmış olduğu bir birikimdir. Dil aracılığıyla topluluk bizi olduğumuz kişi yaparken biz de yine dil aracılığıyla topluluğu olduğu şey haline getiririz. Yirminci yüzyılın ilk yarısında "dile dönüş (linguistic turn) hareketi" dilin özneye değil, öznenin dile ait olduğu keşfinde bulunmuş ve nihayet insan bilimlerinin başladığı yer olan dilin daha ziyade bir varlık olarak ele alınabilmesine imkân tanımıştır. Öyleyse bu görüşe göre özne önce burada olma durumunu ve kendi varlığını (başlangıçta söz vardı, ben vardı.) anlamlandıracaktır. Sonra artık anlam *Da-Sein* (*burada olma*)'i oluştururken, onun kendi varlığı ve onun varlığında ortaya çıkan diğer varlıklar anlamda içselleştirilebilir ya da anlaşılmaz kalabilir. (Bkz: Paul Ricoeur, **Reflections on the Just**, çev. David Pellauer, University of Chicago Press, Chicago, 2007, s.111; Martin Heidegger, "**Anlama ve Yorum**" **İnsan Bilimlerine Prolegomena/Dil, Gelenek ve Yorum**, çev. Hüsamettin Arslan, İstanbul, Paradigma, 2002, s.316.)

⁶⁰ Atakan Altınörs, **Dil Felsefesine Giriş**, İstanbul, İnkılap Kitabevi, 2003, s.112.

⁶¹ Handan Karadayı, "Magritte ve Wittgenstein Bağlamında Resim-Dil İlişkisi ve Gerçeklik Arayışı", **ETHOS: Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar**, Sayı 2/4 Ekim, 2008, s.5., çevrimiçi: https://www.academia.edu/5866243/MAGRITTE_VE_WITTGENSTEIN_BA%C4%9ELAMINDA_RES%C4%B0M_D%C4%B0L_%C4%B0L%C4%B0%C5%9EK%C4%B0S%C4%B0_VE_GER%C3%87EKL%C4%B0K_ARAYI%C5%9EI , 27.10.2020.

⁶² Ernst Cassirer, **Sembolik Formlar Felsefesi I: Dil**, Çev. Milay Köktürk, Ankara, Hece Yay., 2015, s.43 vd.

⁶³ Gustave Flaubert, **The Dictionary of Accepted Ideas**, çev. Jacques Barzun, U.S., New Directions, 1982.

yaşamaktadırlar. Bu nedenle her türlü metinde olduğu gibi hukuk metnlerinin de açık, belirgin hale getirmek için çoğu zaman üzerinde muhakeme etmeye ve/veya yoruma ihtiyaç duyulmaktadır.

Dilin yoruma ve muhakemeye muhtaç olma özelliği pek çok farklı açılardan düşünürlerin inceleme konusu olmuştur. Örneğin kurallar ve bu doğrultudaki eylemleri inceleyen Ludwig Wittgenstein, kuralın ona uygun olan eylemi belirleyip belirleyemeyeceği sorusuyla başlamaktadır. Buradan da paradoksal olarak kuralın belirlediği belli bir eylem biçimi olamayacağına; zira her eylem şeklinin kuralla uyusacak hale getirilebilir olduğuna dolayısıyla aynı şekilde her eylemin kuralla çelişebilecek hale de getirilebileceğine ulaşmaktadır.⁶⁴ Bu paradoksu yaratan, dile bir oyun olarak bakış ve bu bağlamda oluşan anlam arayışıdır. Oyunla kastedilen ise kelimelerin doğrudan kendi ifadelerine karşılık gelebileceği gibi yapılacak bir yorumla çok farklı bir anlama da gelebiliyor oluşudur. Wittgenstein'ın dil labirentinde bir yönden geldiğinde yolunu biliyorken; aynı yere başka bir yönden geldiğinde artık yolunu kaybetmiştir.⁶⁵ Zira dil statik bir kurallar bütünü değildir, zamansallık özelliği gereği sürekli etkiye açık haldedir. Şöyle ki zaman, bağlam ve diğer değişkenlerin etkisiyle dil ve onun göstergeleri de değişebilmektedir. Hukuk dilinde de kanun koyucunun verdiği mesaj veya onun işaret ettiği göstergeler de aynı şekilde zamana ve bağlama göre değişikliğe uğramaktadır.

Bu bölümde, öncelikle hukukta kurguları dil aracılığıyla oluşturup yine dil aracılığıyla kavradığımız için dil konusu açıklanmaya çalışılmıştır. Dil ile kurulan edimsel ifadelerin ne anlama geldiği, düşüncelerimize nasıl yansıdığı, hangi niyetle kullanıldığı konuları da yine kurmakla ve kurguyla alakalıdır. Fuller, hukuki kurguları “bir tür dil kullanımı” olarak tanımlamaktadır.⁶⁶ Örneğin “kişi” kelimesinin kullanımı, ileride örnekler bölümünde açıklanacağı üzere “tüzel kişilik” kurgusunun oluşmasında dikkate alınan ve kavranması gereken kısımdır.⁶⁷ Bentham, benzer bir şekilde hukuki

⁶⁴ Wittgenstein, **A.g.e.**, s.58.

⁶⁵ **A.e.**, s.100.

⁶⁶ Karen Petroski, “Legal Fictions and the Limits of The Legal Language”, **International Journal of Law in Context Vol. 9 Issue 4**, 2013, s.486.

⁶⁷ John Chipman Gray, **The Nature and Sources of the Law**, Macmillan, New york, 1921, s.217.

kurguların “dilbilimsel soyutlamanın özel bir biçimi” olarak kabul edildiğini belirtir.⁶⁸ Bu sebeple hukuki kurguları, kurguların dil ve iletişimle olan ilişkisi üzerinden incelemiştir. Örneğin yargıçlar karar verirken bir hukuki kurguya başvurduğunda, sonraki benzer davalar için yetkili olan yargıçlarla bir iletişim kurmuş olur. Ayrıca dil ve toplumda meydana gelen değişim ile hukuktaki değişim arasındaki gerilim de geçmişte yeni düzenlemelerin yapılmasının katı şartlara bağlı olduğu ve zaman aldığı dönemlerde hukuki kurgular aracılığıyla giderilmeye çalışılmıştır. Yine bu bağlamda, hukukta yorum faaliyeti de dilin kullanımı ve dilin belirsizliğiyle ilgili olup, hukuki kurgular bazı durumlarda yorum faaliyetindeki varsayımlara işaret ederek dilin kullanımına örnek oluşturmuşlardır.

D. Hukuk ve Dil

Toplumsal yaşamda kurulan sistemlerin nasıl belirlendiğini gösteren dil, bu sistemlerden biri olan hukuki düşünce sisteminin kavranmasına da aracılık etmektedir. Tüm bu sistemler dil ile isimlendirilmiş ve tanımlanmışlardır. Hukuki kurguların hukuki düşünce sistemindeki yeri ve oluşma süreci de onun nasıl ifade edildiğine ve nasıl kavrandığına ilişkin sorularla bağlantılıdır. İnsanoğlu dil aracılığıyla toplumsal yaşamı anlamlandırdığı için dilde bir kusur meydana geldiğinde iletmeyi amaçladığı düşünce anlaşılamayacak ve kültürde bir bozulma meydana gelecek, dolayısıyla hukuk da farklı bir yola sapacaktır.⁶⁹ Zira karşılıklı anlama ve anlaşma açısından dilin kullanımı yani ifade edilmek istenen düşünceler için seçilen kelimeler çok büyük önem arz eder. Özellikle hukuk alanında bu çok daha önemlidir, çünkü hukuktaki ifadelerin aynı zamanda hukuksal karşılığı bulunmaktadır yani her türlü hukuki düzenleme hukuksal sonuçlar doğuracak niteliktedir.

Dolayısıyla hukuki kurguların da doğru anlaşılabilmesi ve üzerine düşünce üretilebilmesi açısından öncelikle doğru anlatılması, en uygun ifadelerle açıklanması gerekmektedir. Dilin doğru kullanımı içinse öncelikle dilin mahiyetinin ve düşünce sistemindeki yansımalarının incelenmesi gerekir. Başlı başına bir etkinlik teşkil eden dil hem kendisinin hem kullanıldığı bağlamın kavranmasıyla öznelere kendini

⁶⁸ A.e., s.487.

⁶⁹ Çetin Aşçıoğlu, “Dil ve Hukuk”, *Ankara Barosu Dergisi*, sayı 4, 2002, s.46.

gerçekleştirmesine özneler arası bir zemin sağlar.⁷⁰ Hukuki kurgular da hem dil ile oluşturulması hem de hayal gücünün dil ufkuyla çalışması nedeniyle dilin kullanımı bağlamında da incelenmelidir.

Hukukun doğasıyla ilgili çalışmaları bulunan Amerikalı hukukçu Harold J. Berman, dil ile hukuk ilişkisini açıklarken hukukun da tıpkı dilin kendisi gibi insanları bir arada tutma ve uzlaştırma meselesi olduğunu belirtir: Şöyle ki hukuk, öncelikle bir arabuluculuk süreci, bir iletişim biçimi olarak tasarlanmıştır.⁷¹ Buna göre sosyal düzendeki aktörlerin birbirini anlama açısından yaptıkları eylemleri koordine etmeleri ve toplumda bir uyum sağlanması ancak dil aracılığıyla ve rasyonel argümantasyonun gerekleri ile mümkündür.⁷² Yani toplum üyeleri kuralları dil aracılığıyla onlara aktarıldığı ölçüde algılayacak, düşünce sürecinde bunun için argümantasyon üretecek ve eylemlerini ona göre düzenleyecektir. Böylece hem kanun koyucunun iletmek istediği mesaj, hem toplum üyelerinin birbirlerine ilettikleri mesaj dil aracılığıyla bir düşünce temeline oturtulmuş olacaktır. Eylemlerini bu mesajlara göre düzenleyen toplulukta da bir düzen gerçekleşecektir. Öyleyse bu görüşe göre toplum içindeki insanların dil ile sağlanan iletişimi, hukuk kurallarının temelindeki unsurlardan biridir diyebiliriz.

Hukukta dilin bu kullanımını incelerken dilin araçsallık fonksiyonunu görmüş oluruz. Etik ile ilgili tartışmalarda dil formları, bilişsel cümleler (dilnin bilişsel kullanımı) ve bilişsel olmayan cümleler (dilnin araçsal kullanımı) şeklinde ayrılarak incelenmiştir.⁷³ Buna göre bilişsel cümleler genellikle “Dünya karedir” veya “Seçimleri bu yıl X kişisi kazandı” gibi durumları anlatan cümleler olup doğrulanabilir veya yanlış olduğu belirtilebilir. Ancak “Çalmayacaksın”, “Vergilerini ödemen

⁷⁰ Jürgen Habermas, **The Liberating Power of Symbols**, Tr. By. Peter Dews, The MIT Press, 2001, s.14.

⁷¹ Harold J. Berman, **Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion**, Atlanta, Wm. B. Eerdmans Publishing Co, 1993, s.49.

⁷² Mathieu Deflem, “Habermas’ın İletişimsel Eylem Kuramı’nda Hukuk”, çev. Ülker Yükselbaba, **İÜHFM cilt LXXII, sayı 1**, 2014, s.879.

⁷³ Çevrimiçi, <https://www.iep.utm.edu/non-cogn/>, 16.05.2020.

gerekir” gibi bilişsel olmayan cümleler ise durumları tanımlamaz, doğru veya yanlış olarak anlaşılmaktan ziyade edimsel bir güç taşımaktadırlar.⁷⁴

Hukuk dilinde kullanılan bu şekildeki cümleler normatif yapıli ifadelerdir. “*Kural, ilke, kanun, model*” gibi anlamlara sahip olan “norm” kelimesi Latince norma kelimesinden gelmektedir.⁷⁵ Bir ifadenin normatifliğine ilişkin mesele de onun anlam sorunuyla ilgilidir.⁷⁶ Şöyle ki norm, mantık-dilbilgisi çalışmalarına göre bir önermedir. Dolayısıyla bu görüşe göre bir ifadenin önerme olabilmesi için öncelikle bir anlamının olması gerekmektedir.⁷⁷ Bu görüşü benimseyenler, Karl Bühler’in dilin işlevlerine dair yaptığı sınıflandırmayla bu durumu açıklamaktadır. Bu sınıflandırmaya göre dilin *bildirme, belirtme ve yaptırma* görevi bulunmaktadır. Hukuk önermeleri ise “insanların davranışlarını etkileme” özelliğine sahip olduğundan yaptırma göreviyle ilişkilendirilmektedir. Görevi “kişileri haberdar etmek” olan bildirmeli önermeler doğruluk ya da yanlışlık değeri alırken; yaptırmalı önermeler ne doğru ne de yanlış olduğundan doğruluk değeri değerlendirilmesine tabi olmamaktadır. Dolayısıyla hukuk normlarının doğruluk-yanlışlık değeri değerlendirilmesi değil ancak geçerlilik- geçersizlik değeri değerlendirilmesi yapılabilir. Bu tartışmaya değinmemizin amacı ilerde açıklanacağı üzere hukukta kurgu içeren ifadelerin bazı görüşlere göre yanlış, yalan olarak kabul edilmesidir. Bu açıklamaların ışığında bir hukuk normunun, kurgu içerse de içermese de doğru-yanlış olarak nitelendirilemeyeceğini belirtebiliriz.

Rasyonel olma özelliğini kesinlikle ayrı tutmakla birlikte Fransız sosyolog Pierre Bourdieu, hukukun işe yarayan toplumsal bir sihir olduğunu iddia etmiştir.⁷⁸ Burada sihir ile kastedilen dilin kullanımıdır. İletişim göstergeler aracılığıyla gerçekleşmekte olup, dil göstergesi “gösteren” ve “gösterilen” öğelerinden oluşmaktadır.⁷⁹ Saussure’e

⁷⁴ A.y.

⁷⁵ Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, US-A Yay., 1998, s.28.

⁷⁶ A.y.

⁷⁷ A.y.

⁷⁸ Pierre Bourdieu, **Language and Symbolic Power**, Çev. Gino Raymond, Matthew Adamson, Polity Press, Cambridge, 1991, s. 42.

⁷⁹ Uzun, “Hukukun Göstergebilimsel Analizi”, s.37.

göre gösteren işitim imgesi, gösterilen de onun işaret ettiği kavramdır.⁸⁰ Böyle değerlendirildiğinde hukuk artık yalnızca bir metin olmaktan çıkmakta, bir gösteren olarak ilettiği mesajlarla konuşmakta, bir tür iletişim sağlamaktadır.

Hukuk kuralları oluşturmak da bu açıklamaya göre bir iletişim eylemidir.⁸¹ Buna göre yasa koyucular kanunların ilettiği mesajın göndericisi, halk ise alıcısı niteliğindedir. Hukuki bilgi bu şekilde transfer edilir. Hukuk kuralları genellikle yazılı metinler olarak karşımıza çıkarlar ve hukukun fiziksel bir gerçekliği yoktur, yalnızca davranışlara hukuki sonuçlar yükler.⁸² Şöyle ki hukuk normları yasaklar ve izinler belirleyerek yapılacak yahut yapılmayacak olan eylemleri, bunların sonuçlarını açıklar, bunlara uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımları belirtir. Böylece esasında hukuk evrenine ait bulunmayan bu söylemlerin göstergeleri yasa koyucu tarafından hukuk dili ile ifade edildiğinde artık hukuksal anlam kazanmış olur. Hukuk dili gerçekleşmesi olası olay ve durumları ifade eder. Dolayısıyla hukuk dilinin gerçeklikle ilişkisi, bir hukuki kuralın taşıdığı mesajın nasıl algılandığı, pratikte davranışlara ne derece etki ettiği, uyumsuzluk durumunda mahkemelerin nasıl davranacağı ile ilgilidir.⁸³ Hukuki eylemleri de bu eylemleri gerçekleştirenleri ve onların saiklerini, hukuk dili içerisindeki göstergelerin incelenmesiyle kavrarız. Hukukun gelişimi bu anlamda edebi eleştiri faaliyeti gibidir hatta zincirleme bir roman yazımı gibi olduğu ileri sürülmüştür.⁸⁴

Hukuk dilini geliştirme, tarif ettiği şeyin tam olarak anlaşılabilmesini sağlamak adına onu netleştirme ve bazen basitleştirme görevi de bir dil felsefesi temeline dayanmaktadır.⁸⁵ Tarihçi Hukuk Okulu'nun kurucusu Friedrich Carl von Savigny

⁸⁰ A.e., 38.

⁸¹ Schooten, A.g.e., s.3.

⁸² A.e., s.4,5.

⁸³ Schooten, A.g.e., s.6.

⁸⁴ Bernard S. Jackson, "Legal Semiotics and Semiotic Aspects of Jurisprudence", **Prospects of Legal Semiotics**, ed. Anne Wagner, Jan Broekman, Springer, Dordrecht, 2012, s.7.

⁸⁵ Eleştirmenler ve reformcular, akıl dili ve duygu dili arasında çok keskin bir ayrım yaparak dili, insanın bütün kişiliğinin ayrılmaz bir parçası ve dolayısıyla aklın ve arzusun bir parçası olarak değil, yalnızca gerekçelendirme ve irade tarafından kullanılacak bir araç olarak gören bir teoriyi kabul etmekte idiler. Berman, tabiri caiz ise bu suçun kabahatinin büyük oranda hem bir filozof hem bir hukukçu olan Bentham'a ait olduğunu düşünmektedir. Bentham'ın çalışmaları neredeyse iki yüzyıl boyunca hem anlambilim hem hukuk alanında kaynak teşkil etmiştir. Bentham, temel olarak beş duyumuzdan biri veya birkaçı tarafından algılanabilen varlıklar- gerçek varlıklar- ile varlığı ancak hayal edilen yani

hukukun, bir topluluğun uzun süre boyunca geliştirmiş olduğu ortak bilincin sonucu olarak açıklanması gerektiğini savunan ilk kişidir. Ona göre hukuk dilden ayrı düşünülemez; hukuk, dil, gelenek ve yaşam biçimi hepsi birdir.⁸⁶ Zira hukuk dili yalnızca hukuki mesleğe özgü değil, kültüre özgü olan terimler ve kavramlara da dayanmaktadır. Başka bir görüşe göre ise hukuk esasında başlı başına bir dil, hukuk normları ise bu dilin göstergeleridir.⁸⁷

Bazı düşünürlere göre dil de hukuk da teori temelli kurallardan değil; kendi kullanım bilgilerini içeren toplu alışkanlıklardan türemektedir.⁸⁸ Öznenin alışkanlık gösterdiği yani benimsediği yahut benimsemese de bir şekilde uyguladığı kurallar ve bunları algılayış biçimlerinin dil ile bağlantılı oluşu bu başlık altında açıklanmaya çalışılmıştır. Nihayetinde hukuk disiplinin temelinde birey ve onun toplumla ilişkisi bulunmaktadır. Edebiyat, sanat gibi hukuk da bir kültür ilmi olarak dil temelinde vücut bulmaktadır.⁸⁹ Yasa koyucuların ve hukukçuların görevlerinden biri de topluluğun dilinden seçilerek oluşturulmuş olan, uygulamada ve hukuk öğretisinde belirli bir istikrar elde etmiş yaşayan hukuk dilini tespit etmek ve uygulamaktır.⁹⁰ İlerleyen bölümlerde bahsedileceği üzere hukuki kurguların kullanımına karşı olumsuz yaklaşımların sebeplerinden biri de onun alışılmış olmayan/yabancı olarak görülmesidir.

duyularımız tarafından algılanmayan nesneler- kurgusal varlıklar- arasındaki farka dayalı bir dil bilimi geliştirmiştir. Buna göre söz gelimi bir elmanın olgunlaşmış olduğunu söylediğimizde, olgunluk esasında zihnimiz tarafından atfedilen bir nitelik olmasına rağmen sanki elmanın kendisi gibi fiziksel bir gerçeklik olmuş olmaktadır. Bkz: Harold J. Berman, **Law and Language: Effective Symbols of Community**, ed. John Witte, Cambridge University Press, New York, 2013, s.65; Jeremy Bentham, “Essay on Language,” ed. John Bowring, **The Works of Jeremy Bentham, vol.11, 1838–43**, Russell & Russell, New York, 1962, s.30–31.

⁸⁶ Friedrich Carl von Savigny, **Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, Çev. Ali Acar, İstanbul, Pinhan Yay., 2018, s.41-43.

⁸⁷ Robert Cover, “The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative”, **Harvard Law Review**, vol. 97, no.1, 1983, s.8.

⁸⁸ Hanjo Hamann, Friedemann Vogel, “The Fabric of Language and Law: Towards an International Research Network for Computer Assisted Legal Linguistics (CAL²)”, **International Journal of Language & Law**, vol.6, 2017, s.102.

⁸⁹ Şerif Aktaş, **Edebiyat ve Edebî Metinler Üzerine Yazılar**, Ankara, Kurgan Edebiyat Yay., 2011, s.622.

⁹⁰ Selin Erdin, “Yasaların Dili”, **Mecmua**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 2008, s.215.

Hukuki dil tıpkı tüm dillerde olduğu gibi, bir kelime veya kelime grubunun diğerleriyle kıyaslanması ve benzerlikleri temelinde birbirlerinin yerine konulması veya bunların anlamlarının kombinasyonu yoluyla gelişmektedir. Diğer dillerden farklı olan yanı gelişiminin bilinçli olarak gerçekleştirilmesidir.⁹¹ Hukukun gelişimi için hukuk dilinde yapılan düzenlemeler, kimi zaman bazı terimleri birbirinin yerine kullanma kimi zaman ilişkili ifadeleri bir arada kullanma gibi yöntemler içermektedir. Örneğin sözleşmelerde ‘kabul etmek’ ifadesi yerine ‘taahhüt etmek’ fiili kullanılabilir. Yahut bağlamları göz önüne alınarak mal sahibi, kiracı, kefil, borçlu, gemici gibi ifadeler ilişkili oldukları konunun net anlaşılması adına tanımları ile beraber zikredilebilir. Bu birbirinin yerine koyma ve birleşme süreci, hukuki terimlerin anlamlarının genişlemeye uğramasına izin verirken aynı zamanda bu genişlemeye sınır koymuş olmaktadır.⁹² Hukuki kurgular da ilerleyen bölümlerde görüleceği üzere, kimi zaman bazı ifadelerin birbirinin yerine kullanılması yahut bunların aralarındaki benzeşime dayanılarak bir sonuca varılması suretiyle oluşmaktadır. Hukuki kurgu oluşturan hukuki ifadeler kimi zaman retorik bir çalışma örneği sayılabilir.

Esasında genel olarak hukuki ifadelerin içinde bulundukları bağlamlarla ilişkisi, genellikle hukuki retorik başlığı altında incelenmiştir. Retorik ise duygulara hitap etme aracılığıyla gerçekleştirilen ikna sanatının bir çalışmasına indirgenmiştir.⁹³ Oysa Aristotelesçi retorik anlayışı, akıl yürütme aracılığıyla halkın müzakere sanatı bağlamında şekillenmişti. Batı hukuk düşüncesinde yasal ifadelerin retorik yönünü, belirsizliğe yol açan duygusal ve öznel bir unsur olarak görme eğilimi bulunmaktaydı. Hukuki kurgular da dilin kapasitelerinin metafor kullanımı ve retorik yöntemiyle anlam ikame edilerek büyümesinin bir örneği olarak belirsizliğe sebebiyet verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Ancak hukuki kurgularda iddia edildiği gibi hukuki kelimelere yeni anlamlar verebilir olsa da bu, anlık çıkarlara uygun olacak şekilde değil, ilgili durumun hal ve şartlarına uygun olacak şekilde yapılır. Ayrıca

⁹¹ Berman, **Law and Language**, s.152.

⁹² **A.e.**, s.99.

⁹³ Joanna Jemielniak, “Subversion in the World of Order: Legal Deconstruction as a Rhetorical Practice”, **Contemporary Issues of the Semiotics of Law**, ed. Anne Wagner, Oxford, Hart Publishing, 2005, 139.

Aristoteles'in de belirttiği gibi retorik olası kötü kullanımı, hakikate götürecek şekildeki asıl kullanımı aleyhinde kanıt olamaz.⁹⁴ Ona göre üç tür retorik vardır: a) politik, b) adli (yasal), c) epideiktik (törenselle söylev). Üç tür retorik söylem arasında kıyaslayıcı akıl yürütme (*sylogistic reasoning*) en çok yasal retorik söylem için uygundur, çünkü yapısı nedenselliği göstermek için tasarlanmıştır.⁹⁵ Aristoteles retorik konusunu bir bakıma araştırma yöntemi ile de ilişkilendirir. Kesin ölçümle ölçülebilen değişmeyen gerçeklerle ilgilenen teorik bilimlerin aksine, sanat ve zanaat gibi pratik bilimler bu tür hassasiyete ve kesinliğe sahip değildir. Felsefe de tıpkı sanat ve zanaatte olduğu gibi değişken bir konu olan insan eylemi konusunu araştırırken esnek bir ölçü standardı kullanır. Aristoteles'e göre kurgular, insan eylemleri ile ilgilenir ve bunu yaparken retorik, etik ve politikanın temelini oluşturan aynı mantıksal yapıya ve aynı gerekli öncüllere dayanır.⁹⁶ Retorik "inandırma yollarını kullanma yetisi"⁹⁷ olarak tanımlanması, 'yapma/sahte' olarak görülen kurguların belirsizliğe yol açtığı iddialarının aksine belki de belirsizliğin giderilmesi için kullanılabileceğini gösterebilir. Hukuki kurgu içeren ifadeler retorik olarak incelendiğinde ikna ediciliği, niçin bu ifadenin kullanıldığı daha iyi kavranabilir. İkna etme unsurunu belirtmemizin sebebi, hukuki kurguların gerçeklikle çelişmesine rağmen hukukta kullanılan kavramlar olmasıdır.

Dil gerçekliğin bire bir aynası değildir, dil akıştadır. Her ne kadar değiştirilemez gibi gözükse de gerek yapısal gerek anlamsal olarak sürekli değişime uğramaktadır. Dolayısıyla yeni değerler yaratıldıkça dil de bunlarla etkileşim göstermekte yeni anlam alanları oluşmaktadır. Başlangıçta hukukta kurgu olarak ortaya çıkan birçok ifade zamanla toplumsal gerçeklik içerisindeki yerinin kavranmasıyla hukuk dili içinde de gerçeklik niteliği kazanmaktadır. Bu ifadelerin başlangıçta kurmaca olarak görülüp yadsındığı bir dönem olması muhtemeldir. İnsanlar, koşullar, ihtiyaçlar ve değerlerin değişmesiyle dilin de değişken olması sebebiyle kelimelere yüklenen anlamlarda

⁹⁴ Aristoteles, **Retorik**, Çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul, Yapı Kredi Yay., 1995, s.19.

⁹⁵ Kathy Eden, "Poetry And Equity: Aristotle's Defense Of Fiction", **Traditio** Vol. 38, New York, Cambridge University Press, 1982, s.22.

⁹⁶ **A.e.**, s.23.

⁹⁷ Aristoteles, **A.g.e.**, s.37.

genişleme yahut daralma meydana gelebilir. Kelimelerin kullanımlarında da aynı şekilde değişiklikler gözlemlenebilir.

Hukuki kurgular ileride inceleyeceğimiz üzere bazı kullanımlarında metafor içerir. Bir tanıma göre metafor, *belirli kurguların gerçeği yeniden tanımlaması için gereken gücü ortaya çıkardığı retorik süreçtir*.⁹⁸ Sembolik ve metaforik bir dille çevrili hukuki kurgularda, söz konusu bir olay ya da duruma dair hukuki amaç/işlev ile ona referans edilen başka bir durumun işlevi arasındaki etkileşimden yola çıkılır. Bazı durumlarda zaman içerisinde bu metaforlar artık ölü metafor denen hale gelebilirler. (Bir masanın bacağı denildiğinde artık ‘bacak gibi’ şeklinde algılanmaması gibi) Bir ifadenin metafor olma süreci yahut bir metaforun dilde var olma ve yok olma süreci kesin çizgilerle ayrılmış değildir. Öyle ki bugün kullanılan ve soyut ifadeler içeren birçok hukuki terim de hukuk dili içerisinde benimsenerek artık bir metafor olarak dahi görülmemektedir.

Esasında hukuki kurguların metafor içermesi onların algılanmasını kolaylaştırmaktadır. Zira maddi olmayan (soyut) kavramları ifade eden tüm kelimeler, maddi ve somut kavramların ifadesi olan kelimelerden türetilmiştir.⁹⁹ Somut olarak kavradığımız şeylerin özelliklerinden yola çıkılarak ifade edilmiştir.¹⁰⁰ Zaten metaforun özünde de *bir şeyi başka bir tür şeye göre anlamak ve tecrübe etmek* bulunmaktadır.¹⁰¹ Dolayısıyla metafor içeren ifadelerden oluşan hukuki kurgular somut içerikli olan ifadelerden türetilerek oluşmuştur. (Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olan şirketlerin tüzel kişiliği kurgusu gibi) Öyleyse metaforik ifadeler bulundurdıkları gerekçesiyle hukuki kurguları gerçeğin karşısında konumlandırmak, aceleci davranmak olacaktır. Dilde yapısalcı olmayan görüşler dahi (metaforun yanılgıya yol açabileceğini savunuyor olmalarına rağmen) şeylerden oldukları gibi

⁹⁸ Paul Ricoeur, **The Rule of Metaphor**, Routledge, 2003, s.5.

⁹⁹ Max Müller, **Lectures on The Science of Language vol 2**, Londra, Longmans Green and Co., 1866, s.355. akt.; **A.e.**, s.374.

¹⁰⁰ Metafor, bir yerden bir yere taşımak anlamına gelen Yunanca metapherein (meta: öte, üst; pherein: taşımak) kelimesinden türemiştir. Bkz: çevrimiçi, <https://www.etymonline.com/search?q=metaphor> , 01.03.2020.

¹⁰¹ George Lakoff, Mark Johnson, **Metaforlar: Hayat, Anlam ve Dil**, çev. Gökhan Yavuz Demir, İstanbul, İthaki Yayınları, 2015, s.30.

bahsederken belirli bir düzen ve açıklığın yanında metafor kullanımına da izin verilmesi gerektiğini kabul etmektedirler.¹⁰²

Hukuki kurgu ifadeleri, hukukun içinde yani ondan bağımsız olmayan ancak özgüllüğünü de sürdüren bir dünya sunmaktadır. Hukuki kurgulardaki bu kurgusal söylem, dilin kendi referanslarını oluşturmak için kullanıldığı farklı bir tür söyleyiş faaliyetini içermektedir. Böylece bir üstdil, üst anlatımsal bir karakter taşımaktadır. Tıpkı farkında olmak ve farkında olduğunu bilmek ilişkisinde yahut düşünme hakkında düşünmek eyleminde olduğu gibi.¹⁰³ Hukuk, kendisine ait anlam ve sembolleri olan bir dili içerir. Hukuki kurguların düşünce sistemindeki yansımalarını kavramak adına hukuki dil aracılığıyla oluşturulduğu ve gerçeklik bağlamında algılandığı düzlemi anlamak önem arz etmektedir. Hukukun kendisine ait olan bu dilde barındırdığı anlamların kavranması hukuku kavramanın temelini oluşturur. Hukukun düzenlemek istediği konuları, bunun için getirdiği kural ve uygulamaları hukuk ve dil ilişkisinin bağlamlarını da göz önünde bulundurarak daha anlamlı kılabiliriz.

¹⁰² John Locke, **An Essay Concerning Human Understanding**, Book III, Chapter X, London, 1690, s.146.

¹⁰³ Michael S. A. Graziano, **Consciousness And The Social Brain**, New York, Oxford University Press, 2013. (Kitapta sayfa numarası bulunmadığından yalnızca bölüm ismi verilmekle yetinilecektir: “Being Aware versus Knowing that You Are Aware”)

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA KURGU ARACILIĞIYLA BAKMAK

Hukuki kurgular 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın başlarında oldukça rağbet görmesine rağmen günümüzde hakkında pek tartışılmayan ve araştırma yapılmayan bir konudur. Geçmişte pek çok hukuki kurgu örneğini barındıran yasalarına rağmen Romalılar da belirli bir hukuki kurgu tanımı yapma yahut onu sistematik hale getirme yönünde herhangi bir girişimde bulunmamışlardır.¹⁰⁴ Hukuki kurgular çeşitli şekillerde karşımıza çıktıkları için günümüzde hala yapılmış belirli bir tanımları bulunmamaktadır.

Esasında hukuk, varlığından itibaren neredeyse her zaman bir şekilde kurgu ile bağlantılıdır. Zira en başta yasaların hukuk aracılığıyla kurulan sistemin bir ürünü olması durumu dahi bir kurgudur.¹⁰⁵ Şöyle ki, modernleşme aşamasında, toplumlarda düzen ve adaletin sağlanması gibi amaçlarla kurallar oluşturmak ve bunların uygulanmasına dair bir sistem yaratmak başlangıçta bir kurgu niteliği teşkil eder. Yahut genel olarak hukuk sistemindeki oluşturulmuş tüm bu kurallar gerçek kişi ve kurumlara uygulandığı ana gelene kadar birer kurgudur.

Ancak bu çalışmada hukukun bir kurgu olduğu şeklinde bir reddiyeden ziyade hukukta kurgular incelendiğinden öncelikle hukuki kurgulardaki ‘hukukilik’ niteliği açıklanacak, kurgular dediğimizde aklımıza gelebilecek olan ve hukukta daha aşına olduğumuz karine kavramı da dikkate alınarak hukuki kurgu tanımları verilmeye çalışılacaktır.

A. Hukuki Kurgular

Hukuki kurgu kavramı görüldüğü üzere “kurgu” ve “hukukilik” ifadelerini içermektedir. Kurgu kavramına ilk bölümde açıklık getirmeye çalışmıştık. Bundan sonra çalışmanın asıl konusu olan hukuki kurguyu ele alacağız. Hukuki kurgu

¹⁰⁴ Pierre Jj. Olivier, **Legal Fictions In Practice And Legal Science**, Rotterdam University Press, 1975, s.5; akt. Todd Barnet, “Legal Fiction and Forfeiture: An Historical Analysis of the Civil Asset Forfeiture Reform Act”, **Duquesne Law Review**, vol.40:77, 2001, s.79.

¹⁰⁵ H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, New york, Oxford University Press, 1994, s.12.

açıklamalarına geçmeden önce kurguya hukukilik niteliğinin ne şekilde geldiğini belirtmek yerinde olacaktır.

Kurgulara hukukilik kazandıran, tıpkı hukuk normlarında olduğu gibi hukuken geçerli olma niteliğinin verilmesi, hukuki bir değer atfedilmesidir. Hukukilik, genel olarak “hukuk kurallarını diğer beşerî davranış kurallarından ayıran özellik”¹⁰⁶ olmakla birlikte bu özelliğin ayrıntılı olarak tespit edilmesi için hukukiliğin ölçütleri üzerine düşünmek gerekmektedir. Bu doğrultuda belirli insan davranışlarının artık isteğe bağlı olmadığı ancak bir zorunluluk haline geldiği, bu zorunluluğun da yaptırımla desteklendiği bir durum söz konusudur.¹⁰⁷ Buradaki zorunluluk ile hukuki nitelikte bir bağlayıcılık kastedilmektedir. Zira hukuk kuralı bağlayıcı bir güce sahiptir. Öyleyse bağlayıcılık, söz konusu kuralı hukuki sonuçlara bağlayarak kurala hukukilik niteliği kazandıran bir unsurdur.¹⁰⁸ Tanımda bahsedilen yaptırımlar ise, herhangi bir yaptırım değil hukuki ve sosyal anlamda örgütlenmiş bir yaptırımı ifade etmektedir.¹⁰⁹

Hukukiliğin bir diğer ölçütü olarak yine hukukun belirlediği yöntemler çerçevesinde oluşturulmuş olma yani ‘geçerlilik’i belirtebiliriz. Hukuki kurgular, kimi zaman geçerli bir normun içeriğine dâhil olarak karşımıza çıkarken; kimi zaman ise yargıçlar tarafından bir normun somut olaya uyarlanması sürecinde hukuki bağlayıcılık kazanırlar. Kurguların hukukilik niteliğine sahip olması, kimi zaman yasama organının kurgu içeren kurallar üretmesi; kimi zaman mahkemelerde yorum faaliyetinde kurgulara başvurulması; kimi zamansa *Common Law* sistemi gibi sistemlerde yargıçlar tarafından uygulanacak kural belirlenirken kurguların kullanılması ile gerçekleşir.

Tüm bunların yanında hukukilik incelemesi esas itibarıyla doğal hukuk, hukuki pozitivizm ve hukuki realizm ışığında yapılmalıdır. Zira bu üç yaklaşımın her birinde hukukilik incelemesi için farklı hususlar aranmaktadır. Buna göre doğal hukuk

¹⁰⁶ Jean Carbonnier, **Sociologie juridique**, s.U.F., Paris, 1978, s.175.; akt. Gözler, **Hukukun Genel Teorisi**, s.41.

¹⁰⁷ Hart, **A.g.e.**, s.6.

¹⁰⁸ Kemal Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa, Ekin Yay., 2016, s.2,3.

¹⁰⁹ Gözler, **Hukukun Genel Teorisi**, s.43.

açısından hukukilik tespitinde normun içeriğine bakılmakta, bir değere işaret edip etmediğinin tespiti aracılığıyla hukukiliği ortaya çıkarılmaktadır. Adaleti en büyük erdem olarak kabul eden Aristo'dan başlayarak; akıl, erdem, adalet temelinde ödev anlayışı kuramı ile Kant; adalet arayışının sonucu olarak toplum sözleşmesi tasarlayan kuramcılar; hukuk adaleti istemektir diyerek hukukiliği adalet, hukuk güvenliği ve amaca uygunlukla özdeşleştiren Radbruch ve diğer tüm doğal hukukçu görüşlerin hepsi hukuk normunun adaletin gereklerine uygun olarak belirlenmiş olmasını hukukilik kriteri olarak belirlemiştir.¹¹⁰

Hukuki pozitivizm bakımından ise farklı düşünürlerin farklı yaklaşımları bulunmaktadır. Hukuku egemenin buyrukları olarak tanımlayan John Austin'in teorisine göre ölçüt ilgili normun bir egemen tarafından konmuş olmasıdır.¹¹¹ Ne var ki egemenliğin de adaletin de kesin olarak belirlenebileceği bir kriter yoktur. Bir diğer pozitivist görüş olarak Hans Kelsen'in normlar hiyerarşisine baktığımızda öncelikle onun hukuku yaratanın hukuk düzeni organları olduğu gerekçesiyle hukuk ve devlet özdeşliği düşüncesinden bahsetmek gerekmektedir. Öyleyse ona göre hukukiliğin kriteri, diğer hepsinin varlığının dayandığı bir kurgu niteliği taşıyan temel norma ve kanun koyucunun oluşturduğu geçerli normlar sistemine uygunluk ve etkinliktir. Ona benzer şekilde varlığı yetkililer tarafından "içsel bir bakış açısı ile" kabul edilen tanıma kuralı teorisiyle H. L. A. Hart'ın yaklaşımında da hukukilik sorgulandığında, tanıma kuralı, ona uygun şekilde düzenlenmiş birincil ve ikincil kurallar ve yargılama kurallarına uygunluk kriteri teşkil etmektedir.¹¹² Hart, bahsettiği bu içsel bakış açısı ile kuralların toplumsal boyutundan bahsetmekte, hukuku da bu bakış açısıyla kabul edilmiş olan bir kurallar sistemi olarak tasvir etmektedir.

Hukuki realizm ışığında bakıldığında ise hukukun karar yönüne vurgu yapıldığı görülür. Hukukun kavramsallığına ve kuramlara yer vermeksizin, metafizik düşünceyi hukuktan hariç tutarak hukukun işleyiş sürecindeki söz konusu normun bir yargı

¹¹⁰ Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2018, s.157-162, 198-2020, 357-360.

¹¹¹ A.e., s.317.

¹¹² Raymond Wacks, **Hukuk Kuramını Anlamak**, çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver, Astana Yay., Ankara, 2017, s.145.)

kararına konu olması durumu hukukilik kriteri olarak kabul edilmiştir.¹¹³ Zira hukuki realist düşünceye göre hukuk ancak hukuksal yaşantı sırasında oluşan sonuçları belirtmektedir.

Son olarak hukukta kullanılan ancak hukukilik niteliği taşımayan kurguların varlığına da değinmek gerekmektedir. Örneğin toplum sözleşmeleri, düşünürlerin teorilerinde kullandıkları kurgu kişi ve yerler gibi hukukun gelişimine katkı sağlayan ancak hukuki olma özelliğine sahip olmayan kurgular da bulunmaktadır. Bunlar hukukta kurgu kullanımına birer örnek teşkil etmekte olup, kurguların hukuk açısından işlevlerini anlamamıza yardımcı olabilmektedirler. Toplum sözleşmeleri ileride oluşturulacak hukuki metinlere ve liberal hukuk kuramı gibi kuramlara kaynaklık ettiğinden; ütopyalar da eleştirel kurgu örnekleri olup hukukun gelişimine bu yönde hizmet ettikleri için çalışmamızda bu konular ayrı bir bölümde daha ayrıntılı incelenecektir.

Hukuki kurguların sözlüklerdeki tanımlarına geçecek olursak birçok farklı tanımla karşılaşırız. Genel itibarıyla her ne kadar dolambaçlı bir yoldan da olsa *adaletle ulaşma amacıyla oluşturulan bir durum simülasyonu*¹¹⁴; *bir hukuki mesele hakkında verilecek kararı temellendirmek amacıyla mahkemelerce oluşturulan varsayımsal bir durum*¹¹⁵ şeklinde tanımları bulunmaktadır. Hukuki kurguların genel olarak varsayım temelli tanımları bulunduğu için onların karinelerle bağlantısı incelenmelidir.

Karine kavramı sözlükte “benzerlik veya yakınlık sebebiyle bir başka şeye işaret eden alamet, emare, ipucu; karışık bir meselenin anlaşılmasına yarayan hal” olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁶ Alman Hukukunda karine karşılığında “*die Vermutung*” sözcüğü kullanılır. Almanca “*die Vermutung*” sözcüğünün Türkçedeki anlamı ise “tahmin/sanı”dır.¹¹⁷ Bizim hukukumuzda ise karine “varlığı bilinen bir olgudan varlığı

¹¹³ Güriz, **A.g.e.**, s.328.

¹¹⁴ James A Ballentine, **Ballentine's Law Dictionary**, 3.baskı, Lawyers Co-operative Pub. Co, Rochester, New York, 1969, s.468.

¹¹⁵ Henry Campbell Black, **Black's Law Dictionary**, 5.baskı, West Publishing Co., St. Paul, Minn., U.S., 1979, s.804.

¹¹⁶ Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Ankara, Aydın Kitapevi, 2013, s.491.

¹¹⁷ Çevrimiçi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1823/19213.pdf>, 24.07.2020, s.732.

bilinmeyen bir olgu hakkında çıkarılan sonuç” olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁸ Adi karinelerin aksi ispat edilebilirken, kesin karineler ve kurgular hukukun uygulanmasında fikir veren atıf kurallarıdır. Ancak öğretide yazarların büyük bir kısmı adi karine-kesin karine ayırımını reddetmekte ve hukuki karine olarak yalnızca aksi ispat edilebilen karineleri kabul etmektedirler. Bu görüşte olanlara göre, aksi ispat edilemeyen karineler ve kurgular eşittir.¹¹⁹ Kurgularda da kanunun belli bir olaya bağladığı bir sonucun, onunla tam anlamıyla özdeş olmayan başka olaya uygulanması (*praesumptio iuris et de iure*) söz konusudur.¹²⁰ Dolayısıyla eğer bu söz konusu olay gerçekleşmişse, hukuk buna bağladığı sonucun gerçekleştiğini kabul eder ve bunun aksinin iddia yahut ispat edilmesi mümkün değildir. Ancak varsayımlarda bir şeyin o şekilde olma ihtimali vardır. Yine o şeyin ifade edildiği şekilde olmama ihtimali de vardır. Varsayımda yani adi karinede, kurgulardaki gibi bir münhasırlık ve kanıtlanamazlık yoktur. Örneğin tapu sicilindeki kayıtların herkesçe bilineceğine dair karine hukuki kurgu sayılırken, ölüm karinesi aksi ispat edilebildiği için karine yani varsayım niteliğindedir. Yine de evlat edinme, ölüm karinesi gibi adi karineler de kökenlerinde kurguların izini taşımaktadırlar.¹²¹

Hukuki kurgulara varsayım temelli yaklaşım, sözlüklerden birinde şu şekilde ifade edilmiştir: *Bir kimseye yahut bir şeye doğası gereği sahip olmadığı belirli bir niteliği veren ve böylece o kimse/şeyin belirli bir türe mensup olmasının getirdiği sonuçlara sahip olmasını sağlayan hukuki varsayım.*¹²² Bu tanım, hukuki kurgular için görece diğer bir sözlükte geçen “*doğruluğuna yahut kesinliğine bakılmaksızın hukukta gerçek değeri taşıyan varsayımlar*”¹²³ ifadesine göre daha ılımlı gözükmemektedir. Hukuki

¹¹⁸ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, Yetkin Yay., 2011, s.434.

¹¹⁹ A.e., s.737.

¹²⁰ Çevrimiçi, https://hukuk.marmara.edu.tr/dosya/huk/%C3%96%C4%9ERENC%C4%B0/HUKUKUZEM/19-20/BAHAR/hukuk.baslangici/2.eg%C4%B1%CC%87t%C4%B1%CC%87m.5_6.hafta.pdf?_t=1584900180, 24.07.2020.

¹²¹ Çevrimiçi, https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2008_XII_7.pdf, 29.08.2020.

¹²² Thymon Boey, **Woorden Tolk**, SGraavenhaage: J. Gaillard, 1773; akt. Olivier, A.g.e., s.18.

¹²³ Çevrimiçi, <https://www.merriam-webster.com/legal/legal%20fiction>, 23.05.2019.

kurguların farklı olasılıklar üzerine bir muhakeme önerme özelliği üzerinden yapılan bu ilk tanımlama daha açıklayıcıdır.

Zira aşağıda örnekleriyle izah edileceği üzere kimi zaman hukuki kurgular ilgili olayın nesnesinin bir kategoride değerlendirilmesi amacıyla kullanılmaktadır. Şöyle ki bir kişi veya durum, ilgili hükmün içeriğinde açıkça zikredilmediğinde ve fakat söz konusu hükmün belirttiği kategoride değerlendirilmesi gerektiğine karar verilmişse burada bir hukuki kurgu söz konusu olmaktadır. Hukuki kurguların sözlüklerdeki varsayım temelli tanımları kanımızca onların varsayım ögeleri içermesi sebebiyle oluşturmuştur. Ancak açıklandığı üzere terminolojik olarak hukuki kurgular (*legal fictions*), hukuki varsayımlarla (*legal presumptions*) eş değer değildir.¹²⁴

Kurguları anlamak için aksiyomlarla ilişkisinden de söz etmek faydalı olacaktır. Zira aksiyomlar da ispatlanması gerekmeyen, doğru kabul edilen önermelerdir. Ancak aksiyomlar herkes tarafından açık bir şekilde bilinir ve kabul edilir. Dış dünyadaki gerçeklerle çelişmezler. Dünyayı algılayabilmek için oluşturulmuş ideallerdir.¹²⁵ Kurgular ise bir ‘öyleymiş gibi davranma’ içerdiğinden hukukta bir gerçekliği ifade ederken dış dünyadaki bir gerçeklikle çelişebilirler.¹²⁶ Örneğin Roma’da yabancıların yargılanabilmesi için “Roma vatandaşı gibi” muamele edilmesi kurgusunda gerçekte yabancılar vatandaş değildir.

Örnekler incelendiğinde, oluşturulma şekli itibariyle bazı hukuki kurguların hukuki yorum yöntemlerinden kıyas ile benzerliği de bize fikir verecektir. Zira hukukta kıyasa aynı hukuki kurgularda olduğu gibi rastlanılan olaya doğrudan uygulanacak hüküm bulunmadığında başvurulmaktadır. Dolayısıyla bir kanun hükmünün yahut hükmün içerdiği bir prensibin benzer bir olaya uygulanması¹²⁷ söz konusu olabilmektedir. Bir akıl yürütme yöntemi olan örneksemede, iki olay ya da şey

¹²⁴ Çevrimiçi, <https://lawexplores.com/presumptions-and-fictions-a-collingwoodian-approach/>, 20.11.2020.

¹²⁵ Çevrimiçi, <https://plato.stanford.edu/entries/truth-axiomatic/#:~:text=First%20published%20Mon%20Dec%2026,in%20order%20to%20avoid%20inconsistency.>, 20.11.2020.

¹²⁶ Liron Shmilovits, “Deux ex Machina: Legal Fictions in Private Law”, (Doktora Tezi University of Cambridge, 2018), s.73.

¹²⁷ Ünal Narmanlıoğlu, "Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması", Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir, 2001, s.118.

arasında bulunan benzerlikten yola çıkılarak bunlardan biri hakkında verilen hüküm diğeri için de kabul edilir.¹²⁸

Kıyas, kavramla gerçeklik arasındaki bağlantıda yer almaktadır diyebiliriz.¹²⁹ Kıyasta bir olay veya durum ile bu olaya benzer nitelikteki başka bir olay ile karşılaştırma yapılarak bir hukuki ilişki kurulur. Sonrasında bunlardan biri ile ilgili olarak hukukun öngördüğü çözüm, benzer yönler açısından diğesinde de uygulanabilir. Örneğin; sigara içme yasağıyla ilgili bu yasağın söz konusu olduğu yerde kıyas yolu ile pipo, e- sigara, nargile vs. içmenin de yasak olduğu sonucuna varılabilir. Kimi zaman TBK 246. Maddesinde olduğu gibi (“*Taşınır satımına ilişkin hükümler kıyas yoluyla taşınmaz satımına da uygulanır*”) kıyas uygulamasını kanun metni de düzenleyebilir. Tıpkı kıyastaki gibi hukuki kurgu kullanımında da farklı olay ve durumlarla ilgili olan hukuki bağlantıyı oluşturmak ve çözümlemek, uyumsuzluğun çözümünün yanı sıra hukuku bilme çabasına hizmet etmektedir. Ancak hukuki kurgularda benzer durumlara benzer kuralların uygulanmasından ziyade, bu benzerliklerden yola çıkılarak yeni bir kural kurgulanması söz konusudur. Tüzel kişilerin ‘gerçek kişiler gibi’ hak ve yetkilere sahip olacağına dair oluşturulan kuralı burada örnek olarak verebiliriz. Kıyas uygulamasıyla arasındaki bir diğere fark ise kıyasa başvuran kişinin bunu destelemek için gerekçeler sunarak benzerlikler üzerinden bir açıklama yapmak durumunda olması ve fakat hukuki kurgulara başvurulduğunda böyle bir ihtiyaç meydana gelmemesidir.¹³⁰ Zira açıklandığı üzere kurgulara başvurulduğunda ispat gereksinimi olmaksızın ortaya çıkan durum kabul edilir, öyle olduğu farz edilir. Bir diğere fark ise kurguların ortaya çıkmasındaki sebeplerin her zaman kıyas uygulanması sebebine benzer olmamasıdır. Örneğin Roma Hukuku’nda yabancıların vatandaşlar ile aynı şekilde davalarda yer alabilmesine dair kurguda, sigara-pipo örneğindeki gibi bir benzerlikten yola çıkılarak yapılan bir düzenleme yoktur.

Hukuki kurgularla ilgili tanımlara devam edecek olursak, bir başka tanımlı Jhering yapmıştır: Ona göre hukuki kurgular, ‘*zorunluluğun neden olduğu teknik*

¹²⁸ Işıқтаç, Metin, **A.g.e.**, s.232.

¹²⁹ Karahanoğulları, **A.g.e.**, s.287.

¹³⁰ Ian Randall Kerr, “Legal Fictions”, (**Doktora Tezi**, The University of Western Ontario, 1995), s.81.

yalanlar'dır.¹³¹ Şöyle ki Jhering, hukuki kurguların yeni hukuk kurallarının kabulünde ve açıklanmasında ortaya çıkan sorunları hafiflettiğini düşünmektedir. Jhering'e göre kurgular, eski yasaların korunmasına izin verirken aynı zamanda ilgili metnin uygulanmasının gelişmesine ve değişmesine de olanak tanımış olmaktadır.¹³² Jhering "*kurgular geçici önlemlerdir, bilimin başvurmaması gereken koltuk değnekleridir*" şeklindeki iddiaları kısmen reddederek; "*bilimin koltuk değnekleriyle devam etmeleri, onlarsız kaymaktan ya da hiç hareket etmekten kaçınmaktan daha iyidir.*" demektedir.¹³³ Jhering'in bu şekilde bir karşılık vermesinin sebebi belki de bir dönem mensubu olduğu Tarihçi Hukuk Okulu'nun hukukta kültürü önemseyen yaklaşımına ek olarak hukukta meydana gelen çatışmaya ve hukukun bir sosyal olay olarak yeniden üretildiğine de vurgu yapmasıdır.¹³⁴ Şöyle ki hukukta bir çatışma meydana geldiğinde bir zorunluluk olarak hukuki kurgulara başvurulabileceğini, böylece hukukun yeniden üretilmiş olacağını ancak artık ihtiyaç kalmadığında ise değneklerin yani kurguların bırakılması gerektiğini belirtiyor gibi görünmektedir.

"Sahtelik/aldatmaca/yalan" (*falsehood, falsity*) gibi tanımları benimseyenlere göre hukuki kurgular, yasa koyucuların belirli sınırlamaların olduğu hükümleri aşmak için kullandığı, gerçekliği yansıtmayan durumlardır. Bu görüşte olan düşünürler, hüküm ile hukuki kurguların başvurulduğu olay arasındaki bağlantı net bir şekilde kurulamadığı için hukuki kurguları "*yanlışlığı gösterilemeyen iddialar*" (*unfalsifiable claims: the falsity of legal fictions could not be challenged*) olarak görmektedirler.¹³⁵ Buna göre, bu şekilde bir uygulamaya başvurulduğunda ilgili olay artık geçerli bir hükme bağlanmış olacak ve hukuki kurguların kullanımına itiraz etmenin herhangi bir yolu böylece reddedilmiş olacaktır.¹³⁶ Dolayısıyla hukuki kurgular aracılığıyla ilgili kural, herhangi bir itiraza maruz kalınmadan kuralın içerdiği olay ve duruma benzer

¹³¹ Emmanuel Cartier, *Le Role Des Fictions Juridiques Dans la Processus Transitoire: Du Déni a la Reception du Passe Conflictuel*; akt. Cemal Bali Akal, "Kurgu ve Hukuk", **Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhafliklar**, ed. Cemal Bali Akal, Yalçın Tosun, Dost Kitabevi, Ankara, 2016, s.75.

¹³² Kerr, **A.g.e.**, s.83.

¹³³ Lon Fuller, "Legal Fictions", **Illinois Law Review Volume XXV**, Aralık, 1930, (Söz konusu makaleler 1967 yılında Stanford University Press tarafından kitap haline getirilmiştir.), s.364.

¹³⁴ Mehmet Tevfik Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018, s.44.

¹³⁵ J.H. Baker, **An Introduction to English Legal History**, Butterworths, Londra, 2002, s.201.

¹³⁶ J.H. Baker, **The Law's Two Bodies: Some Evidential Problems in English Legal History**, Oxford University Press, Oxford, 2001, s.41; Akt. Daniel Klerman, "Legal Fictions as Strategic Instruments", **USC Law School Law and Economics Workshop**, 2009, s.4.

başka olay ve durumlara uygulanabilmektedir. (Örnek olarak şirketlerin gerçek kişilerle benzer şekilde hak ve yetkilere sahip olması adına oluşturulan tüzel kişilik kurgusunu verebiliriz.) Ancak hukuki kurgunun bu şekilde kullanımına karşı çıkan düşünürler, bir benzeşimin yalnızca bir benzeşim olduğunu ve bir gerçek olarak ele alınıp, başka olay ve durumları bu benzeşimden yola çıkarak bir hükme bağlamanın mümkün olmadığını ileri sürerler.¹³⁷ Gerekçe olarak ise hukuki kurguların bir *sahtelik hatta düzmece* şeklinde ortaya çıktığını, bu sebeple hukuki sorunların çözümünde kullanılamayacağını iddia etmektedirler.¹³⁸

Fakat hukuki kurguların bir sahtelik veya yalandan ibaret olduğu görüşünde olanlar bu bağlamda kurguların, mahkemelerin sanki ilgili durumun içinde bulunduğu gerçeklik değişmiş gibi davranmalarına ortam hazırladığını ve bu durumun yargı kararlarında “kanunun farz ettiği”, “şu kastedilmiş olmalı ki...” şeklindeki çeşitli gramer örtüleriyle gizlenerek yapıldığını iddia ederler. Örneğin ileride tekrar açıklanacağı üzere Roma’da yabancıların kimi durumlarda davada “vatandaşmış gibi farz edilmesi” esasında içinde bulunulan gerçeklikle çelişmektedir. Yine bazı yazarlarca Yargıçların kurgular aracılığıyla, yasal genişlemenin yerleşik doktrin ile tutarlı görünmesini sağlayarak kuralları çeşitli çıkarılara göre değiştirdiği düşüncesi öne sürülmüştür.¹³⁹ Yargıcın maddi hukuku değiştirme yetkisi olmadığı için onun uygulama alanını ve kullanım usulünü hukuki kurgular aracılığıyla değiştirebilme imkânına sahip olmasına dikkat çekilmiştir.¹⁴⁰ Buna göre usule uygun hale getirilmiş bu hukuki kurgu başvuruları, iki olgunun sınıflandırılması arasındaki belirsizliğe dayanarak biçimini değiştirmeden kanunu değiştirmek için kullanılmıştır.¹⁴¹ Ancak burada yargıçların hukuk yaratıp yaratmadığı şeklinde farklı bir tartışma alanına da girilmiş olmaktadır. Zira bu soruya verilecek cevaplar, yargıçların hukuk yaratmadığı ve fakat zaten var olan bir hukuku keşfederek uyguladığı; ya da önceki verilmiş kararlardan bir kural keşfetmeyerek tamamıyla yeni bir hukuk yarattığı veya hem

¹³⁷ Olivier, **A.g.e.**, s.91.

¹³⁸ Bentham, **A.g.e.**, b.a.

¹³⁹ Klerman, **A.g.e.**, s.2.

¹⁴⁰ Kenneth Campbell, “Fuller on Legal Fictions”, **Law and Philosophy, Vol. 2, No. 3, December, 1983**, s.349. Bu konuyla ilgili örnek olarak s.70,71’deki Minorca Adası hususuna bakabiliriz.

¹⁴¹ Marjorie Stone, “Dickens, Bentham, and the Fictions of the Law: A Victorian Controversy and Its Consequences”, **Victorian Studies Vol. 29, No. 1 Autumn**, Indiana University Press, 1985, s.128.

hukuk yaratabildiği hem de artık uygulanmayan eski bir hükmün yerine başka bir hükmü uygulayabileceği yönünde çok çeşitlidir.¹⁴²

Gerçekten de toplumlarda hukuk sistemlerinin gelişmesinin ilk aşamalarında bazı hukuki kurgular, mahkemelerinin yargı yetkisini genişletmek için tasarlanırken, diğerleri hantal ve eski prosedürlerden kaçınmak için yahut bir kuralın kapsamını genişletmek amacıyla kullanılmıştır.¹⁴³ Ancak mahkemelerin bir kurguya dayandığında bunu halkı aldatma saikiyle yaptığı yönündeki söylemler sert bir iddia niteliğindedir.¹⁴⁴ Kaldı ki anayasa, tüzük veya yasa kuvveti taşıyan başka bir kaynak, belirli bir önermeyi içerdiğinde, mahkemeler onu göz ardı etmekte özgür değildir.¹⁴⁵

Hukuki kurguların sahte/düzmece uygulamalar olup olmadığını sorgulamak için öncelikle onların yaratılma biçimine, yaratılma zamanına ve gerekçesine yönelik sorular sormamız gerekir. Hukuki kurgu, yargıç kararlarıyla ortaya çıkabileceği gibi hukuk kurallarıyla da yaratılabilmektedir. Bu kurallar genellikle vakaya ilişkin maddi meseleler (*question of fact*) olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁶ Örnek vermek gerekirse “Eğer A durumu gerçekleşirse B olur.” Şeklinde bir kural doğru veya yanlış değildir. Ancak kurallar, hukukun maddi sorun olarak gördüğü meseleleri yani A ile B arasındaki ilişkiyi yönetir.¹⁴⁷ Bu sebeple diyebiliriz ki hukuk, ilgili durumun yalnızca yasal bir kural içeriğinden ibaret olmayıp maddi vakaya ilişkin bir mesele olduğunu hesaba katar. Öyleyse kurgular ne maddi olayın ne onun hukuki sorununun (*question of law*) tam karşısında durmaktadır. Bu halde hukuki kurguları kurallar ve gerçekler arasında bir tezatlık olarak açıklayamayız.¹⁴⁸ Hukuki kurguların kullanım amacına ve kullanıldığı durumlara bakmaksızın, yalnızca “kurgu” ifadesinin zihinde yarattığı aldatmaca, sahte/yapma olma algısıyla hareket etmek uygun olmayabilir. Bu

¹⁴² Gray, **A.g.e.**, s.215 vd.

¹⁴³ H. Potter, ed. A. K. R. Kiralfy, **Potter's Historical Introduction to English Law and Its Institution**, 4.Baskı, Sweet and Maxwell, Londra, 1958, s.310.

¹⁴⁴ Campbell, **A.g.e.**, s.346.

¹⁴⁵ T. Alexander Aleinikoff, “Updating Statutory Interpretation”, **Michigan Law Review**, vol.87., no.1., 1988, s.46.

¹⁴⁶ Campbell, **A.g.e.**, s.359.

¹⁴⁷ **A.e.**, s.360.

¹⁴⁸ Zira zihinlerimiz sadece dış dünyanın pasif bir yansıtıcısı değildir. Kişi bir nesneyi algıladığında nesnenin açık seçik bilgisinin yanında, algılamaya devam ederek düşünme aracılığıyla onun hakkında istediği diğer şeyleri de düşünmektedir. Bu anlamda düşünce pasif değildir. Bkz: Rene Descartes, **Meditasyonlar**, Çev. İsmet Birkan, Ankara, Bilgesu Yay., 2007, s.74.

çalışmada da bu sebeple ilerleyen bölümlerde önce kurguların hukuka katkıları ele alınacak, sonrasında ise olumsuz etkileri de değerlendirilecektir.

Bazı yazarlar hukuki kurguları aldatmaca ile ilişkilendirirken gerçekliğin karşısında konumlandıkları, onların emsal belirlenirken de kullanılıyor olması durumunun kurgulara zaman içerisinde “gerçekçi, gerçeklikle ilgili” sıfatını kazandırıp kazandırmayacağı sorusunu ortaya çıkarmaktadır.¹⁴⁹ Hukuki kurgular bazı yazarlarca “*gerçeklikle karıştırılabilecek veya gerçeğin kendisi haline gelebilecek bir maske*” olarak tanımlanmıştır.¹⁵⁰ Dolayısıyla öncelikle gerek kanun metinlerinde gerek dolaylı olarak uygulamalarda kullanılmakta olan hukuki kurguların niteliği üzerine bir düşünülmalıdır.

Hukuki kurgular, ilk bakışta hukuk topluluğu içindeki kişilerce (avukatlar, hâkimler, savcılar vb.) anlaşıldığı için, hukuk topluluğuna dahil olmayan kişiler için herhangi bir olgu; fakat hukuk topluluğuna dahil olanlar için bir kandırmaca/aldatmaca olarak algılanabilmektedir.¹⁵¹ Bu da ilk bölümde incelendiği üzere hukuk dilinin kendine özgü yapısından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla işlevlerinden dolayı hukukçuların kullandığı dil de tıpkı diğer bir meslek grubunun kullandığı dil gibi kimi zaman günlük dil ile ifade edilemeyecek göstergeleri içerir.¹⁵² Bunun yanında günlük dil de sürekli akışta olduğu için ister hukuk topluluğu içerisinde olsun ister olmasın tüm bireyler algıladıkları yeni durumlara ve yaşadıkları deneyimlere uyum sağlamak, bu kavramsal yapıları uygulanabilir kılmak adına eski kavramları düzenler ve değiştirirler.

Hukukçular ilk zamanlarda hukuki kurgu terimini, yapay yasal adlandırmalara, olağan dışı dünya ile hukuk dili dünyası arasındaki ara yüzü tanımlayan kavramlara atıfta bulunmak için kullanıyordu.¹⁵³ Buna göre okuyucular gerçek bilgiyi zihnindeki

¹⁴⁹ Jen Camden, Kathryn E. Fort, ““Channeling Thought”: The Legacy of Legal Fictions from 1823”, **American Indian Law Review** Vol.33, 2008, s.79.

¹⁵⁰ Robin Matthews, “Legal Fictions: Critical Theory Criticality And The State Of Economics And Management”, ed. David M. Boje, **Critical Theory Ethics for Business and Public Administration**, Information Age Publishing, U.S.A., 2009, s.59.

¹⁵¹ **A.e.**, s.86.

¹⁵² Güliz Uluç, Murat Soydan, “‘Güneşe Yolculuk’ ve ‘Berlin in Berlin’ Filmlerinde İki Eksen, İki Dil Oyunu, Tek Olgu: Göç”, **Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, no.26, Kayseri, 2009, s.187,188.

¹⁵³ Petroski, “Legal Fictions and the Limits of The Legal Language”, s.500 vd.

mevcut bilgi ile birleştirerek o konuda daha fazla hipotez, iç görü ve inanç üretirken; yapay bilgiyi yani olağandışı durumlara ilişkin bilgiyi bulunduğu alanla sınırlandırır, yalnızca bu alandaki diğeri materyallerle etkileşime girerek yeni bilgiler üretmesine izin verir.¹⁵⁴ Hukuki kurguların bu şekilde yapay bilgi ile ilişkilendirilmesi, onun insanların günlük hayat tecrübesi içinde yeni ve olağandışı olarak değerlendirilmesinin bir sonucudur. Bununla bağlantılı olarak bazı düşünürler hukuki kurguların kullanıldıkları alan için ne kadar doğru olursa olsun, dünyadaki tecrübemize uymadığı sürece hala bir kurgu olduğunu ve onu kurgu yapanın bu olduğunu söylemektedir.¹⁵⁵ Ancak hukuki kurguların gerçeki bilgi olarak henüz benimsenmemiş olmaları onların ‘hukukta gerçeki’ olmaları durumunu değiştirmemektedir. Zira hukuk aleminde uygulanmaları ile artık hukukta gerçeki hale gelmektedirler. Kurgular hukukta uygulanmasıyla hukukta gerçeki niteliği taşıırken; hukuk dışı alanda tam bir karşılığı bulunmadığı için bunun olumsuz etkilerini gidermek adına yargıçlar yasal bir ideal ile teknik hukuk dilindeki kısıtlamaların getirdiği kaçınılmaz sınırlamalar arasındaki boşluğu doldurarak adeta bir yapıştırıcı görevi görmektedir.¹⁵⁶

Günümüzde kullanılan birçok yasa, eski zamanlarda hukuki kurguların kullanılmasıyla gelişip şu anki halini almış ve kural haline gelirken de onların kurgu olarak doğduğu unutulmuştur. şöyle ki bir norm, gerçeki dünyada uygulanabilir olduğunda, insanlar tarafından kabul gördüğünde meşru hale gelecektir. Bu da onu ‘gerçekiçi’ yapacaktır.¹⁵⁷ Öyleyse hukuki kurgu içeren bir norm da gerçeki dünyada uygulanabilir olduğunda gerçekiçi sayılabilir. Zira hukuki kurguları içeren norm yahut hüküm, bu yeni durum için kullanılmasıyla artık ilgili durum bir gerçekliği ifade edecektir. Zaten hukuki kurallar hayali bir gerçekliki durumunu, bir varsayımı yansıtır.¹⁵⁸ Dolayısıyla normun kendisinin gerçekliğinin yanında onun içerisinde işaret ettiği gerçekliği de dikkate almamız gerekir. Zira hukuki kurguların kullanım

¹⁵⁴ Simon Sitem, “Legal Fictions and Exclusionary Rules”, **Legal Fictions in Theory and Practice**, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.160.

¹⁵⁵ Clifford Ando, “Fact, Fiction, and Social Reality in Roman Law”, **Legal Fictions in Theory and Practice**, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.312,313.

¹⁵⁶ Burkhard Schafer, Jane Cornwell, “Law’s Fictions, Legal Fictions and Copyright Law”, **Legal Fictions in Theory and Practice**, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.179.

¹⁵⁷ Schooten, **A.g.e.**, s.3.

¹⁵⁸ **A.e.**, s.6.

ihtiyacı doğduysa onun kullanılacağı bir gerçeklik meydana gelmiş demektir. Bu da hukuki kurguyu içeren yasayı etkin ve gerçek yapmaktadır. Gerçeklik yalnızca yasanın kendi gerçekliği olarak kabul edilirse yasanın içerisindeki gerçeği işaret eden özel anlamı kavrayamayız.¹⁵⁹ Yani normlar, hukuk dünyasındaki varoluşu ve geçerli oluşunun gerçekliğinin yanında yasa metninin işaret ettiği ilgili durum ve olayların gerçekliğini içermektedir. Hukuki kurgular, ilgili olayın gerçek ve somut sonuçlara bağlanma ihtiyacı sebebiyle ortaya çıktığından olası gerçeğin bir ifadesidir diyebiliriz.

Sonuç olarak, hukuki kurgular hiçbir zaman bir kurum olarak adlandırılacak kadar belirgin ya da istikrarlı olmamıştır. Varsayım ögeleri içerirler ancak teknik anlamda varsayımlarla birebir eş değildirler. En çok içtihatlar sistemi olan *Common Law* uygulamalarında karşımıza çıkarlar. Örnekler bölümünde açıklanacağı üzere tarihte hukuki kurgular kanunlarda henüz düzenlenmemiş, yeni konularla ilgili bir kural oluşturulurken kullanılmıştır. Bu kurguların ilk izlerine Roma'da rastlamakla beraber, İngiltere'de feodal düzenle birlikte Lordların uygulamaları ile kraliyet uygulamaları arasındaki ilişkiyi düzenleyen kuralların da kurgu olarak ortaya çıktığı kabul edilir. Şöyle ki *Common Law* geleneğinde, hukuk kuralı veya ilkesine dönüşmüş kurgular bulunurken, kıta Avrupası geleneğinde daha ziyade sonuçlar bakımından gönderme, aslında mevcut olmayan bir olguyu mevcut sayan, eşit olmayan iki olguyu isteyerek, bilerek eşitleyen teknik niteliğinde kurgular bulunur. Böylece mevcut olan belirli bir olgu veya olay için öngörülmüş olan bir kuralın, benzerliği farz edilen (hayal edilen) başka bir olguya uygulanması sağlanmış olur.¹⁶⁰

Hukuki kurgular genellikle medeni hukuk ve borçlar hukuku konularına ilişkin olup, ceza ve idare (vergi) hukukunda ise ancak kişi lehine uygulanacak şekilde kullanılmışlardır. Katı bir biçimciliğin yarattığı olumsuz sonuçları engellemek adına düzeltici bir mekanizma, yasalar gelişinceye kadar kullanılan bir teknik olarak görülmüşlerdir. Bu kurgular tamamen prosedürel olduğu için, prosedürlere ihtiyaç kalmadığında onlar da kullanım dışı olmuşlardır. Bazı yazarlar bu tür hukuki kurgulara eski hukuki kurgular (*old legal fictions*) demektedir. Ancak günümüzde hukuki

¹⁵⁹ Hans Kelsen, **Pure Theory of Law**, University of California Press, 1967, s.213.; **Saf Hukuk Kuramı**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, 2020., s.6-11.

¹⁶⁰ Rona Serozan, **Hukukta Yöntem- Mantık**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.38.

kurguların uygulamada kullanılıp kullanılmayacağı hem hukuk sistemleri açısından hem de genel anlamıyla tartışmalı bir konudur. Bir sonraki bölümlerde düşünürlerin görüşleri ve hukuki kurgu örneklerinin incelenmesiyle bu konu açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca bunun dışında hukuk teorilerinde, hukukçuların çalışmalarında hukuku anlamak ve geliştirmek için de kurgusal öğelere başvurulmuştur. Kurgunun hukukun gelişimindeki yeri değerlendirildiği için bu tür kurgu kullanımları da kurguların işlevleri kısmında incelenecek, buna örnek teşkil eden toplum sözleşmeleri ve ütopyalar da ayrı bir bölümde açıklanacaktır.

B. Hukuki Kurgular Hakkında Bazı Görüşler

Hukuki kurguların örneklerine geçmeden önce çeşitli düşünürlere ait hukuki kurgu tanımlarından bahsedilmesi hem sözlük tanımlarından ayrı olarak bize farklı bakış açıları sunacak hem de örneklerin daha iyi kavranmasına yardımcı olacaktır. Zira sözlüklerde de belirli ve net bir tanım bulunmayan hukuki kurgu ifadesi düşünürlerin tartışmaları çerçevesinde daha kolay anamlandırılacaktır.

Düşünürlerden Bentham hukuki kurgular için hiçbir şekilde tolerans göstermemekte, diğer bahsi geçen düşünürler ise minimum düzeyde faydası ölçüsünde belirli bir dereceye kadar tolerans göstermektedir. Araştırmamın gösterdiği kadarıyla hiçbir düşünür hukuki kurguların kullanımını tam olarak desteklememektedir.

1- William Blackstone (1723- 1780)

18. yüzyıl hukukçusu Sir William Blackstone, bir dönem yargıçlık yapmış ve İngiltere Yasaları hakkında dersler vermiştir.¹⁶¹ İngiltere'deki *Common Law* hukuk sisteminde hukuki kurgulara sıkça yer verildiği için, yasalar üzerine çalışmaları bulunan Blackstone eserlerinde kurgularla ilgili de açıklamalar yapmıştır.

William Blackstone'un hukuki kurgulara yaklaşımı Bentham gibi sert değildir. Bentham'ın aksine, hukuki kurguları “zahmetli/meşakkatli olabilen ama tehlikeli olmayan tarihin eski dönemlerinden gelen bir kalıntı” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁶²

¹⁶¹ Çevrimiçi, <https://www.britannica.com/biography/William-Blackstone> , 24.07.2020.

¹⁶² Mark Tebbit, **Philosophy of Law: An Encyclopedia**, Routledge, 2013, s.301.

Daha ziyade usule ilişkin kurguların kullanımını zahmetli olarak değerlendirmektedir.¹⁶³

Commentaries eserinde hukuki kurguları, “Orta Çağ hukukunun kuşatılmış surlarının ötesinde, hukuki kalenin modern İngiliz sakinlerini yükselten bir merdiven” benzetmesiyle ifade etmiştir.¹⁶⁴ Aynı zamanda bir şair olan Blackstone, yapmış olduğu bu benzetmede anlatmak istediğini sonrasında “bu hukuki kalenin eski tuğlalarına yeni tuğlalar tutturmak için hukuki kurgular gerekmektedir” diyerek daha net izah etmektedir.¹⁶⁵ Hukuki kurguların fonksiyonu bu “hukuki kaleyi” yeniden inşa etmeksizin tamir etmektir. Bu sebeple hukuki kurgulardan *kullanışlı ve yararlı* olarak bahseder.¹⁶⁶ Ona göre kurgu aracılığıyla yeni durumla uyumlu hale getirilmiş yasal düzenlemenin maddi gerçeklikle bir bağı vardır. Hukuki kurgunun düzenlediği veya oluşturduğu durum, dış dünyanın gerçekliğine ve hayat şartlarına uygunluk sağlamaktadır. Hukuki kurgular hukuki gerekçelendirmenin önemli bir ögesidir. Kaçınılmaz olarak her durumda istenen sonuca götüren bir prosedür sistemi inşa etmenin mümkün olmadığını belirtmekte, hukuki sistemlerin toplumların ihtiyaçlarına göre zaman zaman yenilenmesi gerektiğini düşünmektedir.¹⁶⁷ Bu sebeple de hukuki kurgulara başvurulabilir.

Blackstone hukuki kurguları eski yasal bir yapının yıkılmaksızın bazı yönlerinin korunarak yeniden inşasında kullanılan dolambaçlı bir yaklaşım olarak görmekte yine de toplum için bir elverişlilik, bir yarar sağladığını düşünmektedir.¹⁶⁸ Ancak Blackstone hukuki kurguları hiçbir zaman açıkça hukuki değişim aracı olarak tanımlamamıştır.¹⁶⁹ Bunun sebebi belki de yerleşmiş gelenek ve göreneklerin değeri üzerinde ısrarlı bir şekilde duran muhafazakâr bir düşünce yapısı benimsemesidir. Sonuç olarak Blackstone’a göre yasa her zaman yasa olarak kabul edilmekte, yeni bir

¹⁶³ A.e., s.107.

¹⁶⁴ A.y.

¹⁶⁵ Sir William Blackstone, **Commentaries on the Laws of England, Book III**, J.B. Lippincott Company, Philadelphia, 189, s.43.

¹⁶⁶ A.y.

¹⁶⁷ Kerr, A.g.e., s.33.

¹⁶⁸ A.e., s.11.

¹⁶⁹ Kristi Gourlay, “The Scientific Approach to Legal History and Legal Reform: Comparing the Legal Philosophy, Historical Methodology and Legal Science of Blackstone, Kames and Bentham” (**Doktora Tezi**, University College London, 2016), s.255.

durum ortaya çıktığında ilgili yasa hukuki kurgular aracılığıyla yeniden inşa edilmektedir. Bu sebeple Blackstone hukuki kurguların temel amacını, genel hukuk kuralından kaynaklanabilecek bir zararı önlemek veya bir hasarı gidermek olarak belirlemektedir.¹⁷⁰

Blackstone'a göre hukuki kurgular genellikle mahkemelerde ortaya çıkmakla beraber kanun yapımı aşamasında kullanılmamalıdır.¹⁷¹ Hukuki kurguların *Common Law* yargıçlarınca kullanılmasını kabul eder; zira ona göre böylece hukuki kurguların kullanımıyla bir nevi yeniden yapılandırma, yeni duruma uyarlama sağlanır. Bu şekilde yukarıda açıklandığı üzere yasanın özünde bir değişiklik olmayacağını düşünmektedir. Ancak eksiklerin giderilmesi ve yeniden yapılandırma bazı durumlarda özü de değiştirebilir. Bentham, bu değişimin yaratacağı tehlikeyi öngörerek hukuki kurgulara karşı olumsuz eleştiriler gündeme getirirken, Blackstone bu tür bir sonucun gerçekleşeceğine dair bir endişe duymamaktadır. Bunun sebebi Blackstone'un doğal hukuk anlayışına olan inancı olabilir.¹⁷² Zira ona göre doğal bir hukuk vardır, onun ilkeleri ve özü belirlidir. Bu sebeple de hukuki kurguların kullanımıyla ilgili bu açıdan bir endişesi bulunmamaktadır. Ona göre yargıçlar doğal hukukun ve adaletin gerektirdiklerinin farkında olduğundan, bu doğrultuda kurguların kullanımını adaleti sağlayacakları ölçüde sınırlandıracaklardır.

2- Jeremy Bentham (1748- 1832)

İngiliz filozof ve hukukçu Bentham, çoğunlukla faydacılık akımının kurucusu olarak bilinir. Aynı zamanda hukuki pozitivizm ve liberalizmin savunucularındandır. Faydacılığı açıklarken kullandığı “en çok sayıda insana en büyük mutluluğun sağlanması” ilkesi, felsefe anlayışının temelinde bulunmaktadır. Bunların yanında hukuki kurgulara karşı olan muhalif bakış açısı ve yaptığı keskin eleştiriler de Bentham'ın çalışmalarının önemli bir parçasıdır.¹⁷³

¹⁷⁰ Blackstone, **A.g.e.**, s.43.

¹⁷¹ Kerr, **A.g.e.**, s.35.

¹⁷² **A.y.**

¹⁷³ Çevrimiçi, <https://iep.utm.edu/bentham/> , 24.07.2020.

Bentham genel itibariyle hukuki kurgularla ilgili olumsuz görüşlere sahiptir. Girişte bahsedildiği gibi hukuki kurguların belirli ve biricik bir tanımı bulunmamakta, gerek sözlüklerde gerek düşünürler tarafından farklı tanımlama girişimleri yapılmaktadır. Örneğin Britannica'daki tanımına bakıldığında *açıkça yanlış olan bir şeyi doğru olarak kabul eden bir kural* şeklinde ifade edilen tanım Bentham'ın görüşü ile benzer niteliktedir.¹⁷⁴ Bu şekilde bir tanımı benimseyen düşünürler (başta Bentham olmak üzere), söz konusu hukuki kurguların varlığına ilişkin gerekçe olarak *yasayla ilgili yeni bir durum ortaya çıktığında yasa metni değiştirilmeden yasanın uygulama şeklinin değiştirilmesiyle sorunlardan kaçınma amacı güdüldüğünü* belirtmektedirler.¹⁷⁵ Burada kastedilen yukarıda açıklandığı üzere esasen açık bir şekilde hukuk kuralı metninin konusuna dâhil olmayan, yeni yahut olağandışı bir durum söz konusu olduğunda, belirli bir varsayıma dayanarak söz konusu kuralın yeni duruma uygulanmasını sağlayan hukuki kurgulardır. Bentham “*herkesin ustası olduğu silahı*” kullandığı, dolayısıyla avukatlar için de bunun yalanlar olduğu şeklinde bir benzetme yapmaktadır.¹⁷⁶ Bentham'a göre bu şekilde yaratılan sistem bir sahtelik, gizleme ve aldatma ile altta yatan bir düşüncüyü korumaktadır.¹⁷⁷

Bentham hukuki kurguların her türlü kötü amaç için kullanılabileceğini, hukuki kurgulara her başvurulduğunda mutlaka kötü bir etki ortaya çıktığını savunmaktadır.¹⁷⁸ Hatta İngiliz hukukunda hukuki kurguların, “*tıpkı frengi gibi bu bozuk sistemin tüm parçalarının damarlarında gezdiğini*” belirtir.¹⁷⁹ Bentham'ın hukuki kurguların yanlış kullanımının yahut kötüye kullanımının sebep olacağı durumlardan endişe duyduğunu söyleyebiliriz. Bir görüşe göre Bentham'ın bu eleştirilerinin kökü, genel kurallar sistemi olarak *Common Law* hukukunun kendisinin yargıçların soyut ifadelerine dayanan somut olmayan bir sistem olmasıdır.¹⁸⁰

¹⁷⁴ Çevrimiçi, <https://www.britannica.com/topic/legal-fiction>, 23.05.2019

¹⁷⁵ Çevrimiçi, <https://thelawdictionary.org/legal-fiction/>, 23.05.2019

¹⁷⁶ Ogden, **A.g.e.**, s. cxvii, xvii.

¹⁷⁷ Stolzenberg, **A.g.e.**, s.228.

¹⁷⁸ Kerr, **A.g.e.**, s.37.

¹⁷⁹ Jeremy Bentham, “Elements of Packing as Applied to Juries”, **The Works of Jeremy Bentham**, vol.5., ed. John Bowring, Simpkin Marshall and Co, Londra, 1843, s.92.

¹⁸⁰ Kerr, **A.g.e.**, s.37.

Bentham, hukuki kurguları bu sebeple *kasıtlı yapılmış bir sahtelik/yalan* olarak tanımlanmış, açıkça yasama talebinde bulanamayanlar için hukuki kurguların yasama yetkisinin çalınması anlamına geldiği ileri sürmüştür.¹⁸¹ Ona göre hukuki kurgular bir karışıklığa sebep olmaktadır. Bentham'ın pozitivist bir yaklaşımı benimsemesi ve doğal hukukun yargıcın karar verme sürecinin bir parçası olduğu düşüncesini reddetmesi de bu yorumlarının bir açıklaması olabilir. Bunu “*Adalet ulaşmak için kurgulara başvurmak ticaretteki dolandırıcılıktan farklı değildir.*”¹⁸² diyerek açıkça ifade etmiştir.

Bazı yazarlara göre Bentham kurguyla ilgili sarf ettiği öfke dolu sözleri, bütün hukuki kurgular için değil, toplum sözleşmesi bağlamındaki kurguları kastederek sarf etmiştir.¹⁸³ Şöyle ki kimi düşünürlerce devlet kurumunun bir kurgu yasası olarak yaratıldığı düşüncesi savunuluyordu.¹⁸⁴ Ancak Bentham kurgusal bir araç olarak toplum sözleşmesinin siyasi bir zorunluluk gibi kabul edilmesini reddetmekte ve bu konudaki konuşmasında kurgulardan “madde bağımlılığı” metaforunu kullanarak bahsetmektedir.¹⁸⁵ Böylece devlet kurumunun oluşturulmasının dahi kurguya dayanma ihtimali ile kurgu ve olgular arasındaki ince çizgi tarihsel tartışmalara da yansımaktadır. Bentham pozitivist bir yaklaşıma sahip olması sebebiyle, olgusal olmayan kurgulara ve bu şekilde devletin nasıl ortaya çıktığına ilişkin teorilerin meşrulaştırılmasına karşı çıkmaktadır. Bentham'ın kurguları uydurma olarak nitelemesinin bir diğer sebebi olarak hukuki kurguların bir hukuki sorunun cevabı aranırken ortaya çıkan varsayımsal ifadeleri içermesi de gösterilebilir.

Kimi zaman bir hukuki süreçte sunulan yasal kanıtların varsayımlara ve çıkarımlara dayandığı görülür. Bu varsayımların temelindeki olasılık ifadeleri de hukuki kurgu olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bentham, bu olasılık derecelerini

¹⁸¹ Bentham, **The Works of Jeremy Bentham**, s.509.

¹⁸² **A.e.**, s.283.

¹⁸³ Bahsi geçen cümlelere örnek olarak: “Fictions of use to justice? Exactly as swindling is to trade.”, “The most pernicious and basest sort of lying.”, **A.e.**, s.364.

¹⁸⁴ Richard Mohr, “Living Legal Fictions: Constituting The State or Submerging The Signifier?” **International Journal for the Semiotics of Law= Revue Internationale de Semiotique Juridique**, Springer, 2016, s.237, çevrimiçi, <https://ro.uow.edu.au/lawpapers/12/>, 27.10.2020.

¹⁸⁵ Louise Harmon, “Falling Off The Vine: Legal Fictions And The Doctrine of Substituted Judgment”, **The Yale Law Journal**, vol, 100, 1990, s.3.

öznel inanç dereceleriyle eşitleyerek, öznel bir bakış açısı benimsemiştir. Örneğin ona göre “yükümlülük” ya da “hak” kelimelerinin ne anlama geldiğini söyleyemeyiz; ancak bu kelimeleri içeren ifadelerin ne anlama geldiğini söyleyebiliriz.¹⁸⁶ Onun değerlendirme anlayışı hem özelde sunulan olasılık iddialarının hem de genel olarak olasılık kavramının özünde öznel yargılamalar ve kurgu maddeleri olduğunu kabul eder. Ona göre kurgusal varlıklar, ancak kurgusal olmayan varlıklarla arasında doğal bir ilişki olduğunda anlaşılabilir. Bentham kurguların, ancak somut, kurgusal olmayan bir deneyime bağlanarak açıklanabileceğini düşünmektedir.¹⁸⁷

Varsayımsal durumlar ve kurgu hakkındaki bu düşüncesi, edebi kurgu teorisine benzemektedir. Bu sebeple hukuki kurgularla ilgili başka bir endişesinin de kurguların kişiselleştirilmesi olduğu söylenilebilir. Ancak hukuki kurgular, kehanetlerin içinden neyin muhtemel olduğuna dair açıklamalar yapar ve böylece öznel olasılıkları somutlaştırmış olur. Bu somutlaştırmanın temelinde ise edebi kurgudan farklı olarak ikna etme özelliği dikkat çekmektedir. Hukukî kurgularda varoluşu gereği “ikna etmek” durumu söz konusudur ve bu da onun gerçeğe benzerliğine bağlıdır.¹⁸⁸ Şöyle ki kurguların kullanıldığı normun ya da hükmün meşruiyeti açısından, yeni bir durum ortaya çıktığında ona yakın yahut benzer bir duruma benzerliği konusunda ikna olunmuş olmalıdır.

Esasında Bentham’ın faydacı yaklaşımında, insanların doğası gereği hazza yönelerek acıdan kaçınmaları sebebiyle eylemlerine bu saiklerin yön verdiği kabul edilir.¹⁸⁹ Ancak bu eylemlere doğruluk-yanlışlık temelinde yaklaşılarak, meydana getirdikleri sonuçlarla açıklanır. Sonuçların haz verici olması veya olmaması ahlaka uygun olma veya aykırı olmayı ortaya koyacaktır.¹⁹⁰ Dolayısıyla eylemlerin altında yatan niyetlerin toplumsal anlamda ne ifade ettiği, buna göre adaleti amaçlayan kurguların hangi eylemleri gerektirdiği gibi konularla ilgilenmemektedir. Bentham her ne kadar kanun koyucunun azami toplum mutluluğunu elde etmek için göz önünde

¹⁸⁶ Kerr, **A.g.e.**, s.42.

¹⁸⁷ **A.e.**, s.45.

¹⁸⁸ Tzvetan Todorov, **Edebiyat Kavramı**, çev. Necmettin Sevil, Sel Yay., İstanbul, 2011, s.79.

¹⁸⁹ Güriz, **A.g.e.**, s.263.

¹⁹⁰ **A.y.**

tutması gereken dört ilkedен biri olarak “eşitliği gerçekleştirmek” i kabul etse de¹⁹¹, bu amaca hizmet etse dahi hukuki kurguların varlığına olumlu bir bakış açısıyla bakmaz. Çünkü Bentham, *Common Law*’u gizemden arındırmayı amaçlamaktadır.¹⁹² Doğal hukuka, haklara, adalete yapılan göndermeler onun için örtülü kişisel görüşlerdir.¹⁹³ Hukuki kurgular da benzer şekilde belirsizlik ve gizem içerir. Ona göre hukuki kurgulara, doğal hukuka ya da hukuku belirsiz hale getiren diğer araçlara başvurmak keyfiliği arttırmaktadır.¹⁹⁴

3- John Austin (1790- 1859)

Hukuk bilimine analitik bir bakış açısıyla yaklaşan İngiliz hukuk felsefecisi John Austin hukuki pozitivizm teorisini savunmuştur.¹⁹⁵ Ona göre hukuk sistemleri değerden bağımsız bir şekilde incelenmelidir. Ancak Austin, aynı zamanda faydacı bir bakış açısına sahip olduğundan kanunların toplumun en büyük mutluluğunu amaçlaması gerektiğini de belirtmektedir.

Özel olarak hukuki kurgular üzerine bir çalışması bulunmayan Austin, hukuki kurguları da birer yalan yahut aldatmaca olarak değil, hukuka sağladığı fayda bağlamında değerlendirmektedir. Örneğin Roma Hukuku’nda hukuki kurgu tartışmasında Bentham’ın görüşlerine zıt bir şekilde, hukuki kurguların aldatılabileceği veya aldatma amacını taşıdığını düşünmenin mantıksız olduğundan bahsetmektedir.¹⁹⁶ Ona göre hukuki kurguların kullanım amacı, *esasında bir nevi değiştirilmiş olan yasaya duyulan saygı ve eski şeylere bağlı olanlarla bir uzlaşma sağlanmasıdır*.¹⁹⁷ Şöyle ki zaten var olan bir hukuki kural ile benzeşimine dayanarak yaratılan hukuki kurgu, esasında o yasayı değiştirmiş olmakta ancak bu değişimi kökten ve sert bir şekilde yapmadığı için de gelenekçi görüşlerle tamamen zıtlaşmamaktadır. Gerçekten de hali hazırda belirli bir takdir yetkisi ve hukuki gücü bulunan yargıçların aldatma amacıyla

¹⁹¹ A.e., s.266.

¹⁹² Wacks, A.g.e., s.113.

¹⁹³ A.e., s.114.

¹⁹⁴ A.y.

¹⁹⁵ Çevrimiçi, <https://archive.org/stream/encyclopaediabri02chisrich#page/938/mode/2up>, 25.07.2020.

¹⁹⁶ John Austin, *Lecture On Jurisprudence Or The Philosophy Of Positive Law*, John Murray, London, 1940, s.308.

¹⁹⁷ A.y.

kurgulara başvurduğunu iddia etmek mantıklı gözükmemektedir. Yargıçlar genellikle yasanın değiştirilmesinin katı şartlara bağlı olduğu durumlarda hukuki kurgulara başvurmaktadır. Zira katı şartların gerçekleşmesinin daha fazla zaman alması sebebiyle kopukluk ya da hak kaybı gibi olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.¹⁹⁸

Austin hukuki kurguların, hem yeni emsal oluşturulurken hem de eski yasalar tamamen terk edilmeden farklı bir uygulamada kullanılacak şekilde düzenlenirken yasaları değiştirmeye yaradığını ileri sürer. Ona göre hukuki kurgular hukuki gelişim sürecinde geçici bir aşamayıdır.¹⁹⁹ Hukuki pozitivizmin savunucularından olan Austin, toplumsal olandan ziyade hukuk düzeninin işleyişi ve etkinliği sorununa yönelmiştir.²⁰⁰ Ona göre yargıçlar tarafından yapılan hukuk, egemen iradece kabul edilip yaptırıma bağlandığında ancak hukukun içinde sayılır.²⁰¹ Austin yargısal yasa koyuculuğun *Common Law* sisteminin kodifikasyonu için temel oluşturduğunu belirtir.²⁰² Bu noktada *Common Law* yargıcının bu faaliyet sırasında hukuki kurgulara başvurmasına Bentham kadar karşı çıkmadığı görülmektedir. Öyleyse Austin'e göre hukukun işleyişi dahilinde eğer fayda sağlayacak bir düzenleme ise egemen tarafından da onaylandığında hukuki kurgulara başvurulabilir diyebiliriz.

Austin'e göre pozitif hukukun ideal hukuk veya ahlaktan ayrılması gerekir.²⁰³ Austin'in belirttiği hukuk sisteminde pozitif hukuk ve adalet idesi arasında bir ilişki yoktur, yani hukukun adaleti gerçekleştirme amacı gütmemesine gerek yoktur.²⁰⁴

4- Sir Henry Maine (1822- 1888)

Karşılaştırmalı hukukçu ve tarihçi Sir Henry Maine, hukuk antropolojisi, hukuk tarihi ve hukuk sosyolojisi alanlarında çalışmalara sahiptir.²⁰⁵ *Ancient Law* eserinde

¹⁹⁸ Maksymilian Del Mar, "Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition" **Legal Fictions in Theory and Practice**, Springer, Dordrecht, 2015, s.244.

¹⁹⁹ A.e., s.217.

²⁰⁰ Özcan, A.g.e., s.32.

²⁰¹ Güriz, A.g.e., s.317.

²⁰² Wacks, A.g.e., s.123.

²⁰³ Güriz, A.g.e., s.318.

²⁰⁴ A.e., s.315.

²⁰⁵ Çevrimiçi, <https://www.britannica.com/biography/Henry-Maine> , 24.07.2020.

eski hukuk anlayışlarını ve toplulukları incelemiş, bu eserin ikinci bölümünde ise hukuki kurgular hakkında değerlendirmelerde bulunmuştur.

Vaktinde “*hukukun şımartılmış çocukları*”²⁰⁶ tamlamasıyla dahi ifade edilmiş olan hukuki kurgular, Maine'e göre “*hukukun katılığının üstesinden gelmek için paha biçilemez çareler*” ama aynı zamanda “*düzgün bir hukuki sınıflandırmanın önündeki büyük engeller*” anlamına gelmektedir.²⁰⁷ Buna göre hukuki kurgular hukuk kurallarının lafzı ile uygulamasını birbirine karıştırmakta ve böylece hukukun düzgün bir şekilde sınıflandırılmasına engel olmaktadır. Ayrıca hukuki kurguların meydana getirdiği yeni durum, hukukun alt dalları ve tüm bu dallardaki terimlerin konusuna göre sınıflandırılması konusunda belirsizlik yaratabilmektedir. Örneğin yargıç tarafından yapılan yorum faaliyetiyle eskiden beri uygulanagelen kuralın söz konusu yeni duruma göre kurgulanmasında böyle bir belirsizlik söz konusu olabilir. Tüzel kişilik kurgusuyla birlikte medeni hukuktaki gerçek kişi kavramıyla arasındaki ilişki ve tüzel kişiliklerin, gerçek kişilerin sahip olduğu hangi haklar ve yetkilere sahip olabileceği konusundaki tartışmalar da örnek olarak verilebilir. Ancak bir yandan da Maine'in belirttiği hukukun katılığının yarattığı problemlerin üstesinden gelme işlevi de sağlanmış olacaktır. Çünkü yeni bir durum ortaya çıktığında bununla ilgili hukuki düzenlemelerin yapılması her zaman hızlı ve kolay olmamaktadır. Ayrıca geçmişte yasaların değişmesine çok sıcak bakılmamakta, değişime karşı bir önyargı bulunmaktaydı. Değişime karşı olan bu önyargının büyük bir sebebi tarihte yasaların Tanrı tarafından insanlara verildiği düşüncesi idi. Maine de bu konuyla ilgili olarak, iyi bir yasanın değişmesinin beklenmeyeceğini; hukuki kurguların da yasanın özünün değişmeden kalması suretiyle düzeltmeler yapmaya yaradığını savunmuştur.²⁰⁸

Hukuki kurguların işleyişini daha iyi anlayabilmek adına öncelikle onun kullanım amacını ve toplumdaki yerini kavramak gerekmektedir. Toplumların gelişmesi ve başka toplumlarla iletişiminin artmasıyla bu yeni koşullara uyumlu yeni kurallara ihtiyaç duyulurken, aynı zamanda eski kuralların da yapılacak uyarlamalarla

²⁰⁶ Sidney T. Miller, “The Reasons for Some Legal Fictions”, **Michigan Law Review**, vol. 8, no. 8, The Michigan Law Review Association, 1910, s.624.

²⁰⁷ Sir Henry Maine, **Ancient Law**, Londra, Every Man's Library, 1965, s.26.

²⁰⁸ A.e., s.25,26.

uygulanmaya devam edilmesi gerekmektedir. Böylece biçimci ve dar kalıpların yarattığı problemlerin üstesinden gelinebilecektir. Maine’e göre bunun sağlanması ve hukukun gelişimi *kurgu (legal fiction)*, *adalet/hakkaniyet (equity)* ve *yasamayla (legislation)* mümkündür.²⁰⁹ Hukuki kurguların kullanımı toplumların erken dönemine denk gelirken adalet ve yasama sonraki safhalarda söz konusudur. Hukukun toplumsal isteklere uyarlanması kurgulardan bir sonraki aracı olan adalet (hakkaniyet) olarak adlandırdığı şey ise, hukukun yanında var olan, farklı ilkelere dayanan bir kurallar bütünüdür.²¹⁰ İyileştirici araçların sonuncusu olan yasama ise, ister bir prens, isterse parlamenter bir meclis biçiminde olsun, toplumun varsayılan organı olan bir yasama organı tarafından yasaların çıkarılmasıdır.²¹¹ Kurguların özellikle toplumların erken dönemine uygun olduğunu belirtir. Ona göre herhangi bir ırk veya kabilenin gelenekleri, hükümdar tarafından bildirilmeleri ile yazılı olarak yayınlanmaları arasındaki uzun süre boyunca elbette değişimlere uğramıştır.²¹² Toplumlar medeniyete doğru adım atarken hukuki kurgular da bir reform aracı olarak iyileştirme arzusunu tatmin etmektedir.

Bazı yazarlara göre Maine, (hukuki pozitivistlerin anlamlandırmadığı bir şekilde) hukuki kurguların yaşayan olgular olduğunu ve onların hukuk ve toplum arasındaki harmoniyi sağladığını görebilmiştir.²¹³ Maine hukuki kurguların doğru/yalan olup olmadığını tartışmamış, onun yerine pragmatist bir tutum sergilemiştir.²¹⁴ Hukuki kurgular, hukukun gelişiminde bir reform aracı olarak işlev görmektedir. Hukuki kurgular Maine’e göre yasalarda değişiklik yapmanın en muhafazakâr yöntemidir.²¹⁵ Hukuki kurgu ifadesini, şeklinin değişmeden kaldığı fakat uygulamasının değiştirildiği yasayı değişikliğe uğratan bir varsayımı belirtmek için kullanmıştır.²¹⁶

²⁰⁹ A.e., s.15,16.

²¹⁰ Douglas Lind, “The Pragmatic Value of Legal Fictions”, **Legal Fictions in Theory and Practice**, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.86; Maine, A.e., s.17.

²¹¹ Maine, A.g.e., s.17.

²¹² A.e., s.13.

²¹³ John D. Kelly, Martha Kaplan, “Legal Fictions After Empire”, **The State of Sovereignty: Territories, Laws, Populations**, ed. Douglas Howland, Luise S. White, Indiana University Press, 2009, s.181.

²¹⁴ A.y.

²¹⁵ Kerr, A.g.e., s.47.

²¹⁶ Maine, A.g.e., s.15.

Hukuki kurguların ilk ortaya çıkışında esas amacı yasaları iyileştirmek ve usul hukukundaki eksiklikleri gidermekti.²¹⁷ Bu yüzden Maine, hukuki kurguları sadece hile/aldatmaca olarak görüp kötülemenin, onların hukukun tarihsel gelişimindeki kendine özgü görevlerini inkâr etmek anlamına geleceğini söylemektedir.²¹⁸ Hukuki kurguların bu süreçteki temel işlevi yeni yasaya eski yasanın otoritesini vermek, yani aynı o şekilde geçerli olmasını sağlamaktır. Yeni bir yasal form biçimlendiğinde, eski bir forma bağlantı kurularak yapılır ve böylece onun süre gelen ve sabit olma özelliğine katılmış olur.²¹⁹ Ancak Maine’e göre bu araç olma durumu yalnızca belirli gelişim aşamaları için söz konusu olup, hukukun tüm değişim süreci kurgularla sürdürülememektedir. Zira hukuki kurgular ona göre hukukun anlaşılmasını zorlaştırmakta ve hukukun uygulanmasında karışıklıklara sebebiyet verebilmektedir.²²⁰ Tabiri caizse hukuki kurgular hukuku bir bilmece olarak sunmaktadır.²²¹ Hukuki kurgular olasılık üzerinden yapılan değerlendirmeler içerdiği için bu şekilde bir izlenim bırakmaktadır. Maine’e göre hukuki kurgulardaki bunun gibi bir diğer olumsuzluk, hukuku hukukçulara belirsiz kıldığı için söz konusu olmaktadır.²²²

Bu sebeplerden dolayı Maine, hukuki kurguların geçmişe ait olduğunu belirterek varoluşlar nedenlerini hukuk tarihi çalışmalarında yer almak olarak görmektedir. Ona göre hukuki sistemler ilerledikçe doğal olarak kurguların kullanımından, önce bir adalet sistemine ve daha sonra kapsamlı bir yasama sisteminin mevcut olduğu düzene geçilecektir. Hukuki kurguların geçmişe ait olması ile belirsizliğe sebebiyet vermeleri arasında bir bağ kurmaktadır. Şöyle ki hukuki sistemlerin gelişmesiyle birlikte artık hukuki kurgulara ihtiyaç kalmadığını, kuralların bizzat bu sistem içerisinde oluşturulması gerektiğini düşünmektedirler.²²³ Yine de Maine ilkel dünyanın

²¹⁷ Jeremiah Smith, “Surviving Fictions”, *Yale Law Journal*, vol. Xxvii, no.2, 1917, s.148.

²¹⁸ Maine, *A.g.e.*, s.17.

²¹⁹ Savigny, “Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine”, s. 65,66.

²²⁰ Maine, *A.g.e.*, s.17.

²²¹ Lind, *A.g.e.*, s.84.

²²² Maine, *b.a.*

²²³ *A.e.*, s.20.

kurumlarının, hukuki kurgularla bir tür esneklik kazandığını ve bu şekilde günümüze kadar korunduğunu iddia etmektedir.²²⁴

Gerçekten de hukuki kurgular, hem geçmişle bağ niteliğinde olan devamlılık kavramını korumak için ve hem de taşıdıkları olasılıklarının arkasındaki karışıklığın üstesinden gelmek amacıyla bir çeşit kısa yol olarak kullanılmaktadır.²²⁵ Şöyle ki belirli bir hukuki normun uygulanacağı alan genişlediğinde yahut yeni bir alan ortaya çıktığında eski uygulamayla arasında bir bağ kurmak adına benzer veya farklı yönlerle ilgili hukuksal varsayımlar ortaya atılmaktadır. Bu varsayımların şekillenmesiyle, ilgili durum hakkında bir hukuki kurgu ortaya çıkmaktadır.

5- John Chipman Gray (1839- 1915)

Common Law hukuk sistemi üzerine çalışmaları bulunan Amerikalı Profesör John Chipman Gray'in en bilinen eseri *The Nature and Sources of the Law* (Hukukun Doğası ve Kaynakları) dır.²²⁶ Bu eserin bir bölümünde de hukukta kurgu kullanımı konusunu işlemiştir.

Gray, hukuki kurguları “tarihi”, “usule ilişkin” ve “dogmatik” kurgular şeklinde ayıran bir sınıflandırma yapar. Tarihi kurgular tıpkı Henry Maine'in bahsettiği gibi hukukun erken periyotlarına aittir. Bunu hukuki kurguları bina yapılırken kullanılan iskele benzetmesiyle anlatır. Ona göre, tarihi hukuki kurgular bina yapı iskelesi gibi kullanışlı ve inşaatta gereklidir. Ancak bina yapıldıktan sonra artık sadece onu gizlemeye hizmet ederler.²²⁷ Gray tıpkı Blackstone gibi hukuki kurguları yeninin eskisiyle birleştirmesini kolaylaştıran bir yapı olarak görmekteyse de geçmişte hukuki kurgulara duyulan ihtiyacı kabul etmekte ancak sonraki dönem için hukuki kurguları aldatıcı bulmaktadır. Ancak Blackstone için hukuki kurgu, yasal bir temel inşa edilir edilmez kaldırılabilen bir iskele değildir.²²⁸ Zira yukarıda belirtildiği üzere Blackstone

²²⁴ A.e., s.155.

²²⁵ Sofier, A.g.e., s.877.

²²⁶ Çevrimiçi, <https://cap-press.com/isbn/9781594603983> , <https://plato.stanford.edu/entries/austin-john/> 25.07.2020.

²²⁷ Gray, A.g.e., s.30-37.

²²⁸ Gourlay, A.g.e., s.12.

modern hukuki ihtiyaçları karşılamak için hukuki kurgulara ihtiyaç duyduğumuzu belirtir.

Gray, hukuki kurguların doktrinal statükosunu koruyarak yasayı değiştirme yeteneklerinden yola çıkararak hukuki kurguları, “eski yasanın biçimini değiştirmeden ona yeni yasa ekleme araçları” olarak tanımlamaktadır.²²⁹ Tarihi hukuki kurgulara karşı yaptığı itiraz, Maine’in belirttiği gibi hukuki sınıflandırmayı tehdit edebileceği yönündedir.

Gray ayrıca Roma hukukunda tarihi kurguların kullanımı ile *Common Law* uygulaması arasında bir ayırım yapmakta, İngiltere’de kurgu kullanımının daha cesur ve Roma’da olduğundan daha acımasız olduğunu iddia etmektedir.²³⁰ Zira Roma Hukuku, yargılamaya konu olabilmesi adına bir yabancıнын vatandaş *gibi* kabul edildiği örneğindeki gibi genellikle -mış gibi (*as if*) nitelikli kurgulara sahiptir. Gray, Roma Hukuku’ndaki kurguların sahteliğinin (*falsity*) farkında olarak kullanıldığı konusunda Fuller ile aynı fikirdedir.²³¹

Dogmatik ve usule ilişkin hukuki kurgular ise tarihi hukuki kurgular gibi yeni düzenlemeler getirmek amacıyla değil, yerleşik doktrinleri en uygun şekilde düzenlemek amacıyla kullanılmaktadır.²³²

6- Hans Vaihinger (1852- 1933)

Alman filozof Vaihinger, Neo-Kantçı okula dâhil edilir ve kurmuş olduğu “als ob” felsefesi ile bilinir. Bu felsefeyi açıklarken kullandığı yaklaşımından ötürü aynı zamanda kurgusalcı bir bakış benimsemiş olmaktadır. Ona göre insanoğlu düşünce sistemleri oluşturmakta ve bu sistemleri gerçek farz etmektedir.²³³ Esasında Vaihinger insan düşüncesinde kurguları incelemiş, özel olarak hukuki kurgular hakkında çalışmamıştır. “Als ob” (-mış gibi) olarak adlandırdığı bu görünümdede bilginin tüm

²²⁹ Gray, **A.g.e.**, s.30.

²³⁰ **A.e.**, s.32.

²³¹ Ando, **A.g.e.**, s.300.

²³² Gray, **A.g.e.**, s.35.

²³³ Çevrimiçi, <https://plato.stanford.edu/entries/vaihinger/> , 24.07.2020.

çeşitlerinin -hukuk da dâhil olmak üzere- kurguya dayandığını iddia eder.²³⁴ Böylece tüm hukukun bir kurgu olduğu iddiasında bulunmuş olmaktadır. Ancak bu çalışmanın amacına uygun olarak biz, Fuller'in bu görüşe karşı belirttiği “eğer her şey bir kurguysa kurgu kelimesinin anlamını yitireceği”²³⁵ itirazını desteklemekteyiz. Ayrıca Kelsen fiksiyon niteliğindeki Grundnorm’unu oluştururken Vaihinger’ı esas alır ancak onun aksine hukukta kurguların olmadığını söyler. Kanunla yaratılan her ne ise, hukukun genel yapaylığını paylaşacak ve bir hukuk meselesi olarak doğru olacaktır.²³⁶ Hukukun yarattığı kurallarda başvurulanan kurgular da hukukun genel yapaylığını paylaşır; hukuk meselesi olarak görülürler.

Vaihinger’a dönecek olursak, ona göre doğru olmadığı veya yapma olduğu kabul edilen bir fikir tamamen değersiz kabul edilmemelidir zira pratikte büyük bir öneme sahip olabilir.²³⁷ Örneğin yasalar karşılaşılabilecek tüm durumları içerecek şekilde düzenlenemeyeceğinden, var olan kural ve uygulamalara benzerlikleri sebebiyle bazı durumlara “-mış gibi” yaklaşılabilmektedir. Vaihinger bu bağlamda kurguların akıl yürütme etkinliğini kolaylaştırdığını savunmaktadır. Böylece hukuki kurgular bir teori oluşturmak veya bir şeyi açıklamak için kullanılmış olacaktır.²³⁸

Vaihinger açıklamalarına hipotez ve kurgu arasındaki ayrım ile devam etmektedir. Ona göre hipotezler test edilip onaylanması için yapılan varsayımsal doğrular olup; kurgular sahte/yapma şeylerdir ve fakat fayda sağladığı için kullanılır.²³⁹ Bazı yazarlar Vaihinger’ın *als ob* teorisinin kurgu ile ilişkisi bağlamında hukuki kurguların yalnızca araçsal bir nitelik taşıdığı sonucuna ulaşmıştır. Örneğin K. Scott Hamilton, yargıçların kurgusal bir varsayıma dayanarak sonuca ulaştığı durumlarda kurgunun yalnızca bu sonuca ulaşma amacı için bir araç olarak var olduğunu, bu yüzden hukukun vazgeçilmez bir parçası olarak tanımlanamayacağını belirtmektedir.²⁴⁰

²³⁴ Hans Vaihinger, **The Philosophy of ‘As If’: A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind**, çev. C. K. Ogden, Harcourt, Brace & Company, Newyork, 1924, b.a.

²³⁵ Fuller, **A.g.e.**, s.123.

²³⁶ Kelsen, “**On the Theory of Juridic Fictions**”, s.13.

²³⁷ Fuller, **A.g.e.**, s.33-35.

²³⁸ Kerr, **A.g.e.**, s.51.

²³⁹ Vaihinger, **A.g.e.**, s.88.

²⁴⁰ Kerr, **A.g.e.**, s.52.

Vaihinger, kurguları, bilimin daha fazla iç görü kazanmasını sağlayan küçük beyaz yalanlar olarak görmektedir.²⁴¹ Vaihinger yalnızca mahkemelerde ortaya çıkan hukuki kurguların varlığını kabul etmekte, yasa koyucu tarafından hukuki kurgu oluşturulmasını ise kabul etmemektedir.²⁴² Ayrıca hukuki kurguların sonraki süreçler için gerekliliğine pek olumlu bakmamakla birlikte yine de genel itibariyle düşünme eyleminin mutlaka kurgu içereceğini savunmaktadır. Vaihinger için hukuki kurgular “bilimsel” kurgulardır.²⁴³ Onları yalnızca bir biliş aracı olarak görmektedir. Hukuki kurguların matematik ya da mantık bilimindeki kurgularla aynı amaca hizmet ettiğini düşünmektedir.²⁴⁴ Buna göre özetle X’in aslında Y olmadığını veya Y olamayacağını bildiğimiz halde, X’e dünyayı daha iyi anlamak için Y gibi davrandığımızı belirtir.²⁴⁵ Böylece Y’ye ait olan normatif sonuçlar bu hukuki kurgu aracılığıyla X’e de eklenmiş olmaktadır. Vaihinger günümüzde de bilimsel kurgu kavramı için önem teşkil etmektedir diyebiliriz.

Vaihinger bu açıklamalar esnasında hukuk biliminin yalnızca gerçekte var olan somut şeylerle ilgilenen ampirik bir bilim olmadığını da vurgulamaktadır.²⁴⁶ Öyleyse hukuk biliminin kurguları da içerebileceğini ifade etmiş olur. Vaihinger’in hukuk biliminin kurguları iddiasından ziyade hukukun kurgu içereceği düşüncesi daha uygun gözükmemektedir.

7- Roscoe Pound (1870- 1964)

Roma Hukuku çalışmalarıyla bilinen Roscoe Pound, Amerikan hukuki realizmi hareketinin de öncülerinden biridir.²⁴⁷ Hukuk tarihi, hukuki yorum, *Common Law* sistemi gibi pek çok konuda eserleri bulunmaktadır. Hukuki kurgular hakkındaki düşüncelerini ise hukuki yorumla ilişkilendirerek aktarmıştır.

²⁴¹ Çevrimiçi, https://www.unisalzburg.at/fileadmin/multimedia/SOWI/documents/Rechtsphilosophie/Salzburg_Workshop/2018-06_CfP_Salzburg_Workshop_2018.pdf , 06.09.2020.

²⁴² Kelsen, “On the Theory of Juridic Fictions”, s.9.

²⁴³ Vaihinger, *A.g.e.*, s.257.

²⁴⁴ Matematikte irrasyonel sayılar örneğinde olduğu gibi.

²⁴⁵ Christoph Kletzer, “Kelsen on Vaihinger”, *Legal Fictions in Theory and Practice*, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.24.

²⁴⁶ *A.y.*

²⁴⁷ Çevrimiçi, <https://www.britannica.com/biography/Roscoe-Pound> , 25.07.2020.

Hukuki kurguların, genellikle hukuki veya idari menfaatler amacıyla yasaya göre doğru kabul edilen kurgusal bir gerçekliği temsil ettiği kabul edilir.²⁴⁸ Yukarıda bahsedildiği üzere bazı yazarlar bunu sahtelik yahut aldatmaca olarak nitelerken, Pound yorum konusuyla ilişkilendirerek gerçekliğini sorgulamaktadır. Hukuki kurguyu ‘sahte yorum’ (*spurious interpretation*) olarak sınıflandırmaktadır: onu ‘gerçek yorum’ dan ayırt ederken gerçek yorumlama faaliyetinin amacının soylu olduğundan bahsetmektedir. Bunun gerekçesini ise gerçek yorum ile neyi kastettiğini açıklayarak izah eder. Gerçek yorumun "hukukçuların kurmayı amaçladığı kuralı keşfetmek; hukukçuların kuralı hangi amaçla koyduğunu ya da kuralı ifade ettiği kelimelerin altında yatanı bulmak" anlamına geldiğini belirtir.²⁴⁹ Sahte yorumlamanın ise aşağı tabakadan olduğunu söylemekte ve amacının yapmak, bozmak değiştirmek ve yeniden yapmak olduğunu fakat keşfetmek olmadığını iddia etmektedir. Sahte yorumlamanın esasen hukuki bir süreç değil, hukuk kurallarının yeni şekillendiği dönemlerde ilkelerin yetersizliği, mevzuatın zayıflığı ve antik hukukun karakteristik kurallarının katılığı sebebiyle gerekli olan bir yorumlama süreci olduğunu belirtmektedir.²⁵⁰ Dolayısıyla hukuki kurgularla ulaşılmak istenen sonucun bu sahte/yapay yorumlama aracılığıyla değil doğrudan yasama ile yapılması gerektiğini düşünür.

Pound, hukuki kurguları üç gruba ayırır. Birincisi prosedürle ilgili olan, belirli bir kuralı değiştirmek veya oluşabilecek zararları önlemek için kullanılan kurgular (*particular fictions*); ikincisi yeni ilkeler ve yöntemler getiren genel kurgular (*general fictions*); sonuncusu ise var olan ilkelerin rasyonel bir açıklamasını vermek için oluşturulan dogmatik kurgulardır (*dogmatic fictions*).²⁵¹ Tıpkı Maine gibi hukuki kurguların geçmişte kalması gerektiğini düşünmektedir.

Ancak Pound daha sonraları hukuki kurgular hakkındaki olumsuz fikirlerinden vazgeçmekte, *Interpretations of Legal History* (Hukuk Tarihinin Yorumu) adlı eserinde hukuki gelişmelerin her aşamasında yorum faaliyetinin mahkemelerin ve

²⁴⁸ Çevrimiçi, <https://onlinelaw.wustl.edu/blog/legal-english-legal-fiction/>, 23.05.2019.

²⁴⁹ Roscoe Pound, "Spurious Interpretation", *Columbia Law Review*, vol. 7., 1907, s.379-381.

²⁵⁰ A.e., s.382.

²⁵¹ Del Mar, A.g.e., s.241.

hukukçuların temel kaynaklarından olduğunu belirtirken hukuki kurgulardan *yaratıcı ve özgün bir hukuk oluşturma faaliyeti* olarak bahsetmektedir.²⁵² Hukuki kurguları yeni ilke ve kurallar oluşturulmasında ve böylece hukukun gelişmesinde kullanılan bir teknik olarak görmektedir.²⁵³ Hukuki kurgular için ‘biçimcilik sorunun çözücüsü’ (*solvent of formalism*) der.²⁵⁴ Gerçekten de hukuki kurguların belki de esas amacı, hukuk yaratma evresinde göz önünden kaçırılan noktalara değinerek yahut yeni durumlar ortaya çıktığında bununla ilgili yeni bir düzenleme önererek yaratıcı bir muhakeme sağlayıp hukukun gelişimine katkı sağlamaktır.

8- Lon Fuller (1902- 1978)

Amerikan hukuk profesörü Lon Fuller, doğal hukuk teorisini savunmakta olup, hukukta ahlak konusunu incelemiştir. Fuller, tüm hukuk sistemlerinin bireylere itaat etme yükümlülüğü getiren “iç ahlak ilkeleri” içerdiğini belirtir. Bunun dışında hukuk felsefesinin sorunları, sözleşme hukuku ve hukuki kurgular gibi alanlarda da çalışmaları bulunmaktadır.²⁵⁵

Profesör Lon Fuller’e göre çoğu kelime gibi "kurgu" kelimesi her zaman aynı anlama gelmeyebilir, fakat hukuki kurgular genel olarak *ya yanlışlığının kısmi veya tam bir farkındalığıyla öne sürülen beyanlar (statement propounded with a complete or partial consciousness of its falsity) yahut faydası kabul edilen sahte (uydurma) beyanlar (a false statement recognized as having utility) olarak tanımlanmaktadır.*²⁵⁶ Fakat bu bakış açısı, çözülmesi gereken bir problem içerir zira bir kurgu, kandırmaya yönelik olmaması ile bir yalandan ayırt edilirken²⁵⁷; ‘uydurma ifadeler’ olarak tanımlaması kurguların gerekliliğini sorgulatmaktadır. Ancak onun tanımlamasına göre hukuki kurgu ifadesinin sınırları net çizilmiş değildir. Ayrıca Fuller’in hukuki

²⁵² Roco Pound, **Interpretations Of Legal History**, Cambridge University Press, New York, 1923, s.130-131.

²⁵³ Lind, **A.g.e.**, s.85.

²⁵⁴ Del Mar, **A.g.e.**, s.241.

²⁵⁵ Çevrimiçi, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr92&div=20&id=&page=24>, 24.07.2020.

²⁵⁶ Fuller, **A.g.e.**, s.363, 366.

²⁵⁷ **A.e.**, s.367.

kurgular tanımında bahsettiği “fayda” kavramına nelerin dâhil edilebileceği de açık değildir.²⁵⁸ Tanımda tarif ettiği bu durumlara ilişkin de herhangi bir örnek vermez.

Bentham kadar olumsuz bir yaklaşıma sahip olmasa da Fuller de çalışmasının bir bölümünde hukuki kurgularla ilgili olarak *gerçek dışı, yapay oluşumlardan*²⁵⁹ bahseder; ancak onları *dilsel bir fenomen*²⁶⁰ olarak düşünerek yalanlardan ayırmak ister. Yapmış olduğu hukuki kurgu tanımında ‘gerçek dışılığının farkında olarak kullanılan’ ibaresini ekleyerek aldatma ve gizlemece amacı gütmeyeceğini belirtmek istemektedir. Bu farkındalık var olduğu sürece hukuki kurguların kullanımının güvenilir olduğunu; ancak aksi durumda artık hukuki kurguların sağladığı faydayı kaybedip tehlikeli hale gelebileceğini ifade eder.²⁶¹

1967’de yayınladığı hukuki kurgular başlıklı çalışmasının başka bir bölümünde de hukuki kurgular için *doğruyu ifade etmenin metaforik bir yolu* der.²⁶² Fuller, hukukun içinde bulunan çağa uyum sağlaması gerektiğini, hukuki kurguların da bu amaca hizmet ettiğini belirtir.²⁶³ Bunu anlatmak için hukuki kurguları, *hukukun teori kumaşındaki bir yamaya* benzetir. Yani hukuki kurgular içinde bulunan zamana uyum sağlanması amacıyla hukuka bazı yenilikler getirmekte, Fuller de bu getirilen yenilikleri yama benzetmesiyle anlatmaktadır. Onun ifadesiyle “*yamayı kaldırarak kumaşı yırtan gerginliğin izini sürebiliriz.*”²⁶⁴ Başka bir deyişle hukuki kurguların kullanıldığı alanlara ve kullanılma amacına bakarak hukuk sistemindeki eksiklikleri yahut düzeltilmesi gereken şeyleri fark edebiliriz. Böylece tıpkı insan bedeninin karmaşıklığının bir hastalık meydana geldiğinde ortaya çıkması gibi hukukun karmaşık bir iş olduğu anlaşılır ve yeni yasal akıl yürütme yöntemleri araştırılır.²⁶⁵

²⁵⁸ Campbell, **A.g.e.**, s.342.

²⁵⁹ Fuller, **A.g.e.**, s.368.

²⁶⁰ **A.e.**, s.371.

²⁶¹ **A.e.**, s.366.

²⁶² Geoffrey Samuel, “Is Law a Fiction?”, **Legal Fictions in Theory and Practice**, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.35; Fuller, **A.g.e.**, s.370.

²⁶³ Fuller, **A.g.e.**, s.405,406.

²⁶⁴ **A.e.** (introduction/giriş), s.viii.

²⁶⁵ W. J. Witteveen, **Rediscovering Fuller**, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, s.23.

Hukuki kurgular ve onun etkileri hukukçunun bu karmaşık faaliyetlerinin her bölümüne kadar uzanabilmektedir.²⁶⁶ Fuller'in hukuki kurguları 'hukukun teori kumaşındaki yama'ya benzetirken 'teori' ifadesini kullanmasının sebebi, kurguların teori ve gerçek arasındaki ilişkide çözümlenmesi gerektiğini düşünmesidir. Buna göre, teori gerçeklere uymadığında veya yerleşik hukuk kavramları zamansal olarak gerçekliğe ayak uyduramadığında hukuki kurgulara başvurulur. Fuller bu gibi durumlarda yargıçların ilgili olayı çözümsüz bırakması gibi bir seçenek söz konusu olmayacağı için hukuki kurgulara ihtiyaç duyulduğunu ifade etmektedir.²⁶⁷

Fuller tıpkı Bentham gibi hukuki kurguları dilsel kurguların bir türü olarak görmekteyse de kimi durumlarda hukuki kurguların yapıcı işlevinden de bahsetmektedir. Ona göre hukuki kurgular en azından kısmen, yasanın ikna ediciliğini koruma dürtüsü nedeniyle vardır.²⁶⁸ Şöyle ki yukarıda daha önce bahsedildiği üzere o dönem, hukukun değişmez olması gerektiği yönünde düşünceler hâkim olduğu için hukukta yapılması gereken bazı değişiklikler hukuki kurgular aracılığıyla yapılmış ve böylece yasalar genel olarak şekil itibarıyla değişmemiş sayılmıştır. Fuller de bu durumda yasanın değişmez olma özelliğinin ve dolayısıyla ikna ediciliğinin korunduğunu belirtir.

Fuller, birçoğumuzun hukuki bir tartışmada açıklamalarımızın tam anlamıyla yeterli olmadığı zaman çok kesin olmayan bir hisle açıkladığı beyanları olduğunu ve böyle durumlarda ifadelerimize "hukuki kurgu" etiketinin yapıştırılacağına hazırlıklı olmamız gerektiğini söyler.²⁶⁹ Ancak "kurgu" sözcüğü her zaman yazarın kendi ifadesinden şüphe duyduğu anlamına gelmez, çünkü inanç ve şüphe arasında çok belirsiz bir çizgi vardır. Bunun yerine, kurgulara başvuran kişinin ifadesindeki eksikliğin yahut tam anlamıyla doğru olmama ihtimalinin farkındalığına işaret eder. Bu noktada akla varsayım şeklinde oluşturulmuş hukuk kuralları gelmiş olsa da varsayım içeren tüm hukuki kurallar hukuki kurgu örneğidir demek yanlıştır. Hukuki kurgular, doğru olduğundan hareketle hüküm verilmesi yönünden karine kavramıyla

²⁶⁶ Fuller, **A.g.e.**, s.363.

²⁶⁷ **A.e.** (introduction), s.x.

²⁶⁸ Fuller, **A.g.e.**, s.387.

²⁶⁹ Campbell, **A.g.e.**, p.368.

benzerlik göstermektedirler. Örneğin kocanın, eşinden doğan çocuklarının babası olduğu varsayımını düşünürsek; mahkemeler normal şartlar altında babanın bu çocuk/çocukların babalığını inkâr etmesine izin vermemektedir. Ancak her varsayım hukuki kurgu özelliği taşımamaktadır. Zira varsayımlar kesin olmama/belirsizlik özelliği taşıırken; hukuki kurgular oluşturulurken belirli ve ilgili olaya uygulanmak üzere aksi iddia edilmeksizin kararlaştırılmış olurlar.²⁷⁰

Kurgular ve varsayımlar arasındaki farktan bahseden Fuller, varsayımların da kurgu içerebileceğini belirtmekte, varsayımların doğruluğunun formüle edilmiş bir doğruluk olduğunu iddia etmektedir.²⁷¹ Varsayım uygulamalarını lens benzetmesini kullanarak anlatmakta ve varsayımların genellikle gerçeğin farklı şekilde görülmüş bir hali olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Sonuç olarak Fuller, hukuki kurguların bir hukuki reform aracı olarak yeni bir hukuki prensibi ifade etmek için başka bir yol olmadığına, hukuki değişikliklerin keskinliğini hafifleterek meşru bir şekilde kullanılabilirliğini belirtmektedir.²⁷² Ancak yine de hukuki kurgu ile ilgili çalışmalarında tanımlamasını fazla geniş tutmakta, fayda kavramına net bir açıklama getirmemekte, kurguların hukukiliği konusuna hiç değinmeyerek hukuki kurgulara daha ziyade hukukta kurgu kullanımı diyebileceğimiz şekilde yaklaşmaktadır. Ayrıca Fuller'in çalışmasını değerlendiren bazı yazarlar, tanımında kullandığı 'ifade' (*statement*) teriminin doğru olmadığını zira hukuki kurguların ifadeden ziyade 'varsayım/farz etme' (*assumption*) özelliği taşıdığını belirtirler.²⁷³

Kurguları sadece mantıksal veya dilbilgisel biçime göre sınıflandırma girişimlerinin kısırlığa sebep olacağını, kurguların neden var olduğunu bildiğimizde ancak anlaşılır hale geleceğini belirten Fuller²⁷⁴, kurguların genel amacının belirli bir hukuki sonucu bazı öncül veya varsayımlarla uzlaştırmak olduğu sonucuna ulaşır.²⁷⁵

²⁷⁰ Çevrimiçi, <https://play.google.com/books/reader?id=Y9vODwAAQBAJ&hl=tr&pg=GBS.PA4> , 13.03.2020.

²⁷¹ Fuller, **A.g.e.**, s.397.

²⁷² Kerr, **A.g.e.**, s.91.

²⁷³ Kerr, **A.g.e.**, s.71.

²⁷⁴ Fuller, **A.g.e.**, s.50.

²⁷⁵ Kerr, **A.g.e.**, s.73.

Kısaca Fuller, hukuki kurguların hukuk sistemini nasıl etkileyeceğinden ziyade hangi durumlarda ve ne amaçla kullanılacağı konularını incelemiştir.²⁷⁶ Fuller'in kurmuş olduğu hukuki kurgu anlayışı hala İngiliz-Amerikan hukuk sistemine en büyük katkılardan biri olarak kabul edilmektedir.²⁷⁷

9- Peter J. Smith (1940-)

Anayasa hukuku alanında çalışan Profesör Peter J. Smith, ABD Temyiz Mahkemelerinde hükümeti temsil etmiştir. Anayasa hukuku ve medeni usul hukuku çalışmalarının yanı sıra hukuki kurgularla ilgili de bir makalesi bulunmaktadır.²⁷⁸

Smith, hukuki kurguların henüz uygulamaya geçirilmemiş olan teorileri işlevsel hale getirmek için kullanılabileceğini ifade eder.²⁷⁹ Ona göre hukuki kurguların içerdiği varsayımlar aslında düzenlenmesi gereken yeni yasal konulardır.²⁸⁰ Ancak yargıçların hukuki kurgulara dayanmasının gerekçelerinin yargısal belirlilik konusuyla ilişkisi de değerlendirilmelidir.²⁸¹ Zira yeni ortaya çıkan bu konular ile ilgili varsayımlar, zaten var olan benzer konular hakkındaki düzenlemelerle ilgili karışıklıklara sebep olabilir. Smith, bu ortaya çıkması muhtemel belirsizlik durumu ile hukuki kurgunun sağladığı fayda arasında bir değerlendirme yapılmasını önerir. Hukuki kurguların sağladığı fayda da yargıçların hukuki kurgulara dayanmasının gerekçelerinin varılmak istenen sonuca ne dereceye kadar ulaşabildiğiyle ölçülebilir.²⁸²

Smith, çalışmasında yargıçların ne zaman ve ne amaçla hukuki kurgulara dayandığını incelemiş, bu durumların en önemlilerini derleyerek açıklamıştır. İlk olarak hukukun sosyal bilimlere ve değişime karşı olan geçirimsizliği sonucu mahkemelerin hukuki kurgulara başvurduğunu belirtir. Şöyle ki mahkemelerin tüm bilimsel araştırmaları dikkate almak için resmi veya yerleşik bir mekanizması yoktur

²⁷⁶ A.e., s.92.

²⁷⁷ Olivier, A.g.e., s.35.

²⁷⁸ Çevrimiçi, <https://www.law.gwu.edu/peter-j-smith>, 24.07.2020.

²⁷⁹ Peter J. Smith, "New Legal Fictions", *The Georgetown Law Journal* Vol. 95, 2007, s.1435.

²⁸⁰ A.y.

²⁸¹ A.y.

²⁸² A.e., s.1437.

ve hukuki kurguların yol göstericiliğine dayanan hukuk kurallarının araştırılması ve düzeltilmesine yönelik bir mekanizma üretmek külfetlidir.²⁸³

Smith, hukuki kurgularla ilgili çıkarımlarını *Common Law* sisteminden hareketle açıkladığı için, sınıflandırmasındaki ikinci durumda ise bazen yargıçların hukuk kurallarını biçimlendirirken normatif seçimler yapmakta olduğu gerçeğini gizlemede bir araç olarak varsayımlarda bulunduğunu ifade eder.²⁸⁴ Yargıçların bu şekilde davranarak varsayım içeren kurgulara başvurması için pek çok gerekçesi olabileceğini belirtirken genellikle toplum için olan arzu ve amaçlarının en büyük gerekçe olduğunu vurgular. Yani yargıçlar, toplumu iyi yönde etkileyeceğini düşündükleri durumlarda hukuki kurgulara dayanarak karar verebilmektedirler. Burada tekrar belirtmek gerekir ki yargıçların eski bir kurala dayanmaksızın yeni bir emsal yaratması *Common Law* sistemi gibi sistemler için söz konusudur.

Bir diğer durum hukuki teorileri işlevsel hale getirmek için kullanılan kurgulardır. Smith'e göre metinselciliği savunanlar, yasalar oluşturulurken sözlüklerden, yargı kararı örneklerinden ve yorum kurallarından yararlanırlar. Dolayısıyla varsayımlar üzerinden oluşturulan metinleri de hukuki teorileri işlevsel hale getireceği ve kısıtlamaları engelleyeceğini düşünerek savunabilirler.²⁸⁵ Böylece içerdikleri varsayım ifadeleriyle kurgular hukuk teorilerini geliştirip işlevselleştirebilir.

Smith ayrıca hukuki kurguların, yargı sürecinde yönetilebilirliği teşvik etmeye hizmet ettiğini belirtir. Yargı sürecinin aksamadan, prosedür ve kurallarına uygun şekilde ilerlemesi sağlanmış olacaktır. Buna örnek olarak 'görgü tanığı ifadesinin güvenilir olduğu' kurgusunu vererek, yargıçların bu ifadelerin aslında çoğu kez güvenilmez olduğunu bilmesine rağmen kovuşturmaya zarar vermemek adına bu kuralı devam ettirdiğini açıklar.²⁸⁶

Son olarak hukuki kurguların genellikle meşrulaştırıcı bir işlevi yerine getirdiklerini belirtir. Eğer hukuki kurguların terk edilmesi, ilgili durumu meşru

²⁸³ A.e., s.1439.

²⁸⁴ A.y.

²⁸⁵ A.e., s.1439,1440.

²⁸⁶ A.e., s.1440.

olmayan bir hale getirecekse yargıçların yanlış olduğunu düşündüğü kurguları dahi kullanmaya devam edeceğini iddia eder. Smith, yargıçların ilgili durumda hukuki kurguların kullanılmamasıyla kamuoyunun hukuk sistemini daha az meşru görüp görmeyeceğini değerlendirdiğini belirtir.²⁸⁷ Ona göre yargıçlar, ancak hukukun meşruluğu korunacaksa ve hukuka katkı sağlayacak doktrinler ortaya çıkacaksa hukuki kurgulara dayanmaya olumlu olarak bakmaktadırlar.

Günümüzde hukuki kurgulara hala başvurulup başvurulmadığını inceleyen Smith'e göre örneğin "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralı bir hukuki kurgudur. Smith, halkın hukuktan haberdar olduğu varsayımını taşıdığı için bu ilkenin kurgu niteliğinde olduğunu belirtir.²⁸⁸ Belirtmek gerekir ki esasında hukuktaki kuralları açıklayan, düzenleyen genel ilkeler kurgulardan ayrı bir konu olup genellikle yazılı olmayan herhangi bir üreticisi bulunmayan kurallardır. Ancak bu örnekteki "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" bizim hukukumuzda da olduğu gibi çeşitli devletlerce de kanunlaştırılmış, yasa koyucu tarafından yasa metinlerine dâhil edilmiştir. İlkeler, düzenleyici kurallar olup genellikle fiktif özellik göstermezler. Ancak bu örnekte Smith, bir 'farz etme' özelliği içermesi sebebiyle bu kuralı hukuki kurgu olarak ele almıştır.

Sonuç itibariyle Smith, hukukta çeşitli gerekçelerle hukuki kurgulara başvurulsa da bazı hukuki kurguların yapay olduğunu (samimi olmadıklarını) ve bu yüzden gerekçelerle yargı şeffaflığı arasında bir denge kurulması gerektiğini açıklar.²⁸⁹ Bu sebeple hukuki kurguların işlevlerini, yargının şeffaflığını ve güvenilirliğini zedelemekten yerine getirilebilmesi gerekmektedir. Ancak yine de belki de günümüzde hukuki kurguların kullanımının terk edilmesi gerektiğini ve eğer bir hukuki gerçekliği temsil etmiyorsa kurgulara başvurmak yerine bu ihtiyaca göre yasaların gerçekliği muhafaza ederek başka bir düzenleme oluşturmasının daha uygun olacağını belirtir.²⁹⁰

²⁸⁷ A.y.

²⁸⁸ A.e., s.1459.

²⁸⁹ A.e., s.1441.

²⁹⁰ A.e., s.1441, 1442.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKİ KURGULARIN İŞLEVLERİ VE OLASI TEHLİKELERİ

A) Hukuki Kurguların İşlevleri

Bu bölümün amacı, hukuki kurguların işlevlerini incelemek ve hukukun gelişimine katkısını değerlendirmeye çalışmaktır. Yukarıda görüldüğü üzere hukuki kurgular hakkında düşünürlerin birbirinden farklı görüşleri bulunmaktadır. Bu görüşler hukuki kurguların sağladığı faydalar ve olası tehlikeleri etrafında şekillenmiştir. Çalışmanın amacı hukukun gelişimine katkılarını araştırmak olduğundan, olası tehlikeleriyle ilgili tartışmalara geçmeden önce hukuki kurguların işlevlerinden bahsedilecektir.

Hukuki kurgulara dair görüşlerden anlaşılacağı üzere, hukukta kurgu kullanımını teşvik eden sebeplerin en önemlilerinden biri adalet talebidir.²⁹¹ Anderson Dictionary of Law'da bulunan tanımlamaya göre de hukuki kurgu ile ulaşılan kararın meşruluğu ancak adalet çıkarlarına dayandırılarak sağlanabilir.²⁹² Ancak her ne kadar genel arzu pratik bir şekilde adaletin temin edilmesi olsa da, hukukçu pratiğin yanında teorik açıklamalarla da ilgilenmek durumunda²⁹³ olduğu için eylemlere dair açıklamalara önem vermektedir. Bu sebeple konunun içeriği itibarıyla sosyal, ekonomik, siyasal bütün boyutlarının göz önüne alınması, ortaya çıkabilecek sonuçların düşünülmesi ve varılmak istenen amaçların neler olduğunun tanımlanması gibi birçok faktör de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple hukuki kurguların var olma amacı ve kullanımının arkasında yatan gerekliliklerin daha iyi kavranması, yalnızca pratik sonuçlara odaklanılmaması gerekmektedir. Dolayısıyla hukuki kurguların sağladığı olanakların incelenmesi, bu inceleme ışığında da hukukun gelişimine katkı sağlayabilecek olan hukuki kurgu kavramının daha anlaşılır hale gelmesi amaçlanmaktadır.

²⁹¹ Kerr, **A.g.e.**, s.182.

²⁹² Anderson Dictionary of Law'da bulunan hukuki kurgu tanımı, Harward Law Review bir sayısında 'adalet ilkelerini geliştirmek amacıyla yapılan hukuki varsayımlar' olarak kullanılmıştır. Akt.; Sidney T. Miller, "The Reasons for Some Legal Fictions", s.623.

²⁹³ Paul Radin, **Primitive Man as Philosopher**, Appleton, New York, 1927, s. 231.

Hukuki kurgular yeni sorunların tanımlanmasına yaptığı katkı nedeniyle hukukun ilgilenmesi gereken konuları açığa çıkarmak ve kuralın yeni yasal soru ve koşullara uygulanmasını kolaylaştırmak için elverişli bir cihazdır, bir olanaktır diyebiliriz. Zira varsayımların şekillenmesiyle oluşan yeni durumlar içerdiği olasılık açıklamalarının sebeplerini öğrenmek, ne gibi sonuçlara ulaşılacağı hakkında tahmin yürütebilmek hukuki kurgu aracılığıyla mümkün olmaktadır. Hukuki kurgular bu yönüyle toplumsal kültür içerisinde hangi alanlarda ne gibi değişikliklere ihtiyaç duyulduğunun da ortaya çıkmasını sağlayabilir. Friedman bu durum için güneş ışığı ve bitki benzetmesini kullanır, nasıl ki bitkiler güneş ışığına ihtiyaç duyarak ona yöneliyorsa hukuk da değişiklik gerektiren bir durum ortaya çıktığında hukuki kurgulara yönelir.²⁹⁴ Yani hukuk alanındaki yeni gelişmeler sonucu duyulan gereksinim hukuki kurgulara yönelimi desteklemektedir. Bazı düşünürler hukuki kurguları bu yönüyle tanımlamakta, “hukuki kurgu, istenen bir yasal sonuca ulaşmak veya istenmeyen bir yasal sonuçtan kaçınmak için bir araçtır” demektedir.²⁹⁵ Örnek vermek gerekirse aşağıdaki bölümde ayrıca bahsedilecek olan zihinsel hastalığa sahip kişilerin verebileceği hediyeler ve bağışlama konusuyla ilgili düzenlemeden bahsedebiliriz. *Common Law* sistemini kullanan İngiltere’de 19. yüzyılın başlarında bir hukuki kurgu olarak ortaya çıkan bu düzenleme, zamanla zihinsel hastalıktan muzdarip kişilerin yaptığı işlemlerle ilgili kural yoksunluğu sonucu ortaya çıkmıştır.²⁹⁶

Hukuki kurgular kullanılmalarıyla birlikte yeni anlamlar kazanır ve bir kanuna, bir uygulamaya, bir emsale fikir verme açısından temel oluşturabilirler. Fuller’e göre bu yeniden tanımlama/dönüşme sürecinde hukuki kurgular hukukun teknik kelime bilgisinin bir parçası haline gelmektedir.²⁹⁷ Fuller her hukuki süreci bir sosyal düzenleme modeli olarak tanımlamaktadır. Ona göre her bir hukuki süreç, insan ilişkilerini düzenleyebilmek için bu doğrultuda ideal bir kurgulama olarak şekil

²⁹⁴ Lawrence M. Friedman, **Total Justice**, Russell Sage Foundation, New York, 1985, s.31.

²⁹⁵ Glenn Scobey Warner, “Legal Fictions”, **Historical Theses and Dissertations Collection**, 1894, s.2., Çevrimiçi, https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1063&context=historical_theses, 28.10.2020.

²⁹⁶ Harmon, **A.g.e.**, s.1.

²⁹⁷ Fuller, **A.g.e.**, s.376.

almaktadır.²⁹⁸ Hukuki süreçlerde, mahkemelerde ya da yasa yapma aşamasında başvurulmuş hukuki kurgular böylece artık hukukun parçası haline gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında hukuki kurgular hukuk biliminin yeni, yaratıcı ve epistemolojik bulgular getirmesine yardımcı olmasıyla hukukun gelişimine katkıda bulunarak olumlu sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Dolayısıyla farklı bir bakış açısı sunarak olayların çözümünü yahut açıklanmasını kolaylaştırabilmektedir.

Hukuki kurgular da tıpkı edebi kurgular gibi olası durum ve olaylar tasarlanarak oluşturulmaktadır. Edebi kurgular ve hukuk üzerine incelemeler yapan bazı yazarlar, davaların ve romanların anlatı yapıları ile hukukta ideoloji ilişkisini incelemiştir. Bu metodolojiye göre kurgusal anlatım, baskın ideolojiye katılmada veya reddetmede işlev görür.²⁹⁹ Dilbilimsel analizle birlikte gelişen feminist hukuk, ırk, eleştirel hukuk çalışmaları ve hukuki yorum teorileri gibi politik ve ideolojik birçok çalışma buna örnektir. Buradan yola çıkarak kimi yazarlar da romanlar gibi kurgusal türde eserlerin alternatif hukuki dünya görüşleri içerebileceğini ve yasanın kendisinin de bu görüşleri yapılandırıp kullanabileceğini ifade ederler.³⁰⁰ Şöyle ki hem bireysel davaların incelenmesinde hem de hukuk kurallarının oluşum aşamasında şekillendirilmesinde kurgu ve hukuk arasında bir bağlantı vardır. Hukukta kurgunun kullanılmasıyla söz konusu durumla alakalı konuların analizi daha kolay yapılabilmektedir.³⁰¹

Farklı bakış açılarına genellikle kanıtlar olağandışı olduğunda yahut mevcut normların belirli bir durumda adaletin gereklilikleriyle uzlaştırılması ve kuralların değiştirilmesi için bir ihtiyaç ortaya çıktığında başvurulmaktadır. Bu gibi durumlarda yargıçlar hukuki kurguların kullanılmasına sıcak bakabilmektedirler.³⁰² Hukuki kurguların kanunda genellikle “sayılır, farz edilir” gibi ifadelerle belirtilmesi bunun sonucudur. Örneğin TMK 222/II maddesine bakıldığında, “*Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır.*” Hükmü ispat

²⁹⁸ E. İrem Akı, “Lon L. Fuller’da Hukukun İç Ahlâkı”, (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2014), s.199.

²⁹⁹ Ford Madox Ford, **The Marsden Case**, Duckworth, Londra, 1923, s.248; akt. Dolin, **A.g.e.**, s.3.

³⁰⁰ **A.e.**, s.3,4.

³⁰¹ **A.e.**, s.5.

³⁰² Randy D. Gordon, “Fictitious Fraud: Economics and the Presumption of Reliance”, **International Journal of Law in Context** 9(4), 2013, s.506–519.

kuralları için olağandışı bir durumun göz önünde bulundurulması sonucu ortaya çıkmıştır.³⁰³ Dolayısıyla hukuki kurgular bir nevi araştırmayı teşvik edici, ilgili kuralların uygulama alanı ve sonuçları hakkında düşündürücü bir amaca da hizmet etmektedir diyebiliriz.³⁰⁴ Hukuki kurgular bir nevi doktrinde meydana gelen değişikliklerin yıkıcı etkisini azaltarak, farklı hukuk teorilerini işlevsel hale getirmek için yapıcı bir rol üstlenmektedir. Olağandışı durumlarda ortaya çıkması yahut çeşitli yenilikler getirmesi, tarihte hukuki kurgulara karşı olumsuz fikirler üretilmesine neden olmuştur. Ancak yukarıda belirtildiği üzere bunun temel sebebi, geçmişte yasaların değişmezliğinin yasaların güçlü ve sorunsuz olduğuyla bağdaştırılmasıydı.

Ayrıca hukuki kurguların genellikle metaforlarla birlikte ifade ediliyor olması da onların hukuka uygunluğu hakkında sorgulamalara sebep oluyordu. Fakat yine de çoğunlukla metaforik ifadelerle faaliyet gösteriyor oluşu³⁰⁵ onun gerçek hayatın içinden, belirli ihtiyaçların sonucu olarak türetildiği gerçeğini zedelememelidir. Hukuki kurgular, öznelerin deneyim boyutlarını oluşturmakta ve bazen görünüşte önemsiz görünen olayların etkisini de hesaba katmaktadır. Kişilerin içinde bulunduğu deneyimin yeni yahut hukuken düzenlenmemiş bir alana dâhil oluşunun yarattığı belirsizlik etkisini böylece ortadan kaldırmaktadır. Hukuki kurguların sağlamış olduğu muhakeme yöntemi öngörülemeyen durumlara karşı hukuku genişleterek yargıç ve avukatlara yeni yollar sunmaktadır.³⁰⁶ Böylece hukuki kurgu kullanımı psikolojik ve dilbilimsel incelikleri içermektedir.³⁰⁷ Şöyle ki yasama sonucu ortaya çıkan kuralların zamana ve olaya uygulanırken yetersiz yahut eski kaldığı durumlarda hukuki kurgular, uygulama alanı yok olmakta olan yahut uyarılama gerektiren kurallar için devreye girmekte başka bir seçenek ve ihtimal sunmaktadır. Bunu da psikolojik yahut dilbilimsel olarak farklı bir bakış açısı sunmakla sağlamaktadır. Örnekler bölümünde

³⁰³ Çevrimiçi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>, 16.08.2020.

³⁰⁴ Michael Quinn, “Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective”, **International Journal of Law in Context** 9(4), 2013, s. 466–484.

³⁰⁵ Metaforların hukuki gerekçelendirme ve karar aşaması ile ilişkisi için bkz. Robert L. Tsai, “Fire, Metaphor, and Constitutional Myth-Making”, **Georgetown Law Journal** vol.93: 181, 2004, s.236 vd.

³⁰⁶ Ellen E. Sward, “Justification and Doctrinal Evolution”, **Connecticut Law Review**, vol.37: 389, 2004, s.443,444.

³⁰⁷ Williams, **A.g.e.**, s.50.

açıklandığı üzere, tüzel kişilik kurgusunun ‘kişilik’ kelimesinin genişlemesiyle ortaya çıkması örneği bir fikir verebilir.

Bu özelliğinden dolayı hukuki kurguların, davaların belirlenmesinde bir ilke veya kural malzemesi olduğunu, hukuk sisteminin esası veya usulü hakkında bir önerme içerdiği söylenebilir.³⁰⁸ Dolayısıyla eski hukuk kuralının şeklini değiştirmeksizin usulünde birtakım değişiklikler yapılarak yeni duruma uyarlanmasını sağlar. Bu uyarılama sürecinde hukuki kurgular, tarafların statüsüne, üçüncü şahısların, yerlerin veya mahkeme önünde olmayan şeylerin varlığına ilişkin bilgi verebilirler. Böylece hem söz konusu dava ile ilgili hem hukukun tarihi hakkında da fikir yürütmemize yardımcı olabilirler. Hukukta meydana gelen değişikliklerin zamana uyum sağlaması açısından da reform aracı görevi görürler. Hukuki kurgulara, genel ve bilinen hukuk teknikleri ile ilgili problemin çözülebilmesi için uygun bir çözüm üretemediğinde başvurulmaktadır. Dolayısıyla usuldeki eksiklikleri de gidererek hem belirsiz durumların aydınlatılması hem de bir kuralın uygulanabileceği yeni alanların oluşturulması gibi amaçlara hizmet etmektedirler. Örneğin tarihte Praetorler³⁰⁹, Roma vatandaşı olmayanlara hukuki yardımda eşit fırsatlar yaratmak adına hukuki kurguya başvurmuşlardır.³¹⁰ Yani bu şekilde yabancılar vatandaş gibi farz edilerek ilgili sorunda davalı yahut davacı olabilmişlerdir.

Hukuki kurguların günümüzdeki başka kullanımlarına baktığımızda mahkemelerin, bir kuralın uygulama alanını kısmen daraltırken ya da genişletirken gösterdiği dayanakta olaya ilişkin bir varsayım önererek hukuki kurgulara başvurabildiğini görürüz. Yine yukarıdaki bölümde belirttiğimiz gibi buradaki varsayımlar bir hükmün ya da kuralın oluşmasına sebep olan faraziye dediğimiz varsayımlardır. Yargıçların yapmış olduğu varsayımları genellikle onların toplum ve hukukun gelişmesi için olan arzularını, amaçlarını yansıtır. Mahkemelerin, bu amaçlarla yapılan araştırmaları değerlendirmek için resmi veya kurulu bir

³⁰⁸ Çevrimiçi, <http://moglen.law.columbia.edu/publications/fict.html>, 17.08.2020.

³⁰⁹ Eski Roma’da vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıkları çözen yargıç ve yönetici konumundaki kimselere verilen isim.

³¹⁰ Simeon E. Baldwin, “A Legal Fiction with Its Wings Clipped”, **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, 1907, s.38.

mekanizması yoktur.³¹¹ Ayrıca böyle bir mekanizma oluşturmak da zaman açısından aksaklıklara yol açabilir, külfetli olabilir.

Mahkemelerin hukuki kurgulara başvurma amacı, benzer vakıaların aynı şekilde ele alınmasını sağlayacak, aynı zamanda davaların sonuçlarının ve potansiyel davaların tahmin edilebilir olmasını kolaylaştıracak bir muhakeme modeli elde etmektir. Örnek olarak tüzel kişiliğin zamanla, ihtiyaçlar doğrultusunda artık yalnızca mal varlığı toplamından öte bir kavram olarak geliştirilmesini ve onlara belirli hak ve yetkiler verilmesini gösterebiliriz. Böylece bu yeni durumlar ilerleyen zamanlar için bir emsal, içtihat niteliği kazanabilmektedir. Hukuki kurgu örneklerine bu sebeple en çok, emsaller üzerinden işleyen *Common Law* sisteminde rastlarız. Bu, esasında hukukun gelişimi amacıyla yapılan bilişsel bir süreç, anlama ve uyarlama işlemidir. Dolayısıyla hukuki kurguların kullanımı bir bakıma bir bilgi edinme, bunun sonucunda da sınıflandırma yapma meselesi sayılabilir.³¹² Yine aynı örnek üzerinden gidecek olursak kişi kavramının tüzel ve gerçek şeklindeki sınıflandırmasını örnek olarak gösterebiliriz.

Ancak yine de yukarıda bahsedildiği gibi çoğu yazar hukuki kurguları olumsuz ifadelerle birlikte kullanmaktadır. Hukuki kurgular için olumsuz bakış açısına sahip olan düşünürler Mahkemelerin hukuki kurguları genellikle bir mazeret niteliğinde kullandığını öne sürmektedirler.³¹³ Buna göre yine daha önceden de belirtildiği üzere bu düşünürler, mahkemelerin yasama yetkisini gasp ettiği ve bunun mazereti olarak da hukuki kurguları kullandığını iddia ederler. Zira bu düşünürler, *Common Law* sisteminde yargıçlar genellikle emsal kararlara göre veya yazılı olan kurallara (*legislative statute*) göre karar verdiği için, istisnai durumlar olan hukuki kurguların yaratılmasına olumsuz bakmaktadırlar. Hukuki kurgular var oluşu gereği yeni bir durum veya şart için ortaya çıktığından, bunun mahkemelerde uygulanması alışılmadık olduğu için bu şekilde olumsuz düşüncelere sebebiyet vermektedir. Örnek

³¹¹ John Monahan, Laurens Walker, "Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law", *University of Pennsylvania Law Review* Vol.134, No.3, 1986, s.477.

³¹² Lind, *A.g.e.*, s.83 vd.

³¹³ Petroski, "Fiction and the Languages of Law: Understanding Contemporary Legal Discourse", s.30.

vermek gerekirse, bir mahkemenin bir davalı üzerinde şahsi yargı yetkisi (*in personam jurisdiction*) bulunmuyorsa, mahkeme, olay sanki mülk ile ilgili yargı yetkisine (*in rem*) ilişkinmiş gibi davranarak olayı bu şekilde inceleyebilir. Bu durumda davanın asıl konusu mülk olmasına rağmen kişilerin yargılanabilir olması ve mahkemenin, dava konusu mülkün malikiymiş gibi davranabilir olması bir hukuki kurgu örneği olarak gösterilmiştir.³¹⁴ Başta Bentham olmak üzere çeşitli düşünürlerin, hukuk yapma yetkisinin yasama organına ait olduğu yönündeki itirazına karşılık olarak, yasama organının her türlü durumu düzenleyemeyecek olması sebebiyle mahkemelerin hukuki kurgulara başvurabileceğini belirten görüşler de bulunmaktadır.³¹⁵ Buna göre hukuki kurguların kullanılması yasama yetkisinin gasp edildiği anlamına gelmez çünkü olay/durum belirleme ve kural uygulama süreçleri, kural oluşturma sürecinden bağımsızdır. Ayrıca kurallar sisteminin nihai sınırları yasama organı tarafından belirlenir ve uygulamada kuralların uygulandığı olguların değiştirilmesiyle kurallar tamamen değişmiş olmamaktadır.³¹⁶

Hukuki kurgular hakkında olumsuz düşünenlere göre hukuki kurguların kullanılması yerine kuralda değişiklik yapılabilir yahut ilgili durum, kuralda bir istisna olarak yeniden düzenlenebilir.³¹⁷ Oysa daha önce de bahsettiğimiz üzere bu yollardan ziyade hukuki kurguların kullanılmasının sebebi, yasaların katılığını aşmak ve süreci hızlandırmaktır. Ancak bu argümana da argümanın, hukuki kurguların varlığının hukuk prensiplerine uygun olup olmadığına ilişkin bir izahtan kurtulmak amacı taşıdığı iddiasıyla karşılık verilmiştir.³¹⁸ Buna göre hukuki kurguların hukukun çeşitli prensiplerine aykırı olup olmadığı konusunda, hukukun katılığını aşma mazereti kullanılarak bir açıklama yapmaktan kaçınılmaktadır. Ancak aslında hukuki kurguların amacı çoğu zaman farklı muhakeme yollarının hesaba katılmasını sağlamaktır. Bu durum, hukuki kurguların hukuki prensipleri ihlal edip etmeme

³¹⁴ Çevrimiçi, https://www.law.cornell.edu/wex/legal_fiction, 16.08.2020.

³¹⁵ Çevrimiçi, <http://moglen.law.columbia.edu/publications/fict.html>, 17.08.2020.

³¹⁶ A.y.

³¹⁷ Berman, *Law and Language*, s.109.

³¹⁸ Ágost Pulszky, *The Theory of Law and Civil Society*, T.F. Unwin, London, 1888, s.436.

konusunda bir izah kaygısı gütmediğini göstermez; içinde bulunulan durum veya zamanın bir hukuki kurgu kullanımına gereksinimi olduğunu gösterir.

Özetle, hukuki kurgular karşılaşılan yeni durumlarda kullanılmalarıyla birlikte ileride düzenlenecek bir kanuna, bir uygulamaya veya bir emsale fikir verebilirler. Böylece kuralın yeni yasal soru ve koşullara uygulanmasını kolaylaştırmak için elverişli bir cihaz, bir olanak olarak da görülebilirler. Yasaları iyileştirmek ve usul hukukundaki eksiklikleri gidermek amaçlarına hizmet edebilirler. Hukuki kurgular hakkında olumsuz fikirlere sahip düşünürler dahi, işlevlerini göz önünde bulundurarak onların geçici önlemler olduklarını ve bir gereklilik sonucu meydana geldiklerini kabul etmektedirler.³¹⁹ Hem geçmişle bağ niteliğinde olan devamlılık kavramını korumak için hem de taşıdıkları varsayım olasılıklarının arkasındaki karışıklığın üstesinden gelmek amacıyla bir çeşit kısa yol olarak kullanılabilirler. Hukuki kurguların bu şekilde kullanılmasının sebebi, yasaların katılığını aşmak ve süreci hızlandırmaktır. Böylece bir reform aracı olarak hizmet ederek hukuktaki değişikliklerin zamana uyum sağlamasına yardımcı olabilirler. Mahkemeler de hukuki kurgulara, benzer vakıaların aynı şekilde ele alınmasını sağlayacak, aynı zamanda davaların sonuçlarının ve potansiyel davaların tahmin edilebilir olmasını kolaylaştıracak bir muhakeme modeli elde etmek amacıyla başvurmaktadır. Böylece farklı muhakeme yollarının da hesaba katılmasıyla çözüme daha kolay bir şekilde ulaşılabilecektir. Bu açıdan hukuki kurgulara yorum faaliyetinde bir araç olarak başvurulduğu da söylenilebilir. Zira hukuki kurguların bir hukuki normun yorumlanması, bir hükmün açıklanması gibi fonksiyonları da bulunmaktadır.³²⁰ Aşağıdaki bölümde hukuki kurguların bu işlevine ayrıntılı bir biçimde değinilecektir.

B) Yorum Aracı Olarak Hukuki Kurgular

İlk bölümde hukuk ve dil ilişkisi incelenirken hukukun yalnızca bir metin olmayıp bir iletişim aracı olduğu ve muhatabıyla adeta konuştuğu belirtilmişti. Hukuk

³¹⁹ Raphael Demos, “Legal Fictions”, *International Journal of Ethics*, Vol. 34, No. 1, The University of Chicago Press, 1923, s.58.

³²⁰ Çevrimiçi, <https://play.google.com/books/reader?id=Y9vODwAAQBAJ&hl=tr&pg=GBS.PA4> , 13.03.2020.

metinlerinin yarattığı bu dünyaya adeta bir romanmış gibi bakarsak ne olacağını tartışan James Boyd da hukuku tıpkı müzik, tiyatro, roman gibi “konuşan” bir şey olarak ele alır. Böylece kanunların dayandığı soyut ve zihinsel yapılarla çalışma yeteneğini açığa çıkaran bir ‘hukuki hayal etme’den bahsedilebilecektir.³²¹ Yalnızca yasa koyucu açısından değil kanunların muhatapları ve onları yorumlayanlar için de bu hayal etme faaliyeti söz konusudur.

İtalyan göstergebilimci Umberto Eco, daha da ileriye giderek okuyucunun katkısı olmaksızın metnin hiçbir anlamının olmadığını iddia etmiştir.³²² Hukuk metnlerinin muhatapları da yorum faaliyetiyle bu metinlerin anlam düzeylerini geliştirir. Böylece bu anlam düzeyi yasal düzenlemelerin genelleştirici özelliğine tabi olsa bile kanunun özneleri olan insan yaşamlarının farkındalığına teşvik ederek, hukuku yalnızca kültürü şekillendiren politikalar olarak değil, kültürü ortaya çıkaran bir eser olarak görmeyi de mümkün kılmaktadır.³²³ Bu bölümde, hukukta kurgu kullanımı ve hukuki yorum ilişkisi hukuk metninin anlamı ve oluşumu açısından incelenecektir. Kanun hükümlerinin yorumlanmasında kurgulardan yararlanılması ve genel itibarıyla hukukta yorum ve kurgu ilişkisi açıklanmaya çalışılacaktır.

Latince *hermeneutica* kelimesinden gelmekte olan³²⁴ hermeneutik yani yorumsamacılık, ifadelerin epistemolojisiyle ilgilenen yorum bilim şeklinde tanımlanabilir. İfadelerin arkasındaki düşüncelerin keşfedilmesini amaçlamaktadır. Yorum bilim, metnin anlaşılabilmesi için oluşturulan kurallar bütünü olup bu anlama işlemi için yorumun önemini vurgulamaktadır. Doğruyu bulmak elbette ki nihai amaç teşkil eder ancak yorum bilim bundan ayrı olarak bir ‘doğru düşünme’ uygulamasıdır.³²⁵ Doğru düşünme de dilin doğru kullanımı ve dilin kullanımının doğru biçimde algılanması ile ilgilidir. Dilin tüm türlerinde olduğu gibi hukuk dili de

³²¹ James Boyd White, **The Legal Imagination**, The University of Chicago Press, Chicago ve London, 1985.

³²² Umberto Eco, “Lector in Fabula: Pragmatic Strategy in a Metanarrative Text”, **The Role of the Reader: Explorations in the Semiotics of Texts**, Indiana University Press, Bloomington, 1979, s.200 vd.

³²³ Brooks, Gewirtz, **A.g.e.**, s.5.

³²⁴ Jean Grondin, “Hermeneutik”, çev. Kaan H. Ökten, **Cogito**, vol. 89, 2017, s.10.

³²⁵ Selami Varlık, “Negatif Hermeneutik ve Sonsuz Yorum Sorunu”, **Cogito**, vol. 89, 2017, s.178,179.

anlaşılabilmesi adına yorumlanmaya muhtaçtır. Zira dil kesin ve belirgin bir sistem değildir.

Dilin yapısının ve mantık kurallarının analizi, eylemleri gerekçelendirme, yükümlülüklerimiz ve iş birliği yapma durumumuz bağlamında gerçekleşen iletişimi incelemektedir. H.L.A. Hart, hukuk-dil ilişkisini inceleyerek kuralların yargısal takdir yetkisini gerektirecek şekilde uygulanmasına dair oluşturduğu argümanı için ‘açık dokulu metin’ (open texture) kavramını geliştirmiştir.³²⁶ Ona göre hukuk kuralları tamamlanmamış olduğu için anlamları her zaman açık değildir ve hukuki belirsizlikler bu şekilde oluşmaktadır. Ancak anlamlarının açık olmaması söz konusu hukuki ifadelerin gerçekliğini etkilememektedir. Zira hukuk kuralları mantık ve matematik gibi analitik bir sistem olmadığından farklı anlamsal sonuçlara yol açabilmektedir.³²⁷ Bu sebeple bir hukuk metninin anlam ve amacını kavramak için dilin nasıl kullanıldığı ve neyi göstermeyi amaçladığı gibi sorular sorulabilir.³²⁸

³²⁶ Brian Bix, “H.L.A Hart and the ‘Open Texture’ of Language”, **Law and Philosophy**, vol.10, 1991, s.51.

³²⁷ G.W. Leibniz, Nova Methodus’da hukuk mantığının, hukuku yorumlamaya yarayan kurallar toplamı olduğunu belirtir. Ancak hukuk ve mantık ilişkisi tamamen ayrı bir çalışma konusu oluşturacak kadar geniştir. Bkz: Ahmet Halûk Atalay, “Bir Hukuk Mantığı Var Mıdır?”, **Hukuk Kuramı**, C.2., S. 6, 2015, s.22-40.

³²⁸ Göstergeler açısından ve anlatı olarak hukuk çalışmaları bu konuda bilgilendirici olabilir. Zira hukukta kurmacaya ve anlatıya duyulan ilgi, birkaç doktrinal örneğe odaklanmak yerine; zihnin onları nasıl inşa ettiği ve geliştirdiği hakkındaki sorularla ilgilidir. Bazı düşünürler bu bağlamdan yola çıkılarak hukukun genel üretimlerinin (doktrinler, haklar, görevler, standartlar, kavramlar, vb.) de belki kurgu olarak düşünülebileceği ihtimaline değinmektedir.

Bunun gibi bazı terim ve kavramlara benzetilerek fikir yürütülmesinin yanı sıra kurgular tarih boyunca ne oldukları üzerinden değil ne olmadıkları üzerinden yapılan tanımlamalarla ifade edilmeye çalışılmıştır. Bu, göstergelerin değerinin ancak diğer göstergelerde kurduğu bağıntılar üzerinden anlaşılabilceğini savunan yapısalcı görüşlerle uyum sağlıyor gibi gözükmemektedir. Ancak bir de farklılıklardan ziyade ortak olan özellikler üzerinden araştırmalar içeren anlatıbilim ile yaklaşmayı denersek:

“1. Kral, bir yiğide, bir kartal verir. Kartal yiğidi başka bir krallığa götürür.

2.Büyükbaba Suçenko’ya bir at verir. At Suçenko’yu başka bir krallığa götürür.

3.Bir büyücü İvan’a bir kayak verir. Kayık İvan’ı başka bir krallığa götürür.

4. Kraliçe İvan’a bir yüzük verir. Yüzükten çıkan iriyarı adamlar İvan’ı başka bir krallığa götürür.”

Yukarıdaki masal incelemesini yapan Vladimir Propp, masalın değişmez ve yinelenen değerlerini araştırırken kim tarafından ve nasıl yapıldığı unsuru değişirken kişilerin hep aynı eylemde bulunduğu dikkat çekmektedir. Anlatıyı çözümleyebilmek adına olguların işlevlerini araştıran Propp, göstergeleri eylem bağlamında değerlendirmiştir. Öyleyse diyebiliriz ki meseleye ait bir gerçeğin nosyonunun içerdiği problemleri ve bunların meydana gelme olasılıklarını keşfetmenin bir yolu da ifadenin alternatif bir bakış açısıyla, öznel olarak bakılmış olabileceğini gösteren bir kurgudan bahsetmektir. Bu, unsurları bilebilme fikrini tartışılmalı hale getirmekte, probleme farklı bir bakış açısı üretmektedir. Böylece farklı perspektifler sunan kurgu çalışmaları tek anlamlı bir ‘gerçek’ kavramını sorgulamaya sebep olmaktadır. Bunun ardından hukuki kuralların gerçek olarak dayandığı olgularla sağlamış oldukları adaletle dair de

Hukukta yorum, hukuk kurallarının ve tüm hukuki işlemlere ilişkin metinlerin esas anlamını ortaya çıkarmaya yönelik yapılan düşünme faaliyetidir. Dolayısıyla hukuki yorum faaliyeti, hukuki dildeki ifadelerin kavranması yani anlamın anlamını bulma işlemidir.³²⁹ Hukuk normları, düzenlemeyi amaçladıkları olay ve durumların neler olduğunu bütünüyle saptayamadıkları için, normun içeriğini belirlemek, somut olayı analiz etmek, ayrıntılarda gizlenen ilişki ve konuları tespit etmek gibi amaçlarla yoruma başvurulur.³³⁰

Yorum faaliyeti, hukukun uygulanmasında ve adalete ulaşmada bir temel teşkil eder. Zira soyut bir hukuk kuralının karşıdaki somut olguya uygulanabilmesi, ilk olarak kuralın anlamlandırılmasını gerektirir.³³¹ Yorum yalnızca hukuk kuralının anlamının ortaya çıkarılması faaliyeti değil aynı zamanda söz konusu olaya uygulanacak kuralı bir nevi inşa etmektir. Örneğin geçmişte sömürge uygulamalarıyla ilgili verilen mahkeme kararlarında yorum yoluyla ‘keşif doktrini’ isimli bir hukuki kurgu inşa edilmiş ve sömürge uygulaması meşrulaştırılmıştır. Örnek olarak 1788’de Aborijinler ile ilgili verilen hükme bakabiliriz.³³² Buna göre İngilizler, sömürgecilik kurallarını düzenlerken oluşturduğu keşfedilmiş topraklar ile ilgili olan bu düzenlemeyi Avustralya yerli halkı Aborijinlerle ilgili de uygulayabilecekti. Böylece o topraklar üzerinde sömürgeci yönetimin kanunları geçerli olacaktı. Oradaki yerli sakinlerin barbar olması ve sivil yönetimden yoksun olmaları sebebiyle topraklar üzerinde mülkiyet hakkı olmadığı iddia edilmişti.

Bir yargıç, önüne getirilen meselelerle ilgili yorum yoluyla sonuçlara vardığında, yasanın içerdiği kelimeler daraltılmış veya genişletilmiş bir anlam kazanır.³³³ Hukuki metin değişmeden kalırken, içerdiği kelimelerinin temel anlamı değiştirilmiş olur.³³⁴

bir sorgulamaya da imkan tanımaktadır. (Bkz: Vladimir Propp, **Masalın Biçimbilimi**, Çev. Mehmet Rıfat, Sema Rıfat, İstanbul, Bilim/Sanat/Felsefe Yay., 2001, s.34.; Samuel, **A.g.e.**, s.45 vd.)

³²⁹ Yasemin Işıktaç, **Hukuk Yazıları**, Ankara, Yetkin Yay., 2004, s.20.

³³⁰ Işıktaç, Metin, **A.g.e.**, s.179,180.

³³¹ Ahmet M. Güneş, **Hukuk Metadolojisi**, Ankara, Adalet Yay., 2016, s.114.

³³² Çevrimiçi, <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1992/23.html> , 12.02.2020.

³³³ Schooten, **A.g.e.**, s.9.

³³⁴ **A.y.**

Böylece yeni bir duruma ilişkin henüz bir yasal düzenleme yapılmadığında ilgili mesele yorum yoluyla çözüme kavuşturulmuş olur.

Yasa koyucunun tasarladığı şeyleri birebir yansıtması mümkün olmadığından, hukuk normlarının yeterince açık olmadığı yahut çok anlamlı ifadeler barındırdığında da yoruma başvurulur. Bu gibi durumlarda yasa başka düzenlemelerle çelişik olabilir yahut ilgili tüm durumları içerecek şekilde yeterince kapsayıcı olamayabilir. Böyle bir durum söz konusu ise uzlaştırma yoluyla yahut birisini diğerine üstün tutma yoluyla bu çelişkiyi kaldırmak da bir yorum faaliyetidir.³³⁵

Toplumların zaman içerisinde yaşadığı değişimler sonucunda da yorum ihtiyacı açığa çıkar. Bir hukuki metindeki sözcüklerin anlamları zaman içerisinde değişmiş olabilmekte, genişleyip daralabilmekte yahut mecaz ifadelere dönüşebilmektedir. Ancak söz konusu olan teknik bir dil olduğu için günlük dilden daha farklı bir kullanım ve değişim aşamasına sahiptir. Dolayısıyla hukuki metinlerinin zaman içerisinde değişen koşullara uyum sağlayabilmesi için yeni ihtiyaçları da karşılayabilecek bir şekilde yeniden yorumlanması gerekebilmektedir.³³⁶

İlk hukuki kurgular da yeni ihtiyaçların ortaya çıkması sebebiyle *ad hoc*³³⁷ olarak oluşturulmuştur. Hukuk düzenleri bugünkü anlamda gelişip sistematikleşmeden önce hukuki kurallar daha genel nitelikteydi. Genel nitelikte olan kuralların farklı ve daha özel nitelikteki bir duruma uygulanmaları adaletsiz bir sonuç doğurabileceğinden zaman içerisinde hukuki kurgulara başvurma ihtiyacı doğmuştur.³³⁸ Zamanla değişen koşullar aynı zamanda toplumun adalet anlayışını da değiştirdiği için, eski koşulların birer ürünü olan kanun ve kurallar yeni durumlarda adaletin ve hakkaniyetin gerçekleştirilmesi açısından yetersiz kalabilmektedir.³³⁹ Dolayısıyla tıpkı yorum faaliyetinde olduğu gibi genel ve soyut bir yasanın özel bir durumun koşullarının

³³⁵ Işıқтаç, Metin, **A.g.e.**, s.184.

³³⁶ **A.e.**, s.179-221.

³³⁷ Belirli, özgül bir amaca yönelik olma

³³⁸ Aloysius Martinich, Avrum Stroll, **Much Ado About Nonexistence: Fiction and Reference**, Rowman & Littlefield Pub., U.S.A., 2007, s.37.

³³⁹ Çevrimiçi, https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2008_XII_7.pdf, 29.08.2020.

dikkate alarak uygulanması yoluyla hukuki problemin çözümlenmesi ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.

Yorum faaliyetinin türü ya da seçilen yorum yöntemi ne olursa olsun, yorumcu ilgili metni, metnin ortaya konulduğu tarih ya da amacı gibi belli dayanak noktalarını esas alıp araştırırken, ister istemez bir şekilde bazı varsayımlara dayanacaktır.³⁴⁰ Bu varsayımlardan bazıları da hukuki kurgu özelliği taşımaktadır. Dolayısıyla hem yorum faaliyetinde bir araç olarak hukuki kurgular hem de hukuki kurguları içeren kanunların yorumlanması konusu incelenebilir.

Hukuki kurguları içeren hukuki metinlerin esas anlamına ulaşmak için yoruma ihtiyacı vardır. Hukuki kural ve düzenlemelerle ilgili bu metinlerin genel nitelikte olması bunların adalete en uygun şekilde somut duruma nasıl uygulanacağı sorununu da gündeme getirir. Zira hayat olay ve ilişkileri çok çeşitli olduğundan, bu kural ve düzenlemeler hangi durumların yahut olayların düzenleneceğini tümüyle belirleyemezler.³⁴¹ Bu da ilgili hukuk metninin belirsizliklerini gidermek üzere incelenmesi ve yorumlanması faaliyeti ile çözülecektir. Bir edebi eserin yorumunun, metni en iyi eser yapabilecek okumanın hangisi olduğunu bulmayı amaçlayan bir girişim olduğunu söyleyen Dworkin'e göre, hukukun uygulanması genel itibarıyla yorumla ilgili bir çalışmadır.³⁴² Tıpkı hukuki kurgular gibi yorum işleminin de kurucu bir işlevi vardır. Hatta yorumdan önce hukuk metni asıl anlamına ve varlığına henüz kavuşmamıştır diyebiliriz.³⁴³

Savigny'in tanımıyla ise yorum, yazılı hukukun doğru bir biçimde kavranması için yapılan serbest entelektüel faaliyeti ifade eder.³⁴⁴ Söz konusu faaliyetin amacı hukuk kuralının gizli anlamlarını keşfetmektir. Zira birincil işlevleri dış dünyadaki olguları yansıtmak değil, sosyal ilişkiler oluşturmak olduğundan, hukuki ifadeler nötralize

³⁴⁰ A.y.

³⁴¹ Işıқтаç, Metin, A.g.e., s.180.

³⁴² Ronald Dworkin, "Law as an Interpretation", *Texas Law Review*, vol. 60, 1982, s.179., çevrimiçi: https://www.jstor.org/stable/1343279?seq=2#metadata_info_tab_contents, 27.10.2020.

³⁴³ Sevtap Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", *İÜHFİM*, vol. 61, 2003, s.48.

³⁴⁴ Friedrich Carl von Savigny, *System of Modern Roman Law*, vol. I, çev. William Holloway, J. Higginbotham, 1867, s. 167.

edilemez ve onlara tek bir anlam verilemez.³⁴⁵ Hukukun toplumsal bir süreç olarak kavrandığı sosyolojik yönünü göz ardı edemeyiz.³⁴⁶ Hukuki yorum faaliyetindeki bir hukuki durum yahut olayla ilgili görünür olmayan anlamların keşfedilmesi, hukuki kurguların kullanım amacıyla benzerlik göstermektedir. Zira hukuki kurgular, yeni bir durum yahut yeni bir uygulama alanı meydana geldiğinde ve hukukta bununla ilgili bir düzenleme olmadığında fikir verici olmaktadır.

Öyleyse yorum faaliyetiyle hukuki kurguların içerdiği anlamların temellendirilmesi söz konusu olmaktadır. Hukuki yorum ile soyut kavramların içinin ne şekilde doldurulacağı ve bunların düşünsel temellerinin geliştirilmesiyle hukuk metninin kapsamının ne olması gerektiği soruları cevaplandırılır.³⁴⁷ Hukuki kurgu kavramı da belirli bir tanıma sahip olmayan soyut bir kavramdır. Yorum faaliyetinin, ‘anlamı ve uygulanışı açısından bazı şüpheleri barındıran bir hukuk metninin anlaşılması’ şeklindeki tanımına³⁴⁸ baktığımızda, varoluşundan itibaren şüphe ile yaklaşılan hukuki kurgularla ilişkisi hakkında fikir edinebiliriz. Hukuki kurguları içeren kurallar da daha somut bir anlama ulaşmak amacıyla yorumlanabilir, böylece daha belirli hale gelebilirler.

Hukuki yorum faaliyeti, hukuk dilinde kullanılan ifadelerin çok anlamlılığından yahut belirsizliğinden meydana gelen sorunların çözümü için uygulanmaktadır. Dolayısıyla bir hukuk metninin konusunun, amacının yahut uygulama alanının incelenmesi şeklindeki yorumlama faaliyeti, hukuki kurguları içeren kurallara uygulandığında onun belirsiz niteliğini ortadan kaldırmak mümkün olabilir. Bu doğrultuda onun meşruluk düzeyini “müsamaha gösterilen yapma ifadeler” seviyesinden tıpkı diğer hukuk kuralları gibi toplum düzeni amacı güden geçerli ve gerekli düzenlemeler sınıfına taşımak da olanaklı hale gelebilir. Yani yorumlama faaliyetinde ortaya çıkan hukuki kurguların toplumda bir ihtiyaç sonrasında meydana geldiğine dair düşünce, onlara bir meşruluk sağlayabilir. Zira yorum faaliyetine

³⁴⁵ Harold J. Berman, **Law and Language**, s.70.

³⁴⁶ Özcan, **A.g.e.**, s.52.

³⁴⁷ Işıktaç, Metin, **A.g.e.**, s.182.

³⁴⁸ Matthias Klatt, **Making Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation**, Hart Publishing, Oxford, 2008, s.4.

kolektif bilincin bir ürünü olan değerler ve değerlendirmeler de dahil olmaktadır.³⁴⁹ Yorum faaliyeti, metnin içeriğinin niyetini araştırmakla kalmayıp aynı zamanda okuyucunun niyetini ve metni üretenin niyetini de kapsamaktadır. Bunun sonucunda metne birçok açıdan yaklaşılarak içerdiği bilgi doğru, ulaşılabilir ve benimsenebilir kılınmaktadır. Yorumlama faaliyeti bu sebeple bilim ve sanatın kesiştiği bir alanda gerçekleşir diyebiliriz. Çünkü hukuki ifadeleri ve kullanımlarını yorumlamak, yalnızca güvenilirliği ve netliği sağlayarak şüpheyi ortadan kaldırmaya değil; hukuk bilimini geliştirme amacına da hizmet eder.³⁵⁰ Yorum, onun içerisinde barındırdığı ifadelerin anlaşılmasını ve anlam karışıklıklarının önlenmesini temin eder.³⁵¹ Böylece hukuki kurgular hakkında yapılan çeşitli farklı yaklaşımlardan ziyade onların herkesçe aynı biçimde anlaşılması sağlanarak hukuki güvenlik gerçekleştirilebilir. Zira hukuki kuralın öngörülen anlamı, sosyal uygulama ve davranış kural kalıplarını üretir.³⁵² Bu öngörülebilirliği sağlamak adına yorum faaliyeti önem arz eder.

Hukukun genel ve soyut ifadelerle dolu olması sebebiyle hukuk kuralları somut bir duruma/olaya uyarlanırken öznel bir dış bakış açısı gerekmektedir. Zira kimi zaman hukuk metni, uygulanacağı olay/durum ile bağlantısız ya da uzak gözükebilmektedir. Yorumlama faaliyeti bu gibi durumlarda dışsal delillere ve olgulara başvurmayı önermektedir. Bir başka ihtimal olarak hakkında tartışmalar bulunan bir hukuki durum ya da olay, tartışmaların argümanları arasında sınırlanmış ve çözümsüz bir hal alabilmektedir. Bu ihtimalde de yine yorum yöntemine başvurmak gerekecektir. Hukuki kurguların bununla bağlantılı rolü, hangi sonuçların makul bir şekilde izleneceğini belirlemek için belirli önermeleri varsayarak ilerleyen bir tür düşünce deneyi olarak hizmet etmektir.³⁵³ Durumlarla ilgili varsayımlar içermeleri sebebiyle farklı bir bakış açısı sunarlar.

³⁴⁹ Işıқтаç, Metin, **A.g.e.**, s.185.

³⁵⁰ Mark Kingwell, "Let's Ask Again: Is Law Like Literature?", **Yale Journal of Law & the Humanities**, vol.6: 317, 1994, s.322.

³⁵¹ Zygmunt Bauman, **Yasa Koyucular ile Yorumcular**, Çev. Kemal Atakay, İstanbul, Metis Yay., 2018, s.12.

³⁵² Schooten, **A.g.e.**, s.20.

³⁵³ Mitchell Green, "How and What Can We Learn From Fiction?", **In A Companion To The Philosophy of Literature**, ed. Garry L. Hagberg, Walter Jost, Wiley-Blackwells, Malden, 2010, s.360.

Yargısal yorumun birincil bir öneme sahip olduğu *Common Law* hukuk sisteminde, hakkaniyeti gerçekleştirme amacıyla oluşturulan yargısal içtihatlar temel kaynak niteliğindedir.³⁵⁴ Hukuki kurgu uygulamalarına da en çok *Common Law* sisteminde rastlanılmaktadır. Mahkemeler genelde zor soruların olduğu davalarda yani hukukçular arasındaki fikir ayrılığının açık olduğu davalarda kararı erteleyememekte ve gerekenden daha kısa bir süre içerisinde karar verme durumuyla karşı karşıya kalmaktadır. Bu sebeple yargıçlar rekabet eden kurallar arasında bir seçim yaparak yahut mevcut duruma ilişkin varsayımlar oluşturarak yorum faaliyetinde bulunur. Bu varsayımların arasına kimi zaman hukuki kurgular da dâhil olmaktadır. Bazı düşünürler sorunların çözümüne aklın ilkelerinin yorumlanmasıyla ulaşılabileceğini belirtirler.³⁵⁵

Mahkemeler bu aşamada *Common Law* gibi sistemlerde sosyal bilimi yasal kuralların oluşturulmasında göz önüne alır ve bu nedenle sosyal bilimlerin sunduğu kanıtlar bir olgu olarak değerlendirme altına alınır. Hukuk ve olgunun klasik anlayışına yasal olgular ile yargısal olgular arasında ayırım yaparak farklılık getiren düşünürler bulunmaktadır.³⁵⁶ Yargısal olgular mahkeme önündeki anlaşmazlığa özgü olup karar verecek olan heyetin yetki alanında bulunmaktadır. Öte yandan yasal olgular, ilgili davayı aşan ve yasal kuralların şekillendirilmesiyle ilgili olan gerçeklerdir. Klasik hukuki kurgular genellikle yargısal olgularla ilgili iken; günümüzde ortaya çıkanlar daha çok yasal olgulara ilişkindir ve yasal kuralların biçimlendirilmesinde rol alırlar. Günümüzde yargıçlar, bilgi toplamaya yönelik zamanın ve anlamın ötesinde düşünce eylemi gerektiren ayrı bir soruşturma yapmak yerine, asıl sorulara normatif yasal bir yargılama konusu olarak yaklaşırlar.³⁵⁷ Yani yukarıda belirtildiği üzere özellikle *Common Law* sisteminde içtihatlarla yahut gelişme evresinde olan diğer hukuk sistemlerinde yargıç kararlarıyla yaratılan kurgular klasik hukuki kurgular olarak kabul edilir. Günümüzde ise daha çok yargı aşamasında hukuki kurguların

³⁵⁴ Işıқтаç, Metin, **A.g.e.**, s.189.

³⁵⁵ Bauman, **A.g.e.**, s.85.

³⁵⁶ Kenneth Culp Davis, “An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process” **Harvard Law Review**, vol.55, no.3, 1942, s.402,403.

³⁵⁷ David L. Faigman, ““Normative Constitutional Fact-Finding”: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation”, **University of Pennsylvania Law Review**, vol.139, no.3, 1991, s.549-550.

oluşabilmesi ancak söz konusu yasa metnini oluşturanların esas niyetlerinin yeniden yapılandırılmasının imkânsız olduğu yerlerde uygun sonuca ulaşmak için yapılan yorumlama faaliyeti ile mümkündür.

Sonuç olarak mahkemede yargıçların varsayımlardan yararlanarak sonuca ulaştığı durumlarda, bu varsayımlar hukuki kurgu özelliği gösteriyorsa, hukuki kurgular yorum faaliyeti aracılığıyla kullanılmış olur. Hukuki kurgular içerdіđi varsayımlarla ilgili yasalara yeni anlamlar katabilir yahut eski uygulamaların ilgili zamana uyarlanmasına yardımcı olabilir. Bunun dışında, hukuki kurgu içeren yasaların mahkemelerde yorum faaliyeti esnasında incelenmesi ile de hukuki kurguların anlamı ve kullanım amacı daha iyi anlaşılmış olur.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKİ KURGU ÖRNEKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukukta kurgu kullanımına karşılaşılan ihtiyaçlar nedeniyle çeşitli durumlar için başvurulmuştur. Hukuki kurguların anlaşılması ve hukukta bir olanak olarak değerlendirilebilmesi açısından nerelerde, nasıl kullanıldığının incelenmesi gereği doğmuştur.

Daha önce de belirtildiği üzere hukuki kurgu kullanımlarına hukukun gelişimi yönündeki çalışmalar sırasında rastlanılmaktadır.³⁵⁸ Buna göre kurguların, öncelikli ortaya çıkışı yasaların uygulanmasındaki değişikliklerle ilgilidir. Değişime uğramış olan hukuk kuralı metin olarak varlığını değiştirmeden sürdürmekte ve fakat kuralın hükmü değişmektedir.³⁵⁹ Öyleyse hukuki kurgulara genellikle yeni bir hukuki durum söz konusu olduğunda başvurulmuştur diyebiliriz. Fuller'in doğru olduğuna inanılarak kullanıldığında hukuki kurguların tehlikeli hale geleceğine dair iddiasının yanı sıra bazı yazarlar, esas hukuki kurguların kurucu gücünün görmezden gelinmesinin tehlikeli olabileceğine dikkat çekmiştir.³⁶⁰ Zira Fuller, hukuki kurguları yanlışlığının bilincinde olunan ancak belirli bir fayda sağladığı için kullanılan düzenlemeler olarak görmekteydi. Buna göre eğer hukuki kurguların doğru olduğu düşünülürse bir aldatmaca meydana gelmekteydi. Hukuki kurguların sahip olduğu bu kurucu güç, örnekler incelendiğinde daha iyi anlaşılacaktır. Hukuki kurguların yeni bir durum meydana geldiğinde buna ilişkin ne şekilde düzenlemeler işlediği ve nasıl düşünme yolları sunduğu daha net görülebilecektir.

A) Tarihte Kullanılmış Hukuki Kurgu Örnekleri

Hukuki kurgular fikrinin kökleri “fictio” ifadesini kullanan Roma hukukçularına kadar uzanmaktadır.³⁶¹ Ancak bu dönemdeki hukukçular her ne kadar pratikte hukuki kurguları sıklıkla kullansalar da onlara dair ne düşündüklerini tam olarak bilmek

³⁵⁸ Maine, **A.g.e.**, s.16.

³⁵⁹ **A.e.**, s.21-22.

³⁶⁰ Knauer, **A.g.e.**, s.77.

³⁶¹ Olivier, **A.g.e.**, s.5.

zordur, çünkü bu dönemde herhangi bir teorileştirme girişimi yapılmamıştır.³⁶² Hukuk yapma uygulamasına katılan bu hukukçular, yanlış akıl yürütmenin tehlikelerinden kaçınmak amacıyla teorik spekülasyonlar yaratmak istememişlerdir.³⁶³ Bu sebeple Roma Hukuku'nda hukuki kurguların işlevlerini anlamanın yolu hukuki metinlerindeki hukuki kurgu kullanımlarının incelenmesidir.

Roma hukukunda *Praetorlar'ın, Ius Civile*'nin uygulanması ile ortaya çıkan bazı hakkaniyete aykırı durumları yaptırıma bağlama ve çözüm üretme yetkileri vardı. *Praetorlar'ın* bu yetkisi, yeni hukuk kuralı koyma biçiminde doğrudan doğruya değil, usul hukuku alanındaki faaliyetleri sırasında ortaya çıkan yani dolaylı olan bir yetkiydi.³⁶⁴ Böylece *Ius Civile* kuralları, zaman içerisinde değişen ekonomik, sosyal ve siyasi durumlara uyum sağlamış oluyordu.

Kurallarının katılığıyla bilinen Roma Hukuku, Roma genişledikçe ve yabancılarla ticari etkileşimler arttıkça *Ius Civile* 'yi³⁶⁵ yeni koşullara uyumlu hale getirebilmek için Praetor uygulamalarını kullanmıştır.³⁶⁶ Yapılan bu düzenlemeler çeşitli hukuki kurguları da içermekteydi. Bunlardan birisi olan “*Bonorum Possessio*” bir miras hukuku düzenlemesiydi. Bu düzenleme, vasiyetnamedeki bir yanlışlık veya eksiklik sebebiyle kişi (*bonorum possessor*), mirasçı (*heres*) olarak belirlenememişse bu kişiye mirasçı haklarının tanınmasını sağlayan bir hukuki kurgu örneğidir.³⁶⁷ Böylece söz konusu kişi mirasçı sıfatı kazanmadan mülkiyetin belirli bir kısmı üzerinde hak iddia edebilmektedir. *Ius Civile* bu durumla ilgili bir düzenleme içermediğinden, bu kural *Praetorlar* tarafından oluşturulmuştur.³⁶⁸ Bu sebeple “*Bonorum possessio*” Türkçeye “malların zilyetliği” olarak çevrilse de Roma Hukuku ders kitaplarında ve çeşitli çalışmalarda *Praetor* Mirasçılığı şeklinde geçmektedir.

³⁶² Kerr, **A.g.e.**, s.13.

³⁶³ **A.e.**, s.14.

³⁶⁴ Çevrimiçi, https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2008_XII_7.pdf, 29.08.2020.

³⁶⁵ Roma devletinde roma yurttaşlarına uygulanan hukuk sistemi, medeni hukuk.

³⁶⁶ L.B. Curzon, **Roman Law**, MacDonald and Evans, Londra, 1966, s.17.

³⁶⁷ Kerr, **A.g.e.**, s.15.

³⁶⁸ **A.e.**, s.16.

Roma Hukuku'na göre *Praetorlar* mirasçı oluşturmamakta; yalnızca bir kişiye mirasta belirli bir mülkiyet hakkı vererek mirasçılığa benzer bir hukuki durum yaratmaktadır.³⁶⁹ Böylece *Ius Civile*'nin katılığı, bu usule ilişkin kurguyla çözüme ulaşmış olmaktadır. Aynı zamanda *Ius Civile* de değiştirilmeden kalabilmektedir. Yani *Praetorlar* yeni bir hukuk kuralı oluşturmamakta *imperiumuna* dayanarak miras mallarının zilyetliğini ilgili kişiye vererek ondan faydalanmasını sağlamaktaydı; bu kişi de bir senelik süre geçtiğinde o malların maliki haline gelmekteydi.³⁷⁰ Örnek vermek gerekirse, eğer bir kimse *Ius Civile*'nin şekil ve kurallarına tamamen uymayan bir vasiyetname düzenlemişse, vasiyetname geçerli olmadığından mirasçı sayılamayacak olan kişiler için *bonorum possessio* uygulanırdı.³⁷¹

“*Actio Publiciana*”, yine bu şekilde katı hükümlerin yumuşatılması adına Praetor tarafından getirilen bir başka düzenlemedir. Bu düzenleme, bir şey üzerinde zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkı edinmiş; fakat bir nedenden dolayı zamanaşımı süresinin tümü boyunca sahiplik kuramamış yahut malın zilyetliğini malik olmayan bir kişiden elde etmiş ve iyi niyetli bir kimsenin mülkiyet hakkını koruyan bir hukuki kurgu içermektedir.³⁷² Buna göre zamanaşımı için gereken sürenin usulüne uygun geçmiş olduğu farz edilecektir. Davacının bu ilk durum için kendisinin ilgili şartlarla zamanaşımı ile mülkiyeti kazanma durumunu elde etmiş olduğunu kanıtlaması gerekmektedir.³⁷³ Bu hukuki kurgunun oluşturulmasını gerektiren sebeplerden biri, Cumhuriyet devrinin ortalarından itibaren Romalılar arasındaki mal mübadelesinin artışı sebebiyle yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmasıdır.³⁷⁴ Sınırları net bir şekilde belirli olmayan mülkiyet kavramı ve onun iktisabı, *Ius Civile*'de yine sınırlı bir şekilde düzenlenmekteydi. *Formula* usulü denilen istihkak davası olan *rei vindicatio*'yu açabilmek için *Ius Civile*'nin belirttiği iktisap yollarına dayanmak zorunluydu. Ancak

³⁶⁹ Adolf Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, vol.43, the American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, S.375.

³⁷⁰ Çevrimiçi, <https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/266C4DC2A0814354B871878D03764086?doi=>, 24.08.2020.

³⁷¹ A.y.

³⁷² Kerr, A.g.e., s.16.

³⁷³ Berger, A.g.e., s.344.

³⁷⁴ Belgin Erdoğmuş, “Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana In Rem”, (Doçentlik Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1984), s.3.

bu davayı açamayan Romalı kişilerin hukuki himayeden mahrum kalması hakkaniyete aykırı olacağından *actio Publiciana* kurgusu yaratılmıştı.³⁷⁵

Bir diğer düzenleme olan “*civitas romana peregrino fingitur*” ise Roma’daki yaşayan yabancıları konu edinmektedir. Roma Medeni Hukuku yalnızca Roma vatandaşlarına uygulandığı için bir yabancının (*peregrino*) davacı ya da davalı olduğu durumlarda, eğer bir vatandaş olsaydı nasıl karar verilecekse buna göre davranılacağını belirtir.³⁷⁶ Bu şekilde kişinin davaya dâhil olabilmesine izin vermek adına Roma vatandaşlığı kurgusal olarak yabancı tarafa atfedilmektedir. Bu kurguyla beraber yabancılara söz konusu durum için *Ius Civile* uygulanabilir hale gelmektedir. Örneğin, *Ius Civile*’ye göre bir yabancı (*peregrino*) hırsızlıktan doğan ceza davasını (*actio furti*) açamayacağından, *Praetor* yetkililere o yabancıyı Roma vatandaşı farz ederek davayı çözmesini emrederdi.³⁷⁷ Böylece yine *Ius Civile* değiştirilmeksizin katılımı ve biçimselliğinin bir engeli aşılmış olmaktaydı.

Roma Hukuku’ndan gelen başka bir kurgu örneği ise “*nasciturus*” olarak ifade edilen fetüs ile ilgili kurgudur. Antik Roma’da başlangıçta fetüs bir nesne (*res*) olarak kabul edilse de ilerleyen zamanlarda hak sahibi olarak görülmeye başlanmıştır. Örneğin eşi hamileyken vefat eden bir babanın mirası üzerinde fetüs henüz bir kişiliğe sahip olmadığından hak sahibi olamayacaktı. Bu gibi durumlar için Romalılar, “*nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodo elus agitur.*” (Fetüs, kendi menfaatleri söz konusu olduğunda doğmuş gibi sayılır.)³⁷⁸ prensibini içeren kurguya başvurdular. Söz konusu hukuki kurgu ile sonradan sağ olarak doğması halinde fetüs, doğan çocukların haklarına sahip olabilecek ve ilgili uyuşmazlıklarda yargıçlar fetüs sanki doğmuş gibi karar vereceklerdir.³⁷⁹ Böylece doğacak olan çocuğun hakları ileriye dönük olarak korunmuş olmaktadır.³⁸⁰ Bugün TMK madde 29/II’de de belirtilen “Çocuk hak ehliyetini sağ doğma koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.” Hükmünde hala devam etmekte olan hukuki kurgu, ceninin hak

³⁷⁵ A.e., s.7.

³⁷⁶ Gray, A.g.e., s.31.

³⁷⁷ Bkz. Dipnot 361.

³⁷⁸ Çevrimiçi, <https://www.yourdictionary.com/nasciturus-rule> , 01.05.2020.

³⁷⁹ Kerr, A.g.e., s.19.

³⁸⁰ Olivier, A.g.e., s.109.

edinme ehliyetini sağ olarak doğumu geciktirici koşuluna bağlayan bir ehliyet haline getirmektedir.³⁸¹ Bu geçmişe etkililik varsayımı içeren kurgunun amacı, TMK madde 580'in belirttiği gibi “mirasçı olabilmek için miras bırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ bulunmak şarttır” şeklindeki kuralların yol açabileceği adaletsiz sonuçları önlemektir.³⁸²

Sonuç olarak Roma Hukuku'ndaki başlıca kurgu örnekleri çeşitli durumlarda hukuki kurgu kullanımına ihtiyaç duyulmasının sonucudur. Bu örneklerle bakarak hukuki kurguların gerçekte öyle olmadığı halde bir olgunun veya durumun var olduğunun farz edilmesi ile ortaya çıktığı söylenebilir. Bu varsayımların kasıtlı ve bilinçli şekilde yapıldığı, ihtilaflı olmadığı yani itiraz edilemeyeceği de çıkarılabilecek diğer bir sonuçtur.³⁸³ Ayrıca hukuki kurgular aracılığıyla katı hukuki kurallar altında mümkün olmayan eylem ve durumlara müsaade edilmesinin sağlandığı da görülmektedir.³⁸⁴

Ius Civile'nin uygulama alanını genişletmek adına kullanılan hukuki kurgulara aynı amaç doğrultusunda 15. ve 16. yüzyılda İngiliz *Common Law* sisteminde de rastlanmaktadır. Esasında İngiltere'nin feodal sistemle tanışması, İngiltere'de başta gayrimenkul konusu olmak üzere çok sayıda kurgunun oluşturulmasının temel nedenidir.³⁸⁵ Ancak bu kurgu içeren uygulamalar, İngiliz Yasalarıyla ilgili birçok detay gerektiren kurallardan oluştuğu için bu çalışmada ayrıca açıklanmayacak, yalnızca bazı temel örnekler incelenecektir.

Başlangıçta yargı alanını genişletmek için tasarlanan hukuki kurgular, 15. ve 16. yüzyıllarda İngiliz Mahkemeleri tarafından sıkça kullanılmış olan usule ilişkin olanlardır.³⁸⁶ Modern dönem öncesi İngiliz Mahkemeleri de yetki alanlarını, temyiz incelemesinden ayrı tutacak şekilde arttırmak için hukuki kurguları kullanmışlardır.³⁸⁷ Temyiz incelemesinin *Common Law* uygulamasında yalnızca resmi kayıtlar

³⁸¹ Rona Serozan, **Medeni Hukuk**, 8.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.422.

³⁸² **A.y.**

³⁸³ Kerr, **A.g.e.**, s.22.

³⁸⁴ **A.e.**, s.23.

³⁸⁵ Warner, **A.g.e.**, s.4.

³⁸⁶ J.H. Baker, **An Introduction to English Legal History**, s.57.

³⁸⁷ Klerman, **A.g.e.**, s.9.

üzerinden, bunların yasal doğruluğuyla sınırlı olarak yapılması sebebiyle yargıçlar iptal kararından kaçınmak için hukuki kurgulara başvurmuş ve bu şekilde daha az maliyetli ve daha hızlı olabilecek şekilde adaleti sağlamışlardır. İngilizlerin yargı alanını genişletmek için kullandığı hukuki kurgulara örnek vermek gerekirse, İngiliz mahkemeleri coğrafi konum olarak Akdeniz’de yer alan Minorca Adası’nın, Londra’da St. Mary Le Bow bölgesinde bulunduğu kurgusuna dayanarak, orada meydana gelen haksız fiiller bakımından yargılama yetkisine sahip olabilmışlardır.³⁸⁸

İngiliz *Common Law* hukuk sisteminde yapısı gereği hukuki kurguların kullanımı, Roma Hukuku’ndan farklı olarak daha uzun sürede ve parça parça gelişmiştir. Bu nedenle, İngiltere’de erken dönem hukuki kurgular uygulaması fazla öngörü olmadan gerçekleşmiş olup; başlangıçta, bu kurgular sadece dava sırasında yapılan yanlış iddialar olarak görülmektedir.³⁸⁹ Yani Roma Hukuku’nda hukuki kurgular varsayımsal bir nitelik gösterirken, İngiliz Hukuku’nda daha çok iddia niteliği taşımaktaydı. Ancak ilerleyen dönemlerde hukuki kurguların kullanım alanı genişletilmiş ve kullanımı daha bilinçli hale gelmiştir.³⁹⁰

Geçmiş dönemlerde kullanılan hukuki kurguları açıklarken, 1800’lerde sömürgeci ülkelerin başvurduğu ‘keşif doktrini’nden de bahsedilmelidir. Geçmişte, sömürgeci ülkelerin yöneticileri, geniş toprak alanlarının “boş ve vârisiz” olduğu ve dolayısıyla sömürge devleti tarafından talep edilebileceği hukuki kurgusunu kullanmaktaydı. Bu görüş, sömürgeci toprak kamulaştırılmasını meşrulaştırmada kolaylık sağlamaktaydı.³⁹¹ Keşif doktrini de Kızılderililerin gönüllü olarak kendi topraklarından vazgeçtiğine ve köklerinin bu şekilde silinmesine razı olduklarına dair politik kurgunun kullanıldığı bir kavramdır. Sorgulanamayan bir toprak kanunu olduğu iddia edilen Yargıç Marshall’ın “keşif doktrini” nde fetih hakkında bir kurgu

³⁸⁸ Çevrimiçi, <http://moglen.law.columbia.edu/publications/fict.html>, 17.08.2020.

³⁸⁹ Kerr, **A.g.e.**, s.29.

³⁹⁰ **A.e.**, s.30.

³⁹¹ Philip Burnham, “Whose Forest? Whose Myth? Conceptualisations Of Community Forests In Cameroon”, **Land, Law and Environment Mythical Land, Legal Boundaries**, ed. Allen Abramson And Dimitrios Theodossopoulos, Londra, Pluto Press, 2000, s.54.

yaratılırken, söz konusu toprağın bireylere ve sömürgeci hükümetlere barışçıl yollarla devredildiği iddia edilmektedir.³⁹²

Keşif doktrini, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi tarafından bir dizi kararla açıklanan bir uluslararası kamu hukuku kavramıdır.³⁹³ Buna göre Birleşik Devletler Başyargımcı John Marshall, Keşif Çağı boyunca sömürge güçlerinin yabancı egemen uluslara ait topraklar için hak talebinde bulunma şeklini açıklamaktadır. Bu toprakların zaten keşfedilmiş sayılmamasının gerekçesi olarak, bölgedeki yerlilerin siyasal varlığını, nesli tükenmiş olan bireylerin bir araya gelmesine indirgeyerek medeni bir yaşam için uygun olmamaları gösterilmiştir. Ayrıca hakimiyetin yerlilerde kalmasının ülkeyi vahşiliğe terk etmek anlamına geleceği iddia edilmiştir.³⁹⁴ Burada Yargıç Marshall hukuki bir değişiklik meydana getirirken keşif doktrinindeki hukuki kurguya dayanmıştır. Hope M. Babcock'a göre böylece yeni bir mülkiyet hukuku kategorisi yaratmak yerine, toprağın yerlilerden yerli olmayanlara aktarımı bir hukuki prensiple sağlanmış olacaktır.³⁹⁵

Yargıcın buradaki hukuki kurgunun gerçek olmayan bir durumu yansıttığının farkında olarak ona dayanması, doğal hukuk anlayışına göre olması gereken bir durum şeklinde yorumlanmaktadır. Bu yorumu yapan yazarlar, Fuller'in hukuki kurguların yalnızca onların yanlışlığının bilincinde olarak kullanıldığında güvenli olduğuna dair iddiasından³⁹⁶ yola çıkmaktadırlar. Zira yukarıda da açıklandığı üzere Fuller, hukuki kurguların gerçekler gibi kabul edilmesini tehlikeli bulmaktadır.

B) Yakın Dönem Hukuki Kurgu Örnekleri

Avrupa'daki hukuki kurgu kullanımlarını incelediğimizde, ilk olarak tıp biliminin alanına giren “delilik”, “beyin ölümü”, “organ nakli” gibi konularda ortaya çıktığını

³⁹² Hope M. Babcock, “The Stories We Tell, and Have Told, About Tribal Sovereignty: Legal Fictions at Their Most Pernicious”, *Villanova Law Review*, Vol.55, N.4, 2010, s.806.

³⁹³ Çevrimiçi, <https://www.oktlaw.com/ditching-doctrine-discovery-means-canadian-law/>, 12.02.2020.

³⁹⁴ Russell Lawrence Barsh, James Youngblood Henderson, *The Road: Indian Tribes And Political Liberty*, University of California Press, Berkeley, 1980, s.49.

³⁹⁵ Babcock, *A.g.e.*, s.816.

³⁹⁶ Fuller, *A.g.e.*, s.370.

görürüz. Örneğin Lord Eldon³⁹⁷, “akıl hastasının kendisinin yapabilmesi muhtemel olan şeyleri yapması” (*doing that which it is probable the lunatic himself would have done*) kurgusunu hazırlayarak mahkemelere akıl hastasının verebileceği hediyeler konusunda bir takdir yetkisi tanımıştır.³⁹⁸ Mahkemeler de bu kurguyu göz önüne alarak davaları çözüme kavuşturmuştur. Bu kurgunun ortaya çıkışı, akıl hastalığından muzdarip kişilerin bakımını üstlenen ancak onun mal varlığı üzerinde herhangi bir hak iddiasına sahip olamayan yakınlar, akrabaların davalarında hakkaniyeti sağlamak amacıyla olmuştur.³⁹⁹ Elbette İngiltere’de bu tarihten ileride akıl hastalarının bağışlama işlemleri konusunda bir hukuki düzenleme yapılabilir. O halde de yapılan düzenlemenin köklerinde kurguların izini taşıdığını söyleyebiliriz.

Tıp alanında kullanılan bir başka hukuki kurgu ceza hukukunun gelişimine katkı sağlayan fiil ehliyeti meselesiyle ilgilidir. Şöyle ki ceza hukuku alanındaki gelişmeler esnasında sanıkların beyin fizyolojisi temelinde zihinsel olarak hasta veya zihinsel olarak sağlıklı şeklinde sınıflandırılmasına hizmet edecek olan “akıl hastalığı” (*mental illness*) kurgusu yaratılmıştı. O zamandan beri akıl hastası kişi, tıpkı “fiili ehliyete sahip kişi” gibi, sadece hizmet ettiği hukuki amaçların değeri ile haklı çıkarılan kurgusal bir insan modeli olmuştur.⁴⁰⁰ Dolayısıyla onun eylemleri artık bu ifade ile değerlendirilecek ceza hukuku kuralları da buna göre uygulanacaktır. Akıl hastalarının, tam fiil ehliyetine sahip kimselerden farklı bir zihinsel işleyişe sahip olması sebebiyle ceza hükümlerinin herkese aynı şekilde uygulanması adil olmayacağından ceza kanunu hükümleri akıl hastalığı olan kişiler için ayrı kurallar içerek şekilde düzenlenmiştir. Yukarıda ceza ve vergi hukuku için ancak lehe olacak şekilde bir kullanımın yapılacağını belirtmiştik. Günümüzde akıl hastalığının cezai sorumluluğunu düzenleyen hükümler de yine kendi başına hukuki kurgu olmamakla beraber oluşturulmasında kurgusal öğelerden yararlanılmıştır.

³⁹⁷ 1807 ve 1827 arasında İngiltere’nin Lord Yüksek Şansölyesi (hükümet başkanı) olarak görev yapmıştır.

³⁹⁸ Harmon, **A.g.e.**, s.1-2.

³⁹⁹ **A.e.**, s.24.

⁴⁰⁰ James H. Hardisty, “Mental Illness: A Legal Fiction”, **Washington Law Review**, vol.48, no.4, 1973, s.751.

Beyin ölümü kavramı da hukuki işlemlerin yerine getirilmesi veya organ nakli gibi işlemlerin yapılabilmesi için ölüm zamanının belirlenmesi, hukuki kesinlik ve belirlilik ihtiyacının giderilmesi amacına hizmet eder.⁴⁰¹ Ölüm anının belirlenmesi medeni hukuk, miras hukuku ve organ nakli gibi etik konular için önem teşkil eder. Beyin ölümü, kişinin beyninin geri dönülmez bir şekilde işlevini kaybetmesi durumudur. Beyin ölümü ilan edilen bir kişi yasal olarak ölü kabul edilse de bazı durumlarda beyin ölümü için standart tanı kriterlerini karşılayan hastalar, bir takım bedensel yahut nörolojik işlevler sergilemeye devam ederler.⁴⁰² Türk Medeni Kanunu çerçevesinde kişiliğin ölümle sona erdiği belirtilse de (TMK Md. 28); ölümün tespitine yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukuk için kişiliği sonlandıran beyin ölümü kurgusu, tedavinin ne zaman sona erdirileceği yahut organ nakli gibi konuların belirlenmesi açısından önemlidir. Böylelikle beyin ölümünü bir hukuki kurgu olarak kullanmaya dayanan organ nakli uygulaması, hukuki bir temele oturtulmuş olmaktadır.⁴⁰³ Dolayısıyla beyin ölümünün sonucunda gerçekleşen ilişkili eylemler de hukuki nitelik kazanmış olmaktadır. Bu noktada elbette ki “ölüm” kelimesinin tanımı genişletilerek de söz konusu mesele çözümlenebilirdi. Böylece dış dünyadaki gerçeklikle bir çelişme de yani kurgu da gündeme gelmezdi. Açıklık getirmek gerekirse, “beyin ölümü gerçekleşen kişilere hukuken, tüm organların çalışmaması sonucu ölmüş kişiler gibi davranılır” şeklinde bir kural belirlendiğinde bu hukuki kurgu sayılırken; “beyin ölümü gerçekleşen kişiler ile tüm organların çalışmaması sonucu ölü olan kişilere aynı hükümler uygulanır” şeklinde bir kural hukuki kurgu değildir.

Tıp biliminde yine başka bir örnek olan *bilgilendirilmiş onam* adı verilen durumun ortaya çıkışıdır.⁴⁰⁴ Bilgilendirilmiş onam, hastanın klinik çalışma ve tedavi öncesi bilgilendirilip bedeni üzerinde birtakım tıbbi işlemler için izninin alınmasının etik yoludur. Ancak bazı durumlarda hastanın kendisi rıza verme işlemini gerçekleştiremez. Bu tür durumlarda da bir hukuki kurguya başvurulmuş, hastanın

⁴⁰¹ Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, Betim Kitaplığı, 2019, s.235.

⁴⁰² Amir Halevy, “Beyond Brain Dead?”, **The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine**, Vol. 26, Issue 5, 2001, s.493-501.

⁴⁰³ Franklin G. Miller, Robert D. Truog, “Rethinking the Ethics of Vital Organ Donations”, **Hastings Ctr. Report Vol.38, Sayı 6.**, 2008, s. 39–40.

⁴⁰⁴ A.e., s.2.

yakınlarına (çoğunlukla akrabaları) karar vermesi için hukuken izin verilmiştir.⁴⁰⁵ Bu hususta kişi rıza veremeyecek bir konumda olduğundan, onun bilgilendirildiği ve rıza verdiği farz edilir. Bu farz edilme özelliği ise onu hukuki kurgu yapmaktadır.

Hukuki kurgu tanımlarından bahsederken kimi yazarların hukuki kurguları varsayım temelli olarak tanımladığı belirtilmişti. Bu şekilde bir tanım benimsenirse, Türk Hukuku'ndan birkaç kanun maddesi hukuki kurgulara örnek olarak gösterilebilir. Bunlardan biri yukarıda da örnek olarak verilen TMK madde 222/II'dir. İlgili maddede "*Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır.*" denilmektedir. Diğer bir örnek ise BK'da geciktirici koşulun düzenlendiği maddelerden olan TBK madde 175'in belirttiği "*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır.*"⁴⁰⁶ hükmüdür. Yine TBK madde 252'de satış kuralları düzenlenirken belirtilen "*Alicının, herhangi bir çekince belirtmeksizin satış bedelinin tamamını veya bir kısmını ödemesiyle ya da satılanı deneme veya gözden geçirme amacını aşacak biçimde kullanmasıyla da beğenme koşulu gerçekleşmiş olur.*" hükmü de örnek verilebilir. Bu maddeler faraziye kuralları olarak kabul edilirler dolayısıyla aksinin ispatı gibi bir durum söz konusu olmaz. Belirli durumlarla ilgili varsayımlardan yola çıkarak oluşturuldukları için, hukuki kurguları varsayım üzerinden tanımlayan görüşe göre bu maddeler birer hukuki kurgu örneğidir.

Günümüzde hala kullanımı devam eden hukuki kurgulara baktığımızda bir *Common Law* uygulaması olan hayatta kalma doktrininin (*doctrine of survival*) de kurgu örneği olarak değerlendirildiğini görürüz. Buna göre, eğer iki kişi aynı anda veya ilk önce kimin öldüğünü söylemeyi imkânsız kılacak şekilde ölürse, fiili ölüm sırasını gösteren delillerle aksinin ispatı mümkün olmakla beraber, daha yaşlı olanın önce öldüğü kabul edilir.⁴⁰⁷ Buna benzer şekilde evlat edinme, ölüm karinesi gibi durumları düzenleyen hükümler de "karine" niteliğinde olmakla beraber, kurgu

⁴⁰⁵ J. Steven Svoboda, "Tortured Bodies, Tortured Doctrines: Informed Consent as a Legal Fiction Inapplicable to Neonatal Male Circumcision", **Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural, and Religious Infringements**, ed. George C. Denniston, Frederick M. Hodges, Marilyn Fayre Milos, Springer, Newyork, 2013, s.12.

⁴⁰⁶ Çevrimiçi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>, 16.08.2020.

⁴⁰⁷ England and Wales: Law of Property Act 1925, s. 184.

içermekte ve kökenlerinde kurguların izini taşımaktadırlar.⁴⁰⁸ Yukarıdaki bölümlerde karine, kurgu kavramlarının ilişkisinden bahsedilmişti. Hukuki kurgular “faraziye” ya da “kesin karineler” olarak bilinmekte olup aksi ispat edilmeyen karinelerle eş değer sayılmaktaydı.

Evlat edinmede soy bağının kurulması karinesinde toplumun işleyiş şeklinin de gerektirdiği gibi evlat edinen kişilerin hukuki anlamda doğal ebeveyn ile aynı konuma getirilmesi söz konusudur. Bir evlat edinme kararı alındığında, bu karar yeni yasal aile ilişkileri yaratmakta ve verilen yasal ebeveynlik hakları ve sorumluluklarıyla donatılmış yeni ebeveyn ve çocuk kimlikleri oluşmaktadır.⁴⁰⁹ Böylece evlat edinen kişiler, kan bağı olan doğal ebeveynler ile hukuken aynı hak, yetki ve sorumluluklara sahip hale gelmektedir. Soy bağının evlat edinme yoluyla kurulması Türk hukukunda TMK.m.283’te düzenlenmiştir. Ölümüne kesin gözle bakılmasını gerektiren durumlar içerisinde kaybolan kişinin, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılacağı karinesi de TMK. m.31’de düzenlenmiştir.

Yine İngiliz hukukunda yaratılan farazi kişiler (örneğin haksız işgal tazminatının, taşınmazın kiracısı olduğu varsayılan John Doe üzerinden tayin edilmesi gibi) aracılığıyla davanın çözülmesi gibi örneklerle Türk hukukunda da rastlanmaktadır. Örneğin haksız işgal nedeniyle tazminatın kira esasına göre belirlenmesinde mal kiraya verilseydi getirecek olan kira bedeline göre hesaplanır.⁴¹⁰

Hukuki kurguların varlık nedeni bir bakıma güç ilişkilerinde yani hayatın kendisinde yatmaktadır.⁴¹¹ Güç ilişkileri ve ekonomik yansımalarının sonucu olarak ortaya çıkan kurgular, şair Empson’a “Legal Fictions” (Hukuki Kurgular) başlıklı bir şiir bile yazdırmıştır. Ona göre hukuki kurgular, topraktaki özel mülkiyet haklarının pragmatik ve ahlaki etkilerini incelemektedir. “Haklarınız talebinizin altında ve

⁴⁰⁸ Çevrimiçi, https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2008_XII_7.pdf, 29.08.2020.

⁴⁰⁹ Janette Logan, Carole Smith, “Adoptive Parenthood as a 'Legal Fiction' - Its Consequences for Direct Post-Adoption Contact”, **Child and Family Law Quarterly**, vol.14, no.3., 2002, s.281.

⁴¹⁰ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2001/863, K. 2001/1683, T. 20.2.2001 kararı: Yargıtay 3. Hukuk Genel Kurulu, E.2006/334, K.2006/340, T.7.6.2007: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E.1947/11, K.1950/2, T.1.3.1950.

⁴¹¹ Akal, “Kurgu ve Hukuk”, s.76.

üstündedir/ hiçbir sınır olmadan; cennetteki ve cehennemdeki toprağa sahipsin...”⁴¹² Şiirde paradoksal olarak ortaya konan, özel mülkiyet haklarına ilişkin olduğu yorumlanan bu görüş mülkiyet gibi ekonomi temelli alanlarda da hukuki kurgulardan bahsedilebileceğini belirtmektedir.⁴¹³ İngiliz edebiyatı eleştirmeni ve şair William Empson 1928’de yazdığı bu şiirde, yargısal karışıklığı ve mülkiyet konusunu absürt bir şekilde ifade etmek istediğini belirtmiştir. Ayrıca bir şeyin aynı anda hem hayal ürünü hem de köklü olabileceğini göstermek istemektedir; olgusal temelinin yanı sıra bir fikrin kurgusallığının da şiirin ötesindeki dünyayla ilişkili olabileceğini anlatmaktadır.⁴¹⁴

Ekonomik düzenlemeler sebebiyle ortaya çıkan hukuki kurgulara bakıldığında şirket vb. kurumlara kişi sıfatını kazandıran düzenlemeler, bunun belki de en meşhur örneğidirler. Esasında kurumsal varlıklara kişiler gibi davranan yasa kavramı, Antik Roma’ya kadar uzanmaktadır.⁴¹⁵ Eski Türk Medeni Kanunu’nda, ‘kişi’ yerine şahıs terimi kullanılmaktaydı. Arapça’dan gelen bir sözcük olan şahıs kelimesinin kökenine inildiğinde ise belirginleşme, tanınır hale gelme, görünür olma anlamlarına geldiği görülür.⁴¹⁶ Dolayısıyla şirketlerin de hukuk hayatında görünür olması ve tanınması gerekliliğinin doğmasıyla kişi sıfatını kazanması arasında bir ilişki kurabiliriz. Ayrıca kişilik kavramı, kişi kavramını da içerecek şekilde kişinin kişisel değerlerinden oluşan bir bütün olarak anlaşılmaktadır.⁴¹⁷

Toplumlar gelişip karmaşıklaştıkça insanlar arası ilişkilerden başka düzenlenmesi gereken yeni konular da ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla hukukta soyut yeni kavramlara ihtiyaç duyulmuştur. Bu gereksinimlerin sonucunda gerçek kişilerin yanında, gerçek kişilerin belirli amaçlara hizmet etmek üzere bir araya gelerek oluşturdukları kişi toplulukları ve mallarının bu amaca özgülendiği mal topluluğu için, hukuk düzenince

⁴¹² William Empson- Legal Fictions şiirinden olan bu dizenin çevirisi bana aittir.

⁴¹³ John Haffenden, **The Complete Poems of William Empson**, Penguin Press, London, 2000, s.229.

⁴¹⁴ Marcus Waithe, “Empson’s Legal Fiction”, **Essays in Criticism Vol. 62 No. 3**, Oxford University Press, 2012, s.296.

⁴¹⁵ John Dewey, “The Historic Background of Corporate Legal Personality,” **Yale Law Journal**, Vol. XXXV, April, 1926, s. 655-673.

⁴¹⁶ Ömer Ergün, “Kişi Kavramı ve Çeşitleri”, **Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi**, C.1, Sayı 1, 2017, s.9, Çevrimiçi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/duamydad/issue/38286/442689> , 28.10.2020.

⁴¹⁷ A.e., s.5.

tüzel kişi kavramı kullanılmıştır.⁴¹⁸ Tüzel kişilik gerçekte bir birey olmayan ancak yasalar karşısında bağımsız bir kişilik varsayılan, varlık ve borçlara sahip olma hakkı bulunan ortak bir amacın devamlı bir surette gerçekleştirilmesi için örgütlenmiş kişi veya mal topluluklarıdır.⁴¹⁹ Kelsen bu tür kurgulara hukuku tanıma girişiminin ve yasal düzenin entelektüel ustalığının sonucu olan kurgular demektir.⁴²⁰

Burada hukuki kurgu, söz konusu kurumun yalnızca insanlar için geçerli olacak şekilde hazırlanan çok sayıda yasa ve politikaya tabi olmasını sağlamaktadır. Bir tüzel kişiliğin, üyelerinin bir araya getirilmesinden daha fazlasını ifade ettiğine ve ayrı bir varlık olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkindir. Tüzel kişilik kurgusu oluşturulmadan önce yalnızca ortaklığı oluşturan kişilerin toplamı ve özel bir malvarlığı söz konusuydu. Zamanla hukukun gelişmesi bağımsız bir hak öznesi olan tüzel kişi kavramı ortaya çıkmıştır. Henry Maine'in deyiimiyle hukuk toplumdaki gelişmeler ile uyumlu hale getirilmiştir.⁴²¹ Böylece tüzel kişiler kendisini oluşturan gerçek kişilerin ayrılmasından bağımsız olarak hukuki kişiliğe sahiptir.⁴²² Gerçek şahıslar gibi hak ve yetkileri elde etmektedirler. Yine bu bağlamda İngiltere'de, kralın kraliyet makam ve mülkü ile bölünmez bir vücuda sahip olması sonucu 'taht'a atfedilen tek kişilik kamu tüzel kişiliği kavramı (*Corporation sole*) da örnek gösterilebilir.⁴²³ Buna göre kralın eylemleri hem Ülke hem de Kilise demek olan siyasi yapının eylemleri anlamına geldiğinden, kral her ne kadar kendi kişiliğiyle beraber iki kişi olsa da aslında tek kişi olduğu sonucu çıkmaktadır. İngiltere'de kraldan ayrı bir devlet tüzel kişiliği kavramı gelişmediği için, kamu görevlilerinin eylem ve işlemlerinden doğan zararlar için 'taht' (*Crown*) a karşı dava açılmaktadır.⁴²⁴

Tüzel kişilikle ilgili hukuki kurgunun varlığı bazı düşünürler tarafından kabul edilmemektedir. Kurguları varsayım üzerinden tanımlayan teoriye göre gerçekte kişi olmadıkları halde pratik nedenlerle bir varsayım olarak insan ve mal topluluklarına

⁴¹⁸ Hüseyin Hatemi, **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.15,16.

⁴¹⁹ **A.e.**, s.9.

⁴²⁰ Kelsen, "On the Theory of Juridic Fictions", s.5.

⁴²¹ Baldwin, **A.g.e.**, s.43.

⁴²² Serozan, **A.g.e.**, s.494, 495.

⁴²³ Frederic W. Maitland, "Bir Tüzel Kişi Olarak Taht", Çev. Ülker Yükselbaba, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 64, Sayı 2, 2006, b.a.

⁴²⁴ Çevrimiçi, <http://www.anayasa.gen.tr/dgt-devletkavrami.pdf> , 07.09.2020.

kişilik tanınması, Alman hukukçu Gierke ve İngiliz hukukçu Maitland gibi düşünürler tarafından eleştirilmiş, tüzel kişiliğin kanun koyucunun yarattığı bir varsayım veya yapay bir kavram olmadığı; hukuk düzeni tarafından tanınmadan önce de zaten var olduğu belirtilmiştir.⁴²⁵

Tüzel kişilik kurgusuyla ilgili bir başka tartışma konusuna örnek olarak ise 2010 yılında *Citizens United vs. F.E.C*⁴²⁶ için verilen ABD Yüksek Mahkeme kararını gösterebiliriz. Bu karara göre ifade özgürlüğü gerekçesine dayalı olarak, şirketlerin siyasal seçim kampanyalarına sözel ve parasal destekçi olmalarını kısıtlayan düzenlemeler aleyhine hüküm tesis edilmiştir. Bazı yazarlar bu durumu “*şirketlere kayıtsız şartsız siyasi söz söyleme hakkına sahip bir şahıs muamelesi*”⁴²⁷ yapılması şeklinde eleştirmişlerdir. Ancak Yargıç Anthony M. Kennedy, hükümetin ifade sahiplerini ve ifadelerin içeriğini sınırlama konusundaki seçim imtiyazını ortadan kaldırmak ve böylece daha az müdahale ve daha çok ifade özgürlüğünü hedeflemek amacıyla hareket edildiğini belirtmektedir.⁴²⁸ Ancak karşı oy belirten Yargıç Stevens ise şirketlerin basın ve reklamları domine ettiği için finansmanı daha az olan görüşlerin dışarı itileceğine ve böylece siyasal eşitliğin zarar göreceğine dikkat çekmektedir.⁴²⁹ Bu örnekte şirketlerin gerçek kişiler gibi muamele edileceği kurgusu ifade özgürlüğü gerekçesiyle genişletilmiştir. Ancak kanımızca tüzel kişilere gerçek kişilik benzerliği üzerinden tanınan hak ve yetkiler kendi faaliyet alanıyla sınırlı kalmalıdır. Aksi takdirde kararı eleştirenlerin de belirttiği gibi olumsuz durumlar, adaletsizlikler ve çelişkiler gündeme gelecektir.

Ekonomik alandaki hukuki kurgular için bir diğer inceleme konusu vergi kanunlarındaki bazı hususlardır. Vergi kanunlarındaki varsayım içeren bazı hususların bir hukuki kurgu olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı düşünürler bu tür kuralları hukuki kurgu olarak değerlendirmemektedir. Buna göre vergi düzenlemeleri tıpkı vatandaşlık

⁴²⁵ Çevrimiçi, https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2008_XII_7.pdf, 29.08.2020.

⁴²⁶ *Citizens United vs. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

⁴²⁷ Wendy Brown, **Halkın Çözülüşü**, Metis Yay., İstanbul, 2018, s.176; Akt. Muzaffer Dülger, **Hukuka Ekonomik Yaklaşımın Toplumsal Dayanakları**, İstanbul, Oniki Levha Yay., 2020, s.287-290.

⁴²⁸ A.y.

⁴²⁹ A.y.

konusu gibi hukukta kategorik bir bölümden ibarettir.⁴³⁰ Yani bir hukuki kurgu değil, yalnızca hukukun düzenlediği bir toplumsal meseledir. Diğer görüşte olanlarsa hukuki kurguları, fayda sağlayacağı gerekçesiyle kullanılan yapay ifadeler olarak tanımladıkları için, ilgili vergi kanunlarıyla bariz bir fayda sağlandığını, bu sebeple bu kanunlardaki bazı düzenlemelerin kurgu niteliği teşkil edeceğini belirtirler.⁴³¹ Profesör Knauer, vergi hukukuna dair yasal kurguların geniş (örneğin gelir kavramını kapsayacak kadar) olarak anlaşılmaması gerektiğini düşünmektedir.⁴³² Buna göre vergi kanunları yalnızca vatandaşlık yükünü paylaşdırmak için adil bir yöntem olarak değerlendirilmelidir.⁴³³ Bu konuda net bir görüş olmamakla birlikte vergi kanunlarındaki varsayım içeren kurallardan, ‘vergi hukuku açısından karşılıksız kredilerin de diğer krediler gibi sayılacağı’ şeklinde benzerlik hususuna dayalı lehe olan bazı durumların hukuki kurgu sayılabileceği kabul edilmektedir.⁴³⁴

Siyasi ve politik düzenin devam etmesi açısından gerekli görülen noktalarda hukuki kurguların kullanımı gözlenmektedir. Hukuki kurgular sosyokültürel hayatın her yerine az çok sirayet etmiş bulunmaktadır. Aşağıdaki tablo da hukuki kurguların kullanım alanının genişliğini ifade etmek için onu bir iletişim ağı olarak değerlendiren bir görüşün ifadesidir.⁴³⁵ Tabloda hukuki kurguların hayatımızın hemen her alanına sirayet edebileceğini göstermek adına sembolik olarak galaksiler, yıldızlar gibi kavramlar gösterilmektedir. Gerçekten de görevi mitlerin gerçeklerle yer değiştirmesini sağlamak olan bilim insanları dahi “Demokrasideki mitlerin politik düzenin istikrarı için olduğunu fark etmeliyiz.”⁴³⁶ diyerek bu konuya değinmektedir. Mit olarak bahsedilmesinin sebebi hukuki kurguların çok eski tarihlere dayanması ve genellikle hikâye ifadesiyle birlikte anılmasıdır.

⁴³⁰ Tessa Davis, “Tax and Social Context: Legal Fictions Within Tax”, *Savannah Law Review*, vol.4, no.1, 2017, s.41.

⁴³¹ A.e., s.39.

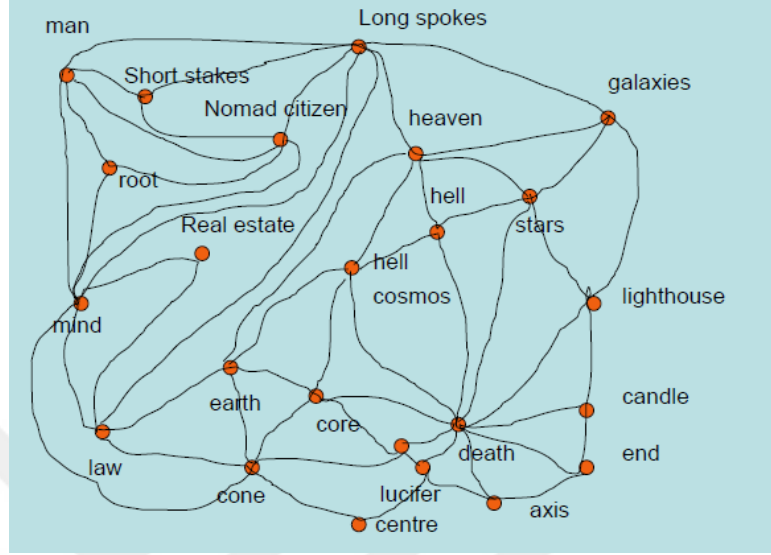
⁴³² Knauer, A.g.e., s.71.

⁴³³ A.e., s.109.

⁴³⁴ Davis, A.g.e., b.a.

⁴³⁵ Bkz: Şekil 2

⁴³⁶ Geoffrey Brennan, James M. Buchanan, “Is Public Choice Immoral? The Case for the “Nobel” Lie”, *Vol. 74, No. 2, Symposium on the Theory of Public Choice*, Virginia Law Review, 1988, s. 179, 185, çevrimiçi: <https://www.jstor.org/stable/i244332> , 28.10.2020.



Şekil 2: Bir İletişim Ağı Olarak Hukuki Kurgular, Matthews, A.g.e., S.174⁴³⁷

Bu örneklerden de anlaşılabileceği üzere hayatımızın birçok alanında kurgu içeren hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Hukuki kurgular hukukun gelişimine katkı sağlayarak doktrinler ve kurallar üretilmesine yardım etmektedir. Hatta bazı düşünürlere göre tüm yasal kurumlar hukuki kurgularla başlar ve evrimleşir.⁴³⁸

Kurgular kanunlara, ilkelere, içtihatlarla yol gösterici niteliğe sahip olmakla beraber kimi durumlarda da düşünürlerin teorilerini açıklarken başvurdukları bir yöntem olmuştur. Örneğin Dworkin'in insanüstü özelliklere sahip mükemmel yargıcı Herkül karakterinde görülebileceği üzere çeşitli düşünürler de hukukun açıklanmasında kurgusal ifadeler kullanmaktadır.⁴³⁹ Ancak bu kurgunun bir hukuki niteliği bulunmamasına rağmen hukuk teorisinin gelişmesine yardım etmektedir. Dworkin, hukukta boşluk bulunmadığını savunmakta ve çeşitli ilkelere ve siyasalara başvurarak hukuki sorunu en doğru biçimde çözebilecek bir yargıç modeli kurgulamaktadır. Söz konusu bu hukuki kurgu da yargıçlara karşılarına gelecek

⁴³⁷ Matthews, A.g.e., S.174. (Tabloyu çizen yazar da bu bağlantıları yalnızca metafor yoluyla hukuki kurguların ulaştığı alanları göstermek amacıyla keyfi olarak belirleyip oluşturduğunu belirtmektedir.)

⁴³⁸ Pierre de Tourtoulon, **Philosophy in the Development of Law**, çev. Martha McC. Read, Macmillan, New York, 1922, s.388.

⁴³⁹ Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Londra, Duckworth, 1977, s.116,117.

davalarda bir model teşkil edecektir. Dworkin’e göre hukukun bütünlüğü prensibi, Herkül’ü doğru cevapların arayışı sürecinde geniş kapsamlı ve hayalperest düşünceye itmektedir.⁴⁴⁰ Dworkin, yargıçların hukuku tıpkı bir ebedi eser, hiç bitmeyen bir roman gibi düşünerek karar verirken buna yeni bir bölüm ekliyormuş gibi hareket etmelerini istemektedir. Burada hem hukuka edebiyat olarak bakışın izini hem de hukukun gelişmesi amacına hizmet eden hukuki kurgu örneği olarak bir yargıç modelini görürüz. Dworkin’in kurguladığı ideal yargıç Herkül, insan üstü bir kavrayış, beceri, sabır ve sezgiye sahip olup her davayı adil bir şekilde çözebilmektedir.⁴⁴¹ Dolayısıyla esasında Herkül, toplumsal gerçeklikteki yargıçları temsil edemeyecek kadar ütopiktir. Ancak Herkül’ün bu insanüstü özellikleri, davayı çözüme kavuşturabilecek belirli bir kuralın olmadığı ya da başvurulacak kuralın haksız ve adaletsiz sonuçlar doğurabileceği yahut çelişkilere sebep olabileceği zor davalarda yargıçlara örnek oluşturabilmesi, fikir verebilmesi açısından önemlidir.

Yine başka bir örnek olarak Judith Jarvis Thomson’ın cenin ve kadın hakları tartışmasını açıklarken kullandığı viyolonsel sanatçısı kurgusunu gösterebiliriz. Thomson, annenin bedenine ne olacağına karar verme hakkını savunurken bir sabah hastane odasında uyandığımızda ünlü bir viyolonsel sanatçısı ile karşı karşıya yattığımızı hayal etmemizi ister.⁴⁴² Kurguladığı bu olaya göre Müzikseverler Derneği tek uyumlu kan grubunun bizde olduğuna karar vermiş ve bizi kaçırmıştır. Dokuz ay boyunca böbreklerimiz sanatçının kanını temizleyerek hayatta kalmasını sağlayacak, biz de bu süreçte viyoloniste bağlı tutulacağız. Aksi halde viyolonist hayatını kaybedecektir. Thomson, bizim bu süreçte böbreklerimizi kullanmasına izin vermemizin viyoloniste borçlu olduğumuz bir durum olmadığını, bağlantımızı keserek onun ölümüne sebebiyet vermenin adaletsiz bir davranış olmadığını açıklar. Zira ona göre yaşam hakkı öldürülmeme hakkını değil, adaletli olmayan bir biçimde öldürülmeme hakkını içerir. Kurgulanan bu benzetmeyi kürtaja uyguladığımızda, fetüs kişi olarak kabul edilse de fetüsün yaşamının sonlandırılması adaletsiz bir öldürme olmamaktadır. Zira Thomson’un savunduğu şey kadının bedenini kullanma hakkına

⁴⁴⁰ Wacks, A.g.e., s.208.

⁴⁴¹ Çevrimiçi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155563> , 02.09.2020.

⁴⁴² Metin, “**Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**”, s.141,142.

sahip olduğu ve bu bedenini fetüsten ziyade kadının kendisine ait olduğudur. Kadının kendi bedenini kullanırmakla ilgili bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁴⁴³ Görüldüğü gibi bu retoriğı ve kurgusal anlatımıyla Thomson, kendi argümanını daha açık bir şekilde aktarabilmekte, sonrasında bu argümanın tartışılabilir olmasına imkân tanımaktadır. Kurgular bu şekilde kullanımlarıyla da hukuki argümanları güçlendirme, hukuki tartışmalara olanak sağlama gibi fonksiyonlara hizmet ederler.

Hukuki kurgular çok çeşitli olduğundan, kendi bağlamlarında ayrı ayrı değerlendirilmelidir, hukuki kurguların kapsamı tespit edilmelidir.⁴⁴⁴ Hukuki kurgu örnekleri değerlendirilirken onun esası ile ilgili sorulacak soru ise, anlam çatışması yaratıp yaratmadığı ve bunun sonucunda hukuktaki değerlere ve anlayışlara zarar verip vermediğidir.⁴⁴⁵ Burada aktarılan örneklerin çoğu, dilbilim ile ilişkili ya da açıkça görüldüğü şekliyle işlevleri ve getirdikleri yararlar yahut sakıncalarıyla şekillenmiş kurgu tanımlarıdır. Ancak yalnızca onların kullanımına odaklanmayarak, hukukun doğasını ve yasal muhakemeyi anlama amacıyla kurguların teorisini de kavramak gerekmektedir. Öyleyse hukuki kurgular her ne kadar pratik gereklilik sonucu ortaya çıkmış olsa da hukuk teorisinin gelişimine hizmet etmektedir diyebiliriz.

C) Hukuk Teorisi Kuran ve Hukuk Eleştirisinde Bulunan Kurgu Örneğı Olarak: Toplum Sözleşmeleri

Varsayımsal çerçevede oluşturulan ancak sonrasında pek çok hukuki belgeye kaynaklık eden toplum sözleşmeleri de kurgunun kullanımına örnek teşkil ederler. Toplumsal sözleşme kuramları insan doğası, toplum ve devlet ilişkisi, iktidar, eşitlik, özgürlük, haklar, yükümlülükler gibi birçok temel konu üzerinde düşünmemizi sağlarlar. Böylece insanın eylemleri ve bunların altında yatabilecek sebepler toplumsal çerçeve içerisinde incelenebilir; bununla ilgili tarihsel çıkarımlar yapılarak hukuk, siyaset ve sosyoloji bilimleri için yol gösterici bulgular elde edilebilir. Toplum

⁴⁴³ A.e., s.143.

⁴⁴⁴ M/S Tank Steel and Re-Rolling Mills (PVT) Ltd V. Dera Ismail Khan & other, PLD 1996 Supreme Court 77 at s. 85; akt. Qaiser Javed Mian, “Legal Fiction”, çevrimiçi, http://pja.gov.pk/system/files/Legal_Fiction_3.pdf , 17.09.2019.

⁴⁴⁵ Lind, A.g.e., s.84.

sözleşmesi kuramları varsayımlardan yola çıkılan ve kurgu niteliğine sahip eserler olsalar da, hem toplumun hem devletin oluşum sürecini açıklamada çok önemli birer kaynak olmuşlardır. Bu kuramları ayrıntılı bir şekilde incelemek hem zaman hem de tezin içeriği bakımından mümkün olmadığı için Jean Jacques Rousseau, Thomas Hobbes ve John Locke'un görüşleri değerlendirilecektir.

Hobbes (1588- 1699), toplumsallaşma ve devletle ilgili açıklamalar yapmadan önce kuramında insan doğasına ilişkin düşüncelerini belirterek başlar. Ona göre insanlar doğuştan eşittir ancak bu eşitliğin ve üstünlük mücadelesinin bir sonucu olarak güvensiz bir ortam ortaya çıkmaktadır.⁴⁴⁶ Hobbes güvensizlik durumunun daha iyi anlaşılabilmesi için “...İnsanlar evde oldukları zaman bile çekmecelerini kilitler...”⁴⁴⁷ gibi ayrıntılı kurgu ifadeleri kullanmıştır. Böylece toplum betimlemesiyle, kuramının temelinde bulunan doğa durumunu daha somut bir şekilde aktarmış olur. Ona göre toplumun ne anlama geldiğini ise yine doğa durumu tasvirlerinden çıkarmak mümkündür. Doğa durumundaki güvensizlik ve savaş hali sebebiyle insanlar ekonomik anlamda bir şey üretemezler, zira ürettiklerinin bir karşılığı yoktur, bilimsel ve sanatsal faaliyet de söz konusu değildir. Dolayısıyla bu ortamda “toplum” denilen kavramdan söz edilemeyeceğini belirterek aslında Hobbes, toplum için nelerin gerekli olduğunu da söylemektedir. Hobbes’un doğa durumu açıklamalarından hangi durumlarda adaletsizliğin ortaya çıkacağına dair de sonuçlar çıkarırız. Zira insanlar bu durumdayken hileye ve savaşa başvurduğunda haklardan, erdemden ve adaletten de bahsedilemeyecektir. Bu güvensiz ortamdaki tehditlerden kurtulmak için savaşılmaya başladıklarında devletin varlığı kaçınılmaz olur. İnsanlar barışı sağlama konusunda uzlaşıp doğa yasasını kabul ettiğinde, bunun yalnızca sözden ibaret olmaması için insanların bu eylemlerini ortak çıkara dayandırarak koruyacak olan genel bir güç gerekmektedir.⁴⁴⁸

Hobbes kuramında devletin ortaya çıkışını kurgulayarak buna ilişkin temellendirmesiyle eşitlik, haklar, insan doğası gibi konular üzerine düşünmemizi sağlamaktadır. Toplum sözleşmelerinde doğal hukuk anlayışının yansımalarını

⁴⁴⁶ Thomas Hobbes, **Leviathan**, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2018, s.99.

⁴⁴⁷ A.e., s.102.

⁴⁴⁸ A.e., s.99-201.

görürüz. Ayrıca insanlar arasındaki savaş durumu ve bunun sona ermesini anarşi ve mutlak monarşi yönetim biçimleriyle ilişkilendirerek siyaset felsefesinde temel niteliğine sahip olan düşünceler içerir. *Leviathan* kurgusuyla devletin insan eseri yapay bir oluşum olarak görüldüğü başka bir dönemin başladığına işaret eder.⁴⁴⁹ Barışı ve güvenliği sağlamak için insanlar kendi rızalarıyla devleti kurmuşlardır. Diğer bir önemli nokta devletin, insanlar arasında bir sözleşme ile ortaya çıktığının kabul edilmesidir.⁴⁵⁰ Hobbes kurguladığı siyasi iktidarı mutlak ve bölünemez niteliklerle donatılmış şekilde aktarır. Hukukun tek kaynağı olarak egemen gücün iradesini gösterir.⁴⁵¹ O dönem İngiltere’de egemenliğin kral, Lordlar ve Avam Kamarası arasındaki bölüşümünün iç savaşı meydana getirdiğine dair düşüncesi⁴⁵² Hobbes’un mutlak ve bölünmez güçte bir egemen kurgulamasına sebep olmuştur. Dolayısıyla kurgular içinde bulunan politik, ekonomik, toplumsal, kültürel durumun değerlendirilebileceği bir tartışma alanı yaratır.

Bir diğer sözleşme teorisyeni, siyasi liberalizmin kurucusu olarak bilinen John Locke (1632- 1704)’ın kurguladığı doğa durumunda ise eşitlik ve özgürlük vardır.⁴⁵³ Locke’un yaklaşımında da yine toplumsal gerçekliğin yerine varsayımsal bir insan yaşamı imgesi vardır.⁴⁵⁴ Barışçı ve özgürlükçü insanların bulunduğu bu doğa durumu, Locke’un insanın doğasına karşı düşüncelerinin Hobbes’dan daha olumlu olduğunu gösterir. Hiç kimse diğerinden daha fazla iktidar ve yetkiye sahip değildir. Döneminde yaşanan siyasi çalkantılar (özellikle de 1688 Devrimi) Locke’un eşitlik, özgürlük, mülkiyet, direnme hakkı gibi kavramlara odaklanmasına sebep olmuştur. İktidar ve devlet konularına da yine bu bağlamda yaklaşmıştır. İnsanlar doğa durumunda eşit olduğundan bir uyuşmazlık çıktığında çözümleyecek bir yargı mercii de yoktur. Dolayısıyla her insanın haklarına bir saldırı olduğunda saldırganı cezalandırma hakkı bulunmaktadır.⁴⁵⁵ Ancak insanların cezalandırma yetkisini kullanırken adaletli olamayabileceği, başkalarının özgürlüklerinin tehlikeye girebileceğini dolayısıyla bu

⁴⁴⁹ Ayferi Göze, **Siyasi Düşünceler ve Yönetimler**, İstanbul, Beta Yay., 1995, s.129.

⁴⁵⁰ **A.e.**, s.135.

⁴⁵¹ **A.e.**, s.137.

⁴⁵² Hobbes, **A.g.e.**, s.143.

⁴⁵³ John Locke, **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara, İmaj Yay., 2018, s.13.

⁴⁵⁴ Özcan, **A.g.e.**, s.28.

⁴⁵⁵ Locke, **“Yönetim Üzerine”**, s.18.

barış durumunun yerini savaş haline bırakacağını söyler.⁴⁵⁶ Locke’a göre insanların bir iktidara cezalandırma yetkilerini devretmesinin asıl amacı mülkiyetlerinin korunmasıdır.⁴⁵⁷ Locke’un varsayımında siyasal bir toplumun oluşması suçluları cezalandırma nedeniyle açıklanmıştır.⁴⁵⁸ Böylece iktidarın yetkileri ve görevleri konusuna farklı bir bakış açısı getirmiş ve tarihte birçok önemli olaya kaynaklık teşkil edecek görüşler ortaya sürmüştür. Ayrıca mülkiyet konusuna verdiği önem, mülkiyet sahibi olmanın bir sözleşmeyle korunarak meşrulaştırılması fikri liberal düşüncenin temellerini oluşturmuştur.

Locke siyasal topluma geçişi insanların “rızası” ile açıklayarak iktidarın meşruluğunu ve yasalara uymayı halkın rızasına dayandırmıştır.⁴⁵⁹ Zira Locke’a göre insanlar doğa durumunda özgür ve eşit bir şekilde varlıklarını sürdürmekteydi. Doğa durumunda aklın emirleri olan doğal hukuk hâkimdir. Ve buna göre herkes birbirinin özgürlüklerine, hayatına ve malına saygılı olmalıdır. Ancak bu dönemde yine de sorunlar yaşanmaktadır. Kişilerin malına, canına saldırılar olduğunda, kişilerinin kendi mal ve canlarını koruması ve saldırganları cezalandırması doğal hukukun bir gereğidir.⁴⁶⁰ Ancak herkesin kendi davasının yargıcı olması çeşitli sakıncalara yol açmaktadır. Böylece yine insanlar kendilerinin üstünde, ceza verme yetkisine sahip iktidarın kurulacağı siyasal toplum haline aralarında yapacakları bir anlaşmayla geçerler.⁴⁶¹

Locke kurguladığı sistemde güven konusunun da önemine değinmiştir. İktidara verilen yetkilerin bu güvene uygun olarak kullanılması gerektiğini, bu güvene aykırı hareket ederlerse iktidarın doğal olarak yeni kişilerin ellerine geçeceğini belirtir.⁴⁶² Böylece iktidar meşruluğunu kaybedebilecektir. Burada iktidarın sınırsız bir iktidar olarak kurgulanmamasına dikkat çekilebilir. İktidarın gücü, insanların bu siyasal toplumu oluştururken zaten sahip oldukları hak ve yetkilerle sınırlıdır.⁴⁶³ Locke

⁴⁵⁶ A.e., s.21.

⁴⁵⁷ A.e., s.132.

⁴⁵⁸ Özcan, A.g.e., s.29.

⁴⁵⁹ Locke, “Yönetim Üzerine”, s.105.

⁴⁶⁰ Göze, A.g.e., s.151.

⁴⁶¹ A.e., s.152.

⁴⁶² Locke, A.g.e., s.159.

⁴⁶³ Göze, A.g.e., s.156.

yönetim biçimlerini açıklayarak en iyi yönetim şeklinin insanların çoğunluğunun iktidar kabul ettiği yasama yetkisine sahip kişinin yönetimi olduğunu söyler.⁴⁶⁴ Böylece mutlak monarşi anlayışına karşı çıkmaktadır. Daha sonra iyi yönetimlerin nasıl kötü yönetim biçimine dönüştüğünü anlatarak yönetimde yapılabilecek yanlışlar üzerine düşünmemizi sağlar. Örneğin yönetici halkın menfaati için değil kendi şahsi menfaatleri için yasalar çıkarırsa, asıl görevi olan mülkiyetin ve kamu güvenliğinin korunmasını ihmal ederse, kuralsızlıklara başvurursa artık o yönetim tiranlığa dönmektedir.⁴⁶⁵ Locke ayrıca bu gibi durumlarda iktidara direnilebilir mi konusunu sorgulamıştır. Bunun sonucunda haksız güç kullanan kişi kim olduğundan bağımsız olarak, insanları bir savaş haline soktuğu için tüm hakların sona erdiği ve herkesin saldırganlara karşı savunma ve direnme hakkı olduğu çıkarımını yapar.⁴⁶⁶ Egemenliğin kendisine devredilme amacına aykırı davranan iktidar ister tek kişinin ister bir grubun elinde olsun artık zorbalanmış demektir ve bu durumda iktidara karşı ayaklanmak toplumun hakkıdır.⁴⁶⁷ İktidara direnme konusunda belirttiği bu görüş de sonraki tarihsel olaylar açısından etkiler bırakmıştır. Tüm bu düşüncülerin devletin, iktidarın ve siyasal toplumun oluşumunu açıklarken yola çıktıkları doğa durumu ve toplum sözleşmesinin kendisi birer kurgudur. Akıl yürütme yöntemlerinin ve görüşlerinin farklılığı, teorilerinin anlamlandırılmasına ve tartışılmasına olanak verir.

Aydınlanma Dönemi'nin bir diğer önemli filozofu J.J. Rousseau'nun (1712- 1778) kurgulamış olduğu doğal durumda ise ilk insanlar savaşı ya da dostluğu bilmiyordu, ötekilerle beraber değildi, tek başına ve mutluydu.⁴⁶⁸ Ona göre insan toplum bir varlık değildi, Rousseau konuşmayı dahi bilmeyen ve ormanlarda dolaşan bir insan modeli kurgulamıştı. Rousseau'nun doğa durumunda toplumsallık olmadığı için ahlak kuralları, iyilik, kötülük, çıkarlar, savaş gibi kavramlardan da söz etmek mümkün değildir. Akıl konusunda Rousseau dönemin diğer düşünürlerinden farklı bir görüş sunmaktadır. Ona göre akli kabiliyetlerin gelişmesi insanı eşitsizliğe ve köleliğe

⁴⁶⁴ Locke, **A.g.e.**, s.137.

⁴⁶⁵ **A.e.**, s.211.

⁴⁶⁶ **A.e.**, s. 239.

⁴⁶⁷ İlhan Akın, **Kamu Hukuku**, İstanbul, Beta Yay., 1993, s.138.

⁴⁶⁸ Jean Jacques Rousseau, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, Çev. Rasih Nuri İleri, İstanbul, Say Yay., 2018, s.118.

götürür.⁴⁶⁹ İnsanlar çoğalıp birbirleriyle iletişim haline geçtikten sonra artık “*bir toprak parçasını çitle çevirip bu bana aittir*”⁴⁷⁰ derler, böylece mülkiyet kavramı ortaya çıkar. Artık ihtiyaçlarını karşılayamayan insanlar zenginlerin kurduğu bu sistemi kabul etmek zorunda kalmışlardır.⁴⁷¹ Bu politik eşitsizlik ve karmaşadan sonra insanın özgürlüğüne tekrar kavuşması için meşruluğunu halktan alan bir birliğe ihtiyaç vardır; insanlar haklarını toplumun birliğinden oluşan toplumsal bir iradeye bırakırlar.⁴⁷² İnsanlar ortak iyiyi arzulayan bu genel iradeyi birlikte inşa ederler.⁴⁷³ Genel iradenin taşıdığı bu egemen güç başkasına devredilemez ve bölünemez.⁴⁷⁴ Dolayısıyla güçler ayrılığı ilkesiyle yasama, yürütme, yargı kurumlarının ayrılması genel iraden kavramının ruhuna aykırı olacaktır.⁴⁷⁵ Bu çıkarımın yanı sıra genel irade kavramının da başlı başına kurgusal bir kavram olduğunu da söylemek gerekir. Burada Rousseau’nun bahsettiği “genel irade” aslında her kişinin özel iradesiyle oluşur ama özel iradelerin toplamından farklı bir şeydir ve her zaman iyiyi, doğruyu gösterir.⁴⁷⁶ Yine bu bağlamda Rousseau’nun tek kişinin mutlak iktidarı yerine genel irade kavramıyla toplumun iktidarını koymuş olması da önemlidir.⁴⁷⁷ Şunu da belirtmek gerekir ki yukarıda gördüğümüz düşünürlerin devletin temelini açıklamak için oluşturdukları doğa durumu ve toplum sözleşmesi kurguları aynı zamanda nasıl bir devlet öngördüklerine de işaret eder. Bu kurgularda aynı zamanda insan doğasına dair ileri sürmüş oldukları düşünceler, aynı şekilde devletin liberal mi yoksa otoriter mi olacağı konusuna ışık tutar.

Toplum sözleşmesi kurgularından devletin ortaya çıkışına, toplumsallığa, iktidar ve yönetim biçimlerine, insan doğasına dair pek çok sonuç çıkarılabilir. Öncelikle bu eserler yazıldıkları dönemde içinde bulundukları durumları eleştirme aracı niteliğindedirler. İyiyi, doğruyu, adil olanı, özgürlüğü aramanın birer göstergesidirler.

⁴⁶⁹ A.e., s.102-104.

⁴⁷⁰ A.e., s.133.

⁴⁷¹ A.e., s.149.

⁴⁷² J.J. Rousseau, **Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri**, Çev. İsmail Yerguz, İstanbul, Say Yay., 2018, s.157.

⁴⁷³ A.e., s.87.

⁴⁷⁴ A.e., s.79,80.

⁴⁷⁵ A.e., s.80,81.

⁴⁷⁶ Akın, A.g.e., s.162.

⁴⁷⁷ A.e., s.164.

Alternatif yönetim biçimlerini göstererek onların olumlu ve olumsuz yanlarını aydınlatmayı sağlarlar. Toplum sözleşmelerindeki kurgusal teoriler birey, devlet, iktidar ilişkisini anlamamıza yardımcı olur. İnsan doğası hakkında da fikirler içererek insanı ve insan eylemlerini açıklamada etkili olurlar. Özellikle doğal haklara yaptıkları vurguyla dönemin devrimlerini meşrulaştırmak için kullanılmış, onlara ilham olmuşlardır.⁴⁷⁸ Özellikle John Locke'un mülkiyet kavramına yüklediği önem ve siyasi toplumun kurulmasını mülkiyetin korunmasıyla ilişkilendirdiği teorisi ileride oluşacak olan liberal hukuk kuramı için temel teşkil eder. Zira liberal hukuk düzeni, özel mülkiyet ve kişisel özgürlüğe dayanan ve devletin bu liberal düzenin ve güvenlik anlayışının silahlı bekçisi olduğunu belirten örgütlenme türüdür.⁴⁷⁹ Locke, toplumsal yapıdaki gelişmeleri yorumlarken o dönem yeni orta sınıf olan burjuvazinin çıkarlarını göz önünde tutmaktadır.⁴⁸⁰ Locke'un görüşleri 1789 Bildirisine damgasını vurmuş, Bildiri'nin bazı maddelerinde tıpkı Locke'un teorisinde belirttiği gibi mülkiyetin dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğu, siyasi birliğin amacının bu hakları korumak olduğu belirtilmiştir.⁴⁸¹ Dolayısıyla düşünürlerin kurgusal teorileri hukuk kuramlarının oluşmasında etkili olarak hukukun gelişimine katkı sağlamıştır diyebiliriz.

D) Hukukta Eleştirel Kurgu Örnekleri Olarak: Ütopyalar

Ütopyalar, mevcut durumun değerlendirilmesi, düzeltilecek yanlarının belirlenmesi ve gelecekte tasarlanan sistemin bu değerlendirmeye göre oluşturulmasında izlenecek yola ışık tutması gibi nedenlerle tarih boyunca düşünürlerin başvurduğu bir kurgu örneği olmuşlardır. Hukukta anlatı, edebiyat-hukuk ilişkisi gibi konuları ele alan çalışmalar da kurgunun, yaratıcı ütopya oluşturmada bilinci teşvik ettiğini göstermektedir.⁴⁸² Bu bölümde bilinen tüm ütopyaları incelemekten ziyade öne çıkan belirli bazı ütopyalar üzerinde durmaya

⁴⁷⁸ Wacks, **A.g.e.**, s.46.

⁴⁷⁹ Berke Özenç, "Hukuk Devletin Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki işlevi", (**Doktora Tezi**, İstanbul Üniversitesi, 2012), s.142.

⁴⁸⁰ Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul, D&R Yay., 2019, s.133.

⁴⁸¹ **A.e.**, s.141.

⁴⁸² Cemal Bali Akal, "Edebiyat ve Hukuk Dersini Kim İcat Etti?", **Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhaflıklar**, ed. Cemal Bali Akal, Yalçın Tosun, Ankara, Dost Kitabevi, 2016, s.20.

çalıştık. Ütopyaların içerisinde barındırdığı kurgu öğelerinin ne tür anlamlar içerdiği ve bunların hukukun gelişimine katkı sağlayacak şekilde nasıl yorumlanabileceği konusunu temel aldık.

Ütopya kavramı genellikle adaletin en uygun biçimde sağlandığı bir yer tasavvuru, bir planlama olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁸³ Geçmişten bu yana adaleti sağlamak ve hukuk düzeninin olabilecek en iyi halini oluşturabilmek için çeşitli ütopyalar kurgulanmıştır.

Ütopya sözcüğü köken itibariyle Yunanca ‘yok/olmayan’ anlamına gelen *ou*, ‘mükemmel olan’ anlamındaki *eu* ve ‘yer/ülke/toprak’ anlamındaki *topos* sözcüklerinin bir araya gelmesinden türemiştir.⁴⁸⁴ Webster sözlükte ise ütopya, ‘Özellikle toplumsal meselelerde, yönetimde ve hukukta olması gereken mükemmelliğe erişmiş yer’ olarak tanımlanmıştır.⁴⁸⁵ Ütopyalar, toplumsal ifade eden kurgular olduğu için edebiyat alanının yanında siyaset, hukuk, sosyoloji gibi farklı disiplinlerin de ilgi alanına girmiştir. Toplumların içinde bulunduğu mevcut durum göz önünde bulundurularak değiştirilmesi gereken yönlerinin değerlendirildiği ve bu değişimler sonucunda yeni bir toplum düzeninin kurgulandığı ütopyalar, toplumun sorunlarına çözüm üretme amacı taşır. Tanımlarından da anlaşılacağı üzere hukukun gelişmesinde yol gösterici nitelikte olan kurgu örnekleridir.

Thomas More'un 1516'da yazdığı *Ütopya* (Utopia) isimli eserinden sonra daha da yaygınlaşmaya başlayan ütopyalar, var olan siyasi, hukuki, sosyolojik düzeni aşar ve yenisinin kurulmasını amaçlar.⁴⁸⁶ Dolayısıyla ütopyaların kurgulanmasında hem kültürel hem de zihinsel bir süreç söz konusudur. Ütopyalar yeni bir düzen kurmayı hedeflemekte olup kimi zaman da toplum düzeninin ve toplumsal kuralların yeniden kurgulanmasıyla mevcut düzene karşı eleştiriler de ortaya çıkar. Bu eleştirilerin değerlendirilmesi, eksik yahut yanlışlıkların giderilmesi ile de hukuk sistemi hem düşünsel hem pratik anlamda gelişebilmektedir.

⁴⁸³ Emil Michel Cioran, **Tarih ve Ütopya**, çev. Haldun Bayrı, İstanbul, Metis Yay., 2017, s.81.

⁴⁸⁴ Çevrimiçi, <https://www.nisanyansozluk.com/?k=%C3%BCtopya> , 05.03.2020.

⁴⁸⁵ Çevrimiçi, <http://wordcentral.com/cgi-bin/student?utopia> , 05.03.2020.

⁴⁸⁶ Karl Mannheim, **İdeoloji ve Ütopya**, çev. Mehmet Okyayuz, Ankara, Epos Yay., 2002, S.216,217.

İdeal bir düzen arayışının sonucu olan ütopyalar, her ne kadar olmayan bir yer olarak algılansa da esasında ideal olanı anlattığı için birer yol göstericidirler. Karl Mannheim'ın da belirttiği gibi ütopyacılık, insanın alternatif bir gelecek hayal etme kabiliyetidir.⁴⁸⁷

Ütopyalar bize hukuki, siyasi, sosyolojik, ekonomik vb. alanlarda daha iyiye ulaşmak adına-farklı perspektifler sunmaktadır. Eşitliğin ve adaletin en doğru biçimde nasıl sağlanacağı üzerine bir muhakemeye teşvik etmektedir. Dolayısıyla ütopyik düşünceler ve kurgular zihinlerimizi yeni olasılıklara açmakta, mevcut düzen ile olması istenilen düzen arasındaki farklılaşmayı anlamamıza yardımcı olmaktadır. Bunları kurgusal boyutta bir siyasi, ekonomik yahut toplumsal eleştiri yardımıyla yapabiliriz.

Ütopyaların ilk örneklerine Antik Yunan'da rastlarız. Platon'un *Devlet* isimli eserinde açıkça görüleceği üzere bu dönemdeki ütopyalarda sıkı bir toplumsal denetim söz konusudur. Platon bu eserinde yalnızca yöneticilere ve yönetilenlere ilişkin koşullar kurgulamakla kalmamış; çocukların nasıl eğitileceği, evliliklerin nasıl yapılacağı gibi ailesel durumlar için de kurallar oluşturmuştur.⁴⁸⁸ Toplumu kendi içinde çalışanlar, savaşçılar ve yöneticiler olarak sınıflandırdığı bu eserinde Platon, bu sınıfların alması gereken eğitimden ve mülkiyet hakları ile ilişkilerinden de bahseder.⁴⁸⁹ Ayrıca yönetim biçimlerinden de bahsetmekte, tek kişinin kötü yönetimi olarak belirttiği despotizmden (tiranlık) kurtuluşun yolu olarak aristokrasiyi önermektedir.⁴⁹⁰ Platon'un bu ideal devlet kurgusundan pek çok siyasi, sosyolojik ve hukuki çıkarım yapmak mümkündür. Bu çıkarımlar kimi zaman hukuki yaşamda yansımalarını gösterir. (Gerçekten de Orta Çağ'da Alman şövalyelerinin (*Ritterorden*) bir dönem mal mülk sahibi olma hakkı yoktu.⁴⁹¹) Kurguların, hukukun gelişiminde yeni fikirlerin değerlendirilmesini sağladığı gerçeği ütopyalarda gözlemlenebilir. Bu, kimi zaman yapılması gerekenler hakkında bilgi vermek şeklinde olabileceği gibi kimi

⁴⁸⁷ Tom Burden, **Modern Toplumsal Düşünce Sözlüğü**, ed. William Outhwaite, çev. Melih Pekdemir, İstanbul, İletişim yay., 2008, s.844, 845.

⁴⁸⁸ Platon, **Devlet**, Çev. Cenk Saraçoğlu, Veysel Atayman, İstanbul, 2005, s.130 vd.

⁴⁸⁹ Akad, Dinçkol, Bulut, **A.g.e.**, s.17-20.

⁴⁹⁰ Platon, **Devlet**, s.123.

⁴⁹¹ Platon, **Devlet**, Önsöz, s.29.

zaman da yapılmaması gerekenler hakkında fikirler oluşturmak suretiyle yaşanır. Örneğin Alman Nasyonal Sosyalistleri (Nazi Partisi), sıklıkla Platon'un her şeyi düzenleyen devletine atıf yapmışlardır.⁴⁹²

Orta Çağ'da ise Antik Yunan ütopyalarından farklı olarak, hâkim olan dinsel otoritelerden dolayı ütopyalarda dinsel bir yapı bulunur. Bu dönemde, Otuz Yıl Savaşları'nın ilk yıllarında yazılan Alman yazar ilahiyatçı Johann Valentine Andreae'nin (1586-1654) *Christianopolis* ütopyası buna örnek olarak gösterilebilir. Andreae'ya göre döneminin sosyal sorunu, toplumsal erdemin aşınmasıdır ve bunu sekülerleşmiş Hristiyan idealizmiyle oluşturduğu siyasi düşünüşle ifade eder.⁴⁹³ Germen coğrafyasında savaşın da etkileriyle tarımın ticarileşmesinin yarattığı gerilimlerin yanında Hristiyan kilisesinin Reform hareketleri de coğrafyanın bütünlüğünün bozulma nedenlerinden biridir. Bir ada özelliği taşıyan *Christianopolis*, aristokratik yönetim şekliyle yönetilen, dinsel değerlerin zeminini oluşturduğu, mülkiyetin kamusal içeriğe sahip olmakla beraber yöneticinin denetimi altında olduğu bir ütopyadır.⁴⁹⁴ Bu ütopyada toplumsal problem olarak özgürlüğün yanında savaş sonrası coğrafyada meydana gelen bozulma ve dinsel değerler de ele alınmış, buna göre ideal bir adalet düzeni kurgulanmıştır.

Ütopyaların yazıldıkları dönemin toplumsal ihtiyaçlarına göre şekillendiğini belirtmiştik. Dolayısıyla Orta Çağ'da kilisenin baskısına tepki niteliğinde kurgular da üretilmiştir. Thomas More'un *Ütopya*'sı, Tommaso Campanella'nın *Güneş Ülkesi*, Sir Francis Bacon'ın *Yeni Atlantis*'i gibi eserler buna örnek gösterilebilir. Bu Rönenans Dönemi Ütopyacıları önceki yüzyıllardaki gibi ideal devlet fikriyle beraber ayrıca bireysel konulara da değinmişlerdir. Örneğin Campanella giyim ve cinsellik konuları dâhil olmak üzere çok katı düzenlemeler kurgulamıştır. Ona göre kadın ve çocukları da içerecek şekilde bir mülkiyet ortaklığı söz konusudur.⁴⁹⁵ More ise *Ütopya* eserinde,

⁴⁹² A.e., s.31.

⁴⁹³ Hıdır Eligüzel, "Özgürlük Kapanı: Johann Valentine Andreae ve Christianopolis Ütopyası", **Poedat Konferansı**, 2015, b.a., Çevrimiçi: https://www.academia.edu/19452787/%C3%96zg%C3%BCr%C3%BCK_Kapan%C4%B1_Johann_Valentine_Andreae_ve_Christianopolis_%C3%9Ctpyas%C4%B1 , 28.10.2020.

⁴⁹⁴ A.y.

⁴⁹⁵ Tommaso Campanella, **Güneş Ülkesi**, Çev. Vedat Günyol, Haydar Kazgan, İstanbul, Sosyal Yayınları, 1996, s.42.

yaşadığı dönemin (16.yüzyıl) İngiltere'sindeki fiyat dalgalanmaları, ekonomik yokluk gibi konuları engellemeye yönelik olarak yöneticilerin ekonomiyi halkın ihtiyaçlarına göre düzenlediği bir sistem kurgulamaktadır.⁴⁹⁶ Buna göre insanlar çalışıp üretirken devlet de daha çok istihdam alanı sağlayacaktır. Antik Yunan ütopyalarında sınıf ayrımı söz konusuysa More'un ütopyasında sınıf ayrımı yoktur. Buradan zaman ilerledikçe, toplum sistemleri geliştikçe düşünce yapısının da geliştiği; kurguların da buna göre oluşturulduğu sonucu çıkarılabilir.

Yine 16. yüzyılda sadece soylular için olan eğitim anlayışının ilerleyen dönemde eleştirilmesi de aynı sebebe dayanır. Aynı şekilde 18. yüzyılın sonlarına doğru öç almaya dayalı cezalar yerine suçluların topluma kazandırılmasını öngören bir ceza sistemi kurgulamaları da buna örnek olarak verilebilir. Bu süreçte kişinin bedenine azap çekirtme amacıyla uygulanan cezalandırmalardan gizlilik esasına dayanan hapisane sistemine geçilmiştir.⁴⁹⁷ II. Dünya Savaşı sonrasında ise artık kişilerin topluma kazandırılması yönelik anlayışlar benimsenmeye başlanmıştır.⁴⁹⁸

Rönesans dönemi ütopyaları olmaları sebebiyle bilgiye ve hümanizme verilen önemin arttığı bu şekilde açıkça görülebilir. Bacon da eserinde açıkça, kurguladığı ütopyanın kuruluş amacının doğadaki şeylerin nedenleri, devinimleri ve içerdiği anlamları hakkında bilgi sahibi olmak olduğunu belirtmiştir.⁴⁹⁹ Bu dönemde kurgulanan ütopyalar, 18. yüzyılda Marquis de Condorcet, Jean-Jacques Rousseau gibi düşünörlere ilham vererek tarihi değıştirmek için ortaya çıkmasını sağlamıştır.⁵⁰⁰

Bu dönem ütopyalarında izlerine rastlanan, zengin azınlığın çıkarlarını gözetmek suretiyle ortak iyiyi tehdit ederek toplumsal adaleti zedeleyen mevcut hukuk sistemi eleştirileri ilerleyen yüzyıllarda da varlığını sürdürmüştür. Kurgulanan ütopyalar bu

⁴⁹⁶ Thomas More, **Ütopya**, Çev. Sabahattin Eyüboğlu, Vedat Günyol, Mîna Urgan, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yay., 2006, s.135 vd.

⁴⁹⁷ Michel Foucault, **Hapishanenin Doğuşu**, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, İmge Kitabevi, 1992, s.9.

⁴⁹⁸ Timur Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, 6.Bası, Ankara, Seçkin Yay., 2019, s.174.

⁴⁹⁹ Francis Bacon, **Yeni Atlantis**, Çev.Çiğdem Dürüşken, İstanbul, Kabalcı Yay., 2011, s.111.

⁵⁰⁰ Çevrimiçi, <http://www.bl.uk/learning/histcitizen/21cc/utopia/revolution1/revolution2.html> , 06.03.2020.

eleştiriler üzerinden nasıl daha adil ve iyi bir düzen elde edilebileceğini sorgulamaya hizmet etmişlerdir. Örneğin More, bu sorgulamanın sonucunda adaletsizliğin sebebi olarak özel mülkiyeti belirlemiş⁵⁰¹, buna dair fikirleriyle çağdaşlarını etkilemekle kalmayıp ileriki dönemlerde de adil bir toplum kurgusu nasıl olmalı sorusunun düşünülmesine sebep olmuştur.

1950 yıllarında John Rawls da daha sonra *Bir Adalet Teorisi* (A Theory of Justice) kitabına dönüşecek olan makaleleri yayınlamıştır. Rawls, teorisini Locke, Rousseau ve Hobbes gibi kurgusal bir toplum sözleşmesi etrafında şekillendirmiştir. Adil ve istikrarlı bir toplum nasıl olabilir diye soran Rawls adaleti “toplumsal kurumların ilk erdemi” olarak görür. Toplumdaki siyasi ve ekonomik eşitsizlikleri azaltmak için kurumların nasıl düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymaya çalışır.⁵⁰²

Rawls, yaratmış olduğu bu ütöpik kuramla refah devletini ve dağıtıcı adaleti savunmaktadır.⁵⁰³ Bu adalet anlayışının uygulanması için öncelikle adalet ilkelerinin neler olduğu belirlenmelidir. Bu süreç aslında toplumsal sözleşmeyi gerçekleştirme sürecidir ve ilk olarak insanlar toplumda kurumların uygulayacağı adalet ilkelerine karar vermek üzere toplanırlar.⁵⁰⁴ Rawls’un toplum sözleşmesi de diğer birçok toplum sözleşmecisi yaklaşım gibi doğa durumuna benzer bir “kurgu” içerir. Rawls’un kurguladığı başlangıç durumunda özel koşulların olumsuz etkisini kaldırmak amacıyla oluşturulmuş bilgisizlik peçesi denilen bir varsayım bulunmaktadır. Buna göre kişiler sınıfını, zekasını, gücünü, sosyal koşullarla ilgili değişik seçeneklerin kendi durumlarını ne şekilde etkileyeceklerini bilmemektedir.⁵⁰⁵ Böylece herkesin tarafsız olması sağlanmış olacaktır. Kimse kendinin neyi sevdiğini, çıkarının ne olduğunu, hangi sınıftan olduğunu, cinsiyetini, zengin mi, fakir mi olduğunu vb. bilemeyecektir. Bu koşullar altında belirlenen ilkelerin adaletsiz olduğu ileri sürülemeyecektir.

⁵⁰¹ More, **A.g.e.**, s.12.

⁵⁰² Rabia Sağlam, “Liberal Adaletin İki Farklı Görünümü: John Rawls ve Robert Nozick “Hakkaniyet Olarak Adalet” Eleştirisinden “Yetkisel Adalet” Eleştirisine”, **EÜHFD**, C. XI, S. 1–2, 2007, s.182.

⁵⁰³ Ülker Yükselbaba, **Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları: Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve Nozick**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2016, s.69.

⁵⁰⁴ **A.e.**, s.75,76.

⁵⁰⁵ John Rawls, **Bir Adalet Teorisi**, Çev. Vedat Ahsen Coşar, Ankara, Phoenix Yay., 2017, s.163-168.

Yüzleri bilgisizlik peçesiyle örtülü olan insanlar iki adalet ilkesi seçerler:

- 1- ‘Herkesin temel haklar ve özgürlüklere sahip olmak konusunda eşit hakkı bulunmaktadır.’
- 2- ‘Toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler ise şu şekilde düzenlenmelidir: (a) Eşitsizlikler herkese adil bir fırsat eşitliği altında açık olan konumlara ve makamlara bağlanmalıdır. (b) Eşitsizlikler toplumun en dezavantajlı üyelerinin en çok yararına olacak şekilde olmalıdır.’⁵⁰⁶

Rawls’un bu kurgusunun rasyonel olmadığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır. Fakat zaten toplumdaki değerlerin adil dağıtımı, kaynakların değerlendirilmesi vb. konularda yol gösterici niteliktedir. Ayrıca bilgisizlik peçesi kurgusu, aynı zamanda toplumla ilgili görüşler de içerdiğinden hukuk ve siyasetten başka sosyolojik anlamda da bir düşünce alanı sunmaktadır. Rawls, toplumun tüm kurumlarına yön verebilecek temel adalet ilkelerini bulmayı amaçlamaktadır.⁵⁰⁷ Bu süreçte bizi iyiye ve adile ilişkin sorgulamalar yapmaya iterek hukukun gelişimine etki edecek pek çok konuda bir düşünme etkinliği sunar. Oluşturmuş olduğu adalet çerçevesinde insanların ve kurumların buna uygun hareket etmesiyle arzu edilen, ideal toplumsal birliğin oluşacağını belirtmektedir.⁵⁰⁸ Böylece bilinçli bir siyasal toplumun nasıl oluşacağı, bunun hak ve özgürlüklerin korunmasına etkisi hakkında da fikir üretmemizi sağlamaktadır. Toplumsal etkileşim, ortak iyiye ve ortak amaçlara nasıl ulaşılabileceğine dair de sonuçlar çıkarmak mümkündür. Örneğin bilgisizlik peçesi kurgusu toplumdaki eşitsizliklerin nasıl giderilebileceğine ilişkin bir bakış açısı sunmaktadır.

Dworkin de aynı şekilde adalet kuramını kurgusal bir örnekle açıklamaktadır. Buna örnekte bir deniz kazasından kurtulanlar ıssız bir adaya çıkarlar. Kurtulmalarına kadar olan süre için bol miktarda doğal kaynağın olduğu bu adada kazazedeler bir kural belirleyerek bunu kabul ederler. Dworkin, bütün kaynakların satışa çıkarıldığı

⁵⁰⁶ John Rawls, **Bir Adalet Teorisi**, Çev. Vedat Ahsen Coşar, Ankara, Phoenix Yay., 2017, s.89-90.

⁵⁰⁷ Rawls, **A.g.e.**, s.71.

⁵⁰⁸ **A.e.**, s.236.

bir “açık artırma” (*auction*) kurgulamaktadır.⁵⁰⁹ Bu kurala göre adadaki herhangi bir kaynağa önce gelen sahip değildir; kaynaklar eşit olarak bölüşülecek, kaynakların bölüşümünde bir değerlendirme aracı olarak “haset testi”ni (*envy test*) kabul edeceklerdir. Bu teste göre kişilerden biri başkasının elindeki kaynaklardan birine haset ediyorsa bu, kaynakların eşit bölüşümünün sağlanmadığı anlamına gelecektir.⁵¹⁰ Dağıtımı yapmak üzere ada kurgusunda bir kişi, dağıtıcı seçilir. Daha sonra müzayedeyi yapan kişi, listelenmiş mallar için fiyat belirler. Herkesin alım gücü eşittir. Bu açık artırma işlemi bittiğinde eğer herkes elindekilerden memnun ise ve diğer kişinin elindekilere haset ile bakmıyorsa açık artırma amacına ulaşmış olur. Bu şartlar sağlanmamışsa açık artırma tekrar yapılır.⁵¹¹

Dworkin adil bir şekilde yapılan bu dağılımı, bilgi sahibi insanların bireysel tercihleriyle yaptıklarını belirtir. Burada da yine ütopyalarda görülen varsayımsal bir çıkarım söz konusudur. Bireylerin kendi tercihleri sonucu ortaya çıkan eşitsizlikleri kabul ettiği ancak tercihe bağlı olmayan sebeplerle ortaya çıkan eşitsizlikleri reddettiği bir düzen kurgular.⁵¹² Dworkin’in sunmuş olduğu kaynakların eşitliğinin esas alındığı kurgu, yine eşitlik ideali hakkında düşünmemizi sağlar. Dworkin’in eşit açık artırma karakterine benzer bir şekilde ekonomik veya politik kurumlar alanında bir açık artırma kurgusunun yapılıp yapılmayacağı, yapılabilirse bunun daha adil olup olmayacağı gibi sorular ortaya çıkmaktadır.⁵¹³ Ancak zaten kurguların amacı bu tür tartışmaların ortaya çıkmasını sağlayarak farklı fikirler üretilmesine destek olmaktır.

Dworkin başlangıç kaynaklarının eşitliğinin yanında ayrıca kişi ve kişilik halleri olarak belirttiği durumların da hesaba katılması gerektiğini düşünür. Buna göre kişilerin seçimlerin sonucundaki sorumluluklar ile kontrolleri dışında oluşan durumlardaki sorumlulukları belirlenecektir.⁵¹⁴ Bununla da yetinmez; seçimlerle ilgili ayrıca şans faktörü için de bir düzenleme düşünür. Buna göre kişinin kontrolü

⁵⁰⁹ Ülker Yükselbaba, “Çağdaş Dağıtıcı Adalet Kuramları: Rawls’a ve Dworkin’e Göre Dağıtıcı Adalet”, **Kamu Hukukçuları Platformu VII. Toplantı**, 2018, s.15.

⁵¹⁰ A.y.

⁵¹¹ Yükselbaba, “**Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları**”, s.160,161.

⁵¹² A.e., s.156-159.

⁵¹³ Yükselbaba, “Çağdaş Dağıtıcı Adalet Kuramları”, s.17.

⁵¹⁴ Yükselbaba, “**Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları**”, s.159.

dışındaki şans “kaba şans”; kişinin seçimlerinden sorumlu olduğu ancak sonuçların şansın ürünü olduğu şans ise “seçime dayalı şans” ‘tır. Bu ayrımı ise kaba şans sonucunda ortaya çıkan eşitsizliklerin haklılaştırılamayacağını belirtmek için yapar.⁵¹⁵ Böylece Dworkin kurguladığı düzende adaletin sağlanması yönünde ne kadar ileri gidilebileceği üzerine de bir düşünce deneyi sunar.

Görüldüğü üzere ütopyalar, zihinsel bir arayış niteliğine sahip, hukukun gelişebilmesi adına farklı muhakeme yöntemleri içeren hukukta kurgu örnekleridir. Ütopya kurguları, topluma çeşitli alanlarda daha iyi alternatifler sunmakta, farklı bakış açılarının göz önüne alınmasını sağlamaktadır. Kurgulanan hukuk düzenleriyle toplumlarda adaletin nasıl sağlanacağı hakkında fikir yürütmemize yardımcı olmaktadır. Kurgular, ütopya örnekleriyle hukuk sistemi için eleştirel nitelik göstererek Geçmişten günümüze çeşitli dönemlerde hukukun gelişimine katkıda bulunmuşlardır. Hukukta kurgu kullanımının hukuk teorileri geliştirilmesine ve pratiğe ne şekilde yansıtılabileceğine ilişkin değerlendirmeler yapılmasına yaptığı katkının iyi bir örneğidirler.

⁵¹⁵ A.e., s.167,168.

SONUÇ

Çalışmamızda *Common Law* geleneğinde hukuk kuralı veya ilkesine dönüşmüş olarak karşımıza çıkan, Kıta Avrupası geleneğinde ise daha ziyade sonuçlar bakımından bir gönderme, aslında mevcut olmayan bir olguyu mevcut sayma, eşit olmayan iki olguyu bunun bilincinde olarak eşitleme şeklinde kullanılan hukuki kurguları açıklamaya çalıştık. *Common Law* sisteminde geçmiş dönemlerde yeni uygulamalar hukuki kurgular aracılığıyla düzenlenmiş, kimi zaman mahkemelerde de kurgulara başvurularak içtihatlar oluşturulmuştur. Bizim de içinde bulunduğumuz Kıta Avrupası geleneğinde ise hukuki kurgularla mevcut olan belirli bir olgu için öngörölmüş olan bir kuralın, özdeş olduğu farz edilen (hayal edilen) başka bir olguya uygulanması sağlanır. Böylece kurgusal kurumlar eski, eskimiş kabulleri sorgulamayı sağlamaktadır. Her iki sistemdeki kullanımının açıklaması amacıyla öncelikle kurguların genel itibarıyla hukuktaki yerinin tartışılmasının uygun olacağı düşünölerek ilk bölümde bu konuyu inceledik.

Anlamlarından biri “bir bütün oluşturmak için parçaları takıp birleştirme” olan kurguların hukuktaki yansımaları izlendiğinde, hukukun pratik kısmının yanında teorilerin de hukukun bir parçası olduğu görölmekte ve bu teorilerin geliştirilmesinde “hayal etme” kavramı önemli bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Genellikle edebiyat, sinema gibi sanat dallarında kullanılmakta olan kurguların hukukta nasıl bir yer edindiğı sorusu ile başlanmış, hukuki kurgu tanımlarından bahsedilmiştir. İnsanın iyiye güzele ve doğruya ulaşma, bunları anlamlandırma çabası hayal etmeyi, kurgulamayı da içermektedir. Hukukta da başta iyiye ve adil olana ulaşmak olmak üzere pek çok amaç doğrultusunda kurgulara başvurulmuş, kurguların hukuktaki yerinin incelenmesi gerekliliğı doğmuştur.

Hukuki kurguların tanımlarına geçilmeden önce ilk bölümde gerçeklik, dil, düşünce gibi bazı temel kavramlardan bahsedilmiştir. Neticede kurgulanan düşünceler dil aracılığıyla aktararak içerdiği mesajların iletilmesi ve tartışılması sağlanmış olacaktır. Taşınan mesajın içerdiği anlamın iletilmesinin yanı sıra esas anlamın açığa çıkarılması ve açıklanması da dil aracılığıyla gerçekleştiğinden, dil kavramı yorum konusuyla da bağlantılıdır. Hukuki kurgular hukukta yorumun bir aracı olarak

kullanılabildikleri için bu bağlamda da dil ile ilişkilidirler. Yine yargıçlar tarafından kullanılan kurgular emsal niteliğinde sonraki davalardaki yargıçlarla bir iletişim sağlamaktadır. Ayrıca hukuki kurgular geçmişten günümüze kadar kullanılmış olmakla beraber hakkında pek fazla çalışma yapılmayan bir konu olduğu için, hukuki kurguların tanımı ve örneklerinin anlaşılmasındaki anlam sorunu da yine hukuk ve dil ilişkisinin bir problemidir.

Hukuki kurgular kimi zaman simgesel, metaforik bir dile sahip olabileceğinden hukuk dili konusu ayrıca incelenmiştir. Hukuk dilinin gerçeklikle ilişkisinin kavranmasıyla, kurgularla ilişkisi hakkında da fikir edinilebilir. Bu ilişki de açıklandığı üzere kuralın taşıdığı mesajın nasıl anlaşıldığı, mesajı algılayanların davranışlarına nasıl etki ettiği, uyumsuzluk durumunda mahkemelerin nasıl davranacağı ile ilgilidir. Hukuki gerçekliğin içinde “gerçek gibi” konumunda olan hukuki kurgular konusu, hakkında pek çok farklı görüş bulunan, kimi zaman hile/aldatmaca olarak görülen, kimi zamansa sahte olduğu gerekçesiyle hukukta kullanılmaması gerektiği öne sürülmüş bir konudur. Ancak hukuki kurguların varlığı ve gerçekliği, tıpkı diğer hukuk kurallarında olduğu gibi içerdiği anlamın davranışlara nasıl yansıdığıyla ölçülecektir. Bir hukuki kurgu içeren hukuk kuralının, ancak ilettiği mesaj ortak bilinç ve inanç sisteminde karşılık bulamıyorsa gerçekliği tartışmalı olacaktır. Çünkü hukuki kurgular, belirli bir toplum içindeki toplumsal, siyasal, ekonomik ve hukuksal düzeni ile birlikte algılanırlar ve anlamlandırılırlar.

Hukuki kurguların sözlüklerde ve çalışmalarda tek bir tanımı bulunmamakta olup genellikle “*Bir kimseye yahut bir şeye doğası gereği sahip olmadığı belirli bir niteliği veren ve böylece o kimse/şeyin belirli bir türe mensup olmasının getirdiği sonuçlara sahip olmasını sağlayan hukuki varsayım*” şeklinde yapılan varsayım temelli tanımlar kabul edilmektedir. Bu sebeple hukuki kurgu örnekleri, çalışmalarda “faraziye kuralları” yahut “kesin karineler” olarak da anılmaktadır. Karine kavramı sözlükte “benzerlik veya yakınlık sebebiyle bir başka şeye işaret eden alamet” şeklinde tanımlanmakta olup hukuki kurgular, aksi ispat edilemeyen, doğru olduğu farz edilerek uygulanan varsayım içerikli kurallardan bazı yazarlarca kesin karineler olarak değerlendirilmiştir. Ancak kesin karine- adi karine ayrımı doktrinde tartışmalı olup

bazı yazarlarca kesin karineler karine olarak kabul edilmemektedir. Bununla birlikte açıklandığı üzere hukuki kurguların her zaman benzerlik içermesi gerekmemektedir. Bazen mevcut hayat şartları içinde daha önce benzerine rastlanmamış olan bir konu veya durumla ilgili de hukuki kurgular üretilebilmektedir. Bu sebeple hukuki kurgular karinelerle eş olarak değerlendirilmemelidir.

Çalışmamızın konusu hukuki kurgular olduğundan hukukta kurgu kullanımının yanı sıra kurgular arasından hukuki kurguların nasıl ayırt edildiğinden de bahsedilmiştir. Kurgulara hukukilik kazandıran, tıpkı hukuk normlarında olduğu gibi ona hukuken geçerli olma niteliğinin verilmesidir. Dolayısıyla kurguların hukukilik niteliği kazanması için ileride o konunun bir kanunda düzenlenmesi yahut mahkeme kararlarında ortaya çıkması gerekmektedir. İngiliz mahkeme sistemini benimseyen ülkelerde ayrıca yargıçlar tarafından bir kural oluşturulurken de kurgulara başvurulmasıyla kullanılan kurgu hukuki nitelik kazanacaktır.

Tarihte Roma döneminden başlayarak örneklerini barındıran hukuki kurgulara günümüzde artık ihtiyaç kalmadığı yönündeki görüş onların birer aldatmaca olduğu ve hukukta belirsizliklere sebep olabileceği itirazlarıyla desteklenmektedir. Kanaatimizce hukuki kurguların hukuktaki işlevleri değerlendirildiğinde günümüzde hala hukukun gelişimine katkı sağlayabileceği görülmektedir. Ayrıca hukuki kurguların anlamı, ilgili olaydaki kullanımı ve işlevi tam olarak anlaşıldığında belirsizliklerin engellenebileceği sonucuna varılabilir. Bu sebeple hukuki kurgu tanımlamalarından bahsettikten sonra hukuktaki işlevleri ve olası tehlikeleri konusu açıklanmaya çalışılmıştır. Hukuki kurguların işlevlerine bakıldığında öncelikle geçmişte, hukukun zamanla değişen toplum düzenine uyum sağlamasında bir araç görevi üstlendiği görülür. Yasaların değiştirilmesinin katı şartlara bağlı olduğu dönemlerde gerekli değişiklikler hukuki kurgular aracılığıyla yapılmış, mevcut hayat şartlarında yeni bir durum meydana geldiğinde hukuki kurguların taşıdığı varsayım ifadelerinden yararlanılmıştır. Dolayısıyla yasaların katılığını aşmak ve süreci hızlandırmak amacına da hizmet ederler. Ayrıca kuralın yeni yasal soru ve koşullara uygulanmasını kolaylaştırmaya aracılık etmektedirler. Mahkemelerde hukuki kurgulara

başvurulmasıyla benzer vakıaların aynı şekilde ele alınması sağlanarak aynı zamanda potansiyel davaların tahmin edilebilir olması kolaylaşacaktır.

Roma’da *Praetorlar*’ın, İngiliz hukuk sisteminde yargıçların sıkça başvurduğu hukuki kurgular, olayların nedenlerini ortaya çıkarır ve bunun sonucundaki eylemlerin sebepleri hakkında bilgi verir. Ayrıca bu yeni düzenlemelerin oluşturulma gerekçeleri, içerdiği niyet hakkında da fikir edinmemizi sağlar ve elde edilen tecrübenin yorumlanmasını teşvik eder. Böylece toplumdaki hangi alanlarda ne gibi ihtiyaçların olduğuna dair düşünme deneyi sunar. Bunlar yaratıcı ve analojik akıl yürütme argümanları aracılığıyla hukuki soruları çözmek için yöntem oluşturur. İdeal toplum düzenlerinin kurgulandığı ütopyalar da bunun örneğidir. Kurguların olanak sağladığı bu düşünme deneyinde adaletin nasıl sağlanabileceği, ideal eşitlik düzeninin nasıl mümkün olabileceği gibi sorular tartışılabilir. Bunun yansımaları hukuk sistemlerinde hayata geçirilebilir. Ayrıca farklı ihtimallerin kurgu aracılığıyla gündeme gelmesi, bu ihtimaller üzerinden hukuktaki problemlerin tanımlanması ve çözümüne katkı sağlar. Hukuki kurgular, ilgili kuralların uygulama alanı ve sonuçları hakkında araştırmayı teşvik etmektedir. Böylece öngörülemeyen durumlara karşı da yargıç ve avukatlara yeni yollar sunmaktadır. Nasıl ki kurgu, düşünme eyleminden soyutlanamazsa hukuki düşünce sistemi de kurgu elemanlarından tamamıyla ayrılamaz.

Ancak hukuki kurguların veya kurgunun hukukta meydana getirebileceği tehlikeleri de incelemek, onların nasıl önlenebileceği konusunu da hesaba katmak gerekmektedir. Hukuki kurguların yapısı gereği “yapma” niteliğinde olması kimi yazarlarca onların aldatmaca olarak görülmesine sebep olmakta hatta hukuki kurgulara başvurulmasıyla yasama yetkisinin gasp edildiği iddiaları ortaya çıkmaktadır. “Gerçekmiş gibi” etki gösteren hukuki kurguların bu yönü eğer gerçekten aldatma saikiyle hareket edilirse hukuk sistemi açısından tehlike arz edebilir. Ayrıca hukuki kurgunun kullanılması eğer hukuki belirsizliğe, çelişiklere sebep oluyorsa, hukuku karmaşık bir hale getiriyorsa da hukuki güvenlik ilkesi yönünden olumsuzluklar meydana gelebilir. Dolayısıyla hukuk sisteminin şeffaflığını tehlikeye atıyorsa yahut amacına uygun olarak kullanılmıyorsa, hukuki kurguların geçmişten bu yana mevcut olan meşruiyetini öne sürerek tehlikelerini göz ardı etmenin doğru olmadığı

kanaatindeyiz. Öyleyse ancak hukuk düzeni açısından olası tehlikeleri engellendiği takdirde, hukuki kurgular hukukun gelişimine aracılık eder şeklinde bir önerme ortaya konulabilir.

KAYNAKÇA

Akad, Mehmet:
Dinçkol, Bihterin Vural
Bulut, Nihat

Akal, Cemal Bali:

Genel Kamu Hukuku,
D&R Yay., İstanbul,
2019.

“Edebiyat ve Hukuk
Dersini Kim İcat Etti?”,
**Edebiyat, Hukuk ve Sair
Tuhafliklar**, ed. Cemal
Bali Akal, Yalçın Tosun,
Dost Kitabevi, Ankara,
2016, s.13-22.

“Kurgu ve Hukuk”,
**Edebiyat, Hukuk ve Sair
Tuhafliklar**, Dost
Kitabevi, Ankara, 2016,
s.72-79.

Akı, E. İrem:

“Lon L. Fuller’da
Hukukun İç Ahlâkı”,
Doktora Tezi, Ankara
Üniversitesi, 2014.

Aktaş, Şerif:

**Edebiyat ve Edebî
Metinler Üzerine
Yazılar**, Kurgan Edebiyat
Yay., Ankara, 2011.

Aleinikoff, T. Alexander:

“Updating Statutory
Interpretation”, **Michigan
Law Review**, vol.87.,
no.1., 1988, s.20-66.

Altınörs, Atakan:

Dil Felsefesine Giriş,
İnkılap Kitabevi, İstanbul,
2003.

**İdealar ve Dil
Bağlamında Locke ile
Leibniz**, Efil Yay.,
Ankara, 2009.

- Ando, Clifford: “Fact, Fiction, and Social Reality in Roman Law”, **Legal Fictions in Theory and Practice**, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.295-325.
- Aristoteles: **Retorik**, Çev. Mehmet H. Doğan, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 1995.
- Aşçıoğlu, Çetin: “Dil ve Hukuk”, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı 4, 2002, s.45-55.
- Atalay, Ahmet Halûk: “Bir Hukuk Mantığı Var Mıdır?”, **Hukuk Kuramı**, C.2., S. 6, 2015, s.21-40.
- Austin, John: **Lecture On Jurisprudence Or The Philosophy Of Positive Law**, John Murray, London, 1940.
- Aydın, Abdurrahman: “Dilbilimden Psikanalize Dil ve Arzunun Eklemlenişi”, **Doktora Tezi**, Ege Üniversitesi, 2014.
- Aysever, R. Levent: “Yargı ve Dil: Bir Söz Edimi Olarak Yargı Edimi”, **Yargıya Felsefeyle Bakmak**, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2017, s.27-68.
- Babcock, Hope M.: “The Stories We Tell, and Have Told, About Tribal Sovereignty: Legal Fictions at Their Most

- Bacon, Francis:
Pernicious”, Villanova Law Review, Vol.55, N.4, 2010, s.803-831.
- Baker, J.H.:
Yeni Atlantis,
Çev.Çiğdem Dürüşken,
Kabalcı Yay., İstanbul,
2011.
- Baker, J.H.:
An Introduction to English Legal History,
Butterworths, London,
2002.
- Baldick, Chris:
The Law’s Two Bodies: Some Evidential Problems in English Legal History, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Baldwin, Simon E.:
The Concise Oxford Dictionary of Literary Terms, Oxford University Press, New York, 2001.
- Ballentine, James:
“A Legal Fiction with Its Wings Clipped”, **Yale Law School Faculty Scholarship Series,** 1907, s.38-46.
- Barnet, Todd:
Ballentine's Law Dictionary, 3.baskı,
Lawyers Co-operative Pub. Co, Rochester, New York, 1969.
- Barnet, Todd:
“Legal Fiction and Forfeiture: An Historical Analysis of the Civil Asset Forfeiture Reform Act”, **Duquesne Law**

- Baron, Jane B.:
Review, vol.40:77, 2001, s.77-109.
- Barsh, Russell Lawrence:
Henderson, James Youngblood
Julia Epstein, “Is Law Narrative?”, **Buffalo Law Review, vol.45.**, 1997, s.141-187.
- Bauman, Zygmunt:
The Road: Indian Tribes And Political Liberty, University of California Press, Berkeley, 1980.
- Bentham, Jeremy:
Yasa Koyucular ile Yorumcular, Çev. Kemal Atakay, Metis Yay., İstanbul, 2018.
- “Elements of Packing as Applied to Juries”, **The Works of Jeremy Bentham, vol.5.**, ed. John Bowring, Simpkin Marshall and Co, Londra, 1843, s.61-187.
- “Essay on Language,” ed. John Bowring, **The Works of Jeremy Bentham, vol.11, 1838–43**, Russell & Russell, New York, 1962, s.275-339.
- Berger, Adolf:
Yasamanın İlkeleri, Çev. Barkın Asal, İstanbul, Oniki Levha Yay., 2017.
- Encyclopedic dictionary of Roman law, vol.43**, the American Philosophical

- Society, philadelphia, 1991.
- Berman, Harold J.:
Law and Language: Effective Symbols of Community, ed. John Witte, Cambridge University Press, New York, 2013.
- Bix, Brian:
Law and Language: Effective Symbols of Community, ed. John Witte, Cambridge University Press, New York, 2013.
- Black, Henry Campbell:
“H.L.A Hart and the ‘Open Texture’ of Language”, **Law and Philosophy**, vol.10, 1991, s.51-72.
- Blackstone, Sir William:
Black's Law Dictionary, 5.baskı, West Publishing Co., St. Paul, Minn., U.S., 1979.
- Bourdieu, Pierre:
Commentaries on the Laws of England, J.B. Lippincott Company, Philadelphia, 1893.
- Brennan, Geoffrey,
Buchanan, James M.:
Language and Symbolic Power, Çev. Gino Raymond, Matthew Adamson, Polity Press, Cambridge, 1991.
- “Is Public Choice Immoral? The Case for the “Nobel” Lie”, **Vol. 74, No. 2, Symposium on the Theory of Public Choice**,

- Brooks, Peter: Virginia Law Review, 1988, s.179-189.
- Burden, Tom: Paul Gewirtz, **Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law**, Yale University Press, Michigan, 1996.
- Burnham, Philip: **Modern Toplumsal Düşünce Sözlüğü**, ed. William Outhwaite, çev. Melih Pekdemir, İletişim yay., İstanbul, 2008.
- Camden, Jen, Fort, Kathryn E.: “Whose Forest? Whose Myth? Conceptualisations Of Community Forests In Of Community Forests In Cameroon”, **Land, Law and Environment Mythical Land, Legal Boundaries**, ed. Allen Abramson And Dimitrios Theodossopoulos, Pluto Press, Londra, 2000, s.31-58.
- Campanella, Tommaso: ““Channeling Thought”: The Legacy of Legal Fictions from 1823”, **American Indian Law Review Vol.33**, 2008, s.77-109.
- Güneş Ülkesi, Çev. Vedat Günyol, Haydar

- Kazgan, Sosyal Yayınları, İstanbul, 1996.
- Campbell, Kenneth: “Fuller on Legal Fictions”, **Law and Philosophy**, Vol. 2, No. 3, December, 1983, s.339-370.
- Carroll, Lewis: **Alice’s Adventures in Wonderland, and Through the Looking-Glass: And What Alice Found There**, Macmillan & Co., New York, 1897.
- Cassirer, Ernst: **Sembolik Formlar Felsefesi I: Dil**, Çev. Milay Köktürk, Hece Yay., Ankara, 2015.
- Ceylan, Yasin: “Yargı ve Din: İnanç ve Düşünce”, **Yargıya Felsefeyle Bakmak**, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2017, s.21-26.
- Childs, Peter, Fowler, Roger: **The Routledge Dictionary of Literary Terms**, New York, 2006.
- Chomsky, Noam: **Bilgi Sorunları ve Dil: Managua Dersleri**,

- Çev.Veyssel Kılıç, BGST Yay., İstanbul, 2009.
- Chomsky, Noam: **Cartesian Linguistics**, Cambridge University Press, 3.baskı, 2009.
- Cioran, Emil Michel: **Tarih ve Ütopya**, çev. Haldun Bayrı, Metis Yay., İstanbul, 2017.
- Cover, Robert: “The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative”, **Harvard Law Review**, vol. 97, no.1, 1983, s.4-68.
- Curzon, L.B.: **Roman Law**, MacDonald and Evans, Londra, 1966.
- (Çevrimiçi)
<https://www.merriam-webster.com/legal/legal%20fiction>, 23.05.2019.
- (Çevrimiçi)
<https://www.britannica.com/topic/legal-fiction>, 23.05.2019.

(Çevrimiçi)

<https://thelawdictionary.org/legal-fiction/>, 23.05.2019.

(Çevrimiçi)

<https://onlinelaw.wustl.edu/blog/legal-english-legal-fiction/>, 23.05.2019.

(Çevrimiçi)

<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/fiction>, 10.10.2019.

(Çevrimiçi)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=210877,
10.10.2019.

(Çevrimiçi)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=210877,
10.10.2019.

(Çevrimiçi)

<https://www.etymonline.com/word/fiction>, 10.10.2019.

(Çevrimiçi)
[http://www8.austlii.edu.au/
cgi-
bin/viewdoc/au/cases/cth/H
CA/1992/23.html](http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1992/23.html),
12.02.2020.

(Çevrimiçi)
[https://www.oktlaw.com/dit
ching-doctrine-discovery-
means-canadian-law/](https://www.oktlaw.com/ditching-doctrine-discovery-means-canadian-law/),
12.02.2020.

(Çevrimiçi)
[https://www.etymonline.co
m/search?q=metaphor](https://www.etymonline.com/search?q=metaphor),
01.03.2020.

(Çevrimiçi)
[https://www.nisanyansozlu
k.com/?k=%C3%BCtopya](https://www.nisanyansozluk.com/?k=%C3%BCtopya) ,
05.03.2020.

(Çevrimiçi)
[http://wordcentral.com/cgi-
bin/student?utopia](http://wordcentral.com/cgi-bin/student?utopia),
05.03.2020.

(Çevrimiçi)
[http://www.bl.uk/learning/hi
stcitizen/21cc/utopia/revoluti](http://www.bl.uk/learning/history/citizen/21cc/utopia/revolution)

[on1/revolution2.html](#),

06.03.2020.

(Çevrimiçi)

[https://play.google.co](https://play.google.com/books/reader?id=Y9vODwAAQBAJ&hl=tr&pg=GBS.PA4)

[m/books/reader?id=Y](https://play.google.com/books/reader?id=Y9vODwAAQBAJ&hl=tr&pg=GBS.PA4)

[9vODwAAQBAJ&hl](https://play.google.com/books/reader?id=Y9vODwAAQBAJ&hl=tr&pg=GBS.PA4)

[=tr&pg=GBS.PA4](https://play.google.com/books/reader?id=Y9vODwAAQBAJ&hl=tr&pg=GBS.PA4)

,13.03.2020.

(Çevrimiçi)

[https://www.yourdicti](https://www.yourdictionary.com/nasciturus-rule)

[onary.com/nasciturus](https://www.yourdictionary.com/nasciturus-rule)

[-rule](https://www.yourdictionary.com/nasciturus-rule) , 01.05.2020.

(Çevrimiçi)

[https://www.iep.utm.ed](https://www.iep.utm.edu/non-cogn/)

[u/non-cogn/](https://www.iep.utm.edu/non-cogn/),

16.05.2020.

(Çevrimiçi)

<https://sozluk.gov.tr/>,

14.07.2020.

(Çevrimiçi)

<https://iep.utm.edu/ben>

[tham/](https://iep.utm.edu/ben) , 24.07.2020.

(Çevrimiçi)

[https://www.britannica.c](https://www.britannica.com/biography/William-Blackstone)

[om/biography/William-](https://www.britannica.com/biography/William-Blackstone)

[Blackstone](https://www.britannica.com/biography/William-Blackstone) , 24.07.2020.

(Çevrimiçi)

<https://www.britannica.com/biography/Henry-Maine> , 24.07.2020.

(Çevrimiçi)

<https://plato.stanford.edu/entries/vaihinger/>,
24.07.2020.

(Çevrimiçi)

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr92&div=20&id=&page=>,
24.07.2020.

(Çevrimiçi)

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1823/19213.pdf>, 24.07.2020.

(Çevrimiçi)

[https://hukuk.marmara.edu.tr/dosya/huk/%C3%96%C4%9ERENC%C4%B0/HUKUKUZEM/19-20/BAHAR/hukuk.baslangici/2.eg%C4%B1CC%87t%C4%B1CC%87t%C4%B1CC%87t](https://hukuk.marmara.edu.tr/dosya/huk/%C3%96%C4%9ERENC%C4%B0/HUKUKUZEM/19-20/BAHAR/hukuk.baslangici/2.eg%C4%B1CC%87t%C4%B1CC%87t%C4%B1CC%87t%C4%B1CC%87t)

[87m.5 6.hafta.pdf? t=1584900180](#), 24.07.2020.

(Çevrimiçi)
<https://www.law.gwu.edu/peter-j-smith>,
24.07.2020.

(Çevrimiçi)
<https://cap-press.com/isbn/9781594603983> , 25.07.2020.

(Çevrimiçi)
<https://archive.org/stream/encyclopaediabri02chisrich/page/938/mode/2up>, 25.07.2020.

(Çevrimiçi)
<https://www.britannica.com/biography/Roscoe-Pound> , 25.07.2020.

(Çevrimiçi)
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>, 16.08.2020.

(Çevrimiçi)

https://www.law.cornell.edu/wex/legal_fiction,

16.08.2020.

(Çevrimiçi)

<http://moglen.law.columbia.edu/publications/fiction.html>, 17.08.2020.

(Çevrimiçi)

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2864290, 20.08.2020.

(Çevrimiçi)

<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/266C4DC2A0814354B871878D03764086?doi=>,

24.08.2020.

(Çevrimiçi)

https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2008_XII_7.pdf,

29.08.2020.

(Çevrimiçi)

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155563>, 02.09.2020.

(Çevrimiçi)

<http://www.anayasa.gen.tr/dgt-devletkavrami.pdf>, 07.09.2020.

(Çevrimiçi)

<https://sites.google.com/site/arttopologiepsychanalyse/reseau-et-chaine>, 14.09.2020.

(Çevrimiçi)

<https://plato.stanford.edu/entries/truth-axiomatic/#:~:text=First%20published%20Mon%20Dec%2026,in%20order%20to%20avoid%20inconsistency>, 20.11.2020.

Davis, Kenneth Culp:

“An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process” **Harvard Law Review**, vol.55, no.3, 1942, s.364-425.

Davis, Tessa:

“Tax and Social Context: Legal Fictions Within Tax”, **Savannah Law**

- Review, vol.4, no.1,**
2017, s.31-42.
- Deflem, Mathieu: “Habermas’ın İletişimsel Eylem Kuramı’nda Hukuk”, çev. Ülker Yükselbaba, **İÜHFM cilt LXXII, sayı 1,** 2014, s.877-894.
- Del Mar, Maksymilian: “Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition” **Legal Fictions in Theory and Practice,** Springer, Dordrecht, 2015, s.225-255.
- Demirbaş, Timur: **İnfaz Hukuku,** 6.Bası, Ankara, Seçkin Yay., 2019.
- Demos, Raphael: “Legal Fictions”, **International Journal of Ethics, Vol. 34, No. 1,** The University of Chicago Press, 1923, s.37-58.
- Derrida, Jacques: **Dissemination,** çev. Barbara Johnson, London: The Athlone Press, Londra, 1981.

Derrida, Jacques:

“Yasanın Gücü:
Otoritenin Mistik
Temeli”, Çev. Zeynep
Direk, **Şiddetin Eleştirisi
Üzerine**, Metis, İstanbul,
2010.

Dervişcemaloğlu, Bahar:

“Kurmaca-Gerçek
Ayrımı, Kurgusalılık
Teorileri ve Tarihî
Roman”, **Yeni Türk
Edebiyatı, sayı 15**, Ana
Basım Yay., İstanbul,
2017, s.33-55.

Descartes, Rene:

Meditasyonlar, Çev.
İsmet Birkan, Bilgesu
Yay., Ankara, 2007.

Devellioğlu, Ferit:

**Osmanlıca-Türkçe
Ansiklopedik Lügat**,
Aydın Kitapevi, Ankara,
2013.

Dewey, John:

“The Historic Background
of Corporate Legal
Personality,” **Yale Law
Journal, Vol. XXXV,**
April, 1926, s.655-673.

Dolin, Kieran:

**Fiction and the Law:
Legal Discourse in
Victorian and Modernist**

- Literature**, Cambridge University Press, New York, 1999.
- Dölger, Muzaffer:
- Hukuka Ekonomik Yaklaşımın Toplumsal Dayanakları**, İstanbul, Oniki Levha Yay., 2020.
- Dworkin, Ronald:
- “Law as an Interpretation”, **Texas Law Review**, vol. 60, 1982, s.179-200.
- Dworkin, Ronald:
- Taking Rights Seriously**, Duckworth, Londra, 1977.
- Eco, Umberto:
- “Lector in Fabula: Pragmatic Strategy in a Metanarrative Text”, **The Role of the Reader: Explorations in the Semiotics of Texts**, Indiana University Press, Bloomington, 1979, s.viii-273.
- Eden, Kathy:
- “Poetry And Equity: Aristotle's Defense Of Fiction”, **Traditio Vol. 38**, Cambridge University

Press, New York, 1982,
s.17-43.

Eligüzel, Hıdır:

“Özgürlük Kapanı:
Johann Valentine Andreae
ve Christianopolis
Ütopyası”, **Poedat
Konferansı**, 2015.

Erđin, Selin:

“Yasaların Dili”,
Mecmua, Ankara
Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Yay., Ankara,
2008, s.197-233.

Erdoğmuş, Belgin:

“Klasik Roma Hukukunda
Actio Publiciana In Rem”,
Doçentlik Tezi, İstanbul
Üniversitesi, 1984.

Ergün, Ömer:

“Kişi Kavramı ve
Çeşitleri”, **Dicle
Üniversitesi Adalet
Meslek Yüksekokulu
Dicle Adalet Dergisi**,
C.1, Sayı 1, 2017.

Faigman, David L.:

““Normative
Constitutional Fact-
Finding”: Exploring the
Empirical Component of
Constitutional
Interpretation”,

- University of Pennsylvania Law Review, vol.139, no.3, 1991, s.541-613.
- Flaubert, Gustave:
- The Dictionary of Accepted Ideas, çev. Jacques Barzun, New Directions, U.S., 1982.
- Foucault, Michel:
- Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, İmge Kitabevi, 1992.
- Freud, Sigmund:
- Sanat ve Edebiyat, çev. Emre Kapkın, Ayşe Tekşen Kapkın, Payel, 1999.
- Friedman, Lawrence M.:
- Total Justice, Russell Sage Foundation, New York, 1985.
- Fuller, Lon:
- “Legal Fictions”, Illinois Law Review Volume XXV, Aralık, 1930.
- Gordon, Randy D.:
- “Fictitious Fraud: Economics and the Presumption of Reliance”, International Journal of Law in Context 9(4), 2013, s.506-519.

Gourlay, Kristi:

“The Scientific Approach to Legal History and Legal Reform: Comparing the Legal Philosophy, Historical Methodology and Legal Science of Blackstone, Kames and Bentham”, **Doktora Tezi**, University College London, 2016.

Gökberk, Macit:

Değişen Dünya Değişen Dil, Yapı Kredi Yay., 8.baskı, İstanbul, 2018.

Gözler, Kemal:

Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Ekin Yay., Bursa, 2016.

Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara, US-A Yay., 1998.

Gray, John Chipman:

The Nature and Sources of the Law, Macmillan, New york, 1921.

Graziano, Michael S. A.:

Consciousness And The Social Brain, Oxford

- University Press,
Newyork, 2013.
- Green, Mitchell:
“How and What Can We
Learn From Fiction?”, In
**A Companion To The
Philosophy of
Literature**, ed. Garry L.
Hagberg, Walter Jost,
Wiley-Blackwells,
Malden, 2010, s.350-366.
- Grondin, Jean:
“Hermeneutik”, çev. Kaan
H. Ökten, **Cogito**, vol. 89,
2017, s.7-42.
- Güneş, Ahmet M.:
Hukuk Metadolojisi,
Adalet Yay., Ankara,
2016.
- Güriz, Adnan:
Hukuk Felsefesi, Siyasal
Kitabevi, Ankara, 2018.
- Habermas, Jürgen:
**The Liberating Power of
Symbols**, Tr. By. Peter
Dews, The MIT Press,
2001.
- Haffenden, John:
**The Complete Poems of
William Empson**,
Penguin Press, London,
2000.

Halevy, Amir:

“Beyond Brain Dead?”,
**The Journal of Medicine
and Philosophy: A
Forum for Bioethics and
Philosophy of Medicine,**
Volume 26, Issue 5,
2001, s.493-501.

Hamann, Hanjo, Vogel, Friedemann:

“The Fabric of Language
and Law: Towards an
International Research
Network for Computer
Assisted Legal Linguistics
(CAL²)”, **International
Journal of Language &
Law, vol.6,** 2017, s.101-
109.

Hardisty, James H.:

“Mental Illness: A Legal
Fiction”, **Washington
Law Review, vol.48,**
no.4, 1973, s.735-762.

Harmon, Louise:

“Falling Off The Vine:
Legal Fictions And The
Doctrine of Substituted
Judgment”, **The Yale
Law Journal, vol, 100,**
1990, s.1-71.

Hart, H.L.A.:

The Concept of Law,
Oxford University Press,
New york, 1994.

Hatemi, Hüseyin:

Kişiler Hukuku, Filiz
Kitabevi, İstanbul, 2017.

Heidegger, Martin:

“Anlama ve Yorum”
İnsan Bilimlerine
Prolegomena/Dil,
Gelenek ve Yorum, çev.
Hüsamettin Arslan,
Paradigma, İstanbul 2002.

Hobbes, Thomas:

Leviathan, Çev. Semih Lim,
Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2018.

Işıқтаç, Yasemin, Metin, Sevtap:

Hukuk Metodolojisi, Filiz
Kitabevi, İstanbul, 2010.

Işıқтаç, Yasemin:

Hukuk Yazıları, Yetkin Yay.,
Ankara, 2004.

İsi, Hasan:

“Gerçek” Ve “Hakikat”
Sözcükleri Üzerine Felsefi ve
Dilbilimsel İnceleme”,
Uluslararası Sosyal
Araştırmalar Dergisi, Cilt:8,
S:41, 2015, s.181-196.

Jackson, Bernard S.:

“Legal Semiotics and Semiotic
Aspects of Jurisprudence”,
Prospects of Legal Semiotics,
ed. Anne Wagner, Jan Broekman,
Springer, Dordrecht, 2012., s.3-
36.

Jacobi, Jolande:

Complex, Archetype, Symbol in the Psychology of C.G. Jung, Routledge, Londra, 1925.

Jemielniak, Joanna:

“Subversion in the World of Order: Legal Deconstruction as a Rhetorical Practice”,
Contemporary Issues of the Semiotics of Law, ed. Anne Wagner, Hart Publishing, Oxford, 2005, s.127-140.

Jones, John Walter:

A Historical Introduction to the Theory of Law, Greenwood Press, Westport, 1940.

Karadayı, Handan:

“Magritte ve Wittgenstein Bağlamında Resim-Dil İlişkisi ve Gerçeklik Arayışı”, **ETHOS: Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar**, Sayı 2/4 Ekim, 2008.

Karahanoğulları, Onur:

“Diyalektik Hukuk Bilimi Notları”, **Hacettepe HFD**, c.5, S.2, 2015, s.271-288.

Karayalçın, Yaşar, Yongalık, Aynur:

Hukukta Öğretim- Kaynaklar- Metod, 7.baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara, 2008.

Kelly, John D., Kaplan, Martha:

“Legal Fictions After Empire”,
The State of Sovereignty:

- Territories, Laws, Populations,**
ed. Douglas Howland, Luise S.
White, Indiana University Press,
2009, s.252-289.
- Kelsen, Hans:
- Pure Theory of Law,** University
of California Press, 1967.
- “On the Theory of Juridic
Fictions. With Special
Consideration of Vaihinger’s
Philosophy of the As If Hans
Kelsen”, **Legal Fictions in
Theory and Practice,**
çev. Christoph Kletzer, ed.
Maksymilian Del Mar, William
Twining, Springer, Dordrecht,
2015.
- Kerr, Ian Randall:
- “Legal Fictions”, **Doktora Tezi,**
The University of Western
Ontario, 1995.
- Kingwell, Mark:
- “Let's Ask Again: Is Law Like
Literature?”, **Yale Journal of
Law & the Humanities, vol.6:**
317, 1994, s.317-352.
- Klatt, Matthias:
- Making Law Explicit: The
Normativity of Legal
Argumentation,** Hart
Publishing, Oxford, 2008.

Klerman, Daniel:

“Legal Fictions as Strategic Instruments”, **USC Law School Law and Economics Workshop**, 2009.

Kletzer, Christoph:

“Kelsen on Vaihinger”, **Legal Fictions in Theory and Practice**, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.23-31.

Knauer, Nancy J.:

“Legal Fictions And Juristic Truth”, **St. Thomas Law Review**, vol.23., St. Thomas University School of Law Pub., 2010, s.70-120.

Lakoff, George, Johnson, Mark:

Metaforlar: Hayat, Anlam ve Dil, çev. Gökhan Yavuz Demir, İthaki Yayınları, İstanbul, 2015.

Lind, Douglas:

“The Pragmatic Value of Legal Fictions”, **Legal Fictions in Theory and Practice**, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.83-113.

Locke, John:

An Essay Concerning Human Understanding, Book III, Chapter X, London, 1690.

- Logan, Janette, Smith, Carole:
- Yönetim Üzerine İkinci
İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı,
İmaj Yay., Ankara, 2018.
- Maine, Sir Henry:
- “Adoptive Parenthood as a 'Legal Fiction' - Its Consequences for Direct Post-Adoption Contact”,
Child and Family Law Quarterly, vol.14, no.3., 2002, s.281-301.
- Maitland, Frederic W.:
- Ancient Law**, Every Man's Library, Londra, 1965.
- Mannheim, Karl:
- “Bir Tüzel Kişi Olarak Taht”,
Çev. Ülker Yükselbaba, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 64, Sayı 2, 2006, s.411-430.
- Matthews, Robin:
- İdeoloji ve Ütopya**, çev. Mehmet Okyayuz, Epos Yay., Ankara, 2002.
- Metin, Sevtap:
- “Legal Fictions: Critical Theory Criticality And The State Of Economics And Management”,
Critical Theory Ethics for Business and Public Administration, Information Age Publishing, U.S.A., 2009.
- Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, Betim Kitaplığı, İstanbul, 2019.

Metin, Sevtap:

“Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, **İÜHFEM**, vol. 61, 2003, s.35-83.

Mikics, David:

A New Handbook of Literary Terms, Yale University Press, 2007.

Miller, Franklin G., Truog, Robert D.:

“Rethinking the Ethics of Vital Organ Donations”, **Hastings Ctr. Report Vol.38, Sayı 6.**, 2008, s.38-46.

Miller, Sidney T.:

“The Reasons for Some Legal Fictions”, **Michigan Law Review**, vol. 8, no. 8, The Michigan Law Review Association, 1910, s.623-636.

Monahan, John, Walker, Laurens:

“Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law”, **University of Pennsylvania Law Review Vol.134, No.3**, 1986, s.477-517.

More, Thomas:

Ütopya, Çev. Sabahattin Eyüboğlu, Vedat Günyol, Mîna Urgan, Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul, 2006.

Müller, F. Max:

Lectures on The Science Of Language vol 1, Longmans, Green and Co, London, 1885.

Müller, F. Max:

**Lectures on The Science of
Language vol 2**, Longmans
Green and Co., Londra, 1866.

Narmanlıoğlu, Ünal:

"Kanunun Anlam Bakımından
Uygulanması", **Prof. Dr. Turhan
Tûfan Yüce'ye Armağan**,
Dokuz Eylül Üniversitesi Yay.,
İzmir, 2001, s.93-118.

Ogden, Charles K.:

Bentham's Theory of Fictions,
Kegan Paul Trench Trubner &
Co, Londra, 1932.

Oldham, J. B.:

**Analysis Of Maine's 'Ancient
Law'**, Basil Blackwell, Oxford,
1922.

Olivier, Pierre Jj.:

**Legal Fictions In Practice And
Legal Science**, Rotterdam
University Press, 1975.

Ortony, Andrew:

Metaphor and Thought,
Cambridge University Press,
1993.

Ören, Aytaç:

"Edebiyatta Kurgusal Gerçeklik:
Fictional Reality", **Recep Tayyip
Erdoğan Üniversitesi Sosyal
Bilimler Dergisi**, s:2, s.156-162.

Özcan, Mehmet Tefrik:

Hukuk Sosyolojisine Giriş, On
İki Levha Yay., İstanbul, 2018.

Özenç, Berke:

“Hukuk Devletin Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki işlevi”, **Doktora Tezi**, İstanbul Üniversitesi, 2012.

Pekcanitez, Hakan,
Atalay, Oğuz,
Özekes, Muhammet

Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yay., Ankara, 2011.

Petroski, Karen:

Fiction and the Languages of Law: Understanding Contemporary Legal Discourse, Routledge, Londra, 2019.

Petroski, Karen:
Fictions and the Limits of

“Legal
The Legal Language”,
**International
Journal of Law in Context Vol. 9 Issue 4**, 2013, s.485-505.

Platon:

Devlet, Çev. Cenk Saraçoğlu, Veysel Atayman, İstanbul, 2005.

Posner, Richard A.:

“Law and Literature: A Relation Reargued”, **Virginia Law Review**, vol.72, no.8, 1986, s.1351-1392.

Potter, H.:

Potter's Historical Introduction to English Law and Its Institution, 4.Baskı, Sweet and Maxwell, Londra, 1958.

- Pound, Roscoe: **Interpretations Of Legal History**, Cambridge University Press, New York, 1923.
- Pound, Roscoe: “Spurious Interpretation”, **Columbia Law Review**, vol. 7., 1907, s.379-386.
- Propp, Vladimir: **Masalın Biçimbilimi**, Çev. Mehmet Rıfat, Sema Rıfat, Bilim/Sanat/Felsefe Yay., İstanbul, 2001.
- Pulszky, Ágost: **The Theory of Law and Civil Society**, T.F. Unwin, Londra, 1888.
- Quinn, Michael: “Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective”, **International Journal of Law in Context** 9(4), 2013, s.466-484.
- Radin, Paul: **Primitive Man as Philosopher**, Appleton, New York, 1927.
- Rawls, John: **Bir Adalet Teorisi**, Çev. Vedat Ahsen Coşar, Phoenix Yay., Ankara, 2017.
- Ricoeur, Paul: **Reflections on the Just**, çev. David Pellauer, University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- Ricoeur, Paul: **The Rule of Metaphor**, Routledge, 2003.
- Rousseau, Jean Jacques: **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, Çev. Rasih Nuri İleri, Say Yay., İstanbul, 2018.

Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset

Hukuku İlkeleri, Çev. İsmail Yerguz, Say Yay., İstanbul, 2018.

Sağlam, Rabia:

“Liberal Adaletin İki Farklı Görünümü: John Rawls ve Robert Nozick
“Hakkaniyet Olarak Adalet”
Eleştirisinden “Yetkisel Adalet”
Eleştirisine”, **EÜHFD**, C. XI, S. 1–2, 2007.

Samuel, Geoffrey:

“Is Law a Fiction?”, **Legal Fictions in Theory and Practice**, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.31-55.

Saussure, Ferdinand de:

Course in General Linguistics, trans. Wade Baskin, The Philosophical Library Press, New York, 1959.

Savigny, Friedrich Carl von:

Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine, Çev. Ali Acar, Pinhan Yay., İstanbul, 2018.

System of Modern Roman Law, vol. I, çev. William Holloway, J. Higginbotham, 1867.

Schafer, Burkhard, Cornwell, Jane:

“Law’s Fictions, Legal Fictions and Copyright Law”, **Legal Fictions in Theory and Practice**, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.175-199.

- Schooten, Hanneke Van: “Law as Fact, Law as Fiction: A Tripartite Model of Legal Communication”, **Interpretation, Law and the Construction of Meaning**, Berlin, 2007, s.3-20.
- Searle, John R.: **Zihin, Dil ve Toplum**, Çev. Alaattin Tural, Litera Yay., İstanbul, 2006.
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 8.Bası, İstanbul, 2018.
- Hukukta Yöntem- Mantık**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Shapin, Steven: **A Social History of Truth: Civility and Science in Seventeenth-Century England**, University of Chicago Press, Chicago, 1994.
- Shmilovits, Liron: “Deux ex Machina: Legal Fictions in Private Law”, **Doktora Tezi** University of Cambridge, 2018.
- Sim, Stuart: **Critical Dictionary of Postmodern Thought**, Routledge, New York, 1999.
- Sitern, Simon: “Legal Fictions and Exclusionary Rules”, **Legal Fictions in Theory and Practice**, ed. Maksymilian Del Mar, William Twining, Springer, Dordrecht, 2015, s.157-173.

- Smith, Jeremiah: "Surviving Fictions", **Yale Law Journal**, vol. **Xxvii**, no.2, 1917, s.147-166.
- Smith, Peter J.: "New Legal Fictions", **The Georgetown Law Journal** Vol. **95**, 2007, s.1435-1495.
- Sofier, Aviam: "Reviewing Legal Fictions", **Georgia Law Review** Vol. **20** No.4, 1986, s.871-915.
- Stolzenberg, Nomi Maya: "Bentham's Theory of Fictions- A "Curious Double Language"", **Cardozo Studies in Law and Literature**, Vol. **11**, No. 2, Winter, Taylor & Francis, Ltd. on behalf of Cardozo School of Law, 1999, s.223-261.
- Stone, Marjorie: "Dickens, Bentham, and the Fictions of the Law: A Victorian Controversy and Its Consequences", **Victorian Studies** Vol. **29**, No. 1 Autumn, Indiana University Press, 1985, s.125-154.
- Svoboda, J. Steven: "Tortured Bodies, Tortured Doctrines: Informed Consent as a Legal Fiction Inapplicable to Neonatal Male Circumcision", **Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural, and Religious Infringements**, ed. George C. Denniston, Frederick M.

- Hodges, Marilyn Fayre Milos, Springer, Newyork,2013, s.1-28.
- Sward, Ellen E.:
“Justification and Doctrinal Evolution”,
Connecticut Law Review, vol.37: 389,
2004, s.389-494.
- Tebbit, Mark:
Philosophy of Law: An Encyclopedia,
Routledge, 2013.
- Todorov, Tzvetan:
Edebiyat Kavramı, çev. Necmettin
Sevil, Sel Yay., İstanbul, 2011.
- Tourtoulon, Pierre de:
**Philosophy in the Development of
Law**, çev. Martha McC. Read,
Macmillan, New York, 1922.
- Tsai, Robert L.:
“Fire, Metaphor, and Constitutional
Myth-Making”, **Georgetown Law
Journal** vol.93: 181, 2004, s.181-240.
- Türközer, Bahir Güneş:
“Hukuk Toplumsal Bir Gerçekliktir”,
TBB Dergisi, S. 62, 2006, s.84-100.
- Uluç, Güliz, Soydan, Murat:
“‘Güneşe Yolculuk’ ve ‘Berlin in Berlin’
Filmlerinde İki Eksen, İki Dil Oyunu,
Tek Olgu: Göç”, **Sosyal Bilimler
Enstitüsü Dergisi**, no.26, Kayseri, 2009,
s.181-199.
- Uzun, Ertuğrul:
“Hukukun Göstergebilimsel Analizi”,
Doktora Tezi, Eskişehir Anadolu
Üniversitesi, 2006.

Vaihinger, Hans:

The Philosophy of ‘As If’: A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind, çev. C. K. Ogden, Harcourt, Brace & Company, Newyork, 1924.

Vardar, Berke:

Dilbilimin Temel Kavram ve İlkeleri, Multilingual, İstanbul, 1998.

Varlık, Selami:

“Negatif Hermeneutik ve Sonsuz Yorum Sorunu”, **Cogito**, vol. 89, 2017, s.176-192.

Wacks, Raymond:

Hukuk Kuramını Anlamak, çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver, Astana Yay., Ankara, 2017.

Waithe, Marcus:

“Empson’s Legal Fiction”, **Essays in Criticism Vol. 62 No. 3**, Oxford University Press, 2012, s.279-301.

White, James Boyd:

The Legal Imagination, The University of Chicago Press, Chicago ve London, 1985.

Witteveen, W. J.:

Rediscovering Fuller, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999.

Wittgenstein, Ludwig:

Felsefi Soruşturmalar, çev. Haluk Barışcan, Metis Yay., İstanbul, 2007.

Yükselbaba, Ülker:

**Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları:
Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve
Nozick**, On İki Levha Yay., İstanbul,
2016.

“Çağdaş Dağıtıcı Adalet Kuramları:
Rawls’a ve Dworkin’e Göre Dağıtıcı
Adalet”, **Kamu Hukukçuları
Platformu VII. Toplantı**, 2018, s.1-22.

